

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک
رؤساء: پروفیسور دوکتور آرمین فان بوگدانی. پروفیسور دوکتور رودیگر ولفروم



با همکاری

**Institut International
de Paris La Défense**

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون موازن محاکمه عادلانه

بر اساس

قانون اساسی افغانستان،

قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم،

قانون جزاء افغانستان و سایر قوانین افغانستان و

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

چاپ سوم

(میزان ۱۳۸۵)

الیکساندرا هیلال گوور، رامین مشتاقی و ماندانا راسخ افشار کنوست

با حمایت و پشتیبانی:

دوکتور تیلمن رودار، محمد صدر توحیدخانه، دوکتور سیلویا تیلین باخ، دوکتور فابریس دیفرارد،

میهن روزبیهانی و جوزیف ویندسور

با کمک مالی:

وزارت های امور خارجه جمهوری فدرالی آلمان و فرانسه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک
رؤساء: پروفیسور دوکتور آرمین فان بوگدانی. پروفیسور دوکتور رودیگر ولفروم



با همکاری

**Institut International
de Paris La Défense**

رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون موازن محاکمه عادلانه

بر اساس

قانون اساسی افغانستان،

قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم،

قانون جزاء افغانستان و سایر قوانین افغانستان و

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

چاپ سوم

(میزان ۱۳۸۵)

الیکساندرا هیلال گوور، رامین مشتاقی و ماندانا راسخ افشار کنوست

با حمایت و پشتیبانی:

دوکتور تیلمن رودار، محمد صدر توحیدخانه، دوکتور سیلویا تیلین باخ، دوکتور فابریس دیفرارد،

میهن روزبیهانی و جوزیف ویندسور

با کمک مالی:

وزارت های امور خارجه جمهوری فدرالی آلمان و فرانسه

طبع: انستيتوت حقوق مقاييسوى عامه و حقوق بين الدول ماكس پلانك

شهر هايدلبرگ، آلمان

سپتامبر سال ۲۰۰۶

محتویات

مقدمه

بخش اول: معیارهای محاکمه عادلانه

فصل اول: اصول عام قابل تطبیق در تمام مراحل قضائی

- أ) تساوی در برابر قانون و برخورد مساوی توسط قانون
- ب) عدم رجعت قانون جزاء به ماقبل یا اصل قانونیت جرایم و مجازاتها
- ج) براءت ذمه
- د) آشکال ممنوعه استنطاق و بازرسی
- هـ) آزادی از توقیف خودسرانه
- و) حق سکوت اختیار کردن
- ز) حق داشتن وکیل مدافع

فصل دوم: طرز العمل قبل از محاکمه (مرحله تحقیق)

مراجعه به اصولی که در فصل اول روی آن بحث می‌شود.

فصل سوم: محاکمه

- أ) دسترسی به محاکم
- ب) استقلالیت و بی‌طرفی قضات
- ج) محاکمه بدون تأخیر غیرموجه
- د) پیشبرد علنی محاکمه
- هـ) حق دفاع مناسب و کافی
- و) حق فرا خواندن یا بازرسی کردن شواهد مغایر
- ز) محاکمه غیابی
- ح) مترجمین و ترجمه

فصل چهارم: اصول پس از محاکمه (طرز العمل تعقیبی)

- أ) فیصله، صدور حکم و جزاء
- ب) منع محاکمه مجدد
- ج) استیناف یا تجدیدنظر دیگر در محاکم بالاتر

فصل پنجم: قضایا و موارد خاص

- أ) محاکمه اشخاص دارای تکلیف روانی و فکری
- ب) رفتار حقوقی با نوجوانان

بخش دوم: مطالعه موارد و قضایا

فهرست مندرجات

مقدمه	۱
بخش اول: معیارهای محاکمه عادلانه	۳
فصل اول: اصول عام قابل تطبیق در تمام مراحل	۳
أ) تساوی در برابر قانون و برخورد مساوی توسط قانون	۵
أ) احکام ذیربط	۵
ب) تبصره پیرامون اصل تساوی در برابر قانون و برخورد مساوی توسط قانون	۷
ج) قوانین خارجی	۱۰
ب) عدم رجعت قانون جزاء به ماقبل و اصل قانونیت جرایم و مجازاتها	۱۲
أ) احکام ذیربط	۱۲
ب) تبصره پیرامون عدم رجعت قانون جزاء به ماقبل و اصل قانونیت جرایم و مجازاتها	۱۴
ج) قوانین خارجی	۱۵
ج) براءت ذمه	۱۷
أ) احکام ذیربط	۱۷
ب) تبصره پیرامون براءت ذمه	۱۹
ج) قوانین خارجی	۲۰
د) اشکال ممنوعه استنطاق و بازرسی	۲۳
أ) احکام ذیربط	۲۳
ب) تبصره پیرامون اشکال ممنوعه استنطاق و بازرسی	۲۵
ج) قوانین خارجی	۲۷
هـ) آزادی از توقیف خودسرانه	۲۹
أ) احکام ذیربط	۲۹

..... ۳۴	(ب) تبصره پیرامون آزادی از توقیف خودسرانه
..... ۳۸	(ج) قوانین خارجی
..... ۴۱	(و) حق سکوت اختیار کردن
..... ۴۱	(أ) احکام ذیربط
..... ۴۴	(ب) تبصره پیرامون حق سکوت اختیار کردن
..... ۴۷	(ج) قوانین خارجی
..... ۴۸	(ز) حق داشتن وکیل مدافع
..... ۴۸	(أ) احکام ذیربط
..... ۵۱	(ب) تبصره پیرامون حق تعیین وکیل مدافع
..... ۵۳	(ج) قوانین خارجی
..... ۵۵	فصل دوم: طرز العمل قبل از محاکمه (مرحله تحقیق)
..... ۵۸	فصل سوم: محاکمه
..... ۵۸	(أ) دسترسی به محاکمی که توسط قانون ایجاد شده باشند
..... ۵۸	۱. قانونیت محاکم
..... ۵۸	(أ) احکام ذیربط
..... ۶۲	(ب) تبصره پیرامون قانونیت محاکم
..... ۶۶	(ج) قوانین خارجی
..... ۶۸	۲. دسترسی به محاکم
..... ۶۸	(أ) احکام ذیربط
..... ۷۰	(ب) تبصره پیرامون دسترسی به محاکم
..... ۷۱	(ج) قوانین خارجی
..... ۷۳	(ب) استقلالیت و بی طرفی قضات
..... ۷۳	(أ) احکام ذیربط
..... ۷۷	(ب) تبصره پیرامون استقلالیت و بی طرفی قضات

- ج) قوانین خارجی ۸۰
- ج) محاکمه بدون تأخیر غیرموجه ۸۳
- أ) احکام ذیربط ۸۳
- ب) تبصره پیرامون محاکمه بدون تأخیر غیرموجه ۸۵
- ج) قوانین خارجی ۸۹
- د) پیشبرد علنی محاکمه ۹۰
- أ) احکام ذیربط ۹۰
- ب) تبصره پیرامون پیشبرد علنی محاکمه ۹۲
- ج) قوانین خارجی ۹۵
- ه) حق دفاع مناسب و کافی ۹۶
- أ) احکام ذیربط ۹۶
- ب) تبصره پیرامون حق دفاع مناسب و کافی ۱۰۲
- ج) قوانین خارجی ۱۰۵
- و) حق فرا خواندن یا بازرسی کردن شواهد مغایر ۱۰۷
- أ) احکام ذیربط ۱۰۷
- ب) تبصره پیرامون حق فرا خواندن یا بازرسی کردن شواهد مغایر ۱۰۹
- ج) قوانین خارجی ۱۱۰
- ز) محاکمه غیابی ۱۱۲
- أ) احکام ذیربط ۱۱۲
- ب) تبصره پیرامون محاکمه غیابی ۱۱۵
- ج) قوانین خارجی ۱۱۶
- ح) مترجمین و ترجمه ۱۱۷
- أ) احکام ذیربط ۱۱۷

ب) تبصره پیرامون مترجمین و ترجمه..... ۱۱۹.

ج) قوانین خارجی ۱۲۰.

فصل چهارم: اصول پس از محاکمه (طرز العمل تعقیبی)..... ۱۲۲

أ) فیصله، صدور حکم و جزاء ۱۲۲

۱. فیصله و صدور حکم ۱۲۲.

أ) احکام ذیربط ۱۲۲.

ب) تبصره پیرامون فیصله و صدور حکم..... ۱۲۵.

ج) قوانین خارجی ۱۲۶.

۲. جزاء ۱۲۸.

أ) احکام ذیربط ۱۲۸.

ب) تبصره پیرامون جزاء ۱۳۰.

ج) قوانین خارجی ۱۳۲.

۳. جزای اعدام ۱۳۳.

أ) احکام ذیربط ۱۳۳.

ب) تبصره پیرامون جزای اعدام..... ۱۳۵.

ب) منع محاکمه مجدد ۱۳۶.

أ) احکام ذیربط ۱۳۶.

ب) تبصره پیرامون منع محاکمه مجدد ۱۳۷.

ج) قوانین خارجی ۱۳۸.

ج) استیناف یا رسیدگی مجدد در محاکم فوقانی ۱۳۹.

أ) احکام ذیربط ۱۳۹.

ب) تبصره پیرامون استیناف یا رسیدگی مجدد در محاکم فوقانی ۱۴۳.

ج) قوانین خارجی ۱۴۹.

فصل پنجم: قضایا و موارد خاص ۱۵۲

۱۵۲ (أ) محاکمه اشخاص دارای تکلیف روانی و فکری

۱۵۲ (أ) احکام ذیربط

۱۵۴ (ب) تبصره پیرامون محاکمه اشخاص دارای تکلیف روانی و فکری

۱۵۶ (ب) رفتار حقوقی با نوجوانان

۱۵۶ (أ) احکام ذیربط

۱۶۶ (ب) تبصره پیرامون رفتار قانونی با نوجوانان

بخش دوم: مطالعه موارد و قضایا ۱۶۹

۱۶۹ مورد اول

۱۶۹ ۱. تحقیق، برخورد مسئولین پولیس

۱۷۴ ۲. استنطاق، برخورد قبل از محاکمه در انتظارعامه

۱۷۶ مورد دوم

۱۷۶ ۱. توقیف خالد قبل از تحقیق

۱۷۸ ۲. استنطاق

۱۷۹ الترناثیف:

۱۸۰ مورد سوم

۱۸۰ ۱. پایه‌های حقوقی تعقیب عدلی و فیصله

۱۸۱ ۲. دسترسی به محاکم

۱۸۲ ۳. دسترسی به محاکمی که توسط قانون ایجاد شده باشند

۱۸۳ مورد چهارم

۱۸۳ ۱. حق دسترسی به اسناد و معلومات

۱۸۴ ۲. حق داشتن مترجم

۱۸۵ مورد پنجم

۱۸۵ ۱. شرایط محاکمه غیابی

۲. امکانات استیناف ۱۸۶.
- مورد ششم ۱۸۷**
۱. نمایندگی در محکمه و استنطاق پولیس ۱۸۷.
۲. تطابق محاکمه اولی با قوانین افغانستان و سایر قوانین بین‌المللی ۱۸۹.
۳. محاکمه مجدد بنا بر جرم اولی ۱۹۰.
- مورد هفتم ۱۹۱**
۱. نقض و تخطی اصول محاکمه عادلانه در جریان استنطاق پولیس ۱۹۱.
۲. پروبلمهای حقوقی در جریان کار محکمه ۱۹۲.
۳. عواقب ممکنه ناشی از تخطی از قانون اجراءات جزائی ۱۹۳.
- مورد هشتم ۱۹۶**
۱. رویه و برخورد پولیس ۱۹۶.
۲. قابلیت استفاده از دلایلی که توسط مقامات عدلی به دست آمده ۱۹۷.

مقدمه

یکی از اساسات حاکمیت قانون همانا مفکوره حق محاکمه عادلانه است. حق محاکمه عادلانه یک اصل بنیادی در عرصه قوانین حقوق بشر به شمار می آید که هدف از آن حمایت افراد در برابر سلب و یا تحریم سایر حقوق و آزادیهای اساسی شان، به ویژه حقوق زندگی و آزادی می باشد. حق محاکمه عادلانه هم در تعیین حقوق و مکلفیتهای فرد در یک دعوی حقوقی و هم در رابطه با تعیین اتهام منسوب قابل تطبیق می باشد. اصل محاکمه عادلانه هسته مرکزی طرزالعمل اجراءات مدنی و جزائی را تشکیل می دهد. در این اثر صرف اصل محاکمه عادلانه در قانون اجراءات جزائی مورد بحث قرار می گیرد. در اینجا اصل محاکمه عادلانه با عبارات مشخص شماری از حقوق مشخص، چون حق سکوت اختیار کردن، منع مخاطره مضاعف و غیره بیان شده است. اما این اصل از مجموع همه این تضمینهای جداگانه هم فراتر و وسیع تر می باشد. هدف از این اصل آن است که حفاظت عموم افراد در تمام جریان پروسه تعقیب قضائی، از لحظه ای که تحقیق یا توقیف آغاز می گردد تا بستن نهائی قضیه توسط قانون تأمین گردد. این بدان معنی است که حق محاکمه عادلانه این اصل را نیز احتوا می کند که هر فرد صرف نظر از توانائیهای فردی وی باید از حقوق قضائی خویش استفاده کرده بتواند. به گونه مثال، یک شخص مصاب به تکلیف روانی باید کمک لازم دریافت نماید که از جانب قاضی استماع گردد و از حق دفاع مناسب و کافی خویش استفاده نماید. در صورتی که اوضاع و احوال شخص در نظر گرفته نشود، ممکن است این امر منجر به نقض حقوق اجراءات قضائی شود، ولو اگر طرزالعملهای استاندارد رعایت شده باشد. یکی از اساسی ترین و عمده ترین معیارهای حق محاکمه عادلانه در مجموع عبارت از تضمین تساوی قوا میان خارنوال و مدافع می باشد. در ماهیت امر، این بدان معنی است که برای مدافع چنان حقوقی مهیا گردد که وی مضار ساختاری ای را که در مقایسه با خارنوال دارد رفع کرده بتواند. خارنوال، که در افغانستان به نام خارنوال ابتدائیه نیز از وی یاد می شود، به مثابه نماینده یک ارگان دولتی تمام صلاحیت و وسایل دولتی را در اختیار دارد. بدین جهت هدف از مفکوره تساوی قوا که در حق محاکمه عادلانه مضمّن است عبارت از تلافی مضار ساختاری شخص مدافع می باشد. این موضوع در بسیاری از اصولی که در این اثر مورد بحث قرار گرفته اند انعکاس یافته است. این اصل به گونه مثال بر حق داشتن وکیل، حق دفاع مناسب و کافی و حق داشتن یک قاضی مستقل و بی طرف تأثیر می افکند. هرگاه متهم از شمولیت در یک نشست استینافی که خارنوال در آن حضور داشته باشد محروم ساخته شود، اصل تساوی قوا را نمی توان حفظ کرد. همچنین هرگاه حقوق اجراءات قضائی چون بررسی دوسیه یا ارائه دلایل به شکل مساوی به هر دو طرف دعوی مهیا نگردد، این اصل رعایت نخواهد شد. در هر دو صورت اصل حق دفاع مناسب و کافی نقض می گردد.

هدف از تألیف این اثر تشخیص آن نورمها و قواعد مندرج در قانون اساسی افغانستان و قوانین جزاء و اجراءات جزائی است که با اصول محاکمه عادلانه ارتباط می گیرند. این اصول با اشاره به آن موازین بین المللی ای که افغانستان می خواهد آن را به موجب قانون اساسی، به ویژه میثاق بین المللی حقوق مدنی و

سیاسی رعایت نماید مورد بحث و مذاقه قرار می گیرد. افغانستان به تاریخ ۲۴ اپریل سال ۱۹۸۳ به این میثاق پیوست:

ماده ۷، پاراگراف ۱ قانون اساسی افغانستان:

دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاقهای بین المللی ای که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می کند.

مکلفیتهای حقوقی بین المللی افغانستان که در ماده های ۹، ۱۰ و ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی درج است به عموم افراد حق دفاعیه عادلانه را تضمین می کند. این حقوق در قوانین ملی افغانستان نیز تسجیل یافته است که در فصول بعدی به آن اشاره خواهد شد.

این اثر به گونه ذیل تنظیم یافته است: در فصل اول قبل از آنکه روی مراحل مختلف جریانات قضائی از نظر اصول مربوطه محاکمه عادلانه صحبت شود، اصول عام که در کلیه مراحل جریان محاکمه قابل تطبیق می باشد، مورد بحث قرار می گیرد. در فصل دوم پیرامون جریانات قبل از محاکمه تماس گرفته می شود و بر خلاف سایر فصول روی مسائل به جزئیات صحبت نمی شود، زیرا اصول مربوطه مورد بحث قبلاً در فصل اول در اصول عام احتوا شده است. فصل سوم مرحله محاکمه را احتوا می نماید، در حالی که فصول چهارم و پنجم به مرحله پس از محاکمه و قضایای خاص مانند قضایای شامل اطفال و اشخاص دارای تکلیف روانی ارتباط می گیرند. هر یک از این فصول برای هر اصل محاکمه عادلانه دارای بخشهای جداگانه می باشد. این بخشها به بخشهای فرعی تقسیم شده اند. اینها با قضایای کوچک روی اصل مورد بحث آغاز گردیده به دنبال آن توضیحات روی قوانین مربوط افغانی ارائه گردیده و سپس یک تبصره پیرامون اصل مورد نظر در قوانین افغانی و بین المللی صورت می گیرد. ارائه این قضایا و تبصره پیرامون آنها به معنی احتوای همه جانبه تمام مسائل مربوط نمی باشد. هدف از آن مقدمه موضوع مورد بحث بوده و به حیث نقاط اساسی مباحثه از آن استفاده به عمل می آید.

سرانجام، از موازین و تاجای لازم قضاوتهای کشورهای اسلامی یا مسلمان به منظور تشابهات و یا تفاوتها با قوانین افغانی تذکر به عمل آمده است ولی روی آن تبصره نشده است. چنین شیوه با اندک تفاوت در لابلای این اثر مراعات شده است. یگانه استثنائات از این قاعده عبارتند از فصل دوم که در بالا به آن اشاره شد، فصل سوم بخش (أ) (دسترسی به محاکم) که به دو قسمت تقسیم شده است و موارد خاص در فصل پنجم. در ختم هر بخش پرسشهای پیشنهادی به منظور بحث و مذاقه پیرامون اهمیت حقوق و پروبلمهای عمده ای که در عمل انسان به آن مواجه می شود ارائه گردیده است.

در قسمت دوم این کتاب هشت قضیه به تفصیل مورد بحث و ارزیابی قرار گرفته اند. هر یک از این قضایا به چندین اصل محاکمه عادلانه تماس می گیرد. هدف از این قضایا فراهم ساختن زمینه برای مباحثه عمیق روی اصل مربوط و ارتباط با همه آن با سایر اصول می باشد. افزون بر آن، از این قضایا می توان به عنوان مدل در قضایای تمثیلی در جریان تدریس استفاده نمود.

بخش اول: معیارهای محاکمه عادلانه

فصل اول: اصول عام قابل تطبیق در تمام مراحل

کلیه اصولی که در این فصل مورد بحث قرار می گیرند به تمام مراحل جریان قضائی ارتباط دارند. این اصول باید در مراحل قبل از محاکمه، در جریان محاکمه و بعد از محاکمه مراعات گردند. عدم رعایت این اصول پیامدهایی برای جریانات بعدی در قبال دارد. به گونه مثال، هرگاه اعترافات متهم یا اظهارات شهود از طریق نقض اصل عدم شکنجه در مرحله قبل از محاکمه به دست آید، ناجایز شمرده شده و لذا به عنوان دلایل قضیه در اجراءات جزائی بعدی از اعتبار ساقط می گردند. این امر به معیارهای مربوط بین المللی و نیز موازین حقوقی افغانی مطابقت دارد. از این جهت خیلی مهم است تا تطابق کلیه اصول زیرین را در جریان تمام مراحل قضائی همراه با اصولی که مشخصاً در هر مرحله خاص قابل تطبیق می باشد، در نظر داشت.

در تمام حالات و در جریان تمام مراحل قضائی مظنون یا متهم می تواند در برابر مسائل محاکماتی با مراجعه به ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم که در آن تجدید نظر قضیه در صورت نقض اجراءات قضائی پیش بینی شده است، اعتراض نماید:

ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) هرگونه تخلفات اجرائی متفاوت از احکام مندرج ماده پانزدهم در صورتی فاقد اعتبار شناخته می شود که اشخاص ذیدخل به آن اعتراض نمایند.
- (۲) هرگاه اعتراض حین تحقیق و یا در جریان محاکمه مطرح گردد، محکمه ذیصلاح می تواند در مورد تجدید نظر اجراءات، تصمیم اتخاذ نماید.
- (۳) اعتراض در هر قضیه به محکمه مرافعه و یا ستره محکمه تقدیم شده می تواند.
- (۴) محکمه مرافعه و یا ستره محکمه بی اعتبار بودن اجراءات را زمانی اعلام می کند که متیقن گردد تخلفات اجرائی باعث انحراف در تصمیم گیری دوسیه گردیده است.

ماده ۱۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم قاعده استثنائی ای است که از حقوق متهم یا مظنون و قانونیت اجراءات در مورد تخلف صریح مقررات اجرائی حمایت می کند. شخص مظنون یا متهم هر چند می تواند در برابر قانونیت اجراءات اعتراض نماید ولی مکلف به چنین کاری نیست.

ماده ۱۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) اجراءات جزائی در حالات ذیل باطل شمرده می شود حتی بدون ارائه درخواست به قاضی:
۱- شخصی که به حیث خانونال یا قاضی ایفای وظیفه می نماید، فاقد اهلیت قانونی باشد.

۲- در صورتی که اجراءات در غیاب خارنوال صورت گرفته باشد و حضور خارنوال در اجراءات طبق قانون حتمی باشد.

حمایت دیگری که در قانون اساسی در نظر گرفته شده است عبارت از ماده ۵۸ می باشد که میکانیزم کنترولی اضافی ای را پیش بینی می کند که از طریق کمیسیون حقوق بشر که مستقل از سیستم قضائی می باشد به راه انداخته شده می تواند. این کمیسیون توسط فرمان مورخ ۲۰۰۲/۰۶/۰۶ ریاست جمهوری تأسیس گردید. این اداره مشخصاً یا صرفاً مسئولیت حقوق محاکمه عادلانه را به عهده نداشته ولی می تواند در موارد تخطی از کلیه حقوق اساسی اتباع افغانستان تحقیق نماید. لذا یک شخص مظنون یا متهم علاوه بر اعتراض در محکمه بر مبنای ابتکار انفرادی اختیار دارد از کمیسیون حقوق بشر در رابطه با حقوق خویش در جریان مراحل قضائی طالب کمک شود. کمیسیون حقوق بشر می تواند قضایا را به مراجع قانونی چون محاکم راجع نموده و در دفاع از حقوق شخص عارض مساعدت نماید.

ماده ۵۸ قانون اساسی افغانستان

دولت به منظور نظارت بر رعایت حقوق بشر در افغانستان و بهبود و حمایت از آن، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را تأسیس می نماید.

هر شخص می تواند در صورت نقض حقوق بشری خود، به این کمیسیون شکایت نماید.

کمیسیون می تواند موارد نقض حقوق بشری افراد را به مراجع قانونی راجع سازد و در دفاع از حقوق آنها مساعدت نماید.

تشکیل و طرز فعالیت این کمیسیون توسط قانون تنظیم می گردد.

آنچه در مورد کلیه اصول، نه تنها اصول عمومی بلکه تمام حقوق مربوط به اجراءات قضائی، از اهمیت بسزائی برخوردار می باشد این است که شخص مظنون یا متهم از این حقوق خویش مطلع و باخبر باشد. در صورت عدم اطلاع وی، شخص مذکور که طرف دعوی با مقامات قضائی می باشد هیچ وسیله ای در اختیار نخواهد داشت که از حقوق خویش دفاع نماید. اصول مربوط به این موضوع در بخش (ه) فصل سوم این کتاب فهرست شده است. اصل دیگری که می توان آن را در فصل اول «اصول عمومی» شامل ساخت عبارت از حق داشتن مترجم یا حق ترجمه است. چون این موضوع همواره در جریان محاکمه مطرح می گردد، روی آن در بخش (ح) فصل سوم بحث صورت می گیرد.

أ) تساوی در برابر قانون و برخورد مساوی توسط قانون

أ) احمد که پیشه صرافی دارد پول همکار خویش را که بابر نام دارد می‌دزدد. خارنوال که دوست قدیم احمد می‌باشد از طریق پولیس از قضیه آگاهی حاصل نموده ولی تصمیم می‌گیرد که از تحریک قضیه بنا بر رفاقت خویش منصرف گردد. چه نوع تخطی و نقض قانون و اصول محاکمه عادلانه را می‌توان در این مورد تشخیص داد؟

ب) عالم که از جمله قهرمانان جنگ به شمار می‌آید، در جریان منازعه‌ای روی حقوق زراعتی، عثمان را شدیداً مجروح می‌سازد. عثمان مدت چند روز در شفاخانه بستر می‌گردد. در جریان محاکمه قاضی اتهامات منسوب را بنا بر شایستگی عالم در زمان جنگ رد می‌نماید. آیا فیصله قاضی با اصل تساوی در برابر قانون مطابقت دارد؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان

هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است.
اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند.

ماده ۱ قانون جزاء افغانستان

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

ماده ۲۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) خارنوال ابتدائیه مکلف است در صورت آگاهی یا دریافت راپور از وقوع جرایم در حوزه تحت صلاحیت خویش به تحریک دعوی جزائی جهت تعقیب تمام جرایم آغاز نماید، مگر اینکه قانون صراحتاً طور دیگری حکم نموده باشد.
- (۲) ترک و متوقف ساختن دعوی جزائی و تعطیل سیر آن از طرف خارنوال جواز ندارد، مگر در احوالی که قانون تصریح کرده باشد.

ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رسیدگی و اصدار حکم توسط محاکم بر اساس اصل تساوی طرفین در برابر قانون و محکمه و رعایت عدالت و بی‌طرفی صورت می‌گیرد.

ماده ۵۰ قانون مبارزه علیه مواد مخدر

- (۳) همکاران مخفی نمی‌توانند بدون اجازه قبلی از مراجع ضبط قضائی، غرض تحقیقات جرمی در جرایم قاچاق مواد مخدر اشتراک نمایند. همکاران مخفی که خلاف رهنمود مراجع مسئول

مرتکب تخلف گردیده یا در آن اشتراک نمایند، در برابر هر نوع جرم ارتكابی خویش طبق احکام قانون مورد تعقیب عدلی قرار می گیرند.

ماده ۲ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۱) دولتهای طرف این میثاق متعهد می شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو و تابع حاکمیتشان بدون هیچ گونه تمایزی از قبیله نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقاید دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا سایر وضعیتها محترم شمرده و تضمین کنند.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۱) همه در مقابل محاکم و دیوانهای قضائی مساوی اند...

ماده ۲۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

کلیه اشخاص در مقابل قانون متساوی اند و بدون هیچ گونه تبعیض استحقاق حمایت بالسویه قانون را دارند. از این لحاظ قانون باید هرگونه تبعیض را منع و برای کلیه اشخاص حمایت مؤثر و متساوی علیه هر نوع تبعیض خصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و عقاید دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، مکتب، نسب یا هر وضعیت دیگر تضمین کند.

ب) تبصره پیرامون اصل تساوی در برابر قانون و برخورد مساوی توسط قانون

حق تساوی در برابر قانون و برخورد مساوی توسط قانون به معنی آن است که تبعیض در سراسر جریان قضائی به شمول مراحل قبل از محاکمه، در جریان محاکمه و پس از محاکمه ممنوع است. در حالی که قضات و کارمندان قضائی حین تطبیق قانون نباید به شیوه تبعیضی عمل کنند و سعی نمایند که حقوق همه، اعم از زن و مرد، از جانب محکمه مساویانه حفظ گردد، این امر حتماً به معنی آن نیست که با همه بدون تمیز و یکسان برخورد کرد. بلکه از تمایزی که بر اساس معیارهای منطقی و عینی استوار نباشند نباید استفاده نمود. در ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان تصریح شده است که معیارجنس نمی تواند برخورد متفاوت در جریان محکمه را توجیه نماید. این اصل تساوی همچنین شامل حق مساوی دسترسی به محاکم برای تمام اتباع افغانستان می باشد. لذا به مردان و زنان بایست امکانات مساوی کسب مؤثر حقوقشان داده شود. از اینجاست که ائتلاف حق دسترسی زنان به محکمه مبنای قانونی ندارد و روی این موضوع خاصاً بنا بر مشکلاتی که زنان هنوز هم با آن مواجه اند بایست تأکید صورت گیرد.

در مورد قضایای جرمی مدافع و خرنوال باید امکانات مساوی داشته باشند که در جریان محاکمه به تهیه و ارائه مطالب پردازند (مراجعه شود به فصل سوم، بخشهای (ه)، (و) و (ح)). حقوق شخص مظنون یا متهم باید بدون درنظرداشت چگونگی جرم مورد نظر تضمین گردد. علاوه بر آن، مظنون یا متهم حق دارد که با او مانند سایر متهمین مشابه رفتار مساوی صورت گیرد. شیوه و رفتار متفاوت چه قبل از محاکمه، چه در جریان و یا پس از محاکمه بایست بر اساس حقایق عینی توجیه گردد. از جمله حقایقی که رویه و رفتار متفاوت را توجیه کرده نمی تواند عبارت است از جنس، مذهب یا عقاید سیاسی و طایفه. این امر به برخورد پولیس، خرنوال و قاضی نسبت به مظنون قبل از محاکمه، در جریان و پس از محاکمه ارتباط می گیرد.

برخورد متفاوت بر مبنای عقیده مذهبی، به گونه مثال، برخورد متفاوت با مسلمانان و غیرمسلمانان، در قانون اساسی افغانستان به طور عموم ممنوع شده است. در ماده ۲۲ قانون اساسی برخورد مساوی نسبت به تمام افغانها بدون درنظرداشت عقیده مذهبی تسجیل شده است. چون تمایزی بین مسلمانان و غیرمسلمانان وجود ندارد، بنائاً، قوانین بالای هر دو مساویانه قابل تطبیق می باشد. استثناء مفکوره برخورد مساویانه در برابر قانون را می توان در ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان دریافت:

«محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می نمایند.»

«در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می نمایند.»

ولی از این ماده نباید چنین استنباط کرد که اصل تساوی نقض می گردد بلکه باید دانست که در اینجا سعی شده است تا حفاظت خاص اقلیتها و عقایدشان تأمین گردد. در زمینه حقوق جزاء این موضوع قابل تطبیق نیست، زیرا مسائل جزائی هرگز محض «احوال شخصیه» نیست. لذا این ماده صرف در زمینه حقوق مدنی صدق می کند.

استثناء دیگری در اصل برخورد مساویانه را می‌توان در ماده ۸ قانون جزاء افغانستان مشاهده نمود که در آن آمده است که با نمایندگان سیاسی کشورهای خارجی که در افغانستان مرتکب جرم می‌شوند مطابق به مقررات حقوق بین‌الدول رفتار می‌شود. مطابق به ماده ۴۱ کنوانسیون مناسبات دیپلماتیک منعقدۀ ویانا^۱ کلیۀ اشخاصی که از چنین امتیازات و معافیتها مستفید می‌گردند مکلف‌اند به قوانین و مقررات کشور میزبان احترام بگذارند. ولی در مواد ۲۹ الی ۳۶ همین کنوانسیون برای آنها امتیازات و معافیهایی پیش‌بینی شده است از قبیل معافیت از صلاحیت رسیدگی جزائی کشور میزبان و امتیاز مجبور نبودن در ادای شهادت.

بر اساس ماده ۱۱ قانون جزاء افغانستان اشخاصی که تابعیت افغانستان را نداشته اما در افغانستان اقامت یا سکونت داشته باشند به مقصد این قانون در حکم تبعۀ افغانی محسوب می‌گردند، مگر اینکه در قانون طور دیگری تصریح شده باشد.

ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان تضمین می‌کند که هیچ گونه تبعیضی در جریان روند تعقیب عدلی وجود ندارد و شیوۀ متفاوت رسیدگی به قضایا ممنوع می‌باشد. با تمام آنانی که به ارتکاب جرم مظنون باشند باید بدون درنظرداشت ثروت، موقف، عقاید مذهبی یا سیاسی، طایفه، جنس و یا مناسبات شخصی با کارمندان خدمات قضائی مساویانه رفتار شود.

حکم قابل سؤال در رابطه با تساوی در برابر قانون و ماده ۲۲ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم همانا فقره (۳) ماده (۵۰) قانون مبارزه علیه مواد مخدر می‌باشد. این قانون به گونه‌ی ضمنی حاوی حکم مصونیت برای کسانی است که با مراجع تطبیق قانون همکاری مخفی دارند. در صورت اخذ اجازه‌ی قبلی از مراجع مسئول، همکاران مخفی می‌توانند مرتکب جرایم قاچاق مواد مخدر گردیده و یا در آن اشتراک نمایند، بدون آنکه مورد تعقیب عدلی یا مجازات قرار بگیرند؛ مشروط بر اینکه از رهنمود مراجع مسئول تخلف نورزند. ولی اصل تساوی در برابر قانون خواهان آن نیست که در هر مورد باید رفتار مساوی صورت گیرد. اگر دلایل منطقی وجود داشته باشد، می‌توان احکام دیگری را به کار گرفت. مبارزه علیه مواد مخدر و تعقیب عدلی جرایم قاچاق مواد مخدر در یک کشوری که مبتنی بر حاکمیت قانون است از اهمیت بسزائی برخوردار می‌باشد. از سوی دیگر، باید در نظر داشت که ارتکاب جرایمی را که از جانب مقامات دولتی منع قرار داده شده‌اند، نباید سهل پنداشت. زیرا دولتی که بر اساس قانون و قانونیت استوار است بایست مواظب باشد که خود در اعمال جرمی آغشته نشود. بنا بر این ملحوظات، حتی در عرصه‌ی جرایم قاچاق مواد مخدر یک توافق بین‌المللی پیرامون اجازه‌ی مخبران و همکاران مخفی به خاطر اشتراک در ارتکاب اعمال جرمی وجود ندارد. به گونه‌ی مثال، در آلمان، هیچ شخصی اجازه ندارد بی هیچ گونه سرزنشی مرتکب جرم گردد؛ صرف‌نظر از اینکه او مخبر یا همکار مخفی مراجع تطبیق قانون باشد.

^۱ افغانستان به تاریخ ۱۶ اکتوبر سال ۱۹۶۵ به این کنوانسیون پیوست که به تاریخ ۵ نوامبر سال ۱۹۶۵ در افغانستان نافذ گردید.

در حالی که در ایالات متحده امریکا چنین امکان وجود دارد.^۲ ماده مورد بحث فطرتاً تخطی از اصل تساوی در برابر قانون به شمار نمی آید. ولی از جواز ارتکاب جرم بایست خیلی محتاطانه استفاده به عمل آورد. تخلف از اصل مسئولیت جدی جرمی را، تا زمانی که سایر امکانات برای موفقیت امیدوارکننده تحقیقات و فعالیتهای مراجع تطبیق قانون وجود داشته باشند، نمی توان به گونه مستدل توجیه نمود.

اصل تساوی در بسیاری قوانین اساسی دول اسلامی و اعلامیه حقوق بشر در اسلام منعقد قاهره تسجیل یافته است. پیروی از عدالت و برابری آرمانی است که بر رفتار تمامی مقامات دولتی از جمله مسئولان قضائی حاکم می باشد.^۳

تبصره پیرامون قضایا

ا) در ماده ۲۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم اصل تعقیب الزامی دعوی جزائی تسجیل یافته است. بر اساس آن خارنوال مکلف است در تمام مواردی که به وی اطلاع داده می شود که ممکن است جرمی صورت گرفته باشد به تحقیق آغاز نماید مگر اینکه قانون در زمینه صراحتاً طور دیگری حکم نموده باشد.

پولیس خارنوال را از قضیه مطلع ساخت، ولی خارنوال بنا بر رفاقت قدیمی خویش قضیه را حفظ نمود. چون در قانون هیچ چنین استثنائی وجود ندارد، لذا این عمل نقض اصل تساوی در برابر قانون و تخطی از ماده ۲۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم به شمار می آید.

ب) حسب ماده ۲۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم و ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، محاکم باید اصل تساوی حقوق در برابر قانون را در اجراءات و فیصله های خویش عملی سازند. تبعیض یا امتیاز میان اتباع افغانستان ممنوع می باشد.

محکمه قضیه عالم را حفظ نموده و بدین ترتیب وی را از پروسه تعقیب و جزاء بنا بر شایستگی وی در جنگ عملاً مستثنا می سازد. این امتیاز صرف در صورتی موجه خواهد بود که یک دلیل عینی برای برخورد متمایز وجود داشته باشد. شایستگی عالی گذشته شخص نمی تواند تجاوز به حقوق دیگران یا جامعه را توجیه نماید. لذا قاضی احکام قانون را که در فوق از آن تذکر به عمل آمد، و نیز اصل تساوی در برابر قانون را نقض نمود.

^۲ در ایالات متحده امریکا، در اکثر ایالات مراجع قضائی صلاحیت دارند از تعقیب عدلی مخبران یا همکاران مخفی صرف نظر نمایند. از این صلاحیت هنگامی که آنها در اعمال جرمی به خاطر تسهیل کسب اطلاعات برای مراجع تطبیق قانون اشتراک می ورزند منظمأ استفاده می شود.

^۳ عثمان عبدالملک الصالح، «حق امنیت شخصی فرد در اسلام»، در کتاب م. شریف باسیونی، سیستم عدالت جزائی اسلام (نیویارک: اوشیانا ۱۹۸۲)، صفحه ۸۰.

ج) قوانین خارجی

ماده ۴۰ قانون اساسی مصر

تمام اتباع در برابر قانون مساوی‌اند. آنها دارای حقوق و مکلفیتهای اجتماعی برابر می‌باشند بدون تبعیض میان آنها اعم از نظر نژاد، منشأ قومی، زبان، مذهب و عقیده.

اصل ۲۰ قانون اساسی ایران

تمام اتباع کشور، اعم از زن و مرد، از حمایت مساوی قانون برخوردار بوده از تمام حقوق بشری، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مطابق به معیارهای اسلامی مستفید می‌گردند.

اصل ۱۴ قانون اساسی ایران

مطابق به آیه شریفه لا ینهاکم الله عن الدین لم یقاتلوکم فی الدین و لم یخرجوکم من دیارکم ان تروهیم و تقسطوا الیهیم ان الله یحب المقسطین - خداوند شما را از رفتار مهربانانه و عادلانه به آنانی که به علت مذهب شما برضد شما نجنجیده‌اند و شما را از خانه‌هایتان بیرون نرانده‌اند، منع نمی‌کند (۶۰:۸)، حکومت جمهوری اسلامی ایران و تمام مسلمانان وظیفه دارند تا با غیرمسلمانان مطابق به موازین اخلاقی و اصول و عدالت اسلامی رفتار نمایند و به حقوق بشری آنها احترام بگذارند. این اصل در مورد تمام آنانی که دست به توطئه یا فعالیت بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران نزنند صدق می‌کند.

اصل ۱۹ قانون اساسی ایران

تمام مردم ایران بدون در نظر داشت تعلیق قومی یا قبیله‌یشان از حقوق مساوی برخوردار می‌باشند و رنگ، جلد، نژاد، زبان و امثال آن سبب امتیاز به شمار نمی‌آید.

ماده ۷ قانون اساسی لبنان

تمام لبنانیها در برابر قانون مساوی‌اند. آنها بدون هیچ گونه تمایز از حقوق مدنی و سیاسی مساویانه مستفید می‌شوند و در برابر وجایب و مکلفیتهای مساویانه متعهدند.

ماده ۵ قانون اساسی مراکش

تمام اتباع مراکش در برابر قانون مساوی می‌باشند.

ماده ۲۵ قانون اساسی پاکستان

۱. تمام اتباع در برابر قانون مساوی بوده و از حمایت مساوی قانون برخوردار می‌باشند.

پیشنهاد برای مباحثه:

- با در نظر داشت ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان و ماده ۱ قانون جزاء افغانستان، اشتراک کنندگان چی تجاربی را از محاکمه خارجیان، زنان و یا اعضای گروههای مختلف قومی به دست آورده اند؟
- اشتراک کنندگان سیمینار درباره دسترسی مساویانه زنان به محاکم چی فکر می کنند؟ اگر آنها در این زمینه اعتراضاتی دارند، دلایلشان چیست؟
- آیا اشتراک کنندگان سیمینار می توانند حالتی را تصور نمایند که برخورد متفاوتی با پیروان ادیان مختلف مجاز باشد؟

(ب) عدم رجعت قانون جزاء به ماقبل و اصل قانونیت جرایم و مجازاتها

أ) فریده یک دختر جوان افغان است. به تاریخ ۱۰ جون سال ۲۰۰۵ دستمال گردن ساده‌ای به تن کرده جهت قدم زدن بیرون از خانه می‌رود. به تاریخ ۱۲ جون سال ۲۰۰۵ وی بنا بر تهمت پسر کاکای حسودش گرفتار می‌شود. فریده نمی‌داند با او چی اتفاق می‌افتد. به وی می‌گویند که سر از ۱۱ جون سال ۲۰۰۵ زنی که چادر نپوشد مبلغ ۱۰۰۰ افغانی جریمه نقدی می‌شود. آیا فریده باید این جریمه را بپردازد؟

ب) احمد همسر خویش را به تاریخ ۲ فبروری سال ۲۰۰۵ به قتل می‌رساند زیرا وی آگاهی می‌یابد که او با دوست صمیمی‌اش ارتباط حاصل نموده است. وی از جانب پولیس دستگیر و در کابل محاکمه می‌شود. در زمان وقوع جرم، جزای قتل بر اساس قانون جزاء افغانستان اعدام است. به تاریخ ۳۰ سپتامبر سال ۲۰۰۵ جزای اعدام فسخ می‌گردد. هرگاه محاکمه پس از فسخ جزای اعدام صورت گیرد کدام نوع جزا به وی تعیین خواهد شد؟

ج) تمیم در پوسته خانه کابل انتظار می‌کشد. چون وی از حالت انتظار خسته می‌شود به طرف فاطمه که در قطار دیگر در حال انتظار است چشمک می‌کند. روح‌اله که یک افسر پولیس می‌باشد ناظر این صحنه بوده و می‌خواهد تمیم را دستگیر نماید. آیا وی صلاحیت دارد چنین کار را انجام دهد؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان

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 با صلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

ماده ۲ قانون جزاء افغانستان

هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به موجب قانون.

ماده ۳ قانون جزاء افغانستان

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

ماده ۲۱ قانون جزای افغانستان

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 جزاء گردیده قابل مجازات نداند تنفیذ حکم متوقف و آثار جزائی مترتب بر آن از بین می‌رود.

ماده ۲۲ قانون جزاء افغانستان

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

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

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

ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هیچ کس به علت انجام یا ترک فعلی که در موقع ارتکاب بر طبق قوانین ملی یا بین‌المللی جرم نبوده محکوم نمی‌شود و همچنین مجازاتی شدیدتر از آنچه در زمان ارتکاب جرم قابل اعمال بوده تعیین نخواهد شد. هرگاه پس از ارتکاب جرم، قانون مجازات خفیف‌تری برای آن مقرر دارد مرتکب از آن استفاده خواهد نمود.

(ب) تبصره پیرامون عدم رجعت قانون جزاء به ماقبل و اصل قانونیت جرایم و مجازاتها

اصل عدم رجعت قانون جزاء یکی از جنبه‌های اصل قانونیت جرایم و مجازات به شمار آمده و در تمام مراحل سیر قضائی قابل تطبیق می‌باشد. مطابق به این اصل تنها اعمالی جرم پنداشته می‌شوند که به موجب قانونی که هنگام ارتکاب فعل نافذ بوده به حیث جرم تعریف شده باشند. بدین ترتیب در این اصل دو عنصر نهفته است: ۱. اعمالی که قانوناً به حیث جرم شناخته نشده باشند، نمی‌توانند اساس تحقیق، تعقیب عدلی، صدور حکم و تنفیذ جزاء باشند.

۲. در زمینه اصلاحات و تغییرات قانون هیچ شخص را نمی‌توان به موجب عملی که در هنگام ارتکاب فعل جرم تلقی نمی‌شد، حتی اگر بعداً توسط قانون جدید به حیث جرم هم شناخته شود، مورد تعقیب عدلی قرار داد. این اصل در سطح بین‌المللی در ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به رسمیت شناخته شده است که قابلیت پیش‌بینی و وضاحت قوانین را تأمین می‌کند. این یک شرط مطلق حاکمیت قانون است؛ حاکمیتی که بنا بر آن آزادیهای فردی در برابر مداخله خودسرانه و بی‌جای دولت حمایت می‌شود. این امر نه تنها باعث منع قوانین جزای رجعی به مفهوم محدود آن گردیده، بلکه همچنین مقامات دولتی را موظف می‌سازد تمام تخلفات جرمی را به نفع وضاحت حقوقی دقیقاً تعریف نموده، اجازه ندهند که کاربرد قوانین جزائی بر اساس قیاس تشبیهی توسعه یابد. تعریف یک جرم در قانون ملی باید از یک قانون به مفهوم جدی قانون عام - انتزاعی پارلمانی معادل حکم غیر کتبی قانون غیرمدون (common law) ناشی شود که برای تمام اشخاص ذیربط قابل دسترسی باشد.^۴ اصل قانونیت جرایم و مجازاتها تمام تخلفات جرمی را، چه به شکل فعل باشد چه ترک فعل، یکسان احتوا می‌کند. ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نه تنها کاربرد قوانین جزای رجعی را در محاکم جزائی ممنوع قرارداده بلکه به تنفیذ جزایی که در زمان ارتکاب جرم در قوانین ملی و بین‌المللی پیش‌بینی نشده باشد نیز اجازه نمی‌دهد. علاوه بر آن، مجازاتی شدیدتر از آنچه در زمان ارتکاب جرم قابل اعمال بوده تعیین شده نمی‌تواند.

اما این اصل استثنائاتی به نفع متهم دارد. این اصل تنها به خاطر حفظ شخص متهم مطلق است. هرگاه قانون جدید نسبت به قانون ماقبل که در زمان نفاذ آن ارتکاب جرم صورت گرفته بود، برای متهم مساعدتر باشد، قانون جدید جزاء ممکن است به کار گرفته شود و به ماقبل رجعت کند. این شیوه را رجعت به ماقبل مساعدترین قانون به نفع متهم می‌نامند.

قانون اساسی جدید افغانستان اصل عدم رجعت قانون را در ماده ۲۷ تسجیل نموده است. اما در این قانون واضح نیست که استثنائات جایز خواهد بود یا خیر. ولی ماده ۲۱ قانون جزاء افغانستان که هم‌اکنون مورد استفاده قرار می‌گیرد تأیید می‌کند که هرگاه قانون تعدیل‌یافته جزائی به نفع متهم باشد قابل تطبیق می‌باشد. با در نظر داشت اینکه این قانون جزاء علی‌الرغم این حقیقت به منصبه اجرا گذاشته شد که قوانین اساسی افغانستان

^۴ م. نوواک، تبصره پیرامون میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ملل متحد، ۲۰۰۵ صفحه ۳۶۰.

مصوب در سالهای ۱۹۶۴ (ماده ۲۶)، ۱۹۷۶ (ماده ۳۰)، ۱۹۸۷ (ماده ۴۱) و ۱۹۹۰ (ماده ۴۱) همه شامل اصل عدم رجعت قانون به ماقبل بوده‌اند، می‌توان فرض کرد که چنین یک استثناء به نفع متهم در آینده نیز در چارچوب قانون اساسی مجاز خواهد بود.

تبصره پیرامون قضایا

در ماده ۲۷ قانون اساسی و نیز در ماده ۲ و ماده ۳ قانون جزاء افغانستان عدم رجعت قانون به ماقبل پیش‌بینی شده است. یک عمل صرف زمانی جرم پنداشته می‌شود که به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد منع شده باشد. قانون جدید به تاریخ ۱۱ جون سال ۲۰۰۵ نافذ گردید. عمل مورد بحث به تاریخ ۱۰ جون سال ۲۰۰۵ صورت گرفته است. لذا در آن روز پوشیدن دستمال گردن جرم پنداشته نمی‌شد و فریده را نمی‌توان به خاطر پوشیدن چادری مجازات نمود. فریده نباید جریمه را بپردازد.

ب) در پاسخ به این پرسش که آیا احمد به جزای اعدام محکوم شود یا خیر، بایست دریافت که در زمان ابلاغ حکم محکمه کدام قانون قابل تطبیق می‌باشد. مسئله قابلیت تطبیق قانون در ماده ۲۱ قانون جزاء افغانستان پیش‌بینی شده است. مطابق به این ماده 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. در زمانی که احمد مرتکب قتل گردید جزای اعدام ممنوع نبود. ولی در زمان محاکمه وی جزای اعدام از میان برداشته شد. فلذا قانون جدید که به نفع احمد است قابل تطبیق می‌باشد و وی به جزای اعدام محکوم نمی‌گردد.

ج) نه در قانون جزاء افغانستان و نه در سایر قوانین جزائی حکمی وجود دارد که به موجب آن چشمک زدن به یک زن ممنوع قرار داده شده باشد. از این لحاظ افسر پولیس صلاحیت ندارد تمیم را دستگیر نماید. حتی اگر این عمل تمیم را از نظر اخلاقی تقبیح نمائیم، نمی‌توان آن را دلیل تعقیب عدلی وی توجیه نمود. شرط عمده تعقیب جزایی همانا متن قانون روشن و صریح رسمی می‌باشد.

ج) قوانین خارجی

ماده ۶۶ قانون اساسی مصر

مجازات امر شخصی است. هیچ جرم یا جزائی وجود ندارد مگر بر اساس حکم قانون. هیچ جزائی بدون حکم قضائی نافذ نمی‌شود. مجازات صرف در مورد اعمالی که پس از انفاذ قانون مربوطه ارتکاب یافته باشد تطبیق می‌گردد.

اصل ۱۶۹ قانون اساسی ایران

هیچ فعلی یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.

ماده ۸ قانون اساسی لبنان

فقره ۳: هیچ جرمی تثبیت، یا هیچ جزائی وضع نمی‌شود مگر بر حکم قانون.

ماده ۴ قانون اساسی مراکش

فقرة ۳: قانون عالی ترین بیانگر اراده ملت می باشد. همه آن را رعایت می نمایند.
قانون به ماقبل خویش رجعت نمی کند.

ماده ۱۲ قانون اساسی پاکستان

۱. هیچ قانون مجازات شخص را:

- أ) به موجب فعلی یا ترک فعلی که در زمان ارتکاب یا ترک آن قابل مجازات نباشد، یا
ب) به موجب جرمی که جزای آن نسبت به جزای قانونی زمان ارتکاب جرم شدیدتر یا به نوعی متفاوت باشد،
تجویز نمی نماید.

۲. حکم فقرة (۱) این ماده و همچنین حکم ماده ۲۷۰ این قانون شامل قوانینی نمی شود که عمل نقض یا تخریب قانون اساسی موضوعه پاکستان را از تاریخ بیست و سوم مارچ سال ۱۹۵۶ بدین سو جرم می دانند.

مراجعه شود همچنین به ماده ۳۲ قانون اساسی کویت، ماده ۲۰ قانون اساسی بحرین، ماده ۲۷ قانون اساسی امارات متحده عربی.

پیشنهاد برای مباحثه:

- آیا اشتراک کنندگان در مورد محاکمات مبتنی بر قوانین قومی یا مذهبی تجربه دارند؟
- آیا آنها دوسیه‌هایی را که قبلاً توسط سران قومی یا مذهبی رسیدگی شده باشد دریافت می نمایند؟
- چی فکر می کنند کدام نوع از رسیدگیها از جانب افغانها وسیع تر پذیرفته می شود: جرگه‌ها یا محاکم دولتی؟
- مزایای قوانین موضوعه دقیق دولتی چیست؟
- هرگاه قوانین به شکل خیلی مبهم وضع گردد چی مشکلی به وجود خواهد آمد؟
- چرا استفاده از تشبیهات قیاسی و قوانین نوشته نشده به حیث اساس تعقیب جزایی و مجازات باعث ایجاد مشکلات می شود؟
- اشتراک کنندگان در مورد اهمیت این اصل مورد بحث چی می اندیشند؟

(ج) برائت ذمه

أ) احمد به قتل بابر مظنون می‌باشد. چون قاضی معتقد به گناه احمد است حکم توقیف او را قبل از محاکمه صادر می‌کند. آیا قاضی با این تصمیم خویش از قانون تخلف ورزیده است؟

ب) حسن به سرقت پول فاطمه متهم می‌باشد. هر چند دلایل خیلی ناچیز وجود دارد و قاضی متیقن نیست که حسن به ارتکاب این جرم دست زده است یاخیر، وی را به حبس محکوم می‌نماید. قاضی تصور می‌کند که چون امکان آن وجود دارد که حسن مرتکب به جرمهای دیگر خواهد شد، خطری را که او متوجه جامعه می‌سازد دلیل کافی توقیف وی می‌داند. آیا این تصمیم با قانون و اصول محاکمه عادلانه مطابقت دارد؟

و یا اینکه: قاضی هیچ به گناه حسن باور نداشته و فکر می‌کند که عثمان برادر حسن مرتکب واقعی می‌باشد. ولی حسن به ارتکاب جرم اعتراف می‌کند. بر اساس این اعتراف قاضی وی را به حبس محکوم می‌نماید. کدام نقض قانون را می‌توانید در این زمینه تشخیص دهید؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۵ قانون اساسی افغانستان

برائت ذمه حالت اصلی است.

متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می‌شود.

ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) از آغاز اقامه دعوی جزائی الی تثبیت مسئولیت جرمی که شخص به حکم نهائی محکمه محکوم علیه قرار می‌گیرد، بی گناه پنداشته می‌شود. اگر فیصله باعث سلب و یا محدودیت حقوق بشری شخص می‌گردد، باید استوار به دلایل قانونی بوده که محدود به کشف حقیقت باشد.

ماده ۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) مدت توقیف مؤقت بعد از گرفتاری در جریان تحقیق طبق حکم ماده (۳۶) تعیین می‌گردد.
- (۲) محکمه ابتدائیه می‌تواند در جریان محاکمه مدت توقیف را برای دو ماه اضافی تمدید نماید. محکمه مرافعه می‌تواند در جریان محاکمه این مدت را برای دو ماه دیگر تمدید نماید. ستره محکمه در جریان محاکمه صلاحیت دارد این مدت را برای پنج ماه دیگر تمدید نماید.
- (۳) هرگاه میعاد تمدید مندرج فقره (۲) این ماده در جریان محاکمه منقضی شود، شخص توقیف شده از حبس رها می‌گردد.

ماده ۳۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) خارنوال ابتدائیه می‌تواند در جریان تحقیق به گرفتاری شخصی که مرتکب جرم جنایت یا جنحه که مجازات آن حبس متوسط باشد گردیده و به ضبط اشیای مرتبط به جرم امر صادر نماید.

(۲) شخص دستگیر شده در مدت ۴۸ ساعت باید مورد استتقاق قرار گیرد.

ماده ۳۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

هرگاه گرفتاری توسط پولیس عدلی صورت گرفته و از طرف خارنوال تأیید یا قرار توقیف توسط خارنوال صادر گردیده و این قرار به قوت خود باقی مانده باشد و خارنوال در ظرف (۱۵) روز از تاریخ گرفتاری صورت دعوی را به محکمه تقدیم ننماید، متهم رها می گردد، مگر اینکه به اثر درخواست به موقع خارنوال مدت توقیف برای (۱۵) روز دیگر تمدید شده باشد.

ماده ۴ قانون جزاء افغانستان

(۱) برائت ذمه حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگرفته باشد، بی گناه شناخته می شود.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۲) هر کس به ارتکاب جرمی متهم شده باشد، حق دارد بی گناه فرض شود، تا اینکه مقصر بودن او بر طبق قانون محرز بشود.

ماده ۱۰ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

۲-أ) متهمین به جز در موارد استثنائی، از محکومین جدا نگهداری می شوند و تابع نظام جداگانه ای متناسب با وضع اشخاص غیر محکوم می باشند.

(ب) تبصره پیرامون برائت ذمه

اصل برائت ذمه هم در قوانین بین‌المللی و هم در قوانین اسلامی به خوبی تطبیق شده است. در ماده ۲۵ قانون اساسی افغانستان آمده است که «برائت ذمه حالت اصلی می‌باشد. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم‌علیه قرار نگیرد، بی‌گناه شناخته می‌شود». واضح است که بر اساس قانون اساسی افغانستان برائت ذمه اصلی است که در جریان تمام مراحل محاکمه جزایی اعتبار دارد. در مرحله ماقبل محاکمه اصل برائت ذمه مستلزم آن است که اقداماتی که علیه متهم صورت گرفته متناسب به ثقلت اتهامات علیه وی و هدف این اقدامات باشد. به گونه مشخص می‌توان گفت هر اقدام اجباری‌ای که علیه شخص در مرحله ماقبل محاکمه اتخاذ می‌گردد بایست ضرورت آن احساس شود و متناسب باشد. لذا توقیف وقایوی یا ماقبل محاکمه یک حالت استثنائی است که باید با ارائه دلایل مقنع توجیه گردد: مانند خطر انسداد تحقیق یا خطر فرار. هر چند ماده‌های ۶، ۳۵ و ۳۶ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم افغانستان به تناسب ماده ۱۰ قانون اساسی پاکستان به تفصیل ارائه نشده‌اند، با آنهم نشان می‌دهند که آزادی شخصی را که هنوز جرم وی تثبیت نشده است نمی‌توان عمداً محدود ساخت. مراجعه شود به فصل اول، بخش (ه) این کتاب.

در جریان محاکمه، اصل برائت ذمه نخست از همه، مستلزم بی‌طرفی قاضی می‌باشد. حق برائت ذمه خواهان آن است که قاضیان و سایر مأمورین دولتی از پیش‌داوری نسبت به یک قضیه خودداری ورزند. این بدین معنی است که مقامات عدلی، به‌ویژه خرنوالان و پولیس نباید تقصیر یا بی‌گناهی شخص متهم را قبل از نتیجه محاکمه اعلام نمایند. از این جهت، مقامات دولتی وظیفه دارند مانع نفوذ و دخل‌اندرکاری رسانه‌های خبری و یا دیگر گروههای مقتدر اجتماعی در نتیجه‌گیری واقع‌بینانه یک قضیه شوند. هرگاه خطر آن احساس شود که ممکن است مردم قضیه را پیش‌داوری و نکوهش کنند، ثبت مطبوعاتی جریان محاکمه باید اداره شود. به گونه مثال، می‌توان به کارکنان رسانه‌های گروهی دستور داد که تصاویر محکمه را نشان ندهند یا اسم متهم را تذکار ننمایند. علاوه بر آن، نه تنها در نظر گرفتن جنبه‌های اجرائی بیانات قبل از وقت درباره بی‌گناهی یا تقصیر یک شخص مظنون یا متهم، بلکه همچنین این امر نیز مهم است که قلمداد کردن شخص مظنون یا متهم به عنوان مجرم قبل از صدور حکم محکمه ممکن است منجر به یک نوع لکه‌ننگ یا عیب شخص در ماحول اجتماعیش گردد. این تأثیر بدنامی ممکن است حتی اگر محکمه بعداً بی‌گناهی وی را اعلام بدارد کاملاً از میان برداشته نشود.

همچنین بنا بر اصل برائت ذمه، اداره تعقیب عدلی بار مسئولیت اثبات را بر دوش می‌گیرد. هرگاه پس از ارزیابی دلایل شک و تردید مستدل باقی بماند، متهم باید تبرئه شود (چنانچه یک اصل حقوقی چنین مقرر می‌دارد: *in dubio pro reo*، در صورت شک و تردید، محاکمه به نفع متهم فیصله می‌شود). حتی اعتراف متهم را نمی‌توان دلیل قاطع مجرمیت متهم دانست. محکمه باید به حقیقت اعتراف و بدین وسیله به گناه متهم متیقن باشد.

تبصره پیرامون قضایا

أ) مطابق به ماده ۲۵ قانون اساسی افغانستان و ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم یک شخص مظنون یا متهم الی حکم نهائی محکمه بی گناه پنداشته می شود. لذا فیصله های قبل از محکمه نمی تواند بر اساس گناه فرضی مظنون اتخاذ گردد. یگانه توجیهی که بر مبنای آن حقوق وی محدود ساخته شده می تواند همانا ضرورت جمع آوری دلایل و اثبات حقیقت است، و یا به عبارت دیگر حفظ اجراءات مقامات قضائی طوری که در ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تسجیل یافته است. بنا بر این، قاضی اجازه نداشت تصمیم خویش را بر اساس فرض گناهکاری احمد اتخاذ نماید.

ب) یکی از پیامدهای براءت ذمه این است که وظیفه اثبات به دوش مقامات خرنوالی می باشد. بدین ترتیب، هرگاه محکمه پس از ختم پذیرش و استماع دلایل هنوز هم شک و تردید معقول درباره گناه متهم داشته باشد، باید وی را تبرئه کند. در قضیه مورد نظر قاضی احتمال داده بود که حسن مرتکب جرم شده است. این کافی و بسنده نیست. فیصله ناقص بوده و با اصل براءت ذمه مغایرت دارد.

الترناتیف: وظیفه اثبات که به دوش خرنوالی گذاشته شده است به این معنی است که گناه متهم باید به محکمه ثابت شود. هیچ حکم قانونی ای وجود ندارد که به موجب آن اقرار به حیث دلیل قاطع و تخلف ناپذیر مجرمیت متهم پنداشته شود. هرگاه محکمه به حقیقت اعتراف باور نداشته باشد این اقرار نمی تواند گناه متهم را ثابت سازد. لذا فیصله محکمه مخالف اصل براءت ذمه می باشد.

ج) قوانین خارجی

ماده ۶۷ قانون اساسی مصر

پاراگراف ۱: متهم تا زمانی که از جانب یک محکمه قانونی ای که وی در آن حق دفاع از خویش را داشته باشد مجرم شناخته شود، بی گناه می باشد.

اصل ۳۷ قانون اساسی ایران

اصل براءت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

ماده ۱۰ قانون اساسی پاکستان

(۴) هیچ قانونی راجع به توقیف وقایوی نباید تصویب شود مگر در مورد اشخاصی که عملشان مخالف تمامیت، امنیت و دفاع پاکستان و یا بخشی از آن، یا روابط خارجی پاکستان، یا نظم عامه، یا پیشبرد انتقالات و خدمات باشد. و هیچ چنین قانونی مدت توقیف را به بیش از سه ماه اجازه نمی دهد، مگر اینکه هیئت بررسی مربوطه پس از اینکه به وی فرصت دهد که اظهارات خویش را شخصاً بیان نماید، دوسیه شخص را مطالعه نموده و گزارش خویش را قبل از انقضای مدت فوق الذکر ارائه نماید مبنی بر اینکه به نظر هیئت بررسی، دلایل کافی برای چنین توقیف وجود دارد؛ تمدید توقیف نیز بیش از سه ماه نمی باشد، مگر اینکه هیئت بررسی مربوطه دوسیه شخص را

مطالعه نموده و گزارش خویش را قبل از انقضای هر مدت سه ماهه ارائه نماید مبنی بر اینکه به نظر هیئت بررسی دلایل کافی برای چنین توقیف وجود دارد.

(۵) هرگاه شخصی بنا بر حکم قانون مبنی بر توقیف وقایوی گرفتار شود، مقامی که قرار توقیف وی را صادر می نماید طی پانزده روز سر از تاریخ توقیف به این شخص دلایل صدور قرار توقیف را اخبار می نماید و به وی به زودترین فرصت امکان می دهد که در برابر این قرار اعتراض خویش را ارائه نماید.

البته مقام صادرکننده قرار توقیف از ارائه حقایق ابراء ورزیده می تواند که افشای آن به نظر این مقام مغایر منافع عامه باشد.

(۶) مقام صادرکننده قرار توقیف کلیه اسناد ذیربط دوسیه را به هیئت بررسی مربوطه تسلیم می کند مگر اینکه تصدیقی به امضای رئیس حکومت محلی ذیربط مبنی بر اینکه تسلیمی این اسناد به نفع منافع عامه نیست، ارائه گردد.

(۷) طی مدت زمان بیست و چهار ماه سر از تاریخ توقیف اولی که مطابق به قرار توقیف بر اساس قانون مبنی بر توقیف وقایوی انجام می یابد، هیچ شخص مطابق به چنین قرار به سبب انجام فعالیت مخالف نظم عامه برای مدت مجموعی بیشتر از هشت ماه و در سایر موارد دیگر دوازده ماه توقیف نمی شود:

به شرط اینکه این فقره در مورد شخصی تطبیق نگردد که توسط دشمن استخدام شده، یا برای دشمن کار می کند و یا به هدایت دشمن فعالیت می نماید و یا علیه تمامیت، امنیت و دفاع پاکستان یا بخشی از آن اقدام کرده یا شروع به اقدام می کند، و یا مرتکب عملی می شود یا شروع به ارتکاب عملی می کند که بر اساس قوانین فدرالی پاکستان اقدام ضدملی شناخته می شود، و یا عضو سازمانی یا گروهی است که هدف آن چنین عمل ضدملی می باشد و یا به چنین عمل ضدملی مخالفت نمی ورزد.

از رویه قضائی پاکستان

قانون ضد تروریزم مصوب سال ۱۹۹۷ خلاف روحیه قانون اساسی پاکستان است، زیرا مغایر اصل برائت ذمه بوده و مبهم است.^۵

^۵ The All Pakistan Legal Decision (P.L.D.) 2000, Supreme Court (S.C.) 111, p.158.

