

الرضا

فصلنامه‌ی علمی پژوهشی علوم انسانی

دانشگاه خاتم النبیین (ص)

سال سوم، شماره ششم، بهار ۱۳۹۷

(ویژه‌ی فقه و حقوق)

صاحب امتیاز:
مدیر مسئول:
سر دبیر:

دانشگاه خاتم النبیین (ص)
دکتر عبدالقیوم سجادی
عبدالبصیر نبی زاده

اعضای هیأت تحریر:

۱. دکتر عبداللطیف سجادی؛ عضو هیأت علمی دانشکده فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)
۲. دکتر عبدالعلی محمدی؛ عضو هیأت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)
۳. آیت الله دکتر سید مصطفی محقق داماد؛ عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
۴. دکتر عبدالکریم اسکندری؛ عضو هیأت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)
۵. عبدالبصیر نبی زاده؛ عضو هیأت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)
۶. دکتر علی احمد رضایی؛ عضو هیأت علمی گروه فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)
۷. محمد عیسی فهیمی؛ عضو هیأت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)
۸. دکتر قاسم علی صداقت؛ عضو هیأت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)
۹. دکتر عزیز الله فصیحی؛ عضو هیأت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)
۱۰. خالق داد اسدی؛ دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی، دانشگاه المصطفی، قم، ایران.

مترجم:

طراحی جلد:

ویراستار:

عبدالبصیر نبی زاده
سید ضیاء الله علوی
محمد موسی صادقی

آدرس: کابل - کارته چهار - سرک اول - دانشگاه خاتم النبیین (ص)

شماره تماس: ۰۷۸۷۷۰۰۷۰۰

Web: WWW.Knu.edu.af

Email: Info@knu.edu.af

هرگونه استفاده از محتویات فصل نامه، تنها با ذکر منبع مجاز است.

فهرست مطالب

۱	 سخن نخست
۹	 مسئولیت مدنی دولت در حقوق افغانستان
۳۱	 قضاوت بانوان در فقه شیعه و سایر مکاتب اسلامی (مطالعه تطبیقی)
۳۹	 آثار محکومیت کیفری و مبانی آن
۶۱	 واکاوی جرم یخن سفیدی
۸۷	 ارزش علم قاضی و قلمرو آن در فقه و حقوق افغانستان
	 نقش قرائن و امارات در اثبات جرم مستوجب حد از منظر فقه اهل سنت؛ با نگاهی به حقوق
۱۱۱	 افغانستان
۱۳۱	 مقایسه‌ی بیمه و عاقله از منظر فقه
۱۶۱	 اصل بی طرفی قاضی از منظر فقه و حقوق
۱۸۳	 اخراج پناهندگان از دیدگاه حقوق بین الملل

سخن نخست

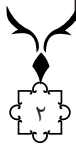


دکتر سید عبداللطیف سجادی

قانون در صورتی از سلامت، الزام و کارآمدی برخوردار است که مطابق نورم قانون‌گذاری روند و پروسه‌ی رسمی را طی نموده و عاری از هر نوع ابهام، اجمال، اشکال و تعارض باشد. قانون کود جزا از قوانینی است که راجع به امور جزایی و در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۲ طی فرمان شماره (۲۴) توسط رئیس جمهوری اسلامی افغانستان، در قالب منظوری مصوبه‌ی کابینه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان به‌عنوان قانون کشور تنفیذ شد. کود جزا عبارت از مجموعه قوانینی است که به‌عنوان قسیم قانون مدنی، تمام قوانین جزایی محتوایی را در برمی‌گیرد. این قانون به دلایلی، پروسه‌ی قانون‌گذاری را به درستی طی نکرده است. بر همین اساس با اعتراضات شدید حقوق‌دانان، به‌ویژه متدینان قرار گرفته است. بدون تردید اگر متصدیان امور حقوقی و قضایی کشور؛ از جمله: مجالس شورای ملی و موسفیدان، ستره‌محکمه، وزارت عدلیه، لوی سارنوالی، برای رفع نواقص و اعتراضات اقدام نکنند، قانون کود جزا از سلامت، الزام و کارآمدی برخوردار نبوده و ارزش قانونی نخواهد داشت. اشکالاتی که فرا راه این قانون وجود دارد، عبارت‌اند از:

یک) بر اساس ماده‌ی هشتاد و دوم قانون اساسی افغانستان، نظام قانون‌گذاری و روش تقنین در افغانستان، نظام تقنین دو مجلسی است. در این ماده‌ی قانونی مقرر گردیده است: «شورای ملی متشکل از دو مجلس؛ ولسی جرگه و مشرانو جرگه، می‌باشد. هیچ شخص نمی‌تواند در یک وقت، عضو هر دو مجلس باشد.» این ماده‌ی قانونی سرآغاز پروسه‌ی قانون‌گذاری است که به‌صورت دو مجلسی پیش‌بینی شده است. مجلس شورای ملی و پارلمان (ولسی جرگه) و مجلس «لُردها» (مشرانو جرگه) هم‌چنان بر حال و مشغول فعالیت بوده‌اند که ریاست محترم جمهوری اسلامی افغانستان بدون در نظر گرفتن مجلسین و طی روند قانونی‌شدن قانون، کود جزا را بر اساس فرمان تنفیذ کرده است. قانونی که این تشریفات را سپری نکرده باشد، ارزش قانونی ندارد و از خصوصیت الزامی‌بودن برخوردار نیست؛ به عبارت دیگر، «قانون به لحاظ اجرا، تشریفاتی دارد که تا آن مراحل را طی نکرده، الزام‌آور نخواهد بود.» بنابراین، قانون کود جزا ارزش قانونی ندارد. ممکن است قانون‌گذاران کشور با استناد به ماده‌ی هفتاد و نهم قانون اساسی افغانستان در مقام دفاع استدلال کنند. اما چنین دفاعی ارزش علمی ندارد؛ زیرا در این ماده مقرر گردیده است: «حکومت



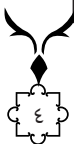


می‌تواند در حالت تعطیل ولسی جرگه در صورت ضرورت عاجل، به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی، فرامین تقنینی را ترتیب کند. فرامین تقنینی بعد از توشیح رئیس جمهور، حکم قانون را حایز می‌شود. فرامین تقنینی باید در خلال سی روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه‌ی شورای ملی، به آن مجلس تقدیم شود و در صورتی که از طرف شورای ملی رد شود، از اعتبار ساقط می‌گردد.» بدون تردید، استدلال به این ماده‌ی قانون اساسی مطابق معیار علمی موجه نیست؛ زیرا توان حکومت بر ترتیب فرمان تقنینی مقید و منوط به دوشروط؛ «تعطیلی ولسی جرگه» و «ضرورت عاجل» است. شرط اول در مورد صدور فرمان تقنینی، راجع به قانون کود جزا، ممکن است قابل احراز باشد. اما این شرط به تنهایی کارساز نبوده و زمینه‌ی مشروعیت و قانونی‌بودن قانون را فراهم نمی‌سازد؛ زیرا شرط دوم متنتی به انتفای موضوع است. به این معنی که در شرایطی که افغانستان دارای قانون نافذ و در حال اجرا بوده (قانون جزا ۱۳۵۵)، حالت ضرورت عاجل معنی و مفهومی ندارد. بنابراین، قانون کود جزا روند و پراسیجر قانونی خود را طی نکرده و از خصوصیت الزام‌آور بودن برخوردار نیست.

دو) حکومت اسلامی در راستای اشاعه‌ی فرهنگ اسلامی برای رسیدن بشر به سعادت آخرت و خوش‌بختی دنیای انسان قرار گیرد. در این زمینه، ضروری و لازم است تا از قوانین ضداسلامی، قوانین سکولاریستی مخالف شریعت به‌صورت جدی پرهیز شود، تا قانون، کرامت انسانی انسان را حفظ نماید. پیروی از اصول قانونی که آزادی و کرامت ابناء بشر را سرلوحه‌ی اهداف خود دانسته و راه رشد و تکامل انسان را می‌گشاید، بر عهده‌ی همگان است. بنای مدینه‌ی فاضله و جامعه‌ی نمونه‌ی اسلامی (اسوه) که بتواند الگو و شهیدی بر تمامی مردم جهان باشد، جز در سایه‌ی شریعت اسلامی میسر نخواهد بود. «و کذالک جعلناکم امّةً وسطاً لتکونوا شهداء علی النّاس» (بقره، ۱۳۶) مقصود از «امت وسط» امت، قوم و جمعیتی است که واقعاً و حقیقتاً دست‌پرورده‌ی قرآن کریم باشند. بشر، در سایه‌ی افکار و اندیشه‌های سکولاریستی به سعادت نخواهد رسید؛ زیرا بشری که انسان را موجود ناشناخته معرفی می‌کند، چگونه مصالح و مفاسد او را درک کند؟ تا بتواند مطابق آنها تقنین نماید. به نظر ما، بشر زمانی به سعادت و خوشی می‌رسد که خود را از هر نوع قید و بند مادی رها کرده و به سوی خالق هستی که بشر و تمام هستی، حتی مصالح و مفاسد او را آفریده است، بشتابد و او را حاکم بر عموم خلق بداند. با همین نگاه، قانون اساسی افغانستان در ماده‌ی سوم مقرر نموده است: «در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد.» این ماده که بر همه‌ی مواد قانونی دیگر حکومت دارد، در ماده‌ی یک‌صد و چهل و نهم قانون مزبور غیرقابل تعدیل تعریف شده است: «اصل پیروی از احکام دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی‌شوند.» قوانین عادی کشور با توجه به این اصل که در اعتقادات مردم مسلمان افغانستان ریشه دارد و مطابق نورم دموکراسی نیز از مقبولیت اکثریت مردم برخوردار است، تقنین می‌شود. بنابراین، حتی در جرایم تعزیری، صلاحیت قانون‌گذاری به اشخاص و افراد عادی واگذار نشده است؛ بلکه مفهوم و مقصود سند واگذاری تقنین در تعزیرات؛ «التعزیر بید الحاکم» کاملاً

روشن و مبرهن است. باید حاکم اسلامی در موارد تعزیر، حکم به مجازات تعزیری کند. اگر در نظام حقوقی اسلام همان‌گونه که در حدود، قصاص و دیات قانون‌گذاری صورت گرفته است، در مورد تعزیرات نیز نیاز به قانون‌گذاری مدوّن می‌بود، باید قانون‌گذاری صورت می‌گرفت. چگونه ممکن است شارع مقدس اسلام (قانون‌گذار قوانین در نظام حقوق اسلامی) نسبت به یک امر مهم (قانون‌گذاری در تعزیرات) بی‌تفاوت باشد؟

سه) در ماده‌ی دوم قانون کود جزا این اصل مورد توجه قرار گرفته است: «این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. مرتکب جرایم حدود، قصاص و دیات، مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد». اولاً، این نوع قانون‌گذاری که منتهی به ارجاع به فقه حنفی شده است با روح قانون‌گذاری سازگاری ندارد؛ ثانیاً، در همین قانون کود جزا این ماده مخالفت شده است؛ زیرا در مواردی از قبیل؛ قتل، زنا، قطع عضو، تعطیلی اعضا در اثر جنایت، زوال عقل و حواس در اثر صدمه‌ی ناشی از جنایت و موارد دیگر جزء حدود، قصاص و دیات است و باید در تطبیق و اجرای مجازات به فقه حنفی مراجعه شود. اما در عین حال دیده می‌شود که در قانون کود جزا در این گونه موارد قانون‌گذاری صورت گرفته است. این گونه قانون‌گذاری مخالفت آشکار با ماده‌ی دوم قانون کود جزا و یک نوع تعارض و تهافت عمل (پراتیک) با نظر (تئوریک) است. چهار) در مقایسه بین قوانین اسلامی با قوانین موضوعه بشری، ممکن است بعضی گمان کنند که قوانین اسلام در عصر کنونی (عصر تمدن) شایستگی اداره جامعه‌ی پیشرفته امروز را ندارد و می‌بایست همانند قوانین موضوعه، تغییراتی در آن داده شود تا با تمدن و افکار تازه و مترقی امروز بشر هماهنگ شود. ارباب این نوع اندیشه‌ها و نظریات یا از احکام اسلام بی‌اطلاع هستند و یا آن را به‌عنوان وحی الهی و شریعت آسمانی نپذیرفته‌اند. بلکه صرفاً از مقایسه آن با قوانین موضوعه‌ی بشری سرچشمه می‌گیرند. بدان معنی که همان‌گونه که قوانین موضوعه در دوران‌های مختلف دایماً در حال تغییر و دگرگونی بوده و هست - چنانکه می‌بینیم قوانین قرون وسطایی در جهان امروز به‌کلی منسوخ و کنار گذاشته شده و جای خود را به قوانین جدید متکی بر افکار و فلسفه‌های جدید داده است - احکام اسلام چهارده قرن پیش نیز باید تغییر کند، تا با وضع روز، قابل تطبیق باشد. پیروان این گونه دیدگاه‌ها در غفلت کامل به سر برده و دچار یک قیاس مع‌الفارق هستند؛ زیرا وحی آسمانی هرگز با اندیشه ناقص بشر قابل مقایسه نیست. زیرا مرز مایز و حدّ فاصل میان این دو (وحی و قانون) همان حدّ فاصل میان خالق و خلق است. قوانین مبتنی بر اراده‌ی خالق چون بر اساس واقعیت هستی، واقعیت انسان و مصالح و مفاسد واقعی جعل و تقنین شده است، هرگز قابل تغییر نیست و باید با تمام تمدن‌ها و پیشرفت‌های انسانی قابل انطباق باشد که هست. البته باید اذعان کرد که پیش از آنکه بشر بتواند دست به کاری بزند و دستورهای اسلامی به وسیله‌ی پیغمبر به مردم اعلام شود، یک نوع علاقه و ارتباط بین انسان و مواهب خلقت هست و این مواهب مال انسان است و حق انسان است پس این حق را قانون خلقت و آفرینش که مقدم بر قانون شرع است قرار داده و چون هر دو از جانب خداوند است، خداوند قانون دین را هماهنگ قوانین



فطرت و خلقت مقرر فرموده، قانون خلقت را طوری و قانون شرع را طوری دیگر مقرر نفرموده. اما در حقوق سکولار که امر قانون‌گذاری به بشر واگذار شده است و انسان باید قانون‌گذاری کند، مشکلاتی وجود دارد. این مشکلات باعث می‌شود به‌رغم صرف هزینه‌های سنگین اقتصادی، در مدت کوتاهی عدم کارایی قوانین توسط مجریان قانون اعلام گردیده و مجالس قانون‌گذاری به فکر قانون جدیدی بیافتند. این دور باطل هم‌چنان ادامه خواهد داشت. جز در صورتی که تمام جوامع بشری به مکتب حقوقی اسلام رو آورند. دلیل این قضیه و راز این سر‌نهفته در آن است که بشر صلاحیت قانون‌گذاری ندارد؛ زیرا بشر صلاحیت قانون‌گذاری نداشته و این صلاحیت از صلاحیت‌های انحصاری خداوند است.

پنج) یکی از چالش‌های مهم قانون‌کود جزا، مخالفت با شریعت اسلامی است. در افغانستان ۹۹٫۹ درصد ملت مسلمان است. هم بر اساس باورها و اعتقادات مردم و هم بر مبنای دموکراسی غرب باید نظر اکثریت رعایت شود. از سوی دیگر بر همین اساس در ماده‌ی سوم قانون اساسی افغانستان مقرر گردیده است: «در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد» و در ماده‌ی دوم قانون‌کود جزا نیز مقرر گردیده است: «(۱) این قانون جرایم و جزایهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. (۲) مرتکب جرایم حدود، قصاص، و دیت مطابق فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد». بر این اساس، اولاً؛ قانون‌کود جزا به چه دلیل با قانون‌گذاری بند دوم این ماده، فقه حنفی را در بوت‌هی ابهام قرار داده است؟ باید نه تنها قانون جزا بر مبنای آموزه‌های فقهی فقه حنفی صورت می‌گرفت، بلکه فقه جعفری را نیز دخیل می‌کرد. چرا چنین نمی‌شود؟ جای سوال است. ثانیاً؛ به جهت کبروی در مواردی که قانون‌کود جزا با فقه حنفی سازگار نباشد، با سه اشکال جدی مواجه است. یکی مخالف قانون اساسی کشور است. ثانیاً؛ با قانون‌کود جزا در تعارض است؛ زیرا در حدود، قصاص، و دیت مطابقت فقه حنفی شرط است. هرگاه قانونی در هر ماده‌ی قانونی مخالف فقه حنفی باشد، تعارض در خود قانون‌کود جزا است. ثالثاً؛ مخالفت با شریعت اسلام است؛ زیرا فقه حنفی در همین قانون به‌عنوان شریعت اسلام شناخته شده است. این اشکالات کبروی است که بر قانون‌کود جزا وارد است. اما به لحاظ صغروی در حد توان و فرصت خود مواردی را مطرح می‌کنیم. امید است محققین متدین دیگر نیز در این راستا دیدگاه‌های حاصل از تحقیقات شان را ارائه نمایند. در ذیل مواردی به‌عنوان نمونه یادآوری می‌شود:

(۱) مجازات سرقت: در ماده ۷۰۰ قانون‌کود جزا مقرر شده است: «شخصی که با داخل شدن به محل مسکونی یا محلی که برای سکونت آماده شده یا به یکی از ملحقات آن، مرتکب جرم سرقت گردد، به حبس متوسط محکوم می‌گردد.» این ماده‌ی قانونی با فقه حنفی و قرآن سازگاری ندارد؛ زیرا قرآن کریم فرموده است: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ» (مائده، ۳۸) در فقه جعفری آمده است: «حدّ دزد در دفعه‌ی اول این است که چهار انگشت دست راست او بریده می‌شود؛ ولی کف دست و شست را باقی می‌گذارند. چنانچه بار دوم مرتکب دزدی شود، پای چپش را می‌برند و پاشنه‌ی پا را باقی می‌گذارند. اما اگر مرتبه‌ی

سوم دزدی کند به صورت دائم حبس و زندانی می‌شود و مخارجش را از بیت المال می‌دهند، و چنانچه در زندان مرتکب سرقت شود، او را می‌کشند و در این حکم بین مسلمان، کافر، مرد، زن، آزاد، بنده، فرقی نیست. (کابلی، ۱۴۲۶ق، ۶۶۴) در فقه حنفی نیز مجازات جرم سرقت قطع دست و پا است. تنها اختلافی که وجود دارد تنها در نحوه اجرای این حکم است.

(۲) مجازات قذف: یکی از جرایم حدی قذف است. در ماده ۶۷۳ کود جزا مقرر گردیده است: «(۱) قذف عبارت است از نسبت دادن ارتکاب فعل زنا یا نفی نسب به شخص توسط یکی از وسایل علنی به نحوی که اگر صدق می‌داشت، شخصی که تهمت به او نسبت داده شده، به جزا محکوم می‌گردید یا به نزد مردم تحقیر می‌شد. (۲) هرگاه در جرم قذف، شرایط تطبیق حد موجود نگردد یا به علت شبهه و یا یکی از اسباب دیگر، حد قذف ساقط گردد، مرتکب تعزیراً به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی‌هزار تا شصت‌هزار افغانی محکوم می‌گردد. (۳) هرگاه به اثر ارتکاب جرم مندرج فقره (۱) این ماده به حیثیت شخص یا خانواده‌ی وی طوری صدمه وارد گردد که ممانعت را در ازدواج دختر یا زن به وجود آورد، مرتکب به حد اکثر حبس قصیر محکوم می‌گردد.» در قرآن کریم به صورت مطلق فرموده است: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (نور، ۴ و ۵). آیه‌ی مبارکه اطلاق دارد و تخصیص زده شده است به مورد توبه‌ی که اصلاح در پی داشته باشد. از سوی دیگر چون مورد مخصص نیست، زن و مرد را شامل است. صراحت این آیه بر سه نوع مجازات برای جرم قذف (۸۰ ضربه شلاق، عدم قبول شهادت مجرم و فسق او) دلالت دارد. در فقه حنفی قذف بر دو نوع است: (۱) قذفی که مجازاتش حد است و قذفی که مجازاتش تعزیر است. نوع اول آن است که به شخص پاکدامن نسبت زنا داده شود یا به او بگویند: «فاقد نسب هستی». نوع دوم آن است که نسبت به غیر، فحاشی و هتاک کند. (عوده، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۱۲۵) یکی از نویسندگان می‌نویسد: «جرم قذف از نظر شریعت اسلامی دو نوع عقوبت دارد؛ یکی عقوبت اصلی؛ یعنی هشتاد دره، و دیگری، عقوبت فرعی؛ یعنی عدم قبول شهادت قاذف می‌باشد... این عقوبت از نظر فقهای حنفی از آنجایی که در آن حق الله بر حق العبد غالب است، قابل اسقاط، عفو، صلح، اخذ تعویض، تبدیل و توارث نمی‌باشد. (نذیر، ۱۳۹۶، ص ۶۷) بر این اساس، اشکالات کود جزا این است که اولاً؛ میان دو نوع قذف تفکیک نکرده و موجب خلط شده است و ثانیاً؛ به لحاظ شرع باید مقدوف مسلمان پاکدامن باشد و کود جزا به این ویژگی توجه نکرده و ثالثاً؛ شرع مطلق است و قانون قذف را توسط یکی از وسایل علنی جرم دانسته است. اشکال مهم دیگر در مورد بند سوم این ماده است که برای جرم قذف در صورت صدمه به حیثیت او و خانواده‌اش یا ممانعت از ازدواج، حد اکثر حبس قصیر پیش‌بینی شده است؛ در حالی که بدون تردید در این صورت مجازات حدی قذف قابل تطبیق است و مورد از موارد قذف تعزیری نیست. (۳) مجازات ضرب و جرح: در ماده ۵۵۲ قانون کود جزا، جرایم ضرب و جرح منجر به مرگ را به حبس طویل محکوم نموده و در ماده ۵۵۳ همین قانون حالات مشدده این جرم مطرح شده



و برای آن مجازات حبس دوام درجه ۲ پیش‌بینی شده است: (۱) در حالتی که جرم با اصرار قبلی صورت گرفته باشد. (۲) در حالتی که جرم علیه موظف خدمات عامه در اثنای اجرای وظیفه یا به سبب آن صورت گرفته باشد. (۳) در حالتی که مجنی‌علیه از اصول مرتکب باشد. اولاً این دو ماده با مواد ۵۵۵ و ۵۵۶ تعارض دارد؛ زیرا در آنجا مقرر شده است: مرتکب قتل خطا به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد و هشتاد هزار افغانی، محکوم می‌گردد. در ماده ۵۵۶، حالات مشدده مطرح گردیده و حد اکثر مجازات جرم مرتکبه پیش‌بینی شده است. ثانیاً همه‌ی موارد فوق‌الذکر از موارد قتل خطا است؛ زیرا قتل خطا در فقه حنفی این است که شخصی شخص دیگر بدون قصد به قتل برساند. از دیدگاه فقه حنفی، مجازات قتل خطا دو نوع عقوبت: اصلی؛ یعنی دیه و كفاره و دیگری، بدلی؛ یعنی تعزیر و روزه است. در ماده ۵۷۶ مقرر گردیده است: (۱) شخصی که عمداً دیگری را طوری مجروح یا مضروب کند که سبب از کار افتادن عضوی از اعضای بدن یا منجر به معلولیت یا از بین رفتن یکی از حواس وی به طور دائمی گردد، به حبس طویل تا ده سال محکوم می‌گردد. (۲) شخصی که عمداً دیگری را طوری مجروح یا مضروب کند که سبب زایل شدن عقل مجنی‌علیه گردد، به حبس طویل بیش از ده سال محکوم می‌گردد. (۳) هرگاه عمل مندرج فقره‌ی (۱) این ماده، سبب معلولیت دائمی نگردد، مرتکب به حبس متوسط تا دو سال محکوم می‌گردد. در قرآن کریم فرموده: «وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ»؛ (مائده، ۴۵) و هر زخمی را قصاص خواهد بود. در فقه حنفی، هر کی بر قصاص اعضا، چیزی را بیافزاید، در حقیقت بدون کدام دلیلی بر نص افزوده است و زیادت بر نص بدون دلیل، جایز نمی‌باشد. (الزحیلی، بی‌تا: ج ۷، ص ۵۷۴/۸) و مجازات بدلی، دیه است. اما مجازات جرم واقع بر اعضا به طور خطا، دیه یا ارش است. (ابن جزی، بی‌تا، ص ۱۵۳). در جای دیگر می‌نویسد: «اگر کسی بر عضو شخص دیگری جنایت نماید و آن را از بین نبرد، ولی آن را از فعالیت باز دارد، به طور مثال کسی نیروی باصره، سامعه، شامه، ذائقه، لامسه، عاقله و ... شخص دیگری را از بین ببرد، در این صورت جانی باید دیه بپردازد» (نذیر، ۱۳۹۶، ص ۲۰۶) فقیه نامدار کشور ما در مورد دیه‌ی عقل می‌نویسد: «که از بین بردن آن، دیه‌ی کامل دارد. و چنانچه عقل در اثنای سال بر گردد، بنابر اظهر دیه ندارد، بلکه ارش دارد. اما اگر سال تمام شود، ولی عقل بر نگردد، مستحق دیه است اگر چه بعد از آن بر گردد.» در مسأله‌ی دیگر نظر داده است: «اگر به شخصی جراحاتی وارد شود که موجب از بین رفتن عقل او گردد و چنانچه وارد آمدن جراحت و از بین رفتن عقل به یک ضربت باشد، دیه‌ی آنها در یکدیگر داخل می‌شود، ولی اگر آن دو به وسیله‌ی دو ضربت پدید آمده باشد؛ یعنی با هر ضربت یک جنایتی را مرتکب شده است، دیه‌ی آنها در یکدیگر داخل نمی‌شود.» (کابلی، ۱۴۲۶، ص ۷۳۴) و موارد فراوان دیگری که مجال بررسی همه‌ی آنان نیست.

پیشنهاد ما این است که: اولاً، این قانون توسط علمای متخصص و صاحب رأی و حقوق‌دانان متدین مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد. ثانیاً، فراگیر و تمام‌شمول باشد؛ به این معنی که در حدود، قصاص، دیات، تعزیرات، قضا، شهادات و ... دیدگاه‌های فقه‌ای اسلامی به صورت مواد قانونی مدون

گردد. ثالثاً، برای تصویب و توشیح، پروسه‌ی قانونی قانون‌گذاری را طی نموده و پس از گرفتن رأی هر دو مجلس که همه‌ی اعضای آن، مسلمان و دلسوز به اسلام و کشور است، توسط ریاست محترم جمهوری اسلامی افغانستان توشیح شود.



مسئولیت مدنی دولت در حقوق افغانستان

عبدالعلی محمدی*

* پوهاند (استاد)، دکترای حقوق عمومی، کادر علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل،

افغانستان

چکیده

مسئولیت مدنی دولت با آن‌که در اصل، نیاز به بحث ندارد اما چندوچون آن، نیازمند بحث جدی است. حقوق افغانستان مسئولیت مدنی دولت را پذیرفته؛ اما در این خصوص، دیدگاه روشن و قابل دفاعی ندارد و به همین ملاحظه، نه مبنای معین برای آن در نظر گرفته و نه مکانیزمی برای رسیدگی به دعاوی مربوط، تعریف نموده است. به همین ترتیب، حقوق افغانستان، مسئولیت ناشی از عمل قانونگذاری را نپذیرفته و خسارات ناشی از آن را غیرقابل جبران می‌داند؛ اما اعمال اجرایی و قضایی زیان‌بار را در کل، قابل جبران می‌شناسد.

آشفته‌گی نظم حقوقی افغانستان در رابطه با مسئولیت مدنی دولت، حاکی و ناشی از فقدان مبنای تئوریک است و همین فقد و فقر مبنایی، موجب شده است تا قانون اساسی یک‌جا از نظریه‌ی مسئولیت ناشی از تقصیر سخن بگوید و جای دیگر از مسئولیت بدون تقصیر حمایت و دفاع کند. این در حالی است که ادارات دولتی و مقامات عمومی با تصمیمات ناموجه و اقدامات نادرست‌شان در عرصه‌های مختلف قضایی و اجرایی، موجب زیان و خساراتی بر شهروندان می‌گردند. با این حساب، هرگاه مسئولیت مدنی دولت، مبنای درست و قابل دفاع و مکانیزم روشن و قابل اجرا نداشته باشد، حقوق شهروندان ضایع گردیده و حاکمیت قانون با تخلفات مقامات عمومی، با نقض جدی مواجه می‌گردد.

واژه‌های کلیدی: مسئولیت مدنی، مسئولیت مدنی دولت، زیان، جبران خسارت، تقصیر اداری، عمل اداری، حقوق افغانستان.



درآمد

مسئولیت مدنی، مفهومی است که با ورود ضرر و حصول زیان معنا پیدا می‌کند و براساس آن، زیان وارده باید جبران شود. جبران زیان از سوی زیان‌زننده در روابط میان اشخاص حقیقی و افراد، یک اصل مسلم و عقلایی به شمار می‌رود و اصولاً قوام معاملات میان مردم بر همین مبنا است که در صورت ضرر، زیان‌زننده ملزم به جبران آن باشد. نگاهی گذرا به متون قانونی و دقت در سیره و روش اصحاب معاملات به خوبی این مسئله را روشن می‌نماید.

مسئولیت مدنی مبتنی بر اصل کلی حقوقی جبران خسارت است که بر مبنای آن، خسارات و زیان‌های ناشی از قصور یا تقصیر افراد در معاملات و قراردادهای و نیز خسارات ناشی از اعمال زیان‌آور خارج از قرارداد بایستی جبران شود.

در گذشته، نظر به این که دولت دارای اقتدار برتر بود و حریم دولت قدسی پنداشته می‌شد، اصلاً انتقاد یا اعتراض نسبت به دولت معنا نداشت، چه رسد به این که مردم از آن طالب خسارت باشند و دولت را به لحاظ اعمال و اقدامات زیان‌بارش ملزم به پرداخت خسارت به افراد و اشخاص بدانند.

فکر قدسی‌پنداری دولت، مدت طولانی بر جوامع بشری حکم‌فرما بود؛ اما با پیدایش انقلاب‌های دموکراتیک و مطرح‌شدن حقوق بشر و شهروندی و مهیاگشتن زمینه‌های طرح شکایت علیه دولت از جانب افراد، این تابو شکست و اقتدار پرشکوه دولت در انظار مردم خرد شد. به‌طوری که امروزه دولت در روابط غیرحاکمیتی به هیچ‌وجه نمی‌تواند از سر اقتدار با مردم روبرو شود و در روابط سیاسی نیز کمال دولت در آن است که بتواند با درپیش گرفتن سیاست‌های اقناعی، مردم تحت حاکمیت را از طُرُق گوناگون راضی نگاه دارد.

امروزه مسئولیت مدنی دولت، همانند مسئولیت مدنی افراد، یک اصل مسلم به شمار می‌آید و در مورد آن، جای هیچ‌گونه شک و تردیدی نیست. آنچه محل بحث و گفت‌وگو می‌باشد، ابعاد و زوایای آن است. با این‌همه، مسئولیت مدنی دولت، که نقش مهمی در حاکمیت قانون دارد، در افغانستان یک امر نوظهور است و به همین ملاحظه، ایجاب می‌نماید مبنای نظری و سایر ابعاد آن با تاکید و تمرکز بر حقوق افغانستان، مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

۱. مبانی مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی به لحاظ حقوقی مبتنی بر دیدگاه‌ها و مبناهایی است که هر کدام، مسیری جدا از دیگری ترسیم می‌نماید. این مبانی در اصل، عوامل موجهه‌ی مسئولیت مدنی هستند. تفاوت و تعدد مبانی نشان‌بارزی بر حتمی‌بودن مسئولیت مدنی و گواه روشنی بر گستره و ابعاد آن است. با وجود آن که یک مبنا بر عامل تقصیر، تکیه دارد و دیگری بر محوریت خطر، اصرار می‌ورزد؛ یکی تفکیک میان اعمال را معیار داوری می‌داند و دیگری تفکیک میان خسارات را راهی برای تحقق عدالت می‌شمارد؛ اما آنچه جوهره تمام این دیدگاه‌ها و رویکردها محسوب می‌گردد، دغدغه

عدالت و نگرانی از تضییع حقوق افراد و اشخاص است. به ویژه این که دولت به عنوان قدرت برتر و بی‌رقیب، اگر پذیرای مسئولیت اقدامات زیان‌بار خویش نباشد، اولین و بزرگترین قربانی این وضعیت، عدالت است و به این ترتیب، بنیاد جامعه متزلزل و نظام اجتماعی دگرگون خواهد شد. با این همه، دو نظریه بیش از همه جلب توجه می‌کند.

۱-۱. مسئولیت ناشی از تقصیر

پس از هر حادثه‌ی زیان‌بار، به‌ویژه اگر دامنه‌ی آن وسیع و همراه با تلفات و خسارات فراوان باشد، اولین سوالی که در ذهن آدمی نقش می‌بندد این است که این حادثه در اثر تقصیر چه کسی به وجود آمده و مسئول آن کیست؟ در صورتی که عامل حادثه، یک شخص خاص و زیان ناشی از آن نیز متوجه یک یا چند فرد معین باشد، مسئله ابهام چندانی ندارد. اما در صورتی که حادثه در اثر کوتاهی یک شخص حقوقی، آن هم شخص حقوقی حقوق عمومی؛ همانند دولت یا موسسات و نهادهای وابسته به آن، به وجود آید، بررسی مسئله و رسیدگی به آن پیچیده و دشوار است. چنان‌که در موارد ریزش کوه یا ریزش پل، برف‌کوچ، عدم نصب حفاظ و علائم ایمنی در کنار جاده‌ها و پل‌ها، نقص مستمر چراغ‌های ترافیکی، حفر سرک و جاده بدون گذاشتن علائم هشدار دهنده و قطع مداوم و مکرر برق که همگی موجب زیان‌ها و تلفاتی می‌گردند؛ هم‌چنین، در انفجار و آتش سوزی در کارخانه‌ها، پالایشگاه‌های نفت و گاز، ادارات و موسسات، مراکز آموزشی و تفریحی و امثال آن همان سوال تکرار می‌شود.

در نظریه‌ی تقصیر، تنها دلیلی که می‌تواند مسئولیت کسی را نسبت به جبران خسارت توجیه نماید، وجود رابطه‌ی علیت میان تقصیر و ضرر است. براین اساس، برای یافتن مسئول حادثه‌ی زیان‌بار، زیان‌دیده باید در نقش مدعی، تقصیر عامل زیان را به اثبات برساند. (رک: کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۱۰۲-۱۳۳) ضرر و زیانی که در اثر کوتاهی اداره یا کارکنان دولت پدید می‌آید، با عنوان تقصیر اداری یاد می‌شود. تقصیر اداری عبارت از نقض قوانین و مقررات اداری است که در محورهایی؛ چون اعمال حقوقی غیر قانونی، تخطی از صلاحیت‌ها و خودداری از انجام وظایف قانونی، محقق می‌گردد. (موسی زاده، ۱۳۸۷، ص ۲۵۴) در این حالات، اداره ممکن است وظایف قانونی را انجام ندهد، یا درست انجام ندهد، یا با تاخیر انجام دهد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۳۸۹) یا برخلاف قانون انجام دهد. پس هرگاه سازمان و نهاد دولتی به این موارد مبادرت ورزد، می‌توان گفت تقصیر اداری به وقوع پیوسته است.

قانون اساسی در جایی، البته نه چندان روشن، مسئولیت اداره را بر اساس عامل تقصیر مدنظر قرار داده مقرر می‌دارد: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند.» (قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲، ماده ۵۱) همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد قید «بدون موجب» در این ماده ابهام دارد و معلوم نیست مراد از آن چیست؟ آیا مراد از آن، حکم محکمه است یا حکم قانون یا صواب‌دید مقامات اداری یا هر چیز دیگری که ممکن است اداره در توجیه اعمال و اقدامات خود به آن متوسل شود؟ در



هرحال، آنچه از این ماده فهمیده می‌شود این است که قانون اساسی به وجود عامل تقصیر در ایجاد مسئولیت مدنی برای دولت گرایش دارد و بدون آن، مایل به قبول مسئولیت مدنی برای دولت نیست. بنابراین، مسئولیت مدنی دولت در صورتی پذیرفته است که تقصیر اداری محرز گردد.

به همین ترتیب، با پیش‌بینی اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه برای اعضای محکمه‌ی عالی یا ارتکاب جنایت از سوی قاضی، بر مسئولیت ناشی از تقصیر قاضی مهر تایید می‌زند. (قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲، ماده ۱۲۷ و ۱۳۳) هم‌چنان قانون کار در مورد مسئولیت مالی کارکن در برابر اداره، مقرر می‌دارد: «کارکن در صورتی از خسارتی که حین اجرای وظیفه به اداره وارد می‌شود، مسئولیت دارد که خساره وارده ناشی از تقصیر وی باشد.» (قانون کار افغانستان، ماده ۱۳۱، فقره‌ی ۱) بر این اساس، «کارکن از خساره احتمالی ناشی از جریان عادی کار مسئول شناخته نمی‌شود.» (قانون کار افغانستان، ماده ۱۳۱، فقره‌ی ۲) هرچند این حکم در مورد روابط داخلی اداره با کارکن است؛ اما آنچه از آن استنباط می‌شود این است که مسئولیت اداره در برابر مردم هم بر همین مبنا استوار است؛ یعنی اداره در صورتی مسئول عواقب زیان‌بار اقدامات خود و پرداخت خسارت دانسته می‌شود که مقصر باشد.

۱-۲. مسئولیت بدون تقصیر

این نظریه در اواخر قرن نوزدهم با هدف تامین بیشتر و بهتر عدالت و در واکنش به نظریه‌ی تقصیر پدید آمد و در اثر آن، دایره مسئولیت مدنی دولت به طور چشم‌گیری توسعه یافت. از این رو، ابتدا در باره خود نظریه و سپس، در مورد مبانی آن توضیحاتی ارائه می‌گردد.

۱-۲-۱. مفاد نظریه

دولت ممکن است به منظور تامین منافع عمومی، تصمیماتی بگیرد که از بابت آن هیچ‌گونه تقصیری متوجه دولت نباشد؛ اما در عین حال، این تصمیمات یا اقدامات ممکن است برای اشخاص و افراد زیان‌آور باشد و موجب صدماتی گردد؛ مثل آن‌جا که دولت کشت تریاک را منع می‌کند و در اثر آن، جمعی از کشاورزان و دهقانان متضرر می‌گردند یا به مقتضای منافع عمومی، زمین یا ملک و اموال شهروندان را استملاک می‌نماید یا حاصل فعالیت‌های معدنی یا غیرمعدنی برخی شهروندان را تصرف می‌کند که موجب خسارت به آنان می‌گردد. قانون اساسی در این رابطه مقرر می‌دارد: «ملکیت از تعرض مصون است. ملکیت هیچ شخص بدون حکم قانون و فیصله‌ی محکمه‌ی با صلاحیت مصادره نمی‌شود. استملاک ملکیت شخص، تنها به مقصد تامین منافع عامه، در بدل تعویض قبلی و عادلانه به موجب قانون مجاز می‌باشد...» (قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲، ماده ۴۰)

این حکم قانون اساسی ناظر بر مسئولیت بدون تقصیر دولت و صریح در آن است و در واقع، از روحیه‌ی مردم‌گرایانه‌ی نشئت می‌گیرد که در آن، به آزادی‌ها و حقوق افراد اهمیت زیادی داده می‌شود. طرفداران این نظر می‌گویند، اگر مسئولیت دولت تنها بر تقصیر مبتنی باشد، بسیاری از خساراتی که در اثر اعمال و اقدامات دولت بر مردم وارد می‌گردد، بدون جبران می‌ماند و این، با

مقتضای عدالت و انصاف ناسازگار است.

نظریه‌ی مسئولیت بدون تقصیر در واقع، متمم و مکمل مسئولیت کلی دولت است که مبتنی بر نظریه‌ی تقصیر می‌باشد. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۳۹۳) این نظریه در حقوق کشورهای اروپایی توسعه‌ی فراوانی یافته و نشانه‌های خوبی از آن در حقوق افغانستان هم قابل مشاهده است. به نظر می‌رسد در نظام حقوقی افغانستان، اصل مسئولیت بدون تقصیر پذیرفته و در موارد مختلفی مورد توجه می‌باشد؛ چنان‌که سلب مالکیت سرمایه‌گذار یا دارایی‌های فعالان اقتصادی بخش خصوصی، تنها به منظور تامین منافع عمومی با پرداخت خسارت پیش از اقدام به سلب مالکیت ممکن است. مطابق قانون «دولت می‌تواند صرف به منظور تامین منافع عامه، مالکیت سرمایه‌گذاری یا دارایی‌های تثبیت منظور شده را به صورت غیرتبعیضی طبق احکام قوانین نافذه کشور سلب نماید.» (قانون سرمایه‌گذاری خصوصی، ماده ۲۷) در این حالت، «دولت مکلف است قبل از سلب مالکیت، خسارت متناسب را مطابق با اصول و قوانین پذیرفته شده بین‌المللی به اساس نرخ روز بدون تاخیر بپردازد.» (قانون سرمایه‌گذاری داخلی، ماده ۲۸)

هم‌چنین در عملیات کشف و استخراج نفت و گاز، جبران خسارت پیش‌بینی شده و براساس آن «هرگاه در اثر عملیات سطحی و عمقی تفحصاتی نفت و گاز، ضرری به ملکیت یا حقوق اشخاص وارد گردد، بانظرداشت تخریباتی که در سطح زمین و حاصلات زراعتی، اشجار، تعمیرات و حیوانات وارد گردیده، قراردادی [اعم از دولتی و غیردولتی] مکلف به پرداخت خسارت عادلانه می‌باشد.» (قانون نفت و گاز، ماده ۱۴، فقره ۱) به همین منوال، در صورتی که دولت به خاطر منافع عامه، اموال و املاک افرادی را که به حکم قانون مجاز به انجام فعالیت‌های منرالی هستند تصرف نماید، پرداخت خسارت یک امر ضروری و مقتضای عدالت شمرده می‌شود. براین اساس «دولت نمی‌تواند مواد منرالی استخراج شده، ملکیت و اموالی را که توسط دارنده حقوق منرالی جهت فعالیت‌های منرالی به کار می‌رود، به صورت اجباری تصرف نماید. حالاتی که ضرورت عامه ایجاب نماید از این امر مستثناست. در این صورت، پرداخت خسارت و تادیه‌ی قیمت عادلانه مطابق قوانین نافذه کشور و معیارهای بین‌المللی صورت می‌گیرد.» (قانون معادن، ماده ۹۰)

۲-۲-۱. مبانی نظریه

نظریه‌ی مسئولیت بدون تقصیر، بر اساس دو عامل یا مبنا قابل توجیه است.

۱-۲-۲-۱. نظریه‌ی خطر

نخستین عامل توجیه یا مبناي مسئولیت بدون تقصیر، نظریه‌ی خطر است. در این نظریه، صرف وجود رابطه‌ی علت میان زیان و عمل کافی است تا مسئولیت عامل زیان احراز شود. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۸۰) به عبارت دیگر، عمل و فعالیت هر شخص حقیقی یا حقوقی، بدون این‌که تقصیر یا جرم باشد، ایجاد خطر می‌کند و خود، باید متحمل عواقب آن باشد. برای مثال، کسانی که در کارخانه یا شرکت کار می‌کنند، همواره در معرض حوادث و رویدادهای مختلفی هستند که به مریضی، معیوبیت یا زیان مالی آن‌ها منجر می‌گردد، که در اصل، ناشی از کار با

دستگاه‌ها و ماشین‌آلات صنعتی و ابزارهای خطرناک در محیط کار است. از آن‌جا که منافع و عواید کار به کارفرما تعلق می‌گیرد، زیان ناشی از آن هم بر عهده‌ی اوست. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۳۹۵) این دیدگاه شبیه قاعده‌ی فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم» است که براساس آن، هرکس از مزایای چیزی بهره می‌برد، تاوان لازم را هم باید بپردازد.

با توجه به همین نکته، قانون کار، کارفرما را ملزم به تامین شرایط ایمنی در محیط کار می‌نماید (رک: قانون کار، مواد ۱۰۷-۱۱۹) و با عنایت به همین عامل، کارفرما (اداره) به پرداخت خسارات ناشی از ضرر صحتی مربوط به کار، ملزم می‌گردد؛ (قانون کار، ماده ۱۱۸، فقره‌ی ۴) یعنی در صورت وقوع حوادث ناگوار و مریضی‌های غیرمترقبه‌ی ناشی از کار، کارفرما مکلف است کمک‌های اولیه را برای کارکنان فراهم نماید؛ کارکن مصاب به مرض ناشی از کار را به شفاخانه انتقال دهد و پس از بهبودی به محل اقامتش بازگرداند و در صورتی که تداوی نیازمند اعزام کارکن به خارج از کشور باشد، اداره موظف است هزینه‌ی تداوی، رفت‌وآمد و اقامت مریض و یک نفر همراه وی را به طور کامل بپردازد. (قانون کار، ماده ۱۱۴)

هرچند این خطرات مربوط به محیط کار و اشتغال است اما در جامعه، خطرهای زیادی وجود دارد که به طور دایم، افراد را تهدید می‌کند. رهایی از عواقب زیان‌بار این خطرات تنها با تعریف مسئولیت امکان‌پذیر است؛ خطراتی همانند ریزش تونل یا برف‌کودج، تیراندازی نیروهای امنیتی در شهرها و شاهراه‌ها، انفجار ماین و مواد انفجاری باقی‌مانده از زمان جنگ توسط موسسات دولتی یا غیردولتی، حوادث تروریستی و انتحاری، مسدود کردن سرک‌ها به خاطر عبور کاروان حامل سران سیاسی و دولتی، تجمعات و تظاهراتی که منجر به بی‌نظمی و اغتشاش و از بین رفتن نظم عمومی کشور می‌شود و ده‌ها مورد دیگر از این قبیل، همه بر مبنای نظریه خطر قابل تحلیل و تبیین هستند و براساس آن، می‌توان برای دولت مسئولیت تعریف نمود.

۲-۲-۱. تساوی مالیاتی

عامل یا مبنای دوم در توجیه مسئولیت بدون تقصیر، اصل تساوی مالیاتی و برابری افراد در برابر هزینه‌های عمومی است. طرفداران این توجیه معتقدند که در مواردی، اقدامات دولت به طور قطع موجب خسارت و زیان افراد می‌گردد؛ مثلاً دولت چه بسا با تصویب قانون، کشت تریاک را منع و برای آن مجازات تعیین می‌کند. در این حالت، ضرر ناشی از منع کشت تریاک برای دهقانان، قابل تقویم و تبدیل به وجه نقد و پول است و می‌توان آن را محاسبه و مبلغ تقریبی آن را مشخص نمود. بنابراین، دهقانان گویا این پول را همانند مالیات از جیب خود می‌پردازند؛ اما به مقتضای تساوی مالیاتی به عنوان یک اصل کلی در حقوق عمومی، اگر این خسارات جبران نشود، به مثابه آن است که این دهقانان علاوه بر مالیات معمولی که همه به آن مکلفند، مالیات دیگری نیز به خاطر تامین منافع عمومی می‌پردازند. درحالی‌که این امر مخالف اصل برابری افراد در پرداخت مالیات و تحمیلات ناشی از اداره امور عمومی است که اقتضا دارد خسارات مزبور، سرشکن و بین همه‌ی شهروندان توزیع و به این طریق جبران گردد. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۳۹۶)



نهایت این که نظریه‌ی مسئولیت بدون تقصیر، با دغدغه‌ی تأمین عدالت و تأکید بر وجود رابطه‌ی علت و معلولی میان زیان و حادثه، هر اقدام زیانبار را، ضمان‌آور و هر فعالیت منفعت‌زا را، مسئولیت‌آفرین می‌خواند و از این رو، علی‌رغم انتقادهای زیاد، از نگاه جمعی از دانشمندان، رویکرد مطلوبی به مسئولیت مدنی به شمار می‌رود. از این منظر آن چه اهمیت دارد، رسیدن به عدالت است و این ابزارهای منطقی تنها وسایل راه‌گشایی به سوی این هدف هستند. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۱۳۳)

۲. گستره‌ی مسئولیت مدنی

با توجه به ادله‌ی فقهی و مبانی نظری مسئله، معلوم می‌گردد که ادله‌ی جبران خسارت یا مسئولیت مدنی، اطلاق دارد و به مقتضای آن، تمام موارد زیان اعم از مالی و غیر مالی و نیز حالات علم و جهل یا عمد و خطا را در بر خواهد داشت.

۲-۱. علم و جهل یا عمد و خطا

در آغاز باید توجه داشت که علم و عمد ملازم یکدیگرند و اصلاً تعمد بدون آگاهی تصور ندارد. لکن خطا همواره ملازم جهل نبوده با وجود علم نیز امکان‌پذیر است؛ هیچ‌گاه تمام موارد خطا ناشی از جهل نیست؛ به عبارت دیگر، اشتباه در حکم، همواره ناشی از جهل است؛ اما اشتباه در موضوع با وجود علم هم امکان دارد. هم‌چنین، امور مالی و غیر مالی از این نظر، با هم‌دیگر متفاوتند؛ زیرا در اموال، فرض عمد و خطا یکسان است و زیان‌زننده به استناد جهل یا خطا نمی‌تواند از مسئولیت تبری جوید. بنابراین، در مسئولیت مدنی نسبت به اموال، صدق عرفی اسناد تلف به شخص و اثبات آن کافی است و هیچ‌گونه خطا یا عمد در آن لحاظ نگردیده است. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ص ۲۰۵-۲۰۹؛ ابن‌رشد، ۱۹۹۲م، ج ۲، ص ۴۰۶؛ ابن‌البراج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۴۸۹)

به بیان دیگر، مراد از اتلاف، نابودکردن عمدی یا خطایی مال مسلمان، بدون اذن و رضایت اوست که با تحقق آن، تلف‌کننده ضامن است و باید خسارات وارده را جبران نماید (مصطفوی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۹) اما به نظر می‌رسد اکثر کلمات فقها در ظاهر، ناظر بر حالت عمد در اتلاف است؛ مواردی هم‌چون ضمان ملاحان، باربران، رنگ‌کاران، صنعت‌گران، خیاطان و نیز اجاره‌چارپایان و امثال آن، همگی بر اساس تعدی و تفریط که مستلزم علم و عمد است، شکل می‌گیرند. (مفید، ۱۴۱۱ق، ص ۶۴۱-۶۴۳؛ طوسی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۳۹۶؛ الموسوی الخویی، بی‌تا، ج ۲) به خصوص این که «اتلاف در اموال برگرفته از موارد خاصی است که در آن‌ها حکم به ضمان شده است؛ مثل رهن، مضاربه، ودیعه، عاریه و اجاره، که تعدی و تفریط از شروط اساسی ضمان در این موارد است.» (مصطفوی، ۱۴۱۳ق، ص ۷۸) زیرا در غیر این صورت، روابط مالی و معاملات مسلمین دچار اختلال گشته و فراتر از آن، نظم عمومی و امنیت اجتماعی مورد تهدید واقع خواهد شد. چون تلف‌کننده‌ی مال غیر، براساس ادعای خطا به راحتی می‌تواند از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند؛ به ویژه این که بار اثبات تقصیر (دعوا) هم بر عهده‌ی مدعی است که به سادگی امکان ندارد. از

این رو بعضی فقها، زیان‌زننده (و نه زیان‌دیده) را موظف می‌کنند بی‌گناهی خویش را اثبات نماید و در صورت اقامه‌ی بینه بر عدم تفریط و تعدی، ذمه‌ی وی را بری از ضمان می‌دانند. (مفید، ۱۴۱۱ق، ص ۶۴۳) پس در امور مالی در حالات عمد و خطا، مسئولیت مدنی زیان‌زننده ثابت است و باید از عهده‌ی آن برآید.

اما در امور غیر مالی، عمد و خطا فرق دارد. در صورت اثبات تعدد، جبران زیان فقط با قصاص ممکن است؛ ولی در صورت خطا، غرامت مالی کفایت می‌کند. بنابراین، هرگاه شهادت کذب، مبنای حکم قاضی باشد، بعد از کشف واقع، علاوه بر نقض حکم، اگر مورد حکم مال باشد، شاهد دروغگو ضامن است؛ یعنی اگر عین مال موجود است، بازگرداندن آن و اگر تلف شده، غرامت آن ضروری است. اما اگر مورد حکم، قطع دست، اعدام یا سنگسار باشد، شاهد دروغگو قصاص می‌شود. (الموسوی الخویی، بی‌تا، کتاب‌الشهادات، مسأله‌ی ۱۲۳) هم‌چنین، اگر چهار شاهد در مورد زنا‌ی محصن شهادت دهند، اما بعد از اجرای حد و قتل مشهودعلیه، یکی از آن‌ها با رجوع از شهادت بگوید: دچار توهم شده و تصور نموده او مرتکب جرم شده است؛ در این صورت، مطابق روایت، وی به حد شرعی و پرداخت دیه‌ی فرد اعدام‌شده محکوم می‌گردد. اما اگر اظهار کند در شهادت کذب تعدد داشته است، کشته می‌شود. (حر عاملی، بی‌تا، کتاب‌الشهادات، باب ۱۲) ۲-۲. عین و منفعت (انتفاع)

بنابر دیدگاه برخی بزرگان فقه همانند صاحب جواهر، مباشرت در اتلاف موجب ضمان است؛ چه این‌که تلف شده عین باشد؛ مثل حیوان کشته‌شده و لباس پاره‌شده، یا منفعت باشد؛ مثل سکونت منزل. (النجفی، بی‌تا، ج ۳۷، ص ۴۶) هم‌چنین علامه حلی و محقق ثانی نیز بر ضمان منافع تصریح دارند. (محقق ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۱۷) ابن قدامه از فقهای اهل سنت هم در این رابطه می‌گوید: تلف یک قطعه زمین به آن است که مثلاً دیوار آن ویران شود، آب بر آن رها گردد، خاک آن برداشته شود، سنگ در آن انداخته شود یا نقصی در آن با کاشتن نهال یا ساختمان‌سازی ایجاد گردد. در تمام این موارد، شخص تلف‌کننده ضامن است و در این باره هیچ اختلافی میان دانشمندان و عموم اهل مذهب وجود ندارد. (ابن قدامه، ج ۵، ص ۲۴۲)

بنابراین، اگر کسی با فراهم‌نمودن موجبات سلب انتفاع از عین، منفعت قطعی (نه منفعت احتمالی) را تلف کند، همانند آن است که عینی را تلف نموده باشد و از این جهت، مباشرت در اتلاف عین یا منفعت، مستلزم مسئولیت مدنی است. پس هم اتلاف عین و هم اتلاف منفعت (انتفاع) هر دو، مدلول ادله‌ی مسئولیت مدنی است و براساس آن، می‌توان نسبت به جبران خسارات وارده در قبال اتلاف عین و منفعت حکم نمود. لکن در رابطه با جبران زیان منافع از طریق ارزیابی و تقویم، باید توجه داشت که علی‌رغم آن‌که به حکم قاعده، ضمان مثلی، مثل و ضمان قیمی، قیمت است و طبعاً در ضمان منافع، منافع مثل یا قیمت آن معیار حکم به غرامت می‌باشد، اما از نظر بعضی علمای اهل سنت باید شأن و موقعیت اجتماعی زیان‌دیده مد نظر قرار گیرد و با توجه به آن، مثل یا قیمت منفعت تلف‌شده معین گردد.

