





فصلنامه علمی-تحقیقی دانش حقوقی دانشگاه خاتم النبیین (ص)

سال دوم، شماره پنجم، خزان ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: دانشگاه خاتم النبیین (ص)

مدیر مسئول: دکتر علی احمد رضایی

سر دبیر: دکتر قاسم علی صداقت

اعضای هیئت تحریر

رئیس دانشگاه شعبه غزنی دانشگاه خاتم النبیین (ص)	دکتر خادم حسین حبیبی
کدر علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خاتم النبیین (ص)	دکتر سید عبداللطیف سجادی
کدر علمی دانشکده حقوق دانشگاه ابن سینا	دکتر صادق باقری
کدر علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی علمی دانشگاه خاتم النبیین (ص)	دکتر عبدالکریم اسکندری
کدر علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ایران، تهران	دکتر علی اکبر گرجی ازندریانی
کدر علمی و رئیس دانشکده حقوق دانشگاه ابن سینا	دکتر عید محمد احمدی
کدر علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی و معاون تحقیقات دانشگاه خاتم النبیین (ص)	دکتر قاسم علی صداقت
کدر علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ایران، تهران	دکتر محمد جلالی

ویراستار محتوایی و فنی: سید محمد سجادی

صفحه آرا و طراحی جلد: مجتبی احمدی

آدرس: دانشگاه خاتم النبیین (ص)، سرک دارالامان، کابل، افغانستان

شماره تماس: +۹۳۷۸۷۷۰۰۷۰۰

E-mail: research.d@knu.edu.af

Web: srqjl.knu.edu.af

ISSN:911X-3007

رهنمود تدوین مقاله

این رهنمود به منظور تدوین مقالات علمی و پژوهشی با استانداردهای معین مجله علمی-پژوهشی تدوین شده است و از این رو، مقالات باید دارای مشخصات ذیل باشند:

۱. تحقیقی، تالیفی، مستند و تحلیلی باشند؛
۲. قبلاً در هیچ مجله‌ای چاپ نشده یا هم‌زمان به مجله دیگری ارسال نشده باشند.
۳. عنوان در، چکیده در (حداقل ۲۰۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه شامل هدف، روش و یافته‌ها) و کلیدواژه‌ها (حداکثر ۷ کلمه) داشته باشند؛
۴. عنوان انگلیسی، چکیده انگلیسی (حداقل ۲۰۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه شامل هدف، روش و یافته‌ها) و کلیدواژه‌ها (حداکثر ۷ کلمه) داشته باشند؛
۵. مقدمه، متن (حداقل ۴۵۰۰ و حداکثر ۷۵۰۰ کلمه) و نتیجه‌گیری داشته باشند؛
۶. مقدمه (حداکثر ۳ صفحه ۳۵۰ کلمه‌ای) باید شامل بیان مسئله، سؤال‌های اصلی و فرعی، فرضیه‌ها، ضرورت و اهمیت، اهداف، نوآوری، نوع، پیشینه و ساختار تحقیق باشند؛
۷. رفرنس بر اساس شیوه‌نامه استناددهی درون‌متنی باشد (تخلص، سال و شماره صفحه)؛
۸. اسامی خاص و اصطلاحات لاتین در پاورقی ذکر شوند؛
۹. عناوین اصلی و فرعی در بدنه (متن) با استفاده از حروف و اعداد به شکل زیر مشخص شوند:
 - عناوین اصلی مقاله - به جز مقدمه و نتیجه - با حروف ابجد مانند الف، ب و...؛
 - عناوین فرعی با اعداد تکریمی (۱، ۲، ۳ و...)
 - عناوین جزئی‌تر با اعداد ترکیبی دو و سه‌رقمی (۱-۱، ۱-۲، ۱-۳ و ۱-۱-۱، ۱-۱-۱-۱-۱-۱ و...).
۱۰. تمامی قواعد و استانداردهای نگارشی رعایت شوند؛
۱۱. نیم‌فاصله‌ها رعایت شوند؛ به عنوان مثال: می‌رود (صحیح) می‌رود (غلط)
۱۲. بین کلمات تنها یک فاصله باشد و فاصله‌های اضافه حذف شوند؛ به عنوان مثال: قانون. جزا (صحیح) قانون... جزا (غلط)
۱۳. فهرست منابع
- فهرست منابع در عناوین کلی به کتاب، مقاله، پایان‌نامه و اسناد داخلی و بین‌المللی تقسیم‌بندی شود؛

- فهرست کتاب: تخلص، نام کوچک، (سال نشر) نام کتاب، جلد (نام و تخلص مترجم، اگر ترجمه باشد) محل نشر، انتشارات، نوبت چاپ؛
- فهرست مقاله: تخلص، نام نویسنده، نام مقاله، (نام و تخلص مترجم، اگر ترجمه باشد) شماره مسلسل، سال نشر، صفحات مقاله در مجله؛
- در صورتی که سند داخلی یا بین‌المللی باشد، نام سند و سال تصویب حتماً ذکر شود؛

یادآوری:

از آنجاکه احترام به حقوق پدیدآورندگان آثار علمی، یکی از اصول راهبردی مجله است، نقض این حقوق توسط ارسال‌کنندگان مقالات، موجب رد مقاله خواهد شد؛

سردبیر در تلخیص، اصلاح و ویرایش مقالات پذیرفته‌شده آزاد است؛

در صورت لزوم به‌روزرسانی اطلاعات مندرج در مقاله هنگام چاپ، نویسنده (گان) متعهد به انجام آن است (هستند)؛

دفتر مجله مجاز خواهد بود مقالات چاپ‌شده را به‌صورت الکترونیکی نیز عرضه نماید؛

مسئولیت آرا و دیدگاه‌های ارائه‌شده در مقاله‌ها به‌عهده نویسنده (گان) است و چاپ آن‌ها به‌معنای

تأیید مطالب نیست.

فهرست مطالب

- ۷ کرامت انسانی و حق بر صلح پایدار
قاسم علی صداقت
- ۲۵ مبانی موارد عدم مسئولیت طیب (از منظر آیت الله محسنی با تأکید بر فقه و قوانین افغانستان)
محمد رحیم اصغری
- ۴۷ نقش علم قاضی در اثبات جرم با رهیافت فقه مقارن با تأکید بر حقوق افغانستان
علی احمد رضایی
- ۶۷ نقش سوگند در اثبات دعاوی مدنی در حقوق افغانستان
عبدالخالق شفق
- ۸۵ قراردادهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در حقوق کانادا و افغانستان
علی جان فهیم
- ۱۰۷ افزایش و کاهش نسل آوری انسان (مطالعه تطبیقی در فقه جعفری و حنفی)
محمد عیسی فهیمی

سخن نخست

چالش‌های تحقیقات علمی در افغانستان و راهکارهای رفع آنها

تحقیق و پژوهش از استوانه‌های اصلی توسعه و پیشرفت در هر جامعه سیاسی به نام دولت - کشور است؛ زیرا رفع مشکلات گوناگون در یک کشور به صورت علمی و اساسی نیازمند تحقیق، برنامه و فعالیت‌های دانش‌بنیان است. تمامی برنامه‌ها و فعالیت دانش‌بنیان کارکردهای مختلف دارد که گام پیش‌نیاز آن تحقیق و پژوهش است. شاهد این قضیه رشد اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی کشورها صنعتی است که مرهون رشد علمی و پژوهش است. همین‌طور شاهد دیگر میزان اختصاص درآمد ناخالص کشورهای پیشرفته است که به امر پژوهش اختصاص می‌یابد که به ۴-۵ درصد می‌رسد. به هر حال، چالش‌ها و راه‌های رفع به صورت گذرا در اینجا تحلیل و ارزیابی می‌شود.

۱. فقدان دانش پایه و لازم

عدم تسلط بر مبانی، شالوده و چهارچوب علمی یک رشته و دانش از چالش‌های اصلی تحقیق و پژوهش در افغانستان است. قلم‌فرسایی در حوزه‌های مختلف علمی بدون دانش لازم موجب می‌شود که شاخص‌های شکلی و محتوایی تحقیق رعایت نشود. هرگاه نویسنده بر موضوع از نظر اصول، مبانی ساختارها و چهارچوب‌های علمی توانایی لازم را نداشته باشد، کافی است که در یک مسئله اصلی به خطا رود، کل تحقیق به بی‌راهه و تمام تلاش محقق به هدر می‌رود. کاستی یادشده در موارد متعدد در تحقیقات در افغانستان قابل مشاهده است.

راه‌حل این مشکل در چند موضوع نهفته است: ارج‌گذاری به علم و دانش، تقویت جایگاه دانشمندان در جامعه و تجلیل از آنها، نظارت مؤثر بر تحقیقات و پژوهش‌ها به‌ویژه از نظر محتوا، عدم‌پذیرش تحقیقاتی خارج از حیطه و تخصص افراد، برنامه‌ریزی و تلاش نهادهای

مسئول برای تخصصی شدن تحقیقات، تقویت جریده‌های تخصصی به معنای واقعی، تقدیر و تجلیل به صورت منظم از تحقیقات معیاری با بی طرفی و استقلال کامل.

از سوی دیگر، نهادهای که مسئول آموزش نیروهای جوان هستند، در طول تحصیل به گونه‌ای برنامه‌ریزی نمایند که با رشته علمی به صورت علمی و دقیق آشنایی حاصل نمایند و به یک دانش نگاه سیستماتیک داشته باشند. دانشجویان یک رشته در نهایت به گونه‌ای دانش آموخته شوند که آن را به عنوان نظامی فراگیرند که دارای اجزا و عناصر معین، هماهنگ و منسجم باشد.

۲. اهمیت و مرجعیت شخص، قدرت و ثروت به جای دانش

در کشورهایی که علم و دانش جایگاه لازم را نداشته باشد، روشن است که تحقیق و پژوهش در آن نیز موقعیت مناسب و شایسته را نخواهد داشت؛ به ویژه در کشورهای جهان سوم همانند افغانستان که قدرت و ثروت مقام اول را از نظر اهمیت و اعتبار اجتماعی و سیاسی دارد و علم در آن جایگاهی ندارد. شاخص این موضوع هم عدم اختصاص بودجه لازم از درآمد ناخالص ملی برای تحقیق و پژوهش است. افراد به جای آنکه از مجاری علم و دانش مقام و موقعیت لازم را داشته باشند، برحسب قوم، قبیله، مذهب، نژاد، زبان، منطقه و... به مرجع تبدیل می‌شوند و مرجعیت علمی به معنای واقعی وجود ندارد. در افغانستان به جای مرجعیت علمی، مرجعیت فردی است؛ به دلیل معیار بودن ثروت، نیاکان، قوم، قبیله، مذهب، نژاد، منطقه، زبان، و امثال این گونه عوامل ناموجه. در چنین جامعه‌ای، مردم شاید به دنبال این نباشند که: «چه گفته شده است؛ بلکه به دنبال این هستند که چه کسی گفته»؛ برخلاف عبارت عربی یا حدیثی که نقل شده است: «انظر الی ما قال لا تنظر الی من قال؛^۱ که به گفته بنگرید نه به گوینده‌ای آن». بدیهی است این گونه جوامع تشخیص حق و باطل هم بر معیار شخص است نه چیز دیگر و برخلاف جمله امام علی (ع)^۲ که می‌فرماید: «ان الحق و الباطل لا یعرفان باقدار الرجال، اعرف الحق تعرف اهلته، و اعرف الباطل تعرف اهلته». طبعاً بر عیار سخن یاشده، شناخت حق و باطل معیار و شاخص است نه افراد.

^۱ . این عبارت منسوب به امام علی (ع) است.



برای برون‌رفت از این چالش در گام نخست، جامعه نیاز به تغییر باور و تربیت از نظر علمی و فرهنگی دارد. این‌گونه تغییر نیاز به برنامه بلندمدت و همه‌جانبه دارد. سیاسی‌کاری و برنامه‌های کوتاه‌مدت نمی‌تواند راه‌حل مناسب برای خروج از این معضل باشد. در جامعه‌ای که دانشمندان پاک‌دست و پرهیزکار مرجع علمی و عملی نباشند و نخبگان علمی مورد احترام و مرجع نباشند، مشکل آنان هیچ‌وقت حل نخواهد شد. مردم باید مرجعیت کسانی را بپذیرند که از نظر علمی و عملی مشکلات آنان را حل نمایند و کورکورانه دنبال هر کس نباشند. به همین دلیل در کشورهای مدرن سردمداران قدرت، کسانی هستند که برنامه حزبی آنان برنده شده باشد. مدیریت را باید علمی کرد نه فردی؛ اما بسیاری از برنامه‌ها و فعالیت‌ها در جهان سوم از جمله کشور ما بر محور فرد و دیدگاه‌های درست و نادرست او چیده و اجرا می‌شود. به همین دلیل جهان سومی با اسطوره‌سازی می‌خواهد مشکل خود را حل نماید؛ نه با راهبردهای علمی و عملی و این معضل اساسی است.

مرجعیت شخص باید تبدیل به مرجعیت علمی شود و فرهنگ اسلامی و قرآنی نیز همین موضوع را اقتضا دارد. در جامعه‌ای که سلطه فردی بدون توانایی‌های لازم تبدیل به یک فرهنگ نادرست شده باشد، پیداست که تحقیق و پژوهش در آن جایگاهی نخواهد داشت و بدیهی است که مردم بنده فرد بدون توانایی علمی لازم خواهند بود و این موضوع به جایگاه علم و دانش آسیب جدی می‌زند. علم و دانش باید بر جامعه سیطره داشته باشد؛ نه شخص بدون توانایی علمی لازم. از این‌رو، باید سرمشق و الگوی ما سخن امام علی (ع) باشد که در سطور پیشین نقل شد. مرجعیت قوم، قبیله، زبان، نژاد، منطقه، نیاکان و امثال آن و همین‌طور مرجعیت شخص را باید کنار گذاشت و از آن عبور کرد تا مرجعیت علمی جایگاه پیدا کند و علم و دانش منزلت یابد.

۳. فقدان بودجه کافی و لازم

عدم اختصاص بودجه مناسب، خواه در سطح ملی و محلی، خواه در سطح نهادهای دولتی و خصوصی دارای رسالت علمی از چالش‌های اصلی پژوهش در کشور است. میزان چشمگیر درآمد ناخالص ملی در کشورهای مدرن و صنعتی به تحقیق و پژوهش تخصیص می‌یابد که نشانگر اهمیت تحقیق و پژوهش است؛ اما در کشورهای جهان سوم یا بودجه اختصاص نمی‌یابد یا بسیار ناچیز و اندک است. همانند کشور ما که در بودجه ملی اصلاً ردیفی به نام

تحقیق و پژوهش وجود ندارد. شاهد این مدعا نگاهی به بودجه سال‌های ۱۳۹۷، ۱۳۹۸ و ۱۳۹۹ است که در بخش انکشافی و عادی ردیفی برای تحقیق و پژوهش وجود ندارد و بودجه برای تحقیق و پژوهش اختصاص داده نشده است. این در حالی است که در کشورهای همسایه و صنعتی ۴-۵ درصد از درآمد ناخالص ملی به پژوهش اختصاص یافته است.

بدیهی است راه‌حل این موضوع اولاً، تغییر در بینش و رویکرد مسئولان عالی کشور به‌ویژه تدوین‌کنندگان و پیشنهاددهندگان سند ملی بودجه است و همین‌طور دست‌اندرکاران نهادهای مسئول در حوزه تحقیق و پژوهش. معمولاً دولت‌ها به دنبال انجام اموری هستند که در کوتاه-مدت نتیجه بدهد و به چشم مردم بیاید؛ اما از برنامه‌های بنیادین و اساسی غافل‌اند که تحول‌آفرین‌اند و مشکلات را به‌صورت ریشه‌ای حل می‌کنند. به همین دلیل تغییرات مثبت پایدار نیست.

۴. نظام آموزش محور در تحصیلات عالی

هنوز نظام تحصیلی در افغانستان آموزش محور است و این نظام طبعاً هم در بخش آموزش با شکست روبه‌رو می‌شود و هم در بخش پژوهش دستاورد آن صفر خواهد بود. روشن است که سیاست‌گذاران باید تغییر راهبردی و رویکردی در این عرصه ایجاد نموده و مجریان را وادار نمایند که در حوزه تعلیم و تربیت تغییر اساسی بدهند و به تدریج آموزش را تحقیق محور و کاربردی نمایند. هرچند گام‌هایی در این عرصه از سوی وزارت تحصیلات در قسمت تضمین و ارتقای کیفیت برداشته شده است، اما کافی نیست.

۵. به‌کارگیری نیروی علمی در بخش اداری

از چالش‌های موجود در کشور ما استفاده از نیروهای علمی در بخش اداری و گرفتاری آنها در انجام کارهای روزمره اداری است و فرآیند اعتباردهی و تضمین ارتقای کیفیت این روند را تشدید نموده است. نیروهای علمی کارهای اداری را مدیریت نمی‌کنند؛ بلکه درگیر کارهای روزمره اداری می‌شوند و تبدیل به ماشین انجام کارهای اداری شده‌اند. در بلندمدت اگر فکری برای این معضل نشود، خسارت بزرگی به کشور به بار خواهد آورد که جبران آن کاری بس دشوار است.



برای برونرفت از این مشکل سعی شود که از نیروهای علمی در مدیریت کارهای اداری در سطح کلان و نظارتی استفاده شود و کارهای روزمره نباید توسط نیروهای علمی انجام شود یا دست کم تعداد نیروهای علمی در بخش اداری محدود باشد و از طرفی نیروهای اداری متخصص بیشتر استخدام و نیروهای موجود ارتقای مهارت و ارتقای سمت داده شوند. از سوی دیگر نیاز است که کدر پژوهشی استخدام شود و نهادهای اختصاصی تحقیق و پژوهش در درون ساختار نهادهای علمی افزایش یابد.

دکتر قاسم علی صداقت

سر دبیر





سال دوم، شماره پنجم، خزان ۱۴۰۳



کرامت انسانی و حق بر صلح پایدار

* قاسم علی صداقت

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۶/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۸/۱۲

چکیده

حق بر صلح پایدار از مصادیق نسل سوم حقوق بشر مبانی‌ای دارد که از جمله آنها کرامت ذاتی انسان است که این مبنا کارکردهای معین دارد و این کارکردها به روش استقرایی و قیاسی در این نوشتار با هدف تحلیل و تبیین کارکردها و فواید آنها مورد توجه قرار گرفته است. طبعاً در هر جامعه‌ای که کرامت انسانی رعایت شود، حق بر صلح پایدار را موجه و مشروع و درعین حال قلمرو و دامنه آن را نیز مشخص می‌کند. در صورت ناسازگاری صلح منفی با عدالت، برابری فرصت، نسل اول و دوم حقوق انسان‌ها، صلح منفی مقدم نخواهد بود؛ زیرا در فرض برقراری صلح منفی به بهای نقض موارد یادشده، کرامت انسانی خدشه‌دار خواهد شد. همین‌طور شکنجه به‌منظور تضمین صلح منفی موجه و مشروع نخواهد بود؛ چون شکنجه خلاف کرامت انسانی است. وانگهی تضمین امنیت سنتی نمی‌تواند ناقض حق بر صلح پایدار باشد. درنهایت صلح پایدار به تحقق عدالت و برابری فرصت منوط است؛ زیرا کرامت انسانی تضمین‌کننده همگی است.

واژگان کلیدی: صلح پایدار، صلح مثبت و منفی، کرامت ذاتی انسان، حق و زندگی مسالمت‌آمیز.

* کدر علمی دیپارتمنت حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خاتم النبیین (ص):

۱. مقدمه

حق بر صلح از نسل سوم حقوق بشر است و در حیطه حقوق بین‌الملل عمومی قرار دارد و مقصود در اینجا صلح مثبت است تا صلح منفی. بدین‌رو در این برداشت دامنه صلح بسیار گسترده است و صرف فقدان جنگ مدنظر نیست. حق بر صلح پایدار با حق بر زندگی مسالمت‌آمیز تقریباً مفاهیم مشابه هم هستند. حق بر صلح پایدار همان صلح مثبت است که فقط به معنای نبود جنگ نیست؛ بلکه به معنای آرامش، فقدان زمینه‌های تنش و درگیری یا کاهش آنهاست.

صلح مثبت و پایدار در جوامع چندپارچه با چالش‌های گوناگون روبه‌رو است و باید راه چاره‌ای برای آن یافت. جامعه چندپارچه با تنوع قومی، مذهبی و نژادی و زبانی که امر طبیعی است، می‌تواند بستری برای تنش و درگیری باشد. از این‌رو، دورکردن چندپارچگی از این مسیر نیازمند ارائه راهکارهای معین است. باید سنگ‌بنای صلح را به‌صورت اساسی در این چنین جامعه جستجو کرد که به‌صورت بنیادین، عمیق و دوام‌دار بر حفظ صلح پایدار تأثیر مثبت بگذارد. حق بر صلح و زندگی مسالمت‌آمیز بر مبانی استوار است و این مبانی کارکردهایی دارد که نیازمند تحلیل و بررسی است. کرامت انسانی در شمار مبانی حق بر صلح بیان شده است. این موضوع که کرامت انسانی با لزوم صلح‌سازی و صلح‌بانی رابطه دارد یا خیر باید ماهیت این رابطه مشخص شود. تأثیرات کرامت انسانی در محدوده و قلمرو صلح ابهام دارد که به شفاف‌سازی نیاز دارد و از طرف دیگر، تقدم در صورت تعارض سایر حقوق و ارزش‌ها با حق بر صلح در پرتو کرامت انسانی، کدام‌یک مقدم است، نیازمند بررسی است. همین‌طور از کدام ابزار برای تحقق صلح می‌توان استفاده کرد نیز بر پایه کرامت انسانی شاید قابل تشخیص باشد. از این‌رو، برای روشن شدن مسائل یادشده باید کارکردهای کرامت انسانی در حوزه صلح پایدار مشخص شود.

مقصود از کرامت انسانی در این تحقیق کرامت ذاتی به معنای شرافت و عزت ذاتی انسان است و اینکه نمی‌توان از انسان استفاده ابزاری کرد و کرامت امری تکوینی است که در ذات انسانی نهفته و در همه انسان‌ها ذاتاً وجود دارد و کسب‌شدنی نیست. به‌دیگرسخن، مراد از کرامت ذاتی معمولی است که مقوم موضوع (انسان) است؛ یعنی چیزی که تصور انسانیت انسان بدون آن ممکن نیست. پس کرامت ذاتی، حرمت و ارجی است که انسان از آن‌رو که انسان



است از آن برخوردار و غیرقابل سلب از وجود آدمی است و هیچ ارتباطی با نژاد، مذهب، قبیله، قوم و... ندارد و حتی با ارتکاب جرم هم سلب‌شدنی نیست (منتظری، ۱۳۹۴: ۳۷).

مفهوم مدنظر از صلح، صلح منفی صرف نیست؛ بلکه صلح مثبت نیز مقصود ماست. مقصود از صلح در این نوشتار زندگی مسالمت‌آمیز و پرهیز از انواع خشونت است. صلح پایدار و همزیستی مسالمت‌آمیز دو واژه مرادف‌اند که فراتر از نبود جنگ فیزیکی است. در رویکردی نوین صلح را باید چیزی فراتر از فقدان جنگ دانست. صرف عدم وجود جنگ تضمین نمی‌کند که در آینده نیز جنگی رخ ندهد. صلح مثبت به صلحی اشاره دارد که در طی آن، سعی بر آن است تا دلایل بروز درگیری‌ها حل و فصل شود؛ یعنی پایداری صلح امری است به اهمیت موضوع صلح یا شاید بیشتر «صلح بسیار شکننده‌تر از جنگ است؛ زیرا اگر وجود یک نفر برای آغاز خشونت کافی باشد، اما توافق همگان را برای ماندن در فضای صلح یا تحقق آن لازم دارد» (khojastefar, 2009: 12,35,38,56,65)

در زیست اجتماعی مسالمت‌آمیز به عواملی توجه می‌شود که چالش و خطر برای آن است و باید اقدامات مثبت انجام شود تا زیست اجتماعی مسالمت‌آمیز فراهم شود و صلح پایدار تنها بر نبود جنگ نیست؛ بلکه نوعی نگاه عمیق در آن وجود دارد که فضایی فراهم شود که عوامل تنش، درگیری و جنگ با اقدامات مثبت از بین برود. حق بر صلح، از نسل سوم حق‌های بشری است که حالت گروهی و جمعی دارد و در پاسخ به تعاملات و وابستگی‌ها متقابل جهانی شکل گرفته است. حق بر صلح همانند دیگر نسل‌های سوم حق‌ها بر مفهوم همبستگی متکی است؛ یعنی افزون بر شرایط لازم سایر نسل‌های حق، به هم‌افزایی توان و تلاش همه کنشگران اعم از دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و اشخاص حقوق عمومی و مانند آنها نیاز دارد (راسخ، ۱۳۸۱: ۴۲۹). درنهایت باید اذعان نمود که ماهیت حق بر صلح به مفهوم مدرن و مثبت مستلزم تحقق پیش‌شرط‌هایی است؛ یعنی حق بر صلح محقق نخواهد شد، مگر قبل از آن کرامت انسانی از نظر عینی و ذهنی در یک جامعه به رسمیت شناخته شده باشد و مصادیقی از حق‌های دیگر همانند حق برابری فرصت، عدالت، حق معیشت، حق حیات و حق زیست سالم و... به رسمیت شناخته شده و عینیت یافته باشند. ازسوی دیگر، افزون بر صلح عینی مفهوم نوین از صلح مورد توجه است و آن صلح ذهنی است؛ به معنای وضعیتی که مردم از نظر روحی و ذهنی نیز به‌دوراز هرگونه استرس روحی و نگرانی شدید و جمعی





باشند (امینی نیا، ۱۳۸۹: ۱۳۳-۱۳۴). جامعه صلح‌مند به جامعه‌ای گفته می‌شود که از خشونت، تنش، فقر، استبداد، تبعیض و بی‌عدالتی عاری باشد. برخی باور دارند که در فرهنگ اسلامی نیز صلح و سلم صرف به معنای «نبود جنگ» نیست و افزون بر آن به معنای آرامش و امنیت و همین‌طور به معنای فقدان برخورد و کشمکش و ناامنی و نظایر آن است (جمشیدی و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۲۳).

پرسش اصلی این است که کارکردهای کرامت ذاتی در زمینه صلح پایدار چیست؟ با توجه به پرسش، فرض ما بر آن است که کرامت ذاتی انسانی مبنای حق بر صلح است؛ بدان معنا که دلیل و عامل عقلی و منطقی است برای مشروع و موجه بودن صلح پایدار و لزوم تضمین صلح پایدار از آن ناشی شده و باید و نبایدهای صلح پایدار از کرامت ذاتی انسانی ناشی می‌شود. همین‌طور کرامت ذاتی انسانی می‌تواند دامنه و قلمرو صلح پایدار را شفاف و محدودیت‌های آن را مشخص کند و از طرفی شاخص مشروعیت و عدم مشروعیت ابزارها و عوامل تضمین‌کننده صلح نیز هست.

۲. رابطه جامعه چندپارچه با صلح پایدار و زندگی مسالمت‌آمیز

در این تحقیق میان تفاوت‌های مذهبی و نژادی و زندگی مسالمت‌آمیز رابطه وجود دارد و در عین حال تفاوت‌های یادشده را عامل و علت تهدید زندگی اجتماعی مسالمت‌آمیز اجتماعی نمی‌داند. رابطه پدیداری در برخی جوامع با ویژگی جهان سوم، بنا بر عوامل اساسی بین تنوع قومی، مذهبی نژادی و فقدان صلح پایدار وجود دارد. به‌دیگرسخن، صرف وجود این تفاوت‌ها عامل و علتی برای فقدان یا کم‌رنگ بودن صلح پایدار نیست؛ وگرنه به‌عنوان یک قاعده عقلی در همه‌جا باید این‌گونه باشد؛ درحالی‌که نیست. علل و عوامل تأثیر منفی تفاوت‌های یادشده بر زندگی اجتماعی مسالمت‌آمیز را در اموری دیگر یعنی در گام نخست از جنس باور و بینش و آنگاه در رفتار باید جستجو کرد. پس بین آنها رابطه پدیداری منفی وجود دارد که ریشه‌های آنها در جای دیگر به غیر از تفاوت‌های مذهبی و نژادی باید ملاحظه و بررسی شود.

تعصب نژادی و مذهبی، نوع برداشت خاص از مفاهیم دینی، حس برتری، حس مالکیت و نفی حقوق دیگران، باور به برتری قومی و مذهبی و عقلانیت قومی و مذهبی خاص از دیگر



عوامل فقدان صلح پایدار و زندگی مسالمت‌آمیز اجتماعی است. مقصود از رابطه پدیداری این است که هرگاه در جامعه تفاوت‌های یادشده موجود باشد، ممکن است زندگی مسالمت‌آمیز نیز در معرض خطر قرار گیرد؛ اما بین آن رابطه علی و معلولی نیست. پس در هر جامعه به‌دنبال تفاوت‌های یادشده اگر زندگی مسالمت‌آمیز نباشد یا کم‌رنگ شود، باید عوامل اصلی را یافت؛ زیرا در جوامع مختلف تفاوت‌ها و زندگی مسالمت‌آمیز هم وجود دارد؛ پس علت فقدان صلح پایدار تفاوت‌های یادشده نیست.

به‌ظاهر از عوامل به چالش کشیده‌شدن توسعه و همگرایی ملی و انسجام اجتماعی در داخل و به خطر افتادن صلح و امنیت، منازعات قومی است (Mbowura, 2014: 109). در دوران پس از جنگ سرد قومیت به سازه محوری و اساسی درگیرهای مسلحانه تبدیل شده است (1: 2003, joireman). حل و فصل و مدیریت منازعات قومی، مذهبی و نژادی از بزرگ‌ترین چالش‌های امنیتی و زندگی مسالمت‌آمیز است؛ اما ریشه منازعات قومی را باید مورد دقت و توجه قرار داد که عامل اصلی به خطر افتادن صلح است. اگر در جامعه با وجود تفاوت‌های قومی، مذهبی، نژادی و... برابری فرصت، عدالت، تساوی در ارائه خدمات و دسترسی به مشاغل مختلف باشد، زندگی مسالمت‌آمیز تأمین خواهد شد.

به‌هرحال، در کشور ما فعلاً صلح منفی به معنای عدم‌جنگ و درگیری وجود دارد؛ اما تضمین حق بر صلح مثبت راه بس دور و دراز دارد که نیازمند عوامل بنیادین و نهادینه‌سازی آن در لایه‌های مختلف جامعه و در بلندمدت نیازمند اقدامات اساسی است که هر دو خود به دگردیسی‌های عمیق اجتماعی نیاز دارد. از این‌رو، مسکن‌های سطحی و اجتماعی ممکن است صلح منفی را چند صباحی به ظاهر تأمین کند، اما همواره لرزان و ناپایدار خواهد بود.

۳. کارکردهای کرامت انسانی و صلح پایدار

کرامت ذاتی انسان کارکردهایی دارد که در نگاه کلان وضعیت حقوقی صلح پایدار را مشخص می‌کند. کارکردها به‌صورت کلی در موارد ذیل خلاصه می‌شوند: مشروعیت‌زایی، ملزم‌سازی دولتی و خصوصی به رعایت لوازم صلح و خودداری از رفتارهای مغایر با صلح پایدار، حل تعارض سایر ارزش‌ها و حق‌ها با صلح پایدار، تعیین مرز و قلمرو حق بر صلح و محدودیت‌های آن.



۳-۱. کرامت انسانی مبنا و ضامن حق بر صلح پایدار

کرامت انسانی به‌عنوان یک پدیده عینی در سرشت و خلقت انسان، مبنای الزام‌آور برای صلح پایدار است و درعین حال حفظ و رعایت آن موجب تضمین زندگی مسالمت‌آمیز است. بدیهی است باورها و رفتارهای تحقیرکننده و تزدیلی که شرافت و عزت انسانی را هدف گرفته و نابود می‌کند، بستر تنش‌ها را شعله‌ور می‌کند که قطعاً خود زمینه‌ای برای جنگ و درگیری و انواع تنش‌های حاد و وخیم دیگر است که ناقض و نافی حق بر صلح پایدار است.

۳-۱-۱. کرامت انسانی؛ مبنای حق بر صلح پایدار

انسان به‌دلیل دارایی کرامت ذاتی باید زندگی مسالمت‌آمیز داشته باشد و تفاوت انسان و حیوان در همان کرامت انسانی است. حق بر صلح و زندگی مسالمت‌آمیز جزء نسل سوم حقوق بشر است (راسخ و عامری، ۱۳۹۱: ۱۷۲). براساس برداشت اسلامی و عرفی از مبانی آن کرامت انسانی است. تمامی انواع حقوق انسان و مصادیق آن ناشی از کرامت انسانی است. امروز تردیدی نیست که کرامت انسانی از مبانی حقوق بشر است و حقوق خود ابزاری برای صیانت از کرامت انسانی است و خود حقوق در گذر زمان تغییر و تحول پیدا می‌کند و دائماً در حال توسعه است و هر زمان متناسب با خود حقوقی را مقتضی است که بتواند از کرامت انسان به‌عنوان یک مقوله «هست انگار» محافظت و صیانت کند و از این جهت در جامعه‌ای که کرامت انسانی در باور و عمل هر مقدار تجلی پیدا کند، آن جامعه از خشونت، جنگ درگیری و تنش به دور خواهد بود. کرامت انسانی موجب خواهد شد که با انسان در هر شرایطی همانند یک شیء و حیوان برخورد نشود و لوازم خاص خود را در هر شرایطی دارد. چرا انسان حق دارد زندگی مسالمت‌آمیز و همراه با صلح داشته باشد؛ زیرا انسان هستیم و انسان کرامت دارد و چرا در مورد حیوانات گفته نمی‌شود؛ زیرا حیوان همانند انسان کرامت ندارد. زندگی انسانی با زندگی حیوانی فرق دارد و کرامت انسان باعث می‌شود که هر انسان به حقوق آزادی‌ها و به‌ویژه حیات انسانی احترام بگذارد و نقض آن پذیرفتنی نیست، مگر در موارد بسیار محدود و اندک، با شرایط خاص.

جامعه‌ای که با فرهنگ صلح و زندگی مسالمت‌آمیز آشنایی ندارد و سال‌هاست که از آن دور است از عوامل اصلی آن عدم‌باور به کرامت انسان و لازمه آن یعنی احترام به حقوق انسان است. فرهنگ صلح از خود، الزامات و مقتضیاتی دارد که باید بدان توجه نمود. صلح تنها



فقدان جنگ نیست؛ بلکه احترام گذاشتن و زندگی با کرامت با هدف ساختن جهان بهتر است. صلح در سطح فردی تنها فقدان جنگ نیست؛ بلکه صلح چگونگی حل و فصل مشکلات است و اینکه با هم زندگی با آرامش و کرامت داشته باشیم. صلح در سطح جامعه به معنای با هم کار کردن به صورت مسالمت‌آمیز، زندگی همراه با کرامت، تشویق همدیگر و کمک به همدیگر برای زندگی بهتر است. در افغانستان با چالش‌های اساسی که کرامت انسانی دارد، تضمین حقوق انسانی با موانع جدی روبه‌رو است؛ هم در سطح دیدگاه و هم عمل و در نتیجه، تضمین صلح پایدار و زندگی مسالمت‌آمیز دشوار است.

بخشی از خشونت‌ها در افغانستان حاکی از عدم حرمت انسان و کرامت اوست. انسان آن‌گونه‌که بایسته است، حرمت ندارد و به همین دلیل جان و مال ممکن است که مباح باشد یا اعلام شود هر نوع رفتاری در هنگام جنگ و درگیری انجام شود و افراد در هنگام جنگ هر نوع رفتاری برای خود محتمل است که مجاز تلقی کنند و بخش عمده خشونت‌ها ناشی از باور مغایر با کرامت انسانی است. زندگی همراه با خشونت و فقدان آرامش و همین‌طور فعال بودن بسترهای تنش به صورت عمیق و مداوم به احتمال زیاد بخش از آن ناشی از عدم حرمت و تضمین کرامت انسانی است.

فرهنگ صلح مجموعه‌ای از ارزش‌ها، نگرش‌ها و الگوهای رفتاری و شیوه زندگی مبتنی بر احترام به زندگی انسان است و از پایه‌های اصلی آن احترام به زندگی است. این وضعیت هنگامی معنا دارد که انسان را دارای کرامت بدانیم و نتوانیم با او همانند حیوان و یک شیء رفتار نماییم. به دلیل کرامت انسانی نتوانیم به حیات او پایان دهیم. احترام به روش حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات وقتی معنا پیدا می‌کند که به حقوق دیگران احترام بگذاریم و برای آنان شأن و منزلت انسانی قائل شویم و دارای کرامت انسانی بدانیم. در جامعه‌ای که کرامت انسانی مخدوش شود، صلح پایدار نخواهد شد و زیست اجتماعی مسالمت‌آمیز ضعیف و همواره آسیب‌پذیر است. کرامت انسانی به ما می‌گوید که هرگونه خشونت، رفتاری غیرانسانی، شکنجه، تبعیض، نابرابری فرصت، نقض حیات انسانی، استفاده ابزاری از انسان و امثال آن جایز نیست. کرامت انسانی به ما می‌گوید که انسان باید به‌گونه‌ای زندگی کند که شرافت و عزت او حفظ شود.



نقض هرکدام از حقوق اساسی انسان از جمله حق بر صلح از سوی هرکسی باشد؛ خواه دولت یا مردم موجب هتک کرامت و حیثیت انسانی می‌شود. از این رو، کرامت انسانی هنگام بررسی ادعای نقض حقوق بشر باید مورد توجه قرار گیرد (کنوست و راسخ، ۱۳۸۸: ۸۹) هیچ مرجعی نباید اعمالی را انجام دهد که مغایر با کرامت انسان باشد که مبنای بیشتر قوانین اساسی است (رافع و شبر، ۲۰۱۳: ۷۴ و ۷۵) وانگهی تمامی حقوق و آزادی‌های اساسی برای صیانت از کرامت انسانی است.

در رویکرد غربی، اندیشمندان زیادی کرامت را مبنای حقوق و آزادی‌ها تلقی می‌کنند و این اندیشه در بسیاری از کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی منعکس شده است. در مقدمه اعلامیه حقوق بشر آمده است: «شناسایی کرامت ذاتی کلیه اعضای خانواده بشری و حقوق یکسان و انتقال‌ناپذیر آنان اساس آزادی، عدالت و صلح را در جهان تشکیل می‌دهد.»^۱ در برداشت موسع از کرامت و مبنا بودن آن، کرامت امری مشابه حقوق بشر نیست؛ بلکه ارزش منحصر به فردی را برای انسان بیان می‌کند که براساس آن، حقوق بشر به وجود می‌آید. در کاربرد موسع نقش اولیه کرامت انسانی، کمک به شناسایی مجموعه‌های خاصی از حقوق است که مجموعه‌ها بسته و محدود نیست و ممکن است کرامت در طول زمان به ایجاد حقوق بیشتر کمک کند.

همچنین، کرامت به تفسیر مجموعه‌هایی از حقوق کمک می‌کند. برخی از حقوق یا حتی تمامی آنها ممکن است بهترین راه تفسیر آنها کرامت باشد. در این برداشت، گاه کرامت به صورت خاص با استقلال فردی ارتباط می‌یابد. به عنوان مثال، درجایی که زن آزادی سقط جنین دارد، با کرامت انسانی حمایت می‌شود. گاه کرامت انسان به صورت خاص ارتباط پیدا می‌کند با حمایت انسان از شکنجه‌های شدید روحی و فیزیکی که از سوی مقامات انجام می‌شود. بنابراین، کرامت انسانی، شکنجه و دیگر انواع رفتارهای غیرانسانی و ترذیلی را منع می‌کند که با منع تبعیض ارتباط می‌گیرد Oxford legal studies research₂ 2008: 33



¹. Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,...

(34-). در یک نگاه نزدیک به برداشت یادشده، کرامت، وضعیت و حالتی است که انسان به دلیل این وضعیت خاص ارزش احترام دارد. (Ibid, 2008: 4)

اعلامیه جهانی حقوق بشر به شناسایی کرامت به عنوان مبنایی برای آزادی، عدالت و صلح اشاره دارد. این باور وجود دارد که نسبت به شناسایی کرامت انسانی تعهد وجود دارد؛ اما این موضوع لزوماً به معنای تأسیس کرامت انسانی نیست. همچنین به معنای این نیست که مفهوم کرامت انسانی برای پیدایش نیاز به شناسایی دارد. کرامت انسانی به عنوان دارایی تلقی شده است که همه انسان‌ها به طور برابر بدون توجه به هر حالتی از آن برخوردارند. (Kivistö, 2012: 99, 103 & 108)

۳-۱-۲. تضمین حق بر صلح مثبت و پایدار؛ کارکرد کرامت انسانی

کرامت انسانی به عنوان مبنای حق بر صلح و زندگی مسالمت‌آمیز کارکردهای گوناگون دارد که یکی از آنها تضمین زندگی مسالمت‌آمیز است؛ یعنی هرگاه در جامعه کرامت ذاتی حفظ شود، از کارکردهای آن تضمین صلح پایدار و زندگی مسالمت‌آمیز است؛ زیرا تمامی حق‌های بشر ابرازند و آنچه موضوعیت دارد، کرامت انسانی بشر است و هرگاه کرامت انسانی در یک جامعه خدشه‌دار نشود، بدهی است که به حفظ زندگی مسالمت‌آمیز کمک شده است. از سوی دیگر، در جمله امام علی (ع) آمده است: «وَأَشْعِرُ قَلْبَكَ الرَّحْمَةَ لِلرَّعِيَةِ وَالْمَحَبَّةَ لَهُمْ وَاللُّطْفَ بِهِمْ، وَلَا تَكُونَنَّ عَلَيْهِمْ سَبْعًا ضَارِبًا تَغْتَمُّ أَكْلَهُمْ، فَإِنَّهُمْ صِنْفَانِ: إِمَّا أَحُّ لَكَ فِي الدِّينِ وَإِمَّا نَظِيرٌ لَكَ فِي الْخَلْقِ» (نهج البلاغه، نامه ۵۳). در این عبارت امام علی (ع) رفتار با محبت و لطف و عدم رفتار همانند گرگ درنده را ناشی از کرامت انسانی می‌داند؛ زیرا خطاب به مالک اشتر می‌فرماید: یا آنها برادر دینی شماست و یا انسان‌اند. بدهی است که با انسان نمی‌توان همانند گرگ درنده رفتار کرد؛ زیرا هر انسان طبق صریح آیه شریفه «لقدّم کرماً بنی آدم...» دارای کرامت ذاتی است. در زندگی حیوانات زندگی مسالمت‌آمیز معنا ندارد؛ زیرا حیوان دارای کرامت ذاتی نیست؛ اما انسان‌ها باید زندگی مسالمت‌آمیز داشته باشند، چون انسان دارای کرامت ذاتی است.

۳-۱-۳. کرامت انسان؛ صلح پایدار و ثبات سیاسی

صلح پایدار و ثبات سیاسی دو همزاد و رابطه پدیداری متقابل دارند. تردیدی نیست که در هر جامعه که زمینه و بسترهای صلح پایدار فراهم شود، ثبات سیاسی نیز در آن ریشه‌دار و دوام‌دار





خواهد بود. بدیهی است که ثبات سیاسی به جای هرج و مرج کمک می‌کند که پایه‌های صلح مثبت مستحکم و تثبیت شود و دولت بتواند برنامه‌های بلندمدت را برای ارائه خدمات مختلف طرح و اجرا کند که خود با وصف رعایت برابری فرصت بر صلح عینی و ذهنی تأثیر بسیار دارد. اهمیت ثبات سیاسی هم از نظر شرعی و هم عرفی تردیدپذیر نیست تا جایی که در متون دینی آمده است: «انّه لا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ امیرٍ بَرٍّ اَوْ فَاجِرٍ...» (نهج البلاغه، خطبه ۴۰).

زندگی اجتماعی انسان‌ها، در درون نظام سیاسی و حکومت شکل می‌گیرد و در عمل، تصور زندگی بدون حکومت مشکل است. به همین دلیل، اندیشمندان همواره حکومت را به‌عنوان یک ضرورت اجتماعی تلقی نموده‌اند. این موضوع ضرورت حکم عقلی است و آنچه از روایات شریفه در این زمینه وارد شده، ارشاد و مؤید همین حکم عقلی است.