پیشنهاد برای مباحثه:

- اشتراک کنندگان چی نوع معلوماتی را در مورد قضایای مهم به رسانه‌های گروهی ارائه خواهند کرد؟
- فشار عامه چگونه در محاکمه جزائی نفوذ می‌کند؟
- نقش قاضی در رابطه با شخص متهم چی می‌باشد. به عبارۀ دیگر، آیا وی در مورد حقوق متهم وجیهه‌ای دارد یا خیر؟
- آیا اشتراک کنندگان انگیزۀ اعتراف کاذب مظنون یا متهم را تصور کرده می‌توانند؟

(د) اشکال ممنوعه استنطاق و بازرسی

أ) عالم به اتهام سرقت دستگیر می‌گردد. در توقیف‌خانه، پولیس او را توسط کتاب ضخیم تا حدی لت و کوب می‌کند که به گناه خویش اعتراف می‌نماید. آیا رویه و رفتار پولیس بر اساس قانون می‌باشد؟

ب) عثمان به اتهام چندین جرم دستگیر می‌گردد. پولیس به خاطر اخذ اقرار او را در برابر یک سگ بزرگ و پرهیبت قرار داده و تهدید می‌کند که سگ را به جان وی رها خواهد کرد. عثمان که با ترس زیاد زندگی خویش را در مخاطره می‌بیند به تمام جرایم اعتراف می‌کند. آیا پولیس عدلی قانون را نقض کرده است؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان

تعذیب انسان ممنوع است.

هیچ شخص نمی‌تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزاء باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد.

تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد ممنوع است.

ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان

اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود، اعتبار ندارد.

اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمه باصلاحیت.

ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۴) اشخاص مظنون و متهم تحت هیچ گونه فشار روحی و یا جسمی قرار گرفته نمی‌توانند.

(۵) اظهارات مظنون و متهم در فضای کاملاً آزاد اخذ می‌گردد.

ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

دلایل و شواهدی که بدون رعایت احکام قانون جمع‌آوری شده باشد فاقد اعتبار بوده، محکمه نمی‌تواند مستند به آن حکم نماید.

ماده ۴ قانون جزاء افغانستان

(۲) تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد جواز ندارد.

ماده ۳ قانون محابس و توقیف‌خانه‌های افغانستان

(۱) کارکنان محابس و توقیف‌خانه‌ها، خارنوالان، قضات و سایر اشخاصی که به نحوی از انحا با محبوسین و اشخاص تحت توقیف سر و کار دارند، مکلف‌اند حین اجرای وظایف، با محبوسین و اشخاص تحت توقیف، حقوق بشر را رعایت نموده، با آنها بدون درنظرداشت قوم، ملیت، مذهب، دین، نژاد، رنگ، جنس (زن و مرد)، زبان، موقف اجتماعی یا سیاسی و سایر چنین ملاحظات، طور بی‌طرفانه برخورد نمایند.

ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

هیچ کس مورد شکنجه و آزار و یا رفتار و مجازات ظالمانه و غیرانسانی قرار نمی‌گیرد.

ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۱) درباره کلیه افرادی که از آزادی خود محروم شده‌اند با انسانیت و احترام به حیثیت ذاتی شخص انسان رفتار می‌شود.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۳) هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمینهای حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد:

(ز) مجبور ساخته نشود که علیه خویش شهادت بدهد یا به جرم خویش اعتراف نماید.

ب) تبصره پیرامون اشکال ممنوعه استنطاق و بازرسی

مقامات قضائی حین برخورد با مظنون یا متهم و استنطاق وی باید ممنوعیتهای عدیده را رعایت نمایند. یکی از مهم‌ترین آنها ممنوعیت شکنجه در کلیه مراحل محاکمه جزائی می‌باشد. این یک حق مطلق و مسلم است. آن را نمی‌توان تعلیق کرد حتی در زمان جنگ یا حالت اضطراری. همچنین اجازه نیست به دساتیر مقامات بالائی به خاطر توجیه استفاده از اعمال شکنجه و یا تهدید به آن استناد کرد.

مطابق به ماده ۱ میثاق بین‌المللی بر ضد شکنجه و سایر رفتارها یا مجازات ظالمانه، غیرانسانی یا اهانت‌آمیز^۶ مصوب سال ۱۹۸۴، «اصطلاح شکنجه عبارت است از هر عملی که به موجب آن درد یا رنج شدید جسمی یا روحی به طور عامدانه بر یک شخص تحمیل شود، بدین منظور که از او یا شخص ثالثی اطلاعات یا اقرار به دست آورده شود، او یا شخص ثالثی به خاطر ارتکاب عملی یا مظنون بودن به ارتکاب آن عمل مجازات شود، یا او یا شخص ثالثی مورد ارباب یا اکراه قرار گیرد، و یا به طور کلی به هر منظوری که مبتنی بر هر نوع تبعیض باشد؛ مشروط بر اینکه چنین درد یا رنجی را مأمور رسمی یا هر شخص دیگری که در موقف اجرای اختیارات رسمی است وارد کند یا به تحریک یا با رضایت یا به موافقت چنین شخص وارد شود. این تعریف، درد یا رنجی را که فقط از مجازات قانونی ناشی می‌شود، در آن مضمهر بوده و یا بدان وابسته می‌باشد، شامل نمی‌گردد.»

اعمال شکنجه، طوری که در قوانین بین‌المللی و ملی تعریف شده، همانا به کارگیری غیرمناسب قوه توسط مجریان قانون است، از قبیل:

- حبس متداوم انفرادی،^۷
- فشار جسمی در جریان تحقیق مانند روپوشی، موسیقی متداوم، جنباندن، محروم ساختن از خواب، تهدید به مرگ و غیره و
- انجام تجربیات طبی.

اعمال قوه توسط مجریان قانون بایست استثنائی باشد؛ در حالی که مجریان قانون ممکن است صلاحیت داشته باشند درحالات معقولاً ضروری به خاطر پیشگیری از جرم یا مساعدت در گرفتاری قانونی مجرمین یا اشخاص متهم، از زور کار بگیرند، اعمال قوه صرف به اندازه حداقل آن مجاز است. در موارد مقاومت مظنون یا متهم در برابر مأمور رسمی یا خطر مصونیت وی می‌توان از حداقل وسیله قوه استفاده نمود. فراتر از آن مجاز نیست. قوانین کشور معمولاً توسل به قوه قهریه توسط ظابطان قانون را به اصل تناسب محدود می‌سازد. باید دانست که این اصل تناسب مذکور در قوانین کشور بایست حین تفسیر احکام مربوط در نظر گرفته شوند. هرگز

^۶ این میثاق از جانب مجمع عمومی سازمان ملل متحد بر اساس فیصله‌نامه شماره ۴۶/۳۹ مورخ ۱۰ دسامبر سال ۱۹۸۴ به تصویب رسید و برای امضاء، تصویب و الحاق گشوده شد. افغانستان به تاریخ ۴ فبروری سال ۱۹۸۵ آن را به تصویب رساند که به تاریخ ۲۶ جون سال ۱۹۸۷ نافذ گردید.

^۷ کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر، سال ۱۹۸۲، OEA/Ser. L/V/II.57, doc 6، صفحه ۱۲۴.

باید احکام طوری تفسیر نشوند که به استفاده از قوه به اندازه‌ای که با هدف مشروع غیرمتناسب باشد اجازه داده شود.

در عمل، رعایت از اصل منع رفتار اهانت‌آمیز نسبت به منع شکنجه دشوارتر است. رعایت منع تحمیل «فشار جسمی یا روانی بر شخص متهم»^۸ نیز آسان نیست، زیرا چنین اعمال ممنوعه ممکن است از طرف تمام اشخاص ذیدخل یکسان قضاوت نشود. مرز میان رفتار اهانت‌آمیز و شکنجه همیشه واضح نیست. به همین سان، مرز میان اقدامات مناسب قانونی از جانب مقامات قضائی و اعمال فشار نامشروع همیشه واضح نیست.

قانون اساسی و دیگر قوانین موضوعه افغانستان هم شکنجه و هم وارد ساختن فشار جسمی و روانی را منع می‌کنند. بند ۴ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم که بر حکم آن شخص مظنون یا متهم نباید مورد هیچ گونه ترس و ارباب و یا شکلی از فشار جسمی یا روانی قرار بگیرد، انعکاس‌دهنده فقره ۱ و ۲ ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان می‌باشد که در آن شکنجه در تمام مراحل محاکمه ممنوع شده است. فقره ۱ ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان چنین محافظت در برابر شکنجه و رفتار اهانت‌آمیز در مرحله قبل از محاکمه و در جریان محاکمه را تقویه نموده است و ارائه دلایلی را که بر مبنای جبر و اکراه به دست آمده باشد اجازه نمی‌دهد. با تعریف واضح و صریح اصطلاح «اقرار» در قانون اساسی به مثابه اعتراف متهم در حضور محکمه باصلاحیت با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، انگیزه متوسل شدن به استفاده غیرقانونی قوه از میان برداشته می‌شود، زیرا اظهارات خارج از شاخصهای فوق‌الذکر به حیث دلیل قضیه استفاده شده نمی‌تواند (مراجعه شود به ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). امید است این شاخصهای روشن در مورد اقرار، به عنوان یکی از مهم‌ترین دلایل قانونی، رفتار سوء با شخص مظنون یا متهم از جانب مقامات عدلی را که آرزو دارند قضیه‌شان را به پیش برند کاهش بخشد. این محافظت در برابر شکنجه و رفتارهای اهانت‌آمیز در فقره ۲ ماده ۴ قانون جزاء افغانستان، که در آن تعیین هرگونه جزای مخالف کرامت انسانی ممنوع شده است، و در ماده ۳ قانون محابس و توقیف‌خانه‌های افغانستان، که در آن به رعایت حقوق بشر طی اقامت زندانیان محکوم در زندان تصریح شده است، به مرحله پس از محاکمه نیز توسعه یافته است.

^۸ کیلی مقابل جامایکا، اطلاع شماره ۱۹۸۷/۲۵۳، ملل متحد GAOR اجلاس ۴۶، ضمیمه ۴۰، صفحه ۲۴۱.

تبصره پیرامون قضایا

ا) مطابق به فقره ۱ و ۲ ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان و فقره ۴ و ۵ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم شکنجه ممنوع است و هیچ شخص حتی به مقصد کشف حقیقت نمی‌تواند به شکنجه توسل جوید. شکنجه را می‌توان به مثابه عمل یک کارمند دولتی که قصداً باعث درد و عذاب شدید جسمانی یا روحی شخص به خاطر نیل به یک هدف معین چون گرفتن اعتراف می‌گردد، تعریف نمود.^۹

پولیس قصداً عالم را برای آنکه او را مجبور به اعتراف کند ذریعه یک کتاب ضخیم لت و کوب می‌کند. درد شدید جسمانی عبارت از هر دردی است که فقط «درد ناچیز» نباشد. چون لت و کوب کردن ذریعه یک کتاب ضخیم خیلی دردناک است، عمل پولیس باید به مثابه شکنجه تلقی شود. بدین ترتیب، پولیس ممنوعیت شکنجه را نقض نموده است.

علاوه بر آن، باید تصریح گردد که دلایلی که در نتیجه شکنجه به دست آمده در محکمه فاقد اعتبار می‌باشد مراجعه شود به فقره ۱ ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان و ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

ب) حتماً لازم نیست یک عمل درد جسمانی در قبال داشته باشد تا به حیث شکنجه پنداشته شود. وارد آوردن درد روانی نیز می‌تواند شکنجه محسوب شود، هرگاه شدت درد آن به اندازه درد جسمانی‌ای که در فوق به آن اشاره شد قابل مقایسه باشد. در قضیه مورد نظر عثمان هراس از مرگ داشت. این هراس یکی از شدیدترین اشکال درد روانی به شمار می‌آید. لذا باید به حیث عمل شکنجه به حساب آید.

بدین ترتیب پولیس حکم قانون مبنی بر منع شکنجه را نقض کرده است و اعتراف وی را نمی‌توان برضد عثمان به کار گرفت (ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم).

ج) قوانین خارجی

ماده ۴۳ قانون اساسی مصر:

پاراگراف ۱: با هر شخصی که دستگیر یا توقیف گردیده و یا آزادی‌اش محدود گردیده به شیوه‌ای که به حفظ کرامت وی سازگار باشد رفتار می‌شود.

پاراگراف ۲: هیچ گونه گزند جسمی یا اخلاقی نباید به وی وارد شود.

پاراگراف ۳: وی را نمی‌توان توقیف یا زندانی ساخت، به استثناء مواردی که در قوانین تنظیم امور محابس تعریف شده است.

اصل ۳۸ قانون اساسی ایران

هر گونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.

^۹ م. نوواک، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ملل متحد، کیل؛ شتراسبورگ؛ ارلینگتون، ۲۰۰۵، صفحه ۱۶۱.

اصل ۳۹ قانون اساسی ایران

هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده، به هر صورت که باشد، ممنوع و موجب مجازات است.

ماده ۴ قانون اساسی پاکستان

(۱) استفاده از حمایت قانون و رفتار قانونی حق مسلم و لایتنجری هر تبعه کشور است، در هر جایی که باشد؛ هر شخص دیگر در مدت زمانی که در قلمرو پاکستان اقامت دارد از این حق مستفید می‌گردد.

(۲) به خصوص:

(أ) هیچ گونه اقدامی که به زندگی، آزادی، جسم، شهرت یا جایداد شخص لطمه وارد کند اتخاذ نمی‌شود مگر مطابق به احکام قانون.

ماده ۱۴ قانون اساسی پاکستان

پاراگراف ۲: هیچ شخص به منظور کسب معلومات و دلایل شکنجه نمی‌شود.

پیشنهاد برای مباحثه:

- اشتراک‌کنندگان شکنجه را چگونه تعریف می‌کنند؟ به نظر ایشان آیا شکنجه فشار روانی را احتوا می‌کند؟ (مراجعه شود به ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان و ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). چی نوع شیوه و رفتار با متهم جایز است؟
- محتوای حقیقی اعترافاتی که زیر فشار صورت می‌گیرند چی است؟
- آیا اشتراک‌کنندگان می‌توانند حالتی را تصور کنند که در آن شکنجه موجه باشد؟

هـ) آزادی از توقیف خودسرانه

أ) عالم و بابر هر دو تاجرپیشه‌اند. بابر به منظور آنکه چانس خویش را در یک معامله پرمفعت تجارتي افزایش بخشد به قاضی رشوه می‌دهد. قاضی هم بنا بر آن، امر توقیف عالم را صادر می‌کند. کدام نوع تخلف از قانون را شما می‌توانید در این جا تشخیص دهید؟

ب) فاضل به جعلکاری مظنون است. خارنوال که خیلی مصروف است امر توقیف وی را صادر می‌کند تا که بتواند تا در فرصت مساعد به این قضیه رسیدگی کند. آیا این عمل خارنوال به احکام قانون مطابقت دارد؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۴ قانون اساسی افغانستان

آزادی حق طبیعی انسان است. این حق حدودی ندارد تا زمانی که حقوق دیگران و مصالح عامه را که توسط قانون تنظیم می‌گردد، متأثر نسازد.

آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است.

دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف می‌باشد.

ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان

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 آن نافذ گردیده باشد.

ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان

... متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد.

ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

از آغاز اقامه دعوی جزائی الی تثبیت مسئولیت جرمی که شخص به حکم نهائی محکمه محکوم علیه قرار می‌گیرد، بی‌گناه پنداشته می‌شود. اگر فیصله باعث سلب و یا محدودیت حقوق بشری شخصی می‌گردد باید استوار به دلایل قانونی بوده که محدود به کشف حقیقت باشد.

ماده ۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) مدت توقیف مؤقت بعد از گرفتاری در جریان تحقیق طبق حکم ماده (۳۶) تعیین می‌گردد.

(۲) محکمه ابتدائی می‌تواند در جریان محاکمه مدت توقیف را برای دو ماه اضافی تمدید نماید.

محکمه مرافعه می‌تواند در جریان محاکمه این مدت را برای دو ماه دیگر تمدید نماید.

ستره محکمه در جریان محاکمه صلاحیت دارد این مدت را برای پنج ماه دیگر تمدید نماید.
(۳) هرگاه میعاد تمدید مندرج فقره (۲) این ماده در جریان محاکمه منقضی شود، شخص توقیف شده از حبس رها می گردد.

ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) هرگونه تخلفات اجرائی متفاوت از احکام مندرج ماده پانزدهم در صورتی فاقد اعتبار شناخته می شود که اشخاص ذیدخل به آن اعتراض نمایند.
- (۲) هرگاه اعتراض حین تحقیق و یا در جریان محاکمه مطرح گردد، محکمه ذیصلاح می تواند در مورد تجدید نظر اجراءات تصمیم اتخاذ نماید.
- (۳) اعتراض در هر قضیه به محکمه مرافعه و یا ستره محکمه تقدیم شده می تواند.
- (۴) محکمه مرافعه و یا ستره محکمه بی اعتبار بودن اجراءات را زمانی اعلام می کند که متیقن گردد تخلفات اجرائی باعث انحراف در وقت تصمیم گیری دوسیه گردیده است.

ماده ۳۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) پولیس عدلی می تواند به صلاحیت خود در حالات ذیل شخص را گرفتار نماید:
 - ۱- حین ارتکاب جرم جنایت یا جنحه ای که جزای آن حبس متوسط باشد.
 - ۲- شخصی که به حیث مرتکب جرم جنایت قلمداد شده و امکان غایب شدن او متصور باشد.
- (۲) در سائر حالات، گرفتاری توسط پولیس عدلی به اساس دستور مقامات عدلی و قضائی باصلاحیت صورت می گیرد.

ماده ۳۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) پولیس عدلی بعد از گرفتاری شخص و تثبیت وی، دلایل گرفتاری را به وی ابلاغ و توضیح نماید، پولیس عدلی مکلف است حداکثر در مدت ۲۴ ساعت در همان جرم به استنطاق و بازجویی مظنون اقدام نماید.
- (۲) پولیس عدلی مکلف است بعد از انجام استنطاق راپور اجراءات خود را به خارنوال ابتدائیه مربوط ارسال و مظنون را غرض بازجویی و استنطاق بعدی به وی تسلیم نماید.

ماده ۲۵ قانون پولیس

پولیس می تواند جهت کشف همه جانبه جرم و مجرم، مظنون گرفتار شده را برای مدت الی (۷۲) ساعت تحت نظارت^{۱۰} قرار دهد.

^{۱۰} عبارت «تحت نظارت» کاملاً واضح نیست و می تواند هم به معنی توقیف و هم زیر نظر داشتن باشد.

ماده ۳۳ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) خرنوال ابتدائیه مکلف است بعد از دریافت اطلاع در مورد اجرای پولیس عدلی مندرج مواد ۳۰، ۳۱ و ۳۲ بلافاصله در مورد تأیید، رد و یا الغای آن تصمیم اتخاذ نماید.
- (۲) خرنوال ابتدائیه صلاحیت دارد قبل از اتخاذ تصمیم در مورد تأیید، رد و یا الغای اجرای پولیس عدلی از ایشان توضیحات بیشتر مطالبه نماید.

ماده ۳۴ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) خرنوال ابتدائیه مکلف است در مدت ۴۸ ساعت بعد از تسلیمی شخص به وی استنطاق نماید.
- (۲) خرنوال ابتدائیه می تواند در صورتی که ادامه توقیف شخص مظنون را ضرور نداند، به رهائی آن امر بدهد.

ماده ۳۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) خرنوال ابتدائیه می تواند در جریان تحقیق به گرفتاری شخص مرتکب جرم جنایت یا جنحه ای که مجازات آن حبس متوسط باشد و یا به جرم جنایت قلمداد گردیده، و به ضبط اشیای مرتبط به جرم امر صادر نماید.
- (۲) شخص دستگیر شده باید در مدت ۴۸ ساعت مورد استنطاق قرار گیرد.

ماده ۳۶ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) هرگاه گرفتاری توسط پولیس عدلی صورت گرفته و از طرف خرنوال تأیید یا قرار توقیف توسط خرنوال صادر گردیده و این قرار به قوت خود باقی مانده باشد و خرنوال در ظرف ۱۵ روز از تاریخ گرفتاری صورت دعوی را به محکمه تقدیم ننماید، متهم رها می گردد. مگر اینکه به اثر درخواست به موقع خرنوال مدت توقیف برای ۱۵ روز دیگر تمدید شده باشد.

ماده ۵۳ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم

- (۳) رسیدگی به قضیه در جلسه قضائی با رعایت مراتب ذیل صورت می گیرد:
- ۲- در صورتی که متهم تحت توقیف باشد، محکمه مکلف است فوراً قضیه را رسیدگی نماید که آیا توقیف قانونی است یا خیر؟ و در صورتی که توقیف او را غیر قانونی و غیر ضروری تشخیص دهد، به رهائی متهم فیصله را صادر می نماید.

همچنین مراجعه شود به مواد ۴۱۴ الی ۴۱۷ قانون جزاء افغانستان

ماده ۳۷ قانون مبارزه علیه مواد مخدر

(۸) هرگاه مقدار مواد مخدر کمتر از مقادیر مندرج اجزای فقره (۴) ماده سی و چهارم این قانون باشد، مراجع مندرج اجزای فقره (۴) این ماده مکلف اند استنطاق و بازجویی مظنونین را حداکثر در مدت (۷۲) ساعت تکمیل و قضایا را غرض تحقیق و تعقیب عدلی طبق احکام قانون به خرنوالیهای مربوط احاله نمایند.

(۹) هرگاه مقدار مواد مخدر مطابق مقادیر مندرج اجزای فقره (۴) ماده سی و چهارم این قانون در خارج از ساحه ولایت کابل کشف و مرتکبین آن دستگیر گردند، در این صورت مراجع مندرج اجزای فقره (۴) این ماده مکلف اند، حداکثر الی مدت (۷۲) ساعت بعد از کشف و دستگیری، راپوری را در مورد تهیه نموده و متهم را به خرنوالی ابتدائیه محل وقوع جرم تسلیم نمایند و پولیس مبارزه با مواد مخدر در مدتی که نباید بیشتر از (۱۵) روز بعد از دستگیری دوام نماید، مظنون را توأم با معلومات ابتدایی، دلایل و شواهد، جهت اکمال استنطاق و بازجویی به اداره پولیس مبارزه با مواد مخدر به کابل انتقال دهد.

در این صورت، میعاد استنطاق و بازجویی آنها از تاریخی که مظنون به کابل انتقال و تحت نظارت پولیس مبارزه با مواد مخدر قرار می گیرد آغاز می شود، اما میعاد تسلیمی مظنون به خرنوالی اختصاصی مواد مخدر از تاریخ دستگیری نباید از (۱۵) روز تجاوز نماید. خرنوالی اختصاصی مواد مخدر، به مجرد اطلاع، مکلف است موضوع دستگیری مظنون خارج از ولایت کابل را به اطلاع دیوان ابتدائیه مرکزی مواد مخدر رسانیده و قرار دیوان ابتدائیه مرکزی مواد مخدر را در مورد روزهای اضافی نظارت اخذ نماید. خرنوالی اختصاصی مواد مخدر در مورد تحقیق و تعقیب قضیه مطابق حکم ماده سی و ششم قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم اقدام می نماید.

ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۱) هر شخص حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ شخص خودسرانه دستگیر یا توقیف نمی شود. آزادی هیچ شخص سلب نمی شود مگر بر اساس دلایل و طبق اجراءاتی که در قانون پیش بینی شده است.

(۲) هر شخص که دستگیر می شود در موقع گرفتاری از دلایل توقیف خویش مطلع گردیده و از هرگونه اتهامی که به وی نسبت داده می شود به اسرع وقت باخبر ساخته می شود.

(۳) هر شخصی که به اتهام جرمی دستگیر یا توقیف گردیده به اسرع وقت در محضر قاضی یا هر مقام دیگری که مجاز به اعمال اختیارات قضائی باشد حاضر ساخته می شود. وی حق دارد که در مدت زمان معقول یا محاکمه شود یا آزاد ساخته شود. قاعده کلی باید این نباشد که اشخاصی که در

انتظار محاکمه هستند در توقیف به سر برند، بلکه آزادی مؤقت ممکن است مشروط بر تضمینهای بشود که حضور متهم را در جلسه محکمه و سایر مراحل رسیدگی قضائی و حسب المورد برای اجرای حکم تأمین نماید.

- (۴) هر شخص که در اثر دستگیری یا توقیف از آزادی اش محروم می شود حق دارد به محکمه شکایت نماید تا محکمه بدون تأخیر راجع به قانونی بودن توقیف وی تصمیم اتخاذ نماید و در صورتی که توقیف وی غیرقانونی ثابت شود حکم رهائی وی را صادر نماید.
- (۵) هر شخصی که به طور غیر قانونی دستگیر یا توقیف شده باشد حق جبران خسارت دارد.

ماده ۱۰ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۲) -

- أ) متهمین به جز در حالات استثنائی از محکومین جدا نگهداری می شوند و تابع نظام جداگانه ای متناسب با وضع اشخاص غیر محکوم می باشند.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

- (۳) هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمینهای حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد:
- ب) از ماهیت و علت اتهامی که به او نسبت داده می شود، در اسرع وقت و به تفصیل به زبانی که او بفهمد، مطلع شود.

ب) تبصره پیرامون آزادی از توقیف خودسرانه

آزادی از توقیف خودسرانه که در ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بیان شده است متضمن آن است که سلب آزادی‌ای که توسط قانون تجویز شده صریحاً غیر متناسب، غیر عادلانه یا غیر قابل پیش‌بینی نباشد و در شیوه اجرای آن هیچ تبعیض روا نشود، بلکه با در نظر داشت حالات هر قضیه مناسب و متناسب باشد.^{۱۱} اصل قانونیت که در این حق مضمر است بایست هم از لحاظ ماهوی و هم از لحاظ اجرائی در نظر گرفته شود. به این معنی که برای گرفتاری باید دلایلی قانونی وجود داشته باشد و اینکه گرفتاری باید به نحو قانونی انجام یابد. یکی از تضمینهای مهم این حق همانا وجیه حاضر ساختن بلا تأخیر متهم در برابر قاضی است که صلاحیت دارد وی را آزاد سازد هرگاه توقیف وی غیرقانونی باشد. این امر کنترل مؤثر یک مقام مستقل بر توقیف را تأمین کرده و لذا خطر توقیف خودسرانه را کاهش می‌دهد.

ماده ۲۴ قانون اساسی افغانستان که در آن آزادی به حیث حق طبیعی انسان تعریف شده است، نشان می‌دهد که حق آزادی از توقیف خودسرانه در زمینه حقوقی افغانستان چقدر اهمیت دارد. ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان که مطابق به آن هیچ شخص بدون احکام قانون تعقیب، گرفتار و توقیف نمی‌شود، تصریح می‌دارد که توقیف خودسرانه در مراحل قبل از محاکمه، در جریان محاکمه یا بعد از محاکمه ممنوع می‌باشد. این اصل با براءت ذمه ارتباط خیلی نزدیک دارد (مراجعه شود همچنین به فصل اول بخش ج). فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان که مطابق به آن متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد، برای شخصی که در توقیف به سر می‌برد فرصت می‌دهد علیه توقیف اعتراض نماید و قضیه‌اش از جانب یک مقام مستقل مورد ارزیابی قرار گیرد.

قانون جزاء و قانون اجراءات جزائی افغانستان اصولی را که در قانون اساسی افغانستان تسجیل یافته است از طریق ارائه مقررات مفصل پیرامون مسئله توقیف تحقق می‌بخشد. طوری که در ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم آمده است، تصامیم مبنی بر تحریمها و محدودیتهای حقوق بشری شخص بایست جداً منحصر به ضرورت جمع‌آوری دلایل و دریافت حقیقت باشد. خانونال می‌تواند تنها قبل از محاکمه مطابق به حکم ماده ۳۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم در مورد گرفتاری شخصی که مرتکب جرم جنایت یا جنحه ای که مجازات آن حبس متوسط باشد، امر صادر نماید.^{۱۲} فقره ۲ ماده ۳۵ حکم می‌کند که شخص گرفتار شده بایست در مدت ۴۸ ساعت مورد استنطاق قرار گیرد. مطابق به ماده ۳۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، پولیس عدلی عموماً صرف اجازه دارد به منظور تطبیق احکام مقامات قضائی به گرفتاری اشخاص

^{۱۱} همانجا صفحه ۲۲۵.

^{۱۲} مطابق ماده ۲۴ قانون جزاء افغانستان جنایت جرمی است که مرتکب آن به اعدام یا حبس دوام و یا حبس طویل محکوم گردد. و مطابق به ماده ۲۵ قانون جزاء افغانستان 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.

مبادرت ورزد. استثنائی که در این زمینه وجود دارد در بند ۱ ماده ۳۰ این قانون تذکار رفته است و آن اینکه پولیس می‌تواند به صلاحیت خویش به گرفتاری اشخاص حین ارتکاب جرم جنایت یا جنحه‌ای که جزای آن حبس متوسط باشد و یا شخصی که به حیث مرتکب جرم جنایت قلمداد شده و امکان غایب شدن او متصور باشد، اقدام ورزد. شخص دستگیرشده بایست از دلیل گرفتاری خویش مطلع و طی مدت ۲۴ ساعت مورد بازجوئی و استنطاق قرار گیرد (فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). بلافاصله پس از آن باید مظنون به خارنوال ابتدائیه سپرده شود تا روی توقیف بعدی تصمیم اتخاذ نموده و خودش طی مدت زمان ۴۸ ساعت مطابق به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم به استنطاق آغاز نماید. بنا بر این، حسب ماده ۳۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، پولیس اجازه ندارد مظنون را برای بیش از ۲۴ ساعت تحت توقیف قرار دهد. ولی در این زمینه، ماده ۲۵ قانون پولیس باعث اشکال می‌گردد. این ماده حکم می‌کند که یک مظنون را می‌توان برای مدت الی ۷۲ ساعت تحت نظارت قرار داد. معنی این ماده کاملاً صریح نیست. امکان نخست این خواهد بود که ماده ۲۵ قانون پولیس به عنوان قانون جدیدتر، ماده ۳۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم را نسخ نموده بدین وسیله مدت توقیف مظنون را به مقایسه قانون ماقبل بیشتر می‌سازد. از جانب دیگر، عبارت «تحت نظارت» که در ماده ۲۵ قانون پولیس به کار برده شده است بیشتر معنی «تحت مشاهده و مراقبت گرفتن» را می‌دهد تا توقیف. ممکن است که تدوین‌کننده قانون پولیس خواسته است امکانات پولیس را در جهت بررسی و تحقیق جرایم و مجرمین بهبود بخشیده به عوض اینکه مدت توقیف را تمدید نماید، شیوه خاص نظارت و مراقبت را ارائه کند. بر اساس این شیوه، پولیس می‌تواند کشف نماید که آیا مظنون سعی می‌کند دلایل قضیه را از میان بر دارد و یا شهود را تهدید نماید؛ در حقیقت آنچه می‌تواند توقیف قبل از محاکمه را بر اساس حکم خارنوال یا قاضی توجیه نماید. در هر صورت، مظنون باید بعد از سپری شدن مدت اعظمی ۷۲ ساعت در صورتی که خارنوال امر توقیف وی را صادر ننماید، رها گردد. مظنون بعد از منظوری خارنوال از تاریخ دستگیری الی ۱۵ روز تحت توقیف قبل از محاکمه قرار گرفته می‌تواند. هرگاه خارنوال صورت دعوی را طی همین مدت ۱۵ روز به محکمه نسپارد، متهم مطابق ماده ۳۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم رها می‌گردد. حسب ماده مذکور توقیف وی برای مدت حد اعظم ۱۵ روز دیگر بنا بر درخواست بموقع خارنوال تمدید شده می‌تواند. فقره ۲ ماده ۳۴ همین قانون به خارنوال صلاحیت می‌دهد قانونیت توقیف را در طول جریان تعقیب عدلی الی محاکمه بررسی نماید. در بند ۲ فقره ۳ ماده ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم آمده است که قانونیت توقیف از جانب محکمه در آستانه محاکمه مورد ارزیابی مجدد قرار می‌گیرد. به همین ترتیب، در فقره ۳ ماده ۶ همین قانون تسجیل شده است که در مرحله محاکمه به مجردی که شرایط توقیف دیگر بر آورده نگردد متهم رها می‌شود. در فقره ۳ ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان آمده است که در مرحله بعد از محاکمه نیز توقیف خودسرانه وجود ندارد، زیرا بر اساس این ماده هیچ شخص را نمی‌توان بدون حکم محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ شده باشد مجازات نمود. در صورتی که متهم به حبس محکوم گردد، وی می‌تواند به منظور تجدید نظر به فیصله محکمه به محکمه

مرافعه مراجعه نماید. تطبیق حکم حبس باید بر اساس ماده ۸۵ و ۸۹ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم باشد. در مواد ۴۱۴ تا ۴۱۷ قانون جزاء افغانستان نیز احکامی وجود دارد که در آن برای گرفتاری و یا توقیف غیرقانونی مجازات تعیین شده است. این خود اشخاصی را که در موقف اجرای گرفتاری یا توقیف‌اند از این کار باز می‌دارد و مثال دیگری از محافظت در برابر توقیف خودسرانه به شمار می‌آید.

در قانون مبارزه علیه مواد مخدر ماده‌ای وجود دارد که از تصمیم مبنی بر ایجاد یک محکمه واحد مبارزه علیه مواد مخدر در کابل برای تمام افغانستان خبر می‌دهد (برای جزئیات مراجعه شود به فصل سوم بخش الف-۱). مطابق به فقره ۹ ماده ۳۷ قانون مبارزه علیه مواد مخدر، مظنونی که خارج از ولایت کابل با مقدار مواد مخدر مندرج فقره ۴ ماده ۴ سی و چهارم این قانون دستگیر شده باشد - قضیه‌ای که در ساحت صلاحیت محکمه مرکزی مبارزه علیه مواد مخدر قرار می‌گیرد - باید طی مدت ۷۲ ساعت به خارنوالی ابتدائی محل وقوع جرم تسلیم داده شود. این ماده که با ماده ۲۵ قانون پولیس مطابقت دارد و به پولیس صلاحیت می‌دهد تا مظنون را برای مدت ۷۲ ساعت تحت توقیف قرار دهد، مؤید آن است که ماده ۲۵ قانون پولیس مواد قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم را نسخ می‌نماید. پولیس مبارزه با مواد مخدر مکلف است، مظنون را توأم با دوسیه و تمام دلایل و شواهد طی مدت ۱۵ روز پس از دستگیری وی به مرکز خویش در کابل انتقال دهد. مشکل در اینجا است که مدت تحقیق پولیس مبارزه علیه مواد مخدر و نیز خارنوال مواد مخدر قبل از رسیدن مظنون به توقیف‌خانه پولیس در کابل آغاز نمی‌گردد. ولی در عین پاراگراف به گونه واضح و روشن بیان شده است که خارنوال اختصاصی مبارزه علیه مواد مخدر مکلف است، به مجرد اطلاع، موضوع دستگیری مظنون خارج ولایت کابل را به اطلاع دیوان ابتدائی مرکزی مواد مخدر رسانیده و عندالضرورت قرار دیوان ابتدائی مرکزی مواد مخدر را در مورد روزهای اضافی توقیف اخذ نماید. علاوه بر آن، در اینجا صریحاً به ماده ۳۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم مراجعه می‌شود که در صورتی که خارنوال طی مدت ۱۵ روز از تاریخ گرفتاری صورت دعوی را به محکمه تقدیم ننماید، متهم باید رها گردد.

به مفهوم دقیق آن، این ماده اجازه خواهد داد مظنون را کاملاً بر اساس تخمین پولیس برای مدت الی ۱۵ روز در زمان انتقال وی به کابل توقیف نمود زیرا از ضرورت منظوری و قرار توقیف خارنوال ابتدائی محل در این ماده تذکر نرفته است. می‌توان استدلال کرد که ماده‌های ذیربط قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم یعنی مواد ۳۳ و ۳۶ به موجب فقره ۱ ماده ۵۶ قانون مبارزه علیه مواد مخدر نسخ می‌شوند زیرا این ماده قانون مبارزه علیه مواد مخدر را نسبت به سایر قوانین رجحان می‌دهد. اما می‌توان دلایل زیادی را برخلاف این مفکوره ارائه کرد. نخست، انتقال مظنون از مراجع مجریان قانون تا به خارنوال ابتدائی هیچ مفهومی نخواهد داشت هرگاه هدف از آن بررسی و تجویز توقیف قبل از محاکمه نباشد. این امر واضح می‌سازد که چرا آنها باید گزارشی را در زمینه حتی قبل از انتقال مظنون به مرکز شهر کابل تهیه نمایند. بالأخره، آزادی فردی و برائت ذمه، هر دو، در قانون اساسی افغانستان در ماده‌های ۲۴ و ۲۵ تسجیل یافته‌اند. محدود ساختن آنها به مدت ۱۵ روز بدون قرار خارنوال یک محدودیت نامتناسب بوده آنها را نقض می‌کند. بدین ملحوظ، فقره ۹ ماده ۳۷ قانون مبارزه علیه

مواد مخدر باید بر اساس تطابق آن با قانون اساسی تعبیر و تفسیر شود. لذا، خرنوال ابتدائیه باید دلایل توقیف قبل از محاکمه را مطابق به شرایط مندرج ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم بررسی نماید زیرا حفاظت تحقیق قانونمند یگانه دلیلی است در قوانین افغانستان که می‌تواند توقیف قبل از محاکمه را در رابطه با اصل براءت ذمه توجیه نماید.^{۱۳} اگر توقیف مظنون توسط خرنوال منظور نشود، باید وی فوراً رها گردد. او را می‌توان به کابل جلب نمود ولی نمی‌توان بدون فیصله ثانی توقیف و انتقال داد.

به عنوان یک یادداشت جانبی، ایجاد یک محکمه واحد مرکزی که صلاحیت استثنائی رسیدگی به جرایم قاچاق مواد مخدر برای تمام کشور را داشته باشد در قبال اصل براءت ذمه مشکلاتی به وجود می‌آورد. در نتیجه این اصل توقیف قبل از محاکمه باید به کمترین زمان ممکن محدود گردد. این مدت بنا بر ضرورت انتقال مظنونین به کابل تمدید خواهد یافت. به عوض تمدید توقیف قبل از محاکمه، مراجع ضبط قضائی باید درباره دریافت راه تقلیل این مدت کار نمایند تا حق اساسی آزادی فردی را به ممکن‌ترین حد آن تحقق بخشند.

این گونه حمایت در برابر توقیف خودسرانه در بسا کشورهای اسلامی مورد پذیرش قرار گرفته است. در اینجا می‌توان از قوانین اساسی ایران، لبنان، مراکش و مصر نام برد. مخصوصاً پاکستان در این مورد مقرارت مفصلی دارد که در قوانین و رویه قضائی آن کشور تسجیل یافته است.

^{۱۳} احتمال دیگر خطر تکرار جرم بوده می‌تواند که ممکن است کوچک نباشد. اما این امکان در قوانین افغانستان پیش‌بینی نشده است.

تبصره پیرامون قضایا

ا) بر اساس فقره ۲ ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان هیچ شخص را نمی‌توان دستگیر یا توقیف نمود مگر مطابق به احکام قانون. چون در زمینه توقیف عالم هیچ گونه حکم قانونی وجود نداشت، قاضی خلاف قانون عمل نمود. وی مطابق مواد ۴۱۴ تا ۴۱۷ قانون جزاء افغانستان تحت تعقیب عدلی قرار خواهد گرفت.

ب) بر اساس ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم دلائل توقیف قبل از محکمه به ضرورت جمع‌آوری دلائل و ثبوت حقیقت محدود شده است. لذا حجم کار خرنوال نمی‌تواند دلیل توقیف قبل از محاکمه باشد. برخلاف، بنا بر مداخله شدید در حق آزادی و اصل برائت ذمه، یک خرنوال باید ثقلت کار خویش را طوری تنظیم نماید که قضایای مربوط به اشخاصی را که قبل از محاکمه در توقیف به سر می‌برند در قدم نخست روی‌دست گیرد. در این مورد فاضل به گونه خودسرانه از حق آزادیش محروم شده است.

ج) قوانین خارجی

ماده ۴۱ قانون اساسی مصر

آزادی فردی حق طبیعی غیرقابل نقض است مگر در حالات جرم مشهود. هیچ شخص را نمی‌توان گرفتار، تلاشی یا توقیف کرد و یا آزادی وی را به هیچ شکلی محدود ساخت و یا او را از حرکت آزاد بازداشت مگر بر اساس امر توقیف به منظور تحقیقات و حفظ امنیت عامه. چنین امر توقیف از جانب قاضی باصلاحیت و یا خرنوال دولتی مطابق به احکام قانون صادر می‌گردد. قانون میعاد توقیف را تعیین می‌کند.

اصل ۳۲ قانون اساسی ایران

هیچ کس را نمی‌توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.

ماده ۸ قانون اساسی لبنان

آزادی فرد توسط قانون تضمین و حفظ می‌شود. هیچ شخص را نمی‌توان دستگیر و زندانی ساخت و یا در توقیف نگه داشت مگر مطابق به احکام قانون.

ماده ۱۰ قانون اساسی مراکش

هیچ شخص دستگیر، توقیف یا مجازات نمی‌شود مگر در حالات و مطابق به طرزالعملی که در قانون تسجیل شده است. منزل از تجاوز مصون است. امر تلاشی و حکم تحقیق مطابق به شرایط و طرزالعملی که در قانون تسجیل شده است صادر می‌گردد.

ماده ۴ قانون اساسی پاکستان

۱. این حق مسلم و لایتنجزای هر تبعه کشور در هر جایی که اقامت داشته باشد و هر شخص دیگر طی اقامتش در داخل پاکستان است که از حمایت قانون برخوردار گردیده و مطابق به قانون با او رفتار شود.

۲. به خصوص:

أ) هیچ اقدامی که به زندگی، آزادی، جسم، شهرت یا دارائی شخص لطمه وارد کند اتخاذ نمی گردد مگر مطابق به قانون؛

ب) هیچ شخص را نمی توان از انجام فعالیتی که در قانون منع نباشد جلوگیری نمود و یا اخلال کرد؛

ج) هیچ شخص را نمی توان به انجام کاری وادار ساخت که قانون خواهان انجام چنین کار از وی نباشد.

ماده ۹ قانون اساسی پاکستان

هیچ شخص از زندگی یا آزادی محروم نمی گردد مگر بر اساس قانون. این حکم از جانب قاضی باصلاحیت و یا ژانروال مطابق به احکام قانون صادر می شود. قانون میعاد توقیف را تعیین می کند.

ماده ۱۰ قانون اساسی پاکستان

۴) هیچ قانونی راجع به توقیف و قیودی نباید تصویب شود مگر در مورد اشخاصی که عملشان مخالف تمامیت، امنیت و دفاع پاکستان و یا بخشی از آن، یا روابط خارجی پاکستان، یا نظم عامه، یا پیشبرد انتقالات و خدمات باشد. و هیچ چنین قانونی مدت توقیف را به بیش از سه ماه اجازه نمی دهد، مگر اینکه هیئت بررسی مربوطه پس از اینکه به وی فرصت دهد که اظهارات خویش را شخصاً بیان نماید، دوسیه شخص را مطالعه نموده و گزارش خویش را قبل از انقضای مدت فوق الذکر ارائه نماید مبنی بر اینکه به نظر هیئت بررسی، دلایل کافی برای چنین توقیف وجود دارد؛ تمدید توقیف نیز بیش از سه ماه نمی باشد، مگر اینکه هیئت بررسی مربوطه دوسیه شخص را مطالعه نموده و گزارش خویش را قبل از انقضای هر مدت سه ماهه ارائه نماید مبنی بر اینکه به نظر هیئت بررسی دلایل کافی برای چنین توقیف وجود دارد.

۵) هرگاه شخصی بنا بر حکم قانون مبنی بر توقیف و قیودی گرفتار شود، مقامی که قرار توقیف وی را صادر می نماید طی پانزده روز سر از تاریخ توقیف به این شخص دلایل صدور قرار توقیف را اخبار می نماید و به وی به زودترین فرصت امکان می دهد که در برابر این قرار اعتراض خویش را ارائه نماید.

البته مقام صادرکننده قرار توقیف از ارائه حقایق ابا و ورزیده می‌تواند که افشای آن به نظر این مقام مغایر منافع عامه باشد.

(۶) مقام صادرکننده قرار توقیف کلیه اسناد ذیربط دوسیه را به هیئت بررسی مربوطه تسلیم می‌کند مگر اینکه تصدیقی به امضای رئیس حکومت محلی ذیربط مبنی بر اینکه تسلیمی این اسناد به نفع منافع عامه نیست، ارائه گردد.

(۷) طی مدت زمان بیست و چهار ماه سر از تاریخ توقیف اولی که مطابق به قرار توقیف بر اساس قانون مبنی بر توقیف و قایوبی انجام می‌یابد، هیچ شخص مطابق به چنین قرار به سبب انجام فعالیت مخالف نظم عامه برای مدت مجموعی بیشتر از هشت ماه و در سایر موارد دیگر دوازده ماه توقیف نمی‌شود: به شرط اینکه این فقره در مورد شخصی تطبیق نگردد که توسط دشمن استخدام شده، یا برای دشمن کار می‌کند و یا به هدایت دشمن فعالیت می‌نماید و یا علیه تمامیت، امنیت و دفاع پاکستان یا بخشی از آن اقدام کرده یا شروع به اقدام می‌کند، و یا مرتکب عملی می‌شود یا شروع به ارتکاب عملی می‌کند که بر اساس قوانین فدرالی پاکستان اقدام ضدملی شناخته می‌شود، و یا عضو سازمانی یا گروهی است که هدف آن چنین عمل ضدملی می‌باشد و یا به چنین عمل ضدملی مخالفت نمی‌ورزد.

از رویه قضائی پاکستان:

قانون این حق مسلم و لایتنجری هر تبعه کشور را در هر جایی که اقامت داشته باشد و هر شخص دیگر طی اقامتش در داخل پاکستان را تضمین می‌کند که از حمایت قانون برخوردار گردیده و مطابق به قانون با او رفتار شود، به خصوص، هیچ اقدامی که به زندگی، آزادی، جسم، شهرت یا دارائی شخص لطمه وارد کند اتخاذ نمی‌گردد مگر مطابق به قانون.^{۱۴}

قانون اساسی حقوق اساسی را تضمین می‌کند. این حقوق از گزند مصون‌اند. بر اساس ماده ۹ «حق زندگی» برای هر شخص در پاکستان تضمین گردیده و وی را نمی‌توان از زندگی و آزادی محروم کرد مگر مطابق به قانون. بدین ترتیب، این یک حق مقدس است که نمی‌توان آن را نقض و پامال ساخت و یا مورد تبعیض و تمایز یا سوء استفاده قرارداد. کشتن افراد بدون مجوز قضائی یا مرگ در توقیف را نمی‌توان معتبر، قانونی یا مناسب توجیه نمود.^{۱۵}

پیشنهاد برای مباحثه:

- آیا می‌توانیم برای محاکم پیش‌بینی شده است واقع‌بینانه می‌باشند؟
- کدام مسائل را حین اتخاذ تصمیم درباره توقیف قبل از محاکمه باید در نظر گرفت؟

¹⁴ The All Pakistan Legal Decision (P.L.D.), Supreme Court (S.C.), 1999, Part II, pp. 1026 (o), 1056T.

¹⁵ The All Pakistan Legal Decision (P.L.D.), Supreme Court (S.C.), 1998 Part I, pp. 388 (ww), 606M, 600H.

و) حق سکوت اختیار کردن

أ) احمد به سرقت مسلحانه متهم است. وی در جریان محاکمه خاموش باقی می‌ماند. قاضی وی را به یک حبس طولانی محکوم می‌کند به دلیل اینکه اگر وی گنهگار نمی‌بود به دفاع از خویش سخن می‌گفت. آیا قاضی اجازه دارد بر اساس خاموشی متهم چنین فیصله نماید؟

ب) عالم به جعلکاری مظنون می‌باشد. وی در جریان تحقیق هیچ چیزی نمی‌گوید و خارنوال به وی می‌گوید که مکلف است بیان خویش را اظهار نماید، در غیر این صورت مجازات شدیدتری در انتظار اوست. آیا این شیوه خارنوال با احکام قانون مطابقت دارد؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان

تعذیب انسان ممنوع است.

هیچ شخص نمی‌تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزاء باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد.

تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است.

ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان

اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود، اعتبار ندارد.

اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمه باصلاحیت.

ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۶) مظنون و متهم حق دارند سکوت اختیار نموده از اظهار هرگونه بیان امتناع ورزند، گر چه توسط پولیس یا مقامات قضائی تحت بازپرسی قرار گیرند.

(۷) پولیس، خارنوال و محکمه مکلف‌اند معلومات واضح را در وقت گرفتاری و قبل از استنطاق راجع به حق سکوت، حق تعیین وکیل مدافع در تمام مراحل، حق حضور در هنگام تفتیش، مقررات شناسائی مجرمین از طریق صف کشیدن، معاینات توسط اهل خبره و محاکمه برای مظنون و متهم ارائه نمایند.

ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

دلایل و شواهدیکه بدون رعایت احکام قانون جمع‌آوری شده باشد، فاقد اعتبار بوده، محکمه نمی‌تواند مستند به آن حکم نماید.

ماده ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۳) رسیدگی به قضیه در جلسه قضائی با رعایت مراتب ذیل صورت می گیرد:
- ۶- در صورتی که متهم نخواهد از حق سکوت خویش استفاده کند، می تواند توضیحات لازم را ارائه نماید. متهم و وکیل مدافع می توانند شهود و اهل خبره را مورد سؤال قرار دهند.
- (۴) محکمه در همه حالات می تواند در جلسات قضائی از شهود و متهم سؤال نماید و عندالاقضاء آنها را به مقابله نظریات امر نماید.
- (۵) متهم می تواند که به سؤالات محکمه به اساس حق سکوت جواب ندهد.

ماده ۵۰ قانون مبارزه علیه مواد مخدر

- (۱) مراجع ضبط قضائی می توانند غرض جلوگیری، کشف و تحقیق جرایم مواد مخدر، از طریق جمع آوری معلومات استخباراتی و مدارک مربوط، از همکاران مخفی استفاده نمایند.
- (۲) همکاران مخفی می توانند غرض کسب معلومات، شواهد و فعالیتهای غیرقانونی و ارائه آن به مراجع ضبط قضائی، با سایر اشخاص مورد نظر رابطه برقرار و حفظ نمایند. همکاران مخفی می توانند در صورت کسب اجازه از مراجع ذیربط ضبط قضائی، از تخنیکهای تعقیبی مندرج این ماده، استفاده نمایند.
- (۳) همکاران مخفی نمی توانند بدون اخذ اجازه قبلی از مراجع ضبط قضائی، غرض تحقیقات جرمی در جرایم قاچاق مواد مخدر اشتراک نمایند. همکاران مخفی که خلاف رهنمود مراجع مسئول مرتکب تخلف گردیده یا در آن اشتراک نمایند، در برابر هر نوع جرم ارتكابی خویش طبق احکام قانون مورد تعقیب عدلی قرار می گیرند.
- (۴) اعطای اجازه برای همکاران مخفی غرض کسب معلومات یا اشتراک در جرایم، طورکتابی از مراجع ذیصلاح قانونی صورت گرفته و ثبت می شود.
- و در اجازه نامه مذکور حتی الامکان نوع اعمالی را که همکار مخفی می تواند آنها را انجام داده یا در آنها اشتراک نماید، تصریح می نماید. تمام معلوماتی که از جانب همکار مخفی ارائه می شود، توسط مسئولین مؤظف ثبت می گردد.
- (۵) در صورت موجودیت دلایل معقول مبنی بر اینکه افشای نام همکار مخفی موجب خطر به وی می گردد، و یا اینکه تحقیقات قانونی را به مخاطره مواجه می سازد، هویت وی بر اساس حکم محکمه مربوطه مخفی نگه داشته شده و تا زمان ختم تحقیقات یا صدور حکم بعدی محکمه، برای شخص دیگری افشا نمی گردد و شیوه ها، وسائل و تخنیکهای استعمال شده در تحقیقات نیز سری می ماند.
- (۶) همکاران مخفی می توانند در محکمه ادای شهادت نمایند.

(۷) شواهد و مدارکی که از طریق مخفی طور مؤثق به دست می آید، در تمام اجراءات مدار اعتبار می باشد.

(۸) همکاران مخفی طبق طرز العمل خاصی که از طرف وزات امور داخله وضع می گردد، استخدام می شوند.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۳) هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمینهای حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد:

(ز) مجبور ساخته نشود که بر علیه خویش شهادت بدهد و یا به جرم خویش اعتراف نماید.

(ب) تبصره پیرامون حق سکوت اختیار کردن

حق سکوت اختیار کردن که به نام «منع مقصر ساختن خود» نیز یاد می‌شود جزء ماهیت محاکمه عادلانه به شمار می‌آید. این حق تنها به متهم ارتباط می‌گیرد. از جانب دیگر، شهود نمی‌توانند از ادای شهادت ابا و ورزند. این حق به گونه واضح در بند (ز) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بیان شده است. علاوه بر آن، آن را می‌توان در بند (ز) فقره ۲ ماده ۸ میثاق حقوق بشر امریکا دریافت و در ماده ۶ میثاق حقوق بشر اروپا نیز از آن تذکر به عمل آمده است.^{۱۶} در برخی سیستمهای حقوقی چون ایالات متحده امریکا، کانادا و مکزیکو حق سکوت اختیار کردن در قوانین اساسی آنها صریحاً تسجیل یافته است. در سایر کشورها چون آلمان قوانین اکثراً حق سکوت اختیار کردن در برابر مراجع تحقیق و محکمه را پیش‌بینی کرده‌اند. متهم یا مظنون می‌تواند در هر زمانی پرسشهای بعدی را رد نماید و مراجع تحقیق و محکمه باید به تصمیم وی مبنی بر ختم استفهام فوراً و دقیقاً احترام بگذارند، هر چند آنها می‌توانند پس از سپری شدن مدتی به ارائه پرسشهای بعدی خویش ادامه دهند. عبارت «مجبور شدن» در بند (ز) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به اشکال متنوع فشار جسمانی و روحی اشاره می‌کند: از شکنجه و رفتار غیرانسانی، که در ماده‌های ۷ و ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ممنوع قرار داده شده‌اند (مراجعه شود به فصل اول بخش د)، تا شیوه‌های مختلف جبر و اکراه و تحمیل سزاهای قضائی به منظور مجبور ساختن متهم به اقرار.

بر اساس احکام اکثریت سیستمهای حقوقی، بیانات اعتراف متهم در جریان استنتاج قبل از محاکمه صرف زمانی بر ضد وی به کار گرفته می‌شوند که از جانب وی داوطلبانه ارائه شده باشند. در ماهیت امر، اظهاراتی که با نقض مستقیم اصل منع جبر و اکراه به دست آمده باشند در محاکمه جایز نیستند. اعترافاتی که از طریق خشونت از متهم گرفته شده باشند در محکمه اعتبار ندارند. ولی در اینجا سؤالی ایجاد می‌شود که آیا دلایل دیگری، چون کشف نعش در قضیه قتل، که از طریق چنین اعتراف به دست آمده، علیه متهم به کار گرفته شوند یا خیر. سیستم حقوقی امریکا یک طرح به اصطلاح «میوه درخت سمی»^{۱۷} را به وجود آورده است که حسب آن استفاده از چنین میوه حاصله از اعترافاتی که به شکل غیرقانونی اخذ شده باشند، مجاز نیست. این طرح در دیگر سیستمهای حقوقی تا جایی که موضوع بر سر شکنجه و سایر وسایل خشن استنتاج باشد، نیز رعایت می‌شود. در هر صورت، اتفاق نظر کامل در زمینه وجود ندارد. مگر کمیته حقوق بشر در یکی از تبصره‌های غیرالزامی خویش پیرامون ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تأکید می‌ورزد که در قانون باید پیش‌بینی شده باشد که دلایلی که از طریق شکنجه و یا رفتار ظالمانه و غیرانسانی و یا هر شکل دیگر اجباری فراهم گردیده کاملاً غیر قابل قبول باشد. برای تحلیل و ارزیابی عمیق درباره امکانات مختلف برخورد با موضوع مجاز بودن چنین دلایل لطفاً مراجعه شود به قضیه هشتم بخش دوم.

^{۱۶} نوواک، تبصره پیرامون میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ۲۰۰۵، صفحه ۳۴۴؛ ر.گروتی، «حفاظت افراد در اجراءات قضائی قبل از محاکمه» در کتاب د. وایسبروت و ر. ولفروم، حق محاکمه عادلانه، سال ۱۹۹۸، صفحه ۷۱۲.

^{۱۷} Fruit of the poisonous tree.

علاوه بر آن، هرگاه مقامات عدلی از سکوت مظنون یا متهم استنباط برعکس بکنند، در این صورت، حق برائت ذمه شخص متأثر می‌شود. وظیفه اثبات جرم به دوش مقامات عدلی می‌باشد و محکوم ساختن متهم بر اساس سکوت وی نقض اصل برائت ذمه به شمار می‌آید. در هیچ حالت نمی‌توان سکوت متهم را به حیث ثبوت گناه وی تلقی کرد. البته متهمی را که سکوت اختیار می‌کند می‌توان محکوم نمود ولی دلایل محکومیت وی باید از خلال حقایق دیگر به دست آید. خلاصه، حکمی که در آن سکوت متهم به عنوان دلیل محکومیت تذکر یافته باشد در اکثر سیستمهای قضائی به حیث نقض اصل حق سکوت اختیار کردن به شمار می‌آید. بدیهی است که مظنون یا متهم به منظور استفاده مؤثر از حق سکوت اختیار کردن بایست از حقوقش آگاهی حاصل نماید.

این حق سکوت اختیار کردن یا خاموش باقی ماندن در قانون اساسی افغانستان به تفصیل بیان نشده است. اما ماده ۲۵ و نیز مواد ۲۹ و ۳۰ قانون اساسی افغانستان که شکنجه را ممنوع قرار داده و هر نوع اظهار، اقرار و شهادتی را که به وسیله اکراه به دست آورده شود فاقد اعتبار می‌شمارد، تلویحاً حاوی این حق است. چون وظیفه اثبات جرم به دوش مقامات عدلی می‌باشد، شخص مظنون یا متهم مکلف نیست بر علیه خویش مدرک ارائه کند.

علاوه بر آن، در فقره ۶ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم حق سکوت اختیار کردن در مرحله قبل از محاکمه با صراحت تذکر یافته است و در فقره ۷ ماده ۵ همین قانون امکان استفاده از این حق تقویه گردیده است؛ به گونه‌ای که مظنون یا متهم باید از این حق باخبر ساخته شود. ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم دلایل و مدارکی را که بدون رعایت این حق به دست آمده باشد، فاقد اعتبار اعلام می‌دارد. فقره ۳ ماده ۵۳ و همچنین ماده ۵ همین قانون به متهم حق می‌دهد که در جریان محاکمه خاموش باقی بماند.

ماده ۵۰ قانون مبارزه علیه مواد مخدر در رابطه با حق سکوت اختیار کردن مشکل ایجاد می‌کند، زیرا همکار مخفی معمولاً به مظنون یا شخص ارتباطی خویش درباره اینکه وی در مراجع تطبیق قانون ایفای وظیفه می‌نماید و اطلاعات جمع‌آوری می‌کند، اطلاع نمی‌دهد. لذا، مسلماً وی آنها را از حق سکوت اختیار کردن نیز مطلع نمی‌سازد. از سوی دیگر، در فقره‌های ۶ و ۷ قانون مبارزه علیه مواد مخدر صریحاً آمده است که همکار مخفی می‌تواند در محکمه ادای شهادت نماید، و همچنین شواهد و مدارکی که از طریق استفاده قانونی همکاران مخفی به دست آمده باشند، در تمام مراحل اجراءات قضائی مدار اعتبار می‌باشند. لذا در مجموع استفاده از همکاران مخفی در رابطه با حق سکوت اختیار کردن عاری از مشکلات نیست. در این باره می‌توان خیلی خوب استدلال کرد که چون نه پولیس و نه خازنوال یا قاضی وی را رسماً مورد سؤال قرار می‌دهد، ضروری نیست واضح ساخت که وی مکلف نیست علیه خود اقرار کند. پس حق سکوت اختیار کردن نقض نشده و معلومات قبلی در این مورد ضروری نمی‌باشد. این استدلال در فقره ۷ ماده ۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تأیید می‌شود که صریحاً صرف کارمندان پولیس، خازنوالها و قضات را مکلف می‌سازد مظنون را از حق سکوت اختیار کردنش مطلع سازند. اما حق سکوت اختیار کردن باید زمانی که مجاز بودن دلایل مربوطه در یک محکمه

مورد سؤال قرار می‌گیرند، مطرح شود. موارد خاصی وجود دارد که در آن ممکن است حق سکوت اختیار کردن مورد تهدید قرار بگیرد، زیرا حالات وضع خیلی با استنطاق رسمی شباهت دارد: به گونه مثال، اگر یک همکار مخفی با یک متهمی که با استفاده از حق سکوت اختیار کردن از اقرار علیه خویش ابراء ورزیده است، در یک اتاق گذاشته شود تا از وی «استنطاق» نماید. این کار احتراز و اغماض از حق سکوت اختیار کردن خواهد بود. زیرا مظنون از حق خویش استفاده نموده و هنوز در توقیف مراجع مجریان قانون به سر می‌برد و هیچ چاره‌ای ندارد از استفهام همکار مخفی طفره برود.

تبصره پیرامون قضایا

ا) مطابق به فقره ۶ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم متهم حق دارد از ارائه هرگونه اظهار خودداری ورزد. در قضیه مورد نظر احمد مجبور به اعتراف نشده است. ولی قاضی از چنین خودداری وی برضد او استفاده می‌کند. هر چند از فقره ۶ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم نمی‌توان مستقیماً نتیجه گرفت که استفاده از سکوت متهم علیه او ممنوع است، اما صرف به رسمیت شناخته شدن این حق در این فقره متضمن ممنوعیت استفاده از سکوت علیه اوست. اگر مظنون یا متهم هراس داشته باشد که مبدا سکوت وی علیه وی به کار گرفته خواهد شد، در آن صورت حق سکوت اختیار کردن وی دیگر در واقع بیهوده خواهد بود. لذا قاضی با محکوم ساختن احمد بر اساس خاموشی وی حق سکوت اختیار کردن را نقض می‌نماید.

ب) مطابق به فقره ۶ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، شخص مظنون حق دارد ساکت باقی بماند. افزون برآن، مقامات عدلی بر اساس فقره ۷ همین ماده مکلف‌اند مظنون را از حق وی مبنی بر سکوت اختیار کردن قبل از آغاز تحقیق در زمان گرفتاری باخبر سازند.

خارنوال با گفتن اینکه عالم مجبور است بیان خویش را اظهار نماید هر دو فقره فوق‌الذکر را نقض می‌نماید. مطابق ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم اعتراف عالم فاقد اعتبار می‌باشد.

ج) قوانین خارجی

ماده ۱۳ قانون اساسی پاکستان

(ب) هیچ شخص که متهم به جرمی باشد وادار ساخته نمی‌شود که علیه خویش شهادت بدهد.

پیشنهاد برای مباحثه

- آیا خاموشی یا سکوت شخص مدافع بر تصمیم محکمه تأثیر می‌افکند؟
- دلایل خاموشی مظنون یا متهم چی می‌تواند باشد؟
- مهم‌ترین اشکال دلایل، شواهد و دلایل مورد قبول در محکمه چی می‌باشد؟ (مراجعه شود به ماده ۳۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم).

(ز) حق داشتن وکیل مدافع

أ) احمد به ارتکاب چندین جرم مظنون می‌باشد. در جریان تحقیق وی از پولیس خواستار وکیل مدافع می‌شود. ولی پولیس عدلی به وی می‌گوید که او نخست باید به جرم خویش اعتراف نماید. در اینجا کدام حکم قانونی نقض شده است؟

ب) عالم به ارتکاب جرم قتل مظنون می‌باشد. در جریان محاکمه وی خواستار وکیل مدافع می‌شود. قاضی به تقاضای وی پاسخ منفی داده به وی می‌گوید که خودش حقوق وی را تأمین خواهد کرد. آیا این شیوه قاضی مطابق به احکام قانون می‌باشد؟

ج) عثمان به قاچاق مواد مخدر مظنون می‌باشد. قاضی به استناد درخواستی خارنوال قانوناً امر توقیف قبل از محاکمه او را صادر می‌کند. خارنوال به خاطر کسب دلایل بر ضد شخص مظنون از قاضی تقاضا می‌کند که جریان صحبت مظنون با وکیل مدافع روی نوار ثبت گردد. آیا قاضی به این تقاضای خارنوال لیبیک خواهد گفت؟

أ) احکام زیربط

ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان

هر شخص می‌تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد.

دولت در قضایای جنائی برای متهم بی‌بضاعت وکیل مدافع تعیین می‌نماید.

محرمیت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن از هر نوع تعرض مصون می‌باشد.

وظایف و صلاحیتهای وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

هر شخص می‌تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا اثبات حق خود وکیل مدافع تعیین کند. در قضایای جنائی برای اشخاص بی‌بضاعت طبق سند تقنینی مربوط وکیل مدافع تعیین می‌شود.

ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

(۱) طفل در تمام مراحل تحقیق و محاکمه حق داشتن وکیل مدافع و مطالبه ترجمان را دارد. در صورت عداوت توانائی مالی والدین و یا ممثل قانونی طفل مبنی بر استخدام وکیل مدافع یا ترجمان، محکمه اختصاصی اطفال وکیل مدافع یا ترجمان را به مصرف دولت برای طفل مؤظف می‌نماید.

ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۷) پولیس، خارنوال و محکمه مکلف اند معلومات واضح را در وقت گرفتاری و قبل از استنطاق راجع به حق سکوت، حق تعیین وکیل مدافع در تمام مراحل، حق حضور در هنگام تفتیش، مقررات

شناسائی مجرمین از طریق صف کشیدن، معاینات توسط اهل خبره و محاکمه برای مظنون و متهم ارائه نمایند.

ماده ۱۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) مساعدتهای حقوقی برای مظنون و متهم توسط اشخاص مسلکی صورت می گیرد.
- (۲) اسم و شهرت و کلای قانونی ای که دارای دیپلوم پوهنخیهای شرعیات یا حقوق باشند ضمن لست جداگانه در وزارت عدلیه تهیه می گردد.
- (۳) مظنون و متهم در همه حالات توسط وکیل مدافع منتخبشان مساعدت می شوند.