مالک بن انس به این باور است که بریدن دم مرکب سواری قاضی، در حکم اتلاف آن و مستلزم پرداخت تمام قیمت آن است؛ زیرا قاضی به خاطر اجتناب از اهانت بر مرکب دم بریده سوار نمی‌شود. (طوسی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۳۹۶) اما در مقابل، امام ابوحنیفه، شافعی و شیخ طوسی بر این نظرند که تفاوتی میان حمار قاضی و حمار شوکی (خارکن) وجود ندارد و در صورت بریدن دم آن، در هر دو مورد، پرداخت ارزش لازم است و این حکم اجماعی است؛ به طوری که برای مازاد بر آن محتاج دلیل هستیم که با فقد دلیل، اصل برائت حاکم است. (طوسی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۳۹۶)

۳. شروط مسئولیت مدنی

برای اثبات مسئولیت مدنی دولت تنها مبانی نظری و توجیهی کفایت نمی‌کند. بلکه تحقق آن، مستلزم وجود شروطی است که به تثبیت آن می‌انجامد؛ به عبارت دیگر، مبانی نظری، مسئولیت مدنی دولت را تنها در مقام نظر و ثبوت، به تصویر می‌کشند، اما تحقق و عملیاتی شدن آن در مقام عمل و اثبات، منوط به تحقق شروطی است. شروط لازم برای تحقق مسئولیت مدنی و الزام دولت به پرداخت خسارت، عبارتند از: (۱) وجود ضرر؛ (۲) رابطه سببیت میان عمل اداری و ضرر که در این گفتار به ترتیب، توضیحی در مورد آن‌ها ارائه می‌شود.

۳-۱. وجود ضرر

واضح است که قوام مسئولیت مدنی به وجود ضرر و ورود زیان است. به طوری که با انتفای ضرر و زیان، ضمان ذمه و مسئولیت مدنی، سالبه به انتفای موضوع است. از این رو، این پرسش جدی در باب معنا و مفهوم ضرر مطرح می‌گردد تا با درک درست آن، بتوان از مسئولیت مدنی سخن گفت.

۳-۱-۱. فقدان یا نقصان مال

ضرر در لغت به معنای از دست دادن مالکیت چیزی یا کاهش ارزش آن به نحوی است که قیمت فروش با هزینه‌ی اولیه برابری نکند (Garner, 2000, p306)؛ به عبارت دیگر، ضرر به معنای گزند، نقصان، زیان و مقابل نفع معنا شده است؛ (عمید، ۱۳۸۹، ص ۷۳۵) چنان که نفع به معنای سود و بهره و ضدضرر معنا گردیده است. (عمید، ۱۳۸۹، ص ۱۰۲۵) به این ترتیب روشن می‌گردد که ضرر از مفاهیمی است که درک آن پیوند عمیق و مستقیم با درک معنای مفهوم متضاد آن؛ یعنی نفع دارد. (Garner, 2000, p63) بنابراین، در توضیح مفهوم ضرر باید میان دو حالت تفاوت نهاد؛ در یک حالت، ممکن است در اثر اقدام شخصی، مال موجود شخص دیگر از دست برود یا صدمه ببیند و ارزش آن کاهش یابد. در این صورت، وجود و ورود ضرر، مسلم و مسجل است. اما در حالت دیگر، مثلاً کسی کاری کند که در اثر آن، دیگری به سودی نرسد که باید می‌رسید. آیا در این صورت که شخصی از یک نفع، محروم شده متضرر محسوب می‌گردد؟ به عبارت دیگر، آیا ضرر تنها شامل از دست دادن مالکیت مال یا کاهش ارزش آن است یا موارد سلب نفع را هم در بر می‌گیرد؟

۲-۱-۳. سلب نفع یا انتفاع

توضیح و بیان مسئله، مستلزم تفکیک میان دو حالت نفع و انتفاع است. مثلاً ممکن است کسی کاری کند که در اثر آن، صاحب ملک یا مال نتواند از آن استفاده لازم ببرد؛ چنان‌که مثلاً دولت املاک یا اموال کسی را توقیف یا مصادره نماید. در این حالت که از آن به سلب انتفاع تعبیر می‌شود، تحقق ضرر و ورود زیان در اثر فقدان مالکیت بر منفعت، جای تردید ندارد و به یقین صاحب مال، متضرر می‌شود. چون در واقع، مال وی آسیب دیده و سرمایه‌ی وی از گردش بازمانده است. پس زیان وارده باید جبران شود.

اما در صورت سلب نفع، حکم به تحقق ضرر دشوار و حتی نامحتمل است؛ زیرا در این حالت، نه مال کسی معدوم یا مصدوم می‌گردد و نه از انتفاع از آن محروم می‌شود؛ بلکه در این حالت، به عایدی نمی‌رسد. مثلاً دو نفر (تولیدکننده و فروشنده) با هم قرارداد می‌کنند که مقداری از تولیدات معین تا تاریخ معینی به‌دست فروشنده برسد؛ اما به هر دلیلی این کار با تأخیر انجام می‌گیرد. فرض قضیه این است که اگر اجناس مورد نظر در زمان معین به دست فروشنده می‌رسید، این امکان برایش فراهم بود که بتواند آن‌ها را با قیمت بهتر و بیشتر بفروشد و سود زیادتری به دست آورد؛ ولی به‌خاطر تأخیر در وصول اجناس، این فرصت از دست فروشنده می‌رود. در این حال، آیا می‌توان گفت تولیدکننده موجب ضرر فروشنده شده و بایستی از عهده‌ی آن برآید؟ به نظر می‌رسد جواب منفی است.

هم‌چنین، این مسئله در مورد حبس شخص نیز صادق است؛ مثل این‌که پلیس یا دادستان (سارنوال) شخصی را بدون دلیل موجه توقیف نماید که در اثر آن، شخص بازداشتی نتواند به تعهدات خویش در قبال دیگری وفا کند یا از کار و کسب باز بماند. در این حال نیز قضیه دو فرض دارد؛ در یک فرض، جبران خسارت قطعی و اجتناب‌ناپذیر است و آن در صورتی است که بازداشت شخص، مستلزم تأخیر در انجام تعهدات نسبت به اشخاص دیگر باشد، اما در فرض دیگر، جبران خسارت چندان منطقی نخواهد بود؛ زیرا ممکن است شخص در توقیف هم نباشد اما زمینه‌ی کار و فعالیت برایش فراهم نشود و به سود یا عایدی دست نیابد. مگر این‌که مدت توقیف، طولانی و احتمال بی‌کار ماندن شخص در آن مدت، متفی باشد.

در نهایت به این جمع‌بندی می‌رسیم که تحقق ضرر در صورتی است که مال کسی از بین برود یا آسیب ببیند یا صاحب مال از انتفاع از آن محروم شود؛ اما سلب نفع و دست‌نیافتن به سود بیشتر، مصداق ضرر نیست و ادعای جبران آن بی‌دلیل است؛ مگر این‌که از ناحیه‌ی قرارداد، الزامی متوجه طرفین شود. چنان‌که تأخیر در انجام تعهد به طور ذاتی یا برحسب شرط ضمن عقد، مستلزم پرداخت خسارت است. به عبارت دیگر، بین سلب نفع و سلب انتفاع، از ناحیه‌ی تحقق و عدم تحقق ضرر، تفاوتی آشکار است؛ در مورد سلب نفع، ادعای ضرر و لزوم جبران آن، مردود؛ ولی در سلب انتفاع اعم از انتفاع مال یا ذات، مقبول و مسموع است.

۲-۳. سبب ضرر

افزون بر وجود خود ضرر، وجود سبب ضرر نیز در تحقق مسئولیت مدنی شرط است. به این

ترتیب، در نظریه‌ی مسئولیت ناشی از تقصیر، تقصیر یا خطای اداری سبب ضرر است؛ یعنی ضرر وارده باید معلول تقصیر دولت یا کارمند باشد. از این رو، آنچه اهمیت دارد، تعیین رفتار تقصیرآمیز دولت یا مامور آن به گونه‌ایست که عمل کرد زیان‌بار آن‌ها علت موثر ورود زیان باشد. (موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۲۵۴) اما در مسئولیت بدون تقصیر، خود حادثه یا عمل، سبب ضرر دانسته می‌شود؛ اما سببیت حادثه برای ضرر، شروطی دارد که به ملاحظه آن‌ها، بار مسئولیت بر دولت تحمیل می‌گردد.

۳-۲-۱. رابطه‌ی سببیت بین عمل و ضرر

وجود رابطه‌ی علت و سببیت میان عمل اداره و ضرر، نخستین شرط تحقق سببیت است؛ وجود رابطه‌ی علی و معلولی میان ضرر و عمل اداره به این معناست که زیان و ضرر، نتیجه مستقیم و منطقی عمل زیان‌بار باشد. به این ترتیب، باید میان اعمال مختلف زیان‌بار، تفاوت نهاد و نشان داد که در چه موردی، می‌توان از مسئولیت مدنی دولت سخن بر زبان آورد و در چه مواردی، تحمیل مسئولیت بر دولت غیرمنطقی است. براین اساس، یک‌دسته اعمال زیان‌بار، ناشی از قوه قاهره هستند. زیان‌های ناشی از قوه قاهره قابل جبران نیست و نمی‌توان به خاطر آن دولت یا کسی دیگر را مسئول دانست. فورس‌ماژور به نیروها و عواملی اطلاق می‌گردد که هم قابل پیش‌بینی نباشند و هم مقاومت در برابر آن از توان بشر خارج باشد. بنابراین، حوادثی همانند سیل، صاعقه، زلزله و طوفان از این دسته محسوب می‌شوند.

دسته دیگر، زیر عنوان حوادث غیرمترقبه جای می‌گیرند؛ حوادث غیرمترقبه با آن‌که اغلب قابل پیش‌بینی نیستند، اما نمی‌توان گفت بشر در برابر آن‌ها تاب مقاومت ندارد. حوادثی همانند آتش‌سوزی و انفجار کارخانه یا دستگاهی که افراد با آن کار می‌کنند، از این نوع به شمار می‌روند. در این موارد، رابطه سببیت میان عمل و ضرر منتفی نیست و در نتیجه، این حوادث، رافع مسئولیت هم نخواهند بود. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۳۹۷-۳۹۸) دسته سوم را می‌توان حوادث مقطعی یا غیرعادی نامید. این حوادث با توجه به اوضاع و شرایط، هم قابل پیش‌بینی هستند و هم بشر می‌تواند در برابر آن مقاومت نماید. حوادثی مانند برف‌کوب در سالنگ‌ها، ریزش دیوار، پل یا ساختمان فرسوده، ریزش کوه در فصل بهار به ویژه در مناطق کوهستانی مثل بدخشان و پنجشیر و مواردی از این قبیل، جزء این گروه محسوب می‌شوند که رابطه مستقیم میان عمل اداره و ضرر در آن‌ها ثابت است.

بنابراین، تنها در صورتی که حادثه ناشی از قوه قاهره (فورس‌ماژور) باشد، مسئولیت‌آور نخواهد بود و هیچ‌کس را نمی‌توان به خاطر آن مسئول دانست؛ اما در دو حالت دیگر، اداره یا همان دولت، مسئول است و نمی‌تواند به بهانه‌ی غیرمترقبه یا غیرعادی بودن حادثه از مسئولیت فرار کند و نسبت به پرداخت خسارت افراد، بی‌توجه بماند.

۳-۲-۲. اختصاصی و غیرعادی بودن ضرر

شرط دوم سببیت آن است که ضرر وارده، اختصاصی و غیرعادی باشد. اختصاصی به این معنا که دامنه ضرر به فرد یا افرادی محدود گردد و آن‌چنان عمومیت نداشته باشد که شامل تمام



مردم شود؛ مانند مالیات یا حوادث ناشی از جنگ با کشور خارجی. غیرعادی نیز به این معناست که ضرر از جمله ضررهای عادی و متعارفی نباشد که مردم نوعاً در زندگی عادی متحمل آن می‌گردند؛ مانند تحمل گردوغبار ناشی از ساخت‌وساز سرک‌ها و پارک‌ها یا دور شدن راه رفت‌وآمد مردم به‌خاطر ساخت‌وساز یا مسائل امنیتی. به این ترتیب، زیان‌های فراگیر یا عادی، قابل جبران نیستند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۳۹۸) و انتظار این‌که دولت نسبت به پرداخت خسارت در قبال آن احساس مسئولیت کند، انتظار غیرمنطقی و غیرعقلانی است.

سرانجام این‌که در نظریه‌ی مسئولیت بدون تقصیر، وجود رابطه‌ی علیت و سببیت میان عمل اداره و ضرر از یک‌سو، و اختصاصی و غیرعادی بودن ضرر از سوی دیگر، شرط تحقق مسئولیت مدنی دولت است.

۴. مسئولیت دولت از بابت عمل اداری

البته سخن گفتن از تقصیر اداره یا انتساب خطا و تقصیر به اداره، تعبیر منطقی و درستی نیست؛ زیرا اداره همانند شخص طبیعی دارای اراده نیست که بتواند کاری انجام دهد یا خطایی مرتکب شود. تمام اعمال اداره از سوی کارکنان و توسط ایشان انجام می‌پذیرد و از این رو، خطا و تقصیر هم در واقع، باید به آنان نسبت داده شود.

برای توضیح این نکته می‌توان به دو مسئله اشاره کرد؛ یکی این‌که نیروی انسانی، بخشی از اداره و از عناصر سازنده‌ی آن محسوب می‌شود؛ به طوری‌که بدون نیروی انسانی، اداره شکل نمی‌گیرد و نمی‌تواند به کار آغاز نماید. دیگر این‌که، کارمند در استخدام اداره است و مطابق قانون موظف به انجام اعمالی است که اداره از او می‌خواهد. از این رو، عمل کارمند، عمل اداره شمرده می‌شود. به عبارت دیگر، کارمند در انجام امور اداری، اراده و خواست خود را اعمال نمی‌کند؛ بلکه مطابق خواست و نظر اداره عمل می‌کند و در واقع، سبب اقوی از مباشر است. به همین ملاحظه، در بیان مسئولیت دولت از بابت عمل اداری، موضوع تفکیک بین مسئولیت اداره و کارمند، نیاز به توضیح و واکاوی دارد که در این فراز به آن پرداخته می‌شود. پیچیدگی مسئله از آن‌جا ناشی می‌گردد که حدود تقصیر اداری و شخصی نامعین است و ملاک روشنی برای تمیز آن دو از یک‌دیگر وجود ندارد.

۴-۱. تفکیک مسئولیت بر اساس حدود متعارف وظایف

برخی صاحب‌نظران از دو گونه مسئولیت مستقیم و غیرمستقیم برای دولت سخن گفته‌اند. از دید اینان در مسئولیت غیرمستقیم، میان تقصیر اداری و شخصی براساس معیارهای «رعایت حدود متعارف وظایف» و انجام یا خودداری از «عمل غیرمرتبط با وظایف» تفکیک صورت می‌گیرد. از این منظر، هرگاه کارکن اداره، حدود متعارف وظایف خود را نقض کند یا کاری انجام دهد که با وظایف قانونی وی ارتباطی ندارد، مسئولیت به دوش اوست؛ اما در غیر آن، اداره مسئول است. براین اساس، خطاهایی که می‌توان آن‌ها را از وظایف اداری تفکیک نمود، در سه گروه جای



می‌گیرند: یک‌دسته از خطاهای شخصی کارکن، هیچ‌گونه ارتباطی با وظایف قانونی وی ندارد؛ مثل آن‌جا که پولیس در زمان رخصتی با استفاده از سلاح و موقعیت وظیفوی، برای کسی ایجاد مزاحمت می‌کند و در اثر عقده یا خصومت شخصی موجب زیان وی می‌شود.

دسته دوم، خطاهایی هستند که خارج از وظایف قانونی ارتکاب می‌یابند، اما بی‌ارتباط با آن‌ها نیستند؛ مثل آن‌جا که راننده حین مأموریت، از واسطه دولتی به منظور بازدید یا انتقال بستگان خود استفاده می‌کند و دچار حادثه می‌شود. دسته سوم، خطاهایی هستند که حین انجام وظیفه و در راستای اجرای آن ارتکاب می‌یابد؛ مثل آن‌جا که کارکن اداره در اثر انتقام‌جویی یا تأمین مقاصد شخصی، به نحوی عمل می‌کند که موجب خسارت فرد می‌گردد. (امامی و استوار سنگری، ۱۳۸۹، ص ۳۵۶-۳۵۷) در تمام این حالات، خطای شخصی بر خطای اداری غلبه دارد و حداقل، به لحاظ نظری می‌توان میان این موارد، تا حد زیادی تفکیک قایل شد و بر اساس آن، مسئولیت را متوجه کارکن و خسارت وارده را ناشی از خطای شخصی دانست.

لکن ابهام و اجمال این امور مانع از آن است که به عنوان معیار تشخیص میان تقصیر اداری و شخصی پذیرفته شوند. مثلاً اگر واسطه پولیس در تعقیب دزد با سرعت حرکت کند و با عابر پیاده یا واسطه شخص دیگر تصادم نماید، چگونه می‌توان اثبات کرد که پولیس حدود متعارف وظایف خود را رعایت کرده یا نکرده است. یا راننده در اثر امر آمری که واسطه دولتی در اختیار اوست، کسی را سوار می‌کند و تا مقصدی می‌رساند؛ اگر در مسیر دچار تصادم شود آیا می‌توان گفت عمل وی ارتباطی با وظیفه‌اش ندارد؟

بنابراین، رسیدگی به قضایا در این موارد، فاقد معیار خواهد بود و در نهایت این قاضی است که با درایت و تیزبینی موارد را یک‌به‌یک بررسی و مطالعه نماید و متناسب با میزان دخالت خطاهای اداری و شخصی، حکم لازم را صادر کند. اما در مسئولیت مستقیم، خطای اداری و شخصی تفاوتی ندارند و در هر حال، دولت نسبت به حادثه‌ی زیان‌بار مسئول شناخته می‌شود. براین اساس، کارکنان نقش اعضای شخص حقیقی را نسبت به شخص حقوقی (دولت) ایفا می‌نمایند. نظریه‌ی تفکیک میان مسئولیت، با انتقادهایی مواجه است و از این رو، برخی آن را قناعت بخش نمی‌دانند. (موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۲۵۴)

۲-۴. تفکیک مسئولیت بر اساس عمد و خطا

بر اساس دیدگاه دیگر، تبیین مسئله در گرو آن است که معلوم گردد ایجاد ضرر از سوی کارکن عمدی است یا خطایی. از این منظر، کارکن تنها در صورتی مسئول خسارات احتمالی است که در ایجاد ضرر، تعمد داشته باشد. اما درعین حال، تمرد از قوانین و سوء استفاده از قدرت اداری در مورد کارکن کاملاً متصور و منطقی است. اگر این مسئله را در کنار احتمال منطقی نقص سازمانی اداره (مثلاً فقدان مکانیزم نظارت) بگذاریم، حاصل جمع آن، تقصیر اداری است که معلول دو عامل جداگانه با میزان تاثیر نامشخص در ایجاد ضرر می‌باشد. در این حالت، مرز میان تقصیر اداری و شخصی به طور درست و دقیق قابل تعیین نمی‌باشد.



یک راه حل این است که در تمام حالات عمد و خطا یا تقصیر و قصور، اداره و به طور غیرمستقیم دولت، مدیون و موظف به جبران زیان باشد؛ زیرا معامله‌ی زیان‌دیده با مامور، شخصی نبوده بلکه به اعتبار شخصیت حقوقی و نمایندگی حکومت در رسیدگی به کارهای عامه صورت گرفته است. (موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۲۵۴) مطابق این راه حل، تمام مسئولیت به دوش دولت است و زیان‌دیده از آغاز می‌داند که طرف دعوی کیست. برخورد حضرت رسول اکرم (ص) با آن‌چه که خالد بن ولید با قبیله‌ی بنی‌جذیمه انجام داد، بیانگر آن است که حتی در صورت تقصیر شخصی مامور، بازهم دولت باید خسارات وارده را جبران نماید.

در آن حادثه، رسول اکرم (ص) خالد را با نهی از برخورد و نبرد به سوی آن قبیله فرستاد؛ اما وی طبق میل خود آنان را بست و تعدادی از آن‌ها را کشت و اموال‌شان را غارت نمود. پیامبر اکرم (ص) با شنیدن خبر از عمل خالد براءت جست و علی (ع) را با مقداری پول و اموال به عنوان خون‌بها و تاوان خسارات نزد آنان فرستاد. علی (ع) خون‌بهای کشتگان را از همان پول پرداخت و خسارات مالی آنان، حتی ظرف آب‌خوری سگ‌های‌شان را هم به حساب آورد و تاوان آن را داد و مازاد آن را به مردم آن قبیله بخشید. رسول اکرم (ص) با تایید این کار از علی (ع) اظهار خشنودی نمود. (ابن اثیر، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۱۱۲) نکته‌ی مهم در این واقعه آن است که رسول اکرم (ص) خالد را از جنگ با قبیله‌ی بنی‌جذیمه باز داشته بود؛ اما وی به میل خود و برخلاف دستور پیامبر دست به جنایت زد. رسول اکرم (ص) علی‌رغم خودسری و تمرد خالد، خون‌بهای کشتگان و خسارات مالی بنی‌جذیمه را پرداخت. از این قضیه می‌توان نتیجه گرفت که در صورت عدم تمرد و تقصیر مامور، به طریق اولی دولت مسئول است.

اما رسیدگی به عمد و خطای مامور مربوط به روابط درونی سازمان با کارکن است و هیچ ربطی به زیان‌دیده ندارد. روابط مامور و اداره همانند روابط اجیر و موجر یا وکیل و موکل است که فقط در حالات تعدی و افراط ضامن شناخته می‌شوند. (شمس‌الدین، ۱۳۶۹، ص ۱۸۶) چنان‌که قانون کار نیز در روابط اداره و کارکن، همین مشرب را دنبال می‌کند و تنها در صورت اثبات تقصیر، وی را مسئول خسارت وارد بر اداره می‌داند. (قانون کار، ماده ۱۰۳) پس تقصیر مامور نزد اداره زمانی محرز می‌شود که تعمد و افراط وی اثبات شود. در این صورت، دولت مطابق مقررات به آن رسیدگی خواهد نمود و در غیر آن، کارمند هیچ‌گونه ضمانتی ندارد. طبق این نظر، کارمند در واقع به دولت زیان می‌رساند و از این رو، نوع عمل او مطابق با موازین داخلی سازمان تعیین و ارزیابی می‌گردد.

راه حل دیگر براساس قاعده‌ی «كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ»، آن است که هرگاه خسارتی در نتیجه‌ی تقصیر کارمند و نقص وسایل اداری به بار آید، کارمند و دولت هر دو، در برابر زیان‌دیده مسئول باشند. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۲۴۳) براساس این فرض، با توجه به تعدد اسباب، مسئولیت تضامنی شکل می‌گیرد. در این صورت، طرف دعوی متعدد است و تعیین این‌که چه کسی باید زیان را بپردازد در اختیار زیان‌دیده است. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۲۴۳) از نظر فقهی، در صورت اجتماع



اسباب، یا یکی از آن‌ها به طور مستقل در تلف موثر است یا نیست. در حالت دوم، اشتراک در ضمان و در حالت اول، چند وجه متصور است: جمعی سبب متقدم را ضامن می‌دانند. بعضی قول به اشتراک را پذیرفته و گروهی هم ضمان را برعهده‌ی سبب قویتر می‌گذارند. لکن باید دانست که اگر اسباب تلف همگی عدوانی باشند یا استناد به همه‌ی آن‌ها صحیح باشد، حکم به اشتراک ضمان می‌شود و تمام اسباب، موظف به جبران خسارتند. در غیر آن، بعید نیست که ضمان برعهده‌ی کسی باشد که تعمد داشته است. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ص ۲۰۸؛ الموسوی الخمینی، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۱۸۱)

بنابراین، اگر تقصیر کارمند و نقص اداره هردو، سبب زیان باشد، در قدم نخست باید دید کدام یک پیشتر (سبب متقدم) بوده است و در ثانی، کدام یک قوی‌تر (سبب اقوی) است. در مرحله‌ی بعد با توجه به صدق اسناد عرفی تلف به هردو، می‌توان گفت اشتراک در ضمان و مسئولیت تضامنی موجه‌تر است. اما نکته‌ی مهم و قابل توجه در این مورد آن است که امور جمعی دارای آثار و ضرورت‌های ویژه هستند و نباید آن‌ها را ترکیبی ساده از تصمیمات شخصی به حساب آورد. چه بسا نقص اداری که موجب زیان شده است، برآیند نادرستی بافت‌های اجتماعی و چگونگی ساختمان حقوقی سازمان دولتی است و فرد در این میان هیچ نقشی ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۲۴۱-۲۴۲) پس می‌توان نتیجه گرفت که مسئول دانستن دولت از قوت بیشتری برخوردار می‌باشد.

صورت سوم مسئله، مطابق روح قانون کار، آن است که ثابت شود صرف تقصیر شخصی کارکن، عامل زیان بوده است. در این حالت نه مسئولیت مطلق برای دولت و نه مسئولیت تضامنی؛ بلکه مسئولیت مطلق کارکن قابل طرح و بررسی است. مواردی از آن‌چه ذیل محور اول در تفکیک مسئولیت بر مبنای حدود متعارف وظایف بیان شد، در این دسته قرار می‌گیرند و به عنوان تقصیر شخصی کارکن قابل طرح و پی‌گیری می‌باشند. پس تنها در این فرض، مسئولیت متوجه کارکن است؛ اما در عین حال، تشخیص آن به دلیل ابهام معیارها و ضوابط برعهده‌ی قاضی است.

۵. مسئولیت دولت از بابت عمل قانون‌گذاری و قضایی

آن‌چه در باب مسئولیت مدنی دولت بیان شد، به طور عمده ناظر بر اعمال اداری و اجرایی مربوط به قوه مجریه بود؛ اما ممکن است در اثر اعمال قوه‌ی مقننه یا قضاییه نیز خساراتی بر مردم وارد شود. سوال این است که آیا در این موارد نیز مسئولیت مدنی دولت قابل طرح و بررسی و رسیدگی است یا با توجه به این‌که عرصه‌های تقنینی و قضایی، مربوط به اعمال حاکمیت هستند، از دایره مسئولیت نیز بیرون می‌باشند؟

۵-۱. مسئولیت ناشی از عمل قانون‌گذاری

قانون‌گذاری بارزترین مصداق اعمال حاکمیت از سوی دولت است و به همین ملاحظه، تا مدت‌ها از اعتراض و مسئولیت مبرا بود تا این‌که «اصل حاکمیت» به عنوان مانع طرح مسئولیت از

سوی صاحب نظران مورد انتقاد قرار گرفت و به تدریج، زمینه برای طرح مسئولیت در این عرصه نیز فراهم گردید. مسئولیت ناشی از قانون گذاری به لحاظ مبنایی بر اساس تقصیر یا خطای اداری قابل توجیه نیست؛ چون تقصیر و خطا در مورد قانون به طور کلی منتفی و بی معناست. از این رو، اصل تساوی مالیاتی یا برابری افراد در برابر هزینه های عمومی مبنای نظری این مسئولیت محسوب می گردد؛ زیرا قانون با هدف تامین منافع عمومی، به نفع یک گروه و ضرر گروهی دیگر وضع می شود.

به عبارت روشن تر، قانون در حقیقت، گروهی را فدای دیگران می کند و این با اصل برابری افراد در مقابل هزینه ها و تحمیلات ناشی از امور عمومی منافات دارد و از همین رو، به شرط آن که پرداخت خسارت در قانون منع نشده باشد، لازم است خسارت افراد متضرر و رژیم حقوقی پرداخت آن در خود قانون تعریف گردد؛ زیرا قاضی نمی تواند بدون پیش بینی قانون گذار، به جبران خسارت حکم نماید. به همین جهت، برخی آن را متفاوت با مسئولیت دولت و در واقع، نوعی رژیم پرداخت خسارت در موارد خاص می دانند که از سوی قانون گذار پذیرفته می شود. (امامی و استوار سنگری، ۱۳۸۹، ص ۳۷۰)

روشن ترین مواردی که می توان به عنوان عمل قانون گذاری زیان بار نسبت به برخی شهروندان یاد کرد، ممنوعیت فعالیت هایی؛ همانند کشت خشخاش است که در گذشته مجاز بوده است. ممنوعیت کشت خشخاش یا سایر نباتات مخدر، به منظور حفظ منافع عمومی صورت می گیرد؛ اما اصل تساوی مالیاتی و برابری افراد در برابر هزینه های عمومی اقتضا دارد، دهقانانی که از کسب و کشت منع می شوند یا زراعت آن ها نابود می گردد، متحمل خسارات ناشی از اقدامات دولت یا تحمیلات امور عمومی نباشند.

این در صورتی است که قانون، جبران خسارت را منع نکرده باشد؛ اما در صورت منع قانون که ناشی از اعمال حاکمیت و ملاحظات خاص دیگری است، جبران خسارت نسبت به زیان های ناشی از عمل قوه مقننه، قابل طرح و رسیدگی نمی باشد؛ چنان که بر اساس قانون، کشت تریاک در افغانستان ممنوع و جرم محسوب می شود. اگر کسی به کشت خشخاش، بنگ، کوکا یا سایر نباتاتی بپردازد که منبع تولید مواد مخدر هستند، علاوه بر این که حسب مورد، به سه ماه تا ده سال و چه بسا بیست سال حبس محکوم می شود، مزارع خشخاش وی نیز نابود و زمین وی مصادره می گردد. (قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر، ۱۳۹۶، ماده ۲۱ و ۳۴) بنابراین، علی رغم توجیهات نظری، مسئولیت مدنی دولت در اثر عمل قانون گذاری، در نظام حقوقی افغانستان پذیرفته نیست و کسی نمی تواند با استناد به تساوی مالیاتی و امثال آن، در برابر قانون اعتراض کند و از بابت آن مدعی خسارت علیه دولت گردد.

۲-۵. مسئولیت ناشی از عمل قضایی

عمل قضایی بعد دیگری از اعمال حاکمیت است که توسط محاکم و در قالب احکام قضایی در مقام رسیدگی به دعاوی یا حل و فصل اختلافات، صورت می گیرد. مسئله این است که احتمال



دارد قاضی در مقام رسیدگی به قضیه به ویژه قضایای جزایی، دچار اشتباه و خطا شود و بی جهت حکمی را علیه کسی صادر کند که موجب زیان مادی و معنوی وی گردد. به لحاظ منطقی در این مورد دو فرض متصور است: یا قاضی در انجام تحقیق و بررسی، کوتاهی کرده یا نکرده است. از آنجا که عمل قضایی از مظاهر آشکار اعمال حاکمیت است، اگر معلوم گردد که قاضی در بررسی های لازم برای رسیدگی کوتاهی نکرده، مسئولیت ناشی از آن، متوجه دولت است؛ اما در غیر آن، مسئولیت متوجه شخص قاضی است. چنانکه به اجماع فقها اگر قاضی خطا کند و در اثر آن تلفی پدید آید، اگر در اجتهاد و بررسی خویش کوتاهی نکرده باشد، ضامن نیست؛ زیرا قاضی دارای حسن نیت دانسته می شود و از این جهت، جبران خسارت بر عهده ی بیت المال خواهد بود. (النجفی، بی تا، ج ۴۰، ص ۷۹) مفهوم این سخن آن است که اگر قاضی در اجتهادش کوتاهی نماید، ضامن است.

در نظام حقوقی افغانستان، شخص قاضی در صورت تقصیر و کوتاهی مسئول است و دولت نباید تاوان تقصیر و کوتاهی وی در رسیدگی قضایی را بپردازد. قانون اساسی با پیش بینی اتهام به جرم ناشی از اجرای وظیفه برای اعضای محکمه ی عالی یا ارتکاب جنایت از سوی قاضی، بر مسئولیت ناشی از تقصیر قاضی مهر تایید می زند. (قانون اساسی، ۱۳۸۲، ماده ۱۲۷ و ۱۳۳) به طور طبیعی، جرم و جنایت اموری نیستند که به طور ناخواسته و غیر عمدی روی دهند. از این رو، مسئولیت قاضی در این موارد، مسلم و مسجل است و از همین حکم قانون می توان استفاده نمود که در موضوع مورد بحث نیز، عامل اصلی تشخیص مسئولیت دولت و قاضی در عمل قضایی، کوتاهی و تقصیر یا تعمد قاضی در رسیدگی ناقص به قضیه است. بنابراین، هرگاه معلوم گردد که قاضی در رسیدگی به قضیه کوتاهی کرده و از آن بابت، زیانی بر متهم وارد شده است، شخص قاضی مسئول است؛ اما در صورتی که قاضی کوتاهی نکرده باشد، دولت مسئول می باشد.

با توجه به همین نکته، اگر در جریان تجدیدنظر مشخص گردد که متهم بی گناه است و سرانجام، مرجع تجدیدنظر حکم به برائت وی دهد، تمام مصارف اعم از مصارف اجرائات و سایر مصارفی که وی در اثر حکم قبلی متحمل شده است، به وی برگردانده می شود. (قانون اجرائات جزایی، ماده ۲۸۴، فقره ۶) هرچند در قانون نسبت به سایر زیان های ناشی از اشتباه قاضی و محاکمه بی جهت متهم، اشاره نشده است؛ اما در عین حال، حکم به اعاده مصارف پرداختی به متهم تبرئه شده، به معنای قبول مسئولیت مدنی دولت در اثر خطای قاضی است که از آن می توان لزوم جبران تمام خسارات متهم تبرئه شده را نیز به دست آورد. به خصوص این که حکم اعاده توسط قضاتی غیر از قضات اولی درگیر در قضیه باید صادر شود. چون صدور حکم اعاده مصارف توسط همان قضات، به معنای قبول اشتباه در حکم و رسیدگی و چه بسا موجب مطرح شدن احتمال تقصیر و مسئولیت شخصی قاضی و در نهایت، تزلزل محاکم و قوه قضائیه است.

نکته مهم و قابل توجه در این مبحث، مسئله اعاده حیثیت متهم یا جبران ضرر معنوی است. این مسئله در قوانین افغانستان مورد توجه قرار نگرفته و برای آن حکمی پیش بینی نشده است؛ اما



در جای خود قابل بررسی و دارای اهمیت فراوان است. ممکن است قاضی در حکم خود اشتباه کند و با صدور فیصله واقعی اساس، کسی را جریمه، حبس یا محکوم به جزایای دیگری نماید؛ کمیسیون شکایات انتخاباتی در اثر دلایل مشبوه و مجعول، کسی را از لیست کاندیداها حذف نماید، رئیس جمهور یا مراجع دیگر برخی افراد و مقامات را متهم به فساد نموده فقط با یک اتهام، آن‌ها را از مقام‌شان برکنار نمایند؛ اما بعدها خلاف آن ثابت گردد. اگر این موارد به حال خود رها و به این بهانه که قانون در مورد آن‌ها ساکت است نادیده گرفته شوند، نظم اجتماعی آسیب می‌بیند. در این حال، فرد یا افراد متضرر با نומیدی از محکمه و دولت، به خاطر حفظ آبرو و جلوگیری از تضییع حق خود به راه‌های غیرحقوقی متوسل می‌شوند که نه به صلاح فرد است، نه به صلاح دولت و جامعه. هرچند زیان معنوی، به دلیل این‌که قابل تقویم به پول و امور مادی نیست، جبران مادی هم برای آن ناممکن و بی‌معناست؛ اما تاحدودی، راه حل غیرمادی دارد.

نتیجه

از آن‌چه بیان شد به این جمع‌بندی می‌رسیم که:

۱. مسئولیت مدنی دولت با آن‌که نقشی ارزنده و جایگاه برجسته در حاکمیت قانون دارد، در حقوق یا نظم حقوقی افغانستان، فاقد مبنای معین است؛ قوانین مختلف به شمول قانون اساسی، یک‌جا از مسئولیت مبتنی بر تقصیر سخن می‌گویند و جای دیگر، از مسئولیت بدون تقصیر حمایت می‌کنند. این تشویش و سردرگمی، مانند موارد بسیار مهم دیگر؛ همانند اسلامی بودن نظام سیاسی، مسئله‌ی نظارت اساسی، ساختار سیاسی دولت و نظام حمایت اجتماعی، از فقدان مبنای تئوریک نشأت می‌یابد. به عبارت بهتر، حقوق افغانستان هنوز به مرحله‌ای نرسیده است که بتوان آن را با عنوان یک نظام حقوقی شناخت و بر عناصر مولفه‌ی آن انگشت نهاد. از همین‌رو، خلأ عمیق و وسیع مشهود در آن، نبود مبنای تئوریک و قابل دفاع برای تجویزهای آن است.
۲. افزون بر فقدان مبنای مشخص، مسئولیت مدنی دولت هنوز در افغانستان به رسمیت شناخته نشده و در عمل، التزامی به آن دیده نمی‌شود؛ محاکم در برابر دعاوی مربوط، نمی‌دانند چه کنند و چگونه رسیدگی نمایند. این در حالی است که پیوسته و همواره صدمات سنگین و خسارات هنگفتی از ناحیه‌ی تصمیمات و اقدامات ادارات دولتی متوجه مردم و شهروندان شده و می‌شود.
۳. نظر به این‌که مسئولیت مدنی دولت در افغانستان به لحاظ عملی، پذیرفته نیست، سوءاستفاده از اختیارات مقام عمومی به اوج رسیده و تمام تخطی‌ها و تخلفات مقامات اداری به حساب اداره گذاشته می‌شود. این در حالی است که هرگاه دولت و ادارات دولتی، با قبول مسئولیت تصمیمات و اقدامات زیان‌بار خود، به جبران خسارات شهروندان تن دهد، ناگزیر اعمال و رفتار کارکنان خود را با شدت و دقت تمام، کنترل نموده و با جدیت، مانع خودسری و سوءاستفاده‌ی مقامات عمومی می‌گردد.

۴. نظم حقوقی افغانستان، مسئولیت ناشی از عمل قانون‌گذاری را نپذیرفته و اقدامات زیان‌بار

دولت از این بابت را غیرقابل جبران می‌داند. اما مسئولیت ناشی از عمل قضایی را در صورتی می‌پذیرد که ناشی از تقصیر قاضی نبوده و اداره‌ی قضایی؛ یعنی محکمه مقصر باشد.

۵. آشفتگی نظم حقوقی کشور به دلیل فقدان مبنای قابل دفاع و مستحکم، در مسئولیت ناشی از عمل قضایی بیشتر و برجسته‌تر هویدا می‌گردد. نظر به تجویز قانون اساسی، قاضی در صورتی مسئول اعمال خود است که رفتار زیان‌بار، ناشی از تقصیر خود وی باشد. همان‌گونه که در ارزیابی نظریه‌ی یادشده بیان شد، بار اثبات ادعا بر عهده‌ی مدعی است و در صورتی که متهم، ادعایی علیه قاضی داشته باشد، بدون تردید، زمینه برای اثبات آن فراهم نخواهد بود. در نتیجه، خطای قاضی افزون بر نقص سیستم نظارتی بر عملکرد قاضی اگر با استقلال قضا و اعتقاد به حسن نیت قاضی سنجیده شود، نتیجه‌ی آشکار آن، قربانی شدن شهروند بی‌گناه و بی‌پناه است که اسیر تشخیص غلط و صواب‌دید نادرست قاضی گردیده است. نگاهی به احکام، قرارها و فیصله‌های محاکم در مراحل مختلف، به روشنی از این واقعیت تلخ پرده برمی‌دارد.

۶. نگارنده مسئولیت مدنی دولت را یک مسئله دانسته، برای حل آن، بازنگری در مفاد و مواد قانون اساسی و قوانین عادی را ضروری می‌داند تا در نتیجه، مسئولیت مدنی دولت در نخست، بر مبنای معین و مستحکمی استوار و در ثانی، مکانیزم رسیدگی به دعاوی مربوط در قوانین، پیش‌بینی شود تا هم حقوق شهروندان تامین و تضمین گردد و هم جلو خودسری و عمل غیرمسئولانه‌ی مقامات عمومی گرفته شود.

فهرست منابع

الف) کتاب‌ها

۱. ابن اثیر (۱۳۷۴). تاریخ کامل. ترجمه‌ی محمدحسین روحانی. تهران: نشر اساطیر، ج ۳.
۲. ابن البراج (۱۴۰۶ق). المذهب. قم: انتشارات اسلامی، ج ۱.
۳. ابن رشد اندلسی، محمدبن احمد (۱۹۹۲م). بدایة‌المجتهد. لبنان: دار احیاء التراث العربی، ج ۲.
۴. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری (۱۳۸۹). حقوق اداری. تهران: نشر میزان.
۵. حر عاملی (بی‌تا). وسائل الشیعه. بیروت: دار احیاء التراث العربی، کتاب الشهادات.
۶. شمس‌الدین، محمد مهدی (۱۳۶۹). نظام حکومت و مدیریت در اسلام. ترجمه‌ی مرتضی آیت‌الله‌زاده. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۷. طباطبایی مومنی (۱۳۸۴). حقوق اداری. تهران: انتشارات سمت.
۸. طوسی، محمدبن‌الحسن (۱۴۱۱ق). کتاب الخلاف. قم: انتشارات اسلامی، ج ۶.
۹. عمید، حسن (۱۳۸۹). فرهنگ عمید. تهران: انتشارات راه رشد.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹). مسئولیت مدنی و ضمان قهری. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. مصطفوی، محمدکاظم (۱۴۱۳ق). القواعد الفقهیه. قم: انتشارات اسلامی.
۱۲. مفید (شیخ)، محمدبن محمدبن نعمان بغدادی (۱۴۱۱ق). المقنعه. قم: انتشارات اسلامی.
۱۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه. قم: انتشارات مدرسه‌ی امیرالمومنین.
۱۴. الموسوی الخمینی، روح‌الله (۱۳۶۹). تحریر الوسیله. تهران: موسسه نشر آثار.
۱۵. الموسوی الخوی، ابوالقاسم (بی‌تا). مبانی تکملة المنهاج. بی‌جا: بی‌نا، کتاب الشهادات.
۱۶. الموسوی الخوی، ابوالقاسم (بی‌تا). منهاج الصالحین. بیروت: دارالزهراء، ج ۲، کتاب اجاره و غصب.
۱۷. موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۷). حقوق اداری. تهران: نشر میزان.
۱۸. النجفی، محمدحسن (بی‌تا). جواهر الکلام. لبنان: دار احیاء التراث العربی، ج ۳۷.

ب) قوانین

۱۹. قانون اجرائات جزایی افغانستان (۱۳۹۲).
۲۰. قانون اساسی افغانستان (۱۳۸۲).
۲۱. قانون سرمایه‌گذاری خصوصی (۱۳۸۴).
۲۲. قانون کار افغانستان (۱۳۸۵).
۲۳. قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات (۱۳۹۶).
۲۴. قانون نفت و گاز (۱۳۸۷).

ج) منبع انگلیسی

25. Garner. Brian A(2000). Blacks Law Dictionary, Pocket edition.

قضاوت بانوان در فقه شیعه و سایر مکاتب اسلامی (مطالعه‌ی تطبیقی)

آیت‌الله دکتر سیدمصطفی محقق داماد*

* پوهاند(استاد)، کادر علمی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

چکیده

یکی از مهمات و امهات مسایل در شرایط امروزی، قضاوت زنان است. اساس مسأله‌ی مربوط به قضاوت بانوان در مبحث مربوط به شرایط قضاوت و ذکورت قاضی ریشه دارد. ظاهراً پیش از شیخ طوسی کسی به این شرط برای قاضی تصریح نکرده است. بلکه شیخ مفید بر عکس؛ به جواز قضاوت بانوان نظر داده است. تتبع انجام‌شده و ملاحظه‌ی شواهد تاریخی فقه و فقهاء این احتمال را که فقهای پس از شیخ طوسی در مسأله‌ی مورد بحث، متأثر از ایشان باشند، به طور جدی برای متتبع مطرح می‌سازد. برخی از آنان سکوت کرده و بعض دیگر جرأت مخالفت پیدا کرده و با دیدگاه شیخ طوسی مخالفت کرده‌اند. ظاهراً غیر از حنفیان، سه مکتب دیگر؛ شافعیان، حنبلیان و مالکیان، به اعتبار شرط رجولیت تصریح کرده‌اند. و نکته‌ی قابل توجه این است که اجتهاد آنان اکثراً مبتنی بر قیاس و استحسان و مصلحت‌اندیشی‌های اجتماعی است. فقهای حنفی مذهب قائل به تفصیل شده و بر این عقیده‌اند که در هر جا که شهادت زنان پذیرفته می‌شود، قضاوت آنان نیز نافذ است. روایات؛ از جمله روایت ابی‌خدیجه، قابل نقد بوده و به نظر می‌رسد که شرط ذکورت، نه در قاضی منصوب شرط است و نه در قاضی تحکیم. روایات باب قضاء و تحکیم عام است و دلیلی بر محدودیت وجود ندارد.

واژه‌های کلیدی: قضاوت بانوان، قاضی تحکیم، قاضی منصوب، شرط ذکورت، مکاتب اسلامی.

سوال اصلی در این نوشتار آن است که آیا در نظام قضایی اسلامی، برای قضاوت و دادرسی، اعم از قاضی منصوب و یا قاضی تحکیم، شرط لازم ذکورت است یا چنین شرطی اعتبار ندارد و بانوان نیز می‌توانند چنین سمتی را تصدی نمایند؟

۱. سابقه‌ی طرح مسأله در ادبیات فقه شیعه

ظاهراً در فقه شیعه قبل از شیخ طوسی (ف ۴۶۰ ه‍.ق) کسی از فقیهان شیعه به شرط ذکورت برای قاضی تصریح نکرده است. حتی شیخ مفید (ف ۴۱۳ ه‍.ق) بالعکس نظر داده است. به نظر ایشان «هیچ‌کس از خود اطمینان نخواهد یافت که به قضاوت بپردازد، مگر آنکه خردمند، کامل و دانای به کتاب خدا و ناسخ و منسوخ آن باشد... در صورتی که زنی شرایط را داشته باشد، هیچ محذوری وجود ندارد که به قضاوت بپردازد.» (مفید، ۱۴۱۰ ق، ص ۷۲۱) و حتی خود شیخ طوسی در کتاب النهایه نیز تصریحی بدین امر نکرده است.

برای نخستین‌بار شیخ طوسی در دو کتاب «المبسوط» و «الخلاف» صریحاً به شرط ذکورت اشاره می‌کند. وی نخستین فقیه شیعی است که شرط ذکورت را برای قاضی مطرح کرده است: «الشرط الثالث ان یکون کاملاً فی امرین: کامل الخلقه و الاحکام... و اما کمال الاحکام فان یکون بالغاً، عاقلاً، حراً، ذکراً فان المراه لا ینعقلها القضا بحال...» (الطوسی، ۱۳۷۸، ج ۸، ص ۱۰۱) و صریحاً اعلام می‌دارد، زنان در هیچ حالی نمی‌توانند به قضاوت بپردازند.

پس از شیخ به پیروی از وی، قاضی ابن البراج، طبرسی، صهرشتی، قطب الدین بیهقی، محقق حلی نیز قائل به فتوای شیخ طوسی شده، ذکورت را در قاضی شرط دانسته‌اند. علامه‌ی حلی نیز ذکورت را جزء شروط قاضی می‌داند و می‌گوید: فقیهان شیعه بر این فتوی هستند که زنان جایز به تصدی منصب قضا نمی‌باشند (علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۲۰۱)

۲. احتمال تأثیر شیخ طوسی بر مسأله

تتبع انجام‌شده و ملاحظه‌ی شواهد تاریخی فقه و فقهاء این احتمال را که فقهای پس از شیخ طوسی در مسأله‌ی مورد بحث، متأثر از ایشان باشند به طور جدی برای متتبع مطرح می‌سازد. شیخ طوسی شخصیتی است که به فقه امامیه ساختار داده و طرحی نو در این زمینه در انداخته است. وی به تألیف کتاب مستطاب «المبسوط فی الفقه الامامیه» مبادرت ورزید. انگیزه‌ی تألیف کتاب را در مقدمه بدین‌گونه توضیح داده که: شنیده است مخالفان مذهب امامیه، امامیان را تحقیر نموده و گفته‌اند آنان به دلیل نپذیرفتن قیاس و اجتهاد از تفریع فروع و پاسخ حوادث واقعه عاجزند. درحالی‌که به نظر وی، این ادعا ناشی از بی‌اطلاعی به فقه امامیه است؛ زیرا تمام فروعی که آنان با قیاس و امثال آن اجتهاد کرده‌اند در لابلای نصوص ائمه‌ی ما وجود دارد. شیخ طوسی در مقدمه‌ی کتاب مزبور از فقیهان پیش و حتی معاصر خویش شکوه می‌کند که آنان اجتهاد نکرده‌اند و صرفاً

به پیروی از دیگران بسنده کرده و ره چنان رفته که رهروان دیگر پیموده‌اند.

شیخ طوسی انصافا درست می‌گوید: زیرا آثار دیگران از جمله شیخ صدوق و یا مفید قبل از شیخ طوسی، متونی متخذ از روایات است و فتاوایی کاملا متن‌گرا می‌باشد. ایشان فقه امامیه را کاملا توسعه بخشید و لذا کتاب خویش را المبسوط؛ یعنی گسترده، نامید.

ولی جای طرح این نقد وجود دارد که به‌رغم نقاط مثبت و بسیار مهمی که در روش اجتهادی شیخ طوسی در توسعه‌ی فقه وجود دارد، دو نکته‌ی منفی به نظر می‌رسد:

اول آنکه، توسعه‌ای که ایشان داده‌اند هرچند منظورشان پاسخ به فروع مطروحه است و در اغلب موارد هم واقعا توسعه محسوب می‌شود؛ اما نمی‌توان انکار کرد که در برخی موارد، تضییق محسوب می‌گردد و از جمله‌ی آن موارد، همین مورد منع قضاوت زنان است. در سطور آینده ملاحظه خواهیم کرد که هیچ‌گونه نصّ لفظی معتبر مبنی بر منع قضاوت زنان در متون قرآنی و روایی وجود ندارد و ظاهرا شیخ طوسی بر اساس اجتهاد غیر متن‌گرا و تکیه بر استدلال‌های غیرمتمنی، شرط رجولیت را بر شروط احراز منصب قضاء افزوده است.

دوم آنکه، این احتمال که شیخ طوسی در بسیاری از مواقع از اهل سنت پیروی کرده باشد، وجود دارد. از جمله همین مسأله‌ی مورد بحث است که ظاهرا غیر از حنفیان، سه مکتب دیگر به اعتبار شرط رجولیت تصریح کرده‌اند و نکته‌ی قابل توجه این است که اجتهاد آنان اکثرا مبتنی بر قیاس و استحسان و مصلحت‌اندیشی‌های اجتماعی است.