با عنایت به مطالب یادشده، نباید غفلت کرد که ماندگاری حکومت و ثبات سیاسی قطعاً مرهون تحقق صلح پایدار است و حکومتی که عدالت، برابری، تضمین رفاه و آسایش مردم خود را مدنظر قرار ندهد، طبعاً ماندگاری لازم را ندارد؛ اما در یک مرحله قبل‌تر هر دو (صلح پایدار و ثبات سیاسی) از رسمیت، ترویج و تحکیم کرامت انسانی متأثر است. در تمامی اقدامات خود دولت بر محورهای اساسی مشخص، از جمله کرامت انسانی باید برنامه‌ریزی نماید. از سوی دیگر، افزون‌بر تضمین ثبات سیاسی با کرامت انسانی، تمامی برنامه‌های دولت انسجام لازم را خواهد داشت و رضایتمندی عمومی و مردمی را نیز موجب خواهد شد؛ زیرا کرامت انسانی مبنا و شاخص محوری دولت برای برنامه‌های مختلف است که نباید از آن دور شود و مسیر نادرست را طی نماید. بدیهی است که رضایتمندی مردم به ثبات سیاسی کمک می‌کند. همین‌طور تحریک حس وفاداری به حکومت و تضمین آن از این طریق بسیار کم‌هزینه‌تر بوده و ماندگاری نیز دارد؛ زیرا انسان‌ها را از درون دگرگون کرده و وفاداری ذهنی، وفاداری عینی و خارجی را در پی دارد.

به‌هر حال، هویداست که تحقق صلح پایدار بدون حکومت و نهادهای مناسب امکان‌پذیر نیست و در شرایط هرج و مرج صلح پایدار محقق نخواهد شد که متضمن پیش‌شرط‌هایی است. از این‌رو، کرامت انسانی، تضمین‌کننده صلح پایدار و ثبات سیاسی نیز هست و این کارکرد را نباید دست‌کم گرفت. بیشتر کشورهای غربی و برخی کشورها اسلامی از این کارکرد

سود بسیار کلان برده و توانسته‌اند جامعه خود را خوشبخت کرده و به آسایش و آرامش برسانند.

۳-۱-۴. کرامت انسانی و قلمرو حق بر صلح

از کارکردهای کرامت انسانی تعیین مرز و محدوده حق بر صلح پایدار است. این کارکردها مختص کرامت انسانی نیست و تمامی مبانی در دانش حقوق از این کارکرد برخوردار است. مرز این حق تا کجاست و در صورت تزاخم و تعارض با حقوق و ارزش‌های دیگر کدام یک مقدم است؟ کرامت انسانی می‌تواند محدوده را مشخص و رفع تعارض و تزاخم نماید.

الف) حق بر صلح؛ نسل اول و دوم حق‌های انسانی

برخی بدین باورند که نسل‌های اول و دوم حق‌های انسانی مقدم بر حق بر صلح هستند و حتی برخی معتقدند چنین حقی اصلاً وجود ندارد. باور بر این است که حق بر صلح از اختراع ایدئالیست‌هاست؛ اما از مقدمه و ماده ۱ منشور سازمان ملل متحد و مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر پیداست که یک مفهوم جدید نیست و اسناد یادشده و دیگر اسناد موجب شده است که صلح در مرکز فعالیت‌های سازمان ملل متحد به‌عنوان مقدس‌ترین هدف قرار گیرد. نویسنده باور دارد که حق‌های انسانی نسل اول و دوم بستر را حق بر صلح پایدار به‌عنوان یک حق گروهی فراهم می‌کند؛ اما درعین حال به بهانه تضمین صلح نباید حق‌های بنیادین نسل-های اول و دوم را نادیده گرفت؛ زیرا مبنای دو نسل اول نیز کرامت انسانی است و کرامت انسانی اقتضای تضمین آنها را نیز دارد؛ یعنی دو نسل اول با صلح پایدار منافات ندارد و با آن سازگاری دارد.

ب) تدارک جنگ به بهانه صلح

برقراری صلح، هرگاه با یک شرط مخفی به‌منظور تدارک جنگ در آینده همراه باشد، دارای اعتبار نخواهد بود (kant, 1991: 93). براساس این، صلح دوگانه، یعنی تظاهر به صلح و تدارک امکانات برای دست زدن به نبرد دیگر، مردود است؛ یعنی باید در این حوزه شفافیت وجود داشته باشد و به نام صلح، جنگ راه‌اندازی نشود. مبنای صلح واقعی کرامت ذاتی است و صلح ادعایی و صوری را توجیه نمی‌کند.



ج) حق بر صلح و عدالت

بین صلح منفی و عدالت پس از مخاصمات مسلحانه ممکن و محتمل است که ناسازگاری باشد؛ به نحوی که دوگانگی صلح و عدالت در مخاصمات مسلحانه داخلی در پسا جنگ، یک مسئله بسیار مهم است. از این رو، بین برقراری صلح از یک سو و اجرای عدالت از سوی دیگر، همواره در جوامع جنگ زده بحث و اختلاف نظر بوده است. طرفداران صلح معتقدند: پیگیری عدالت و پاسخگویی صرفاً سبب تشدید درگیری می شود و در مقابل طرفداران عدالت و پاسخگویی معتقدند که برقراری صلح پایدار بدون عدالت امکان پذیر نیست. در نهایت، میان صلح و عدالت تعامل وجود دارد و عدالت زمینه ساز تحکیم صلح پس از درگیری در جوامع جنگ زده است. بنابراین، صلح و عدالت توأمان باید در جوامع جنگ زده پس از درگیری مورد توجه قرار گیرد؛ زیرا رویکرد عدالت محور می تواند فرصتی را برای پرورش و برقراری صلح پایدار و جامع فراهم کند. از این رو، در این تحقیق منظور از صلح، معنای پایدار و مثبت آن است و از این جهت بین صلح و عدالت تعامل و تأثیر و تأثر متقابل وجود دارد و تضمین عدالت به صلح پایدار کمک می کند (فضائلی، ۱۴۰۲، ۴۷۱-۴۷۷).

بنابراین، بین عدالت و صلح مثبت رابطه معکوس وجود دارد. هرگونه بی عدالتی احتمال تضعیف صلح پایدار و وقوع تنش و درگیری را در پی دارد. به هر حال، در فرض ناسازگاری، عدالت را در فرض صلح منفی نمی توان قربانی کرد و قابل چشم پوشی نیست. کرامت انسانی پذیرش ظلم، ستم و اجحاف را ناروا می داند و مغایر با کرامت ذاتی است. از سویی، عدالت زمینه ساز صلح پایدار و حتی صلح منفی است. همچنین، مطالعات موردی هم حاکی از آن است که عدالت زمینه ساز صلح است. در کشورهایی همانند یوگسلاویا، موزامبیک، آنگولا، بوسنی، رواندا به خوبی این قضیه پابرجاست که بدون تضمین عدالت صلح پایدار محقق نخواهد شد (فضائلی، ۱۴۰۲، ۴۷۷ و ۴۷۸).

برخی اندیشمندان اسلامی این برداشت را مورد تأیید قرار داده اند. «نظر سید قطب در نبود عدالت و در شرایطی که مناسبات بین المللی و ساختارهای پیچیده طبقاتی و تعصبات نژادی بر عده ای از انسان ها حاکم شده، بدون شک صلح واقعی سازنده موجود نخواهد بود؛ بلکه تنها ممکن است سرپوشی پوشالین بر روی همان مناسبات ظالمانه به نام صلح قرار داده شود؛ پس مؤمنان باید در راه رسیدن به عدل و صلح واقعی مبارزه کنند. این نوع نگرش در مورد



تقدم صلح بر عدالت، درواقع، ضرورت وجود عدالت برای صلح را در آثار بسیاری از دیگر اندیشمندان گذشته و معاصر مشاهده می‌شود» (زاهدی، ۱۳۹۹: ۲۸ و ۲۹).

به‌هرحال، منع تبعیض و ظلم مطلق دارد و حق بر منع تبعیض محدودیت ندارد و کرامت انسانی اقتضا دارد که در هیچ حالت نباید انسان‌ها مورد تبعیض، ظلم و ستم قرار گیرند؛ بدان معنا که صلح منفی نباید به تبعیض، ظلم، ستم منجر شود و ممنوعیت آنها مطلق است؛ چون در هر حالت خلاف کرامت انسانی است.

د) صلح منفی و برابری فرصت

اگر بهای فقدان جنگ و صلح منفی، تبعیض و نابرابری در عرصه‌های مختلف باشد، تا این حد کرامت انسانی صلح منفی را تأیید نمی‌کند. تضمین صلح منفی به قیمت از دست دادن برابری فرصت در حوزه‌های مختلف سیاسی و اجتماعی، خلاف ارزش‌های انسانی است. برابری فرصت از اصولی است که به بهانه و بهای صلح نباید از آن عدول کرد. هم از نظر ارزش‌های اسلامی و هم انسانی، تبعیض جایز نیست و تحقیر به‌گونه‌ای در تبعیض نهفته است و خلاف کرامت ذاتی انسان است؛ اما تبعیض مثبت استثناست که در فرض مثبت بودن، تبعیض به معنای واقعی نیست؛ چون هرگونه ترجیح، تقدم و محرومیت اگر دلیل معقول و منطقی داشته باشد، تبعیض به شمار نمی‌آید.

ازسوی دیگر، بین تأمین برابری فرصت و تضمین صلح پایدار، که هر دو مبتنی بر کرامت انسانی است، رابطه بسیار نزدیک است؛ یعنی تأمین برابری فرصت از زمینه‌های تضمین صلح پایدار است. پس در حوزه صلح منفی نادیده‌گیری برابری فرصت و پایمال شدن برای پیدایی صلح منفی خلاف کرامت انسانی است و ازسوی دیگر، برابری فرصت از زمینه‌های فراهم‌سازی صلح پایدار است.

ه) حق بر صلح و حقوق انسانی اقلیت‌ها

گاه صلح از نوع منفی می‌تواند به نادیده‌گیری حقوق اقلیت‌ها منجر شود؛ اما کرامت انسانی به‌عنوان سنگ‌بنای اصلی، مخالف این نوع نادیده‌گیری و عدم حمایت از اقلیت‌هاست. صلح با ویژگی نادیده گرفتن اقلیت‌ها محتمل است که صلح منفی را محقق کند؛ اما در بلندمدت می‌تواند عاملی برای تنش و درگیر باشد و صلح پایدار و مثبت را در معرض خطر قرار دهد.





چون عوامل بروز منازعات میان اقلیت و اکثریت را می‌توان در چند چیز خلاصه نمود: مؤلفه‌های ساختاری (ضعف دولت مرکزی و نگرانی‌های امنیتی داخلی)، مؤلفه‌های سیاسی (ساختار تبعیض‌آمیز، انحصار سیستماتیک قدرت، سیاست‌های تبعیض‌آمیز)، مؤلفه‌های اجتماعی اقتصادی، و مؤلفه‌های فرهنگی. اما به‌هرحال، همگی را می‌توان در یک عامل اساسی، یعنی تبعیض خلاصه کرد.

اگر صلح منفی بر بنیادهایی استوار باشد، که شکاف و فاصله اقلیت و اکثریت را افزایش دهد، قطعاً مغایر با کرامت انسانی است و در عین حال به صلح پایدار آسیب می‌زند. تبعیض در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به زیان اقلیت خواه مستقیم و خواه غیرمستقیم، از عوامل خیزش‌ها و منازعات قومی است. تأکید بر کرامت انسانی در ادیان الهی حقیقتی است که این ادیان را با حقوق انسانی پیوند می‌زند. ازاین‌رو، تبعیض نهادینه‌شده با کرامت انسانی سازگاری ندارد و از طرفی بین عدالت و تبعیض رابطه معکوس وجود دارد. همین‌طور از اهداف بزرگ انبیای الهی به‌ویژه پیامبر اعظم (ص) پاسداری کرامت انسانی تمامی انبای بشر، مسلمان و غیرمسلمان و برپایی عدالت بوده است.

به‌هرحال، گروه‌های به حاشیه رانده شده از مشکلات و چالش‌های اساسی کشورها جهان سوم است، که اگر به آنها توجه نشود، می‌تواند به دلیل نقض کرامت انسانی، صلح منفی و مثبت را در معرض خطر قرار دهد و ازاین‌رو، برای حفظ حرمت انسانی و صلح پایدار باید برای رفع تبعیض از آنان برنامه بلندمدت تعریف شود. رویکرد نادرست به صلح در این عرصه می‌تواند پایه‌های آن را متزلزل کند.

و) حق بر منع شکنجه و صلح

بهای صلح منفی اگر شکنجه باشد، مغایر با کرامت انسانی است و حق بر منع شکنجه مطلق است؛ پس کرامت انسانی اقتضا دارد که نباید صلح منفی را از طریق شکنجه تضمین کرد. به‌دیگرسخن، حق بر صلح منفی از حقوق مطلق نیست؛ چون کرامت انسانی اقتضای مطلق بودن آن را ندارد؛ اما شکنجه در هر حالت ممنوع است؛ چون در هر حالتی شکنجه مغایر با کرامت ذاتی انسان است. افزون‌بر آن شکنجه زمینه صلح مثبت و پایدار را مخدوش می‌کند.

ز) امنیت سنتی و دولتی و حق بر صلح پایدار

اگر امنیت سنتی را به معنای امنیت دولتمردان، نبود کودتا و انقلاب بدانیم، در صورت تعارض حق بر صلح، طبعاً کرامت انسانی مقتضی تضمین صلح پایدار و مثبت است. امنیت امروز بیشتر بر محور مردم تعریف می‌شود. در سال ۱۹۹۴ برنامه توسعه سازمان ملل متحد یک گزارش بی‌پیشینه را منتشر کرد که برای یک تغییر در مفهوم امنیت از «دولت - ملت» به «مردم - ملت» فراخوان داده بود. این گزارش با هدف بازتعریف امنیت تهیه شده بود و تسلط رئالیسم را از طریق تغییر موضوع امنیت مرجع از «دولت - ملت» به شهروندان یک کشور به چالش کشیده شد. امنیت انسانی به‌عنوان یک مفهوم، پدیده کاملاً جدیدی نبود؛ زیرا امنیت از نظر تاریخی اندیشه‌ای تقریباً مرتبط با افراد بود (Glasius, 2008: 31).

با وجود این، در پی انقلاب فرانسه اندیشه مرتبط با امنیت با مرکزیت «ملت - دولت» تغییر کرد؛ زمانی که گزارش یادشده برنامه توسعه سازمان ملل متحد منتشر شد (همان). امنیت دولت به مفهوم سنتی، یعنی به امنیت سخت اشاره دارد؛ در حالی که مفهوم امنیت انسانی به مفهوم غیرسنتی یعنی امنیت نرم اشاره دارد.^۱ در نتیجه در رویکرد سازمان ملل هم امنیت

^۱ مکاتب موسع استدلال می‌کنند که امنیت انسانی معنایی فراتر از دل‌نگرانی از تهدید و خشونت دارد. امنیت انسانی تنها آزادی از ترس و هراس نیست، بلکه، همچنین، آزادی از احتیاج نیز می‌باشد که نقطه تمرکز گزارش UNDP است. افزون بر این، به اعتقاد بعضی، امنیت انسانی در شرایط توسعه‌نیافتگی، فراتر از آزادی از احتیاج است و آزادی‌ها و ارزش‌های دیگری را نیز دربر می‌گیرد. برای مثال، تاکور و مؤسسه وی، دانشگاه سازمان ملل در توکیو، ادعا می‌کنند: «امنیت انسانی به محافظت مردم از خطرات تهدیدکننده جدی زندگی مربوط می‌شود. صرف‌نظر از اینکه این تهدید در فعالیت‌های بشری یا حوادث طبیعی ریشه داشته باشد، اعم از اینکه آنها در داخل یا خارج دولت نهفته باشند و اعم از اینکه آنها مستقیم و بلاواسطه یا ساختاری باشند». امنیت بشر «انسان‌مدار» است؛ به‌گونه‌ای که تمرکز اصلی آن بر مردم، هم به‌عنوان افراد و هم گروه‌های اجتماعی است. این مفهوم «امنیت‌مدار» است؛ به‌طوری‌که تأکید اصلی آن بر آزادی از ترس، خطر و تهدید می‌باشد. تاکور سعی می‌کند با ارجاع و اشاره به وضعیت‌ها و شرایط تهدیدکننده حیات که به بحران تبدیل شده‌اند و قرار دادن آنهايي که به حالت بحرانی نرسیده‌اند، در دستور کار گسترده‌تر توسعه، مکتب فراگیر و موسع را محدود و مقید کند. یک نمونه از تعریف حتی موسع‌تر ارائه داده است. وی به‌عنوان یکی از اعضای کمیسیون امنیت انسانی، استدلال می‌کند: «امنیت انسانی حفظ هسته ضروری حیات همه انسان‌ها به طریقی است که آزادی‌ها و رضایت انسانی را توسعه و ارتقاء بخشد». تاکور از مفهوم سازه‌های موسع به این دلیل دفاع می‌کند که اگرچه ممکن است تعاریف جامع و فراگیر باعث از بین رفتن دقت تحلیلی شود، ولی آنها ارزشمند و مفیدند. به تعاریف موسع امنیت انسانی بیشترین انتقاد شده و زمینه مناسب را برای منتقدان فراهم آورده است تا مفهوم امنیت انسانی را به‌طور کلی رد نمایند. برای مثال، پاریس ادعا می‌کند: امنیت انسانی «همه‌چیز از سوءاستفاده جنسی تا نسل‌کشی را دربر می‌گیرد». از این منظر، مشکل اصلی آن است که تعداد فرضیه‌های علی برای تبیین پدیده امنیت انسانی به اندازه‌ای گسترده



انسانی به جای امنیت سنتی اهمیت بیشتر دارد و تغییر رویکرد در سازمان ملل متحد هم وجود دارد. از سوی دیگر، امنیت انسانی به مفهوم رهایی از ترس و نداری با صلح پایدار هم‌راستا هستند و تعارض ندارند.

نتیجه‌گیری

مبنای اساسی حق بر صلح پایدار، کرامت انسانی است که حق بر صلح پایدار را موجه و مشروع می‌کند، تضمین کرامت انسانی به تأمین صلح پایدار منجر می‌شود. چون در هر جامعه که افراد کرامت آن حفظ شود، بستر تنش کمتر فراهم می‌شود و آسایش و آرامش در آنجا حاکم خواهد شد. ماندگاری حکومت و ثبات سیاسی مرهون صلح پایدار است و درعین حال ثبات سیاسی مبتنی بر صلح پایدار نباشد و صرفاً تمام کوشش آن بر صلح منفی باشد، قطعاً کرامت انسانی نقض خواهد شد و درعین حال، ثبات سیاسی را هم در معرض خطر قرار می‌دهد. از این رو، اگر امر بین ثبات و حق بر صلح پایدار دایر شود، باید صلح پایدار که مبتنی بر کرامت انسانی است در اولویت قرار گیرد.

کرامت انسان در مورد مرز و محدوده حق بر صلح پرتوافکنی می‌کند. اگر صلح منفی به قیمت تبعیض، نابرابری فرصت و به حاشیه راندن اقلیت‌ها منجر شود، در محدوده ممنوعه قرار می‌گیرد. اگر بهای صلح منفی شکنجه انسان‌ها باشد، قابل پذیرش نیست؛ چون حق بر منع شکنجه در اسناد بین‌المللی مطلق است و در هیچ حالتی جایز نیست؛ چون هر نوع شکنجه مغایر با کرامت انسانی است.



منابع

۱. امینی‌نیا، عاطفه. (۱۳۸۹). جایگاه حق بر صلح در منشور ملل متحد با نگاهی به عملکرد شورای امنیت. دانش‌نامه حقوق و سیاست، ۱۳(۶)
۲. جمشیدی، محمدحسین؛ نجفی، مصطفی وزینب زبیدی. (۱۳۹۵). بررسی مقایسه‌ای صلح پایدار از منظر اسلام و لیبرالیسم اخلاقی (کانتی). مجله سیاست دفاعی، ۲۴(۹۷).
۳. زاهدی، بهرام. (۱۳۹۹). رابطه صلح و عدالت در منظومه فکری سید قطب. فصلنامه صلح پژوهشی، ۱(۱۱).
۴. صالح شبر، رافع خضر. (۲۰۱۳ م). انتهاک الدستور. عراق: مکتبه السنهوری.
۵. فضائلی، مصطفی و نرگس سادات حسینی. (۱۴۰۱). دوگانگی صلح و عدالت در وضعیت پس از منخاصات داخلی. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۵۲(۱).
۶. کر، پائولین. (۱۳۸۷). امنیت انسانی، ترجمه سیدجلال دهقانی فیروزآبادی. فصلنامه مطالعات راهبردی، ۱۱(۳).
۷. کنوست، ماندانا و افشار راسخ. (۱۳۸۸). حقوق اساسی افغانستان. ج ۲. کابل: مؤسسه ماکس پلانک.
۸. منتظری، حسین‌علی. (۱۳۹۴). رساله حقوق. تهران: انتشارات سرایی.
9. Glasius, Marlies (2008). Human Security from Paradigm Shift to Operationalization: Job Description for a Human Security Worker. Security Dialogue, 39(31), .
10. Kant, Immanuel (1991). Perpetual Peace, in Kant Political Writings, Translated by Nisbet, Cambridge: Cambridge University Press.
11. Khojastefar, H. (2009). [Translation of Sociology of Peace]. Bouthoul G (Author). Tehran: Jameshenasan.
12. . Kivistö, Hanna-Mari (2012). The Concept of 'Human Dignity' in the Post-War Human Rights Debates, Res Publica: Revista de Filosofía Política, 27
13. Mbowura, Cletus Kwaku (2014). Inter-Ethnic Conflicts and their Impacts on National Development, Integration and Social Cohesion: A Study of the Nawuri-Gonja Conflict in Northern Ghana. International Journal of Humanities and Social Science, 4(7).



سال دوم، شماره پنجم، خزان ۱۴۰۳



مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب (از منظر آیت الله محسنی با تأکید بر فقه و قوانین افغانستان)

محمد رحیم اصغری*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۶/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۸/۱

چکیده

موضوع این نوشتار بررسی مبانی عدم مسئولیت طبیب در اقدامات و اعمال مباشرتی وی است که به صورت تطبیقی در فقه و قوانین افغانستان و با روش توصیفی - تحلیلی، از منظر فقیه متأله حضرت آیت الله العظمی محمد آصف محسنی (ره) بررسی شده است؛ اعم از مبانی ای که به طور مستدل پذیرفته و یارد نموده است. در صورتی که اقدامات پزشکی با حسن نیت و رعایت اصول فنی و با رضایت مریض یا نماینده قانونی وی، و یا در حالات عاجل و بنا بر فوریت‌های پزشکی موقفانه صورت گیرد، شایسته تقدیر و ترفیع است؛ اما اگر طبیب و جایب خود را درست انجام ندهد و در اثر کوتاهی و غفلت، عمل وی نتیجه مجرمانه را به دنبال داشته باشد، دارای هرگونه مسئولیت کیفری، مدنی، اداری، انضباطی و اخلاقی می‌باشد. سخن درجایی است که با وجود رعایت تمامی نکات فنی، خلاف اثر مورد نظر حاصل شود و خسارات جانی یا مالی بر بیمار تحمیل شود. از یک سو، خسارت منتسب به عمل پزشکی است و مطابق برخی از قواعد فقهی مانند قاعده لاضرر، قاعده اتلاف، قاعده عدم بطلان خون مسلم و... طبیب مسئول شناخته می‌شود؛ از طرفی طبیب اصول علمی و فنی را با دقت انجام داده که مقتضی برائت است؛ بنابراین مسئولیت یا برائت طبیب جای بحث دارد. در صورتی که قائل به برائت باشیم، باید مبانی عدم مسئولیت طبیب مطابق فقه اسلامی و قانون افغانستان تبیین شود. این مقاله در صدد بیان دلایل علمی این نظریه، از منظر فقیه متأله حضرت آیت الله العظمی محسنی (قدس سره القدوسی) با تأکید بر فقه و قوانین افغانستان می‌باشد.

واژگان کلیدی: مبانی، مسئولیت، طبیب، اقدامات طبی، قانون و فقه.

* کدر علمی دیپارتمنت حقوق، دانشکده حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

مقصود از مبانی موارد عدم مسئولیت پزشک، اصول و قواعدی است که پزشک را از داشتن مسئولیت، در شرایط خاص مبرا می‌کنند و دلایل برائت طبیب به شمار آمده و موجب می‌شود تا اقدامات قانونی پزشک در عداد اسباب اباحت قرار گیرد. ضرورت اقدامات پزشکی ایجاب نموده که از نظر شرعی از باب نجات نفس محترمه حسب مورد واجب عینی یا کفایی شمرده شود و از نظر قانونی امتناع موظف طبی از تداوی به موجب ماده ۸۸۸ کود جزا جرم محسوب شده است؛ از طرفی مطابق قواعد فقهی و قوانین افغانستان چنانچه رابطه سببیت بین ایراد خسارت مالی، جسمانی و یا نفسانی با نتیجه حاصله برقرار باشد، مقتضی مسئولیت است؛ ازسویی قواعدی مانند قاعده احسان، قاعده برائت، قاعده اضطرار و... اقتضا می‌کند عدم مسئولیت طبیب را؛ لذا در صورتی که در نتیجه عمل فنی پزشک موظف و مکلف، خلاف اثر مورد نظر حاصل شود، تنافی و تعارض بین مکلفیت و مسئولیت حاصل می‌شود و سؤال به وجود می‌آید که آیا پزشک در حالت یادشده مسئولیت دارد یا خیر؟ در صورتی که پاسخ منفی باشد، این پرسش اصلی مطرح می‌شود که مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب در خدمات جسمی یا نفسانی ناشی از اقدامات پزشکی چیست؟ و در سؤالات فرعی مسئله این پرسش‌ها مطرح می‌شود که آیا پزشک در همه احوال در قبال صدماتی که به مناسبت وظیفه‌اش عارض می‌شود، مسئولیت ندارد؟

مسئول ندانستن طبیب به نحو مطلق، موجب بی‌مبالاتی و مسئول دانستن آن به نحو عام، باعث اجتناب از طبابت می‌شود که در هر دو صورت، جان شهروندان در معرض خطر قرار می‌گیرد و این امر اهمیت بررسی این مسئله را ایجاب می‌نماید. هدف نهایی این مقاله ارائه تحلیل روشن و دقیق از مبانی موارد عدم مسئولیت پزشک براساس نظریات فقهی آیت الله محسنی و قوانین افغانستان است و اهداف متوسطه آن، بررسی دلایل، شرایط فقهی و قانونی، مقایسه اصول فقهی و قوانین مدنی افغانستان در زمینه موارد عدم مسئولیت طبیبان، پیشنهاد راهکارهایی برای هماهنگی بیشتر بین فقه اسلامی و قوانین مدنی افغانستان با تکیه بر دیدگاه‌های فقهی حضرت آیت الله محسنی (ره) پیرامون مسئله، ایجاد انگیزه کاری با رعایت اصول فنی برای جامعه طبیبان، آگاهی بخشی عامه مردم از حقوق خویش در این زمینه و اجتناب از طرح دعوای بی‌مورد پیرامون موضوع و کمک علمی به دانشجویان رشته حقوق



و طلاب علوم دینی با بهره‌گیری از نظریات حضرت آیت‌الله محسنی (قدس سره القدوسی) است. فرض بر این است که مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب در نظریات فقهی فقیه فقید، حضرت آیت‌الله‌العظمی محسنی (ره) مورد اشاره قرار گرفته است. فرضیه یادشده، در این نوشتار با تکیه بر منابع فقه اسلامی و قوانین افغانستان مستندسازی شده است. این مقاله با روش توصیفی تحلیلی، مبانی موارد عدم مسئولیت پزشک در اقدامات پزشکی را از منظر حضرت آیت‌الله محسنی (ره) و فقه و حقوق افغانستان به صورت تطبیقی بررسی می‌کند. تحت همین عنوان (مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب از منظر حضرت آیت‌الله محسنی) کتاب، پایان‌نامه، مقاله و... ندیدم؛ هرچند برای عناوین قریب به موضوع، مانند «بررسی مسئولیت پزشک با تکیه بر آرای فقهی آیت‌الله محسنی» (اسکندری، ۱۴۰۳: ۲۷)، قتل در خطاهای پزشکی، ضمان طبیب در فقه... (یوسفوند و احمدی، ۱۳۹۷: ۱۰۷ - ۱۱۴) و... مقالات و نوشتار زیادی وجود دارد، اما فکر می‌کنم که این مقاله با جزئی نمودن مسئله (مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب...) و با رویکرد تطبیقی، مقاله جدیدی به شمار می‌آید.

۲. مفاهیم بحث

مبانی: در لغت‌نامه دهخدا عبارت است از: «جاهای بنا؛ بناها، ساختمان‌ها و جمع مبانی: مبنای، شالوده‌ها، مضامین» و در اصطلاح حقوقی، گفته شده: مبانی حقوق عبارت است از اصول و پایه‌هایی که قواعد حقوقی براساس آنها استوار شده و دلیل الزام‌آور قوانین و مقررات به شمار می‌آیند (کی نیا، ۱۳۸۵). «منظور از مبانی در فقه و حقوق بررسی محرک‌ها و نیروهایی است که در قانون وجود دارد و افراد را ملزم به رعایت و اطاعت می‌نماید» (میراحمدی‌زاده، ۱۳۸۰: ۱۰۷). بنابراین، مبانی عدم مسئولیت در اقدامات پزشکی عبارت است از دلایلی که در پاسخ از سؤال چرایی عدم مسئولیت پزشک بیان می‌شوند.

اقدامات طبی: منظور از اقدامات طبی در این پژوهش، آن دسته از اقداماتی است که طبیب به لحاظ شخصیت حقیقی یا حقوقی خویش در ارتباط با حرفه و وظیفه صنفی خود یعنی طبابت مرتکب می‌شود؛ خواه از نوع فعل باشد یا ترک فعل؛ اما آن دسته از اقداماتی را که طبیب خارج از وظیفه صنفی خود انجام می‌دهد، چنانچه منجر به جرم شود؛ اعم از اینکه به مناسبت انجام وظیفه و در محیط اداره (شفاخانه) انجام دهد؛ مانند ضرب و شتم مریض یا



همراه آن، یا رفتار مجرمانه طبیب در خارج از محیط کاری و وظیفه‌ای مثل درگیر شدن با همسایه‌ها، خروج موضوعی دارند.

مسئولیت: از ماده «سأل و سؤال» است و از نظر ادبی، مصدر صناعی است که با اضافه شدن یای مشدده و تایی مبسوطه در آخر هر اسمی ساخته می‌شود و از کلمه مسئول گرفته شده و مسئول کسی است که مورد سؤال قرار می‌گیرد. در علم حقوق معمولاً به صورت مفید استعمال می‌شود؛ مانند مسئولیت اداری، مسئولیت مدنی، مسئولیت بین‌المللی، مسئولیت کیفری و عبارت است از ایجاد پل ارتباطی بین واقعه حقوقی و التزام مرتکب به نتایج حاصله (صبری، ۱۳۸۶: ۳۴۵). به عنوان مثال، در مسئولیت جزایی واژه مسئولیت پل ارتباطی است بین جرم و مجازات و در مسئولیت مدنی بین ایراد ضرر و زیان و التزام به جبران خسارت و در فقه اسلامی مساوی است با ضمان.

طبیب: در لغت‌نامه معین «کسی که تداوی امراض کند. کسی که مرضی را معالجه و دستور دوائی برای بهبود دهد؛ کسی که حرفه‌اش معالجه بیماران و مرضی باشد». در اصطلاح «طبیب شخصی است که دارای سند فراغت تحصیلی در رشته طب (دیپلوم طبی) از مؤسسات تحصیلی داخلی یا خارجی کشور باشد» (بند ۲ از ماده سوم قانون طب عدلی افغانستان).

فقه: در لغت به معنای فهم (فیومی، بی تا) و در اصطلاح «علم به احکام شرعی فرعی از روی دلایل تفصیلی است» (حسن بن زین الدین، ۱۳۷۶: ۳۳)؛ فقه «مراحل و مراتبی دارد که عبارت است از: فقه دین، فقه مقاصد، فقه کلام و فقه احکام» (طهماسبی نیک، ۱۳۸۹: ۵). در این پژوهش فقه احکام، مورد نظر است که از اعمال و رفتارهای جزئی انسان بحث می‌کند که ارتباط با زندگی‌اش دارد و بسیاری از قلمرو مباحث آن با حقوق مشترک است.

قانون: «در معنای اعم شامل مجموعه قواعد حقوقی است که به وسیله قانون‌گذار مقرر می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۱۷).

۳. ارکان مسئله

مبانی موارد عدم مسئولیت طبیب در جایی قابل بحث است که مسئولیتی برای پزشک متصور باشد و مسئولیت پزشک منوط به تحقق رفتار غیرقانونی پزشکی است. بنابراین، مسئولیت



طیب دارای دو عنصر است: یکی تحقق عنوان طیب و دیگری تحقق رفتار غیرقانونی طبی و پزشکی؛ بنابراین ارکان مسئله، در دو محور به شرح ذیل بررسی می‌شود:

تحقق عنوان پزشک: مقصود از پزشک در این مقاله علمی صدق عنوان عرفی آن نیست؛ زیرا در عرف تسامح زیاد وجود دارد و گاه به کسی که حتی در مرحله ابتدایی آموزش عالی علمی را در رشته طب می‌گذرانند یا صرفاً به صورت کارمند ساده در مراکز خدمات درمانی کار می‌کند، پزشک و دکتر خطاب می‌نمایند. چنین افرادی تخصصاً از موضوع این مقاله خارج‌اند و هیچ مجوز قانونی برای اقدامات تخصصی پزشکی و درمانی را ندارند و در صورت ارتکاب، چنانچه اعمال آنان موجب ایراد ضرر و زیان مادی یا جانی شود، قطعاً مسئولیت دارند و هیچ محملی برای رفع مسئولیت از آنان نیست؛ بلکه مراد از پزشک شخص حقیقی است که مراتب علمی دانشگاهی را در رشته طب در مراکز رسمی تعلیمات عالی موفقانه سپری نموده و پس از موفقیت در امتحان نهایی از سوی وزارت تحصیلات عالی، به صورت قانونی موفق به دریافت مدرک علمی در رشته پزشکی شده و قانوناً مجوز برای طبابت را دریافت نموده باشد که چنین فردی در صورتی که پس از به‌کارگیری تمام داده‌های علمی برای درمان بیمار، تلاش خویش را با حفظ رعایت اصول فنی معمول دارد، اما سعی او نتیجه خلاف مطلوب را در پی داشته باشد، مورد حمایت شرع و قانون قرار می‌گیرد و مسئولیت را به دلایل مختلفی که در این مقاله بیان شده از وی برمی‌دارد.

تحقق رفتار غیرقانونی پزشکی: این رفتار اعم است از هر فعل یا ترک فعلی زیان‌بار یا مجرمانه که موجب مسئولیت مدنی یا جزائی شود و در هر دو صورت ارتکاب و انتساب شرط است؛ یعنی باید بین فعل زیان‌بار یا مجرمانه‌ای که از طبیی سرزده و نتیجه زیان‌بار یا مجرمانه‌ای که به بیمار وارد شده رابطه سببیت برقرار باشد و این سببیت در ضرر و زیان است که موجب مسئولیت می‌شود. چنان‌که ماده ۳۳ کود جزاء و ماده ۷۶۰ قانون مدنی افغانستان مستند این امر می‌باشد. در صورتی که نتیجه طبابت وصف مجرمانه داشته باشد و به‌عنوان طیب محاکمه شود، افزون بر ارکان و عناصر عمومی جرم (رکن قانونی، مادی و معنوی) باید شرایط و اجزاء اختصاصی جرم پزشکی را نیز دارا باشد. عناصر اختصاصی جرایم پزشکی، این است که در عنصر مادی آن شخصیت مرتکب اثر دارد؛ یعنی طیب بودن در آن شرط است. همچنین، عمل مجرمانه باید از نوع اقدامات پزشکی باشد و نحوه ارتکاب نیز در آن

دخالت دارد که باید مرتبط با وظیفه درمانی طبیب باشد؛ زیرا مطابق بند ۲ از ماده ۱۱۹ کود جزا «در حالت اجرای عملیات جراحی یا سایر اقدامات ضروری طبی به موافقهٔ مریض، همسر، ولی، وصی یا اقارب وی الی درجه سوم، مشروط بر اینکه مطابق اصول فنی حرفهٔ طبابت صورت گرفته باشد» از اسباب اباحت شناخته شده و سلب مسئولیت می‌نماید.

۴. مبانی موارد عدم مسئولیت در اقدامات طبی

الف) حسن نیت پزشک (قاعده احسان)

«ماهیت احسان عبارت است از کاری که باعث ایصال منفعت یا دفع ضرر در مورد دیگری می‌شود؛ اعم از آنکه ایصال و دفع نفع و ضرر محض یا ایصال و دفع نفع و ضرر اهم باشد» (مصطفوی، ۱۳۸۴: ۶۵). بند ۵ از ماده ۴ کود جزا چنین است: «انگیزه شریفانه: سبب و حالت بشردوستانه و نیروی جهت‌دهنده است که ارادهٔ شخص را برای رسیدن به هدف مشخص انسانی با حسن نیت به ارتکاب جرم سوق داده و به فعل درآورده باشد». حسن نیت یکی از اسباب اباحت و از مبانی عدم مسئولیت طبیب به شمار می‌آید که به شرح زیر توضیح داده شده است.

حسن نیت در قانون افغانستان: از مادتين ۱۱۸ و ۱۲۰ کود جزا فهمیده می‌شود که ایفای وظیفه در صورتی که با حسن نیت انجام شده باشد، از اسباب اباحت و از مبانی عدم مسئولیت می‌باشد. چنان‌که فقره ۲ از ماده ۱۲۰ کود جزا چنین است: «ارتکاب عمل جرمی در حالات آتی ایفای وظیفه شناخته می‌شود: ۱. در حالتی که از مأمور موظف مطابق به احکام قانون با داشتن حسن نیت حین اجرای وظیفه صدور یافته باشد...». همچنین، فقره ۲ از ماده ۲۹۵ کود جزا چنین است: «شخصی که در رابطه به عمل مندرج فقره (۱) این ماده (مجازات اعلان، تجارت پول یا توکن‌های جعلی) دارای حسن نیت باشد، مورد تعقیب عدلی قرار نمی‌گیرد» و فقره ۳ از ماده ۵۷۱ کود جزا حسن نیت را از اسباب مخففه دانسته و می‌نویسد: «هرگاه ادویه به زن حامله با حسن نیت یا به اشتباه داده شده باشد، مرتکب به جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی محکوم می‌شود». مطابق این مواد حسن نیت در برخی از موارد به‌ویژه در صورتی که در حالت ایفای وظیفه بوده و شرایط فنی را رعایت نموده باشد، از موجبات سقوط مسئولیت می‌باشد و نظر به اینکه طبیب قانوناً موظف به درمان می‌باشد،



در صورتی که با حسن نیت و رعایت نکات فنی ایفای وظیفه نماید، هیچ‌گونه مسئولیتی را اعم از مدنی و جزائی ندارد. اما حسن نیت به تنهای کفایت نمی‌کند؛ بلکه در حال ایفای وظیفه بودن همراه با رعایت امور فنی و تخصصی شرط لازم آن به شمار می‌آید. به همین لحاظ دادن ادویه به زن حامله بدون رعایت مسائل تخصصی اگرچه با حسن نیت باشد، مرتکب جرم شناخته می‌شود.

حسن نیت پزشک از منظر فقه اسلامی و آیت‌الله محسنی (ره): مهم‌ترین سند قاعده احسان آیه ۹۱ سوره توبه «... مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ» است که با توجه به نکره بودن سبیل و وقوع آن در سیاق نفی، افاده تعمیم می‌نماید؛ یعنی هیچ راهی برای مسئول شناختن محسن و نیکوکار وجود ندارد. همچنین، آیه ۶۰ سوره الرحمان «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» نیز دلیل دیگر برای قاعده احسان است. خداوند با استفهام انکاری که افاده توبیخ می‌نماید، جزای فرد نیکوکار را جز احسان چیزی دیگر نمی‌داند و مفهوم آن نفی هرگونه ضمان از فردی است که نیت خیر دارد. بنابراین، برخی از فقها براساس قاعده احسان طیب را میرا از مسئولیت دانسته و می‌نویسند: «قاعده: تسبیب مقتضی ضمان و قاعده احسان موجب عدم ضمان است، پس متعارض اند. مشهور آن است که قاعده احسان حاکم بر ادله ضمان است؛ البته فعلی که شخص انجام می‌دهد باید مصداق عرفی احسان باشد» و یا می‌نویسند: «اگر کسی به‌عنوان وظیفه شرعی کاری می‌کند و مصداق «محسنین» است، قاعده احسان «ما علی المحسنین من سبیل» که یک قاعده عقلی و شرعی است می‌گوید ضامن نیست. مثلاً طیب می‌بیند اگر پا را قطع نکنند، مریض از بین می‌رود. شارع می‌گوید واجب است پا قطع شود، در اینجا طیب ضامن نیست.

به عبارت دیگر، طیب فقط به خاطر خدمت به این شخص و منفعت رساندن به او این کار را می‌کند و اگر خودش هم می‌خواست از باب اهم و مهم، یکی را انتخاب کند، همین را انتخاب می‌کرد؛ پس جای خسارت نیست. در واقع، امر دائر شده است بین اقل الضررین و طیب اقل الضررین را انتخاب کرده همان‌گونه که اگر خودش هم می‌خواست انتخاب کند همین را انتخاب می‌کرد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۳: ۸۳) یا می‌نویسند: «پزشک باید آنچه در توان دارد برای نجات جان بیمار انجام دهد و اگر بدون تقصیر پزشک عارضه‌ای برای بیمار پیش آمد به حکم قاعده احسان ضمانتی بر پزشک نیست و به‌طور کلی، در هر مورد استناد عارضه یا مرگ بیمار به

پزشک مشکوک باشد و اثبات نشود حکم به ضمان پزشک نمی‌شود. والله العالم» (گلیپایگانی، ۱۴۱۵: ۲۳) و می‌نویسند: «اگر طبیب به‌عنوان واجب شرعی عینی یا کفایی و به‌خاطر خدا، نه به‌قصد اخذ اجرت اقدام به طبابت نماید و بدون داشتن تقصیر مرتکب خطا شود، ضامن بودن طبیب مشکل است و روایات وارده در مورد ضمان طبیب در صورتی است که عدم‌اخذ برائت منصرف از این مورد می‌باشد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۵۹۲).

حضرت آیت‌الله محسنی (ره) قاعده احسان و وجوب مقدمی درمان بیمار (که از باب مقدمه برای وجوب نجات نفس محترمه واجب است؛ زیرا مقدمه واجب واجب است) را کافی برای سقوط ضمان و رفع مسئولیت نمی‌داند و در حاکم بودن قاعده احسان بر قاعده ضمان تأمل دارد؛ زیرا هر کسی سبب ضمان را فراهم نماید، باید مسئولیت آن را بپذیرد و صرف حسن نیت موجب سقوط ضمان و مسئولیت نیست؛ همان‌طور که در تأدیب فرزند و خانواده نیز با وجود حسن نیت چنانچه خسارت جانی یا مالی وارد نمایند، ضامن هستند (محسنی، بی‌تا، ج: ۱، ۱۸). شاید علت این تأمل قواعد فقهی دیگری مانند قاعده «لایبطل دم امرء مسلم در باب قتل» و عمومیت قاعده ضمان و اصل عدم‌تخصیص در آن به علت اهمیت مال و جان مردم از منظر فقهی باشد.

نتیجه بحث حسن نیت: طبیب باید حسن نیت داشته باشد و هدفش از اقدامات پزشکی، درمان بیمار و نجات جان او باشد؛ لذا اگر برای گرفتن هزینه بیشتر و یا کسب تجربه بیشتر دست به اقداماتی بزند که برای بیمار ضرورت نداشته باشد، ضامن است و مسئولیت دارد؛ حتی اگر برائت هم گرفته باشد. البته اصل، محسن بودن طبیب است و بار اثبات خلاف آن برعهده مدعی است. براساس نظریه قانون‌گذار افغانستان برای جریان قاعده احسان نسبت به طبیب، اولاً، حسن ذاتی عمل شرط نمی‌باشد؛ بلکه حسن اعتباری آن از سوی شرع یا قانون کفایت می‌کند؛ ثانیاً، طبیب افزون‌براینکه به نیک بودن عمل از نظر شرعی یا قانونی علم داشته باشد، خود نیز باید با اندیشه و هدف نیک اقدام نماید و افزون‌بر امور یادشده اصول فنی را نیز رعایت نماید تا مشمول قاعده احسان شود.