ماده ۱۹ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) هر گاه مظنون و یا متهم توانائی مالی استخدام وکیل مدافع را نداشته باشد برای آنها وکیل مدافع رایگان تحت شرایط ذیل تعیین می گردد:
- ۱- خارنوال تحقیق یا محکمه مربوط به اساس درخواست مظنون یا متهم، وکیل مدافع را از میان لست وکلای قانونی برای شخص بی بضاعت تعیین می نماید.
- ۲- شخصی که وکیل مدافع رایگان برای وی تعیین می گردد، در صورت عدم رضایت حق دارد از قبول وکیل مدافع منتخبه اباء ورزیده و شخصاً از خود دفاع نماید.
- ۳- حق الزحمه وکیل مدافع منتخبه از بودجه دولت تمویل و اندازه آن توسط سند تقنینی مربوط تعیین می گردد.

ماده ۳۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) وکیل مدافع حق دارد در تمام مراحل جریان استنطاق مظنون حاضر باشد.
- (۲) وکیل مدافع و مظنون حق دارند در جریان تلاشی، مقابله، شناسائی مجرمین در بین صف، معاینه توسط اهل خبره و محاکمه حاضر باشند.

ماده ۴۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) هرگاه تثبیت محلات مندرج ماده (۱۷) امکان پذیر نباشد، ابلاغیه به وکیل مدافع که از طرف پولیس یا خارنوال در هنگام تحقیق برای مظنون غایب تعیین گردیده است، سپرده می شود.
- (۲) وکیل مدافع توسط پولیس یا خارنوال به طور کتبی تعیین می گردد. در این صورت، وکیل مدافع وکالت شخص مظنون را به عهده می گیرد.
- (۳) تصمیم اتخاذ شده در مورد تعیین وکیل مدافع برای مظنون غایب صرف الی ختم تحقیق مدار اعتبار می باشد.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۳) هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمینهای حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد:

(د) در حضورداشت خودش محاکمه شود و شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن وکیل به او اطلاع داده شود. و در مواردی که مصالح محکمه اقتضا نماید از طرف محکمه رأساً برای او وکیلی تعیین شود و هرگاه در این صورت متهم از پرداخت حق‌الوکاله عاجز باشد مصارف آن به دوش محکمه می‌باشد.

(ب) تبصره پیرامون حق تعیین وکیل مدافع

حق تعیین وکیل مدافع که حتماً حق صحبت با وکیل مدافع را شامل می‌شود یکی از مهم‌ترین عناصر محاکمه عادلانه به شمار می‌آید. متأسفانه این یکی از حقوقی است که اکثراً نقض می‌شود. شخص مظنون یا متهم اغلب از تمام حقوق خویش آگاهی ندارد و از این لحاظ است که اکثراً با مقامات تحقیق سازگارتر می‌باشد. خیلی مهم است که مظنون یا متهم به یک وکیل مدافع هر چه زودتر دسترسی داشته باشد تا مطلع گردد که چي مدت در توقیف پولیس باقی می‌ماند، معنی اتهامات منسوب واقعاً چي است، امتناع از بیان اظهار چي عواقب و پیامدهائی در قبال خواهد داشت، و غیره. چنین دسترسی به وکیل مدافع برای طرح ریزی یک دفاعیه قوی و محکم نیز با اهمیت می‌باشد.

نه تنها حق تعیین وکیل مدافع در ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان تسجیل یافته است بلکه این حق برای اشخاص بی‌بضاعت نیز تضمین شده است. همچنین در مواد ۱۸ و ۱۹ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم این مطلب تکرار شده و آمده است که هر شخص حق دارد برای خویش یک وکیل مدافع مسلکی تعیین نماید و هر گاه مظنون یا متهم توانائی مالی پرداخت حق الوکاله را نداشته باشد حق دارد خارنوال برای او یک وکیل مدافع مستقل تعیین نماید. وقتی خارنوال دوسیه مظنون یا متهم را دریافت می‌کند، مطلقاً ضروری است که مظنون یا متهم از این حق آگاه ساخته شود تا بتواند از آن به گونه مؤثر استفاده نماید. متأسفانه، وظیفه آگاه ساختن مظنون یا متهم از حق داشتن وکیل مدافع در قانون اساسی افغانستان به تفصیل تذکر نیافته است. ولی در فقره ۷ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم این موضوع صریحاً ذکر شده است. این وظیفه پیامد منطقی و ضروری حق داشتن وکیل مدافع است؛ حقی که بدون آن این نورمهای محافظوی در کلیه مواردی که مظنون یا متهم از حقوق خویش آگاه نباشد، بی‌معنی و میان‌تهی خواهد بود. به حیث یادداشت جانبی باید تأکید ورزید که این موضوع نه تنها در مورد حق داشتن وکیل مدافع بلکه همچنین در مورد تمام اصول محاکمه عادلانه صدق می‌کند.

علاوه بر آن، برای خوردسالان حق تعیین وکیل مدافع در فقره ۱ ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال تسجیل یافته است. در این فقره آمده است که در صورت عدم توانائی مالی والدین و یا ممثل قانونی طفل مبنی بر استخدام وکیل مدافع، برایش به مصرف دولت وکیل مدافع تعیین می‌شود. یگانه تفاوتی که میان حکم قانون در مورد اطفال و در مورد بزرگسالان وجود دارد این است که در حصه اطفال شرط ارائه درخواست در این زمینه وجود ندارد. یعنی محکمه بایست بنا بر مقام خویش در مورد عمل کند و مکلف است تا به ابتکار خویش وکیل مدافع را تعیین نماید.

قابل یادآوری است که هنوز هم مشکل کمبود وکلای مدافع در افغانستان به‌ویژه در ولایات وجود دارد. یک راه حل مؤقت در شرایط کنونی برای این مشکل همانا حکمی است که در ماده ۶۵ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و ماده ۹۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم بیان شده است. در ماده ۶۵ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال آمده است که «از آن جایی که در حال حاضر در کشور وکلای مدافع به تعداد کافی وجود

ندارند، طفل مظنون یا متهم می‌تواند به اشخاص تحصیل یافته که به قضایای حقوقی عالم باشند، مراجعه نمایند.» ماده ۹۶ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم نیز امکان تعیین چنین «وکلائی مدافع مؤقت» را برای مظنون یا متهم کلان سال تا زمانی که شمار کافی وکلای مدافع در کشور به وجود آید، پیش‌بینی می‌کند.

به این منظور رئیس هر محکمه لست اشخاص واجد شرایط را از میان اشخاصی ترتیب می‌نماید که در مرکز از طریق وزارت عدلیه و در ولایات از طرف بخش اداری مقام ولایت به محکمه استیناف (مراجعه شود به ماده ۶۵ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال) و در مورد اجرای عادی قضائی از جانب ادارات قضایای دولت معرفی می‌گردند (فقره ۲ ماده ۹۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی). این کار به شخص مظنون یا متهم امکان می‌دهد که اگر وکیل مدافع پیدا نشود، حداقل از شخصی که از معلومات اساسی حقوقی آگاهی داشته باشد مشورت بگیرد.

گرچه این راه حل باز هم تخطی از حق تعیین وکیل مدافع به شمار می‌آید، اما تا زمانی که شمار کافی وکلای مدافع در سراسر افغانستان وجود نداشته باشد، وکالت اشخاص تحصیل کرده آشنا به مسائل حقوقی بهتر از حالتی است که هیچ وکیل تعیین نگردد. ولی باید تأکید نمود که این راه حل در هر صورت یک راه حل مؤقتی بوده و صرف باید به عنوان آخرین وسیله در نظر گرفته شود، آنهم منحصرأ در مواردی که وکیل مدافع رسمی طبق ماده ۱۸ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم در دسترس نباشد.

حق داشتن وکیل مدافع با حق ترتیب دفاعیه مناسب ارتباط ناگسستگی دارد. خیلی مهم است که مظنون یا متهم بتواند با وکیل مدافع خویش بدون هراس از هرگونه عواقب آن آزادانه صحبت نماید. بدون تأمین این شرط اساسی ترتیب دفاعیه ممکن نخواهد بود و حق داشتن وکیل مدافع بی‌محتوا باقی خواهد ماند. از این لحاظ، فقره ۴ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان از تمام ارتباطات میان متهم و وکیل وی حفاظت نموده و هر نوع تعرض از جانب مقامات عدلی و قضائی را ممنوع قرار می‌دهد.

حتی اگر مظنون یا متهم غایب باشد، در ماده ۴۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم تعیین وکیل مدافع به خاطر رعایت حقوق وی در جریان مرحله تحقیق پیش‌بینی شده است (همچنین مراجعه شود به فصل سوم بخش (ه) و (ز)).

تبصره پیرامون قضایا

ا) مطابق ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان و نیز ماده ۱۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و فقره ۳ ماده ۱۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم یک مظنون یا متهم حق دارد که وکیل مدافع از وی در تمام مراحل تحقیق و محاکمه نمایندگی نمایند. فقره ۱ ماده ۱۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تصریح می‌دارد که وکیل مدافع حق دارد در تمام مراحل جریان استنطاق مظنون حاضر باشد. فلهمذا پولیس مواد فوق‌الذکر را به گفتن اینکه صرف بعد از اقرار به احمد اجازه گرفتن وکیل مدافع می‌دهد نقض کرده است.

به این جهت، اعتراف احمد بر اساس ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم فاقد اعتبار شناخته می‌شود. ب) احکام فوق‌الذکر صریحاً بیان می‌دارد که هر شخص در جریان مراحل قبل از محاکمه و در خود محاکمه به وکیل مدافع رجوع نماید. هیچ نوع استثنائی در این حق در قانون پیش‌بینی نشده است. حق تعیین وکیل در مواردی که مجازات شدید مطرح باشد و یا یک قضیه در موارد حقوقی و یا حقیقی خیلی دشوار باشد مهم‌تر می‌باشد. این امر واضحاً نشان می‌دهد که قاضی اجازه ندارد حق تعیین وکیل مدافع را سلب و در عوض بگوید که وی خودش حقوق متهم را تأمین می‌نماید. مسلماً قاضی در برابر جریان عادلانه محاکمه مسئولیت دارد. اما یک قاضی ولو هر قدر بافهم هم باشد نمی‌تواند جایگزین وکیل مدافع شود زیرا هر یک از آنها وظایف جداگانه دارند. وجبیه یک وکیل مدافع این است که به مظنون یا متهم مشورت بدهد. همچنین بر اساس این وجبیه وی می‌تواند شهود و غیره دلایل را رد نماید.

ج) فقره ۴ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان بر مصون بودن محرمیت مکالمه میان متهم و وکیل وی تأکید می‌ورزد. بدین ترتیب، هر نوع مداخله در این مکالمه ممنوع بوده و در هیچ حالت هیچ گونه استثنائی در این مورد وجود ندارد. تقاضای خارنوال حق تعیین وکیل مدافع عثمان را نقض کرده و با قانون تطابق ندارد. بدین ترتیب، قاضی باید از موافقت خویش به تقاضای وی ابراء ورزد.

ج) قوانین خارجی

ماده ۶۷ قانون اساسی مصر

پاراگراف ۲: برای هر شخص متهم به جرم باید وکیل مدافع فراهم گردد.

ماده ۲۱ قانون اساسی مصر

هر شخص که دستگیر یا توقیف می‌گردد، از دلایل دستگیری یا توقیف باخبر ساخته می‌شود. وی حق دارد به هر شخصی که به نظر وی مناسب باشد تماس حاصل نموده او را از آنچه پیش آمده مطلع ساخته و مطابق به قانون طالب کمک گردد. وی باید هر چه زودتر از اتهامات نسبت به او آگاه شود. شخص می‌تواند در برابر هر نوع اقدام مبنی بر محدود ساختن آزادی شخصیش در محکمه شکایت نماید. قانون باید به نحوی حق شاکی را تضمین و تنسيق کند که سرنوشت شکایت وی در مدت زمان معینی تعیین شود و در غیر این صورت وی رها شود.

اصل ۳۵ قانون اساسی ایران

در همه دادگاه‌ها طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل نداشته باشند، باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد.

ماده ۱۰ قانون اساسی پاکستان

(۱) هیچ شخص گرفتار شده بدون آنکه به اسرع وقت از دلایل گرفتاری‌اش آگاه گردد، توقیف نمی‌شود و نیز از حق مشوره‌گیری و داشتن وکیل مدافع دلخواهش محروم نمی‌گردد.

از رویه قضائی پاکستان:

اصطلاح «لزوم طی مراحل قانونی»^{۱۸} را می‌توان چنین خلاصه نمود:

۱. شخص از اجراءات قضائی‌ای که حقوقش را متأثر می‌سازد مطلع شود.
 ۲. برایش موقع لازم داده شود که از خود دفاع نماید.
 ۳. محکمه‌ای که در آن درباره حقوقش فیصله صادر می‌گردد طوری تشکیل شود که صداقت و بی‌طرفی آن معقولاً تأمین شده، و
 ۴. یک محکمه قضاوت و رسیدگی ذیصلاح باشد.
- این است شرایط عمده دکتین «لزوم طی مراحل قانونی» که در ماده ۴ قانون اساسی تسجیل یافته است. این اصل با حق دسترسی به عدالت که یک حق اساسی می‌باشد ارتباط ناگسستگی دارد. این حق من جمله شامل حق داشتن محاکمه عادلانه و مناسب و حق داشتن محکمه یا دادگستری بی‌طرف می‌باشد. هرگاه به یک شخص به خاطر دفع اتهاماتی که بالایش وارد آمده است فرصت لازم داده نشود، نمی‌توان ادعا کرد که زمینه محاکمه عادلانه و مناسب برای وی مهیا شده است.^{۱۹}

پیشنهاد برای مباحثه:

- هر مظنون یا متهم حق دارد وکیل مدافع داشته باشد، ولی چی وقت یک وکیل مدافع از جانب دولت تعیین می‌گردد؟ کدام مسائل باید در اینجا در نظر گرفته شود؟
- وظایف وکیل مدافع در جریان دعوی و در سیستم قضائی در مجموع چی می‌باشد؟
- آیا اشتراک کنندگان سیمینار درباره مسلک و کالت در محاکم شخصاً تجربه دارند؟

¹⁸ due process of law

¹⁹ P.L.D. 1999 SC pp. 1126C, 1136C.

فصل دوم: طرز العمل قبل از محاکمه (مرحله تحقیق)

اصول عامی که در فصل اول توضیح داده شد در مرحله قبل از محاکمه نیز قابل تطبیق می‌باشد. این مرحله از لحظه‌ای که پولیس یا خرنوالی در مورد یک عمل احتمالاً جرمی اطلاع حاصل می‌نماید و به دلیل آن به تحقیق می‌پردازد آغاز و تا زمانی که نخستین نشست محاکمه درباره اتهامات منسوب دایر می‌گردد انجام می‌یابد. در عمل، شمار زیادی از پروبلمها در رابطه با تطبیق و یا عدم تطبیق اصول محاکمه عادلانه در مراحل ابتدائی اجراآت جزائی به وقوع می‌پیوندد. این امر ممکن است تضمین محاکمه عادلانه را به مخاطره بیندازد، به‌ویژه به این دلیل که بسیاری از فیصله‌ها بر اساس اظهارات متهم و شاهدان و نیز بر پایه دلایلی که توسط پولیس و خرنوالی در جریان تحقیق قبل از محاکمه به دست آمده است اتخاذ می‌گردد. باید تأکید ورزید که برای محاکمه عادلانه مهم است که قضات خودشان دلایلی را که خرنوال ارائه می‌کند مورد ارزیابی قرار دهند. این به معنی عدم اعتماد نسبت به پولیس و خرنوال نمی‌باشد. بلکه اهمیت آن در این است که قضات از دلایل ارائه شده برداشت مستقیم داشته باشند. زیرا این قضات‌اند که روی قضیه تصمیم می‌گیرند. علاوه بر آن، ارزیابی قاضی حفاظت اضافی در برابر تخطی از اصول محاکمه عادلانه می‌باشد.

در اینجا چهار ساحت عمده را می‌توان تشخیص داد که برای برخورد عادلانه با متهم در اجراآت قبل از محاکمه اهمیت بسزائی دارند:

- محافظت در برابر توقیف خودسرانه،
- حق سکوت،
- حق داشتن وکیل،^{۲۰}
- و حق محافظت در برابر آشکال ممنوعه استنتاج.

محافظت در برابر توقیف خودسرانه (مراجعه شود به فصل اول بخش هـ) در مرحله قبل از محاکمه به مثابه اصلی که با برائت ذمه ارتباط خیلی نزدیک دارد، از اهمیت خاصی برخوردار می‌باشد. امر توقیف قبل از محاکمه باید یک استثناء باشد نه قاعده؛ و صدور آن تنها در صورت ضرورت مطلق بنا بر قوانین ذیربط صادرگردد. یکی از وسایل محافظت در برابر توقیف خودسرانه عبارت از وجبیه سپردن به‌موقع متهم به خرنوال ابتدائی و محاکمه می‌باشد (مراجعه شود به موازینی که در فصل اول بخش (هـ) تذکر یافته‌اند). خرنوال و قاضی باید متقاعد شوند که توقیف متهم قبل از محاکمه ضروری و قانونی بوده است.

حق سکوت اختیارکردن (مراجعه شود به فصل اول بخش و) از نظر ارزشی که اعتراف در مرحله تحقیق برای پروسه تصمیم‌گیری محاکمه در جریان محاکمه دارد، از اهمیت خاصی برخوردار می‌باشد. حق خاموش ماندن در جریان استفهام و استنتاج پولیس و حق علیه خویشتن اعتراف نکردن با منع شکنجه ارتباط خیلی

^{۲۰} راینر گروتی، «محافظت افراد در جریان اجراآت قبل از محاکمه»، در کتاب حق محاکمه عادلانه، د. وایزبروت و ر. ولفروم،

نزدیک دارند. مقامات عدلی اجازه ندارند بالای مظنون فشار بیش از حد را به هر شکلی که باشد وارد نمایند تا او را به اظهار یا اقرار مجبور سازند. هدف از این حق محافظت شخص مظنون یا متهم در یک وضعیت ناآشنا و احتمالاً ترس‌آوری است که وی ضمناً خود را زیر فشار بیشتر احساس نموده و ممکن است مایل باشد آنچه را بگوید که، به فکر خودش، پولیس یا خرنوال انتظار شنیدن آن را دارد. در اینجا نیز خیلی ضروری است تا مظنون یا متهم از این حق خویش آگاهی داشته باشد.

حق وکیل داشتن (مراجعه شود به فصل اول بخش (ز)) در طرزالعمل و اجراات قبل از محاکمه اهمیت زیادی دارد زیرا ارتباط با وکیل می‌تواند از نقض بسیاری از حقوق مظنون یا متهم جلوگیری نموده و یا حداقل خطر پامال شدن اصول محاکمه عادلانه را کاهش دهد. اغلباً مظنون یا متهم از لحاظ دریافت معلومات مربوطه و ضروری وابسته به وکیل می‌باشد. اما در ساحه عملی این گونه نیست و این حق متهم یا مظنون تلف می‌گردد، زیرا وی اکثراً از این حق خویش آگاه نمی‌باشد، با وصف اینکه مقامات عدلی وظیفه دارند وی را از این حقش مطلع سازند. دسترسی به وکیل در مراحل اولی محاکمه برای تأمین ترتیب دفاعیه کافی و مناسب در جریان محاکمه خیلی مهم و ضروری بوده می‌تواند. مظنون یا متهم ممکن است در موقعی نباشد که اوضاع را درست ارزیابی کند و شاید به نحوی عمل نماید که بعداً مؤثریت صورت دفاعیه را کاهش دهد. در افغانستان حق داشتن وکیل مدافع در تمام مراحل محاکمه قانوناً به رسمیت شناخته شده است، و در صورتی که مظنون یا متهم از پرداخت حق الوکاله عاجز باشد مقامات قضائی بر اساس قانون اساسی افغانستان مکلف‌اند آن را به عهده بگیرند.

حق محافظت از اشکال ممنوعه استنطاق در اجراات جزائی قبل از محاکمه اهمیت خاصی دارد. چون این اجراات اکثراً در نشستهای در بسته صورت می‌گیرد، نقض و تخطی از این موانع خیلی محتمل می‌باشد. طوری که قبلاً گفته شد، مقامات قضائی اجازه ندارند فشار بیش از حد را، به هر شکلی که باشد، بالای مظنون وارد نمایند. زیرا مظنون تحت توقیف تابع قدرت بزرگ مقامات خرنوالی می‌باشد. آنها ممکن است مایل باشند به خاطر اختتام سریع تحقیق به اشکال ممنوعه استنطاق متوسل شوند. حق حفاظت از این اشکال ممنوعه استنطاق با حق تعیین وکیل مدافع ارتباط خیلی نزدیک دارد. هرگاه وکیل مدافع برای مظنون یا متهم تعیین شود و در جریان استنطاق حضور داشته باشد، امکان نقض قانون به اندازه قابل ملاحظه‌ای کاهش می‌یابد. لذا وکیل مدافع به عنوان یک پاسبان دیگر قانونیت اجراات جزائی خدمت می‌کند. علاوه برآن، خیلی مهم است که به مظنون امکان به موقع داده شود که در صورت نقض قانون اجراات جزائی در مرحله قبل از محاکمه، اعتراض خویش را ارائه نماید، تا که دلایلی که از طریق اشکال ممنوعه استنطاق به دست آمده در همان آغاز اجراات قضائی فاقد اعتبار شناخته شوند. این موضوع به گونه مثال در ماده ۲۳ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال پیش‌بینی شده است. مطابق به این ماده ممثل قانونی یک طفل می‌تواند اعتراض خویش را به خرنوال فوقانی ارائه نماید.

سوالاتی مربوط به جمع‌بندی احکام عمومی و اصول قبل از محاکمه

- آیا هر نوع رسیدگی متفاوت در برابر قانون ممنوع می‌باشد؟ آیا می‌توانید تفاوت‌های معقول را در زمینه ارائه نمائید؟
- دو عنصر مرکبه اصل عدم رجعت قانون جزا به ماقبل را نام بگیرید.
- آیا استثنائی در مورد منع رجعت قانون جزا به ماقبل وجود دارد؟
- عواقب برائت ذمه در ارتباط با توقیف قبل از محاکمه چیست؟
- آیا برای مقامات عدلی در برابر شخص سوم چون رسانه‌های گروهی عواقب برائت ذمه وجود دارند؟
- پیامد برائت ذمه در رابطه با وظیفه اثبات جرم چیست؟
- آیا ممکن است حق حمایت از شکنجه را رد نمود؟
- می‌توانید سه عملی را نام ببرید که به منع شکنجه مربوط می‌شوند؟
- آیا این کار مجاز است که در برابر مظنون از قوه کار گرفت؟ در کدام موارد استفاده از قوه می‌تواند توجیه گردد، و چه موانعی در برابر آن قرار دارد؟
- از محافظت‌های مهم جریان قضائی در زمینه جلوگیری از توقیف خودسرانه نام ببرید.
- حق آزادی از توقیف خودسرانه باید از لحاظ ماهیت و طرز اجرائی درک شود. این جنبه‌ها را توضیح دهید.
- دلایلی را که توقیف قبل از محاکمه را توجیه کرده بتواند نام ببرید.
- آیا مقامات قضائی اجازه دارند از سکوت مظنون یا متهم نتیجه‌گیری کنند که وی مجرم است؟
- آیا مقامات قضائی مکلفاند که مظنون یا متهم را از حق سکوت اختیار کردن مطلع سازند؟
- از مزایای موجودیت وکیل مدافع برای مظنون یا متهم و همچنین برای محکمه نام ببرید.
- در کدام موارد برای مظنون یا متهم خیلی مهم است که وکیل مدافع از وی نمایندگی نماید؟

فصل سوم: محاکمه

أ) دسترسی به محاکمی که توسط قانون ایجاد شده باشند

۱. قانونیت محاکم

أ) در یکی از ولایات افغانستان قضایای مربوط به قاچاق مواد مخدر به شکل سرسام‌آور افزایش یافته است. شمار دوسیه‌های جرایم مواد مخدر از حد و توانائی روزمره محکمه ابتدائیه واقع در مرکز ولایت فراتر رفته و این محکمه تصمیم می‌گیرد تا محکمه خاص قاچاق مواد مخدر را به خاطر رسیدگی به تمامی قضایایی که در نواحی این ولایت اتفاق می‌افتد ایجاد نماید. هدف از تأسیس این محکمه خاص سهولت در کار محکمه، اتخاذ به موقع فیصله‌ها و بدین ترتیب پیشگیری از ارتکاب جرم توسط مرتکبین بالقوه می‌باشد. بنا بر کمبود قضات، استادان حقوق برای این محکمه به عوض قضات گماشته می‌شوند. آیا محاکمه در برابر محکمه خاص قاچاق مواد مخدر با اصل قانونیت محاکم مطابقت دارد؟

ب) یک عسکر افغان به اتهام فرار در برابر محکمه نظامی محاکمه می‌شود. وکیل مدافعی در اختیارش می‌گذارند و به حقوقش به عنوان متهم در جریان محاکمه احترام می‌شود. قضات نظامی او را بر اساس قوانینی که در چنین نوع موارد نظامی صدق می‌کنند محکوم می‌سازند. آیا این عسکر توسط محکمه باصلاحیتی که توسط قانون ایجاد شده محاکمه شده است؟

ج) در یک شهر کوچک احمداله به دزدی موتورسایکل همسایه‌اش و فروش آن به یک شخص نامعلوم مظنون می‌باشد. در این شهر کوچک نه خرنوال و نه قاضی وجود دارد. از این لحاظ جرگه محلی مراحل قضائی جرم را طی و احمداله را مجازات می‌کند. آیا این عمل از لحاظ قانون مجاز است؟

أ) احکام زیربط

ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان

قوه قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت آنها توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۲۳ قانون اساسی افغانستان

(۱) با رعایت احکام این قانون اساسی، قواعد مربوط به تشکیل، صلاحیت و اجراآت محاکم و امور مربوط به قضات توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۴۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

محاکم استیناف در حوزه قضائی مربوط دارای محاکم ابتدائیه به ترتیب آتی می‌باشند:

۱- محکمه ابتدائیه مرکز ولایت

۴- محکمه ابتدائیه ولسوالی

ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

محاکم ابتدائیه مراکز ولایات قضایای ذیل را توسط دیوانهای مربوط در مرحله ابتدائی طبق احکام قانون رسیدگی می نماید:

- ۱- رسیدگی قضایای مربوط به جزای عمومی توسط دیوان جزای عمومی.
- ۴- رسیدگی قضایای جزائی مربوط به امنیت و منفعت عامه، قاچاق مواد مخدر و سایر جرایم مطابق احکام قانون توسط دیوان امنیت عامه.
- ۵- رسیدگی قضایای جزائی مربوط به حادثات ترافیکی توسط دیوان جرایم ترافیکی.

ماده ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رسیدگی به قضایای تجارتي، حقوق عامه و امنیت عامه در داخل حوزه قضائی محکمه استیناف بر حسب مورد در محکمه ابتدائیه تجارتي و دیوانهای مربوط محکمه ابتدائیه مرکز ولایت صورت می گیرد.

ماده ۴۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

محکمه ابتدائیه ولسوالی تمام قضایای جزائی عادی [که شامل قضایای جزائی عامه نمی شود - یادداشت نویسندگان]، مدنی و احوال شخصیه را که با رعایت احکام قانون در پیشگاه آن اقامه می گردد، در مرحله ابتدائی رسیدگی می نماید.

ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر

- (۱) مطابق به احکام مندرج مواد سی و دوم و پنجاهم قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان، یک دیوان مواد مخدر در چوکات محکمه ابتدائیه ولایت کابل و یک دیوان مواد مخدر در چوکات محکمه استیناف ولایت کابل ایجاد می گردد.
- (۲) هر یک از دیوانهای مندرج فقره (۱) این ماده متشکل از یک رئیس و شش عضو می باشد.
- (۳) رؤسای دیوانها رهبری و تنظیم امور دیوانهای مربوط را به عهده داشته و مطابق احکام مواد سی و هفتم و چهل و سوم قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان، از جلسات قضائی ریاست می نمایند.
- (۴) رسیدگی به جرایم مواد مخدر در حالات ذیل در سراسر کشور منحصرأ از صلاحیت دیوانهای مندرج فقره (۱) این ماده می باشد:
 ۱. هرگاه مقدار هروئین، مورفین، کوکائین یا هر مرکب حاوی این مواد، دوکیلوگرام یا بیشتر از آن باشد.
 ۲. هرگاه مقدارتریاک یا هر مرکب حاوی این ماده، ده کیلوگرام یا بیشتر از آن باشد.
 ۳. هرگاه مقدار چرس یا مرکب حاوی مواد مندرج جداول شماره های (۱، ۲، ۳، ۴) منضمه این قانون، (به استثناء هروئین، مورفین، کوکائین، و تریاک)، بیشتر از پنجاه کیلوگرام باشد.

- (۵) هرگاه مقدار مواد مخدر کمتر از مقادیر مواد مندرج فقره (۴) این ماده بوده، رسیدگی به آن طبق احکام قانون از صلاحیت دیوانهای امنیت عامه محاکم ولایات می باشد.
- (۶) رسیدگی به جرایم مواد مخدر مطابق احکام قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان و سایر قوانین مربوط صورت می گیرد.
- (۷) تقرر قضات دیوانهای مرکزی مواد مخدر و سایر امور ذاتی آنها، مطابق احکام قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان صورت می گیرد.
- (۸) مقدار و نوعیت مواد مخدر شامل صلاحیت دیوانهای مندرج فقره (۴) این ماده با رعایت حکم ماده سی و سوم این قانون تعدیل شده می تواند.
- (۹) دیوانهای مواد مخدر صلاحیت بررسی سایر جرایم را که به ارتباط جرایم مندرج اجزای (۱)، ۲ و ۳ فقره (۴) این ماده ارتکاب می شود، نیز دارا می باشند.

ماده ۵۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

- (۱) متهم در محکمه ای محاکمه می شود که مطابق به احکام این قانون و سایر قوانین صلاحیت رسیدگی آن را دارد. در صورتی که شخص مرتکب جرایم متعددی گردد که از حیث صلاحیت تابع محاکم جداگانه باشد، رسیدگی به آن در محکمه ای صورت می گیرد که صلاحیت رسیدگی شدیدترین جرم را دارد. در صورتی که جرایم ارتكابی از لحاظ مجازات در یک درجه باشد، صلاحیت رسیدگی را محکمه ای دارد که رسیدگی به اتهامات وارده بر متهم را آغاز کرده است.
- (۲) هرگاه شخصی مرتکب جرایم متعددی گردد که از حیث صلاحیت تابع دو محکمه (اختصاصی و عمومی) باشد، صلاحیت رسیدگی آن را به اعتبار ماهیت جرم هر یک از محاکم مربوط دارا می باشد، در صورتی که جرایم ارتكابی از نوع جرایم متعددی بوده که قابل تجزیه نباشد، رسیدگی به آن از صلاحیت محکمه ای می باشد که صلاحیت رسیدگی به جرم شدیدتر را دارد.
- (۳) شرکاء و معاونین جرم در محکمه ای محاکمه می شوند که فاعل اصلی جرم در آن محاکمه می شود.

ماده ۳۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

- (۱) هرگاه در مورد صلاحیت رسیدگی یک قضیه جزائی بین دو محکمه که در حوزه قضائی محکمه استیناف قرار دارند، اختلاف بروز نماید، حل اختلاف و تشخیص محکمه ذیصلاح توسط هیئتی مرکب از رؤسای دیوانها، تحت اثر رئیس محکمه استیناف صورت می گیرد.

ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان

صلاحیت قوه قضائیه شامل رسیدگی به تمام دعاوی ای است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی، به شمول دولت، به حیث مدعی یا مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه شود.

ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان

هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه‌ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده، خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند.

این حکم مانع تشکیل محاکم خاص مندرج مواد شصت و نهم، هفتاد و هشتم و یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی و محاکم عسکری در قضایای مربوط به آن نمی‌گردد.

تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت قضیه یا ساحه را از دایره صلاحیت قوه قضائیه خارج ساخته و به مرجع دیگری تفویض نماید.

ماده ۱۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) اجراءات جزائی در حالات ذیل باطل شمرده می‌شود حتی بدون ارائه درخواست به قاضی:
- ۱- اشخاصی که به حیث خارنوال یا قاضی ایفای وظیفه می‌نمایند، فاقد اهلیت قانونی باشند.
 - ۲- در صورتی که اجراءات در غیاب خارنوال صورت گرفته باشد و حضور خارنوال در اجراءات طبق قانون حتمی باشد.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

- (۱) همه در مقابل محاکم و دیوانهای قضائی متساوی هستند. هر شخص حین تثبیت اتهامی علیه وی و یا حقوق و وجاییش در یک دعوی حقوقی مستحق رسیدگی عادلانه و علنی از جانب یک محکمه ذیصلاح، مستقل و بی‌طرف که بر اساس قانون ایجاد شده باشد، می‌باشد.

(ب) تبصره پیرامون قانونیت محاکم

پیش شرط اساسی محاکمه عادلانه این است که یک محکمه باصلاحیت، مستقل و بی طرف که بر پایه قانون ایجاد شده باشد، به دعوی رسیدگی کند (مراجعه شود به ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی). علاوه بر این که دیوانها یا محاکم بایست مستقل باشند (درباره استقلالیت محاکم لطفاً به فصل آینده مراجعه کنید). آنها باید ذیصلاح و بر اساس قانون ایجاد شده باشند. این شرایط تضمین می نمایند که صلاحیت قضائی یک دیوان، به شکل عمومی و مستقل از یک قضیه و نه بر مبنای یک حکم اداری خودسرانه تعیین شود. سازمانهای سیاسی یا مقامات اداری ممکن است بنا بر ملحوظات سیاسی در تصامیمشان جانبدار یا خودسرانه عمل کنند. کلمه قانون بایست به مفهوم دقیق یک قانون پارلمانی یا آنچه در حکم آن است (معادل غیرکتبی و غیرمدون قوانین پارلمانی) درک شود. خیلی مهم است که تمام اشخاص ذیربط به آن دسترسی داشته باشند.^{۲۱}

به مثابه یک پرنسپ اساسی، اغلباً به موجب تساوی در برابر قانون و برخورد مساویانه بر اساس قانون، محاکمه نباید از جانب دادگاههایی که فقط برای موارد خاصی تأسیس شده اند انجام شود. هر چند محاکم اختصاصی ذاتاً اصول محاکمه عادلانه را نقض نمی کنند ولی تأسیس آنها باید به منظور محاکمه گروههای معین اشخاص بر اساس کتگوریهای مجوزه که مغایر اصول تساوی و عدم تبعیض نباشند صورت گیرد. در اینجا می توان به گونه مثال از محکمه عسکری نام برد. خصوصیت ویژه قضایی که در ساحت صلاحیت چنین محاکم قرار دارند، مستلزم آگاهی تخصصی قضات و نیز ویژگیهای خاص مقررات جریان قضائی می باشد.

باید تأکید نمود که عبارت «محکمه اختصاصی» به معنی آن نیست که چنین محاکم می توانند موازینی متفاوت از موازنین محاکمه عادلانه را به کار گیرند.

ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان و ماده ۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم درباره نظام قانونیت محاکم حکم می کنند که تنها محاکم و دیوانها صلاحیت رسیدگی قضائی دارند و «هیچ قانون نمی تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحتی را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده، خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند».

علاوه بر آن، مواد ۱۲۰، ۱۲۱ و ۱۲۳ قانون اساسی افغانستان حکم می کنند که هر شخص حق دارد از جانب محاکم عادی که بر پایه قانون ایجاد شده و صلاحیت آنها توسط قانون تنظیم گردیده باشد، محاکمه گردد. استثناء در اینجا محاکم اختصاصی اند که آنها نیز توسط قانون تنظیم می شوند (پاراگراف ۲ ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان). در ماده ۱۵ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی حکم حمایتی ای وجود دارد که بر اساس آن هرگاه قاضی یا خرنوال فاقد صلاحیت لازم حقوقی مندرج قانون باشد، اجراءات قضائی آنها فاقد اعتبار می باشند.

این مواد حکم می کنند که هیچ اداره دیگر جز دیوان قضائی به قضیه قضائی رسیدگی کرده نمی تواند.

^{۲۱} نوواک، تبصره پیرامون میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، ۲۰۰۵، صفحه ۳۱۹.

به خاطر بر آورده ساختن شرایط قانونمندی محاکم کافی نیست که محاکم و دیوانهای مختلف توسط قانون ایجاد شوند و آنها یگانه مراجع ذیصلاح رسیدگی به قضایای حقوقی باشند. علاوه بر آن، قانون باید صلاحیتهای محاکم مختلف را صریحاً و کلاً تقسیم نماید. ماده ۲۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم به څارنوال ابتدائیه ولسوالی، بدون تفکیک، صلاحیت می‌دهد که به قضایای جرایم قباحت، جنجه و جنایت^{۲۲} رسیدگی نماید. در حالی که قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در این رابطه میان محاکم ابتدائیه شهری و دیوانهای آن و محاکم ابتدائیه ولسوالی تفاوت قائل می‌شود. در اینجا میان جرایم عادی، جرایم عامه، جرایم ترافیکی و جرایم خلاف امنیت عامه تفکیک صورت می‌گیرد. قوانین خاص دیگری^{۲۳} محاکم اختصاصی را برای رسیدگی به جرایم خوردسالان و قضایای مربوط به مقادیر معین تثبیت شده مواد مخدر پیش‌بینی می‌کنند. در میتودولوژی حقوقی یک اصل مبرهن وجود دارد که به موجب آن اگر میان دو قانون موضوعه تناقض به وجود آید، قانون آخری است که باید رجحان داده شود.^{۲۴} بر اساس این اصل، قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و قانون مبارزه علیه مواد مخدر که همه پس از قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم نافذ شده‌اند باید بر این قانون ترجیح داده شوند. به عبارت دیگر، این قوانین احکام قوانین متقدم را نسخ می‌نمایند. در رابطه با قانون مبارزه علیه مواد مخدر این اصل در ماده ۵۶ این قانون صریحاً تسجیل شده است.

ماده ۴۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم صلاحیتهای عام محاکم ابتدائیه ولسوالی را در زمینه رسیدگی به تمام قضایای جرایم «عادی» پیش‌بینی می‌کند، در حالی که دیوانهای جزای عمومی مربوط محاکم ابتدائیه شهری طبق فقره ۱ ماده ۴۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم صلاحیت دارند به جرایم «عمومی» رسیدگی نمایند. ولی بر اساس معلومات حقوقدانان،^{۲۵} محاکم ابتدائیه شهری نیز صلاحیت دارند به جرایم عادی رسیدگی نمایند. پاسخ به این سؤال را که آیا محاکم ابتدائیه ولسوالی یا محاکم ابتدائیه شهری صلاحیت رسیدگی دارند، می‌توان صرفاً با مراجعه به اصول صلاحیتهای محلی که در ماده ۲۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تسجیل یافته‌اند دریافت. لذا به نظر می‌رسد که هر دو کلمه «عادی» و «عمومی» به عین موضوع دلالت می‌کنند، یعنی جرایم عادی و عمومی که با قضایای جرایمی مانند قاچاق مواد مخدر، جرایم ترافیکی، جرایم علیه منافع امنیتی و غیره فرق دارند. به طور عموم گفته می‌توانیم، حین تسوید و تدوین قوانین، خیلی مهم است که کلمات دقیقاً یکسان برای موضوعات یکسان را به کار گرفت، زیرا از این طریق می‌توان از ابهام و سوء تفاهم جلوگیری نمود. به همین منظور، خیلی قابل سفارش خواهد بود که محاکم ابتدائیه شهری را در ماده ۴۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، که صلاحیتهای عمومی را تنظیم می‌کند، شامل ساخت. قوانین مبهم به ارتباط اصل قانونیت محاکم مشکلات ایجاد می‌کنند.

^{۲۲} برای تصنیف محاکم جزائی مراجعه شود به مواد ۲۳-۲۶ قانون جزاء افغانستان

^{۲۳} قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و قانون مبارزه علیه مواد مخدر.

^{۲۴} legis posterior derogate legis anterior.

^{۲۵} نظر دوست و همکارمان محترم غلام‌حیدر علامه، منسوب کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ۲۷ مارچ سال ۲۰۰۶.

خلاصه، در مجموع محاکم ابتدائیه ولسوالی و دیوانهای جزائی محاکم ابتدائیه شهری صلاحیت رسیدگی به قضایای جرمی دارند، مگر اینکه صلاحیت یک محکمه اختصاصی توسط قانون تصریح گردد. چنین موارد عبارت‌اند از:

۱. دیوانهای امنیت عامه بر اساس ماده ۴۶ و فقره ۴ ماده ۴۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم صریحاً صلاحیت دارند قضایای جرمی مربوط به امنیت عامه، قاچاق مواد مخدر و سایر قضایای جرمی را مورد رسیدگی قرار دهند. جرایم ضد امنیت عامه در مواد ۱۷۳-۲۵۳ قانون جزاء افغانستان و در قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی فهرست شده‌اند. عبارت قاچاق مواد مخدر در ماده ۱۵ قانون مبارزه علیه مواد مخدر بیان شده است. اما فقره ۵ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر تصریح می‌کند که این دیوانها صرف در صورتی به قضایای قاچاق مواد مخدر رسیدگی می‌کنند که مقدار مواد مخدر کمتر از مقادیر مندرج فقره ۴ ماده ۳۴ قانون باشد. باز هم در اینجا تأثیر اصل تقدم قانون اخیر به ماقبل را مشاهده می‌کنیم که به گونه خیلی روشن در ماده ۵۶ قانون مبارزه علیه مواد مخدر تسجیل یافته است.

۲. هرگاه مقدار مواد مخدر با مقادیر مندرج فقره ۴ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر مطابقت داشته باشد تنها محکمه مبارزه علیه مواد مخدر کابل صلاحیت دارد در سراسر کشور به قضایای قاچاق مواد مخدر رسیدگی نماید.

۳. بر اساس فقره ۵ ماده ۴۲، دیوان اختصاصی برای جرایم ترافیکی نیز در محاکم ابتدائیه شهری وجود دارد.

۴. بالأخره، محاکم اطفال در مرکز هر ولایت وجود دارند. مطابق فقره ۱ ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، این محاکم منحصرأ در قضایای جرمی مربوط به خوردسالان صلاحیت دارند.

این تصنیف‌بندی، به استثناء ابهامی که در بالا به آن اشاره شد، که باید فوراً رفع شود، پایه قابل پذیرش را برای اجراءات قضائی محاکم مختلف تشکیل داده و اصل قانونیت محاکم را تأمین می‌کند. اما در این رابطه فقره ۹ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر سؤال‌برانگیز است. بر اساس این ماده، دیوان مرکزی مبارزه علیه مواد مخدر همچنین روی اعمال جرمی مربوط به قاچاق مواد مخدر که در بندهای ۱، ۲ و ۳ فقره ۴ ماده ۳۴ تسجیل یافته‌اند، صلاحیت قضائی دارد. این ماده باعث مشکل می‌شود، زیرا واضح نشده که بر اساس کدام شرایط دو جرم با هم ارتباط خواهند داشت. اگر این ماده را به گونه وسیع تعبیر کنیم، می‌توان گفت یک ارتباط کوچک میان دو فعل جرمی مانند یک عامل یکسان یا حتی یک اشتراک‌کننده کافی خواهد بود. ولی اگر این ماده را به گونه محدود تعبیر کنیم، می‌توان گفت که آن را صرف در صورتی به کار گرفته می‌توانیم که دو قضیه آن قدر با هم پیوسته باشند که تعقیب عدلی جداگانه هر یک از این قضایا بدون مداخله در قضیه دیگر ناممکن باشد. این وظیفه قوه قضائیه افغانستان است که به این پرسش پاسخ ارائه نماید. ولی خیلی مهم است که راه حل همه‌جانبه‌ای را دریافت که مبتنی بر متون قانون بوده و به گونه همسان تطبیق گردد تا که هر شخص ذیدخل به احکام آن

دسترسی داشته باشد. لذا داشتن یک محکمه واحد مرکزی مبارزه علیه مواد مخدر برای تمام کشور در کابل و پیامدهای آن در قبال مدت توقیف قبل از محاکمه را بهتر است به گونه محدود تعبیر کرد، زیرا در بسیاری موارد انتقال متهم از ولایت به کابل ضروری خواهد بود. باید تکرار نمود که چنین تمدید مدت توقیف قبل از محاکمه در مورد اصل براءت ذمه مشکل برانگیز است. قابل تمجید است که فقره ۶ ماده ۳۴ حکم می کند که دیوانهای مبارزه علیه مواد مخدر مطابق به احکام قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و سایر قوانین مربوطه فعالیت می نمایند. بدین لحاظ، دیوانها در شکل منظم محاکم شامل بوده و در نتیجه، در صورت تنازع بر سر صلاحیت محاکم مختلف، محکمه استیناف (مراجعه شود به ماده ۳۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم) و ستره محکمه (فقره ۴ ماده ۲۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم) تصمیم می گیرند. این مقرر قانونی در یافتن یک قاعده عمومی و یکسان مفید خواهد بود. وقتی ستره محکمه به یک فیصله برسد، در آن صورت هر دیوانی که از این حکم عدول نماید، ممکن است فیصله اش مورد استیناف قرار گیرد.

آنچه به مسئله محاکم اختصاصی ارتباط می گیرد این است که مطابق به جمله دوم ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان و جمله اول ماده ۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، محاکم عادی در افغانستان به ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه تقسیم شده اند. یگانه استثنائات مجاز در زمینه سیستم عادی قضائی همانا محاکم خاص اند که در ماده ۶۹ قانون اساسی افغانستان (محکمه خاص در مورد جرایم مشخص رئیس جمهور)، ماده ۷۸ قانون اساسی افغانستان (محکمه خاص در مورد جرایم مشخص وزیر کابینه)، ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان (محکمه خاص در مورد جرایم مشخص قاضی القضاات یا اعضای ستره محکمه) تذکار یافته اند. نه محاکم جوانان و نه محاکم مبارزه علیه مواد مخدر به حیث محاکم خاص که در ماده ۱۲۲ آمده به شمار می آیند. اینها مانند دیوانهای ترافیک در چارچوب محاکم ابتدائیه شهری، محاکم اختصاصی اند. محاکم اطفال با احکام فقره ۲ ماده ۱۱۶ در مورد قوه قضائیه مطابقت داشته به حیث محاکم ابتدائیه تابع محاکم استیناف و ستره محکمه می باشند. لذا، آنها محاکم خاص نبوده بلکه بخش قضای عادی را طوری که در ماده ۷ قانون اساسی افغانستان تصریح گردیده است تشکیل می دهند. از این لحاظ، ایجاد این محاکم تخطی از احکام قانون به شمار نمی آید. چنین استدلال در مورد دیوانهای مبارزه علیه مواد مخدر نیز صدق می کند. فقره ۱ ماده ۳۴ قانون مبارزه علیه مواد مخدر دیوانهای مواد مخدر را به مثابه دیوانهای اضافی در چارچوب محکمه ابتدائیه ولایت کابل و محکمه استیناف ولایت کابل تسجیل نموده است. فقره ۶ ماده ۳۴ حکم می کند که رسیدگی به جرایم مواد مخدر مطابق احکام قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان و سایر قوانین مربوط صورت می گیرد. بدین ترتیب، احکام عمومی در مورد استیناف و مرافعه خواهی روی تفسیر و کاربرد قانون نیز قابل تطبیق می باشند. سرانجام، محکمه استیناف به شکل دیوان مواد مخدر، و ستره محکمه صلاحیت می یابند تا به قضایای مرافعه و مرافعه خواهی روی مواد قانون رسیدگی نمایند و از این جهت فیصله ها را به حیث شکلی مورد تجدید نظر قرار دهند. در این صورت سیستم دیوانهای مواد مخدر با آنچه در ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان پیش بینی شده است مطابقت دارد.

تبصره پیرامون قضایا

ا) دیوانهای محاکم مراکز ولایات بر اساس ماده ۴۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم تنظیم می‌شوند. محکمه خاص تجارت مواد مخدر در این احکام پیش‌بینی نشده است. دیوان خاص تجارت مواد مخدر بر اساس حکم محکمه تأسیس گردید. چنین صلاحیت محاکم مراکز ولایات نه در قانون اساسی افغانستان و نه در سایر قوانین مربوطه پیش‌بینی شده است. تنها ستره محکمه صلاحیت دارد در صورت لزوم دیوانهای دیگری را در چارچوب محکمه استیناف (مراجعه شود به پاراگراف ۴ ماده ۳۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم) و صرف پس از منظوری رئیس جمهور ایجاد نماید. لذا ایجاد دیوان خاص خلاف قانون بوده و متهم باید در پیشگاه یک محکمه ذیصلاح یعنی محکمه امنیت عامه بر اساس پاراگراف ۴ ماده ۴۲ و ماده ۴۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم محاکمه گردد. علاوه بر آن، مسئولیت دیوان خاص را نه قاضیان بلکه استادان حقوق به دوش داشتند. بر اساس بند ۱ فقره ۱ ماده ۱۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، هرگاه اشخاصی که به حیث خرنوال یا قاضی ایفای وظیفه می‌نمایند، فاقد اهلیت قانونی باشند اجراءات جزائی باطل پنداشته می‌شود. استادان حقوق بر اساس پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور مقرر نگردیده و در نتیجه موقف قضات را ندارند (مراجعه شود به ماده ۱۳۲ قانون اساسی افغانستان و ماده ۶۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). لذا اجراءات دیوان خاص باید باطل اعلان شود. تأسیس چنین دیوان اختصاصی بدین منوال با اصل قانونیت محاکم مطابقت ندارد.

ب) هر چند پاراگراف ۱ ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان حکم می‌کند که هیچ قانون در هیچ حالت قضیه‌ای را از دایره صلاحیت یک اداره قضائی به یک ارگان دیگر تفویض کرده نمی‌تواند، ولی پاراگراف ۱ ماده ۱۲۲ استثنائی را برای محاکم عسکری در مسائل نظامی پیش‌بینی می‌کند که در ماده ۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم نیز تکرار شده است. در نتیجه، ایجاد محاکم نظامی مطابق به حکم قانون می‌باشد. به همه حال، محاکم نظامی باید مانند محاکم عادی از موازین محاکمه عادلانه پیروی نمایند. در قضیه مورد نظر سخن بر سر مسائل نظامی بوده و به اصول محاکمه عادلانه احترام شده است. لذا این عسکر توسط محکمه‌ای که توسط قانون ایجاد شده است محکوم گردیده است.

ج) این حق بالذات دولت است که دعاوی جزائی را تحریک نماید. حاکمیت قانون می‌طلبد که تحقیقات و محاکمات صرفاً از جانب مقامات باصلاحیت قضائی مطابق به احکام مربوطه پیش برده شود (مراجعه شود به پاراگراف ۱ ماده ۱۲۲ و پاراگراف ۱ ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان و مواد ۲۱-۲۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). بر اساس بند ۱ و بند ۲ فقره ۱ ماده ۱۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم اجراءات جرگه باطل می‌باشد زیرا این اجراءات از جانب خرنوال تحریک نشده و اعضای جرگه موقف لازم مسلکی قضات را نداشتند. لذا اجراءات جزائی‌ای که توسط یک جرگه پیش برده شود غیرقانونی بوده و حقوق مظنون یا متهم نسبت به محاکمه عادلانه را نقض می‌کند؛ به خصوص حق محاکمه در پیشگاه محکمه‌ای را که توسط قانون ایجاد گردیده باشد.

ج) قوانین خارجی

اصل ۳۴ قانون اساسی ایران

دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.

اصل ۱۵۹ قانون اساسی ایران

مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است.

ماده ۱۷۵ قانون اساسی پاکستان

(۱) هیچ محکمه‌ای صلاحیت قضائی ندارد به استثناء محکمه‌ای که قانون اساسی یا قانون دیگری به آن این صلاحیت را تفویض کرده باشد.

از رویه قضائی پاکستان:

حمایت توجیه ایجاد چنین محاکم نظامی باید در احکام قانون اساسی دریافت شود. ... حکومتی که بر اساس قانون اساسی ایجاد شده باشد نباید از سیر قانون اساسی انحراف نماید و باید راه حل تمام مشکلات خویش را در چارچوب قانون اساسی در یابد. از این رو، حمایت توجیه ایجاد محاکم نظامی را باید در احکام قانون اساسی سراغ نمود.^{۲۶}

پیشنهاد برای مباحثه

- اشتراک کنندگان از جرگه‌ها و سایر نهادهای عنعنوی تصمیم گیرنده چی تجاربی اندوخته‌اند؟
- عموم مردم کدام میکانیزم حل دعوی و منازعه را ترجیح می‌دهند؟ چرا؟
- هرگاه به محاکمات در پیشگاه جرگه‌ها اجازه داده شود، چی مشکلاتی به ارتباط حقوق محاکمه عادلانه به وجود خواهد آمد؟

²⁶ P.L.D. 1999 SC 1126 (c), p. 1136.

۲. دسترسی به محاکم

أ) محمود به قاضی درخواست می‌دهد که قانونیت توقیف قبل از محاکمه‌اش را مورد بررسی قرار دهد. قاضی ذیصلاح چون خیلی مصروف می‌باشد درخواست او را رد نموده و به این نظر است که محمود باید الی تدویر محاکمه انتظار بکشد، زیرا در آنجا قانونیت توقیف وی در هر صورت مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت. آیا این فیصله درست است؟

ب) فریده به اتهام قتل شوهرش متهم می‌باشد. وی در جریان تمثیل دفاع از خود بر شوهرش حمله‌ور گردیده او را عمداً به قتل می‌رساند. در جریان محاکمه، قاضی نه از او و نه از وکیل مدافعی سؤال به عمل می‌آورد. هر دو مکرراً سعی می‌کنند اظهارات خویش را بیان دارند و قاضی از شنیدن آن ابا می‌ورزد. و در عوض به سخنان خسر فریده در مورد حادثه گوش می‌دهد، زیرا وی شهادت زنان را بی‌اعتبار می‌داند. آیا اصل دسترسی به محاکم در این قضیه صدق می‌کند؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان

هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است.
اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند.

ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان

هر شخص می‌تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند.
متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد.

ماده ۵۸ قانون اساسی افغانستان

هر شخص می‌تواند در صورت نقض حقوق بشری خود، به این کمیسیون شکایت نماید.
کمیسیون می‌تواند موارد نقض حقوق بشری افراد را به مراجع قانونی راجع سازد و در دفاع از حقوق آنها مساعدت نماید.

ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

رسیدگی و اصدار حکم توسط محاکم بر اساس اصل تساوی طرفین در برابر قانون و محکمه و رعایت عدالت و بی‌طرفی صورت می‌گیرد.

ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۴) هر شخص که بر اثر گرفتاری یا توقیف از آزادی محروم می‌شود حق دارد که به محکمه تظلم نماید، به این منظور که محکمه بدون تأخیر راجع به قانونی بودن توقیف اظهار نظر کند و در صورت غیرقانونی بودن توقیف حکم آزادی او را صادر نماید.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۱) همه در مقابل محاکم و دیوانهای قضائی مساوی هستند. هر شخص حین تثبیت اتهامی علیه وی و یا حقوق و وجاییش در یک دعوی حقوقی مستحق رسیدگی عادلانه و علنی از جانب یک محکمه ذیصلاح، مستقل و بی‌طرف که بر اساس قانون ایجاد شده باشد، می‌باشد.

ب) تبصره پیرامون دسترسی به محاکم

حق دسترسی به محاکم به این معنی است که هر شخص باید امکان آن را داشته باشد که به خاطر تثبیت حق خویش به یک محکمه مراجعه نماید، بدون آنکه قانون، مقررات اداری یا منابع مادی مانع وی شود. در ماهیت امر، این حقی است که بنا بر آن حرف شخص بایست استماع گردیده و برایش وقت داده شود قضیه خویش را به مقام محکمه ارائه نماید.

فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان حاوی حق دسترسی به محاکم بوده حق دریافت معلومات درباره اتهامات و فرا خواندن متهم به محکمه را در ظرف میعاد قانونی تضمین می کند. از این رو، فقره ۲ ماده ۳۱ به مدعی علیه امکان می دهد که یک محکمه قانونی تصمیم درباره محدود سازی آزادی وی را بررسی نماید. این حق فراخوانی به محکمه عموماً زمینه بررسی این تصمیم را مساعد ساخته و می توان آن را معادل فقره ۴ ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی پنداشت، هر چند از نظر کاربرد کلمات و عبارات از هم متفاوت اند. فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان که طبق آن شخص دستگیر شده می تواند به خاطر دفاع از حقوق خویش وکیل مدافع تعیین کند، مفهومی را که در فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان نهفته است، یعنی اینکه متهم به محاکم دسترسی داشته باشد، تقویت می بخشد.

ماده ۵۸ قانون اساسی افغانستان حمایت دیگری است که به مردم امکان می دهد که در صورت نقض حقوق اساسی شان به کمیسیون حقوق بشر مراجعه نمایند. این کمیسیون می تواند بعداً شکایات یا قضایا را به مقامات قانون چون محاکم بسپارد و در دفاع از حقوق عارضین مساعدت رساند.

حق دسترسی به محاکم همچنین با اصل تساوی ارتباط دارد، زیرا هر شخص اعم از زن و مرد، افغان یا خارجی باید در زمینه دسترسی به محکمه حق مساوی داشته باشد. در عمل، این امر هنوز هم مشکلی را در افغانستان ایجاد می کند. اما ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان که تبعیض را ممنوع قرار داده و تصریح می کند که مردان و زنان در برابر قانون مساوی اند، جنبه حق تساوی دسترسی به محاکم را احتوا می کند. در این زمینه باید از ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم نیز یادآوری به عمل آورد.

این امکان مساوی مراجعه به محکمه به خاطر رسیدگی به شکایت شخص باید از جانب کلیه کارکنان و منسوبین سکتور قضائی تأمین گردد. به خصوص، قاضی می تواند به خاطر تأمین حقوق مدعی علیه زن به وی فرصت بدهد با حفظ حق سکوت به پرسشهای محکمه خود پاسخ بگوید. قاضی همچنین صلاحیت دارد اقارب مرد را از وارد کردن فشار بر مدعی علیه زن وادار دارد. حق دسترسی مساویانه به عدالت برای مردان و زنان هنوز هم در واقعیت سیستم قضائی افغانستان یک مشکل عمده است. به خاطر حمایت مؤثر از حقوق زنان در یک جامعه باید توانست راه حل نقض حقوقشان را بدون تبعیض جستجو کرد.

تبصره پیرامون قضایا

پاراگراف ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان حکم می‌کند که متهم حق دارد در داخل میعادى که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد (مراجعه شود همچنین به پاراگراف ۴ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی). این حق به متهم امکان می‌دهد فیصله پیرامون تحدید آزادی شخصی‌اش را مورد رسیدگی یک محکمه قانونی قرار دهد. بدین ترتیب، محمود بعد از اقامه دعوی که بنا بر آن حسب فقره ۲ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم به حیث متهم شناخته می‌شود حق دارد فیصله مبنی بر توقیف قبل از محاکمه‌اش را مورد غور و رسیدگی قاضی ذیصلاح قرار دهد. وی مجبور نیست تا تدویر محاکمه انتظار بکشد. فیصله قاضی نادرست بوده وحق محمود مبنی بر مراجعه به محکمه به خاطر تعیین حقوقش را نقض می‌کند.

ب) حق دسترسی به محاکم همچنین شامل حق استماع شخص از جانب قاضی باصلاحیت و داشتن فرصت ارائه قضیه وی می‌باشد. قاضی از شنیدن اظهارات فریده یا وکیل مدافعش امتناع ورزید هر چند هر دوی آنها سعی کردند بیانات خویش را اظهار بدارند. حق فریده مبنی بر ارائه قضیه‌اش در پیشگاه یک محکمه قانونی از این سبب تخطی گردید که او یک زن می‌باشد و بدین منوال محکمه از حق او مبنی بر تعیین وکیل مدافع نیز چشم‌پوشی می‌کند. حق دسترسی به محاکم مبتنی بر این شرط است که هر شخص بدون درنظرداشت جنس، نژاد، ثروت، مذهب، قوم، ملیت و غیره حق مساوی دسترسی به محاکم دارد (مراجعه شود به ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان و ماده ۲، ماده ۱۴ پاراگراف ۱ و ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی). لذا اصل دسترسی به محاکم از جانب قاضی رعایت نشده است.

ج) قوانین خارجی

ماده ۶۸ قانون اساسی مصر

حق اقامه دعوی، حق مسلم همه است و هر تبعه حق دارد به قاضی ذیصلاح خویش مراجعه نماید. دولت دسترسی ارگانهای قضائی به طرفین دعوی و سرعت عمل قضائی آنها را تضمین می‌کند. هر نوع حکم قانون که به موجب آن هرگونه عمل یا تصمیم اداری از کنترل قضاء معاف شده باشد، ممنوع می‌باشد.

ماده ۷۱ قانون اساسی مصر

پاراگراف ۴- هر شخص می‌تواند شکایت خویش بر علیه هر اقدامی که آزادی فردی او را محدود می‌سازد به محکمه راجع سازد.
پاراگراف ۵- قانون حق شکایت را با تأمین حکمی در مدت معین تنظیم می‌نماید، در غیر آن شخص باید رها گردد.

اصل ۳۴ قانون اساسی ایران

دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه‌س افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.

پیشنهاد برای مباحثه

- آیا تطبیق مؤثر حق دسترسی به محاکم در امر پذیرش عمومی سیستم رسمی محکمه از جانب مردم تأثیر خواهد کرد؟
- آیا این حق به شیوه‌ای که افراد ملکی با اوضاع منازعه برخورد می‌کنند تأثیر خواهد افگند؟
- مانع عمده و اساسی در راه دسترسی مساویانه به محاکم در حال حاضر چی می‌باشد؟
- آیا مشکلات معقولی تصور شده می‌تواند که مانع کسب دسترسی مساوی زنان به عدالت شوند.

(ب) استقلالیت و بی‌طرفی قضات

أ) در بین اجلاس محاکمه، قاضی درک می‌کند که متهم دوست قدیم مکتب وی می‌باشد. این شخص به جرم قتل متهم بوده و شواهد کافی نیز در زمینه وجود دارد. با وجود آن، قاضی نمی‌خواهد خودش دوست قدیم خویش را محاکمه نماید. قاضی باید در این حالت چی بکند؟ چی امکانات در قانون در این زمینه پیش‌بینی شده است؟

ب) شخص مدافع در می‌یابد که قاضی ذیصلاح دختر کوچک دارد که عن‌قرب به مکتب خواهد رفت. برای اینکه رضایت قاضی را فراهم کرده باشد وی تحفه‌ای را برای دختر قاضی می‌آورد. در این تحفه بکس مکتب، کتابچه‌ها و سایر لوازم ضروری مکتب شامل‌اند که پدر دختر از عهده خریداری آن بر آمده نمی‌توانست زیرا باید برای خانم مریضش ادویه گرانیه‌ها بخرد. از این جهت، قاضی این تحفه را می‌پذیرد. قاضی، روی هم‌رفته، رشوت نمی‌گیرد یا چنین فکر می‌کند. علاوه بر آن، وی متیقن است که تحفه کوچک بر فیصله وی تأثیر نخواهد گذاشت و وی در قضاوت خویش بی‌طرف باقی خواهد ماند. آیا در اینجا اصل استقلالیت و بی‌طرفی قضات نقض شده است؟

ج) در جریان محاکمه به قاضی از یک مقام بالاتر قضائی تلیفون می‌شود که بنا بر فقدان دلایل متهم را برائت بدهد. هر چند مدرک موجود باعث محکومیت متهم می‌شد، قاضی از ترس اینکه مبدا وظیفه خویش را از دست داده و آینده وظیفه‌اش به مخاطره بیفتد این امر را قبول می‌کند. موضع قانون در اینجا چی می‌باشد؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان

هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است.
اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند.

ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان

قوة قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می‌باشد.

ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان

ستره محکمه مرکب است از نه عضو که از طرف رئیس جمهور با تأیید ولسی جرگه و با رعایت احکام مندرج فقره آخر ماده پنجاهم و ماده یکصد و هجدهم این قانون اساسی... برای مدت ده سال تعیین می‌گردند.
تعیین اعضا برای بار دوم جواز ندارد.
اعضای ستره محکمه به استثناء حالت مندرج ماده یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی، تا ختم دوره خدمت از وظایفشان عزل نمی‌شوند.

ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان

عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل می‌باشد:
۴. دارای حسن سیرت و شهرت نیک باشد؛

۶. در حال تصدی وظیفه در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد.

ماده ۱۱۹ قانون اساسی افغانستان

اعضای ستره محکمه قبل از اشغال وظیفه، حلف آتی را در حضور رئیس جمهور به جا می آورند:

بسم الله الرحمن الرحيم

به نام خداوند بزرگ جلّ جلاله سوگند یاد می کنم که حق و عدالت را بر طبق احکام دین مقدس اسلام، نصوص این قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان تأمین نموده، وظیفه قضاء را با کمال امانت، صداقت و بی طرفی اجرا نمایم.

ماده ۱۲۶ قانون اساسی افغانستان

اعضای ستره محکمه بعد از ختم دوره خدمت برای بقیه مدت حیات از حقوق مالی دوره خدمت مستفید می شوند، مشروط به اینکه به مشاغل دولتی و سیاسی اشتغال نورزند.

ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان

هرگاه بیش از یک ثلث اعضای ولسی جرگه، محاکمه رئیس یا عضو ستره محکمه را بر اساس اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت تفاضا نمایند و ولسی جرگه این تقاضا را با اکثریت دو ثلث کل اعضا تصویب کند، متهم از وظیفه عزل و موضوع به محکمه خاص محول می گردد.

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.

ماده ۱۳۲ قانون اساسی افغانستان

قضات به پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور تعیین می گردند. تقرر، تبدیل، ترفیع، مؤاخذة و پیشنهاد تقاعد قضات مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می باشد.