۳. دیدگاه مکاتب اسلامی

مکتب‌های سه‌گانه‌ی اهل سنت به استثنای مکتب حنفی؛ از قبیل مکاتب سه‌گانه‌ی شافعیان، مالکیان و حنبلیان، ذکورت را در قضاوت شرط دانسته‌اند. که به اختصار بدین شرح است:

۳-۱. دیدگاه فقهای شافعی

فقهای شافعی شرط ذکورت را شرط تصدی منصب قضاء دانسته است. ماوردی از فقیهان شافعی، رجولت را اولین شرط قضاوت دانسته، و چنین می‌گوید: کسی می‌تواند منصب قضا را به عهده بگیرد که شروط آن را به طور کامل داشته باشد. (ماوردی، ۱۳۸۰، ص ۶۵) ابن ابی‌الدم شافعی، حجت الاسلام غزالی و محمد بن شربینی نیز تصدی منصب قضا را برای زنان جایز نمی‌دانند. (ابن ابی‌الدم، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۹۸؛ شربینی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۳۷۵)

۳-۲. دیدگاه فقهای مالکی

فقهای مالکی مذهب نیز تصدی منصب قضا را برای زنان جایز ندانسته‌اند؛ از جمله، ابن رشد ذکورت را شرط قاضی دانسته، مینویسد: فقیهان در شرط ذکورت اختلاف کرده‌اند و اکثر فقها عقیده دارند که اگر قاضی مرد باشد، قضاوت او صحیح است. (ابن رشد، ۱۴۰۸هـ، ج ۲، ص ۳۷۷) احمد بن محمد دردیر و حطاب الرعینی نیز قضاوت زنان را جایز نمی‌دانند. (دردیر، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۲۹؛ الرعینی، ۱۴۱۶هـ، ج ۶، ص ۸۷)

۳-۳. دیدگاه فقهای حنبلی

فقهای حنبلی مذهب نیز زنان را صالح منصب قضاوت نمیدانند. ابن قدامه از این دسته فقها می‌گوید: دلیل ما حدیث نبوی است که فرمودند «ما افلح قوم وُلّوا امرهم إمرأه». هم‌چنین زنان اهلیت حضور در مجلس مردان را ندارند و از عقل و زیرکی برخوردار نیستند و شهادت زنان تا زمانی که مردی به آنها ملحق نشود، مورد قبول نیست. (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۳۸۰) هم‌چنین ابوالقاسم خرقی و مجدالدین ابوالبرکات نیز ذکورت را شرط قضاوت می‌دانند. (خرقی، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۳۸۶؛ ابوالبرکات، ۱۴۰۴هـ، ص ۲۳۰)

۳-۴. دیدگاه فقهای حنفی (قول به تفصیل)

در میان مکاتب اهل سنت، فقهای حنفی مذهب قائل به تفصیل شده و بر این عقیده‌اند که در هر جا که شهادت زنان پذیرفته می‌شود، قضاوت آنان نیز نافذ است. از جمله، ابن رشد مالکی از ابو حنیفه نقل می‌کند: «يجوز ان تكون المراه قاضيا في الاموال» (ابن رشد، ۱۴۰۸هـ، ج ۲، ص ۶۳۳). علاءالدین کاسانی، برهان الدین مرغینانی و قدوری نیز از این دسته‌اند. (کاسانی، ۱۴۰۶هـ، ج ۷، ص ۳؛ مرغینانی، ۱۳۱۵، ج ۵، ص ۵۴؛ قدوری، ۱۳۶۴، ج ۴، ص ۸۴)

۳-۵. دیدگاه سایرین (مبنی بر جواز قضاوت بانوان)

در دنیای اسلام، فقهای هستند که به طور مطلق تصدی منصب قضاوت را توسط زنان جایز دانسته و احکام صادرشده توسط ایشان را نافذ و صحیح می‌دانند. جالب است که در میان فقیهان اهل سنت، ابن حزم ظاهری که بر روش متن‌گرایی در اجتهاد پافشاری دارد و بدین لحاظ هم مکتب او را ظاهری می‌گویند، قضاوت زنان را مطلقاً جایز دانسته و در تأیید نظریه‌ی خود، اولا احادیثی از رسول اکرم (ص) نقل کرده و بیان می‌دارد پاره‌ای از صحابی رسول خدا زنان را به مناصبی گماردند که می‌توان از این اعمال صحت قضاوت آنان را نیز نتیجه گرفت. از جمله خلیفه‌ی دوم، زنی به نام «شفا» را به ولایت امور بازار گمارد و این عمل خلیفه خود دلیل بر این است که می‌توان کارهای مهم مثل قضاوت را نیز به آنها سپرد. ثانیاً اینکه هیچ نصی درباره‌ی عدم جواز قضاوت زنان وجود ندارد. (ظاهری الاندلسی، بی‌تا، ج ۸، ص ۵۲۷)

۳-۶. نقد ادله‌ی منع تصدی قضاوت توسط زنان

کاملاً مشهود است که منع سمت قضایی بر زنان، معلول اجتهادات است و بر نصوص متکی نیست. نقطه‌ی منفی دیگری که به نظر می‌رسد این است که ابهت و عظمت شیخ طوسی چنان بر تاریخ فقه امامیه سایه افکنده که تا حدود یک قرن فقه شیعه ایستا و راکد شد، به گونه‌ای که هیچ‌یک از فقیهان نقد و مخالفت با وی را برای خویشتن مجاز نمی‌دانستند. توگویی مجدداً دوران تقلید آغاز شد و حدود لااقل یک قرن همه از نظریات ایشان پیروی کردند. نخستین کسی که در ایراد خدشه و نقد نظریات شیخ جرأت و جسارت کرد، ابن ادریس حلی فقیه حوزه‌ی حله بود که به جهاتی؛ از جمله وابستگی نسبی وی به شیخ، از پوشش امن اعتراض و حملات جانبداران شیخ‌الطائفه برخوردار شد و در بسیاری از موارد با فتاوی‌ی جدّ بزرگوارش مخالفت کرد و راهی جز او در پیش



گرفت. البته هرچند پس از ابن ادریس هم کم‌تر کسی از فقیهان چنین جسارتی به خود راه می‌داد که به آسانی با نظر شیخ مخالفت کند و این احتیاط و محافظت شاید تاکنون هم قابل احساس است؛ ولی به هرحال کم‌وبیش دیده می‌شود. که از جمله، مسالهی موضوع بحث است.

۴. مخالفت فقیهان پس از شیخ طوسی

به‌رغم تثبیت نظریه‌ی منع قضاوت زنان توسط عالمان پس از شیخ طوسی، تعدادی از فقهای شیعه نیز ذکورت را برای قاضی شرط ندانسته و یا در این شرط تردید نموده و به ادله‌ی قائلین به عدم جواز قضاوت زنان، خدشه وارد کرده‌اند. اما به‌رغم تصریح شیخ طوسی به اعتبار شرط ذکورت پس از شیخ ابوالصلاح حلبی (ف ۴۴۷ق)، قاضی ابن براج طرابلسی (ف ۴۸۱ق)، ابن زهره (۵۸۵ق)، ابن ادریس حلی (۵۹۸ق)، ابن حمزه، سلار و راوندی در بر شماری صفات قاضی نسبت به شرط رجولیت قاضی سکوت کرده‌اند. ولی در قرون بعدی برخی فقیهان این جسارت را به خود داده که رسماً در اعتبار شرط مذکور علیه شیخ طوسی خدشه وارد سازند. دیدگاه‌های این فقها قرار ذیل بیان می‌گردد:

۴-۱. نظر مقدس اردبیلی

«مقدس اردبیلی» (۹۹۳ق) فقیه نامدار دوره‌ی صفوی، نخستین کسی است که در شرط یادشده به روشنی تردید وارد کرده است. (مقدس اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱۲، ص ۱۵)

۴-۲. نظر محقق قمی

پس از اردبیلی، میرزا ابوالقاسم قمی، فقیه دوران قاجاریه در ادله‌ی اعتبار شرط ذکورت تردید نموده و گفته است: چه بسا در شرط مردبودن بشود اشکال کرد؛ زیرا فتوای یادشده بیشتر به خاطر نیاز حضور آنان در اجتماع و شناخت دو سوی دعواست که رایج نیست. پس دلیلی وجود ندارد که بگوییم زنان هیچ‌گاه نمی‌توانند به قضاوت بپردازند، مگر آنکه اجماع به همین‌گونه پدید آمده باشد. من می‌گویم امکان دارد اجماع مربوط به اصل ولایت فقیه و عهده‌داری منصب قضاوت به طور کلی باشد، اما در قضاوت‌های منطقه‌ای و زیر مجموعه‌ای، روشن نیست که منظور ادعاکنندگان اجماع، این مورد نیز باشد. (محقق قمی، ۱۴۱۳ق، ص ۷)

۴-۳. نظر شیخ انصاری

شیخ انصاری مستند دلیل شرط ذکورت برای قاضی را ظاهراً تنها اجماع می‌داند و در مابقی ادله تردید کرده است. او دو شرط ذکورت و طهارت مولد را در کنار یکدیگر مورد بحث قرار داده و می‌گوید: هرچند شماری از فقها در شرط طهارت مولد و ذکورت ادعای عدم خلاف کرده‌اند، لیکن اگر اجماع وجود نداشته باشد، نظر قوی این است که در صورت استجماع شرایط دیگر، طهارت مولد و حتی مردبودن شرط قضاوت نمی‌باشد؛ اگرچه در پاره‌ای از روایات، کلمه «رجل» به کار رفته است؛ زیرا احتمال دارد این واژه از باب تغلیب به کار رفته باشد. پس عمومات را که دلالت بر جواز قضاوت هر شخص می‌کند، نمی‌توان با این‌گونه روایات تخصیص زد. (انصاری، ۱۴۱۵هـ، ص ۲۲۹)

۴-۴. نظر محقق خوانساری

از فقیهان قرن حاضر، مرحوم آیت الله حاج سید احمد خوانساری با آن همه ورع و احتیاط، در کتاب مستطاب جامع المدارک نیز در ادله‌ی منع قضاوت زنان تردید کرده‌اند. ایشان می‌گویند: برای شرط مرد بودن، به اجماع و حدیث نبوی تمسک و استدلال شده است. در حالی که می‌توان پاره‌ای از دلایل یادشده را مخدوش دانست؛ زیرا امکان دارد منظور رسول اکرم (ص) از اینکه فرموده‌اند: «لن تفلح امه ولا هم امرئه»؛ (گروهی که زنان بر آنان امارت دارند، رستگار نمی‌شوند) فرمان‌روایی باشد، نه قضاوت. هم‌چنین تعبیر به «لن تفلح» با جایز بودن، ناسازگاری ندارد و نیز تعبیر «بر زنان، جمعه و جماعت نیست»، با جایز بودن قضاوت، ناسازگاری ندارد، مگر نه آن است که زن می‌تواند امام جماعت زنان باشد. (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۷)

جمع‌بندی و نظر

در مجموع، دلایل قایلین شرط ذکورت قاضی عبارت است از:

الف) روایت ابی‌خدیجه که کلمه‌ی رجل در آن آمده است: «إِجْعَلُوا بَيْنَكُمْ رَجُلًا قَدْ عَرَفَ حَالَنا وَحَرَمانًا؛ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا» (وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۰۰) نقدی که شیخ انصاری بر این روایت وارد ساخته‌اند، استدلال به این حدیث را برای اعتبار ذکورت منتفی می‌سازد. به نظر ایشان این احتمال که این قید وارد مورد غالب باشد، مانع آن می‌گردد که این روایت و امثال آن، عمومات باب قضاء را تخصیص بزنند. افزون بر نکته‌ی که شیخ انصاری مطرح می‌فرمایند، می‌توان گفت که مراد از واژه رجل در بسیاری از متون فقهی، شخص است؛ اعم از مذکر و مؤنث. مثلاً: رَجُلٌ لَمْ يَدْرِ اثْنَتَيْنِ صَلَّى أُمُّ ثَلَاثًا (وسائل الشیعه، ج ۸، ص ۲۱۴) در اینگونه متون جای تردید نیست که مراد از «رجل» مرد نیست؛ چنان‌که زنی هم اگر بین دو و سه شک کند، همین حکم را دارد. در مسأله مورد بحث نیز کلمه‌ی رجل به معنای شخص باشد احتمال جدی است و لذا نمی‌تواند عمومات باب قضاء را تخصیص بزند.

ب) اجماع: در خصوص اجماع، لازم به ذکر است که با وجود روایت نبوی، احتمال استناد اجماع به همان روایت بسیار قوی است و به اصطلاح اجماع مستند تلقی می‌گردد. در این صورت، اجماع از حجیت ساقط است. و بنابراین شرط ذکورت برای قضاوت اعتباری ندارد. به نظر می‌رسد که شرط ذکورت نه در قاضی منصوب شرط است و نه در قاضی تحکیم. روایات باب قضاء و تحکیم عام است و دلیلی بر محدودیت وجود ندارد.



فهرست منابع

۱. ابن ابی الدم، شهاب الدین ابواسحاق ابراهیم بن عبدالله بن عبدالمنعم همدانی حموی (۱۴۰۴ق). ادب القضاء.
۲. ابن رشد، ابوالولید (۱۴۰۸ق). بدایه المجتهد و نهایه المقتصد.
۳. ابن قدامه، أبو محمد موفق الدین عبد الله بن أحمد بن محمد الحنبلی (۱۳۸۸ق). المغنی، القاهرة.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). القضاء والشهادات. کنگره شیخ.
۵. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق). جامع المدارک. قم: نشر اسماعیلیان.
۶. الدردیر، احمد بن محمد (۱۳۷۹ق). حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير.
۷. الرعینی، شمس الدین أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسی المالکی (۱۴۱۶ق). مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل.
۸. سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳ق). کفایة الاحکام.
۹. شربینی، شمس الدین محمد (۱۳۷۷ش). السراج المنیر.
۱۰. طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸). ریاض المسائل. قم.
۱۱. الطوسی، ابوجعفر (۱۳۷۸ش). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبه المرتضویه.
۱۲. علامه حلی، حسین بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۱۳. فیض کاشانی، مولی محسن (۱۰۹۱ق). مفاتیح الشرایع. قم: مرعشیه.
۱۴. قدروی حنفی، احمد بن محمد (۱۳۶۵ق). شرح المختصر.
۱۵. کاسانی، علاء الدین (۱۴۰۶ق). بدایع الصنائع.
۱۶. ماوردی، ابوالحسن (۱۳۸۰). الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۱۷. مجقق قمی (۱۴۱۳ق). جامع الشتات.
۱۸. مرغینانی، برهان الدین (۱۳۱۵ق). الهدایة.
۱۹. مفید، ابوعبداله، محمد بن محمد نعمان (۱۴۱۰ق). المقنعه فی الاصول و الفروع. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین.
۲۰. مقدس اردبیلی، سید احمد (۱۴۲۳ق). مجمع الفائده و البرهان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین.

آثار محکومیت کیفری و مبانی آن

عبدالکریم اسکندری*

* پوهندوی (استادیار)، دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، کادر علمی، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان

چکیده

محکومیت کیفری، از جمله مباحثی است که از ابعاد مختلف حقوقی، کیفرشناختی و جرم‌شناختی قابل بحث است و این مفهوم به عنوان آخرین مرحله فرایند رسیدگی در امور جنایی، متضمن آثار و پیامدهایی برای شخص محکوم، خانواده‌ی وی و جامعه می‌باشد. کیفر و تدابیر تأمینی و تربیتی به حکم قانون و تشخیص قاضی، به عنوان آثار ملموس محکومیت کیفری یک امری شناخته شده است. آثار محکومیت کیفری را می‌توان به آثار مثبت و منفی تقسیم نمود. نگارنده در این پژوهش در صدد بیان آثار مثبت محکومیت کیفری و مبانی آن است و بیان آثار و پیامدهای منفی محکومیت کیفری، مجال دیگری را می‌طلبد. تأمین امنیت جامعه، پاسداری از هنجارهای پذیرفته شده اجتماع، تشفی خاطر قربانیان جرایم، اصلاح مجرم و جلوگیری از تکرار جرم، از نمونه‌های بارز آثار مثبت محکومیت کیفری است که فلسفه و مبنای محکومیت کیفری را تشکیل داده و آن را توجیه می‌نماید. اما براساس نظریات جرم‌شناختی، محکومیت کیفری در هر قالب که بازتاب پیدا نماید؛ تأثیراتی فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و امنیتی بر تمامی سهام‌داران جرم وارد می‌نماید؛ از همین رو، ضرورت دارد که سیاست کیفری کشورها در قبال مجرم، هر از گاهی مورد تجدید نظر قرار گرفته و واکنش‌های گزینش شود که بتواند نقش سازنده در اصلاح مجرم و تربیت وی ایفاء نماید.

واژه‌های کلیدی: محکومیت کیفری، آثار، مبانی، واکنش جامعه، اصلاح مجرم، تأمین عدالت جزایی، ضمانت اجراها.

محکومیت کیفری فرایند قضایی است که توسط محاکم صلاحیت‌دار قضایی در برابر رفتار مجرمانه و در قالب یکی از مجازات‌های مقرر در قانون، بر مرتکب جرم تحمیل می‌شود و تأثیراتی بر وضعیت زندگی مرتکب می‌گذارد. تعریف نظری محکومیت کیفری، ناظر به قانون‌گذاری کیفری و اجرای مقررات در مرحله صدور حکم یا اجرای مجازات‌ها است. محکومیت کیفری مرکب از دو واژه «محکومیت» و «کیفری» است. در ترمینولوژی حقوق، محکوم کسی است که به حکم کیفری یا مدنی و یا اداری محکوم شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۶۲۵) محکوم کردن مجرم و اعمال مجازات مختلف، به ویژه مجازات سالب آزادی، یکی از قدیمی‌ترین روش‌هایی است که در قالب سیاست کیفری بازتاب یافته است. در مورد چرایی و فلسفه کیفر، اتفاق نظر در میان اندیشمندان حقوق جزا و جرم‌شناسان وجود ندارد. عده‌ای کیفر را به عنوان پاسخی برای جرم دانسته و از منظر استحقاق و سزاگرایی آن را توجیه کرده است. در مقابل، عده‌ای دیگر از اندیشمندان برای اعمال مجازات، اهدافی را ترسیم کرده‌اند؛ بازدارندگی (اعم از بازدارندگی خاص و عام)، ناتوان‌سازی، اصلاح و بازپروری مجرم، مهم‌ترین اهدافی است که از اجرای محکومیت کیفری انتظار می‌رود. (گسن، ۱۳۸۵، ص ۲۵) امروزه با توجه به توسعه حقوق جزا از یک‌سو، پرهزینه‌بودن سیاست کیفری و ناکارآمدی آن در تضمین اهداف یادشده از سوی دیگر، اجرای آن‌ها - به خصوص مجازاتی مانند اعدام، زندان و محرومیت از حقوق اجتماعی - با چالش‌ها و موانع جدی مواجه شده است. برخی از جرم‌شناسان، محکومیت کیفری و تطبیق مجازات را از منظر جرم‌شناسی انتقادی، تعامل‌گرایی و نظریه‌ی برچسپ‌زنی تحلیل، پیامدها و معایب آن را یادآور شده‌اند و معتقدند که محکومیت کیفری و برچسپ مجرمانه، نه تنها موجب اصلاح و بازپروری مجرم نمی‌شود، که وی را به سمت تکرار جرم سوق می‌دهد و لذا واکنش دستگاه عدالت جزایی در برابر رفتارهای مجرمانه باید مبتنی بر نوع سیاست تغییر مسیر باشد؛ بدین معنا که باید بیشتر از سیاست‌های ارفاقی استفاده شود، تا محکومیت‌های کیفری که باعث برچسپ‌زنی و انحراف ثانویه می‌شود.

این پژوهش در مقام بیان آثار مثبت محکومیت کیفری و ارزیابی آن است. آثار منفی ناشی از اجرای محکومیت کیفری، تحقیق مستقل را ایجاب می‌نماید. سوال‌های اساسی که تحقیق پیش رو، در صدد پاسخ به آن است؛ این است که هدف از تطبیق محکومیت کیفری چیست؟ اجرای محکومیت جزایی چه آثار و پیامدهایی را به دنبال دارد؟ مبانی توجه به آثار محکومیت کیفری چیست؟ پاسخ به سوالات فوق ایجاب می‌نماید که نخست مبانی توجه به آثار محکومیت جزایی و سپس آثار مثبت محکومیت کیفری با رویکرد حقوقی - جرم‌شناختی مورد ارزیابی قرار گیرد. بدون تردید، مقایسه و ارزیابی این دو اثر، محدودیت و یا توسعه، هم‌چنین کارآمدی و یا ناکارآمدی محکومیت کیفری را تعیین و محسوس خواهد کرد.



۱. مبانی توجه به آثار محکومیت کیفری

مبنا در اصطلاح حقوقی عبارت از اصل یا قاعده‌ی کلی است که نظام حقوقی مبتنی بر آن باشد و مقررات حقوقی براساس آن وضع گردد. به اصول و قواعدی که در حقوق می‌تواند چنین نقشی داشته باشد و معیارهای کلی دیگر نیز بر آن مبتنی باشد، اصطلاحاً مبانی حقوق گفته می‌شود. (پژوهشکده حوزه‌ی و دانشگاه، ۱۳۸۱، ص ۱۶۹) برخی از محققان، مبنا و اهداف حقوق را یکی دانسته و گفته‌اند که شناخت مبانی حقوق، جز با تشخیص اهداف آن امکان‌پذیر نیست و دو مسأله‌ی؛ مبنا و هدف حقوق با هم ارتباط ناگسستنی دارند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۴۴۲) منظور ما از مبنا در بحث آثار محکومیت کیفری، همان چرایی و علت توجه به آثار محکومیت جزایی است. این معنا با مفهوم دیگر از مبنا؛ یعنی مصالح و اهداف محکومیت کیفری متفاوت است.

توجه به آثار محکومیت کیفری، مبانی متعدد حقوقی و جرم‌شناختی دارد. مجازات‌ها در حقوق جزا برای تأمین عدالت اجتماعی، پاسداری از ارزش‌ها، اطاعت‌پذیری از شریعت و قانون، بازداشتن مردم از ارتکاب جرم، حمایت از جامعه در برابر جرم و توانمندساختن آن‌ها در دفاع از خود در مقابل بزه‌کاری، تشریع‌شده و مطلوبیت ذاتی ندارد، لذا نباید از مقدار ضرورت و نیاز در تأمین مصلحت جامعه تجاوز کند. از این‌رو، براساس اصل تفرید جرایم و مجازات‌ها، شأن و شخصیت مجرم، اوضاع و احوال حاکم بر جرم و مجرم، سابقه محکومیت و چگونگی ارتکاب جرم و انگیزه آن، در سیاست کیفری و هنگام تعیین محکومیت مورد توجه است.

نظریات جرم‌شناسان و یافته‌های آنان نیز حقوق جزا را تحت تأثیر قرار داده است؛ به گونه‌ای که اگر مجازات سودمندی فردی و اجتماعی نداشته باشد و منجر به اصلاح مجرم و بازسازی وی نشود، باید جای‌گزین برای آن شناسایی گردد و در پاسخ کیفری و بازخورد آن تجدید نظر نمود. از سوی دیگر، آثار محکومیت کیفری هم از جهت متعلق و هم از نظر قلمرو بسیار گسترده است و لذا قانونگذار در هنگام جرم‌انگاری، به شرایط و ارزش‌های جامعه توجه نموده و از جرم‌انگاری‌های بی‌مورد و افراطی پرهیز نماید و قضات در مقام صدور حکم از پیامدها و آثار ناشی از محکومیت کیفری بر مجرم، قربانی جرم و جامعه غافل نباشد و با توجه به قاعده‌ی تناسب، شخصی‌بودن مسئولیت کیفری و اصل فردی، مجازاتی را تعیین نماید که مصالح فرد و جامعه در پرتو آن تأمین گردد.

مبانی و پشتوانه‌های توجه به آثار محکومیت کیفری را می‌توان در ضمن امور زیر بیان نمود.

۱-۱. ارزیابی ضمانت اجرای کیفری و ارایه طرح مناسب

مهم‌ترین ارزش‌های اخلاقی، دینی و اجتماعی با حقوق جزا و از طریق مجازات پاسداری می‌شود و حقوق کیفری با جرم‌انگاری، حمله‌کننده به هنجارهای اجتماعی را، فرد خاطی دانسته و سرزنش می‌کند. دستگاه عدالت کیفری باید هر از گاهی ارزیابی نماید که آیا تعیین سیاست‌های کیفری، جرم‌انگاری‌ها و مجازات‌های درخور آن، توانایی تأمین عدالت اجتماعی، امنیت و نظم را دارد یا خیر؟ آیا برهم‌زنندگان امنیت جامعه و مفسدان از مجازات و کیفر بیم دارند و یا این‌که

کیفرهای مقرر و احکام صادره قضات، دارای بازدارندگی و صلابت لازم نیست که منجر به افزایش جرم گردیده و نیازمند تغییرات اساسی است؟ از همین رو، «بازخورد نتایج ضمانت اجرای کیفری و ارایه‌ی طرح مناسب واکنش اجتماعی»، از مبانی مهمی توجه به آثار محکومیت کیفری محسوب می‌شود که هرکدام به صورت مستقل ارزیابی می‌گردد.

۱-۱-۱. ارزیابی نتایج ضمانت اجرای کیفری

قانون‌پذیری، اساسی‌ترین مؤلفه‌های پایداری حکومت و نظام اجتماعی است. نظم، امنیت، جریان صحیح امور و ایجاد شرایط مناسب برای تأمین حقوق و مصالح مردم، بر حاکمیت قانون و پایبندی عموم مردم و حاکمان استوار است. سرکشی و نافرمانی در برابر نظام اجتماعی و زیر پا نهادن قوانین، جامعه را دچار هرج و مرج و آسیب‌های فراوانی می‌کند. مهم‌ترین دلیل عقلی بر لزوم اطاعت حاکم و ضرورت تحقق نظم و امنیت در جامعه، بستگی تام به اطاعت مردم از حاکم، شریعت و قوانین دارد. ضمانت اجرای این اصل مهم، تعیین مجازات و محکومیت کیفری است. اگر سیاست کیفری دولت‌ها کارآیی لازم را نداشته باشد و از انسجام و قدرت اصلاح و بازدارندگی برخوردار نباشد، امور جامعه دچار ازهم‌گسیختگی، بی‌نظمی و آشفتگی خواهد شد. حفظ دین، جان، عقل و خرد، نسل و مال از ارزش‌های اساسی است که اندیشمندان اسلامی آن را در مرتبه‌ی مصالح ضروری دانسته و بر وجوب رعایت و حفظ آن اتفاق نظر دارند؛ چرا که از دست دادن آن‌ها بحران‌زا بوده و مشکلاتی را در عرصه‌های زندگی فردی و اجتماعی به وجود خواهد آورد و در حقیقت با اضمحلال آنها، ارزش و جایگاهی برای حیات باقی نمی‌ماند. از همین روست که تجاوز به آنها امر حرامی شمرده شده و مستلزم کیفر است. (غزالی، ۱۴۱۳، ص ۲۸۷) عبدالقادر عوده نیز آثار محکومیت کیفری را اصلاح آدمیان، حمایت از آنان در برابر مفاسد، نجات آنان از جهالت، ارشادشان از گمراهی، بازداشتن ایشان از ارتکاب گناهان و جرایم و برانگیختن آنان به اطاعت از خداوند و فرمان‌برداری از قانون دانسته است. (عوده، بی‌تا، ص ۶۰۹) فلسفه‌ی شریعت اسلامی تحصیل و تکمیل مصالح و تعطیل یا کاهش مفاسد است. کیفر عبارت از جلب مصلحت برای آدمیان و دفع مفسده از آنان است.^۱ (ابن تیمیه، ۱۴۰۶، ص ۱۳۱)

تحمیل مجازات بر بزهکار، دو هدف اساسی را دنبال می‌کند: یکی وادارکردن مجرم به اصلاح، از طریق توبه و ندامت، دیگری، ایجاد ارعاب در اجتماع؛ یعنی محکومیت و عقوبت باعث می‌شود تمامی کسانی که سعی دارند راه مجرم را بروند تغییر مسیر داده و راه راست و قانون‌پذیری را برگزینند. بنابراین، ندامت بزهکار و ارعاب، هر دو آثار محکومیت کیفری را در جوامع پیشرفته تشکیل می‌دهد و برای توجیه و فلسفه محکومیت کیفری بیشتر بر محور بازسازی و اصلاح مجرم تأکید می‌شود؛ «بازسازی اجتماعی بزهکار که اساسی‌ترین و اصولی‌ترین هدف‌ها است، که امروزه مورد نظر اکثریت قوانین کشورهای مختلف است. این واقعیت به اثبات رسیده که مجرم نباید مورد قصاص و انتقام قرار گیرد و با او مانند یک حیوان رفتار شود. به همین جهت کوشش می‌شود که کینه‌جویی از میان برود و نفرت و انزجار از مجرم، جای خود را به دلسوزی و غم‌خواری بدهد. در نتیجه به جای تحمیل آزار و شکنجه، راه‌های اصلاحی در نظر گرفته شود، تا بتوان بدکاران را شفا

۱. «ان الشریعة الاسلامیة جائت بتحصيل المصالح كلها و تکمیلها و تعطیل المفاسد و تفکیکها.»

داد و آنان را کاملاً سازگار، به آغوش اجتماع برگرداند.» (مظلومان، ۱۳۵۲، ص ۱۲) در بسیاری از مکاتب حقوق جزا که در غرب ارائه شده، واکنش به رفتار خلاف هنجار افراد و حراست از اصول و ارزش‌های پذیرفته شده‌ی جامعه به عنوان یکی از اهداف جرم‌انگاری و مجازات مطرح شده است. از همین رو، ضرورت دارد که تأثیرات و کارآیی محکومیت کیفری مورد سنجش و ارزیابی قرار گیرد. امتیازات و جنبه‌های مفید، کارا و سودمند آن تقویت و با موانع و چالش‌های فرا روی آن مبارزه و راهبردهای حل علمی و عملی ارایه گردد و هم‌چنین نکات ضعف و مشکلات آن شناسایی و جای‌گزین‌های مناسب برای آن تعریف گردد و تحولاتی در فرایند عدالت جزایی به وجود آید که منتهی به ضمانت اجراهای مؤثر و قوی در راستای تأمین نظم و امنیت ملی شود و بر اساس آن، هم مجرم اصلاح شده و به جامعه بازگردد و هم از قربانی جرم و هنجارهای پذیرفته‌شده جامعه حمایت لازم به عمل آید.

۱-۱-۲. ارایه طرح مناسب برای تدوین واکنش اجتماعی

همان‌گونه که بیان شد، حفظ نظم عمومی و پاسداری از ارزش‌های اجتماعی، یکی از رسالت‌های اصلی دولت است و لذا حکومت برای تضمین آن، ضمانت اجرای کیفری وضع نموده است. ضمانت اجرای کیفری در مرور زمان تحولاتی را پیموده و با توجه به شرایط زمان و مکان و مسایل جدید، تغییرات اساسی را پذیرا شده است. مطالعه تحولات حقوق جزا نشان می‌دهد که سیاست کیفری کشورها، گاه به سمت مجازات‌های سختگیرانه و خشنی حرکت کرده و گاه به سمت نهضت اصلاح و تربیت و به همین ترتیب هر دانشمندی، مجازات را از افق دید خود تحلیل و توجیه نموده است. یکی بر اساس فلسفه‌ی استحقاق‌گرایی و دیگری از منظر بازدارندگی و سومی از زوایای دفاع اجتماعی و هم‌چنین سیاست کیفری گاه بر مجرم متمرکز بوده و تمامی احکام و مقررات جزایی بر محور مجرم و جلوگیری از تکرار جرم و یا مبارزه با علل و زمینه‌های جرم می‌چرخید و گاه به سمت قربانی جرم و روش‌های حمایت از وی و تأمین منافع فرد و جامعه، تمایل پیدا نموده است. «بتنام عقیده داشت: هر فرد حتی به طور ناخودآگاه، بنا بر محاسبه خوبی (نفع لذت) و بدی (رنج و ناراحتی) حاصل از کردار خود، امور خویش را اداره می‌کند و اگر دریابد که نتیجه‌ی عملی که از آن سود می‌برد، کیفر خواهد شد، در آن صورت این اندیشه با نوعی قدرت، وی را از ارتکاب آن عمل باز می‌دارد. به این ترتیب، بزهکار از عقلانیت کیفری برخوردار است. بنابراین مجازات‌ها، باید مندرج باشد، به گونه‌ای که میزان رنج‌آوری نظام عدالت کیفری، ترس‌آور جلوه کند و از این رهگذر در برابر کسب سود و منفعتی که شخص ممکن است از ارتکاب فعل مجرمانه نصیبش شود، جنبه‌ی بازدارندگی پیدا کند.» (پرادل، ۱۳۸۱، ص ۱۳۷)

پیام این فراز و فرودهای آثار محکومیت کیفری، این است که سیاست کیفری کشورها هم در عرصه جرم‌انگاری و هم در عرصه تعیین واکنش‌ها باید پویا و به‌روز باشد. مقام صلاحیت‌دار تقنین در حوزه جرم‌انگاری باید ظرافتها و دقت‌های لازم را مبذول دارد و اصول و قواعد جرم‌انگاری و

شرایط آن را سرلوحه سیاست خود قرار دهد. امروزه یکی از شاخصه‌های اصلی توسعه، داشتن نظام عدالت کیفری مقتدر، منسجم و فعال می‌باشد که در اصلاح مجرم و بازجامعه‌پذیری آنان و تأمین عدالت اجتماعی موفق باشد. جرم‌شناسان، جرم‌انگاری را فرآیندی گزینشی تعریف کرده‌اند که طی آن، قانونگذار، اعمالی را که قبلاً جرم نبوده آن را جرم پنداشته و قابل مجازات اعلام می‌کند. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۷، ص ۲۱) در این تعریف، دو نکته‌ی اساسی وجود دارد: یکی، فرآیند و دیگری، گزینش. فرآیند یعنی چیزی که یک نقطه‌ی آغاز، یک نقطه‌ی جریان و یک نقطه‌ی پایان دارد، همانند سایر پدیده‌های مهم اجتماعی. قانونگذاری که می‌خواهد رفتاری را جرم بداند باید فرآیندی را طی کند. جرم‌انگاری چون فرآیند است، نیاز به تأمل دارد. نباید هر رفتاری را جرم اعلام نماید، بلکه از میان اعمال ضدا اجتماعی و انحرافات، گزینش و انتخاب نماید. رفتاری را جرم بداند که مغایر نظم عمومی و وجدان جمعی باشد. از کلی‌گویی جلوگیری گردد و در این فرایند، مصادیق جرمی به صورت شفاف و روشن بیان گردد. از طرف دیگر، به ظرفیت‌ها و امکانات مراجع عدلی و قضایی توجه لازم صورت گیرد.

قانون‌گذار بایستی توان‌مندی‌های پلیس، خارنوالی، قوه‌ی قضائیه و بودجه اختصاص یافته را در مراحل جرم‌پنداشتن و ارایه‌ی روش‌های مبارزه با مجرم‌ان، در نظر گیرد؛ زیرا با ایجاد یک جرم، ممکن است هزار دوسیه به دوسیه‌های جزایی اضافه شود، همانند وصف کیفری جرایم انتخاباتی و یا تعیین مجازات اعدام برای قاچاق‌بران مواد مخدر و یا اخلال‌گران نظم و امنیت عمومی. اگر دولت و دستگاه عدالت جزایی، توانایی و پتانسیل لازم برای مقابله، کشف، تعقیب و رسیدگی را نداشته باشد و از طرف دیگر، جرم‌انگاری به سمت تورم پیش برود، هیمنه و صلابت حقوق جزا تحت تأثیر قرار گرفته و مجازات، اثر بازدارندگی و اصلاح خود را از دست خواهد داد و یا حداقل موجب تورم قانون، اطاله‌ی رسیدگی و اخلال در عدالت خواهد شد.

قاضی نیز باید در مقام تعیین مجازات با توجه به شخصیت مجرم، اوضاع و احوال حاکم بر جرم، کیفری را تعیین نماید که بیشترین تأثیر را هم در جنبه‌ی حمایت از مجنی‌علیه و هم در راستای تربیت مجرم داشته باشد. (صفاری، ۱۳۹۲، ص ۲۵۷) متأسفانه بالاترین واکنشی که از سوی قاضی امروزه تعیین می‌گردد، حبس است. زندان با توجه به بحران جمعیت کیفری و آسیب‌های که در آن وجود دارد، نمی‌تواند فلسفه و اهداف حقوق جزا را تأمین نماید. کیفر حبس امروزه با چالش‌های مهمی روبه‌رو است. در ابتدا، پاسخ‌های سالب آزادی به عنوان ضمانت اجرای اصلاح درمانی معرفی و شناخته شد، اما این رویکرد با شکست مواجه شده است؛ زیرا نتایج پژوهش‌ها نشان می‌دهد افرادی که در حبس به سر می‌برند، نه تنها اصلاح نشده، که به میزان بالایی، مرتکب تکرار جرم می‌شوند. (لکی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۶) در بلژیک، سالیانی درازی است که اندیشمندان، روی منطق حقوق مطالعه می‌نمایند و به این نتیجه رسیده‌اند که بر خلاف تصور و آنچه که در قانون اساسی کشورها آمده است، منطق حقوق، منطق ریاضی نیست و قضاوت محدود به این نمی‌شود که شما کبری قیاس را در قوانین شناسایی و صغری را هم احراز و آن کبری را در مورد صغری اجرا نمایید. (مانند این که مجازات قتل عمد در قانون اعدام است و این شخص قاتل عمد است،

و لذا باید او اعدام گردد) منطق حقوق، منطق خطابی است که قاضی هم اصحاب دعوا را قانع نماید و هم دادگاه بالاتر و هم وجدان خود را (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۳۶۲)، لذا ضرورت دارد که آثار بدیل‌های حبس و سایر مجازات‌های جای‌گزین آن مانند تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و... را بررسی و سنجش کرد و براساس آن، واکنش مناسب و تأثیرگذار در مقابله با پدیده‌های مجرمانه اتخاذ گردد. (شمس، ۱۳۹۶، ص ۱۲)

۱-۲. گسترده‌گی آثار منفی محکومیت کیفری

آثار منفی محکومیت کیفری هم از نظر متعلق و موضوع گسترده است و هم از نظر مصادیق؛ یعنی اولاً تأثیرات محکومیت کیفری منحصر به مجرم نیست، بلکه خانواده و اقارب او و حتی جامعه را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد و ثانیاً آثار محکومیت جزایی، منحصر به یک حوزه خاص نیست. از همین‌رو، یکی از مبانی توجه به آثار محکومیت کیفری، همین وسعت و دامنه گسترده آن است که در دو محور: «محدودنبودن آثار به شخص بزه‌کار و محدودنبودن به مورد خاص»، مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۱. محدودنبودن آثار محکومیت کیفری به شخص بزه‌کار

هرچند یکی از اصول حاکم بر حقوق جزا، اصل شخصی‌بودن مسئولیت جزایی است، اما این اصل در مواردی؛ مانند ضمان عاقله و مسئولیت نقصان یافته، تخصیص می‌خورد. از سوی دیگر، واقعیت‌های عینی نشان دهنده این مطلب است که محکومیت کیفری چه در قالب مجازات مالی باشد و چه در چارچوب مجازات بدنی؛ مانند اعدام، قصاص، شلاق و حبس، هم مرتکب جرم را تحت تأثیر قرار می‌دهد و هم خانواده و جامعه محلی را. سرشکستگی، بدنامی، برچسپ‌زنی و طرد اجتماعی که بر اثر محکومیت کیفری بر مجرم وارد می‌گردد، خانواده و وابستگان او را نیز با خود درگیر می‌نماید. حیثیت، اعتبار و موقعیت آنان را نیز متزلزل ساخته و موجب بدنامی، تحقیر و سرشکستگی می‌گردد، حتی بر وضعیت تحصیلی و اقتصادی فرزندان و یا شرکاء آن‌ها نیز تأثیر خواهد گذاشت. با اجرای مجازات اعدام و قصاص و حتی حبس، ضمن این که خانواده، سرپرست و تأمین‌کننده نیازهای مالی و معنوی خود را از دست می‌دهد، که خود این موضوع بحران‌زا بوده و امکان دارد به جرایمی جدیدی منتهی گردد، وضعیت جامعه نیز در شرایط خاصی دچار التهاب شده و وضعیت روانی و روحی مردم دچار آشفتگی شود. در مواردی ممکن است اقارب و هم‌پیمانان شخص اعدامی، دست به انتقام و بی‌نظمی بزنند، فشارهای مجدد علیه قربانیان جرایم، شهود، قاضی صادرکننده حکم و حتی دولت وارد نمایند. در این وضعیت، اگر دستگاه عدالت جزایی به خصوص حکومت از کنترل، قدرت و توانایی مقابله برخوردار نباشد، وضعیت امنیتی دچار بحران خواهد شد و احتمال دارد که جرایمی سنگین‌تری به وقوع بپیوندد.

گسترده‌گی آثار محکومیت کیفری در جانب موضوع ایجاب می‌کند که باید این آثار، به صورت مستمر مورد ارزیابی و مطالعه قرار گیرد و به ویژه دادستان و قضات محترم، هنگام تصمیم‌گیری و تعیین نوع محکومیت جزایی، به پیامد حکم و تصمیم اتخاذی خود توجه جدی را مبذول دارند. در مواردی شاید نیاز به اجرای مجازات و یا اصولاً محکومیت کیفری نباشد.

تعویق صدور حکم و یا تعلیق اجرای مجازات و یا سایر نهادهای پیش‌بینی شده در قانون، اثری سازنده در اصلاح مجرم و جلوگیری از ارتکاب جرم داشته باشد. امام علی^(ع) فرمود: «رب ذنب مقدار العقوبه علیه اعلام المذنب به»؛ چه بسا گناهی که عقوبت آن، همان اعلام گناه به گناهکار است.» (غررالحکم، حدیث ۵۳۴۲) واکنش‌ها نسبت به جرم واحد در افراد مختلف، می‌تواند متفاوت باشد؛ گاهی صرف اطلاع‌رسانی به پلیس، مجرم را از جرم باز می‌دارد و زمانی مجرم با قطعی شدن زندان، از عمل دست می‌کشد و گاهی تا آخرین مرحله، حاضر به ترک جرم نمی‌شود. هم‌چنین در فرایند رسیدگی، باید دقت نماید که بر اثر تبانی شهود و یا غفلت دچار اشتباه نگردد و بی‌گناهی را مجرم قلمداد ننماید. این که در سیاست قضایی اسلام روی شرایط قاضی و اهمیت وظیفه‌ی قضات تاکید شده است، ناظر به همین موضوعات است.

۲-۱. محدود نبودن آثار محکومیت کیفری به مورد خاص

تأثیرات منفی محکومیت کیفری، منحصر به مورد خاص نیست؛ بلکه از منظر حقوق جزا، محرومیت از حقوق اجتماعی را در پی دارد. حقوق اجتماعی طیف وسیعی از حقوق را شامل می‌شود؛ از سلب حق تصرف در اموال، قیمومیت، اشتغال و استخدام گرفته تا محرومیت از حقوق سیاسی؛ مانند شرکت در انتخابات، کاندید شدن برای ریاست جمهوری و سایر تصدی‌های دولتی، همه را شامل می‌شود. از منظر دانش جرم‌شناسی نیز محکومیت کیفری تأثیرات منفی فراوانی را به دنبال دارد. انگ و برچسپ مجرمیت، پذیرش هویت مجرمانه، تعارض درونی و فرهنگی، فقر و بی‌کاری، روآوری به مشاغل غیرقانونی، جرایم خلاف اخلاق و عفت، از نمونه‌های بارز آثار محکومیت کیفری به خصوص زندان است. بنابراین، شایسته است که تأثیرات محکومیت کیفری در حوزه‌های مختلف اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و امنیتی مورد ملاحظه و بررسی قرار گیرد. آثار مثبت ناشی از برخی محکومیت‌های کیفری، شناسایی و تقویت شود و آن طیف از محکومیت‌های کیفری که دارای آثار منفی است، پالایش و محدود گردد و یا جای‌گزین‌های مناسب برای آن تعیین شود.

هدف از اجرای محکومیت کیفری در نظام دینی نیز، کمک به اصلاح بزهکار بوده و هرجایی که مانعی در مسیر تحقق اثر و هدف فوق وجود داشته، پیامبر یا امام معصوم^(ع) با مدنظر قراردادن شرایط جسمی و اجتماعی مجرم، وی را از تحمل کیفر معاف کرده یا حد را به شیوه خاص کم‌ترین آسیب را برای بزهکار داشته باشد، اجرا کرده است. محکومیت تعزیری نیز جنبه اصلاحی- تربیتی داشته و اجرای آن تابع مصلحت است. حاکم اسلامی باید در کنار مقتضیات زمان و مکان، به اصل فردی توجه کرده و ویژگی‌های اخلاقی و روانی بزهکار، وضعیت جسمانی و قدرت تحمل وی را به‌عنوان عاملی تعیین‌کننده در تحمیل و اجرای کیفر تعزیری معیار قرار داده و مجازاتی را صادر کند که منتهی به اصلاح و تربیت بزهکار شود. پیامبر گرامی اسلام در مورد فلسفه‌ی اجرای حد فرموده: «اقامه‌ی حد بهتر از باران چهل صبح است.» (عاملی، ۱۳۶۷، ص ۳۰۸) امام موسی بن جعفر^(ع) در تفسیر آیه شریفه‌ی «یحیی الارض بعد موتها» فرمودند: «خداوند زمین را

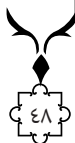


به وسیله‌ی باران زنده نمی‌کند، بلکه مردانی را برمی‌انگیزاند که عدالت را زنده کند، سپس زمین به خاطر احیای عدالت زنده می‌شود.» (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۱۷۴). بعد فرمودند: «یقیناً اجرای حد در راستای اقامه‌ی عدالت سودمندتر است از چهل شبانه روز باران.» (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۱۷۴) برخی از اندیشمندان اسلامی، اثر مجازات را رحمت الهی دانسته است که خداوند با کیفر مقرر، محکومان را مورد لطف و رحمتش قرار می‌دهد تا پاکیزه شده و از احسان الهی بهره‌مند گردند: ابن تیمیه می‌نویسد: «مجازات به عنوان رحمت از سوی خداوند به بندگان تشریع شده است. بنابراین از رحمت الهی و اراده‌ی احسان از جانب خداوند به سوی بندگان ناشی می‌شود و از این‌رو، شایسته است کسی که مردمان را به دلیل ارتکاب گناه کیفر می‌دهد، قصد احسان آنان را کند، چنان که پدر، تادیب فرزند و پزشک مداوای بیمار را قصد می‌کند.» (ابن تیمیه، ۱۴۰۶، ص ۱۳۱)

۲. آثار مثبت محکومیت کیفری

طرفداران حقوق جزا و برخی از جرم‌شناسان معتقدند که محکومیت جزایی و اعمال مجازات در تأمین امنیت، نظم، اصلاح و تربیت مجرم، نقش مهم و ارزنده دارد؛ به گونه‌ای که سایر تدابیر نمی‌تواند جانشین مجازات و محکومیت کیفری شود؛ زیرا از دیدگاه حقوق کیفری، مجرم کسی است که بر اثر ارتکاب جرم مستحق مجازات است و محکومیت کیفری، نمودی از واکنش اجتماعی فایده‌نگر است که از طریق مبارزه‌ی سرکوب‌گرانه و به هدف پیش‌گیری از جرم بر مجرم تحمیل می‌شود. بدین معنا که ایجاد ترس ناشی از اعمال مجازات بر مجرم، نه تنها او را از اندیشه‌های مجرمانه‌ی بعدی منصرف می‌کند، بلکه با اجرای کیفر در باره‌ی محکوم علیه به سایر افرادی که بالقوه اندیشه‌ی ارتکاب جرم را در سر می‌پروراند، درس عبرتی می‌دهد تا از ارتکاب جرم خودداری کنند.

بدین ترتیب، کیفر عامل پیش‌گیری‌کننده از جرم شمرده می‌شود و تضمین‌کننده‌ی سایر حقوق طبیعی و فطری مانند حق حیات، حق مالکیت، آزادی و حق برخورداری از آسایش و امنیت است؛ زیرا چنین نیست که تمامی افراد جامعه همواره حقوق دیگران را محترم شمرده و متعرض حقوق و امتیازات دیگران نشوند. حال اگر کسانی به حقوق خویش قناعت نکنند و با تجاوز به حقوق دیگران نظم و تعادل برقرارشده را مختل سازند، ناگزیر جامعه باید از خود عکس‌العمل نشان داده، چنین متجاوزانی را کیفر دهد. یکی از محققان در مورد ضرورت کیفر نوشته است: «هرچند افزایش کمی و کیفی جرایم در کشورهایی مثل آمریکا و انگلستان و برخی دیگر و نیز در سطح بین‌المللی، منتهی به تغییر سیاست‌های حاکم بر نظام کیفری شده و گاه‌گاهی قوانین شدید و غلیظ کیفری به تصویب می‌رسند، تا جایی که امروزه اندیشه‌ی «مجازات‌های استحقاقی»، در قالب دیدگاه سزاگرایی به کیفر، اندیشه‌ی «درمان مرتکب» برگرفته از دیدگاه اصلاحی نسبت به کیفر را کمرنگ و ضعیف و حتی غیرقابل دفاع نموده؛ اما هیچ‌یک از این‌ها باعث نشده تا نیاز به توجیه کیفر و نظام کیفری، کمرنگ یا بی‌اهمیت شود.» (صفاری، ۱۳۹۲، ص ۲۲۴)



بنابراین، محکومیت کیفری را می‌توان یکی از عوامل حفظ نظم و حقوق افراد دانست و لذا محکومیت کیفری در قالب زندان، عمری به درازای بشر دارد و در کتاب‌های معتبر تاریخی، قانون‌نامه‌های مصر باستان، یونان باستان، رُم باستان، تمدن‌های باستانی بین‌النهرین یا قانون‌نامه‌هایی چون اشوننا و قانون‌نامه‌ی حمورابی و سرانجام در قانون‌نامه‌های ایران، هند و چین باستان، کم‌وبیش از زندان، بند، حبس یا مکان‌هایی شبیه به آن سخن به میان آمده است. در کتاب‌های مقدس آسمانی نیز چون کتاب مقدس عهد عتیق (تورات) و کتاب مقدس عهد جدید (انجیل) نیز از زندان و حبس سخن به میان آمده است. (گودرزی و دیگران، ۱۳۸۳، ص ۱۳)

در نظام حقوقی اسلام نیز دو گونه محکومیت و مجازات (دنیوی و اخروی) برای متخلفان و متمردان از قانون پیش‌بینی شده است. مجازات اخروی که اساسی‌ترین و در عین حال شرم‌سارترین محکومیت شمرده می‌شود بعد از پایان یافتن حیات دنیوی و مرحله‌ی آزمایش انسان‌ها در جهان دیگر به اقتضای حکمت و عدالت پروردگار از یک‌سو و در نتیجه‌ی اوامر و نواهی الهی از سوی دیگر، به طور قطع اجرا می‌شود. (زلزال، ۸۰۷) مجازات دنیوی خود بر دوبخش (تکوینی و وضعی) تقسیم می‌شود. مجازات تکوینی که از آن به سنت‌های الهی نیز تعبیر می‌شود، مبتنی بر قانون علت و معلول و اسباب و مسببات است که جوامع انسانی در صورت انحراف از مسیر حق، دچار آن می‌گردند. نمونه‌های عینی این نوع مجازات و محکومیت‌های کیفری عبارتست از هلاکت و نابودی ملت‌ها، تسلط دشمنان بر آنان، بروز قحطی و مشکلات اقتصادی، ذلت و خواری و مانند آن، که اقوام لوط، عاد و ثمود و... به آنها محکوم شدند. (آل عمران، ۱۳۷؛ محمد، ۱۰؛ کهف، ۵۹؛ نمل، ۵۲؛ انفال، ۴۶؛ طه، ۲۴؛ مائده، ۷۹) نوع دوم از مجازات‌ها، محکومیت‌هایی است که در نظام‌های کیفری و قوانین جزایی پیش‌بینی می‌شود و فقیهان اسلامی با توجه به منابع اصیل (قرآن و سنت)، آن را استنباط می‌کنند و دولت اسلامی مکلف به اجرای آن هستند. این نوع از مجازات‌ها به شکل گوناگون و در قالب قصاص در قتل عمد، قطع دست سارق، زدن تازیانه، محکومیت به جزای نقدی و مانند آن بازتاب یافته است. طبیعی است که تأثیر مجازات در مورد تمامی مجرمان به طور یکسان تحقق نمی‌یابد. در برخی، موجب بیداری وجدان و اصلاح آنان و در بعضی دیگر، موجب بازداشتن آنان از ارتکاب دوباره‌ی جرم می‌شود و نیز سبب می‌شود که دیگران از ترس مجازات، تصور ارتکاب آن را نکنند. در مجموع آثار مثبت کیفری را می‌توان در امور ذیل خلاصه کرد.

۲-۱. اصلاح مجرم و پاسداری از ارزش‌ها

فردی که قوانین و هنجارهای پذیرفته‌شده جامعه را رعایت نکرده و به حقوق دیگران تعدی و تجاوز می‌نماید، حالت خطرناکی و انحراف را از خود بروز می‌دهد که نیاز به اصلاح و درمان دارد. حقوق جزا باید این اثر و کارآیی را داشته باشد که از طریق اعمال مجازات و سازوکارهای تنبیهی، شخص متعدی را اصلاح کرده و از ارزش‌های جامعه حمایت نماید.