نکته دیگر اینکه، جاری شدن قاعده احسان و رفع هرگونه مسئولیت کیفری و مدنی از پزشک نشانه حاکم بودن آن نسبت به قاعده اتلاف است؛ اما برخی از فقها از جمله آیت‌الله محسنی به دلیل اهمیت موضوع اعمال پزشکی و احتیاط نمودن پزشکان نسبت به نفوس،



قاعده احسان را در اقدامات پزشکی جاری نمی‌دانند (شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۲: ۱۵۴؛ محسنی، بی‌تا، ج ۱: ۱۸). به نظر می‌رسد که این قول اخیر اقوی باشد؛ زیرا قانون‌گذار افغانستان و فقها، عدم مسئولیت طبیب را مشروط به گرفتن اذن از مریض یا نماینده قانونی وی دانسته؛ درحالی‌که اگر قاعده احسان در موردی جاری شود، نیازی به اذن نمی‌باشد؛ مانند اقدامات ولی یا قیم نسبت به اموال محجورین. و در روایات نیز عدم مسئولیت طبیب را منوط به اذن قبلی نموده است (عاملی، ۱۳۸۵، ج ۱۰: ۱۱۱) که حکایت از عدم جریان قاعده احسان در این مورد دارد. هرچند که می‌توان گفت: قاعده احسان با اذن، قابل جمع هستند و طبیبی که برای نجات جان بیمار تلاش می‌کند به طور یقین محسن شمرده می‌شود به‌ویژه اگر به‌صورت مجانی باشد و شرط گرفتن اذن نیز از باب احتیاط در دماء و نفوس است، از طرفی، مسئول دانستن طبیب موجب ترس و اجتناب اطباء از طبابت می‌شود و خسران اجتماعی را در پی دارد؛ لذا از باب جمع بین حفظ مصلحت عمومی و حمایت از وظیفه طبابت می‌توان پرداخت وجه ضمان را به بیت‌المال ارجاع داد.

ب) اخذ براءت

یکی از مبانی مهم عدم مسئولیت طبیب که در زبان روایات نیز به آن تأکید شده و به همین لحاظ مورد توجه فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته، اخذ براءت است که لازم است بررسی شود. جایگاه اخذ براءت در حقوق افغانستان: مطابق بند ۲ از ماده ۱۱۹ کود جزا قانون‌گذار «اقدامات ضروری طبی به موافقه مریض، همسر، ولی، وصی یا اقارب وی الی درجه سوم...» را از مبانی و از دلایل سلب مسئولیت طبیب دانسته زیرا لازمه ابراء مریض یا نماینده قانونی وی، پزشک را، رضایت دادن به طبابت طبیب است و لازمه رضایت به طبابت طبیب، رضایت به نتیجه حاصله از کار وی است. بنابراین، مریض در واقع، با این ابراء و رضایت، خودش با واسطه، اقدام به جراحی و عملیات طبی خود می‌نماید و نتیجه حاصله نیز به خود مریض یا ولی آن برمی‌گردد. بنابراین، طبیب از هرگونه مسئولیتی مبرا است.

جایگاه اخذ براءت در فقه اسلامی و نظریات فقهی آیت‌الله محسنی (ره): مشهور فقها معتقدند که اخذ براءت رافع مسئولیت از طبیب است؛ زیرا هم روایات دال بر آن است و هم علاج مریض توسط طبیب شدیداً مورد احتیاج است که اگر اخذ براءت را جایز ندانیم، موجب

عسر و حرج می‌شود. از قدما، فقیهان عالیقدری همچون شیخ مفید، شیخ طوسی، ابوصلاح حلبی، ابن براج، فخرالمحققین، فاضل مقداد، مقدس اردبیلی، صاحب ریاض (نجفی، بی‌تا: ۴۳-۴۶ و ۴۷ و فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲: ۱۱۷ و مدنی، ۱۴۰۸: ۵۰) و از عصر حاضر فقیهان بنامی همچون (امام خمینی (ره)، ج ۲: ۵۶۱؛ خویی، ۱۴۲۷: ۱۳۸؛ تبریزی، ج ۱۰: ۵۰۳ و لنکرانی، ۱۴۱۸: ۵۹) همین نظر را دارند.

فقیه فقید حضرت آیت‌الله محسنی (ره) نیز می‌نویسد: از مشهور فقها نقل شده است که اگر داکتر از اول برائت ذمه خود را شرط کند، مریض یا ولی او آن را بپذیرد و داکتر نیز کوشش و احتیاط خود را به عمل آورد و کوتاهی نکند، باین‌همه در اثر عمل مستقیم طبیب فساد و ضرری حاصل شود، طبیب ضامن نخواهد بود (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۷). همچنین می‌نویسد: «حاصل اینکه ذمه طبیب از آسیبی که به مریض در اثر علاج او می‌رسد به نظر جمع کثیری از فقها در صورتی بریء می‌شود و ضمان به او تعلق نمی‌گیرد که لایق و فهمیده باشد و پس از اذن مریض یا ولی او کوتاهی ننموده باشد و از ابتدا شرط برائت ذمه خود را از ضمان نموده باشد» (همان). بدیهی است که این بیان ایشان تأیید نظر مشهور است؛ بنابراین برائت ذمه را دلیل و مبنای عدم مسئولیت طبیب می‌داند.

نظریات در مورد اخذ برائت از مریض: در رابطه با رضایت و برائت مریض بین فقها دو نظریه وجود دارد. مطابق نظر ابن ادریس حلی، این برائت فاقد جایگاه فقهی و قانونی است و موجب سلب مسئولیت نمی‌شود (نجفی، بی‌تا، ۴۳-۴۷). به دلیل قاعده فقهی عدم صحت «اسقاط مالم یجب»؛ زیرا قبل از صدمه یا فوت مسئولیتی نیست و حقی برای مریض شکل نگرفته تا پزشک را عفو نماید یا رضایت دهد و حق خویش را اسقاط نماید (یعنی از باب سالبه به انتفاع موضوع است). اول مسئولیت و مشغولیت ذمه باید محرز باشد تا ابراء و اسقاط صدق کند؛ پس رضایت مریض قبل از مرگش توسط طبیب «اسقاط مالم یجب» است و باطل؛ و اما بعد از مرگ این حق به اولیاء دم می‌رسد؛ پس مریض حقی برایش متصور نیست تا آن را به دیگری تفویض یا ابراء و اسقاط نماید؛ زیرا اسقاط حق قبل از ثبوت آن بی‌معناست و وقتی که خود مریض این حق را ندارد نماینده قانونی‌اش به طریق اولی ندارد؛ زیرا فاقد شیء نمی‌تواند معطی آن باشد.



این ابراء (برائت قبل از عمل پزشکی) صحیح است؛ زیرا قاعده عدم جواز «اسقاط ما لم یجب» در مورد بیمار به وسیله روایات تخصیص یافته است. چنانکه روایات یادشده را صاحب جواهر بیان فرموده است (نجفی، بی تا: ۴۳ و ۴۸-۴۹) و مشهور فقها نیز نظرش عدم ضمان طبیب است. به دلیل روایات و ضرورت طبابت والا طبیب اقدام نمی کند و به دلیل اینکه براساس آیه شریفه قرآن کریم وفای به شرط واجب است و طبیب نیز قبل از اقدام به طبابت با مریض عدم ضمانت خود را شرط نموده است و این شرط عقلایی است و عقلاً مردم بر انفس و بر اموال خوش تسلط دارند و همان طور که می توانند اذن در اکل مال و اتلاف آن را بدهند، نسبت به جانشان نیز مجاز به این اذن هستند و این مورد نیز در حقیقت اذن در اتلاف است نه اسقاط حق قبل از ثبوت آن و لازمه این اذن در اتلاف، رفع مسئولیت از طبیب است (نجفی، بی تا، ۴۳ و ۴۸).

نتیجه بحث اخذ برائت توسط طبیب

مطابق قانون افغانستان و نظر مشهور فقهای اسلامی از جمله آیت الله محسنی، اخذ برائت در شرایط خاص موجب سلب مسئولیت طبیب می شود و شرایط آن به شرح زیر است:

- اخذ برائت به طور مستقیم و مشخص از مریض یا ولی او گرفته شود؛ بنابراین «برای عدم ضمانت پزشک، نصب اطلاعیه در مراکز درمانی یا تذکرات شفاهی از طریق رسانه های گروهی کافی نیست؛ بلکه بیمار یا ولی او باید پس از آگاهی کامل از عوارض و خطرات احتمالی، شرط عدم ضمان را به صورت کتبی یا شفاهی قبول کند» (منتظری، ۱۴۲۷: ۶۳)؛

- «برائت را باید از خود بیمار اخذ نمود، مگر آنکه بیمار به حد بلوغ نرسیده باشد یا در وضعیتی باشد که نتوان از او اخذ برائت نمود؛ مثل آنکه بی هوش باشد و یا به دلیل روحی و روانی در حالتی باشد که قدرت تمییز نداشته باشد، که در این موارد باید از ولی او اجازه و برائت گرفت» (همان)؛

- باید پزشک حاذق باشد؛ بنابراین اگر ماهر نباشد، اخذ برائت، ضمان را برطرف نمی کند؛ چنانکه گفته شده: «اگر به علاج طبیب غیر لایق آسیبی به مریض برسد، طبیب ضامن است؛ هر چند مریض اجازه تداوی را به او داده باشد» (محسنی، بی تا: ۲۶)؛

- طبیب در انجام وظیفه کوتاهی نکرده باشد «اگر طبیب در فهمیدن مرض یا تشخیص دوا یا عملیات کوتاهی نماید و یا اساساً برخلاف اعتقاد مریض، در مورد مرض تخصصی و مهارتی نداشته است، برائت مریض رافع ضمان او نیست» (همان).

ج) اضطرار

نجات بیمار به اقدام پزشکی بستگی دارد؛ از این رو بیمار ناچار است که اقدام به درمان نماید. طبیب نیز به حکم قانون حق امتناع از پذیرش بیمار، در حوزه تخصص خود را ندارد و از نظر شرعی مکلف به نجات جان بیمار است و قاعده اضطرار مسئولیت کیفری را برمی دارد. بنابراین، یکی از مبانی عدم مسئولیت طبیب قاعده اضطرار است که باید توضیح داده شود.

اضطرار در قانون افغانستان: ماده ۱۱۵ کود جزا در تعریف حالت اضطرار چنین است: «اضطرار حالتی است که شخص در معرض خطری قرار گیرد که خوف مرگ، جراحت شدید یا اتلاف مال وی یا شخص دیگر از آن متصور باشد و برای دفع آن مرتکب جرم شود. مشروط بر اینکه خطر به طریق دیگری دفع نشود». راجع به اینکه اضطرار رافع مسئولیت کیفری است، ماده ۱۱۶ کود جزا چنین است: «شخصی که به منظور نجات نفس یا مال خود و یا شخص دیگر با خطر بزرگ و آنی مواجه شود؛ به نحوی که بدون ارتکاب جرم قادر به دفع آن نباشد، مسئول شناخته نمی شود، مشروط بر اینکه موصوف قصداً سبب ایجاد خطر متذکره نگردیده و ضرر مورد اجتناب شدیدتر از ضرری باشد که از جرم نشئت می نماید».

بنابراین، اقدامات طبیب در حال اضطرار فاقد مسئولیت کیفری است؛ بلکه اگر اضطرار اقتضا کند که طبیب به طور عاجل موظف به درمان است نیاز به اخذ برائت هم ندارد؛ چنان که بند ۲ از ماده ۱۱۹ کود جزا رضایت مجنی علیه (مریض) را از اسباب اباحت دانسته که هرگونه مسئولیتی را برمی دارد و در آن حالت عاجل را استثنا نموده که نیازمند اخذ برائت نیست و می نویسد: «اجرای عملیات عاجل جراحی که مطابق اصول فنی حرفه طبابت صورت گرفته باشد، از این حکم (اخذ برائت) مستثنا است». بنابراین، طبیب در حالت اضطرار بدون نیاز به گرفتن رضایت از مریض یا ولی و یا نماینده قانونی وی موظف به درمان است و استتکاف از وظیفه برای طبیب جرم محسوب می شود. چنان که ماده ۸۸۸ کود جزا چنین است: «۱. هرگاه مؤسسه صحتی یا موظف طبی حین انجام وظیفه از تداوی مریض امتناع ورزد در صورت



وقوع زیان جسمی یا روانی، مرتکب افزون به جبران خسارت، به مجازات جرم مرتکبه مندرج این قانون، نیز محکوم می‌شود؛ ۲. هرگاه مؤسسه صحتی یا موظف طبی مربوط حین ضرورت از همکاری با متخصص طب عدلی امتناع ورزد، به جزای نقدی از پنج هزار تا پانزده هزار افغانی محکوم می‌شود». بنابراین، مطابق قانون افغانستان اضطرار از مبانی و عوامل رفع مسئولیت کیفری است؛ اما مسئولیت مدنی را بر نمی‌دارد؛ ولی با امداد از ماده ۱۱۸ و ۱۱۹ کود جزا در اقدامات طبی از عوامل موجهه جرم شده و مسئولیت مدنی را نیز بر می‌دارد.

اضطرار در فقه اسلامی و نظریه آیت‌الله محسنی (ره): در فقه اسلامی مشهور است که ضرورت و اضطرار محذورات و ممنوعات را بر می‌دارد (مازندرانی، ۳ و ۱۸۵) و قاعده اضطرار تعمیم دارد؛ احکام (وضعی و تکلیفی) و موضوعات اضطراری را شامل می‌شود؛ زیرا بسیاری از ادله این قاعده مانند آیات شریفه ۱۷۳ سوره بقره و آیه ۳ سوره مائده و آیه ۱۱۹ سوره انعام اطلاق دارند و تنها از لحاظ سبب اضطرار، مقید شده که سبب اضطرار از باب سوء انتخاب ایجاد نشده باشد؛ زیرا ایجاد امتناع اختیاری منافات با اختیار ندارد؛ چنان‌که قانون‌گذار افغانستان نیز در ماده ۱۱۶ کود جزا شرط نموده است که «مشروط بر اینکه موصوف قصداً سبب ایجاد خطر متذکره نشده و...».

اما از جهات شمول انواع احکام و موضوعات عمومیت دارد و روایات باب اضطرار نیز افاده عموم می‌نماید؛ مانند حدیث نبوی رفع (شیخ صدوق، علل الشرائع، ۱۳۸۶ هـ ق؛ ج ۲، ص: ۴۷۸)، زیرا لفظ (ما) در آن، از موصولات مشترک است و افاده عموم می‌کند. همچنین حدیثی که می‌فرماید: هیچ حرامی نیست، مگر اینکه خداوند برای شخص مضطر، آن را حلال نموده است (عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ۱۴۰۹ هـ ق؛ ج ۵، ص: ۴۸۳) که در آن لفظ نکره (شیء) در سیاق نفی (لیس) و همچنین لفظ (ما) در آن، که از موصولات مشترکه است، افاده عموم می‌نمایند و تأکید شده که به طور اجمال اضطرار رافع تکلیف (مسئولیت) است؛ همان‌طور که احادیث بسیار بر آن دلالت دارد (محسنی، بی تا، ج: ۱۴). از این رو، شامل مریض و طیب نیز می‌شوند و در خصوص اقدامات طیب به صورت موردی گفته شده که دلیل اینکه برائت طیب با حفظ رعایت احتیاط و تلاش، موجب سلب مسئولیت می‌باشد، این است که درمان مورد احتیاج (و اضطرار) مردم است در غیر این صورت درمان نمودن بیمار، متعذر می‌شود (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۷).

همچنین تأکید شده است: «اگر پسر به سبب ختنه بمیرد با اینکه ختنه‌کننده حاذق است و از محل قطع تجاوز نکرده بلکه اصل ختنه نمودن برایش مضر بوده، در ضامن دانستن ختنه‌کننده مشکل است» (محسنی، بی تا، ج ۱: ۱۹). شاید وجه اشکال این باشد که افزون‌بر حسن نیت ختنه‌گر، اضطراب مردم برای ختنه نمودن به رجوع نمودن به ختنه‌گر باشد و ختنه‌گر نیز از باب اضطراب اقدام می‌نماید و قاعده اضطراب رافع مسئولیت کیفری است. همچنین گفته شده است: «تجویز دارویی که عوارض جنبی دارد اگر ضرر مهمی نداشته باشد، اشکالی ندارد؛ زیرا داروها به‌هرحال عوارضی دارند؛ ولی اگر ضرر مهمی داشته باشد، تجویز آن جایز نیست، مگر در صورت ضرورت شدید، و با کسب رضایت بیمار یا ولیّ او (شیرازی، ۱۴۲۹: ۱۵۵) و ضرورت جایز باشد» (محسنی، بی تا، ج ۱: ۱۶).

د) دستور شرع

به‌طور معمول، در کشورهای اسلامی حقوق موضوعه برگرفته از دستور شرع مقدس اسلام و فقه اسلامی است و قانون‌گذار افغانستان نیز بر این امر تأکید دارد. بنابراین یکی از مبانی عدم مسئولیت پزشک دستور شرع است که به شرح زیر بررسی شده است.

دستور شرع در قانون افغانستان: مطابق ماده سوم قانون اساسی «در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد». بدیهی است که عمومیت این ماده از تخصیص اباء داشته و غیرقابل تخصیص است؛ بنابراین تمام قوانین موضوعه در افغانستان نمی‌تواند مخالف شرع مقدس اسلام باشد و ماده ۲ کود جزا می‌نویسد: «۱. این قانون جرائم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید؛ ۲. مرتکب جرائم حدود، قصاص و دیات مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌شود» و در خصوص اقدامات پزشکی و ایفاء وظیفه شرعی یا قانونی مطابق فقره ۲ از ماده ۱۱۹ کود جزا چنین آمده است: «اجرای عملیات جراحی یا سایر اقدامات ضروری طبی به موافقهٔ مریض، همسر، ولیّ، وصی یا اقارب وی الی درجه سوم، مشروط بر اینکه مطابق اصول فنی حرفهٔ طبابت صورت گرفته باشد» یکی از اسباب اباحت و از عوامل موجهه جرم است؛ منطوق این ماده از بعد تعزیری اقدامات پزشکی را یکی از مبانی عدم مسئولیت معرفی نموده و با توجه به ماده سوم قانون اساسی که در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد، مفهوم لازم آن این است که از بعد شرعی نیز این مبنا می‌تواند مورد تأیید باشد.



دستور شرع در فقه اسلامی و نظریه آیت الله محسنی (ره): فقه، احکام افعال مکلفین را بیان می‌نماید و هیچ فعلی از افعال مکلفین نیست، مگر اینکه از نظر فقهی حکم خاص خودش را دارد و اقدامات پزشکی نیز از این قاعده مستثنا نیست. بدیهی است که طبیب در قبال درمان بیمار در صورتی که وجود پزشک دیگر به صورت واجب کفایی و در نبود پزشک دیگر و یا در صورت عدم دسترسی بیمار به پزشک دیگر به نحو واجب عینی شرعاً موظف به انجام تکلیف است. چنان که گفته شده: «بر دکتور واجب است که بیماران را در فرض خطر جان و یا امراض بسیار مهم تداوی نماید» (محسنی، ۱۴۱۷: ۱). تناسب بین تکلیف و مسئولیت ایجاب می‌نماید همان طور که ترک تکلیف درمان توسط طبیب موجب مسئولیت است، انجام درست تکلیف نیز موجب سقوط هرگونه مسئولیت باشد. چنان که برای عدم مسئولیت طبیب در صورتی که برائت، استدلال شده به (دستور شرع یعنی به) حدیث معروفی که فرموده: هرکس طبابت نماید یا درمان حیوانات نماید باید أخذ برائت نماید والا ضامن است (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۷). بنابراین دستور شرع دلیل و مبناست برای عدم مسئولیت طبیب، در صورتی که اصول علمی طبابت را رعایت نموده باشد. نظر به اینکه طبیب شرعاً مکلف به درمان است، از این رو اگر عدم انجام طبابت از سوی طبیب تنها سبب برای مرگ بیمار باشد، شرعاً مسئول شناخته می‌شود؛ بنابراین اگر امتناع طبیب از طبابت، عرفاً علت اصلی مرگ بیمار محسوب شود، طبیب ضامن است؛ اما اگر مرگ بیمار به شرایط دیگری منتسب باشد، طبیب ضامن نیست؛ اگرچه امتناع وی از طبابت نیز مؤثریت داشته باشد و از طریق ملازمه استفاده می‌شود که انجام درست تکلیف طبابت همراه با رعایت تمام الزامات طبی توسط طبیب از اسباب اباحت و از مبانی عدم مسئولیت طبیب به شمار می‌آید.

بنابراین، اگر طبیعی تکلیف شرعی خویش را به نحو صحیح انجام دهد؛ اما نتیجه خلاف انتظار باشد، هیچ مسئولیتی متوجه او نیست. و مصداق بارز و صحیح جمله معروف «المأمور معذور» به طور مطلق، اطاعت از امر شارع مقدس است نه اطاعت از امر آمر قانونی و عرفی؛ بلکه از لحاظ فقهی در مورد مأمور عرفی اصل بر مسئولیت مباشر (مأمور) است و سبب تنها در موارد خاص (مثل اینکه سبب فرد عاقل و مباشر حیوان، مجنون و یا طفل باشد) مسئول اصلی شناخته می‌شود. گفتنی است که در مورد ضمان طبیب در صورت ترک وظیفه، قول به تفصیل اقوی است و آن اینکه ترک فعل تنها در صورتی که افزون بر وجوب شرعی، تنها سبب

مرگ محسوب شود، موجب ضمان است؛ مثل حبس از طعام (مثل شیر ندان مادر به طفل وابسته به شیر) تا اینکه بمیرد؛ اما اگر علت اصلی تلف امور دیگری باشد، ترک واجب موجب ضمان نمی‌شود؛ چنان‌که آیت‌الله محسنی (ره) قول به تفصیل از صاحب جواهر را نقل نموده و آن را متین دانسته است (محسنی، بی تا: ۲۹۰).

نتیجه بحث دستور شرع: در اقدامات پزشکی، اگر موازین شرعی یا قانونی و فنی رعایت نشود؛ مانند سقط جنین غیرقانونی که حیات مادر متوقف بر سقط نباشد، طبیب مسئولیت دارد (شمس ناتری، ۱۳۹۳، ج: ۱، ۴۱۸). همچنین قتل از روی ترحم (اتا نازی) نیز به دلیل عدم مشروعیت جایز نمی‌باشد و پزشکی که برای راحت شدن طبیب از درد لاعلاج ولو با رضایت مریض اقدام به قتل نماید، مسئول است؛ چنان‌که گفته شده: «قتل انسان مطلقاً جایز نیست، حتی از روی ترحم، و حتی با اجازه خود مریض». دلیل اصلی این مسئله اطلاعات ادله حرمت قتل از آیات و روایات است، و همچنین، ادله وجوب حفظ نفس، و ممکن است فلسفه آن این باشد که چنین اجازه‌ای سبب سوءاستفاده‌های فراوان می‌شود، و قتل از روی ترحم به بهانه‌های واهی صورت گیرد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۱۱۶)؛ اما اگر طبیب قانوناً و شرعاً مکلف به اقدامات پزشکی باشد و در انجام تکلیف تمام موازین شرعی و قانونی و فنی را رعایت نموده باشد، مطابق قانون افغانستان و نظر بسیاری از فقها از جمله آیت‌الله محسنی (ره) نسبت به نتایج خلاف انتظار هیچ مسئولیتی ندارد.

هـ) قاعده اهم و مهم

معمولاً اقدامات پزشکی توأم با قبول ریسک است؛ یعنی بیمارانی را که احتمال وقوع آن اندک است، به خاطر دستیابی به منافع کلان سلامتی می‌پذیرند. به‌دیگرسخن، مطابق قاعده عقلی اهم و مهم عمل می‌نمایند. درواقع، مطابق این قاعده بیمار از باب اینکه التزام به شیء التزام به لوازم آن به شمار می‌آید، ضررهای احتمالی ناشی از اقدامات پزشکی را پذیرفته و گویا خود اقدام به آن نموده نه پزشک؛ ازاین‌رو، در صورتی که پزشک در اقدامات پزشکی خویش تمام نکات علمی و فنی را رعایت نماید اما نتیجه حاصله خلاف انتظار باشد، پزشک به استناد انتخاب اهم از سوی بیمار و رضایت آن به این اقدام مسئول شناخته نمی‌شود.



قاعده اهم و مهم در قوانین افغانستان: در قوانین جزائی ماده قانونی خاص برای این قاعده وجود ندارد؛ لذا برای حقوق دانان این قاعده از قواعد اصطیادی به شمار می آید که از مجموعه مواد قوانین موضوعه قابل اصطیاد و استخراج است. برای مثال، در باب بیع نسبت به عدم مسئولیت مدنی در موارد خاص قانون گذار به این قاعده استناد نموده و می نویسد: «عیبی که عرفاً قابل اهمیت نباشد، بایع ضامن آن دانسته نمی شود» (قانون مدنی افغانستان، ماده ۱۱۰۵). بنابراین، از باب تنقیح مناط و ملاک (عدم اهمیت) در مورد اقدامات طبیب که با رضایت و ابراء مریض صورت گرفته، باوجود رعایت امور فنی، ضررهای مادی غیر مهم به مریض عاید شود، طبیب مسئول پنداشته نمی شود. ضمن اینکه بسیاری از موانع مسئولیت جزائی مانند اضطرار و اکراه و اسباب اباحت و عوامل موجهه جرم مثل ایفای وظیفه، تعمیل امر آمر و دفاع مشروع بازگشت به قاعده اهم و مهم می نمایند و مبنای اصلی در آنها لزوم تقدیم اهم بر مهم است.

قاعده اهم و مهم در فقه و نظریات آیت الله محسنی (ره): سیره عقلای عالم با قطع نظر از هر گرایشی براین قاعده استوار است و آموزه های دینی اعم از کتاب و سنت جنبه امضایی دارد نه تأسیسی؛ مطابق این قاعده، عقلا در هنگام بیماری با توجه به اینکه اکثر اقدامات پزشکی با یک سلسله عواقب منفی احتمالی مواجه است، بین اهم و مهم مقایسه نموده و پزشک معالج خویش را نسبت به احتمالات منفی برائت می دهند و از پزشک می خواهند که آنها را درمان نماید. در واقع، می توان گفت که خود بیمار با واسطه خودش را درمان می کند و به نحو سببیت اقدامات طبیب به خود بیمار منتسب است؛ لذا موجب سلب مسئولیت طبیب می شود. بنابراین، برای قاعده اهم و مهم، آیات و روایات خاص وجود ندارد؛ بلکه فقیهان اسلامی از مجموع داده های دینی (آیات و روایات) آن را اصطیاد می نمایند. چنان که گفته شده: «کالبدشکافی ذاتاً جایز نیست؛ جز در مواردی که هدف مهم دینی و اجتماعی بر آن مترتب شود که تحت قاعده اهم و مهم قرار گیرد» (شیرازی، ۱۴۲۹، ج ۱: ۳۱۵) و یا گفته شده: «در آیات و روایات هم نشانه هایی از این قاعده عقلیه وجود دارد، مثلاً جواز «اکل میته»، «غیبت عند المشورت»، «کذب برای إصلاح ذات البین» و «اکل مال غیر، در قحطی» مصادیقی از قاعده اهم و مهم هستند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۴۹) و تأکید شده: «هر جا که دوران امر بین محذورین بود، قاعده اهم و مهم حاکم است» (همان) و دلیل اهم وارد

بر دلیل مهم است (الایروانی، بی تا: ۲۳). این قاعده عقلی اختصاص به مورد خاص ندارد و در همه ابواب فقهی قابل تطبیق است؛ چنان‌که در باب جهاد گفته شده: «بلکه لازم است قاعده اهم و مهم را مراعات نمود» (محسنی، بی تا، ج ۱: ۱۳۹). از این رو، در مورد طبابت نیز عمل کردن به دلایل اهم و ترک مهم از سوی مریض و طبیب در اقدامات پزشکی، موضوعاً دلایل مسئولیت‌های احتمالی مهم را از بین می‌برد و نتایج آن (مسئولیت طبیب نسبت به نتایج غیر مترقبه) را برمی‌دارد.

نتیجه بحث اهم و مهم

از مجموع آموزه‌های فقهی و حقوقی لزوم تقدیم اهم بر مهم استفاده می‌شود و سیره عقلا در جمیع موارد از جمله در اقدامات پزشکی بر آن استوار است و لازمه آن سقوط تمام مسئولیت‌ها و پیامدهای عدم رعایت مهم است که ممکن است در اقدامات پزشکی نیز با رعایت نکات فنی و جوانب احتیاط رخ دهد؛ بنابراین براساس همین قاعده عقلی طبیب مسئول پنداشته نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

از مجموع مستندات فقهی، حقوقی و نظریات آیت‌الله محسنی (ره) استفاده می‌شود که اصل اولی ضمان طبیب است و موارد عدم مسئولیت براساس مبانی ذکر شده استثناء شده‌اند. طبیب باید حسن نیت داشته باشد و هدفش از اقدامات پزشکی، درمان بیمار و نجات جان او باشد. بنابراین، اگر برای گرفتن هزینه بیشتر یا کسب تجربه بیشتر، دست به اقداماتی بزند که برای بیمار ضرورت نداشته باشد، ضامن است و مسئولیت دارد؛ حتی اگر براءت هم گرفته باشد؛ البته اصل محسن بودن طبیب است و بار اثبات خلاف آن، برعهده مدعی می‌باشد؛ هرچند مطابق قانون افغانستان و نظر بعضی از فقها حسن نیت طبیب از مبانی عدم مسئولیت آن در شرایط خاص شمرده شده، اما حضرت آیت‌الله محسنی (ره) قاعده احسان را کافی برای سقوط ضمان و رفع مسئولیت نمی‌داند و در حاکم بودن قاعده احسان بر قاعده ضمان تأمل دارد. اقدامات طبیب باید با أخذ براءت قبلی باشد و رضایت باید به‌طور مستقیم و مشخص از مریض یا ولی او اخذ شود و ابلاغ از طریق اطلاعیه و رسانه‌های عمومی کفایت نمی‌کند.



مطابق قانون افغانستان و نظر مشهور فقهای اسلامی از جمله آیت الله محسنی، أخذ براءت، با رعایت شرایط طبابت از مبانی عدم مسئولیت طبیب به شمار می آید. همچنین، قانون گذار افغانستان و فقهای اسلامی از جمله آیت الله محسنی (ره) قاعده اضطرار و قاعده اهم و مهم و دستور شرع را با رعایت اصول طبی، در موارد خاص از مبانی عدم مسئولیت طبیب دانسته اند. در همه موارد یادشده، عدم مسئولیت طبیب مشروط است به عدم قصور؛ بنابراین اگر طبیب معالج، عمداً یا سهواً در مداوای بیمار یا مجروح کوتاهی نماید، در صورت ایراد خسارت جانی یا مالی، ضامن است. اصرار بیمار در تجویز داروی مضر و صدور نسخه، سلب مسئولیت از طبیب نمی نماید.



* قرآن کریم.

۱. اسکندری، عبدالکریم، بررسی مسئولیت پزشکی با تکیه بر آرای فقهی آیت الله محسنی^(ره)، فصلنامه علمی پژوهشی، علوم انسانی دانشگاه خاتم النبیین(ص) سال هشتم شماره‌ی دهم بهار ۱۴۰۲ صفحات ۲۴ تا ۴۴.
۲. الايروانی، محاضرات (دروس) في أصول الفقه للشهيد محمد باقر الصدر شرح الحلقة الثانية (۱۴۰۱) انتشارات بين المللی المصطفى.
۳. باهري محمد و داور، علي اکبرخان، نگرشي بر حقوق جزاي عمومي، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم ۱۳۸۴.
۴. بندر ريگي، محمدمد فرهنگ جديد عربي فارسي، تهران انتشارات اسلامي چاپ اول ۱۳۶۰
۵. تبریزی، جواد بن علی، صراط النجاة (للتبريزي)، قم - ايران، اول، ۱۴۲۷ هـ.ق. هـ ج ۱۰.
۶. حسن بن زين الدين، معالم الأصول (با حواشی سلطان العلماء) - انتشارات قدس، قم - ايران چاپ: دوم، ۱۳۷۶.
۷. خويی، سيدابوالقاسم. (۱۴۲۷ هـ.ق). فقه الأعدار الشرعية و المسائل الطبية. ناشر : دارالصدیقه الشهیده چاپ اول. قم:
۸. سيفی مازندرانی، علی اکبر. مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهية الأساسية (۱۴۲۵ هـ.ق). دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ايران.
۹. شوشتری، سيد محمد حسن مرعشی، دیدگاه‌های نو در حقوق، دو جلد، نشر میزان، تهران - ايران، دوم، ۱۴۲۷.
۱۰. شیرازی، ناصر مکارم، احکام پزشکی انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۱۱. شیرازی، ناصر مکارم، احکام پزشکی، در يك جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۱۲. شیرازی، ناصر مکارم، أنوار الفقاهة - كتاب النكاح، در يك جلد، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب علیه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۱۳. شیرازی، ناصر مکارم، كتاب النكاح، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۲۴ هـ.ق.
۱۴. صرامي، سيف الله، منابع قانونگذاری در حکومت اسلامی، بوستان کتاب قم، چاپ اول ۱۳۸۲.
۱۵. طهماسبی نیک، علی اشرف، ثبات و تغییر در جرایم و مجازات ها با مطالعه تطبیقی، انتشارات جنگل،



چاپ دوم ۱۳۸۹.

۱۶. عباس نژاد، محسن و همکاران پژوهشی قرآن و حقوق، مشهد، مؤسسه انتشاراتی بنیاد پژوهشهای قرآنی حوزه و دانشگاه، چاپ اول ۱۳۸۵.
۱۷. فیض، کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، (تاریخ وفات ۱۰۹۱ هـ ق) مفاتیح الشرائع، ۳ جلد، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم - ایران، اول، ج ۲، ص: ۱۱۷. بی تا.
۱۸. قانون مدنی افغانستان. قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی شماره (۳۵۳) مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ هـ - ش. جریده رسمی وزارت عدلیه ۱۳۵۵.
۱۹. فیومی، احمد بن محمد مقری، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، منشورات دار الرضی، قم - ایران، (بی تا) ج ۲.
۲۰. قمی، علی بن ابراهیم، (۱۴۰۴ هـ - ق). تفسیر قمی. دارالکتاب - قم - ایران.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، تهران، نشر میزان چاپ دوم ۱۳۸۳.
۲۲. کود جزاء، مصوبه شماره (۲۴) ۱۳۹۵/۱۲/۱۲ کابینه جمهوری اسلامی افغانستان و فرمان تقنینی و توشیح شماره (۲۵۶) ریس جمهور در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۴. جریده رسمی وزارت عدلیه ۱۳۹۶.
۲۳. کی نیا، مهدی، مبانی جرم‌شناسی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم. ۱۳۸۵.
۲۴. گلپایگانی، لطف الله صافی، استفتاءات پزشکی (صافی)، در یک جلد، دار القرآن الکریم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ هـ ق.
۲۵. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الديات، در یک جلد، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق الديات؛
۲۶. مازندرانی، علی اکبر سیفی، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الأساسیة، ۳ جلد، قم - ایران، اول، هـ ق ج ۳، ص: ۱۸۵.
۲۷. محسنی، محمد آصف الضمانات الفقهیة و أسبابها. (۱۳۸۲ هـ - ش) ناشر: پیام مهر، قم، ایران.
۲۸. محسنی، محمد آصف الفقه و مسائل طبیه، مؤسسه بوستان کتاب قم ۱۳۸۲ ص ۱۷
۲۹. محسنی، محمد آصف، توضیح مسائل طبی، یا، وظیفه شرعی داکتران و بیماران، ۱ جلد، حرکت اسلامی افغانستان، شعبه فرهنگی - کابل - افغانستان، چاپ: ۱، ۱۴۱۷ هـ ق.
۳۰. محسنی، محمد آصف، جهاد اسلامی در عصر حاضر (۱۴۱۱ هـ - ق) ناشر: کمیته فرهنگی حرکت اسلامی، لاهور، پاکستان. / ج ۱ / ۱۳۹.
۳۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق تهران، گنج دانش ۱۳۸۸.
۳۲. محمد معین، فرهنگ معین (یک جلدی) چاپ مهارت، نوبت هشتم، تهران ۱۳۸۵.
۳۳. مدنی سید جلال الدین، مبانی کلیات حقوق، تهران، نشر همراه چاپ چهارم ۱۳۷۶.
۳۴. مصطفوی سید مصطفی، احسان منبع مسئولیت (مقاله) مجله فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و



اندیشه اسلامی شماره ۶ پاییز ۱۳۸۴. از صفحه ۶۳ تا ۸۸.

۳۵. مصطفی میر احمدی زاده، رابطه فقه و حقوق، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی چاپ اول، ۱۳۸۰.

۳۶. مکارم شیرازی، انوارالفقاهه کتاب النکاح، (۱۴۲۵ ه ق) ناشر: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع) قم - ایران.

۳۷. نجف آبادی، حسین علی منتظری، احکام پزشکی در یک جلد، نشر سایه، قم - ایران، سوم، ۱۴۲۷ ه ق.

۳۸. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام داراحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، الطبعة السابعة. ۱۳۶۲ ش.

۳۹. نورمحمد صبری، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان چاپ دوم ۱۳۸۶.

۴۰. یوسفوند زینب واحمدی سیدمحمد مهدی، نشریه: قرآن و طب: ۱۳۹۷ دوره: ۳ شماره: ۲.



نقش علم قاضی در اثبات جرم با رهیافت فقه مقارن با تأکید بر حقوق افغانستان

علی احمد رضایی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۷/۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۹/۲

چکیده

علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی و راه‌های ثبوت جرم مورد نظر فقه و حقوق اسلام است و از آنجایی که خاستگاه اصلی قوانین موضوعه افغانستان، فقه می‌باشد، ضروری می‌نمود تا اساس و قلمرو علم قاضی و کیفیت استناد و صدور حکم بر طبق آن از جهت فقهی و حقوقی بررسی شود. هدف این تحقیق، تحلیل داده‌های فقهی براساس فقه مقارن و رویه‌های نظام حقوقی افغانستان در حوزه اعتبار علم قاضی با اتخاذ شیوه تحقیق توصیفی تحلیلی است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که نظر مشهور فقهای امامیه با استناد به ادله عقلی و نقلی (آیات، روایات و اجماع) بر پذیرش علم قاضی در اثبات جرم، میان فقیهان معروف شده است. البته امام معصوم (ع) می‌تواند طبق علم شخصی خود حکم کند؛ ولی درباره قاضی غیر معصوم بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. شماری از فقیهان که شاید مشهور نیز باشند، بر این عقیده‌اند که قاضی در همه جرائم اعم از حق الله چون زنا و سرقت و حق العبد چون قصاص و قذف می‌تواند به علم خود عمل کند. نظر مشهور فقیهان متأخر اهل سنت، عدم اعتبار علم قاضی در حق الله و حق العبد می‌باشد؛ ولی در عبارت‌های برخی دانشوران جدید و معاصر اهل سنت و همچنان موضع‌گیری نظام حقوقی افغانستان، اعتبار علم قاضی در قضایایی استفاده می‌شود که خود بدان‌ها علم پیدا کرده است؛ زیرا زیرا این علم در مقایسه با دیگر ادله اثبات، قوی‌تر از علمی است که از طریق دیگر شیوه‌های اثبات به دست می‌آید.

واژگان کلیدی: ادله اثبات، علم قاضی، حق الله و حق العبد، فقه مقارن، جرائم، حقوق افغانستان.

*کادر علمی دیپارتمنت حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خاتم النبیین (ص)؛ رایانامه

۱. درآمد

یکی از روش‌های مهم اثبات جرم، علم قاضی است که از اهمیتی ویژه در فقه و قوانین موضوعه برخوردار است. هرچند در قانون اجرائات جزائی افغانستان، علم قاضی از جمله دلایل اثباتی ذکر نشده، ولی در فقه، به باور برخی از فقیهان، حاکم می‌تواند طبق علم خود حکم کند که از طرق متعارف حاصل می‌شود. مقاله پیش رو تحقیقی است تحلیلی توصیفی تا بیانگر میزان اعتبار علم قاضی در صدور حکم طبق آن از منظر فقه و قانون افغانستان باشد. پرسش اصلی در این تحقیق آن است که جایگاه و نقش علم قاضی در اثبات جرم از منظر فقه مقارن و حقوق افغانستان چگونه تبیین شده است؟ فرضیه تحقیق حاضر آن است که نگاه مشهور نزد فقیهان امامیه و نظر قابل توجه در فقه اهل سنت و نظام حقوقی افغانستان، اعتبار و نقش اثباتی علم قاضی در اثبات جرم است. با توجه به پرسش اصلی این قلم بر آن است تا به این پرسش‌های فرعی نیز پاسخ گوید: منظور از علم قاضی چیست؟ و علم قاضی شامل کدام نوع علم است؟ و علم قاضی از منظر فقه شیعه و اهل سنت چه نقشی در اثبات جرم دارد؟ موضع نظام حقوقی افغانستان در خصوص علم قاضی در اثبات جرم چیست؟

۲. مفاهیم

علم در لغت به معنای فهم و دانش است و علم قاضی در اصطلاح فقهی به معنای یقین و اطمینان است که آن را علم عادی هم گفته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۵۶۳). علم قاضی در اصطلاح عبارت است از شناخت قاضی در احراز و انتساب جرم و بزه به متهم از طرق عینی محسوس؛ یعنی علم قاضی زمانی معتبر است که عینی، ملموس و قابل کنترل در مراجع تجدیدنظر باشد (شاملو احمدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۱۴-۳۱۵). منظور از علم قاضی، علم شخصی و عادی است؛ یعنی هرگاه در مبحث قضا و اثبات جرم از علم قاضی سخن به میان می‌آید، علم به معنای علم شخصی و عادی قاضی نسبت به موضوع مورد اختلاف و واقعیت مورد منازعه است؛ زیرا این علم ممکن است در نتیجه تجربیات و مطالعه علوم و... با یک سلسله استنادات یا از طریق مطالعه تحقیقات و توضیحات و ادله طرفین برای قاضی حاصل شود. بنابراین، منظور از علم در مباحث علمی همان علمی عادی و شخصی قاضی است نه علم حقوقی که در مقابل ادله عقلی و نقلی مطرح است که تسلط بر آن برای تصدی شغل قضاوت لازم و حتمی است. اساساً ادله اثبات دعوی از مظاهر و مصادیق علم عادی



می‌باشد. منظور از علم در اصول فقه، قطع در برابر ظن است و حقیقت آن چیزی غیر از انکشاف واقع و حقیقت به‌طور کمال و تمام نیست. (بیهقی، ۵۴۴-۴۷۰ ه. ق: ۱۰۶).

اما در فقه و حقوق، رسیدن به این علم که هیچ مجهولی در آن نماند، منظور نیست؛ بلکه علم عادی و متعارف است که در حقوق وسیله حل و فصل و ترافع دعاوی قرار می‌گیرد. منظور از علم عادی آن است که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی به آن دست یافتند به احتمال خلاف آن توجه نمی‌کنند؛ هرچند احتمال خلاف، عقلاً امکان‌پذیر باشد. اگر قاضی در هنگام محاکمه به واقع علم یافت، کدام عقل سلیم می‌تواند بگوید که به علم خود عمل نکند و فقط به دلایل ارائه شده توجه نماید؟ وقتی عمل به ادله سنتی (اقرار و بیّنه) که کشف ناقص و ظنی است، حجیت دارد، علم عادی یا اطمینان، به طریق اولی می‌تواند مستند حکم قرار گیرد و برای قاضی، به سادگی علم عادی حاصل نمی‌شود و اگر مرتبه علم قاضی، از علم عادی بالاتر باشد، در عمل به آن جای بحث نیست (مدنی، ۱۳۱۶: ۳۷۹).