ماده ۱۳۳ قانون اساسی افغانستان

هرگاه قاضی به ارتکاب جنایت متهم شود، ستره محکمه مطابق به احکام قانون به حالت قاضی رسیدگی نموده، پس از استماع دفاع او، در صورتی که ستره محکمه اتهام را وارد بداند پیشنهاد عزلش را به رئیس جمهور تقدیم و با منظوری آن از طرف رئیس جمهور، قاضی متهم از وظیفه معزول و مطابق به احکام قانون مجازات می شود.

ماده ۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

قوه قضائیه رکن مستقل دولت بوده مرکب از ستاره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه می باشد.

ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

محاکم حین رسیدگی به قضایا مستقل بوده و در صدور احکام صرف تابع قانون می باشند. رسیدگی و اصدار حکم توسط محاکم بر اساس اصل تساوی طرفین و در برابر قانون و محکمه و رعایت عدالت و بی طرفی صورت می گیرد.

ماده ۱۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

قضات نمی توانند در مدت تصدی وظیفه عضویت حزب سیاسی را داشته باشند.

ماده ۱۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) قاضی نمی تواند تحت شرائط ذیل به قضیه رسیدگی نماید:

۱. در صورتی که جرم ارتکاب شده علیه قاضی و یا خویشاوندان وی صورت گرفته باشد.
۲. در صورتی که قاضی به صفت مأمور ضبط قضائی، خارنوال، شاهد و یا اهل خبره در آن قضیه دخالت کرده باشد.
۳. در صورتی که قاضی به صفت وکیل مدافع شخص متهم ایفای وظیفه نموده باشد.
- (۲) در صورت موجودیت شرائط مندرج فقره (۱) این ماده قاضی مکلف است موضوع امتناع خود را به اطلاع رئیس محکمه مرافعه برساند.
- (۳) هرگاه شرائط مندرج فقره (۱) این ماده متوجه تمام اعضای محکمه باشد، موضوع امتناع آنها به سمع رئیس محکمه مرافعه رسانیده می شود.
- (۴) هرگاه شرائط مندرج فقره (۱) این ماده صرف متوجه رئیس محکمه باشد، وی مکلف است که موضوع امتناع خویش را به سمع رئیس محکمه فوقانی برساند.
- (۵) رئیس محکمه فوقانی درخواست امتناع قاضی را بعد از علم آوری قبول یا رد می نماید. تصمیم رئیس محکمه در این مورد نهائی می باشد.
- (۶) هرگاه رئیس محکمه فوقانی درخواست امتناع قاضی یا رئیس محکمه را بپذیرد، در این صورت قاضی دیگری را غرض رسیدگی قضیه تعیین و توظیف می نماید.
- (۷) اجراءات دوسیه تا زمانی که حکم نهائی رئیس محکمه فوقانی صادر گردد به تعویق انداخته می شود.

ماده ۱۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) متهم یا خارنوال حق دارد، درخواست سلب صلاحیت قاضی یا رئیس محکمه را به اساس یکی از دلایل مندرج فقره (۱) ماده یازدهم ارائه نماید.
- درخواست به رئیس محکمه مندرج فقره های ۲، ۳ و ۴ ماده یازدهم ارائه می گردد. رئیس محکمه می تواند درخواست را رد یا قبول نماید.
- (۲) در صورت اتخاذ تصمیم در مورد سلب صلاحیت، رئیس محکمه مربوط عوض قاضی یا رئیس که از وی سلب صلاحیت به عمل آمده قاضی دیگری را تعیین و توظیف می دارد. تصمیم رئیس محکمه قابل اعتراض نمی باشد. در این حالت، اجراءات جزائی تا زمان تصمیم نهائی رئیس محکمه به تعویق انداخته می شود.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

- (۱) همه در مقابل محاکم و دیوانهای قضائی متساوی هستند. هر شخص حین تثبیت اتهامی علیه وی و یا حقوق و وجایش در یک دعوی حقوقی مستحق رسیدگی عادلانه و علنی از جانب یک محکمه ذیصلاح، مستقل و بی طرف که بر اساس قانون ایجاد شده باشد، می باشد. ممکن است به رسانه های گروهی و مردم به جریان محاکمه یا بخشی از آن راه نداد به منظور اخلاقیات، نظم عامه و یا امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک و یا هم در صورتی که زندگی خصوصی طرفین چنین تقاضا نماید و یا تا حدی که خود محکمه این امر را در موارد خاص که علنی ساختن محاکمه مغایر منافع عدالت باشد، جداً ضروری بداند. ولی قضاوتی که روی یک قضیه جرمی یا مدنی صورت می گیرد باید علنی شود مگر اینکه منافع نوجوانان طور دیگری تقاضا نماید و یا اینکه دعوی به منازعه ازدواج و یا قیمومیت اطفال ارتباط داشته باشد.

ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

- (۳) هر شخصی که به اتهام جرمی دستگیر یا توقیف گردیده باشد به اسرع وقت در محضر قاضی یا هر مقام دیگری که مجاز به اعمال اختیارات قضائی باشد حاضر ساخته می شود. وی حق دارد که در مدت زمان معقول یا محاکمه گردد یا آزاد ساخته شود. قاعده کلی باید این نباشد که اشخاصی که در انتظار محاکمه هستند در توقیف به سر برند، بلکه آزادی مؤقت ممکن است مشروط بر تضمینهایی بشود که حضور متهم را در جلسه محاکمه و سایر مراحل رسیدگی قضائی و حسب مورد برای اجرای حکم تأمین نماید.

(ب) تبصره پیرامون استقلالیت و بی طرفی قضات

استقلالیت قوه قضائیه یکی از ستونهای حاکمیت قانون بوده، از اساسی موازین محاکمه عادلانه می باشد. استقلال قضاء از پایدارترین بخش عدالت یعنی بی طرفی ناشی می شود. کلمه استقلالیت به خودمختاری یک قاضی یا هیئت منصفه حین کاربرد قانون در موارد رسیدگی به قضایا دلالت می کند. به گونه مشخص، این عبارت را می توان به دو بخش تقسیم کرد. نخست، «استقلالیت نهادی» که مستقیماً به اصل تقسیم قوا اشاره می کند و بدین ترتیب نفوذ ارگانهای دیگر دولتی در امور قضائی را در مجموع ممنوع قرار می دهد. ثانیاً، «استقلالیت فردی» است. در حالی که استقلالیت نهادی عمدتاً به دخالت قوه اجرائیه در امور قضائی اجازه نمی دهد ولی تا حدود کمتر مداخله ارگان قضائی را منع قرار می دهد، استقلالیت فردی متوجه فرد قاضی بوده و به مفهوم مستقل بودن قاضی از نیروهای خارجی و داخلی می باشد. ممکن است اعضای دیگر قوه قضائیه، به خصوص آنانی که در مقام بالاتر قرار دارند، بی موجب، از داخل بالای قاضی نفوذ نمایند. به منظور تأمین فیصله های بی طرفانه قاضی باید حین صدور فیصله عاری از هر گونه مداخله و فشار بوده و صرف تابع قانون باشد.

تصامیم محاکم صرف از طرف محاکم مافوق که آنها نیز مستقل اند ارزیابی شده می تواند. در مجموع، بی طرفی و استقلال محاکم توسط میکانیزمهای مختلف تضمین می شود: به گونه مثال، ترکیب محاکم، طرزالعملهای انتصاب یا انتخاب قضات و اینکه قاضی با طرفین دعوی هیچ گونه قربانی که پروسه تصمیم گیری را تحت تأثیر در آورد، نداشته باشد. همچنین قضات باید با طرفین منصفانه و مساویانه برخورد نموده و بر مبنای حقایق قضیه تصمیم عینی اتخاذ بدارند. عواملی که ممکن است باعث طرفداری قاضی به یکی از جوانب دعوی گردد، به گونه مثال، شامل دخالت داشتن در داد و ستد تجارتي با یکی از طرفین، پذیرفتن تحفه و سوغات و دعوتهای شخصی ولو هر قدر کوچک هم باشد، و سایر اشکال رشوت جداً ممنوع می باشد. این امر نه تنها به خاطر حفظ بی طرف قاضی مربوط بلکه همچنین برای حفظ و ارتقای اعتماد مردم نسبت به قوه قضائیه به عنوان یک ارگان بی طرف و مستقل دولتی از اهمیت بسزایی برخوردار است. در این مورد، از هر نوع عمل خلاف بی طرفی باید خودداری شود.

و اما استقلال محاکم به معنی آن نیست که محاکم کاملاً نامحدود بوده و هر آنچه بخواهند می توانند فیصله نمایند. در برابر استقلالیت قضاء تأثیر الزام آور قانون قرار دارد، صرف نظر از اینکه این قانون ماهیتاً قانون موضوعه بوده و یا از فیصله های قضایای قبلی ناشی می شود (ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم).

طوری که قبلاً اشاره شد، استقلالیت قوه قضائیه نه تنها مستلزم استقلال نهادی بلکه استقلال فردی قضات می باشد. هر دو اصل با هم مرتبط و گسستناپذیرند. استقلال فردی خواهان آن است که قاضی نه تنها از فشار و نفوذ خارجی بلکه همچنین از فشار و نفوذ داخل قوه قضائیه مبرا باشد. به این ارتباط، شرایط خدمات قاضی از قبیل مصوونیت دوره خدمت، به شمول موضوع عزل وی، اهمیت زیادی دارد. قاضیان باید به خاطر خلاف رفتاری جدی و تخلفات انضباطی یا جرمی که عدم کفایتشان را نسبت به وظایفشان نشان می دهد، از وظیفه سبکدوش شوند. قاضیان نباید به خاطر اشتباهات جزئی یا عدم موافقه با یک تفسیر مشخص قانون از کار برکنار

شوند. حتمی نیست که آنها برای ابد به کار گماشته شوند و یا اینکه از مأخذ مبرا باشند، بلکه باید حداقل برای چندین سال تعیین و انتخاب گردند. جنبه دیگر موضوع دسپلین و تعزیرات است. فارغ بودن از هدايات و فشار حین رسیدگی به یک قضیه در این مورد ارتباط می گیرد. قاضیان نباید حین رسیدگی تابع اوامر بوده و یا به نحدیگری وابسته باشند. آنها باید از اوامر الزامی در رابطه با فعالیتهای مشخص قضائی شان عاری بوده و نباید به خاطر به تعبیر معین قانون با حسن نیت، مورد سرزنش قرار گیرند.^{۲۷}

احکام مربوط به قوه قضائیه در فصل هفتم قانون اساسی افغانستان تسجیل یافته اند. در فقره ۱ ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان استقلال قضاء در اراکین دولتی تعیین گردیده است. فقره ۵ ماده ۱۱۷ قانون اساسی افغانستان استقلال قضات ستره محکمه را تقویت نموده، امکان عزل آنها را صرف به ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان محدود می سازد که در آن عزل و محاکمه قاضی ستره محکمه به موجب ارتکاب جنایت یا جرم حین ایفای وظیفه به اکثریت دو ثلث آرای ولسی جرگه قید شده است. قاضیان دیگر بر اساس ماده ۱۳۳ قانون اساسی تنها در صورت ارتکاب جرم به پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور از وظیفه سبک دوش شده می توانند. این اصول نشان دهنده آن است که قاضیان حین اتخاذ تصمیم ترس از دست دادن وظیفه را به خود راه ندهند. ماده ۱۱۶ قانون اساسی استقلال مادی قضات ستره محکمه را حتی پس از ختم میعاد کارشان تضمین می کند. این امر نیز هراس شخصی آنها را که ممکن است تأثیر منفی در تصمیم گیری یک قاضی داشته باشد کاهش می بخشد. در ماده ۱۳۲ قانون اساسی همچنین آمده است که قاضیان بر اساس پیشنهاد ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور مقرر می شوند. علاوه بر آن، تقرر، تبدیل، ترفیع، مؤاخذ و پیشنهاد تقاعد قضات مطابق به احکام قانون در صلاحیت خود ستره محکمه می باشد. علاوه بر آن، قاضیان عادی همیشگی به کار گماشته می شوند. این امر را می توان به گونه مستقیم از فقره ۱ ماده ۶۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم (مصوب سال ۲۰۰۵) استنباط کرد که حکم می کند تقاعد بعد از ختم ۴۰ سال دوره خدمت بالفعل، معلولیت کلی دایمی و مریضیهای دوامداری که مانع اجرای وظیفه گردد، اكمال سن ۶۵ سالگی و سایر حالاتی که در قانون پیش بینی شده است، حتمی می باشد. انقضای مدت محدود خدمت (علاوه بر ۴۰ سال) تذکار نیافته و در هیچ قانون دیگر تعیین نشده است. چون تقرر قاضیان توسط قوه اجرائیه صورت نمی گیرد، آنها می توانند کمتر زیر تأثیر موضوعات سیاسی قرار بگیرند.

اما باید تأکید کرد که آمرین قضائی قاضیان نیز اجازه ندارند در قضایای قاضیان مادون خویش بیجا نفوذ نمایند. مجازات انضباطی و اوامر باید صرف به خاطر تأمین رعایت قانون و نه به خاطر نفوذ در فیصله های قضائی قضات انجام یابند. علی القاعده می توان گفت که صدور اوامر و دساتیر در مواردی که فیصله به مرافعه کشانیده شود، ممنوع می باشد.

^{۲۷} رامین مشتاقی، «تشکیلات و صلاحیت محاکم جدید التأسیس افغانستان، تطابق سیستم رسمی عدلی با موافقتنامه بن»، سالنامه انستیتوت ماکس پلانک پیرامون قانون ملل متحد، جلد ۱۰ (۲۰۰۶).

در مورد اصل بی طرفی، فقره ۴ ماده ۱۱۸ و ماده ۱۱۹ قانون اساسی افغانستان سطح عالی اخلاق قضات را تأمین می کند. فقره ۶ ماده ۱۱۸ قانون اساسی افغانستان و نیز ماده ۱۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، قاضیان را از عضویت در احزاب سیاسی حین انجام دوره رسمی خدمت ممنوع ساخته، بدین وسیله خطر صدور فیصله مبنی بر ملحوظات سیاسی را کاهش می دهد.^{۲۸}

^{۲۸} برای معلومات بیشتر در مورد استقلال قوه قضائیه در افغانستان مراجعه شود به رامین مشتاقی، «تشکیلات و صلاحیت محاکم جدیدالتأسیس افغانستان، تطابق سیستم رسمی عدلی با موافقتنامه بن»، *سالنامه انستیتوت ماکس پلانک پیرامون قانون ملل متحد*، جلد ۱۰ (۲۰۰۶).

تبصره پیرامون قضایا

ا) فقره ۱ ماده ۱۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم مواردی را تصریح می‌بخشد که در آن یک قاضی باید از رسیدگی قضیه خودداری ورزد. اما امتناع قاضی بر مبنای دوستی قدیمی با متهم از جمله موارد فوق‌الذکر به شمار نمی‌آید. علاوه بر آن، بندهای (۱) الی (۳) این ماده صرف مثالهایی‌اند و نه فهرست مفصل تمام مواردی که ممکن است به شخص قاضی بر بخورند. در نتیجه، قاضی باید امتناع خویش را جهت منظوری به رئیس محکمه اطلاع دهد (فقره ۲ ماده ۱۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم در مورد قاضی محکمه‌ای که بیشتر از یک عضو داشته باشد صدق می‌کند. قاضی باید فیصله رئیس محکمه پیرامون درخواستی امتناع خویش را بپذیرد (فقره ۵ ماده ۱۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). درعین حال اجراءات جزائی باید معطل قرارداده شود (فقره ۷ ماده ۱۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم).

ب) پذیرش هر نوع رشوت، ولو هر قدر کوچک و ناچیز هم باشد، برای قاضیان جداً ممنوع می‌باشد. حتی اگر قاضی مربوطه فکر می‌کند که فیصله وی زیر تأثیر تحفه و سوغات طرف دعوی قرار نمی‌گیرد و حتی اگر وی واقعاً هم به طرفین دعوی عادلانه و مساویانه رفتار نماید، باز هم باید هیچ گونه رشوت را نپذیرد. این نوع برخورد روحیه اعتماد مردم نسبت به استقلال و بی‌طرفی قضات را جداً متأثر می‌سازد. حداقل مدعی‌علیه فکر خواهد کرد که رضایت و خاطر قاضی را به دست آورده است. حتی عمل قاضیان باید چنان به ملاحظه نرسد که باعث شک و تردید در بی‌طرفیشان گردد. لذا در این قضیه مورد بحث اصل بی‌طرفی قضات نقض شده است.

ج) اصل یک قوه قضائیه مستقل نه تنها مستلزم آن است که فیصله‌های یک قاضی بدون مداخله سایر ادارات چون قوه اجرائیه اتخاذ گردد، بلکه همچنین ایجاب می‌کند که محاکم ذیصلاح عاری از هرگونه نفوذ بیجای سایر محاکم و مقامات بالایی قضائی باشند. هر چند محاکم پائینی در مورد قیاس از فیصله‌های گذشته تابع فیصله‌های ستره محکمه‌اند، ولی این محاکم تابع هیچ گونه هدایت نبوده و از این جهت مجبور نیستند از اوامر خاص مقامات بالائی قضائی در مورد واقعیت موضوع یک قضیه اطاعت نمایند. استقلالیت قضات در ماده ۱۳۳ قانون اساسی افغانستان تسجیل یافته است. این ماده حکم می‌کند که قاضیان صرف در صورتی که در اثر انجام وظیفه متهم به ارتکاب جنایت یا جرم باشند، بنا بر تصمیم ستره محکمه و رئیس جمهور، از وظایفشان سبک‌دوش می‌شوند (در مورد قاضیان ستره محکمه مراجعه شود به پاراگراف ۵ ماده ۱۱۷ و ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان). مطابق به فقره ۱ ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان یک قاضی حین رسیدگی به یک قضیه باید از احکام قانون اساسی و سایر قوانین استفاده نموده و نمی‌تواند خودسرانه یک متهم را براءت دهد. ماده ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم صراحتاً حکم می‌کند که محاکم حین رسیدگی به قضایا مستقل باقی مانده و در صدور احکام تابع قانون می‌باشند. عدالت و بی‌طرفی باید از جانب محکمه حین اجراءات و اصدار حکم رعایت گردد. در نتیجه، امر براءت از جانب مقام بالایی مخالف اصل استقلالیت قضات می‌باشد.

ج) قوانین خارجی

ماده ۶۵ قانون اساسی مصر

دولت تابع قانون می‌باشد.

استقلال و معافیت قوه قضائیه دو تضمین اساسی است برای حفظ حقوق و آزادیها.

ماده ۶۸ قانون اساسی مصر

پاراگراف ۳: هر نوع حکم قانون که در آن هر اقدام یا تصمیم اداری از کنترل قضاء معاف شود ممنوع می‌باشد.

اصل ۱۵۶ قانون اساسی ایران

قوة قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق عدالت بوده و عهده‌دار وظایف زیر است:

۱. رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبه که قانون معین می‌کند.
۲. احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادیهای مشروع.
۳. نظارت بر حسن اجرای قوانین.
۴. کشف جرم و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام.
۵. اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.

اصل ۱۶۴ قانون اساسی ایران

قاضی را نمی‌توان از مقامی که شاغل آن است بدون محاکمه و ثبوت جرم یا تخلفی که موجب انفصال است به طور مؤقت یا دائم منفصل کرد یا بدون رضای او محل خدمت یا سمتش را تغییر داد مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصمیم رئیس قوة قضائیه پس از مشورت با رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل. نقل و انتقال دوره‌ای قضات بر طبق ضوابط کلی که قانون تعیین می‌کند صورت می‌گیرد.

ماده ۲۰ قانون اساسی لبنان

قوة قضائیه از جانب محاکم در سطوح مختلف و صلاحیت قضائی مختلف تعمیم می‌گردد. این قوه در محدوده حکم قانون عمل کرده و برای قاضیان و طرفین دعاوی تضمینهای لازم فراهم می‌سازد. حدود و شرایط حفاظت قضات توسط قانون تعیین می‌گردد. قاضیان در اجرای وظایفشان مستقل‌اند. تصامیم و فیصله‌های تمام محاکم به نام مردم لبنان اتخاذ و تطبیق می‌گردد.

ماده ۸۲ قانون اساسی لبنان

قوة قضائیه از قوای مقننه و اجرائیه مستقل می‌باشد.

ماده ۸۵ قانون اساسی لبنان

قاضیان محکمه از وظایفشان برکنار نمی‌گردند.

از رویه قضائی پاکستان

حق دسترسی به محاکم و دیوانهای مستقل و بی طرف حق اساسی هر تبعه می باشد. تعمیم این حق به استقلال قضاء ارتباط دارد که صرف از طریق تعیین اشخاص دارای صفات عالی راستی، نام نیکو و لیاقت مطابق به طرزالعملی که بر پایه قانون اساسی تدوین گردیده، تأمین شده می تواند...^{۲۹}

پیشنهاد برای مباحثه:

- حدود و مرز عینیت مسلکی کدام اند؟ در کدام موارد اشتراک کنندگان نباید به یک قضیه رسیدگی کنند؟
- مانع عمده استقلال و بی طرفی قضاء چیست؟
- آیا تعلیم و آموزش برای استقلال قضائی مهم است؟ اگر است، چرا مهم است؟

²⁹ P.L.D. SC 1999 Part II; p. 504 (oo), p. 634 QQQ.

ج) محاکمه بدون تأخیر غیرموجه

أ) عالم از جانب پولیس به صفت مظنون گرفتار و در توقیف به سر می‌برد. وی ۴۸ ساعت پس از گرفتاری مورد استنطاق قرار گرفته و به خرنوال سپرده می‌شود. خرنوال بلافاصله به تحقیق خویش می‌پردازد. وی مظنون را در توقیف نگه می‌دارد زیرا فکر می‌کند که ممکن است فرار کند. خرنوال که در روزهای بعدی خیلی مصروف می‌باشد و فراموش می‌کند که صورت دعوی را ترتیب دهد، پانزده روز بعد قضیه عالم را دوباره به خاطر می‌آورد. از آنجا که وی هنوز هم زیر بارکارهای خویش غرق است، به قضیه توجه نمی‌کند زیرا وی متیقن است که وی اجازه دارد شخص مظنون را قبل از محاکمه الی ۳۰ روز در توقیف نگه دارد. قبل از آنکه ۳۰ روز تکمیل شود وی صورت دعوی را به قاضی ذیصلاح پیش کش می‌کند. قاضی مسئول مصروف قضایای زیاد نازل دیگر بوده و معتقد است که آن قضایا نسبت به قضیه عالم بااهمیت‌ترند. از این جهت، دو هفته بعد به رسیدگی قضیه وی می‌پردازد و پس از آنکه صورت دعوی را مطالعه می‌کند روز محاکمه را تعیین می‌نماید. عالم ابلاغ قاضی مبنی بر تدویر محاکمه‌اش را دو ماه بعد دریافت می‌کند. آیا حدود زمانی در این قضیه رعایت شده است و یا محاکمه غیرموجه به تأخیر افتاده است؟

ب) محمد به این جرم مظنون می‌باشد که چندین مشتری خرید موتر را در سال ۱۹۸۹ فریب داده و پولشان را غصب کرده است. در سال ۱۹۹۲ اشخاص متضرر شکایت می‌کنند. محمد تا سال ۱۹۹۳ به این اقدام هیچ توجه نمی‌کند. خرنوال او را برای بار نخست در سال ۱۹۹۶ مورد بازپرسی قرار می‌دهد. در سال ۲۰۰۰ دوسیه صورت دعوی به محکمه سپرده می‌شود. محاکمه در سال ۲۰۰۵ آغاز می‌شود. با وجود اینکه این قضیه آن قدر پیچیده نیست، فیصله آن را نمی‌توان قبل از سال ۲۰۰۷ انتظار داشت. شما چی فکر می‌کنید؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان

هیچ شخص را نمی‌توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود مگر به طبق احکام قانون.

ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان

متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد.

ماده ۳۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

هرگاه گرفتاری توسط پولیس عدلی صورت گرفته و از طرف خرنوال تأیید یا قرار توقیف توسط خرنوال صادر گردیده و این قرار به قوت خود باقی مانده باشد و خرنوال در ظرف ۱۵ روز از تاریخ گرفتاری صورت دعوی را به محکمه تقدیم ننماید، متهم رها می‌گردد؛ مگر اینکه به اثر درخواست به موقع خرنوال مدت توقیف برای ۱۵ روز دیگر تمدید شده باشد.

ماده ۴۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) محکمه بعد از حصول صورت دعوی بلافاصله ورق ابلاغیه را که حاوی تاریخ و روز آغاز محاکمه می باشد، صادر می کند.

ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۳) هر شخصی که به اتهام جرمی دستگیر یا توقیف گردیده به اسرع وقت در محضر قاضی یا هر مقام دیگری که اجازه و صلاحیت اعمال اختیارات قضائی را داشته باشد حاضر ساخته می شود. وی حق دارد که در مدت زمان معقول محاکمه شود یا آزاد ساخته شود. قاعده کلی باید این نباشد که اشخاصی که در انتظار محاکمه هستند در توقیف به سر برند، بلکه آزادی مؤقت ممکن است مشروط بر تضمینهایی بشود که حضور متهم را در جلسه محکمه و سایر مراحل رسیدگی قضائی و حسبالمورد برای اجرای حکم تأمین نماید.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۴) هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمینهای حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد:

ج) بدون تأخیر غیرمؤجه درباره او قضاوت شود.

(ب) تبصره پیرامون محاکمه بدون تأخیر غیرموجه

«تأخیر در عدالت به معنی عدم تأمین عدالت است.»

ضرورت تدویر محکمه عاجل در قضایای جرمی مقامات عدلی و قضائی را مکلف می‌سازد تا تأمین نمایند که تمام جریان تعقیب عدلی، از مراحل قبل از محاکمه الی استیناف نهائی، و نیز قضاوت محکمه در مدت زمان معقول و متوازن با حق متهم مبنی بر وقت کافی و تسهیلات برای تهیه دفاعیه و ضرورت دقت لازم از جانب قاضی انجام یابد. در اینجا می‌توان از دو دسته‌ای از معیارها نام برد که یکی از آنها در مورد اشخاصی که در توقیف به سر می‌برند و دیگری در مورد سایر اشخاصی که متهم به ارتکاب جرم شده‌اند، تطبیق می‌گردد.

در رابطه با دسته اول، متهم پس از دستگیری بلا تأخیر در برابر قاضی حاضر می‌گردد و حق دارد در مدت زمان معقول محاکمه شود یا رها گردد (مراجعه شود به فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان و فقره ۳ ماده ۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). این حق بر پایه براءت ذمه، حق آزادی شخصی و محافظت در برابر توقیف خودسرانه بنا یافته است.^{۳۰} در قضایای جرمی‌ای که متهم در توقیف قبل از محاکمه به سر می‌برد، مکلفیت دولت در قبال تسریع محاکمه خیلی مبرم بوده و جلوگیری از تأخیر به‌ویژه در حصه نوجوانان که هدف از آن محدود ساختن میعاد توقیف است، معقول پنداشته می‌شود.^{۳۱}

در تعامل موجوده تعقیب عدلی جرمی افغانستان چنین حق اساسی به اشخاصی که آزادیشان سلب شده است داده نمی‌شود. در افغانستان معمول این است که متهمین در قضایای عادی روزمره جرمی، قبل از اینکه در برابر قاضی حاضر گردند الی بیش از سه یا حتی هشت ماه تحت نظارت و توقیف نگهداری می‌شوند.^{۳۲}

از جانب دیگر، تأخیر ۱۸ ماه از زمان گرفتاری الی آغاز محاکمه در یک قضیه قتل نقض اصل محاکمه بدون تأخیر غیرموجه پنداشته نمی‌شود، زیرا هیچ نشانه‌ای که دال بر آن باشد که تحقیقات وقت‌تر انجام یافته می‌توانست، وجود ندارد.^{۳۳} دلیل آن این است که دشواریهای حقوقی و حقیقی یک قضیه می‌تواند تمديد توقیف را در مقایسه با قضایای ساده‌تر توجیه نمایند.

دسته دوم مستلزم آن است که کلیه محاکمات جرمی بدون تأخیر غیرموجه تدویر یابند (مراجعه شود به بند (ج) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی). این تضمین حقوقی با براءت ذمه و حق دفاع از خود بستگی دارد. به منظور تضمین دفاع کافی، هدف از آن تأمین این امر است که اشخاصی که به اتهام موارد جرمی منتظر تدویر محکمه می‌باشند بی‌موجب از بی‌سرنوشتی طولانی رنج نبرند و برای تهیه دفاعیه لازم، دلایل قضیه

^{۳۰} کمیسیون حقوق بشر اروپا، توماسی از فرانسه، ۲۷ اگست سال ۱۹۹۲، ۲۴۱-الف، پاراگراف ۸۴

^{۳۱} هازی از جمهوری فدرالی آلمان، (۷۶/۷۴۱۲)، ۱۲ جولای سال ۱۹۷۷، ۱۱ د.ر. ۷۸.

^{۳۲} افغانستان: احیای مجدد حاکمیت قانون، ۱۴ اگست سال ۲۰۰۳، اندیکس AI:AA 11/021/2003، صفحه ۲۵.

^{۳۳} کمیسیون حقوق بشر، پ. کیلی، جامایکا، ۸ اپریل سال ۱۹۹۱، اطلاع شماره ۱۹۷۸/۲۵۳، سند رسمی مجمع عمومی سازمان ملل متحد ۴۰/۴۶/الف، صفحه ۲۴۸، پاراگراف ۱۱-۵.

از دست نرود یا ضایع نگردد و یا یادداشت شاهد مختل نشود. قضایایی که تکمیل آن شش یا تقریباً ده سال^{۳۴} طول کشیده است و یا تأخیر ۳۱ ماه میان اقامه دعوی و استیناف^{۳۵} به مثابه تأخیر غیرموجه پنداشته شده‌اند. به حیث یادداشت حاشیه‌ای، چنین میعاد متداوم محاکمه در ارتباط با نقش مصلحانه‌ای که اجراءات جزائی در جامعه ایفا می‌کند، اهمیت بسزائی دارد. زیرا در این صورت میعادهای متداوم ممکن است موجب شود مردم به انتقام شخصی بر انگيخته شوند و بدین طریق انحصار قوه دولت و حاکمیت قانون را به مخاطره افتد. میعاد عدلی از تاریخ اتهام، گرفتاری یا اقامه دعوی خارنوال آغاز و با صدور حکم نهائی محکمه استیناف انجام می‌یابد.^{۳۶}

تعریف حدود میعاد معقول با تعیین تأخیر غیرموجه شباهت دارد؛ هر دو به حالات یک قضیه بستگی دارند. عواملی که باید در نظر گرفته شوند عبارت‌اند از حالات و پیچیدگی قضیه. هر چند خطر آن می‌رود که شخص ممکن است الی تثبیت موجه بودن توقیف قبل از محاکمه فرار نماید، این امر این سؤال را حل نمی‌کند که آیا مدت تشخیص میعاد قبل از محاکمه موجه است یا خیر. عواملی که در اتخاذ تصمیم پیرامون معقول بودن تأخیر عدلی نقش دارند همانا پیچیدگی قضیه، ماهیت و جدی بودن قضیه، شمار اتهاماتی که به متهم منسوب شده، ماهیت تحقیق مطلوب، تعداد افرادی که به اشتراک در جرم قلمداد شده‌اند، و شمار شاهدان بالقوه می‌باشد. به همین سان، جرایم اقتصادی و مواد مخدر، قضایای قتل متعدد، جرایمی که شامل سازمانهای تروریستی می‌گردد همه و همه از جمله قضایای پیچیده و مشکل به شمار آمده و به معنی آن است که میعاد قبل از محاکمه ممکن است به تناسب سایر قضایا طولانی‌تر باشد. اما اینها قواعد تقریبی‌اند. ضرور است که به ماهیت هر قضیه جداگانه نگاه کرد تا توانست تصمیم گرفت که آیا یک میعاد بیش از حد تمدید شده است یا خیر.

هرگاه مقامات عدلی به گونه مثال به رکود پروسه تحقیق و تعقیب عدلی اجازه دهند و یا برای تکمیل اقدامات خاص وقت بیش از حد را از دست دهند، مکلفیت و وجیبه تسریع جریان قضائی را به انجام نرسانیده‌اند. تعقیب عدلی همچنین زمانی با تأخیر غیرموجه توأم می‌باشد که سیستم اجراءات جزائی یک کشور خود مانع سرعت فیصله محاکم گردد. دولت باید قضاء را طوری تنظیم نماید که محاکم ضرورت معقولیت میعاد را مرفوع سازند.^{۳۷} به طور مثال، وضع دشوار اقتصادی مقامات قضائی به هیچ وجه عذر و دلیل^{۳۸} تأخیر دوامدار نیست.

^{۳۴} کمیسیون حقوق بشر، کاریبونی، اوروگوای، ۲۷ اکتوبر سال ۱۹۸۷، اطلاع شماره ۱۵۹/۱۹۸۳، سند رسمی مجمع عمومی سازمان ملل متحد ۴۳/۴۰/الف، صفحه ۱۸۴ و صفحات ۱۸۹-۱۹۰، پاراگراف ۹، ۲ و ۱۰.

^{۳۵} کمیسیون حقوق بشر، مکلا رینس از جامایکا، اطلاع شماره ۷۰۲/۱۹۹۶، سند رسمی مجمع عمومی سازمان ملل متحد، اجلاس ۵۲ ضمیمه ۴۰، جلد ۲ صفحه ۲۲۵ (صفحه ۲۳۲)، پاراگراف ۵-۱۱.

^{۳۶} کمیسیون حقوق بشر اروپا، یاکچی و سارگین، ترکیه، ۸ جون سال ۱۹۹۵، ۳۱۹-الف، صفحه ۲۰، پاراگراف ۵۸.

^{۳۷} کمیسیون حقوق بشر اروپا، منصور، ترکیه، ۸ جون ۱۹۹۵، ۳۱۹-ب، سلسله الف، صفحه ۵۳، پاراگراف ۶۸.

^{۳۸} کمیسیون حقوق بشر، لوبوتو، زمبیا، ۳۱ اکتوبر ۱۹۹۵، اطلاع شماره ۳۹۰/۱۹۹۰، سند رسمی مجمع عمومی سازمان ملل متحد، A/51/40، (جلد ۲) صفحه ۱۴، پاراگراف ۷، ۳.

تأخیر به دلیل عدم همکاری متهم قابل توجیه نیست. وی مجبور نیست در پروسه تعقیب عدلی با مقامات قضائی همکاری فعال نماید و یا از حقوق اجرای قضائی خود منصرف شود. موضوع ممکن است طور دیگری باشد هرگاه متهم موقف ممتنع به خود بگیرد (به گونه مثال در جلسات محکمه حاضر نشود و یا وکیل مدافع انتخاب نکند) و یا سعی نماید خود را پنهان کند.

در قانون اساسی افغانستان متأسفانه احکام واضح درباره حق محاکمه بدون تأخیر غیرموجه وجود ندارد. ولی فقره ۲ ماده ۲۷ و فقره ۲ ماده ۳۱ این قانون همراه با ماده ۳۶ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم تضمین می کنند که به طور عموم شخص دستگیر شده بیش از ۱۵ روز و به اجازه محکمه به بیش از میعاد اعظمی ۳۰ روز بدون اقامه دعوی توقیف شده نمی تواند. فقره ۱ ماده ۴۲ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم تأمین می کند که محکمه بلافاصله پس از دریافت اقامه دعوی، تاریخ آغاز محاکمه را تعیین می نماید و هم اینکه متهم از آن مطلع ساخته می شود. خیلی خوب می بود که در اینجا صریحاً تذکر می رفت که تاریخ تعیین شده باید باعث تأخیر غیرموجه نگردد. در این زمینه، قانونهای اساسی مصر و ایران حاوی احکامی اند که نسبت به قانون اساسی و قوانین اجرای جزائی افغانستان به مواد ۹ و ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نزدیک ترند

تبصره پیرامون قضایا

أ) مطابق به فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، پولیس عدلی باید شخصی را که دستگیر می‌کند طی مدت ۲۴ ساعت پس از دستگیری مورد استنطاق قرار داده و بلافاصله وی را به خارنوال تسلیم دهد (فقره ۲ همین ماده). عالم نه در میعاد معین بلکه در ۴۸ ساعت مورد استنطاق قرار گرفته و به خارنوال سپرده می‌شود. خارنوال صلاحیت دارد شخص دستگیرشده را حداظم برای مدت ۱۵ روز پس از دستگیری در توقیف نگه دارد. هرگاه وی صورت دعوی را در این مدت به محکمه گسیل نکند باید شخص مظنون را رها نماید، مگر اینکه این میعاد برای ۱۵ روز اضافی بنا بر تقاضای به‌موقع خارنوال از جانب محکمه تمدید شده باشد (مراجعه شود به فقره ۱ ماده ۳۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). در نتیجه، توقیف قبل از محاکمه عالم برای مدت الی ۳۰ روز غیرقانونی می‌باشد. بر اساس فقره ۱ ماده ۴۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم قاضی باید بلافاصله بعد از حصول صورت دعوی تاریخ و روز آغاز محاکمه را تعیین و ورق ابلاغیه را صادر کند. قاضی طی دو هفته بعد از آنکه صورت دعوی به محکمه سپرده می‌شود به رسیدگی دعوی می‌پردازد. حتی اگر کلمه «بلافاصله» دقیق تعبیر نشود قاضی مکلف است بدون تأخیر غیرموجه به رسیدگی دعوی بپردازد. به‌خصوص، زمانی که شخص مظنون در توقیف باشد، احکام مربوط قانون باید به منظور حق آزادی وی و اصل برائت ذمه به صورت جدی تعبیر و در نظر گرفته شود. تأخیر دو هفته را نمی‌توان به عنوان یک زمان قابل قبول به‌ویژه در مورد شخصی که در توقیف قبل از محاکمه به سر می‌برد، توجیه کرد. فقره ۲ ماده ۴۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که ورق ابلاغ تاریخ آغاز محاکمه حداقل پنج روز قبل به متهم و وکیل مدافعش داده شود. سرانجام، ورق ابلاغ دو ماه پس از آنکه قاضی تاریخ آغاز محاکمه را تعیین می‌کند ولی بیشتر از پنج روز قبل از این تاریخ بر اساس ماده فوق‌الذکر به متهم سپرده می‌شود. با وجود آن، خیلی مشکل به نظر می‌رسد توجیه نمود که چرا نمی‌توان متهمی را که در اختیار مقامات عدلی و قضائی قرار دارد زودتر مطلع ساخت.

چون مظنون در توقیف قرار دارد، حتی تأخیرهای کوتاه غیرموجه پنداشته شده و مکلفیت تسریع اجراءات محاکمه هر چه مبرم‌تر می‌گردد. عدم رعایت میعاد فوق‌الذکر تخطی از حق مظنون مبنی بر محاکمه بدون تأخیر غیرموجه (و نیز حق او مبنی بر آزادی یا رهائی از توقیف خودسرانه) پنداشته می‌شود.

ب) برای پاسخ به این پرسش که آیا محکمه به رسیدگی خویش آغاز نماید یا خیر، باید ارزیابی شود که آیا قضیه بدون عذر معقول به تعویق انداخته شده است یا خیر. تثبیت تأخیر غیرموجه وابسته به حالات هر قضیه جداگانه، به گونه مثال، پیچیدگی قضیه و یا ماهیت و جدیت قضیه می‌باشد. مقامات قضائی نخست در سال ۱۹۹۲ به این قضیه تماس گرفتند و انتظار نمی‌رود که محکمه قبل از سال ۲۰۰۷ فیصله خویش را صادر نماید. این یک میعاد ۱۵ ساله است. حتی در قضایای پیچیده در رابطه با جرایمی که قابل مجازات اعدام باشند چنین مدت طویل را به مشکل می‌توان قابل توجیه دانست. اما در قضیه مورد نظر بنا بر عدم پیچیدگی موضوع و اینکه اتهامات وارده علیه محمد خیلی شدید نیستند، مدت ۱۵ سال بدون شک تأخیر غیرموجه به شمار می‌آید. برای پاسخ به این پرسش که آیا این امر باعث بستن قضیه می‌شود باید گفت به علت عدم ارتکاب یک جرم شدید توسط محمد، مدت خیلی طولانی‌ای که سپری شده است و به علت اینکه محمد بدون دلیل در این مدت در حالت نامعلومی به سر برده است، خیلی معقول به نظر می‌رسد که این دوسیه بسته شود.

ج) قوانین خارجی

ماده ۷۱ قانون اساسی مصر

پاراگراف ۳: وی [شخصی که دستگیر شده]^{۳۹} باید هر چه زودتر در برابر اتهاماتی که علیه وی نسبت داده شده قرار گیرد.

ماده ۶۸ قانون اساسی مصر

پاراگراف ۲: دولت دسترسی طرفین دعوی به ارگانهای قضائی و سرعت عمل در فیصله قضایا را تضمین می کند.

اصل ۳۲ قانون اساسی ایران

... در صورت بازداشت، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل بلافاصله کتباً به متهم ابلاغ و تفهیم شود و حداکثر ظرف مدت بیست و چهار ساعت دوسیه مقدماتی به مراجع صالحه قضائی ارسال و مقدمات محاکمه، در اسرع وقت فراهم گردد. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می شود.

ماده ۱۰ قانون اساسی پاکستان

(۲) هر شخص که گرفتار و توقیف گردد، طی مدت ۲۴ ساعت به استثناء زمان مسافرت از محل توقیف الی نزدیک ترین محکمه در برابر قاضی حاضر می گردد، و هیچ شخص بیشتر از مدت متذکره بدون اجازه قاضی در توقیف نگه داشته نمی شود.

پیشنهاد برای مباحثه:

- هرگاه میان تاریخ گرفتاری و تدویر محاکمه تأخیر طولانی صورت گیرد چی پروبلمهائی به وجود خواهد آمد؟
- پروسه عدلی دوامدار قبل از محاکمه چی تأثیری بر شخص متهم و خانواده اش خواهد افکند؟
- تأخیرهای طولانی قبل از محاکمه چی تأثیری بر اجرای عدالت به طور عموم خواهد داشت؟
- در کدام حالت تأخیر در توقیف قبل از محاکمه موجه می باشد؟ لطفاً چند مثال ارائه نمائید.

^{۳۹} تزئید از جانب نویسندگان.

(د) پیشبرد علنی محاکمه

أ) حسن ۱۷ سال دارد و به جرم صدمه جسمی در چندین قضیه متهم می‌باشد. محاکمه او بدون اشتراک عامه صورت می‌گیرد. آیا در اینجا اصل پیشبرد علنی محاکمه نقض شده است؟

ب) یک عضو رهبری باند «اژدهاران» به جرم فیر بر رهبر باند رقیب «سیاه پلنگان» متهم می‌باشد. انتظار می‌رود که اعضای هر دو دسته در اجلاس محاکمه اشتراک ورزند و ممکن است اینها در مقابل محکمه و تالار آن به جان هم بیفتند. به منظور جلوگیری از برخورد میان این دو دسته حین پیشبرد محاکمه و به خاطر تأمین نظم جریان قضائی، محکمه تصمیم می‌گیرد که تمام کسانی که در اجلاس محاکمه اشتراک می‌ورزند باید کارت هویت خویش را نشان دهند و در محکمه ثبت نام کنند. آیا این تصمیم محکمه با قانون مطابقت دارد؟

الترناتیف: محکمه حاضرین اجلاس محاکمه را به دو بخش تقسیم می‌کند: در یک سو، آنانی که طرفدار دسته اژدهاران اند و در سوی دیگر آنانی که از سیاه پلنگان پشتیبانی می‌کنند. محکمه، به خاطر جلوگیری از وخامت اوضاع ناشی از گزارش شعله‌ور مطبوعات، به ورود مطبوعات در اجلاس محکمه اجازه نمی‌دهد.

أ) احکام زیربط

ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان

در محاکم افغانستان، محاکمه به صورت علنی دایر می‌گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد.

محکمه می‌تواند در حالاتی که در قانون تصریح گردیده، یا سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد، جلسات سری دایر کند، ولی اعلام حکم باید به هر حال علنی باشد.

ماده ۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

در محاکم افغانستان، محاکمه به صورت علنی دایر می‌گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد.

محکمه می‌تواند در حالاتی که در قانون تصریح گردیده، یا سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد، جلسات سری دایر کند ولی اعلام حکم باید به هر حال علنی باشد.

ماده ۵۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۲) جلسات قضائی علنی بوده، هر شخص می‌تواند در آن حضور یابد مگر اینکه رئیس بخشی از جلسه یا تمام آن را نظر به دلایل اخلاقی، حفظ راز خانوادگی یا حفظ نظم عامه سری اعلام نماید.

ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

(۱) رسیدگی به تخلفات قانونی اطفال طور سری و ابلاغ حکم در هر حالت به صورت علنی صورت می‌گیرد.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۱) همه در مقابل محاکم و دیوانهای قضائی متساوی هستند. هر شخص حین تثبیت اتهامی علیه وی و یا حقوق و وجاییش در یک دعوی حقوقی مستحق رسیدگی عادلانه و علنی از جانب یک محکمه ذیصلاح، مستقل و بی‌طرف که بر اساس قانون ایجاد شده باشد، می‌باشد. ممکن است به رسانه‌های گروهی و مردم به جریان محاکمه یا بخشی از آن راه‌نهاد به منظور اخلاقیات، نظم عامه و یا امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک و یا هم در صورتی که زندگی خصوصی طرفین چنین تقاضا نماید و یا تا حدی که خود محکمه این امر را در موارد خاص که علنی ساختن محاکمه مغایر منافع عدالت باشد، جداً ضروری بداند. ولی قضاوتی که روی یک قضیه جرمی یا مدنی صورت می‌گیرد باید علنی شود مگر اینکه منافع نوجوانان طور دیگری تقاضا نماید و یا اینکه دعوی به منازعه ازدواج و یا قیمومیت اطفال ارتباط داشته باشد.

(ب) تبصره پیرامون پیشبرد علنی محاکمه

اصل پیشبرد علنی محاکمه از دو عنصر تشکیل یافته است: حق تدویر علنی محکمه و حق قضاوت علنی. حق تدویر علنی اجلاس محکمه شامل اشتراک مردم به شمول مطبوعات و ناظران در محاکمه می‌باشد. علنی بودن جلسه محکمه ضمانت مهم منافع فرد و جامعه در مجموع می‌باشد.^{۴۰} این اصل نه تنها مطلع ساختن رسانه‌های گروهی را از چگونگی تأمین عدالت و تصامیم سیستم قضائی تضمین می‌کند، بلکه همچنین ضمانتی است برای طرفین ذی‌علاقه. زیرا مردم می‌توانند قانونیت جریان محکمه را مشاهده و بررسی کنند. علاوه بر آن، محکمه می‌تواند استقلال، بی‌طرفی و منصف بودن خویش را تقویت بخشیده، بدین وسیله سطح اعتماد عمومی مردم ملکی نسبت به سیستم قضائی را ارتقا دهد. اصل اشتراک مردم در محکمه شامل حق گزارش و راپورتاژ مطبوعات از جریان اجلاس محکمه می‌باشد تا جائی که شرایط اصل براءت ذمه، «عدم پیشداوری»، محرمانه و اخلاق حفظ گردد.

مجلس علنی محکمه مستلزم استماع شفاهی طرفین در انتظار عامه بوده که نباید به یک گروه مشخص مردم محدود شود.^{۴۱} محاکم باید معلومات درباره زمان و محل تدویر اجلاس خویش را در اختیار مطبوعات قرار دهند. افزون بر آن، محاکم باید تسهیلات لازم را در حدود معقول با در نظر داشت علاقمندی بالقوه در قضیه، مدت استماع شفاهی و زمان تقاضای رسمی برای علنی اجلاس برای اشتراک اشخاص ذی‌علاقه فراهم آورند.^{۴۲} همچنین محدود ساختن غیرمستقیم اشتراک مردم در اجلاس محکمه ممنوع می‌باشد. به گونه مثال، اجازه دادن به افراد پولیس با لباس ملکی در تالار مجلس قبل از آغاز محاکمه تا که برای نمایندگان مطبوعات و سایر افراد ذی‌علاقه جای باقی نماند.^{۴۳}

ولی استثنائات جایزی در رابطه با محاکمه علنی وجود دارد. مطبوعات و مردم ممکن است در آن و یا در بخشی از آن اجازه ورود نداشته باشند. در برخی موارد حتی این ممانعت ضروری است تا حقوق متهم را، به گونه مثال در قضایای نوجوانان، حفظ نمود. این استثنائات بایست با دقت نظر تفهیم و به گونه منحصر تنظیم شوند. استثناء «نظم عامه» (فقره ۲ ماده ۵۲ قانون اجراءات جزائی افغانستان، ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) عمدتاً به نظم در داخل تالار محکمه اشاره می‌کند، در حالی که استثناء دوم درباره منافع «امنیت ملی» (فقره ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) به محرمانه حقایق مهم نظامی مبنی بر حفظ موجودیت

^{۴۰} رساله ملل متحد درباره گردآوری ابراز نظرها، ابراز نظر شماره ۱۳ پیرامون ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، صفحه ۱۲۳ - ۱۲۴ پاراگراف ۶.

^{۴۱} همانجا.

^{۴۲} گ.ا. فان میورس، هالند، اطلاع شماره ۱۹۸۶/۲۱۵، سند رسمی کمیته حقوق بشر ۹۰/۱۹۸۹، جلد ۲، صفحه ۴۰۰ (صفحه ۴۰۲، پاراگراف ۶، ۱).

^{۴۳} این کار در جریان یک محاکمه معروف در سال ۱۹۹۲ صورت گرفت، زمانی که یکی از فعالین اتحادیه‌های صنفی و رهبر سیاسی (ن. اموی) به بدنامی حکومت مراکش متهم شده بود.

کشور یا تمامیت ارضی و یا حفاظت قضات در برابر حملات تروریستی (در صورتی که این کار از طریق وسایل دیگر تأمین نگردد)^{۴۴} ارتباط می‌گیرد. استثناء سوم یعنی «اخلاق» (فقره ۲ ماده ۵۲ قانون اجراءات جزائی افغانستان، ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) شامل قضایای مربوط به تخلفات جنسی می‌گردد، به‌ویژه در صورتی که موضوع بر سر خوردسالان باشد.^{۴۵} استثناء مهم دیگر در مورد قضایای نوجوانان است که مجالس پیرامون آنها نیز قاعداً بر اساس حکم ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال باید در «اتاق بسته» دایر گردد (مراجعه شود به فصل پنجم بخش (ب)).

استثناء مجاز دیگر همانا قضایایی‌اند که در آن هویت شاهدان افشا نگردد؛ به طور مثال در محاکمات مربوط به جرایم سازمان‌یافته. از این رو، ضروری خواهد بود که محاکمه در عدم حضورداشت عامه صورت گیرد و یا آنها در عقب پرده شهادت بدهند. فقره ۲ ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان که به غیرعلنی بودن محاکمه اجازه می‌دهد در صورتی که «محرمیت محاکمه ایجاب نماید»، استثناء دیگری را پیش‌بینی می‌کند. از این فقره ممکن است به علت مبهم بودن نسبی آن سوء استفاده شود. تدوین حکم مفصل و مؤجز در این زمینه که می‌توان آن را در فقره ۲ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در یافت، مفیدتر می‌بود؛ زیرا معیار تشخیص ضرورت تدویر اجلاس سری محکمه در اینجا صریحاً بیان شده است. اما اگر فقره ۲ ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان به شکل محدود آن تطبیق گردد، می‌توان از سوء استفاده جلوگیری نمود. با درنظرداشت استثنائاتی که در سیستم حقوقی افغانستان در فوق بدان اشاره شد استثنائات دیگری مطابق به موازین محاکمه عادلانه را به مشکل می‌توان سراغ کرد.

مجالس محاکم مراجعه حتمی نیست که شفاهی یا علنی دایر شود هرگاه این شرط تأمین گردد که حداقل یکی از محاکم پائینی علنی دایر شده باشد. اما هر شخص حق دارد خواستار اجلاس شفاهی محکمه گردد هرگاه موضوع استیناف به بررسی حقایق و قانون من جمله مسئله تقصیر و گناه ارتباط داشته باشد.^{۴۶}

فقره ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌طلبد که قضاوت در کلیه قضایای جرمی و مدنی بایست علنی باشد، به استثناء مواردی که در آن موضوع نوجوانان، منازعات زناشویی یا قیمومیت اطفال مطرح باشد. نه در فقره ۲ ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان، نه در ماده ۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و نه در ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال هیچ استثنائی در زمینه این اصل پیش‌بینی نشده است. به‌ویژه در مرحله استیناف این اصل حتماً به معنی آن نیست که فیصله قاضی به صدای بلند قرائت شود، بلکه در برخی موارد به درج فیصله مربوط در کتاب ثبت عامه محاکم اکتفاء می‌شود.^{۴۷}

۴۴ نوواک، تبصره پیرامون میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۱۴، صفحه ۳۲۵.

۴۵ در سال ۱۹۹۳، در یک محاکمه معروف در مراکش که به نام «روابط کمیسار تابیت» یاد می‌شود (یک افسر عالی‌رتبه از پست خویش سوء استفاده کرده بیش از یک هزار زن و دختر را مجبور به مقاربت جنسی ساخته بود) دروازه محکمه به روی مردم بسته نگه داشته شد.

۴۶ مراجعه شود به فریدین از سویدن (شماره ۲)، (۴۹۴/۴۱۵/۱۹۹۳/۲۰)، ۲۳ فبروری سال ۱۹۹۴، ۷-۶.

تبصره پیرامون قضایا

ا) پاراگراف ۱ ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال حکم می‌کند که به قضایای مربوط به تخلفات اطفال (برای تعریف کلمه مراجعه شود به ماده ۴) به شکل سری رسیدگی می‌شود. تا زمانی که فیصله محکمه در حضور عامه ابلاغ گردد، اصل پیشبرد علنی محاکمه در مورد حسن نقض نشده است.

ب) به خاطر حفظ نظم عامه محکمه می‌تواند حسب فقره ۲ ماده ۵۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم اجلاس محاکمه را سری اعلام نماید. کنترل کارتهای هویت و ثبت نام آنها اقدامی است به خاطرتأمین نظم عامه در تالار مجلس محکمه. علاوه بر آن، این اقدام به تناسب اعلام سری محاکمه خیلی کوچک‌تر بوده و لذا می‌توان آن را متناسب و در تطابق به قانون پنداشت.

الترناتیف: حق محاکمه علنی نه تنها متوجه اشتراک مردم در جریان محاکمه بلکه همچنین انتشار آن از طریق حضور مطبوعات در اجلاس علنی محکمه می‌باشد. موجودیت نمایندگان رسانه‌های گروهی متضمن آن است که گروه عظیمی از مردم اطلاع می‌یابند که چگونه عدالت تأمین می‌شود و سیستم قضائی چه فیصله‌هایی را صادر می‌کند. این کار می‌تواند اعتماد مردم نسبت به سیستم قضائی را تقویت بخشد. موجودیت مطبوعات برای کنترل قوای دولتی و قانونیت جریان قضائی مهم می‌باشد. خارج ساختن مطبوعات از اجلاس علنی محکمه نقض حق اشتراک مردم در محاکمه می‌باشد، مگر اینکه محرمیت محاکمه ضروری باشد (پاراگراف ۲ ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان) و یا دلایل اخلاق (فقره ۲ ماده ۵۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم) ایجاب نماید که مطبوعات در اجلاس محاکمه حضور نداشته باشند. دلیل اخلاق عبارت است از موارد تخلفات جنسی که به این قضیه ارتباط نمی‌گیرند. این سؤال که تدویر محاکمه در کدام حالت سری اعلام شود در قانون اساسی افغانستان مشخص نشده است. با وجود آن، سریت تدویر محاکمه باید به شکل خیلی محدود به کارگرفته شود که اشتراک مردم صرف در موارد مطلقاً ضروری منع گردد. سرانجام، مطبوعات را نمی‌توان از تمام جلسات هیجانی محکمه خارج ساخت، در غیر آن ممکن است از پاراگراف ۲ ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان سوء استفاده به عمل آورده شود.

چون هیچ یک از استثنائات اشتراک مردم در مجالس محاکم، که در قانون پیش‌بینی شده‌اند، در این قضیه صدق نمی‌کند، خارج ساختن مطبوعات از اشتراک در محاکمه علنی حق پیشبرد علنی محاکمه را نقض می‌کند.

۴۷ کمیسیون حقوق بشر اروپا، پریو و دیگران از ایتالیا، فیصله قضائی ۸ دسامبر سال ۱۹۸۳، سلسله الف، شماره ۷۱، صفحه ۱۲،

ج) قوانین خارجی

اصل ۱۶۵ قانون اساسی ایران

محاکمات، علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلامانع است مگر آن که به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد.

پیشنهاد برای مباحثه:

- مفاد و مزایای محاکمه علنی چیست؟
- زیان و نقص محاکمه علنی چیست؟
- دلایل اشتراک در جریان محاکمه چیست؟
- در کدام حالات ضروری پنداشته می‌شود که محاکمه غیرعلنی دایر گردد؟

(هـ) حق دفاع مناسب و کافی

أ) جاوید متهم به جرم قتل می‌باشد. وی در توقیف به سر می‌برد زیرا خطر فرار وی موجود است. یک وکیل مدافع از وی نمایندگی می‌کند. مقررات زندان امکان مکالمه با وکیل مدافع را محدود می‌سازد. ملاقات با متهم صرف برای چهار ساعت در روز و آن هم در حضور یک مأمور زندان مجاز است. علاوه بر آن، تمام مراسلات کتبی از جانب مأمورین زندان خوانده می‌شوند. آیا این کار حق دفاع مناسب و کافی را متأثر می‌سازد؟

ب) در موقع محاکمه، خارنوال برخی دلایل جدید اثباتیه را دریافت می‌کند که این دلایل می‌توانند منجر به حالات مشدده گردد. ولی خارنوال متهم و وکیل مدافعش را در جریان نمی‌گذارد. آنها صرف هنگام تدویر محاکمه از این دلایل جدید اثباتیه و اتهامات تغییر یافته بر علیه متهم آگاهی حاصل می‌کنند. وکیل مدافع از محکمه خواهش می‌کند که محاکمه را ملتوی ساخته و برایش وقت کافی داده شود تا دفاعیه را مطابق به حالت تغییر یافته ترتیب دهد. قضات در این مورد شک و تردید دارند که آیا ملتوی ساختن محاکمه ضروری است یا خیر و یا اینکه این کار حق محاکمه بدون تأخیر غیرموجه را نقض خواهد کرد. محکمه چی تصمیم باید بگیرد؟ آیا خارنوال احکام قانونی مربوط به حق دفاع مناسب و کافی را مراعات کرده است؟

أ) احکام زیربط

ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان

هر شخص می‌تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد.

دولت در قضایای جنائی برای متهم بی‌بضاعت وکیل مدافع تعیین می‌نماید. محرمت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن از هر نوع تعرض مصون^{۴۸} می‌باشد. وظایف و صلاحیتهای وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان

اگر طرف دعوی زبانی را که محاکمه توسط آن صورت می‌گیرد نداند، حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری توسط ترجمان برایش تأمین می‌گردد.

ماده ۱۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

هر شخص می‌تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا اثبات حق خود وکیل مدافع تعیین کند. در قضایای جنائی برای اشخاص بی‌بضاعت طبق سند تقنینی مربوط وکیل مدافع تعیین می‌شود.

^{۴۸} تأکید روی این کلمه از جانب نویسندگان.

ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- (۱) طفل در تمام مراحل تحقیق و محاکمه حق داشتن وکیل مدافع و مطالبه ترجمان را دارد. در صورت عدم توانائی مالی والدین و یا ممثل قانونی طفل مبنی بر استخدام وکیل مدافع یا ترجمان، محکمه اختصاصی اطفال وکیل مدافع یا ترجمان را به مصرف دولت برای طفل مؤظف می نماید.

ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۸) در تعریف کلمات یا اصطلاحات «مظنون» و «متهم» وکیل مدافع شخص متهم یا مظنون نیز شامل می باشد.

ماده ۱۹ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) هرگاه مظنون و یا متهم توانائی مالی استخدام وکیل مدافع را نداشته باشد، برای آنها وکیل مدافع رایگان تحت شرایط ذیل تعیین می گردد:
- ۱- خائرنوال تحقیق یا محکمه مربوط به اساس درخواست مظنون یا متهم، وکیل مدافع را از میان لست وکلای قانونی برای شخص بی بضاعت تعیین نماید.
 - ۲- شخصی که وکیل مدافع رایگان برای وی تعیین می گردد، در صورت عدم رضایت حق دارد از قبول وکیل مدافع منتخبه اباء ورزیده و شخصاً از خود دفاع نماید.
 - ۳- حق الزحمه وکیل مدافع منتخبه از بودجه دولت تمویل و اندازه آن توسط سند تقنینی مربوط تعیین می گردد.

ماده ۳۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) وکیل مدافع حق دارد در تمام مراحل جریان استنطاق مظنون حاضر باشد.
- (۲) وکیل مدافع و مظنون حق دارند در جریان تلاشی، مقابله شهود، شناسائی مجرمین در بین صف، معاینه توسط اهل خبره و محاکمه حاضر باشند.
- (۳) خائرنوال و پولیس عدلی در مرحله تحقیق وظیفه دارند مظنون و وکیل مدافع وی را غرض حضورداشتشان از تالاشیها، مقابله شهود، طرزالعمل شناسائی از صف و معاینات اهل خبره مطلع نمایند. این مکلفیت صرف در صورتی می تواند ساقط شود که احساس ضرورت عاجل به انجام عملیات فوق الذکر در حالت جرم مشهود یا خوف از بین رفتن دلایل الزام متصور باشد.

ماده ۴۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۲) ورق ابلاغ [درباره آغاز محاکمه]^{۴۹} شامل نام متهم، جرم نسبت داده شده همراه با شرایط حقیقی آن که در قانون ذکر شده، حداقل پنج روز قبل از تاریخ محاکمه به متهم، وکیل مدافعش، مجنی علیه و خرنوال داده شود.

ماده ۴۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

متهم و وکیل مدافع وی حق دارند که اسناد شامل دوسیه و اشیای ضبط شده مندرج فقره ۶ ماده ۳۹ [اقامه دعوی و دوسیه حاوی اوراق تحقیق]^{۵۰} را ملاحظه و اطمینان حاصل نمایند.

ماده ۵۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) رئیس محکمه نظم جلسه قضائی را به حاضرین توضیح و آن را حفظ می نماید.
- (۳) خرنوال ابتدائیه، متهم و وکیل مدافعش حق دارند که همیشه در جلسه قضائی حاضر باشند.
- (۴) در صورتی که مدعی علیه نظم جلسه را اخلاص نماید، محکمه صلاحیت دارد اخلاص کننده را از یک قسمت جریان رسیدگی قضائی خارج نماید، ولی حین ابلاغ حکم نامبرده را مجدداً به جلسه قضائی احضار می نماید.

ماده ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۲) متهم و وکیل مدافعش حق دارند که حین رسیدگی قضیه در جلسه قضائی حاضر باشند.
- (۳) رسیدگی به قضیه در جلسه قضائی با رعایت مراتب ذیل صورت می گیرد:
 - ۱- در آغاز رسیدگی قضائی محکمه مربوط صورت دعوی را قرائت می نماید.
 - ۶- در صورتی که متهم نخواهد از حق سکوت خویش استفاده کند، می تواند توضیحات لازم را ارائه نماید. متهم و وکیل مدافع می توانند شهود و اهل خبره را مورد سؤال قرار دهند.
 - ۸- خرنوال ابتدائیه و وکیل مدافع می توانند از متهم سؤال نمایند.

ماده ۵۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

هرگاه در نتیجه تحقیق یا حین محاکمه استنتاج شود که جرایم اضافی و یا حقایقی که منجر به حالات مشدده قضیه گردیده ولی در صورت دعوی از آن ذکر به عمل نیامده باشد، محکمه صلاحیت دارد که بالأثر تقاضای خرنوال ابتدائیه اتهام مربوط را به متهم و وکیل مدافع وی (در صورت حضور) ابلاغ و وقت کافی غرض دفاع به آنها داده شود.

^{۴۹} تزیید از جانب نویسندگان.

^{۵۰} تزیید از جانب نویسندگان.

ماده ۵۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

هرگاه محکمه تشخیص دهد که وصف جرمی متفاوت از جرم که در ادعانامه ذکر شده وجود دارد، مکلف است با درنظرداشت حقایق و شرایط و جریان محاکمه اتهام، وقت کافی به متهم و وکیل مدافعش غرض دفاع به خاطر تعریف متفاوت از جرم بدهد.

حقوق آگاهی:

ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۷) پولیس، خارنوال و محکمه مکلف اند معلومات واضح را در وقت گرفتاری و قبل از استنطاق راجع به حق سکوت، حق تعیین وکیل مدافع در تمام مراحل، حق حضور در هنگام تفتیش، مقررات شناسائی مجرمین از طریق صف کشیدن، معاینات توسط اهل خبره و محاکمه برای مظنون و متهم ارائه نمایند.

(۸) در تعریف کلمات یا اصطلاحات «مظنون» و «متهم» وکیل مدافع شخص متهم یا مظنون نیز شامل می باشد.

ماده ۱۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) مکتوبهای جلب و آگاهی توسط مأمور ضبط قضائی ترتیب گردیده، به مراجع مربوط ابلاغ می گردد و از نتیجه اجراءات به اداره تقاضاکننده گزارش داده می شود.

(۲) مکتوبهای جلب و آگاهی باید به آدرس محل سکونت شخص مورد نظر، رأساً برای خودش یا اقارب بالغ وی یا شخص که در عین خانه زندگی می کند، داده شود. در صورتی که تحویلی مکتوبهای جلب و آگاهی ممکن نباشد، مکتوبهای جلب و آگاهی به آدرس مذکور تحویل داده می شود.

(۳) هرگاه شخص تحت توقیف قرار داشته باشد، مکتوب جلب و آگاهی از طریق آمر محبس به وی سپرده می شود.

