

حسین نوربان

دادیار دادسرای شهرستان بیرجند

## تحقیق در مادتهین ۳۸ و ۱۶۹ قانون آئین دادرسی کیفری

بحث در این مقاله در پیرامون ماده ۳۸ و ۱۶۹ قانون آئین دادرسی کیفری در قسمت تأمین بازداشت است :

زیرا اطلاق ماده ۱۶۹ در مورد تقاضای تخفیف تأمین از ناحیه دادستان باز پرس را مکلف بقبول نموده و حال آنکه منطوق ماده ۳۸ مخیر ساخته است و میتواند مخالفت و امر را بمحکمه ارجاع نماید و ظاهراً بین دو ماده مذکور در این مورد تعارض موجود است. بعضی نظر بکلیت و عمومیت ماده ۱۶۹ (با نظارت آن بماده ۱۲۹ همان قانون) و اینکه تاریخ تصویب آن موخر بر ماده ۳۸ است آن را در مورد معارض ناسخ ماده اخیرالذکر میدانند و برخی موضوع را خارج از نسخ دانسته و بین آن دو تعارض عام و خاص قائل و عام را ناسخ خاص نمیدانند.

عده ای هم چنین استنباط میکنند که هرگاه در جریان تحقیقات یا خاتمه آن دادستان تقاضای تخفیف تأمین نماید باز پرس مکلف بقبول بوده و در غیر آن میتواند اختلاف نماید! بهر جهت برای روشن شدن حکومت مادتهین مرقوم یا احداز آنها اختصاراً و اجمالاً بدو بحث اصولی نسخ و تخصیص و سپس تطابق مورد با آنها مبادرت میشود؟

### تعریف نسخ

نسخ بمعنی انتعال و زوال بکار رفته و در اصول و فقه از آن تعاریفی بیشمار آمده و در انعکاس و اطراد آن سخنانی فراوان گفته شده است لکن جامع و مانع ترین آنها از نظر ما تعریفی است از صاحب معالم باین عبارت که: « نسخ اعلام بزوال مثل حکمی شرعی بدلیلی شرعی ثابت است که پس از آن حکم وارد شده است بر وجهی که اگر آن دلیل شرعی وارد نمیشد حکم شرعی اول ثابت میبود» پس از این تعریف چنین برمیآید که حکم سابق را منسوخ و لاحق را ناسخ و عمل بزوال را نسخ میخوانند و هر کدام ازین سه دارای شرایطی است که در این مقام جای مقال نیست فقط بذکر چند مثال که بنا بقول پیروان اسلام از مصادیق ناسخ و منسوخ است اکتفا و قناعت میشود؟ مانند نسخ آیه: « **لا اکراه فی الدین** » بآیه: « **واقتلوا المشرکین** » و حکم تقلیل عده وفات از یکسال بچهار ماه و ده روز و امثال آنها؟.

حال که از تعریف نسخ و ذکر امثال آن فارغ آمدیم وارد بحث عام و خاص

میشویم؟.

عام عبارت از مفهومی است که آنچه را بدان مفهوم اشتغال یابد فرا گیرد و خاص چنین نیست بلکه برخی از آنچه را که مفهوم منطبق میباشد فرا میگیرد مانند « **خلق لکم مافی الارض جمیعاً** » که عام « **ولاتاکلو مالهم یدکر اسم الله علیه** » که خاص است

و عام مذکور وسیله خاص منظور مخصوص و تخصیص یافته است بدینمعنی که باوجود خلق شدن تمام اشیاء برای آدمی در زمین لکن نمیتوان آنها را ماکول ساخت مگر آنچه را که اسم خداوند بر آن برده شده است و با مذاقه و مفاحصه در بحث نسخ و تخصیص و مثالهای فوق الاشعار و مقایسه آنها قطع نظر از وجه تشابه جهات افتراقی هم دارند ناسخ تمام افراد موضوع حکم سابق را رفع و حال آنکه مخصص اجزاء آن را دفع میکند.

بنابراین نظر بعدم انطباق چگونگی مادّین مورد بحث با نسخ عقیده آنانکه معتقدند حکم ماده ۱۶۹ قانون آئین دادرسی کیفری که مؤخر بر ماده ۳۸ همان قانون است در قسمت تأمین بازداشت ماده اخیرالذکر را نسخ ضمنی نموده است و بازپرس در موقع تقاضای تخفیف دادستان مکلف بقبول آنست صحیح نیست و اصولاً بین مادّین مذکور رابطه ناسخ و منسوخ وجود ندارد بلکه ماده ۱۶۹ عام و ماده ۳۸ خاص است و بین آن دو در مانحن و فیه تعارض موجود که باید باورود به بحث اصولی تعارض عام و خاص موضوع روشن گردد.

### تعارض عام و خاص

هرگاه بین دو حکم عام و خاص اثباتاً یا نفیاً تعارض موجود باشد نمیتوان در یک زمان هم بعمومیت عام و هم بمنصوبات خاص عمل کرد و ناچاراً باید یا عام را از عمومیت انداخت و یا حکم خاص را ساقط کرد سپس بمفاد دیگری عمل نمود.

آنچه فقهای اسلامی رحمت الله علیهم معتقدند در چنین مواردی باید بتاريخ صدور احکام مراجعه کرد و در صورت هم زمان بودن صدور حکم عام و خاص یا مقدم بودن حکم عام در هر صورت حکم خاص را مخصص و عام را مخصوص دانند در نتیجه نسخ اجزاء محصول میافتد و بالعکس در صورتیکه عام مؤخر بر خاص باشد جمله بر آنند که عام ناسخ خاص نمیشود و در اینصورت عام را از عمومیت نسبت بمورد معارض با خاص می اندازند و در مورد مادّین مورد بحث هم چنین است نظر بعمومیت ماده ۱۶۹ ( بانظارت بماده ۱۲۹ و اینکه تاریخ تصویب آن مؤخر بر ماده ۳۸ است با توجه به بحث عام و خاص و اینکه عام ناسخ خاص نیست ماده ۱۶۹ را مخصص ماده ۳۸ نمیدانم و بنابراین عقیده چنانچه دادستان در مورد قرار بازداشت تقاضای تخفیف تأمین نماید بازپرس مخیر بوده میتواند قبول یا اختلاف نموده و بمحکمه بدایت رجوع کند و در سایر تأمینات موضوع ماده ۱۲۹) قانون آئین دادرسی کیفری مستنطق مکلف بقبول است.

اما آنانکه از صدر مادّین مرقوم چنین استنباط میکنند که اگر مدعی العموم در جریان تحقیقات و یا بعد از صدور قرار نهائی تقاضای تأمین نماید بازپرس مکلف بقبول و اگر بازپرس راساً قرار صادر کند مدعی العموم تقاضای تخفیف نماید میتواند نپذیرد از نظر ما مبنای اصولی و قضائی ندارد چه بمحض ارجاع پرونده مستنطق در جریان تحقیق واقع و بدایتی تصور نمیشود تا بتواند اختلاف کند و اگر غرض مواردی است که مستنطق بدون ارجاع شخصاً رسیدگی بینماید این مورد شاذ و نادر است.

نتیجه - ماده ۳۸ قانون آئین دادرسی کیفری بقوت و قدرت خود باقی است و در موقع تخفیف تأمین بازداشت از ناحیه دادستان بازپرس مکلف بقبول نبوده و ماده ۱۶۹ قانون مذکور ناظر بسایر تأمینات میباشد و یا عام ناسخ خاص نیست.