۲-۱-۱. اصلاح و بازجامعه‌پذیری مجرم

اصلاح، مفهوم مبهم و پیچیده‌ای است، به گونه‌ای که امروزه هر نوع تقویت استعداد و

توانایی در رعایت قانون را در بر می گیرد. (جعفری، ۱۳۹۱، ص ۱۰۹) به عبارت دیگر، اصلاح و درمان؛ یعنی اجرای یک برنامه‌ی مداوی روانی- اخلاقی با رعایت شرایط لازم برای تأمین امنیت جامعه، به منظور بهبود امکانات سازش‌پذیری اجتماعی مجرم (درمان و اصلاح جرم‌شناختی) و نیز اجرای برنامه‌های مداوی پزشکی در مورد بزهکار بیمار. (نجفی ابرندآبادی و دیگران، ۱۳۷۷، ص ۳۳۴) اما منظور ما از مفهوم اصلاح در اینجا این است که در اثر مجازات، رویکرد مجرم نسبت به جرم تغییر نموده و متوجه اشتباه و پیامد رفتار خود شود؛ به گونه‌ای که از تکرار آن در آینده خودداری ورزد. فرایند اصلاحی مجرم سه مرحله را باید طی نماید: مرحله‌ی احساس ناخوشایند از افکار و رفتار مجرمانه، مرحله‌ی فراگیری مهارت‌های که می‌تواند رفتار مجرم را تغییر دهد؛ مانند کنترل عصبانیت، مقابله‌ی خردمندانه با فشارها، آموزش مهارت‌های حل مشکل، تعامل با دیگران و سایر ابزار و مهارت‌های که در فرایند زندگی معنادار لازم است و مرحله‌ی سوم، ترغیب مجرم و کمک به او تا به زندگی آبرومندانه و عاری از جرم برگردد. (غلامی، ۱۳۸۲، ص ۵۳ و ۲۷۲)

اندیشمندان حقوق جزا و برخی از جرم‌شناسان معتقدند که یکی از آثار مهم محکومیت جزایی و تحمیل مجازات، اصلاح مجرم است. سیاست جنایی کشورها در صورتی موفق است که اولاً، حتی‌المقدور از وقوع جرم پیش‌گیری کند و ثانیاً، در صورت وقوع جرم، به بهترین نحو مجرم را بازسازی کرده و برای زندگی مجدد در اجتماع آماده کند. فلسفه‌ی مجازات، بازگرداندن وی به جامعه و جلوگیری از تکرار جرم در آینده است، چون مجازات صرف نظر از بعد تنبیهی آن، در واقع وسیله‌ای برای اصلاح و درمان مجرم است. «وقتی فردی به مجازات محکوم می‌شود تردیدی نیست که در کنار هدف تأدیب و تنبیه، اصلاح و بازاجتماعی‌شدن او نیز مورد توجه جامعه است. جامعه توقع دارد که دوران محکومیت در زندان موجب شناخت بیشتر و آشنایی با مشکلات روانی و اجتماعی او شود تا با اتخاذ شیوه‌های درست، عملی و منطقی بتوان در خلال دوران محکومیت، بزهکار را درمان، تمایل به تکرار جرم را در او کاهش و او را به جامعه بازگرداند.» (تدین، ۱۳۸۸، ص ۱۲)

اصلاح مجرم در غرب، معلول تفکرات اندیشمندان غربی در سده‌ی اخیر و به ویژه مکتب دفاع اجتماعی است. براساس این تفکر، اعمال محکومیت کیفری در صورتی می‌تواند توجیه‌پذیر باشد که منتهی به اصلاح مجرم و جلوگیری از ارتکاب جرم شود. برخی از حقوق‌دانان اسلامی نیز محکومیت کیفری را یک روش مؤثر و کارا در تربیت مجرم و اصلاح جامعه دانسته و بر اجرای مجازات تأکید می‌کند: «این مجازات قدیمی با طبیعت و شخصیت انسان‌ها سازگاری بیشتری دارد و تنها کیفر معقول و متناسب شناخته شده‌ای است که می‌تواند بسیاری از هدف‌های اعمال مجازات را تأمین کند؛ زیرا صرف نظر از جنبه‌ی پیش‌گیری انفرادی آن؛ یعنی متوقف کردن مجرم از گرایش به ارتکاب جرم مجدد، نقش بسیار ارزنده و مفید در اصلاح و تربیت مجرم دارد. سایر مجازات‌ها فاقد این خصیصه‌اند و برای مجرم توان اعاده به زندگی اجتماعی را نمی‌بخشند.» (آخوندی، ۱۳۷۷، ص ۲۷) امروزه مسأله‌ی اصلاح بزهکار از اهمیت بسزایی برخوردار است. قانون‌گذاران و مسئولان مربوط، به این نتیجه رسیده‌اند که با اصلاح مجرم، جامعه اصلاح می‌شود. از این رو، ضروری است



که در این زمینه مطالعات و پژوهش‌هایی فراگیر صورت گیرد تا کمک شایانی به مسئولان جامعه جهت نیل به مقصود فراهم شود. در آموزه‌های اسلامی راه‌های زیادی پیش روی افراد خاطی و مجرم گذاشته شده است که با درپیش گرفتن آن، امکان بازگشت مجدد مجرم به دامن اجتماع فراهم می‌شود. حقوق جزای معاصر به سمت تحدید مداخله‌ی حقوق کیفری و سرانجام تقلیل و یا حذف محکومیت جزایی پیش می‌رود؛ چراکه بر اساس اندیشه‌های نوین عدالت جزایی، اجرای کیفر در هر شرایطی نه تنها تضمین‌کننده‌ی تحقق اهداف بازاجتماعی کردن مجرم نیست که گاه خود محکومیت کیفری و اجرای آن، امکان بازپروری و اصلاح بزهکار را از بین می‌برد. در چنین شرایطی، عدم تحمل کیفر توسط بزهکار مطلوب‌تر و مطابق با موازین حقوق کیفری و جرم‌شناسی است. از این رو، امروزه در سطح جهانی به جای محکومیت کیفری سالب آزادی، سخن از جای‌گزین‌های مجازات و محکومیت‌های کیفری مطرح است. بنابراین، در نظر گرفتن شرایط بزهکار و اوضاع و احوال حاکم بر جرم در تحقق اهداف نظام عدالت کیفری، میزان و نوع کیفر و نحوه‌ی اجرای آن، نقش‌آفرین بوده و قاضی می‌تواند با مشاهده‌ی شرایط خاص بزهکار، کیفر صادر کرده و یا اصولاً رسیدگی و محاکمه را به تعویق بیاورد و یا در شرایط ویژه، بزهکار را از تحمل کیفر معاف کرده و یا جای‌گزین دیگری را برای آن مجازات تعیین کند. (خانی و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۱۱۳)

در سیاست کیفری اسلام نیز یکی از آثار محکومیت کیفری و مجازات، اصلاح و تربیت بزهکار است. از این رو، اسلام شأن و شخصیت مجرم را نیز، جز در مواردی، مورد توجه قرار می‌دهد و از سوی دیگر به اقتضای مصلحت فرد و جامعه، محکومیت کیفری می‌تواند شدت و ضعف یابد و هر گاه مصلحت فرد و جامعه مقتضی اعمال مجازات شدید است، شدت یابد و هرگاه مصلحت جامعه، اعمال مجازات کمتر را اقتضا کند، تخفیف یابد. این امر با طرح تعزیر در فقه کیفری اسلامی تأمین شده است. مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر المیزان (طباطبایی، ۱۳۹۷، ص ۸۶) و طبرسی در مجمع البیان، در تفسیر و تبیین آیه دوم سوره‌ی مبارکه‌ی نور، بر خاصیت بازدارندگی و عبرت‌آموزی مجازات‌ها تصریح کرده‌اند. (طبرسی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۴) در نظام الهی؛ مجازات موجب پاکیزگی و تطهیر مجرم می‌شود: پیامبر(ص) دستور داد مردی را سنگسار کنند. برخی آن مرد را خبیث خواندند. پیامبر(ص) فرمود: او را خبیث نخوانید به خدا سوگند که او نزد خداوند از بوی مشک پاکیزه‌تر و معطرتر است. (هندی، ۱۴۰۹، ص ۱۴۰۱)

در حقوق موضوعه، هرچند کارکرد اولیه‌ی کیفر، تشفی خاطر قربانیان جرم و انتقام بود، اما با تلاش پیگیر فلاسفه و اندیشمندان؛ مانند افلاطون، سقراط، منتسکیو و...، حقوق جزا توسعه پیدا کرده و امروزه یکی از اهداف به کیفر رساندن بزهکار، پیش‌گیری از تکرار بزهکاری، تربیت و بازپروری مجرم است. در کنار پیش‌گیری عام که به امید منصرف کردن بزهکاران بالقوه و عبرت‌پذیری غیرمجرمان صورت می‌گیرد، پیش‌گیری اختصاصی یا خاص در پی برانگیختن احساس تنبه و پشیمانی در شخص بزهکار و بازداشتن از ورود مجدد وی در وادی بزهکاری

است. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳، ص ۷۳۷)

در جرم‌شناسی پیشگیرانه، پیشگیری مفهوم مضیقی پیدا کرده است. در این مفهوم، پیشگیری به مجموعه وسایل و ابزارهایی اطلاق می‌شود که دولت برای مهار بهتر بزهکاری از طریق حذف یا محدود کردن عوامل جرم‌زا و یا از طریق اعمال مدیریت مناسب نسبت به عوامل محیط فیزیکی و محیط اجتماعی موجب فرصت‌های جرم، مورد استفاده قرار می‌دهد. اما «امروزه پیشگیری از بزهکاری در یک مفهوم موسع به کار می‌رود و طیف وسیعی از اقدامات کیفری و غیرکیفری را در جهت خنثی کردن عوامل ارتکاب جرم در بر می‌گیرد.» (میرخلیلی، ۱۳۸۸، ص ۳۲) بودجه‌هایی که در هر جامعه‌ای صرف نگهداری، نگهداری، تغذیه، بهداشت و پوشاک مجرمان در زندان‌ها و ندامتگاه‌ها و مراکز بازپروری می‌شود، اگر از ابتدا صرف آموزش و تربیت صحیح آن‌ها شود، جامعه را از حیث وجود افراد مجرم و منحرف خالی و افراد جامعه مسئولیت‌پذیر، متعهد و مفید خواهند بود و بدین ترتیب دارای نیروی انسانی متخصص و سودمند خواهیم بود.

۲-۱-۲. پاسداری از ارزش‌های بنیادین

مهم‌ترین ارزش‌های اخلاقی، دینی و اجتماعی با حقوق جزا و از طریق مجازات پاسداری می‌شود و حقوق کیفری با جرم‌انگاری، حمله‌کننده به هنجارهای اجتماعی را فرد خاطی دانسته و سرزنش می‌کند. حراست از ارزش‌های یک جامعه سرلوحه حقوق جزا قرار داشته و از اهداف بنیادین سیاست جنایی است؛ زیرا حمایت از نیازمندان، مستضعفان و به‌ویژه قربانیان جرایم، از طریق محاکمه و مجازات محکومان، جزء ارزش‌های جوامع است و از این‌رو، حمایت از آنان مبنای ارزشی دارد. حمایت از قربانیان جرم و کمک به آنان باید بخشی از ارزش‌های اساسی جامعه شمرده شود. تعهدات هر جامعه نسبت به بزه‌دیدگان باید از نظر اعتقادی، در اعماق نظام کلی آن جامعه ریشه بگستراند. از این‌رو، ایجاد منابع قانونی که حقوق بزه‌دیدگان از آن‌ها سیراب شود، اهمیتی به‌سزا دارد. (عبدالفتاح، ۱۳۸۷، ص ۸۹) ارزش‌هایی مانند حیات، عقل، دین، ناموس و مال سرمایه‌هایی است که باید از طریق اعمال سیاست کیفری و یا غیرکیفری حراست گردد؛ چرا که از دست دادن آن‌ها بحران‌زا بوده و مشکلات جبران‌ناپذیری را در عرصه‌های زندگی فردی و اجتماعی به وجود خواهد آورد و در حقیقت با فروپاشی آن‌ها، ارزش و جایگاهی برای زندگی فردی و اجتماعی باقی نمی‌ماند. از همین روست که تجاوز به آن‌ها امر حرامی شمرده شده و مستلزم کیفر است. (غزالی، ۱۴۱۳، ص ۲۸۷)

در نظام حقوقی اسلام نیز یکی از اهداف اجرای محکومیت کیفری؛ مانند حدود، قصاص، دیات و تعزیرات، دفاع از مصالح بنیادین جامعه و پیشگیری از جرم است. جرایم ذکر شده، تجاوز و تعدی به ارکان بنیادین جامعه به حساب می‌آیند و هر کدام با هتک مصالح اساسی، به پیکره‌ی جامعه لطمه وارد می‌سازند؛ از این‌رو، تطبیق مجازات بر مرتکبین این جرایم، مورد اهتمام شارع مقدس قرار گرفته است، که بعد از پیشگیری اصلاحی و اجتماعی، اعمال می‌شود. یعنی مجازات باید این کارکرد را داشته باشد که بتواند از هنجارها و قواعد انسانی حمایت نماید. البته در فرهنگ اجتماعی اسلام، پیشگیری از وقوع انحراف و جرم را در هر حال، مقدم بر اصلاح می‌داند و بر

مسئولیت نظارت افراد در رابطه با هم تاکید دارد و برای تحقق این مهم، امر به معروف و نهی از منکر را از راهکارهای لازم جهت تأمین این هدف تعیین کرده و به خاطر وجود چنین پدیده در مکتب اسلام، امت اسلامی را بهترین امت در جهان و در میان سایر امت‌ها معرفی کرده است. قرآن کریم در بیش از ۵۷ مورد از آیات نورانی خود این پدیده را مطرح کرده است تا عظمت و پویایی آن را بیان کند.^۱ قرآن کریم با طراحی یک سیاست فراگیر، با همه مراحل و عوامل جرم‌خیز، به مبارزه برخاسته است. در مرحله اول، با پیش‌گیری اصلاحی، تعلیم و تربیت فردی و اجتماعی بر اساس آموزه‌های وحیانی و تقویت جنبه‌های معنوی و رفع فقر و ایجاد تعهدات مذهبی و حل مشکلات اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، درصدد تأثیرگذاری در مرحله تصمیم‌گیری افراد است تا آنان با اتخاذ تصمیم‌های غلط و ناروا وارد دنیای جرم و جنایت و خلاف‌کاری نشوند. در صورتی که شیوه‌های مرحله اول مؤثر واقع نشود و فرد تصمیم قاطع به ارتکاب جرم بگیرد، قرآن با استفاده از پیش‌گیری وضعی از طریق کاهش فرصت‌ها، دستاوردها و موقعیت‌های ارتکاب جرم و سلب ابزار و آلات آن و افزایش میزان خطر دست‌گیری و حفاظت از آماج جرم، وقوع جرم را ممتنع و خنثی می‌کند یا حداقل کاهش می‌دهد. مطابق این شیوه باید وضعیتی ایجاد شود که تحقق عمل مجرمانه دشوار و پرخطر یا ناممکن شود. (صفاری، ۱۳۹۲، ص ۲۶۸)

البته راهبردهای پیش‌گیری اصلاحی و یا وضعی مربوط می‌شود به مرحله قبل از ارتکاب جرم و محکومیت که در واقع یک سیاست پیش‌گیرانه است، اما به تنهایی کافی نیست؛ چرا که اولاً، اجرای آموزه‌های مزبور تدریجی و نیازمند فرایند طولانی است و تا نهادینه شدن آنها خواه ناخواه افرادی دست به ارتکاب جرم می‌زنند و ثانیاً، تجربه نشان داده است که برخی از افراد جامعه چنان جسور، هتاک و قانون‌شکن هستند که با نصیحت، وعظ، آموزش، امر به معروف و نهی از منکر و سایر راهبردهای غیرکیفری اصلاح‌پذیر نبوده و به صراط مستقیم گام برنمی‌دارند و لذا راهبردهای یادشده نمی‌تواند در اصلاح، بازسازی شخصیت آنان و تأمین عدالت کیفری پاسخگو باشد؛ از همین رو، قرآن کریم روش دیگری برای پیش‌گیری جرم در نظر گرفته و آن پیش‌گیری کیفری است. پیش‌گیری کیفری عبارتست از مجموعه قوانین کیفری و مجازات‌های که متناسب با جرایم وضع شده و در واقع نقش ضمانت‌های اجرایی قوانین و حقوقی که روابط اجتماعی افراد را مهندسی و تنظیم می‌کند، بازی می‌کند. البته فلسفه‌ی تأسیس نظام کیفری اسلام، انتقام‌گیری از مجرم

۱. به نمونه‌هایی از اهمیت امر به معروف و نهی از منکر در قرآن کریم ذیلاً اشاره می‌کنیم:
الف) امر به معروف و نهی از منکر، موجب رستگاری: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ» (آل عمران، ۱۰۴) باید از میان شما جمعی دعوت به نیکی کنند و امر به معروف و نهی از منکر نمایند و آنها رستگارانند.

ب) امر به معروف و نهی از منکر، شیوه‌ی صالحان: «لْيَسُوا سَوَاءً مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَائِمَةٌ يَتْلُونَ آيَاتِ اللَّهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَهُمْ يَسْجُدُونَ. يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَ يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَأُولَئِكَ مِنَ الصَّالِحِينَ» (آل عمران: ۱۱۴) آن‌ها همه یکسان نیستند، از اهل کتاب جمعیتی هستند که قیام (به حق و ایمان) می‌کنند و پیوسته در اوقات شب آیات خدا را می‌خوانند در حالی که سجده می‌نمایند.

ج) امر به معروف و نهی از منکر، عامل انسجام اهل ایمان: «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَ يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَ يُطِيعُونَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ» (توبه، ۷۱) مردان و زنان با ایمان، ولی (و یار و یاور) یکدیگرند، امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند، و نماز را بر پا می‌دارند، و زکات را می‌پردازند، و خدا و رسولش را اطاعت می‌نمایند، خداوند به زودی آنها را مورد رحمت خویش قرار می‌دهد؛ خداوند توانا و حکیم است.

و ستیز با او نیست، بلکه اصلاح و تربیت مجرمان و بازداشتن آنها از ارتکاب جرم و متنبه کردن سایر مردم و نیز حفظ مصالح فردی و اجتماعی و ارزش‌های دینی است. در قرآن کریم، تنها پنج آیه وجود دارد که در مورد مجازات سرقت، قتل، محاربه، کذب و زنا غیر محصنه دلالت دارد و اسلام جز در موارد نادر و به عنوان مجازات تعزیری که قابل بخشش است، به مجازات زندان توصیه نمی‌کند. و جالب این‌که پس از اعلام مجازات، تاکید بر گذشت و عدم اعمال حکم دارد. (ر.ک: بقره، ۱۷۸؛ مایده، ۳۳، ۳۴، ۳۸، ۳۹؛ نور، ۴-۵؛ شوری، ۴۰) در مورد کیفر قتل عمد می‌فرماید: «کسی که مظلوم کشته شده برای ویش سلطه (حق قصاص) قرار دادیم، اما در قتل اسراف نکنند، چرا که او مورد حمایت است.»^۱ یا این‌که قاتل را برادر مقتول و خانواده‌ی ایشان معرفی و برکات عفو و گذشت را متذکر می‌گردد.^۲ «آن‌چه که می‌توان از این آیات فهمید، اصل مشروعیت مجازات در مقابل تجاوز دیگران به حقوق اساسی مردم است و اصل دیگر این‌که، اعمال مجازات، اصل نیست بلکه استثناء است.» (صفاری، ۱۳۹۲، ص ۲۱۴)

۳-۱-۲. تأمین عدالت جزایی و کاهش جمعیت کیفری

از دیگر آثار مثبت محکومیت کیفری، تأمین عدالت اجتماعی و کاهش دادن جمعیت کیفری است. به عبارت دیگر، مجازات‌ها باید این کارکرد را داشته باشند که بتوانند توانایی‌ها، امتیازات و حقوق هر شخصی را در جایگاه اصلی‌اش قرار داده و از آن حمایت نماید و از سوی دیگر، عامل تنبیه و بیداری گردد و شخص را متوجه اشتباهش نموده و به زندگی عادی و غیر مجرمانه سوق دهد. این دو اثر مهم محکومیت کیفری با کمک از دریافت‌های جرم‌شناختی و حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱-۲-۱. تأمین عدالت جزایی

یکی از آثار محکومیت کیفری، تأمین عدالت و اجرای آن است. ارایه تعریف روشن از مفهوم عدالت، کار ساده نیست، اما عدالت واژه‌ای است که بشر از آغاز تمدن خود آن را می‌شناخته و برای تحقق آن تلاش کرده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۵۱۰) مفهوم عدالت جزایی نمی‌تواند دور از مفهوم عدالت کلی باشد؛ اما کاربرد ترکیبی این اصطلاح نشان‌دهنده آن است که عدالت جزایی در مفهوم پاداش در قبال ارتکاب جرم است؛ به عبارتی، جنبه‌ی سزادهی مجازات را باید نشانه‌ای از عدالت کلی دانست. به عقیده برخی از اندیشمندان علم حقوق، عدالت مبنای اصلی و اساسی علم حقوق است: مبنای اصلی حقوق، عدالت است؛ یعنی قانون‌گذار و پیروان قانون، در صورتی ناگزیر از اجرای آنند که دستورهای حکومت را عادلانه ببینند؛ زیرا قاعده‌ای که متکی بر مبنای اصلی خود (عدالت) نباشد، فقط صورت قانون را دارد و اگر به ظاهر نیز انسان ملزم به اطاعت از آن شود، در وجدان خویش تکلیفی در این باب ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۲۰) در این دیدگاه، عدالت وقتی تحقق می‌یابد که قوانین جزایی مراحل وضع، صدور حکم و اجرا را آن‌چنان تعیین کند که ارزش‌های جامعه در قانون جزا تبلور یابد و دادگاه‌ها منصفانه و عادلانه به صدور حکم

۱. اسراء، ۳۳: «لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا».

۲. بقره، ۱۷۸: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْعُرْفِ وَأَدَّ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ مِّنْ غَفْلَتِكُمْ يَعْتَدِي بَعْدَ ذَلِكَ فَأَلْهُوْا عَذَابَ الْإِلِيمِ».

مجازات مبادرت نمایند و اجرای قانون منطبق با موازین در مورد همه‌ی افراد به نحو علانه باشد. (علی‌آبادی، ۱۳۵۳، ص ۱۰) برخی عدالت جزایی را بخشی از عدالت اجتماعی می‌دانند؛ زیرا به عقیده‌ی ایشان عدالت اجتماعی زمانی تحقق می‌یابد که دیگر جنبه‌های عدالت انسانی به خصوص عدالت اقتصادی و کیفری در جامعه تحقق یابد. (ظفری، بی‌تا، ص ۳۸) عدالت اجتماعی از نیازهای اساسی جوامع بشری است، به گونه‌ی که بسیاری از ناملایمت‌ها و مرارت‌های جهان معاصر ناشی از بی‌توجهی به تأمین این اصل مهم انسانی و فطری است. به باور جامعه‌شناسان، چالش‌های چون هرج‌ومرج اجتماعی، گسست اجتماعی و بحران عدم اعتماد در اجتماعات، ناشی از فقدان عدالت اجتماعی است. در جامعه‌ای که عدالت اجتماعی نباشد، بسیاری از مزیت‌ها و سهولت‌های زندگی مدنی، برای بیشتر اعضای آن جامعه میسر نیست. جامعه فاقد عدالت اجتماعی از رشد یکسان و همگن باز می‌ماند، ستم و تبعیض در اجتماع گسترش می‌یابد. بسیاری از تبعیض‌ها و نابرابری‌ها در جوامع بشری به دلیل نبود عدالت اجتماعی است. در جوامعی که عدالت اجتماعی تأمین است، تبعیض و ستم کمتری مشاهده می‌شود؛ زیرا که اصل عدالت در توزیع امکانات به افراد اجتماع در نظر گرفته می‌شود. خداوند در تحلیل علل و عوامل مؤثر در کیفر و نابودی ملت‌ها و جوامع به فسادگری امت‌ها در زمین و خروج از دایره عدالت و قسط اشاره می‌کند و در آیه ۱۱۶ و ۱۱۷ سوره هود، آن را به عنوان عامل مهم هلاکت اقوام و جوامع معرفی می‌کند.^۱ در روایات متعددی بر اهمیت این اصل تأکید شده است. پیامبر گرامی اسلام در مورد فلسفه اجرای حد فرموده: «اقامه‌ی حد بهتر از باران چهل صبح است.» (عاملی، ۱۳۶۷، ص ۳۰۸)

کانت نیز با تفکر فلسفی خود مبنای محکومیت کیفری را عدالت می‌داند: «اگر عدالت رخت بربندد، هیچ ارزشی در جهان برای زندگی انسان باقی نمی‌ماند.» (کانت، ۱۳۸۰، ص ۱۹۲) وی بزهکاران را شایسته‌ی کیفر دانسته و آن را یک قاعده‌ی اخلاقی برای اجرای عدالت می‌داند، حتی اگر کیفر هیچ فایده برای اجتماع در بر نداشته باشد. به همین جهت او را پایه‌گذار مکتب عدالت مطلق یا عدالت ایده‌آلی نامیده‌اند.

۲-۱-۳-۲. کاهش بحران جمعیت کیفری

یکی از آثار محکومیت کیفری، جلوگیری از بحران جمعیت کیفری است. هدف کلیه کشورها و حاکمیت‌های سیاسی به‌ویژه قوه‌ی قضائیه براین امر متمرکز شده است، تا آن‌جایی که امکان دارد در جهت کاهش جمعیت کیفری، به‌خصوص جمعیت زندان به هرطریقی خصوصاً طُرُق قانونی تلاش شود تا از این جهت هم در کاهش هزینه‌ها و صرفه‌جویی اقدام مؤثری صورت پذیرد و هم از گسترش زندان و تعداد زندانیان جلوگیری شود و نهایتاً این که از بزه‌های مرتبط با زندان و زندانیان و پیش‌گیری از عوارض و مشکلاتی که ناشی از تبعات زندانی‌شدن فرد برای وی و خانواده‌اش واقع می‌شود، اقدام مؤثری صورت پذیرد. پیش‌گیری کیفری و استفاده از سازوکارهای جزایی؛ مانند جرم‌انگاری، تعیین مجازات متناسب، تشدید مجازات و در نظر گرفتن مجازات تبعی و تکمیلی در کنار مجازات اصلی، به منظور تأمین این هدف صورت می‌گیرد که موجب عبرت

۱. هود، ۱۱۶ و ۱۱۷: «فَلَوْلَا كَانَ مِنَ الْقُرُونِ مِنْ قَبْلِكُمْ أُولُو بَقِيَّةٍ يَنْهَوْنَ عَنِ الْفَسَادِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّنْ أَنْجَيْنَا مِنْهُمْ وَاتَّبَعَ الَّذِينَ ظَلَمُوا مَا أُتْرِفُوا فِيهِ وَكَانُوا مُجْرِمِينَ. وَمَا كَانَ رَبُّكَ لِيُهْلِكَ الْقُرَى بِظُلْمٍ وَأَهْلِهَا مُصْلِحُونَ».



و ارباب برای مجرمان بالفعل و بالقوه شود و بدین طریق از رشد جمعیت کیفری جلوگیری به عمل آید. به این ترتیب یکی از اهداف عمده‌ی تحمیل محکومیت کیفری که از قدیم بیشتر در قالب زندان ظهور پیدا کرده است، پیش‌گیری از ارتکاب جرم و در نهایت کاهش جمعیت کیفری است. زندان باید این کاربرد را داشته باشد که شوق و علاقه‌ی تقلید از مجرمان زندانی‌شده را سلب کرده و در عین حال سبب عبرت و پند به خود زندانی نیز شود که در آینده مرتکب جرم جدیدی نشود. بناء ترس آوردن مجازات زندان به سایر افراد جامعه یکی از مسایل عمده است که در بازدارندگی عمومی مفید واقع می‌شود، و در صورتی که مجازات حبس فاقد چنین خصیصه‌ای باشد، در به‌دست آوردن هدف بازدارندگی خود، ناکام خواهد ماند. «وقتی فردی به مجازات محکوم می‌شود تردیدی نیست که در کنار هدف تأدیب و تنبیه، اصلاح و بازاجتماعی شدن او نیز مورد توجه جامعه است. جامعه توقع دارد که دوران محکومیت در زندان موجب شناخت بیشتر و آشنایی با مشکلات روانی و اجتماعی او شود تا با اتخاذ شیوه‌های درست، عملی و منطقی بتوان در خلال دوران محکومیت، بزهکار را درمان، تمایل به تکرار جرم را در او کاهش و او را به جامعه باز گرداند.» (تدین، ۱۳۸۸، ص ۱۲) عبرت‌آموزی، انطباق‌پذیری با محیط اجتماعی و اصلاح و بازپروری مجرم، که از مجازات زندان انتظار می‌رود، (توکلی، ۱۳۸۸، ص ۴) از مهم‌ترین راهکارهای است که در کاهش جمعیت کیفری اثر دارد.

۳. ارزیابی آثار مثبت محکومیت کیفری

واقعیت‌های موجود در جامعه‌ی بشری نشان می‌دهد که محکومیت کیفری به تنهایی ناکارآمد است و نمی‌تواند موجب اصلاح و بازپروری مجرم شده و در فرجام، جمعیت کیفری را کاهش دهد. از باب مثال یکی از مجازات‌های پرکاربرد و شایع، از گذشته تاکنون زندان بوده است. شواهد قطعی نشان می‌دهد که محکومیت کیفری از نوع زندان نه تنها اهداف ذکر شده را تأمین نمی‌کند، که خود به مدرسه‌ی تکرار جرم تبدیل شده و پیامدهای منفی فراوان بر زندانی، خانواده‌ی وی و جامعه تحمیل کرده است. آموزش‌های منفی و خطرناک‌تر شدن زندانی، دورکردن زندانی از محیط اجتماعی و قطع زندگی عادی و ازدست رفتن ویژگی‌های تربیتی زندان در طول زمان از بدیهی‌ترین پیامدهای زندان‌اند. (انارمرزی، ۱۳۸۶، ص ۲) زندانیان براساس مقاربت و هم‌نشینی با یکدیگر شیوه‌ها و طرق تازه‌ی ارتکاب جرم را آموخته و مجدداً دست به ارتکاب جرم می‌زنند و به این ترتیب، زندان تأثیر مستقیم و اساسی را در تکرار جرم خواهد داشت.

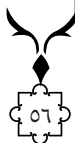
تحقیقات جرم‌شناسی نیز بیانگر این واقعیت است که اساساً اجرای مجازات زندان، با اندیشه‌ی اصلاح و تربیه‌ی مجدد مجرمان هم‌خوانی ندارد. «آن‌چه محرک و انگیزه‌ی اصلی برای ارتکاب جرم است، تمایلات نفسانی و اندیشه‌های مجرمانه‌ای است که خود می‌تواند بر حسب شخصیت افراد مختلف دارای وجوه گوناگون و اشکال متفاوتی باشد. لذا اجرای زندان به جای آن‌که به علت‌یابی تمایلات مجرمانه بپردازد و در جهت تهذیب نفس و روح آدمی تلاش کند، تمرکز غایی خود را بر

طرد بزهکار و تزلزل شخصیت او قرار می‌دهد.» (شیخی‌منش، ۱۳۸۹، ص ۲-۳)

مارک آنسل، اهداف زندان را در دوره‌های مختلف ترسیم کرده و معتقد است که امروزه زندان کارآیی خود را از دست داده و نمی‌تواند موجب اصلاح و بازپروری مجرم شود: «زندان دیگر در عمل آنچه را که مدعی آن است؛ یعنی برای آن ایجاد شده، ارایه نمی‌دهد. هدف انسان‌های سده هجدهم که برای زندان، اقسام و درجه‌هایی را منظور کرده بودند، آن بود که مجازات یادشده جنبه‌ی عبرت‌انگیز به خود بگیرد. انسان‌های سده‌ی نوزدهم را نظر بر آن بود که زندان انفرادی، اسباب ندامت محکوم را فراهم می‌سازد و او را در اتخاذ تصمیم مبتنی بر ادامه‌ی زندگی شرافت‌مندانه یاری می‌دهد. انسان‌های سده‌ی بیستم نیز زندان را مکان و وسیله‌ی بازپروری اجتماعی محکوم می‌دانند؛ ولی حقیقت این است که همه‌ی این امیدها بر باد رفته است. زندان ضمن آن‌که باید ابزار اصلی واکنش در مقابل بزهکاری باشد از همان آغاز به صورت یک مدرسه‌ی تکرار جرم بوده و یا به آن تبدیل شده است.» (آنسل، ۱۳۷۵، ص ۸۷) بدین ترتیب، توقعات سیستم‌های عدالت جزایی از محکومیت کیفری برآورده نشده و در مجموع می‌توان گفت: آثار منفی ناشی از محکومیت کیفری اگر بیشتر از آثار مثبت آن نباشد، کمتر نخواهد بود. ناکارآمدی زندان و سایر قالب‌های محکومیت جزایی در تمامی کشورها و سیستم‌های عدالت جزایی به درجه‌ی رسیده است که، جرم‌شناسان و عالمان حقوق جزا را وادار کرده‌اند که مجازات‌های بدیل حبس و روش‌های غیرکیفری؛ مانند تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و نظام نیمه‌آزادی، را جستجو و وارد قوانین موضوعه کنند. جهت نمایان‌شدن پیامدهای منفی محکومیت کیفری شایسته است که آثار سلبی آن به طور مستقل و مجزا مورد بحث قرار گیرد.

جمع‌بندی

مطالعه‌ی محکومیت کیفری، نشان می‌دهد که جوامع مختلف در برابر ارتکاب جرم به شیوه‌های متفاوتی واکنش نشان می‌دهند. نحوه‌ی برخورد هر جامعه تا حد زیادی به روان‌شناسی، جامعه‌شناسی و اهدافی که نظام کیفری از تحمیل کیفر در پی دستیابی به آن است، بستگی دارد. در گذشته، محکومیت کیفری باشدت تمام در قالب مجازات‌های خشن و تنها به منظور تشفی خاطر زیان‌دیده و آزار و انتقام‌جویی مجرم به کار می‌رفت. امروزه با توجه به توسعه و تعدیل حقوق جزا، محکومیت کیفری جنبه‌ی انسانی پیدا کرده و از مجازات‌های سخت جز در برابر مجرمان حرفه‌ای، مزمن و فوق‌العاده خطرناک استفاده نمی‌شود. محکومیت کیفری در یک نظام معقول سیاست جنایی، بیشتر در قالب نهادهای اصلاح‌مدار مانند تعویق حکم، تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و مجازات‌های جای‌گزین حبس، آن‌هم نه به هدف تحمیل رنج و مشقت به بزهکار، بلکه به منظور اصلاح مجرم و پیش‌گیری از جرم مطرح است. در صورت که سیاست کیفری منتهی به اصلاح مجرم و بازتربیت وی نشود، مبانی محکومیت جزایی اقتضا دارد که باید در گزینش و نحوه‌ی اجرای آن تغییر مسیر داد و با مطالعه‌ی اوضاع و احوال حاکم بر جرم و مجرم، واکنش‌هایی اتخاذ گردد که بتواند حضور خردمندانه‌ی مجرم را در جامعه تسهیل و منجر به اصلاح وی گردد.



سیاست کیفری‌ای موفق است که پویا و متناسب با واقعیت‌های عینی جامعه، نسخه کارآمدی از مجازات را ارائه دهد که هم تأمین‌کننده عدالت جزایی بوده و هم به تربیت و بازپروری بزهکار بیانجامد. امروزه اجرای مجازات در قالب محکومیت کیفری، نتوانسته است که اهداف و فلسفه‌ی ایجاد آن را توجیه نماید. به خصوص مجازات سالب آزادی (زندان) که یکی از شایع‌ترین و پرکاربردترین مجازات است، در اصلاح مجرم و پیش‌گیری از جرایم مجدد، ناتوان مانده است و آسیب‌های زیاد اقتصادی، فرهنگی، طبی و اجتماعی را بر جامعه و خانواده‌های مجرمان تحمیل نموده است. از همین رو، اندیشمندان حقوق جزا، برای از بین بردن آسیب‌های منفی مجازات یا حداقل کاهش دادن آن‌ها، مجازات‌های جایگزین حبس (مانند دوره مراقبت، حبس خانگی و وادار نمودن به کارهای عام‌المنفعه اجتماعی) را معرفی نموده‌اند. قانون‌گذار افغانستان نیز با توجه به همین نکته در کد جزا (۱۳۹۶) بدیل‌هایی برای حبس پیشنهاد و شناسایی نموده است؛ اما از آن‌جای که این نوع از مجازات به عنوان جانشین حبس در سیاست کیفری افغانستان جدید است؛ اجرا و تطبیق آن نیازمند برنامه‌ریزی، فرهنگ‌سازی و تدوین اصولنامه و قانون خاص است، که تاکنون متأسفانه انجام نیافته است. لذا بیشترین مجازات صادره از محاکم افغانستان تاکنون، حبس است. با توجه به پیامدهای منفی ناشی از حبس، دولت افغانستان بیش از هر کشور دیگر نیازمندی استفاده از سایر مجازات به خصوص بدیل‌های حبس را دارد.

فهرست منابع

الف) کتاب‌ها

۱. ابرندآبادی، علی حسین نجفی (۱۳۸۳). مباحثی در علوم جنایی؛ تقریرات درس جرم‌شناسی مقاطع دکتری و کارشناسی ارشد. به کوشش بهرام ابراهیمی (مجموعه‌ی دوجلدی). بی‌جا: بی‌نا.
۲. ابرندآبادی، علی حسین نجفی؛ هاشم‌بیگی، حمید (۱۳۷۷). دانشنامه جرم‌شناسی. تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول.
۳. ابن تیمیه، محمد (۱۴۰۶ق). منهاج السنه. ج ۲، بی‌جا: جامعه الإمام محمد بن سعود الإسلامية، چاپ اول.
۴. انارمرزی، حامد رستگار (۱۳۸۶). زندان و آثار و پیامدهای آن. تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.
۵. آخوندی، محمود (۱۳۷۷). آیین دادرسی کیفری. ج ۳. تهران: انتشارات وزارت ارشاد، چاپ چهارم.
۶. آنسل، مارک (۱۳۷۵). دفاع اجتماعی. ترجمه‌ی محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
۷. پرادل، ژان (۱۳۸۱). تاریخ اندیشه‌های کیفری. ترجمه‌ی علی حسین نجفی ابرندآبادی. تهران: انتشارات سمت، چاپ اول.
۸. پژوهشکده‌ی حوزه و دانشگاه (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی. تهران: سمت، چاپ سوم.
۹. تدین، عباس (۱۳۸۸). رابطه‌ی پیش‌گیری از تکرار جرم و آزادی مشروط: مجموعه مقالات پیش‌گیری از تکرار جرم و بزه‌دیدگی. تهران: انتشارات معاونت آموزشی ناجا.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، چاپ سیزدهم.
۱۱. حر العاملی، محمدبن‌الحسن (۱۳۶۷). وسائل الشیعه. ج ۱۸. تهران: کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم.
۱۲. شمس، علی (۱۳۹۳). آسیب‌شناسی زندان. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۳. شیخی‌منش، مجتبی (۱۳۸۹). رابطه بین سابقه و میزان تحمل حبس و تکرار جرم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۴. صفاری، علی (۱۳۹۲). مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی. تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم.
۱۵. طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۹۷). المیزان فی تفسیر القرآن. تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم.
۱۶. طبرسی، فضل‌بن‌حسن (۱۳۷۹). مجمع البیان. ج ۴. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۷. علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۵۳). حقوق جنایی. ج ۱. تهران: چاپخانه بانک ملی، چاپ پنجم.
۱۸. عوده، عبدالقادر (بی‌تا). التشریع الجنایی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی. ج ۱. بیروت: دارالکتب العربی.
۱۹. غزالی، محمدبن‌محمد (۱۴۱۳). المستصفی من علم الاصول. بی‌جا: دارالکتب العلمیه، چاپ اول.
۲۰. غلامی، حسین (۱۳۸۲). بررسی حقوقی - جرم‌شناختی تکرار جرم. تهران: میزان، چاپ اول.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه‌ی حقوق. ج ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). کلیات حقوق: نظریه‌ی عمومی. تهران: نشر انتشار، چاپ اول.
۲۳. کانت، امانوئل (۱۳۸۰). فلسفه‌ی حقوق. ترجمه‌ی منوچهر صانعی. تهران: انتشارات نقش‌ونگار، چاپ اول.

۲۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: طبع الاسلامیه، چاپ چهارم.
۲۵. گسن، موریس (۱۳۸۵). اصول جرم‌شناسی. ترجمه‌ی میر روح‌الله صدیق. تهران: نشر دادگستر، چاپ اول.
۲۶. گودرزی، محمدرضا؛ بروجردی؛ مقدادی، لیلا (۱۳۸۳). تاریخ تحولات زندان. تهران: نشر میزان، چاپ اول.
۲۷. لکی، زینب (۱۳۹۱). مطالعه‌ی پیمان حقوق کودک از منظر جرم‌شناسی کاربردی. پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد: دانشگاه شهید بهشتی.
۲۸. مظلومان، رضا (۱۳۵۲). جرم‌شناسی (کلیات). تهران: دانشگاه تهران.
۲۹. میرخلیلی، سید محمود (۱۳۸۸). پیش‌گیری وضعی از بزهکاری بانگاه به سیاست جنایی اسلام. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی.
۳۰. هندی، متقی (۱۴۰۱ق). کنز العمال فی سنن الأقوال والأفعال. بی‌جا: مؤسسه‌ی الرساله، چاپ پنجم.
۳۱. یزدیان جعفری، جعفر (۱۳۹۱). چرایی و چگونگی مجازات. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.

ب) مقالات

۳۲. توکلی، حامد (۱۳۸۸). اهداف و کارکردهای مجازات سالب آزادی. تهران: مجله اصلاح و تربیت.
۳۳. خانی، محمد؛ لکی، زینب؛ نصرآبادی، محمدعلی (۱۳۹۲، پاییز). عدم تحمل کیفر، مبانی و معیارهای حقوقی - پزشکی. فصل‌نامه‌ی حقوق پزشکی، سال هفتم، شماره بیست‌وششم.
۳۴. عبدالفتاح، عزت (۱۳۸۶). از سیاست مبارزه با بزه‌کاری تا سیاست دفاع از بزه‌دیده. ترجمه‌ی علی حسین نجفی ابرندآبادی و سوسن خطاطان. مجله‌ی قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۳.
۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲، زمستان). سهم عدالت در قضاوت. مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران: شماره ۶۲.

واکاوی جرم یخن سفیدی

عبدالصیر نبی زاده*

* پوهنمل (استادیار)، ماستر حقوق جزا و جرم‌شناسی، کادر علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان.

چکیده

جرایم یخن سفیدی به‌عنوان جرمی که از سوی متنفذین اجتماعی و سیاسی با تکیه بر موقعیت و جایگاه موجه آنها در لفافه‌ی قانون واقع می‌شود، یکی از معضلات اصلی بسیاری جوامع امروز، به‌ویژه جوامع در حال گذار مانند افغانستان است. درهم‌تنیدگی شبکه‌ی فساد یخن سفیدی باعث شده که اعتماد اجتماعی خدشه‌دار و مشارکت عمومی تضعیف، پروسه‌های ملت‌سازی، بازسازی، و توسعه با سکون و بی‌حرکی مواجه گردد. این امر، نویسنده را برآن داشت تا پدیده‌ی جرم یخن سفیدی را مورد واکاوی قرار داده و زمینه‌ی فهم مناسب و دقیق آن را از ابعاد مختلف؛ مفهوم، پیشینه‌ی تاریخی، ویژگی‌ها، مصادیق، خصوصیات مجرمین یخن سفید، و آثار و پیامدهای آن، فراهم نماید. «ادوین ساترلند» جامعه‌شناس و جرم‌شناس امریکایی نخستین کسی بوده که اصطلاح بزهکاری یخن سفیدان را به کار برده است. براساس تعریف «ساترلند»، مفهوم جنایت در کسوت «یقه سفید»، مبین فعالیت‌های غیرقانونی است که از اشخاص سرشناس و درخور احترام صوری و طبقه‌ی بالای جامعه سرمی‌زند. شغل و موقعیت اجتماعی و اشرافی این دسته از جنایتکاران ایجاب می‌کند که مانند طبقه‌ی ممتاز جامعه، بهترین و گران‌بهاترین لباس با یخن سفید بر تن کنند و صورت ظاهرشان موجب شود تا مردم به آنها گمان بد نبرند و چپاول و غارت‌گری را دون شان انگارند. جامعه‌ی افغانستان در وضعیت گذار قرار دارد و چنین وضعیتی، مناسب‌ترین حالت برای شکل‌گیری، رشد و توسعه‌ی جرم یخن سفیدی است. گسست از نرُم‌های سنتی و عدم استقرار نرم و ارزش‌های مدرن، ظاهرگرایی و عوام‌فریبی بارزترین نماد تعامل و احترام تلقی می‌شود.

واژگان کلیدی: یخن سفید، جرم یخن سفیدی، مجرم یخن سفید، وجیه‌الملله، موقعیت اجتماعی، نفوذ سیاسی.



درآمد

گذر از جامعه‌ای که بیشتر ارکان آن را ریشه‌های قدرتمند مبتنی بر باورهای پیشین تشکیل داده به سوی جامعه‌ای که قرار است تا اصول جدیدی بر مبنای تعاریف توسعه، اساس پایه‌گذاری مدرن آن قلمداد شود، معمولاً تعارضاتی را موجب می‌شود که ممکن است دشواری‌هایی را برای افراد آن جامعه رقم زند. گذر از یک مرحله به منظور رسیدن به مرحله‌ای دیگر، همیشه ساده نیست، بلکه می‌تواند توأم با برخی تلخکامی‌هایی نیز باشد؛ چرا که هنوز نه آن پایه‌های قدیمی به طور کامل دچار تحول شده‌اند و نه آنکه موج توسعه به مفهوم واقعی‌اش تثبیت شده است. لذا طبیعی است که حاصل چنین گذاری، به وجود آمدن نوعی گسست و ایجاد شکاف در چنین جوامعی باشد. البته نه آنکه الزام این عبور همیشه توأم با سختی و مشقت باشد که این باوری بدبینانه است، اما آنگاه که ناچار شویم تا به جبر زمان و در اثر چنین گذاری، پذیرای تفکراتی شویم که به ظهور رسیدن آنها در عمل چندان به مذاق ما خوش نیاید، آنگاه است که به وجود آمدن آن تعارضات نیز اجتناب ناپذیر می‌نماید. از جمله‌ی همین تعارضات که خود مولود یک جامعه‌ی بوروکراتیک است، یکی هم مهیا شدن بستری است که در آن برخی ناهنجاری‌های اجتماعی مجال یابند تا با دگردیسی در شیوه‌ی عمل خویش موجبات رشد نوعی جدید از جرم و بزهکاری را سبب شوند. جرایمی که خاستگاه آن را نه چون همیشه در طبقات فرودست، که این بار باید در طبقات فرادست جامعه جست، آن هم با مجرمانی که می‌توانند با تحصیلات عالی‌ی خود بر کرسی‌های معتبری نیز تکیه زده باشند. کسانی که امروز از آنها به نام مجرمان یخن سفید و از جرم‌شان به نام جرایم یخن سفیدان نام برده می‌شود.

گفته می‌شود که جرایم یخن سفیدی در سال‌های اخیر در سراسر جهان افزایش قابل توجهی داشته است، آنچنان که در بسیاری از کشورها بیش از نیمی از نیروی پلیس صرف مبارزه با آنها می‌شود. اما باید گفت، اگرچه مبارزه با این طبقه از بزهکاران امری لازم و بلکه واجب است، ولی بهتر است ابتدا درک درست و شناخت دقیق از مفهوم و خصوصیات این جرم و مرتکبان آن به دست آوریم تا براساس آن، زمینه‌ی یک عزم ملی در میان همه‌ی آحاد جامعه جهت برخورد با چنین مفسدانی به وجود آید. در ثانی، اراده‌ای که بتواند با بالابردن سطح آگاهی‌های مردم، آثار بسیار مخرب و ویرانگر اقدامات این نوع بزهکاران را به عموم شناسانده و آنگاه در پی ارایی‌ی راه حلی برای این معضل باشد؛ ارایی‌ی راه حل عملی و منطقی برای حل این معضل، وابسته به شناخت واقع‌بینانه‌ی آن است. از طرف دیگر باید قانون و ضمانت‌های اجرایی خاص این‌گونه جرایم نیز به موازات تغییر شیوه‌های وقوع جرم از جانب چنین جنایتکارانی تغییر کند.

۱. مفهوم‌شناسی

اصطلاح «جرم یخن سفیدی» ترکیبی است اضافی از واژگان «جرم» (Crime) و «یخن سفید». (White collar) لذا برای روشن شدن مفهوم «جرم یخن سفیدی» ابتدا باید واژه‌های «جرم» و «یخن سفیدی» را معنا کنیم، سپس به بررسی اصطلاح جرم یخن سفیدی بپردازیم.

۱-۱. جرم یخن سفیدی

جرم در لغت به معنای «گناه، خطا، خلاف و بزه» آمده است. (سیاح، ۱۳۶۸، ص ۲۱۳) در اصطلاح، تعاریف گوناگونی با رویکردهای مختلفی از آن ارایه شده است که بررسی آن‌ها خود مجالی دیگر می‌طلبد. اما رویکرد حقوق کیفری، مبتنی بر تعریفی است که قانون از آن ارایه می‌دهد؛ یعنی هرنوع فعل یا ترک فعلی که قانون فاعل آن را مستحق مجازات دانسته باشد.

یخن سفید یا یخن سفیدان (White collar or White collars) به افرادی اطلاق می‌شود که در سازمان‌های دولتی و خصوصی دارای مشاغل حساسی هستند و یا آن‌هایی که در اثر رفاه اقتصادی، موقعیت اجتماعی عالی دارند به علت همان موقعیت خوب اقتصادی، سیاسی و یا اجتماعی، جرایم‌شان از دیدگاه مردم عادی پوشیده و پنهان بوده و گاه قانون از مجازات آن‌ها عاجز می‌ماند. (شایان مهر، ۱۳۸۸، ص ۴۹۲) یقه‌سفیدان اصطلاحاً به کارمندان دفتری که دارای پیراهن‌های یقه‌سفید هستند، اطلاق می‌شود. این اصطلاح در مقابل یخن آبی (Blue collar) قرار دارد که به کارگرانی اطلاق می‌شود که پیراهن‌های یخن آبی می‌پوشند. یخن سفیدان به اعتبار نقش‌هایی که دارند در دسته‌بندی‌های گوناگونی قرار می‌گیرند، اگر این افراد جزء کارمندان عالی‌رتبه‌ی دولت باشند «دولتی» و اگر جزء مشاغل دولتی نباشند، در دسته‌ی یخن سفیدان «غیردولتی» قرار می‌گیرند. اعضای طبقه‌ی حاکمه، سیاست‌مداران، بازرگانان، حقوقدانان، و هم‌چنین افرادی که در رشته‌های علمی از تخصص بالایی برخوردارند، می‌توانند جزء یخن سفیدان شمرده شوند.

اما معنا و مفهوم جرم یخن سفید، همانند بسیاری از اصطلاحات انتزاعی در حقوق، علوم اجتماعی و مباحث فلسفی شدیداً بحث برانگیز و جنجال‌آفرین بوده است. در مورد جرم یخن سفیدی، پژوهشگران (جرم‌شناسان) زمانی جهت رسیدن به یک معنای مورد وفاق از این اصطلاح تلاش می‌ورزیدند و زمانی هم به جستجوی جاگزین برای آن می‌پرداختند. اما هیچ‌یک از این تلاش‌ها موفقیت‌آمیز نبوده است؛ یعنی هر قدر تعریفی که ارائه شده، نتوانسته‌اند اقبال عمومی را از آن خود نمایند و همین‌طور جاگزین‌های پیشنهادی ناقص از آب در آمده، و ناتوان بوده‌اند از این‌که بار معنایی این اصطلاح را پوشش دهند.

به‌رغم نارسایی‌های که ممکن است در مورد این اصطلاح وجود داشته باشد، امروزه اصطلاح «جرم یخن‌سفیدی» عمیقاً جایش را در میان واژگان حقوقی، اخلاقی و علوم اجتماعی باز کرده و کاملاً با آن‌ها سازگار و هماهنگ شده است. اما تعاریفی که از جرم یخن‌سفیدی ارائه شده است هر کدام مبتنی بر رویکردهای که «بزه‌محور» (Offender-based approaches) یا «بزه‌کارمحور» (Offense-based approaches/ Crime-based) است و از این جهت، محور پژوهش‌های جرم‌شناختی قرار گرفته است. برآیند رویکردهای مزبور تعاریفی است که در دسته‌های ذیل قرار می‌گیرند: ساترلند به عنوان مبدع و مخترع اصطلاح جرم یخن‌سفیدی، آن را این‌گونه تعریف می‌کند: «جرمی است که شخص قابل احترام و برخورد از موقعیت عالی اجتماعی به اعتبار حوزه‌ی نفوذ و اقتضائات شغلی خود مرتکب آن می‌شوند.» (weis-, burd, 2004, p8) درنظر ساترلند طبقه‌ی «یخن‌سفید» در برگیرنده‌ی مدیران سازمان‌ها و مدیران عالی اجرایی است؛ هرچند در پژوهش خود، شرکت‌ها یا سازمان‌ها را نیز شامل در مجرمین دانسته است. او باور داشت که بزه‌ی یقه‌سفیدی در صورتی جرم محسوب می‌شود که ثابت شود دارای آسیب اجتماعی بوده و قابل مجازات می‌باشد. از این‌رو، عمل جرم یخن‌سفیدی می‌تواند با آموزه‌های حقوق کیفری، مدنی و اداری و سروکار داشته باشد.

دایرة المعارف بیان داشته، جرم یخن‌سفیدی عبارت است از «هر رفتاری که در فضای سازمان یا محیط شغلی شخص در راستای رسیدن به منفعت برای شرکت یا فرد رخ داده و نقض اعتماد، وابسته به آن شخص یا موقعیت شرکت و یا آن وضعیت را به همراه داشته باشد و هریک از قوانین کیفری، مدنی، اداری، قاعده‌ی حقوقی، فرامین قانونی، هنجار و سایر مقررات این رفتار را محکوم نماید.» (Salinger, 2005, p232)

دادگستری امریکا در باره‌ی جرم یخن‌سفیدی چنین بیان داشته است: جرمی است غیرخشن (عاری از خشونت) که در راستای رسیدن به منافع مالی از طریق فریب و نیرنگ توسط اشخاصی دارای موقعیت شغلی کارآفرینی، حرفه‌ای یا نیمه‌حرفه‌ای که با استفاده از فرصت‌ها و مهارت‌های شغلی‌شان واقع می‌شود. هم‌چنین جرم غیرخشنی است که برای به‌دست آوردن منافع مالی با به‌کارگیری فریب و خدعه به وسیله‌ی هر فردی که دارای شیوه‌های خاص و دانش حرفه‌ای (تخصصی)، تجاری (کسب و کار) و دولتی است، با قطع نظر از شغل‌شان مرتکب می‌شوند. (Kelly, 2002. p12)

در نهایت ریمون گسن، جرم یخن‌سفیدی را این‌گونه تعریف می‌کند: «جرم یخن‌سفیدی، مجموعه اعمال مجرمانه‌ای است که در انجام فعالیت حرفه‌ای با هدف کسب منفعت، توسط افرادی که از موقعیت تصمیم‌گیری، مشورت‌دهی، مشارکت یا مذاکره برخوردارند، به نفع شرکت یا نفع خاص خود یا ضرر سایر افراد یا سایر

شرکت‌ها ارتکاب می‌یابد.» (گسن، ۱۳۸۹، ص ۱۲۱)

آنچه از تعاریف ارایه‌شده به عنوان یک واقعیت انکارناپذیر به دست می‌آید، این است که بزه‌کاران یخن‌سفید بیش از دیگر بزه‌کاران، اساس اعتماد و اطمینان را - به عنوان یک عامل انسجام‌بخش در جامعه - درهم می‌شکنند، سوءاستفاده‌ی آن‌ها از اعتبار و اقتدار ناشی از اختیارات موجود، حس اعتماد عمومی را به شدت تحت تأثیر قرار داده که آثار و پیامدهای نامطلوبی در پی خواهد داشت.

بنابراین، اگر بخواهیم جرم یخن‌سفیدی را براساس دو رویکرد فوق (رویکرد جرم‌محور و مجرم‌محور) خلاصه نماییم، تعاریف ذیل که به نحوی بیانگر ویژگی‌های بزه و بزه‌کاران یخن‌سفید نیز هست به دست می‌آید:

جرم یخن‌سفیدی، جرمی است علیه اموال در راستای رسیدن به منافع شخصی یا سازمانی که بدون دخالت نیروی فیزیکی و با فریب و پنهان‌کاری ارتکاب می‌یابد. جرمی است قصدی و نیرنگ‌آمیز که اعتماد را نقض نموده و خسارت‌های جبران‌ناپذیری به دنبال دارد.

مجرمین یخن‌سفید افرادی است ثروت‌مند، دارای تحصیلات و روابط اجتماعی بالا و نوعاً توسط سازمان‌های قانونی، استخدام می‌گردند. افرادی است برخوردار از احترام و موقعیت اجتماعی بالا که جرایمی را در ارتباط با شغل‌شان مرتکب می‌شوند. (Pater, 2010, P14)

۱-۲. پیشینه‌ی تاریخی جرم یخن‌سفیدی

در باره‌ی پیشینه و منشأ تاریخی جرم یخن‌سفیدی از دو منظر و رویکرد می‌توان نگاه کرد؛ یکی مفهوم و محتوای جرم یخن‌سفیدی و دیگری واژه و اصطلاح آن.