(۴) هرگاه دریافت آدرس مسکونی شخص مورد نظر امکان پذیر نباشد، مأمور ضبط قضائی مکلف است تحقیقات دقیق را غرض کشف محل سکونت و یا محل کار شخص مورد نظر انجام دهد. در صورت عدم نتیجه این گونه تحقیقات، مأمور ضبط قضائی مکلف است مکاتیب را به مرجع اداری که آخرین محل سکونت شخص مورد نظر تلقی می گردد، تحویل نماید.

ماده ۳۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۳) خارنوال و پولیس عدلی در مرحله تحقیق وظیفه دارند مظنون و وکیل مدافع وی را غرض حضورداشتشان از تلاشیها، مقابله شهود، طرزالعمل شناسائی از صف و معاینات اهل خبره مطلع

نمایند. این مکلفیت صرف در صورتی می‌تواند ساقط شود که احساس ضرورت عاجل به انجام عملیات فوق‌الذکر در حالت جرم مشهود یا خوف از بین رفتن دلایل الزام متصور باشد.

ماده ۴۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) مأمور ضبط قضائی و خارنوال ابتدائیه در جریان تحقیق مکلف‌اند مظنون، وکیل مدافع و مجنی‌علیه را از فعالیت‌هایی که انجام می‌دهند آگاه نموده و آنها حق دارند که حاضر باشند.
- (۲) در صورت عدم موجودیت دلایل موجه جهت اتخاذ اقدامات فوری، ابلاغیه حداقل سه روز قبل از اجرای فعالیت ارائه می‌گردد.
- (۳) دلایل میعاد اضطراری که ایجاب میعاد کوتاه‌تر یا عدم ارائه ابلاغیه را نماید، به صورت واضح در اوراق تحقیق، تشریح و ثبت می‌گردد.

ماده ۴۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) هرگاه تثبیت محلات مندرج ماده ۱۷ امکان‌پذیر نباشد، ابلاغیه به وکیل مدافع که از طرف پولیس یا خارنوال در هنگام تحقیق برای مظنون غایب تعیین گردیده است، سپرده می‌شود.
- (۲) وکیل مدافع توسط پولیس یا خارنوال به طور کتبی تعیین می‌گردد، در این صورت وکیل مدافع وکالت شخص مظنون را به عهده می‌گیرد.
- (۳) تصمیم اتخاذشده در مورد تعیین وکیل مدافع برای مظنون غایب صرف الی ختم تحقیق مدار اعتبار می‌باشد.

ماده ۴۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) محکمه بعد از حصول صورت دعوی بلافاصله ورق ابلاغیه را که حاوی تاریخ و روز محاکمه می‌باشد، صادر می‌کند.
- (۲) ورق ابلاغ شامل نام متهم، جرم نسبت داده شده همراه با شرایط حقیقی آن که در قانون ذکر شده، حداقل پنج روز قبل از تاریخ محاکمه به متهم، وکیل مدافعش، مجنی‌علیه و خارنوال داده می‌شود.

ماده ۴۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) هرگاه ورقه احضاریه مندرج ماده ۴۲ به متهم تسلیم داده شود مگر وی به محکمه حاضر نگردد، در این صورت محکمه برای وی وکیل مدافع تعیین می‌نماید.
- (۲) ورقه احضاریه مطابق حکم مندرج ماده ۱۷ مکرراً برای متهم ارسال می‌گردد.

ماده ۵۰ قانون مبارزه علیه مواد مخدر

- (۵) در صورت موجودیت دلایل معقول مبنی بر اینکه افشای نام همکار مخفی موجب خطر به وی می‌گردد، و یا اینکه تحقیقات قانونی را به مخاطره مواجه می‌سازد، هویت وی بر اساس حکم

محکمه مربوطه مخفی نگه داشته شده و تا زمان ختم تحقیقات یا صدور حکم بعدی محکمه، برای شخص دیگری افشا نمی گردد و شیوه ها، وسائل و تکنیکهای استعمال شده در تحقیقات نیز سری می ماند.

(۶) همکاران مخفی می توانند در محکمه ادای شهادت نمایند.

(۷) شواهد و مدارکی که از طریق مخفی طور مؤثق به دست می آید، در تمام اجراءات مدار اعتبار می باشد.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۳) هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمینهای حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد:

أ) از ماهیت و علت اتهامی که به او نسبت داده می شود، در اسرع وقت و به تفصیل به زبانی که او بفهمد مطلع شود.

ب) وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاعیه خود و ارتباط با وکیل منتخب خود داشته باشد.

ج) بدون تأخیر غیرموجه درباره او قضاوت شود.

د) در حضورداشت خودش محاکمه شود و شخصاً یا به وسیله کمک حقوقی وکیل منتخب خویش از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن وکیل به او اطلاع داده شود. و در مواردی که مصالح محکمه اقتضا نماید از طرف محکمه رأساً برای او وکیلی تعیین شود و هرگاه در این صورت متهم از پرداخت حق الوکاله عاجز باشد مصارف آن به دوش محکمه می باشد.

ماده ۹ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۲) هر شخص که دستگیر می شود باید در موقع دستگیری از علل آن مطلع گردیده و اطلاعیه مبنی بر هر گونه اتهامی که به وی نسبت داده می شود در اسرع وقت دریافت نماید.

ب) تبصره پیرامون حق دفاع مناسب و کافی

حق در اختیار داشتن تمام وسایل لازم برای دفاع یک اصل شناخته شده در حقوق بین الدول می باشد. این حق نه تنها حق دریافت کمک از وکیل مدافع برای دفاع از خویش را شامل می شود، بلکه همچنین آگاهی داشتن از تمام جزئیات دلایل و طرح پرسشهای اضافی از شاهدین را نیز در بر می گیرد. این حق دفاع کافی از اصل تساوی قوا ناشی می شود. این بدان معنی است که خارنوال و وکیل مدافع در تمام جریان محاکمه حتی المقدور از موقف مساوی برخوردار باشند. به ویژه، این اصل به مفهوم آن است که اگر یکی از طرفین دعوی حاضر نباشد، معمولاً هیچ یک از عناصر ارزیابی قضیه حل و فصل شده نمی تواند.^{۵۱}

حقوق دفاع مناسب و کافی متهم از زمان گرفتاری آغاز گردیده و نه تنها شامل حق داشتن مساعدت وکیل مدافع بلکه همچنین تضمین ارتباط آزاد و محرم با وکیل خویش می شود. جزء عمده این حق عبارت است از وظیفه مقامات عدلی مبنی بر مطلع ساختن مظنون یا متهم و وکیل مدافع وی از اتهامات منسوبه و اقداماتی که از جانب مقامات عدلی اتخاذ گردیده است. بدون این آگاهی، تهیه دفاعیه گمان نمی رود ممکن باشد و اگر تهیه هم شود مملو از نواقص خواهد بود. اصل تساوی قوا حکم می کند که طرفین به دلایل و اسناد قضیه حداقل تا جایی که این اسناد در تدوین نظریه محکمه نقش داشته باشد، دسترسی مساویانه داشته باشند. علاوه بر آن، به هر یک از طرف قضیه باید فرصت داده شود تا در برابر دلایلی که از جانب مقابل ارائه می شوند اعتراض نماید.^{۵۲}

حکم قانون اساسی افغانستان به ارتباط حق دفاع در ماده ۳۱ این قانون تسجیل یافته است که حتی حق مساعدت حقوقی رایگان به متهم بی بضاعت را پیش بینی می کند. گماشتن رایگان مساعدت حقوقی برای تطبیق اصل محاکمه عادلانه خیلی ضروری می باشد که در بند (د) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی تذکر رفته است. ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان حق ترجمه اسناد و مواد قضیه و نیز جریان محاکمه برای متهم را پیش بینی می کند تا وی بتواند در برابر محکمه به زبان مادری خویش تکلم نماید. این امر برای دفاع مناسب و کافی خیلی ضروری می باشد.

یک متهم صرف زمانی می تواند به اندازه کافی از خود دفاع نماید که تمام شواهد و دلایل الزام در محکمه را کاملاً بداند. افزون بر آن، ممکن است متهم به زبان خویش صراحت بیشتر داشته به وی امکان خواهد داد محکمه را به بی گناهی خویش متقاعد سازد. این حقوق اساسی در ماده ۱۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و مواد ۳۱ و ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان تکرار شده و توسط بسا احکام دیگری که در قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم درج یافته اند تکمیل می شود. به طور مثال، مکلفیتهای مربوط به مطلع ساختن متهم در مواد ۵، ۱۷، ۳۸ و ۴۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تذکار یافته است. این وجایب در مرحله تحقیق آغاز یافته و الی اخیر محاکمه ادامه می یابد. در ماده ۴۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم در رابطه با مطلع

^{۵۱} پیتز فان دییک، حق متهم مبنی بر محاکمه عادلانه مطابق حقوق بین الدول، سال ۱۹۸۳، صفحه ۲۴.

^{۵۲} پیتز فان دییک، همانجا.

ساختن و دفاع نمودن یک متهم یا مظنون غایب حکم خاصی وجود دارد - مراجعه شود به فصل سوم بخش (ز). مواد ۳۸، ۴۰ و ۴۳ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم تضمین می‌کند که در جریان مرحله تحقیق متهم و وکیل مدافع وی می‌توانند حین جمع‌آوری دلایل معین به طور عموم حاضر باشند و به نتایج تحقیق قبل از آغاز محاکمه دسترسی یابند. ماده ۴۲ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم لااقل مدت حداقل آمادگی به محاکمه را تضمین می‌کند. طبق این ماده ورق ابلاغ شامل جرم نسبت داده شده، حالات و شرایط حقیقی و مواد مربوطه قانون، حداقل پنج روز قبل از تاریخ محاکمه به متهم و وکیل مدافعش تسلیم داده می‌شود. ماده‌های ۵۲، ۵۳، ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم حق دفاع کافی در جریان محاکمه را حمایت می‌کند. بند ۱ فقره ۳ ماده ۵۳ این قانون می‌طلبد که صورت دعوی در آغاز محاکمه قرائت شود. این امر تأمین‌کننده آن است که متهم و وکیل مدافع وی از اتهامات منسوبه کاملاً آگاهی دارند. در صورتی که در جریان محاکمه، جرایم اضافی یا حالات مشدده رونما گردد و یا اینکه اگر ثابت شود که جرم ارتکاب شده با جرمی که در اقامه دعوی تذکر داده شده فرق دارد، قاضی وظیفه دارد طرف مدافع را مطلع سازد. علاوه بر آن، ماده‌های ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم لازم می‌داند که به متهم وقت اضافی برای تهیه دفاعیه جدید داده شود. لذا محاکمه باید به تعویق انداخته شود. متهم و وکیل مدافع وی حق دارند در تمام مجالس حضور داشته باشند تا بتوانند در مقابل مدارک و دلایل الزام سؤال یا اعتراض نمایند. در این باره، استثنائی در فقره ۴ ماده ۵۲ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم تذکر رفته است که طبق آن متهم در صورتی که نظم محکمه را مختل سازد از جریان محاکمه خارج ساخته می‌تواند شد. این یک اختصار جایز حق حضورداشت وی در محکمه است، زیرا شخص مدافع خود می‌تواند با رعایت آداب محکمه از این عمل جلوگیری نماید. استثناء دیگر عبارت از محاکمه غیابی است که بر اساس قوانین افغانستان ممکن می‌باشد (به منظور تفصیل مراجعه شود به بخش (ز) فصل سوم). این مربوط به قانون است که آیا محاکمه غیابی مجاز است یا خیر. به خاطر احترام گذاردن به اصل محاکمه عادلانه شرایط معین باید در نظر گرفته شود. در رابطه با حق دفاع مناسب و کافی این شرایط وجود دارد، زیرا محاکمه غیابی صرف در صورتی ممکن است که حداقل وکیل مدافع متهم در محکمه حاضر باشد.

در ماده ۳۳ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال یک استثناء دیگر وجود دارد. هرگاه موضوعات مورد بحث در جریان محاکمه، طفل را روحاً متضرر سازد، محکمه در غیاب طفل جلسه محاکمه را ادامه داده می‌تواند، مشروط بر اینکه خلص جریان محاکمه را بعداً برای وی توضیح نماید. هر چند این یک اختصار حق حضور طفل است، حقوق متضادی وجود دارند که باید از آنها حمایت شود و بدین وسیله می‌توان اختصار محدود این حق را توجیه نمود. حق متضاد در این مورد صحت دماغی طفل است. چون این یک حق بشری خیلی مهم می‌باشد، استثنائات در مورد حق دفاع کافی و مناسب جایز می‌باشد مشروط بر اینکه این کار برای حفظ صحت دماغی طفل ضروری و حتمی باشد. اما قاضی مسئول باید خیلی محتاط باشد که توازن حقوق را به شکل صحیح آن حفظ نماید. در صورتی که ضرر و آسیب به صحت دماغی طفل امکان خیلی کم داشته باشد، حق وی مبنی بر دفاع مناسب و کافی باید مستولی گردد. احکام قابل سؤال در این زمینه همانا فقره‌های ۵ و ۷ ماده ۵۰ قانون مبارزه علیه مواد

مخدر می‌باشد. بر اساس فقره ۵ این ماده اگر دلایل معقول مبنی بر اینکه افشای نام همکار مخفی موجب خطر به وی می‌گردد، و یا اینکه تحقیقات قانونی را به مخاطره مواجه می‌سازد، هویت وی بر اساس حکم محکمه مربوطه مخفی نگه داشته شده و تا زمان ختم تحقیقات یا صدور حکم بعدی محکمه، برای شخص دیگری افشا نمی‌گردد و شیوه‌ها، وسائل و تخییکهای استعمال شده در تحقیقات نیز سری می‌ماند. در فقره ۷ آمده است که شواهد و دلایلی که از طریق مخفی طور مؤثق به دست می‌آید، در تمام اجراءات از قبیل کشف، تحقیق و محاکمه مدار اعتبار می‌باشد. و فقره ۶ همین ماده حکم می‌کند که همکاران مخفی می‌توانند در محکمه ادای شهادت نمایند.

این مواد در رابطه با حق دفاع مناسب صراحت کامل ندارند. اگر هویت یک همکار مخفی افشا نگردد خیلی مشکل خواهد شد که باور نسبت به وی را تثبیت کرد. این موضوع را باید در این زمینه مشاهده کنیم که معمولاً همکاران مخفی از میان ساحه جنایتکاران مواد مخدر استخدام شده، لذا اعتماد و باور نسبت به آنها نیز مشکل است. علاوه بر آن، هرگاه فقره ۵ را به گونه وسیع تعبیر کنیم، می‌توان گفت که این حکم توجیه خواهد کرد که یک همکار مخفی در برابر محکمه حاضر نشده بلکه گزارش شهادت وی حسب فقره ۷ ماده ۵۰ قانون مبارزه علیه مواد مخدر ارائه می‌شود. مطابق به فقره ۵ همین ماده، تا زمان ختم تحقیقات هویت وی مخفی نگهداشته شده می‌تواند. این تحقیقات به شکل واضح به پروسه تحقیق یک متهم محدود نشده است و خیلی احتمال دارد که در عرصه جرایم قاچاق مواد مخدر، چنین تحقیقات علیه یک گروپ به چندین سال کشانیده شود در حالی که افراد قبلاً مورد اتهام قرار گرفته‌اند. مسلماً، تحقیق جنائی در یک دولتی که مبتنی بر حاکمیت قانون باشد، دارای اهمیت زیادی است. علاوه بر آن، این وظیفه مبرم مراجع دولتی است که مردم را از زیان و گزند حفظ نمایند. از سوی دیگر، حق دفاع کافی و مناسب یک حق اساسی به خاطر تأمین محاکمه عادلانه می‌باشد. از این لحاظ، در یک قضیه باید یک توازن مناسب منافع ذی‌علاقه تأمین گردد. هر چند هویت یک همکار مخفی بر اساس فقره ۵ ماده ۵۰ قانون مبارزه علیه مواد مخدر مخفی نگه داشته شده می‌تواند، باید این ماده به گونه محدود به کار گرفته شود. افزون بر آن، محکمه بایست حتی المقدور سعی نماید که به جانب مدافع امکان دهد از همکار مخفی پرسش به عمل آورد. به طور مثال، یک همکار مخفی را می‌توان در عقب پرده و یا از طریق کنفرانسهای سمعی مورد استفهام قرار داد و یا حداقل دسته‌ای از سؤالات کتبی را که توسط وکیل مدافع در حضور محکمه تهیه شده باشد به وی سپرد. اصل تساوی قوا علاوه بر آن خواهان آن است که هر قدر به طرف مدافع مجال کمتر داده شود که از همکار مخفی در مورد شهادت وی پرسش به عمل آورد، به همان پیمانه باید ارزش این شهادت کمتر باشد. در غیر این صورت، خارنوال نسبت به طرف مدافع مزایای بیشتر خواهد داشت؛ آنچه با اندیشه محاکمه عادلانه سازگار نخواهد بود.

تبصره پیرامون قضایا

أ) حق دفاع مناسب و کافی از اصل تساوی قوا منشأ می‌گیرد. به مظنون یا متهم و وکیل مدافع وی باید فرصت مساوی داده شود تا قضیه خویش را ترتیب و ارائه کند. مظنون یا متهم در مقایسه با مقامات عدلی‌ای که در اجراءات جزائی دخیل هستند، در موقف ضعیف‌تر قرار دارد. هرگاه امکان مکالمه آزاد و محرم میان مظنون یا متهم و وکیل مدافع مهیا نگردد، وی از فرصت دفاع مناسب و کافی محروم خواهد شد. محرمیت مکالمه میان وکیل مدافع و مؤکل متهم او در پاراگراف ۴ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان تسجیل یافته است. در پرنسپ، محدود ساختن وقت ملاقات می‌تواند تا اندازه معین به منظور ایجاد نظم در داخل زندان قابل توجیه باشد. اما موجودیت یک مأمور زندان در جریان مکالمه با وکیل مدافع و نیز خواندن مراسلات صریحاً نقض حق جاوید مبنی بر دفاع مناسب و کافی و ماده ۳۴ قانون اساسی افغانستان پنداشته می‌شود. ب) مطابق به پاراگراف ۱ ماده ۵۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم هرگاه در موقع محاکمه دلایل دیگری به دست آید که باعث حالات مشدده گردد، محکمه باید به درخواست خارنوال آن را به متهم و وکیل مدافع توضیح دهد. محکمه باید به آنها وقت کافی بدهد که دفاعیه خویش را از سر ترتیب بدهند. در نتیجه، محکمه مکلف است درخواست وکیل مدافع را پذیرفته به وی فرصت لازم بدهد تا دفاعیه خویش را مطابق به حالات تغییر یافته تهیه نماید. علاوه بر آن، خارنوال فقره‌های ۲ و ۳ ماده ۳۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم را نقض کرده است زیرا به متهم و وکیل مدافع اطلاع نداده و در نتیجه آنها در جریان جمع‌آوری حقایق جدید نتوانستند حاضر باشند.

ج) قوانین خارجی

ماده ۷۱ قانون اساسی مصر

(۱) هر شخص که گرفتار یا توقیف می‌شود باید بلافاصله از دلیل گرفتاری یا توقیف مطلع گردد.

ماده ۶۷ قانون اساسی مصر

(۱) هر شخص مدافع الی ثبوت جرم از جانب محکمه قانونی‌ای که به وی حق دفاع از خویش داده باشد بی گناه می‌باشد.

ماده ۶۹ قانون اساسی مصر

حق دفاع شخصاً یا از جانب وکیل تضمین می‌شود.
قانون به اتباع بی‌بضاعت وسایل استفاده از عدالت و دفاع از حقوقشان را تأمین می‌کند.

ماده ۱۰ قانون اساسی پاکستان

(۱) هیچ شخص گرفتار شده، بدون آنکه به اسرع وقت از دلایل گرفتاریش آگاه گردد، توقیف نمی‌شود و نیز از حق مشوره‌گیری و داشتن وکیل مدافع دلخواهش محروم نمی‌گردد.

پیشنهاد برای مباحثه:

- هرگاه شخص مدافع و وکیلش به دوسیه‌های تحقیق راه نیابند پیامد آن برای محاکمه چی خواهد بود؟
- مزایای تأمین حق دفاع کافی به متهم برای تمام سیستم قضائی چی می‌باشد؟
- چی مشکلی به وقوع خواهد پیوست هرگاه به مظنون یا متهم اجازه داده نشود به طور خصوصی از وکیل مدافع خویش طالب مشوره شود؟
- آیا شمار زیادی از وکلای مدافع در افغانستان وجود دارند؟ اگر نه، چرا نه؟

(و) حق فرا خواندن یا بازرسی کردن شواهد مغایر

أ (خرنوال ابتدائیه و متهم که وکیل مدافع از وی نمایندگی می کند فهرست شواهد و اهل خبره را که استماع می کنند به مقام محکمه ارائه کرده ارتباط شهادت و مقابله آنها را توضیح می کنند. قاضی تمام شش نفر شاهد و سه نفر کارشناسی را که از جانب خرنوال معرفی شده می پذیرد ولی دو تن از جمله شش نفر شهودی را که از جانب متهم معرفی می شوند رد می کند. وی استدلال می کند که این دو شخص قابل اعتماد نبوده و از این رو استفهام آنها ضروری نبوده و مانع محاکمه بدون تأخیر رموحه می گردد. آیا قاضی صلاحیت متمایز چنین یک تصمیم را دارد؟

ب) یک شاهد بر ضد یک مظنون در مقابل افسر پولیس در جریان تحقیق پولیس در مرحله قبل از محاکمه شهادت می دهد. اظهارات شاهد بدون حضورداشت مظنون و یا وکیل مدافع وی ثبت می گردد. خرنوال می خواهد که شاهد در محاکمه استماع شود، ولی شاهد مفقودالآثر می شود. لذا قاضی بنا بر درخواست خرنوال حکم صادر می کند که افسر پولیس که شهادت را ثبت نموده است مورد استنطاق قرار گیرد. آیا استنطاق افسر پولیس مجاز است؟

أ (احکام زیربط

ماده ۵۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) خرنوال ابتدائیه مکلف است فهرست شهود و اهل خبره مورد نظر را توأم با صورت دعوی با ذکر دلایل مبنی بر ارتباط شهادت شهود و نظریات اهل خبره به محکمه ارائه نماید.
- (۲) متهم و یا وکیل مدافع حق دارد لست شهود و اهل خبره خویش را با ذکر دلایل مبنی بر ارتباط شهادت شهود و نظریات اهل خبره به محکمه ارائه نماید.
- (۳) محکمه صلاحیت دارد اسماء شهود و اهل خبره را که شهادتشان در امر قضاوت مؤثر نباشد، از لست حذف نماید.

ماده ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۳) رسیدگی به قضیه در جلسه قضائی با رعایت مراتب ذیل صورت می گیرد:
- ۶- در صورتی که متهم نخواهد از حق سکوت خویش استفاده کند، می تواند توضیحات لازم را ارائه نماید. متهم و وکیل مدافع می توانند شهود و اهل خبره را مورد سؤال قرار دهند.
- (۴) محکمه در همه حالات می تواند در جلسات قضائی از شهود و متهم سؤال نماید و عندالاقضاء آنها را به مقابله نظریات امر نماید.

ماده ۵۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) اوراق شهادت شهود و معاینات تخصصی اهل خبره که در جریان تحقیق جمع آوری گردیده است، می تواند اساس تصمیم را تشکیل دهد مشروط بر اینکه نتیجه نشان دهد که متهم و یا وکیل

مدافع منتخبش در هنگام عملیات حاضر بوده و در موقفی قرار داشتند که می‌توانستند سؤال و یا اعتراض خویش را ارائه بدارند.
(۲) در غیر آن اسناد فوق صرف جنبه قرینه را دارا می‌باشد.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۳) هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمینهای حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد:

ه) از شهودی که علیه او شهادت می‌دهند سؤالاتی بکنند یا بخواهند که از آنها سؤالاتی شود و شهودی که از بابت او شهادت می‌دهند با همان شرایط شهودی که علیه او شهادت می‌دهند، حاضر و از آنها پرسش صورت گیرد.

(ب) تبصره پیرامون حق فراخواندن یا بازرسی کردن شواهد مغایر

حق فراخواندن و بازرسی کردن شهود جزء لاینفک حق دفاع لازم و کافی می‌باشد (مراجعه شود به بالا)، و این عنصر اساسی اصل تساوی قوا می‌باشد. شخص مدافع باید در موقعی باشد که شهودی را که دلایل تبرئه یا تخفیف جرم را ارائه کرده می‌توانند مورد سؤال قرار دهد و باید فرصت داشته باشد در برابر دلایلی که از جانب خرنوال ارائه می‌شود اعتراض نماید. یک پیامد این حق این است که در حالت عادی تمام دلایل باید در حضور متهم در محاکمه علنی ارائه شود تا که خود دلایل و اعتبار و اعتماد شاهد ارزیابی شده بتواند. در این قاعده ممکن است استثنائاتی وجود داشته باشد؛ به گونه مثال، در صورتی که امنیت شاهد مطرح باشد. ولی این گونه استثنائات حقوق شخص مدافع را نقض نمی‌کنند. شهادت از روی مسموعات عموماً جایز نیست زیرا خصلت واقعی بودن شهادت توسط اشتراک کنندگان محاکمه مستقیماً ارزیابی شده نمی‌تواند. اگر شهرت شهود کاملاً پوشیده نگه داشته شود، متهم از معلومات لازم به خاطر تثبیت صحت و سقم شاهد محروم خواهد شد. از این جهت تا جایی که ممکن باشد باید از مخفی نگه داشتن هویت شهود جلوگیری به عمل آید. اگر چنین کار امکان‌پذیر نباشد، ارزش ثبوت اظهارات نسبت به ارزیابی و مقابله‌ای که هر دو جانب به گونه همه‌جانبه انجام می‌دهند، کمتر خواهد بود. این موضوع در فقره ۳ ماده ۵۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم صراحتاً گفته شده است. این فقره حکم می‌کند که استنطاق شهود در مرحله تحقیق در صورتی که وکیل مدافع از آن مطلع ساخته نشده باشد تنها به عنوان یک قرینه یا اشارت ارزش داشته می‌تواند.

چون محکمه صلاحیت دارد از جمله فهرستی که از جانب خرنوال و وکیل مدافع پیشنهاد شده است شواهد معینی را انتخاب نماید و ضرورت ندارد همه آنها را به محکمه فراخواند، قاضیان نباید اصل انصاف و تساوی قوا را پامال کنند و باید دلایل مبنی بر نخواستن شواهدی را که از جانب شخص مدافع پیشنهاد شده بود ارائه نمایند. ممکن است در زمینه حق بازرسی شواهد بنا بر عوامل عملی حدودی وجود داشته باشد، به طور مثال، عدم موجودیت شاهد و یا در حالاتی که شاهد از انتقام‌جویی متهم هراس بجا داشته باشد. اما مقامات عدلی و قضائی نباید در وظایفشان مبنی بر دریافت اشخاص ذیربط تغافل نمایند.

در حالی که در قانون اساسی افغانستان به طور مشخص از حق فراخوانی و بازرسی شواهد نام برده نشده است، این حق در ماده‌های ۵۱ و ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تسجیل یافته است. وظیفه تشخیص مربوطیت شهادت که در ماده ۵۱ این قانون تذکر یافته است به هر دو طرف دعوی امکان می‌دهد پرسشهای خویش را تهیه نمایند و به شخص مدافع فرصت می‌دهد تصمیم بگیرد که کدام شواهدی ارائه شود که ذریعه آن دلایل خرنوال رد گردد. نتیجه این حق آنچه است که در ماده ۵۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تذکار یافته است مبنی بر اینکه اوراق شهادت شهود و معاینات تخصصی اهل خبره که در مرحله تحقیق جمع‌آوری گردیده است، صرف زمانی در محکمه ارزش دلایل اثباتیه را داشته می‌تواند که متهم و یا وکیل مدافع منتخبش در این عملیات حاضر بوده و در موقعی قرار داشتند که می‌توانستند سؤال و یا اعتراض خویش را

ارائه بدارند، در غیر آن اسناد فوق صرف جنبه قرینه را دارا می‌باشد. قانون اجراءات جزائی افغانستان شرایط میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را کاملاً برآورده می‌سازد.

تبصره پیرامون قضایا

أ) محکمه صلاحیت دارد بر خلاف یک شاهد ایراد داشته باشد. مطابق فقره ۳ ماده ۵۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم محکمه صلاحیت دارد اسماء شهود و اهل خبره را که شهادتشان از نظر محکمه در امر قضاوت مؤثر نباشد، از لست حذف نماید. در قضیه مورد بحث قاضی صرف در برابر شواهدی که از جانب متهم معرفی شده‌اند ایراد می‌گیرد و چنین استدلال می‌کند که آنها قابل اعتماد نبوده و لذا شهادت آنها «غیرضروری» می‌باشد. هر چند این امر قابل توجیه خواهد بود که تمام شهود استماع نگردند، ولی دلیل قاضی قناعت‌بخش نیست. تسریع بخشیدن جریان محاکمه بدون شک یک کار مشروع است، ولی اینکه قاضی بدون یک دلیل مقنع در برابر مدعی و مدعی علیه برخورد متفاوت دارد، خیلی محتمل به نظر می‌رسد که رد شهود متهم خودسرانه بوده فلذا اصل تساوی قوا و به‌ویژه حق فراخوانی شهود نقض گردیده باشد. علاوه بر آن، این مشکل است که شهود را قبل از ادای شهادتشان غیر قابل اعتماد خواند. چنین نتیجه‌گیری را می‌توان بعد از آن، بر مبنای دلایل عینی انجام داد که با جزئیات آن در فیصله بعدتر بیان خواهند شد.

ب) این حق متهم است که شهود را فرا خواند و اظهارات شهود را مقابل نماید (مراجعه شود به ماده ۵۱ و بند ۷ فقره ۳ ماده ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). لذا برای شخص مدافع مهم است که در استفهام شهود حاضر باشد. به همین دلیل در فقره ۱ و ۲ ماده ۵۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌شود که هرگاه مظنون و وکیل مدافع وی در جریان تحقیق یک شاهد حاضر نباشند، اظهارات شهود صرف جنبه قرینه خواهد داشت. برای اینکه محکمه شهادت را به عنوان دلایل قضیه به کار گیرد مجبور است شاهد را بار دیگر مورد استفهام قرار دهد تا که به طرف مدافع فرصت دهد سوالات و اعتراضات خویش را ارائه نماید. در قضیه مورد بحث نه مظنون و نه وکیل مدافع وی در جریان تحقیق شاهد حضور داشتند. لذا حسب فقره ۲ ماده ۵۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم این شهادت صرف جنبه قرینه داشته می‌تواند. استنتاج از افسر پولیس در تثبیت صحت و ثقم شهادت به متهم کمک کرده نمی‌تواند و خصلت آن از جانب اشتراک‌کنندگان جریان قضائی به گونه مستقیم ارزیابی شده نمی‌تواند. لذا اجازه بیان افسر پولیس در محاکمه با این هدف ماده ۵۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم بر می‌خورد که شهادت شهود صرف در صورتی در محاکمه مورد استفاده قرار می‌گیرد که طرف مدافع قبلاً امکان سؤال از آنها را داشته باشد. در نتیجه می‌توان گفت که شهادت افسر پولیس نیز صرف جنبه قرینه داشته می‌تواند.

ج) قوانین خارجی

حق فراخوانی و بازپرسی شواهد در قوانین اساسی اغلباً صریحاً تضمین نشده است. اما این اصلی است که وسیعاً مورد پذیرش قرار گرفته و جزئی از قوانین اجراءات جزائی بسا کشورها را تشکیل می‌دهد. این حق اکثراً ذریعه قوانین اجراءات جزائی تنظیم گردیده و توسط قانون اساسی به خاطر حق عمومی محاکمه عادلانه حمایت می‌شود.

پیشنهاد برای مباحثه:

- نقش قاضی در تثبیت حقایق یک قضیه چی می باشد؟
- نقش خارنوال در تثبیت حقایق یک قضیه چی می باشد؟
- آیا حق وکیل مدافع مبنی بر فراخواندن شهود می تواند تأثیر مثبتی بر فیصله محکمه داشته باشد؟
- عواملی که بر شهادت شهود در برابر محکمه تأثیر میفکنند چی اند؟
- آیا شهادت شهود خیلی قابل باور می باشد؟
- در صورتی که اظهارات شهود با هم متناقض باشند، چی باید کرد؟
- کدام عوامل می توانند بر نظر شاهد در محل حادثه تأثیر بیفکنند؟
- آثار و علایم غیرقابل باور بودن یک شاهد چی اند؟

(ز) محاکمه غیابی

أ) حسن اتهام‌نامه و ورق ابلاغ خائنوال را مبنی بر تعیین روز محاکمه‌اش دریافت نموده است. با وجود آن وی در روز محاکمه به محکمه حاضر نمی‌شود. محکمه برایش یک وکیل مدافع تعیین نموده و محاکمه را یک هفته بعد بدون حضور حسن ولی در موجودیت وکیل مدافع دایر می‌نماید. این اقدام قانونی می‌باشد؟

ب) عالم به جرم رهنزی مظنون می‌باشد. تحقیقات آغاز شده ولی متهم را نمی‌توان پیدا کرد. خائنوال برای او وکیل مدافع تعیین نکرده امیدوار است که مظنون پیدا خواهد شد و در آن وقت خودش برای خود یک وکیل مدافع انتخاب خواهد کرد. صرف وقتی موضوع محاکمه در میان می‌آید قاضی برای او یک وکیل مدافع تعیین می‌کند. آیا در اینجا اصول مربوط به محاکمه غیابی رعایت شده‌اند؟ اگر نه، عواقب آن چی می‌باشند؟

أ) احکام زیربط

ماده ۱۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۴) هرگاه دریافت آدرس مسکونی شخص مورد نظر امکان‌پذیر نباشد، مأمور ضبط قضائی مکلف است تحقیقات دقیق را غرض کشف محل سکونت و یا محل کار شخص مورد نظر انجام دهد. در صورت عدم نتیجه این گونه تحقیقات، مأمور ضبط قضائی مکلف است مکاتیب را به مرجع اداری که آخرین محل سکونت شخص مورد نظر تلقی می‌گردد، تحویل نماید.

ماده ۴۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) هرگاه تثبیت محلات مندرج ماده (۱۷) امکان‌پذیر نباشد، ابلاغیه به وکیل مدافع که از طرف پولیس یا خائنوال در هنگام تحقیق برای مظنون غایب تعیین گردیده است، سپرده می‌شود.

(۲) وکیل مدافع توسط پولیس یا خائنوال به طور کتبی تعیین می‌گردد.

(۳) در این صورت وکیل مدافع و کالت شخص مظنون را به عهده می‌گیرد.

(۴) تصمیم اتخاذشده در مورد تعیین وکیل مدافع برای مظنون غایب صرف الی ختم تحقیق مدار اعتبار می‌باشد.

ماده ۴۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) در صورتی که تسلیم نمودن ابلاغیه به متهم طبق حکم ماده ۱۷ نسبت عدم تثبیت محل سکونت او امکان‌پذیر نباشد، محکمه به مفقودی وی حکم نموده، وکیل مدافع برایش تعیین، بعداً ابلاغیه برای وکیل مدافع متهم غایب داده می‌شود.

(۲) ابلاغیه مندرج فقره (۱) این ماده در تمام موارد و مقاصد مرعی‌الأجرا می‌باشد.

(۳) حکم محکمه در مورد مفقودیت متهم و تعیین وکیل مدافع الی ختم میعاد آن اعتبار داشته و در احکام آینده هر بار تجدید می‌گردد.

(۴) محکمه مکلف است احکام جدید را بعد از جستجوی متهم غایب در محلات مندرج ماده ۱۷ هر بار طور جداگانه صادر نماید.

ماده ۴۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) هرگاه ورقه احضاریه مندرج ماده ۴۲ به متهم تسلیم داده شود مگر وی به محکمه حاضر نگردد، در این صورت محکمه برای وی وکیل مدافع تعیین می نماید.
- (۲) ورقه احضاریه مطابق حکم مندرج ماده ۱۷ مکرراً برای متهم ارسال می گردد.

ماده ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۲) متهم و وکیل مدافعش حق دارند که حین رسیدگی قضیه در جلسه قضائی حاضر باشند.

ماده ۵۹ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۴) در محاکمه غیابی متهم حق دارد که مطابق حکم ماده (۴۷) ابلاغیه تصمیم قرائت شده را همراه با دلایل حکم که به دفتر تحریرات محکمه سپرده می شود، دریافت نماید.
- (۵) ابلاغیه مندرج فقره (۴) این ماده به وکیل مدافع طبق حکم ماده (۴۶) تسلیم داده می شود.

ماده ۶۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) محکوم علیه یا خارنوال ابتدائی می تواند علیه فیصله محکمه ابتدائی، مرافعه خواهی نماید.
 - (۲) مرجع باصلاحیت مرافعه خواهی ریاست محکمه مرافعه می باشد.
 - (۳) درخواست مرافعه خواهی به دفتر تحریرات محکمه صادرکننده حکم یا به دفتر تحریرات محکمه مرافعه مربوط در مدت ۲۰ روز تسلیم داده می شود. آغاز این مدت با نظرداشت حالات ذیل محاسبه می گردد:
- ۳- هنگامی که متهم که در غیابش فیصله صورت گرفته، ابلاغیه فیصله را دریافت نماید.

ماده ۶۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) فیصله محکمه مبنی بر غایب بودن متهم تا زمانی که متهم شخصاً یا وکیل مدافع وی درخواست مرافعه خواهی را ارائه می نماید، جریان رسیدگی به قضیه متوقف می شود. در این حالت آغاز میعاد مرافعه خواهی برای متهم از زمان حاضر شدن وی شروع شده و ورق ابلاغیه طبق حکم ماده ۱۷ به وی ارسال می گردد.
- (۲) میعاد مرافعه خواهی برای خارنوال زمانی شروع می شود که محکمه از تسلیم دهی ابلاغیه برای متهم به وی اطمینان دهد.
- (۳) در صورتی که متهم و خارنوال طی میعاد متذکره درخواست مرافعه خواهی را ارائه ننمایند، فیصله محکمه نهائی تلقی می گردد.

ماده ۳۳ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

(۳) هرگاه موضوعات مورد بحث در جریان محاکمه، طفل را روحاً متضرر سازد، محکمه در غیاب طفل جلسه محاکمه را ادامه داده می‌تواند، مشروط بر اینکه خلص جریان محاکمه را بعداً برای وی توضیح نماید.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۳) هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمینهای حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد:

(د) در حضورداشت خودش محاکمه شود و شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن وکیل به او اطلاع داده شود. و در مواردی که مصالح محکمه اقتضا نماید از طرف محکمه رأساً برای او وکیلی تعیین شود و هرگاه در این صورت متهم از پرداخت حق الوکاله عاجز باشد مصارف آن به دوش محکمه می‌باشد.

ب) تبصره پیرامون محاکمه غیابی

حق حضور داشتن متهم در محاکمه‌اش به گونه واضح در تمام اسناد حقوق بشر بیان نشده است. ولی آرای حقوق بین‌المللی حق حضور داشتن متهم در محاکمه‌اش را در حق دفاع مناسب مضمر خوانده‌اند. محاکمات غیابی ممکن است عدالت و انصاف محاکمه را به شکل خیلی وخیم پیش‌داوری کنند. اکثریت نظامهای حقوقی ملی اعتبار محاکمه غیابی را به رسمیت نمی‌شناسند و برخی قاضیان حتی می‌گویند که حضور داشتن متهم در جریان محاکمه‌اش یک حق مطلق است. یک استثناء معروف در اینجا عبارت از قانون اجراءات قضائی فرانسه می‌باشد. از این رو، محکمه حقوق بشر اروپا در بسیاری اجراءات خویش به محاکمات غیابی در فرانسه رسیدگی نموده است. نتایج این قضایا یکسان نبوده است. این کمیسیون معتقد است که در موارد محدود و در شرایط خاص محاکمات غیابی حقوق مبنی بر محاکمه عادلانه را مطابق به ماده ۶ کنوانسیون حقوق بشر اروپا نقض نمی‌کند. به طور مثال، متهم بعد از ظهور مجدد حق دارد در یک رسیدگی تازه از همان آغاز محاکمه صرف‌نظر از آنچه در محاکمه قبلی تثبیت شده بود مورد محاکمه عدلی قرار گیرد. این حق در قانون اجراءات جزائی فرانسه در مجموع شناخته شده است. ولی اینکه متهم را از مراجعه به استیناف بر مبنای محاکمه غیابی مانع شد با موازین محاکمه عادلانه‌ای که در کنوانسیون حقوق بشر اروپا تذکر رفته تطابق ندارد.

هر چند فقره ۲ ماده ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که متهم حق دارد در جریان محاکمه حاضر باشد، قانون اجراءات جزائی افغانستان به محاکمه غیابی اجازه می‌دهد. ولی حقوق متهم توسط شماری از احکام دیگر حفظ شده است. در ماده ۴۱ به ارتباط ماده ۱۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تعیین وکیل مدافع در مرحله تحقیق برای مظنونی که مفقود باشد پیش‌بینی شده است. معلومات در مورد اینکه متهم حق دارد قبل از آغاز محاکمه درباره اقدامات معین تحقیقاتی آگاه ساخته شود (به فوق مراجعه شود) متضمن حق دفاع متهم می‌باشد. ماده ۴۶ و ماده ۴۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم جلب و احضار متهم به محکمه و تعیین وکیل مدافع برای متهم را که مفقودالاثرباشد و یا خود به محکمه حاضر نشود، تنظیم می‌کنند. فقره ۲ و ۳ ماده ۴۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم بیان می‌دارد که در صورتی که متهم پیدا نشود وکیل مدافع وی باید مطلع ساخته شود و باید از متهم نمایندگی کند. به این ارتباط در فقره ۴ ماده ۱۷ این قانون که در ماده‌های دیگر از آن تذکر به عمل آمده است چنین تضمینی پیش‌بینی شده است: پولیس عدلی وظیفه دارد تحقیقات دقیق را به منظور تثبیت محل بودوباش و محل کار شخص انجام دهد. در نتیجه، باید واقعاً سعی شود که متهم یا مظنون را قبل از آنکه به محاکمه غیابی اجازه داده شود، پیدا نمود. مطابق ماده ۵۹ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم پس از محاکمه غیابی باید مجدداً سعی نمود متهم را از فیصله محکمه و دلایل آن باخبر ساخت و اگر این هم ممکن نباشد در آن صورت وکیل او را از نتیجه مطلع ساخت. ماده‌های ۶۳ و ۶۴ حکم می‌کند که میعاد مرافعه تا زمانی آغاز نمی‌شود که متهم که در مورد وی فیصله غیابی صورت گرفته است پیدا نشده و از فیصله و دلایل محکمه آگاهی حاصل نکرده باشد. لذا متهم که در غیاب محاکمه شده است حق مرافعه‌خواهی را در میعاد عادی‌ای که در قانون پیش‌بینی شده است از دست نمی‌دهد.

استثناء دیگر حق حضورداشت در محاکمه عبارت از ماده ۳۳ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در مورد محاکمات اطفال است که در فوق از آن تذکر به عمل آمد. اما این را نمی‌توان یک مورد محاکمه غیابی شمرد زیرا این ماده صرف به غیابت مؤقتی طفل متهم حکم می‌کند.

تبصره پیرامون قضایا

ا) این یک مورد محاکمه غیابی متهمی است که احضارنامه خویش را دریافت کرده است (مراجعه شود به ماده ۴۷ قانون اجرایات جزائی مؤقت برای محاکم). بر اساس فقره ۱ این ماده، از جانب قاضی یک وکیل مدافع برای وی تعیین می‌شود. تا زمانی که به گسیل احضارنامه‌ها مطابق به ماده ۱۷ قانون اجرایات جزائی مؤقت برای محاکم به متهم ادامه داده شود، جریان قضائی قانونی می‌باشد.

ب) نمایندگی از یک متهم غایب هنگام محاکمه حسب فقره ۱ ماده ۴۶ قانون اجرایات جزائی مؤقت برای محاکم مراعات شده است. اما فقره ۱ ماده ۴۱ قانون اجرایات جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که پولیس و خرنوال نیز بایست حین تحقیقات خویش در این مورد وکیل مدافعی را تعیین نمایند. پولیس و خرنوال از این حکم قانون پیروی نکردند. فلذا متهمی که در غیابش فیصله شده است حق دارد اعتباراجراآت قضائی را مطابق به ماده ۱۶ قانون اجرایات جزائی مؤقت برای محاکم مورد سؤال قرار داده خواهان جبران خسارت گردد.

ج) قوانین خارجی

در اینجا نیز همان مسئله حق فراخوانی و بازرسی شهود مطرح می‌گردد. آشکال مربوط به حضورداشت متهم در جریان محاکمه در بسا کشورها توسط قوانین اجرایات جزائی تنظیم می‌گردد.

پیشنهاد برای مباحثه:

- چرا حضور متهم در جریان محاکمه این قدر مهم است؟
- (ایجاد شرایط حقیقی، بررسی درست شخصیت متهم، نفع متهم به خاطر تأثیر گذاشتن بر نتیجه محاکمه)
- در کدام حالات محاکمه غیابی موجه می‌باشد؟
- آیا زمانی که متهم در توقیف مقامات عدلی است محاکمه غیابی صورت گرفته می‌تواند؟

(ح) مترجمین و ترجمه

أ (نقوی تبعه پاکستان بوده و به جرم تجارت مواد مخدر مظنون می‌باشد. وی توانائی لازم مالی ندارد که مصارف یک مترجم را بپردازد. خارنوال در جریان تحقیقات خویش به وی یک مترجم تعیین می‌کند. مترجم به زبان اردو سخن می‌گوید و وی یک لحظه خیلی شدید محلی دارد. نقوی او را درست نمی‌فهمد ولی راضی است که حداقل چیز چیزی می‌داند. آیا حق او مبنی بر محاکمه عادلانه رعایت شده است؟

ب) بابر تبعه افغان بوده به جرم دزدی متهم می‌باشد. وی از قوم ازبک بوده و به دری یا پشتو سخن گفته نمی‌تواند. قاضی از تعیین مترجم برای او خودداری می‌ورزد زیرا او به این عقیده است که بابر حداقل به یکی از زبانهای رسمی کشور باید بلدیت داشته باشد و من حیث افغان حق ندارد برایش از جانب دولت مترجم تعیین شود. آیا قاضی حق به جانب است؟

أ (احکام ذیربط

ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان

متهم حق دارد به مجرد گرفتاری از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعادى که قانون تعیین می کند در محکمه حاضر گردد.

ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان

اگر طرف دعوى زبانی را که محاکمه توسط آن صورت می گیرد، نداند، حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری، توسط ترجمان برایش تأمین می گردد.

ماده ۲۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

در صورتی که مظنون یا متهم به زبان مورد استفاده در تحقیقات و یا محاکمه آشنائی نداشته یا کر یا گنگ یا کر و گنگ باشد، برایشان ترجمان تعیین می گردد تا آنها از جرم و ادعائی که بالایشان صورت گرفته آگاهی حاصل نمایند و همچنین در جریان استنطاق و مقابله به آنها کمک نماید.

ماده ۲۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

(۱) مستشاران قضائی قضایای وارده را تحلیل و ارزیابی نموده گزارش آن را تهیه و غرض اتخاذ تصمیم به جلسه قضائی ارائه می نمایند.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۳) هر شخص حق دارد در جریان تثبیت هر نوع اتهام علیه وی از تضمینهای حداقل ذیل با تساوی کامل برخوردار گردد:

أ) از ماهیت و علت اتهامی که به او نسبت داده می شود، در اسرع وقت و به تفصیل به زبانی که او بفهمد مطلع شود.

و) اگر زبانی را که در محکمه تکلم می‌شود نمی‌فهمد و یا نمی‌تواند به آن تکلم نماید یک مترجم مجاناً به او کمک کند.

(ب) تبصره پیرامون مترجمین و ترجمه

حق داشتن مترجم اصل دیگری است که در کلیه مراحل محاکمه جزائی تطبیق می‌گردد. این حق قبلاً در کنوانسیون ژنیو مصوب سال ۱۹۴۹ به رسمیت شناخته شده و تقریباً در همه اسناد حقوق بشر به استثناء اعلامیه حقوق بشر افریقا گنجانیده شده است. دریافت مساعدت مترجم خیلی ضروری می‌باشد، زیرا هرگاه متهم قابلیت زبانی را نداشته باشد که اتهامات منسوب را بفهمد تمام حقوق مربوط به دفاع مناسب بی‌فایده خواهد بود. لذا برای یک محاکمه عادلانه خیلی ضروری است که به متهم در تمام مراحل تعقیب عدلی از جانب مترجم مساعدت صورت گیرد تا حق دفاع مناسب وی تضمین گردد. به‌ویژه در محاکمه جزائی که عواقب یک فیصله منفی برای آینده شخص عموماً اهمیت عظیمی دارد، خیلی مهم است تا متهم بتواند جریان محکمه را به جزئیات آن دنبال نماید و امکان داشته باشد به زبانی که به آن حاکمیت و تسلط کامل دارد ابراز نظر کند. در صورتی که متهم و وکیل مدافع وی به زبان محکمه تسلط کامل نداشته باشند، جزئیات صورت دفاعیه نمی‌تواند تفهیم شود و وکیل مدافع در موقعی نخواهد بود که از منافع متهم همه‌جانبه دفاع نماید. یکی از مثالهای برازنده درباره ضرورت مبرم دانستن جریان محکمه همانا بازرسی شهود می‌باشد. امکان فهمیدن کامل هر بخش اظهارات، و نه صرفاً برداشت عمومی، شرط عمده ارائه پاسخ لازم به اتهامات است. این حق نه تنها در مورد خارجی‌ان بلکه همچنین در مورد اعضای اقلیتهای زبانی صدق می‌کند.

چون مساعدت مترجم در محاکمات جزائی خیلی اهمیت دارد، مصارف وی در صورتی که متهم توانائی مالی آن را نداشته باشد از جانب دولت پرداخته می‌شود. این امر در بند (و) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تسجیل یافته است که حکم می‌کند که هر شخص حق دارد اگر زبان مورد استفاده در محکمه را نمی‌فهمد و یا نمی‌تواند به آن تکلم نماید از مساعدت مجانی مترجم برخوردار گردد.

حق داشتن مترجم به گونه خاص در ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان درج است ولی به شکل التزامی در فقره ۲ ماده ۳۱ نیز پیش‌بینی شده است که «هر شخص حق دارد به مجرد گرفتاری از اتهامات منسوب آگاهی یابد.» این حق آگاهی ضروراً مستلزم آن است که متهم باید بفهمد کدام اتهامات علیه وی نسبت داده شده است. ماده ۲۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم حتی ترجمانی را پیش‌بینی می‌کند هرگاه متهم کر، گنگ یا کر و گنگ باشد. این ماده تضمینهای حداقلی را که در ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان ارائه شده است فراهم می‌سازد زیرا در آن بر ضرورت مترجم تأکید شده است که «تا آنها حداقل از جرم و ادعایی که بالایشان صورت گرفته آگاهی حاصل نمایند و همچنین در جریان استنطاق و مقابله به آنها کمک نماید.» با درنظرداشت عبارات و مفاهیم وسیع‌تر در ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان که مبتنی بر آن طرفین قضیه «حق دارند از طریق ترجمان مواد و اسناد قضیه را بفهمند و در محکمه به زبان مادری خویش صحبت نمایند»، بایست انتظار داشت که ماده ۲۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم نیز وسیع‌تر تعبیر و تفسیر گردد. هر چند قانون اساسی افغانستان که بر اساس آن طرفین قضیه «حق دارند از طریق ترجمان مواد و اسناد... را بفهمند و در محکمه به زبان مادری خویش صحبت نمایند»، درباره موضوع پرداخت مصارف مترجم خاموش است، این عبارات و مفاهیم را

نمی‌توان چنین تعبیر کرد که گویا بار مالی آن به دوش متهم گذاشته می‌شود. این وظیفه دولت است که محاکمه عادلانه متهم را تأمین کرد و این امر در صورتی تضمین شده می‌تواند که متهم هم جریان محاکمه را بفهمد و هم خود تفهیم کرده بتواند. این حق را نمی‌توان تابع وضع مالی شخص ساخت. فقره ۱ ماده ۲۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم نیز طوری حکم می‌کند که مترجم از جانب دولت تمویل می‌گردد: «در صورتی که مظنون یا متهم...، برایشان ترجمان تعیین می‌گردد.»

به ارتباط رسیدگی به قضایای اطفال، مکلفیت دولت در قبال پرداخت حق الزحمه مترجم در صورتی که والدین یا ممثل قانونی آنها از تادیه آن عاجز باشند، به طور واضح در فقره ۱ ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال تصریح شده است.

تبصره پیرامون قضایا

أ) حق داشتن مترجم که در ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان در ارتباط با ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان و فقره ۱ ماده ۲۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تسجیل یافته است تضمین می‌کند که مظنون یا متهم از اتهامات منسوبه و از حقوق خویش به حیث مظنون یا متهم کاملاً آگاه باشد. از این رو، نقوی قادر نخواهد بود هر قسمت بیانات را بفهمد و نه تنها گرایش عمومی را. چون او کاملاً ترجمه مترجم خویش را نمی‌داند، محکمه باید یک مترجم دیگر را به وی تعیین نماید. ب) حق داشتن مترجم تنها در مورد خارجیانی نه بلکه در مورد اعضای اقلیتهای زبانی نیز صدق می‌کند (مراجعه شود به ماده ۱۶ قانون اساسی افغانستان). حق سخن و تکلم به زبان مادری در محکمه در ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان به صراحت بیان شده است. زبان مادری بابر ازبکی می‌باشد. به وی باید در محکمه حق تکلم به زبان ازبکی داده شود و محکمه مکلفیت دارد به وی یک مترجم تعیین نماید. در غیر آن، حق داشتن مترجم نقض می‌شود.

ج) قوانین خارجی

ماده ۷۱ قانون اساسی مصر

پاراگراف ۱: هر شخص که گرفتار یا توقیف می‌شود باید بلافاصله از دلیل گرفتاری یا توقیف مطلع گردد.

ماده ۱۰ قانون اساسی پاکستان

(۱) هیچ شخص گرفتار شده بدون آنکه به اسرع وقت از دلایل گرفتاریش آگاه گردد، توقیف نمی‌شود و نیز از حق مشوره گیری و داشتن وکیل مدافع دلخواهش محروم نمی‌گردد.

پیشنهاد برای مباحثه:

- آیا اشتراک کنندگان زمانی هم به چنین حالتی برخوردده‌اند که یک متهم زبان محکمه را نفهمیده باشد؟
- آیا تعداد کافی مترجمین در افغانستان وجود دارند که مشکل زبان اقلیتها حل شود؟

سوالاتی مربوط به جمع‌بندی اصول قابل تطبیق در محاکمه

- به خاطر تأمین شرایط اصل قانونیت محاکم چهار شرط مهم باید وجود داشته باشد. این شروط کدام‌اند؟
- تحت کدام شرایط محاکمات می‌توانند به وسیله دیوانهای اختصاصی دایر گردند؟
- کدام حقوق با رعایت اصل دسترسی محاکم تضمین می‌گردد؟
- اصل دسترسی به محاکم به اصول دیگر ارتباط دارد. این اصول کدام‌اند؟
- چی عوامل ممکن است بالای قاضی نفوذ کند که به جانبداری این یا آن طرف عمل کند؟
- چگونه می‌توان از مداخلات قوه اجرائیه در تصمیم‌گیری قوه قضائیه جلوگیری نمود؟
- مطابق به قانون، قاضیان باید دارای کدام صفات شخصی باشند؟
- چرا زمانی که مظنون یا متهم در توقیف به سر می‌برد میعاد مراحل قضائی کوتاه‌تر است؟
- آیا تعویق در محاکمه قابل توجیه است هرگاه متهم حاضر نباشد به مقامات قضائی همکاری نماید؟
- استثنائات مجاز در مورد تدویر محاکمه علنی که در قانون پیش‌بینی شده کدام‌اند؟
- آیا ابلاغ محکمه نیز می‌تواند به شکل سری صورت گیرد؟
- در کدام حالات اجلاس محکمه در مورد یک قضیه به صورت سری ضروری می‌باشد؟
- شرایط تأمین حقوق دفاع مناسب و کافی کدام‌اند؟ و متشکل از کدام حقوق می‌باشد؟
- اصل تساوی قوا چی معنی دارد؟
- چی وقت اوراق شهادت شهود و معاینات تخصصی اهل خبره که در جریان تحقیق جمع‌آوری گردیده است، می‌تواند اساس تصمیم را تشکیل دهد؟
- چرا حضور مظنون یا متهم در جریان استنتاج شهود و اهل خبره برای حق او مبنی بر محاکمه عادلانه اهمیت دارد؟
- قواعد عمومی مطلع ساختن متهم چی‌اند؟
- دوکتوری مختلف متهمین غایب را می‌توان تفریق نمود. این کتگوریه‌ها کدام‌اند و پیامدهای آنها برای اصل محاکمه غیابی چی می‌باشد؟
- چه کسی حق داشتن مترجم و ترجمه را دارد؟
- آیا مقامات قضائی مکلف‌اند مترجمی را برای مظنون یا متهمی که توانائی پرداخت آن را نداشته باشد، تعیین نمایند؟
- آیا یک وکیل مدافع جای یک مترجم را گرفته می‌تواند؟

فصل چهارم: اصول پس از محاکمه (طرز العمل تعقیبی)

أ (فیصله، صدور حکم و جزاء

۱. فیصله و صدور حکم

أ (احمد به جرم جعلکاری متهم گردیده و محکمه او را به حبس کوتاه محکوم می‌سازد. این تصمیم بر اساس ماده ۴۲۰ قانون جزاء افغانستان صورت گرفته است ولی در حکم محکمه به حقایق و دلایل قضیه اشاره نشده است. علاوه بر آن، تصمیم گرفته می‌شود که دلایل حکم الی مدت یک ماه پس از فیصله محکمه بنا بر ثقلت کار قضات ارائه نشود. کدام حقوق متهم پامال شده است؟

ب) حسن از جانب محکمه به جرم قتل در دو قضیه محکوم می‌شود. محکمه فیصله خویش را بر اساس اعتراف حسن که از طریق شکنجه به دست آمده است صادر می‌نماید. آیا حکم محکمه با قانون مطابقت دارد؟

أ (احکام ذیربط

ماده ۲۵ قانون اساسی افغانستان

برائت ذمه حالت اصلی است.

متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می‌شود.

ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان

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 ۳۰ قانون اساسی افغانستان

اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود، اعتبار ندارد.

اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمه باصلاحیت.

ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان

در محاکم افغانستان، محاکمه به صورت علنی دایر می‌گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد.

محکمه می‌تواند در حالاتی که در قانون تصریح گردیده، یا سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد، جلسات سری دایر کند ولی اعلام حکم باید به هر حال علنی باشد.

ماده ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان

محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می نماید در فیصله ذکر کند. تمام فیصله های قطعی محاکم واجب التعمیل است مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور می باشد.

ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان

محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.

ماده ۷ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

محاکم حین رسیدگی قضایا احکام قانون اساسی و سائر قوانین نافذه را تطبیق می نمایند. در صورتی که صراحت قانونی در قضیه موجود نباشد، رسیدگی و اصدار حکم مطابق به احکام مندرج مواد یکصد و سی ام و یکصد و سی و یکم) قانون اساسی صورت می گیرد.

ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) از آغاز اقامه دعوی جزائی الی تثبیت مسئولیت جرمی که شخص به حکم نهائی محکمه محکوم علیه قرار می گیرد، بی گناه پنداشته می شود. اگر فیصله باعث سلب و یا محدودیت حقوق بشری شخص می گردد باید استوار به دلایل قانونی بوده که محدود به کشف حقیقت باشد.

ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) دلایل و شواهدی که بدون رعایت احکام قانون جمع آوری شده باشد، فاقد اعتبار بوده، محکمه نمی تواند مستند به آن حکم نماید.

ماده ۵۹ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۲) قاضی بعد از تحریر حکم دوباره به سالون محاکمه داخل و حکم را ابلاغ می نماید، قرائت حکم حیثیت ابلاغ آن را دارد. در صورتی که دلایل حکم توسط قاضی قرائت نشود، دلایل مذکور در مدت ۱۵ روز از تاریخ صدور حکم از طرف محرر تنظیم و ترتیب و فیصله صادر می گردد.

ماده ۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

محاکم مکلف اند دلایل و اسباب حکمی را که صادر می کنند با ذکر مواد قانونی مورد استناد در فیصله خویش تصریح نمایند.

ماده ۶۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) فیصله محکمه حاوی مطالب ذیل می باشد:

- ۱- هویت متهم؛
- ۲- تعریف حقایق و جزئیات شامل اتهام نامه؛
- ۳- بیان خلص دلایل فیصله با اشاره به واقعیتهای مشمول و احکام قانون مورد استناد؛
- ۴- نص حکم.

ماده ۷۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۳) رئیس دیوان می تواند دلایل صدور فیصله را به عین محتوا قرائت یا به دفتر تحریرات دیوان مربوط بسپارد.

ماده ۱۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

محکمه نمی تواند درباره قضیه ای که آن را مورد رسیدگی قرار داده است، از اصدار حکم امتناع ورزد. قضیه تحت بررسی قبل از اتخاذ تصمیم از محکمه خارج ساخته شده نمی تواند.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۲) ... ولی قضاوتی که روی یک قضیه جرمی یا مدنی صورت می گیرد باید علنی شود مگر اینکه منافع نوجوانان طور دیگری تقاضا نماید و یا اینکه دعوی به منازعه ازدواج و یا قیمومیت اطفال ارتباط داشته باشد.

ب) تبصره پیرامون فیصله و صدور حکم

وقتی حرف بر سر فیصله می‌آید محاکم نمی‌توانند حین قضاوت در مورد حقایق قضیه و اتخاذ تصمیم روی عواقب آن به شکل خودسرانه عمل نمایند، بلکه باید از اصول و قواعد معین اطاعت نمایند. ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان و نیز ماده ۷ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم ایجاب می‌کند که محاکم حین پیشبرد قضایا از احکام قانون اساسی استفاده نمایند. بند ۲ ماده ۱۳۰ حکم می‌کند که هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، «محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید». از این رو، محکمه باید در همه موارد موازین و روح قانون اساسی را در نظر داشته باشد. ماده ۲۵ قانون اساسی افغانستان و ماده ۴ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم هر دو حاوی اصل برائت ذمه می‌باشد که مهم‌ترین تأثیری در روند تصمیم‌گیری دارد. قاضیان صرف زمانی می‌توانند شخص را به اتهام جرمی محاکمه کنند که خارنوال ثابت کرده بتواند که متهم واقعاً مرتکب جرم شده است. دلایلی که خارنوال به استناد آن اتهامات خویش را ثابت کرده است بایست در فیصله محکمه به تفصیل بیان شده باشد. پیشداوری، تبعیض و خودسری مجاز نمی‌باشد. فیصله‌ها باید بر پایه دلایلی که اتهامات مندرج صورت دعوی را ثابت سازد، استوار باشد (مراجعه شود همچنین به ماده ۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). ماده ۷ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که دلایل الزام که از جانب محکمه بررسی می‌شود باید از راه قانونی به دست آمده باشد. محکمه حین بررسی دلایل باید منع شکنجه و استفاده از زور و اکراه به خاطر کسب اعتراف را نیز در نظر بگیرد (مراجعه شود به ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان و فصل اول بخش (د) و (و) این رهنمود). به خاطر اینکه محکمه فیصله خویش را بر پایه دلایل موجه انجام دهد و این دلایل بررسی شده بتواند، ماده ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان می‌طلبد که محکمه باید دلایل فیصله خویش را بیان نماید. به خاطر همین علت و هم به خاطر اینکه مردم بتوانند ببینند که قضاوت بر پایه دلایل معتبر صورت گرفته است ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان می‌طلبد که محاکمه به طور عموم علنی می‌باشد و ابلاغ فیصله باید در همه موارد علنی باشد. ماده ۶۱ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم مشخص می‌سازد که فیصله محکمه حاوی کدام مطالب باشد به شمول توضیح حقایق، شرایط و دلایل تصمیم بر مبنای نورمها و قواعد مربوطه قانون (مراجعه شود همچنین به ماده ۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). فقره ۲ ماده ۵۹ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم مشخص می‌سازد که حکم و دلایل باید توسط محکمه قرائت گردد. اگر این کار صورت نگیرد، باید آنها به دفتر منشی محکمه طی پانزده روز از تاریخ فیصله محکمه سپرده شود. مراجعه شود به ماده ۷۵ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم. ماده ۱۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم می‌طلبد که هرگاه محکمه به رسیدگی قضیه‌ای آغاز می‌کند باید فیصله‌ای در زمینه انجام یابد. محکمه نمی‌تواند در این صورت از اصدار حکم امتناع ورزد. این فیصله می‌تواند در قضایائی که محکمه اول صلاحیت رسیدگی به آنها را نداشته باشد، مأخذی باشد برای یک محکمه دیگر باصلاحیت.

تبصره پیرامون قضایا

ا) هرگاه شرایط یک فیصله با اعتبار موجود نباشند ماده ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان و ماده ۶۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم نقض خواهند شد. بر اساس پاراگراف ۱ ماده ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان محکمه مکلف است دلایل فیصله خویش را ارائه نماید. علاوه بر ارائه کوتاه دلایل، فیصله محکمه باید حاوی تذکری درباره حقایق قضیه و نیز احکام قانون مورد استناد باشد (مراجعه شود به بند ۳ فقره ۱ ماده ۶۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم). اشاره به حقایق قضیه در اینجا به نظر نمی‌خورد، از این جهت فیصله محکمه با قانون مطابقت ندارد.

تخطی دیگر همانا تأخیر در ارائه دلایل فیصله است. در ماده ۵۹ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم صرف مدت ۱۵ روز پیش‌بینی شده است. در قضیه احمد دلایل فیصله بعد از یک ماه ارائه گردید. در این حالت ارائه دلایل از ميعاد تعیین‌شده فراتر رفته و لذا تخطی از احکام قانون به شمار می‌آید.