پس در حقوق کیفری که غالباً براساس موازین حقوق اسلام تدوین یافته است، علم قاضی به نحو عام می‌تواند برای اثبات تمامی جرائم، حق‌الله و جرائم ناظر به حق‌العبد و به‌طور خاص، به‌عنوان یکی از ادله اثبات در برخی از جرائم مورد استناد قرار گیرد؛ ولی قانون‌گذار افغانستان در هیچ‌یک از قوانین اصول اجرائات جزائی و اصول محاکمات مدنی، و قوانین دیگر، تعریفی از علم قاضی ارائه نکرده است. تنها یکی از حقوقدانان با تبعیت از مفاهیم و منابع حقوق اسلام تعریفی از علم قاضی ارائه کرده است که می‌تواند تعریف مورد قبول حقوق جزای فعلی تلقی شود. به نظر ایشان، منظور از علم قاضی، آن است که مبتنی بر یقین یا اطمینان وی در انتساب یا عدم انتساب جرم به متهم باشد (شاملو احمدی، ۱۳۸۰: ۳۱۴-۳۱۵).

۳. کلیات

الف) اهمیت علم قاضی: میزان اهمیت علم قاضی به اندازه‌ای است که در مقام تعارض و اصطکاک بین شهادت شهود و امارات قضایی، جانب اماره را باید ترجیح داد؛ زیرا قاضی از اماره قضایی مستقیماً اطمینان حاصل می‌کند؛ در حالی که از استماع گواهی برای وی (به‌جای ایجاد علم) فقط ایجاد ظن می‌کند آن‌هم آگاهی به شیوه غیر مستقیم (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۳۸۸)؛



ب) مبانی علم شخصی قاضی: مبانی علم عادی و شخصی قاضی عبارت‌اند از: ادله قانونی به‌ویژه امارات و قرائن قضایی؛ و اموری که از طرف قانون‌گذار، در شمار ادله اثبات نیامده؛ ولی برای قاضی یقین‌آور است (عظیمی، ۱۳۷۲: ۲)؛ البته قاضی نمی‌تواند بعد از پایان محاکمه بدون مقدمه، متهمی را صرفاً به‌لحاظ اینکه علم به بی‌گناهی او دارد، بدون قید مبانی علم، تبرئه کند یا در مقام محکومیت بگوید با توجه به علمی که حاصل شده به هیچ‌یک از دلایل رسیدگی نمی‌نماید و متهم را به حبس و جزای نقدی محکوم می‌نماید. مع الوصف، براساس علم خود وقتی می‌تواند حکم صادر کند که بتواند موجباتی که برای او علم حاصل شده در دوسیه قید نماید و رأی خود را موجه نشان دهد (مدنی، ۱۳۷۸: ۳۷).

ج) ویژگی‌های علم قاضی: علم قاضی زمانی مورد قبول و قابل اعتبار است که دارای این ویژگی‌ها باشد: متعارف بودن شیوه تحصیل علم: علمی معتبر است که از راه‌های متعارف و معمول فراهم آمده باشد نه از راه‌های غیرعادی؛ مانند مکاشفه و الهام یا علوم غریبه نظیر جفر، رمل، خواب مصنوعی، هیپنوتیزم، سحر جادو و...؛ یعنی علم قاضی باید از طریقی به‌دست آمده باشد که مردم نوعاً از آن طریق، تحصیل علم می‌کنند و به آن ترتیب اثر می‌دهند. به هر حال، اگر علم به طریق متعارف برای قاضی حاصل شود، موجبی برای نقض حکم صادره در مراحل بالاتر وجود ندارد و چنانچه حصول علم به نحو متعارف نباشد، حکم صادره قابل نقض در محاکم بعدی خواهد بود؛

ضرورت ذکر دلایلی پیدایش علم در حکم: دومین ویژگی و شرط بسیار مهم برای امکان تمسک قاضی به علم خود این است که باید مستند علم خود را ذکر کند. ماده ۲۴۹ فقره ۷ اصول اجرائات جزائی افغانستان، نیز محکمه را ملزم به ذکر اسباب اصدار حکم نهایی می‌نماید. حال ممکن است این اسباب در قالب نظریه اهل خبره و یا هر قرینه قطعی دیگر باشد (علی احمد رضایی، ۱۳۴۸: ۱۰۰).

وجود مستند منشأ علم در دوسیه: باید منشأ علم قاضی در دوسیه وجود داشته باشد و علم یادشده باید مستند به دلایل و قرائن و شواهد باشد و متعاقب استماع اظهارات و مدافعات طرفین دعوی و دفاع در جلسات تحقیق و محاکمه تحصیل شود. بدین ترتیب، در حقوق جزائی، علم ناشی از رؤیت یا استماع واقعه مجرمانه یا علم شخصی حسی قاضی در خارج از محکمه فاقد اعتبار و حجیت قضایی است؛ بنابراین علم قاضی باید در اثر مطالعه دوسیه

و اوضاع و احوال و قرائن موجود در دوسیه حاصل شود. اگر قاضی خود را بی‌نیاز بیان مستندات منشأ علم خود دیده به علم خود عمل کند، به‌ویژه در موارد علنی نبودن محاکمه، خود را در مظان اتهام و بی‌عدالتی قرار خواهد داد (خرسندیان، ۱۳۸۳).

از این جهت، فقیهان شافعی برای قاضی‌ای که به علم خویش حکم را صادر می‌کند، این شرایط سه‌گانه را بیان کرده‌اند: ۱. قاضی باید مجتهد باشد و اگر قاضی ضروری (غیر مجتهد) باشد، باید که مستند حکم خویش (دوسیه) را ذکر نماید و اگر استناد خویش را ذکر نکرد: فلا یعمل بقضائه؛ ۲. حکم قاضی در غیر عقوبت الله تعالی باشد؛ ۳. بی‌ینه (شهود) برخلاف علم قاضی نباشد (عبدالعال، بی‌تا: ۲۹؛ رملی، ۱۴۰۴، ج ۸: ۲۵۹ و ۲۶۰ و حجازی شرقاوی، ۱۲۳۴، ج ۲: ۴۹۵).

۴. نقش علم قاضی در اثبات جرم و محدوده آن در فقه مقارن

بحث از اعتبار و حجیت علم قاضی، یکی از بحث‌های مهم روش اثبات، در باب قضا می‌باشد که اغلب فقیهان پیشین و معاصر نظر خود را پیرامون آن مطرح نموده‌اند.

۴-۱. اعتبار علم قاضی در اثبات دعاوی و جرائم در فقه امامیه

با بررسی آثار علمی فقیهان گذشته و معاصر شیعه دریافت می‌شود که میان آنها مشهور است که امام معصوم (ع) می‌تواند به استناد علم شخصی خود حکم کند؛ چنان‌که محقق حلی می‌نویسد: «الامام یقضی بعلمه مطلقاً و غیره من القضاء یقضی بعلمه فی حقوق الناس و فی حقوق الله تعالی علی القولین اصحهما القضاء و یجوز ان یحکم فی ذالک کله من غیر حضور شاهد یشهد الحکم» (۱۴۱۰: ۹۸). حتی در مورد حق قضاوت امام معصوم (ع) برخی به اجماع قائل شده‌اند و از این جهت صاحب جواهر آن را مطلقاً بدون مخالف قابل اعتنا دانسته است و حتی شیخ انصاری آن را بالای امام واجب دانسته چنان‌که می‌نویسد: «لاینبغی الاشکال فی ان الامام بل علیه...» و از این جهت، صاحب جواهر اجماع را به همین منابع نسبت داده است (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۶؛ خامنه‌ای، ۱۳۸۲: ۶)؛ ولی نسبت به قاضی غیر معصوم، اختلاف نظر است که در این زمینه پنج نظریه ذیل از نزد ایشان ارائه شده است. بعضی مطلقاً قائل به جواز عمل به علم شده‌اند و معتقدند که قاضی غیر معصوم نیز مانند امام معصوم در همه دعاوی و جرائم، اعم از حق الله مانند شرب خمر، زنا و حق العبد نظیر قصاص

می‌تواند به استناد علم خویش قضاوت کند (مؤمن، ۱۳۸۷). بعضی دیگر معتقدند که قاضی مطلقاً نمی‌تواند مطابق علم خود قضاوت کند و تنها طریق اثبات دعوا، اقرار، بیّنه و سوگند است (خرسندیان، ۱۳۸۳). گروهی دیگر بین حق‌الله و حق‌العبد تفصیل قائل شده‌اند و معتقدند که علم قاضی در حق‌الله حجت است نه در حق‌العبد (موسویان، ۱۳۸۴). نظر گروهی دیگر نیز تفصیل است؛ ولی عکس نظر پیشین: «قاضی می‌تواند در حق‌العبد به علم خود استناد کند نه در حق‌الله» و این قول حلی (فخرالمحققین به ابن ادریس نسبت داده است (محمد بن حسن حلی، ۱۳۸۷ق). برخی دیگر، بین حدود و غیر حدود فرق گذاشته‌اند و در حدود استناد قاضی به علم شخص خود را جایز نمی‌دانند (ابن بابویه، ۱۳۶۳).

اما نظر مشهور بین فقهای امامیه حتی ادعای اجماع از نظر اول است؛ یعنی علم قاضی چه در حق‌الله و چه در حق‌العبد؛ اعم از امور کیفری و امور مدنی حجیت دارد و فقهای معاصر نیز به تبعیت از مشهور فقهای امامیه در ذیل کتاب قضا تحریرالوسیله خویش می‌فرمایند: «يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه من دون بيّنه أو اقرار أو حلف في حقوق الناس و كذا في حقوق الله تعالى، بل لا يجوز له الحكم بالبيّنه اذا كانت مخالفة لعلمه أو خلاف من يكون كاذبا في نظره، نعم يجوز له عدم التصدي للقضاء في هذه الصورة مع عدم التعيين عليه» (امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۱۰۱). طرفداران و موافقان حجیت و اعتبار مطلق علم قاضی به دلایل چندی استناد جسته‌اند که قرار ذیل بیان می‌شود:

الف) اطلاق آیات: «يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ (ص، ۲۶)؛ ای داود! ما تو را در روی زمین مقام خلافت دادیم؛ پس میان خلق خدا به حق حکم کن و هرگز هوای نفس را پیروی نکن که تو را از راه خدا گمراه کند و آنان که از راه خدا گمراه شوند، چون روز حساب و قیامت را فراموش کرده‌اند به عذاب سخت معذب خواهند شد.» «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا (نساء، ۵۸)؛ همانا خدا به شما امر می‌کند که امانت‌ها را به صاحبانش باز دهید و چون حاکم بین مردم شوید، به عدالت داوری کنید. همانا خدا شما را پند نیکو می‌دهد که خدا شنوا و بیناست.» «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ



فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (مائده، ۵)؛ و در تورات بر بنی اسرائیل حکم کردیم که نَفْس را در مقابل نَفْس قصاص کنید و چشم را مقابل چشم و بینی را به بینی و گوش را به گوش و دندان را به دندان و هر زخمی را قصاص خواهد بود. پس هرگاه کسی حق قصاص را ببخشد (نیکی کرده) و کفاره (گناه) او خواهد شد و هرکس به خلاف آنچه خدا فرستاده حکم کند، چنین کس از ستمکاران خواهد بود».

بنابراین، با توجه به اطلاق آیات پیش گفته، این آیات دلالت بر حجیت علم قاضی دارد؛ زیرا اگر قاضی بخواهد در صورت فقدان ادله معتبر و اصولی، صرفاً براساس آگاهی شخصی خودش حکم کند باید، براساس عدل و عدالتی عمل کند که در علم حاصله او حق و عدالت تلقی می شود. بنابراین، زمانی که قاضی در منصب قضا منصوب می شود، انتظار می رود که قضاوت او با عدل و قسط صورت بگیرد. از این رو، تحقق عدل و قسط منوط و وابسته به تشخیص شخص قاضی است؛ یعنی قاضی ابتدا باید تشخیص دهد که این حکمی که می دهد عدل است و سپس نسبت به صدور آن اصرار ورزد.

پس در نتیجه استفاده کردن از آگاهی شخصی در حکم کردن نشان از حجیت علم قاضی می باشد. افزون بر آن از آیات پیش گفته چنین برداشت می شود که علم قاضی هم در حق العبد و هم در حق الله حجیت داشته و معتبر است (ابن بابویه، ۱۳۶۲). عده ای هم بر این باورند که از آیات پیش گفته حجیت علم قاضی استفاده نمی شود؛ زیرا آیات یادشده فقط بر اجرای حق و عدل اشاره دارد و بر حجیت علم قاضی اشاره ای ندارد؛ هر چند قاضی اگر به نادرستی و به ناحقی به دلایل ارائه شده آگاهی دارد، نباید مخالف عقیده خودش حکم دهد و خود را در ادله ذکر شده محصور کند؛ زیرا ادله و جوب حکم به عدل و حق، اجازه صدور حکم مخالف حق را به او نمی دهد (زراعت و حاجی زاده، ۱۳۸۸)؛

ب) در ادامه ادله موافقان، اولویت علم قاضی نسبت به بینه به دلیل اینکه علم مفید قطع است؛ اما بینه اماره و مفید ظن است نیز استناد کرده اند (محمد حسن نجفی، ۱۴۰۴ق)؛

ج) عمل نکردن به علم موجب فسق قاضی در مواردی است که عدم صدور حکم طبق علم، منجر به اعطای حق به دیگری یا متوقف شدن رویه قضایی خواهد شد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶)؛

د) ملازمه عرفیه بین قضاوت قاضی در موارد احکام و شبهات حکمیّه که علم او یقیناً نافذ است با علم قاضی در موضوعات شخصی (همان: ۱۰۰).

۴-۲. اعتبار و حجیت علم قاضی در فقه اهل سنت

در اینجا دو موضوع قابل بحث است: یکی آنکه حکم قاضی به خلاف علمش باشد؛ مثل کسی که شهادت به زوجیت بین دو نفر بدهد و علم قاضی بر محرمیتش باشد؛ مثل رضاع و یا طلاق باین که در این صورت رأی قاضی جایز نیست که خلاف علم خویش حکم را براساس شهادت شهود صادر نماید؛ زیرا حکمش به بطلان و حرام خواهد بود و به این قول امام نووی ادعای اجماع کرده است؛ اگرچه ماوردی می گوید که حکم را براساس شهود صادر نماید. پس معلوم شد که قول جمهور علماء است نه اجماع؛ و بعضی از شوافع گفته اند که منتظر باشد؛ زیرا معارضه بین علم قاضی و شهود که ظاهراً عدول اند واقع شده تا فسق ایشان ظاهر شود و یا دوسیه را به قاضی دیگری محول نماید (یعمری مالکی، ۲۰۱۱، ج ۴: ۳۹۸؛ شرقاوی، ۱۲۳۴، ج ۲: ۴۹۵ و رأفت عثمان، ۱۴۱۵، ج ۱: ۵۰۱) و یا اینکه نسبت به قضیه ای علم داشته باشد، موافق آن حکم صادر نماید؟ در این صورت سه نظریه ذیل مطرح شده است:

در رأی امام ابوحنیفه (رح) اگر موضوع فقط حق الله محض باشد مانند حد زنا، شرب خمر و حد سرقت، قاضی مجاز به استفاده از علم خود نیست؛ اما اگر موضوع ناظر به حق العبد باشد مانند حد کذب یا اموال و عقودی که مقصود از آنها مال است یا در غیر اموال همچون نکاح و طلاق و دیات، قاضی می تواند به علم خود حکم کند. اگر شخصی پیش از تصدی امر قضا، عالم به حادثه باشد یا بعد از تصدی به امر قضاوت در محلی غیر از حوزه قضایی خود نسبت به موضوعی علم و آگاهی یابد، یا در محلی قاضی بوده و به موضوعی نیز عالم باشد و سپس عزل شود و پس از مدتی مجدداً ابلاغ قضایی دریافت کند، حکم نمی تواند؛ البته اگر علم در زمان ولایتش و یا در محل آن ولایت حاصل نماید، باز حکم کرده می تواند.

در فقه مالکی، قاضی به علمش قضاوت می کند و این دیدگاه ابو ثور، ابو یوسف و یک روایت از امام احمد و قول راجح از امام شافعی است؛ اما مذهب شافعی براساس هر دو قول این است که قاضی در غیر حدود می تواند حکم صادر نماید؛ اما در حدود قاضی حق صدور حکم را ندارد و در جرح و تعدیل نیز مطابق علم خود اقدام می کند؛ ولی در آنچه به آن اقرار



شده است، قاضی نمی تواند به علم خود عمل کند. قاضی به علم خود در جرح و تعدیل اعتماد می کند؛ ولی به علم خود در شیء از اشیایی که اقرار نسبت به آن شده، حکم نخواهد کرد. با وجود این، در حدود و تعزیرات مانند حد زنا یا محاربه یا سرقت یا شرب خمر به واسطه سقوط آنها به جهت شبهه و همچنین، به سبب مستحب بودن استتار و پوشاندن آن نمی توان به علم خود قضاوت کرد؛ اما در حقوق الناس منعی در قضاوت به علم نیست؛ اعم از امور مالی یا حد قذف و در جرح و تعدیل نیز بلا اشکال است.

در مذهب حنبلی نیز قاضی نمی تواند مطلقاً به علم خود قضاوت کند، مگر در جرح و تعدیل؛ اختلافی در این نیست که قاضی مجاز است به واسطه اقرار و شهادت در دادگاه حکم صادر کند و هنگامی که بشنود با دو شاهد نیز می تواند به علم خود عمل کند؛ زیرا از موضع تهمت خارج است یا منتفی است؛ اما حکم به علم در غیر آنچه شنیده یا دیده است قبل از تصدی قضاوت یا بعد از آن جایز نیست. چنان که گفته اند: «لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه لا في الحدود ولا في غيرها، لا فيما علمه قبل توليته القضاء ولا به بعده وهذا ما يراه شريح و الشعبي و مالك و أكثر أصحابه و إسحاق بن راهويه و أبو عبيد و هو قول للشافعي يعد غير قوي عند الشافعيه و هذا الرأي أيضاً ظاهر المذهب في فقه الحنابلة» (يعمری مالکی، ۲۰۱۱، ج ۱: ۵۰۳-۵۰۲؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۱۱: ۴۰۰ و ابن مودود موصلی، ۱۳۵۶، ج ۲: ۱۲۱).

۳-۴. نقد و بررسی دلایل مخالفان حجیت علم قاضی

از برخی روایات چنین استفاده می شود که راه اثبات دعاوی را بر ادله سنتی (بینه و سوگند) منحصر دانسته اند که عمده ترین آن روایات عبارت اند از: هشام بن حکم از امام صادق (ع) نقل کرده است که فرمود: «قال رسول الله (ص): انما اقضى بينكم بالبينات والایمان و بعضكم الحن بحجته من بعض فایما رجل قطع له من مال اخیه شیئا فانما قطع له به قطعه من النار» (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸: ۷۰) و یا «ما روی عن أم سلمه أن النبی (ص) قال: إنما أنا بشر و إنکم تختصمون إلی و لعل بعضکم أن یكون الحن بحجته من بعض فأقضى به نحو مما أسمع، فمن قضیت له من حق أخیه شیئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعه من النار» (شوکانی، ۱۹۳۸، ج ۹: ۱۸۵) و همچنان رسول الله (ص) می فرماید: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْءٌ فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ



(سجستانی، بی تا، ج ۳: ۳۲۸)؛ من طبق شواهد و سوگند میانتان داوری می‌کنم، زبان استدلال برخی از شما نسبت به بعضی دیگر، قوی‌تر (ألحن ای ابلغ، افصح، ابطن و اظهرتر) است؛ پس اگر من براساس استدلال کسی، بخشی از اموال برادر مسلمانش را به او بدهم (ولی در واقع حق وی نباشد) همانا با این حکم، قطعه‌ای از آتش برایش فراهم کرده‌ام).

در تفسیر عسکری از حضرت علی (ع) نقل کرده است: «کان رسول الله (ص) یحکم بین الناس بالبینات والایمان فی الدعاوی، فکثرت المطالبات و المظالم فقال: ایها الناس انما انا بشر وانتم تختصمون و لعل بعضکم الحن بحجته من بعض و انما اقاضی علی نحو ما اسمع منه فمن قضیت له من حق اخیه به شیء فلا یاخذ به فانما اقطع له قطعه من النار» (حرعاملی، ۱۰۳۳ق، ج ۲۷: ۲۳۳؛ کلینی، ۲۵۵ق، ج ۷: ۴۱۵؛ تفسیر منسوب به امام عسکری، متعلق به قرن: ۶۷۳ و ۳۷۶ و حر عاملی، ۱۰۳۳ق، ج ۱۸: ۱۶۹)؛ ولی این روایت از نظر سند قابل اعتباری نیست و گفته‌اند این روایات به مقتضای مفهوم حصر، حجیت قضایی علم شخصی قاضی رانفی می‌کند و به قول معروف، ذکر شیء نفی ماعدا نمی‌کند و دلالت بر حصر منافاتی با حجیت علم قاضی ندارد.

در معتبره داود بن فرقد آمده است: «سمعت اباعبدالله، ان اصحاب رسول الله (ص) قالوا لسعد بن عبادہ ارایت لو وجدت علی بطن امراتک رجلا ما کنت صانعا به؟ قال: کنت اضربه بالسیف، قال: فخرج رسول الله (ص) فقال، ماذا یا سعد؟ فقال سعد: قالوا: لو وجدت علی بطن امراتک رجلا ما کنت صانعا (تصنع) به؟ فقلت اضربه بالسیف، فقال یا سعد: فکیف بالاربعه الشهود؟ فقال: یا رسول الله بعد رأی عینی و علم الله (انه) قد فعل؟ قال: ای والله بعد رأی عینک و علم الله (انه) قد فعل، ان (لان) الله جعل لكل شیء حدا و جعل لمن تعدی ذلک الحد حدا؛ از امام صادق (ع) شنیدم که فرمود: اصحاب رسول خدا (ص) به سعد بن عبادہ گفتند: اگر مردی را در حال زنا با همسرت بینی، چه خواهی کرد؟ وی گفت: او را با شمشیر به قتل می‌رسانم. حضرت فرمود: رسول خدا (ص) از آنجا عبور کرد و فرمود: ای سعد چه شده است؟ سعد عرض کرد: به من گفتند اگر مردی را در حال زنا با همسرت بینی، چه خواهی کرد؟ و من پاسخ دادم او را با شمشیر می‌کشم. حضرت فرمود: ای سعد! پس چهار شاهد برای چیست؟ گفت: ای رسول خدا! بعد از اینکه به چشم خود دیدم و خدا هم می‌داند که او آن عمل را انجام داده است (باز هم نیازی به شاهد هست؟) حضرت فرمود: آری! به

خدا سوگند! باینکه به چشم خود دیدی و خدا هم می‌داند که او آن عمل را انجام داده است. خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و هر کسی که از آن حد تجاوز کند، نیز حدی مقرر داشته است (شیخ طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۳؛ حر عاملی، ۱۳۹۶، ج ۲۸: ۱۴ و ۱۷ و کلینی، ۱۳۹۳، ج ۷: ۱۷۴).

مورد دلالت حدیث، هر چند علم شوهر است نه علم قاضی، ولی این روایت وجود چهار شاهد را ملاک ثبوت زنا قرار داده است، نه ملاک آنکه شوهر بتواند بر کسی حد جاری کند که با همسرش زنا کرده است؛ بنابراین مقتضای روایت این است که عمل زنا جز با شهادت چهار شاهد ثابت نمی‌شود و در این مسئله، شوهر و قاضی یکسان هستند؛ و اینکه، نه علم شوهر و دیدن او و نه علم خدا به فعل زنا و نه هیچ چیز دیگری، در اثبات زنا اثری ندارد؛ بلکه تنها راه ثبوت زنا، وجود چهار شاهد است. مؤید این دلالت، تعبیری است که در نقل روایت برقی از علی بن حسن رباط آمده است که پیامبر فرمود: «یا سعد فاین الشهداء الذین قال الله...؟» (حرعاملی، بی تا، ج ۱۷: ۴۳). این مطلب به آیه کریمه‌ای اشاره دارد که در اثبات زنا نزد حاکم، وارد شده است؛ چنان‌که ذیل روایتی که ابن رباط آن را نقل کرده، شاهد بر این معناست. آنجا که فرمود: «خداوند گناهی را که کمتر از چهار شاهد بر آن گواهی دهند بر مردم پوشیده گردانده است». حاصل آنکه، ظهور روایت در این است که راه ثبوت زنا، شهود چهارگانه است و غیر از آن و کمتر از آن تعداد، در ثبوت زنا اعتباری ندارد و این اطلاق شامل علم قاضی هم می‌شود.

روایت ابن عباس (رض) که گفت: «ان رسول الله حین لاعن بین العجلانی و امراته قال: کانت حبلی فقال: و الله ما قربتها منذ عفرنا قال: و کان زوجها خمس الساقین و الذراعین اصهب الشعر و کان الذی رمیت به ابن السحماء قال: فولدت غلاما اسود احلی جعدا اعلب الذراعین قال: فقال ابن شداد بن الهاد لابن عباس: «اهی المرئه آلتی قال النبی (ص) لو کنت راجما به غیر بینه لرجمتها قال: لا، تلك امراه قد اعلنت فی الاسلام» او «کانت تظهر السوء فی الاسلام» او «کانت تظهر فی الاسلام السوء» او «کانت تظهر فی الاسلام السوء» (قزوینی، ۲۰۰۶، ج ۲: ۸۵۵، فاضل نراقی، ج ۱۷: ۴۳ و طبرانی، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۰: ۲۹۵).



عویمر عجلانی و همسرش نزد رسول خدا (ص) ملاعنه کردند. زن او باردار بود و عویمر گفت: به خدا سوگند! دو ماه بعد از تلقیح نخل‌ها و قطع آبیاری آنها من با این زن نزدیکی نکرده‌ام. راوی گفت: شوهر این زن اندامی لاغر و موهایی بور داشت و شخص مورد تهمت ابن سحماء بود. راوی گفت: آن زن پسری سیاه‌چهره با موهای پیچیده و مجعد و بازوی قوی آورد. ابن شداد بن هاد به ابن عباس (رض) گفت: «آیا این همان زنی است که پیامبر فرمود: اگر قرار بود کسی را بدون بینه سنگسار کنم، این زن را سنگسار می‌نمودم؟ وی گفت: نه او زنی بود که در اسلام علناً کار ناپسند انجام می‌داد. با عبارات مختلف نقل شده است.

این روایت سندیت علم قاضی را در سنگسار کردن نفی می‌کند؛ زیرا آنچه از ظاهر عبارت «تظهر السوء او الشر فی الاسلام» برمی‌آید این است که آن زن، آشکارا ارتکاب خود بدان عمل را اعلان می‌کرد که معمولاً از گفته او علم حاصل شده که وی مرتکب عمل زنا شده است؛ ولی باین‌همه رسول خدا (ص) بدون بینه و شاهد، از سنگسار کردن وی خودداری فرمود؛ چنان‌که مقتضای مفهوم «لو» امتناعیه این است.

روایت حمزه بن ابی حمزه است از پدرش از جدش که گفت: امیرالمؤمنین (ع) فرمود: «احکام المسلمین (جمیع احکام المسلمین) علی ثلاثه، شهاده عادلہ او یمین قاطعه او سنه ماضیه من ائمه الهدی (علیهم السلام) او سنه جاریه مع ائمه الهدی» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۹۰). تمام احکام مسلمانان سه دسته‌اند: گواهی عادلانه یا سوگندی قاطع یا شیوه‌ای عملی از ائمه (علیهم السلام). این روایت با آنکه در کافی و تهذیب و خصال آمده است، از نظر سند ضعیف است؛ زیرا در سلسله سند آن ابی جمیل کذاب (مفضل بن صالح) وجود دارد. همچنین، تمام رجال سند بعد از ابی جمیل ناشناخته‌اند و وجود بزنی در سند نیز سودی ندارد؛ زیرا بودن بزنی در سند برای توثیق کسی مفید است که مستقیماً از او نقل کرده باشد نه با واسطه.

روایاتی که شهادت به زنا را تا زمانی که شهادت چهارگانه کامل نشود، جایز نشمرده‌اند و آن را کذب و موجب حد می‌دانند. در معتبره محمد بن قیس از امام باقر آمده است که امیرالمؤمنین (ع) فرمودند: «لایجلد رجل ولا امراه حتی یشهد علیهما اربعه شهود علی الایلاج و الاخراج و قال: لا کون اول الشهود الاربعه اخشی الروعه ان ینکل بعضهم فاجلد» (حرعاملی، ۱۰۳۳، ج ۲۷: ۴۰۹).



روایت سکونی از امام صادق از پدرش از علی بن ابی طالب درباره سه نفر که شهادت به زنا می‌دادند، نقل شده که حضرت فرمود: «این الرابع؟ قالوا: الان یجیء، فقال حدوهم فلیس فی الحدود نظر ساعه» (شیخ طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۴۹)؛ چهارمین شاهد کجاست؟ گفتند: هم‌اکنون می‌آید، امام فرمود: این سه نفر را حد بزنید؛ زیرا در حد نمی‌توان درنگ کرد». اطلاق این روایات دلالت دارد تا زمانی که چهار شاهد موجود نباشد، شهادت دادن و کسی را به زنا متهم کردن حرام است؛ حتی اگر از ناحیه قاضی باشد. مقتضای عموم آیه حد قذف و ملاءنه و آیات افک در سوره مبارکه نور نیز همین است؛ زیرا از ظاهر آنها به خوبی روشن می‌شود که وجود چهار شاهد موضوعیت دارد.

ادعای آنان پذیرفتنی نیست که معتقدند این ادله از قاضی در مقام قضاوت و اجرای حدود الهی انصراف دارد؛ زیرا هیچ سبب برای این انصراف وجود ندارد. روایات تصریح دارند به عام بودن این حکم (جایز نبودن شهادت بدون وجود چهار شاهد) برای مقام مرافعه و داوری، با در نظر گرفتن شهود و قاضی نیز از این لحاظ همانند شهود است و تفاوتی میان شهود عادل و قاضی وجود ندارد. افزون‌براین، در لسان روایات، شدت و تأکید به روشنی پیداست و حکمت این حکم بلکه علت آن این است که خداوند اراده فرموده بر گناهان پوشش بگذارد و گناهی که کمتر از چهار شاهد بر آن باشد، بر مسلمانان پوشیده بماند، و نیز لسان روایات گویای آن است که وجود چهار گواه، موضوعیت دارد و روشن است که در این نکته تفاوتی میان قاضی و غیر قاضی نیست.

۴-۵. اعتبار علم قاضی در حقوق افغانستان

در حقوق افغانستان علم قاضی به‌عنوان دلیل مستقل اثبات جرم شناخته نشده و از این رو، قانون‌گذار در زمره ادله اثبات دعوا اعم از جزائی و مدنی یاد نکرده است؛ ولی از تعبیرات گوناگون قانون‌گذار به دست می‌آید که قانون‌گذار، علم حاصل از قرائن را تلویحاً معتبر می‌داند (اصول اجرائات جزائی، م ۱۹). در حقوق افغانستان، هرچند قانون‌گذار در مقام شمارش ادله اثبات دعوی نامی از علم قاضی به‌عنوان ادله اثبات نبرده است (اصول اجرائات



جزائی، م ۱۹)،^۱ ولی در جای جای قانون اصول اجرائات جزائی از قضاوت عادلانه و بی طرفانه سخن گفته است و این منظور برآورده نمی شود، جز با باز گذاشتن دست قاضی در ارزیابی از دلایل، قرائن و امارات و به عبارت حقوقی، قضاوت براساس «اقتناع وجدان قاضی» است. بنابراین، منافاتی ندارد که علم قاضی مطلقاً حجت باشد و درعین حال، در گذشته به دلیل محدودیت عملی آن، تکیه اصلی بر ادله ظنی صورت گرفته باشد. چنان که امروزه با گسترش روش های علمی کشف جرم، علم قاضی جایگاه اصلی خودش را بازمی یابد.

۴-۵. مراد از علم قاضی در حقوق افغانستان

با توجه به اینکه حقوق جزای افغانستان تنها در مورد مجازات تعزیری تدوین شده است و بحث از حدود، قصاص و دیات را به فقه حنفی ارجاع داده است، بنابراین، برای تبیین مراد از علم مورد نظر در حقوق افغانستان از دو جهت ارزیابی می شود. یکی در حدود و قصاص و دیات است. چنان که ذکر شد، حقوق افغانستان در بحث حدود قصاص و دیات تابع فقه حنفی است و با مراجعه به فقه یادشده به نظر می رسد علم مورد نزاع در فقه حنفی، آن است که از مشاهدات شخص قاضی حاصل می شود؛ زیرا یکی از فقهای شناخته شده حنفی در بیان، ورأی مذهب حنفی می نویسد: «از نظر ما وقتی قاضی مجاز به قضاوت با بینه می باشد به طریق اولی قضاوت به علم شخصی قاضی جایز است. این بدان خاطر است که مقصود از «بینه» عینش نیست؛ بلکه حصول علم است به حکم حادثه. روشن است که علم او که با معاینه و مشاهده حاصل شده است، اقوی است از علمی که از طریق شهادت به دست آمده است؛ زیرا آنچه از شهادت به دست می آید، علمی توأم با احتمال و آنچه که از مشاهده به دست می آید، علمی است قطعی و یقینی؛ پس این علم قطعی، اقوی است و قضاوت نمودن به آن کافی و اولی می باشد (علاءالدین کاسانی، ۵۸۷ق: ۷) و دوم در دیگر جرائم است. در

۱. قانون گذار افغانستان در قانون اصول اجرائات جزائی موارد ذیل را از دلایل اثبات جرم ذکر می کند: ۱. اقرار متهم؛ ۲. شهادت شهود؛ ۳. اسناد، شناسایی مظنون به طور بالمواجهه؛ ۴. قرائن و مدارک زیرا از جمله ادله مادی محسوب می شود. نوارهای صوتی و تصویری، مراقبت تصویری یا سایر مدارک یا اطلاعات که از طریق اقدامات مخفی کشف و به دست آمده باشد، آثار رده های انگشت دست، کف و پا، آثار بالستیکی بالای مرمی. آثار و علائم و افزار فلز و سایر مواد سخت، پارچه های شیشه، آثار خون، آثار پاپوش، آثار نوشته ها، آثار دندان، آثار موی، آثار الکتریکی، بیولوژیکی، و کمیای، آثار اسلحه ناریه و جارحه و مواد منفجره، آثار وسایط نقلیه، آثار مایعات، منسوجات، لکه ها، تیزاب ها و املاح و سایر موارد و آثاری که به نظر اهل خبره علماً ثابت شده و در تثبیت و تشخیص مرتکب آن مؤثر باشد (اصول اجرائات جزائی، م ۱۹).

قوانین جزائی و مدنی افغانستان از علم قاضی جداگانه به عنوان یک دلیل نام برده نشده است تا در مورد علم قاضی در حقوق یادشده بحث صورت بگیرد.

نتیجه گیری

از مجموع این استدلالات و استظهارات همان قول مشهور ثابت می شود که علم برای قاضی حجت است و می تواند مستند حکم قرار گیرد؛ خواه در حقوق الله باشد یا حقوق العبد.

- همه فقیهان البته به غیر از ماوردی اجماع دارند که قاضی به خلاف علم خویش حکم را نمی تواند صادر کند؛

- همه فقیهان امامیه به غیر از ابن جنید در خصوص عمل امام معصوم (ع) طبق علمش متفق علیه هستند و اجماع دارند؛ اما در مورد غیر معصوم اعتقاد به حجیت علم قاضی مشکل است؛ لذا مدرک قرار دادن اجماع فقها به عنوان دلیلی روشن بر اعتبار علم قاضی مخدوش و قابل مناقشه بوده و نمی تواند حجت تام باشد (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۸ و علم الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱)؛

- در خصوص حقوق العبد، ابن جنید به صراحت به عدم جواز نظر داده (علم الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱) و شیخ طوسی در مبسوط، قول به جواز را مقید به مصونیت از خطا نموده است. از این رو، می توان نتیجه گرفت که دلیل اجماع به دلیلی که شرح داده شد، مقبولیت عام ندارد و این اجماع نیز به صراحت و روشنی دلالت ندارد؛

- علمی که برای قاضی حجت است و می تواند از راه استناد به آن قضاوت نماید، آن است که از طریق متعارف برای او حاصل شده باشد؛ یعنی طریقی که نوع مردم از آن طریق علم حاصل می کنند و طبق آن، ترتیب اثر می دهند؛ اما اگر از طریق خواب دیدن یا تفال زدن یا رمل و اسطرلاب علم حاصل شود، از طریق متعارف محسوب نمی شود. بلی! اگر از راه تحقیقات علم برای وی حاصل شود، می تواند معتبر باشد؛

- قاضی که علم برای او معتبر است، فرق نمی کند مجتهد مطلق باشد یا غیر مجتهد مأذون در قضاوت؛ زیرا ادله اعتبار علم برای قاضی اطلاق دارد و هر دو مورد را شامل می شود و دلیلی برای تقیید وجود ندارد؛

- بالای قاضی لازم است مستند علم خود را بیان کند؛ یعنی امارات و قرائن و شواهدی را که از مجموع آنها علم حاصل نموده تک تک آن را ذکر کند تا هم مستند او قوی و محکم و غیرقابل خدشه باشد و هم از اتهام و سوءظن مبرا باشد؛
- در صورتی که قاضی به موضوعی که نزد او مطرح است، علم داشته باشد و واقع امر را می داند؛ چه در امر حقوقی باشد یا جزائی؛ لکن بینه برخلاف او شهادت می دهند یا منکر برخلاف آنچه او عالم است، قسم یاد می کنند یا اقرار و اعتراف برخلاف او می کند، در تمام این موارد قاضی موظف است به علم خود عمل کند و بینه و اقرار و قسم در مقابل علم قاضی هیچ ارزش و اعتباری ندارد و یا انتظار نماید تا عدل و فسق شهود ظاهر شود و یا موضوع را به قاضی دیگر محول نماید که این نیز یک قول امام شافعی (رح) بوده است تا از تهمت نجات یافته و مورد سوءاستفاده قرار نگیرد.



منابع

* قرآن کریم

۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد بن محمد. (۱۳۸۸ ه.ق.). المغنی. ج ۱۱. مصر: مکتبه القاہرہ.
۲. ابن مودود موصلی، عبدالله بن محمود بن مودود. (۱۳۵۶ ه.ق.). الاختیار لتعلیل المختار. ج ۲. قاہرہ و بیروت: الحلبي، دارالکتب العلمیہ.
۳. بخاری، محمد بن اسماعیل. (۱۴۰۷ ه.ق.). الجامع الصحیح. قاہرہ: دارالشعب، حدیث رقم (۲۲۱۱).
۴. بیہقی، احمد بن الحسین. (۱۳۷۶). تاج المصادر. تہران: انتشارات پژوهشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
۵. پیمانی، ضیاءالدین. (۱۳۳۶). دلایل قضایی در حقوق انقلابی فرانسه. تہران: نشر خرمی.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۷). دایرہ المعارف علوم اسلامی. دانشنامہ حقوق. ج ۴. تہران: گنج دانش.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۳ق.). وسائل الشیعہ. ج ۳، ۱۸، ۲۷ و ۱۷. قم: موسسہ آل البیت.
۸. خامنہ‌ای، سید محمد. (۱۳۸۲). علم قاضی. تہران: انتشارات تک.
۹. خرسندیان، محمدعلی. (۱۳۸۳). بررسی حجیت علم قاضی در فقہ و حقوق. مجلہ علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، ۲۱(۲).
۱۰. رأفت عثمان، محمد. (۱۴۱۵ ه.ق.). النظام القضائی فی الفقہ الإسلامی. ج ۱. چاپ دوم. الناشر: دار البیان.
۱۱. رضایی، علی احمد. (۱۴۰۳). روش‌های نوین اثبات جرم از منظر فقہ مقارن با نگاهی به حقوق افغانستان. قم: نشر چلیکہ.
۱۲. رملی، محمد بن احمد. (۱۴۰۴ ه.ق.). نہایہ المحتاج الی شرح المنہاج. ج ۸. بیروت: دارالفکر.
۱۳. سجستانی، سلیمان بن الأشعث. (بی تا). سنن أبی داود. ج ۳. بیروت: دارالکتب العربی.
۱۴. شاملو احمدی، محمدحسین. (۱۳۸۰). فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزائی. ج ۱. اصفهان: دادیار.
۱۵. شرقاوی، عبدالله بن حجازی. (۱۲۳۴ ه.ق.). حاشیہ الشرقاوی علی التحریر. ج ۲. بیروت: دار الکتب العلمیہ.
۱۶. شوکانی، محمد بن علی بن محمد. (۱۹۳۸ م.). نیل الاوطار. ج ۹، مصر: اداره الطباعہ المنیرہ و مصطفیٰ البانی الحلبي.
۱۷. طباطبائی، علی بن محمدعلی. (۱۳۹۵). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. ج ۱. قم: النشر الاسلامی، نشرالجماعہ المدرسین.
۱۸. طبرانی، سلیمان بن احمد. (۱۴۰۴ ه.ق.). المعجم الکبیر. ج ۱۰. قاہرہ: دار إحياء التراث العربی.



۱۹. طوسی، محمد بن الحسن بن علی. (بی تا). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. ج ۲. بیروت: دار الکتب العربی.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۶). تهذیب الاحکام. ج ۱۰. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۱. عاملی، محمد بن مکی. (۱۳۹۶). اللمعه الدمشقیه. تهران: انتشارات مجد.
۲۲. عاملی، شیخ حر. (۱۳۹۱). وسایل الشیعه در مقدمات حدود. ج ۲۸. تهران: اسلامیه.
۲۳. عطوه، عبدالعال احمد. (بی تا)، محاضرات فی علم القاضی و القرائن و غیرها، سعودی: دراسات العلیا، جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامیه.
۲۴. عظیمی، محمد. (۱۳۸۸). ادله اثبات دعوا. ج ۲. تهران: انتشارات میزان.
۲۵. علم الهدی، علی بن حسین. (۱۳۸۰). الانتصار. قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.
۲۶. فاضل نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ ه.ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعه. ج ۱۷. قم: مؤسسه آل البیت لإحیاء التراث.
۲۷. قزوینی، محمد بن یزید. (۲۰۰۶ م). سنن ابن ماجه. قاهره: دار إحياء الكتب العربیه.
۲۸. قشیری نیشابوری، مسلم بن الحجاج. (۱۳۳۸). الجامع الصحیح. ج ۳. کتاب الأفضیه، باب قضیه هند حدیث رقم (۱۷۱۴)، بیروت: دار الجیل بیروت و دارالأفاق الجدیده.
۲۹. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۹۳). اصول الکافی، باب اصناف القاء. ج ۷. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۳۰. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۴). ادله اثبات دعوا. ج ۲. تهران: نشر میزان.
۳۱. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. (بی تا). بحارالانوار. ج ۷۶. بیروت: مؤسسه الوفاء.
۳۲. محقق حلّی، جعفر بن الحسن بن یحیی. (۱۴۱۰ ه.ق). المختصر النافع. تهران: مؤسسه البعثه.
۳۳. محقق حلّی، جعفر بن محمد. (بی تا). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. ج ۱ و ۴. تهران: انتشارات استقلال.
۳۴. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد. (۱۳۸۱). کفایه الاحکام. قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.
۳۵. مدنی، جلال الدین. (۱۳۷۸). آیین دادرسی کیفری. ج ۱ و ۲. تهران: پایدار.
۳۶. المنسوب الی الامام العسکری. (۱۴۰۹ ه.ق). تفسیر الامام العسکری. قم: مؤسسه الامام المهدي.
۳۷. صفری، علی، (۱۳۴۰). قضاوت در اسلام. مجله کانون وکلا، ۱۴۹، ش ۷۸، دوره، آذر، دی و بهمن، صص ۴۰-۴۴.
۳۸. مهرپور، حسین، (۱۳۷۳). سرگذشت تعزیرات. مجله کانون وکلا، ۲(۴۸)، ۱۴۹-۱۴۸.
۳۹. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹). تحریرالوسیله. ج ۱ و ۲. قم: دارالعلم.



۴۰. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۹). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. ج ۴۰. چاپ سوم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۴۱. یعمری مالکی، محمد بن فرحون. (۷۹۹ه). تبصره الحکام. ج ۴. مکتبه کلیات الأزهریه، ۱۴۰۶ق. ج ۱، ۱۹۸۶.