۱-۲-۱. پیشینه‌ی مفهومی جرم یخن‌سفیدی

مفهوم جرم یخن‌سفیدی به عنوان سوء استفاده از مقام و موقعیت اجتماعی، سیاسی، و اقتصادی و فرهنگی شاید همزاد حیات جمعی آدمی قلمداد شود، اما رفتار و عمل‌کردهای که شاید بتوانند در قالب جرایم یخن‌سفیدی جای بگیرند، در موارد ذیل به صورت اختصار بیان می‌گردند.

مفهوم جرم یخن‌سفیدی؛ یعنی جرایمی که زورمندان سیاسی یا اقتصادی مرتکب می‌شدند، به باور برخی جرم‌شناسان به چهار قرن قبل از میلاد بر می‌گردد. به عنوان نمونه، فلاسفه‌ی یونان باستان مثل ارسطو درباره‌ی اختلاس سرمایه‌های عمومی توسط مأموران عالی‌رتبه‌ی دولت و دیگر مقامات حکومتی مطلب نوشته است و سرقت وجوه عمومی به وسیله‌ی افسران حکومتی، بر اساس قانون اساسی آتنی‌ها جرم محسوب می‌شده است. (Michael L & Sally, 2009, P270) همچنین در قرون وسطی، برخی رفتارهای تجاری؛ مثل احتکار، کنترل غیرقانونی بر بازار، سوء استفاده از موقعیت

اجتماعی یا پست‌های سیاسی، جرم‌انگاری شده‌اند. (Michael L&Sally, 2009, P270) اما مفهوم جرم یخن‌سفیدی به صورت برجسته‌تر و تا حدودی نظام‌مندتر، اولین بار در اوائل قرن بیستم بین سال‌های ۱۹۰۳-۱۹۰۷ توسط ادوارد الورت روس (Edward All-worth Ross) جرم‌شناس امریکایی (۱۹۰۷م) و تعدادی از روزنامه‌نگارانی که مردم لقب افشاگران را به آن‌ها داده بود؛ مانند تاربل (Tarbell)، استفنس (Steffens)، نوریس (Norris) و سینگلر (Sinclair)، مورد استفاده قرار گرفت. این‌ها کسانی بودند که در مورد سوء استفاده‌های اشراف و نجیب‌زادگان از کارگران معدن (معدن‌چیان)، استثمار و بهره‌کشی از آن‌ها در محیط کاری که هیچ‌نوع ایمنی، سلامت و بهداشت رعایت نمی‌شد، عدم ریاعت بهداشت و بی‌توجهی به سلامت مصرف‌کنندگان از سوی قصاب‌خانه‌های که در صنعت سلاخی و توزیع گوشت اشتغال داشتند، رشوه‌خواری‌های سازمانی هیأت مقننه (قوه مقننه) و دیگر سوء استفاده‌ها و بدرفتارهای از سوی اشراف و نجیب‌زادگان صورت می‌گرفت، به افشاگری و پرده‌برداری می‌پرداختند. (Braithwaite, 2010, P2) افشاگری آن‌ها در نهایت به برخی قانون‌گذاری‌های مهمی؛ از جمله قانون ایالتی، مواد غذایی، دارو و لوازم آرایشی، در ایالات متحده‌ی امریکا منجر گردید که این قانون اشکال زیادی از سوء رفتارهای سازمانی را که روس به آن‌ها برچسب (داشتن خصوصیات) کیفری زده بود، جرم‌انگاری نمود.

گام بعدی در این راستا در سال ۱۹۱۶م. توسط ویلهلم بونگر (William bunger) هلندی با انتشار کتاب «شرایط اقتصادی و بزهکاری» برداشته شد. شاید بتوان ادعا کرد که بنگر، اولین کسی بود که با ارائه‌ی نظریه‌ای در مورد جرم به «جرائم خیابانی» و «جرائم ساختمانی» (Crime in the street and Crime in the suites) شخصیت حقوقی داد. دغدغه و درگیری اصلی بنگر این بود که نظام سرمایه داری «خودپرستی یا خودخواهی» (Egoism) را با قربانی و هزینه‌کردن «نوع‌پرستی یا نوع‌خواهی» (Altruism) توسعه و گسترش داده است. بنگر از نخستین نویسندگان مارکسیستی بود که در دهه‌های نخست این قرن، قلم می‌زد و به بحث در باره‌ی وضعیت‌های پرداخت که در آن‌ها می‌شد جرم را نوعی پیامد شرایط شتابنده‌ی اقتصادی و اجتماعی نظام سرمایه‌داری محسوب داشت.

بنگر معتقد بود «اندیشه‌ی مجرمانه» (criminal thought) می‌تواند محصول دو عامل زیر باشد: نخست، شرایط نیازمندی و فقر که بر بخش‌های متفاوت طبقه‌ی کارگر تحمیل می‌شود؛ دوم، فزون‌خواهی که در نگاه او، زیربنای جریان رقابت‌جویی را در نظام سرمایه‌داری شکل می‌داد. (وایت، ۱۳۸۳، ص ۲۲۵) به عبارت روان‌تر، هم‌چنان‌که فقر و تنگدستی طبقه‌ی فرودست؛ یعنی کارگران تحت سلطه‌ی نظام سرمایه‌داری زمینه‌ساز ارتکاب جرم و خلق یک وضعیت جنایی و کیفری است، فزون‌خواهی و

زیاده‌طلبی طبقه‌ی فرادست؛ یعنی بوژواها نیز با رونق‌یافتن و پیشرفت سرمایه‌داری، زمینه‌ساز خلق بسیاری از جرایم و وضعیت‌های جنایی و کیفری است. (Braithwaite, 2010, P2)

هرچند بعدها بینش و دیدگاه بنگر در مورد پیش‌فرضی که فقر را علت جرم می‌داند، به این دلیل که ماهیت گسترده‌ی جرم طبقه‌ی حاکم را نادیده بگیرند، کاملاً نادیده گرفته شد، تا اینکه توسط ساترلند در سال ۱۹۳۹، دوباره احیا گردید. هنگامی که ساترلند آراء را به سمت جرم یخن سفید جلب کرد، انگیزه‌های اندکی در پژوهشگران و جرم‌شناسان برای مطالعه و بررسی خصوصیات و انگیزه‌های مجرمین یخن سفید وجود داشت و نیز این نقیصه در مورد مجریان قانون هم موجود بود؛ زیرا در آن موقع، ایده‌ی غالب بر این مبنا استوار بود که جامعه بیشتر نگران خطرات و قربانی گرفتن جرایم خشن است، تا جرایمی غیرخشنی که تمامیت جسمانی افراد را تهدید نمی‌کند.

۲-۱. پیشینه‌ی اصطلاحی جرم یخن سفیدی

اصطلاح جرم یخن سفیدی اولین بار در سال ۱۹۳۹م. توسط ادوین اچ. ساترلند استاد شهیر و بنام جامعه‌شناسی و جرم‌شناسی دانشگاه‌های امریکا، مورد استفاده قرار گرفت. او که در سال ۱۹۲۴م. اثر مشهور خود تحت عنوان «اصول جرم‌شناسی» را با همکاری «دونالد کرسی» منتشر کرد، در سال ۱۹۳۵م. به حیث مدیر گروه جامعه‌شناسی در دانشگاه ایندیانا منصوب گردید و در سال ۱۹۳۷م. کتاب سارق حرفه‌ای را روانه‌ی بازار اندیشه نمود، سپس در ضمن مطالعه‌ی نظام‌مند رفتار مجرمانه، نظریه‌ی معاشرت‌های ترجیحی را در این راستا مطرح ساخت. ساترلند هنگامی که فیش‌های حقوقی هفتاد شرکت صنعتی و تجاری را بررسی می‌کرد، به سمت مطالعه‌ی جرایم یخن سفیدی هدایت شد. از بررسی این فیش‌ها به این مسئله پی‌برد که شرکت‌های بزرگ به کرات قوانین و مقررات بارزگانی را نقض کرده‌اند. اینجا بود که در سی و چهارمین جلسه‌ی سالانه‌ی انجمن جامعه‌شناسی امریکا در سال ۱۹۳۹ در فیلادلفیا، این استاد برجسته‌ی دانشگاه اندیانا در سخنرانی‌ای با عنوان «مجرم یخن سفید» برای نخستین بار به طرح ایده‌ی «جرم یخن سفیدی» پرداخت (Stephen & Gilbert, 2009, P275) و در سال ۱۹۴۹م. کتابی را نیز تحت همین عنوان منتشر کرد.

پرسشی که ممکن است مطرح شود این است که، آیا اصطلاح جرم یخن سفیدی فقط در مورد «جرایم» مطرح می‌شود یا شامل کژروی‌های اجتماعی نیز می‌شود. در رویکرد حقوق کیفری، «جرم» مفهومی خاص و روشن دارد. واژه‌ی جرم فقط در صورتی کاربرد دارد که قانون‌گذار عملی را جرم دانسته و برای مرتکب آن ضمانت اجرایی کیفری پیش‌بینی کرده باشد. با این وجود، اغلب جرم‌شناسان و جامعه‌شناسان دایره‌ی شمول این واژه را وسیع‌تر ترسیم می‌کنند. ساترلند هنگامی استفاده از این واژه،

به مواردی مانند انحصار در تجارت، برچسب‌های خلاف واقع روی مواد غذایی، به کارگیری نیروی کار به صورت غیرعادلانه و نظایر آن، توجه داشت که یا ضمانت اجرایی کیفری نداشتند و یا عملاً تحت تعقیب کیفری قرار نمی‌گرفتند. (Stuart, 2005, P50) بنابراین، در تحلیل جرایم یخن‌سفیدی، باید علاوه بر مفهوم «جرم» در حقوق کیفری، به مفهوم جرم در جرم‌شناسی که شامل هرگونه کژروی و نقض هنجارهای اساسی جامعه است، توجه داشت. برخی مصادیق جرم یخن‌سفیدی در قوانین جزایی افغانستان، جرم‌انگاری شده‌اند؛ اما از آن‌جا که صیغه جرم‌شناختی این واژه بر جنبه‌ی جزایی آن برتری دارد، نباید عین واژه‌ی «جرم یخن‌سفیدی» را در قوانین موضوعه‌ی افغانستان جستجو نمود.

۳-۱. ویژگی‌های جرم یخن‌سفیدی

جرم‌شناسان در باره‌ی این‌که آیا جرم یخن‌سفیدی یک جرم سازمان یافته است یا جرمی با وصف شخصی، آراء و رویکردهای مختلفی در این زمینه مطرح شده است، که در جای خود مورد بحث قرار خواهند گرفت.

۱-۳-۱. ویژگی‌های جرم یخن‌سفیدی

مهم‌ترین ویژگی‌های جرم یخن‌سفیدی در دسته‌های زیر قرار می‌گیرند:

(الف) جرمی است نرم و عاری از خشونت؛ یعنی استفاده از زور و نیروی جسمانی علیه اشخاص یا اموال در آن صورت نمی‌گیرد (جرایم فسفری، مبتنی بر قدرت خلاقیت ذهنی مجرم است)، ولی پیامدهایی را که بر جامعه تحمیل می‌کند، به مراتب پرهزینه‌تر و ناگوار است نسبت به جرایم خشن؛ مانند قتل، تجاوز و سرقت مسلحانه. (ب) جرایم یخن‌سفیدی نتیجه‌ی فعالیت‌های غیرمجاز طبقه‌ی ممتاز جامعه است که از قدرت اقتصادی، اقتدار سیاسی و موقعیت بالای اجتماعی برخوردارند و در مقایسه با قربانیان این نوع جرایم، متخلفان برای رفع اتهام، قدرت دفاعی بسیار بالایی دارند. (ج) موضوع جرایم یخن‌سفیدی، اصولاً واجد وصف مالی و اقتصادی است چه به صورت مستقیم مثل کلاهبرداری، اختلاس، سوء استفاده از کارت‌های اعتباری و...، و چه به صورت غیرمستقیم مثل به‌کارگیری کارگران در محیط غیرسالم، آلودگی‌های محیط زیست و... اما برخی از جرم‌شناسان موضوع جرم یخن‌سفیدی را گسترده‌تر و فراتر از صرف مسئله‌ی مالی و اعتباری می‌دانند. آن‌ها معتقدند که هر نوع سوء استفاده از موقعیت اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و شغلی و حرفه‌ای که بر خلاف موازین قانونی صورت گیرد، در هر موضوع که باشد جرم یخن‌سفیدی بر آن‌ها صادق است.

(Petter, 2010, p16)

(د) بالابودن رقم سیاه؛ چون بسیاری از بزه‌کاران یخن‌سفید از برگزیدگان قدرت‌اند و غالب رفتار آن‌ها با ظاهر و وجه قانونی صورت می‌گیرد. جرم‌شان یا کشف

نمی‌شود و یا اگر کشف هم می‌شوند ثبت و گزارش نمی‌گردد، به سختی می‌توان آمار واقعی جرایم یخن‌سفیدی را جمع‌آوری و طبقه‌بندی نمود. در کنار این مسئله، عامل دیگری نیز وجود دارد که کشف این جرایم و مبارزه با مرتکبین آن را برای پلیس با مشکل مواجه می‌سازد و آن، عدم رغبت قربانیان جرم به گزارش کردن است. این بی‌میلی می‌تواند دو دلیل داشته باشد. اول اینکه تحقق این دست جرایم به‌خصوص کلاهبرداری نشانگر ساده‌لوحی قربانی جرم است و چه بسا قربانیان جرم از بیم آنکه ممکن است مورد استهزاء واقع شوند، ترجیح می‌دهند آن را فراموش کنند، تا اینکه پی‌گیری کنند. دلیل مهم‌تر آن‌که، جرایم عمده معمولاً در مؤسسات و شرکت‌های بزرگ به ویژه مؤسسات مالی و اعتباری، نظیر بانک‌ها وقوع می‌یابند، مدیران و صاحبان این مؤسسات، نیک آگاهند که حیات اقتصادی آن‌ها در گرو اعتماد و اطمینان مردم است (صادقی، ۱۳۸۴، ص ۲۶)، لذا گزارش به پلیس و درزکردن خبر به مطبوعات همان، از دست دادن اعتماد مردم و خسران اقتصادی همان.

ه) مرتکبان این نوع جرایم کمتر از طرف قانون تهدید می‌شوند، برخورد سازمان‌های نظارتی با آنان با اغماض و بی‌توجهی همراه است. جامعه نیز در برابر این نوع جرایم حساسیت و واکنش چندانی از خود بروز نمی‌دهند. اگرچه اغلب توده‌ی وسیعی از جامعه، قربانیان واقعی این دست جرایم‌اند و نسبت به جرایم مالی دیگر هزینه‌های سنگین‌تری را بر جامعه تحمیل می‌کنند، ولی جامعه از رفتار این متخلفان حقیقی (افراد) و حقوقی (شرکت‌ها) چندان جریحه‌دار و خشمگین نمی‌شود. از این‌رو، اجماع عمومی برای توان‌زدایی از این نوع مجرمان وجود ندارد و همین امر موجب شده جرایم یخن‌سفیدی در سطح گسترده و به میزان بسیار بالایی رخ دهد. برای مثال، در سال ۱۹۹۶م. برآورد اطاق بازرگانی ایالات متحده آمریکا این‌گونه بود که تا سال ۲۰۰۰، هزینه‌ی جرایم مالی کارکنان یخن‌سفید ممکن است به ۲۰۰ میلیارد دلار برسد که این مبلغ تقریباً معادل کسر بودجه‌ای است که این سال‌ها دولت با آن مواجه خواهد بود. (David, 2010, P5)

در مجموع، جرم‌شناسانی که جرم یخن‌سفیدی را مورد مطالعه قرار داده‌اند، عموماً بر موارد ذیل توافق نظر دارند: ۱) جرم یخن‌سفیدی در فضای شغل قانونی و مشروع رخ می‌دهد؛ ۲) دارای اهداف اقتصادی یا موفقیت شغلی است؛ ۳) به صورت مستقیم و عمداً متضمن خشونت نمی‌باشد. (David, 2010, P5)

۲-۳-۱. ویژگی‌های بزه‌کاران یخن‌سفید

برخی جرم‌شناسان در تحلیل جرم یخن‌سفیدی، بر شخصیت مرتکبان این جرم متمرکز شده‌اند. از جمله‌ی این جرم‌شناسان، مرگن (Mergen) آلمانی است که تلاش کرده است از گذر تجزیه و تحلیل مجموعه‌ای از اسناد، به‌ویژه «پایان‌نامه‌های

کارشناسی ارشد»، چنین تصویر از شخصیت بزهکار یخن سفید ارایه دهد: «شخصیت خودم‌محور، ریاکار، بدون دغدغه‌ی خاطر و عذاب وجدان، تشنه‌ی قدرت، از خود راضی، کتمان کاری و پنهان‌سازی جنبه‌های مجرمانه‌ی فعالیت شرکت‌ها یا توجیه اعمال مجرمانه با استدلال‌های شبه حقوقی...» (گسن، ۱۳۸۹، ص ۱۲۲) در مجموع می‌توان ویژگی‌های مجرمین یخن سفید را در گزینه‌های زیر خلاصه نمود:

- ۱). برخورداری از توان و استعداد بزهکاری بسیار بالا؛
- ۲) برخورداری از میزان بالای سازگاری و قابلیت اجتماعی؛
- ۳) برخاسته از طبقات بالای اجتماعی، اعم از سیاسی، اقتصادی یا شغلی و حرفه‌ای.
- ۴) پیروی از مدل‌های نو و به‌روز بودن، استفاده از تمام امکانات و سازوکارهای پیچیده در راستای ارتکاب جرم.
- ۵) از نگاه ترکیب جنسیتی و سنی، امروزه نگاه‌ها بیشتر بر این امر متمرکز است که مجرمین یخن سفید، اغلب مردان دارای سن بالا است. (Hazel, 2010, P54) و دلیل آن را این‌گونه بیان می‌دارند که اولاً، جوانان و هم‌چنین زنان کمتر در مناصب عالی و اقتصادی و یا موقعیت‌های موثق مرتبط با حرفه‌ای مؤثر در وقوع جرم یخن سفیدی قرار می‌گیرند. ثانیاً، آنکه خطرپذیری یا مواجهه با خطر و شهادت آن در جوانان و زنان نسبت به مردان بزرگسال باتجربه کمتر است. در یک تحقیق عمده در ایالات متحده‌ی امریکا نشان داده شد که متوسط سن مجرمان، بیش از ۴۰ سال بوده و مصادیق اندکی از کلاهبرداری یا اختلاس بانکی در میان طبقات جوان‌ترها مشاهده گردیده است. (Hazel, 2010, P56) البته ساترلند و کرسی، اختلاف فاحش جرایم مردان و زنان را ناشی از اختلاف موقعیتی اجتماعی این دو جنس دانسته و می‌گویند: در کشورهای که مساوات میان زن و مرد برقرار شد و زنان استقلال اقتصادی یافتند؛ مانند کشورهای اروپایی و امریکای شمالی، نرخ آمار جنایی زنان خیلی به نرخ آمار جنایی مردان نزدیک می‌شود. (Hazel, 2010, P56)

۲. مبانی نظری جرم یخن سفیدی

جرایم یخن سفیدی در سال‌های اخیر توجه زیادی را به خود معطوف داشته است. برای درک چیستی، چرایی و چگونگی جرایم یخن سفیدی و برای دست‌یابی به انگیزه‌ی کافی جهت شناخت چیستی، چرایی و چگونگی آن، نیازمند خلق و بسط «تئوری» خواهیم بود. نظریه می‌تواند پیشگویی یا تبیین مجموعه‌ی به هم پیوسته‌ی ساخت، تعریف و گزاره‌های باشد که با تعیین و تشخیص رابطه‌ی متغیرها، یک نما و چشم‌انداز نظام‌مندی از این پدیده به نمایش بگذارد و این نمای نظام‌مند و اصولی

می‌تواند، نشانگر استدلال، بحث و مناظره یا یک اصل بنیادی باشد که قادر است پیش‌بینی یا تشریح وقوع پدیده‌ی جرم یخن‌سفیدی را در دنیای معاصر تسهیل نماید. بنابراین در این گفتار سعی بر آن است که مبنای نظری جرم یخن‌سفیدی از دو منظر جرم‌شناسی و آموزه‌های اسلامی مورد بررسی و تحلیل قرار گیرند.

۲-۱. از نگاه جرم‌شناسی

نظریه‌های مربوط به بزه‌کاری یخن‌سفیدی، در خطوط اصلی خود، به دو دسته‌ی فردمدار و سیستماتیک یا سازمانی تقسیم می‌شوند. (گسن، ۱۳۸۹، ص ۱۲۱) نظریه‌های فردمدار عوامل این بزه‌کاری را در شخصیت فرد یخن‌سفید و محیط او جستجو می‌کنند. اما نظریه‌های سیستماتیک یا سازمانی، سیستم آزاد شرکت یا سازمان را عامل بزه‌کاری یخن‌سفیدی می‌دانند. در ادبیات جرم‌شناختی این امر در قالب پرسش از «کیستی» (Who) مجرم و «چرایی» (Why) بزه مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

۲-۱-۱. نظریه‌های فردمدار

از میان بارزترین جهت‌گیری‌های فردمدارانه نسبت به جرایم یخن‌سفیدی، می‌توان به نظریه‌ی مشهور ساترلند اشاره کرد. وی بزه‌کاری یخن‌سفیدی را در چارچوب نظریه‌ی معاشرت‌های ترجیحی یا افتراقی، تحلیل می‌کند. براساس این نظریه، رفتار بزه‌کارانه از طریق معاشرت و تماس فرد با دیگر اشخاص یا گروهی از افراد، در زمانی که تفسیر و برداشت‌های نامساعد نسبت به رعایت قانون بر تفسیر و برداشت‌های مساعد غلبه می‌کند، آموخته می‌شود. (Braithwaite, 2010, p5)

ساترلند معتقد بود، محیط تجاری و کسب و کار، خرده‌فرهنگ حرفه‌ای خاصی را ایجاد می‌کند که براساس آن، این ایده در فرد شکل می‌گیرد که برای کسب موقعیت در بازار و تجارت، راهی جزء دورزدن قانون یا اقدامات غیرقانونی؛ مانند دست‌کاری حساب‌ها، وجود ندارد. (گسن، ۱۳۸۹، ص ۱۲۲) البته این فرایند گذر از اندیشه به فعل به برآیند تعارض میان خرده‌فرهنگ مساعد بزه‌کاری حوزه‌ی کسب و کار و فشارهای وابسته از یکسو و فرهنگ اجتماعی- اخلاقی کلی «یخن سفیدی» از سوی دیگر، بستگی دارد.

یکی دیگر از نظریه‌های که مبنای تبیین جرم یخن‌سفیدی قرار می‌گیرد، نظریه‌ی عمومی فشار است. گفته می‌شود میان بسیاری از فشارها یا واردکنندگان فشار؛ از قبیل انسداد اهداف اقتصادی، تحمل یا تجربه‌ی یک سلسله مشکلات اقتصادی، عدم دسترسی به اهداف قانونی و فشارهای مختلف مربوط به محیط کار، با تبیین و تعریف این دست جرایم رابطه‌ی خاصی برقرار است. گرچه اصولاً نظریه‌های فشار برای تبیین چیستی و چرایی نرخ بالای جرم در میان طبقات پایین جامعه، توسعه یافته‌اند. بر اساس نظریه‌های کلاسیک فشار مرتون (۱۹۳۸م)، کوهن (۱۹۵۵م)، کلوارد

و اوهلین (۱۹۶۰م). افراد طبقات پایین جامعه مایلند که موفقیت‌های مالی یا وضعیت اجتماعی طبقه‌ی متوسط را دنبال نمایند، آن‌ها برای دستیابی به چنین اهدافی از مجرای قانونی غالباً دچار مشکل‌اند. لذا محرومیت و ناامیدی از رسیدن به هدف، برخی از آن‌ها را به سمت ارتکاب جرم سوق می‌دهد. (Simpson, 2009, P8) با این استدلال ممکن است این‌طور به نظر برسد که تئوری فشار کمتر در صدد بیان علل جرم یخن‌سفیدی است و چه بسا در واقع وجود جرایم یخن‌سفیدی گاهی اوقات به عنوان گواه علیه تئوری فشار ارایه می‌گردد.

هرچند جرم یخن‌سفیدی موضوع محوری تئوری فشار نمی‌باشد؛ اما در عین حال تئوری فشار می‌تواند مبنای نظری مناسبی برای تبیین جرم یخن‌سفیدی نیز محسوب گردد. مرتون معتقد است که افراد طبقه‌ی بالای جامعه نیز ممکن است عدم دسترسی به هدف را تجربه نموده و با ارتکاب جرمی از قبیل جرم یخن‌سفیدی به آن واکنش نشان دهند. بر همین اساس است که عدم دستیابی به اهداف اقتصادی غالباً به عنوان تبیین علی جرم یخن‌سفیدی از سوی پژوهش‌گران جرم‌شناسی بیان گردیده است. (Simpson, 2009, P8) به خصوص این‌که گفته می‌شود؛ فشار اقتصادی دلیل عمده‌ی جرایم یخن‌سفیدی است که دقیقاً برای نفع شخصی ارتکاب می‌یابد. خود کترولی (Self-control theory) یا نظریه‌ی کترول، یکی دیگر از تئوری‌هایی است که برخی براساس آن، جرایم یخن‌سفیدی را تبیین و تشریح کرده‌اند. تئوری کترول که توسط تراویس هیرشی (Travis Hirschi) مطرح شد، در صدد بیان این مسئله نیست که چرا افراد مرتکب جرم می‌شوند، در عوض به این مسئله می‌پردازد که چه چیزی انسان را از ارتکاب جرم باز می‌دارد. هیرشی چهار عامل یا ویژگی را مورد شناسایی قرار داده که وجود آن‌ها مانع ارتکاب از سوی افراد می‌شود؛ مانند وابستگی یا دلبستگی به دیگران، باور به اصول اخلاقی و اعتبار نظم و قانون در جامعه، تعهد (انجام) به دستیابی به اهداف و مقاصد در نهایت درگیری و مشغولیت به فعالیت‌های قراردادی. (Michael L. and Sally S, 2009, P62) همه این عوامل چهارگانه در رشد خودکترولی افراد و جلوگیری از ارتکاب جرم مؤثرند، در مقابل، فقدان آن‌ها زمینه را برای ارتکاب جرم در فرد مهیا می‌سازد. یخن‌سفیدان، چون نه به اصول اخلاقی باور و پای‌بندی دارند و نه برای قانون اعتبار و وجهی قائلند، در قبال جامعه نیز هیچ تعهد و الزامی احساس نمی‌کنند، فقط به دستیابی به اهداف خود تعریف‌شده‌ی اقتصادی یا شغلی خود می‌اندیشند.

۲-۱-۲. نظریه‌های سیستماتیک یا سازمان‌مدار

اغلب جرایم یخن‌سفیدی در فضای سازمان و یا به عنوان بخشی از جرایم سازمان‌یافته رخ می‌دهد. سازمان بزه‌کار عادتاً به عنوان یک موسسه یا شرکت

انحصاری شناخته می‌شود و تئوری انحصار غالباً برای تحلیل جرایم سازمانی، به کار گرفته می‌شود. مدل انحصاری بر این امر دلالت دارد که استعدادهای بالقوه‌ی بزه‌کار اگر بخواهند به فعلیت (ارتکاب بزه) برسند، هیچ انتخابی جز پیوستن به سازمان جنایتکار را ندارد. (Peter, 2010, p212)

گروس در مقاله‌ی کلاسیک خود در مورد نظریه‌ی جرم سازمانی، معتقد است که بیشتر حوزه‌های جامعه‌شناسی، مطالعات جرم و تخلف معمولاً از پایه‌های نظری محکمی برخوردارند. ایشان دو وابستگی مهم نظری را در مورد جرایم سازمانی پیشنهاد می‌کند: نخست این‌که، ساختار و نظم دورنی سازمان‌ها همانند طبیعت‌شان که احتمال دستیابی به اهداف سازمان را افزایش می‌دهد، ممکن است آن را در معرض خطر (ریسک) نقض قوانین اجتماعی رفتار سازمانی نیز قرار دهد. ثانیاً، اشخاصی که عملاً به نمایندگی از سازمان مرتکب بزه می‌شوند، با یک فرآیند انتخابی تحرک صعودی [انگیزه‌ی پیشرفت] در سازمان مواجه‌اند و چون خود را به شدت وابسته به سازمان می‌دانند، به دلایل مختلف میل به ارتکاب بزه دارند، این‌گونه وانمود می‌کنند که این امر برای رسیدن به اهداف، پیشرفت یا حداقل نجات‌دادن و ابقای سازمان، لازم و ضروری است. (Peter, 2010, p212)

یکی دیگر از تئوری‌هایی که جرم یخن‌سفیدی را در قالب سازمان به خوبی تبیین می‌کند، «تئوری فرصت» است. روشن است که ضرورت وجود فرصت برای ارتکاب جرم نیاز به اثبات ندارد؛ بدین معنا که جرم هنگامی رخ می‌دهد که فرصت مجرمانه برای بزه‌کار از قبل وجود داشته باشد. در مورد «نقش فرصت در تحقق جرم» سخن‌ها فراوان گفته شده و ایده‌های بسیاری طرح گردیده است، اما آنچه که می‌توان براساس آن به تبیین جرایم یخن‌سفیدی پرداخت، «ساختار فرصت‌های نامشروع در سازمان» است. یخن‌سفیدانی که براساس نیازها و ضرورت شغلی در ساختار سازمان قرار گرفته و درگیر فعالیت‌ها و وظایف عادی و روزمره می‌باشند، در صورت مرتکب قانون‌شکنی و رفتار خلاف قانون می‌شوند که سه عنصر اصلی زیر در آن لحاظ گردد، با کنار هم قرار گرفتن آن‌ها بزه‌ی یخن‌سفیدی تحقق می‌یابد: (۱) وجود فرد با انگیزه (مجرم)؛ (۲) هدف محافظت نشده (قربانی)؛ (۳) فراهم بودن فرصت، شرایط شغلی یا سازمانی (که زمینه‌ی ارتباط قربانی و مجرم را مهیا می‌سازد). در صورت عدم وجود مانع و بازدارنده‌ای، بزه یخن‌سفیدی محقق می‌گردد.

از آنجایی که چنین زمینه و ساختار فرصتی در سازمان به وفور در دسترس یخن‌سفیدها قرار دارد و چنین نیست که همانند مجرمین خیابانی از طریق قدم‌زدن در خیابان‌ها فرصت ارتکاب جرم را کشف نمایند، بلکه آگاهی آنان نسبت به فرصت‌های جرم یخن‌سفیدی از استخدام و اشتغال‌شان در سازمان، سرچشمه می‌گیرد. (Sally, 2009)

(P179) ویسبرد و همکارانش در مطالعه‌ی حرفه‌ی مجرمانه‌ی بزهکاران یخن‌سفید، در یافته‌اند که مجرمین یخن‌سفید از فرصت‌های جنایی که با نقش، فعالیت و موقعیت آن‌ها در ارتباط است، به شدت سوء استفاده می‌کنند. (Sally, 2009, P179)

۲-۲. نگاه اسلام

یکی از اصول اساسی فلسفه‌ی بعثت انبیای الهی و نزول شریعت آسمانی، هدایت و تبیین راه‌های سعادت و کمال بشریت است که هرکدام با آیین و راهبردهای مناسب با فرهنگ و سطح شعور و درک بشر آن روز، فرمان‌ها و منشورهای انسان‌ساز و کمال‌آفرین را برای بشر به ارمغان آوردند. در این میان دین مقدس اسلام به عنوان آخرین و جامع‌ترین دین و آیین آسمانی از جانب خداوند برای بشر نازل گردید، حجت و نعمت الهی را بر بشریت تمام کرد. به باور بسیاری از متفکرین مسلمان و غیرمسلمان، این دین کامل‌ترین و جامع‌ترین قانون زندگی و مبتنی بر بنیان نظری قاطع و مسلم در عرصه‌های مختلف زندگی جمعی و فردی انسان می‌باشد و اعضای جامعه‌ی انسانی اعم از عوام و خواص در این آیین مورد توجه قرار گرفته و حیطه‌های مسئولیت، شرح وظایف، حقوق و تکالیف آن‌ها به صورت متقن و شفاف بیان گردیده است، مرزها و معیارهای گفتار و کردار ثواب از خطا به خوبی تفکیک و تبیین شده است.

از این‌رو، در آموزه‌های اسلامی به خصوص در قرآن کریم، به جرایم یقه‌سفیدی اشاره شده، مصادیق این‌گونه جرایم ذکرشده (مسرف، ستمگر، مفسد)، وظیفه‌ی مردم نسبت به آن‌ها که عدم پیروی از رفتار آن‌ها است، بیان گردیده است. هم‌چنین به ویژگی‌های یقه‌سفیدان منحرف پرداخته شده (نپرداختند به اصلاح حال خلق). خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: از رفتار رؤسای مسرف و ستمگر پیروی نکنید که آن مردم در زمین همه‌گونه فساد می‌کنند و هیچ‌گونه به اصلاح حال خلق نمی‌پردازند. (شعراء، ۱۵۲-۱۵۱) همین‌طور در قرآن کریم از عوام و خواص نام برده شده است، واژگانی که در مورد گروه خواص به کار رفته عبارتند از: «ملا»؛ یعنی چشم‌گیرها که حشمت و جلال و شکوه‌شان چشم را خیره می‌کند، «مترفین» (اسراء، ۱۷)؛ یعنی خوش‌گذران‌ها و رفاه‌طلبان و... نتایجی که می‌توان از آیات ۱۵۱ و ۱۵۲ سوره‌ی مبارکه‌ی شعراء به دست آورد این است که: ۱) رؤسا (یقه‌سفیدان) همانند سایر افراد جامعه ممکن است دچار رفتار انحرافی باشند؛ ۲) مردم نباید از رفتارهای رؤسای منحرف خود پیروی کنند؛ ۳) نمونه‌ی رفتارهای انحرافی رؤسا از قبیل اسراف، ستم‌گری و فساد می‌باشد، سایر افراد جامعه که فاقد ثروت و قدرت هستند، کم‌تر می‌توانند مرتکب این‌گونه رفتارها بشوند؛ ۴) رؤسای (یقه‌سفیدان) منحرف کم‌تر به فکر مردم و اصلاح حال آنان می‌باشند.

بنابراین، یکی دیگر از اهداف انبیای الهی، مبارزه با ظلم و بی‌عدالتی اقتصادی، تلاش برای توزیع عادلانه‌ی درآمد و ثروت و جلوگیری از اسراف و تبذیر، کسب مال از طرق نامشروع و... بوده است. این هدف به مذاق یخن‌سفیدان که نوعاً تجمل‌گرا و طماع‌اند خوش آیند نمی‌باشد. چه بسا جایگاه و قدرت سیاسی و اقتصادی یا نفوذ اجتماعی آن‌ها موجب گردد که نظام قضایی رویه‌ی معکوسی را در پیش گیرد و به تعبیر پیامبر بزرگ اسلام^(ص) چنین رویه‌ی معکوسی موجب سقوط، انحطاط و نابودی جامعه خواهد شد. ایشان در هنگام اجرای حد بر زنی از قریش که مرتکب جرم شده بود با اعتراض فردی مواجه شدند که می‌گفت آیا بر این زن حد جاری می‌کنید در حالی که از خانواده‌ی شریف و از قریش است؟ در پاسخ فرمودند: «نَعَمْ إِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِمِثْلِ هَذَا كَانُوا يُقِيمُونَ الْحُدُودَ عَلَى ضُعَفَائِهِمْ وَ يَتْرُكُونَ أَقْوِيَاءَهُمْ وَ أَشْرَافَهُمْ فَهَلَكُوا...»؛ بله، کسانی که قبل از شما بودند در چنین مواردی حد را بر طبقات ضعیف جاری می‌کردند؛ اما نسبت به افراد قوی و اشراف اجرای حد را ترک می‌کردند؛ لذا هلاک شدند. (نوری، ۱۴۰۸ق، ص ۸)

از نگاه جامعه‌شناسان جنایی، همیشه در جامعه پیشداوری‌ها به نفع طبقات یخن‌سفید و علیه طبقات محروم جامعه است. در برخورد با طبقات فرودست و ضعیف این نکته در ذهن مجریان شکل می‌گیرد که این قبیل افراد از خانواده‌های فقیر و محلات بد هستند، با افراد خطاکار سروکار دارند، پلیس آنان را در موقع ارتکاب جرم دستگیر نموده؛ لذا مجرم شناخته خواهند شد. اما بالعکس، در مورد طبقات یخن‌سفید؛ ذهن مجریان با این سوال مواجه می‌شود که چگونه ممکن است افرادی شناخته‌شده و از خانواده‌های خوب در موقعیتی قرار بگیرند که مرتکب امر خلافی شوند. (سلیمی؛ داوری، ۱۳۸۰، ص ۲۶۶)

در یک نگاه اجمالی، به وضوح مشاهده می‌شود که در آموزه‌های اسلامی و سنت و سیره نبوی^(ص) و ائمه‌ی معصومین^(ع)، بر حرمت درآمدهای نامشروع به شدت تأکید شده است و هیچ شک و تردیدی راجع به حرمت درآمدهای که از طریق غش، تدلیس، خدعه و فریب، ارتشا، سوء استفاده از مقام و موقعیت‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی به دست آمده، وجود ندارد. مبنای اصل حرمت آن‌ها را به خوبی می‌توان از آیه‌ی شریفه‌ی ۲۹ سوره‌ی مبارکه‌ی نساء به دست آورد که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال همدیگر را به ناحق (باطل) مخورید، مگر آنکه دادوستدی با تراضی یکدیگر از شما [انجام گرفته] باشد و خودتان را مکشید؛ زیرا خدا همواره با شما مهربان است.

مراد از آیه «اکل» به معنای خوردن و آشامیدن متعارف نیست، بلکه مطلق تصرف

غیرمشروع است، (طیب، ۱۳۸۷، ص ۳۴) هم چنانکه راغب اصفهانی می نویسد «منظور از این آیه، استفاده از اموال بر خلاف موازین شرعی است.» (راغب، ۱۴۰۳، ص ۲۰) برخی معتقدند عموم باطل، شامل کلیه اسباب باطل و نامشروع می شود و این معنا از اطلاق عبارت «لا تأکلوا» هم استنباط می شود. (کاظمی، ۱۳۶۷، ص ۳۲) در آیهی شریفه ۱۸۸ سورهی مبارکهی بقره نیز آمده است: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ»؛ و اموالتان را میان خودتان به ناحق مخورید و [به عنوان رشوه قسمتی از] آن را به قضات مدهید تا بخشی از اموال مردم را به گناه بخورید، در حالی که خودتان [هم خوب] می دانید. در این آیهی شریفه نیز «أکل» به معنی مطلق تصرفات و باطل هم به معنی مطلق آنچه مقابل حق باشد آمده است. از کلمه‌ی «بینهم» استفاده می شود که تمام اموال به عموم مردم تعلق دارد و خداوند متعال از طریق قوانین عادلانه‌ای که وضع فرموده است، این اموال را بین مردم به گونه‌ای تقسیم کرده است که ریشه‌های فساد، قطع و تعادل اقتصادی در اجتماع برقرار شود. (موسوی مجاب، ۱۳۸۸)

۳. مصادیق جرم یخن سفیدی

امروزه انواع و دسته‌های گوناگونی قانون شکنی‌ها مورد شناسایی قرار گرفته‌اند که جرم‌شناسان آن‌ها را ناشی از رفتار و عمل کرد اشخاصی می دانند که به عنوان یخن سفید شهرت یافته‌اند که ممکن در قالب جرم سازمان یافته یا جرم فردی و غیرسازمان یافته تحقق یابند. اما مقصود از «مصادیق» جرم یخن سفیدی در این پژوهش، بیان آن دسته از اعمال و رفتار خلاف قانون و هنجارهای اجتماعی است که به موجب قوانین جزایی «جرم» شناخته می شود. در عین حال، برخی رفتارهایی؛ مانند بر خورداری از پاداش و مزایای شغلی به صورت ناروا و خلاف قانون، از مصادیق اعمال ارتكابی بزه‌کاران یخن سفید به حساب می آیند، هرچند عنوان جزایی نداشته باشند. شاید آثار زیان‌بار آن‌ها بیشتر از اعمالی باشد که صریحاً جرم شناخته شده است. در باره‌ی این که آیا جرم یخن سفید یک جرم سازمان یافته است یا جرمی با وصف شخصی؟ آراء و رویکردهای مختلفی در این زمینه مطرح شده است که در جای خود مورد بحث قرار خواهند گرفت.

بنابراین، جرم یخن سفیدی دارای مفهومی است گسترده که تمامی رفتارهای غیرقانونی که در راستای رسیدن به منافع و امتیازات شخصی یا سازمانی از طریق سوء استفاده از موقعیت و اقتدار حرفه‌ای و همچنین سوء استفاده از فرصت‌های شغلی و تجاری را دربرمی گیرد. با این حساب در تبیین مصادیق و ویژگی‌های جرم یخن سفیدی باید نکاتی مد نظر قرار گیرند. احصاء مواردی به عنوان مصداق جرم یخن سفید،

اولاً به هیچ وجه جنبه‌ی حصری ندارد، ثانیاً؛ بیان چنین مصادیقی بدان معنا نیست که جرایم مزبور همواره به منزله‌ی جرم یخن‌سفیدی محسوب می‌شود. به عنوان نمونه، جرم «کلاهبرداری» یکی از جرایمی است که هم توسط بزه‌کاران یخن‌سفید و هم سایر بزه‌کاران انجام می‌شوند، ثالثاً، بیشتر روی آن دسته از مصادیق جرایم یخن‌سفیدی تمرکز صورت گرفته است که هم از اهمیت بالای برخوردارند و هم این‌که، این مصادیق از شایع‌ترین جلوه‌های جرم یخن‌سفیدی در افغانستان محسوب می‌شوند. بنابراین، در یک دسته‌بندی کلی مهم‌ترین مصادیق جرایم یخن‌سفیدی را می‌توان این‌گونه برشمرد:

۳-۱. کلاهبرداری

مراد از کلاهبرداری صرفاً مفهوم سستی و آنچه در قوانین جزاء و مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری افغانستان می‌گنجد نیست؛ بلکه آنچه در کلاهبرداری یخن‌سفیدی اهمیت دارد، توسل به وسایل متقلبانه برای چپاول و غارت اموال عمومی است، از قبیل اختلاس، جرایم مالیاتی، جرایم مربوط به بیمه و برقراری مستمری و حقوق بی‌کاری برای افراد فاقد شرایط، جعل در انواع و اقسام آن، پولشویی، قاچاق انسان و مواد مخدر، ایجاد تورم مصنوعی و ساختگی در بازار بورس توسط دلالان، ایجاد نهاد خیریه‌ی صوری جهت به دست‌آوردن کمک‌ها و مزایای دولتی و.... (Kelly, 2002, P12)

۳-۲. فساد مالی

بارزترین مصداق فساد مالی «ارتشاء» است، اما دایره‌ی شمول فساد مالی، گسترده‌تر از ارتشاء می‌باشد. سوء استفاده‌هایی که در مزایده‌ها و مناقصه‌های عمومی، اعطای امتیازات و تسهیلات عمومی صورت می‌گیرد، مثل آنچه امروزه در عقد قراردادهای پروژه‌های زیرساختی کلان کشور مشاهده می‌کنیم، (بسیاری از پروژه‌های کلانی که برای ساخت یا تکمیل زیرساخت‌های اقتصادی، مواصلاتی، رفاهی و... از طریق مناقصه‌هایی به شرکت‌های خصوصی طرف قرارداد واگذار می‌شوند، اغلب قریب به اتفاق آن‌ها دست‌خوش سوء استفاده‌های بانندی متنفذین اقتصادی و سیاسی قرار می‌گیرند که برآیند آن، چیزی جز حیف و میل سرمایه‌های ملی و کمک‌های بین‌المللی نیست) همه مشمول این عنوان است. اعمال نفوذ بر مقامات سیاسی و نمایندگان پارلمان برای طرح یا تصویب موضوعی خاص که منافع سرشاری برای گروهی خاص به همراه دارد، از دیگر مظاهر فساد مالی است. چنانچه فساد مالی در عقد قراردادها و معاملات بین‌المللی اعم از صادرات و واردات و سرمایه‌گذاری خارجی امر شایعی محسوب می‌شود.

۳-۳. جرایم استخدامی

گماردن افراد مورد نظر در منصب‌های کلیدی بدون در نظر گرفتن ضوابط قانونی و محروم کردن متقاضیان واجد شرایط از حق اشتغال، رفتار تبعیض‌آمیز با مستخدمان



و نادیده گرفتن حقوق و امتیازات قانونی آنان، ابعاد مختلف جرایم استخدامی را نشان می‌دهد. جرایم استخدامی و در سطح کلان‌تر «فساد استخدامی» یکی از معضلات اساسی دستگاه اداری افغانستان به حساب می‌آید. هم‌چنین در این حوزه، مجرمین یخن‌سفید با شگردهای به ظاهر قانونی، مستخدمان را از حقوق قانونی اعم از سلامت و ایمنی محیط کار و تضمینات شغلی محروم می‌سازند. (سلیمی، ۱۳۸۷، ص ۲۴۳)

۳-۴. جرایم مربوط به نقض حقوق مصرف‌کنندگان

این جرایم در بر گیرنده‌ی فرایند تولید، توزیع و فروش کالاها و خدمات است که برخی مواقع به صورت کلان توسط تولیدکنندگان کالاها با عیوب پنهانی صورت می‌گیرد و گاهی توسط فروشندگان جزء به صورت ارایه‌ی کالاهای معیوب و فاقد حداقل معیارهای لازم یا ارایه‌ی کالا با برچسب غیرواقعی یا با قیمت غیرواقعی به وقوع می‌پیوندد. (Hazel, 2010, p36)

۳-۵. جرایم مربوط به مواد غذایی و دارویی

این جرایم ماهیتاً در چارچوب عنوان قبلی قرار می‌گیرند؛ اما به دلیل اهمیت آن نسبت به سلامت افراد و ویژگی‌های خاص آن، جداگانه دسته‌بندی و ارزیابی می‌شوند. از آن‌جا که مواد غذایی، نوعی کالا است که مورد معامله‌ی مصرف‌کنندگان قرار می‌گیرند، کیفیت و بهداشت آن از اهمیت خاصی برخوردار است؛ از این‌رو، در اغلب کشورها مقررات ویژه‌ای در این زمینه تدوین شده است. گذشته از آن، نصب برچسب‌های خلاف واقع و سوءاستفاده از امتیازات و سوبسیدهای دولتی یا تحصیل خلاف واقع آن، یکی از موارد بارز جرایم ارتكابی یخن‌سفیدها محسوب می‌شوند. (Hazel, 2010, p40) عدم آگاهی مصرف‌کنندگان از کیفیت و بهداشت مواد غذایی و دارویی، موجب می‌شود تا یخن‌سفیدان متخلف و فرصت‌طلب، منافع هنگفتی عاید خود نمایند.

۳-۶. جرایم زیست محیطی

بزه‌کاران یخن‌سفید از طریق اعمال نفوذ بر دستگاه اجرایی، اقدام به پاره‌ای اقدامات سودجویانه‌ی غیرمجاز می‌کنند که آسیب‌های جدی را برای محیط زیست انسانی در پی خواهد داشت. (Hazel, 2010, p41) برای نمونه، احداث کارخانه‌های خارج از استانداردهای لازم در اماکن غیرمجاز می‌تواند منجر به آلودگی زیست‌محیطی و نیز آلودگی صوتی از طریق فعالیت کارخانه به دلیل عدم رعایت کیفیت مورد نیاز شود. ریختن غیرمجاز زباله‌ها و ضایعات در محیط زیست، آسیب‌های ناگواری را متوجه آب‌وهوای منطقه و درنهایت کل کشور و جهان می‌سازد. این‌ها، نمونه‌های روشن جرایم زیست محیطی است که در سایه‌ی فعالیت‌های مجرمین یخن‌سفید رقم می‌خورند.

۳-۷. جرایم رایانه‌ای و سایبری

توسعه و گسترش فن‌آوری اطلاعات در کنار فواید علمی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی، برای مجرمین یخن‌سفیدی نیز امکانات و ابزار فوق‌العاده و غیرقابل‌تصور را برای کسب منافع غیرقانونی با استفاده از روش‌های پیچیده و غالباً غیرمعارف، ایجاد کرده است. ورود غیرمجاز به اطلاعات رایانه‌ای سایر اشخاص حقیقی و حقوقی، سرقت هویت و تخلیه‌ای کارتهای اعتباری، ورود به حریم خصوصی افراد، جعل و کلاهبرداری، تشکیل باندهای مافیای قاچاق انسان و مواد مخدر و ده‌ها جرم سبک و سنگین دیگر، از مصادیق بارز جرایم یخن‌سفیدی به حساب می‌آیند.

گزارش «مرکز ملی جرم یخن‌سفیدی» (National White Collar Crime Center) تحت عنوان آمارهای جرم یخن‌سفیدی، که در سال ۲۰۰۷م. از سوی این نهاد در ایالات متحده‌ی امریکا منتشر گردید، حاوی اطلاعات جزئی در مورد دستگیرشدگان و پرونده‌های مجرمین یخن‌سفید، بین سال‌های ۱۹۹۰م. تا ۲۰۰۵م. می‌باشد. در این گزارش بر اساس پرونده‌ها و انواع جرایم ارتكابی، جرم یخن‌سفیدی را در سه دسته‌ی کلی؛ کلاهبرداری، جعل و تقلب و اختلاس تقسیم‌بندی نموده است که هرکدام دارای زیرمجموعه‌ها و مصادیق گوناگونی می‌باشد. به عنوان مثال، تنها کلاهبرداری را به چیزی حدود ۱۸ نوع جرم یا مصداق تفکیک کرده است؛ از قبیل کلاهبرداری از طریق مالیات، نهادهای مالی، اوراق بهادار و مبادلات اسعار، پست (ایمیل)، مخابرات و تلگراف، رادیو یا تلویزیون، افلاس و ورشکستگی، بیمه یا تأمین اجتماعی، استفاده‌ی غیرقانونی از هویت دیگری، شهروندی و اعطا یا قبول تابعیت، گذرنامه، شناسنامه یا اسناد و اطلاعات هویت، ادعای دروغ در ارایه‌ی خدمات دولتی، اظهارات خلاف واقع، دسیسه‌چینی برای فریب و گول‌زدن دولت، ابداع شیوه‌ی غیرمجاز برای دستیابی به کامپیوتر، مراقبت بهداشتی و امثال آن. (Sandra & Tracy, 2010, P21-22) به همین منوال برای جعل و اختلاس شیوه‌ها و انواعی را ذکر کرده است، که اینجا به همان مواردی که در دسته‌های قبل بیان شد، اکتفا می‌گردد.

۴. پیامدها و نتایج جرایم یخن‌سفیدی

در یک دسته‌بندی کلی، جرم‌شناسان تلاش نموده‌اند خسارت‌ها و پیامدهای ناشی از جرایم یخن‌سفیدی را در سه حوزه؛ خسارت‌های مالی، آسیب‌های فیزیکی و آسیب‌های روانی یا عاطفی دسته‌بندی نمایند.

۴-۱. خسارت‌های مالی

جرم‌شناسان بر این باورند که جرایم یخن‌سفیدی سالانه بیلاردها دلار خسارت به جای می‌گذارد. در زمینه‌ی «پس‌انداز» و «وام»، کارشناسان معتقدند که

حدود ۵۰۰ بلیون دلار از طریق کلاهبرداری‌های صورت گرفته مفقود و ناپدید گردید است. برآوردهای که از سوی دولت‌های فدرالی انجام شده است، نشان می‌دهد که هزینه‌های جرایم یخن‌سفیدی به میزان ۱۵ برابر هزینه‌های جرایم خیابانی است. البته در این برآورد، هزینه‌ای فرعی و جانبی از قبیل هزینه‌های پیشگیری، تحقیق و بازرسی و تعقیب این‌گونه جرایم در نظر گرفته نشده است. از لحاظ گستردگی قربانیان، سرقت‌های عادی، معمولاً تنها یک فرد را قربانی می‌کنند، در حالی که حقه و ترفند یخن‌سفید صدها یا حتی هزاران فرد را قربانی و تباه می‌سازد. (Salinger, 2005, P219)

۲-۴. آسیب‌های فیزیکی

شنیدن اینکه جرم یخن‌سفیدی؛ مثل کلاهبرداری مالی، مشکلات و آسیب‌های جسمانی را بر قربانیانش تحمیل نموده باشد، غیرمعمول و چه بسا ممکن است غیرمعمول به نظر برسد. اما اگر از زاویه‌ی دیگری به قضیه نگاه کنیم خواهیم دید که چه فاجعه‌هایی را که به بار نمی‌آورد، محصولات و فرآورده‌های غیربهداشتی و خطرناک، محیط کاری ناسالم و غیراستاندارد و دیگر سوءرفتارهایی که در سازمان و شرکت‌ها صورت می‌گیرد، منجر به قتل‌هایی می‌گردد که به مراتب بیشتر از قتل‌های جنایی است که هر سال رخ می‌دهد. پیامدهای ناشی از جرایم زیست محیطی که سلامت میلیون‌ها انسان را با خطرات جدی مواجه می‌سازد، چیزی است که بین سال‌های ۱۹۴۲ تا ۱۹۵۳ در کارخانه‌ی شیمیایی در نزدیک نیویورک اتفاق افتاد. داستان از این قرار بوده: کارخانه‌ای (هوکر) که محصولات شیمیایی تولید می‌کرده، زباله‌هایش را در دریاچه یا کانال متروکه‌ای می‌ریخته و محصولاتش را به نهادهای آموزشی محلی می‌فروخته است. سرانجام اینکه یک مدرسه‌ی ابتدایی در آن محل ساخته می‌شود. اما بعد از گذشت چند سال؛ یعنی اواسط دهه‌ی ۱۹۷۰، مردم متوجه این مشکل می‌شوند. پژوهشگران بعد از تحقیق و بررسی به مشکلات عدیده‌ای فیزیکی در میان ساکنین آن محل پی می‌برند، آنها درمی‌یابند، از تمام نوزادانی که در طول یک‌سال متولد شده، از هر شانزده نوزاد، فقط یک نوزاد سالم بوده و به کدام مشکل یا بیماری مزمنی مبتلا نبوده است.