ب) فیصله محکمه باید به استناد دلایل معتبر استوار باشد. پاراگراف ۱ ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان استفاده از زور و اکراه به خاطر کسب اعتراف را ممنوع قرار می‌دهد. پاراگراف ۲ همین ماده حکم می‌کند که محکمه می‌تواند فیصله خویش را صرف بر مبنای اعتراف داوطلبانه متهم صادر نماید. این شرط در قضیه مورد نظر مراعات نشده است. حسب ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان و ماده ۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم این اعتراف فاقد اعتبار بوده و محکمه نمی‌تواند به استناد آن حکم صادر نماید.

ج) قوانین خارجی

اصل ۳۶ قانون اساسی ایران

حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

اصل ۱۶۶ قانون اساسی ایران

احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.

اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران

قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

از رویه قضائی پاکستان

اصل عمومی این است که خارنوالی باید قضیه متهم را بدون شک و تردید ثابت کند و چنین مسئولیت خارنوالی رفع نمی‌گردد حتی اگر متهم کدام شکایت خاص بکند و در آن ناکام بماند. هرگاه جایی برای شک و تردید در مورد خارنوالی وجود داشته باشد این نه به خارنوالی بلکه به متهم اطلاق می‌شود.^{۵۳}

⁵³ P.L.D. SC 1996 Part I, 1 (d), p. 15 D.

پیشنهاد برای مباحثه:

- کدام نوع دلایل از نظر شما خیلی قانع کننده است؟
- چی وقت شما احساس می کنید که درجه اقناع قاضی برای پذیرش گناه متهم کافی خواهد بود؟
- چی چیز برای یک محکمه بالاتر در بررسی یک فیصله اهمیت دارد؟

۲. جزاء

أ) محمد به جرم آدمکشی مظنون می‌باشد. وی خود را در کوه‌ها پنهان می‌کند تا که پولیس نتواند او را دستگیر نماید. لذا پولیس برادرش عالم را به عوض وی دستگیر می‌نماید، هر چند وی به ارتکاب جرم مظنون نمی‌باشد. عالم برای شش ماه در حبس به سر می‌برد. کدام اصل نقض شده است؟

ب) عثمان مأمور یک محبس در کابل می‌باشد. وی پشتیبان سرسخت قوم خویش است. او بنا بر تبعیضی که نسبت به دیگر اقوام دارد با محبوسین اقوام دیگر روش خشن‌تر داشته و حتی بعضاً آنها را لت و کوت می‌کند. عثمان کدام احکام قانون را پامال کرده است؟

أ) احکام زیربط

ماده ۲۶ قانون اساسی افغانستان

جرم یک عمل شخصی است.

تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزاء بر او به شخص دیگری سرایت نمی‌کند.

ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان

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 ۲۹ قانون اساسی افغانستان

تعذیب انسان ممنوع است.

هیچ شخص نمی‌تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزاء باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد.

تعیین جزائی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است.

ماده ۱ قانون جزاء افغانستان

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

ماده ۲ قانون جزاء افغانستان

هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به موجب قانون.

ماده ۳ قانون جزاء افغانستان

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

ماده ۴ قانون جزاء افغانستان

(۲) تعیین جزائی که مخالف کرامت انسانی باشد جواز ندارد.

مواد ۹۷ تا ۱۷۲ قانون جزاء افغانستان انواع مختلف مجازات و مسائل مربوط به آن چون حالات وخیم یا پردعوی، تعدد جرایم و جزا، مجازات مکمله و تدابیر امنیتی، تعلیق انفاذ و فسخ مجازات، و عفو را توضیح می‌دهند.

ماده ۳ قانون محابس و توقیف‌خانه‌ها

(۱) کارکنان محابس و توقیف‌خانه‌ها، خارنوالان، قضات و سایر اشخاصی که به نحوی از انحاء با محبوسین و اشخاص تحت توقیف سر و کار دارند، مکلف‌اند حین اجرای وظایف با محبوسین و اشخاص تحت توقیف، حقوق بشر را رعایت نموده، با آنها بدون درنظرداشت قوم، ملیت، مذهب، دین، نژاد، رنگ، جنس (زن و مرد)، زبان، موقف اجتماعی یا سیاسی و سایر ملاحظات تبعیضی طور بی‌طرفانه برخورد نمایند.

ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۱. هیچ کس به علت فعل یا ترک فعلی که در موقع ارتکاب بر طبق قوانین ملی یا بین‌المللی جرم نبوده محکوم نمی‌شود و همچنین مجازاتی شدیدتر از آنچه در زمان ارتکاب جرم قابل‌التعمیل بوده تعیین نخواهد شد. هرگاه پس از ارتکاب جرم، قانون مجازات خفیف‌تری برای آن مقرر دارد مرتکب از آن استفاده خواهد نمود.

ب) تبصره پیرامون جزاء

ماده ۲۶ قانون اساسی افغانستان مشخص می‌سازد که «تعقیب، گرفتاری و توقیف متهم و تطبیق جزاء بر او به شخص دیگر سرایت نمی‌کند.» این اصلی است که در حقوق اسلامی^{۵۴} نیز پذیرفته شده است، ولی اکثراً از آن فرو گذاشت شده است. زیرا شنیده شده که در مواردی اگر مظنون یافت نشده به عوض وی اعضای خانواده‌اش بعضاً به محکمه کشانده شده‌اند. و در برخی موارد دیگر نه تنها متهم بلکه چندین عضو خانواده وی نیز مجازات شده‌اند. این شیوه با قوانین نافذ افغانستان، موازین بین‌المللی و حقوق اسلامی مطابقت ندارد.

مجازات نباید کرامت انسانی را پامال نماید، به‌ویژه شکنجه بر اساس ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان و فقره ۲ ماده ۴ قانون جزاء افغانستان ممنوع می‌باشد.

در حالی که عبارات فقره ۳ ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان که حاوی اصل *nulla poena sine lege* (مجازات بدون قانون ممنوع است) می‌باشد کاملاً واضح است، فقره ۲ ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان بیان می‌دارد که «هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.» حکم مشابهی در قانون اساسی ایران منجر به مباحثه‌ای گردید پیرامون امکان مجازات شخصی که مرتکب عملی شده که در حقوق اسلامی ممنوع بوده ولی در قوانین نافذ دولتی ایران به آن اشاره‌ای نشده است. این امر ممکن است در افغانستان نیز باعث بحث و مناقشه گردد. ولی طوری که فقره ۲ ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان حدودی را که در قانون اساسی وجود دارد مشخصاً پیش‌بینی می‌کند، با استفاده از ماده ۲۷ قانون اساسی و سرانجام ماده ۲ و ۳ قانون جزاء افغانستان، راه حل محتمل به نظر می‌رسد. این امر از لحاظ تیوری مجازات اعمالی را که در قوانین نافذ افغانستان پیش‌بینی نشده ولی در قوانین اسلام ممنوع می‌باشد مستثنا خواهد ساخت. در اینجا بار دیگر ماده اول قانون جزاء افغانستان پر جنجال است. هرگاه قانون شریعت برای تمام جرایم حدود و قصاص عملی شده بتواند، قانون اساسی افغانستان رعایت نخواهد شد، مگر اینکه شریعت به عنوان «قانون نافذ» در رابطه با ماده ۲۷ قانون اساسی تفهیم و تلقی گردد. این تعبیر پایه و اساس استوار ندارد. علاوه بر آن، این موضوع کاملاً مغشوش است که غیرمسلمانان به کدام سبب و چگونه در موارد جرائم خارج از قانون جزاء که صرف جرایم تعزیری را تنظیم می‌کند، مجازات خواهند شد. افزون بر آن، برخی از جزاهای حدود و قصاص ممکن است منتج به نقض ماده ۷ قانون اساسی افغانستان گردد که افغانستان را به میثاقها و پیمانهای بین‌المللی‌ای که در پای آن امضاء کرده است من جمله میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که شکنجه را ممنوع قرار داده است، متعهد می‌سازد. برخی از مجازات‌ها چون

^{۵۴} قرآن کریم، سوره ۱۷ الاسرا، آیه ۱۵: «لا تزروا وزارة و زراً آخری — هیچ حامل باری موظف نیست که بار دیگری را به

دوش بکشد.»

دُرّه زدن^{۵۵} و دست بردن^{۵۶} با ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که شکنجه و مجازات ظالمانه، غیرانسانی و توهین‌آمیز را منع می‌نماید و در نتیجه با ماده ۷ قانون اساسی افغانستان در تباین و تناقض می‌باشد. علاوه بر آن، چنین مجازاتی پاراگراف ۱ ماده ۳ قانون محابس و توقیف‌خانه‌ها را نقض می‌کند. این ماده حکم می‌کند که کارکنان محابس و توقیف‌خانه‌ها، خرنوالان، قضات و سایر اشخاصی که به نحوی از انحاء با محبوسین و اشخاص تحت توقیف سر و کار دارند، مکلف‌اند حین اجرای وظایف با محبوسین و اشخاص تحت توقیف، حقوق بشر را رعایت نمایند.

اصل nulla poena sine lege که هم در قوانین نافذۀ افغانستان و هم در قوانین اسلامی و هم در قوانین بین‌الدول وجود دارد مجازاتی را که در قانون مشخص نشده باشد، پیش‌بینی نمی‌کند. بر خلاف این اصل، هنوز رایج است که مرتکب جرم مجبور است یک یا چند دختر جوان خانواده را در اختیار خانوادۀ متضرر به منظور جبران خسارت ناشی از جرم قرار دهد. این کار مخالف مواد ۲۶، ۲۷ و ۲۹ قانون اساسی افغانستان و ماده ۳ قانون جزاء افغانستان می‌باشد. این عمل همچنین مغایر فقره ۲ ماده ۴ قانون جزاء افغانستان است که به حکم آن هر جزائی که خلاف کرامت انسانی باشد مجاز نیست. چنین اعمالی باید به توجه مقامات قضائی و عدلی رسانده شود و مطابق به قانون در همه حالات مورد تعقیب قضائی قرار گیرد. قانون جزاء افغانستان برای چنین موارد واقعاً مجازاتی را تعیین کرده است. مطابق به ماده ۵۱۷ قانون جزاء افغانستان:

(۱) شخصی که زن بیوه یا دختری را که سن هجده سالگی را تکمیل نموده باشد به خلاف رضا و رغبت وی به شوهر دهد حسب احوال به حبس قصیر محکوم می‌گردد.

اگر جرم مندرج فقره فوق به شکل بد دادن باشد مرتکب به حبس متوسط که از دو سال بیشتر نباشد محکوم می‌گردد.

۵۵ هیگینسین، جامایکا (نظریات اتخاذشده به تاریخ ۲۸ مارچ سال ۲۰۰۲)، اطلاع شماره ۱۹۹۸/۷۹۲.

۵۶ انجل استریلا، یوروگوای (نظریات اتخاذشده به تاریخ ۲۳، ۰۳، ۱۹۸۳) اطلاع شماره ۱۹۸۰/۷۴. مراجعه شود به م. نووارک، همانجا، صفحه ۱۶۲.

تبصره پیرامون قضایا

ا) در اینجا ماده ۲۶ قانون اساسی افغانستان صریحاً نقض شده است. هر شخص را می‌توان صرف به خاطر کردار شخصیش مسئول دانست. لذا مؤاخذه، دستگیر یا توقیف یک شخص دیگر به عوض متهم با قانون مغایرت دارد. عالم به ارتباط جرم برادرش مظنون نمی‌باشد. مسئولیت محمد بالای برادرش تأثیر ندارد. لذا حبس وی غیرقانونی می‌باشد.

ب) عثمان منع روش غیرانسانی را نقض کرده است. تجاوز جسمانی محبوسین مخالف پاراگراف ۳ ماده ۲۹ (در موارد مشدده پاراگراف ۱) قانون اساسی افغانستان و ماده ۴ قانون جزاء افغانستان می‌باشد. همچنین ماده ۳ قانون محابس و توقیف‌خانه‌ها در اینجا در دو مورد نقض شده است. نخست، عثمان از منع شکنجه و رفتار غیرانسانی و حقارت‌آمیز تخطی نموده و بدین وسیله حقوق بشر را نقض کرده است. دوم، وی با محبوسین به نحو بی‌طرفانه رفتار نمی‌کند. این عمل وی به دلیل قومی بوده و لذا تبعیض‌آمیز می‌باشد.

ج) قوانین خارجی

قواعد و مقررات پیرامون پروسه قضائی و دلایل اثباتیه در محاکمه در قانون اساسی یک کشور به‌ندرت به مشاهده می‌رسد. این قواعد را می‌توان در قوانین اجراءات جزائی دریافت که تابع حق محاکمه عادلانه به حمایت قانون اساسی می‌باشد.

پیشنهاد برای مباحثه:

○ هدف عمده یا دلیل مجازات در مجموع چیست؟

۳. جزای اعدام

أ) احکام زیربط

ماده ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان

تمام فیصله‌های قطعی محاکم واجب‌التعمیل است مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور می‌باشد.

ماده ۷۶ قانون جزاء افغانستان

(۱) هرگاه صغیر مرتکب جنایتی گردد که جزای آن اعدام یا حبس دوام باشد محکمه می‌تواند به حبس او در دارالتأدیب یا مؤسسات خیریه و یا مدارس اصلاحی حکم نماید مشروط بر اینکه مدت حجز او از پنج سال بیشتر نباشد.

ماده ۸۴ قانون جزاء افغانستان

هرگاه مراهق مرتکب جنایتی گردد که جزای آن اعدام یا حبس دوام باشد محکمه می‌تواند به حجز او در دارالتأدیب که از دو سال کمتر و از پانزده سال بیشتر نباشد حکم نماید.

ماده ۹۷ قانون جزاء افغانستان

جزاهای اصلی عبارت‌اند از:
۱. اعدام

ماده ۹۸ قانون جزاء افغانستان

اعدام عبارت است از آویختن محکوم علیه به دار تا وقت مرگ.

ماده ۱۴۵ قانون جزاء افغانستان

هرگاه محکمه در خلال رسیدگی به دعوی در یابد که اوضاع و احوال جرم و مجرم در جنایت ارتکاب شده ایجاب تخفیف می‌نماید، می‌تواند جزاهای پیش‌بینی شده جنایت را به نحو آتی تخفیف دهد:
۱. جزای اعدام به حبس تبدیل می‌شود.

ماده ۱۴۹ قانون جزاء افغانستان

هرگاه در جرم احوال مشدده موجود باشد، محکمه می‌تواند به ترتیب آتی حکم نماید:
۱. در صورتی که جزای پیش‌بینی شده حبس دوام باشد به اعدام مبدل می‌شود.

جلد دوم قانون جزاء افغانستان

ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۲. در کشورهایی که مجازات اعدام الغاء نشده باشد حکم اعدام ممکن است صرف در مورد وخیم‌ترین جرایم طبق قانونی که در زمان ارتکاب جرم مرعی‌الأجرا باشد و با مقررات این میثاق و کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرم کشتار جمعی منافات نداشته باشد، صادر گردد. این مجازات تنها به موجب حکم قطعی دادگاه صالح تعمیم شده می‌تواند.
۴. شخص محکوم به اعدام حق دارد درخواست عفو یا تخفیف مجازات بنماید. عفو عمومی یا عفو فردی، یا تخفیف مجازات اعدام ممکن است در تمام موارد اعطاء گردد.
۵. حکم اعدام در مورد جرایم ارتكابی اشخاص کمتر از هژده سال صادر نمی‌شود و در مورد زنان باردار قابل اجرا نیست.

(ب) تبصره پیرامون جزای اعدام

درباره جزای اعدام توافق عمومی وجود ندارد. ولی مطابق به موازین بین‌المللی حقوق بشر، اشخاص متهم به جرایمی که قابل جزای اعدام باشد حق دارند که در موردشان تضمینهای محاکمه عادلانه جداً رعایت گردیده و از یک سلسله حمایت‌های دیگر نیز مستفید شوند. این امر به علت برگشت‌ناپذیری جزای اعدام اهمیت خاصی دارد. این جزاء ممکن است صرفاً در حصه شدیدترین جرایم تحمیل گردد. تحمیل و تعمیم جزای اعدام نظر به کتگوریهای معین مردم چون نوجوانان، زنان حامله و اشخاص دارای تکلیف روانی نیز محدود می‌گردد. مراجعه شود به ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

در افغانستان جزای اعدام در قانون جزاء افغانستان برای برخی جرایم مربوط به امنیت خارجی و داخلی دولت پیش‌بینی شده است. اعدام با آویختن مجرم به دار تا وقت مرگ تطبیق می‌شود. مراجعه شود به ماده ۹۸ قانون جزاء. علاوه بر آن، طوری که قبلاً به آن اشاره شد، ماده ۱ قانون جزاء افغانستان در موارد جرایم حدود و قصاص مستقیماً به قوانین اسلامی مراجعه می‌کند که جزای آن نیز اعدام می‌باشد. جزای اعدام ممکن است به اشکال مختلفی که مطابق به معیارهای قوانین بین‌المللی نباشد تطبیق گردد، به طور مثال سنگسار. در چندین ماده دیگری قانون جزاء افغانستان، چون مواد ۴۲۶، ۴۳۶، ۴۴۷ و ۴۵۴، به جرایم حدود مراجعه شده است که انسان را به این نتیجه می‌رساند که مجازاتی که در قوانین اسلامی برای جرایم حدود پیش‌بینی شده در سیستم حقوقی افغانستان قبول شده است. این یک تخطی از ماده ۷ قانون اساسی افغانستان به شمار خواهد آمد که افغانستان را به میثاقها و پیمانهای بین‌المللی‌ای که در پای آن امضاء کرده است من جمله میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که شکنجه را ممنوع قرار داده است، متعهد می‌سازد. برخی از اشکال جزای اعدام چون سنگسار شخص تا حد مرگ با اصل منع شکنجه در تناقض بوده و از این رو جزای اعدام مطابق قوانین اسلامی، طوری که در ماده ۱ قانون جزاء افغانستان به آن اشاره شده است، نیز با ماده ۷ قانون اساسی افغانستان در تباین و تناقض بوده می‌تواند. آنچه در عمل اهمیت دارد همانا فقره ۲ ماده ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان است که به تأسی از آن جزای اعدام صرف به تصویب رئیس جمهور قابل تطبیق می‌باشد. لذا رئیس جمهور در موقفی است که در تمام مواردی که وسایل اعدام با اصل منع شکنجه متناقض باشد از موافقت خویش خودداری نماید.

پیشنهاد برای مباحثه:

- کدام جنبه‌ها بر ضد تطبیق جزای اعدام خواهد بود؟
- آیا اشتراک کنندگان جزای اعدام را به مثابه یک عنصر ضروری سیستم جزائی ارزیابی می‌کنند؟
- آیا شرایطی وجود دارند که در آن جزای اعدام باید تحمیل شود؟

(ب) منع محاکمه مجدد

عثمان بعد از آنکه قبلاً در هرات به جرم قاچاق مواد مخدر محکوم و حبس شده بود، از جانب محکمه‌ای در کابل به عین جرم به حبس محکوم می‌شود. آیا با عثمان از جانب محکمه رفتار غیرقانونی صورت گرفته است؟

أ (احکام زیربط

ماده ۷۸ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) دیوان ستره محکمه فیصله مورد اعتراض را در حالات ذیل باطل اعلام می‌دارد:

۴- در صورتی که ثابت شود که در عین قضیه در مورد عین شخص قبلاً فیصله صورت گرفته باشد.

ماده ۱۹ قانون جزاء افغانستان

به استثناء موارد مندرج مواد ششم و هفتم این قانون، دعوی جزائی علیه شخصی که ثابت نماید محاکم خارجی در مورد جرم منسوبه او را بری‌الذمه دانسته یا به حکم قطعی او را به جزاء محکوم و جزاء بر او تطبیق شده است یا اینکه دعوی جزائی قبل از صدور حکم قطعی یا مجازات محکوم علیه به موجب قانون ساقط گردیده باشد اقامه شده نمی‌تواند.

ماده ۲۰ قانون جزاء افغانستان

مدت توقیف و حبسی که متهم یا محکوم علیه به اثر تطبیق احکام جزائی در خارج افغانستان سپری نموده از مدت جزائی که شخص از لحاظ ارتکاب عین جرم در افغانستان محکوم می‌شود یا جزائی که بر او تطبیق می‌گردد کاسته می‌شود.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

هیچ شخص را نمی‌توان به خاطر جرمی که به علت اتهام آن طبق قانون اجرای جزائی هر کشوری بنا بر حکم قطعی قبلاً محکوم و یا تبرئه شده باشد مجدداً مورد محاکمه و مجازات قرار داد.

(ب) تبصره پیرامون منع محاکمه مجدد

اصل عدم محاکمه دوباره (ne bis in idem) یا منع مخاطره مضاعف در فقره ۷ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تسجیل یافته است که بر مبنای آن هیچ شخص به علت عین جرم بر اساس قوانین یک کشور دوباره محاکمه یا مجازات نمی‌شود. این اصل انسان را در برابر سه حالت که کاملاً از هم متمایزند محافظت می‌کند:

- تعقیب عدلی دوم درباره عین جرم پس از کسب برائت؛
- تعقیب عدلی دوم درباره عین جرم پس از صدور حکم قطعی؛
- و جزای مضاعف برای عین جرم.

ولی تطبیق این اصل همگون نمی‌باشد. هر چند قانون اساسی جدید افغانستان به گونه واضح اصل عدم محاکمه دوباره را پیش‌بینی نمی‌کند، ولی نه در قانون اساسی و نه در قوانین اسلامی هیچ حکمی در رابطه با منع استفاده از این اصل وجود دارد.

با وصف آنکه از این اصل در قانون اساسی یادآوری نشده است، در سیستم حقوقی افغانستان این اصل جا دارد. بند ۶ فقره ۱ ماده ۷۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم متکی بر آنست که اصل ne bis in idem قابل تطبیق می‌باشد. بر اساس این ماده، ستره محکمه باید فیصله‌ای را باطل سازد هرگاه فیصله نهائی محکومیت یا برائت در زمینه عین شخص و عین حالات حقیقی قبلاً اتخاذ شده باشد. در قانون جزاء افغانستان نیز نورمهایی راجع به جزاها وجود دارند که بر اساس آنها هیچ شخص به خاطر عین جرم دوبار مجازات نمی‌شود. ماده ۱۹ قانون جزاء افغانستان حکم می‌کند که در مجموع «دعوی جزائی علیه شخصی که ثابت نماید محاکم خارجی در مورد جرم منسوبه او را بری‌الذمه دانسته یا به حکم قطعی او را به جزاء محکوم و جزاء بر او تطبیق شده است یا اینکه دعوی جزائی قبل از صدور حکم قطعی یا مجازات محکوم علیه به موجب قانون ساقط گردیده باشد اقامه شده نمی‌تواند.» در ماده ۲۰ قانون جزاء افغانستان آمده است که «مدت توقیف و حبسی که متهم یا محکوم علیه به اثر تطبیق احکام جزائی در خارج افغانستان سپری نموده از مدت جزائی که شخص از لحاظ ارتکاب عین جرم در افغانستان محکوم می‌شود یا جزائی که بر او تطبیق می‌گردد کاسته می‌شود.» از این جهت، این نورمها اجازه نمی‌دهند شخصی که بنا بر حکم قطعی محکمه قبلاً تبرئه گردیده یا محکوم به جزاء شده است پس از تطبیق حکم جزاء به خاطر عین جرم دوباره مجازات شود. اما باید متذکر شد که مواد ۱۹ و ۲۰ قانون جزاء افغانستان موارد تضمین عدم محاکمه دوباره نمی‌باشند، زیرا این اصل صرف در مورد فیصله‌های محاکم ملی صدق می‌کند. چون مواد ۱۹ و ۲۰ قانون جزاء افغانستان به موارد فیصله‌های محاکم خارجی ارتباط می‌گیرد، آنها از چارچوب اصل تضمین عدم محاکمه دوباره فراتر می‌روند. چنین احکام کاملاً عام و معقول‌اند. باید در نظر داشت که یگانه دلیل و سبب مجازات گناه محکوم بوده می‌تواند که تا حدودی به وسیله مجازات قبلی تلافی شده است، صرف‌نظر از اینکه این مجازات را محکمه خارجی یا ملی تعیین کرده باشد.

تبصره پیرامون قضایا

فیصله محکمه اصل تضمین عدم محاکمه دوباره را نقض می‌کند. این اصل در بند ۶ فقره ۱ ماده ۷۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تسجیل یافته است. وقتی شخص محکوم شود و یا براءت حاصل نماید، نمی‌توان او را به خاطر عین عمل بر اساس عین حقایق دوباره مسئول دانست. بدین ترتیب، محکمه در کابل نمی‌تواند محاکمه‌ای را بر ضد عثمان دایر نماید زیرا وی قبلاً در هرات به موجب عین جرم محکوم شده است.

ج) قوانین خارجی

ماده ۱۳ قانون اساسی پاکستان

هیچ شخص:

- أ) به خاطر عین جرم بیش از یک بار تعقیب عدلی و مجازات نمی‌شود؛ یا
ب) هرگاه متهم به جرمی باشد، وادار ساخته نمی‌شود که بر علیه خویش شهادت بدهد.

از رویه قضائی پاکستان

محاکمه مجدد یک جرم که به الزام آن یک شخص قبلاً محاکمه و سرانجام تبرئه شده باشد مجاز نمی‌باشد.^{۵۷}

پیشنهاد برای مباحثه:

- اصل عدم محاکمه دوباره در جامعه چی نقش دارد؟ (امر مسلم حقوقی)
- این اصل برای فردی که تبرئه یا به خاطر جرم معینی محکوم شده باشد چی اهمیت دارد؟
- آیا این اصل قابل تطبیق خواهد بود هرگاه اشتباهات جدی اجرائی (اسناد جعلی، شهود، رشوه) در جریان محاکمه به وقوع پیوسته باشد؟

⁵⁷ P.L.D. SC 1993 Part I, p. 247 (b), p. 250 B.

(ج) استیناف یا رسیدگی مجدد در محاکم فوقانی

أ) یاسر توسط محکمه ابتدائیه محکوم می‌شود. محکمه مرافعه فیصله را نقض کرده وی را برائت می‌دهد. اما پولیس یاسر را دستگیر نموده و حسب فیصله محکمه ابتدائیه به زندان می‌افکند زیرا قاضی هنوز هم معتقد است که وی مجرم است. آیا این کار نقض قانون به شمار می‌آید؟

ب) محمود ادعا دارد که خرنوال حقایق و حالات را نادرست ارزیابی کرده است و به این دلیل خواهان مرافعه می‌شود. بعد از بررسی، محکمه مرافعه به این نتیجه می‌رسد که ارزیابی حقایق نادرست نبوده بلکه کاربرد احکام قانون و تعریف جرم نادرست می‌باشد. با استفاده از احکام درست قانون، محکمه مرافعه مجازات محکمه ابتدائیه را افزایش می‌بخشد. آیا فیصله محکمه مرافعه با قانون مطابقت دارد؟

أ) احکام زیربط

ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان

قوة قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت آنها توسط قانون تنظیم می‌گردد.

ستره محکمه به حیث عالی‌ترین ارگان قضائی در رأس قوة قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد.

ماده ۲۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

احکام و قرارهای محاکم فوقانی در مورد رسیدگی مجدد قضایا بر محاکم تحتانی واجب‌التعمیل می‌باشد.

ماده ۳۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

(۱) محکمه استیناف در سطح هر ولایت کشور طبق احکام این قانون ایجاد می‌گردد.

ماده ۳۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

(۱) محکمه استیناف فیصله‌ها و قرارهای محاکم تحتانی را که مورد اعتراض قرار گرفته در احوال و

ترتیب که در این قانون و قوانین مربوط تصریح گردیده، در مرحله استینافی رسیدگی می‌نماید.

(۲) محکمه استیناف حین رسیدگی قضایای مندرج فقره (۱) این ماده، تمام حالات و کوائف دعوی را

مجدداً تحت غور قرار داده، فیصله‌ها و قرارهای محاکم تحتانی را می‌تواند طبق احکام قانون

تصحیح، نقض، تعدیل، تأیید یا لغو نماید.

ماده ۶۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

(۱) محکوم علیه یا خرنوال ابتدائیه می‌تواند علیه فیصله محکمه ابتدائیه مرافعه‌خواهی نماید.

(۲) مرجع باصلاحیت مرافعه‌خواهی ریاست محکمه مرافعه می‌باشد.

(۳) درخواست مرافعه‌خواهی به دفتر تحریرات محکمه صادرکننده حکم یا به دفتر تحریرات محکمه مرافعه مربوط در مدت ۲۰ روز تسلیم داده می‌شود. آغاز این مدت با نظرداشت حالات ذیل محاسبه می‌گردد:

۱. در صورتی که محکمه متن فیصله و دلایل آن را در ختم جلسه محاکمه و در حضور محکوم علیه و یا وکیل مدافع وی قرائت نموده باشد؛
۲. در صورتی که محکمه دلایل اصدار حکم را با حکم یکجا قرائت ننموده و به محکوم علیه یا وکیل مدافع وی مجدداً ابلاغ نماید، در این حالت آغاز میعاد از تاریخ ابلاغیه دوم محاسبه می‌گردد؛
۳. در صورتی که فیصله در غیاب متهم صورت گرفته و ابلاغیه فیصله را دریافت نماید.

ماده ۶۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) درخواست مرافعه‌خواهی شامل توضیح فیصله محکمه و ارائه دلایلی که به اساس آن فیصله مورد اعتراض قرار گرفته است، می‌باشد.
- (۲) فیصله محکمه بنا بر دلایل ذیل مورد اعتراض قرار گرفته می‌تواند:
 ۱. خطا در تطبیق قانون و وصف جرمی؛
 ۲. ارزیابی و نتیجه‌گیری غیر واقعی از حالات و حقایق قضیه؛
 ۳. خطا در تعیین جزاء و اندازه آن.

ماده ۶۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) رسیدگی توسط محکمه مرافعه صرف منحصر به مواردی می‌باشد که اعتراض مرافعه‌خواهی در آن صورت گرفته باشد.
- (۲) در صورتی که درخواست مرافعه‌خواهی توسط خارنوال به محکمه مرافعه ارائه گردیده باشد، محکمه می‌تواند یکی از تصامیم ذیل را اتخاذ نماید:
 ۱. متهمی را که از طرف محکمه ابتدائیه برائت حاصل نموده است، محکوم نماید.
 ۲. افزایش جزاء در صورتی که خطا در تأویل و تطبیق قانون شده باشد.
- (۳) در صورتی که درخواست مرافعه‌خواهی تنها توسط متهم به محکمه مرافعه ارائه گردیده باشد، محکمه مرافعه به هیچ وجه نمی‌تواند اندازه جزایی را که توسط محکمه ابتدائیه تعیین شده، ازدیاد بخشد.

ماده ۷۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) در صورتی که درخواست مرافعه‌خواهی در میعاد معینه ارائه نگردد، محکمه مرافعه آن را رد می‌نماید.

- (۲) محکمه مرافعه تمام و یا قسمتی از فیصله محکمه ابتدائیه را تأیید یا اصلاح می نماید.
- (۳) محکمه مرافعه در فیصله خود می تواند به حبس یا رهائی محکوم تحت توقیف حکم نماید.

ماده ۷۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) محکوم علیه، متضرر یا خائنوال مرافعه می توانند علیه فیصله محکمه مرافعه در حالات ذیل به پیشگاه ستره محکمه فرجام خواهی نمایند:
- ۱- در صورتی که حکم محکمه مرافعه بر خطا در تطبیق یا تأویل قانون بنا یافته باشد.
- ۲- در صورتی که حکم محکمه مرافعه به اساس مندرجات ماده (۷) بنا یافته باشد.

ماده ۲۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

- (۱) هرگاه دیوان ستره محکمه حین رسیدگی فیصله مورد اعتراض دریابد که فیصله محکمه تحتانی در مخالفت با قانون یا خطا در تطبیق یا تأویل آن و یا در مخالفت با احکام مواد یکصد و سی ام و یکصد و سی و یکم قانون اساسی صادر گردیده، فیصله را نقض و غرض صدور حکم به محکمه تحتانی ارجاع می دارد.

ماده ۷۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) دیوان ستره محکمه فیصله مورد اعتراض را در حالات ذیل باطل اعلام می دارد:
۱. در صورتی که اتهام مطابق احکام قانون جرم پنداشته نشده باشد.
۲. در صورتی که جرم تحت مرور زمان آمده باشد.
۳. در صورتی که قضیه طور غیرقانونی تعقیب گردیده باشد.
۴. در صورتی که فیصله مورد نظر خارج حوزه صلاحیت قانونی محکمه مرافعه باشد.
۵. در صورتی که حکم در مورد شخص دیگری صادر شده باشد.
۶. در صورتی که ثابت شود که در عین قضیه در مورد آن شخص قبلاً فیصله صورت گرفته باشد.
۷. در صورتی که دیوان ستره محکمه ارجاع قضیه و یا تعدیل آن را به اساس اسناد موجود غیر ضروری تلقی نماید.

ماده ۸۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- (۱) در احوال ذیل مطالبه تجدید نظر بر فیصله های نهائی در قضایای جنحه و جنایت جهت منفعت محکوم علیه صورت گرفته می تواند:
۱. اگر حقایقی که به اساس آن حکم استوار باشد با حقایقی که در فیصله نهائی دیگر وجود دارد، مطابقت نداشته باشد.

۲. در حالتی که حکم جزائی بر یک حکم صادره از یک محکمه مدنی بنا یافته باشد و حکم محکمه مدنی مذکور ملغی شود.
۳. در حالتی که بعد از حکم وقایعی حادث یا ظاهر شود یا اوراقی تقدیم گردد که در وقت محاکمه معلوم نبوده و ممکن است این واقعه یا اوراق براءت محکوم علیه را ثابت سازد.
۴. در حالتی که شهادت زور (دروغ)، تزویر مستند و یا بعضی اعمال غیرقانونی شهود یا اهل خبره ظاهر گردد، محکمه فیصله نهائی را در موردشان صادر می کند.
۵. در حالتی که متهم در جرم قتل محکوم علیه قرار گیرد، عناصر جدید دلالت کننده رخ بدهد که عدم وقوع قتل شخص را ثابت نماید.
۶. اگر حکم در ختم جریان بدون آگاهی رسمی متهم صادر یا اینکه در جریان محاکمه حق حاضر شدن به وی داده نشده که در نتیجه آن از حق انتخاب وکیل مدافع محروم گردیده و یا اینکه علت عدم حضور محکوم علیه به صورت روشن و واقعی معلوم نبوده و یا اینکه محکمه به این امر متوجه نگردیده باشد.

ماده ۸۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

خارنوال و محکوم علیه یا وکیل مدافع، اقارب نزدیک یا وارثین وی حق دارند بر فیصله نهائی محاکم تقاضای تجدید نظر نمایند. به هر صورت، اخذ موافقت محکوم علیه بر تقاضای تجدید نظر ضروری پنداشته می شود. مگر اینکه نزد محکمه ثابت شود که محکوم علیه فاقد اهلیت قانونی می باشد، در این صورت وکیل مدافع، اقارب نزدیک و یا وارثین می توانند بدون موافقت محکوم علیه تقاضای تجدید نظر نمایند.

ماده ۵۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

احکام صادره محاکم ابتدائیه در موارد آتی قطعی می باشد:

.....

(۴) حکم به مجازات نقدی الی پنجاه هزار افغانی.

ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی

- (۵) هر شخص که مرتکب جرمی شناخته شود حق دارد که اعلام مجرمیت و محکومیت او به وسیله یک محکمه عالی طبق قانون مورد رسیدگی واقع شود.

ب) تبصره پیرامون استیناف یا رسیدگی مجدد در محاکم فوقانی

حکم جزائی یکی از قوی‌ترین مظاهر قدرت توییحی یک دولت است که بالای محکوم علیه نه تنها از طریق انفاذ مجازات، بلکه همچنین از طریق تأثیر ننگ و بدنامی آن اثر زیان‌آور می‌گذارد. شخص مدافع باید فرصت داشته باشد تا فیصله‌ای را که چنین یک بار را بر دوشش می‌گذارد مورد تجدید نظر قرار داده بتواند. هدف از این جبرانه‌های اجرائی این است که تا از خطر اصدار حکم اشتباه‌آمیز محکمه جلوگیری نمود و یا حداقل آن را کاهش بخشید. بنا برآن، حق مرافعه‌خواهی باید توازنی را میان ضرورت داشتن حکم معتبر محکمه به خاطر حفظ حقوق از یک جانب، و حق اصلاح اشتباهاتی را که قاضی ممکن است به صفت یک انسان مرتکب شود، از جانب دیگر تأمین نماید.

منظور از حق مرافعه‌خواهی تأمین حداقل دو سطح امنیت قضائی برای یک قضیه می‌باشد. سطح دوم این امنیت عبارت از رسیدگی توسط یک محکمه فوقانی می‌باشد. مراجعه شود به فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی. قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم از آن فراتر رفته حق مرافعه‌خواهی، مراجعه به ستره محکمه و رسیدگی مجدد را تضمین می‌کند. تأیید از قضاوت قاضی محکمه اولی ضرورت رسیدگی مجدد محکمه فوقانی را مرفوع نمی‌سازد.^{۵۸} هرگاه قوانین داخلی بیش از یک مرحله استیناف را پیش‌بینی کرده باشد، محکوم علیه باید به هر یک از این مراحل استیناف دسترسی مؤثر داشته باشد.^{۵۹}

تجدیدنظرهائی که صرف به مسائل قانون محدود شود کافی نبوده بلکه قضیه باید با درنظرداشت جنبه‌های حقوقی و مادی محکومیت و مجازات ارزیابی شود؛ و مطالعه گردد که آیا اجراءات قضائی به نحو لازم صورت گرفته یا خیر و آیا دلایل استیناف وجود دارد یا خیر.^{۶۰} به طور عموم، حق تجدید نظر محکمه بالاتر بر محکومیت و مجازات در مورد هر شخصی که محکوم به عمل جرمی شده باشد، بدون درنظرداشت شدت و وخامت جرم صدق می‌کند. این تضمین صرف به شدیدترین جرایم محدود باقی نمی‌ماند.^{۶۱}

^{۵۸} سالگار دی مونتو از کولمبیا، اطلاع شماره ۶۴/۱۵، سند رسمی سی و هفتمین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد، ضمیمه شماره ۴۰، صفحه ۱۶۸، بند ۱۲۹-۱۳۰.

^{۵۹} هینری از جامایکا، اطلاع شماره ۱۹۸۷/۲۳۰، سند رسمی ۴۷-مین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد، ضمیمه شماره ۴۰، صفحه ۲۱۰ (۲۱۸) پاراگراف ۴۸ که در آن کمیسیون حقوق بشر به عبارات فقره ۵ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی «مطابق به قانون» مراجعه کرده است.

^{۶۰} کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر، گزارش سالانه کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر، سالهای ۱۹۹۰-۱۹۹۱، OEA/Ser.L/V/II.79, doc. 12, rev. 41, 1991, at 74-76.

^{۶۱} کمیسیون حقوق بشر، تبصره عمومی شماره ۱۳، پاراگراف ۱۷.

تجدید نظر باید واقعی باشد. یعنی تنها بایست به متون قوانین اکتفاء نکرد بلکه تدابیری را اتخاذ نمود که حق عمل شود. این تدابیر من جمله عبارت‌اند از جلوگیری از رسمیات بیش از حد، زمان بسیار کوتاه برای ارائه درخواست مرافعه خواهی و تأخیر طولانی در اصدار فیصله (به مثابه هم‌ردیف حق محاکمه بدون تأخیر).^{۶۲}

تضمینهای محاکمه عادلانه باید در تمام مراحل استیناف رعایت شود. به ویژه، حق وقت و تسهیلات کافی برای ترتیب و آماده ساختن صورت مرافعه، حق مساعدت حقوقی، حق رسیدگی قضائی از جانب یک قاضی باصلاحیت، مستقل و بی طرف و حق فیصله مستدل و کتبی از اهمیت بسزائی برخوردارند. علاوه بر آن، محکمه باید دلایل محکومیت را با وضاحت کافی در حکم خویش شامل سازد.^{۶۳} (همچنین مراجعه شود به ماده ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان).

طرف دولت باید مواد و دلایل کافی را الی تکمیل جریان استیناف نگهداری نماید تا باشد که تجدید نظر محکومیت شخص به وجه احسن و مؤثر تضمین شود. در غیر آن، حق استیناف حتی با نقض حق تجدید نظر به موجب عدم موجودیت دلایلی ضروری برای تجدید نظر، پامال خواهد شد.^{۶۴} علاوه بر آن، یک فیصله قضائی باید حاوی دلایل فیصله باشد. در صورتی که این دلایل ارائه نشود، اجراءات جزائی ممکن است تخیلی به نظر برسد.

در سیستم حقوقی افغانستان سه نوع تجدید نظر قضائی وجود دارد:

- تقاضای مرافعه خواهی در محکمه مرافعه؛
- تقاضای مرافعه خواهی بنا بر عدم صراحت مواد قانون در ستره محکمه؛
- و رسیدگی دوباره قضیه به حیث شکل فوق العاده تجدید نظر.

محاکم مرافعه به عنوان محاکم ذیصلاح باید در هر ولایت کشور ایجاد گردد (پاراگراف ۱ ماده ۳۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم).

محاکم ولایات مسائل حقوقی، بررسی نادرست حقایق و حالات و نیز تطبیق نادرست جزاء و یا اندازه آن را مورد رسیدگی قرار می‌دهند (مراجعه شود به فقره ۲ ماده ۶۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). در رابطه با حقایق و حالات قضیه فیصله‌های محاکم مرافعه نهائی می‌باشد (ماده ۳۵ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم). ولی ساحة رسیدگی محاکم مرافعه محدود می‌باشد. آن قسمتهای فیصله که در مورد آن در تقاضای استیناف اعتراضی وجود نداشته باشد تجدید نظر و تغییر یافته نمی‌توانند. افزون بر آن، متهم حق دارد شکایت نماید بدون آنکه خطر تضعیف موقف وی وجود داشته باشد (مراجعه شود به فقره ۳ ماده ۶۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). در غیر آن، هراس از وخامت وضع مانع استفاده آزادانه از حق استیناف خواهد شد.

^{۶۲} کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر در پانامه، OEA/Ser.L/V/II.44, doc. 38, rev. 1, 1978.

^{۶۳} به گونه مثال مراجعه شود به اتحادیه اروپا، میلین از فرانسه، (۱۶/۱۹۹۲/۳۶۱/۴۳۵)، ۲۲ جون سال ۱۹۹۳؛ اتحادیه اروپا،

هاجیاناستاسیو از یونان، (۶۹/۱۹۹۱/۳۲۱/۳۹۳)، ۱۶ دسامبر سال ۱۹۹۲.

^{۶۴} کمیسیون حقوق بشر، م. رابنسون از جامایکا، ۲۹ مارچ سال ۲۰۰۰، اطلاع شماره ۱۹۹۶/۷۳۱، صفحه ۱۳۰، پاراگراف ۷ و ۱۰.

هرگاه تقاضای مرافعه‌خواهی از جانب خارنوال ابتدائیه ارائه شده باشد، این اصل قابل تطبیق نمی‌باشد (مراجعه شود به احکام ماده ۶۸ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم).

در فقره ۳ ماده ۶۳ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم میعاد تقاضای مرافعه‌خواهی ۲۰ روز تعیین شده است که اگر در این مدت تقاضای مرافعه‌خواهی صورت نگیرد فیصله محکمه نهائی می‌شود (مراجعه شود به فقره ۴ ماده ۶۴ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم).

این میعاد ۲۰ روز از کدام زمان آغاز می‌شود:

أ) در صورتی که متهم یا وکیل مدافع وی حاضر باشد، از روز ابلاغ فیصله به شمول دلایل آن در تالار محکمه؛

ب) در صورتی که دلایل یکجا به فیصله محکمه قرائت نشده ولی به متهم و وکیل مدافع وی اطلاع داده شود، از روز آخرین اطلاع از جمله دو اطلاع فوق‌الذکر؛

ج) در صورت محاکمه غیابی، از روزی که ابلاغ حکم محکمه به متهم برسد.

مطابق به فقره ۳ ماده ۶۳ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم درخواست مرافعه‌خواهی به دفتر تحریرات محکمه صادرکننده حکم یا به دفتر تحریرات محکمه مرافعه مربوط تسلیم داده می‌شود. به منظور تساوی حقوق در برابر قانون و تضمین دسترسی مساویانه به عدالت، در صورتی که متهم مرافعه‌خواه نسبت بیسوادی و یا به علت دیگری قادر به امضاء نباشد، می‌تواند اثر انگشت شصت خویش را روی مرافعه کتبی بگذارد و در صورتی که شخص بیسواد بخواهد مرافعه‌خواهی نماید و قادر به ارائه متن کتبی درخواست نباشد، دفتر تحریرات محکمه بیانات وی را ثبت می‌نماید (فقره ۴ ماده ۶۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم).

متأسفانه قانون جدید تشکیلات و صلاحیت محاکم محدودیتی را برای حق مرافعه‌خواهی تعیین نموده است. مطابق پاراگراف ۴ ماده ۵۳ این قانون، در صورتی که جزاء جرمه نقدی الی ۵۰۰۰۰ افغانی باشد فیصله محکمه ابتدائیه نهائی می‌باشد و قابل استیناف نیست.

در اینجا سؤال به میان می‌آید که محدود ساختن حق مرافعه‌خواهی با پاراگراف ۵ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مطابقت دارد یا خیر. در کار مقدماتی برای تدوین متن این حق در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، در حقیقت امر، استثنائی برای تخلفات خفیف وجود داشت. ولی این استثناء در جریان بحث و گفتگو مورد ایراد قرار گرفت و در متن نهائی نمایان نشد. این سؤال که آیا تخلفات خفیف از این حق مستثنا باشند به عنوان مسئله‌ای که توسط قوانین داخلی ممکن است تنظیم گردد، پنداشته شد.^{۶۵} ولی در هر صورت، رد کردن مرافعه‌خواهی جرایمی که جزای آن تا یک سال حبس باشد به حیث تخطی از پاراگراف ۵ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی محسوب گردید.^{۶۶} محدودیتی که برای مرافعه‌خواهی در قوانین افغانستان تعیین

^{۶۵} نوواک، همانجا، صفحه ۳۵۰-۳۵۱.

^{۶۶} نوواک، همانجا صفحه ۳۵۱.

گردیده است خیلی پائین تر از آن می باشد. ولی در یک کشوری مانند افغانستان که فقر دامنگیر آن کشور است تذکر مجازات نقدی الی ۵۰۰۰۰ افغانی به حیث حداقل حد مرافعه خواهی مورد سؤال می باشد. از این لحاظ، بهتر است در آینده این حکم قانون اصلاح شود.

پس از آنکه درخواست مرافعه خواهی ارائه شد، محکمه مرافعه می تواند تصمیم ذیل را اتخاذ نماید:

- أ) در صورتی که ارائه درخواست مرافعه خواهی طی میعاد معینه ۲۰ روز (فقرة ۱ ماده ۷۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم) ارائه نگردد و یا در مواردی که مجازات نقدی کمتر از ۵۰۰۰۰ افغانی باشد، محکمه مرافعه درخواست را رد خواهد کرد، زیرا در هر دو حالت فیصله محکمه اولی نهائی شمرده شده حق مرافعه خواهی تفویض شده نمی تواند.
- ب) در غیر آن، هرگاه درخواست مرافعه خواهی مطابق به احکام قانون ارائه شده باشد، محکمه مرافعه می تواند فیصله قبلی را تأیید کند و یا آن را کاملاً یا قسماً تعدیل نماید (فقرة ۲ ماده ۷۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم).

علاوه بر آن، محکمه مرافعه صلاحیت دارد امر دستگیری متهم و یا رهائی متهم تحت توقیف را صادر نماید (فقرة ۳ ماده ۷۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم).

بالآخره باید تأکید ورزید که چون پاراگراف ۱ ماده ۱۲۹ قانون اساسی افغانستان و ماده ۹ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم منحصر به فیصله های محاکم ابتدائی باقی نمی ماند، فیصله های محاکم مرافعه نیز باید با مراتبی که در این احکام بیان شده اند، تطابق داشته باشند. این امر همچنین در مورد سایر احکام مربوط به موازین محاکمه عادلانه صدق می کند. تا جایی که استثناء واضح وجود نداشته باشد، آنها می توانند در رابطه با محاکمات استیناف نیز تطبیق گردند.

در صورتی که محکمه مرافعه درخواست مرافعه خواهی را رد نکند، فیصله خود محکمه مرافعه مورد اعتراض قرار می گیرد که از آن به نام «مرافعه خواهی روی تطبیق یا تفسیر قانون به پیشگاه ستره محکمه» یاد می شود (ماده ۷۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). چنین مرافعه خواهی ای می تواند از جانب متضرر، محکوم علیه و خارنوال ارائه گردد. چون این مرافعه خواهی صرف منحصر به بررسی مجدد روی تطبیق یا تفسیر قانون می باشد، شکایات یا فرجام خواهی به موارد ذیل محدود می شود:

- أ) تطبیق یا تفسیر نادرست قانون از جانب محکمه مرافعه (فقرة ۱ ماده ۷۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم) یا

ب) در صورتی که حکم محکمه مرافعه بر اساس حقایق بنا یافته باشد که بدون رعایت شرایط قانون جمع آوری شده باشند (فقرة ۲ ماده ۷۱ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم).

ماده ۷۲ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم میعاد ۳۰ روز را برای ارائه اعتراض علیه فیصله‌های محکمه مرافعه به ستره محکمه تعیین می‌نماید. ماده ۷۳ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که اعتراض بر حکم محکمه مرافعه با رعایت حکم ماده (۶۵) قابل رسیدگی می‌باشد.

ستره محکمه می‌تواند درخواست مرافعه‌خواهی را حسب شرایطی که در ماده ۷۶ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم بیان شده است رد نماید، فیصله مورد اعتراض را مطابق به ماده ۷۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم تعدیل کند و یا آن را فسخ و فیصله جدید را خود اتخاذ نموده (ماده ۷۸ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم) و یا آن را مطابق به ماده ۷۹ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم غرض صدور حکم به محکمه مرافعه ارجاع نماید.

ستره محکمه حین رسیدگی به مرافعه‌خواهی پیرامون تطبیق و تفسیر قانون از دو لحاظ وظیفه خاصی را انجام می‌دهد:

نخست، امکان فرجام‌خواهی اضافی به محکوم علیه فرصت دوم می‌دهد که فیصله محکمه از جانب یک محکمه فوقانی مورد رسیدگی مجدد قرار گیرد. بدین ترتیب یک حفاظت دیگری نسبت به حقوقش به وجود می‌آید. ثانیاً، فرجام‌خواهی در مورد تطبیق یا تفسیر قانون برای تمام سیستم حقوقی در مجموع و نیز برای حاکمیت قانون اهمیت بسزائی دارد. پاراگراف ۱ ماده ۲۶ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم شاهد این حقیقت است. این ماده همان طور که در فوق به آن اشاره شد به ستره محکمه صلاحیت می‌دهد که در صورت دریافت تخطی از احکام قانون، فیصله محکمه تحتانی را نقض نماید ولو اگر از این تخطی در ورقه اعتراض تذکاری به عمل نیامده باشد. این صلاحیت با صلاحیت محکمه مرافعه کاملاً متفاوت است. ستره محکمه ضمن نظارت و کنترل بر فیصله‌های محاکم تحتانی به قاضیان، خرنوالان، پولیس و وکلای مدافع پیرامون تعبیر و تفسیر درست عبارات قانون رهنمائی نموده و بدین وسیله توحید و هماهنگی تطبیق قانون در سراسر کشور را تضمین می‌نماید. در نتیجه، این رسالت ستره محکمه در تأمین اصل تساوی در برابر قانون در سراسر افغانستان نقش مهمی را ایفا می‌نماید. علاوه بر آن، امکان پیش‌بینی مجازاتهای قانونی افزایش می‌یابد که یک شرط اساسی نیل به حاکمیت قانون به شمار می‌آید.

استیناف‌خواهی و بررسی مجدد روی تفسیر و تطبیق قانون به عنوان درمانهای عادی اجرائی توصیف می‌شوند، زیرا اعتراض علیه فیصله‌ای صورت می‌گیرد که هنوز نهائی نشده است.

حقایق و حکمی که ذریعه فیصله نهائی ارائه می‌گردد عموماً به مثابه حقایق و حکم برگشت‌ناپذیر پذیرفته می‌شوند. برگشت‌ناپذیری فیصله عامل عمده‌ای است برای مصونیت حقوقی، زیرا قضایای حقوقی باید پس از مدت زمان معین به شکل قطعی حل گردد. لذا برگشت‌ناپذیری فیصله نهائی باید قاعده عمومی باشد.

ولی استثنائات در حالات خاص به نفع عدالت داشته می‌توانند. جبرانی که در چنین حالات قابل استفاده می‌باشد عبارت از تدویر مجدد محاکمه است. چون تدویر مجدد محاکمه در برابر فیصله نهائی قرار می‌گیرد، از این روش به نام جبران یا درمان استثنائی اجرائی یاد می‌شود.

به علت عناصر خاص این جبران قانونی، قضایائی که به موجب آن تدویر مجدد محاکمه مجاز می‌باشد باید واضحاً در قانون مشخص گردد (مراجعه شود به فهرست طویل در ماده ۸۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم). قیاس یا کاربرد گسترده این احکام مجاز نیست.

درخواست تدویر مجدد محاکمه متوجه دو نکته می‌باشد: اجرای حکم باید متوقف گردد^{۶۷} و حیثیت شخصی که به موجب فیصله قبلی بدنام شده است اعاده شود. احکام اجرائی مربوطه در ماده ۸۳ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم بیان شده است. ارائه درخواست تدویر مجدد محاکمه تعمیل حکم مورد اعتراض را به استثناء حکم اعدام متوقف نمی‌سازد (فقرة ۲ ماده ۸۳ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم). ارزیابی مقدماتی از جانب یک کمیته قضائی‌ای که مؤقّتاً برای هر قضیه جداگانه تشکیل می‌شود صورت می‌گیرد. این کمیته صلاحیت دارد درخواستی را رد نماید (فقرة ۵) و این فیصله قابل اعتراض نمی‌باشد (فقرة ۶). هرگاه کمیته درک نماید که دلایلی وجود دارد تا باور کرد که درخواست به مدارک و دلایل بااعتبار استوار می‌باشد، این درخواست به ستره محکمه سپرده می‌شود.

ستره محکمه می‌تواند سه نوع تصمیم اتخاذ نماید:

۱. تأیید درخواست، ابطال فیصله و تبرئه محکوم علیه، در صورتی که دلایل و نظریات ارائه شده بدون شک معقول بی‌گناهی وی را ثابت سازد (فقرة ۹)؛
۲. رد درخواست بنا بر غیرمستدل بودن آن؛
۳. استرداد قضیه به محکمه‌ای که فیصله مورد اعتراض را صادر نموده است؛ مشروط بر اینکه ستره محکمه به این عقیده باشد که قضیه مجدداً رسیدگی شود (فقرة ۱۱). در این صورت، فیصله محکمه و تطبیق آن متوقف گردیده و متکی به فیصله جدید می‌باشد. مرافعه‌خواهی یا استیناف‌طلبی به مقام ستره محکمه بر علیه این فیصله جدید امکان‌پذیر است. وقتی فیصله جدید نهائی برای عارض مساعد باشد فیصله قبلی باطل گردیده و تطبیق آن متوقف ساخته می‌شود.

^{۶۷} ماده ۸۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم بیان می‌دارد که ارائه اعتراضیه در همه احوال مجاز است به این معنی که می‌توان حتی پس از تطبیق تدابیر جزائی نیز آن را ارائه نمود.

تبصره پیرامون قضایا

ا) مطابق به ماده ۲۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، محاکم تحتانی تابع احکام و قرارهای محاکم فوقانی می‌باشند. بر اساس فقره ۲ ماده ۷۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم صلاحیت محکمه مرافعه شامل تغییر فیصله‌های قبلی می‌باشد. بعد از آنکه قرار محکمه ابتدائیه نقض گردید، دیگر هیچ دلیلی برای حبس یاسر وجود ندارد.

ب) حسب فقره ۱ ماده ۶۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم محکمه باید رسیدگی خویش را به نقاطی که در فرجام‌خواهی مورد اعتراض قرار گرفته محدود سازد. هر چند محمود فقط به بررسی نادرست حقایق و حالات اشاره می‌کند، محکمه مرافعه اساس قضاوت خویش را تطبیق نادرست قانون می‌داند. علاوه بر آن، فقره ۳ ماده ۶۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که هرگاه مرافعه‌خواهی صرف از جانب متهم ارائه گردد، محکمه به هیچ وجه نمی‌تواند مجازاتی را که از جانب محکمه تحتانی تعیین شده است بیشتر سازد. از این لحاظ محکمه مرافعه فقره ۱ و ۳ ماده ۶۸ را نقض نموده است.

ج) قوانین خارجی

ماده ۱۸۵ قانون اساسی پاکستان

(۱) بر اساس این ماده ستره محکمه صلاحیت دارد تقاضاهای مرافعه‌خواهی بر علیه قضاوتها، فرامین، فیصله‌ها یا احکام نهائی را استماع و تشخیص دهد.

(۲) درخواست استیناف‌طلبی بر علیه قضاوتها، فرامین، فیصله‌ها یا احکام نهائی به مقام ستره محکمه ارائه شده می‌تواند:

ا) در صورتی که محکمه عالی بر مبنای استیناف، حکم تبرئه یک متهم را مسترد نموده وی را به جزای اعدام یا تبعید یا حبس ابد محکوم نماید؛ یا بر مبنای تجدید نظر، حکمی را به حکم فوق‌الذکر ارتقا دهد؛ یا

ب) در صورتی که محکمه عالی رسیدگی قضیه‌ای را از یک محکمه پائین‌تر خویش جهت محاکمه به عهده گرفته و متهم را به جزای فوق‌الذکر محکوم کرده باشد؛ یا

ج) در صورتی که محکمه عالی شخصی را به گناه تحقیر محکمه عالی مجازات نماید؛ یا

د) در صورتی که مقدار یا ارزش موضوع مورد دعوی در محکمه ابتدائیه و نیز در جریان مرافعه‌خواهی کمتر از پنجاه و پنج هزار روپیه و یا مقدار دیگری حسب مقرر مجلس شوری نباشد و قضاوت، فرمان یا فیصله نهائی مورد استیناف تغییر بخورد و یا قضاوت، فرمان یا فیصله نهائی محکمه پائین‌تر را تعویض نماید؛ یا

ه) در صورتی که قضاوت، فرمان یا فیصله نهائی دربرگیرنده مستقیم یا غیرمستقیم دعوی مبنی بر ملکیت با مقدار یا ارزش مشابه بوده و قضاوت، فرمان یا فیصله نهائی مورد استیناف تغییر بخورد و یا قضاوت، فرمان یا فیصله نهائی محکمه پائین‌تر را تعویض نماید؛ یا

(و) محکمه عالی تصدیق نماید که در قضیه مسئله عمده قانون به ارتباط تفسیر و تعبیر قانون اساسی شامل است.

(۳) درخواست استیناف طلبی به ستره محکمه بر علیه قضاوت، فرمان، حکم و فیصله یک محکمه عالی در قضیه‌ای که شرط (۲) در مورد آن صدق نکند صرف در صورتی ارائه شده می‌تواند که ستره محکمه به استیناف خواهی آن اجازه بدهد.

ماده ۲۰۳ (دد) قانون اساسی پاکستان

(۱) محکمه می‌تواند اوراق و اسناد یک قضیه‌ای را که از جانب یک محکمه جزائی مطابق به قانون مربوط به تعمیم حدود رسیدگی شده باشد به منظور صحت و سقم، قانونیت و یا تناسب فیصله و یا حکمی که در این محکمه ثبت یا منظور گردیده باشد و همچنین طرز و چگونگی پیشبرد محاکمه مطالبه و آن را بررسی نماید، و می‌تواند هنگام مطالبه چنین اوراق و اسناد هدایت دهد که اجرای مجازات به تعویق انداخته شود و در صورتی که متهم در توقیف باشد وی به تضمین و یا به مسئولیت شخص مشروط بر سوابقش از زندان رها گردد.

(۲) در هر قضیه‌ای که اوراق و اسناد آن از جانب محکمه مطالبه گردد، محکمه می‌تواند فیصله‌ای را که خود شایسته و مناسب داند اتخاذ نموده و ممکن است حکم را ارتقا دهد: به شرطی که هیچ چیزی در این ماده چنین پنداشته نشود که به محکمه صلاحیت دهد که حکم برائت را به حکم ارتکاب جرم مبدل سازد و هیچ حکمی به تأسی از این ماده بایست به ضرر متهم نباشد مگر اینکه وی فرصت داشته باشد حرف دفاعیش استماع گردد.

پیشنهاد برای مباحثه:

- امکان مرافعه‌خواهی و مراجعه به ستره محکمه برای همگونی تطبیق قانون چی اهمیت دارد؟
- آیا تطبیق مؤثر حق مرافعه‌خواهی تأثیر بالایی جامعه خواهد داشت؟

سوالاتی مربوط به جمع‌بندی اصول بعد از محاکمه

- در کدام حالت محکمه حین استناد قضاوت خویش بر دلایل معین با موانع مواجه می‌شود؟
- چرا قانون از محکمه می‌طلبد که دلایل فیصله خویش را بیان نماید؟
- شرایط یک فیصله بااعتبار چی می‌باشد؟
- در مورد مجازات اعدام چی نقشی به رئیس جمهور داده شده است؟
- اصل منع محاکمه مضاعف کدام سوءاستفاده‌ها را مانع می‌شود؟
- هرگاه فیصله محکمه غیرقانونی به نظر برسد درمانهای قانونی موجود برای محکوم علیه و یا خرنوال چی می‌باشد؟
- چی چیز را بایست در نظر گرفت تا تعمیل حق رسیدگی مجدد محاکم فوقانی تأمین گردد؟
- محکمه با اشخاص بیسواد باید چی نوع رفتار نماید؟
- چه کسی حق مرافعه‌خواهی و یا تجدید رسیدگی بر کاربرد یا تعبیر قانون دارد؟
- تحت کدام شرایط می‌توان در مقابل فیصله نهائی محکمه اعتراض نمود؟

فصل پنجم: قضایا و موارد خاص

أ) محاکمه اشخاص دارای تکلیف روانی و فکری

روح‌اله به جرم آدم‌کشی متهم می‌باشد. وی مصاب به مرض جنون فطری می‌باشد. وی به جرم خویش در برابر قاضی در مجلس محکمه اعتراف می‌کند. این اعتراف وی چی ارزشی خواهد داشت؟
الترناتیف: محکمه روح‌اله را مجرم دانسته وی را محکوم به اعدام می‌کند. آیا فیصله و حکم محکمه مطابق به اصول محاکمه عادلانه می‌باشد؟

أ) احکام ذیربط

ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان

اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمه باصلاحیت.

ماده ۴۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

۱. هرگاه در جریان محاکمه احساس شود که متهم مصاب به امراض روانی گردیده و قادر به دفاع از حقوق خویش نمی‌باشد، محکمه صلاحیت دارد خود و یا به اثر تقاضای خارنوال ابتدائیه جریان محاکمه را معطل و متهم را غرض انجام معاینات طبی اعزام نماید.
۲. در صورتی که در نتیجه معاینات طبی مریضی متهم ثابت گردد، جریان اجراءات الی صحت‌یابی وی معطل قرار داده می‌شود.
۳. هرگاه متهم بعداً محکوم به حبس گردد، میعاد تداوی و معالجه دماغی از مدت حبس وی کاسته می‌شود.

ماده ۸۹ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم

- ۳- در صورتی که محکوم‌علیه به امراض روانی مصاب گردد، خارنوال باید امر تطبیق حکم را الی اعاده صحتش متوقف و هدایت دهد تا وی را به شفاخانه جهت معالجه و تداوی انتقال نمایند. مدت معالجه و تداوی از مدت حبس محکوم‌بها کاسته می‌شود.

ماده ۶۵ قانون جزاء افغانستان

مسئولیت جزائی زمانی به وجود می‌آید که شخص به اراده آزاد و در حالت صحت عقل و ادراک، عمل جرمی را مرتکب شود.

ماده ۶۶ قانون جزاء افغانستان

مانع مسئولیت جزائی زمانی به وجود می‌آید که یکی از عوارض ادراک یا یکی از اسباب فقدان اراده شخص تشخیص گردد.

ماده ۶۷ قانون جزاء افغانستان

۱. شخصی که حین ارتکاب جرم به سبب جنون یا سایر امراض عقلی فاقد ادراک و شعور باشد مسئولیت جزائی نداشته مجازات نمی‌گردد.
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 مخففه مندرج این قانون را در مورد او رعایت می‌نماید.
۳. قباحت اشخاص مندرج فقره (۲) این ماده جرم شمرده نمی‌شود.

ب) تبصره پیرامون محاکمه اشخاص دارای تکلیف روانی و فکری

اشخاص دارای تکلیف روانی درخور توجه خاص می‌باشند. چون هر قضیه بایست مطابق به عینیت موضوع بررسی شود، تدابیر مقامات قضائی ممکن است تأثیر روانی متفاوتی بر اشخاص دارای عقل سلیم و اشخاص دارای تکلیف روانی داشته باشد.^{۶۸} از این جهت، اقداماتی که اکثراً هنوز با اصول محاکمه عادلانه مطابقت داشته ممکن است این اصول را در صورتی که یک شخص مبتلا به مرض روانی از آن متأثر شود، نقض نماید.

در ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان اقرار چنین تعریف می‌شود: «اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمه باصلاحیت.» لذا بیانی که اکثراً به معنی اعتراف بوده ولی از جانب یک شخص بیمار روانی ارائه شده باشد نمی‌تواند به عنوان دلیل اثباتیه در محکمه مورد استفاده قرار گیرد. مواد ۶۵ الی ۶۷ قانون جزاء افغانستان تصریح می‌دارد که مسئولیت جزائی تنها در صورتی که شخص دارای عقل سلیم باشد مطرح می‌گردد. هرگاه مظنون یا متهم مبتلا به جنون یا امراض روانی باشد، نمی‌توان وی را به خاطر اعمالش مجازات نمود. مواد ۴۴ و ۸۹ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم نیز به این موضوع تماس گرفته در مورد ناتوانی روحی که صرف در جریان محاکمه ظاهر گردد و یا صرف در جریان محاکمه به وجود آید حکم می‌کند که تا زمانی که مظنون یا متهم معالجه شود محاکمه متوقف ساخته می‌شود. محاکمه صرف زمانی مجدداً آغاز می‌گردد که مظنون یا متهم دوباره قادر به دفاع حقوق خویش باشد. مدتی را که وی حین توقف جریان محاکمه به منظور تداوی در شفاخانه روانی به سر برده است از میعاد حبس وی هرگاه بعداً واقعاً محکوم به حبس شود، تفریق می‌گردد. در صورتی که متهم مجرم ثابت گردیده و محکوم به حبس گردد، تنفیذ جزاء تا زمانی که وی دوباره حالت صحت عقل را به دست می‌آورد متوقف می‌گردد. این بدان معنی است که اشخاص دارای تکلیف روانی نه زندانی شده و نه اعدام شده می‌توانند.