(ب) قوانین

۴۲. قانون اجرائات جزایی، وزارت عدلیه افغانستان، کابل، ۱۳۹۲.

۴۳. قانون اصول محاکمات مدنی، وزارت عدلیه افغانستان، کابل، ۱۳۶۹.

۴۴. قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم، وزارت عدلیه افغانستان، کابل، ۱۳۸۴.





سال دوم، شماره پنجم، خزان ۱۴۰۳



نقش سوگند در اثبات دعاوی مدنی در حقوق افغانستان

عبدالخالق شفق*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۸/۱۲

تاریخ پذیرش ۱۴۰۳/۹/۲۵

چکیده

سوگند یکی از ادله اثبات دعوا و عبارت است از شاهد گرفتن خداوند برای اخبار به حقی به نفع خود و به ضرر دیگری. واگذاری سرنوشت دعوا به سوگند به عنوان یک ابزار معنوی، در مواردی صورت می‌گیرد که برای اثبات موضوع دعوا دلیل معتبر دیگری نتوان ارائه کرد. در چنین حالتی، یا باید ادعای مدعی را بدون دلیل پذیرفت و یا هم به ضرر وی حکم صادر نمود که هیچ یکی از این دو راهکار مبتنی بر عدالت نیست و احتمال ضایع شدن حق در آن وجود دارد. با توجه به این مشکل، قانون‌گذار با پیش‌بینی یک نهاد حقوقی به نام سوگند، سرنوشت دعوا را موکول به وجدان مدعی علیه نموده است تا با اتکا بر خداوند و ترس از مجازات سوگند دروغ، حقیقت را آشکار نماید. با توجه به اهمیت موضوع، این مقاله به روش توصیفی تحلیلی نقش سوگند در اثبات دعاوی مدنی در حقوق افغانستان را بررسی کرده است.

واژگان کلیدی: سوگند، سوگند قاطع، سوگند تکمیلی، قدرت اثباتی سوگند، نقش سوگند

در اثبات دعوا

* کدر علمی دیپارتمنت حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه ابن سینا؛ رایانامه a.khshafaq@gmail.com

موضوع علم حقوق، تعیین «حق‌ها» در جامعه انسانی است و برای پاسداری از حرمت آن است که تکالیفی برای دیگران نسبت به دارنده حق نیز ایجاد می‌شود. حق زمانی می‌تواند در علم حقوق شناسایی شود که قابل اثبات باشد. حقی که در مقام ثبوت وجود دارد ولی دارنده آن نمی‌تواند وجود آن را برای مراجع قضایی به اثبات رساند، توسط محکمه به رسمیت شناخته نمی‌شود؛ زیرا محکمه هیچ حقی را بدون دلیل نمی‌تواند به رسمیت بشناسد.

از نظر محکمه حقی بدون دلیل وجود ندارد و مورد حمایت نیست. بنابراین، آشکار می‌شود که علم حقوق در پی تبیین و تحکیم حق است و حق نیز محتاج به اثبات و اثبات نیز به نوبه خود نیازمند دلیل محکمه‌پسند است. از این رو، اهمیت ادله اثبات دعوا بر هیچ‌کسی پوشیده نیست و بر هر حقوقدانی به‌ویژه قضات و وکلای مدافع لازم است که بر مباحث ادله اثبات دعوا به‌ویژه مباحث سوگند تسلط کامل داشته باشند. یکی از ادله اثبات دعوا که در حقوق افغانستان مورد پذیرش قرار گرفته «سوگند» است. اصولاً هرگاه مدعی ادعای خود را از طریق ارائه ادله بتواند به اثبات رساند، قاضی اقدام به صدور حکم به نفع او می‌کند؛ اما همیشه در دعوای مطروحه ممکن است ادله اثبات دعوا موجود نباشد. بنابراین، اگر مدعی عاجز از ارائه دلایل اثباتیه باشد، می‌تواند خواستار سوگند مدعی علیه شود. با توجه به آنچه گفته شد، در خصوص سوگند سؤالات ذیل قابل طرح است:

نخستین سؤالی که در خصوص سوگند قاطع مطرح می‌شود این است که به‌صورت مشخص، کدام‌یک از طرفین دعوا می‌توانند اتیان سوگند از طرف مقابل را درخواست نمایند؟ دوم، اصولاً از سوگند قاطع زمانی استفاده می‌شود که دلیل معتبر دیگری برای اثبات موضوع دعوا وجود نداشته باشد. سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که آیا فقط در صورت فقدان ادله به معنای خاص می‌توان به سوگند قاطع رجوع کرد و یا اینکه شامل امارات قضایی و قانونی نیز می‌شود؟ به‌دیگرسخن، چنانچه اماره قانونی و یا قضایی وجود داشته باشد، آیا در این صورت نیز نمی‌توان از طرف مقابل درخواست سوگند قاطع نمود و یا اینکه امارات مانع توسل به سوگند نمی‌شود؟ سؤال سوم قابل طرح این است که هرگاه مدعی برای اثبات ادعای خویش دلیل داشته باشد؛ اما بنا به عللی آن را در محکمه ارائه نکند، آیا مدعی با صرف نظر کردن از آن دلیل و به‌صورت مستقیم می‌تواند از مدعی علیه خواستار اتیان سوگند



شود؟ در نهایت سؤال چهارم این است که با سوگند چه اموری را می‌توان به اثبات رساند و به چه میزان می‌تواند در راستای اقناع وجدان قاضی جهت اثبات موضوع دعوا مؤثر باشد؟ در خصوص موضوع مورد نظر، پیشینه پژوهشی خاصی مشاهده نشد؛ البته در ضمن برخی از آثار، به یک سلسله کلیاتی از مباحث سوگند اشاره شده است (رسولی، ۱۳۹۳)؛ اما به نحوی که این مقاله موضوع را بررسی کرده در دیگر مقالات بررسی نشده است.

۱. مفهوم‌شناسی سوگند

یکی از ادله اثبات دعوا سوگند است که در زبان عربی از آن به یمین و حلف تعبیر شده است. سوگند عبارت است از: «شاهد گرفتن خداوند متعال برای اخبار بحقی به نفع خود و به ضرر دیگری» (کریمی، ۱۳۹۲: ۱۰۰). برخی دیگر گفته‌اند: «سوگند عبارت از اعلام اراده‌ای است که به موجب آن شخص خدا را شاهد صداقت خود در اظهار و یا ادعای خود مبنی بر وجود حقی علیه دیگری و یا سقوط حق می‌گیرد» (بهرامی، ۱۳۸۷: ۱۸۰). با توجه به تعاریفی که از سوگند ارائه شد، دیده می‌شود که در سوگند از نیروی اعتقادی و معنوی افراد بهره‌گیری می‌شود. افرادی که تنها خداوند را حاکم بر جهانی هستی می‌دانند، به نام او احترام گذاشته و با ترس از او، برخلاف واقع چیزی نمی‌گویند. وقتی که شخصی از طرف مقابل خود تقاضای سوگند می‌کند، نه تنها به وجدان او، بلکه به مبانی اعتقادی و مذهبی او نیز متوسل می‌شود. بنابراین، دیده می‌شود که سوگند مبنا و منشأ مذهبی دارد و در همه ادیان مورد توجه بوده است (مدنی، ۱۳۷۹: ۲۳۴).

لفظ سوگند: سوگند باید به نام الله باشد. بنابراین، سوگند به کتاب‌های آسمانی، انبیای الهی و اماکن متبرکه دارای اثر قضایی نیست. قانون مدنی در ماده ۳۵۳ چنین می‌نویسد: «محکمه مدعی علیه را به اساس مطالبه مدعی به اسم ذاتیه الله یک مرتبه بدون تکرار سوگند می‌دهد». **محل ادای سوگند:** محل ادای سوگند محکمه می‌باشد. قانون مدنی در ماده ۱۰۱۷ در این خصوص چنین می‌نویسد: «قسم و نکول خارج از محکمه اعتبار ندارد». قانون اصول محاکمات مدنی نیز در ماده ۳۴۱ چنین می‌نویسد: «هرگاه مدعی علیه در محکمه سوگند نمود دعوای مدعی رد شده به قطع خصومت فعلی حکم صادر می‌شود».



۲. انواع سوگند

سوگند را به صورت کلی، به دو دسته غیرقضایی (التزامی) و قضایی تقسیم نموده‌اند که به صورت مختصر، هریک بررسی می‌شود.

۲-۱. سوگند غیرقضایی (التزامی)

سوگند التزامی «اعلام اراده‌ای است که در آن شخصی، با رعایت تشریفات خاص، ملتزم می‌شود که وظیفه یا اقدام معینی را که از او خواسته شده به بهترین وجه ممکن انجام دهد» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۲: ۱۸۴ و شمس، ۱۳۹۰، ج ۳: ۲۵۸)؛ مانند سوگندی که رئیس‌جمهور، نمایندگان پارلمان و قضات در هنگام احراز این مقام‌ها اداء می‌نمایند. برخی دیگر سوگند غیرقضایی را سوگندی می‌دانند که خارج از مجلس قضا ادا شود (المؤمن المحامی، ۱۹۴۷: ۱۳۰ و الکیلانی، ۲۰۱۰، ج ۴: ۱۳۰)؛ مانند اینکه دو نفر با هم توافق کنند مبنی بر اینکه یکی از آنها نسبت به حق مورد ادعا سوگند یاد نماید. نتایجی که بر چنین سوگندی مترتب می‌شود، همان آثار و نتایجی است که دو طرف بر آن توافق کرده‌اند؛ هرچند در عمل چنین توافقی به ندرت اتفاق می‌افتد (السنهوری، ۲۰۱۱، ج ۲، ص ۵۱۵). سوگند غیرقضایی از قلمرو بحث ما خارج است؛ از این رو فقط به ارائه تعریف آن اکتفا نموده و به بیان سایر جزئیات آن پرداخته نمی‌شود.

۲-۲. سوگند قضایی

سوگند قضایی به سوگندی گفته می‌شود که در مجلس قضا و با تشریفات خاصی ادا شود. سوگند قضایی به دو نوع قاطع و تکمیلی تقسیم می‌شود که هریک در ادامه به صورت مختصر بررسی می‌شوند.

۲-۲-۱. سوگند قاطع

سوگند قاطع به سوگندی گفته می‌شود که با اداء و یا نکول از آن، دعوا قطع می‌شود (المؤمن، ۲۰۱۶، ج ۱: ۵۵۶). به دیگر سخن، سوگند قاطع «سوگندی است که به وسیله آن حسب مورد، ادعای مدعی ساقط و یا اثبات می‌شود» (شمس، ۱۳۹۰، ج ۳: ۲۵۹). ماده ۱۰۱۲ قانون مدنی در این خصوص چنین می‌نویسد: «طرفین دعوا می‌توانند به اجازه محکمه، قسم قاطع را به یکدیگر توجیه نمایند». نخستین سؤالی که در خصوص سوگند قاطع مطرح می‌شود، این است



که به صورت مشخص، کدام یکی از طرفین دعوا می‌توانند ادای سوگند از طرف مقابل را درخواست نمایند؟

در پاسخ باید گفت: شخصی که بار اثبات دعوا به عهده اوست؛ اما دلیلی برای اثبات ادعای خود ندارد، می‌تواند سوگند قاطع را از طرف مقابل درخواست کند. بار اثبات حسب مورد، ممکن است به عهده مدعی و یا مدعی علیه باشد. برای مثال، هرگاه مدعی، دعوایی را در محکمه علیه مدعی علیه اقامه نماید، در این صورت بار اثبات به عهده مدعی است. چنانچه مدعی برای اثبات ادعای خود دلیل محکمه‌پسند نداشته باشد، در این صورت می‌تواند خواستار اتیان سوگند از مدعی علیه مبنی بر ذی‌حق نبودن خویش شود. اما گاه ممکن است بار اثبات به عهده مدعی علیه باشد؛ مانند اینکه در دعوایی، مدعی برای اثبات ادعای خویش دلیل اقامه کرده است؛ اما مدعی علیه آن را قبول ننموده و درصدد دفاع آن برمی‌آید؛ درحالی‌که هیچ دلیلی برای دفاع هم ندارد. در این صورت، مدعی علیه دعوا می‌تواند از مدعی مبنی بر حقانیت دعوایش درخواست اتیان سوگند نماید.

بنابراین، هر یکی از مدعی و مدعی علیه می‌توانند سوگند را به طرف مقابل توجیه نمایند. ماده ۱۰۱۲ قانون مدنی در این خصوص چنین می‌نویسد: «طرفین دعوا می‌توانند به اجازه محکمه، قسم قاطع را به یکدیگر توجیه نمایند». با توجه به آنچه بیان شد، هرگاه بدهکاری مدعی پرداخت بدهی خود شود؛ اما دلیلی نداشته باشد تا آن را به اثبات رساند، در این صورت می‌تواند از طلبکار بخواهد که مبنی بر عدم پرداخت بدهی سوگند یاد نماید. همچنین، طلبکار نیز می‌تواند از بدهکار مدعی پرداخت بخواهد که مبنی بر پرداخت بدهی اتیان سوگند نماید. ماده ۳۴۰ قانون اصول محاکمات مدنی در این خصوص چنین می‌نویسد: «هرگاه مدعی از ارائه وسایل و مدارک اثباتیه دیگر در محکمه عاجز بماند می‌تواند به مدعی علیه توجیه سوگند نماید. در این صورت محکمه به اثر مطالبه مدعی، مدعی علیه را سوگند می‌دهد». با توجه به آنچه بیان شد، هرگاه برای مثال، مدعی از مدعی علیه درخواست اتیان سوگند نماید، مدعی علیه می‌تواند یکی از سه راه ذیل را انتخاب کند:

الف) اتیان سوگند: در این صورت محکمه به نفع مدعی علیه حکم صادر نموده و دعوا پایان می‌یابد. ماده ۳۴۱ قانون اصول محاکمات مدنی در این خصوص چنین مقرر می‌نویسد:



«هرگاه مدعی علیه در محکمه سوگند نمود دعوی مدعی رد شده به قطع خصومت فعلی حکم صادر می‌شود».

ب) **رد سوگند به مدعی:** هرگاه مدعی علیه از اتیان سوگند خودداری کرده و آن را به مدعی رد نماید، در این صورت مدعی این دو گزینه را در پیش دارد: یکی، **ادای سوگند** که در این صورت ادعای مدعی ثابت شده و محکمه به نفع او حکم صادر می‌کند و دیگری **خودداری** از ادای سوگند که در این صورت ادعای مدعی ساقط شده و در نتیجه محکمه به ضرر او حکم صادر خواهد کرد. ماده ۱۰۲۰ قانون مدنی در این خصوص چنین بیان می‌نویسد: «هرگاه طرفی که قسم به او توجیه گردیده، بدون رد آن به طرف دیگر از آن نکول نماید یا طرفی که قسم به او رد شده، نکول اختیار کند، دعوی به ضرر او خاتمه می‌یابد»؛ البته باید توجه داشت که مدعی نمی‌تواند آن را دوباره به مدعی علیه رد نماید؛ زیرا دور لازم می‌آید.

ج) **نکول^۱:** هرگاه مدعی علیه نه ادای سوگند کند و نه آن را به مدعی رد نماید، در این صورت محکمه به ضرر او حکم صادر خواهد کرد. ماده ۱۰۲۰ قانون مدنی در این خصوص چنین می‌نویسد: «هرگاه طرفی که قسم به او توجیه گردیده، بدون رد آن به طرف دیگر از آن نکول نماید یا طرفی که قسم به او رد شده، نکول اختیار کند، دعوا به ضرر او خاتمه می‌یابد». ماده ۳۴۶ قانون اصول محاکمات مدنی نیز در این خصوص چنین می‌نویسد: «در صورتی که مدعی علیه از سوگند نکول نماید، محکمه او را به رد و یا سپردن مدعی‌بها به مدعی محکوم می‌کند».

۲-۲-۲. سوگند تکمیلی

سوگند تکمیلی به سوگندی گفته می‌شود که به دستور قاضی محکمه جهت کامل نمودن دلیل ناقص ارائه شده توسط مدعی، طی تشریفات خاصی اداء می‌شود (علیان، ۱۳۴۳: ۱۵۲ و بهرامی، ۱۳۸۷: ۱۸۳). بنابراین، سوگند تکمیلی دلیل مستقل نبوده، بلکه از آن برای تکمیل سایر دلایل معین شده در قانون استفاده می‌شود. ماده ۱۰۲۲ قانون مدنی در این خصوص چنین می‌نویسد: «۱. محکمه می‌تواند مستقیماً قسم را به یکی از طرفین، جهت استناد حکم

^۱ . نکول به این معناست که فردی که سوگند متوجه او شده، از اتیان سوگند خودداری نموده و آن را به جانب مقابل نیز رد ننماید.



در موضوع دعوا یا قیمت آنچه به آن حکم می‌نماید، راجع نماید؛ ۲. این نوع قسم وقتی توجیه شده می‌تواند که در دعوا دلیل کامل وجود نداشته و خالی از دلیل هم نباشد». بنابراین، سوگند تکمیلی برای کسی که دلیل کامل برای اثبات ادعای خود داشته باشد و یا اینکه هیچ دلیلی نداشته باشد، توجیه شده نمی‌تواند، بلکه در این صورت باید سوگند قاطع توجیه شود، نه سوگند تکمیلی (السنهوری، ۲۰۱۱، ج ۲: ۵۷۸).

در خصوص آثار سوگند تکمیلی باید گفت: کسی که از وی درخواست سوگند تکمیلی شده است، نمی‌تواند آن را به طرف مقابل رد کند؛ بلکه باید یا ادای سوگند نماید و یا اینکه از ادای آن امتناع کند. هرگاه فردی که از وی درخواست سوگند شده، اتیان سوگند نماید، در این صورت قاضی ممکن است به نفع وی حکم صادر نماید؛ اما مکلف به صدور حکم بر مبنای سوگند یادشده نیست (سمایل، ۱۳۷۷: ۲۹۱ و سعد، بی تا: ۲۳۶)؛ زیرا ممکن است با اتیان سوگند تکمیلی نیز وجدان قاضی قانع نشود و یا قاضی به دلیل جدیدی دست پیدا کند که کاشف از واقع و بی‌اساس بودن ادعای یادکننده سوگند باشد (السنهوری، ۲۰۱۱، ج ۲: ۵۸۱). اما هرگاه از ادای سوگند خودداری نماید، در این صورت نیز ممکن است قاضی به ضرر وی حکم صادر نماید؛ اما مقید به این حکم نیست؛ زیرا گاه ممکن است دلیل جدیدی به نفع امتناع‌کننده به دست آید که دلیل ناقص او را تکمیل کند و یا هم قاضی با بررسی دوباره دلیل استنادی قبلی، آن را جهت اثبات دعوا کافی بداند (السنهوری، ۲۰۱۱، ج ۵: ۵۸۶). اما در مجله الأحكام العدلیه نوشته شده است که در صورت نکول، قاضی به ضرر وی حکم می‌کند.^۱

تفاوت‌های سوگند قاطع و تکمیلی

سوگند قاطع و تکمیلی، باهم تفاوت‌هایی دارد. سوگند قاطع زمانی به طرف مقابل توجیه می‌شود که مدعی برای اثبات ادعای خود دلیلی نداشته باشد؛ اما در سوگند تکمیلی، برای اثبات ادعای خود دلیل دارد؛ ولی این دلیل ناقص است و جهت تکمیل آن مبادرت به سوگند تکمیلی می‌شود. در سوگند قاطع رجوع جایز نیست؛ یعنی زمانی که سوگند به طرف مقابل

^۱ . ماده ۱۷۵۱ المجلة الأحكام العدلیه چنین می‌نویسد: «إذا كلف الحاكم من توجه إليه اليمين في الدعوي المتعلقة بالمعاملات باليمين و نكل عنها صراحة بقوله لا أحنف. أو دلالة بالسكوت بلا عذر، حكم الحاكم بنكوله، وإذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفت إليه و يبقى حكم الحاكم على حاله».



توجیه شود و جانب مقابل نیز بپذیرد، توجیه‌کننده نمی‌تواند از آن رجوع نماید؛ درحالی‌که در سوگند تکمیلی، قاضی می‌تواند از آن رجوع نموده و به آن ترتیب اثر ندهد. سوگند قاطع توسط یکی از طرفین دعوا درخواست می‌شود؛ درحالی‌که سوگند تکمیلی به دستور و درخواست قاضی صورت می‌گیرد (الثوابته، ۲۰۱۴: ۱۰۳). سوگند قاطع ممکن است توسط مدعی یا مدعی علیه اداء شود؛ اما سوگند تکمیلی توسط مدعی اداء می‌شود.

سوگند قاطع قابل رد به طرف مقابل است؛ درحالی‌که سوگند تکمیلی قابل رد به طرف مقابل نیست. ماده ۱۰۲۴ قانون مدنی در این خصوص چنین می‌نویسد: «شخصی که قسم متممه به او توجیه شده، نمی‌تواند آن را به طرف مقابل رد نماید». آثار و نتایج حاصل از سوگند قاطع حتمی و قطعی است؛ یعنی هرگاه کسی که سوگند به او توجیه شده است ادای سوگند نماید، قاضی مکلف است که به نفع او حکم صادر کند؛ درحالی‌که آثار و نتایج حاصل از سوگند تکمیلی حتمی نبوده و قاضی مکلف و مقید به ترتیب اثر دادن به آن نیست.

۲-۲-۳. سوگند استظهاری

سوگند استظهاری در قانون مدنی تعریف نشده است. همچنین، درخصوص اینکه آیا این نوع سوگند، مصداقی از سوگند تکمیلی است و یا مانند سوگند قاطع و تکمیلی، نوعی مستقلی از سوگند قضایی می‌باشد، اختلاف نظر وجود دارد. حقوقدانان ایرانی آن را نوعی مستقل از سوگند قضایی دانسته‌اند؛ اما برخی از حقوقدانان مصری (السنهوری، ۲۰۱۱، ج ۲: ۵۸۷)، آن را حالت خاصی از سوگند تکمیلی می‌دانند. حقوق افغانستان نیز آن را زیرمجموعه سوگند تکمیلی می‌داند (مواد ۱۰۲۳ ق.م و ۳۵۲ ق.ا.م.م). در تعریف سوگند استظهاری گفته شده است: «عبارت از سوگندی است که دادرس رأساً بدون اینکه تقاضای قسم شده باشد به یکی از اصحاب دعوا تکلیف اتیان سوگند می‌نماید و آن در موردی است که دلایل اقامه شده برای او ایجاد علم و یقین نسبت به دعوا نمی‌کند و به وسیله سوگند، عدم کفایت ادله جبران می‌شود» (شیخ‌نیا، ۱۳۷۵: ۱۵۶).

پس همان‌طور که گفتیم، این نوع سوگند در قانون مدنی تعریف نشده است؛ اما موارد آن در قانون مدنی آمده است. ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی می‌نویسد: «محکمه می‌تواند در احوال آتی مستقیماً قسم را توجیه نماید: ۱. درحالی‌که دعوی حق، راجع به ترکیه ثابت شود، محکمه مدعی



را قسم می‌دهد که این حق را برای خود یا شخص دیگری به هیچ صورت از متوفی حاصل نکرده، ابراء و حواله در آن صورت نگرفته، حق یادشده را از غیر متوفی به دست نیاورده و از متوفی نیز در مقابل دین، رهن نزد او وجود ندارد؛ ۲. در حالی که مشتری رد مبیعه را مبنی بر عیب تقاضا نماید، محکمه به او قسم می‌دهد که صراحتاً یا دلالتاً به عیب رضایت نشان نداده است».

۳. قدرت اثباتی سوگند

یکی از مباحث مهم در سوگند، قدرت اثباتی آن است. منظور از قدرت اثباتی سوگند، امور قابل اثبات با آن است. در ذیل قدرت اثباتی سوگند اعم از تکمیلی و قاطع به صورت مفصل بررسی می‌شود.

۲-۳. قدرت اثباتی سوگند تکمیلی

منظور از قدرت اثباتی سوگند، امور قابل اثبات با آن است. در خصوص قدرت اثباتی سوگند تکمیلی باید این نکته را یادآور شد که در حقوق افغانستان گستره و مصادیق سوگند تکمیلی واضح و مشخص نشده است. علی‌القاعده مجرای جریان سوگند تکمیلی مواردی است که دلیل وجود دارد؛ اما این دلیل ناقص است و برای تکمیل آن قاضی به سوگند متوسل می‌شود. برای مثال، مدعی برای اثبات ادعای خویش فقط یک شاهد ارائه می‌کند؛ اما از آنجایی که این دلیل به جهت تکمیل نبودن نصاب شهود ناقص است، قاضی می‌تواند برای تکمیل دلیل، از مدعی درخواست اتیان سوگند نماید. بنابراین، می‌توان گفت که در این مثال، قدرت اثباتی سوگند تکمیلی، همان قدرت اثباتی شهادت است؛ یعنی در مواردی می‌توان از سوگند تکمیلی استفاده نمود که آن موارد قابلیت اثبات با شهادت را داشته باشد. اما نکته قابل توجه این است که با اینکه شهادت به علاوه سوگند در حقوق برخی از کشورها مانند ایران پذیرفته شده است، اما در حقوق افغانستان حکم آن مشخص نیست. بنابراین، با توجه به بند ۲ ماده ۱ قانون مدنی باید به فقه حنفی مراجعه کرد. با مراجعه به فقه حنفی، درمی‌یابیم که فقهای حنفی نیز شهادت به علاوه سوگند را نمی‌پذیرند (ابن عابدین، ۱۳۷۳، ج ۴: ۵۱۲).

۲-۳. قدرت اثباتی سوگند قاطع

در خصوص قدرت اثباتی سوگند قاطع ماده ۱۰۱۳ قانون مدنی چنین تصریح می‌کند: «توجیه قسم قاطع در تمام منازعات مدنی جواز دارد، مگر اینکه واقعه مخالف نظام یا آداب عامه



باشد». با توجه به این ماده، توسل به سوگند فقط در مسائل مدنی جواز دارد. البته باید توجه داشت که توسل به سوگند نیز دارای یک سلسله شرایطی است که در ادامه به صورت مختصر مهم‌ترین آنها بیان می‌شود.

اول، **عدم موجودیت ادله دیگر**: گستره جریان سوگند قاطع، جایی است که دلیل معتبر دیگری برای اثبات موضوع دعوا وجود نداشته باشد. به دیگر سخن، واگذاری سرنوشت دعوا به سوگند و کاربرد آن به عنوان یک ابزار معنوی، در مواردی است که به طور معمول دلیلی برای موضوع نمی‌توان ارائه کرد و برای آنچه به وقوع پیوسته است، نیز دلیلی از قبل تهیه نشده و شاهی نیز برای آن وجود ندارد. در چنین حالتی، یا باید ادعا را بدون دلیل پذیرفت و یا بر مبنای قواعد دادرسی، به زیان مدعی حکم داد. به طوری که دیده می‌شود، هیچ یکی از این دو راهکار، مبتنی بر عدالت نیست و احتمال ضایع شدن حق در آن وجود دارد. با توجه به این مشکل، قانون‌گذار با پیش‌بینی یک نهاد حقوقی به نام سوگند، سرنوشت دعوا را موقوف به وجدان مدعی علیه نموده است تا با اتکا بر خداوند و ترس از مجازات سوگند دروغ، حقیقت را آشکار نماید (قره‌داغی، ۱۳۹۳: ۳۲). ماده ۳۴۰ قانون اصول محاکمات مدنی در این خصوص می‌نویسد: «هرگاه مدعی از ارائه وسایل و مدارک اثباتیه دیگر در محکمه عاجز بماند، می‌تواند به مدعی علیه توجیه سوگند نماید. در این صورت محکمه به اثر مطالبه مدعی، مدعی علیه را سوگند می‌دهد». بنابراین، هرگاه دلیل دیگری برای اثبات دعوا وجود داشته باشد، نوبت توسل به سوگند نمی‌رسد.

سؤال مطرح در این خصوص این است: آیا فقط در صورت فقدان ادله به معنای خاص می‌توان به سوگند قاطع رجوع کرد و یا اینکه شامل امارات اعم از قضایی و قانونی نیز می‌شود؟ به دیگر سخن، چنانچه اماره قانونی و یا قضایی وجود داشته باشد، آیا در این صورت نیز نمی‌توان از طرف مقابل درخواست سوگند قاطع نمود و یا اینکه امارات مانع توسل به سوگند نمی‌شود؟ در پاسخ باید گفت: این امر افزون بر ادله به معنای خاص، شامل امارات نیز می‌شود؛ زیرا بر مبنای ماده ۳۴۰ قانون اصول محاکمات مدنی، مدعی زمانی می‌تواند از مدعی علیه درخواست سوگند نماید که از ارائه «وسایل و مدارک اثباتیه» دیگر در محکمه عاجز باشد و در ماده ۲۸۱ همین قانون، یکی از مصادیق مدارک اثباتیه را قرائن (امارات) می‌داند. بنابراین، حتی با وجود امارات نیز نوبت به توجیه سوگند نخواهد رسید.



سؤال قابل طرح دیگر این است که هرگاه مدعی برای اثبات ادعای خویش دلیل داشته باشد؛ اما بنا به عللی، آن را در محکمه ارائه نکند، آیا مدعی با صرف نظر کردن از آن دلیل و به صورت مستقیم می تواند از مدعی علیه دعوا خواستار اتیان سوگند شود؟ در پاسخ به این سؤال، ماده ۳۴۰ قانون اصول محاکمات مدنی چنین می نویسد: «هرگاه مدعی از ارائه وسایل و مدارک اثباتیه دیگر در محکمه عاجز بماند، می تواند به مدعی علیه توجیه سوگند نماید. در این صورت محکمه به اثر مطالبه مدعی، مدعی علیه را سوگند می دهد». از مفهوم مخالف این ماده چنین استنباط می شود که مدعی فقط در صورتی می تواند به سوگند متوسل شود که امکان ارائه ادله دیگر برایش وجود نداشته باشد. برای مثال، در اصل، برای اثبات ادعای خودش دلیل نداشته باشد و یا اینکه دلیلی مانند شاهد دارد؛ اما به جهت عدم دسترسی به آن و یا هزینه بر بودن احضار آن، فعلاً ارائه آن در محکمه غیر ممکن باشد. بنابراین، در صورتی که دلیلی در اختیار دارد و هیچ گونه عذری نیز مبنی بر ارائه آن نداشته باشد و آن را به محکمه ارائه نکند، توسل به سوگند مجاز نخواهد بود.

به نظر می رسد که این گونه تفسیر از ماده یادشده، قابل قبول نباشد؛ زیرا اولاً، قاضی ملزم به رسیدگی و فصل خصومت است و نمی تواند به پرونده رسیدگی ننماید. از طرفی هم قضاوت تابع دلیل است و قضات براساس ادله ارائه شده از جانب اصحاب دعوا مبادرت به صدور حکم می نمایند. بنابراین، قاضی رسیدگی کننده به پرونده که از وجود دلیل در نزد مدعی اطلاعی ندارد، مکلف است که درخواست مدعی را مبنی بر اتیان سوگند مدعی علیه بپذیرد؛ ثانیاً، ممکن است مدعی به اعتبار و مورد پذیرش واقع شدن دلایلی که در اختیار دارد، اطمینان کافی نداشته باشد. برای مثال، اگر دلیلی که مدعی در اختیار دارد شهادت شهود باشد، از آنجایی که شهادت از ادله اقناعی بوده و میزان ارزش اثباتی آن در حیطه اختیارات قاضی قرار دارد، لذا ممکن است مدعی به دلیل هراس از مورد پذیرش واقع نشدن شهادت شهود، از ارائه آن خودداری نموده و متوسل به سوگند شود. با توجه به آنچه ذکر شد، به نظر می رسد که حکم ماده ۳۴۰ قانون اصول محاکمات مدنی را به موارد عدم ارائه دلیل به محکمه نیز می توان تسری داد.

بنابراین، برای توسل به سوگند کافی است که در پرونده مطروحه در محکمه، از طرف مدعی دلیلی ارائه نشده باشد؛ اعم از اینکه در اصل دلیلی در اختیار داشته باشد و یا نه؛ زیرا



وجود دلیل با ارائه آن تحقق پیدا می‌کند و عدم‌ارائه آن از نظر مقررات رسیدگی، با نبود آن فرقی نخواهد داشت. افزون‌براین، ارائه دلیل، همانند درخواست سوگند از حقوق اصحاب دعواست و صاحب حق می‌تواند با توجه به شخصیت و وضعیت خود، حق خود را اعمال و یا از آن صرف‌نظر کند (قره‌داغی، ۱۳۹۳: ۳۵). برخی از فقهای امامیه (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۶۹؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۲۴۱) نیز این دیدگاه را تأیید می‌کنند؛ اما فقهای حنفی، مالکی و حنبلی معتقدند که در صورتی می‌توان از سوگند به‌عنوان ادله اثبات دعوا استفاده نمود که مدعی فاقد بینه باشد و یا آوردن بینه موجب به‌سختی افتادن او شود (عینی الغیتابی، ۱۴۲۰، ج ۹: ۲۹۹).

سؤال دیگر مطرح این است که هرگاه مدعی ادعا نماید که مدعی علیه مکلف به انجام تعهدی است و برای اثبات آن ادله کافی نیز در اختیار دارد؛ اما مدعی علیه ادعای سقوط تعهد به‌واسطه ایفاء یا تهاتر آن را دارد؛ ولی برای اثبات آن دلیلی معتبری در اختیار نداشته باشد، آیا در این صورت می‌تواند درخواست اتیان سوگند از مدعی نماید؟ در پاسخ به این سؤال ممکن است با توجه به ماده ۳۴۰ قانون اصول محاکمات مدنی که توسل به سوگند را منوط به عدم‌امکان ارائه دلیل از جانب مدعی نموده است، گفته شود: از آنجایی که در فرض یادشده، مدعی ادله کافی در اختیار دارد، پس نوبت به اتیان سوگند نمی‌رسد و در نتیجه مدعی علیه نمی‌تواند خواستار اتیان سوگند از مدعی شود. اما به نظر می‌رسد که این استدلال صحیح نخواهد بود؛ بلکه مدعی علیه می‌تواند به سوگند متوسل شود؛ زیرا موضوع هر دو ادعا متفاوت است. به‌دیگرسخن، ادعای وجود تعهد یک ادعا و ادعای ایفاء آن، ادعای دیگر است. ادعای وجود تعهدی که مدعی، ادعای آن را دارد با دلیل اثبات شده است؛ اما ادعای مدعی علیه مبنی بر ایفاء تعهد به جهت عدم‌موجودیت دلیل اثبات نشده است. در نتیجه، مدعی علیه می‌تواند از مدعی خواستار سوگند مبنی بر عدم‌ایفاء تعهدش شود. برای مثال، هرگاه مدعی به استناد سند و شهادت، طلب خود از مدعی علیه را اثبات نماید، مدعی علیه می‌تواند برای اثبات پرداخت طلب یادشده، چنانچه ادله معتبر دیگری نداشته باشد، به سوگند متوسل شود.

عدم مخالفت با نظم عامه: ماده ۱۰۱۳ قانون مدنی در این خصوص می‌نویسد: «توجیه قسم قاطع در تمام منازعات مدنی جواز دارد، مگر اینکه واقعه مخالف نظام یا آداب عامه باشد». مانند اینکه شخصی خانه‌اش را با علم به اینکه از آن به‌عنوان فاحشه‌خانه استفاده



می‌شود به دیگری اجاره دهد، بعداً در خصوص عدم پرداخت اجاره بها دعوی رخ دهد، در این صورت مدعی نمی‌تواند به سوگند متوسل شود.

۴. ارزش اثباتی سوگند قاطع

ارزش اثباتی در مفهوم خاص خود به معنای میزان تأثیر قانونی یک دلیل در ایجاد اطمینان برای قاضی مبنی بر صحت ادعای کسی است که به آن استناد می‌نماید. به‌دیگرسخن، میزان نقش یک دلیل در راستای اقناع وجدان قاضی و ایجاد اطمینان برای وی را ارزش اثباتی آن دلیل گویند. در خصوص ارزش اثباتی سوگند قاطع باید گفت: سوگند در زمره ادله قانونی قرار دارد و ارزش اثباتی آن نیز در قانون معین شده است. بنابراین، در صورت تحقق سوگند واجد شرایط، قاضی مکلف است که بر مبنای آن حکم صادر نماید. ماده ۳۴۱ قانون اصول محاکمات مدنی در این خصوص چنین می‌نویسد: «هرگاه مدعی علیه در محکمه سوگند نمود دعوی مدعی رد شده به قطع خصومت فعلی حکم صادر می‌شود». ماده ۳۴۶ همین قانون، در صورت نکول مدعی علیه چنین می‌نویسد: «در صورتی که مدعی علیه از سوگند نکول نماید، محکمه او را به رد و یا سپردن مدعی بها به مدعی محکوم می‌کند».

با توجه به مواد یادشده، در صورت تحقق سوگند جامع شرایط و یا نکول از آن، قاضی حسب مورد مکلف است که بر مبنای سوگند حکم صادر نموده و به دعوا نقطه پایان بگذارد. ارزیابی قاضی در تعیین ارزش اثباتی سوگند تأثیری ندارد و قاضی نمی‌تواند به بهانه اینکه سوگند یادشده وی را قانع نکرده است، از صدور رأی بر مبنای آن امتناع کند؛ زیرا در سوگند قاطع، این مدعی است که با اختیار خود و بدون اینکه اجباری از سوی محکمه باشد، درخواست اتیان سوگند از جانب مقابل را می‌نماید. بنابراین، وقتی که مدعی، خود خواستار اتیان سوگند از جانب مقابل می‌شود، در واقع، وی قبول کرده است که با سوگند طرف مقابل، ادعایش خاتمه یابد. افزون‌براین، به نظر می‌رسد که اقدام به نام خداوند ایجاب می‌کند چنین سوگندی قاطع دعوا باشد و دلیل خلاف آن پذیرفته نشود (پيله‌ور، ۱۳۸۲: ۱۵۶). همچنین، در صورتی که مدعی علیه از سوگند نکول نماید، با توجه به نظریات فقهای حنفی، این نکول به منزله اقرار بر صحت ادعای مدعی است؛ زیرا اگر وی به حقانیت ادعای مدعی اعتقاد می‌داشت در ادای سوگند تردید نمی‌کرد (مقدم، ۱۳۸۰: ۵۹).



البته باید توجه نمود که معنای این سخن، این نیست که قاضی حق بررسی شرایط استناد به سوگند و یا شرایط صحت اتیان سوگند را نداشته باشد؛ بلکه منظور این است که پس از احراز شرایط متذکره، دیگر قاضی اختیاری در ارزیابی آن ندارد و ملزم است که بر مبنای آن حکم صادر نماید.

۵. نتیجه‌گیری

با توجه به بررسی‌های انجام شده، در پاسخ به سؤالات مطرح شده در مقدمه مقاله، نتایج ذیل به دست آمد:

الف) سوگند قاطع را طرفی از جانب مقابل درخواست می‌نماید که بار اثبات دعوا بر عهده اوست؛ اما دلیلی برای اثبات ادعای خود ندارد؛

ب) در پاسخ به این سؤال که آیا فقط در صورت فقدان ادله به معنای خاص می‌توان به سوگند قاطع رجوع کرد و یا اینکه شامل امارات نیز می‌شود، نتایج پژوهش نشان می‌دهد که این امر افزون بر ادله به معنای خاص، شامل امارات نیز می‌شود؛ یعنی حتی با وجود امارات نیز نوبت به توجیه سوگند نمی‌رسد؛

ج) در پاسخ به این سؤال که هرگاه مدعی برای اثبات ادعای خویش دلیل داشته باشد؛ اما بنا به عللی آن را در محکمه ارائه نکند، آیا می‌توان با صرف نظر کردن از آن دلیل و به صورت مستقیم از مدعی علیه دعوا خواستار اتیان سوگند شد یا خیر، از مفهوم مخالف ماده ۳۴۰ قانون اصول محاکمات مدنی عدم جواز توسل به سوگند استنباط می‌شود؛ یعنی در صورتی که مدعی دلیلی در اختیار دارد و هیچ‌گونه عذری مبنی بر ارائه آن هم نداشته باشد و با آن هم آن را به محکمه ارائه ننماید، توسل به سوگند مجاز نخواهد بود؛ اما به نظر می‌رسد که حکم این ماده با این نوع تفسیر، با توجه به دلایل مطرح شده در متن مقاله چندان موجه نباشد. بنابراین، برای توسل به سوگند کافی است که در پرونده مطروحه در محکمه، از طرف مدعی دلیلی ارائه نشده باشد؛ اعم از اینکه در اصل دلیلی در اختیار داشته باشد و یا نه؛ زیرا وجود دلیل با ارائه آن تحقق پیدا می‌کند و عدم ارائه آن از نظر مقررات رسیدگی، با نبود آن تفاوتی نخواهد داشت؛

د) در خصوص قدرت اثباتی سوگند، نتایج پژوهش نشان می‌دهد که با توجه به ماده ۱۰۱۳ قانون مدنی، سوگند قاطع فقط در منازعات مدنی دارای قدرت اثباتی است؛ البته مشروط بر



اینکه منازعه مورد نظر، مخالف نظام یا آداب عامه نباشد؛ اما گستره و مصادیق سوگند تکمیلی به صورت واضح مشخص نشده است. اصولاً مجرای جریان سوگند تکمیلی مواردی است که دلیل وجود دارد؛ اما این دلیل ناقص است و برای تکمیل آن قاضی به سوگند متوسل می‌شود؛ ه) در مورد اینکه سوگند به چه میزان می‌تواند در راستای اقناع وجدان قاضی جهت اثبات موضوع دعوا مؤثر باشد، بررسی‌های انجام‌شده نشان می‌دهد از آنجایی که سوگند در زمره ادله قانونی قرار دارد؛ بنابراین ارزش اثباتی آن به حکم قانون بر قاضی تحمیل شده است. بنابراین، در صورت تحقق سوگند واجد شرایط، قاضی مکلف است که بر مبنای آن حکم صادر نماید.



منابع

۱. ابن‌عابدین، محمدامین بن عمر. (۱۳۷۳). تنویرالابصار. ج ۴. چاپ دوم. بیروت: دارالفکر.
۲. بهرامی، بهرام. (۱۳۸۷). بایسته‌های ادله اثبات دعوا. تهران: نگاه بینه.
۳. پیله‌ور، مرضیه. (۱۳۸۴). کاربرد سوگند در محکمه. مجله بصیرت، ۱۰ (۳۰-۳۱)، ۱۵۶-۱۶۲.
۴. الثوابته، زیاد ذیاب ابراهیم. (۲۰۱۴ م). الإثبات باليمين فی المواد المدنیة و التجاریة. الرسالة علی نیل درجه الماجستير فی القانون الخاص، کلیة الحقوق، جامعة الأزهر.
۵. الزحیلی، وهبه. (۱۹۸۹ ه.ق). الفقه الإسلامی و ادلته. ج ۶. چاپ دوم. دمشق: دارالفکر.
۶. سعد، نبیل ابراهیم. (بی تا). الإثبات فی المواد المدنیة و التجاریة. بیروت: دار النهضة العربیة.
۷. سمایل، تحسین حمد. (۱۳۷۷). اليمين المتممه و أهمیتها فی الإثبات المدنی. مجله قه لای زانست العلمیه، ۴.
۸. السنهوری، عبدالرزاق احمد. (۲۰۱۱ م). الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید. ج ۲. چاپ سوم. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۹. شمس، عبدالله. (۱۳۹۰). آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، ج ۳. چاپ ۲۹. تهران: دراک.
۱۰. شیخ‌نیا، امیرحسین. (۱۳۷۵). ادله اثبات دعوا. چاپ ۳. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۴ ه.ق). تکملة العروه الوثقی. ج ۲. قم: کتاب‌فروشی داوری.
۱۲. علیان، شوکت محمد. (۱۳۴۳). اليمين طريقة للإثبات و الحكم. مجله العدل، ۵۵، السنة الرابعة عشره.
۱۳. عینی الغیتابی، بدرالدین. (۱۴۲۰ ه.ق). البنايه شرح الهدایه. ج ۹. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۴. قره‌داغی، محمد. (۱۳۹۳). موارد و تشریفات سوگند. پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، قم: دانشکده آموزش‌های الکترونیکی دانشگاه قم.
۱۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). اثبات و دلیل اثبات. ج ۲. چاپ ۷. تهران: میزان.
۱۶. کریمی، عباس. (۱۳۹۲). ادله اثبات دعوا. چاپ ۴. تهران: میزان.
۱۷. الکیلانی، محمد. (۲۰۱۰ م). موسوعة القضاء المدنی قواعد الإثبات و احکام التنفيذ. ج ۴. عمان: دارالثقافه.
۱۸. مدنی، سید جلال‌الدین. (۱۳۷۹). ادله اثبات دعوی. چاپ ۵. تهران: پایدار.
۱۹. المؤمن המחامی، حسین. (۲۰۱۶ م). نظریة الاثبات؛ القواعد العامه و الاقرار و اليمين. ج ۱. چاپ ۲. بغداد: بی نا.