۳-۴. آسیب‌های روانی یا عاطفی

بزرگ‌ترین آسیب روانی که از جرایم یخن‌سفیدی ناشی شده و بر جامعه تحمیل می‌گردد، بی‌اعتمادی است. از آنجایی که اساس جامعه و رفتارهای اجتماعی بر محور اعتماد و اطمینان می‌چرخد، تحقق یا گسترش جرایم یخن‌سفیدی این اعتماد را از جامعه می‌گیرد و در عوض، بی‌اعتمادی و بحران را در روابط مردم، سازمان‌ها و نهادها حاکم می‌سازد. قربانیان جرایم سنتی، فقط ترس شدید از بزه‌دیده‌واقع‌شدن را تحمل می‌کنند، اما آن‌های که قربانی جرم یخن‌سفید واقع شده‌اند، علاوه بر چنین ترسی،

هراس و وحشت شدید را نسبت به از دست دادن دارایی و رفاه و آسایش و... تحمل می‌کنند. به بیان دقیق‌تر، جرایم یخن‌سفیدی از لحاظ روانی، پیامدهای منفی ذیل را به دنبال دارد:

۱. موجب بی‌اعتمادی مردم نسبت به نظام سیاسی حاکم بر جامعه می‌گردد و بی‌اعتمادی، بزرگ‌ترین آفت یک نظام سیاسی محسوب می‌شود.

۲. اسیتلا و گسترش بدبینی و سوء ظن نسبت به افراد، موقعیت‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و...؛ زیرا تا مدت طولانی افرادی که صاحب چنین مسندهایی می‌شوند در معرض اتهام قرار می‌گیرند.

۳. به عنوان یک عامل مهم می‌تواند موجب هرج و مرج و نابسامانی در جامعه گردد و به دنبال آن، فساد اداری و دیگر انحرافات در جامعه افزایش می‌یابد.

۴. سست شدن ارزش‌های اجتماعی در جامعه، به‌خصوص در حکومت‌های دینی انحرافات و قانون‌شکنی‌های یخن‌سفیدان سبب سست شدن اعتقادات دینی در میان مردم می‌شود.

به هر صورت، جرایم یخن‌سفید بر خلاف جرائم یخن‌چرکین‌ها، دارای تبعات سنگین‌تری برای جامعه و در کل، نظام سیاسی دارد؛ به همین منظور، لزوم توجه نظام حقوقی کشور به این مسئله از سه جنبه‌ی: (۱) جرم‌انگاری؛ (۲) پیش‌گیری؛ (۳) و مقابله، الزامی و ضروری به نظر می‌رسد.

نتیجه‌گیری

با توجه به مباحث فوق، جرم یخن‌سفیدی در دو رویکرد، «بزه‌محور» و «بزه‌کارمحور» قابل تعریف است، که هر کدام ویژگی‌ها و خصوصیات خاص خود را دارند. در رویکرد «بزه‌محور» یخن‌سفیدی جرمی است علیه اموال در راستای رسیدن به منافع شخصی یا سازمانی که بدون دخالت نیروی فیزیکی و با فریب و پنهان‌کاری ارتکاب می‌یابد. جرمی است قصدی و نیرنگ‌آمیز که اعتماد را نقض نموده و خسارت‌های جبران‌ناپذیری به دنبال دارد. در رویکرد «بزه‌کارمحور» بزه‌کاران یخن‌سفید افرادی است ثروت‌مند، دارای تحصیلات و روابط اجتماعی بالا و نوعاً توسط سازمان‌های قانونی، استخدام می‌گردند. افرادی است برخوردار از احترام و موقعیت اجتماعی بالا که جرایمی را در ارتباط با شغل‌شان مرتکب می‌شوند.

از واکاوی جرم یخن‌سفیدی، ویژگی‌ها و اقسام آن، یک واقعیت تلخ و انکارناپذیر به‌دست می‌آید، و آن این است که بزه و بزه‌کاران یخن‌سفید بیش از دیگران، اساس اعتماد و اطمینان را -به عنوان یک عامل انسجام‌بخش در جامعه- درهم می‌شکنند. سوءاستفاده‌ی آن‌ها از اعتبار و اقتدار ناشی از اختیارات موجود، حس اعتماد عمومی

را به شدت تحت تأثیر قرار داده، که آثار و پیامدهای نامطلوبی را بر روابط دولت و ملت، حاکمیت قانون، شایسته‌سالاری، انکشاف و توسعه و عدالت اجتماعی بر جای می‌گذارد. بزهکاری یخن‌سفیدی به دلیل موقعیت احترام‌برانگیز مرتکبان، توانمندی‌ها و سازگاری بالای اجتماعی یخن‌سفیدان، از یک‌طرف اعمال خلاف قانون آنان در ظاهر قانونی از چشم دستگاه عدلی و قضایی پنهان می‌ماند و از طرف دیگر، خسارات و آثار زیان‌باری در ابعاد مختلف بر جامعه تحمیل می‌کند.

فهرست منابع

الف) قرآن کریم

ب) کتاب‌های فارسی

۱. راغب اصفهانی، ابوالقاسیم حسین بن محمد (۱۴۰۳ق). المفردات فی غریب القرآن. قم: انتشارات کتابخانه‌ی آیت‌الله مرعشی نجفی.
۲. سلیمی، علی؛ داوری، محمد (۱۳۸۰). جامعه‌شناسی کجروی. قم: انتشارات پژوهشکده‌ی حوزه و دانشگاه.
۳. سیاح، احمد (۱۳۶۸). فرهنگ جامع عربی فارسی. ج ۱، تهران: انتشارات اسلام.
۴. شایان مهر، علی‌رضا (۱۳۸۸). دایره‌المعارف تطبیقی علوم اجتماعی. تهران: انتشارات کیهان، چاپ اول.
۵. صادقی، حسین میرمحمد (۱۳۸۴). جرایم علیه اموال و مالکیت. تهران: نشر میزان، چاپ دوازدهم.
۶. طیب، سید عبدالحسین (۱۳۷۸). اطیب البیان فی تفسیر القرآن. تهران: انتشارات اسلام.
۷. کاظمی، محمدجواد (۱۳۶۷). مسالک الافهام الی آیات الاحکام. قم: انتشارات مرتضویه.
۸. گسن، ریمون (۱۳۸۹). جرم‌شناسی بزهکاری اقتصادی. ترجمه‌ی شهرام ابراهیمی. تهران: نشر میزان.
۹. نوری، محدث (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل. ج ۱۸. قم: نشر موسسه‌ی آل‌البیت.
۱۰. وایت، رابرت؛ فیونا هینز (۱۳۸۳). جرم و جرم‌شناسی. ترجمه‌ی علی سلیمی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول.

ج) مقالات

۱۱. سلیمی، صادق (۱۳۸۷، زمستان). مجرمین یقه‌سفید و سیاست کیفری ایران. فصلنامه‌ی حقوق: مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره‌ی ۳۸، شماره ۴.
۱۲. موسوی مجاب، سید درید (۱۳۸۸). جرایم یخن‌سفیدی، با نگاهی به آموزه‌های دینی. فصلنامه‌ی حقوق اسلامی: شماره ۳۴.

د) منابع لاتین

13. American Bar Association (1976). elite deviance.
14. Benson, Michael L. and Simpson, Sally S. (2009). White-Collar Crime An Opportunity Perspective. First published, by Routledge: 270 Madison Ave, New York.
15. Braithwaite, John (03/31/2010). White collar crime. Annul. Rev. Social: Annualreviews.org, by Washington State University.
16. BROWN, Stephen E. ESBENSEN, Finn-Aage, GEIS, Gilbert. Criminology: Explaining Crime and Its Context. Seventh Edition. Matthew Bender & Company, Inc: a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ.
17. Clinard & Quinney (1986) G. Green, 1990. organizations crime.
18. Clinard & Quinney (1986). economic crime. age Publications.
19. Clinard & Quinney (1986). upper world crim. Sage Publications.
20. Coleman (1994). occupational crime" Criminal Justice. London: 2002 SAGE Publications.

21. Croall, Hazel(2001). Understanding white collar crime. Open University Press, Buckingham. Philadelphia.
22. DAVID, FRIEDRICHS, O(2010). Trusted Criminals White Collar Crime in Contemporary Society. USA: Wadsworth Cengage Learning.
23. Geis, (1974). corporate crime. Sage Publications.
24. Green, Stuart P.(2005). The concept of white collar crime in law and Legal Theory. Buffalo Criminal Law Review: Vol. 8:1.
25. Hoffman, Sandra K. and McGinley, Tracy G.(2010). IDENTITY THEFT,(A Reference Handbook), Greenwood publishing Group, USA.
26. Lawrence. M. Salinger. general editor(2005). Encyclopedia of white-collar and corporate crime, Sage Publications, Inc. California.
27. Petter, Gottschalk(2010). White collar crime; Detection, Prevention and Strategy in Business Enterprises. USA: Universal-Publishers, Boca Raton, Florida.
28. Petter, Gottschalk, (2010). Theories of financial crime. Journal of Financial Crime: Vol. 17 No. 2.
29. Sally S. Simpson(2009). The Criminology of White-Collar Crime. Rutledge.
30. Schrager & Short, (1978). professional crim, Sage Publications.
31. Simon, R. (1999). the criminal elite. Sage Publications.
32. Simpson, Sally S. & Weisburd, David(2009). the Criminology of White-Collar Crime. Springer Science Business Media, LLC.
33. Strader, J. Kelly(2002). UNDERSTANDING WHITE COLLAR CRIME, Copyright 2002 Matthew, Bender & Company, Inc. a member of the LexisNexis.
34. Weisburd, David Waring, Elin With Ellen F. Chayet(2004). White-Collar Crime and Criminal Careers. Cambridge University Press UK.

ارزش علم قاضی و قلمرو آن در فقه و حقوق افغانستان

سید عبداللطیف سجادی*

* پوهنمل (استادیار)، دکترای فقه و حقوق با گرایش اصول محاکمات جزایی، کادر علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان.

چکیده

در اینکه علم قاضی ناشی از ادله‌ی دیگر اعتبار و ارزش اثباتی دارد، تردیدی نیست؛ اما در اینکه علم قاضی به‌عنوان یکی از ادله‌ی اثبات دعوا در عرض ادله‌ی دیگر مطرح باشد، حجیت و ارزش اثباتی آن مورد بحث قرار گرفته است. در این مورد نظریات متفاوتی مطرح است. برخی به حجیت علم قاضی در امور مدنی و جزایی اعم از حقوق‌الله و حقوق‌الناس قایل است. عده‌ای، به عدم ارزش علم قاضی به‌صورت مطلق قایل گردیده است. دسته‌ی سوم، چهارم و پنجم به تفصیل میان حقوق‌الله و حقوق‌الناس یا تفصیل میان علم پیش از احراز منصب قضاوت و بعد از آن باور دارند. هر دسته، دلایل خاص خودش را دارند. تحقیق حاضر با توجه به دیدگاه مورد نظرش که عبارت از حجیت و ارزش علم قاضی است، اعتبار علم قاضی را برای اثبات دعوا به‌صورت مطلق با ادله‌ی عقلی و نقلی اثبات کرده است. بدیهی است که برای تثبیت نظریه‌ی مزبور در آغاز باید به نقد ادله‌ی دیدگاه‌های مخالف پرداخته و سپس ادله‌ی دیدگاه حق را بیان نمود. بر همین اساس، ادله‌ی که برای اثبات مدعای مورد نظر اقامه گردیده، ما را به این نتیجه می‌رساند که علم قاضی در عرض ادله‌ی دیگر اثبات دعوا، به‌صورت مطلق ارزش اثباتی داشته و قاضی می‌تواند مطابق آن فیصله صادر کند. عقل، اجماع، اولویت قضاوت نسبت به افتاء، آیات و روایات متضافره، ادله‌ی است که اعتبار علم قاضی و جواز قضاوت مبتنی بر علم قاضی را اثبات می‌کند. بدون تردید با اثبات این دیدگاه، بطلان نظریات دیگر به خودی خود روشن می‌گردد. به‌خصوص با توجه به اینکه ادله‌ی نظریات مخالف، مورد نقد و ایراد قرار گرفته و چالش‌های جدی فرا آنها وجود دارد.

واژه‌های کلیدی: قاضی، حاکم، علم قاضی، حکم حاکم، فقه و حقوق.

یکی از مسایل مهم در باب ادله‌ی اثبات دعوا، علم قاضی است. سوالی که در این مورد مطرح است، این است که آیا علم قاضی از ارزش و اعتبار برخوردار است و ارزش اثباتی دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، دلیل بر حجیت علم قاضی در باب اثبات دعوا چیست؟ برای رسیدن به پاسخ سوال فوق، مقاله‌ی حاضر تلاش خواهد کرد بر اساس دیدگاه‌ها و نظریات فقها و دانشمندان شیعه و سنی و همچنین قوانین کشور به نتیجه‌ی مطلوب دست یازد. بدون تردید اگر ادله‌ی که در خصوص مورد ارائه می‌گردد قابل خدشه باشد، پژوهش تنها اثر علمی داشته و عاری از اثر عملی خواهد بود؛ زیرا در این صورت، قضات و متصدیان دستگاه قضایی نمی‌توانند بر اساس علم خود قضاوت کنند. چنان‌که اگر دلیلی بر ارزش علم قاضی وجود نداشته باشد، بر اساس قاعده‌ی معروف منطقی؛ «نتیجه، تابع اخس مقدمتین است»، علم قاضی اثر عملی نخواهد داشت. در هر حال باید دو بحث به‌صورت دقیق تفکیک شود؛ یکی تبیین این مسأله ضروری است که تحقیق بر محور سیستم قضایی قانونی دور می‌زند یا در مورد سیستم قضایی فقهی و اجتهادی است. و دیگر اینکه موضوع تحقیق، علم حاصل از ادله است یا علم در عرض ادله‌ی اثبات دعوا محور بحث است. هر دو مسأله تحت عنوان «مفاهیم و کلیات» مطرح خواهد شد.

۱. واژه‌شناسی

در مبحث مفهوم‌شناسی به شناسایی واژه‌های همت گماشته می‌شود که در موضوع بحث بیشترین کاربرد و اصلی‌ترین نقش را دارد؛ زیرا در صورت اجمال، ابهام و ناپیدایی معنا و مفهوم واژه‌های که از این خصوصیات برخوردار است، بدون تردید مخاطب نمی‌تواند به درستی مطالب را درک نماید. برای اینکه مخاطبین ما دچار این مشکل (عدم درک مطالب)، اضطراب و سردرگمی نشوند، ضروری است تا مفاهیم مورد نظر مورد شناسایی قرار گیرد.

۱-۱. مفهوم قاضی و حاکم

واژه‌ی «قاضی» و «حاکم» هر دو به‌صورت مترادف در یک معنا به کار رفته است. راغب اصفهانی در مفردات می‌نویسد: «حکم» در اصل، بازداشتن چیزی برای اصلاح است، و از همین جهت است که لجام حیوان را «حکمة الدابة» می‌نامند ... و حکمة الدابة؛ یعنی حیوان را به وسیله حکمة (لجام) مهار کردم و «احکمتها» یعنی به حیوان لجام زدم ... و «حکم به شیء» یعنی قضاوت کردن به اینکه اینگونه است یا اینگونه نیست، چه دیگری را ملزم به آن بکند یا نکند. (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ص ۱۲۶) در لسان العرب آمده است: «حاکم، کسی است که اعمال حکم می‌کند، و جمع آن، حکام است. (ابن منظور، ۱۴۰۵، ص ۱۴۲/۲) در هر حال، قاضی از ریشه‌ی قضا به معنای حکم کردن و دادرسی نمودن میان مردم است. از دیدگاه امامیه، قضاوت وظیفه‌ی امام^(ع) یا نایب او می‌باشد و بر او واجب است که برای رسیدگی به امور مردم، قاضی نصب کند. در زمان غیبت، فقیه جامع‌الشرايط باید این مهم را انجام دهد. در صورت فقدان فقیه جامع‌الشرايط، فقیه

متجری عادل می‌تواند عهده‌دار منصب قضاوت باشد. هرگاه هیچ‌کدام موجود نباشد، هرکسی که به خود اعتقاد داشته و شرایط لازم برای قضاوت را داشته باشد، می‌تواند به قضاوت بپردازد. (عاملی، ۱۴۲۹، ص ۷۸۹) صفات لازم قاضی عبارت است از اینکه قاضی؛ بالغ، عاقل، مرد باشد، (بعضی از مجتهدین؛ از جمله امام ابوحنیفه گفته‌اند که: قضای زن در مواضعی که گواهی او مسموع باشد، صحیح است)، مؤمن، عادل، و حلال‌زاده باشد، قدرت بر نوشتن داشته باشد، آزاد باشد، کور و کر نباشد، فراموشی او زیاده از یادبود او نباشد، کسی باشد که گواهی او بر مدعی علیه مسموع باشد (قضای فرزند بر پدر و بنده بر آقا و عدو بر عدو، صحیح نیست)، در احکام شرعی و اصول آن اجتهاد کرده باشد.

قابل یادآوری است که هدف ما در این نوشتار، بررسی علم قاضی و حاکم شرع مورد رضای الهی و واجد تمامی شرایط لازم برای قضاوت اسلامی است؛ صرف نظر از اینکه این عنوان بر متصدیان قضاوت در جمهوری اسلامی افغانستان که به ظاهر یکی از نزدیک‌ترین سیستم‌های قضایی به نظام قضایی اسلام شمرده می‌شود، صادق باشد یا صادق نباشد.

استعمال واژهٔ حکومت و مشقات آن؛ از قبیل حکم، حاکم، محکوم و امثال اینها در خصوص معنی قضاوت چیزی است که در کتاب و سنت غلبه یافته (و بیشتر موارد در این معنی به کار برده شده است)؛ چنان‌که در قرآن کریم حکومت به معنای قضاوت است. خداوند متعال در آیه‌ی کریمه فرموده است: «وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ». (نساء (۴)، ۵۸) هم‌چنین در آیه‌ی دیگر فرموده است: «و تَذْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ». (بقره (۲)، ۱۸۸) حدیث ابن فضال با خط ابی‌الحسن ثانی؛ امام رضا^(ع) که در تفسیر آیه‌ی مزبور نقل شده است، نیز بر این مسأله دلالت دارد که مراد از حاکمان، قاضیان است: «الحکام؛ القضاة». (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۱۵) در خبر سلیمان بن خالد از امام صادق^(ع) آمده است: «از حکومت بپرهیزید که حکومت، ویژهٔ امامی است که آگاه به قضاوت باشد». (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۰۶) پس با تعریف هریک از واژه‌های قضاوت، حکومت، حاکم و قاضی، تعریف سایر کلمات نیز روشن خواهد شد؛ زیرا حاکم و قاضی و حکومت و قضاوت، مترادف هستند. با تعریف قضاوت که عملکرد قاضی است، تعریف قاضی نیز روشن خواهد شد.

قاضی از ماده‌ی قضاء، در لغت به معنای حکم‌کننده و فیصله‌دهنده بر اختلاف متخاصمین و داور است. در اصطلاح فقها عبارت است از «کسی که عالم، توانمند و مطمئن بر انجام قضاء باشد». (فهیمی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۸) تعبیر گوناگونی در کلمات فقها و دانشمندان وجود دارد. محقق کرکی می‌نویسد: «قاضی ولی غایب و متصدی نگهداری اموال ضایع شده و مجهول‌المالک است». (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۹، ص ۲۳۱) شیخ انصاری در مورد آنچه علم قاضی به آن تعلق می‌گیرد، می‌نویسد: «معلوم قاضی حق، قسط و عدالت واقعی است. پس هرگاه مخالف آن حکم صادر کند، قاضی جایز محسوب می‌شود». (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ص ۹۴) از تعبیرات ایشان استفاده می‌شود که: قاضی کسی است که بر اساس حق، قسط و عدالت حکم صادر کند. یکی از نویسندگان می‌گوید:



قاضی کسی است که در مورد تمامی احکام دارای رأی بوده و به همه‌ی مسایل فقهی آشنا باشد. (عراقی، ۱۴۲۱، ص ۴۶) از سخن آقا ضیاءالدین بر می‌آید که قاضی باید در تمام مسایل فقهی، ملکه‌ی اجتهاد داشته باشد؛ به این معنا که متجزی نمی‌تواند متصدی مقام قضاوت بوده و بر جایگاه قاضی تکیه زند.

۲-۱. مفهوم علم قاضی

منظور از واژه‌ی «علم» به معنای دانایی و دانستن؛ در مقابل جهل به درک حقیقت امری، است. در علم اصول، علم عبارت است از قطعی که احتمال خلاف در آن وجود نداشته باشد؛ به عبارت دیگر، علم به این معنای همان قطع و یقینی است که قسیم ظن (گمان)، شک (تردید) و وهم (خیال) قرار گرفته است. بر این اساس، حجیت علم ذاتی است. اما تردیدی نیست در اینکه مراد ما از علم، علم عادی (اعم از یقین و ظن معتبر) است. یکی از فقها می‌نویسد: «ظن غالب را در فقه امامیه، ظن اطمینانی نامیده‌اند. گاه آن را ظن متأخم به علم نیز می‌خوانند؛ پس این، همان علم عادی است.» (میثمی عراقی، بی‌تا، ص ۳۶۹) ارزش ظن غالب (ظن متأخم به علم) و ظن قریب به علم، همان ارزش علم است که به آن دلیل علمی نیز گفته شده است. ادله‌ی که بر حجیت ظن غالب دلالت دارند، عبارت از قرآن، سنت، اجماع و عقل است که در جای خود به تفصیل مورد بررسی و دقت دانشمندان خبیر قرار گرفته است.

گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی نقل می‌کند: «ظن غالب ظنی است که نزد متعارف مردم، به عنوان یک ظن شناخته نمی‌شود، بلکه به عکس، به عنوان علم شناخته می‌شود. به همین جهت آن را علم عرفی و علم عادی می‌نامند.» (باقری، ۱۳۸۷، ص ۲۲۰) اکنون سوالی که مطرح می‌شود این است که مراد از علم قاضی چیست؟ آیا مراد از آن یقین حاصل از ادله‌ی اثبات دعوا است، یا یقین حاصل از اموری که اعم از ادله‌ی قانونی و ادله‌ی غیرقانونی است؟ پاسخ این سوال در مبحث کلیات داده خواهد شد. اما مراد از علم قاضی در امور جزایی عبارت از یقینی است که برای قاضی پیدا می‌شود؛ زیرا بر اساس سیستم ادله‌ی معنوی و سیستم ادله‌ی آزاد که قاضی در پی کشف حقیقت است، ممکن است در مواردی، ادله‌ی اثبات، کاشف حقیقت نباشد. در این گونه موارد، قاضی باید تلاش کند به حقیقت دست پیدا کند. به‌طور طبیعی تلاش قاضی برای رسیدن به حقیقت از طرق ادله‌ی خواهد بود که به موجب قانون به عنوان دلیل رسمی شناخته نشده است. بنابراین، هرگاه قاضی به ارتکاب جرم توسط شخصی علم و یقین پیدا کند، در صورت حجیت این علم از هر طریقی صورت گرفته باشد، می‌تواند به إصدار حکم اقدام نماید. علم قاضی در دو عرصه‌ی حکم و موضوع مطرح است؛ به این معنا که قاضی (خواه قاضی منصوب یا قاضی تحکیم) باید هم به ارتکاب جرم توسط شخص خاصی یقین پیدا کند و هم به حکم مربوط آن جرم یقین داشته باشد، تا بتواند به محکومیت شخص مرتکب، حکم قضایی صادر نماید. بدون تردید مراد از علم قاضی، علم به ادله‌ی اثبات احکام نیست؛ زیرا لازمه‌ی قضاوت، چنین چیزی است. بلکه مراد از علم قاضی، علم نسبت به ادله‌ی اثباتی است؛ بدان معنا که قاضی باید بر اثبات یک موضوع

در خارج یقین پیدا کند که به قول یکی از نویسندگان، این نوع علم خود بر دو قسم است: «۱) علمی که قاضی از خارج پرونده به دست می‌آورد؛ مثل اینکه شخصا شاهد حادثه‌ی بوده یا در اثر معاشرت خود با افراد جامعه متوجه واقعه‌ی شده باشد؛ ۲) علمی که در اثر مطالعه‌ی پرونده و اوضاع و احوال و قراین موجود در پرونده، برای وی حاصل می‌شود.» (دیانی، ۱۳۹۴، ص ۲۷۸) پس مراد از علم قاضی، علم به ادله‌ی اثبات است؛ اعم از اینکه علم از ادله‌ی سنتی اثبات حاصل شود یا از طرق دیگری به دست آید.

۲. کلیات: تعیین قلمرو علم قاضی

در مبحث کلیات نیز، ذکر اموری لازم است که برای تنقیح موضوع تحقیق و تعیین قلمرو بحث تعیین‌کننده است. بر همین اساس تلاش خواهد شد تا مسایل پیرامونی تحقیق مورد کنکاش قرار گرفته و ضروری‌ترین محورها در این مقال مطرح شود. یکی از این مسایل مهم، تعیین قلمرو علم قاضی است.

گستره‌ی اعتبار علم قاضی از مسایلی است که از دو جهت زیر مورد اختلاف دانشمندان (اعم از فقها و دانشمندان حقوق اسلامی و دانشمندان حقوق موضوعه) قرار گرفته است. یکی بدان جهت که حقوق از دیدگاه نظام حقوقی اسلام بر دو نوع؛ حقوق‌الله و حقوق‌الناس یا حقوق‌العبد است. هم‌چنان‌که در سیستم حقوقی سکولار و بشری نیز بر دو قسم؛ حقوق عمومی و حقوق خصوصی است. جهت دوم این است که سیستم ادله‌ی اثبات، یا سیستم ادله‌ی قانونی است یا سیستم ادله‌ی معنوی؛ از این جهت نیز بر مبنای سیستم ادله‌ی قانونی، علم قاضی ارزش اثباتی ندارد، اما بر مبنای ادله‌ی اثبات معنوی، علم قاضی نیز اعتبار دارد.

۲-۱. انواع حقوق: حقوق‌الله و حقوق‌العبد

در نظام حقوق اسلامی، حقوق بر دو قسم حقوق‌الله و حقوق‌الناس تقسیم می‌شود. منظور از حقوق‌الله، فرمان‌های خداوند است، یا خود اطاعت و فرمان‌بری از خداوند است. بنابراین، نسبت میان حقوق‌الله و حقوق‌الناس عموم و خصوص مطلق است؛ بدان معنا که هر جا حقوق‌الناس باشد، آنجا حق خداوند هم است. اما در مواردی، حقوق‌الله است؛ مثل نماز ولی حق مردم نیست. در علم حقوق، معیاری که برای امتیاز این دو نوع وجود دارد این است که؛ هر جا عبد بتواند حقی را ساقط کند، آنجا حقوق‌العبد و حقوق‌الناس است. در هر موردی که حقوق غیرقابل گذشت باشد، حقوق‌الله است. از این جهت برخی از فقها قایل به تفصیل بوده و علم قاضی را در حقوق‌الله حجت و در حقوق‌الناس حجت نمی‌دانند. شهید ثانی که به ابن جنید اسکافی نسبت داده، می‌نویسد: «ابن ادریس می‌گوید: قاضی می‌تواند در حقوق‌الناس بر اساس علم خود قضاوت کند. اما در حقوق‌الله، قضاوت قاضی بر مبنای علم خود جایز نیست. ابن جنید بر خلاف ابن ادریس، دیدگاه ایشان را معکوس نموده، می‌گوید: «حاکم در مواردی که از حدود الله است، می‌تواند حکم کند. ولی در مواردی که از حقوق‌الناس شمرده می‌شود، نمی‌تواند جز بر اساس اقرار یا بیّنه حکم نماید.» (شهید

ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۸۴) از عبارات شهید علاوه بر قول به تفصیل، استفاده می‌شود که مراد از علم قاضی، علم ناشی از ادله‌ی سستی نبوده؛ بلکه منظور علمی است که از راه‌های دیگری حاصل گردیده و در عرض ادله‌ی اثبات دعوا؛ از قبیل اقرار و شهادت، ارزش دلیل اثباتی را دارد. حق‌الله و حق‌الناس در علم قاضی دارای آثار قضایی ذیل است:

- بازداشتن متهم از اقرار در حق‌الله توسط قاضی جایز، بلکه مستحب است.
- هرگاه مدعی در حق‌الناس بی‌نه نداشته باشد و مدعی‌علیه اقرار نکند، از مدعی‌علیه مطالبه‌ی قسم می‌شود؛ اما در حقوق‌الله در فرض مزبور قسم داده نمی‌شود.
- در حقوق‌الله، به صرف اطلاع حتی بدون شاکی، باید قاضی اقدام نماید.
- موارد دیگری نیز وجود دارد که به خاطر اجتناب از اطناب از ذکر همه موارد صرف نظر می‌شود.

۲-۲. نظام‌های ادله‌ی اثبات: ادله اثبات قانونی و معنوی

نظام‌های دادرسی مرسوم در دنیای کنونی اضافه بر دادرسی اسلامی که سابقه‌ی ۱۴۳۸ ساله دارد، عبارتند از: (۱) دادرسی اتهامی (La Procedure accusatoire)؛ (۲) دادرسی تفتیشی (La Procedure inquisitoire)؛ (۳) دادرسی مختلط یا روش فرانسوی (La Procedure mixte)؛ (۴) دادرسی اسلامی (La Procedure Islamic). در طول تاریخ برخورد فقهای مسلمان با حقوق روم و سکولار منفی بوده و دلیل آن در این نکته نهفته است که حقوق سکولار مبتنی بر عقل بشر و عقل بشر به دلیل اینکه انسان را موجود ناشناخته معرفی کرده است، توان درک مصالح و مفاسد بشر و در نتیجه قانون‌گذاری درست را ندارد. اما نظام حقوق اسلامی بر مبنای اراده‌ی خداوند و وحی الهی استوار است؛ بنابراین، قانون‌گذاری از کمال لازم برخوردار است؛ زیرا شارع و قانون‌گذار خالق با تمام نیازها و مصالح و مفاسد مخلوق آگاهی کامل دارد. به‌صورت طبیعی، قانون کامل وضع خواهد کرد. استاد محمصانی، از حقوق‌دانان برجسته‌ی لبنانی، در این باره می‌نویسد: «علت خودداری فقهای مسلمان از مطالعه‌ی حقوق روم همانا اعتقاد استوار آنان بر الهی و کامل بودن شریعت اسلام و مبتنی بودن آن بر قرآن کریم بود؛ از این رو هر قانونی که از منبعی جز قرآن الهام گرفته باشد، در نظر فقهای اسلام مطرود و عمل به آن حرام است...» (صبحی محمصانی، ۱۳۵۷، ص ۲۴۴) دقت این نویسنده قابل ستایش است؛ زیرا منابع حقوق اسلامی (شریعت) قرآن، سنت، اجماع و عقل است. هر چهار گزینه، مبتنی بر وحی است؛ زیرا در مورد سنت فرموده است: «و ما یطق عن الهوی ان هو الا وحی یوحی». در مورد عقل؛ خرد و حیانی بر اساس قاعده‌ی ملازمه میان عقل و شرع (کما حکم به الشرع حکم به العقل) استوار است. اجماع نیز آنگاهی حجت است که کاشفیت داشته باشد. اما نظام‌های ادله‌ی اثبات دعوا بر دو نوع است. این دوگانگی بر اساس هدف قضاوت ایجاد می‌شود؛ زیرا در اینکه؛ منظور از قضاوت رفع نزاع و فصل خصومت است؟ یا رسیدن به واقع و کشف حقیقت است؟ در میان دانشمندان اختلاف نظر وجود دارد. اگر هدف، رفع نزاع و فصل خصومت میان متنازعين باشد، با اقامه‌ی ادله‌ی اثبات دعوا و قضاوت بر اساس ادله، خصومت و نزاع متنازعين خاتمه پیدا می‌کند که به نظر این قلم در دعاوی مدنی مبنا همین است؛ یعنی قضاوت

بر اساس ادله صورت می‌گیرد و طرفین دعوا بر مبنای دلالت دلیل، دست از نزاع بر می‌دارد. قاضی نیز نگرانی زیادی ندارد؛ زیرا اغلب با رضایت طرفین دعوا مواجه می‌شود و رضایت طرفین دعوا تمام آثار منفی را سالبه به انتفای موضع قرار داده و زمینه‌ی حلیت تصرف طرف مخالف را فراهم می‌سازد. اما بر مبنای کشف حقیقت و رسیدن به واقع، امکان دارد قاضی از طریق ادله‌ی سنتی؛ مانند اقرار، شهادت، سوگند و ...، به حقیقت دست نیابد. در این صورت احتیاط مقتضی آن است که برای کشف حقیقت از طرق و ادله‌ی دیگر استفاده کند؛ زیرا در دعاوی جزایی که پای جان، آبرو و ناموس مردم در میان است، اصل احتیاط محکم است و قاضی باید در نهایت احتیاط برخورد نماید. زیرا اگر در اثر قضاوت بناحق (عدم کشف حقیقت) به اعدام یا قصاص متهم به ارتکاب جرم حکم کند، در حالی که او قاتل واقعی نباشد، امکان دارد مشمول آیه کریمه‌ی «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده/۳۲) شود. بنابراین، لازم است قاضی اسیر ادله‌ی رسمی نبوده و از آزادی عمل در راستای اثبات دعاوی جزایی برخوردار باشد. آزادی قاضی در استفاده از ادله بر مبنای نظام ادله‌ی اثبات معنوی (ادله‌ی اثبات آزاد) این امکان را فراهم می‌سازد تا قاضی از طرق دیگر نسبت به اثبات دعوا علم پیدا کرده و بر مبنای علم فیصله صادر نماید.

۳. دیدگاه‌ها و نظریات در علم قاضی

در مورد اینکه قاضی می‌تواند مطابق علمش قضاوت کند یا نمی‌تواند؛ به عبارت دیگر آیا علم قاضی حجیت و ارزش اثباتی دارد یا ندارد؟ دانشمندان و فقها اختلاف نظر دارند. برخی از فقها علم قاضی را حجت دانسته و در زمره‌ی ادله‌ی اثبات دعوا ذکر کرده‌اند. بعضی علم قاضی را حجت ندانسته و بر همین اساس آن را در زمره‌ی ادله‌ی اثبات دعوا ذکر نکرده‌اند. دسته‌ی سوم قایل به تفصیل هستند. اینها نیز در عین اینکه امر را دایر مدار حقوق‌الله و حقوق‌الناس می‌دانند، دو نوع تفصیل را مطرح کرده‌اند. عده‌ای می‌گویند: در حقوق‌الله علم قاضی اعتبار دارد و در حقوق‌الناس اعتبار ندارد. برخی دیگر قضیه را عکس نموده، می‌گویند: مجاز است قاضی در حقوق‌الناس به علم خود عمل کند و مطابق آن حکم صادر نماید. اما در حقوق‌الله علم قاضی مثبت دعوا نبوده، لذا نباید مطابق آن حکم صادر کند. این نوشتار دیدگاه‌ها را در چند محور جداگانه مورد بررسی قرار داده و ادله‌ی هر یکی را ارزیابی خواهد کرد. دیدگاه‌های که در مورد این مسأله مطرح است عبارتند از:

- مشهور فقها علم قاضی را چه در حقوق‌الله و چه در حقوق‌الناس اعم از امور مدنی و جزایی حجت می‌دانند.

- عده‌ای دیگر، از جمله ابن جنید اسکافی باور دارد که قاضی مطلقاً نمی‌تواند مطابق علم خود قضاوت کند.

- ابن ادریس (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۸۳) و بعضی دیگر به تفصیل قایل شده می‌گویند: قاضی می‌تواند تنها در حقوق‌الناس به استناد علم خود داوری کند.

- دیدگاه‌ها و نظریات پراکنده‌ی دیگری هم وجود دارد که مجال طرح همه‌ی آنها در اینجا

نیست. از لابلای همه‌ی نظریات سه دیدگاه و نظریه (نظریه‌ی اعتبار علم قاضی به صورت مطلق، نظریه‌ی نفی اعتبار علم قاضی به صورت مطلق و نظریه‌ی تفصیل) حایز اهمیت است.

۳-۱. نظریه‌ی اعتبار علم قاضی

مشهور فقهای امامیه از جمله شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۴۲) باور دارند که قاضی غیرمعصوم نیز همانند معصوم در همه‌ی دعاوی و جرایم؛ از قبیل دعاوی مربوط به اموال، حدود، قصاص و امثال اینها، خواه حقوق‌الله؛ از قبیل شرابخواری، ربا و زنا و خواه حقوق‌الناس؛ مانند قصاص، قذف و دین، می‌تواند بر اساس علم خود در منصب قضاوت حکم صادر کند. تفاوتی نیست در اینکه بعد از تصدی منصب قضاوت در محل قضاوت باشد یا پیش از تصدی منصب قضاوت باشد یا بعد از تصدی قضاوت پیش از عزل از این منصب و در غیر جایگاه قضاوت باشد. دیگران نیز؛ همانند جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۸۸)، ریاض المسائل (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۵، ص ۳۲)، کشف اللثام (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۶۴)، ایضاح الفوائد (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۳)، التنقیح الرائع (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۲۴۲) و شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۶۷) نیز این دیدگاه را پذیرفته‌اند.

صاحب جواهر می‌گوید: در اینکه امام^(ع) در حق‌الله و حق‌الناس بر اساس علم خود قضاوت می‌کند، اختلاف مورد اعتنا وجود ندارد؛ بلکه در آنچه از دیگران نقل شده است، مسأله مورد اجماع است و این اجماع بر جواز قضاوت قاضی بر مبنای علم خود، به صورت مطلق است. از جمله انتصار می‌نویسد: قاضیان منصوب از جانب امام^(ع) در تمامی حقوق و حدود بدون استثناء حکم کند؛ خواه علم حاکم در حال حاکمیتش یا پیش از آن باشد. (شریف مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۴۸۶) ابن زهره در غنیه می‌گوید: برای حاکم جایز است در تمامی اشیاء اعم از اموال، حدود، قصاص و غیر اینها به علمش حکم کند. (حلی، ۱۴۱۷، ص ۴۳۶) و فخرالمحققین در ایضاح می‌نویسد: «قاضی در تمامی احکام مطابق علمش حکم می‌کند. مرتضی به این دیدگاه قایل شده و صحیح‌ترین دیدگاه به نظر من همین است». (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۲) اضافه بر اینکه روایات دلالت دارند، آیات قرآن نیز دلیل بر همین مدعا است. خداوند منان در قرآن کریم فرموده است: «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ». (ص، ۲۶) در آیه‌ی کریمه‌ی دیگر فرموده است: «أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ». «وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ» (مائده، ۳۴) و کسی که بر مبنای علم خودش حکم صادر کند، حکم به حق، حکم به عدل و حکم به قسط صادر کرده است. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۸۶) قاضی مجاز است حتی طبق علم خود عمل کند و دلایل را نادیده بگیرد. همان‌گونه که نقل شد، بر این مدعا هم ادعای اجماع صورت گرفته (هرچند اجماع به دلیل مدرکی بودن ارزش اثباتی ندارد)، هم به روایات و آیات استدلال شده است. فقیه نواندیشی که توفیق برپایی حکومت اسلامی را پیدا کرد می‌نویسد: «برای قاضی جایز است با قطع نظر از ادله‌ی دیگر؛ نظیر بینه، إقرار یا سوگند، هم در حقوق‌الله و هم در حقوق‌الناس مطابق علم خود فیصله صادر کند. بلکه فراتر اینکه هرگاه بینه مخالف علمش باشد، جایز نیست مطابق بینه حکم صادر نماید. یا اگر سوگندی که در نظر قاضی

دروغ است موجود باشد.» (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۴۰۸)

۳-۱-۱. ادله‌ی حجیت و ارزش اثباتی علم قاضی

در مورد حجیت علم قاضی، بگومگوهای زیادی صورت گرفته است. آیت الله خمینی در باب قضا می‌نویسد: «مجاز نیست قاضی مطابق بینه‌ی مخالف علم خود یا بر اساس سوگند شخصی که به نظرش دروغگو است، فیصله صادر کند.» (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۴۰۸) سایر فقها نیز این نظریه را پذیرفته‌اند. حقوق جزای فرانسه نیز از زمان «ناپلئون» به بعد، اصل آزادی دلیل را قبول کرده و در قوانین‌شان مقرر نموده است: «اثبات وقایع موثر در دعوا، توسط هر دلیل قابل اثبات هستند.» (Michele, 1990, p280) دلایلی که برای اثبات این نظریه مطرح شده است، عبارت‌اند از:

۳-۱-۱-۱. ذاتی بودن ارزش علم

یکی از ادله‌ی که در درون علم نهفته است این است که حجیت برای علم ذاتی است. اینکه می‌گویند، قاضی بر إحلاف و بینه‌ی مخالف علم خود ترتیب اثر ندهد بدان جهت است که حجیت و ارزش بینه و اقرار، جعلی و تابع علمی است که برای قاضی به بار می‌آورد؛ اما ارزش و حجیت علم ذاتی است. طرق ظنی برای کسی ارزش دارد که نسبت به واقع جاهل است؛ ولی کسی که با حاق واقع ارتباط عینی دارد، نمی‌تواند به ادله‌ی ظنی تمسک کند. معنای ذاتی بودن حجیت علم آن است که علم خواه از طریق مطالعه در متن دوسیه به دست آید یا از طرق دیگری خارج از متن پرونده حاصل شود در هر دو صورت، علم ارزش دارد و قاضی می‌تواند مطابق آن حکم صادر کند. شیخ می‌گوید: «معلوم قاضی حق، قسط و عدل واقعی است. پس اگر مخالف علمش حکم کند در حکمش ستمکار است و اگر از حکم توقف کند در حکومتش جور و ستم کرده است.» (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۹۴) مبنای سخن شیخ نیز ذاتی بودن حجیت و ارزش علم است. قاضی وقتی علم پیدا کرد، موظف است مطابق علم خود فیصله بدهد.

۳-۱-۱-۲. اجماع

دلیل دیگر بر اعتبار علم قاضی، اتفاق فقها است؛ گرچند این اجماع (خواه محصل یا منقول) با توجه به ادله‌ی دیگر، اجماع مدرکی است و دلیل مستقلاً شمرده نمی‌شود، اما در حدّ مؤیدی درخور توجه است. شیخ طوسی در کتاب خلاف (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۴۴)، سید مرتضی در کتاب الانتصار (شریف مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۴۹۱) و ابن ادریس در کتاب سرایر (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۴۶) ادعای اجماع کرده‌اند. اما این اجماع محتمل‌المدرک است و حجیت ندارد. بنابراین، بر این نوشتار ایراد نگیرید که اگر اجماع ارزش ندارد، چرا در زمره‌ی ادله ذکر شده است؛ چون ما آن را به عنوان مؤید ذکر کردیم.

۳-۱-۱-۳. آیات قرآن

دلیل سوم بر حجیت و اعتبار علم قاضی، منطوق و مفهوم آیاتی است که در ذیل به آنها استدلال خواهد شد. تردیدی نیست در اینکه قوی‌ترین منبع در میان منابع حقوق اسلامی قرآن است؛ زیرا تمامی منابع سه‌گانه‌ی دیگر، حتی عقل باید به وحی برگردد و در غیر آن با عقلی که از

منابع حقوق سکولار است، تفاوتی نخواهد داشت. «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» (نور، ۲)؛ زنی را که زنا کرده و مردی را که زنا کرده است به هریک از آن دو، صد تازیانه بزنید. «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (مائدة، ۳۸)؛ دست مردی را که سرقت کرده و زنی را که سرقت کرده است، ببرید. آیاتی که بیان گر حکم است، به صورت قضیه‌ی حقیقه ذکر می‌شود؛ بدان معنا که ذات موضوع (نه موضوع به قید علم یا چیز دیگر) خواه بالفعل باشد یا بالقوه باشد، اخذ می‌شود. بر همین اساس، علم قاضی برای رسیدن به همان موضوع طریقت دارد؛ یعنی احراز آن یا راه رسیدن به آن موضوع، علم قاضی است و قاضی هرگاه موضع را با تعین از طریق علم و یقین دید، نمی‌تواند به بینة یا علم دیگران عمل کند. به عبارت دیگر، لازمه‌ی عدم عمل قاضی به علم خودش، مخالف آیات مبارکه است؛ به تعبیر دیگر، موضوع حد جلد در آیه‌ی نخست و موضوع مجازات قطع ید در آیه‌ی دوم به ترتیب عنوان زانی و زانیه و سارق و سارقه است. بدیهی است هر وقت عناوین مذکور متحقق شدند، حاکم مکلف است حد شرعی را اجرا نماید. یکی از راه‌های احراز عناوین مذکوره، علم قاضی است. اگر علم قاضی حجت نباشد باید به اقرار و بینة نیاز داشته باشد. لازمه‌ی چنین احتیاج آن است که موضوع مجازات عناوین فوق‌الذکر نباشد.

۴-۱-۱-۳. اولویت

یکی از ادله‌ی حجیت علم قاضی، اولویت است؛ بدان معنا که حجیت فتوای مفتی با شرایط مقررّه در باب تقلید که مسلماً فوق حکم قاضی در حدود و تعزیرات و دفع خصومات و حل و فصل مرافعات می‌باشد، می‌تواند حجیت حکم قاضی بر اساس علم را به اولویت اثبات کند. تنها چیزی که در سخت‌ترین حالات ممکن است گفته شود این است که: شرایط افتاء در حدیث معروف ذیل برای قاضی نیز شرط شود: «وَأَمَّا مِنَ الْفُقَهَاءِ مَنْ كَانَ حَافِظًا لِدِينِهِ صَائِنًا لِنَفْسِهِ مُخَالَفًا لِهَوَاهُ وَ مُطِيعًا لِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَلِلْعَوَامِ أَنْ يَقْلُدُوهُ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۱۳۱)؛ یعنی قاضی نیز در صورتی که مجتهد، حافظ دین، خویشتن‌دار، مخالف هوای نفس و مطیع امر مولا باشد، حجیت علم او همانند علم فقیه مورد تردید نخواهد بود. به‌ویژه با توجه به کلام امیرالمؤمنین علیه السّلام به شریح قاضی: «یا شریح قد جلست مجلساً لا یجلس فیهِ إلّا نبیّ أو وصیّ نبیّ أو شقی» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۰۶)؛ شریح! در جایگاهی نشسته‌ای که جز پیامبری یا وصیّ پیامبری یا یک فرد شقیّ در آن نمی‌نشیند. با تحقق این شرایط منابع علم قاضی باید از اعتباری برخوردار باشد که خود همان قاضی یا فقیه دیگری بتوانند بر اساس آن فتوا بدهد.

۵-۱-۱-۳. وجوب اظهار حق و انکار منکر

از جمله ادله‌ی اعتبار علم قاضی، وجوب اظهار حق و انکار منکر است؛ بدان معنا که یکی از واجبات، انکار منکر و اظهار حق است. بنابراین، قضاوت بر مبنای علم یک امر ضروری و مسلّم است؛ زیرا اگر قاضی به علم خود عمل نکند باید به عدم انکار منکر قایل شود، زیرا در فرض مراجعه‌ی متخاصمین به محکمه اگر علم داشته باشد که دعوای مدعی باطل است، اصل وجوب اظهار حق و انکار منکر برای او مسئولیت ایجاد می‌کند و باید مطابق علم خود عمل نماید.

از ادله‌ی عمده و اساسی که در مورد ارزش و اعتبار علم قاضی وجود دارد، روایاتی است که در دو باب؛ «بَابُ عَدَمِ جَوَازِ الْقَضَاءِ وَ الْإِفْتَاءِ بِغَيْرِ عِلْمٍ يُوْرُودُ الْحُكْمُ عَنِ الْمُعْصُومِينَ^(۴)» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۷/۲۰) و «بَابُ أَنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِعِلْمِهِ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۷۴) آمده است. آیت الله مکارم می‌نویسد: «از جمیع ادله و ضمیمه‌نمودن بعضی از احادیث متضافره به بعض دیگر و جبران ضعف بعض آنها با قوت بعض دیگر، به دست می‌آید که علم قاضی به صورت اجمال حجت است». (مکارم، ۱۴۱۸، ص ۴۶۱) اجمالی که ایشان مطرح می‌کند به خاطر تفصیلی است که خود در مورد علم به اعتبار مبادی علم باور دارد. ایشان می‌گوید:

- مبادی علم حسی باشد؛ مثل اینکه حاکم شراخیواری را ببیند و قذف را بشنود.

- مبادی علم قریب به حس باشد؛ مثل اینکه امام علی^(ع) در مورد اختلاف دو نفر زن در مورد یک طفل قضاوت کرد و دستور داد طفل را شق نموده و میان هر دو تقسیم کنید. مادر به خاطر سلامت طفل، از بچه‌اش دست برداشت. امام^(ع) از ابراز احساسات مادر علم پیدا کرد مادر واقعی طفل کیست.

- مبادی علم حدسی محض باشد.

روایاتی که مورد استدلال قرار می‌گیرد و مباحث مفصلی در مورد آنها وجود دارد، عبارت‌اند از: روایت صحیح حسین بن خالد در مورد اقامه‌ی حد توسط امام بر اساس علم؛ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۶۲) روایت درع طلحه (ضعیف و مرفوع) در مورد اینکه، هرگاه امام علم به مورد قضاوت دارد، نباید منتظر بینه و امثالش بود؛ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۸۶) روایاتی که در مورد قضاوت حضرت علی و اینکه هرگاه قضاوت بر اساس علم ناشی از خبر معصوم باشد، تعدی به غیرش مشکل است؛ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۷۴)، روایت ضعیفی که در مورد خرید اسب از اعرابی توسط رسول خدا^(ص) وارد شده است؛ (حرّ عاملی، ۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۷۶) روایت صحیح ابان بن عثمان (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۸۹) و روایت صحیح زید شحام (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۸۱) در مورد زن و مردی که زیر یک لحاف دیده شد، روایت صحیح هشام بن سالم در مورد دره‌زدن مردی که در مسجد قصه‌گویی می‌کرد. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۶۳) روایت صحیح در مورد قضاوت امیرالمؤمنین^(ع) در مورد پسری که مورد اختلاف واقع شده بود. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۷۶) روایت صحیح در مورد قضاوت امیرالمؤمنین^(ع) راجع به اختلاف عبد و فرزند در مورد پدر. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۸۷) روایت ضعیفی که شیخ مفید در مورد نزاع دو زن راجع به طفلی در حکومت حضرت عمر^(رض) نقل کرده است. (حر عاملی، ج ۲۷، ص ۷۸۸) روایت ضعیف ابوصباح کنانی در مورد قضاوت عمر^(رض). (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۲۵) روایت صحیح سلیمان بن خالد در مورد شکایت نبی، راجع به قضاوت بدون مشاهده. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۵) روایت مرسل و ضعیف ابان بن عثمان مثل روایت قبلی. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۲۵) مثل دو روایت قبلی را محمد بن قیس نقل کرده است. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۴) روایت ابی عبیده حذاء راجع به

رجم زن شوهر دار (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۳۲۲) و برخی روایاتی که در مورد فتوا وارد شده است. با توجه به اینکه در مورد دو مسأله؛ (قضاوت بر مبنای علم و فتوا دادن بر اساس آن) غفلت صورت گرفته است؛ مثل آنچه ابن قدامه در کتاب مغنی (المغنی، ج ۱۱، ص ۴۰۰، و البخاری، ج ۹، ص ۸۹) برای حجیت استناد قاضی به علم خود استدلال کرده، که هند وقتی به نبی (ص) گفت: «ابو سفیان مرد لثیمی است و به من و فرزندم چیزی نمی دهد؛ مگر آنچه که پنهانی، در حالی که او نمی داند، از مال او بر می دارم، آیا بر من گناهی هست؟» پیامبر فرمودند: «آنچه کفاف تو و فرزندت را می دهد، در حد متعارف بردار»، (مسلم ج ۳، ص ۱۳۳۸؛ بخاری، ج ۹، ص ۸۹؛ أحمد بن حنبل، ج ۶، ص ۳۹، ۵۰، ۲۰۶؛ و السنن الکبری، ج ۷، ص ۴۶۶، ۴۷۷، و ج ۱۰، ص ۱۴۱، ۲۷۰) بدون اینکه بینه یا اقراری در میان باشد، مطابق علمش به راستی هند و به نفع او حکم کرد. روایات متضافری که ضعف برخی با قوت بعض دیگر جبران می شود، هرگاه به همدیگر ضمیمه شود دلیل قوی بر حجیت علم قاضی است.

۲-۱-۳. ارزیابی ادله اعتبار علم قاضی

در مورد اینکه قضات دیگر غیر از امام^(ع) در حقوق الناس می تواند به علم خود عمل کند، تردیدی نیست. اما در حقوق الله دو دیدگاه وجود دارد. به نظر ما نظریه درست این است که قاضی در حقوق الله نیز مجاز است به علم خود عمل نماید. همان گونه که در بررسی ادله یادآوری شد، ادله مزبور با مشکلی مواجه نبوده و توانایی اثبات مدعا را دارد. هرچند دلیل دوم (اجماع) به دلیل مدرکی بودن، از اعتبار برخوردار نبوده و حجت نیست. اما اختلال در یک دلیل از میال ادله چندی که هر کدام از قوت و قدرت اثباتی بالایی برخوردار است، نمی تواند به همه ی ادله خلل وارد کند. بنابراین، مدعای ما که حجیت علم قاضی به صورت مطلق (خواه در امور مدنی یا جزایی و خواه در حقوق الله یا حقوق الناس) است، با ادله ی چهارگانه ی که مطرح شد، اثبات می شود. علاوه بر ادله ی فوق الذکر، یکی از ادله این است که اگر قاضی مجاز نباشد مطابق علم خود عمل کند، مستلزم فسق قاضی یا متوقف شدن حکم است که هر دو باطل است؛ زیرا به عنوان مثال، هرگاه مردی همسرش را در حضور قاضی سه بار طلاق کند، سپس منکر شود، قول شوهر با سوگند مسموع است. پس اگر قاضی به غیر علم خود عمل کند باید بر مبنای استحلاف فیصله صادر کند. لازمه ی این کار این است که قاضی فاسق است. اگر از اساس حکم صادر نکند، توقف کردن در حکم بدون موجب است.

۲-۳. نظریه عدم اعتبار علم قاضی

شیخ طوسی می نویسد: عمل به علم قاضی مخصوص معصوم^(ع) است. به عنوان مثال اگر ببیند کسی شرابخواری می کند، حق مجازات او را دارد. اما هرگاه همین صحنه را قاضی غیر معصوم ببیند، حق عمل به علم خود را ندارد. (فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۹۶) عده ای دیگر از جمله ابن جنید اسکافی باور دارد که قاضی مطلقاً نمی تواند مطابق علم خود قضاوت کند. در کتب الانتصار فی انفرادات الامامیه (شریف مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۴۸۸) و مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (علامه حلی،

۱۴۱۳، ج ۸، ص ۴۰۱) می‌نویسند: ابوعلی تصریح کرده که در حقوق و حدود جایز نیست حاکم به علم خودش حکم کند.