^{۶۸} ویلیامز، جامایکا (نظریات مصوب ۱۹۷۷/۱۱/۰۴) اطلاع شماره ۱۹۹۵/۶۰۹، سند رسمی پنجاه و یکمین اجلاس مجمع عمومی

سازمان ملل متحد، ضمیمه شماره ۴۰ (الف/۵۱/۴۰)، صفحه ۶۳.

تبصره پیرامون قضایا

ا) مطابق به پاراگراف ۲ ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان اعتراف متهم صرف زمانی به حیث اقرار به جرم پنداشته می‌شود که به گونه داوطلبانه در حضور محکمه باصلاحیت در حالت صحت عقل انجام یابد. چون روح‌اله به مرض جنون مبتلاست، اظهار وی بر اساس قانون ارزش اقرار را ندارد. در نتیجه، اعتراف روح‌اله فاقد اعتبار می‌باشد.

الترناتیف: مجازات شخصی که مرتکب یک جرم شده باشد مستلزم مسئولیت جزائی می‌باشد (پاراگراف ۱ ماده ۶۷ قانون جزاء افغانستان). مسئولیت جزائی وقتی به وجود می‌آید که شخص به اراده آزاد و در حالت صحت عقل و ادراک عمل جرمی را مرتکب شود (ماده ۶۵ و ۶۶ قانون جزاء افغانستان). مطابق به پاراگراف ۱ ماده ۶۷ قانون جزاء افغانستان شخصی که حین ارتکاب جرم به سبب جنون یا سایر امراض عقلی فاقد ادراک و شعور باشد، مسئولیت جزائی نداشته و در نتیجه مجازات نمی‌گردد. چون روح‌اله به مرض جنون مبتلاست، هیچ گونه مسئولیت جزائی ندارد و لذا نباید مجازات شود. محکمه صلاحیت ندارد وی را نه به اعدام و نه به جزای حبس محکوم سازد. در نتیجه، فیصله محکمه با اصول محاکمه عادلانه مطابقت ندارد.

پیشنهاد برای مباحثه:

- مشکل در اظهارات اشخاص دارای تکلیف روانی چی می‌باشد؟
- آیا اشتراک کنندگان در مورد محاکمات اشخاص دارای تکلیف روانی تجربه دارند؟
- اگر شخص مرتکب به یک جرم گردد، ماهیت تقصیر آن چی خواهد بود؟ در صورتی که شخص مصاب به تکلیف روانی باشد، آیا چنین تقصیر وجود داشته می‌تواند؟

(ب) رفتار حقوقی با نوجوانان

أ (فاطمه که ۱۴ سال دارد به ارتکاب تخلفات متعددی مظنون می‌باشد. وی از جانب پولیس مطابق به احکام قانون دستگیر می‌گردد. در عین روز خرنوال اطفال وی را مورد بازپرسی و استنطاق قرار می‌دهد بدون آنکه والدینش را اطلاع دهد. کدام حکم قانون در اینجا نقض شده می‌تواند؟

ب) عالم باشنده ۱۳ ساله شهر هرات می‌باشد. وی به ارتکاب یک تخلف مظنون می‌باشد. خرنوال اطفال وی را مطابق به احکام قانون توقیف می‌نماید. چون توقیف‌خانه هرات خیلی ازدحام داشت وی را در اتاقی که چند نفر کلان‌سال به سر می‌بردند یکجا توقیف می‌نماید. در یک شهر همجوار جای برای زندانیان اطفال وجود دارد. ولی خرنوال انتقال وی را به شهر همجوار یک کار پرزحمت می‌داند. آیا خرنوال مطابق به قانون عمل کرده است؟

أ (احکام زیربط

ماده ۷۳ قانون جزاء افغانستان

تشیت سن به اساس تذکره تابعیت صورت می‌گیرد. محکمه می‌تواند در صورت اختلاف حالت ظاهری صغیر با سن مندرج تذکره تابعیت وی نظریه هیئت طبی را حاصل نماید.

ماده ۷۴ قانون جزاء افغانستان

هرگاه صغیر مرتکب قباحت گردد، محکمه می‌تواند در عوض جزاهای مندرج این قانون صغیر را در مجلس قضاء تویخ نموده یا تسلیمی او را به یکی از والدین یا شخصی که بر نفس او حق ولایت دارد و یا شخص امینی که حسن تربیه او را در آینده متعهد شود حکم نماید و یا اینکه به حجز او در دارالتأدیب یا مؤسسات خیریه و یا مدارس اصلاحی‌ای که از طرف دولت به این منظور تأسیس می‌گردد حکم نماید.

ماده ۷۵ قانون جزاء افغانستان

- هرگاه صغیر مرتکب جنحه گردد محکمه می‌تواند یکی از تدابیر آتی را در مورد او اتخاذ نماید:
۱. تسلیمی او به یکی از اشخاص مندرج ماده (۷۴) این قانون مشروط بر اینکه مدت مذکور از سه سال بیشتر و از شش ماه کمتر نباشد و شخص تسلیم‌شونده حسن تربیه صغیر را در آینده کتباً متعهد گردد.
 ۲. حجز او در دارالتأدیب یا یکی از مدارس اصلاحی از شش ماه الی سه سال.

ماده ۷۶ قانون جزاء افغانستان

۱. هرگاه صغیر مرتکب جنایت گردد که جزای آن اعدام یا حبس دوام باشد، محکمه می‌تواند به حجز او در دارالتأدیب یا مؤسسات خیریه و یا مدارس اصلاحی حکم نماید مشروط بر اینکه مدت حجز او از پنج سال بیشتر نباشد.

۲. اگر جزای پیش‌بینی شده جنایت حبس طویل باشد مدت حبس از یک سال کمتر و از چهار سال بیشتر بوده نمی‌تواند.

ماده ۷۷ قانون جزاء افغانستان

هرگاه صغیر بعد از تسلیمی به متعهد در اثنای مدت تعهد مرتکب جنحه یا جنایت گردد محکمه می‌تواند متعهد را به ترتیب آتی به جزای نقدی محکوم نماید:

۱. در حالت ارتکاب جنحه از هزار الی دو هزار افغانی.
۲. در حالت ارتکاب جنایت از دو هزار الی پنج هزار افغانی.

ماده ۷۸ قانون جزاء افغانستان

هرگاه صغیر به غیر اقارب تسلیم داده شده باشد اعاده او به اقارب از طرف محکمه به اساس مطالبه خود وی و یا یکی از اقارب مذکور صورت می‌گیرد، مشروط بر اینکه از تنفیذ حکم تسلیمی اقل یک سال سپری شده باشد. تجدید مطالبه اعاده الی مدت شش ماه از تاریخ رد آن جواز ندارد. اگر محکمه به اعاده صغیر به اقارب او حکم نماید این حکم به منزله حکم به تسلیمی صغیر شناخته می‌شود.

ماده ۷۹ قانون جزاء افغانستان

صغیری که در دارالتأدیب یا مؤسسات خیریه و یا مدارس اصلاحی تحت حجز قرار می‌گیرد به پیشنهاد آمر مؤسسه مربوط، موافقه خارنوال و منظوری لوی خارنوال از مؤسسه خارج شده می‌تواند. صغیر مذکور به هیچ وجه در مؤسسات فوق بیش از پنج سال یا بعد از تکمیل سن هژده سالگی بوده نمی‌تواند.

ماده ۸۲ قانون جزاء افغانستان

هرگاه مراهق مرتکب قباحت گردد محکمه می‌تواند او را به جزای پیش‌بینی شده این قانون محکوم نماید و یا به تسلیمی او به یکی از والدین یا شخصی که بر نفس او حق ولایت دارد و یا شخص امینی که حسن رویه او را در آینده تعهد کند حکم نماید.

ماده ۸۳ قانون جزاء افغانستان

هرگاه مراهق مرتکب جنحه گردد محکمه می‌تواند عوض جزایهای پیش‌بینی شده جرم مذکور یکی از تدابیر مندرج ماده (۷۶) این قانون را در مورد او اتخاذ نماید.

ماده ۸۴ قانون جزاء افغانستان

۱. هرگاه مراهق مرتکب جنایتی گردد که جزای آن اعدام یا حبس دوام باشد محکمه می‌تواند به حجز او در دارالتأدیب که از دو سال کمتر و از پانزده سال بیشتر نباشد حکم نماید.
۲. اگر جزای پیش‌بینی شده جنایت حبس طویل باشد حداقل مدت حجز او در دارالتأدیب از یک سال کمتر و حداکثر آن از نصف حداکثر حبس طویل بیشتر بوده نمی‌تواند.

۳. اگر حداکثر جزای جنایت کمتر از ده سال باشد محکمه می‌تواند به حجز او در دارالتأديب به کمتر از یک سال و بیشتر از نصف حداکثر جزای پیش‌بینی شده همان جنایت حکم نماید.

ماده ۸۵ قانون جزاء افغانستان

۱. سن صغیر و مراهق در وقت ارتکاب جرم اساس تعیین مسئولیت شناخته می‌شود.
۲. اگر صغیر مرتکب جرم گردد و هنگام صدور حکم به مراهق برسد مانند صغیر با او معامله می‌شود.

ماده ۸۶ قانون جزاء افغانستان

۱. هرگاه مراهق مرتکب جرم شود و هنگام صدور حکم سن هژده سالگی را تکمیل نماید مانند مراهق با او معامله می‌شود.
۲. اگر جرمی که مراهق مذکور مرتکب گردیده جنایت یا جنحه باشد که جزای آن در قانون حبس طویل یا حبس متوسط پیش‌بینی شده باشد، محکمه می‌تواند عوض مدت حجز در دارالتأديب در جنایت به حبس متوسط و در جنحه به حبس کوتاه حکم نماید.
۳. مدت محکومیت در موارد مندرج فقره فوق به هیچ صورت از مدتی که برای حجز در دارالتأديب در برابر جنایت یا جنحه ارتکاب شده در این قانون پیش‌بینی شده است تجاوز نمی‌نماید.
۴. جزای غیر از حبس طویل و حبس متوسط پیش‌بینی شده در این قانون با جزای نقدی که از پنج هزار افغانی تجاوز نکند تعویض می‌گردد.
۵. اگر مراهق در ظرف مدت حجز در دارالتأديب سن هجده سالگی را تکمیل نماید جهت گذشتاندن مدت باقی‌مانده حجز محکوم‌بها به محبس مربوط انتقال داده می‌شود.

ماده ۸۷ قانون جزاء افغانستان

- هرگاه صغیر یا مراهق متهم به ارتکاب بیش از یک جرم گردد، محاکمه او از ناحیه همه جرایم ضمن دعوی واحد جواز دارد، مشروط بر اینکه محکمه تنها به اساس جرمی حکم نماید که جزای آن در قانون شدیدترین پیش‌بینی شده باشد.

ماده ۸۸ قانون جزاء افغانستان

- تکرار جرم صغیر و مراهق مانع تکرار مجازات و اتخاذ تدابیر پیش‌بینی شده در این قانون نمی‌گردد.

ماده ۸۹ قانون جزاء افغانستان

- هرگاه صغیر یا مراهق به دفعات محکوم به حجز گردد مجموع مدت حجز محکوم‌بها در مدرسه اصلاحی از پنج سال و در دارالتأديب از پانزده سال تجاوز نمی‌کند.

ماده ۹۰ قانون جزاء افغانستان

۱. هرگاه مراقبی که سن هژده سالگی را تکمیل نکرده باشد دو ثلث جزای محکوم‌بها را در دارالتأديب سپری نماید محکمه می‌تواند بنا بر مطالبه مراق یا یکی از والدین و یا شخصی که بر نفس او حق ولایت داشته باشد حکم به رهائی وی صادر نماید، مشروط بر اینکه دارالتأديب حسن رویه مراق مذکور را طی راپوری تصدیق و خارنوال آن را تأیید نماید. در این صورت، مراق به یکی از اشخاص مندرج ماده (۷۴) این قانون تسلیم داده می‌شود.
۲. اگر مراق سن هژده سالگی را تکمیل و دو ثلث جزای محکوم‌بها را در دارالتأديب سپری نموده باشد رهائی او وقتی صورت می‌گیرد که حسن رویه آینده خود را کتباً تعهد بنماید.

ماده ۹۱ قانون جزاء افغانستان

احکام متعلق به تکرار در جرم و جزاهای تبعی و تکمیلی و تدابیر امنیتی بر صغیر و مراق قابل تطبیق نمی‌باشد. مصادره، مسدود ساختن محل و منع از رفتن به جاهایی که باعث انحراف اخلاق گردد از این حکم مستثنی است.

ماده ۹۲ قانون جزاء افغانستان

تعویض جزای نقدی به حبس در مورد صغیر و مراق جواز ندارد.

ماده ۹۳ قانون جزاء افغانستان

شخصی که هنگام ارتکاب جرم سن هژده سالگی را تکمیل و سن بیست سالگی را تکمیل نکرده باشد محکوم به اعدام شده نمی‌تواند. در این حالت حبس دوام قایم مقام اعدام می‌گردد.

ماده ۴۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

- (۱) محاکم استیناف در حوزه قضائی مربوط دارای محاکم ابتدائیه به ترتیب آتی می‌باشند:
- ۲- محکمه اطفال

ماده ۴۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم

- (۱) در مرکز هر ولایت یک محکمه ابتدائیه اطفال ایجاد می‌گردد.
- (۳) طرز رسیدگی به تخلفات اطفال توسط قانون خاص تنظیم می‌گردد.

ماده ۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

اهداف این قانون عبارت است از:

- ۲- اصلاح و تربیت مجدد اطفال متخلف از قانون.
- ۴- رعایت کنوانسیون حقوق طفل در جریان تحقیق و بعد از محاکمه.
- ۵- استماع بیانات و نظریات اطفال حین تحقیق و محاکمه توسط خود یا ممثل قانونی آنها.

ماده ۳ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

طفلی که مورد اتهام قرار گیرد، مرتکب تخلف از قانون شود یا اعمال غیرعادی را از خود نشان دهد و یا اینکه نیازمند مراقبت و حفاظت باشد، مطابق احکام این قانون با وی برخورد صورت می گیرد.

ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

اصطلاحات آتی در این قانون معانی ذیل را دارد:

۱. طفل: شخصی است که سن هژده سالگی را تکمیل نکرده باشد.
۲. طفل غیرممیز: شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل نکرده باشد.
۳. طفل ممیز: شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل و دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد.
۴. طفل نوجوان: شخصی است که سن دوازده سالگی را تکمیل و هژده سالگی را تکمیل نکرده باشد.
۵. ممثل قانونی: عبارت است از والدین، اولیاء، اوصیاء، اقارب، قیم، وکیل یا سرپرست قانونی طفل.

ماده ۵ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- (۱) شخصی که سن دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد، در صورت ارتکاب جرم مسئولیت جزائی به او راجع نمی شود.

ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- (۴) سن طفل در جریان تحقیق و محاکمه به اساس تذکره تابعیت وی تثبیت می گردد.
- (۵) هرگاه طفل تذکره نداشته باشد یا حالت ظاهری وی با سن مندرج تذکره تابعیت عدم مطابقت را نشان دهد، نظریه طب عدلی در زمینه خواسته می شود.
- (۴) تعیین و تثبیت سن طفل به اعتبار تاریخ وقوع جرم صورت می گیرد.

ماده ۷ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

مجازات طفل حتی به منظور اصلاح و تربیت به طور شدید و حقارت آمیز جواز ندارد.

ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- (۱) کشف جرایم اطفال توسط پولیس و بررسی، تحقیق و تعقیب آنها توسط خارنوالی اختصاصی اطفال صورت می گیرد.
- بدین منظور خارنوالی اختصاصی اطفال در مرکز و ولایات ایجاد می گردد.

(۳) اعضای مسلکی خرنوالی اختصاصی اطفال بر علاوه داشتن شرایط مندرج قانون مربوط دارای استعداد، آموزش مسلکی و تجربه خاص در مسائل اطفال نیز می باشند.

(۴) خرنوال اختصاصی اطفال نمی تواند مستقیماً اقدامات قانونی علیه اطفالی که مرتکب جرم شده اند آغاز نماید، مگر اینکه شخص یا مرجعی در این رابطه به خرنوال شکایت تحریری را ارائه نماید.

ماده ۱۰ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

(۴) اطفال تحت توقیف جدا از بزرگ سالان نگهداری می شوند.

ماده ۱۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

طفل مظنون دستگیر شده در یک محل خاص مؤقتاً تحت توقیف قرار می گیرد.

ماده ۱۷ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

(۱) خرنوال اختصاصی اطفال مکلف است حین تحقیق جرایم مربوط اطفال نکات ذیل را غرض تهیه دلایل الزام در نظر گیرد:

۱. سن، روز، ماه و سال تولد؛
۲. سطح انکشاف روحی؛
۳. شخصیت و لیاقت؛
۴. علل و انگیزه های ارتکاب جرم؛
۵. سطح تعلیمی حین ارتکاب جرم؛
۶. شرایط محیط زندگی حین ارتکاب جرم؛
۷. خفت و شدت جرم؛
۸. سابقه جرمی؛
۹. طرز سلوک حین ارتکاب جرم و بعد از آن؛
۱۰. نوع، شواهد، وسائل، قصد، زمان و مکان جرم؛
۱۱. میزان خطرات وارده به شخص متضرر؛
۱۲. وجود شرکاء، عاملین و محرکین جرم؛
۱۳. سایر حالاتی که در تعیین جزاء مؤثر پنداشته شود.

(۲) خرنوال مکلف است حین تحقیق جرایم اطفال و تثبیت قضایای آنها از پولیس، والدین، مربی، معلم، اهل خبره و سائر اشخاصی که راجع به آنها اطلاعات دارند، معلومات حاصل نماید.

(۳) خرنوال مکلف است سوابق و جزئیات تحقیق را به صورت محرمانه نگهداری نماید، صرف محاکم مربوط و وکیل مدافع وی می توانند به سوابق جرمی دسترسی داشته باشند.

ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- (۳) قضات محکمه اختصاصی اطفال بر علاوه داشتن شرایط مندرج در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم دارای استعداد، آموزش مسلکی و تجربه خاص در مسائل مربوط به محاکمه اطفال نیز می‌باشند.

ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- (۱) رسیدگی به تخلفات قانونی اطفال طور سری و ابلاغ حکم در هر حالت به صورت علنی صورت می‌گیرد.
- (۲) نشر اسناد جریان جلسات محاکمه اطفال به شمول شهادت شهود و نظر اهل خبره در رسانه‌های جمعی جواز ندارد.
- (۳) افشای معلومات در مورد شخصیت طفل و یا اطلاعاتی که منجر به کشف هویت طفل گردد، تحت هیچ عنوان جواز ندارد.

ماده ۳۳ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- (۱) قضات محکمه اختصاصی اطفال بعد از استماع اظهارات و استدلال طفل، شاهدان، ممثل قانونی، خارنوال، وکیل مدافع، کارمندان مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی و نظریات اهل خبره، فیصله خویش را در حضور طفل ابلاغ می‌نمایند.
- (۳) هرگاه موضوعات مورد بحث در جریان محاکمه، طفل را روحاً متضرر سازد، محکمه در غیاب طفل جلسه محاکمه را ادامه داده می‌تواند، مشروط بر اینکه خلص جریان محاکمه را بعداً برای وی توضیح نماید.

ماده ۳۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- (۱) طفل، ممثل قانونی، وکیل مدافع، مساعد حقوقی، شاهدان، هیئت قضائی، مجنی علیه و خارنوال در جلسه محاکمه شرکت کرده می‌توانند. هرگاه حضور ممثل قانونی به مصلحت طفل نبوده یا موجب اخلال جریان محاکمه گردد، محکمه می‌تواند امر خروج وی را از جلسه محاکمه بدهد.

ماده ۳۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- قضات محکمه اختصاصی اطفال مکلف‌اند حین صدور حکم نکات مندرج ماده هفدهم این قانون را در نظر گیرند.

ماده ۳۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

- (۱) حین تعیین جزای طفل متهم مراتب ذیل مد نظر گرفته می‌شود:

۱. مجازات طفلی که سن دوازده سالگی را تکمیل و شانزده سالگی را تکمیل نکرده باشد، از یک سوم (۳/۱) حداکثر مجازات که برای عین جرم ارتکاب شده توسط اشخاص بلندتر از سن هژده سالگی در قانون جزاء پیش‌بینی گردیده است، بیشتر بوده نمی‌تواند.
۲. مجازات طفلی که سن شانزده سالگی را تکمیل و هژده سالگی را تکمیل نکرده باشد، از نصف (۲/۱) حداکثر مجازاتی که برای عین جرم توسط اشخاص بلندتر از سن هژده سالگی در قانون جزاء پیش‌بینی گردیده است، بیشتر بوده نمی‌تواند.
۳. طفل به جزای حبس دوام یا اعدام محکوم شده نمی‌تواند.

ماده ۶۵ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال

از آن جایی که در حال حاضر در کشور وکلای مدافع به تعداد کافی وجود ندارند، طفل مظنون یا متهم می‌تواند به اشخاص تحصیل یافته که به قضایای حقوقی عالم باشند، مراجعه نماید. به این منظور، رئیس هر محکمه لست اشخاص واجد شرایط را که در مرکز از طرف وزارت عدلیه و در ولایات از طرف ادارت قضایای دولت به محاکم استیناف معرفی می‌شوند، ترتیب می‌نماید.

ماده ۳۷ میثاق حقوق طفل

کشورهای عضو این میثاق باید این را تأمین نمایند که:

- أ) هیچ طفل مورد شکنجه یا سایر شیوه‌ها یا مجازاتهای ظالمانه، غیرانسانی و حقارت‌آمیز قرار نمی‌گیرد. نه اعدام و نه حبس ابد، که امکان رهایی از آن وجود نداشته باشد، بالای متخلفینی که سنشان کمتر از هژده باشد، تطبیق می‌گردد.
- ب) هیچ طفل از آزادی خویش غیرقانونی و خودسرانه محروم نمی‌شود. دستگیری، توقیف و حبس طفل بر اساس احکام قانون صورت گرفته به حیث آخرین اقدام برای کوتاه‌ترین مدت لازم صورت می‌گیرد.
- ج) با هر طفلی که آزادیش سلب شده رفتار انسانی به عمل آمده و به کرامت انسانی احترام می‌شود و این رفتار به شیوه‌ای می‌باشد که در آن نیازمندیهایی که شایسته شخص هم‌سن او است در نظر گرفته شود. هر طفلی که آزادیش سلب شده از اشخاص کلان‌سن مجزا ساخته می‌شود، مگر اینکه منافع طفل طور دیگری ایجاب نماید و حق دارد از طریق مراسلات و ملاقاتها با خانواده‌اش تماس داشته باشد به استثناء حالات خاص.
- د) هر طفلی که آزادیش سلب شده حق دارد به مساعدت حقوقی و سایر معاونتها دسترسی فوری داشته باشد، حق دارد علیه قانونی بودن سلب آزادیش در برابر محکمه یا مقام دیگر باصلاحیت، مستقل و بی‌طرف اعتراض نموده طالب فیصله گردد.

ماده ۴۰ میثاق حقوق طفل

۱. کشورهای عضو این میثاق معتقدند که با هر طفلی که به تخطی از قانون جزا مظنون، متهم یا مرتکب باشد مطابق به شیوه‌ای رفتار می‌شود که با احساس کرامت و ارزش طفل هم‌ساز بوده، احترام طفل نسبت به حقوق بشر و آزادیهای اساسی دیگران را تقویت بخشیده، سن طفل و آرزوی رشد و احیای مجدد طفل و نقش سازنده او در جامعه در نظر گرفته شود.

ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۵. حکم اعدام در مورد جرایم ارتكابی اشخاص کمتر از هژده سال صادر نمی‌شود...

ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۲. (ب) صغار متهم باید از بزرگسالان جدا بوده و باید در اسرع وقت ممکن در مورد آنان تصمیم اتخاذ شود.

ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

۳. نظام زندانها متضمن رفتار با محکومین بوده هدف اساسی آن اصلاح و اعاده حیثیت اجتماعی زندانیان می‌باشد. مجرمین کم‌سن باید از بزرگسالان جدا بوده تابع نظام متناسب با سن و وضع قانونیشان باشند.

ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

(۱) همه در مقابل محاکم و دیوانهای قضائی متساوی‌اند. هر شخص حین تثبیت اتهامی علیه وی و یا حقوق و وجاییش در یک دعوی حقوقی مستحق رسیدگی عادلانه و علنی از جانب یک محکمه ذیصلاح، مستقل و بی‌طرف که بر اساس قانون ایجاد شده باشد، می‌باشد. ممکن است به رسانه‌های گروهی و مردم به جریان محاکمه یا بخشی از آن راه‌داد به منظور اخلاقیات، نظم عامه و یا امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک و یا هم در صورتی که زندگی خصوصی طرفین چنین تقاضا نماید و یا تا حدی که خود محکمه این امر را در موارد خاص که علنی ساختن محاکمه مغایر منافع عدالت باشد جداً ضروری بدانند. ولی قضاوتی که روی یک قضیه جرمی یا مدنی صورت می‌گیرد باید علنی شود مگر اینکه منافع نوجوانان طور دیگری تقاضا نماید و یا اینکه دعوی به منازعه ازدواج و یا قیمومیت اطفال ارتباط داشته باشد.

(۴) طرزالعمل قضائی در مورد نوجوانان بایست به نحوی باشد که در آن سن و مصلحت اعاده حیثیت آنان رعایت شود.

ماده ۲۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

- (۱) هر طفل بدون هیچ گونه تبعیض از نظر نژاد، رنگ پوست، جنس، زبان، مذهب، منشأ ملی یا اجتماعی، ملکیت یا نسب حق دارد از تدابیر محافظوی‌ای که از جانب خانواده، جامعه و دولت به اقتضای حالت صغیر بودن وی اتخاذ می‌گردد، مستفید گردد.

(ب) تبصره پیرامون رفتار قانونی با نوجوانان

برخورد با مرتکبین خوردسال و جوان در محاکمات جزائی به موجب سنشان مستلزم توجه خاص می‌باشد. هم قوانین بین‌المللی و هم قوانین اسلامی مسئولیت جرمی طفل را به استناد مراحل رشد وی تعیین می‌کنند. مطابق قوانین بین‌المللی یک طفل شخصی است که کمتر از ۱۸ سال داشته باشد، مگر اینکه بر اساس قوانین ملی اکثریت آراء طور دیگری باشد (ماده ۱ میثاق حقوق طفل).^{۶۹} از مرحله آغاز تحقیق تا تطبیق جزاء حداقل همان تضمین‌ها و محافظت‌هایی که قانوناً به بزرگسالان تجویز شده است به نوجوانان نیز داده می‌شود. تعیین محافظت وسیع‌تر برای اطفال یعنی از زمان قبل از محاکمه الی مرحله پس از محاکمه از آگاهی داشتن از موقف آسیب‌پذیر اطفال، مسئولیت باریک آنها، و علاقمندی دولت و جامعه در حفظ و رشد نوجوانان ناشی می‌شود. یکی از ویژگی‌های عمده محاکمه اطفال این است که منافع کودک در تمام مراحل عدلی باید در صدر ملاحظات باشد. گرفتاری و توقیف باید به مثابه آخرین وسیله اقدام و برای کوتاه‌ترین وقت مناسب به کار گرفته شده شود. در جریان قضائی باید سن طفل و مصلحت رشد احیای مجدد او در نظر گرفته شود. ماده ۴۰ میثاق حقوق طفل خواهان آن است که برخورد عدلی با طفل باید به نحوی باشد که با کرامت طفل و آرزوی رشد احیای مجدد طفل در جامعه هم‌ساز باشد. از این رو، لازم است سیستم‌های جداگانه عدلی برای رسیدگی با قضایای متهمین خوردسال و جوان ایجاد شود. به منظور آنکه بتوانیم احیای مجدد طفل در جامعه را تأمین نمائیم باید سوابق جرایم طفل را جداً محرم نگه داشت و صرف در اختیار کارمندان ذیصلاح قرار داد. همچنین به منظور حفظ محرمانگی و جلوگیری از بدنام شدن اطفال باید محاکمه اطفال و نوجوانان دور از انتظار عامه و مطبوعات انجام یابد. نوجوانان و اطفال هرگاه محکوم به حبس می‌گردند باید از بزرگسالان جدا ساخته شوند.^{۷۰}

مطابق به فقره (أ) ماده ۳۷ میثاق حقوق طفل، جزای اعدام و حبس ابد، که رهائی از آن ممکن نباشد، برای اطفال ممنوع می‌باشد.

احکام ویژه در رابطه با حفظ منافع اطفال و نوجوانان را همچنین می‌توان در قانون جزاء افغانستان و قانون جدید رسیدگی به تخلفات اطفال دریافت. در صورتی که تفاوت در متون این دو قانون مشاهده شود، باید به قانون جدید رسیدگی به تخلفات اطفال رجحان داده شود. اولویت و تفوق قانون جدید بر ماقبل آن (lex posterior derogat legi priori) یک اصل برجسته تیوری حقوقی به شمار می‌آید.

^{۶۹} افغانستان به تاریخ ۱۹۹۰/۰۹/۲۷ میثاق حقوق طفل را تصویب نمود و این میثاق به تاریخ ۱۹۹۴/۰۴/۲۷ در افغانستان نافذ

گردید.

^{۷۰} توماس، جامایکا (نظریات مصوب ۱۹۹۹/۰۵/۲۶) اطلاع شماره ۱۹۹۸/۸۰۰.

قانون جدید رسیدگی به تخلفات اطفال تعاریفات مهمی را در ماده ۴ به ارتباط خوردسالان دارا می‌باشد که در فوق از آنها تذکر به عمل آمد. این احکام تعاریفات قبلی در قانون جزاء را تعویض می‌کنند (ماده ۷۰ الی ۷۲ قانون جزاء افغانستان).

مطابق به ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال شخصی که سن هژده سالگی را تکمیل نکرده باشد از وی به نام طفل یاد می‌شود. شخصی که سن دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد، در صورت ارتکاب جرم مسئولیت جزائی به او راجع نمی‌شود (فقره ۱ ماده ۵ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال). هم ماده ۸۵ قانون جزاء افغانستان و هم ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال حکم می‌کنند که سن طفل در زمان ارتکاب جرم اساس تعیین مسئولیت جرمی می‌باشد. باید تأکید ورزید که سن طفل در موقع حکم محکمه تعیین‌کننده نیست (مراجعه شود به فقرة ۲ ماده ۸۵ و فقرة ۱ ماده ۸۶ قانون جزاء افغانستان).

اجراآت قضائی اطفال خصوصیات زیادی دارد. مهم‌ترین آن ایجاد محاکم اختصاصی اطفال مطابق به پراگراف ۱ ماده ۴۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال می‌باشد. علاوه بر آن، طوری که در ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال تذکر به عمل آمده است، باید خارنوالان اختصاصی اطفال وجود داشته باشند. ماده‌های ۹ و ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال معیارهای خاصی را برای کارشناسان حقوقی‌ای که به حیث خارنوالان یا قضات اطفال مصدر خدمت می‌شوند پیش‌بینی می‌کنند. علاوه بر آن، بر اساس فقرة ۴ ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، خارنوال اختصاصی اطفال نمی‌تواند مستقیماً اقدامات قانونی را علیه اطفالی که مرتکب جرم شده‌اند آغاز نماید، مگر اینکه شخص یا مرجعی در این رابطه به خارنوال شکایت تحریری ارائه نماید.

پاراگراف ۱ ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال حکم می‌کند که جلسات محاکم اطفال باید غیرعلنی باشند. علاوه بر آن، انتشار اسناد و پخش محاکم اطفال در رسانه‌های گروهی محدود به یک قاعده و نورم می‌باشد.

ماده ۱۰ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال شرایطی را برای توقیف قبل از محاکمه اطفال پیش‌بینی می‌کند. همچنین در این ماده قبل از همه تأکید می‌شود که اطفال تحت توقیف بایست مجزا از بزرگسالان نگهداری شوند. در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، اصول متعدد محاکمه عادلانه در بسیاری موارد تکرار شده و روی اعتبار و اهمیت آنها به‌خصوص برای اطفال، به گونه مثال حق تعیین وکیل مدافع و داشتن مترجم در ماده ۲۲ این قانون، تأکید به عمل آمده است. این قانون مهم‌ترین نکاتی را که خارنوال و قاضی باید در نظر بگیرد به ترتیب در ماده ۱۷ و ۳۶ نام می‌برد.

مجازات ممکن برای اطفال در ماده ۳۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال حسب سن طفل و نوع جرم تنظیم می‌گردد.

در ماده ۷ این قانون، مجازات خشن و حقارت‌آمیز طفل حتی به منظور اصلاح و تربیت ممنوع قرار داده شده است. ماده ۳۹ این قانون حکم می‌کند که یک طفل را نمی‌توان به اعدام یا حبس ابد محکوم کرد.

هدف و اراده قانون رسیدگی به تخلفات اطفال همانا خودداری از توقیف اطفال است. در ماده ۸ این قانون حجر طفل به حیث آخرین وسیله ممکن تجدید تربیت و اصلاح اطفال متخلف پنداشته شده است. این اراده در احکام قانون جزاء افغانستان پیرامون مجازات اطفال نیز به مشاهده می‌رسد. به این ترتیب، تا جایی که احکام قانون جزاء افغانستان به ارتباط اطفال با قانون جدید رسیدگی به تخلفات اطفال در تضاد نباشند و احکام خاصی در این قانون جدید وجود نداشته باشند، احکام قانون جزاء افغانستان هنوز هم قابل تطبیق می‌باشد. پس از انفاذ قانون جدید رسیدگی به تخلفات اطفال و ایجاد محاکم خاص اطفال بر اساس احکام قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، سیستم قضائی افغانستان اساس خوب قانونی را به منظور پیشبرد محاکمه عادلانه مطابق به با نیازمندیهای خاص اطفال به دست می‌دهد.

تبصره پیرامون قضایا

ا) مطابق به فقره ۲ ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، ممثل حقوقی طفل حق دارد از تمام مراحل اجراءات قانونی علیه طفل که چه از جانب محکمه و چه از جانب خرنوال انجام می‌یابد اطلاع حاصل نموده و در آن اشتراک ورزد. بر اساس پاراگراف ۷ ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، والدین از جمله ممثل قانونی طفل به شمار می‌آیند. لذا خرنوال اختصاصی اطفال، چون والدین فریده را از استنطاق فریده اطلاع نداده، قانون را نقض کرده است. عواقب این تخطی قابل سؤال است. پاراگراف ۳ ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال حکم می‌کند که عدم حضورداشت ممثل قانونی طفل حین تحقیق مانع جریان تحقیق شده نمی‌تواند. ولی هدف از این حکم به احتمال قوی حفاظت جریان تحقیق است؛ ممثلان حقوقی نباید امکان آن را داشته باشند که با عدم اشتراکشان در اجراءات قانونی جریان تحقیق را مانع شوند. از این رو، این ماده به خرنوال اجازه نمی‌دهد که از اطلاع ممثلان حقوقی اباء و ورزیده و بدین وسیله احکام قانون را نقض نماید. لذا استنطاق خرنوال بر اساس ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم باید فاقد اعتبار پنداشته شود. در ماده ۲۳ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال چاره و جبران خاصی در اجراءات قانونی اطفال پیش‌بینی شده است. بر اساس حکم مندرج این ماده ممثل قانونی می‌تواند به خرنوال فوقانی شکایت نماید.

ب) بر اساس پاراگراف ۴ ماده ۱۰ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، اطفال تحت توقیف جدا از بزرگسالان نگهداری می‌شوند. ماده ۱۲ این قانون حکم می‌کند که آنها باید در محلات خاص مؤقتاً تحت توقیف قرار گیرند. هیچ استثنائی در این قاعده وجود ندارد. لذا، خرنوال اختصاصی اطفال با توقیف عالم یکجا با چند نفر بزرگسال احکام قانون را نقض کرده است.

پیشنهاد برای مباحثه:

- هدف از تعقیب عدلی و مجازات متخلفین نوجوان و اطفال چیست؟
- ضرر مجبوس ساختن صغار چی می‌باشد؟
- آیا اشتراک کنندگان سیمینار با موارد تخلفات اطفال تجربه دارند؟ در صورت پاسخ مثبت، آیا در این موارد ویژگیهایی به مشاهده رسیده است؟

بخش دوم: مطالعه موارد و قضایا

مورد اول

عثمان محصل افغانی دارای سن ۲۷ باشنده کابل به تاریخ ۱۱ نوامبر سال ۲۰۰۳ به اتهام سوء قصد در سه قضیه گرفتار می‌گردد. وی در مأموریت پولیس از جانب چندین تن کارمند پولیس برای ۳۶ ساعت مورد بازداشت و استنطاق قرار می‌گیرد بدون آنکه برایش غذا و یا اجازه خواب بدهند. عینکش را از نزدش می‌گیرند تا نتواند بنا بر ضعیف بودن چشمانش چیز زیادی ببیند. یکی از مستنطقین وی را به «برخورد تندتر و شدیدتر» تهدید نموده به وی می‌گوید که «آنها محل سکونت خواهرش را می‌دانند». بالاخره، افراد پولیس تفنگچه‌ای را در برابر کله عثمان قرار داده ماشه آن را کش می‌نمایند — عثمان نمی‌داندست که تفنگچه مرمی نداشت. پس از این حوادث عثمان به سه اتهام منسوب اعتراف نموده و اقرار کتبی خویش را امضاء می‌کند. در تمام جریان تحقیق برای عثمان فرصت گرفتن وکیل قانونی داده نمی‌شود.

قضیه عثمان در نشرات تلویزیون و اخبار برای چندین هفته مورد بحث قرار داشت. به تاریخ ۱۳ نوامبر سال ۲۰۰۳ آمر پولیس طی یک مصاحبه تلویزیونی اعلام نمود که «من مطمئنم که عثمان قاتل می‌باشد». علاوه بر آن، یک روز بعد مستنطق وی در چندین اجلاس محاکمه علنی اظهار داشت که عثمان مجرم می‌باشد.^{۷۱}

- کدام اصول در جریان استنطاق عثمان نقض شده می‌تواند؟
- کارمندان پولیس باید در مدت تحقیق چگونه با متهم برخورد نمایند؟
- آیا اظهارات مطبوعاتی کارمندان عدلی درست بود؟
- اشخاص دخیل در تحقیق باید چگونه عملی از خود در برابر مردم نشان دهند؟

۱. تحقیق، برخورد مسئولین پولیس

أ) برخورد مسئولین پولیس با عثمان در جریان استنطاق می‌تواند اصل حفاظت در برابر شکنجه و برخورد اهانت آمیز را نقض کند که در پاراگراف ۱ و ۲ ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان و فقره (۴) ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تسجیل یافته است (مراجعه شود به فصل اول بخش (د)).

شکنجه را می‌توان چنین تعریف کرد: شکنجه عبارت است از

- اعمال مأمورین دولتی
- که به گونه عمدی باعث درد و رنج شدید فیزیکی یا روانی
- به خاطر نیل به یک هدف معین چون گرفتن معلومات یا اقرار
- و یا مجازات، ارعاب یا تبعیض شخص می‌گردد.^{۷۲}

^{۷۱} گریدین از روسیه فدرالی، کمیته حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ملل متحد، CCPR/C/69/D/770/1997.

^{۷۲} م. نوواک، همانجا، صفحه ۱۶۱.

هرگاه در تعریف فوق‌الذکر یک یا چند عنصر آن موجود نباشد، در آن صورت این عمل شکنجه نه بلکه یک برخورد ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز به شمار می‌آید. در حالی که برخورد غیرانسانی و یا ظالمانه تمام اشکال تحمیل رنج شدید را در بر می‌گیرد؛ اشکالی که آن را به علت فقدان یکی از عناصر عمده مذکور^{۷۳} نمی‌توان شکنجه نامید. برخورد اهانت‌آمیز ضعیف‌ترین سطح نقض این اصل به شمار می‌آید که در آن نه شدت رنج بلکه اهانت با اهمیت‌تر می‌باشد.^{۷۴} آنچه خیلی دشوار است تفکیک شکنجه از برخورد ظالمانه و غیرانسانی مطابق به درجه شدت رنج است که به احساسات ذهنی متضرر نیز بستگی دارد.^{۷۵}

اعمال مورد بحث در اینجا عبارت‌اند از:

- محروم ساختن از غذا و خواب برای ۳۶ ساعت
- گرفتن عینک چشم
- تهدید «برخورد تندتر و شدیدتر» و همچنین تهدید به دانستن محل سکونت خواهر و
- تهدید تقلیدی به مرگ.

تهدید تقلیدی به مرگ عمل یک کارمند دولتی (افسر پولیس) می‌باشد که عمداً درد و یا رنج روانی را بر شخص متهم وارد می‌نماید. عثمان از هراس مرگ رنج برده و از این رو تکلیف زیاد روانی می‌بیند. این عمل به این دلیل انجام می‌یابد تا از وی معلومات دریافت شده و یا اعتراف نماید. لذا این عمل شکنجه پنداشته می‌شود.^{۷۶} اعمال دیگری که در آن تمام عناصر دیگر شکنجه به مشاهده می‌رسد از لحاظ شدت آنها قابل تردید است که آیا به حیث شکنجه به شمار خواهد آمد یا خیر.

اما محروم ساختن انسان از غذا و خواب برای ۳۶ ساعت به مثابه برخورد ظالمانه و غیرانسانی تلقی می‌شود. محروم ساختن عثمان از غذا و خواب موجب رنج فیزیکی او می‌گردد. این کار همچنین باعث کاهش ظرفیت فکری وی می‌شود. بدین ترتیب، این کار قابلیت دانستن استنتاج و ارائه پاسخ کافی و لازم به پرسشهای مستنطق را به تحلیل برده، ناآرامی شخص را افزایش بخشیده و وی را در برابر تهدیدهای مشابه بعدی آسیب‌پذیرتر می‌سازد.

گرفتن عینک چشم عثمان نیز رفاهیت او را کاهش داده ولی می‌توان آن را صرف به عنوان برخورد اهانت‌آمیز پنداشت، زیرا رنج روانی آن کمتر است. وقتی انسان دیگر نتواند دور و پیش خویش را واضحاً ببیند، احساس ترس و عدم مصونیت به او دست می‌دهد. ممکن است عثمان در جریان استنطاق سراسیمه شده عکس‌العملی را که در شرایط دید روشن و واضح از چهره و حرکت مستنطقین از خود نشان می‌داد، بروز نداده است.

^{۷۳} م. نوواک، همانجا، صفحه ۱۶۳.

^{۷۴} م. نوواک، همانجا، صفحه ۱۶۵.

^{۷۵} م. نوواک، همانجا، صفحه ۱۶۲.

^{۷۶} م. نوواک، همانجا، صفحه ۱۶۲.

تهدید به «برخورد تندتر و شدیدتر» در جریان استنطاق را می‌توان به مثابه تهدید غیرمستقیم یک برخورد اهانت‌آمیز به منظور ترسانیدن متهم درک کرد. این اظهار که افراد پولیس از محل اقامت خواهر عثمان آگاهی دارند به پیمانۀ تهدید مشخص متضرر ساختن و بی‌عزت نمودن خواهر او و در نتیجه خود متهم و تمام خانواده‌اش محسوب می‌گردد، حتی اگر چنین واضحاً بیان نشده باشد. این امر شخص را در ارباب و ابهام بیشتر کشانیده بالای وی فشار روانی می‌گذارد. اما این رفتار را بنا بر شدت آن نمی‌توان شکنجه تلقی کرد.

لذا تمام اعمال فوق‌الذکر با فقره ۴ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تناقض دارد که حسب آن مظنون یا متهم نباید مورد ارباب یا نحوی از فشار جسمی یا روحی قرار گیرد. افزون بر آن، این اعمال تخطی است از ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به نحو شکنجه و برخورد ظالمانه، غیرانسانی و اهانت‌آمیز، و نقضی است از فقره ۱ ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به نحو پامال نمودن حق رفتار انسانی و محترمانه به حیثیت ذاتی شخص. دو تناقض اخیرالذکر همچنین با قانون اساسی افغانستان در تباین است که در پاراگراف ۱ ماده ۷ آمده است که دولت منشور سازمان ملل متحد، معاهدات بین‌المللی و میثاقهای بین‌المللی‌ای را که افغانستان به امضاء رسانیده است، رعایت می‌نماید. الحاق افغانستان به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به تاریخ ۲۴ اپریل سال ۱۹۸۳ نافذ گردید.^{۷۷} هرگاه افراد پولیس واقعاً به خواهر عثمان لطمه می‌رسانیدند، این کار نقض ماده ۲۶ قانون اساسی افغانستان می‌شد که در آن آمده است «جرم یک عمل شخصی است. تعقیب، گرفتاری و یا توقیف متهم و تطبیق جزاء بر او به شخص دیگر سرایت نمی‌کند.»

باید تأکید ورزید که صرف‌نظر از اینکه یک عمل شکنجه یا ظالمانه تعریف شود، هم رفتار غیرانسانی و هم روش تحقیرآمیز هر دو در قوانین افغانستان و قوانین بین‌المللی ممنوع می‌باشد.

ب) برخورد پولیس می‌تواند تخطی از حق سکوت اختیار کردن متهم که در عین حال وارد ساختن فشار مستنطق به خاطر ارائه شهادت متهم به خودش را مانع می‌شود، نیز به حساب آید. مراجعه شود به پاراگراف ۲ ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان، ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان، فقره‌های ۴، ۵، ۶ و ۷، ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم (مراجعه شود به فصل اول بخش (و)).

حق سکوت کردن با منع شکنجه و برخورد اهانت‌آمیز ارتباط نزدیک داشته مظنون یا متهم را از مجبوریّت ارائه شهادت به خود باز می‌دارد. اشکال مختلف فشار مستقیم یا غیرمستقیم جسمی یا روانی، از شکنجه و برخورد غیرانسانی تا شیوه‌های متنوع جبر و اکراه ممنوع می‌باشد.

فقره ۲ ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان تعذیب شخص تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزاء را حتی به مقصد کشف حقایق ممنوع قرار می‌دهد.

طوری که در بالا ذکر گردید، تهدید مرگ تقلیدی به معنی شکنجه بوده و لذا تخطی از فقره ۲ ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان پنداشته می‌شود.

^{۷۷} مراجعه شود به <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Statusfrset?OpenFrameSet>

اما ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان حکم می‌کند که هرگونه اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود، اعتبار ندارد. علاوه بر آن، ماده ۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم ارباب یا وارد آوردن هرگونه فشار جسمی یا روانی بر مظنون یا متهم را ممنوع قرار داده حکم می‌کند که اظهارات وی باید در فضای آزادی مطلق اخلاقی ارائه گردد؛ وی می‌تواند از حق سکوت اختیار کردن استفاده نماید و باید از این حق آگاه ساخته شود.

در قضیه فعلی، بالای عثمان از طریق محروم ساختن او از غذا و خواب و تهدیدهای متعدد فشار وارد گردیده است. این اعمال پولیس متوجه اخذ اعتراف وی به اتهامات یا قتل بوده است. در روز سوم وقتی عثمان اقرار می‌نماید و در پای اعتراف کتبی امضاء می‌کند، مقصد و مرام پولیس بر آورده می‌شود. با در نظر داشت اعمال پولیس، وی به هیچ وجه قادر نبود این تصمیم را در فضای آزادی مطلق اخلاقی اتخاذ نماید. علاوه بر آن، واضح نیست که آیا عثمان در موقعی قرار داشت که محتویات اعتراف امضاء شده را بداند. زیرا عینکهایش را گرفته بودند. از این رو، این برخورد پولیس نقض ماده ۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم به شمار آمده و حق سکوت اختیار کردن را پامال می‌نماید حتی اگر او در فرجام اقرار هم نمی‌کرد.

فشار وارده بر عثمان بند (ز) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را که حاوی حق سکوت اختیار کردن می‌باشد نقض کرده و بدین ترتیب ماده ۷ قانون اساسی افغانستان را در رابطه با بند (ز) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بنا بر عین دلایل نیز نقض می‌کند.

ج) محروم ساختن تماس وی با وکیل مدافع می‌تواند اصل «حق تعیین وکیل مدافع» را حسب فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان، فقره ۷ ماده ۵، فقره ۱ ماده ۱۸ و فقره ۱ ماده ۳۸ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم نقض نماید (مراجعه شود به فصل اول بخش (ز)).

حق دفاع کافی و لازم نه تنها در جریان محاکمه بلکه همچنین در مرحله قبل از محاکمه تضمین می‌شود (مراجعه شود به فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان). این حق می‌تواند به مثابه حفظ توازن در برابر فضای ترسناکی که اکثراً در جریان تحقیق در مأموریت پولیس حکم فرما می‌باشد و هدف از آن بعضاً خاص برای اخذ اقرار می‌باشد، مشاهده گردد.^{۷۸} مظنون یا متهم باید همچنین از این حق مطابق فقره ۷ ماده ۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم مطلع ساخته شود تا از آن استفاده لازم نماید. ماده ۱۸ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که مظنون و متهم حق دارند از خدمات وکیل مدافع منتخبشان استفاده نمایند. در ماده ۳۸ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم همچنین به این محافظت حقوقی افزوده شده تصریح می‌گردد که وکیل مدافع حق دارد در تمام مراحل جریان استنطاق مظنون حاضر باشد.

در قضیه مورد نظر، عثمان از داشتن وکیل مدافع در تمام جریان استنطاق محروم بود. معلوم نیست که آیا وی از این حق مطلع ساخته نشده بود و از این رو تقاضای وکیل مدافع نکرد، و یا اینکه تقاضای وی مبنی بر داشتن

^{۷۸} مراجعه شود به ماگی، انگلستان، کمیسیون اروپائی حقوق بشر، تقاضای شماره ۹۵/۲۸۱۳۵، فیصله مورخ ۶ جون سال ۲۰۰۰.

وکیل مدافع از جانب مستنطق رد شد. در هر دو حالت، حداقل فقره ۱ ماده ۳۱ نقض گردیده است زیرا به عثمان وکیل مدافع فراهم نگردیده بود. هرگاه به وی وکیل فراهم می‌شد، وکیل مطابق به ماده ۳۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم حق می‌داشت در جریان تحقیق حاضر باشد.

بند (ب) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی حاوی حق تماس مظنون یا متهم به وکیل مدافع منتخب او می‌باشد. در بند (د) فقره ۳ ماده ۱۴ حکم می‌شود که مظنون از حق داشتن وکیل مدافع مطلع ساخته شود و در صورتی که به مصلحت عدالت باشد به وی وکیل مدافع تعیین گردد. آنچه در اینجا مشخصاً بیان نشده است عبارت از این است که آیا این حق در مرحله قبل از محاکمه نیز قابل تطبیق می‌باشد یا خیر. اما کمیته حقوق بشر نقض میثاق را در چندین موردی که به متهم در زمان توقیف قبل از محاکمه حق داشتن وکیل مدافع داده نشده و مجبور به اعتراف ساخته شده است، دریافته است.^{۷۹} این تضامین نشان‌دهنده گرایشی است که به وسیله آن حق داشتن وکیل مدافع در جریان کلیه مراحل اجراءات قضائی به شمول مرحله قبل از محاکمه تأمین می‌گردد.

باز هم واضح نیست که آیا عثمان از حق داشتن وکیل مدافع آگاه ساخته شده بود یا خیر. اما آنچه مسلم است این است که وی از تماس به وکیل مدافع منتخبش محروم ساخته شده بود. علاوه بر آن، با درنظرداشت این حقیقت که عثمان متهم به قتل بود و با درنظرداشت مجازات شدید، به مصلحت عدالت می‌بود که برای وی یک وکیل تعیین می‌شد. لذا بند (ب) و (د) فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و نیز ماده ۷ قانون اساسی افغانستان نقض گردیده است (مراجعه شود به فوق).

نتیجه: اعترافی را که عثمان پس از تهدید تقلیدی به مرگ، و بعد از ۳۶ ساعت استنطاق و تحریم خواب و غذا امضاء نموده است نمی‌توان دیگر به عنوان یک دلیل اثباتی با اعتبار در محاکمه علیه وی به کار گرفت. ماده ۳۰ قانون اساسی افغانستان حکم می‌کند که هرگونه اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود، اعتبار ندارد. علاوه بر آن، ماده ۷ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم به گونه عام حکم می‌کند که دلایل و شواهدی که بدون رعایت احکام قانون جمع‌آوری شده باشد فاقد اعتبار می‌باشند. (د) کارمندان پولیس نیز در مرحله تحقیق مکلف به برخی از اصول محاکمه عادلانه و اجراءات لازم عدلی می‌باشند (مراجعه شود به فصل اول این رساله). آنها وظیفه دارند با تمام مظنونین به شیوه غیر تبعیضی برخورد نمایند. یعنی آنها باید با حقایق عیناً مساوی برخورد مساوی و با حقایق عیناً غیرمساوی برخورد غیرمساوی نمایند.^{۸۰} عدول از این قاعده باید با دلایل عینی توجیه گردد. برخورد متفاوت بر اساس عواملی چون منشأ قبیله‌ای، مذهب، جنس، موقف، ثروت، تعلیقیت سیاسی و غیره تخطی از قانون خواهد بود (مراجعه شود به ماده ۳ قانون محابس و توقیف‌خانه‌ها). برخورد متفاوت مبنی بر عوامل فوق‌الذکر با درنظرداشت تجارب تاریخی و

^{۷۹} کانتریس، یوروگوای، سند رسمی چهلیمین اجلاس مجمع عمومی ملل متحد، ضمیمه شماره ۴۰ (الف/۴۰/۴۰)، صفحه ۱۹۶؛

مارینا لوبیراس، سند رسمی سی و نهمین اجلاس مجمع عمومی ملل متحد، ضمیمه (الف/۳۹/۴۰).

^{۸۰} م. نوواک، تبصره پیرامون میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ملل متحد، ۲۰۰۵، صفحه ۶۰۶.

اینکه دریافت دلایل عینی برای چنین برخورد محال خواهد بود، به معنی تبعیض تلقی خواهد شد. همچنین، وجیهه پولیس است که از اصل برائت ذمه پیروی نموده و نمی‌تواند با مظنون به شیوه‌ای رفتار کند که به گناه وی دلالت کند. این همچنین بدان معنی است که توقیف در مرحله قبل از محاکمه باید به چند حالت محدود که در آن نص و خط قانون جداً رعایت گردد منحصر ساخته شود. مأمورین پولیس باید به حق سکوت اختیار کردن مظنون احترام گذاشته و وی را از این حق آگاه سازند. تمام مقامات قانونی باید با مظنون مطابق به کرامت انسانی رفتار نمایند. بالآخره، آنها باید به مظنون اجازه دهند به وکیل مدافع دلخواه خویش دسترسی داشته باشد و وی را از این حقش آگاه سازند.

۲. استنتاج، برخورد قبل از محاکمه در انظار عامه

ا) اظهارات آمر پولیس و مستنطق در مورد عثمان می‌تواند اصل برائت ذمه را نقض نماید. مراجعه شود به ماده ۲۵ قانون اساسی افغانستان، ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، ماده ۴ قانون جزاء افغانستان (فصل اول بخش (ج)).

این اصل که متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرارگیرد بی‌گناه شناخته می‌شود، به وسیله اعتراف متهم محدود شده نمی‌تواند. اعتراف می‌تواند بنا بر دلایل مختلف حقیقت نداشته و یا بی‌اعتبار باشد؛ مانند قضیه مورد بحث که در آن اعتراف عثمان به علت توسل به اجبار در جریان استنتاج به دست آمده است و از این رو نمی‌تواند اصل برائت ذمه را محدود سازد. اصل برائت ذمه تمام مقامات دولتی، یعنی پولیس، خارنوال، قاضی مربوط زمان قبل از محاکمه، و غیره را مکلف می‌داند از پیش‌داوری نتیجه محاکمه خودداری ورزند.^{۸۱} آمر پولیس با گفتن این جمله که «من مطمئنم که عثمان قاتل می‌باشد» بر مرحله قبل از محاکمه و نیز جریان محاکمه به شیوه غیرمناسب نفوذ کرده، فیصله محکمه را پیش‌گویی می‌کند؛ همچنین مستنطق که متهم را علناً مجرم قلمداد نمود نیز به شیوه غیرمسئولانه عمل کرده است.

مقامات عدلی پرهیزگاری‌ای را که اصل برائت ذمه از ایشان می‌طلبد رعایت نکرده، بدین ترتیب اصل مندرج ماده ۲۵ قانون اساسی افغانستان، ماده ۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم و ماده ۴ قانون جزاء را نقض کرده‌اند.

ب) بر اساس اصل برائت ذمه، مقامات ذیدخل در تحقیقات بایست حین اظهاراتشان در برابر مردم از احتیاط لازم کار بگیرند. بیانات مأمورین ارشد تطبیق قانون از این جهت باید محتاطانه باشد که از یک جانب آنها باید این حق مردم را که از موضوعات مربوط آگاهی حاصل نمایند در نظر گیرند و از جانب دیگر باید متوجه باشند که حقوق مظنون یا متهم پامال نگردد. به همین سان، اظهارات مأمورین عدلی باید محدود و محتاطانه باشد؛ به‌ویژه که تحقیقات به ارتباط قضایائی باشد که ممکن است باعث عکس‌العملهای شدید احساساتی مردم گردد

^{۸۱} م. نوواک، همانجا، صفحه ۳۳۰.

و خطر «محکوم‌القبل» احساس شود. هدف از برائت ذمه نه تنها فراهم ساختن محاکمه عادلانه در پیشگاه محکمه بی‌طرف، بلکه همچنین حفظ مظنون از بدنامی‌ای است که با محکوم شدن و یا متهم به ارتکاب جرم ارتباط نزدیک دارد. هرگاه مظنون از جانب کارمندان عدلی در انظار عامه قبل از اینکه جرم وی در سیر منظم قضائی ثابت شده باشد مجرم قلمداد شود، خطر آن وجود دارد که عواقب منفی اجتماعی بر دوش وی گذاشته شود. چون تجرید و احساس بدینی از جانب همقطاران وی بر خانواده مظنون، زندگی اجتماعی و محیط کار وی تأثیر به جا خواهد گذاشت حتی اگر وی در ختم محاکمه برائت حاصل نماید.

مورد دوم^{۸۲}

خالد به تاریخ ۸ سپتامبر سال ۲۰۰۳ زمانی گرفتار می‌شود که پولیس در مورد وی مشکوک می‌گردد که در مفقود شدن دو دختر یازده ساله دست داشته و خطر آن وجود داشت که کشور را ترک بگوید. موصوف بعد از پنج روز مورد نخستین استنطاق پولیس قرار گرفته و تا آن زمان از دلایل گرفتاری خویش اطلاع حاصل نمی‌کند. خالد در جریان استنطاق نخست به تمام پرسشها پاسخ گفته و اعتراف می‌نماید؛ زیرا وی فکر می‌کرد که وقتی مأمورین پولیس از وی پرسش به عمل می‌آورند ناگزیر است به آن پاسخ بگوید. به وی نگفتند که وی حق دارد وکیل مدافع بگیرد. پولیس پس از استنطاق بلافاصله گزارشی به خرنوال ابتدائیه می‌فرستد و خرنوال هم گرفتاری و توقیف او را جنبه قانونی داده، طی ۲۴ ساعت به تحقیق می‌پردازد و الی ۴ هفته پس از گرفتاری خالد اقامه دعوی خویش را به محکمه ارائه نمی‌کند.

- کدام اصول توسط پنج روز توقیف قبل از شروع استنطاق نقض شده می‌تواند؟
- کدام معلومات را پولیس باید در آغاز گرفتاری به خالد می‌داد؟
- خرنوال ابتدائیه کدام مقررات را حین اقامه دعوی رعایت نکرده بود؟ پیامد و عواقب این اشتباه چی می‌باشد؟

۱. توقیف خالد قبل از تحقیق

اینکه خالد برای پنج روز بدون آگاهی از دلایل گرفتاریش در توقیف به سر می‌برد، حق محافظت او در برابر توقیف خودسرانه، به تاسی از فقره ۲ ماده ۲۷، فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان، فقره ۱ ماده ۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم مرتبط با ماده ۳۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، فقره ۲ ماده ۹، بند ۱ فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نقض شده می‌تواند (مراجعه شود به بخش (ه) فصل اول این کتاب).

أ) نخست از همه، باید ثابت گردد که پولیس صلاحیت گرفتاری را داشته است.

بند ۲ فقره ۱ ماده ۳۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم به پولیس عدلی اجازه می‌دهد شخصی را که گویا مرتکب یک جنایت قلمداد می‌شود (مراجعه شود به مواد ۲۳ الی ۲۶ قانون جزاء افغانستان) در صورتی که خطر ناپدید شدن وی احساس شود، گرفتار نماید. در اینجا جنایت بالقوه عبارت است از اختطاف دو تن دختر یازده ساله (بند ۲ ماده ۴۲۰ قانون جزاء افغانستان)، و خطر فرار خالد از کشور. فرض می‌کنیم پولیس دلایلی داشت که باور کند که خالد مرتکب چنین جنایت بوده است. در این صورت، خود گرفتاری مطابق به بند ۲ فقره ۱ ماده ۳۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم می‌باشد.

^{۸۲} گریدین از روسیه فدرالی، کمیته حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ملل متحد، CCPR/C/69/D/770/1997؛

مکلارینس از جامائیکا، کمیته حقوق بشر، CCPR/C/60/D/702/1996.

ب) اما اصل حفاظت در برابر توقیف خودسرانه در مرحله قبل از محاکمه می‌طلبد که شخص توقیف شده در اسرع وقت استنطاق شود و مقتضیات قانونی گرفتاری و توقیف فوراً بررسی گردد تا از توقیف بی‌مورد جلوگیری به عمل آید. به طور عموم، فقره ۲ ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان می‌طلبد که در صورت گرفتاری احکام قانون در نظر گرفته شود. برای دانستن اینکه آیا ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان نقض شده است یا خیر، لازم است احکام دیگر مربوط به گرفتاری را مرور نمایم.

ج) نخست از همه، فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان مشخصاً حق متهم را مبنی بر آگاهی از اتهامات منسوبه حین گرفتاری تصریح می‌نماید. فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم حقی را که در ماده فوق‌الذکر تسجیل یافته است انعکاس داده مشخص می‌سازد که پولیس عدلی که به ابتکار خویش به گرفتاری شخص مبادرت می‌ورزد، باید او را پس از تثبیت هویت از دلایل گرفتاری مطلع ساخته و به ارتباط جرم و حالات آن مورد استنطاق قرار دهد.

یک اصل قبول شده این است که شخص دستگیر شده حق دارد از دلایل گرفتاری خویش و اتهامات علیه او مطلع ساخته شود. این معلومات باید به زبان «ساده و غیرتخنیکی» افاده شود تا وی موجبات عمده قانونی و حقیقی گرفتاری خویش را دانسته بتواند. دلیل گرفتاری حتمی نیست کتبی باشد. ولی مطلع ساختن شخص از اینکه مطابق به احکام قانون اضطراری دستگیر شده است، کافی نمی‌باشد. هدف از این ماده این است که به شخص دستگیر شده امکان داده شود مشروعیت توقیف خویش را توسط محکمه مورد ارزیابی حقوقی قرار دهد. عبارت «به مجرد گرفتاری» در فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان مقطع زمانی دقیق را واضحاً به دست نمی‌دهد. ولی عبارت متن دری چنین افاده می‌کند که در اینجا مقصد از لحظه گرفتاری است.

بند ۱ ماده ۳۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم می‌طلبد که بعد از آنکه هویت شخص دستگیر شده توسط پولیس تثبیت شد، باید دلایل گرفتاری وی برایش ابلاغ و توضیح گردد. در هر قضیه جداگانه باید حقایق مربوط به قضیه در نظر گرفته شود. ولی در این قضیه، خالد الی پنج روز از دلایل گرفتاری آگاه ساخته نمی‌شود، با وصف آنکه هویت وی از همان لحظه گرفتاری کاملاً روشن بود. دلایل دیگر عدم آگاه ساختن خالد از اتهامات منسوبه ارائه نشده است.

لذا پولیس فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم، فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان و فلهمذا فقره ۲ ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان را با عدم مطلع ساختن خالد از دلایل گرفتاریش الی پنج روز، نقض می‌نماید.

د) علاوه بر آن، فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان بیان می‌دارد که هر شخص می‌تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند. فقره ۷ ماده ۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم من جمله تصریح می‌نماید که پولیس مکلف است مظنون را در زمان گرفتاری آگاه سازد که حق دارد در کلیه مراحل وکیل مدافع برای خویش تعیین نماید.

در این قضیه به خالد تفهیم نشده بود که حق دارد وکیل بگیرد. وی پنج روز تمام را بدون نماینده حقوقی در توقیف به سر می‌برد. این امر تخطی از فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان و فقره ۷ ماده ۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم به شمار می‌آید.

(ج) سرانجام، فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم بیان می‌دارد که پولیس وظیفه دارد نه تنها شخص دستگیر شده را از دلایل گرفتاری مطلع سازد، بلکه طی حد اعظم ۲۴ ساعت باید به استنطاق وی به ارتباط حالات جرم بپردازد. هدف از این معاد ثابت آغاز استنطاق همانا اصل برائت ذمه می‌باشد که می‌توان آن را در ماده ۲۵ قانون اساسی افغانستان سراغ نمود. یک شخص بی‌گناه نباید بیشتر از موعد لازم در زندان توقیف گردد.