۲۰. نراقی، محمد مهدی. (۱۴۱۵ ه.ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعه. ج ۱۷. چاپ ۱. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
۲۱. المؤمن المحامی، حسین. (۱۹۴۷ م). الیمین بصفقتها وسیله من وسائل الإثبات. مجله القضاء، ۵،
۲۲. مقدم، محمد. (۱۳۸۰). سوگند و احکام آن در دعاوی مدنی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲۳. وزارت عدلیه. (۱۳۵۵). قانون مدنی. جریده رسمی، شماره مسلسل ۳۵۳.
۲۴. _____ . (۱۳۶۹). قانون اصول محاکمات مدنی. جریده رسمی، شماره مسلسل ۷۲۲.





سال دوم، شماره پنجم، خزان ۱۴۰۳



قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در حقوق کانادا و افغانستان

علی جان فهیم*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۸/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۹/۱

چکیده

مطالب مورد بحث در این مقاله شامل دو نکته می‌شود: نخست، اتخاذ تدابیر رهایی مظنون و متهم است که رهایی با تعهد شفاهی، گرفتن ضمانت احضار (تضمین از سوی یک فرد)، و تضمین مالی امکان‌پذیر است. قرارهایی که در حمایت از آزادی مظنون و متهم اجرایی می‌شوند، در اولویت هر دو نظام کانادا و افغانستان قرار گرفته‌اند. نکته دوم، شامل تدبیر سخت‌گیرانه‌تر بوده که عبارت از توقیف مظنون و متهم است. این تدبیر در حمایت از منافع جامعه پذیرفته شده است. با این تفاوت که در حقوق کانادا مأمور صلح، در زمینه قرارهای تأمین کیفری از جمله صدور قرار احضار، احضارنامه و تعهد صلاحیت دارد؛ ولی در خصوص قرارهای نظارت قضایی از جمله رعایت شرایط دستور آزادی یا بازداشت موقت متهم، قاضی صلح یا قاضی، صالح بوده و متهم و سارنوال حق اعتراض، موافقت در اعمال برخی از تصامیم یا عدم موافقت در پاره‌ای از تصامیم محکمه را دارند. سارنوالی در کشورهایی مانند افغانستان و ایران صلاحیت بازداشت موقت را دارند؛ ولی در کانادا چنین صلاحیتی به سارنوال داده نشده است. روش تحقیق در این مقاله مراجعه به قوانین کشورهای مورد بررسی و کتاب‌های مرتبط دیگر است؛ یعنی از روش تحلیلی-توصیفی (کتابخانه‌ای) استفاده شده است. اینکه قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در حقوق کانادا و افغانستان چگونه تبیین شده‌اند، پرسش اصلی این مقاله است. در پاسخ می‌توان گفت: به نظر می‌رسد این قرارها در هر دو نظام از حالت آسان‌گیرانه و به نفع مظنون و متهم آغاز شده و به سوی تدابیر سخت‌گیرانه و به نفع جامعه به پیش رفته‌اند؛ یعنی اولویت در حفظ آزادی مظنون و متهم دارند.

واژگان کلیدی: قرار، احضار، گرفتاری، بازداشت، آزادی موقت، متهم، محکمه.

۱. مقدمه

تدابیر دسترسی به مظنون و متهم یا تدابیر احتیاطی علیه آنها به این هدف پیگیری می‌شوند که در هنگام بازجویی و تحقیق در زمینه جرم انجام شده، شخص مظنون یا متهم لازم است در دسترس سارنوالی و پلیس قضایی قرار داشته باشد. یا اینکه دست‌کم مظنون یا متهم زیر نظارت پلیس و سارنوالی بوده باشد تا هر زمان که لازم شد، پلیس و سارنوالی بتواند به بازجویی و توقیف او بپردازند؛ زیرا ممکن است، مظنون و متهم در هنگام تحقیق چندین بار مورد بازجویی قرار بگیرد. اگر مظنون و متهم در اختیار یا زیر نظارت نهادهای عدلی نباشد، اولاً، کار بازجویی و تحقیق دچار سکتگی می‌شود؛ دوماً، در صورتی که قرار تعقیب او صادر شود و در محکمه نیز محکوم به جزا شناخته شود، باید دستور محکمه اجرا و محکوم مجازات شود. از این‌رو، یک شخص یا مظنون و متهم فراری را نمی‌توان به مرجع تحقیق فراخواند و دستور محکمه نیز برای او اجراشدنی نیست. همچنین، خطر تهدید قربانی، شاهد، محو ادله جرم و... نیز وجود دارد. هرگاه سارنوالی و پلیس قضایی اقدامات دقیق و درستی را در این زمینه در نظر نگیرند، چالش‌های یادشده به میان خواهند آمد.

در کنار این، حضور مظنون و متهم در هنگام کشف و تحقیق، امکان رسیدگی عادلانه را هم بیشتر می‌کند و نبود او در فرایند رسیدگی از دید عدالت و رفتار منصفانه، شاید امکان عادلانه بودن رسیدگی را کاهش دهد؛ زیرا مظنون یا متهم در برابر اتهام وارده ممکن است از خود دفاع کند و اطلاعاتی را شریک کند که ممکن است دیگران از آنها بی‌خبر باشند. پس در دسترس بودن مظنون و متهم در فرایند رسیدگی فایده‌های زیادی دارد و مهم‌تر اینکه روی نظر و حکم محکمه اثرات تعیین‌کننده را در جهت تأمین عدالت کیفری خواهد داشت. اینکه نظام‌های جزائی کانادا و افغانستان، تدابیر یادشده را چگونه در نظر گرفته‌اند و صلاحیت‌های اجرایی آنها در دست چه مقامات قضایی است، نیاز به یک بررسی مقایسه‌ای میان دو نظام یادشده دارد.

روند پویا و پیچیده شدن جامعه و جریان بهینه‌سازی نظام‌های کیفری با توجه به یافته‌های علوم نوین انسانی به‌ویژه جرم‌شناسی، کیفرشناسی، سیاست جنایی و علوم مرتبط دیگر ایجاب می‌کند تا از طریق تطبیق قواعد و نهادهای جزائی، بتوان قواعد و نهادهای کیفری کشور را بهبود بخشید. این امر ممکن نیست، مگر اینکه یک رویکرد مقایسه‌ای میان نهادهای



جزائی کشورها در پیش گرفته شود و از آن طریق در زمینه اصلاح قوانین و نهادهای جزائی اقدامات لازم صورت گیرد. از این رو، این تحقیق به منظور مقایسه قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در حقوق افغانستان (قوانین معتبر) و کانادا صورت گرفته است. از این طریق تفاوت‌های اساسی میان دو نهاد یادشده قضایی در کانادا و افغانستان آشکار شده و با شناسایی موارد قابل اصلاح در قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در این دو کشور، امکان اصلاح و بهبود نواقص موجود در نظام کیفری افغانستان (در خصوص تدابیر احتیاطی علیه مظنون و متهم) فراهم می‌شود. بررسی‌ها هم در کتابخانه‌هایی که در دسترس بودند و هم در منابع نرم‌افزاری موجود نشان می‌دهد که چنین تحقیقی انجام نشده است. این تحقیق به شیوه کتابخانه‌ای انجام و از نوع تحقیق تحلیلی توصیفی محسوب می‌شود. جنبه‌های نوآوری این تحقیق مشخص کردن تمایز صلاحیت‌های قضایی پلیس، سارنوالی و محکمه در خصوص جلب و احضار، گرفتاری، توقیف و آزادی موقت و شرایط آنها، شناسایی نقش مردم در گرفتاری یا تشخیص عامل یا عاملان جرم و مقایسه آنها در نظام‌های کیفری افغانستان و کانادا می‌باشد. در این نوشتار به این پرسش‌ها پاسخ داده می‌شود:

پرسش اصلی: قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در حقوق کانادا و افغانستان چگونه تبیین شده و چه تفاوتی با هم دارند؟ پرسش‌های فرعی: شرایط قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در حقوق افغانستان چگونه بیان شده است؟ در کدام نظام حقوقی مورد مقایسه شرایط بهتر برای تدابیر احتیاطی یا تأمین قرارهای کیفری و نظارت قضایی وجود دارد؟ فرضیه‌های تحقیق نیز به این قرار است: فرضیه اصلی: به نظر می‌آید قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در قوانین افغانستان زیر عنوان تدابیر احتیاطی علیه مظنون و متهم بیان شده و در حقوق کانادا تحت عنوان قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی تبیین شده است. فرضیه فرعی ۱: به نظر می‌رسد در حقوق کانادا صدور قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی به منظور رعایت حقوق مظنون و متهم دارای شرایط محدودکننده بیشتری نسبت به حقوق کیفری افغانستان می‌باشد؛ فرضیه فرعی ۲: گمان بر این است که در حقوق کانادا برای تأمین قرارهای کیفری و نظارت قضایی شرایط بهتری نسبت به حقوق افغانستان در نظر گرفته شده است. این تحقیق در دو مبحث پیگیری شده است. تعریف و مصادیق مشترک قرارهای تأمین کیفری به صورت عمومی بیان شده (در حقوق افغانستان) و نیز اهمیت نظارت قضایی در برابر مظنون و متهم

به تحلیل گرفته شده است (مبحث اول). قرارهای تأمین کیفری، مراجع دارای صلاحیت صدور قرار تأمین کیفری، شرایط آزادی موقت مظنون و متهم و شرایط و حالاتی بیان شده است که مظنون و متهم باید زیر توقیف قرار گیرد (مبحث دوم).

۲. تعریف مفاهیم

در این مبحث مفاهیمی تعریف شده است که به عنوان کلیدواژه استفاده شده و نیاز به توضیح دارند. متهم (accused): مطابق کد جزای کانادا (ماده ۴۹۳)، متهم شخصی است که یک مأمور صلح (پلیس قضایی)، به موجب ماده ۴۹۷ این قانون هشدار حضور او را صادر کرده است (۱). و همچنین متهم شخصی است که به دلیل ارتکاب یک جرم دستگیر شده است (۲). مطابق حقوق افغانستان، متهم شخصی است که اتهام‌نامه علیه او از سوی سارنوالی ترتیب شده و جهت پیگیری و نظارت قضیه به سارنوال تعقیب سپرده شده است (بند ۲، ماده ۳ قانون تشکیل و صلاحیت‌های سارنوالی ۱۳۹۲).

قرار (warrant): اصطلاح قرار یا warrant و یا مجوز قانونی که در مواد زیادی از کد جزای کانادا به کار رفته است، به معنای دستور مراجع قضایی است. در نظام حقوقی افغانستان دو مرجع صدور قرار قضایی وجود دارد: محکمه و سارنوالی؛ ولی مطابق کد جزای کانادا در زمینه صدور قرار، مأمور عمومی، مأمور صلح و قاضی صلاحیت دارند (ماده ۴۸۷ بند ۲):

احضار (summons): در حقوق افغانستان مفاهیم جلب و احضار به کار گرفته شده است. در جلب با مظنون و متهم برخورد ملایم‌تر صورت می‌گیرد و از آنها خواسته می‌شود که خودشان در مراجع عدلی حضور یابند؛ ولی در احضار مأمور پلیس به مظنون یا متهم فرصت نمی‌دهد که خودشان حاضر شوند؛ بلکه پلیس در احضار آنها نقش دارد (ماده ۹۴.ق.ا.ج.ا). در حقوق کانادا مطابق کد جزای این کشور (ماده ۴۹۵ بند ۱)، احضار سطحی‌ترین برخورد قضایی نسبت به متهم بوده که صلاحیت آن به مأمور صلح برمی‌گردد.

آزادسازی (release): براساس مطالب پیشین، در حقوق افغانستان سارنوالی و محکمه صلاحیت دارند تا متهمی را که دوسیه کیفری او در جریان است آزاد نمایند (بند ۱، ماده ۱۳ قانون ت.ص. سارنوالی ۱۳۹۲ و بند ۱، ماده ۱۱۰ قانون.ا.ج.ا. ۱۳۹۳). به متهم فرصت داده می‌شود که برای دفاع از خود تلاش کند. این چیزی است که به نفع حقوق متهم قانون‌گذاری



شده است. در این حالت می‌توان از متهم تعهد شفاهی گرفت یا تضمین مالی، اوراق بهادار و... این امر در حقوق کانادا نیز مورد توجه قرار گرفته است و مأمور صلح و محکمه صلاحیت دارند تا شخص را براساس یک تعهد، تضمین مالی، اوراق بهادار و شرایط دیگر آزاد کنند و زیر نظارت باشد (1) (criminal code, 501).

گرفتاری (arrest): در حقوق افغانستان گرفتاری از وظایف پلیس به شمار می‌رود. در برخی از حالات، خود پلیس مطابق قانون صلاحیت گرفتاری دارد و در حالات دیگر پلیس مظنون یا متهم را به دستور سارنوالی یا محکمه گرفتار می‌نماید (بند ۱، ماده ۱۳ قانون.ت.ص. سارنوالی). هرچند در حالات استثنایی (جرم مشهود)، گرفتاری مظنون توسط مردم نیز پذیرفته شده است، ولی در حقوق کانادا مطابق کدجزای این کشور (مواد ۴۹۴، ۴۹۵، و...)، اشخاص عادی، مأمور صلح، قاضی ایالتی و قاضی محکمه عالی ایالتی صلاحیت گرفتاری متهم را دارند. به نظر می‌رسد عمل گرفتاری اساساً توسط مأمور صلح انجام می‌شود. این دستگیری توسط مأمور صلح دو گونه است: اینکه بدون دستور گرفتاری، متهم گرفتار شود (حالت اول)، یا اینکه براساس دستور گرفتاری یا همان قرار گرفتاری توسط مرجع بالا متهم گرفتار شود (حالت دوم). گرفتاری معطوف به تأمین منافع جامعه است؛ ولی به ضرر متهم تمام می‌شود؛ زیرا متهم آزادی خود را از دست می‌دهد و درعین حال امکانات کمتری برای دفاع از خود دارد.

بازداشت (detention): در منابع حقوقی پارسی اصطلاحات گرفتاری، بازداشت و توقیف به کار رفته‌اند که در برخی حالات اختلاطی در فهم موضوع می‌شود. به‌ویژه معانی گرفتاری و بازداشت مفاهیم مترادف دانسته می‌شوند. مفاهیم یادشده در حقوق کانادا در کدجزای این کشور نیز بیان شده است (مواد ۴۹۸، و...). به نظر می‌رسد میان گرفتاری و بازداشت از نظر اجرائات حقوق کیفری تفاوت اساسی وجود دارد. منظور از گرفتاری عمل دستگیری است که حین گرفتاری شخص یا در چنگ آوردن متهم را بیان می‌کند؛ اما منظور از بازداشت، زمان در توقف قرار دادن متهم است. گرفتاری زمانی است که شخص آزادی خود را از دست می‌دهد و در چنگ پلیس قرار می‌گیرد؛ ولی بازداشت حالتی است که چهارچوبه مکانی متهم برای سلب آزادی او معین می‌شود.



توقیف (custody): در حقوق افغانستان اصطلاح زیر نظر یا تحت نظر یا نظارت به کار رفته است. این درحالی است که مظنون در اختیار پلیس بوده و از او نظارت صورت می‌گیرد. در جرائم عمومی، پلیس مطابق قانون حق ندارد مظنون را بیش از ۷۲ ساعت در نظارتخانه نگهداری نماید. دیگر اصطلاح توقیف است. توقیف از صلاحیت سارنوالی بوده و هنگامی که پرونده مظنون یا متهم در حوزه سارنوالی ارجاع می‌شود، مطابق قانون سارنوالی و محکمه صلاحیت دارد که شخص مظنون را در توقیف نگه دارد یا آن را آزاد کند. مدت نگهداری مظنون یا متهم در توقیف‌خانه برحسب جرم و اجرائات سارنوالی متفاوت است. اصطلاح توقیف در حقوق کانادا نیز به کار رفته است. مطابق ماده (۵۰۳) کدجزای کانادا، متهم بعد از گرفتاری تا ۲۴ ساعت باید نزد قاضی صلح برده شود؛ اما ممکن است زمان توقیف بیشتر از این باشد.

۳. قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی (تدابیر احتیاطی)، در حقوق افغانستان
رهایی با تعهد شفاهی، گرفتن کفیل (ضامن)، گرفتن تضمین مالی یا اسناد بهادار در برابر آزادی موقت مظنون یا متهم و بازداشت، از موارد مهم تدابیر احتیاطی در حقوق کیفری افغانستان شمرده می‌شوند.

الف) رهایی با تعهد شفاهی

منظور از رهایی با قول شرف گرفتن تعهد شفاهی از مظنون است تا هر زمان که سارنوالی حضور او را مطالبه نماید، حاضر شود. «این قرار، در جرائم کوچک و کم‌اهمیت که مظنون هم از اعتبار و جایگاه اجتماعی قابل اعتماد برخوردار باشد، مانند آنکه تاجر معروف است یا دارای شغل و کسب با اعتبار در جامعه باشد، صادر می‌شود» (علامه، ۱۳۹۴: ۱۴۵). اصطلاح با قول شرف در ماده ۲۱۷ ق.آ.د.ک. ایران بیان شده است؛ اما مفهوم دیگر که شبیه رهایی با قول شرف است، در منابع افغانی عنوان شده است که به نام رهایی بدون کفالت مالی است. سارنوالی و محکمه با وجود دلایل اثبات با رعایت حالات مندرج بند سوم ماده (۹۹) ق.ا.ج.ا. می‌توانند به اساس تصمیم خود یا درخواست شخص تحت توقیف یا نماینده قانونی وی، امر رهایی موقت متهم را به کفالت بالمآل یا بدون آن صادر نمایند (ماده ۱۰۵ ق.ا.ج.ا). در حقوق کانادا اصطلاح تعهد غیرمالی جهت حضور در مراجع قضایی به کار رفته است که شباهت زیادی به تعهد شفاهی در حقوق افغانستان دارد (criminal code, 498).



ب) رهایی با ضمانت احضار - أخذ کفیل

ضمانت احضار می‌تواند جنبه مالی داشته باشد یا مربوط به تضمین اشخاص دیگر باشد. منظور از شخص دیگر آن است که یکی از اشخاصی که خویشاوندان یا دوستان مظنون یا متهم می‌باشد، تعهد می‌نماید هرگاه متهم در زمان معین در فرایند رسیدگی به مرجع مطلوب حاضر نگردد، آن شخص ضامن است. به موجب ماده (۱۱۰) ق.ا.ج.ا (بند ۱)، هرگاه نزد محکمه یا سارنوالی ثابت شود که متهم قادر به تأدیه کفالت بالمآل نمی‌باشد [در این صورت] از نزد وی ضمانت احضار أخذ می‌شود. در کد جزای کانادا (ماده ۵۱۵) از ضامن سخن رفته است و این همان کفیل است که در خصوص حضور متهم در محکمه تعهد می‌سپارد.

ج) ضمانت احضار با تعیین وجه التزام مالی (وجه نقد، ضمانت نامه بانکی مال)

کفالت بالمآل یا ضمانت مالی همان به عهده گرفتن پرداخت مال، یا تسلیم اسناد و اوراق بهاردار و قابل معامله نزد نهادهای عدلی است که به عوض تضمین مالی تهیه می‌شود. قانونیت این نوع رهایی در ماده (۱۰۵) قانون اجرائات جزائی افغانستان یاد شده است: سارنوالی و محکمه با وجود دلایل اثبات با رعایت حالات مندرج ماده (۹۹)، این قانون می‌توانند به اساس تصمیم خود یا درخواست شخص تحت توقیف یا نماینده قانونی وی، امر رهایی موقت متهم را به کفالت بالمآل یا بدون آن صادر نمایند.

به اساس قانون اجرائات جزائی افغانستان، مبلغ کفالت بالمآل در همه احوال از طرف رئیس محکمه تعیین می‌شود. رئیس محکمه در تعیین اندازه کفالت بالمآل تناسب حجم اتهام و خسارت وارده را در نظر می‌گیرد. کفالت بالمآل به هیچ صورت کمتر از حجم خسارت وارده تعیین شده نمی‌تواند (ماده ۱۰۶ ق.ا.ج.ا). در امر کفالت بالمآل تصریح می‌شود که ربع (یک چهارم)، مبلغ در صورت عدم حضور شخص حین تحقیق، محاکمه یا تنفیذ حکم و یا سایر تخلفات به حساب دولت منتقل می‌شود و قسمت باقی مانده آن به منظور تنفیذ جبران خسارت یا جزای نقدی که احیاناً متهم به آن محکوم خواهد شد، تخصیص داده می‌شود (ماده ۱۰۷ ق.ا.ج.ا). تأدیه وجه کفالت بالمآل از مظنون و متهم یا هر شخصی دیگر پذیرفته می‌شود. وجه کفالت نقدی از طریق تحویل پول یا تسلیمی اسناد بهاردار (اسناد قابل معامله)، و یا تضمین بانکی از طریق حساب سارنوالی یا محکمه در بانک صورت می‌گیرد (ماده



۱۰۹.ق.ا.ج.ا). تعهد مالی متهم در حقوق کانادا مطرح شده که محدوده آن از ۵۰۰ دالر کانادایی بیشتر نیست (criminal code, 501 (1) I & j). این محدوده مالی به صورت دقیق در حقوق افغانستان تعیین نشده ولی چیزی که در این نظام حقوقی تعیین شده تناسب خسارت و جنبه خصوصی جرم است.

د) توقیف (بازداشت)

هرگاه تدابیر دیگر، حضور متهم یا دسترسی به او را تضمین کرده نتواند، سارنوالی یا محکمه تصمیم به توقیف مظنون یا متهم می‌گیرد. در حقوق فرانسه قرار بازداشت موقت علیه متهم در صورتی صادر می‌شود که جرم اتهامی در بردارنده مجازات حبس جنحه‌ای یا مجازات بسیار شدیدی داشته باشد و این تصمیم از صلاحیت سارنوال تحقیق یا قاضی آزادی‌ها و بازداشت می‌باشد (تدین، ۱۳۸۸: ۱۳۵). از آنجاکه تصمیم یا قرار توقیف «شدیدترین و آخرین تدبیر احتیاطی است که علیه مظنون اتخاذ می‌شود» (علامه، ۱۳۹۴: ۱۴۶)، از این رو در زمینه دقت بیشتر می‌طلبید؛ زیرا بازداشت و زندانی کردن از نظر ماهیت و رنج‌آوری تفاوتی ندارد و گذشته از این، به نظر می‌رسد رنج‌آوری بازداشت نسبت به زندانی کردن بیشتر باشد.

از یک سو، مکلفیت زندانی معلوم است و مانند فرد زیر توقیف در حال انتظار یا دچار سردرگمی نمی‌باشد و از سوی دیگر، ممکن است فرد بازداشت شده بی‌گناه باشد و رنج سلب آزادی را نابجا تحمل کند. در عین حال، فرار مظنون، نابودی آثار و علائم جرم، تهدید دوباره مجنی علیه یا شاهدان و... نیز نکته قابل تأمل است. از همین جهت، ماده (۹) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تأکید می‌نماید: آزادی اصل است و توقیف یک استثناست و باید به‌عنوان آخرین راه چاره از آن استفاده شود. کدجزای کانادا نیز حکم می‌کند «...یک مأمور صلح (پلیس قضایی) یا قاضی، آزادی متهم را با توجه به امکان عملی بودن آن در اولویت خویش قرار دهد Criminal Code, 493».

ولی این تأکید در قوانین افغانستان دیده نمی‌شود که سارنوالی از گزینه توقیف علیه مظنون یا متهم به‌عنوان واپسین اقدام استفاده کند. به همین منظور، مطابق ماده ۱۰۳ ق.ا.ج.ا. مسئول توقیف‌خانه مکلف است امر توقیف متهم را که از طرف مرجع ذیصلاح و در محدوده میعاد معین این قانون صادر شده باشد، تنفیذ نماید (بند ۱). بر پایه همین ماده، مسئول توقیف‌خانه مکلف است شخص تحت توقیف را به مجرد انقضای مدت توقیف یا الغای امر آن یا صدور



امر رهایی یا صدور حکم برائت از طرف مراجع ذیصلاح با رعایت احکام این قانون به صورت فوری رها و به سارنوال تسلیم نماید، مگر اینکه حکم به الزامیت متهم بیش از مدت سپری شده وی در توقیف صادر یا به تمدید توقیف متهم از مراجع ذیصلاح امر شده باشد (بند ۲).

قانون‌گذار افغانستان در مورد توقیف اضافی و یا توقیف غیرقانونی نگرانی داشته و در این زمینه اصطلاح رهایی فوری را به کار برده است تا اشخاص، پس از سپری شدن میعاد قانونی توقیف، الغای دستور توقیف یا دریافت حکم برائت، مسئول توقیف‌خانه نباید لحظه‌ای درنگ کند و جزء مسئولیت‌های مدیر زندان به شمار می‌رود تا به این دستور قانونی عمل نماید و از توقیف اضافی پرهیز شود؛ اما توقیف خودسرانه و غیرقانونی یک نگرانی جهانی به شمار می‌رود.

این چالش هم در قوانین ملی و هم در اسناد حقوقی بین‌المللی به طور بسیار روشن ممنوع شده است. از همین جهت، قانون‌گذار افغانستان در راستای مبارزه با چنین عمل غیرقانونی، یک مکلفیت همگانی را برای همه اشخاصی گذاشته است که از مکان‌های غیرقانونی توقیف و اشخاص توقیف شده اطلاع داشته باشند. هرگاه اشخاص بدانند که مظنون در محل غیر از نظارت‌خانه یا توقیف‌خانه، تحت نظارت یا توقیف قرار دارد، مکلف است به سارنوالی مربوط اطلاع دهد. در این صورت، سارنوال، تحقیقات لازم را انجام داده و مرتکب را تحت تعقیب عدلی قرار می‌دهد (ماده ۱۰۴.ق.ا.ج.ا). ماده ۴۹۳ کدجزای کانادا با ماده ۹ میثاق مدنی سیاسی سازمان ملل متحد موافق است که اولویت را بر عدم صدور قرار بازداشت موقت داده‌اند. بحث گرفتاری بدون قرار قضایی و گرفتاری با قرار قضایی در حقوق جزای کانادا مطرح شده است. حتی اشخاص دیگر غیر از مقامات قضایی (افراد و شرایط خاص) مطابق قانون آن کشور صلاحیت گرفتاری را هم‌زمان با ارتکاب جرم یا در زمان مناسب دیگر دارا هستند (Criminal Code, 494 & 495).

۴. قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی در حقوق کانادا

در این مبحث به صورت اختصاصی به قرارهای تأمین کیفری، شرایط گرفتاری یا آزادی متهم، نظارت‌های قضایی مطرح شده در قانون جزای کانادا، صلاحیت اشخاص و مراجع در گرفتاری و صدور قرار تأمین کیفری و موضوعات دیگر پرداخته شده است. همچنین، میان رویکردهای موجود در نظام کیفری کانادا با نظام کیفری افغانستان مقایسه شده و مشابهت‌ها



و تفاوت‌های آنها نیز شناسایی شده‌اند. در حقوق کیفری اصل بر بی‌گناهی فرد است؛ یعنی متهم در جریان رسیدگی بی‌گناه پنداشته می‌شود تا زمانی که مطابق محکمه با صلاحیت حکمی در مورد محکومیت شخص صادر شده باشد و مجال اعتراض خواهی هم به پایان رسیده باشد.

هرچند سیاست‌های جنایی امنیت‌محور به‌ویژه در کشورهای پیشرفته صنعتی غربی، این اصل تا حدی به دلیل مسائل امنیتی خدشه‌دار شده است، باوجود این اصل بی‌گناهی متهم در بسیاری از نظام‌های حقوقی هنوز جایگاه خود را دارد و در فرایند رسیدگی اجرایی می‌شود. وقتی قرار است این اصل رعایت شود، گرفتاری و توقیف متهم در فرایند رسیدگی نیز در تناقض با اصل بی‌گناهی دانسته می‌شود. شاید بتوان گفت که گرفتاری و توقیف متهم یک استثناء بر این اصل است.

۴-۱. گرفتاری و توقیف

توقیف و گرفتاری متهم در جهت خلاف منافع و حقوق متهم است و بنابراین، قانون‌گذاران و مجریان قانون باید در این زمینه دقت بیشتری داشته باشند. منظور این است که گرفتاری و توقیف اگر یک استثناء بر اصل بی‌گناهی دانسته شود، باز هم در قانون باید شرایط محدودی برای اعمال در نظر گرفت تا براساس آزادی، افراد پیش از محاکمه گرفته نشوند. ازاین‌رو، در بسیاری از نظام‌های حقوقی از جمله افغانستان و ایران گرفتاری و توقیف به‌عنوان چاره‌نهایی در حمایت از منافع جامعه یا حقوق مجنی‌علیه در نظر گرفته شده است. اصل نهم میثاق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد، ماده ۴۹۳ کدجزای کانادا، ماده ۲۳۷ ق. آ.د. ک. ایران تأکید بر این دارند که آزادی اصل است و مجریان قانون باید آن را در اولویت خویش قرار دهند و گرفتاری و توقیف یک استثناست. هم ازاین جهت و هم با توجه به اصل بی‌گناهی گرفتاری و توقیف یک استثناست.

مطابق ماده ۳۹۴ بند ۱ کدجزای کانادا یک مأمور صلح، قاضی ایالتی یا قاضی محکمه عالی ایالتی باید توجه اساسی را به آزادی متهم در نخستین فرصت معقول و در کمترین شرایط مناسب، از جمله شرایطی، که به‌طور منطقی عملی است، داشته باشد. همچنین، بند ۲ ماده یادشده تأکید نموده است که مأمور صلح و قاضی باید توجه ویژه به شرایط متهم بومی و



متهمانی داشته باشند که به جمعیت آسیب‌پذیر تعلق دارند که بیش‌ازحد در سیستم عدالت کیفری نماینده (حضور) دارند و در أخذ آزادی ... محروم هستند؛ از این‌رو بندهای این ماده اولاً، روی اصل بی‌گناهی و اصل بودن آزادی در فرایند دادرسی تأکید نموده است و ثانیاً، به شرایط آزادی (کمترین و عملی بودن شرایط) توجه داشته است؛ یعنی در بدل آزادی متهم، که حق قانونی اوست، نباید شرایط سنگین وضع کرد که نه مناسب باشد و نه عملی؛ مثل اینکه برای آزادی موقت فرد ۴۰ هزار دالر تضمین مالی خواسته شود؛ چیزی که تدارک آن از توان افراد زیادی بیرون است و این شرط نه معقول و نه عملی می‌باشد (به‌ویژه در افغانستان).

با آنکه در حقوق کانادا اصل بر آزادی متهم دانسته شده است، ولی برای حمایت از جامعه، قربانی جرم و مصالح دیگر گاه به‌عنوان حالات استثنایی لازم می‌شود تا متهم گرفتار شود. در حقوق کانادا از دو نوع گرفتاری سخن به میان آمده است: نخست، گرفتاری بدون دستور یا قرار گرفتاری از جانب مراجع با صلاحیت. این نوع گرفتاری به دو بخش دیگر تقسیم شده است که گرفتاری توسط مأمور صلح و گرفتاری توسط اشخاص دیگر غیر از مأموران قضایی و پلیس.

۴-۱-۱. گرفتاری بدون قرار کیفری از سوی اشخاص عادی

حقوق کیفری کانادا به اشخاص عادی نیز اختیار گرفتاری مظنون یا متهم ویژه را با توجه به شرایط محدود داده است. این اختیار گرفتاری به مأمور صلح کمک می‌نماید که مظنون یا متهم را گرفتار نماید؛ ولی این اختیار موجب آن نمی‌شود تا گرفتاری‌ها و بازداشت‌های خودسرانه گسترش یابد؛ زیرا در حقوق کانادا این هم از مسئولیت اشخاص عادی دانسته شده است که پس از گرفتاری مظنون یا متهم فوراً او را به مأمور صلح تحویل دهد.

الف) گرفتاری توسط اشخاص عادی معطوف به نفع جامعه

به‌موجب ماده ۴۹۴ بند ۱ کدجزای کانادا اشخاص دیگر می‌توانند به گرفتاری مظنونی یا متهمی اقدام کنند که او در حال ارتکاب جرم مشهود شناسایی شود یا اینکه در مورد شخصی باور به وجود آید که یک جرم را مرتکب شده است (براساس شواهد و قرائن) یا کسی که در حال فرار است از تعقیب، توسط اشخاصی که صلاحیت قانونی تعقیب را نسبت به مظنون دارند که او را گرفتار نمایند. در این حالت گرفتاری به نفع جامعه انجام می‌شود؛ زیرا این خود بخشی از فرایند مبارزه با جرائم و مجرمان است که سهم جامعه را در این گیرودار برجسته می‌کند.





ب) گرفتاری توسط اشخاص عادی معطوف به نفع خصوصی

در حالت دوم نفع خود گرفتارکننده بیشتر از جامعه تأمین می‌شود؛ زیرا مطابق قانون مالک مال و دارایی، اختیار گرفتاری یافته است. بند دوم ماده ۴۹۴ کد جزای کانادا تأکید کرده است که مالک قانونی دارایی یا یک شخصی که از طریق مالک یا شخصی که تصرف قانونی در مال دارد اختیار تصرف و استفاده مال را دریافت کرده، ممکن است یک شخص را بدون قرار کیفری در حالی گرفتار نماید که مظنون را در حال ارتکاب جرم بر دارایی مربوطه یا در ارتباط با آن دارایی مشاهده نمایند. اشخاصی که صلاحیت قانونی در استفاده و تصرف اموال را دارند، می‌توانند مظنون را هم‌زمان با ارتکاب جرم یا پس از ارتکاب در محدوده زمانی معقول گرفتار نمایند و این باور در آنها براساس دلایل منطقی به وجود آمده است که برای مأمور صلح ممکن نیست که به این گرفتاری پردازد. قانون‌گذار کانادا به این نکته مهم واقف بوده است که هرگاه صلاحیت گرفتاری به اشخاص عادی در چوکات قانون داده می‌شود، مهم‌ترین خطر آن گسترش گرفتاری‌های خودسر خواهد بود که به بهانه موارد قانونی صورت خواهد گرفت و بازداشتگاه‌های شخصی افزایش خواهند یافت. از همین رو، بند ۳ ماده ۴۹۴ حکم می‌کند که هرکسی بدون مأمور صلح یک شخص را بدون قرار کیفری گرفتار نماید، باید فوراً آن شخص را به مأمور صلح تحویل دهد. این یک تکلیف قانونی است که اشخاص عادی گرفتارکننده مکلف به تحویل فوری مظنون به مأمور صلح شده‌اند. ترک فعل در این زمینه جرم بوده و این چیزی است که مانع گسترش گرفتاری‌های خودسرانه می‌شود.

۴-۱-۲. گرفتاری توسط مأمور صلح

مطابق حقوق کانادا در کنار اینکه به اشخاص عادی صلاحیت گرفتاری مظنون یا متهم را در شرایط ویژه داده است، مأمور صلح نیز طبق قانون این صلاحیت را دارد که اشخاص مظنون یا متهم را در برخی از حالات بدون قرار یا دستور گرفتاری از مراجع با صلاحیت دستگیر نماید.

الف) گرفتاری بدون قرار تأمین کیفری

به‌موجب کد جزای کانادا ماده ۴۹۵ بند ۱، جزء الف، مأمور صلح می‌تواند بدون قرار کیفری متهم را در حالی گرفتار نماید که اول، یک جرم قابل پیگیری را مرتکب شده یا کسی که براساس دلایل معقول باور به اینکه یک جرم را مرتکب شده است، وجود داشته باشد یا اینکه

یک جرم قابل پیگیری را امکان دارد مرتکب شود؛ دوم، یک شخصی که توسط مأمور صلح در حال ارتکاب جرم دیده می‌شود؛ سوم، یا یک شخصی که نسبت به او مأمور صلح بنا بر دلایل معقول باور دارد که یک قرار گرفتاری یا توقیف... در محدوده صلاحیت حوزه قضایی که شخص در آن یافت شده است، نافذ است. همچنین، به موجب تبصره ماده ۴۹۵ بند ۱ کدجای کانادا... اگر مأمور صلح دلایل منطقی مبنی بر اینکه متهم از احضار، احضارنامه و تعهد پیروی نکرده، یا شرایطی آزادی را، که به متهم داده شده است، نقض کرده یا در شرف مخالفت است، یا جرم قابل پیگیری را مرتکب شده درحالی که مستلزم یک احضار، احضارنامه، تعهد یا دستور آزادی است، مأمور صلح می‌تواند متهم را بدون قرار تأمین کیفری به هدف ارجاع نزد قاضی گرفتار نماید.

ب) گرفتاری با قرار کیفری

بند دوم ماده ۴۹۵ کدجای کانادا صلاحیت مأمور صلح را در زمینه گرفتاری مظنون یا متهم محدود کرده و در اینجا تأکید شده است که مأمور صلح بدون قرار تأمین کیفری، اشخاص معین را نباید گرفتار نمایند: اول، شخصی که جرمی را مرتکب شده است که مجازات آن در ماده ۵۵۳ تعیین شده است؛ دوم، جرمی که ممکن است توسط اقامه دعوا تحت تعقیب قرار گیرد یا شخصی که امکان محکومیت او در مجازات خفیف وجود دارد؛ سوم، یا یک جرمی که دارای مجازات اندک است. به موجب جزء چهارم بند دوم ماده ۴۹۵ کدجای کانادا در هر موردی که براساس دلایل معقول مأمور صلح باور داشته باشد که منافع عمومی تأمین می‌شود، با توجه به همه شرایط از جمله نیاز به ۱. احراز هویت شخص؛ ۲. تأمین یا نگهداری مدارک جرم یا مدارک مربوط به جرم یا از ادامه یا تکرار جرم یا ارتکاب جرم دیگر جلوگیری می‌کند، ممکن است از گرفتاری شخص صرف نظر نماید و همچنین، مطابق جزء پنجم بند دوم ماده ۴۹۵ کدجای کانادا، براساس هیچ دلیل معقولی به این باور نرسیده باشد که در صورت عدم دستگیری شخص، او در محکمه حاضر نمی‌شود تا مطابق قانون با شخص برخورد شود.

۴-۲. قرارهای مربوط به آزادی موقت شخص در هنگام رسیدگی (قرار نظارت قضایی)

شخصی که مظنون به ارتکاب جرم شناخته می‌شود و براساس این، از سوی پلیس یا اشخاص دیگر (چیزی که در موارد پیش گفته از آن یاد شد)، گرفتار می‌شود، در این صورت از دو حالت





بیرون نیست: نخست، در صورتی که مظنون، جرم سنگین را مرتکب شده یا منافع عمومی و یا امنیت مجنی علیه اقتضاء نماید که مظنون در بازداشتگاه یا توقیف‌خانه نگهداری شود، در این حالت بازداشت و توقیف او به صلاح خواهد بود؛ دوم، هرگاه نوعیت یا کیفیت جرم یا شرایط ارتکاب جرم و یا حقوق متهم ایجاب نماید که او در فرایند رسیدگی آزاد باشد، در چنین حالتی آزادی مظنون مطلوب خواهد بود. بنابراین، «جایگزین کردن بازداشت متهم به وسیله تدابیر دیگری که بتواند حضور متهم را در رسیدگی و اجرای حکم، تأمین کند از دیرباز در حقوق روم، چین و جاپان مرسوم بوده است» (آشوری، ۱۳۸۹: ۲۶۲).

ولی این آزادی معمولاً بدون شرط نیست؛ بلکه یک‌سری قیودات و شرایط را به همراه دارد. ممکن است این شرایط آن‌گونه که تدابیری احتیاطی که در حقوق کیفری افغانستان (ماده ۱۳ ق.ت.ص. محاکم و ماده ۱۱۰ ق.ا.ج. افغانستان) برای در دسترس بودن مظنون یا متهم یا مصالح عمومی و پشتوانی از مجنی علیه در نظر گرفته شده‌اند شامل منع خروج از کشور، رهایی با ضمانت احضار، رهایی با تضمین مالی، اقامت در محل معینه، حاضر شدن در اوقات معینه، حسب احوال به دفتر پلیس، سارنوالی یا محکمه، اطلاع به پلیس از ترک محل تعیین شده و مدت آن توقیف می‌شود. در حقوق کانادا نیز مواردی مشابهی دیده می‌شود که برای آزادی موقت متهم در فرایند رسیدگی در نظر گرفته شده است. این موارد شامل احضار، احضارنامه، تعهد، یا دستور آزادی هستند (ک.ج.ک. ماده ۴۹۶):

احضار به‌عنوان آسان‌گیرانه‌ترین قرار تأمین کیفری درجه ۳: در حقوق کانادا دستور احضار از سوی مأمور صلح صادر می‌شود. مطابق کد جزای این کشور (ماده ۴۹۸، بند ۱)... هرگاه یک شخص برای یک جرم بدون قرار کیفری گرفتار شده، غیر از جرمی که در ماده ۴۶۹ فهرست شده است، و نزد قاضی هم برده نشده یا مطابق شرایط دیگر این ماده از توقیف آزاد نشده، مأمور صلح باید به زودترین فرصت عملی، این شخص را آزاد کند؛ مشروط بر اینکه مأمور صلح بخواهد او را مجبور به حضور از طریق احضار نماید یا مأمور صلح یک احضارنامه برای شخص مظنون صادر نماید و یا اینکه شخص یادشده به مأمور صلح تعهد بدهد. پس احضار سطحی‌ترین اقدامی است که در حقوق کانادا برای دسترسی به مظنون یا متهم به کار گرفته می‌شود. اصل تدریجی در به‌کارگیری برخورد سخت‌گیرانه در برابر مظنون یا متهم رعایت شده است. منظور از اصل تدریجی این است که نخست، از تدابیر



آسان‌گیرانه‌تر و ملایم‌تر در برابر مظنون یا متهم کار گرفته شود؛ دوم، هرگاه تدابیر ملایم‌تر، حضور مظنون یا متهم را در فرایند رسیدگی عدلی و قضایی نتوانست تضمین کند، در این صورت از تدابیر سخت‌گیرانه‌تر استفاده می‌شود. از این رو، در حقوق کانادا آسان‌گیرانه‌ترین قرار کیفری احضار است. این اصل در حقوق افغانستان نیز رعایت شده است. در قانون اجرائات جزائی ۱۳۹۳ افغانستان اصطلاح تعهد شفاهی یا کتبی بدون التزام به وجه و ضمانت احضار به کار رفته است (ماده ۱۱۰، بند ۱). این ضمانت احضار در حقوق کیفری افغانستان، اشخاص دیگری هستند (خویشاوندان یا دوستان مظنون یا متهم) که تعهد می‌سپارند، هرگاه مظنون و متهم در فرایند رسیدگی حاضر نشد، ضامن مسئولیت دارد. بنابراین، در حقوق افغانستان سطحی‌ترین قرار کیفری نسبت به مظنون یا متهم قرار تعهد شفاهی و ضمانت احضار می‌باشند. صدور قرار احضار در حقوق افغانستان از صلاحیت سارنوالی بوده در حالی که در حقوق کانادا صلاحیت قرار احضار از اختیارات مأمور صلح دانسته شده است.