۱-۲-۳. ادله‌ی عدم حجیت علم قاضی

پیش از هرنوع استدلال باید اذعان کرد که مطابق اصل اولی در هیچ موردی نیاز به استدلال بر عدم نیست. ولی از آنجایی که این اصل با ادله‌ی قایلین به اعتبار علم قاضی از ارزش می‌افتد، لازم و ضروری است تا ادله‌ی بر عدم اعتبار علم قاضی ارائه شود. قایلین به عدم ارزش علم قاضی چند دلیل بر مدعای خویش اقامه کرده‌اند.

۱-۲-۱-۳. موضوعیت نصاب در برخی ادله

بر اساس دیدگاه مورد نظر، ادله‌ی اثبات دعوا طریقت دارد و کاشف حقیقت است. اما بدون شک در مواردی مانند چهاربار اقرار در باب زنا و شهادت چهار نفر عادل در مورد آن و همچنین سایر آنچه در کتاب حدود مقرر گردیده است، نصاب معین دارد. حتی اگر تعداد شهود به حد نصاب نرسد موجب قذف خواهد شد. پس اولاً علم قاضی در این موارد حجت نیست و ثانیاً؛ علم قاضی دارای اثر اعلانی است؛ باید نسبت به دیگران نفوذ داشته باشد. ثالثاً؛ علم قاضی هرچند قوی باشد، در جامعه و از دید مردم جنبه‌ی شهادت داشته و از ارزش یک شاهد عادل برخوردار است. رابعاً؛ علم قاضی در صورتی اثرگذار است که قضاوت یک مرحله‌ای باشد. در سیستم‌های قضایی که چندمرحله‌ای است، بدون تردید علم قاضی برای قضات دیگر ارزش ندارد. خامساً؛ بینه‌ی شرعی (شهادت) و همچنین اقرار با توجه به تعدد شهود و شرایط شهادت و اقرار، نسبت به علم یک نفر قاضی، قوت بیشتر دارد. سادساً؛ اینکه گفته شد که عدم ارزش علم قاضی مستلزم استنکاف قاضی از احقاق حق است، به دو جهت درست نیست؛ یکی بدان دلیل که اگر قاضی خارج از مقام قضاوت، ناظر و شاهد بوده، تنها می‌تواند شهادت دهد. اگر در مقام قضاوت بوده، مراتب محضر (صورت جلسه) و در حکم سند رسمی است. دیگری بدان جهت که در صورتی استدلال به فسق قاضی و استنکاف از احقاق حق، درست است که حکم بر اساس علم مسلم و محرز باشد و بر مبنای شک و تردید نباشد.

۲-۱-۲-۳. روایات دال بر عدم حجیت علم قاضی

مقتضای برخی از روایات، عدم ارزش و اعتبار علم قاضی است. از جمله، صحیح هشام بن حکم از امام صادق که فرمود: «رسول خدا فرمود: مطابق شهادت و سوگند میان شما قضاوت می‌کنم. زبان استدلال برخی از شما نسبت به بعض دیگر قوی‌تر است؛ پس اگر من بر اساس استدلال کسی، بخشی از اموال برادر مسلمانم را به او بدهم، همانا با این حکم قطعه‌ی از آتش برایش فراهم ساختم.» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۴) در روایت دیگر حمزه بن ابی حمزه از امیرمؤمنان نقل کرده که فرمود: «احکام مسلمین سه دسته است: شهادت عادلانه، سوگند قاطع و روش و رویه ائمه(ع)». (کلینی، ج ۷، ص ۴۳۲) از ظاهر این روایت استفاده می‌شود که قضاوت باید مبتنی بر سه مورد مذکور در روایت باشد؛ این بدان معنا است که قضاوت بر مبنای علم قاضی فاقد



اعتبار است. روایت سوم را کلینی از علی بن ابراهیم از محمد بن عیسی از یونس نقل کرده است. در این روایت آمده است: «دستیابی به حقوق چهار طریق دارد: شهادت دو مرد عادل، در صورت نبود آنان، شهادت یک مرد و دو زن، در فرض نبودن دو زن، سوگند مدعی، اگر شاهی (که در سه فرض قبلی بیان شد) نبود، مدعی علیه سوگند یاد کند و در صورتی که سوگند نخورد، به مدعی برگرداند و بر او واجب است با ادای سوگند حق خود را بستاند. در صورت ابای از سوگند، حقی برایش ثابت نمی‌شود.» (کلینی، ج ۷، ص ۴۱۶) از ظهور این روایت مرسل و مضمر نیز استفاده می‌شود که قضاوت منحصر و محدود بر طرق مذکور در روایت است. روایتی که کلینی در مورد نفوذ علم امام نقل کرده و همچنین روایاتی که بیان‌گر قضاوت‌های امیرمؤمنان است، انصراف در قضاوت امام دارد و غیر امام را شامل نمی‌شود، با اینکه دسته‌ی دوم از روایات به لحاظ سند نیز خالی از مشکل نیست.

۲-۳. نقد ادله‌ی عدم اعتبار علم قاضی

دسته اول ادله‌ی مورد استناد قابل نقد است؛ زیرا مبنای قابل قبول در ادله‌ی اثبات دعوا به‌ویژه در امور مربوط به دماء، انفس و فروج، باید قاضی به حقیقت دست پیدا کند. این مبنا تنها با طریقت ادله‌ی اثبات سازگاری دارد و معنای طریقت این است که اگر ادله‌ی نظیر بینه، اقرار و سوگند به‌خصوص در زمانه‌ی ما که برای افشانشدن باند تبهکاران گاهی یک فرد به‌عنوان مجرم اقرار می‌کند یا جمعی از اعضای همان باند جنایت، به دروغ شهادت می‌دهند، قاضی باید به حقیقت جرم دست یافته و مجرم واقعی را مجازات کند. لذا قاضی نه صرفاً در صدد اعلان است و نه در مقام شهادت است؛ بلکه او در مقام قضاوت بر اساس علم خود حکم می‌کند. تازه در مباحث مربوط به حدود، اگر علمی به مجرم‌بودن کسی نباشد و شک و تردید ایجاد شود، بر اساس «قاعده درء» اجرای حدود ممنوع خواهد شد. این دلیل آن است که مواردی که ادله‌ی اثبات دارای نصاب معین است، از موارد استثنایی است. تازه در همان موارد نیز اگر بینه‌ی عادل یا اقرار، مخالف علم قاضی باشد، قاضی نباید از جرح و تعدیل شهود غافل باشد. و مسلم است که علم قاضی بر بینه و اقرار مقدم است. اما در مورد سیستم چندمرحله‌ای قضاوت باید اذعان کرد که در سیستم حقوق اسلامی قضاوت تک مرحله‌ای است. اما این مسأله نیز استثنائاتی دارد که فلسفه‌ی مراحل استیناف و تمیز ریشه در موارد استثنا دارد. اما اصل این است که قضاوت در اسلام یک مرحله‌ای است و نقض حکم قاضی درست نیست. (در این مورد نویسنده مقاله‌ای مستقلاً دارد که در مجله‌ی علمی تخصصی جامعه‌المصطفی العالمیه به چاپ رسیده است.) علاوه بر اینکه علم قاضی برای قضات دیگر نیز جز در موارد استثنا، ارزش دارد. اما روایاتی که نقل شده است نیز قابل نقد است. روایت اولی هرچند صحیح و مستند است اما در باب قضاوت قطعاً «بینات» و «ایمان» موضوعیت ندارد؛ زیرا تنها این دو مورد ادله‌ی اثبات دعوای حقوقی و جزایی نیست. لذا همان‌گونه که سایر ادله را نفی نمی‌کند، علم قاضی را نیز نفی نخواهد کرد. تازه، ذیل روایت دلالت دارد که نباید در قضاوت محدود به ادله‌ی اثبات بود. به دلیل اینکه قضاوت بر اساس ادله و دادن مال بر این مبنا به دیگری به

دادن قطعه‌ای از آتش تعبیر شده است. اما روایات دوم و سوم به ترتیب ضعیف و مسند و ضعیف و موقوف است؛ لذا قابل استدلال نیست. علاوه بر اینکه هر دو روایت از جهت اعتبار و عدم اعتبار علم قاضی در مقام بیان و مخاطب نبوده است.

۳-۳. نظریه‌ی قایلین به تفصیل

شهید ثانی چنان‌که نقل شده در این مورد بر خلاف شیخ طوسی به تفصیل قایل است. ابن ادریس (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۸۳) و بعضی دیگری که به تفصیل قایل شده می‌گویند: قاضی می‌تواند در حقوق الناس به استناد علم خود داورى کند، در حقوق الله نمی‌تواند بر مبنای علم خود حکم صادر کند. شهید ثانی به ابن جنید اسکافی نسبت داده است که قایل به تفصیل است؛ بدان معنا که دیدگاه سوم را معکوس کرده است؛ به عبارت دیگر، او می‌گوید: قاضی در حقوق الله می‌تواند به علم خود استناد کند، اما در حقوق الناس جز بر اساس بینه و اقرار حکم نکند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۸۴) و قضاوت مبتنی بر علم قاضی درست نیست.

۳-۴. نظریه‌ی حقوق افغانستان

با توجه به ماده‌ی سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان؛ «در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد»، قوانین و حقوق افغانستان بر مبنای حقوق اسلامی استوار است. ماده‌ی اول قانون جزای افغانستان (مصوب ۳۱ سنبله ۱۳۵۵) و بند دوم ماده‌ی دوم قانون کود جزا (این قانون هرچند خلاف پراسیجر قانونی اجرا می‌شود؛ زیرا رأی هردو مجلس شورای ملی را نگرفته و در شرایط اضطرار هم نبوده، علاوه بر اینکه مواردی مخالف شریعت اسلامی بوده و در مخالفت با ماده‌ی سوم قانون اساسی است) در تعیین حقوق اسلامی، بر مبنای اکثریت (مبنای مقبولیت و نه مشروعیت)، فقه حنفی را تعیین کرده است: «این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. مرتکب جرایم حدود، قصاص و دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد.» در ماده‌ی یک‌صدوسی قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان نیز مقرر گردیده است: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند. هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نمایند.» در خصوص اینکه اکثریت، یکی از شاخصه‌های اصلی دموکراسی و مبنای مقبولیت است، مبنای مشروعیت محسوب نمی‌شود، با توجه به آیات قرآن کریم در مورد «اکثر» مجال بحث و تحقیق زیادی است که به محققان و دانشمندان دیگر حواله می‌شود. از مجموع مباحث فوق‌الذکر نتیجه‌ی که حاصل می‌شود این است که نظریه حقوق افغانستان در فقه حنفی قابل جستجو است. البته به استثنای قوانین مربوط به احوال شخصیه‌ی اهل تشیع (مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۱۹) که بر مبنای ماده‌ی یک‌صدوسی و یک قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان؛ «محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به

احکام قانون تطبیق می‌نمایند. در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند، قانون‌گذاری گردیده است. بنابراین نظریه‌ی حقوق افغانستان را باید در فقه حنفی جستجو کرد. بدون تردید امروزه یکی از مشکلات اساسی کشور ما این است که کم‌تر به قانونی‌ساختن فقه و آوردن مسایل کلان فقهی در امور جزایی و حکومتی پرداخته می‌شود. ما دیدگاه فقه حنفی را در دو محور به اجمال و تفصیل مطرح خواهیم کرد.

۱-۴-۳. اجمال نظریه‌ی فقه حنفی

تردیدی نیست که علم حاصل از ادله‌ی اثبات دعوا برای قاضی حجت است و می‌تواند بر اساس آن حکم صادر کند. چنان‌که یکی از حقوق‌دانان مطرح می‌نویسد: «ادله‌ی که توسط آنها، اثبات دعوا می‌شود برای قاضی، علمی نسبت به قضیه به وجود می‌آورد که مثل آن است که خود قاضی شاهد و ناظر واقعه بوده است و قاضی ناچار است بر طبق علم حاصل از آن حکم کند». (السنه‌وری، ۱۳۳۷، ج ۲، ص ۲۰) بحث ما در این مورد نیست. بلکه مسأله‌ی مورد سوال ما علمی است که قاضی از طرقی غیر از ادله‌ی اثبات دعوا حاصل کند و علم قاضی در عرض ادله‌ی اثبات دیگر از ارزش اثبات برخوردار باشد. امام ابو حنیفه و محمد^(ع) در این مورد می‌گویند: هرگاه قاضی بعد از تصدی مقام قضاوت و در جایگاه قضاوت علم حاصل کرد، مطابق آن حکم صادر می‌کند؛ ولی در صورتی که پیش از تصدی مقام قضاوت یا بعد از آن در غیر جایگاه ولایت بر قضا علم پیدا کند، بر اساس علم خود قضاوت نمی‌کند. این در حقوق الناس است؛ اما در حقوق الله بر مبنای علم خود در هیچ حالی قضاوت نمی‌کند. (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۴۴) هم‌چنین میان فقیهان اهل سنت (اعم از حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی)، در این مسأله، اختلاف وجود دارد، هرچند متأخرین آن‌ها، علم قاضی را در حق الله و حق الناس، معتبر نمی‌دانند. ولی از عبارات بعضی از معاصرین استفاده می‌شود که علم ناشی از ادله‌ی اثبات دعوا نسبت به مدعا همانند آن است که گویا قاضی خود شاهد واقعه بوده و بر ظاهر و باطن قضیه آشنایی دارد. گرچه ایشان در تعیین موضوع بحث دچار اشتباه گردیده است؛ ولی لازمه‌ی این امر آن است تا قاضی بر مبنای علم ناشی از مشاهده و اطلاع شخصی خود حکم کند؛ زیرا این علم از علم ناشی از شهادت، اقرار و ادله‌ی دیگر اثبات دعوا، قوی‌تر است. لیکن با توجه به ضعف تدریجی وجدان بازدارنده و تقوای دینی در مردم، موجب مادی‌گرایی و عشق به کسب اموال از هر راه ممکن گردیده و قاضی را در معرض سوء ظن قرار داده، از اعتبارش می‌کاهد. تا جایی که امام شافعی می‌گوید: «اگر قاضی‌های بد نمی‌بودند، می‌گفتم حاکم می‌تواند بر طبق علم خود حکم کند». باید اذعان کرد که در این محور، بحث بیشتر روی نظریه‌ی حنفی دور می‌زند؛ زیرا حقوق کشور محدود به فقه حنفی می‌گردد.

۲-۴-۳. تفصیل نظریه‌ی فقه حنفی

دیدگاه فقه حنفی این است که هرگاه در باب حدود، فقط حق الله در میان باشد؛ از قبیل حد شرابخواری و زنا، قاضی مجاز به استفاده از علم خود نمی‌باشد؛ زیرا موجب شبهه است و با وجود

شبهه، قاعده دره (تدرئوا الحدود بالشبهات) جاری است. اما موقعی که حدود ناظر به حق الناس باشد؛ از قبیل حد کذف یا موضوع علم قاضی حقوق الناس باشد؛ مانند اموال و عقود؛ نظیر خرید و فروش، قرض، نکاح، طلاق، قتل، قاضی می تواند بر اساس علم خود حکم کند. ولی در موارد سه گانه ذیل خواه در حدود الله یا غیر آن، قاضی مجاز به قضاوت بر مبنای علم خود نیست.

- در صورتی که قاضی قبل از تصدی منصب قضاوت علم و آگاهی داشته باشد.

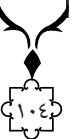
- هرگاه قاضی بعد از تصدی قضاوت در جایی که در حوزه قضایی قاضی نیست، علم و آگاهی پیدا کند.

- در صورتی که قاضی در حوزه قضایی خود علم داشته باشد و از قضاوت عزل شود. اگر بار دیگر ابلاغ قضایی بگیرد، نمی تواند مطابق آن علم قضاوت کند.

برخی از دانشمندان حنفی؛ نظیر ابویوسف و محمد، با این دیدگاه مخالفت کرده و قایل شده اند که «در همه ی حالات سه گانه ی مزبور، قاضی می تواند به علم خود عمل کند، جز در حدود الله که به قضاوت بر اساس علم خود مجاز نیست».

امام ابو حنیفه و اصحابش در جای دیگر قایل شده است: هرگاه حاکم کارهایی را که موجب حدود است، پیش از اشغال کرسی قضاوت و بعد از آن مشاهده کند، نمی تواند بر اساس علم خود حکم کند؛ جز در مورد حد کذف که می تواند مطابق علم خود حکم صادر کند. هم چنین هرگاه پیش از اشغال منصب قضاوت علم به حقوق الناس پیدا کند، نمی تواند بر مبنای علمش حکم کند. اما موقعی که بعد از ایفای منصب قضاوت علم پیدا کند، می تواند بر مبنای آن حکم کند. (القرطبی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۵۰۸؛ السرخسی، ۱۴۰۶، ج ۱۶، ص ۱۰۵؛ موفق الدین، ۱۴۰۴، ج ۱۱، ج ۲، ص ۴۰۰؛ ابی الفرج، ۱۴۰۴، ج ۱۱، ص ۴۲۵؛ ابن حزم، بی تا، ج ۹، ص ۴۲۷). ابو یوسف و محمد می گوید: قاضی می تواند در مواردی که پیش از قضاوت در حقوق الناس علم پیدا کرده، به علم خود عمل نماید. (سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۱۶، ص ۱۰۵) حسن بن حی می گوید: هرگاه پیش از قضاوت، پس از سوگند دادن، در حقوق الناس علم پیدا کند، مطابق علمش قضاوت می کند. اما در حدود، هرگاه بعد از قضاوت علم پیدا کند حتی اگر در مورد زنا، سه نفر دیگر با او مشاهده کند و در غیر زنا مرد دیگری با او مشاهده کند، نمی تواند حکم کند. (السرخسی، ۱۴۰۶، ج ۱۶، ص ۱۰۵)

قانون اصول محاکمات مدنی کشور که بر مبنای اسلام و شریعت پی ریزی گردیده است، در ماده ۵۰۱ مقرر می دارد: «حکم قاضی در صورت عدم موجودیت احکام صریح قانون مطابق به اساسات شریعت اسلامی صادر می گردد». در ماده ۴۹۸ همین قانون تصریح گردیده است: «قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه و قوف کافی داشته باشد». هر چند از هر دو ماده ی مزبور اعتبار علم قاضی استفاده نمی شود، اما با صراحت دلالت دارد که قاضی می تواند بر مبنای شریعت اسلامی فیصله صادر نماید؛ بدان معنا که اگر در شریعت اسلامی (فقه حنفی) و (به صورت محدود فقه جعفری) علم قاضی ارزش اثباتی داشته باشد، قاضی می تواند مطابق علم خود فیصله قضایی صادر نماید. قانون



اجرائات جزایی هرچند صراحت بر حجیت علم قاضی ندارد، اما از مفهوم مخالف آن می‌توان استفاده کرد که علم ناشی از ادله حجت است. در بند ۴ ماده ۱۹ قانون اجرائات جزایی آمده است: «محکمه نمی‌تواند به ظن خود و در صورت موجودیت شبهه در دلایل، به الزام متهم حکم نماید». در بند ۱ ماده ۲۴ مقرر گردیده است: «موجودیت یک قرینه به تنهایی سبب اثبات واقعه نمی‌گردد، مگر اینکه قرینه قاطع بوده و یا دلایل دیگر آن را تأیید و تقویت نماید». از مواد فوق‌الذکر برمی‌آید که در صورت وجود شبهه در ادله یا در صورت وجود یک قرینه بر اثبات دعوا، اگر قاضی از ادله و یک قرینه موجود علم و قطع بر مدعا پیدا کند می‌تواند بر اساس این علم فیصله صادر نماید. بر اساس مواد مزبور معلوم است که علم قاضی ناشی از ادله‌ی دیگر ارزش اثباتی دارد. حقوقدان مصری با بیان دیگری این مطلب را یادآوری کرده است: گاه «حقیقت قضایی» از «حقیقت واقعی خارجی»، فاصله داشته و گاه در تعارض و تخالف با آن است؛ زیرا «حقیقت قضایی» از راه پراسیجر رسیدگی و به‌کارگیری ادله‌ی اثبات دعوا ثابت می‌شود، با اینکه «حقیقت واقعی خارجی»، ممکن است متیقن قاضی باشد. قانون برای رسیدن به «حقیقت قضایی» منهای «حقیقت واقعی»، میان دو اعتبار توازن برقرار می‌سازد: یکم: اعتبار عدالت‌خواهی؛ به این لحاظ قاضی وادار می‌شود تا از هر طریق ممکن حقیقت را کشف نماید. در نتیجه «حقیقت قضایی» در مطابقت با آن خواهد بود. دوم: اعتبار وحدت رویه و عمل مطابق قانون؛ به این لحاظ قاضی وادار می‌شود تا به اصول محاکمات پای‌بند بوده و برای رسیدن به حقیقت به ادله‌ی قانونی محدود باشد تا قاضی گرفتار استبداد رأی و تحکم نگردیده و سارنوالان نیز در مورد نتیجه‌ی حاصل از ادله‌ی اثبات برای کشف حقیقت و ارزش‌گذاری ادله دچار اختلاف نشوند. (السنهوری، ۱۳۳۷، ج ۲، ص ۲۰-۲۴) مقتضای این قضیه آن است که ادله‌ی اثبات دعوا نزد قاضی محدود است. این بدان معنا نیست که علم شخصی قاضی اثر ندارد. حقوق‌دانان ادله و طرق اثبات دعوا را در شش مورد برشمرده‌اند: (۱) سند؛ (۲) شهادت یا بیّنه؛ (۳) قرائن؛ (۴) اقرار؛ (۵) سوگند؛ (۶) معاینه. از دیدگاه آنان علم قاضی، در فرضی که ناشی از ادله و طرق مزبور باشد، ارزش دارد. بنابراین، علم قاضی در صورتی که ناشی از علوم مسلم مردم و یا جلسه‌ی قضاوت باشد، اعتبار دارد. اما شاید بدان دلیل است که از مصادیق قسم سوم محسوب می‌شود.

۳-۴-۳. نقد نظریات دوم و سوم

دیدگاه سوم (قول به تفصیل) و چهارم (نظریه‌ی حقوق افغانستان) با توجه به آنچه در نقد نظریه‌ی عدم اعتبار علم قاضی مطرح شد به گونه‌ی قضیه‌ی سالبه به‌صورت کلی یا به‌صورت جزئی، مردود و منفی خواهد بود. باید اذعان کرد که استدلال حقوقدانان و فقهای اهل سنت بیشتر از استحسان و مصلحت‌گرایی بشری ریشه می‌گیرد که با مبانی فقهی ما سازگاری ندارد؛ زیرا ما استحسان و مصالح مرسله را حجت نمی‌دانیم. علاوه بر این، ادله‌ی که برای اثبات ارزش علم قاضی در مباحث گذشته مطرح شد، بر بطلان نظریه‌ی دوم و نظریه‌ی سوم دلالت دارد. از سوی دیگر، با احتمال تهمت در ردّ قاضی یا امکان وقوع ظلم و یا احتمال تحکم و استبداد رأی از جانب قاضی

نمی‌تواند رادع و مانع از حجیت علم قاضی باشد؛ زیرا تمامی احتمالات مزبور در استفاده از همه‌ی ادله‌ی اثبات دعوا وجود دارد. به دلیل اینکه ممکن است قاضی از ادله‌ی اثبات دعوا به گونه‌ی که خود می‌خواهد استفاده کند. با توجه به این که شارع مقدس عدالت را شرط قضاوت دانسته و عدالت قاضی هر نوع اتهام در مورد قاضی در نظام قضایی اسلام را منتفی خواهد کرد.

نتیجه

نتیجه و براینده مطالب گذشته، دیدگاه این قلم را روشن می‌سازد. نظریه‌ی مورد نظر این است که علم قاضی به صورت مطلق حجت است. با توجه به قاعده‌ی مسلم «ما من عام الا و قد خص»، ممکن است در مواردی به عنوان استثنا بپذیریم که علم قاضی ارزش ندارد. چنان‌که مواردی؛ از قبیل تخلفات ویژه، از جمله تخلفات ترافیکی و لزوم احترام به ادله‌ی قانونی را در نظام علم قضایی نیز به عنوان استثنا مطرح کرده‌اند. اما این گونه استثنائات به معنای تضییق دامنه و قلمرو حجیت علم قاضی نیست. در مورد قلمرو ارزش علم قاضی یک نظریه این است که علم قاضی فقط در مرحله صدور رأی مد نظر قرار گیرد؛ زیرا اشتراط اعتبار علم قاضی در مرحله‌ی تحقیق، پروسه‌ی رسیدگی را به اشتباه انداخته و کشف حقیقت را با موانع مواجه می‌سازد. (Vouin, 1962, P32) عده‌ای دیگر باور دارند که علم قاضی در همه‌ی مراحل دادرسی در مقابل تمامی محاکم بازدارنده به کار آید. (Stefani, 1993, P45) یکی از نویسندگان معاصر می‌نویسد: «به نظر می‌رسد، نظام علم قاضی در همه‌ی مراحل کاربرد داشته و این معنا را از لابلای مواد آیین دادرسی کیفری نیز می‌توان استنباط نمود که تفکیکی بین مراحل مختلف دادرسی نداده است». (دیانی، ۱۳۹۴، ص ۲۸۷) پس ارزش علم قاضی به لحاظ قلمرو نیز از گستردگی برخوردار است.

بحث مربوط به سیستم‌های ادله اثبات دعوا که امروزه یکی از مباحث پذیرفته شده در حقوق بشر است، نیز می‌تواند این نظریه و ادله‌ی مربوط به آن را تأیید کند. امروزه سیستم سنتی ادله‌ی قانونی را که مبتنی بر الزام قاضی به رعایت ارزش اثباتی تعیین شده است، تغییر داده و سیستم اعتقاد باطنی قاضی به جای آن معرفی گردیده است. ریشه و اساس این بحث در این نکته نهفته است که آیا قاضی در دعاوی مرجوع به محکمه به دنبال فصل خصومت و حل دعوا است یا در پی کشف حقیقت است؟ بدون تردید اهمیت امور جزایی و احتیاط در باب دماء و فروج مقتضی آن است تا قاضی مجرم واقعی را پیدا نموده و مجرم حقیقی را مجازات کند؛ تا نشود در اثر سهل‌انگاری و اعتماد به ادله‌ی سنتی که احتمال تبانی بر دروغ و توطئه در آن زیاد است (جرح و تعدیل شهود) انسان بی‌گناهی را به نام مجرم قصاص یا اعدام کند، یا آبروی بی‌گناهی را بر اساس ادله ببرد. قاضی هم‌چنان‌که در «سیستم ادله‌ی معنوی»، «اعتقاد باطنی» و «سیستم ادله‌ی اقناع وجدان قاضی»، می‌تواند ارزش اقرار را تعیین کند و تشخیص دهد که این اقرار مبنای محکومیت متهم است یا اقرار به دلیلی که مورد ظن است یا در تعارض با ادله‌ی قوی‌تر قرار دارد، توان اثبات محکومیت متهم به ارتکاب جرم را ندارد، می‌تواند در کمال آزادی ارزش و اعتبار ادله را تعیین کند؛ زیرا قاضی

آن‌گاهی که از ادله‌ی از قبل تعیین شده (ادله‌ی قانونی) یا غیر آن‌ها حتی اطلاعات عمومی به دست آمده، یقین و علم پیدا کرد که جرم توسط فلانی انجام شده است، این علم حجت است و ارزش اثباتی دارد. برخی از نویسندگان می‌نویسد: «در این سیستم خبرهای دریافتی در قالب اطلاعات ساده، ممکن است همراه با شهادت مأخوذ از گواهان، مستند حکم قرار گیرد». (گلدوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۶) این نویسنده موارد استثنا از حجیت علم قاضی را در چهار محور مطرح کرده که طالبین به آنجا مراجعه کنند. بنابراین، قاضی می‌تواند هم در حقوق‌الله و هم در حقوق‌الناس بر اساس علم خود عمل کرده و حدود الله را اجرا نماید. اجرای حق در مورد اول منوط به درخواست کسی نبوده و در صورت دوم باید به تقاضای ذی‌حق باشد. در هر حال لازم است قاضی مستند علم خود را در متن حکم ذکر نماید. خلاصه؛ با تمام اختلاف نظری که در فقه وجود دارد، علم قاضی چه در حقوق‌الله و چه در حقوق‌الناس (اعم از امور مدنی و جزایی) حجیت و اعتبار دارد. روایات نیز معاضد نظریه‌ی ما است. در روایتی نقل شده است: «علی بن محمد از محمد بن احمد محمودی از پدرش (احمد) از یونس از حسین بن خالد از امام صادق^(ع) نقل می‌کند که از او شنیدم می‌گوید: هرگاه امام مردی را که زنا می‌کند یا شرابی می‌نوشد، ببیند، بر او اجرای حد واجب است و در اجرای حد به بی‌نیاز ندارد. زیرا امام امین خداوند در میان مخلوقات او است. و هرگاه مردی را ببیند که دزدی می‌کند، بر او واجب است او را باز دارد، نهی کند، و پس بزند. گفتم: چگونه این چنین؟ گفت: زیرا حق هرگاه برای خداوند است بر امام واجب است اقامه کند و هرگاه برای مردم باشد برای آن‌ها است». (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۶۲) از این روایت نیز استفاده می‌شود که اگر قاضی شخصا شاهد حضور متهم در زمان اتهام در محل دیگری باشد و برای او یقین حاصل شود که در ارتکاب جرم نقشی داشته است، در چنین موردی می‌تواند به علم خود عمل کند. روایت اطلاق دارد و تمامی حقوق اعم از جزایی، مدنی، حقوق‌الله و حقوق‌الناس را شامل است.



فهرست منابع

الف) قرآن کریم

ب) کتابها

۱. ابن حزم، أبی محمد بن أحمد بن سعید (بی تا). المحلی. بیروت: لجنة إحياء التراث العربی، دار الآفاق الجديدة.
۲. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ هـ ق). مصحح: احمد فارس صاحب الجواهر. بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.
۳. أبی الفرج عبد الرحمن بن أبی عمر، محمد بن أحمد بن قدامة المقدسی (۱۹۸۳ م). الشرح الكبير. بیروت: دار الفكر.
۴. أبی بکر محمد بن أحمد الشاشی القفال (۱۹۸۸ م). حلیة العلماء فی معرفة مذاهب الفقهاء. الطبعة الاولى. تحقیق: د. یاسین أحمد درادکة. عمان: مكتبة الرسالة الحديثة.
۵. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ هـ ق). كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
۶. أبی، فاضل حسن بن ابی طالب یوسفی (۱۴۱۷ هـ ق). كشف الرموز فی شرح مختصر النافع. چاپ سوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
۷. آخوندی، محمود (۱۳۹۴). آیین دادرسی کیفری. تهران: انتشارات دوران دیشان.
۸. باقری، صادق؛ حسینی، سیدحسین؛ خاوری، یعقوب (۱۳۸۷ ش). ادله اثبات دعاوی کیفری. مشهد: نشر دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۹. بهرامی، بهرام (۱۳۹۴ ش). بایسته های ادله اثبات. تهران: مؤسسه فرهنگی هنری نگاه بینه.
۱۰. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸ ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۱. حلّی، ابن زهره، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷ ق). غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۲. الحلبي العینتابی، أبی محمد محمود بن أحمد بن موسی الحلبي العینتابی «البدر العینی» (بی تا). عمدة القاری فی شرح صحیح البخاری، بی جا، بی تا.
۱۳. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ ق). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
۱۴. حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ ق). إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۵. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۶. حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری (۱۴۰۴ ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی.
۱۷. خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۰۹ ق). تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۸. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری (۱۴۱۵ ق). القضاء و الشهادات. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۹. دیانی، عبدالرسول (۱۳۹۴ ش). ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۲۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۰۴ ق). معجم مفردات الفاظ القرآن. تهران: دفتر نشر کتاب.
۲۱. السرخسی الحنفی، شمس الأئمة محمد بن احمد بن سهل السرخسی (۱۴۰۶ ق). المبسوط. بیروت: دار المعرفة.



۲۲. السنه‌وری، عبدالرزاق احمد(۱۳۳۷ق). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (حقوق مدنی مصر). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
 ۲۳. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی(۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الإمامیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
 ۲۴. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن(۱۴۰۷). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
 ۲۵. عاملی، بهاء الدین، محمد بن حسین و ساوچی(۱۴۲۹ق). نظام بن حسین، جامع عباسی و تکمیل آن. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
 ۲۶. عاملی، حرّ، محمد بن حسن(۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
 ۲۷. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی(۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
 ۲۸. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین(۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
 ۲۹. عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی(۱۴۲۱ق). کتاب القضاء (تقریرات، للنجم آبادی). قم: انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام.
 ۳۰. العسقلانی الشافعی، أبی الفضل شهاب الدین أحمد بن علی بن محمد بن حجر العسقلانی الشافعی(۱۴۰۲ق). فتح الباری. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
 ۳۱. فهیمی، عزیز الله(۱۳۹۳ش). ادله اثبات دعاوی حقوقی و کیفری. تهران: انتشارات خرسندی.
 ۳۲. القرطبی، محمد بن رشد القرطبی(۱۴۰۳ق). بداية المجتهد و نهاية المقتصد. الطبعة السادسة. بیروت: دارالمعرفة.
 ۳۳. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب(۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامية.
 ۳۴. گلدوزیان، ایرج(۱۳۹۳ش). ادله اثبات دعوا. تهران: نشر میزان.
 ۳۵. محمّصانی، صبحی(۱۳۵۷ش). فلسفه قانون گذاری در اسلام. ترجمه اسماعیل گلستانی. تهران: انتشارات امیر کبیر.
 ۳۶. مکارم شیرازی، ناصر(۱۴۱۸ق). أنوار الفقاهة - کتاب الحدود و التعزیرات. قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
 ۳۷. موفق الدین أبی محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة(۱۴۰۴ق). المغنی. بیروت: دار الفکر.
 ۳۸. میثمی عراقی، محمد بن باقر بن ابوالقاسم(بی تا). قوامع الفضول. چاپ سنگی. بی جا: بی نا.
 ۳۹. نجفی، محمدحسن(۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ج) قوانین**
۴۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان. مصوّب ۱۳۸۲ش.
 ۴۱. قانون اصول محاکمات مدتی افغانستان. مصوب ۱۳۶۸ش.
 ۴۲. قانون جزای افغانستان. مصوب ۱۳۵۵ش.
 ۴۳. قانون کود جزا. ۱۳۹۵ش.

د) منابع انگلیسی

44. Forotan, Javad(1977). Vouin, cours de doctorat (1961-1962) de La Preuve, these de doctorat, Paris.
45. Michele(1990). Laure Rassat, Procedure, Penale ed.
46. Stefani- Levasserur(1993). Bouloc, Procedure, Penale. Dalloz.

نقش قرائن و امارات در اثبات جرم مستوجب حد از منظر فقه اهل سنت؛ با نگاهی به حقوق افغانستان

علی احمد رضایی*

* پوهنمل (استادیار)، دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق، کادر علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه
خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان.

چکیده

اثبات جرایم حدی، باتوجه به شرایط و کیفیت اثبات آن، که در شرع مقدس اسلام اعتبار شده، یکی از مباحث مهم و پیچیده‌ی حقوق کیفری است که در بسیاری موارد، اثبات حد با مشکل مواجه می‌شود. از جمله، فقهای اهل سنت در بحث اعتماد بر قرائن و تکیه بر آنها در صدور احکام جنایی در جرائم حدود، دو دسته‌اند. به همین دلیل، جمهور فقهای اهل سنت قائل به عدم جواز قضاوت بر اساس قرائن در جرائم حدود هستند؛ یعنی ادله‌ی اثباتی را منحصر به ادله‌ی سستی دانسته و برای آنها جنبه‌ی موضوعیت قائلند و برای اثبات نظریه‌ی خود به ادله‌ی قرآنی، روایی و عقلی استناد جسته‌اند. در مقابل، برخی از فقهای مالکیه و حنابلّه؛ مانند ابن قیم و دیگران، اعتماد بر قرائن و قضاوت بر طبق آنها را در احکام قضایی، در باب جرائم حدود جائز دانسته‌اند و در واقع برای ادله‌ی اثبات، جنبه‌ی طریقیّت و عدم انحصار ادله قائلند. اینان نیز از برخی روایات و دلایل دیگر سود جسته‌اند. در این میان، قانون‌گذار افغانستان در عین این‌که جرایم مستوجب حد و قصاص را به فقه حنفی احاله داده است، در قانون اصول محاکمات مدنی و اصول اجرائات جزایی، نقش اثباتی قراین را پذیرفته و امارات و قرائن را در شمار ادله‌ی اثبات دعوا ذکر کرده است. در نهایت، با توجه به بررسی دلایل نظریه‌ی مختار بر حجّیت امارات و قرائن، آنان در عداد دیگر ادله‌ی اثبات جرایم قرار می‌گیرد.

واژه‌های کلیدی: قرائن و امارات، ادله‌ی اثبات، حدود، فقه اهل سنت، حقوق افغانستان.

مقدمه

موضوع اثبات جرم، یکی از بحث‌های مهم فقه جزایی می‌باشد که مهم‌ترین مباحث آن مربوط به حدود می‌شود. با توجه به شرایط و کیفیت ویژه‌ی که شارع مقدس اسلامی برای اثبات اکثر حدود لحاظ کرده است، روش‌های اثبات حد، یکی از مباحث پیچیده‌ی فقه جزایی است. از همین روی، اثبات حد شرعی نیز دشوار خواهد بود؛ تا جای که اثبات برخی از حدود؛ مانند حد زنا یا حد سرقت در برخی موارد ناممکن به نظر می‌رسد. حال سوال این است که آیا روش‌های اثباتی را که شارع برای اثبات حدود در نظر گرفته است، موضوعیت دارد؛ یعنی قاضی نمی‌تواند از طریق دیگر برای اثبات حد کمک بگیرد یا اینکه آن روش‌ها جنبه‌ی طریقت و کشف واقعیت دارند، نه موضوعیت؛ زیرا هدف شریعت اثبات و کشف واقع می‌باشد، لذا قاضی می‌تواند به هر طریق دیگر که واقع را بنمایاند، تمسک نماید. بنا بر فرض طریقت، راه‌های اثبات حد با توجه به امکانات و ابزارهای مانند قرائن، آسان‌تر خواهد بود.

در این تحقیق در پی آن خواهیم بود که نقش اثباتی قرائن با توجه به آیات و روایات از منظر فقهای اهل سنت و نظام حقوقی افغانستان، را بررسی نماییم. برای رسیدن به این مهم، ابتدا مفاهیم کلیدی تعریف، منشأ اماره و انواع آن تبیین و دیدگاه‌ها و مستندات فقهی جمهور فقهای اهل سنت در زمینه بیان خواهد شد. هم‌چنین دیدگاه علمای مالکی و هم‌فکران آن‌ها با بیان مستندات و نقد دلایل گروه اول تبیین و در نهایت، دیدگاه نظام حقوقی افغانستان در زمینه تحلیل می‌گردد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. مفهوم اماره

اماره در لغت به معنای نشانه، علامت و قرینه آمده است. تنها تفاوتی که میان اماره و علامت وجود دارد، این است که علامت، از شیء قابل انفکاک نیست؛ مانند الف و لام در اسم، ولی اماره قابل انفکاک است؛ مانند وجود ابر نسبت به باران. (دهخدا، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۸۲۶؛ معین، ۱۳۷۵، ص ۳۴۶) مفهوم حقوقی آن نیز به معنای لغوی اماره نزدیک است: هر چیزی که اولاً جنبه‌ی کاشفیت داشته باشد و ثانیاً، کاشفیت آن قطعی نبوده، بلکه ظنی باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ص ۶۵۱)

در حقوق افغانستان، قانون‌گذار در قانون اصول محاکمات مدنی، ابتدا قرینه را به قرینه‌ی قاطعه و مستنبطه تقسیم نموده، آنگاه در تعریف هردو نوع آن چنین می‌نویسد: «قرینه‌ی قاطعه آن است که به دلالت آن، وجود یک امر مجهول معلوم می‌گردد. این دلالت، قرینه را به حد یقین رسانیده، از ظاهر آن در اصل موضوع متنازع‌فیها استفاده

به عمل می‌آید.» (اصول محاکمات مدنی افغانستان، ۱۳۶۸، ماده ۳۳، بند ۱)

در توضیح قرینه‌ی قاطعه و کاربرد حقوقی آن به قاعده‌ی «ید» و تصرف که علامت و قرینه‌ی مالکیت است، این‌گونه استناد می‌کند: «هرگاه شخصی تصرفات مالکانه‌ی شخص دیگری را مدتی مشاهده نماید و راجع به مالک‌بودن خود با وجود نبودن اعدار قانونی؛ مانند صغارت، جنون و امثال آن، دعوی نکند، بعداً اگر دعوی نماید، دعوی ملکیت وی به دلالت قرینه متفی است.» (اصول محاکمات مدنی افغانستان، ۱۳۶۸، ماده‌ی ۳۳، بند ۲)

در تعریف قرینه‌ی مستنبطه نیز این‌گونه بیان می‌کند: «قرینه‌ی مستنبطه، قرینه‌ای است که محکمه از حالات مربوط به دعوی و جریان محاکمه، آن را استنباط و بعد به حیث دلیل در حکم خود به آن اتکا می‌نماید.» (اصول محاکمات مدنی افغانستان، ماده‌ی ۳۳، بند ۳) و در ادامه اضافه می‌کند که با وجود نص صریح قانون، استناد به قرینه‌ی مستنبطه جواز ندارد. (اصول محاکمات مدنی افغانستان، ماده‌ی ۳۳، بند ۴)

این تعریف در واقع حکمی است که هم اماره‌ی قانونی و هم اماره‌ی قضایی را شامل می‌شود و مفاد آن، عبارت است از امر معلومی که به وسیله‌ی آن، امر مجهولی ثابت می‌شود. براین اساس، اماره از ادله‌ی اثبات دعوی است و لکن دلیل قطعی نیست؛ بلکه دلیل ظنی است و به قول فقها و علمای حقوق، «اماره» است. مرحوم نائینی از فقهای امامیه در این باره می‌فرماید: «به چیزی اماره می‌گویند که خودش نوعی کاشفیت از چیز دیگر را به طور ناقص دارا باشد و سپس قانون‌گذار، آن نقص آن را کأن لم یکن اعلان می‌کند و آن را در حکم قطعی و یقین قلمداد نماید.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص ۶۵۳)

۲-۱. مفهوم اثبات

اثبات در لغت مصدر از ماده‌ی «اثبت» است و «ثبت» در کتب لغت به معنای زیر آمده است: به معنای ثابت‌گردانیدن، برجاکردن، به معنای استقرار پیدا کردن و پایدار نمودن. (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ص ۴۲۲)

هم‌چنان به معنای حکم کردن نیز آمده است؛ چنانچه در کتاب مفردات الفاظ قرآن، اثبات به معنای حکم نمودن آمده: «ثبت الحاكم علی فلان کذا.» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۱۷) و هم‌چنین در کتاب التعریفات گفته شده است: الاثبات: «هو الحكم بشیء شیء آخر.» (جرجانی، ۱۴۲۸ق، ص ۶۵) و به معنای اقامه نمودن و ارائه نمودن نیز آمده است: «کتب فلان حجتة ای اقامها.» جرجانی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۲۰؛ صاحب بن عماد، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۴۲۲)

راغب اصفهانی کلمه‌ی اثبات را به معنای ضد زوال نیز معنا نموده و چنین بیان می‌دارد: «الاثبات ضد الزوال یقال: ثَبَّتْ یُثَبِّتُ ثَبَاتاً.» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۱۹)

فقهها نیز کلمه‌ی اثبات را به معنای لغوی آن به کار برده‌اند که عبارت از اقامه‌ی حجت و دلیل باشد. (برکات الیمین، ۱۴۲۸ق، ص ۱۸) و در تعریف آن گفته شده: اثبات عبارت از اقامه‌ی حجت و دلیل است در مقام قضا، یا طرفی که شریعت آن را مشخص نموده برای رسیدن به حق یا واقعه‌ای که آثار شرعی بر آن مترتب است.

اما در علم حقوق، دو تعریف عام و خاص از کلمه‌ی «اثبات» ارائه شده است.

(۱) تعریف عام: در تعریف عام آمده است: «الاثبات هو کل ما یؤدی الی ظهور الحقیقه» و در دعوی جنایی «هو ما یؤدی الی ثبوت اجرام المتهّم»؛ (سنهوری، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۳) اثبات عبارت است از هر آنچه که منجر به ظهور حقیقت می‌شود. در دعوی جنایی، اثبات عبارت است از آنچه که منجر به ثبوت جرایم متهم می‌گردد. (۲) تعریف خاص: در تعریف خاص اثبات گفته شده است: «عبارت است از اقامه‌ی دلیل نزد قاضی، مطابق روش قانون بر وجود واقعه‌ی قانونی و ترتیب آثار آن.» (سنهوری، بی‌تا، ص ۱۴)

۳-۱. مفهوم جرم

جرم، از ریشه‌ی عربی «ج ر م»، به معانی قطع کردن، چیدن میوه از درخت، حمل کردن، کسب کردن، ارتکاب گناه و وادار کردن به کاری ناپسند به کار رفته است. هم‌چنان به معنای گناه، بزه و خطا بوده و از جرم به ذنب، إثم، سَئِئَه، عَصیان و مَعْصیت نیز تعبیر می‌شود. (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۳ق، ص ۱۰۳؛ ابن اثیر، ۱۳۸۳، ص ۱۹۶۳) در اصطلاح فقه‌های اسلام، برای جرم دو اصطلاح بیان شده است:

(۱) اصطلاح عام: که عبارت است از ارتکاب هر فعل حرام یا ترک واجبی که شارع آن را ممنوع کرده است و مرتکب آن را مستحق کیفر دنیوی؛ از جمله حدود یا قصاص یا تعزیر یا پرداخت دیه، می‌داند. (باهری؛ داور، ۱۳۸۰، ص ۱۲۰)

(۲) اصطلاح خاص: که از آن به جنایت بر نفس یا عضو تعبیر شده است و آن عبارت است از هر نوع صدمه و تجاوز ناحق نسبت به جسم و جان دیگری یا تعرض نسبت به مرده که مجازات آن قصاص نفس یا قصاص عضو یا پرداخت دیه است.

در قانون جدید جزایی افغانستان (کود جزا) قانون‌گذار کشور جرم را این‌گونه تعریف کرده است: جرم، ارتکاب عمل یا امتناع از عملی است که مطابق احکام این قانون، جرم شناخته شده، عناصر آن مشخص و برای آن مجازات یا تدابیر تأمینی تعیین گردیده باشد. (کود جزا، ۱۳۹۶، مواد ۲۵ و ۲۶، بند ۲ا)

در مورد عمل مخالف قانون و امتناع از اجرای عمل قانونی، این‌گونه بیان می‌کند: «عمل مخالف قانون، اجرای فعلی است که ارتکاب یا شروع به آن توسط قانون منع و جرم شناخته شده باشد.» (کود جزا، ۱۳۹۶، مواد، ۲۵ و ۲۶، بند ۲ا)

امتناع از اجرای عمل قانونی، «فعلی است که قانون به آن حکم نموده یا عدم ایفای مکلفین است که قانون شخص را ملزم به اجرای آن نموده باشد.» (کود جزا، ۱۳۹۶، مواد ۲۵ و ۲۶، بند ۱ و ۲)

۴-۱. مفهوم حد

حد در لغت به معنای فاصله بن دو شیء به منظور عدم مخلوط شدن یکی از آن دو با دیگری است تا یکی از آن دو، بر دیگری سرایت و تعدی نکند. (الزبیدی، ۲۰۰۸، ج ۲، ص ۳۳۱)

حد به معنای دفع و منع نیز آمده است و منظور از حد شخص از یک امر، حدی است که او را منع کرده و یا حبس می‌کند؛ پس اینکه گفته می‌شود «حددت فلاناً عن الشرّ»؛ یعنی فلانی را از شرّ، منع کردم. و جمله «هذا امر حدّ»؛ یعنی این امر ممنوع و حرامی است که ارتکاب آن حلال نیست. (الخطیب الشربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۵۵)

هم‌چنین حد به معنای تأدیب (ادب کردن) شخص گناهکار؛ مانند دزد و زناکار، است، تا آنها را از انجام مجدد گناه منع کند و نیز دیگران (با دیدن حد گناهکار) از انجام گناه منع شوند. حد شخص، یعنی اقامه حد بر او و حداد زندان یک نوع مجاز است از باب اینکه او را از خروج منع می‌کند. (الزبیدی ۲۰۰۸، ج ۲، ص ۳۳۲)

حدّ از نظر شرعی، به معنای یک عقوبت مشخص شده، است که از باب حق خداوند واجب شده؛ مانند حد زنا و حد قذف و.... حدود را حد نامیده‌اند؛ زیرا خداوند آنها را مشخص و محدود کرده و تجاوز از آنها جایز نیست. (الخطیب الشربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۵۵)

۲. کلیات

اماره که هم در حقوق جزا و هم در حقوق خصوصی جزء ادله‌ی اثبات دعوی محسوب می‌گردد، ویژگی‌های خاصی دارد که این دلیل را از دلایل دیگر جدا می‌کند. از طرفی، امارات ذکرشده در قانون با قاعده‌ی ماهوی اشتباه گرفته می‌شود، از طرف دیگر، شباهت بسیار زیادی با اصول عملی دارند؛ لذا برای اینکه بتوانیم مطلب را آن‌طور که بایسته و شایسته‌ی این تحقیق است، ارائه نماییم، لازم است مباحث ذیل را به طور کامل و منفک بررسی نماییم.

۲-۱. ماهیت و منشأ اماره

از ماده‌ی ۳۳ و ۱۹ اصول اجرائات جزایی افغانستان چنین نتیجه‌گیری می‌شود، که اصل گزینه‌ها که مبدأ و پایه‌ی استنتاج است، اماره نامیده می‌شود؛ لذا نظر و موضوع قانون نسبت به اماره از نظر ماهیت، وجود قرائن می‌باشد. در واقع، استدلال

قانون و طرفداران این نظریه، مبین این امر می‌باشد که خود واژه‌ی اماره به معنای علامت است و قرینه‌ها و اوضاع، احوال ماهیت اماره محسوب شده و قاضی آنها را دلایل غیرمستقیم می‌داند.

۲-۲. اقسام و منشأ اماره

اوضاع و احوال و قرائنی که به عنوان اماره می‌تواند دلیل بر امری شناخته شود، گاه به حکم قانون است و یا اینکه در نظر قاضی ممکن است دلیل شناخته شود.

۲-۲-۱. اماره‌ی قانونی

امارات قانونی، اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده؛ مثل امارات مذکور در این قانون از قبیل مواد ۳۳ و ۱۹ و غیر آنها، امارات مطروحه در قوانین دیگر.

۲-۲-۲. اماره‌ی قضایی

اماره‌ی قضایی به استنباط قاضی از اوضاع و احوال نشأت گرفته؛ ولی اماره، الزام به استفاده در این دلیل غیرمستقیم می‌باشد. در زمانی که در اماره‌ی قانونی دلیل کافی نبود، تبعیت از اماره، الزامی است؛ ولی اماره‌ی قضایی در اختیار قاضی مورد استناد است. این نوع اماره را، اماره‌ای شخصی و موضوعی هم می‌توان نامید؛ زیرا ویژگی‌های دعا و نتایج که قاضی در هر اختلاف رسیدگی می‌نماید، به هیچ‌وجه جنبه‌ی نوعی و کلی ندارد. ولی با این حال، اماره‌ی قضایی، دلیل غیرمستقیم محسوب می‌گردد و چون قاضی باید از نشانه‌های موجود بر پایه‌ی احتمال نتیجه‌گیری کند، هیچ‌گاه به یقین نمی‌رسد. برخلاف آنچه که در اماره‌ی قانونی گفته شد، قلمرو اماره‌ی قضایی، محدود به احکام قانونی نیست و غیرمحصور است. در هر دعا، نشانه‌هایی وجود دارد که در اوضاع و احوال خاص نتیجه‌ی معینی را به ذهن دادرس القاء می‌کند.

بنابراین، منشاء اماره یا فرض قانون‌گذار است و یا در نظر قاضی و دادرس است که از بررسی مجموع محتویات دوسیه، قابل استنتاج است و در مقام دلیل می‌تواند محکمه را به واقعیت امر به طور نسبی هدایت کند.

باتوجه به این تقسیم، قرینه در واقع همان اماره‌ی قضایی است که عبارت است از: اوضاع و احوال مقرون با هر دعا که به نظر قاضی مؤید و مثبت اظهارات هریک از طرفین است.

منظور قانون‌گذار از عبارت «قرائن و امارات»، علی‌الاصول همان قرائن و امارات قضایی است. اماره‌ی قضایی یا قرینه، مانند اماره‌ی قانونی، مبتنی بر ظن و احتمال است؛ با این تفاوت که در اماره‌ی قضایی، ظن و احتمالی که برای قاضی حاصل می‌شود، شخصی است نه نوعی؛ یعنی قاضی خود را به کمک قرائن به حقیقت امر

نزدیک می‌سازد و صحت ادعا و اظهارات طرفی را که قرائن به نفع اوست، محرز و مقرون به واقع تشخیص می‌دهد.

۲-۳. تفاوت اماره‌ی قانونی و اصول عملی

اگر به‌طور ظاهری به اماره نگاه کنیم، می‌بینیم که اماره در زمانی حاصل می‌گردد که دلایل مستقیم بر امری را در دسترس نداشته باشیم؛ از این لحاظ، اماره شبیه اصول عملی می‌باشد؛ زیرا اصول عملی، فرضیه‌ای می‌باشد که قانون در زمانی که دلیل بر امری نباشد، از آن استفاده می‌کند: «الاصل دلیل حیث لا دلیل له»؛ ولی اماره از نظر پایه با اصول عملی فرق دارد، زمانی دادرس به اماره توجه می‌کند که دلیل مستقیم را نمی‌یابد.

اماره در هر حال، دلیل محسوب می‌شود و راهی به کشف واقع است، یقین نیست اما ظن نزدیک به یقین است. در حالی که در اصول عملی هدف کشف واقع نیست، بلکه فصل خصومت است و دادرس به خاطر فراغت از دعوی، دست به این امر می‌زند؛ پس در مقام تعارض اماره و اصول عملی، اماره بر اصل حکومت داشته و اصول عملی را از اعتبار ساقط می‌سازد.