در این قضیه، خالد برای مدت پنج روز مورد استنطاق قرار نگرفته است. چون برای این تأخیر هیچ دلیلی وجود ندارد، این کار تخلف صریح از فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم و بدین ترتیب فقره ۲ ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان نیز می‌باشد.

(مطابق به فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم، گزارشی باید بلافاصله پس از استنطاق به خرنوال ابتدائی ارسال گردد. در این رابطه، پولیس حسب فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم عمل کرده است.)

۲. استنطاق

خالد بدون حضورداشت وکیل مدافع متهم مورد استنطاق قرار می‌گیرد. وی به پرسشهای مستنطق پاسخ می‌گوید و به جرم اعتراف می‌کند زیرا فکر می‌کرد وی مجبور بود چنین بکند.

طوری که در بخش (ز) فصل اول بیان شد، هر شخص حق دارد در کلیه مراحل تعقیب عدلی، به شمول مرحله قبل از محاکمه، وکیل مدافع داشته باشد. علاوه بر آن، هر شخص حق دارد که در برابر پرسش مستنطق سکوت اختیار نماید، مراجعه شود به بخش (و) فصل اول این کتاب. فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان حکم می‌کند که هر شخص می‌تواند برای دفع اتهام و یا برای اثبات حق خود وکیل مدافع تعیین کند. فقره ۷ ماده ۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم من جمله تصریح می‌نماید که پولیس مکلف است مظنون را در زمان گرفتاری آگاه سازد که حق دارد در کلیه مراحل وکیل مدافع برای خویش تعیین نماید. این معلومات باید در زمان گرفتاری و قبل از استنطاق به مظنون یا متهم ارائه گردد. افزون بر آن، فقره ۶ ماده ۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم بیان می‌دارد که مظنون یا متهم حق دارد از ارائه هرگونه اظهار، حتی اگر مورد سؤال پولیس مربوطه یا مقامات قضائی نیز قرار بگیرد، ابا و ورزد.

در آغاز استنطاق، پولیس خالد را از حق داشتن نماینده حقوقی و حق سکوت اختیارکردن در جریان بازجویی آگاه نمی‌سازد. این تغافل نقض فقره ۱ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان و فقره‌های ۶ و ۷ ماده ۵ قانون

اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم به شمار آمده دو اصل محاکمه عادلانه را پامال می‌کند. و عاقبت آن همانا کاربرد ماده ۷ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم می‌باشد که به تأسی از آن دلایل و شواهدی که بدون رعایت احکام قانون جمع‌آوری شده باشد، فاقد اعتبار بوده، محکمه نمی‌تواند مستند به آن حکم نماید. بدین لحاظ، اعتراف خالد برای مقامات قضائی بی‌فایده است.

الترناتیف:

مستنطق بلافاصله پس از انجام استنطاق گزارشی به خارنوال ابتدائیه می‌فرستد. خارنوال ابتدائیه به گرفتاری و توقیف ضمانت اجرائی داده طی مدت ۲۴ ساعت به استنطاق خالد می‌پردازد؛ ولی الی ۴ هفته پس از گرفتاری متهم به محکمه اقامه دعوی خویش را ارائه نمی‌کند. این کار ممکن است حق خالد مبنی بر حفاظت در برابر توقیف خودسرانه (مراجعه کنید به بخش (ه) فصل اول این کتاب) را پامال نماید. طوری که در فوق ذکر شد، فقره ۲ ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان حکم می‌کند که هیچ شخص را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانون. ماده ۶ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم مرتبط با ماده ۳۶ این قانون حاوی احکام پیرامون توقیف در مرحله قبل از محاکمه می‌باشد.

ماده ۶ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم به ارتباط میعاد توقیف مؤقت به دنبال گرفتاری در جریان مرحله تحقیق به ماده ۳۶ این قانون اشاره می‌کند. در این ماده مشخص می‌گردد که اقامه دعوی باید در مدت ۱۵ روز پس از گرفتاری متهم به محکمه سپرده شود، مگر اینکه محکمه، به درخواست به موقع خارنوال، مدت توقیف را به بیشتر از ۱۵ روز دیگر تمدید کرده باشد. اگر این کار عملی نشود شخص دستگیر شده باید رها گردد.

در قضیه کنونی، خارنوال ابتدائیه بعد از چهار هفته، اقامه دعوی خویش را به محکمه می‌سپارد. وی از محکمه تقاضا نکرد که مدت توقیف متهم را تمدید نماید. لذا مدت توقیف خالد قبل از محاکمه یعنی در جریان مرحله تحقیق خیلی بیشتر از میعاد است که در ماده ۶ مرتبط با فقره ۱ ماده ۳۶ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم پیش‌بینی شده است. در نتیجه، خالد باید مطابق به فقره ۱ ماده ۳۶ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم رها گردد.

مورد سوم

خانواده یک خانم جوان به نام لیما مسکونه هرات شوهری را برای او تعیین می‌کند. اما لیما نمی‌خواهد این شخص را به همسری خویش قبول نماید و از خانه فرار می‌کند. پولیس او را دریافت می‌کند و وی را به توقیف می‌برند. خرنوال به او ابلاغ می‌کند که وی به اتهام بی‌شرمی و بی‌حیائی دستگیر شده است. در زمان محاکمه، لیما را در برابر محکمه حاضر نساختند تا موضوع را به زبان خویش بیان نماید. در عوض، برادرش به نمایندگی او در محکمه حاضر گردید. لیما سرانجام به ده سال حبس محکوم شد.

الترناتیف: لیما را در برابر یک محکمه دولتی حاضر نساختند، زیرا قاضی مریض بود. در عوض، وی پس از مراحل عنعنوی توسط یک جرگه به حبس محکوم شد.

- با محکوم ساختن لیما به حبس به خاطر بی‌حیائی کدام اصول نقض می‌گردد؟
- آیا کافی است که برادر او به نمایندگی از لیما در محکمه حاضر شود؟
- فرق اینکه لیما نه در محکمه دولتی بلکه به عوض آن توسط یک جرگه محکوم می‌گردد چیست؟

۱. پایه‌های حقوقی تعقیب عدلی و فیصله

اینکه لیما به خاطر جرم تصویری بی‌شرمی به حبس محکوم می‌شود، اصل تساوی در برابر قانون و اصل قانونیت جرایم و مجازات‌ها و اصول عام اصدار حکم را پامال می‌کند. مراجعه شود به بخش (ب) فصل اول و بخش (أ) فصل چهارم.

فقرة ۱ ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان مشخصاً حکم می‌کند که «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». این اصل در ماده ۲ قانون جزاء تکرار شده است که بیان می‌دارد «هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به موجب قانون». در ماده ۳ این قانون همچنین آمده است: «هیچ کس را نمی‌توان مجازات نمود مگر مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد». باید از قبل کاملاً واضح باشد که کدام اعمال جرمی‌اند و کدام اعمال غیرجرمی‌اند تا که شهروندان پیش‌بینی کرده بتوانند کدام اعمال ممنوع بوده و قابل مجازات می‌باشند و از این رو نباید از رویه غیرمنتظره اختناق‌آمیز مقامات قضائی در هراس باشند. با تعریف و تشخیص اجراءات جزائی در قوانین و محدود ساختن تحقیق، تعقیب و مجازات عملی که قبلاً بر اساس قانون به حیث عمل جرمی پنداشته شده است، شهروندان در مقابل اعمال خودسرانه مأمورین دولتی محافظت می‌شوند. فقرة ۱ ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان تأیید می‌کند که محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند. محکمه تابع حکم قانون بوده و نمی‌تواند فیصله‌ای را که مطابق به قوانین نباشد اتخاذ نماید.

در قضیه مورد بحث، لیما به جرم بی‌شرمی متهم می‌گردد. اما مطابق به قانون جزاء افغانستان این یک جرم به شمار نمی‌آید. از این رو، هیچ گونه پایه حقوقی برای توقیف یا تعقیب عدلی لیما وجود ندارد. هم در مرحله قبل از محاکمه و هم در مرحله محاکمه حقوق محاکمه عادلانه لیما نقض شده است.

۲. دسترسی به محاکم

اینکه محکمه به عوض اینکه به لیما اجازه دهد قضیه خویش را پیش‌کش نماید برادر او را استماع می‌نماید، نقض اصل دسترسی به محاکم است. مراجعه شود به بخش (أ) قسمت ۲- فصل سوم.

در فقره‌های ۱ و ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان حق فرد مبنی بر استماع وی در محکمه واضحاً درج نیست ولی استنباط از آن چنین است که متهم به محاکم دسترسی دارد. لذا حق استماع شخص به متن ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان، به‌ویژه فقره ۲ این ماده، دلالت می‌کند که حاکمیت: «متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد.» هم در فقره ۳ ماده ۵۲ و هم در فقره ۲ ماده ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم حق متهم مبنی بر حضور وی در جریان محاکمه پیش‌بینی شده است. افزون بر آن، ماده ۵۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم که نتیجه‌گیری محاکمه را توضیح می‌دهد، در فقره ۲ خویش به متهم یا وکیل مدافع وی اجازه می‌دهد به اتهامات خارنوال ابتدائیه پاسخ بگوید.

در قضیه دست‌داشته به لیما اجازه داده نشد که قضیه خویش را در برابر محکمه پیش‌کش نماید. در عوض، برادرش به نمایندگی او در محکمه استماع می‌گردد. عدم حضورداشت وی به معنی نقض حقوقی است که در مواد ۵۲، ۵۳ و ۵۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم پیش‌بینی شده است. زیرا به او فرصت داده نشد تا در زمینه ابراز نظر نموده و یا از حقوق خویش دفاع نماید. اصول محاکمه غیابی در اینجا قابل تطبیق بوده نمی‌تواند، زیرا این اصول صرف در حالتی تعمیم می‌گردد که متهم مفقود باشد و یا نخواهد در محکمه حاضر گردد. در این قضیه، لیما در توقیف دولتی به سر برده و برایش موقع داده نمی‌شود که در محکمه ظاهر شود. نمایندگی او از جانب برادرش نمی‌تواند جای حق استماع شخص او در محکمه را بگیرد. همچنین نمی‌توان این موضوع را با وضعی که خود متهم تصمیم می‌گیرد وکیل مدافعش به نمایندگی او سخن گوید مقایسه کرد؛ زیرا وکیل مدافع نماینده قانونی متهم بوده مکلف است به نفع متهم عمل نماید. برادر لیما مجبور نبود به نفع متهم عمل نماید. ممکن است که منافع وی و یا منافع خانواده با منافع لیما در تضاد بوده باشد. علاوه بر آن، ممکن است وی تمام حقایق مربوط به قضیه را نمی‌داند. محکمه نتوانست برداشتی از خود متهم داشته باشد و ممکن است به یک نتیجه دیگری می‌رسید اگر قاضی شخصاً لیما را استماع می‌کرد و به او اجازه می‌داد تمام معلومات مربوط به قضیه را که از نظر متهم مهم و ارزنده به نظر می‌رسید به زبان خویش به محکمه ارائه می‌کرد.

این مسئله با حق دفاع کافی و لازم ارتباط نزدیک دارد. ولی وی از این حق نیز محروم ساخته شده بود زیرا هرگز نمی‌توانست خود به اتهامات منسوب پاسخ بگوید.

از این رو، حق او مبنی بر دسترسی به محاکم نقض گردیده و در نتیجه حق دفاع کافی و لازم او نیز پامال می‌گردد.

۳. دسترسی به محاکمی که توسط قانون ایجاد شده باشند

احضار لیما در برابر جرگه به عوض محکمه دولتی به معنی نقض حق او مبنی بر دسترسی به محاکم قانونی به شمار می‌آید، مراجعه شود به بخش (أ) قسمت ۱- فصل سوم این کتاب.

هم ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان و هم ماده ۳ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم حکم می‌کند که صلاحیت ارگانهای قضائی شامل رسیدگی به تمام دعاوی‌ای است که از طرف اشخاص حقیقی به حیث مدعی‌علیه در پیشگاه محکمه اقامه شود. در ماده ۱۲۲ قانون اساسی افغانستان و ماده ۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم خارج ساختن قضیه‌ای از دایره صلاحیت قوه قضائیه و تقویض آن به مقام دیگر ممنوع قرار داده شده است.

ماده ۱۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تأکید می‌ورزد که اجراءات جزائی در صورتی که قاضی فاقد اهلیت مربوطه قانونی باشد، باطل می‌باشد.

در قضیه دست‌داشته، جرگه صلاحیت قانونی محاکمه یک عمل را که جرم پنداشته شود نداشت. از این رو، چنین یک نوع محاکمه غیرقانونی محسوب می‌گردد. به این ترتیب، حق لیما مبنی بر رسیدگی قضیه وی از جانب یک محکمه باصلاحیت، مستقل و بی‌طرف که توسط قانون تأسیس شده باشد، نقض می‌گردد.

مورد چهارم

عشیر تبعه ترکمنستان به مظنونیت معامله با مواد مخدر گرفتار می‌گردد. در جریان محاکمه، دلایل الزام قرائت شده و شهود استماع می‌گردند. هر چند عشیر اندکی زبان دری می‌دانست، ولی به قدر کافی بالای این زبان حاکم نبود تا جریان محاکمه را دنبال کرده بتواند. مقامات قضائی پیشنهاد کردند که وی مترجمی برای خود جستجو کند، ولی عشیر توانائی پرداخت حق الترجمه را نداشت. خارنوال برای او یک وکیل مدافع تعیین می‌کند. این وکیل مدافع یکجا با متهم در برابر محکمه حاضر می‌شوند. ولی چون عشیر و وکیل مدافع وی صرف به کمک عبارات عمومی با هم تکلم کرده می‌توانستند، عشیر از اتهامات منسوب کاملاً مطلع نشده و شهادت و مقابله شهود را که وی هرگز قبلاً به چشم سر ندیده بود، فهمیده نتوانست.

- چون عشیر اندکی دری می‌دانست، آیا با تعیین کردن وکیل مدافع برای او در جریان محاکمه از حقوق او به قدر کافی دفاع خواهد شد؟
- آیا عشیر با ابا و ورزیدن از استخدام مترجم از حق خویش مبنی بر ارزیابی شهود منصرف گردید، با وجود آنکه می‌دانست که بدون مترجم جریان محاکمه را دنبال کرده نخواهد توانست؟

حقوق محاکمه عادلانه عشیر با عدم تأمین موجودیت مترجم، به تأسی از فقره ۲ ماده ۳۱ و ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان و فقره ۱ ماده ۲۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، نقض شده می‌تواند. مراجعه شود به بخش (ح) فصل سوم این کتاب.

۱. حق دسترسی به اسناد و معلومات

در فقره ۲ ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان حق مطلع ساختن متهم از اتهام منسوب به مجرد گرفتاری تسجیل یافته است. در فقره ۱ ماده ۲۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم مشخص می‌گردد که در صورتی که مظنون یا متهم به زبان مورد استفاده در تحقیقات و یا محاکمه آشنائی نداشته باشد، برای او باید ترجمان تعیین گردد تا جرم و ادعائی را که بالایش صورت گرفته حداقل برایش توضیح دهد و در جریان استنطاق و مقابله به وی کمک نماید.

حق مطلع شدن از اتهامات منسوب تلویحاً در بر گیرنده حق دانستن این اتهامات می‌باشد. کافی نیست که صرف اتهامات را به مظنون یا متهم ابلاغ کرد، بدون آنکه متوجه بود که آیا وی این اتهامات را درست فهمیده است یا خیر. حتی اگر مظنون یا متهم به نحوی به زبان مورد نظر حرف زده بتواند، در برخی موارد ممکن است این آشنائی به زبان برای دانستن اتهامات و عواقب آن کافی نباشد. مظنون یا متهم باید بالای زبان ابلاغ اتهامات به قدر کافی تسلط داشته باشد.

در قضیه دست‌داشته، عشیر اندکی دری می‌دانست. ولی وی این زبان را به شکل سلیس و روان تکلم نکرده و اتهامات را به شکل کامل آن نفهمیده است. از این رو، حق دسترسی او به معلومات پامال می‌شود.

۲. حق داشتن مترجم

ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان حکم می‌کند که اگر طرف دعوی زبانی را که محاکمه توسط آن صورت می‌گیرد نداد، حق دارد از طریق ترجمان مواد و اسناد قضیه را بفهمد و در محکمه به زبان مادری خویش صحبت نماید. در این رابطه، فقره ۱ ماده ۲۰ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم صدق می‌کند که حاکمیت برای مظنون یا متهم باید ترجمان تعیین گردد تا جرم و ادعائی را که بالایش صورت گرفته برایش توضیح دهد و در جریان استنطاق و مقابله به وی کمک نماید. طوری که در فوق توضیح گردید، هرگاه مظنون یا متهم بخشی از زبان مورد استفاده را بداند ولی به آن تسلط کافی نداشته باشد که جریان اجراءات قضائی را کاملاً دنبال نموده و پاسخهای خویش را طور شاید و باید ارائه بدارد، حق محاکمه عادلانه تأمین نخواهد شد. وی باید در موقعی باشد که سخنان شهود را درست بفهمد و اظهارات آنها را مورد سؤال قرار دهد. گرچه تعیین وکیل مدافع برای متهم مفید است، ولی این به تنهایی خود حق محاکمه عادلانه را تضمین نمی‌کند. اگر متهم نتواند به اندازه کافی با وکیل مدافع خویش تکلم و تفاهم نماید. متهم حق دارد مواد و اسناد مربوط به قضیه را بفهمد و جریان محاکمه را دنبال نماید؛ صرف‌نظر از اینکه وکیل مدافع دارد یا خیر. علاوه بر آن، وکیل مدافع صرف زمانی از مؤکل تا حد توان خویش نمایندگی کرده می‌تواند که از جریان قضیه به شکلی که متهم درک نموده است آگاه باشد. به متهم باید فرصت داده شود با وکیل مدافع خویش مکالمه نماید. از این لحاظ، حق داشتن مترجم با حق ارزیابی شهود (بخش و) (فصل سوم)، حق تعیین وکیل مدافع (بخش ز) (فصل اول) و حق دفاع کافی و لازم (بخش ه) (فصل سوم) ارتباط نزدیک دارد. وکیل مدافع نمی‌تواند جای مترجم را احراز نماید؛ همان طوری که مترجم نمی‌تواند به شکل لازم وکیل مدافع را تعویض نماید، در صورتی که حالات قضیه تعیین وکیل مدافع را ایجاب نماید.

۳. امتناع از حق بررسی شهود

طوری که در بخش و) (فصل سوم توضیح گردید، متهم حق دارد که شهود را فرا خوانده، مورد پرسش و ارزیابی قرار دهد. این موضوع در قانون اساسی افغانستان تذکر نیافته است، ولی در بند ۶ فقره (۳) ماده ۵۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم به گونه مشخص بیان شده است: «... و متهم یا وکیل مدافع او می‌تواند از شهود و اهل خبره پرسش به عمل آورد.»

عدم توانائی پرداخت حق الزحمه مترجم به مثابه امتناع از این حق پنداشته شده نمی‌تواند؛ حتی اگر متهم می‌دانست که وی نخواهد توانست جریان محاکمه را دنبال نماید. دلیل امتناع وی از استخدام مترجم صرف عدم امکانات مالی لازم برای این کار بوده است. امتناع از حق بررسی شهود باید صریحاً از جانب متهم بیان شده باشد و تنها زمانی قابل اعتبار است که متهم از این حق آگاه ساخته شده باشد و تصمیم خویش را مبنی بر آن بنا بر رضایت خودش بدون فشار مقامات قضائی اتخاذ کرده باشد.

مورد پنجم

یاسر به جرم صدمه شدید جسمانی به حبس محکوم می‌شود. وقتی مقامات قضائی، با وصف سعی کافی، نتوانستند در مورد بودوباش وی معلومات دریافت نمایند، او را در غیابش محاکمه می‌کنند. حکم گرفتاری وی صادر می‌گردد. مقامات عدلی او را در تمام محلات معلوم اقامت قبلیش جستجو کردند. ناچار حکم گرفتاری او را به شوراهای شهری تمام محلات اقامت قبلیش تسلیم می‌دهند. بعداً یک وکیل مدافع در غیابش تعیین می‌گردد تا از وی در محکمه نمایندگی نماید. وکیل مدافع فرصت کافی داشت در مورد حقایق قضیه خود را آشنا ساخته، در حالات دعوی شهود ارائه نموده و شهودی را که خارنوال با خود آورده بود با هم مقابله نماید. یاسر بعد از عودت از پاکستان گرفتار گردیده و از جریان محکمه‌ای که در غیابش صورت گرفته است مطلع ساخته می‌شود. دو روز بعد وی می‌خواهد به محکمه بالاتر مرافعه‌خواهی نماید. ولی محکمه به این تقاضای وی جواب منفی می‌دهد، زیرا به نظر محکمه میعاد ارائه درخواست مرافعه‌خواهی گویا گذشته است.

○ آیا شرایط محاکمه غیابی در این قضیه وجود داشت؟

○ آیا یاسر باید فیصله محکمه را پذیرفته، از مرافعه‌خواهی منصرف گردد؟

۱. شرایط محاکمه غیابی

محاکمه غیابی یاسر می‌تواند منافی فقره ۱ ماده ۱۷، مواد ۴۱، ۴۶ و فقره‌های ۱ و ۲ ماده ۴۷، فقره ۲ ماده ۵۳، فقره‌های ۴ و ۵ ماده ۵۹، فقره‌های ۱، ۲، ۳ بند ۳ ماده ۶۳ و نیز ماده ۶۴ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم باشد.

مقامات قضائی، با وصف سعی کافی، نتوانستند در مورد بودوباش وی معلومات دریافت نمایند. از این رو، خود تحقیقات فقره ۱ ماده ۱۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم را که شیوه پیشبرد تحقیقات را بیان می‌دارد نقض نمی‌کند.

چون ممکن نبود حکم گرفتاری او را به هیچ یک از اشکالی که در ماده ۱۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم پیش‌بینی شده است به وی رسانید، زیرا نه محل سکونت متهم و نه محلات کار وی تثبیت شده می‌توانست، محکمه اجازه یافت به تأسی از حکم فقره ۱ ماده ۴۶ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم، یک وکیل مدافع را برای وی تعیین نماید. بعد از اینکه وکیل مدافع تعیین می‌شود وی وقت داشت حقایق مربوط به قضیه را مطالعه نموده و در جریان محاکمه سهم بگیرد. لذا فقره ۲ ماده ۵۳ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم و حق دفاع کافی و لازم (بخش (هـ) فصل سوم) و حق فرا خواندن و بررسی کردن شهود مغایر (بخش (و) فصل سوم) نقض نمی‌شوند، زیرا وکیل مدافع آزادانه می‌توانست تا حد توان از متهم دفاع نماید. لذا شرایط محاکمه غیابی تکمیل می‌گردد.

۲. امکانات استیناف

و اما رد درخواست مرافعه طلبی وی از جانب محکمه مرافعه با بند ۳ فقره ۳ ماده ۶۳ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم در تناقض می باشد. مطابق به این ماده، درخواست مرافعه خواهی بایست طی مدت ۲۰ روز پس از آنکه متهم فیصله محاکمه غیابی خویش را حصول می کند، ارائه گردد.

لذا در قضیه مورد نظر محکمه مرافعه دلیل نادرست ارائه می کند که گویا میعاد تسلیم درخواست سپری شده است. زیرا این میعاد از روزی شروع می شود که متهم ابلاغ حکم را شخصاً دریافت کرده باشد. و این کار زمانی صورت گرفت که وی گرفتار و جریان محاکمه برایش ابلاغ گردید، و وی طی مدت دو روز بعد از آن درخواست خویش را به محکمه ارجاع نمود. از این رو میعاد مذکور قضاء نگردیده یاسر هنوز هم حق مرافعه خواهی داشت.

حق مرافعه خواهی در موارد غیابی اهمیت خیلی زیاد دارد. زیرا این حق برای جبران انقطاع حق استماع در محکمه خیلی ضروری می باشد. از این رو، هرگاه حق اعتراض علیه فیصله محکمه پس از دریافت آن تأمین نگردد، محاکمه عادلانه در موارد محاکمات غیابی ممکن نیست.

مورد ششم

آرمان پسر ۱۵ ساله با والدینش در قندهار بودوباش دارد. وی به جرم سرقت متهم بوده و برای آنکه از تکرار جرم وی جلوگیری شود وی گرفتار و به مأموریت پولیس برده می‌شود. بعداً خارنوال ابتدائیه وی را مورد استفهام و بازجوئی قرار می‌دهد. والدین او از جریان بازجوئی آگاهی نداشته و حضور نداشتند. به آرمان هم نگفتند که وی حق تعیین وکیل مدافع دارد.

در محاکمه که دروازه تالار برای پولیس باز بود آرمان به جزائی که برای کلان‌سالان در نظر گرفته می‌شود محکوم می‌گردد، زیرا وی تذکره نداشت و از این سبب سن خویش را ثابت کرده نمی‌توانست. وی در جریان اجراءات قضائی به وکیل مدافع دسترسی نداشت زیرا وکیل مدافع وجود نداشت. وقتی وی در محبس کلان‌سالان مدت حبس خویش را سپری می‌نماید از جانب محکمه اطفال بار دیگر محاکمه گردیده محکوم به حجز در دارالتأدیب می‌شود.

- شما عمل افراد پولیس را چگونه ارزیابی می‌کنید؟
- شما درباره روش خارنوال چی فکر می‌کنید؟
- شما در مورد جریان محاکمه که به روی مردم علنی و باز بود چی می‌اندیشید؟
- آیا آرمان باید در محکمه از خود نماینده می‌داشت؟
- آیا حکم اولی علیه وی مطابق به قوانین افغانی و بین‌المللی بود؟
- شما در مورد محاکمه دومی آرمان پس از دوره زندان چی فکر می‌کنید؟

۱. نمایندگی در محکمه و استنطاق پولیس

۱. روش پولیس

پولیس آرمان را بنا بر خطر تکرار جرم دستگیر می‌کند. چون وی ۱۵ ساله می‌باشد و لذا حسب پاراگراف ۱ ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال صغیر است، باید احکام ماده ۳ این قانون تعمیم گردد. پاراگراف ۱ ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال حکم می‌کند که پولیس صلاحیت دارد که جرایم اطفال را کشف نماید و پاراگراف ۱ ماده ۱۰ همین قانون حالات دستگیری طفل چون خطر فرار، خطر از بین رفتن اسناد و شواهد جرم و خطر تکرار جرم را بیان می‌دارد. بدین ترتیب، پولیس اجازه داشت آرمان را دستگیر نماید.

۲. روش خارنوال

در رابطه با خارنوال چندین موضوع مورد سؤال قرار می‌گیرد.

أ) درگام نخست قابل شک و تردید است که آیا خارنوال ابتدائیه صلاحیت تحقیق آرمان را داشت یا خیر. پاراگراف ۱ ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال صلاحیت خاص خارنوال اطفال را که مسئولیت بررسی،

تحقیق و تعقیب جرایم اطفال را به عهده دارد، تعیین می‌نماید. بدین لحاظ، خارنوال در قضیه مورد نظر فاقد چنین صلاحیت بوده است.

ب) آرمان در جریان استنتاج خارنوال به یک وکیل مدافع دسترسی نداشت. این کار نقض حق داشتن وکیل مدافع به شمار آمده می‌تواند. این حق در ماده ۳۱ قانون اساسی افغانستان و فقره ۷ ماده ۵، فقره‌های ۱، ۲، ۳، ماده ۱۸، ماده ۱۹، ماده ۳۸ و ماده ۴۱ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم تسجیل یافته است. اما چون آرمان طفل است باید نخست از همه پاراگراف ۱ ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال به حیث قانون اختصاصی (lex specialis) در مورد وی تطبیق گردد. مطابق به حکم این ماده، یک طفل حق دارد در تمام مراحل تحقیق و محاکمه وکیل مدافع داشته باشد. آرمان از حق تعیین وکیل مدافعش آگاه ساخته نمی‌شود.

صرف‌نظر از اینکه آیا ما مکلفیت مقامات قضائی را از احکام فقره ۷ ماده ۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم مبنی بر با خبر ساختن مظنون یا متهم از حق تعیین وکیل مدافع استنتاج نمائیم و یا آن را جزء حق تعیین وکیل مدافع بدانیم، در این قضیه این حق تلف شده است. زیرا هر چند کتباً کدام مکلفیتی به ارتباط فقره ۷ ماده ۵ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال به مشاهده نمی‌رسد، ولی می‌توان استدلال کرد که این مکلفیت در مورد اطفال نیز صدق می‌کند. در گام نخست، قانون رسیدگی به تخلفات اطفال یک قانون اختصاصی است، لذا احکام قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم قابل تطبیق می‌باشد؛ در صورتی که این احکام در قانون رسیدگی به تخلفات اطفال وجود نداشته و با اهداف این قانون در تضاد نباشد. ثانیاً اگر مقامات قضائی مکلف‌اند که یک شخص بالغ را از حق تعیین وکیل مدافع آگاه سازند، آنها منطقاً مکلف‌اند که اطفال را نیز از حقوقشان مطلع سازند زیرا آنها نسبت به بزرگ‌سالان بیشتر به حمایت و معلومات نیاز دارند.

ج) علاوه بر آن، والدین آرمان از بازجوئی و استنتاج خارنوال آگاهی نداشتند.

مطابق به پاراگراف ۲ ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، ممثل قانونی طفل حق دارد از کلیه مراحل اجرای قانونی‌ای که توسط خارنوال یا محکمه عملی می‌گردد آگاه و در آن اشتراک نماید. حسب پاراگراف ۷ ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، والدین ممثل قانونی طفل می‌باشند. لذا خارنوال از اینکه والدین آرمان را از جریان تحقیق اطلاع نداده است، برخلاف پاراگراف ۲ ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال عمل کرده است.

در نتیجه نقض قانونی که به وسیله خارنوال تحریک شده، تمام اسناد و شواهدی که در جریان استنتاج به دست آمده است، به طور مثال پروتوکول استنتاج، مطابق به ماده ۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم از اعتبار ساقط می‌باشد.

در زمینه تخطی از قانون اجرای جزائی یک شکل خاص شکایت برای ممثلان حقوقی در جریان مرحله قبل از محاکمه قضایای اطفال وجود دارد. مطابق به ماده ۲۳ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، ممثل قانونی طفل

حق دارد، بعد از حصول معلومات از جریان تحقیق، به خرنوال فوقانی شکایت نماید. خرنوال فوقانی مکلف است شکایت را بدون تأخیر بررسی نموده، در مورد، تصمیم مقتضی اتخاذ نماید.

۲. تطابق محاکمه اولی با قوانین افغانستان و سایر قوانین بین‌المللی

محاکمه اولی پر جنجال است زیرا:

أ) محاکمه به شکل علنی صورت گرفته است

ب) آرمان به جزای کلان‌سالان محکوم می‌شود.

أ) اصولاً محاکمات، طوری که در ماده ۱۲۸ قانون اساسی افغانستان و فقره ۲ ماده ۵۲ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم بیان شده است، باید علنی باشند. با وجود آن، در ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال استثناء خاصی مبنی بر محاکمات محاکم اطفال پیش‌بینی شده است. بر اساس این ماده، محکمه اطفال جلسه خویش را طور سری دایر می‌کند و صرف فیصله خویش را به مردم اعلام می‌دارد. هدف از این ماده حفظ محریت طفل، جلوگیری از بدنامی طفل و افزایش امکان بازپیوندی طفل در آینده می‌باشد. لذا محکمه با تدویر علنی مجلس محاکمه ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال را نقض کرده است.

طوری که در بالا (فصل پنجم بخش (ب)) تذکر یافت، افغانستان با انفاذ این حکم مطالبات ماده ۴۰ میثاق حقوق طفل را برآورده ساخته است.

ب) آرمان به جزای کلان‌سالان محکوم می‌گردد زیرا او سن خویش را ثابت کرده نمی‌توانست.

در ماده ۷۳ قانون جزاء افغانستان و نیز در پاراگراف ۱ ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال آمده است که تثبیت سن طفل در جریان تحقیق و محاکمه بر اساس تذکره تابعیت صورت می‌گیرد. هرگاه طفل تذکره نداشته باشد و یا حالت ظاهری وی با سن مندرج تذکره تابعیت او تغییر داشته باشد، نظریه داکتر طب عدلی را باید حاصل نمود (مراجعه شود به پاراگراف ۲ ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال). هرگاه نظریه داکتر مورد سؤال قرار گیرد، نظریه هیئت طبی باید اخذ گردد (پاراگراف ۳ ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال). این احکام مکلفیت محکمه را نسبت به تثبیت سن طفل نشان می‌دهند.

از این لحاظ، محکمه به هیچ وجه اجازه ندارد تا مسئولیت تثبیت سن طفل را به دوش خود طفل بیفکند و یا خود بنا بر تخمین خویش یک سن معین طفل را فرض کند. این تخمین محکمه صرف اعتبار تذکره (پاراگراف ۳ ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال) و معاینه داکتر طب عدلی (پاراگراف ۳ ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال) را مورد شک و تردید قرار داده، سن طفل را ثابت کرده نمی‌تواند.

لذا فرض نمودن آرمان به حیث یک شخص بالغ، بدون آنکه حداقل به داکتر طب عدلی مراجعه شود، تخطی از پاراگراف ۲ ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال شمرده می‌شود.

این نوع نقض قانون اجراءات جزائی باید طی مرافعه‌خواهی بر اساس ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم مورد رسیدگی قرار گیرد. شرط فقره ۴ ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم وجود دارد، زیرا اگر سن آرمان مطابق به احکام قانون تثبیت می‌شد، ممکن نمی‌بود محکمه او را به جزای بزرگسالان محکوم نماید.

از این رو، نقض قانون اجراءات جزائی در مورد فیصله محکمه اهمیت داشت.

۳. محاکمه مجدد بنا بر جرم اولی

در این قضیه آرمان برای بار دوم بعد از آنکه مدت حبس خویش را در زندان بزرگسالان سپری می‌نماید در برابر محکمه اطفال قرار گرفته و بار دیگر محکوم به حجز در دارالتأدیب می‌شود.

این کار نقض اصل عدم محاکمه مجدد یا مخاطره مضاعف به شمار آمده می‌تواند.

هر چند قانون جدید افغانستان واضحاً این اصل را پیش‌بینی نکرده است، ولی بند ۶ فقره ۱ ماده ۷۸ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که دیوان ستره محکمه فیصله مورد اعتراض را در صورتی که ثابت شود که در عین قضیه و در مورد عین شخص قبلاً فیصله صورت گرفته بدون ارجاع باطل اعلام می‌دارد. این امر نشان‌دهنده آن است که قانون افغانستان با اصل عدم محاکمه مجدد آشنا بوده و تخطی از آن را نقض جدی اجراءات جزائی محاکم می‌پندارد. همچنین ماده ۸۳ قانون جزاء افغانستان بیان می‌دارد که هرگاه طفل مرتکب جنحه شود، محکمه می‌تواند عوض جزاهای پیش‌بینی‌شده جرم مذکور یکی از تدابیر مندرج ماده (۷۶) این قانون را در مورد او اتخاذ نماید. یکی از این تدابیر جزائی نگهداری در دارالتأدیب است. کلمه «عوض» واضحاً نشان می‌دهد که صرف یکی از این تدابیر مجاز است. لذا مخاطره مضاعف به این شکل جایز نیست. از این رو، چون آرمان یک بار قبلاً به جزای بزرگسالان محکوم به حبس شده بود، حکم دومی محکمه اطفال نقض ماده ۸۳ قانون جزاء افغانستان و نیز تخطی از اصل عدم محاکمه مجدد به شمار می‌آید.

فلهذا اعتراض و شکایت به محکمه فوقانی مطابق به ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم ارائه شده می‌تواند که باعث رد حکم دومی خواهد شد. در این قضیه، شرط فقره ۴ ماده ۱۶ به مشاهده می‌رسد، زیرا اگر اصل عدم محاکمه مجدد رعایت می‌شد، محکوم ساختن مجدد آرمان به هیچ وجه ممکن نمی‌بود.

مورد هفتم

یاسر که ۳۰ سال داشته و مصاب به تکلیف روانی می‌باشد و حمید که ۲۴ سال دارد در یک قضیه قتل مورد شک پولیس قرار گرفته دستگیر می‌شوند. پولیس در جریان استنطاق از شیوه‌های مختلف استفاده می‌نماید. با یاسر رویه خشن‌تر صورت می‌گیرد، هر چند که حالت جسمی وی واضحاً ضعیف بود. علت آن هم این بود که حمید مربوط به قومی بود که اکثریت افسران پولیس نیز بدان تعلق داشتند. در حالی که یاسر به یک قوم اقلیت مربوط می‌شد. علاوه بر آن، یاسر به سبب وضع جسمی و روحیش آسیب‌پذیرتر بود. یاسر محاکمه می‌شود. در جریان محاکمه، وی مورد معاینات روانی قرار می‌گیرد و در نتیجه آن ثابت می‌شود که یاسر از زمان تولد روحاً معیوب می‌باشد. بعد از آنکه مجلس محکمه دوباره دایر می‌شود، قاضی که از جمله اقارب مجنی‌علیه بود یاسر را بر اساس ماده ۹۷ و ماده ۱۰۰ قانون جزاء افغانستان به ۱۲ سال حبس محکوم می‌نماید.

- پولیس کدام اصول را در جریان استنطاق یاسر نقض کرد؟
- مشکلات قانونی در رابطه با جریان محاکمه در قضیه یاسر چی بود؟
- عواقب قانونی نقض احکام اجراءات قضائی مندرج قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم چی می‌باشد؟

۱. نقض و تخطی اصول محاکمه عادلانه در جریان استنطاق پولیس

به این پرسش که آیا یاسر واقعاً شکنجه شده است یا خیر نمی‌توان پاسخ گفت. زیرا مراجعه به ادعای «رویه خشن‌تر» معلومات کافی در زمینه بررسی وضع به دست نمی‌دهد.

به هر حال، رویه خشن و فقدان کمک طبی می‌تواند نقض ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان به شمار آید که در فقره ۱ آن آمده است که هرگونه تبعیض و تمایز میان اتباع افغانستان ممنوع می‌باشد. از آنجائی که قضات و کارمندان عدلی حین تطبیق قانون نمی‌توانند به نحو تبعیض‌آمیز عمل کنند و باید سعی کنند که حقوق همه، اعم از زن و مرد، توسط محکمه حفظ شود، حتمی نیست که این به معنی برخورد یکسان باشد. بلکه صرف آن تمایزاتی که بر پایه معیارهای معقول و عینی استوار نباشد ممنوع است.

از این رو، برخورد متفاوت با افراد مظنون در کلیه احوال ممنوع نبوده ممکن است مفید باشد تا اوضاع و احوال متفاوت آنها را در نظر گرفت. به گونه مثال، یک مظنون دارای تکلیف روانی یا طفل نسبت به کلان‌سالان به توجه و حمایت بیشتر ضرورت دارد تا که حقوق خویش را دانسته از آن در مرحله تحقیق و مراحل بعدی استفاده نماید. ولی در هیچ حالت قوم یک شخص معیار معقول و عینی برخورد متفاوت شده نمی‌تواند. دلیل اینکه این معیار یک معیار عینی نیست، این است که این شاخص نظر به تعلیق قومی خود مأمور عدلی ممکن است به گونه متفاوت نگریسته شود. شاید وی تمایل داشته باشد مظنونی را که به قوم خودش تعلق دارد به شیوه مساعدتر عمل نماید و یا شاید هم آرزو داشته باشد با مظنونی که به قوم خودش ارتباط ندارد به شیوه خشن‌تر رفتار کند. علی‌الرغم اینکه در فقره ۱ ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان به تعلیق قومی به گونه واضح اشاره نشده

است، این ماده باید در زمینه تمام قانون اساسی تعبیر و تفسیر گردد. لذا ماده ۴ قانون اساسی افغانستان نیز باید در نظر گرفته شود. این ماده صریحاً حکم می‌کند که ملت افغانستان از اقوام مختلف تشکیل یافته و کلیه اعضای تمام این اقوام اتباع افغانستان به شمار می‌آیند. از این رو، آنها به گونه مساوی مورد حفاظت ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان قرار گرفته و نمی‌توان با آنها به موجب تعلقیته‌شان به این یا آن قوم رفتار متفاوت داشت. از این جهت، برخورد پولیس با یاسر ماده ۲۲ قانون اساسی افغانستان و اصل تساوی در برابر قانون را که یکی از اصول محاکمه عادلانه می‌باشد نقض می‌کند.

افسران پولیس نه تنها اجازه نداشتند با یاسر به خاطر تعلقیته قومیش رفتار خشن‌تر نسبت به حمید بکنند، بلکه کاملاً برخلاف، وظیفه داشتند با او به علت وضع جسمی و روحیش که هویدا بود نسبت به یک مظنون عادی روش محتاطانه‌تری را در پیش بگیرند.

آنها همچنین باید درباره تماس با یک روانشناس یا داکتر روانی می‌اندیشیدند تا تکلیف روانی او را معاینه و ارزیابی می‌کرد.

۲. پروبلمهای حقوقی در جریان کار محکمه

دو نقطه در ارتباط با اجراات محکمه مورد سؤال است.

أ) نخست اینکه قاضی از جمله اقارب مجنی علیه بود

ب) و دوم اینکه نتیجه معاینات روانی مبنی بر اثبات تکلیف روحی یاسر از زمان تولد بالای اجراات بعدی محکمه هیچ تأثیری نگذاشت.

أ) بند ۱ فقره ۱ ماده ۱۱ قانون اجراات جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که هرگاه جرم برضد قاضی یا اقاربش انجام یافته باشد، وی نمی‌تواند روی این قضیه قضاوت نماید. چون قاضی از جمله اقارب مجنی علیه به شمار می‌آمد حکم وی ناقص می‌باشد.

ب) فقره ۲ ماده ۴۴ قانون اجراات جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که هرگاه در نتیجه معاینه صحی تکلیف روانی فوق‌الذکر ثابت گردد، یعنی تکلیفی که متهم را از امکان دفاع باز دارد، محکمه باید جریان اجراات را الی صحت یابی وی معطل قرار دهد.

در قضیه مورد بحث، یاسر از زمان تولد تکلیف روانی داشت، لذا نمی‌توانست و هرگز نخواهد توانست از حقوق خویش دفاع نماید. مطابق به فقره ۲ ماده ۴۴ قانون اجراات جزائی مؤقت برای محاکم، مبتنی بر این اصل که محاکمه علیه شخصی که به علت تکلیف روانی نتواند از خود دفاع نماید نباید صورت بگیرد، محکمه مکلف بود که جریان محاکمه را برای همیشه به تعویق می‌انداخت که در واقع به معنی خاتمه بخشیدن محاکمه می‌باشد. در چنین قضیه که ثابت گردد که متهم از لحاظ فکری قادر به دانستن و اشتراک کردن در جریان محاکمه نیست، قاضی و خارنوال مکلف اند اقدامات لازم اتخاذ نمایند.

باید اضافه شود که اگر چنین شخصی برای دیگران و یا برای خودش خطرناک باشد، عدم توانائی وی مبنی بر دفاع از خویش باید به این معنی نباشد که وی باید رها گردد. ولی نمی‌توان او را تابع مراحل منظم اجلاس محکمه ساخت. این امر ما را به این نتیجه می‌رساند که در قوانین آینده افغانستان احکام خاصی به ارتباط تنظیم چنین اجراآت قضائی در نظر گرفته شود. هرگاه یک متهم توانائی دنبال نمودن جریان محاکمه را نداشته ولی با وصف آن خطرناک باشد، و اگر یک ارزیابی خاص ثابت نماید که وی برای جامعه و خودش باعث خطر شده می‌تواند، وی باید در یک شفاخانه مورد تداوی و محافظت قرار گیرد.

۳. عواقب ممکنه ناشی از تخطی از قانون اجراآت جزائی

در قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم دو نوع عواقب ممکن در قبال نقض قانون اجراآت جزائی تسجیل شده است. در ماده ۱۵ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم ابطال یک فیصله پیش‌بینی می‌شود، در حالی که در ماده ۱۶ این قانون موارد عدم اعتبار یک فیصله بیان می‌شود. عمده‌ترین تفاوت میان این دو در این است که در حالت دومی طرف ذیدخل باید فیصله مورد نظر را جهت فسخ آن مورد اعتراض قرار دهد، در حالی که در حالت اولی فیصله خود باطل می‌شود.

أ) نخستین تخلف همانا تخطی از بند ۱ فقره (۱) ماده ۱۱ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم می‌باشد، زیرا قاضی که روی قضیه حکم می‌کند یکی از اقارب مجنی‌علیه می‌باشد.

در رابطه با پیامدهای ممکنه، باید در گام نخست امکان باطل بودن فیصله را مورد ارزیابی قرارداد. زیرا این پیامدها خیلی گسترده بوده و لذا برای مجنی‌علیه مفیدتر می‌باشد.

به تاسی از ماده ۱۵ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم در دو حالت اجراآت جزائی باطل شمرده می‌شود. در قضیه مورد بحث ما بند ۱ فقره (۱) این ماده صدق می‌کند. بر اساس این ماده، هرگاه اشخاصی که به حیث قاضی یا خرنوال ایفای وظیفه نموده فاقد اهلیت حقوقی باشند، اجراآت جزائی باطل می‌شود.

هر چند قاضی یکی از اقارب مجنی‌علیه به شمار می‌رفت و از این لحاظ مطابق به بند ۱ فقره (۱) ماده ۱۱ اجازه نداشت قضیه را مورد رسیدگی قرار دهد، نمی‌توان استدلال کرد که وی اهلیت حقوقی یک قاضی را نداشت. از این لحاظ اجراآت باطل نمی‌باشد.

بدین ترتیب، در اینجا می‌توان از ماده ۱۶ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم استفاده نمود. بر اساس فقره ۱ این ماده «کلیه تخلفات از احکام اجراآت جزائی که با تخلفات مندرج ماده ۱۵ متفاوت باشد باعث عدم اعتبار اجراآت می‌گردد...» حسب این ماده باید اعتراضی ارائه شود که منجر به عدم اعتبار اجراآت شود. چون در فقره ۳ ماده ۱۶ ارائه اعتراض به محکمه مرافعه و یا ستره محکمه پیش‌بینی شده است، یاسر یا وکیل او هنوز هم می‌تواند اعتراض خویش را پیش کش نمایند.

شرط دیگر اعلام محاکم بالاتر مبنی بر عدم اعتبار اجراآت این است که تخلفات اجرائی باعث انحراف در تصمیم‌گیری دوسیه گردیده باشد (فقره ۴ ماده ۱۶ قانون اجراآت جزائی مؤقت برای محاکم). در قضیه فعلی

بی‌طرفی قاضی مورد سؤال است، زیرا قاضی از جمله اقارب مجنی علیه بود. هر چند نمی‌توان ثابت کرد که قضاوت قاضی زیر تأثیر این قرابت قرار داشته است، ولی احتمال زیاد وجود دارد که فیصله قاضی تحت تأثیر ملحوظات شخصی قرار گرفته باشد. این احتمال برای مشاهده انحراف فیصله محکمه کافی می‌باشد.

این نتیجه‌گیری را اهمیت خاص بی‌طرفی قضات برای سیستم قضائی در مجموع و نیز برای اعتماد مردم نسبت به قضاء تقویت و حمایت می‌کند. لذا باید از هر گونه مظهر جانبداری قضائی جلوگیری به عمل آمده و فیصله‌هائی که حاوی چنین نقصی باشد رد گردد.

در نتیجه، محکمه فوقانی پس از آنکه اعتراض مربوط را دریافت نماید بایست اجراءات را فاقد اعتبار اعلام نماید.

ب) خود قاضی نیز قانون اجراءات جزائی را نقض کرده است. زیرا وی تأثیر نتیجه معاینه طبی یاسر بر اجراءات بعدی محکمه را که ثابت ساخت که وی از زمان تولد از لحاظ دماغی معیوب می‌باشد، در نظر نگرفت.

چنین وضع به وسیله ماده ۱۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم تنظیم نمی‌شود. لذا این قضیه‌ای است که به ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم ارتباط می‌گیرد. مسلماً نقض قانون اجراءات جزائی باعث تحریف قابل ملاحظه فیصله شده است. زیرا فیصله علیه شخصی که از لحاظ روانی در موقفی نباشد که در محکمه از خود دفاع نماید به هیچ وجه مجاز نخواهد بود (فقره ۲ ماده ۴۴ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم).

ولی چون هر دو تخلف اجرائی به ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم ارتباط می‌گیرد، بی‌اعتبار بودن فیصله به مطالبه رسمی مرافعه بستگی داشته می‌تواند. زیرا محکمه فوقانی نمی‌تواند بدون ارائه درخواست مرافعه اقدام نماید (فقره ۳ ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم). یاسر بنا بر تکلیف روانی خویش نمی‌تواند خود خواهان مرافعه‌خواهی شود. در نتیجه این کار، وی همچنین قادر به اعتراض علیه اشتباه اجراءات محکمه نیست. ولی این اعتراض به خاطر بررسی اجراءات توسط محکمه بالاتر، طبق فقرة ۱ ماده ۱۶ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم، حتمی می‌باشد. بدین ترتیب، ما در وضعی قرار گرفته‌ایم که یک محکمه عالی‌تر این اجراءات قضائی را بررسی و عدم اعتبار آن را اعلام بدارد. ولی امکان واقعی آن وجود ندارد که این بررسی را بر اساس اعتراض تحریک نمود؛ زیرا شخص مدافع به هیچ وجه در موقفی نیست که این کار را انجام دهد. محکمه نمی‌تواند به خودی خود داخل اقدام شود زیرا این قضیه در صلاحیت ماده ۱۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم نمی‌باشد.

این امر باردیگر نشان می‌دهد که داشتن وکیل مدافع به‌خصوص برای اشخاص مظنون یا متهمی که دارای ضعف خاصی در رابطه با اجراءات قانونی می‌باشند، چون اطفال و یا اشخاص مبتلا به تکالیف روانی، چقدر اهمیت دارد. قضایائی مانند قضیه مورد بحث ثابت می‌سازد که تعیین وکیل مدافع نه تنها در خدمت منافع مظنون یا متهم می‌باشد، بلکه ممکن است به تقویت عدالت و حاکمیت قانون کمک کند. هرگاه یک وکیل مدافع در

محکمه حضور می داشت احتمال وقوع نقض قانون اجراءات جزائی خیلی کم می بود، زیرا وی می توانست مداخله نماید.

مورد هشتم

احمد به جرم عضویت در یک باند جنایتکار که اطفال را اختطاف و سوءاستفاده می‌کند مظنون می‌باشد. پولیس می‌داند که اطفال در شرایط خیلی ناگوار بدون غذا و آب آشامیدنی نگهداری شده و اگر زودتر پیدا نشوند خطر حتمی مرگ آنها را تهدید می‌کند. احمد قانوناً از جانب پولیس دستگیر و مورد استنطاق قرار می‌گیرد. در جریان تحقیق، وی از پاسخ در مورد محل بودوباش اطفال امتناع می‌ورزد. یک تن از افراد پولیس که از زندگی اطفال نگران بود به وسیله سگرت بدن احمد را می‌سوزاند تا که وی در مورد مخفیگاه باند معلومات می‌دهد؛ جایی که در نتیجه اطفال به دست می‌آیند. چندین تن از آنها بنا بر فقدان آب هلاک شده بودند. علاوه بر اطفال، یک سسله دلایلی نیز در این مخفیگاه کشف می‌شود. چند روز بعد، خرنوال احمد را مورد تحقیق قرار می‌دهد. قبل از تحقیق، خرنوال وی را درست درباره حق وی مبنی بر سکوت اختیار کردن و نیز حق تعیین وکیل مدافع آگاه می‌سازد.

- آیا عمل پولیس مطابق به قانون است؟
- شما در مورد استفاده از دلایلی که از جانب مقامات عدلی جمع آوری شده است چی فکر می‌کنید؟ آیا می‌توان از آنها بر علیه متهم در محاکمه استفاده نمود؟

۱. رویه و برخورد پولیس

بر اساس پاراگراف ۱ و ۲ ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان و فقره ۴ ماده ۵ قانون اجراءات جزائی مؤقت برای محاکم شکنجه ممنوع می‌باشد. هیچ استثنائی در این حکم وجود ندارد.

شکنجه را می‌توان به حیث اعمال مأمورین دولتی که به گونه عمدی باعث درد و رنج شدید فیزیکی یا روانی به خاطر نیل به یک هدف معین چون گرفتن معلومات یا اقرار و یا مجازات، ارباب یا تبعیض شخص می‌گردد، تعریف نمود.^{۸۳}

در قضیه مورد بحث، احمد توسط پولیس ذریعه سگرت به خاطر کسب معلومات در مورد محل بودوباش اطفال سوختانده می‌شود. در اینجا، تمام اجزایی که در تعریف شکنجه نام برده شده به مشاهده می‌رسد. در اینجا پرسشی به میان می‌آید که آیا در چنین موارد استثنائی شکنجه جواز داشته می‌تواند یا خیر. زیرا این عمل پولیس صرف به خاطر نجات زندگی اطفال بوده است. به این پرسش باید پاسخ منفی داده شود. هر چند چندین حقوقدان به این پاسخ قناعت ندارند، دلایل منع چنین استثناء فراوان است. نخست، خطر بزرگ سوء استفاده از آن وجود دارد. ثانیاً، همواره امکان آن وجود دارد که مظنون بی‌گناه باشد. ثالثاً، می‌توان استدلال کرد که اگر یک بار عمل شکنجه مجاز دانسته شد، دروازه برای استثنائات دیگر که در غیر آن ممنوع خواهد بود، باز خواهد شد. علاوه بر آن، مطابق به ماده ۲۴ قانون اساسی افغانستان، کرامت انسانی شخص از تعرض مصون است. هر چند مشکل است محتوای دقیق مقوله کرامت انسانی را تعریف نمود، ولی کاملاً هویدا است که اعمالی که در آن با

^{۸۳} م. نوواک، همانجا، صفحه ۱۶۱.

انسان به حیث یک شیء محض برخورد و رفتار شود خلاف کرامت انسانی می‌باشند. با انسان هنگام شکنجه مانند یک شیء محض عمل می‌شود. زیرا از وی صرف به عنوان منبع معلومات استفاده به عمل آمده، بدون اینکه در نظر گرفته شود که به جسم او چی ضرر و آسیب می‌رسد. از این لحاظ، شکنجه نقض کرامت انسانی به شمار می‌آید.

سرانجام، متن قانون اساسی افغانستان در این باره کاملاً صراحت دارد؛ طوری که پاراگراف ۱ ماده ۲۹ حکم می‌کند که «تعذیب انسان ممنوع می‌باشد» و پاراگراف ۲ ماده ۲۹ قانون اساسی افغانستان تصریح می‌دارد که حتی به مقصد کشف حقایق نمی‌توان تعذیب و شکنجه را توجیه نمود. استثناء در چنین یک منع اساسی و مهم مندرج قانون اساسی باید حداقل صریحاً بیان شده باشد. بدین ترتیب، چنین استثنائی وجود ندارد. لذا پولیس با سوختاندن احمد توسط سگرت قانون و اصل محاکمه عادلانه مبنی بر منع شکنجه را نقض کرده است.

۲. قابلیت استفاده از دلایلی که توسط مقامات عدلی به دست آمده

أ) دلیل نخست همانا اعتراف احمد می‌باشد که به وسیله شکنجه توسط پولیس گرفته شده است. طوری که قبلاً بدان اشاره شد، اعتراف وی نزد محکمه بر اساس ماده ۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم فاقد اعتبار می‌باشد.

در حالی که ممکن است نزد برخی از حقوقدانان این امر رضایت‌بخش نباشد که در موارد خیلی افراطی مانند قضیه مورد بحث، افسر پولیس به خاطر شکنجه مجرم شدیداً مجازات شود، ولی هیچ تردیدی وجود ندارد که دلایل، به خصوص اعترافی که ذریعه اعمال شکنجه به دست آمده است، غیرمجاز می‌باشد. محاکمه بر اساس چنین دلایل را به هیچ وجه نمی‌توان محاکمه عادلانه نامید. زیرا مظنون یا متهم به مثابه آلت محض در اختیار خرنوالی بوده، بدون آنکه امکان آن را داشته باشد که در برابر نقض جدی قانون اجرای جزائی از خود دفاع نماید.

ب) افزون بر آن، اعتبار دلایلی که مقامات خرنوالی پس از شکنجه احمد به دست آوردند مورد سؤال می‌باشد. این دلایل عبارت‌اند از آنچه در مخفیگاه به دست آمده بود و نیز اعتراف دومی احمد هنگام استنطاق خرنوال چند روز پس از استنطاق اولی.

در حالی که عدم اعتبار مدرکی که از طریق غیرمجاز به دست آمده بر اساس ماده ۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم روشن می‌باشد، تأثیر آن بر دلایلی که صرف به گونه غیرمستقیم از این راه به دست آمده مورد سؤال می‌باشد. ماده ۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم حکم می‌کند که «دلایل و شواهدی که بدون رعایت احکام قانون جمع‌آوری شده باشد، فاقد اعتبار بوده،...». متأسفانه، عبارات این ماده ما را در این قضیه کمک زیادی نمی‌کند. از یک جانب، بر اساس این ماده می‌توان استدلال کرد که تمام این مدارک فاقد اعتبار می‌باشند زیرا تمام اینها که پس از تخطی از قانون به دست آمده‌اند حداقل به گونه غیرمستقیم مبتنی بر عمل ممنوع می‌باشند. فایده این راه حل این است که از طفره‌روی از ماده ۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای

محاکم به طور مؤثر جلوگیری به عمل می‌آید. زیرا اگر تخلف از احکام اجرای جزائی صورت گرفت، به هیچ وجه نمی‌توان هیچ از دلایل را که جزئی‌ترین ارتباطی به این تخلف داشته باشد در محاکمه به کار گرفت. فایده دیگر آن تأمین انضباط مقامات خارنوالی است. زیرا آنها مجبورند احکام اجرای جزائی را جدأ رعایت نمایند و در غیر آن خطر آن وجود دارد که تمام دلایل حاصله غیرقابل استفاده باشند. از جانب دیگر، با کاربرد این تیوری بر اساس احکام مندرج این ماده می‌توان استدلال کرد که ماده ۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم صرف به دلایلی اشاره می‌کند که از طریق عمل ممنوع مستقیماً به دست آمده باشد. در ماده ۷ قانون اجرای جزائی مؤقت برای محاکم به صورت واضح بیان نشده است که استفاده از مدرکی که چه به شکل مستقیم و یا به گونه غیرمستقیم از طریق نقض احکام اجرای جزائی به دست آمده باشند، ممنوع می‌باشد. از این رو، به ارتباط دلایلی که صرف به گونه غیرمستقیم از طریق احکام اجرای جزائی به دست آمده است - به طور مثال اعتراف جبری که به وسیله آن پولیس توانست جسد انسان و سلاحی را که توسط آن جرم صورت گرفته بود به دست می‌آورد - باید گفت که تمام حالات این قضیه باید به جزئیات آن مورد بررسی قرارگیرد تا روی مجاز بودن استفاده از هر یک از دلایل تصمیم اتخاذ شود.

در اینجا می‌توان چندین جنبه را در نظر گرفت. نخست، می‌توان سؤال کرد که آیا ممکن بود این دلایل را بدون آنکه از احکام اجرای قضائی تخطی ورزید، به دست آورد. مثلاً خیلی احتمال دارد که جسد مرده را بتوان از طریق وسایل دیگر دریافت، بدون آنکه مظنون را مجبور به اعتراف ساخت. ثانیاً، می‌توان هدف حکم قانون اجرای جزائی را در نظر گرفت. به گونه مثال، یکی از اهداف منع شکنجه و تعذیب این است که به طور مؤثر تأمین کرد که مظنون یا متهم هرگز مجبور ساخته نشود که علیه خویش شهادت بدهد. با در نظر داشت این جنبه، دلیلی که بر اساس معلومات شامل در اعتراف به دست آمده ولی می‌توان آن را بدون اعتراف به دست آورد، نباید بی‌اعتبار خوانده شود.

علاوه بر آن، مقایسه شدت جرم مورد بحث با شدت تخلف از قانون اجرای جزائی توسط مقامات خارنوالی مفید بوده می‌تواند. به گونه مثال، در موارد تخطی از قانون اجرای جزائی، متوقف ساختن تمام اجرای جزائی در قضایای سرقت عادی نسبت به یک قضیه قتل خیلی قانع کننده‌تر است.

فایده تشویق این تیوری این است که از متوقف ساختن مجموع اجرای جزائی در هر تخلف از قانون اجرای جزائی جلوگیری به عمل آمده می‌تواند. این خیلی مهم است؛ زیرا نه تنها حمایت از مظنون یا متهم، بلکه همچنین اهمیت عالی عدالت جنائی به‌ویژه در موارد قتل باید در نظر گرفته شود.

وقتی تیوریهای فوق‌الذکر را در قضیه مورد بحث به کارگیریم، راه حلی که از تیوری نخست به دست می‌آید ساده می‌باشد. تمام مدرک فاقد اعتبار می‌باشد؛ زیرا آنها از طریق نقض قانون به شکل غیرمستقیم به دست آمده‌اند.

بر اساس تیوری دوم، باید در اینجا فرق و تمیزی را قائل شویم: أ) اعتراف احمد حین استنطاق خارنوال و ب) دلایلی که در مخفیگاه به دست آمده است.

ا) نخست باید سؤالی مطرح شود که اگر احمد قبلاً به اعتراف مجبور نمی‌شد آیا ممکن بود اعتراف دومی وی را حاصل نمود.

پاسخ به این سؤال نمی‌تواند مثبت باشد. معلوم نیست که آیا در آن صورت وی به همین منوال اعتراف می‌کرد. احتمال زیاد وجود دارد که وی به این خاطر بار دوم اعتراف می‌نماید که او از مجاز بودن اعتراف اولیش مطمئن بود. ممکن است چنین تصور کرد که وی اصلاً راه دیگری را سراغ نداشت. زیرا هیچ کس وی را از غیرمجاز بودن اعتراف قبلیش آگاه نساخته بود. وی ممکن بود از اعتراف به جرم خودداری می‌کرد، اگر می‌دانست که اعتراف اولیش غیرمجاز بود. چون نقض قانون هنوز هم تأثیری بالای عمل وی داشت، اعتراف دوم احمد نیز غیرمجاز می‌باشد. علاوه بر آن، هدف منع مجبور ساختن مظنون به اعتراف این نتیجه‌گیری را تأیید می‌کند. این هدف عبارت است از جلوگیری از مجبور ساختن مظنون یا متهم به شهادت به خویشتن. نمی‌توان از یاد برد که احمد عقیده دارد که اعتراف قبلی وی هنوز هم اعتبار داشته و به این جهت خود را مکلف احساس می‌کند که در برابر خارنوال نیز اعتراف خویش را تکرار نماید.

ب) در مورد شواهدی که در مخفیگاه به دست آمده است حالات ذیل باید در نظر گرفته شوند: این مخفیگاه صرف زمانی کشف گردید که احمد مورد شکنجه قرار گرفت. از یک جانب ممکن است مخفیگاه بدون شکنجه احمد نیز اندکی بعد کشف می‌شد. بدین ترتیب، با در نظر داشت تمام حالات موجود و با رعایت تیوری دوم، دلایلی که در مخفیگاه به دست آمده است باید مجاز دانسته شود.

هر دوی این تیوری مفاد و ضررهائی دارند. در رابطه با اصول محاکمه عادلانه مهم نیست کدام یک از این تیوریه‌ها در افغانستان مورد استفاده قرار می‌گیرد. سیستم قضائی افغانستان خود تصمیم خواهد گرفت که کدام یک از آنها را دنبال نماید. آنچه مهم است این است که در قضائیه که شواهد و دلایل موضوع مستقیماً از طریق نقض قانون اجراءات جزائی به دست آید و در قضائیه که شواهد و دلایل به گونه غیرمستقیم حاصل گردد ولی نقض این قانون هنوز تأثیری بر تصمیم مظنون یا متهم داشته باشد، این شواهد و دلایل از استفاده در محاکمه باید به صورت مؤثرانه خارج ساخته شوند. برای محاکمه عادلانه مهم نیست که چگونه به این کار نایل گشت: از طریق راه حل همه‌جانبه یعنی منع تمام دلایل و شواهدی که چه به گونه مستقیم یا غیرمستقیم به وسیله تخطی از قانون به دست آید و یا ملاحظه و بررسی جداگانه هر دلیل. در مقطع کنونی، مفید خواهد بود که راه حل همه‌جانبه را در پیش گرفت تا که مقامات خارنوالی را مجبور به رعایت از قانون ساخت. از جانب دیگر، اگر چنین شرایط گسترده سختگیرانه در عمل پیاده شود، ممکن است این کار باعث ایجاد چنین انتباهی گردد که سیستم اجراءات جزائی در کشور یک سیستم غیرمؤثر است و این امر ممکن است در شرایط فعلی افغانستان جنجال‌برانگیز باشد. افزون بر آن، ممکن است ضروری نباشد به خاطر تأدیب مقامات خارنوالی کلیه شواهد و دلایلی را که از طریق نقض قانون اجراءات جزائی به شکل مستقیم یا غیرمستقیم به دست آمده باشند ممنوع قرار داد. بهترین راه جلوگیری و کاهش تخطی از قانون اجراءات جزائی مانند شکنجه همانا ایجاد سیستم اجراءات جزائی شفاف و بازداشت مرتکبین عمل شکنجه خواهد بود.

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

Directors: Professor Dr. Armin von Bogdandy · Professor Dr. Dr. h.c. Rüdiger Wolfrum



with the cooperation of:

**Institut International
de Paris La Défense**

Max Planck Manual on Fair Trial Standards

**in the Afghan Constitution,
the Afghan Interim Criminal Code for Courts,
the Afghan Penal Code and other Afghan Laws as well as
in the International Covenant on Civil and Political Rights**

3rd Edition
(October 2006)

Alexandra Hilal Guhr, Ramin Moschtaghi, Mandana Knust Rassekh Afshar

with the support of

Dr. Tilmann Röder, Mohammad Sadr Touhid-Khaneh, Dr. Silvia Tellenbach, MdC Dr.
Fabrice Defferrard, Mihan Rouzbehani, Joseph Windsor

funded by:
The German and French Foreign Ministries

translated into Dari by:
Bashir Tanin (bashir.tanin@t-online.de)