احضارنامه به‌عنوان قرار کیفری درجه ۲: هرگاه مظنون یا متهم بدون دستور پیشین گرفتار شده، برای رهایی او نخست، از احضار استفاده می‌شود؛ ولی در صورتی که مظنون یا متهم با دستور پیشین گرفتار شده است، برای آزادی او از قرار درجه ۲ استفاده می‌شود که نسبتاً برخورد شدیدتری است. در این حالت، قرار احضار کارایی ندارد. کدجزای کانادا (ماده ۴۹۹) حکم می‌کند: هرگاه یک شخصی که براساس یک قرار پیشین در یک جرم غیر از آنکه در ماده ۴۶۹ شناسایی شده، از سوی یک مأمور صلح گرفتار شده و به توقیف‌خانه انتقال یافته، و قرار پیشین از سوی قاضی صلح مطابق ماده (۵۰۷، بند ۶) تأیید شده، یک مأمور صلح می‌تواند شخص مظنون یا متهم را در صورتی آزاد کند که مأمور صلح به این شخص یک احضارنامه صادر نماید یا شخص مورد نظر به مأمور صلح یک تعهد بدهد. با توجه به این در قرار نخستین، دستور پیشین وجود ندارد و مأمور صلح می‌تواند شخص مظنون را با توجه به تشخیص خود گرفتار کند و قرار احضار را هم مأمور صلح صادر می‌نماید؛ اما در قرار کیفری دوم، دستور گرفتاری باید به تأیید قاضی صلح برسد.

بدون قرار تأمین، مأمور صلح حق گرفتاری ندارد و در این مورد مأمور صلح از قرار تأمین کیفری احضار استفاده کرده نمی‌تواند. مطابق قانون، سخت‌گیری مسئولان و مقامات قضایی در برابر مظنون یا متهم بستگی به نوعیت جرم، کیفیت جرم و حقوق مجنی علیه دارد یا اینکه نفع



جامعه فوریت اقدام را ایجاب کند از سوی مسئولین و مقامات قضایی جهت کشف جرم، شناسایی عاملان آن، جلوگیری از فرار مظنون یا متهم، جلوگیری از پاکسازی ادله، تهدید مجنی علیه و شاهدان و... چیزی که در مواد ۴۹۴ و ۴۹۵ کدجزای کانادا تصریح یافته‌اند. مواد ۹۹، ۱۰۵، قانون اجرائات جزائی افغانستان بیانگر توضیحات پیش‌گفته است. ماده ۵۰۰ بند ۱ کدجزای کانادا به محتوای احضارنامه پرداخته و اشعار می‌دارد که یک احضارنامه باید نخست، در بردارنده نام، تاریخ تولد و معلومات ارتباطی مظنون یا متهم باشد؛ دوم، موضوع جرمی که ادعا شده مظنون یا متهم آن را مرتکب شده است در برگیرد؛ سوم، مظنون یا متهم ملزم ساخته شود که در زمان و مکان معین شده در احضارنامه به محکمه حضور یابد و پس از آن نیز در صورت نیاز به محکمه حاضر شود؛ چهارم، و اشاره نماید به اینکه هرگاه متهم ملزم به حضور در جلسه قضایی مطابق ماده ۵۲۳ بند ۱ ارجاع شده و انجام نیابد، مطابق ماده ۴۹۶ چنانچه کدجزای این کشور در مورد انجام ندادن شرایط قرار قضایی از سوی متهم سخن گفته است؛ یعنی متهم شرایط احضار، احضارنامه، تعهد یا دستور آزادی یا حضور به محکمه را انجام نداده است. این عدم موفقیت در انجام تعهدات به موجب ماده یادشده، آسیب جسمی یا روانی، خسارت مالی یا اقتصادی به یک قربانی وارد نکرده است، مأمور صلح می‌تواند بدون وارد کردن اتهام، یک احضارنامه را به شخص صادر نماید که او مطابق ماده (۵۲۳ بند ۱)، در یک نشست قضایی حضور یابد. ماده ۵۲۳ بند ۱ کدجزای کانادا حکم می‌کند: جایی که یک متهم در رابطه با یک جرم مورد اتهام قرار گرفته و به توقیف برده نشده است یا گرفتار شده یا از توقیف آزاد شده با رعایت شرایط این ماده و پس از دستور آزادی موقت یا بازداشت انجام شده، یا احضارنامه، احضار، تعهد یا التزامنامه صادر شده، یک معلومات نوراجع به اتهام به جرم همسان، یا یک جرم دیگر، دریافت شده (ماده ۵۰۷ یا ۵۰۸). چنانچه قضیه ممکن است براساس معلومات نو به کار گرفته نشود و دستور آزادی موقت یا بازداشت متهم و احضارنامه، تعهد حضور، احضار، تعهد یا التزامنامه، با توجه به معلومات نو استفاده شود.

گرفتن تعهد به عنوان قرار تأمین کیفری درجه ۱: هرگاه احضار و احضارنامه در راستای دسترسی به مظنون یا متهم از سوی مأمور صلح به کار گرفته نشود، یا اینکه متهم شرایط موجود در احضار و احضارنامه را در زمینه حضور به روند رسیدگی رعایت نکرده باشد، ممکن است در این حالت شخص مظنون مکلف به دادن تعهد برای آزادی موقت خویش



باشد (criminal code of Canada, 499 (b)). براساس کد جزای کانادا (ماده ۵۰۱ بند ۱) یک تعهد با رعایت مواد (۴۹۸ بند ۱، جزء سوم؛ یا ۵۰۳ بند ۱/۱ جزء دوم)، باید به این ترتیب تنظیم شود: اول، نام، تاریخ تولد و تماس معلوماتی مظنون یا متهم؛ اصل جرمی که ادعا شده متهم آن را مرتکب شده است؛ و خلاصه از مواد فرعی ۱۴۵ بند ۴، ۶؛ ماده ۵۱۲ و بند ۲، ۵۱۲ و ماده فرعی ۵۲۴ بند ۴. دوم، تعهد یادشده، باید در بردارنده شرط حضور متهم در محکمه در زمان و مکان معین یادشده در تعهد یا پس از آن در صورت نیاز سوی محکمه باشد؛ سوم، تعهد مورد نظر می‌تواند در بردارنده یک یا شرایط بیشتر ذیل باشد، در صورتی که شرایط، اوضاع و احوال جرم منطقی و ضروری به نظر برسد، برای اطمینان از حضور متهم در محکمه یا امنیت و مصونیت مجنی علیه یا شاهد مربوط به جرم یا از ادامه یا تکرار جرم یا ارتکاب جرم دیگر جلوگیری نماید:

۱. ارائه گزارش در زمان مشخص به مأمور صلح یا شخص دیگر؛ ۲. باقی ماندن در محدوده قلمرو قضایی مشخص؛ ۳. اطلاع دادن به مأمور صلح یا افراد مشخص دیگر از هرگونه تغییر در نشانی زندگی خود، استخدام یا شغل؛ ۴. خودداری از رفتن به هرگونه جای معین یا وارد شدن به هرگونه محلی مرتبط به اشخاصی مربوط به قضایای جرمی؛ ۵. سپردن تمام گذرنامه‌ها به مأمور صلح یا اشخاص معین دیگر؛ ۶. بودن در نشانی مشخص در ساعات معین و حضور در ورودی آن محل نزدیک مأمور صلح یا شخص معین دیگر، به درخواست مأمور صلح یا شخص معین دیگر در مدت همان ساعات؛ ۷. خودداری از داشتن یک سلاح گرم، کمان پولادی، سلاح ممنوعه، سلاح محدود، وسیله ممنوعه، مهمات، مواد منفجره، و مواردی را که در اختیار دارد به مأمور صلح یا سایر اشخاص معین تسلیم دهد؛ ۸. و همچنین هرگونه مجوز، گواهی ثبت، یا هر سند دیگر که آنها را اختیار می‌دهد که اشیای یادشده را به دست بگیرند یا تصرف نمایند، تحویل دهد؛ ۹. وعده نماید که یک مبلغ معین پول را به‌عنوان تعهد می‌پردازد، که نباید بیشتر از ۵۰۰ دالر باشد، در صورتی که نتواند هرگونه شرایط تعهد را انجام دهد؛ ۱۰. پول یا اوراق بهادار دیگر را به‌عنوان تعهد نزد مأمور صلح بگذارد که ارزش آنها از ۵۰۰ دالر فراتر نرود، در صورتی که در هنگام سپردن تعهد، متهم به‌طور معمول باشنده ایالتی نیست یا به‌طور معمول در محدوده ۲۰۰ کیلومتری از جایی نمی‌باشد که در توقیف است (ک.ج.ک. ماده ۵۰۱ بند ۲). مطابق بند ۵ ماده ۵۰۱ در صورتی که متهم مقدار پول نقد



یا اوراق با ارزش دیگر را به مأمور صلح تحویل داده است، مأمور یادشده باید بدون تأخیر زمینه انتقال پول یا اوراق بهادار را به قاضی صلح فراهم نماید. به موجب بند ۶ این ماده از متهم باید خواسته شود تا دو نقل از تعهد را امضاء نمایند؛ چه اینکه این خواسته را بپذیرد یا نه، یکی از نقل‌های تعهد باید به او داده شود. در صورتی که نتواند امضاء نماید یا از امضاء خودداری نماید، عدم امضاء، تعهد را بی اعتبار ساخته نمی‌تواند. کدجزای کانادا مطابق ماده ۵۰۲ بند ۱ حکم می‌کند: تعهدی که براساس آن به موجب مواد ۴۹۸، ۴۹۹ یا ۵۰۳ آزاد شده، می‌تواند با رضایت کتبی سارنوال و متهم تغییر نماید، تعهد تبدیل شده تعهدی فرض می‌شود که به موجب مواد ۴۹۸، ۴۹۹ یا ۵۰۳ سپرده شده‌اند. براساس بند ۲، ماده ۵۰۲ کدجزای کانادا هرگاه میان متهم و سارنوال اختلاف وجود داشته باشد، به موجب ماده ۵۱۵ (۱) یا (۲) از قاضی صلح درخواست دستور آزادی نماید تا تعهد از سوی متهم جایگزین شود، مطابق مواد ۴۹۸ (۱) (c)، ۴۹۹ (۱) (b) یا ۵۰۳ (۱) (b).

هرگاه دستور آزادی از سوی سارنوال صادر می‌شود، آن مقام قضایی مکلف است که به متهم مهلت سه روزه تعیین نماید. مطابق ماده ۵۰۲ بند ۱ (۱) کدجزای کانادا به استثنای شرایط دیگر این ماده، یک متهمی که ملزم به حضور جسمی در فرایند رسیدگی شده که باید شخصاً مطابق این ماده حضور یابد؛ اما می‌تواند به صورت صوتی و تصویری حضور یابد؛ مشروط بر اینکه از پیش با محکمه هماهنگی صورت گرفته باشد و قاضی صلح نیز توافق داشته باشد. مطابق بندهای ۲، ۳، ۴، و ۵ ماده ۵۰۲ کدجزای کانادا شاهد یا شاهدان، اشتراک‌کننده‌های نشست قضایی و قاضی نیز می‌توانند از طریق صوت و تصویر در نشست قضایی حضور یابند.

هرگاه محتوای تعهدنامه و شرایط اضافی ماده ۵۰۱ بند ۲ کدجزای کانادا را با مواد مشابه در قانون ایران و افغانستان مقایسه داشته باشیم، نتیجه بررسی این است که شرایط مشابه در قوانین کشورهای ایران و افغانستان نیز وجود دارد؛ از جمله اینکه محدود ماندن در مکان معین (عدم خروج از حوزه‌ای قضایی خاص یا محل خاص)، ارائه تضمین مالی و پولی، ضمانت بانکی، رفتن به صورت نوبتی به یک مرجع قضایی، در قانون آیین دادرسی کیفری ایران (ماده ۲۱۷) و قانون اجرائات جزائی افغانستان (مواد ۱۰۵، ۱۰۶، ۱۰۷، ۱۰۸ و...) بیان شده‌اند؛ اما در مورد مقدار پول به‌عنوان تضمین مالی در حقوق کانادا به صورت کمی معین شده است و حد اعظمی آن مبلغ ۵۰۰ دالر می‌باشد.

در حقوق کیفری ایران و افغانستان مقدار پول در قرار تأمین کیفری به صورت کمی معین نشده ولی به لحاظ کیفی تعیین و تناسب خسارت و مقدار تضمین پولی در نظر گرفته شده‌اند (ماده ۱۰۶.ق.ا.ج.افغانستان و ماده ۲۱۹.ق.آ.د.ک.ایران). با وجود این، یک سری از شرایط در ماده ۵۰۱ بند سوم کد جزای کانادا موجود است که نه در قانون آیین دادرسی ایران و نه در قانون اجرائات جزائی افغانستان بیان شده‌اند. این شرایط عبارت‌اند از: سپردن گذرنامه به مأمور صلح، خودداری از داشتن هرگونه سلاح، مهمات، مواد منفجره، وسایل ممنوعه (در صورت داشتن اشیای مورد نظر باید آنها را به مأمور صلح تسلیم کند) و سپردن مجوز و مدارک مربوط به سلاح‌ها، مهمات، مواد منفجره، وسایل ممنوعه به مأمور صلح. همچنین، مطابق با هر شرط خاصی دیگر برای اطمینان از مصونیت و امنیت هرگونه قربانی و شاهد جرم.

نتیجه‌گیری

قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی یکی از روندهای نظارتی است که اساساً به منظور دسترسی نهادهای عدلی و قضایی به مظنون و متهم در راستای نگهداشت مصالح عمومی جامعه، رعایت حقوق و آزادی‌های مظنون یا متهم، مصونیت و امنیت معینی علیه و شاهد جرم در نظر گرفته می‌شوند. از آنجاکه متهم و جامعه منافع همسو ندارند، بنابراین رعایت حقوق و آزادی متهم ممکن است با مصالح عمومی جامعه و در نظر داشت منافع جامعه با حقوق و آزادی‌های متهم در تناقض قرار بگیرند. از این رو، لازم است تا نهادهای عدلی در این زمینه دقت بیشتر داشته باشند. حقوق و آزادی‌های متهم را با مصالح عمومی جامعه تا جایی که ممکن است هماهنگی ایجاد نماید. مهم‌ترین مصادیق عمومی قرارهای تأمین کیفری عبارت‌اند از: رهایی با تعهد شفاهی یا تعهد غیرمالی، رهایی با ضمانت احضار (أخذ کفیل)، تعهد مالی، پولی، اسناد (اوراق بهادار)، و در نهایت بازداشت. قرارهای یادشده هم در حقوق افغانستان و هم در حقوق کانادا در نظر گرفته شده‌اند.

بر اساس مطالب پیشین، در حقوق کانادا در فرایند رسیدگی، اصل بر این است که متهم آزاد شود، مگر اینکه دلایلی منطقی برای نگهداری متهم در بازداشتگاه وجود داشته باشد. تأکید بر آزادی متهم به عنوان یک اصل با قاعده بی‌گناهی متهم در هماهنگی می‌باشد. از دلایل آزادی موقت متهم این است که حقوق و آزادی‌های او در فرایند رسیدگی رعایت شود؛



زیرا روند رسیدگی مجازات نیست که با متهم شدن اشخاص رنج‌دهی آنها آغاز شود؛ بلکه فرایند رسیدگی بوده و ابزار و راه رسیدن به حقیقت قضایی است. آغاز رنج‌دهی متهم در فرایند رسیدگی خود مجازات شمرده می‌شود و این در تناقض با اصل قانونی بودن جرم و جزا و اصل بی‌گناهی متهم قرار دارد. می‌توان گفت: در بازداشت بودن متهم با زندانی کردن او شاید نه تنها تفاوت نداشته باشد، بلکه ممکن است میزان رنج‌آوری بازداشت به دلیل منتظر بودن شخص بیشتر باشد.

اما بازداشت متهم یک استثناء بر اصل بی‌گناهی یا فرض برائت است. از دلایل مهم بازداشت این است که آزادی متهم ممکن است منافع جامعه را آسیب بزند (محو ادله جرم، تکرار جرم، ارتکاب جرم دیگر یا فرار متهم و از دسترس خارج شدن او)؛ یا منافع اشخاص را متضرر بکند (ارتکاب جرم در برابر معنی‌علیه و شاهد، تهدید آنها). برای جلوگیری از چنین آسیب‌هایی ممکن است محکمه تصمیم به بازداشت متهم بگیرد. در حقوق افغانستان پلیس به موجب قانون در حالات خاص، سارنوالی و محکمه بر مبنای صلاحیت سازمانی اختیار بازداشت متهم را دارند. در حقوق کانادا به موجب قانون، مأمور صلح هم صلاحیت گرفتاری و هم اختیار آزادی متهم را پیش از ارجاع به محکمه دارد؛ یعنی چه متهم از سوی اشخاص آن‌گونه که در قانون کانادا وضاحت یافته است، گرفتار شده باشد یا خود مأمور صلح او را گرفتار نموده باشد (اعم از اینکه با یا بدون قرار تأمین کیفری)، مأمور صلح صلاحیت دارد او را آزاد کند و آزادی او را در قید احضار، احضارنامه یا تعهد تنظیم نماید؛ اما در صورتی که متهم نزد قاضی جهت بازداشت ارجاع شد، در این حالت مأمور صلح صلاحیت ندارد تا او را آزاد نماید. براساس حقوق کانادا در این مرحله، اینکه متهم به طور موقت آزاد شود یا در بازداشت باشد، از صلاحیت قاضی (اعم از قاضی صلح یا قاضی) است.

در حقوق کانادا به سارنوال نه صلاحیت بازداشت و نه صلاحیت رهایی متهم داده شده است. برخلاف آنچه در حقوق افغانستان پیش‌بینی شده است که به سارنوالی، صلاحیت آزادی موقت و بازداشت داده شده است. براساس مطالب پیش‌گفته، در دوسیه‌های کیفری، سارنوالی یک جانب قضیه و متهم جانب دیگر آن است. هرگاه صلاحیت بازداشت یا آزادی به سارنوال داده شود، احتمالاً یک‌جانبه عمل خواهد کرد و این درست نیست؛ زیرا تضاد منافع میان این دو برقرار است. با این تحلیل ترتیبات حقوق کانادا در زمینه صلاحیت مراجع



قضایی بهتر است نسبت به حقوق افغانستان. در آزادی موقت متهم از بازداشتگاه، محکمه صلاحیت دارد؛ ولی این صلاحیت هم به صورت توافقی اعمال می‌شود؛ یعنی سارنوال و متهم هر دو یکی در جهت منفعت شخص و دیگری در راستای منفعت جامعه استدلال می‌نمایند. همان نظام اتهامی که در گذشته بود و دو طرف قضیه حق بیان و ارائه ادله را داشتند و قاضی به‌عنوان یک داور بی طرف عمل می‌کرد. این نظام نیز بیشتر به الگوی اتهامی نزدیک است.



منابع

۱. آشوری، محمد. (۱۳۹۷ و ۱۳۸۹). آیین دادرسی کیفری. ج ۱ و ۲. تهران: سمت.
 ۲. علامه، غلام‌حیدر. (۱۳۹۴). اصول محاکمات جزائی افغانستان. کابل: ابن‌سینا.
 ۳. ابدالی، مهرزاد. (۱۳۸۵). رویه و آیین دادرسی مدنی. تهران: نیک‌اندیش.
 ۴. قانون آیین دادرسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۲ و اصلاحیه ۱۳۹۴.
 ۵. قانون اجراءات جزائی افغانستان، ۱۳۹۳.
 ۶. قانون آیین دادرسی فرانسه. ترجمه عباس تدین، ۱۳۸۸.
 ۷. قانون تشکیل و صلاحیت‌های محاکم افغانستان، ۱۳۷۰.
 ۸. میثاق مدنی سیاسی سازمان ملل متحد، ۱۹۶۶.
 ۹. کدجزای کانادا، ۱۹۸۵ و اصلاحیه ۱۶ جنوری ۲۰۱۳.
- Criminal Code of Canada (R.S.C., 1985, c. C-46)



افزایش و کاهش نسل‌آوری انسان (مطالعه تطبیقی در فقه جعفری و حنفی)

محمد عیسی فهیمی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۶/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۸/۱۸

چکیده

پیشگیری، سامان‌دهی و مهار فرزندآوری به‌منظور کاهش جمعیت با این پندار که افزایش نفوس سبب فقر، تهیدستی و دشواری‌های فراوانی چون محرومیت از ارائه خدمات صحی، تعلیمی، تربیوی افراد جامعه می‌شود از دیر زمان مورد توجه بوده و در صدر اولویت‌ها و برنامه‌ریزی‌های اقتصادی قرار داشته و به جد تعقیب و پیگیری شده است؛ به‌گونه‌ای که هواداران کاهش فرزندآوری تنها راه‌حل برون‌رفت از تنگناهای معیشتی و اقتصادی را جلوگیری و کاستن از ازدیاد نسل بشر می‌دانند و در عمل هم در دستور کار دولت‌های فراوانی قرار گرفته است. در اثر تبلیغ و انتشار چنین نظراتی، افراد زیادی امروزه به میل و رغبت خود و به‌صورت داوطلبانه اقدام به مهار فرزندآوری با استفاده از روش‌های گوناگون جلوگیری از باروری می‌کنند. دلیل عمده تمایل و علاقه‌مندی خانواده‌ها بر ترک فرزندآوری، ثبات وضعیت مادی و معیشتی است که تصور می‌شود محدودسازی تکثیر نسل در پی دارد. از نظر دینی و نصوص قرآنی مهار فرزندآوری به بهانه‌های دشواری‌ها و تنگناهای احتمالی معیشتی و اقتصادی امری ناروا و نکوهیده است. در دین اسلام آموزه‌های مؤکدی مبنی بر ازدواج و افزایش نسل امت اسلامی وجود دارد که آحاد امت مسلمان بدان فراخوانده و تشویق شده‌اند. دانشمندان مسلمان به‌اتفاق، توقف و تأخیر در باروری را بدون ضرورت به بهانه‌های واهی چون فقر، تنگدستی، عدم کفایت منابع رفتار جاهلانه، بدبینانه و برخلاف واقعیت می‌دانند.

واژگان کلیدی: تحدید، منع، خانواده، نسل، جمعیت و فرزند.

* کدر علمی دیپارتمنت حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خاتم النبیین (ص)؛

جلوگیری از بارداری به منظور مهار فرزندآوری و افزایش جمعیت سخن تازه‌ای نبوده و از مسائل مورد بحث از گذشته‌های دور و دراز می‌باشد. از ارسطو نقل شده که وی معتقد به لزوم وضع قانون جهت جلوگیری از پیدایش کودکان محروم و عقب‌مانده بود. وی ایجاد و برقراری سیستم اجتماعی مناسب و شایسته را، در گرو جلوگیری از افزایش زیاده‌روانه و بسیار خواهانه جمعیت می‌دید و معتقد بود که سودمندترین و مؤثرترین روش جهت جلوگیری از افزایش جمعیت وضع قوانین، الزام هر خانواده و مجاز دانستن آنان به داشتن فرزند در حد معین است. برخی از اعراب در زمان جاهلیت به دلیل ترس از تهیدستی، فقر و تنگدستی فرزندان خویش را می‌کشتند. دین اسلام به گواهی آیات قرآن با این پدیده به شدت برخورد نمود. فراخوانی و تبلیغات جهت مهار و محدودیت جمعیت از قرن هجدهم میلادی از اروپا به صورت آشکار و نهان میان موافقان و مخالفان آغاز شد تا اینکه در نیمه اول قرن بیست از اروپا به سایر مناطق جهان و از جمله در دنیای اسلام مطرح شد و ادامه یافت (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۷ و ۸: ۱۳).

نظریه مهار جمعیت و زایش فرزند در قرن هجدهم میلادی به نام مالتس یا مالتوس، اقتصاددان انگلیسی، گره خورده و آوازه یافته است. وی معتقد بود که رشد و افزایش جمعیت رابطه مستقیم با افزایش مصرف مواد غذایی دارد و به میزان فزونی جمعیت مصرف مواد غذایی هم افزایش می‌یابد و دیری نخواهد پایید که جهان با گرسنگی مواجه خواهد شد. وی اصرار و پافشاری داشت که آنچه می‌تواند به توازن، تعادل و تراز میان جمعیت ساکن در روی زمین و تولید فرآورده‌های غذایی انجامیده و از فاجعه گرسنگی رهایی دهد و امنیت خاطر ساکنان روی زمین را فراهم نماید، برابری جمعیت و تولید مواد غذایی می‌باشد. این نظریه تا بدانجا بسط و گسترش یافت که بسیاری از دولت‌ها آن را به عنوان یک اصل اقتصادی پذیرفته و به رسمیت شناختند (تمیمی، ۱۴۲۳، ج ۵: ۲۲۳).

با وجود پذیرش نظریه ازسوی مدیران و برنامه‌ریزان اقتصادی بسیاری از دولت‌ها، دانشمندان مسلمان روی خوشی به این نظریه نشان نداده و ایرادهای جدی بر آن وارد نمودند؛ از جمله نادرست خواندن پندار مالتس نسبت به کاهش مواد غذایی در اثر ازدیاد جمعیت. اشتباه وی ناشی از تصور نادرست او بود که خیال می‌کرد مواد غذایی به یک وضعیت باقی می‌ماند و تولید آن توسعه نمی‌یابد.



به علاوه، وی مشکلات، بلایا و گرفتاری‌های بشری که پیوسته جان هزاران انسان را نابود می‌کند، نادیده انگاشت و وجود گرسنگی در برخی از کشورها نه تنها نظریه محدودسازی نسل را تأیید نمی‌کند، بلکه برعکس، وجود گرسنگی ناشی از کوتاهی خود بشر، خودکامگی‌های زمامداران، ثروت‌اندوزی عده‌ای فرصت‌طلب و فقدان عدالت و... می‌باشد (سبحانی، ۱۳۹۷: ۱۱۳). در جهان اسلام نیز بحث کاهش یا افزایش نسل‌آوری انسان به حیث یکی از مسائل جدید در حوزه فقه موافقان و مخالفان فراوانی یافته و این پرسش مطرح شده است که با وجود مصالح ظاهری و تنگناهای زندگی آیا می‌توان حکم به منع کاهش نسل‌آوری نمود و بر مطلوبیت افزایش نسل‌آوری اصرار کرد؟ و آیا دلایل منع مهار نسل‌آوری همچنان غیرقابل خدشه‌اند؟ چنین پرسش‌هایی به خوبی بیان‌کننده اهمیت مرور مجدد مسئله یادشده می‌باشد که در نوشتار پیش رو به آن پرداخته شده است.

۲. مفاهیم

بحث مهار و جلوگیری از افزایش جمعیت از مباحث فقهی و نوپیدا در سالیان اخیر به شمار می‌رود و با عناوینی مانند «تحدید نسل»، «منع حمل»، «تنظیم نسل» و «تقلیل موالید» نام برده شده است؛ ولی عنوان رومند و مشهور همان عنوان «تحدید نسل» می‌باشد که در فارسی به عنوان «مهارزادوولد»، «کنترل جمعیت»، «تنظیم خانواده» و... یاد می‌شود. از میان عناوین یادشده عنوان «تحدید نسل» بیشتر نام برده شده است؛ از این رو باید این عنوان توضیح داده شود. معنای لغوی «تحدید نسل»: «تحدید نسل» یک واژه ترکیبی و مرکب از دو واژه «تحدید» و «نسل» می‌باشد. کلمه تحدید مصدر از ریشه «حد» و «حدد» است. حد در لغت دارای چند معناست. حد به معنای حاجز، مانع، سد راه، پرده و حائل میان دو چیز جهت جلوگیری از اختلاط و به هم آمیختگی، تجاوز نکردن یکی بر دیگری، حد به معانی منتها، پایان، نهایت، بالاترین درجه و آخرین حد یک چیز می‌باشد. برای مثال، در زبان عربی وقتی گفته می‌شود «حدود الارضین» یعنی منتها و پایان سرزمین‌ها و از معانی دیگری حد منع می‌باشد و لذا هر گاه گفته می‌شود بر فلان شخص «حد» اقامه شده یعنی کاری انجام شده که او را از بازگشت به کار نادرست بازداشته و منع می‌کند و مقصود از واژه «نسل» اولاد، فرزند، سلاله، ذریه، نسل و تبار است.



معنای اصطلاحی «تحدید نسل»: مقصود از واژه ترکیبی «تحدید نسل» در اصطلاح فقهی عبارت از به‌کاربردن ابزارها و وسایلی توسط زوجین است که توان جلوگیری از پیدایش حمل و بارداری را دارد؛ خواه به‌صورت دائم یا به‌صورت موقت، به‌صورت اختیاری و داوطلبانه یا به‌واسطه اجبار و تحمیل دولت؛ چنان‌که پیداست تعریف یادشده عام و شامل هر نوع مانع تولید نسل و فرزندآوری می‌شود؛ چه به‌صورت مطلق و چه به‌صورت موقت و محدودیت باید به‌گونه‌ای باشد که فرد فقط باید تعداد محدودی فرزند داشته باشد (زبیدی، ۱۴۳۵: ۵۶۷).

۳. تفاوت اصطلاحات منع حمل، تنظیم حمل و تحدید نسل

منع حمل: عبارت از به‌کاربردن ابزار و وسائلی است که تصور می‌شود زن را از بارداری شدن باز می‌دارد؛ مانند عزل، خوردن داروهای گیاهی، قرار دادن شیاف و لوله در رحم، ترک آمیزش در هنگام فراهم بودن زمینه‌های بارداری و... به‌دیگرسخن، مقصود از منع حمل نازاسازی دائمی و پایان دادن به باروری است؛ به‌گونه‌ای که زن و مرد توان دستیابی دوباره باروری را نخواهند داشت. تعقیب دائمی بدون ضرورت به‌اتفاق فقها جواز ندارد؛ خواه به‌کار بستن ابزارهای نازایی از سوی مرد باشد یا زن و یا به‌توافق هر دو صورت گرفته باشد و باز تفاوت ندارد که به‌کارگیری اسباب جلوگیری از باروری به‌صورت دائم پیش از فرزند دار شدن باشد یا پس از آن باشد (جمعیت متخصصان علوم شرعی، ۱۴۴۲: ۱۲۲).

تحدید نسل: تحدید نسل عبارت است از درنگ، وقفه و مکث در فرزندآوری در شرایطی که تعداد اولاد به حد معین و مشخصی رسیده باشد با استفاده از وسائل و ابزارهایی که می‌توان به‌واسطه آنها از بارداری جلوگیری کرد. به‌دیگرسخن، تحدید نسل متوقف‌سازی و کاهش نسل با استفاده از ابزارهای گوناگون جلوگیری در زمانی است که تعداد فرزندان به تعداد مشخص رسیده باشد (همان).

تنظیم حمل: تنظیم حمل عبارت است از به‌کاربردن وسائل جلوگیری از حمل نه به‌خاطر ایجاد نازایی یا پایان دادن به وظیفه دستگاہ تناسلی، بلکه به‌خاطر متوقف نمودن حمل در یک فاصله زمانی بنابر مصلحتی که زوجین در جلوگیری از حمل می‌بینند یا افرادی از اهل خبره و کارشناسان برای مدت زمانی خاص متوقف نمودن حمل را به صلاح و خوبی زوجین می‌دانند. در تنظیم حمل، زوجین با انتخاب خود از ابزارهایی جهت بارداری و فاصله انداختن میان دوره‌های بارداری استفاده می‌کنند. تنظیم حمل یا تأخیر حمل در صورتی که نیاز



و ضرورت باشد با شرایطی جایز می‌باشد. شرایط لازم در تنظیم حمل عبارت است از اینکه تنظیم حمل به تندرستی مرد یا زن یا فرزندان آسیب نرساند و اینکه تنظیم به سبب مشروع باشد نه به خاطر ترس از فقر؛ یا جلوگیری با رضایت زوجین صورت گیرد یا تنظیم حمل ناشی از فشارمادی و معنوی از سوی حکومت نباشد و... (همان: ۱۲۳).

با توجه به مطالب یادشده می‌توان بدین نتیجه رسید که هدف از «منع حمل» جلوگیری از زایش و تولد از بیخ و بنیاد می‌باشد؛ یعنی اصلاً نمی‌گذارند که باردار و صاحب فرزند شوند و فرق ندارد که دستگاه تناسلی به کلی نازا و عقیم شود یا به عقامت و نازایی دستگاه تناسلی نینجامد؛ ولی هدف از تحدید نسل، کاستن از تعداد فرزند و توقف فرزندآوری پس از رسیدن تعداد فرزندان به یک مرز مشخص می‌باشد و تفاوت ندارد که دستگاه تناسلی پس از رسیدن فرزند به مرز خاص عقیم شود یا عقیم نشود؛ اما هدف از تنظیم نسل، رعایت حال خانواده، در نظر داشت شرایط و اوضاع خانواده از ناحیه تندرستی و توان خدمت‌گذاری و... می‌باشد؛ البته با توجه به اینکه دستگاه تناسلی آمادگی انجام وظیفه خود را حفظ کند (هیئة کبار العلماء، ۱۴۳۴، ج ۲: ۵۰۵).

برخی از فقهای معاصر امامیه بدون نام بردن از «منع حمل» در مشخص نمودن محل نزاع اظهار نموده که دو عنوان «تنظیم نسل» و «تحدید نسل» تفاوت دارند و در ناهمسویی دو عنوان یادشده گفته‌اند که تنظیم نسل عبارت از کنترل و سامان‌دهی نسل در مورد زنانی است که زودبه‌زود و بافاصله زمانی اندک باردار می‌شوند و همین‌طور تنظیم نسل در مورد افرادی که دارای بیماری‌های ساری و واگیردار باشند، صورت می‌گیرد یا افراد اندکی که اعصاب و روان آنان در رویارویی با مسئولیت‌های زیاد ضعیف و ناتوان می‌باشند و کسانی نباشند که چنین افرادی را در تحمل مسئولیت‌ها یاری و به آنان روحیه بخشند. بحث در مورد این نوع تنظیم نسل، زاده عصر ما نبوده و تنظیم فردی می‌باشد؛ اما تحدید نسل دارای دو مصداق فردی و نوعی است که مصداق فردی آن روشن است و مصداق نوعی آن عبارت از صدور، اعلام و اظهار حکم قانون عامی است که همه مردم را به توقف تولید نسل، پس از رسیدن نسل به یک حد معین ملزم و مجبور می‌کند و آنچه مورد نزاع می‌باشد، همین مورد تحدید نسل است (روحانی، ۱۴۱۴: ۱۹۰). اینکه از منع حمل نام برده نشده شاید وجهش این باشد که بحث منع حمل در ضمن تحدید نسل مطرح شده و گویا عنوان «تحدید نسل» در نظر برخی فقها عنوان عامی می‌باشد که منع حمل را نیز تحت پوشش دارد.

۴. انگیزه‌ها، عوامل افزایش و کاهش نسل‌آوری و نقد آنها

طرفداران تحدید و منع نسل در ترویج و تبلیغ نظریه‌شان به تعدادی از انگیزه‌ها و عواملی استناد نموده‌اند که در ادامه بررسی و مورد نقد قرار می‌گیرد.

محدودیت منابع طبیعی: نخستین سبب و انگیزه‌ای که مهم‌ترین دلیل جلوگیری از بارداری شمرده می‌شود، تنگنایی و محدودیت مساحت و پهنای زمین است. از نظر آنها زمین دارای مساحت محدود بوده و مقدار مفید، مناسب، کارآمد و دارای قابلیت زمین جهت سکونت، زراعت و تولید نیازمندی‌های انسان نیز محدود است و همین‌طور وسائل معیشتی دیگر مانند صنعت، تربیت مواشی، تجارت و... نیز محدود می‌باشد. از سوی دیگر، نسل بشر به شکل نامتناهی و بی‌پایان پیوسته در حال رشد و افزایش است و اگر وضع رشد نسل بشر، به همین شیوه و روند ادامه یابد، زمین در اثر افزایش جمعیت، ظرفیت گنجایش و فراهم‌سازی ابزارهای معیشتی را از دست داده و برای تأمین خوراک و پوشاک کفایت و بسندگی نمی‌کند و سطح زندگی بشر در همه زمینه‌های صحی، علمی و فرهنگی پایین آمده و زندگی به جایی خواهد رسید که در نتیجه گرسنگی مردم با یکدیگر به جنگ و ستیزه رو آورده و برای لقمه نانی یکدیگر را تکه‌تکه کنند و زندگی نکبت‌بار و تیره‌بختی داشته باشند. برای رهایی مردم از تهاجم و تاخت‌وتاز چنین خطر و سرنوشت سوئی که نتیجه افزایش جمعیت است، راه‌حل به کار بستن ابزارهایی است که رشد جمعیت را مهار و پس از رسیدن نسل به یک حد معین تولید نسل محدود شود (همان: ۵۰۶).

دلیل یادشده ریشه در همان نظریه مالتوس دارد و با بیان‌های مختلف اظهار و بازگفت شده است. برای مثال، در توجیه مهار فرزندآوری گفته شده که چون در گذشته به خاطر فقدان امکانات صحی و طبی مرگ و میر کوکان فراوان بود، مردم علاقه به فرزندآوری بیشتر داشتند و امروزه به خاطر پیشرفت دو علم طب و وقایه صحی، کودکان برخلاف زمان‌های گذشته کمتر با خطر مرگ و میر روبه‌رو هستند یا در گذشته قحطی و گرسنگی حیات مردم را تهدید می‌کرد و انتقال مواد غذایی از شهرهای نسبتاً دور مانند زمانه ما امکان‌پذیر نبود و این موجب تولید نسل بیشتری می‌شد تا خلأ ناشی از میرومرگ افرادی را پر کنند که در اثر گرسنگی جان می‌باختند؛ ولی امروزه اگر کشوری در معرض چنین بحرانی‌هایی قرار گیرد، فوراً از کشورهای



دیگر مواد غذایی منتقل می‌شود و مردم نجات می‌یابند یا مثلاً متوسط عمر در گذشته به خاطر سوء تغذیه، شیوع بیماری‌ها، نبود آب صحتی و... کمتر از زمان ما بود.

موارد یادشده آثار سوء بر بدن و محیط انسان بجا می‌گذارد و سبب افزایش نفوس و جمعیت هر روز پس از روز دیگر به شکل وحشتناک می‌شود و موجب پیدایی دشواری‌های بزرگ و چندجانبه می‌شود. دشواری‌هایی چون تغذیه، آموزش، تربیت، وقایه از امراض و... افزون بر مشکل فقر، کثرت نفوس، عقب‌ماندگی علمی، اقتصادی و فرهنگی را نیز در پی داشت؛ زیرا تمام امکانات جامعه در مواردی مانند تغذیه مصرف می‌شود و چیزی برای صرف در آبادی و تکامل شهرها و پیشرفت در جوانب علمی و صنعتی باقی نمی‌ماند و اگر مسلمانان به مهار جمعیت خویش نپردازند، از کاروان تمدن پس مانده و فقر و ناداری بر آنان چیره خواهد شد. نتیجه آنکه مهار فرزندآوری و جمعیت یک امر ضروری است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۲۷۴). دلیل یادشده از جهاتی مخدوش است:

سخن موافقان مهار تولید نسل مبنی بر اینکه افزایش نسل و چند برابر شدن جمعیت در آینده باعث تنگ شدن عرصه زمین و کمبود اسباب زندگی می‌شود که برای برطرف کردن ضروریات زندگی کافی نمی‌باشد، سخنی است که اساس آن حدس، گمان و برآورد و نظر نادرست اقتصادی و برخلاف واقعیت است. عرصه و پهنای زمین با جمعیت ساکنان آن و رشد و افزایش جمعیت نه تنها محدود و تنگ نمی‌شود، بلکه پیوسته اسباب زندگی از زمان خلقت انسان تاکنون در حال گسترش بوده و بسیاری از دانشمندان اقتصادی نظریه «مهار جمعیت» را خطا و نادرست شمرده‌اند.

این ادعا که مساحت زمین و مقدار زمینی که قابلیت سکونت، زراعت و تولید ... را دارد، محدود است، ادعایی نادرست می‌باشد؛ زیرا مقدار زمینی که برای سکونت و از آن برای زراعت، تولید مورد بهره‌برداری قرار گرفته و مقدار مواد خامی که از زمین بیرون آورده شده در مقایسه با آن بخش‌های زمین که مورد سکونت و استفاده قرار نگرفته، بسیار اندک و ناچیز است.

ضرورت و نیاز شدید مردم را واداشته که به اندازه توان از زمین برای سکناگزیدن، کشت و کشاورزی فراهم و آماده و مهیا کنند و دانش‌ها را بیاموزند که زمینه توسعه و بهره‌برداری بیشتر آنان را از زمین فراهم نماید و دریچه‌های جدید را به روی آنان بگشاید تا بتوانند با ابزارهای نوین برای مردم زندگی با ناز و نعمت را فراهم کنند.



تبلیغ از مهار زادوولد و افزایش جمعیت به خاطر ترس از محدودیت زمین و کمبود وسائل زندگی یک اشتباه محاسباتی و برآمده از کوتاهی و ناتوانی عقلی است و یک نوع توهم، سوءظن و بی‌اعتمادی نسبت به خداوند متعال می‌باشد (هیئه کبار العلماء، ۱۴۳۴: ۵۰۸-۵۰۹). افزون بر ایرادهای یادشده آنچه شما در دلیل تان از پیشرفت علوم طبی و وقایوی و همین‌طور سهولت و آسانی انتقال مواد غذایی و افزایش میانگین عمر نسبت به گذشته گفتید، نه تنها نمی‌تواند محدودیت نسل را توجیه کند، بلکه برعکس دلایل یادشده کثرت و افزایش نسل را توجیه می‌کند.

سازواری مهار فرزندآوری با فطرت بشر: دلیل دوم طرفداران مهار تولیدمثل موافقت با فطرت بشری است؛ یعنی فطرت انسان به سامان‌دهی نسل و جلوگیری از گسترش آن در همه موجودات زنده و از جمله انسان حکم می‌کند؛ از این‌رو، فطرت و طبیعت یا از همان آغاز به زایش و فرزندآوری پایان می‌دهد یا پس از وجود و هستی از طریق مرگ و نابودی از افزایش نسل جلوگیری می‌کند. بنابراین، حکم به مهار نسل‌آوری با استفاده از ابزارهای نوین امروزی نه تنها شگفتی و حیرتی نداشته، بلکه حکم براساس فطرت، و همگامی با آن و حرکت در راستای هدف آرمانی است که توازن میان تعداد جمعیت و اسباب زندگی انسان در سطحی است که راحتی و آرامش خاطر برای بهره‌مندی از لذات دنیوی را برای او فراهم کند. این دلیل نیز با نقدهای تند رویه‌رو است که عبارت‌اند از:

مهم‌ترین انتقاد و عیب دلیل یادشده این است که مقصود مدعیان مهار فرزندآوری از «فطرت» چیست؟ اگر مقصود آنان طبیعت موجودات زنده، ویژگی‌ها و غرایزی باشد که برای زندگی در وجود آنها به ودیعت نهاده شده، این سخن نمی‌تواند ادعای آنان را در مورد مهار زادوولد موجه‌سازی و درست‌انگاری نماید و با فطرت همخوانی و سازگاری ندارد و ستیزه‌جویی با ویژگی‌ها و طبایعی است که خداوند در وجود انسان به ودیعت نهاده که رغبت و تمایل شدید به ازدواج و دوست داشتن فرزندآوری باشد. سرشت و آفرینش انسان خواه مسلمان باشد یا کافر به‌گونه‌ای است که شوق و میل به داشتن فرزند دارد؛ به‌گونه‌ای که افراد محروم از فرزند یا افرادی که نسل آنان به خاطر آفاتی از بین می‌روند، گرفتار افسردگی، غم و غصه ازدست دادن فرزند می‌شوند و آن را بلا و مصیبتی نسبت به خود تلقی نموده که خوشبختی را از وی گرفته است، جز افرادی که به‌واسطه ایمان، خداوند آنان را حفظ می‌کند



و به قضا و قدر الهی خشنود هستند و کسانی را که خداوند فرزند داده خودش را سعادتمند احساس نموده و عطوفت و مهربانی پدری و مادری در او تجلی می‌یابد. اینان تمام توان و تلاش خویش را برای سعادتمندی فرزندان خود با رضایت و خشنودی و سخاوت و بخشندگی می‌کنند و بیداری و شب‌زنده‌داری را برای راحتی فرزندان خود تحمل می‌کنند. با بیان یادشده روشن می‌شود که افزایش نسل مطابق فطرت و مقتضای درست طبیعت می‌باشد و جلوگیری از بارداری یا پایان دادن به حمل پس از بارداری از طریق اسقاط جنین و... خلاف مقتضای فطرت و طبیعت است. افزون‌براینکه، سخن مدعیان کنترل جمعیت سخن منحرفانه و کجروانه است که تحدید نسل در اثر نازایی و مرگ‌ومیر را به فطرت موجودات و انسان نسبت می‌دهند. چنین سخنی فقط از سوی افراد نادان که عقیده فاسد دارند می‌تواند ابراز شود و در قرآن کریم آیاتی در این زمینه وجود دارد که مفاد آنها این است که نازایی و همین‌طور تعیین جنسیت اولاد در دست خداوند است: «ولله ملک السموات والارض یخلق ما یشاء یهب لمن یشاء اناثا و...» و در آیه بعد فرموده «او یزوجهم ذکرا و اناثا و...» (شوری، ۴۹-۵۰).

اگر مقصود مدعیان تحدید نسل و مهار زایش و فرزندآوری از «فطرت» چیزی باشد که در شریعت اسلام نسبت به خدای متعال وجود دارد، اولاً، تعبیر شما در این خصوص نافرہیخته است؛ ثانیاً، مهار فرزندآوری را سازگار با فطرت دانستن و اینکه تحدید نسل حرکت طبق فطرت می‌باشد، دخالت در امور مربوط به خداوند است و تدبیر در این خصوص مربوط به بشر نیست؛ ثالثاً، سنجش و مقایسه تدبیر الهی که افرادی را نازا و افرادی را می‌میراند با تدبیر بشر که او نیز می‌تواند به تحدید نسل براساس فطرت به پندار شما دست بزند، قیاس نادرست می‌باشد؛ زیرا میان تدبیر بشر خطاکار و کوتاه‌فکر و تدبیر خدای حکیم که کمال تدبیر و اختیار است، فاصله‌ها زیاد و اصلاً مقایسه نادرست و امکان‌ناپذیر است.

بنابراین، نظریه تحدید نسل از اول یک نظریه بی‌ارزش از نظر اقتصادی، اجتماعی و سیاسی و در ناسازگاری با مقتضای فطرت و طبیعت بشر و اساس آن بر تخمین و گمان استوار و برخلاف واقعیت بوده و آثار ناگوار و ضررهای جبران‌ناپذیر داشته و افراد بوالهوس و مسئولیت‌ناپذیر بدون در نظر داشت مصالح عمومی چنین پیام‌ها و آوازه‌گری‌ها را به راه می‌اندازند. این افراد به خاطر اقبال و توجه به صنعت و پیشرفت‌های صنعتی، انتقال و مهاجرت از روستا به شهر، فرورفتن در تجمل، ناز و نعمت، رهاکردن زراعت و کشاورزی و مادیات و... دست به ترویج چنین نظریه‌ای





می‌زند تا قیمت‌ها بالا رفته و هزینه‌های زندگی افزایش یابد و بدین ترتیب کسب و کارهای صنعتی آنان افزایش یابد. آنان به انگیزه مالکیت برای خودشان کار می‌کنند و زندگی ماشینی کار را به جایی رسانده که زن در عرصه کار ورود پیدا کرده و خوش ندارد که بار سنگین مسئولیت فرزندان و مراقبت از آنها را به عهده بگیرد و البته دیری دوام نخواهد کرد که پرده‌ها کنار رفته و حقیقت برای متفکران کشف خواهد شد (همان: ۵۱۱-۵۱۲).

وجود تفاوت‌های طبیعی: مدعیان مهار جمعیت، تفاوت طبقاتی مردم از نظر فقر و غنا را علت نظریه خود می‌دانند و معتقدند: ثروت و دارایی طبقه فقیر مردم به حدی نیست که بتوانند فرزندان خود را به گونه‌ای تربیت نمایند که خوشبختی، سلامتی و تندرستی آنان را تضمین و پشتیبانی کند و اموال آنها به حدی نیست که بتوانند فرزندان خود را به آموزش عالی فرستاده و خود و ملت خود را به جایگاه بلندی برسانند. وقتی کودکان به حال خود رها شوند و آنان همچنان به تولید نسل پردازند، تعداد فرزندان افزایش یافته و بلا و گرفتاری شدت خواهد یافت و در نتیجه اولیاء و دست‌اندرکاران امور فرزندان نمی‌توانند وظایف خود را راجع به تغذیه، پوشاک و آموزش فرزندان به گونه‌ای شایسته انجام دهند و فرزندان زندگی خوشبختی را نخواهند داشت؛ اما طبقات غنی و متوسط هرگاه بر تعداد فرزندان خود بیفزایند، ثروت آنها خرد و سطح آنان پایین آمده و توانایی‌های آنان ضعیف شده و بدین ترتیب وضعیت آنها و ملت خراب می‌شود و جایگاه آنها ضعیف شده و از نظر علمی و تولیدی عقب می‌مانند و زندگی ناگوار و سیه‌روز و فلاکت‌باری را خواهند داشت. به همین دلیل لازم است که تناسل و تولید مثل محدود شود به خاطر خطری که حفظ خانواده را تهدید می‌کند و به دلیل نجات امت از مشکلات و بلایی که پیش‌بینی و انتظار می‌رود (همان: ۵۱۳).

دلیل یادشده با بیان‌های متفاوت دیگری نیز تقریر شده است. برای مثال، گفته شده که افزایش جمعیت مشکلات عدیده و فراوان اقتصادی، اجتماعی، خانوادگی و فAMILI را به بار می‌آورد. از نظر اقتصادی میان رشد جمعیت و تولید اقتصادی نسبت باید به گونه‌ای باشد که هر مقداری که جمعیت فزون تر می‌شود، قدرت بر تولید هم باید فزونی یابد تا دولت بتواند نیازمندی‌های زندگی جمعیت را از قبیل بیمارستان‌ها، مدارس، دانشگاه‌ها، آب و برق، مواد غذایی و مواد اولیه ساختمان فراهم نماید؛ اما اگر این نسبت به گونه‌ای باشد که رشد جمعیت بیش از تولید باشد، امور مردم دچار اختلال می‌شود و در تنگنا قرار می‌گیرد. از نظر اجتماعی

نیز افزایش جمعیت مشکلاتی را در پی دارد. این نوع مشکلات غالباً برآمده از دشواری‌های اقتصادی است و ریشه در آن دارد. فقر، بیکاری و عقب‌ماندگی فرهنگی و... ناشی از ناتوانی دولت بر تأمین نیازمندی‌های جامعه است و همین امر باعث ارتکاب جرائمی مانند قتل، سرقت، نبود ثبات امنیتی و مانند آن می‌شود. از نظر خانوادگی نیز رشد جمعیت مشکلاتی را به همراه دارد؛ زیرا از وظایف والدین به‌ویژه پدر افزایش و زیاد بودن نیازمندی‌های خانواده از قبیل خوراک، پوشاک، تعلیم، مسکن و... می‌باشد و زمانی که پدر نتواند به حد کفایت این موارد را تأمین نماید، مشکلاتی در درون خانواده به وجود می‌آید و چه بسا برخی از پسران و دختران از خانه روی‌گردان شده و پا به فرار می‌گذارند که فرار آنان به‌نوبه خود موجب بروز مشکلات اجتماعی دیگری خواهد شد و به همین جهت پیامبر (ص) فرموده که فقر به کفر می‌انجامد (انصاری، ۱۴۱۵: ۸۷).

شبهه یا دلیل یادشده زاییده، و مشابه همان شبهه نخست و نقد آن همان نقد و ایرادی است که در مورد شبهه نخست ذکر شد؛ شبهه یادشده سخن بیشتری ندارد، جز تبلیغ محدودیت نسل‌آوری از طریق آراستن باطل و فریفتن مردم تا آنان را از خواست و مقتضای فطرت سلیم خود به خطا سوق داده و مردم را از سرچشمه بهروزی، خجستگی و آنچه باعث تحقق مصالح آنان است و از عواملی که به قوت، رشد و آسایش مردم می‌انجامد، رویگردان و منحرف نماید؛ زیرا فرزندان همان دست‌های کوشا و پرتلاشی هستند که منشأ و سرچشمه ثروت، ترقی، آسایش و راحتی می‌باشند. نعمات، منابع درآمد، برکات، مواهب و آبادی در زمین با ازدیاد فرزندان افزایش می‌یابد و ملت‌ها از نظر لشکر، قدرت، علم و اختراع، تولید و هر آنچه موجب رفاه و آسایش می‌شود پیشرفت می‌کنند و دچار تحول می‌شوند و چه بسیار خانه‌هایی که با دستان فرزندان ساخته شده است و نعمت‌ها و آسایش آنها را فراگرفته است و چه بسیار دانشمندان و عالمانی دیده می‌شود که از فرزندان فقرا و طبقات متوسط جامعه برخاسته‌اند و همین افراد ملت‌های خود را به ترقی سوق داده و در راستای مصالح آنها اقدام کرده‌اند و اگر کدام عقب‌ماندگی وجود دارد، ناشی از بی‌سروسامانی، غفلت و کوتاهی است نه ناشی از افزایش جمعیت و معروف است که ترقی و پیشرفت زاییده خواست، اشتیاق، بیداری، آگاهی و احساس نیاز می‌باشد و فساد و انحطاط زاییده نادانی، حماقت و عدم احساس نیاز می‌باشد و چنین مشکلی هم در فرض غنا و ثروتمندی افراد جامعه وجود دارد و هم در صورت فقر و ناداری؛ بنابراین مشکل



عقب‌ماندگی از ناحیه کثرت نسل و افزایش فرزند نیست تا برای حل مشکل به تحدید نسل یا جلوگیری از بارداری روی آورده شود (هیئه کبار العلماء، ۱۴۳۴: ۵۱۳).

برخی از فقهای شیعه نسبت و تلازم میان کثرت جمعیت و عقب‌ماندگی جوامع را به کلی منکر و مردود شده‌اند و برعکس، ادعا نموده‌اند که مخ‌ها و مغزهایی که دست به ابتکار، اختراع، کثرت تولید و پیشرفت علمی می‌زنند، در حالت افزایش تعداد جمعیت وجود دارند. هر اندازه تعداد جمعیت بیشتر باشد، احتمال وجود متفکران و نوایغ بیشتر خواهد شد و به هر اندازه که جمعیت کم و محدود باشد، احتمال وجود نوایغ و متفکران کمتر خواهد بود (سبحانی‌تبریزی، ۱۳۹۷: ۱۲۵).

حفظ تندرستی و زیبایی زن: از دلایل کنترل جمعیت یا جلوگیری از بارداری، حفظ صحت و جمال و زیبایی زن گفته شده که بارداری و زایمان پی در پی و اموری که پس از بارداری و زایمان لازم است مانند توجه به فرزندان و انجام امور مربوط به فرزندان و مراقبت از آنان و شب‌بیداری جهت تأمین ضرورت و نیازهای فرزندان، زن را تهدید می‌کند و توان و زیبایی زن را از بین برده و زندگی زناشویی وی را تهدید می‌کند و چه بسا که شوهر از زن روی برتابد و زن را ترک و طلاق دهد و به زن دیگری گرایش یابد؛ بدین دلیل که زن بدحال و درعین حال مشغولیت وی نسبت به فرزندان، موجب کم‌توجهی به شوهر می‌شود؛ از این رو، چاره جلوگیری از بارداری و مهار زادوولد است.

این شبهه از سوی اشخاص مبالغه‌گو، گزافه‌گو و لاف‌زن دامن زده می‌شود که شهوت حیوانی آنان طغیان و از فطرت انسانی منحرف شده‌اند؛ اشخاصی که هیچ دغدغه‌ای جز لذت و استمتاع و انجام خواسته‌ها و میل شهوانی ندارند و از مسئولیت فرزند و تحمل زحمات او فرار می‌کنند. برکناری زن از وظیفه و مسئولیت بارداری و زایمان که خداوند او را برای تحمل چنین مسئولیتی آفریده است، باعث سرکوبی، مهار نمودن زن، پیدایش عقده‌های روانی چون ناراحتی، اضطراب و افسردگی می‌شود و جمال و زیبایی زن را از بین می‌برد و هر گاه برای جلوگیری از بارداری یا اسقاط حمل از داروهای گیاهی و مانند آنها استفاده کند، رنج و غصه او زیاد و ضررهای استفاده از داروها چندین برابر خواهد بود. چنین ضررها و آفاتی بدون تردید به مراتب بیشتر از خطرات مهار نسل‌آوری و بارداری است. افزون‌براینکه، افزایش زادوولد رشد تولید، ازدیاد وسایل معیشت، نفع خاص برای خانواده و نفع عام برای مردم دارد.

با توجه به نکات یادشده پرسش این است که کدامیک از دو کار (تولید مثل یا جلوگیری از بارداری) شایسته تأکید و فراخوانی است.

دشواری ولادت و زایمان: گاهی وضعیت زن به گونه‌ای است که زایمان به شکل عادی برای او دشوار است و فرزند باید توسط عمل جراحی از شکم مادر بیرون آورده شود و چه بسا در اجرای عمل جراحی و اخراج فرزند از شکم مادر نگرانی، بیم و احتمال زیان وجود دارد و ممکن است تکرار عمل جراحی خطر نسبت به زن و موجب پایان دادن به زندگی وی شود. بدین جهت ممکن است گفته شود که جلوگیری از اصل بارداری، یا جلوگیری از تکرار بارداری به خاطر حفظ حیات زن واجب است؛ زیرا حفظ جان یکی از مقاصد ضروری پنج‌گانه شریعت می‌باشد. دلیل یادشده نمی‌تواند مربوط به مهار فرزندآوری و سامان‌دهی نسل و جمعیت باشد و خلط این دو بحث نادرست است؛ زیرا در فرض یادشده جلوگیری از بارداری به جهت تهدید جان مادر است که شرعاً می‌تواند جایز باشد. برخلاف بحث مهار جمعیت که به انگیزه‌ها و اهداف دیگری که پیش‌تر بیان شد، صورت می‌گیرد؛ از این رو، نمی‌توان به چنین دلیلی جهت مهار جمعیت و جلوگیری از بارداری استدلال نمود.

ضعف و بیماری زن در اثر بارداری پیاپی: از دلایل دیگری که برای کنترل زادوولد ذکر شده این است که بارداری پی در پی و به دنبال هم گاه به دلیل بیماری یا ناتوانی برای زن ضرر دارد و افراد باتجربه، متخصص و کارشناس تأیید می‌کنند که بارداری پی در پی موجب وخامت، ناگواری و بدفرجامی وضع جسمی زن می‌شود. بدین جهت زن می‌تواند از وسایل بدون ضرر جهت تنظیم حمل یا تأخیر حمل در یک فاصله زمانی استفاده کند که با وضع جسمی او سازگار، نشاط و نیروی زن را حفظ نماید. در اینکه زن برای جلوگیری از بارداری از چه ابزارهای استفاده کند، باید به اهل خبره و کارشناس مراجعه نماید؛ زیرا بیم مصاب شدن زن به عقامت و نازایی و بیماری‌های دیگر در اثر استفاده از وسایل جلوگیری از بارداری وجود دارد. دلیل یادشده همانند دلیل قبلی نمی‌تواند جلوگیری از بارداری را توجیه کند؛ زیرا مدعیان مهار تولیدمثل و نسل انگیزه‌های دیگری برای جلوگیری از بارداری دارند و جلوگیری از بارداری به دلیل ناتوانی و بیماری زن و در موارد ضرورت هرگز معنایش کنترل زادوولد به معنای جلوگیری از بارداری به صورت مطلق نمی‌باشد.



ضرر به کودک شیرخوار: گاه مرد تصور می‌کند که آمیزش با همسرش در شرایطی که زن دارای کودک شیرخوار می‌باشد به فرزند شیرخوار او آسیب می‌زند؛ بنابراین برای حفظ صحت و مواظبت بر سلامتی کودک از آمیزش با همسرش خودداری می‌کند و فرق ندارد که آمیزش باعث تغییر شیر مادر و متضرر شدن کودک باشد یا آمیزش موجب بارداری زن شود که در اثر آمیزش توقع و انتظارش وجود دارد. در هر صورت چنین نگرانی عذری برای زن و شوهر جهت ترک و خودداری از آمیزش محسوب می‌شود. مورد یادشده نیز مانند موارد پیشین به بحث مهار جمعیت و جلوگیری از بارداری ارتباط ندارد.

ضرورت عزل (انزال اسپرم خارج از رحم) در برخی موارد: در موارد زیادی مرد نیاز به «عزل» از خانم خود دارد «عزل از قدیمی‌ترین شیوه‌ها برای جلوگیری از بارداری و به معنای انزال و ریختن اسپرم در خارج از رحم است»؛ البته در حکم عزل اختلاف نظرهای فراوانی وجود دارد. برخی عزل را مطلقاً اجازه داده و برخی مطلقاً حرام و برخی میان کنیز و آزاد فرق گذاشته‌اند و گروهی هم میان حالت اذن زوجه و غیر آن تفاوت گذاشته‌اند؛ یعنی عزل در صورت اجازه زن جایز می‌باشد و بدون اجازه زن جایز نیست (هیئه کبار العلماء، ۱۴۳۴، ج ۲۸: ۱).

آنچه در مورد انگیزه‌ها و عوامل اخیر که در توجیه جلوگیری از بارداری بیان شد، به اجمال، می‌توان گفت: اینکه موارد یادشده شرایط اجباری و اضطراری است که خانواده‌ها و زوجین را مجبور به مهار زادوولد و جلوگیری از بارداری می‌کند، مانند سخت بودن بارداری پیاپی و بدون فاصله و استراحت، ترس و نگرانی از سلامتی و حفظ جان زن، مسافرت زوجین در جای دور که از مراقبت حمل و زایمان نگران باشند یا زوجه دارای طفل شیرخوار و نگران تغییر شیر یا کاهش آن باشد و... که مشکل فردی و نه عمومی جامعه است، در چنین مواردی با شرایطی می‌توان جلوگیری از بارداری و مهار زادوولد را جایز دانست (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۷: ۱۲۲)

۵. دلایل تحریم مهار فرزندآوری و جلوگیری از بارداری

قبل از بیان ادله حرمت و منع مهار فرزندآوری و جلوگیری از بارداری لازم به یادآوری است که از نظر شریعت اسلامی تولیدمثل، توالد و افزایش فرزند امر مطلوب بوده و در قرآن و سنت بر آن تأکید شده است. از آیات قرآن بر محبوبیت تکثیر نسل به این موارد می‌توان استدلال نمود: «الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا (کهف، ۴۶)؛ مال و فرزندان زینت حیات دنیا است» و



در آیه دیگر خداوند در مقام امتنان بر بندگانش فرموده: «وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنِينَ وَحَفَدَةً...» (نحل، ۷۲)؛ و خدا از جنس خودتان برای شما جفت آفرید و از آن جفت‌ها پسران و دختران و دامادان و نوادگان بر شما خلق فرمود و آیات دیگری مانند «...فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ...» (النساء، ۴)؛ که خداوند دعوت به ازدواج نموده و دعوت به ازدواج ملازم با دعوت به تکثیر نسل می‌باشد و آیه «وَأَنْكحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ...» (نور، ۳۳) و بسیاری آیات دیگر مانند آنچه در سوره فرقان راجع به صفات بندگان خدا آمده (فرقان، ۷۴) یا در سوره نوح راجع به شیخ الانبیاء یا درخواست زکریای پیامبر (ع) (نوح، ۱۰-۱۲) یا در سوره‌های اسراء و الشعراء و... (اسراء، ۶؛ الشعراء، ۱۳۲-۱۳۳) آمده و در بیشتر آنها اموال و اولاد با هم ذکر شده است و دلالت دارند که اموال و اولاد هر دو سبب قدرت و قوت می‌باشد. اموال سبب قدرت اقتصادی و اولاد سبب قدرت انسانی و هر کدام مکمل همدیگرند (مکارم‌شیرازی، ۱۳۸۰: ۲۷۵؛ سبحانی، ۱۳۹۷: ۱۱۳ و روحانی، ۱۴۱۴: ۱۹۷ و...).

روایات در این زمینه فراوان است؛ مانند روایاتی که در آن پیامبر (ص) می‌فرماید: «تزوجوفانی مکاتربکم الامم غدا فی القیامه...؛ ازدواج کنید و به تکثیر نسل پردازید که در روز قیامت به کثرت اتمم افتخار می‌کنم» (سبحانی، ۱۳۹۷: ۱۱۳) و «ان خیر نساءکم الولود الودود العفیفه العزیزه فی اهلها الذلیله مع بعلها؛ بهترین زنان کسانی هستند که زایا، مخلص و علاقمند به شما بوده و پاکدامن و عزیز در میان اهل خانه مطیع و رام و سر به راه نسبت به شوهرش باشد (همان) یا روایاتی که فرزند را از عطایا و هدایا و نعمت‌های مبارک و خجسته الهی شمرده است یا روایاتی که فرزند زیاد را مطلوب دانسته است (مکارم‌شیرازی، همان) و روایات پرشمار دیگری که رجحان، مطلوبیت و افضلیت تکثیر اولاد از آنها استفاده می‌شود؛ البته که ملاحظاتی در کیفیت استدلال به آیات و روایات وجود دارد. دلایلی را که می‌توان بدان‌ها در جهت حرمت و ممنوعیت مهار تولیدمثل یا حرمت جلوگیری از بارداری استدلال نمود عبارت‌اند از:

مهار فرزندآوری ترویج سنت جاهلی: مهار افزایش جمعیت و زادوولد از سنت‌های جاهلی می‌باشد؛ زیرا در جاهلیت مردم فرزندان خویش را به دلیل ترس از فقر، تهیدستی و بینوایی می‌کشتند و خداوند فرمود: «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْءًا كَبِيرًا» (اسراء، ۳۱)؛ هرگز فرزندان خود را از ترس فقر به قتل نرسانید که ما رازق شما

و آنها هستیم؛ زیرا این قتل و زنده به گور کردن فرزندان گناه بسیار بزرگی است». مقصود از «املاق» در آیه «فقر» می‌باشد. اساس ادعای مهار افزایش جمعیت سلامت اقتصادی است و اینکه مردم نیازی به تولید نسل و مثل ندارند؛ چون دارایی‌های موجود میان مردم نیاز موجودین را کفایت نمی‌کند، آن وقت چگونه می‌توان به نیازهای جمعیتی مثل جماعت موجود که متولد و تکثیر می‌شوند پاسخ داد؟!

افزایش جمعیت خطر وحشتناک بر منابع عایداتی و درآمدهای اقتصادی دارد و این سخنی است که به تکرار از زبان طرفداران مهار نسل‌آوری شنیده می‌شود و این عیناً همان دلیل مشرکین برای توجیه کشتن فرزندانشان می‌باشد. سخن یادشده از سخنان جسورانه، گستاخانه، بی‌شرمانه و ابلهانه دانسته شده و خداوند می‌فرماید: «قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ... (انعام، ۱۴۰)؛ به یقین کسانی که فرزندانشان را از روی بی‌خردی و بدون هیچ علمی کشتند، تباه شدند» و یا می‌فرماید: «وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا... (هود، ۶)؛ رزق و روزی پدران و فرزندان همه برعهده خداوند است». «نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ» (اسراء، ۳۱). براساس این، دعوت و فراخوان مردم به مهار فرزندان، احیای سنت زشت جاهلیت است و ما موظف به نابودی و مخالفت با روش‌های جاهلانه بوده و از تقلید و الگوگیری از مردمان دوره جاهلیت نهی شده‌ایم.

ضدیت با مقصدی از مقاصد شریعت: از جمله مقاصد و اهداف شریعت تکثیر نسل است نه محدودیت نسل؛ چنان‌که پیش‌تر در حدیث نبوی (ص) اشاره شد که پیامبر (ص) می‌فرماید: «تزوجوا لودود الولود...»؛ پس آنچه شرعاً مطلوب و از مسلمانان خواسته شده ازدیاد نسل می‌باشد. محدودیت و مهار زادوولد در ضدیت، مغایرت و تقابل با این مطلوب شرعی قرار دارد و هر چیزی که در ضدیت و تقابل با مطلوب شرعی قرار داشته باشد، ممنوع است (مجموعه متخصصان علوم شرعی، ۱۴۴۲: ۱۳۸-۱۳۹).

مهار افزایش جمعیت سبب سوءظن و بی‌اعتمادی به خدای متعال: از دلایل ممنوعیت جلوگیری از زادوولد و افزایش جمعیت بی‌باوری و گمانه‌زنی سوء نسبت به آفریدگار متعال است و براساس آیات قرآنی سوءظن و بدگمانی نسبت به خداوند نارواست؛ زیرا درحقیقت، معنای ادعای مهار نسل‌آوری این است که شما به تولیدمثل نپردازید؛ چون اگر شما به فرزندان‌آوری پرداخته و فرزندانتان افزون شود، کار بیهوده‌ای را انجام داده و هزینه‌های بیشتری جهت تأمین



معیشت و زندگی آنها را بر خود تحمیل کرده‌اید و کسی نیست که به آنها روزی رساند و این سوءظن به خداست؛ درحالی که خداوند می‌فرماید: «وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا...» و در جای خود ثابت شده که نکره در سیاق شرط، نفی و نهی دلالت بر عموم و فراگیری دارد. در آیه شریفه کلمه «دابه» پس از نفی قرار گرفته و معنایش این است که رزق و روزی هر جنبنده در روی زمین برعهده خداست؛ پس کسانی که پندارشان این است که فرزندان بدون روزی متولد می‌شوند یا فرزندان وقتی به دنیا می‌آیند از نظر معیشت و گذران زندگی در تنگنا قرار می‌گیرند نه خودشان و نه پدران آنها نمی‌توانند خوراک آنان را فراهم نمایند، این سوءظن و بی‌اعتمادی نسبت به خداست. در نتیجه، ادعای مهار افزایش جمعیت از اول تا آخر بر سوءظن استوار بوده و سوءظن به حرام می‌انجامد و در علم اصول فقه ثابت شده هر چیزی که به حرام منجر شود، حرام است و سد ذرایع از موضوعات شریعت بزرگ است.

به بردگی گرفتن انسان‌ها: ادعای مهار فرزندآوری آرزو و خواسته‌ای از خواسته‌ها و هدفی از اهداف مدعیان کاهش جمعیت را برآورده می‌کند که کاهش و تقلیل جمعیت اسلامی باشد تا بتوانند آنان را به بردگی و ذلت بکشانند (الافاده الشرعیه لبعض المسائل الطبییه، بی‌تا، ج ۲: ۹۰-۸۸). افزون بر دلایل یادشده بر تحریم کنترل موالید دلایل دیگری نیز از سوی برخی فقهای امامیه و اهل سنت ذکر شده و مورد نقد قرار گرفته است؛ از جمله اینکه داشتن فرزند همچنان که حقی برای والدین می‌باشد، حق امت و مردم نیز می‌باشد؛ بلکه حق امت بر فرزند بیشتر از حق والدین می‌باشد؛ به‌ویژه در عصر کنونی که عصر رقابت، منازعه و مبارزه میان ملت‌ها در کثرت و قوت نیروی انسانی است و مهار زادوولد منافات با قدرت و قوت ملت‌ها دارد؛ از این رو مهار و ایجاد محدودیت در تکثیر نسل جایز نیست.

دلیل یادشده از این جهت با مخالفت مواجه شده که دلیل بر این وجود ندارد که مردم حقی در فرزند داشته باشند و این خودش اول کلام است و ثابت نیست و بحث راجع به موردی است که بر تکثیر نسل محذور نوعی و اجتماعی مترتب باشد که ترتب محذور نوعی و اجتماعی تکثیر نسل شرعاً مورد مخالفت واقع شده و جواز ندارد، دلیل دیگر تحریک و تشویق قرآن و سنت بر تکثیر نسل می‌باشد. چنان‌که پیش‌تر بیان شد، ایجاد محدودیت در فرزندآوری و کاستن از فرزند با قرآن و سنت منافات دارد. پاسخ دلیل یادشده این است که با فرض قبول که کتاب و سنت تشویق و تحریک به تکثیر نسل دارد؛ ولی دلالت بر لزوم تکثیر

نسل در قرآن و سنت وجود ندارد؛ زیرا اگر الزام به تکثیر نسل نظم اجتماعی مختل شود، پس تکثیر نسل بدون شک واجب نمی‌باشد.

دلیل دیگر از سوی جماعتی از فقهای اهل سنت ارائه شده است. از نظر آنها جلوگیری و ایجاد محدودیت نسبت به توالد به صورت مطلق حرام است؛ زیرا جلوگیری از زادوولد مانند تغییر جهت سیل از مسیر اصلی آن می‌باشد. در نقد دلیل یادشده گفته شده که دلیل ارائه شده حرمت جلوگیری را ثابت نمی‌تواند بکند و نهایتاً فقط کراهت جلوگیری توالد و تناسل را ثابت می‌کند؛ آن هم در صورتی که عنوان ثانوی مانند حفظ نظام وابسته به کاهش و تقلیل جمعیت نباشد (روحانی، ۱۴۱۴: ۲۰۳).

۶. آثار منفی مهار و جلوگیری از بارداری

ایجاد محدودیت در تولید نسل و جلوگیری از بارداری دارای آثار منفی، پیامدها و سرانجام سخت و خطرناک است که در ذیل به برخی از عواقب ناخوشایند آن اشاره می‌شود.

گسترش روابط نامشروع و حرمت‌شکنی: آنچه موجب ترس، بیم و پروای انسان می‌شود و انگیزه می‌شود که انسان پا را فراتر از حد نهد، در گام نخست، خداترسی و خوف از خدا می‌باشد و این مانع در اثر الحاد، بدکیشی و ضعف انگیزه دینی از بین می‌رود و در گام بعدی ترس از سرافکندگی، رسوایی، بدنامی باعث می‌شود که انسان از حد تجاوز نکند. این نگرانی، اضطراب و ترس با گسترش ابزارهای جلوگیری از بارداری و مهار جمعیت امروزه از بین رفته و زن از ناحیه باردار شدن اطمینان خاطر یافته است و راه‌هایی از بارداری را با استفاده از ابزارها به‌خوبی می‌شناسد و در نتیجه زن و شخص علاقمند و دل‌بسته او بدون کدام ترس و حیا به آرزو و میل خود رسیده و به اشباع غریزه جنسی خویش می‌پردازند.

گسترش بیماری‌ها در اثر گستردگی جرائم منافی عفت: گسترش جرم رابطه غیر مشروع موجب گسترش بیماری‌های خبیث، مفسد، شرم‌آور و بدخیم می‌شود؛ مانند بیماری‌های مقاربتی چون سفلیس و سوزک و... که از کشنده‌ترین و مخرب‌ترین بیماری‌هاست و شدیدترین خطر را نسبت به زندگی مردم دارد.

کنار زدن پرده حیا: فساد اخلاقی، از دست رفتن و گم شدن نسب‌ها، ضعف روابط میان خانواده‌ها و... از آثار و عوارض منفی دیگر استفاده از ابزارهای محدودیت نسل و جلوگیری از حمل است و از این طریق بی‌نظمی، آشفتگی، هرج و مرج زیاد و بلا شدت می‌یابد.



کاهش نیروهای سازنده: در اثر مهار تولید نسل و بسنده نمودن افراد به فرزندان محدود، نیروهای سازنده و تولیدکننده کاهش می‌یابند. زنان و مردان سالخورده و کهنسال افزایش یافته و در نتیجه تولید کاهش می‌یابد و جامعه با کمبود امکانات معیشتی، تشدید مشکلات و گرفتاری‌ها مواجه شده و سیطره و حاکمیت مردم ضعیف و از بین می‌رود و توان دفاعی از مردم سلب می‌شود. پیشگیری از بارداری به تدریج و آهسته به پیری و سالخوردگی افراد جامعه می‌انجامد. وقتی جامعه به سالخوردگی برسد، دیگر بازگرداندن آن به وضعیت پیشین آسان نخواهد بود. واقعیت دنیای بیرونی هم نشان می‌دهد که برخی کشورها به این وضعیت گرفتار شده‌اند. کهنسالی افراد جامعه پیامدهای چون ضعف قوای نظامی، ضعف قدرت اقتصادی، ضعف بنیه فکری و علمی، فقدان نشاط در زندگی و... را به دنبال دارد (انصاری، ۱۴۱۵: ۸۶).

ضعف و شکنندگی روابط زوجین: از عوارض منفی دیگر مهار افزایش جمعیت ضعیف شدن روابط زناشویی میان زوجین و وجود رابطه ضعیف میان آن دو است. شکننده بودن رابطه زوجین ممکن است به دلیل نداشتن فرزند یا کم بودن آنها با استفاده از ابزارهایی باشد که یا از اول باعث نازایی می‌شود یا زوجین با استفاده از ابزارها در یک حد معین تناسل را متوقف می‌کنند. وجود اولاد روابط زوجین را تقویت و محبت و سازش میان آنان را پایدار می‌کند و دو طرف رابطه خود را ناگزیر می‌بینند که دشواری‌های زندگی زناشویی را تحمل نموده و آنچه را تحمل کنند که گاه از سوی یکی از اطراف رابطه موجب آزار دیگری می‌شود و وقتی میان زوجین چنین رابطه‌ای نبوده و یا رابطه آنها ضعیف باشد، پیوند ازدواج سست شده و سرانجام رابطه ازدواج گسسته و برچیده می‌شود. در نتیجه طلاق افزایش، شر و فساد در خانواده‌ها نفوذ یافته و این به ضعف و فساد جامعه منجر می‌شود.

سقط جنین و پیدایش برخی بیماری‌ها: از آثار منفی دیگر مهار فرزندآوری سقط جنین و پیدایش برخی بیماری‌هاست؛ به‌ویژه اسقاط حمل به‌عنوان یکی از روش‌های جلوگیری از بارداری که گاه ممکن است به نابودی و از بین رفتن زن بینجامد و بسیاری از اطباء و دانشمندان روان‌شناسی، ضررهای ناشی از جلوگیری و ایجاد محدودیت در توالد و تناسل را به‌صورت اجمالی و تفصیلی مورد بحث قرار داده‌اند (هیئه کبار العلماء، ۱۴۳۴: ۵۱۸-۵۲۷).

نتیجه‌گیری

از سخنان پیشین دریافت و برداشت می‌شود که مهر فرزندآوری به‌علت بیم از فقر و بینوایی، برخلاف واقعیت و در ضدیت با نصوص و اهداف شریعت اسلامی است. تمامی دلایل مدعیان مهر تولید نسل مخدوش، معیوب و توان توجیه مهر فرزندآوری و افزایش جمعیت را ندارد. جلوگیری از تولید نسل ازسوی شریعت اسلامی جز در موارد استثنایی و ضرورت با شرایط خاص حرام و ممنوع بوده و ادله‌ای فراوان بر مطلوبیت زادوولد و افزایش فرزند در متون دینی وجود دارند که در پرتو آنها به‌روشنی پسندیده بودن تکثیر نسل را می‌توان اثبات کرد. مهر زایش و فرزندآوری پیامدها و آثار منفی زیادی چون بدبینی و بی‌اعتمادی نسبت به آفریدگار متعال، ناسازگاری با مقاصد شریعت، گسترش امراض و جرایم منافی با عفت، از بین رفتن استحکام و سستی بنیان خانواده و... را در پی دارد.



منابع

۱. الافاده الشرعيه لبعض المسائل الطبيه. (بی تا). بی جا: بی نا.
۲. انصاری، محمدعلی. (۱۴۱۵ ه.ق). الموسوعه الفقهیه المیسره. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳. تمیمی، ابوعبداللہ. (۱۴۲۳ ه.ق). توضیح الاحکام من بلوغ المرام. مکہ مکرمہ: مکتبہ الاسدی.
۴. جمعی از طلبہ های علوم دینی. (بی تا). بحوث لبعض النوازل الفقهیه، بی جا: بی نا
۵. جمعیت علمی فقه طبی. (بی تا). الفقه الطبی. ریاض: بی نا
۶. روحانی، سیدصادق. (۱۴۱۴ ه.ق). المسائل المستحدثه. قم: دارالکتاب.
۷. زبیدی، بلقاسم بن ذاکر بن محمد. (۱۴۳۵ ه.ق). الاجتهاد فی مناط الحکم الشرعی. عربستان: جامعہ ام القری.
۸. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۹۷). مسائل فقهیه. قم: مؤسسہ امام صادق (ع).
۹. مجموعہ متخصصان علوم شرعی. (۱۴۴۲ ه.ق). الفقه الطبی، مکتبہ الرشید، چاپ پنجم، سعودی.
۱۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰). بحوث فقهیه هامه. قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
۱۱. هیئہ کبار العلماء. (۱۴۳۴ ه.ق). ابحات هیئہ کبار العلماء. الرئاسة العامة للبحوث العلمیة والإفتاء، الرياض چاپ پنجم، ریاض.





سال دوم، شماره پنجم، خزان ۱۴۰۳



۱۲۸



Human dignity and the right to sustainable peace

Qasem Ali Sadaqat

Abstract

The right to sustainable peace is an example of the third generation of human rights and has foundations, including the inherent dignity of man, which has certain functions, and these functions have been considered in this article in an inductive and deductive manner with the aim of analyzing and explaining their functions and benefits. Naturally, in any society where human dignity is respected, the right to sustainable peace is justified and legitimate, and at the same time, it also determines its scope and scope. In the event of incompatibility of negative peace with justice, equality of opportunity, and the first and second generations of human rights, negative peace will not prevail. Because if negative peace is established at the cost of violating the aforementioned issues, human dignity will be violated. Similarly, torture will not be justified and legitimate in order to guarantee negative peace, because torture is against human dignity. Moreover, ensuring traditional security cannot violate the right to sustainable peace. Ultimately, sustainable peace is dependent on the realization of justice and equality of opportunity, because human dignity is the guarantee of all.

Keywords: *Sustainable peace, positive and negative peace, inherent human dignity, right and peaceful life.*

***The Basics of Physician Liability Case
(Ayatollah Mohseni's Perspective with Emphasis on Afghan
Jurisprudence and Laws)***

Mohammad Rahim Asghari

Abstract

The subject of this article is the basics of physician liability in the actions and practices of the physician, which have been examined in a comparative manner in the jurisprudence and laws of Afghanistan and in a descriptive-analytical manner, from the perspective of the venerable jurist, Grand Ayatollah Mohseni (RA), including the basics that he has accepted or rejected with reason; if medical procedures are carried out in good faith and in compliance with technical principles and with the consent of the patient or his legal representative, or in emergency situations and based on medical emergencies, they are worthy of appreciation and promotion. If a doctor does not perform his duties properly and due to negligence and negligence, his actions result in criminal consequences, he is liable for any criminal, civil, administrative, disciplinary, and moral liability; this is the case when, despite observing all technical points, the opposite of the intended effect is achieved and human or financial losses are imposed on the patient; on the one hand, the damage is attributable to the medical practice and according to some jurisprudential rules such as the principle of no harm, the principle of waste, the principle of non-invalidation of blood, etc., the doctor is considered responsible; on the other hand, the doctor has carefully performed the scientific and technical principles that require acquittal; therefore, the responsibility or acquittal of the doctor is debatable; if we believe in acquittal; the bases of the doctor's non-liability must be explained according to Islamic jurisprudence and Afghan law; this article seeks to explain the scientific reasons for this theory, from the perspective of the eminent jurist, Grand Ayatollah Mohseni (Holy Serah Quds), with an emphasis on Afghan jurisprudence and laws.

Keywords: *Fundamentals, responsibility, physician, medical procedures, law and jurisprudence.*



The role of the judge's knowledge in proving a crime with a contemporary jurisprudence approach with an emphasis on Afghan law

Ali Ahmad Rezaei

Abstract

The judge's knowledge is one of the pieces of evidence for proving a claim and ways of proving a crime in Islamic jurisprudence and law, and since the main origin of Afghanistan's statutory laws is jurisprudence, it was necessary to examine the basis and scope of the judge's knowledge and the quality of citing and issuing a ruling according to it from a jurisprudential and legal perspective. The purpose of this research is to analyze jurisprudential data based on contemporary jurisprudence and the procedures of the Afghan legal system in the field of the validity of a judge's knowledge by adopting a descriptive-analytical research method.

The research findings show that the famous opinion of Imamiyya jurists, citing rational and narrated evidence (verses, narrations, and consensus), on accepting the judge's knowledge in proving crimes, has become well-known among jurists. Of course, the infallible Imam (a.s.) can rule according to his personal knowledge, but there is a difference of opinion among jurists regarding an infallible judge. A number of jurists, who may be famous, believe that a judge can act on his own knowledge in all crimes, including the rights of Allah, such as adultery and theft, and the rights of the servant, such as retaliation and slander. The famous opinion of the later Sunni jurists is that the knowledge of a judge is not valid in the rights of Allah and the rights of the servant. However, in the statements of some modern and contemporary Sunni scholars and also the position of the Afghan legal system, The validity of the knowledge of a judge is used in cases that he has acquired knowledge of himself. Because this knowledge is stronger than the knowledge obtained through other methods of proof compared to other evidence.

Keywords: *Evidence of proof, knowledge of a judge, rights of Allah and rights of the servant, contemporary jurisprudence, crimes, Afghan law.*

The role of oath in proving civil claims in Afghan law

Abdul Khaleq Shafaq

Abstract

An oath is one of the proofs of a lawsuit, and it consists of taking God's witness for news that is right for one's own benefit and to the detriment of another. Leaving the fate of the dispute to the oath as a spiritual tool is done in cases where no other valid reason can be presented to prove the subject of the dispute. In such a case, either the plaintiff's claim should be accepted without reason or a judgment should be issued against her, which neither of these two solutions is based on justice and there is a possibility of losing the right. In view of this problem, the legislator, by foreseeing a legal institution called oath, has left the fate of the lawsuit to the conscience to reveal the truth by relying on God and fearing the punishment of perjury. Considering the importance of the subject, this article has examined the role of oath in proving civil claims in Afghan law, and also evaluated the possibility and impossibility of realizing the conflict between the decisive oath and other proofs of the claim and concluded that the possibility of realizing There is no conflict between oath and other evidence.

Keywords: *Afghan law, oath, decisive oath, supplementary oath, Probative force of oath.*



Criminal Security Orders and Judicial Supervision in Canadian and Afghan Law

Alijan Fahim

Abstract

The main topics discussed in this article essentially include two points. First, the adoption of measures for the release of suspected and accused, which can be achieved through release with a verbal commitment, obtaining a summons guarantee (guarantee by another one), and financial guarantees. These measures, which are implemented in support of the freedom of the suspected and the accused, are prioritized in both the Canadian and Afghan legal systems. The second point concerns stricter measures, such as the detention of suspected and accused. This measure is applied for protecting the interest of the society. The difference lies in the fact that in Canadian law, a peace officer has the authority in criminal security measures, including the issuance of a summons, subpoena, and commitment. However, in the case of judicial supervision measures, such as ensuring compliance with conditions of release or pretrial detention of the accused, a peace judge or judge has the jurisdiction, and both the accused and the prosecutor have the right to object, agree with certain decisions, or disagree with some court decisions. Prosecutors in countries like Afghanistan and Iran have the authority to impose pretrial detention, but in Canada, this authority is not granted to prosecutors. The research method used in this article involved reviewing the laws of the countries under study and a number of related books. In other words, an analytical-descriptive (library-based) approach has been adopted. The main question of this article is: How are criminal security measures and judicial supervision defined in the laws of Canada and Afghanistan? In response, it can be said that it seems these measures in both systems began with a lenient approach in favor of the suspect and accused and have moved toward stricter measures in the interest of society. In other words, the priority is to protect the freedom of the suspect and the accused.

Keywords: *measure, summons, detention, temporary detention, accused, court.*

***The Increase and Decrease of Human Reproduction
(A Comparative Study in Ja'fari and Hanafi Jurisprudence)***

Mohammad Isa Fahimi

Abstract

Prevention, organization, and control of childbearing in order to reduce the population, with the belief that population growth causes poverty, destitution, and many difficulties such as deprivation of health, educational, and upbringing services for the people of the society, has been considered for a long time and has been at the top of economic priorities and planning and has been seriously pursued and followed up, so that supporters of reducing childbearing consider it the only solution to overcome livelihood and economic difficulties to prevent and reduce the increase of the human race, and in practice it has been on the agenda of many governments. As a result of the propaganda and dissemination of such views, many people today voluntarily take action to control childbearing by using various methods to prevent fertility. The main reason for the desire and interest of families is the preference for childbearing for the stability of the material and living situation, which is thought to lead to limiting the reproduction of the generation. From a religious and Quranic perspective, controlling childbearing under the pretext of possible livelihood and economic difficulties is unacceptable and forbidden. In the religion of Islam, the teachings There is an emphasis on marriage and procreation in the Islamic Ummah, which all Muslim Ummah members are called upon and encouraged to do. Muslim scholars unanimously consider stopping and delaying fertility without the need for false excuses such as poverty, hardship, and insufficient resources to be ignorant, pessimistic, and contrary to reality.

Keywords: *restriction, prohibition, regulation, generation, population, and children.*