۲-۴. تفاوت اماره و فرض حقوقی

اماره‌ها همان‌طور که مکرراً گفته شد، راهی غیرمستقیم برای کشف واقع است؛ در حالی که فرض قانونی، نوعی مجاز حقوقی است؛ چرا که مقنن برای دستیافتن به نتیجه‌ی مطلوب، دست از واقعیت می‌کشد و به مجاز روی می‌آورد. در فرض حقوقی، قانون‌گذار فقط حکم ماهوی را وضع کرده، در مورد این قاعده، نه راه برای آغاز کشف این راه باز گذاشته، نه راهی برای دستیابی به واقعیه‌ی مورد نظر؛ در نتیجه، فرض حقوقی نه با اماره‌ی قانونی قرابت و شباهت داشته و نه با اصل عملی.

۲-۵. اختیار دادرس در استناد به قرائن

اختیار دادرس در مورد اماره‌ی قضایی، برخلاف اماره‌ی قانونی است؛ زیرا دادرس در اماره‌ی قانونی که مفاد آن اجباری است، برخلاف اماره‌ی قضایی عمل می‌کند. محاکم استیناف و هیچ مرجع عالی دیگر احکام قضایی را که حکم خود را به استناد به قرائن و اوضاع و احوال موجود صادر کردند را، نقض نمی‌کند؛ مگر اینکه ستره محکمه شرایط قانونی استناد به اماره را در حکم مزبور مشاهده نکند یا حکم مستند به این نوع اماره بر پایه‌ی بی‌عدالتی مستحکم شده باشد.

۳. دیدگاه‌های فقهای اهل سنت پیرامون امارات و قرائن

با توجه به منابع فقهی، فقیهان اهل سنت به دو گروه؛ موافقان اعتبار قرائن و

امارات و مخالفان حجیت و اعتبار قراین و امارات در زمره‌ی ادله‌ی اثبات دعوا به ویژه دعاوی کیفری از جمله حدود، تقسیم شده‌اند.

۳-۱. دیدگاه و دلایل جمهور فقها

پیروان این رأی که جمهور فقهای شافعیه، حنفیه و بعضی از حنابله هستند، قائل به عدم جواز قضاوت بر طبق قرائن در جرائم حدود هستند و طریق اثبات این نوع از جرائم را منحصر در اقرار می‌دانند و به عبارت دیگر، برای ادله‌ی اثبات، جنبه‌ی موضوعیت قائلند و برای این قول به یکسری ادله از سنت و آثار صحابه استدلال نموده‌اند.

۳-۱-۱. سنت نبوی (ص)

۱) ابن عباس از پیامبر (ص) روایت کرده است: «اگر قرار بود کسی را بدون بینه رجم کنم، باید آن زنی را رجم می‌کردم که در منطق و حالاتش و کسی که بر او وارد شده است، گمان و شک وجود داشت.» (الشوکانی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۶۲؛ بخاری، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۷۰-۷۱)

این روایت دلالت قطعی دارد بر عدم اقامه‌ی حد زنا به وسیله قرائن؛ زیرا، پیامبر (ص) با وجود قرائن و ادله زیاد، هیچ حدی را بر آن زن اقامه نکرد و قرائنی را که دلالت بر ارتکاب جرم زنا می‌کرد را امتثال نکرد. به همین دلیل می‌بینیم که پیامبر (ص) این قرائن را مهمل گذاشته و بر آنها تکیه نکرده است؛ مسأله‌ای که نشانه‌ی ضعف قرائن برای قضاوت است و به همین خاطر قرائن به اندازه‌ی دلیل کافی برای تطبیق حد زنا نمی‌رسند و مانند اقرار و شهادت شهود نیستند.

۲) در روایت دیگری ابن عباس نقل کرده که پیامبر (ص) فرمودند: «مرد شرب خمر کرده بود و مست گردیده به مابین پای خود در حال خنده به پیامبر (ص)، اشاره می‌کرد؛ ولی پیامبر چیزی را بر او امر نکرد.» (بخاری، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۷۰-۷۱)

این روایت نیز دلالت قطعی دارد بر عدم تطبیق حد شرب خمر به وسیله قرائن؛ زیرا مستی، قرینه بر شرب خمر است؛ اما با این حال، پیامبر (ص) هیچ حدی را بر او اقامه نکرد، هرچند حالت مستی به ظاهر نتیجه‌ی شرب خمر است. این روایت هم دلالت می‌کند بر عدم توجه به قرائن در اثبات جرائم حدود.

۳) در روایت دیگر، عایشه از پیامبر (ص) نقل کرده است که: «تا می‌توانید حدود را از مسلمین دفع کنید و هرگاه به نفع مسلمان راهی نجات یافتید، راه را باز کنید؛ زیرا اشتباه قاضی در تطبیق حکم بهتر است از اشتباه در تطبیق مجازات.» (الشوکانی، ۱۴۱۳ق، ص ۲۷۲؛ بخاری، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۷۰-۷۱)

۳-۱-۲. آثاری از صحابه

علاوه بر روایات، آثار و عملکرد صحابه نیز بر عدم جواز قضاوت بر طبق

قرائن دلالت دارد. چنانچه روایت شده که «زنی که ازدواج نکرده بود، ولی حامله شده بود را نزد عمر بن خطاب^(رض) آوردند و عمر از او دلیل ماجرا را سؤال کرد و آن زن جواب داد که من زنی هستم که خوابم سنگین است و در حالت خواب، مردی با من همبستر شد و تا پایان کار بیدار نشدم. با این توضیح، عمر حد را از او برداشت. (ابن قدامه، ۱۳۴۸ق، ص ۱۹۳-۱۹۴)

در روایت دیگری براء بن صبره از حضرت عمر^(رض) نقل کرده که «زن حامله‌ای را نزد خلیفه آوردند و زن ادعا کرد که مجبورش کرده‌اند و خلیفه دستور به آزادی آن زن داد و به سردار لشکرش دستور داد کسی را بدون اجازه‌ی او به قتل نرساند.» (ابن قدامه، ۱۳۴۸ق، ص ۱۹۳؛ بخاری، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۷۰-۷۱)

از حضرت علی^(ع) و ابن عباس نیز روایت شده که وقتی «شاید» و «احتمالاً» در حد پیش بیاید، باید اجرای حد را معطل نمود (تا وقتی به یقین برسند). (ابن قدامه، ۱۳۴۸ق، ص ۱۹۴؛ بخاری، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۷۰-۷۱)

۳-۱-۳. دلیل عقلی

پیروان قول به عدم جواز قضاوت بر طبق قرائن در حد زنا، به یک دلیل عقلی نیز استدلال کرده‌اند و گفته‌اند شریعت اسلامی در اثبات حد زنا سخت گرفته است و حضور چهار شاهد را بر زنا شرط کرده است و حتی اعتراف علیه خود را نیز چهاربار معتبر دانسته است؛ زیرا شدت عقوبتی که برای زنا در نظر گرفته است، می‌طلبد که در اثبات آن، این همه احتیاط کرد (مانند رجم).

حال قرینه بر ارتکاب جرمی مانند زنا مثلاً، یک قرینه‌ی ضعیف است؛ زیرا شک و احتمال در آن راه دارد و دلیل یک حکم نیز زمانی که در معرض احتمال و شک قرار گیرد، قابلیت استدلال ندارد. با این توضیح پس چگونه جایز است که بر چنین قرینه‌ای اعتماد کرد؟ و از کجا معلوم که قرینه‌ی حامله‌شدن در جرم زنا، از روی اجبار نبوده و یا اینکه نزدیکی با زن بین پاهای او اتفاق افتاده، ولی منی به رحم او سرایت کرده باشد و بدون از بین رفتن بکارتش، او را حامله کرده باشد. و امثال این نوع از شک و شبهه‌هایی که تمسک به قرائن را معتبر نمی‌داند. (الترهونی، بی‌تا، ص ۲۰۴-۲۱۲)

دلایل قائلین به عدم جواز اعتماد به قرائن، بنا به دلایل ذیل، قابل نقد و ارزیابی است:

۱) استدلال به روایت نبوی^(ص) برای منع عمل به قرائن مردود است؛ زیرا اولاً، این روایت، دلالت بر منع قضاوت به وسیله‌ی قرائن در اثبات جرائم حدود ندارد. چون‌که این قرائن و اماراتی که در این حدیث آمده، جزء قرائنی است که دلالت بر ارتکاب جرم زنا می‌کند، نیستند و برای اثبات حد زنا؛ مانند قرینه‌ی حمل نیستند.

ثانیاً، کسانی که قائل به جواز قضاوت بر طبق قرائن هستند، قائل به اعتماد بر قرائن ضعیف نیستند؛ بلکه شرط کرده‌اند که قرائن باید قوی باشند و شک و احتمال در آنها راه نداشته باشد؛ مانند قرینه‌ی حامله‌شدن در زنی که ازدواج نکرده و ادعای اجبار هم نکرده باشد.

ثالثاً، قائلین به جواز قضاوت بر طبق قرائن، ضوابط و شرائطی را برای قرائن معین کرده‌اند که باید آن شرائط در قرائن وجود داشته باشد تا بتوان در اثبات جرائم حدود بر آنها تکیه نمود.

(۲) روایتی که در آن پیامبر^(ص) حد شرب خمر را بر کسی که مست بود، جاری نکرد، نیز نمی‌تواند مستند خوبی باشد؛ زیرا:

اولاً، حالت مستی خود قرینه‌ای قوی و قاطعی است که دلالت بر شرب خمر دارد و از شهادت نیز قوی‌تر است و حتی در برخی موارد از اقرار نیز قوی‌تر است؛ زیرا نوعاً انسان مست نمی‌شود، مگر زمانی که شراب یا مست‌کننده‌ای دیگری خورده باشد.

ثانیاً، چه بسا حالت مستی آن مرد در نزد پیامبر^(ص) ثابت نشده بود تا او را از جمله‌ی شاربین خمر قرار داده و بر او حد شرب خمر جاری کند و الا، اگر حالت مستی او ظاهر شده و تأکید شده بود که این مستی، نشانه‌ی شرب خمر است، پیامبر^(ص) حد را بر او جاری می‌کرد.

ثالثاً، چه بسا شرب خمر، غیر از علم به حقیقت خمر و از اشتباه در آن است و نیز با اکراه و اجبار بر شرب خمر تفاوت دارد. پس ممکن است در آن روایت، چیزی غیر از شرب خمر بوده است.

(۳) اما حدیث عایشه مبنی بر درء حدود، نیز راهی برای دلالت بر عدم جواز تکیه بر قرائن در حدود ندارد؛ زیرا مقصود از حدیث، عدم تطبیق حدود است در جایی که ادله‌ی قوی و قطعی بر ارتکاب جرم نداریم و دفع حد از مسلمان، زمانی که ادله‌ی جرم ضعیف و شک و شبهه‌ای در ادله باشد، واجب است. همان‌طور که قبلاً گفته شد، قرائن معتبر در حدود، قرائن قوی و قطعی منظور است که امور در ضمن آنها قطعیت پیدا می‌کنند.

اما زمانی که ادله، اقامه شوند و قاضی قانع شود، در این صورت، تطبیق حد بر طبق قرائن واجب است؛ به‌خصوص در این زمان که ادله‌ی مستقیم و قطعی بسیار کم هستند و کسی که مرتکب جرمی می‌شود، معمولاً دور از دید مردم این کار را انجام می‌دهد تا کسی علیه او شهادت ندهد و خود او نیز اقرار و اعتراف علیه خودش نمی‌کند، به جز در موارد بسیار نادر. از این‌رو چاره‌ای جز اعتماد بر قرائن قوی و قطعی وجود ندارد که اگر بر همین قرائن هم تکیه و اعتماد نشود، کل حدود تعطیل

می‌شود.

۴) روایتی که از نوع قضاوت جناب خلیفه در مورد زنی که ازدواج نکرده بود و باردار شده بود، ولی او را حد نزد، نیز نمی‌تواند مستند حکم به عدم جواز تکیه بر قرائن شود؛ زیرا، آن زن در جواب سؤال حضرت عمر جواب داد که آن مرد در حالت خواب با او هم‌بستر شده که مصداق اکراه است و زن مجبور شده. نزد تمام فقهاء وقتی اکراهش اثبات شود، نمی‌توان حد زنا را بر او منطبق نمود و چیزی که خلیفه را از اقامه‌ی حد بر او منع کرد، همان اکراه است و اگر اکراه نبود، خلیفه اقامه‌ی حد را ترک نمی‌کرد. چون جناب خلیفه در منبر اعلام کرده بود که هرکس نشانی از حامله‌شدن بدون شوهر در او ظاهر شود، باید حد زنا بخورد. (اما در اینجا بحث اکراه، او را از اقامه‌ی حد منع کرد.)

۵) روایتی نیز که از حضرت علی^(ع) نقل شده بود که وقتی اما و اگر در دلیل باشد، نمی‌توان اقامه‌ی حد کرد، نیز نمی‌تواند مستند حکم این گروه باشد؛ زیرا امام^(ع) تصریح کرده است به وجوب حد زنا در مورد زنی که آثار حاملگی دارد، بدون اینکه ازدواج کرده باشد و اکراهی در کار باشد.

۶) اما دلیل عقلی این گروه نیز نمی‌تواند دلیل بر ادعای این گروه باشد؛ زیرا فقهایی که قائل به جواز قضاوت بر طبق قرائن هستند، شرائط و ضوابطی را برای آن قرار داده‌اند که باید آن شرائط در قرینه‌ای باشد تا طبق آن، قضاوت کرد و آنان بر قرائنی تکیه می‌کنند که قوی و قطعی بوده و بر ارتکاب جرم دلالت کنند. اما قرائن ضعیفی که در آنها شک و شبهه راه دارد، هیچ‌کس قائل به جواز قضاوت بر طبق آنها در جرائم حدود نشده است.

۲-۳. دیدگاه فقهای مالکی و ابن قیم حنبلی و امثال آنها

پیروان این نظریه، قائل به جواز قضاوت بر طبق قرائن در جرائم حدود هستند؛ اما در این رأی، به دو روش و یا نحله تقسیم می‌شوند:

۱-۲-۳. روش و نحله‌ی اول

این دسته، قائل به جواز قضاوت بر طبق قرائن در تمام جرائم حدود هستند و فرقی بین ادله‌ی مباشر؛ مانند اقرار و شهادت، و بین قرائن قائل نشده‌اند و همه‌ی ادله‌ی اثبات جرم را مساوی می‌دانند. از جمله‌ی این افراد، ابن قیم جوزی و امثال او هستند.

۲-۲-۳. روش و نحله‌ی دوم

این دسته، اعتماد بر قرائن را در برخی از جرائم حدود جائز می‌دانند، نه در تمام آنها. از جمله قائلین به این قول، فقهاء مالکی و امثال آنها هستند و هر دو دسته، برای اثبات قول خود به ادله‌ای استدلال کرده‌اند که در ذیل بیان می‌گردد.

۳-۲-۲. دلایل قائلین به جواز

۱-۳-۲. روایت صحابه

(۱) مالک از ابن شهاب از صائب بن یزید روایت کرده که گفته: عمر بن خطاب روزی به سمت آنان رفته و گفته است: «من از فلانی بوی شراب استشمام کردم و از آنچه نوشیده بود، از او سؤال کردم تا اگر مست بود او را شلاق بزنم و چون ثابت شد او را حد تمام زد.» (مالک بن انس، ۱۹۸۴م، ص ۶۰۷)

(۲) عبد الله بن عباس گفته است که از عمر بن خطاب شنیده که گفت: «حد رجم (سنگسار) در قرآن حقی است برای خداوند بر کسی که زنا کرده، چه مرد باشد و چه زن؛ اگر محصنه بوده و بینه‌ای بر آنها اقامه شود و یا اعتراف کنند.» (مالک بن انس، ۱۹۸۴م، ص ۵۹۲)

(۳) مسلم از حصین بن منذر الرقاش روایت کرده که گفته است: «من شاهد بودم که ولید بن عقبه را نزد عثمان آوردند و علیه او شهادت داده شد که خمر تولید کرده است، شخص دیگر شهادت داد که او خمر نوشیده است و شخص دیگری شهادت داد که او را در حالت قی کردن خمر دیده است و عثمان گفت: ولید قیء نکرده خمر را، مگر نوشیده باشد؛ پس دستور داد حد بر او جاری کنند و حد نیز جاری شد و او را زدند.» این روایت را مسلم نقل کرده است. (مسلم القشیری، ۱۴۰۷ق، ص ۲۱۶)

(۴) روایات دیگری نیز از صحابه نقل شده که به طور مجمل بر جواز قضاوت بر طبق قرائن در جرائم حدود دلالت دارند. (الترهونی، بی‌تا، ص ۲۰۷)

۲-۳-۳-۲. اجماع

صاحبان این نظر، ادعا کرده‌اند که صحابه در جرائم حدود بر طبق قرائن قضاوت نموده‌اند و نمونه‌های قضاوت آنان نیز مشهور است و در عصر خود صحابه نیز کسی با آنان مخالفت نکرده است و همین امر اجماعی محسوب می‌شود بر عمل به قرائن و قضاوت بر طبق آنها در جرائم حدود. فقهاء مالکیه نیز این عمل بر طبق قرائن را قول بزرگان صحابه تلقی نموده‌اند که در عصر خودشان مخالفی نداشته‌اند و همین، اجماع بر جواز قضاوت بر طبق قرائن است. (عوض محمد، ۲۰۱۰م، ص ۳۰۰)

۳-۳-۲. دلیل عقلی

ابن قیم گفته است: «منظور از عمل بر طبق قرائن این است که شارع حکم در حفظ حقوق را بر شهادت دو مرد متوقف نکرده است (البته در غیر جان و مال و ناموس) بلکه خلفاء و صحابه در زنا به ظاهر و در خمر به بو و قی کردن و یا در سرقت به کسی که مال نزد اوست که همگی قرینه هستند بر قرائن، اعتماد نموده و قضاوت کرده‌اند.» (ابن القيم الجوزیه، ۱۴۰۷ق، ص ۸۷)

زمانی که شبهه‌ای برای یک قرینه عارض شود، همین احتمال عروض شبهه

در شهادت شاهد نیز وجود دارد؛ بلکه احتمال اشتباه و توهم و دروغ شاهد بیشتر از عارض شدن شبهه بر قرینه است. پس اگر حد به خاطر عروض شبهه بر قرینه تعطیل شود، پس حد به خاطر امکان عروض شبهه بر شهادت به طریق اولی تعطیل می‌شود. (ابن القیم الجوزیه، ۱۴۰۷ق، ص ۸۸)

۴-۳-۲. مناقشه‌ی جمهور فقهاء در ادله‌ی قول به جواز

(۱) جمهور فقهاء گفته‌اند، آنچه از جناب عمر بن خطاب (رض) نقل شده که حد شرب خمر را به صرف بوی شراب جاری کرد، نمی‌تواند دلیل خوبی باشد برای حکم به جواز قضاوت بر طبق قرائن؛ زیرا عمر حد شرب خمر را به خاطر بوی شراب جاری نکرد، بلکه از او سؤال نمود و وقتی که اقرار کرد، حد را بر او جاری نمود. (الترهونی، بی‌تا، ص ۲۱۱)

رد بر این قول جمهور این است که حضرت عمر به مجرد استشمام بوی شراب در مورد شراب سؤال کرد که آیا مست‌کننده است یا خیر؟ و زمانی که فهمید که مست‌کننده بوده، حد را اقامه کرد و بوی شراب را حمل بر شرب خمر نکرد؛ زیرا اکتشاف جرم از طریق بو بوده است و اگر بوی شراب نبود، عمر نمی‌توانست بفهمد که او شراب خورده یا خیر. (الترهونی، بی‌تا، ص ۲۱۲)

(۲) اما استدلال قائلین به جواز به روایت عمر بن خطاب در مورد حکم به اقامه‌ی حد زنا به خاطر قرینه‌ی حامله بودن، هم نمی‌تواند دلیل بر جواز قضاوت بر طبق قرائن باشد؛ زیرا در روایت آمده که عمر صرف حامله بودن را دلیل اقامه‌ی حد ندانسته است. حتی اگر همین مقدار را دلیل عمر برای اقامه‌ی حد بدانیم باز هم این روایت با آنچه که از پیامبر (ص) روایت شده که به صرف وجود قرینه، حکم به اجرای حد نکرده، در تعارض است. حال آنکه احکام باید از صاحب شریعت که پیامبر (ص) است گرفته شود و جائز نیست قول و فعل او تعطیل شود و به قول و فعل غیر او تمسک شود. (الترهونی، بی‌تا، ص ۲۱۲)

(۳) اما آنچه از جناب عثمان روایت شده که حد شرب خمر را بر طبق قرینه (قیء کردن) جاری نمود هم، حجت قول به جواز حکم بر طبق قرائن نمی‌شود؛ زیرا عثمان حد را به خاطر شهادت شاهی که شرب خمر ولید را دیده بود و قرینه قیء کردن ولید، جاری نمود؛ زیرا قرینه قیء کردن به وسیله شهادت شاهد به یک دلیل قطعی تبدیل شد که می‌توان طبق آن حکم نمود. (الترهونی، بی‌تا، ص ۲۱۲)

(۴) قول به اجماع صحابه در جواز حکم بر طبق قرائن نیز از نظر جمهور فقهاء نمی‌تواند حجت جواز باشد؛ زیرا وقتی این اجماع مخالفی؛ مانند جمهور فقهاء، دارد، اعتباری ندارد؛ چون اصلاً اجماعی حاصل نشده است. (الترهونی، بی‌تا، ص ۲۱۲)

(۵) استدلال به دلیل عقلی نیز، حجت خوبی برای حکم بر طبق قرائن نیست؛

زیرا ادله مباشر مانند اقرار و شهادت از قرائن قوی‌تر هستند؛ چون قرائن در معرض شبهات و احتمالات هستند و وقتی شک و شبهه در دلیلی وارد شود، از نظر شرعی نمی‌تواند مستند حکم قرار گیرد و جائز نیست که در بناء احکام جانی در جرائم حدود، به‌خصوص بر آنها اعتماد نمود. (الترهونی، بی‌تا، ص ۲۱۳)

۴. دیدگاه مختار و مرجحات آن

بعد از اینکه دیدگاه جمهور فقها که قائل به عدم جواز حکم بر قرائن در جرائم حدود را بیان کردیم و سپس دیدگاه فقهاء مالکی و ابن قیم و امثال آنها را نیز همراه مستندات ایشان مطرح نمودیم، برای ما به خوبی واضح می‌گردد که نظر بهتری که می‌توان به آن اعتماد کرد و عقل نیز آن را می‌پسندد، همان رأی فقهاء مالکی است که قائل به جواز قضاوت بر طبق قرائن در جرائم حدود هستند. دلیل ترجیح و برتری دیدگاه آنان چند مطلب است، از جمله:

۱) ادله‌ای که قائلین به جواز به آنها استدلال کرده‌اند، قوی‌تر است و کم‌تر در معرض نقد قرار می‌گیرد و حال آنکه ادله‌ی قائلین به عدم جواز، صلاحیت استدلال نداشته و در برابر ادله‌ی اینان ضعیف‌ترند.

۲) قضاوت بر طبق قرائن در جرائم حدود، امری مأثور و مرسوم در نزد صحابه و خلفاء بوده است.

۳) اگر قول جمهور را که قائل به عدم جواز حکم بر طبق قرائن هستند، قبول کنیم، باید تطبیق حدود بر مجرم و نیز اقامه‌ی حدود را در عصر حاضر تعطیل کنیم؛ چون در جرائم حدود کم‌تر اتفاق می‌افتد که ادله‌ی مباشر؛ مانند اقرار و اعتراف، وجود داشته باشد. چون کم‌تر کسی علیه خودش اعتراف می‌کند، بلکه سعی می‌کند در خفاء مرتکب جرم شود و دور از چشم مردم عمل می‌کند تا کسی علیه او شهادت ندهد.

در نتیجه، راهی نیست جز اینکه بر طبق قرائن قضاوت شود و بر آنها اعتماد شود و در احکام جنائی در جرام حدود، بنا را بر تبعیت از قرائن گذاشت.

۴) قرائن به عنوان یکی از ادله قوی و قطعی برای اثبات جرم، شناخته شده‌اند و شک و احتمالی در آنها راه ندارد؛ مگر در موارد بسیار نادر. اما قرائن که شک و شبهه در آنها راه پیدا کند مورد اعتنا نیستند. پس فقهای قائل به جواز قضاوت بر طبق قرائن شده‌اند، بر قرائن قطعی اعتماد نموده‌اند. ضمن اینکه همان مقدار که شک و شبهه در مورد قرائن وجود دارد، در مورد اقرار و شهادت نیز وجود دارد. در برخی موارد، قرائن حتی از اقرار نیز قوی‌تر هستند؛ زیرا قرائن دلیل‌های محسوسی هستند که با حس ظاهری درک می‌شوند، اما شهادت و اقرار، خبرهایی هستند که شک و

احتمال کذب در مورد آنها راه دارد. چون گاهی اقرار به خاطر علتی است (مثلاً به خاطر دلسوزی جرم کسی را به عهده بگیرد) و یا شهادت گاهی به خاطر زور است.

۵. جایگاه امارات و قرائن در حقوق افغانستان

در نظام حقوقی افغانستان به تصریح ماده‌ی ۳۳ قانون اصول اجراءات جزایی، امارات و قرائن، در ردیف ادله‌ی اثبات دعوا قرار گرفته است و قانون‌گذار به دلیل اهمیت و جایگاه بلند آن در راستایی احقاق حق و حرکت از مرحله‌ی ثبوت تا رسیدن به مرحله‌ی اثبات، مقررات قانونی حاکم بر مساله را ضمن مواد ۹۸۳-۱۰۳۴، هرچند ناقص تبیین نموده است.

منظور از قرائن، هر امر معلومی است که به وسیله‌ی آن، کشف از امر مجهولی که مورد ادعا است، می‌شود. امارات کاشف از واقع هستند؛ یعنی برای قاضی، علم نسبی را در پی دارد. برخلاف اصول عملیه (اصول عقلیه) که به هیچ‌عنوان، کشف از واقع نمی‌کنند و متکفل اثبات نبوده و فقط قاطع دعوا می‌باشند. به همین سبب است، در جایی که اماره باشد، دیگر نوبت به اصول عملیه نمی‌رسد؛ زیرا معروف است که «الاصل دلیل حیث لا دلیل»؛ اصل در جای دلیل به حساب می‌آید که هیچ دلیل دیگری در میان نباشد.

با توجه به اینکه در قوانین افغانستان، مخصوصاً قوانین جزایی، به نظر می‌رسد که در حقوق موضوعه‌ی افغانستان، ادله‌ی اثبات طریقیّت داشته باشد، نه موضوعیّت. این مدعی از بعضی مواد قانونی که در ارتباط با جرایم و ادله‌ی اثبات و هم‌چنین کیفیّت ارائه و بررسی ادله‌ی اثبات وجود دارد، قابل اثبات است.

در ماده‌ی ۲۷۲ اصول محاکمات مدنی مصوب ۱۳۶۸ نیز موارد ذیل به عنوان ادله‌ی اثبات ذکر شده است:

«وسایل ثبوت که اسباب حکم را تشکیل می‌دهد: اقرار، بینه (اسناد، شهود، قرائن قاطعه و مستنبطه) یمین و نکول. قرائن مستنبطه از جمله قرائنی است که شخص قاضی از اوضاع و احوال و بررسی و تحقیق محل به دست می‌آورد، بر خلاف قرائن قاطعه، که در قانون ذکر شده و مستنبط نیست.

در بند ۱۳ ماده‌ی ۳۷ قانون اجراءات جزایی (مصوب ۱۳۸۲)، وسایل و مدارک اثبات جرم عبارتند از: شهود، مقابله، شناسایی متهم به طور بالمواجه، تفتیش محل، تلاشی، ضبط اشیاء، ارزیابی و معاینات تخصصی، و استنتاج.

چنانچه معلوم است، این ماده‌ی قانونی تنها از ادله‌ی شرعی بیان نشده، بلکه از ادله‌ی جدید علمی نیز یاد شده که خود بیان‌گر این مطلب است که حقوق افغانستان ادله‌ی اثبات را منحصر به تعداد خاص نمی‌داند تا ظن و گمان به موضوعیت داشتن

ادله‌ی اثبات در اذهان تبادر نماید.

در قانون مذکور، راجع به ارزش دلایل اثباتی سخن گفته و ارزش اثبات آن را منوط به این می‌داند که متهم و یا وکیل مدافع وی در هنگام شهادت شهود، حضور داشته باشد و توان دفاع از خود داشته باشد: «اوراق شهادت شهود و معاینات تخصصی اهل خبره، که در جریان تحقیق جمع‌آوری گردیده است، می‌تواند اساس تصمیم را تشکیل دهد؛ مشروط بر اینکه نتایج نشان دهد که متهم و وکیل مدافع منتخب در هنگام جریان تحقیق حاضر بوده و در موقعی قرار داشته‌اند که بتوانند سؤال یا اعتراض خویش را ارائه دهد در غیر آن، اسناد فوق صرف جنبه‌ی قرینه را دارا می‌باشد.» (قانون اجراءات جزایی، ۱۳۸۲، ماده ۵)

آنچه از ماده‌ی قانونی فهمیده می‌شود عبارت است از اینکه قانون‌گذار، انواع ادله‌ی اثبات؛ اعم از ادله‌ی شرعی و غیر آن، را به عنوان یک وسیله و طرق کشف حقیقت نگاه می‌کند. ادله‌ی اثبات در صورت ارزش اثباتی دارد که حقیقت و واقعیت از آن کشف شود. دقیقاً به همین لحاظ است که توان دفاعی متهم و وکیل وی را در هنگام ابراز و اقامه‌ی دلیل اثبات، شرط می‌داند؛ زیرا این احتمال وجود دارد که شاهد و یا هر ادله‌ی دیگری به صورت کذب و یا جعلی اقامه شده باشد.

حضور متهم و وکیل مدافع در دفاعیات و سؤالاتی که از جانب متهم و وکیل مدافع مطرح می‌شود، ممکن است پرده از دروغ و یا جعلی بودن ادله‌ی اثبات بردارد. در این صورت، قاضی کیفری، حق رأی به مجرم بودن شخص متهم نخواهد داشت، بلکه مجبور به صدور رأی عدم ورود اتهام در باره‌ی متهم خواهد شد.

باز هم در همان قانون آمده است: «محکمه در همه‌ی حالات می‌تواند در جلسات قضایی از شهود و متهم سؤال نماید و عند الاقتضاء آنها را به مقابله‌ی نظریات امر نماید.» (قانون اجراءات جزایی، ۱۳۸۲، ماده ۵۳)

ماده‌ی فوق به خوبی نشان از طریقت ادله دارد؛ زیرا مخیر نمودن محاکم و قضات در سؤال نمودن از شاهدان، وجهی به جز این نخواهد داشت که با سؤال نمودن از شاهدان، دادگاه بهتر می‌تواند به واقعیات امر واقف گردد، درست بودن و نبودن شهادت را تشخیص دهد و الا، اگر صرف شهادت دادن شاهدان مورد قبول باشد، ممکن است شاهدان قبل از جلسه‌ی شهادت با هم در مورد موضوع شهادت، تباہی نمایند که همه در حضور محکمه یک حرف را بزنند.

در ماده‌ی مذکور آمده است: «محکمه می‌تواند شهادت شهود و نظریات اهل خبره که قبلاً در محکمه‌ی ابتدائیه، بیان گردیده است را استماع نموده و دلایل جدید را به مقصود صدور حکم جستجو و فراهم نماید.» از ماده‌ی ۶۹ و موارد ذکر شده‌ی قبلی چنین به دست می‌آید که معیار اثبات از دیدگاه حقوق کیفری افغانستان، قناعت

و اطمینان دادگاه به دلیل ارائه شده به پیشگاه آن است. قاضی بر اساس تحقیقاتی که خودش انجام می دهد، از هر دلیل یا قرینه‌ی ارائه شده، اعتقاد به مجرمیت یا برائت متهم پیدا می کند. براساس همان عقیده خودش حکم لازم را صادر می کند.

نتیجه و پیشنهاد

بامطالعه در علم فقه و حقوق به ویژه متون فقهی اهل سنت و قوانین حقوقی افغانستان، به این نتیجه می رسیم که امارات و قرائن در میان ادله‌ی اثبات دعوا، از اهمیت گسترده‌ای برخوردار است. در عصر و زمانه‌ی ما، یکی از بهترین و آسان ترین راه‌هایی که می توان به کمک آن، عدالت را اجرا و حق را به ذی حق رساند، بهره‌مندی از امارات و قرائن در دعاوی کیفری و حقوقی می باشد.

البته این نکته را نباید از نظر دور داشت که منظور از نقش امارات و قرائن در اثبات جرایم، امارات قضایی و طریقت داشتن ادله‌ی اثبات است؛ زیرا رعایت عدالت و انصاف قضایی، احقاق حقوق صاحبان حق و حراست و پاسداری از نظم و امنیت، در گرو آن است که دادرس و قاضی رسیدگی کننده باید در کشف واقع، دستش باز باشد تا با استفاده از هرگونه قرینه و اماره مبنی برکشف واقع، حکم عادلانه را صادر نماید. جمعی از فقهای اهل سنت (بخلاف جمهور فقها) و نظام حقوقی افغانستان، مشروعیت جواز استفاده از امارات و قرائن را به طور اجمال در اثبات جرایم حدی، تایید کرده و دیدگاه جمهور را با نقد و ایراداتی مردود دانسته اند.

پیشنهاد می گردد، قانون گذار افغانستان، میزان اعتبار و نقش اثباتی امارات و قرائن را به صورت کاملاً روشن، تبیین نماید، تا محاکم قضایی و دادرس های محترم از این ابزار و فرصت بسیار مهم، جهت اصدار حکم و عملی کردن آرای خویش استفاده ی لازم را ببرند.

فهرست منابع

الف) کتاب‌ها

۱. الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى (٢٠٠٨) تاج العروس من جواهر القاموس. بی‌جا: طبعة الكويت، چاپ دوم.
۲. الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي (١٤١٥ق). مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج. بی‌جا: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
۳. الشوكاني اليمني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (١٤١٣ق). نيل الأوطار، مصر: دار الحديث، الطبعة الأولى.
۴. بخارى، محمد بن اسماعيل (١٤١٠ق). صحيح بخارى. استانبول: مكتبة الاسلاميه لنشر والتوزيع.
۵. معين، محمد (١٣٨٠). فرهنگ فارسی معین، تهران: انتشارات امیر کبیر، چاپ هجدهم.
۶. دهخدا، علی اکبر (١٣٧٢). لغت‌نامه‌ی دهخدا. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (١٣٩٣). ترمینولوژی حقوق. تهران: نشر گنج دانش.
۸. جرجانی، علی بن محمد (١٤٢٨ق). التعريفات. بیروت: دار النقاش، چاپ دوم.
۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (١٤١٢ق). بیروت: دار العلم، چاپ اول.
۱۰. ناصر، محمد (١٤٢٨ق). بركات اليمين القضائيه فی الاثبات. دمشق: دار اضواء، چاپ اول.
۱۱. سنه‌وری، احمد (بی‌تا). الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید. بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم.
۱۲. صاحب بن عباد، اسماعیل (١٤١٤ق). المحيط فی اللغة. جلد نهم. بیروت: عالم الكتاب، چاپ اول.
۱۳. ابن ابی جمهور (١٤٠٥ق). عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیّه. قم: چاپ مجتبی عراقی.
۱۴. ابن اثیر (١٩٦٣). النهایه فی غریب الحديث والاثار. قاهره: چاپ طاهر احمد زاوی و محمود محمد طناحی.
۱۵. مالک بن انس (١٩٨٤م). الموطأ. بیروت: دارالنفایس، طبع ۸.
۱۶. القشیری، مسلم بن الحجاج (١٤٠٧ق). صحيح مسلم (جلدی). بیروت: موسسه عزالدین.
۱۷. عوض، محمد (٢٠١٠م). دراسات فی الفقه الجنائی الاسلامی. اسکندریه: المطبوعات الجامعیه اسکندریه.
۱۸. ابن القیم الجوزیه، محمد بن ابی بکر (١٤٠٧ق). اعلام الموقعین عن رب العالمین. بیروت: المكتبة العصریه.
۱۹. ابن قدامه، ابو عبد الله بن احمد (١٣٤٨ق). المغنی. بی‌جا: مطبعة المنار، چاپ اول.

ب) قوانین

۲۰. کود جزا (١٣٩٦). کابل: نشر وزارت عدلیه.

۲۱. قانون اصول اجرائات جزایی (۱۳۹۲). کابل: وزارت عدلیه.

۲۲. قانون اصول محاکمات مدنی (۱۳۶۸). کابل: وزارت عدلیه.

۲۳. اصول محاکمات تجارتي (۱۳۸۷). پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان.

مقایسه‌ی بیمه و عاقله از منظر فقه

محمد عیسی فهیمی*

* پوهنیار (استادیار)، ماستر فقه و شرعیات، کادر علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان.

چکیده

گسترش کاربرد بیمه به خصوص پرداخت بیمه در هنگام بروز برخی حوادث غیرعمدی که در متون فقهی نهاد عاقله متکفل آن است، موجب مقایسه‌ی برخی از انواع «بیمه» با نهاد فقهی «عاقله» گردیده است؛ به‌ویژه با توجه به شباهت‌ها و همانندی‌هایی که نهاد فقهی عاقله با برخی از انواع بیمه دارد. مهم‌ترین وجه شباهت این دو نهاد، همان روح معاضدت و همیاری در صورت وقوع فجایع تلخ و ناگوار و حمایت مالی از اشخاصی است که ناخواسته بدان گرفتار شده‌اند. عاقله را هرچند نمی‌توان و نباید دقیقاً و به صورت قطعی، منطبق با بیمه‌ی اصطلاحی و رایج تلقی نمود؛ چه آنکه میان این دو تفاوت‌هایی وجود دارند که مانع انطباق بیمه بر عاقله است، ولی در عین حال، نمی‌توان به انکار شباهت کارآیی عاقله در گذشته با برخی بیمه‌های امروزی پرداخت.

واژه‌های کلیدی: دیه، عاقله، بیمه، ضمان، فقه.

بحث بیمه به عنوان عقدی از عقود مستحدثه، در فقه از سابقه‌ی چندانی برخوردار نیست. بیشترین بحث‌ها در متون فقهی بر دلایل جواز و مشروعیت و دلایل عدم مشروعیت آن تمرکز یافته است. طرفداران مشروعیت بیمه بیشتر به عمومات صحت عقد و تطبیق عقود مشروع و معین، در صدد اثبات مشروعیت عقد بیمه برآمده‌اند و مخالفان، برای اثبات عدم مشروعیت بیمه، بر نقاطی؛ چون غرری و ریسک‌پذیری، ربوی بودن، شباهت بیمه با قمار، تعلیق در عقد بیمه، استدلال و این موارد را از موانع صحت بیمه برشمرده‌اند. برخی هم سعی نموده‌اند با یافتن شباهت‌هایی، برخی انواع بیمه را با نهاد مشروع عاقله در اسلام مقایسه و با قیاس بیمه برآن، به بیمه شکل و شمایل شرعی ببخشند. در نوشتار پیش‌رو، دلایل موافقان و مخالفان مشروعیت بیمه به اجمال اشاره و در خصوص مقایسه‌ی بیمه با عاقله، دیدگاه‌های ارایه‌شده به بررسی گرفته می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

برای فهم رابطه‌ی بیمه با نهاد عاقله در اسلام، تعریف مفاهیم کلیدی، از اولویت و اولیت جدی برخوردار است؛ به همین جهت، مفاهیمی؛ چون بیمه، عاقله و دیه تعریف و سپس ارکان و شرایط آن بررسی خواهد شد.

۱-۱. مفهوم دیه

دیه که جمع آن دیات به کسر دال و تخفیف یاء است، از ریشه‌ی «ودی» مأخوذ است، که حرف «واو» از اول آن حذف شده و حرف «ها» در آخر کلمه به جای «واو» قرار گرفته است. ودی در لغت معانی مختلفی دارد؛ هم‌چون جاری شدن چیزی، جاری شدن چیزی مایع و.... هنگامی که این کلمه به صورت دیه در می‌آید، معنای خون‌بهای مقتول یا عضو را پیدا می‌کند و این معنا به معنای اصلی کلمه نیز نزدیک است؛ زیرا عامل خون‌بها ریختن و جاری کردن خون مجنی علیه است. دیه، مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو پرداخت می‌شود. (جمشیدی، بی‌تا، ص ۱۲) پس دیه عبارت است از پرداختن خون‌بهای مقتول، که در زبان عربی «ودی القاتل» یا «ودیه القتل» به معنای اعطای خون‌بهای مقتول می‌باشد. البته بعدها واژه‌ی «دیه» بر هر مال مبدول که حق مجنی علیه است، اطلاق شده؛ خواه مجنی علیه به قتل رسیده باشد یا به قتل نرسیده باشد. گاهی دیه را عقل نیز نامیده‌اند؛ زیرا مانع ریختن خون انسان می‌گردد و از معانی عقل هم منع است. در اصطلاح فقهی و شرعی، دیه عبارت است از مال واجب بر جانی در اثر جنایت او بر انسان آزاد؛ چه جنایت بر جان انسان آزاد و یا بر عضو او باشد و چه مقدار آن معین باشد، یا نه. و البته مال واجب بر جانی را در اثر جنایتی که انجام می‌دهد در صورت عدم تقدیر، ارش و حکومت نامیده‌اند. (مشکینی، بی‌تا، ص ۲۴۹) و خلاصه، «دیات اموال ثابت بر ذمه‌ی انسان به سبب جنایت بر انسان آزاد است. دیات جمع دیه، عبارت است از اموالی معین در شرع که به سبب آسیب زدن به انسانی آزاد؛ اعم از جان، اعضا و منافع او، بر ذمه‌ی جانی ثابت می‌شود. به خسارت پرداختی که مقدار آن در شرع معین

نشده، ارش و حکومت گویند. (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۶۷۱)

۱-۲. مفهوم عاقله

عاقله جمع عقل به کسی اطلاق می شود که دیه را می پردازد: (عبدالرحمان، بی تا) «بدان که عاقله، جمعی اند که خون بهای کسی را که خویش ایشان از روی خطا کشته باشد، می دهند؛ چون پدر و فرزند و خویشان پدری.» (عاملی، بی تا، ص ۹۸۵) دراینکه چه کسانی عاقله گفته می شود، میان فقهای مذاهب اسلامی، اختلاف نظر است؛ اما در مورد اینکه چرا این افراد را عاقله نامیده اند، وجوهی گفته شده است:

۱) برخی معتقدند، واژه‌ی عاقله از عقل اخذ شده و عقل به معنای منع است. هم چنان که عقل انسان را از ارتکاب امور نادرست منع می کند، عاقله نیز جانی را از تکرار ارتکاب این نوع خطا (قتل خطایی) منع می کند و جانی را به احتیاط و خودنگهداری و خویشنداری فرامی خواند. این وجه با این ایراد روبرو شده که پرداخت دیه توسط عاقله، مربوط به قتل خطایی است و در قتل خطایی، قاتل، امری خلاف احتیاط را مرتکب نشده؛ بلکه حادثه‌ای تصادفا رخ داده و قاتل از روی عمد قتل را مرتکب نشده تا او را ملامت و توصیه و سفارش به عدم تکرار نماییم، و در نتیجه، وجهی که برای تسمیه‌ی عاقله گفته شده، نادرست است. جواب ایراد مزبور این است که درست است که قتل خطایی از روی تصادف صورت گرفته؛ ولی از آنجا که بسیاری از جنایات و کارهای نادرست غیر عمدی، نتیجه‌ی بی دقتی و ناشی از بی احتیاطی است؛ لذا درست است که ما افرادی را که از وقوع این نوع جنایات جلوگیری می کنند، «عاقله» بنامیم؛ افرادی که جانی را به تدبیر و تأنی دعوت می کنند.

تسمیه و نام گذاری بستگان پدری قاتل به عاقله، به این جهت است که در برخی قبایل، این افراد صد شتر را با خود می بردند و در نزد اولیای دم مقتول خطایی، می بستند.

۲) برخی هم گفته اند، وجه تسمیه‌ی اقارب قاتل به عاقله به این جهت است که بستگان قاتل زبان ملامت گران را می بستند و با پرداخت دیه به اولیای مقتول، خود را از شماتت و ملامت آنان می رهانیدند.

۳) وجه چهارم بر گرفته شده از سخنان برخی فقها و لغویین است و آن اینکه، در جاهلیت اگر شخصی کسی دیگری را به قتل می رساند، قبیله‌ای قاتل به دفاع از قاتل برخاسته و از انتقام گیری قبیله‌ای مقتول جلوگیری می نمودند و تفاوت نمی گذاشتند میان اینکه قاتل از روی عمد و ظالمانه کسی را می کشت و یا از روی خطا و تصادف. با آمدن اسلام، این تعصب ظالمانه لغو و اسلام اعلان نمود که حمایت قبیله از افراد خودش درست است؛ اما نه به صورت مطلق. قبیله در صورتی حق حمایت از افراد خویش را دارند که قاتل قتل را به صورت خطای محض انجام داده باشد و این حمایت هم باید از طریق پرداخت دیه‌ی مقتول باشد و عاقله را از این جهت به این نام مسمی نموده اند که از انتقام گیری ظالمانه‌ی قبیله‌ی مقتول جلوگیری می کند. (مکارم شیرازی، بی تا، ص ۲۱۶)

۳-۱. مفهوم ضمان

واژه‌ی ضمان از نظر لغوی به معنای التزام، کفالت، غرامت است. برخی ضمان را از ماده‌ی ضم و به معنای ضمیمه شدن چیزی به چیزی و برخی آن را از ماده‌ی ضمن به معنای ضمانت، کفالت، تصرف و... دانسته‌اند. (عبدالرحمن، بی تا، ج ۲، ص ۴۱۴) اما در اصطلاح فقهی، مطلق تعهد و التزام به نفس یا مال را ضمان می‌گویند؛ یعنی تعهد گاه به احضار کسی و گاه به پرداخت مالی (دین) است. در فرض دوم، تعهدکننده یا بدهکار مضمون‌عنه است و یا نیست. تعهد به احضار کسی (کفالت) و به پرداخت بدهی از سوی بدهکار به مضمون‌عنه، حواله و از سوی غیربدهکار، ضمان به معنای اخص نامیده می‌شود. اما در فقه مذاهب اربعه، ضمان التزام به چیزی است که در ذمه‌ی غیر، قرار دارد. (اردبیلی، بی تا، ص ۲۱۸-۲۲۰)

۴-۱. مفهوم بیمه

واژه‌ی بیمه از واژه‌های نو و کم‌سابقه در زبان فارسی است. برخی آن را واژه‌ای فارسی و برخی هم آن را هندی و برگرفته از واژه‌ی «بیم» به معنای ضمانت دانسته‌اند.

۱-۴-۱. تعریف بیمه

در مورد منشأ اشتقاق این واژه، عده‌ای آن را مشتق از واژه‌ی بیم در فارسی به معنای ترس دانسته‌اند. خصوصاً که در عنصر معنوی بیمه، معنای خطر لازم است و در ادبیات فارسی «بیم» به معنای خطر نیز به کار می‌رود؛ مانند «بیم جان» و «بیم موج»، که اکنون در معنای مقابل خود، زدودن ترس و خطر و به معنای آرامش یافتن به کار می‌رود. و عده‌ای منشأ لغت بیمه را، زبان اردو و ریشه‌ی بیمه به معنای ضمانت دانسته‌اند و معنای آن نیز، با همین واژه‌ی هندی منطبق است؛ زیرا به معنای ضمانت مخصوصی از جان و مال است که در تمدن جدید رواج یافته است. (خادمی‌کوشا، ۱۳۹۴، ص ۴۴) معادل کلمه‌ی بیمه در زبان عربی واژه‌ی «تأمین»، «الضمان» و در لاتین «سوکره»، «سیکورتا» و «سکورت» (security) تعبیر می‌گردد. (جمالی‌زاده، ۱۳۷۹، ص ۲۴-۲۹) «تأمین» در زبان عربی از ریشه‌ی «امن» به معنای صیانت، اطمینان، خاطر جمع‌ی، حفاظت، فراهم‌سازی، تضمین، تعهد، ایمنی، بیمه و در یک کلام، حصول اطمینان از دفع خطر است. عقد بیمه را نیز در زبان عربی تأمین می‌گویند؛ بدین جهت که این نوع از عقد، باعث می‌شود که انسان بر خودش و اهلش و دارایی خود از عوارض حیات و خطرات آن، اطمینان پیدا کند. (یوسف درادکه، بی تا، ص ۸۶) بر همین اساس در تعریف اصطلاحی بیمه گفته‌اند: عقدی که در آن، بیمه‌کننده ملتزم می‌شود در هنگام وقوع حادثه یا تحقق خطر به بیمه‌شده یا استفاده‌کننده‌ی بیمه، مبلغی پرداخت کند یا درآمد منظم یا عوض مالی دیگری بدهد و بیمه‌کننده مبلغی به بیمه‌کننده به صورت قسط یا هر نوع پرداخت مالی می‌پردازد. (حسینی، ۱۳۸۵، ص ۱۰۵) به بیان دیگر، عقد بیمه در اصطلاح حقوقی عبارت است از توزیع و تحمیل خسارت و زیان ناشی از حادثه‌ی معین یا غیرمعین اتفاقی یا حتی برای فرد یا اموال و اشیا به عهده‌ی شخص یا اشخاص غیرمتضرر. و در تعریف دیگر، «بیمه پوششی قراردادی است که به موجب آن، یک‌طرف پرداخت تضمین یا غرامت دیگری را در قبال زیان حادث بر اثر واقع‌ی احتمالی یا خطر معین قبل می‌نماید. (خادمی‌کوشا، ۱۳۹۴، ص ۴۷) و در قانون بیمه‌ی افغانستان

آمده است: بیمه عقدی است میان بیمه‌کننده و بیمه‌شونده که طور کتبی صورت گرفته و به موجب آن، بیمه‌کننده در مقابل اخذ حق‌البیمه‌ی معین، جبران خساره‌ی طرف مقابل را متعهد می‌گردد. (قانون بیمه‌ی افغانستان، ۱۳۸۷، ماده‌ی ۳)

۲-۴-۱. ارکان عقد بیمه

باتوجه به تعریف بیمه؛ که عبارت از عقدی است که به مقتضای آن، بیمه‌گر متعهد می‌شود هرگاه خطری واقع شد، مبلغی مورد توافق را به بیمه‌شونده بپردازد، در برابر آنچه که بیمه‌شونده با شرایط خاص، اقساطی را به بیمه‌کننده پرداخت می‌کند، روشن می‌شود که عقد بیمه عقد معاوضی است و معاوضی بودن، از مهم‌ترین ویژگی‌های عقد بیمه است که میان دو طرف صورت می‌گیرد؛ که یکی، شرکت بیمه‌کننده و دیگری، بیمه‌شونده است که هر کدام ازدو طرف عقد، تعهداتی را در برابر همدیگر پیدا می‌کنند. از مجموع تعاریف به‌دست می‌آید که این عقد دارای چند رکن است:

۱) عاقدین (دو طرف قرارداد): که عبارت از بیمه‌کننده (شرکت بیمه) است، «که متعهد می‌گردد در برابر مبلغی به بیمه‌شونده، امنیت بخشد و در زمان وقوع حادثه، به تعهد خودش عمل کند؛ یعنی تمام مفاد بیمه‌نامه را اجرا کند، خواه پرداخت خسارت به بیمه‌شونده باشد، یا ورثه‌ی او یا طلبکاران وی. و بیمه‌شونده شخص حقیقی یا حکمی است که جهت اخذ یکی از انواع بیمه، به نفع خود یا به نفع دیگری، اصالتاً یا وکالتاً بیمه را عقد می‌نماید.» (قانون بیمه، ۱۳۸۷، ماده‌ی ۳، بند ۴) ۲) صیغه و الفاظی که بیمه‌شونده و بیمه‌کننده را مرتبط می‌نماید و در اصطلاح حقوقی، همان وثیقه و سند مکتوبی که تعهدات طرفین را تمثیل می‌کند، صیغه‌ی عقد بیمه شمرده می‌شود؛ زیرا از نظر عرف در شرکت‌های بیمه، معمولاً قرارداد از طریق کتابت صورت می‌گیرد. «بیمه‌نامه، سند حقوقی است که از طرف بیمه‌کننده بعد از قرارداد بیمه به بیمه‌شونده تسلیم داده می‌شود.» (قانون بیمه، ۱۳۸۷، ماده‌ی ۳، بند ۸)

۳) محل عقد (مقودع‌لیه): محل عقد، خودش از عناصر متعددی تشکیل می‌یابد که قدر جامع و مهم‌ترین عنصر آن، همان خطر و احتمال وقوع حادثه در آینده است. (صالح‌العلی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۷) مقصود از محل عقد، موضوع عقد بیمه است؛ یعنی «همان چیزی که عقد بر آن واقع شده است؛ یعنی بیمه‌ی مال یا مسئولیت شخص، موضوع عقد بیمه است. محل عقد در واقع همان چیزی است که خطر آن را تهدید می‌کند. (امیری، ۱۳۹۴) موضوع عقد بیمه، حیات انسان و حیوان که معروض به مرگ یا معلولیت گردیده یا اشیاء، اجناس و ملکیت مشتری است که مواجه به آسیب و خساره می‌شود.» (قانون بیمه، ۱۳۸۷، ماده‌ی ۳، بند ۷)

۳-۴-۱. پیدایش بیمه

بیمه به معنای حمایت، همکاری و تعاون با افراد آسیب‌دیده، پیشینه و قدمت بسیار طولانی و تاریخی به درازای زندگی بشری دارد؛ ولی به عنوان یک نهاد و نظام اجتماعی، تاریخ ظهور آن را به قرن چهاردهم میلادی برمی‌گردانند. در آغاز فقط بیمه‌ی دریایی رواج داشت. کشورهای مجاور دریا، چون در معرض حوادث دریایی قرار داشتند، براساس نیازهای تجاری، نوعی بیمه را پایه‌گذاری کردند که به مالکان و سرنشینان کشتی مربوط و جنبه‌ی خصوصی داشت. (جمالی‌زاده،



۱۳۷۹، ص ۴۸-۴۹) پیدایش بیمه به شکل کنونی و گسترده‌ی آن، به آغاز قرن نوزدهم میلادی برمی‌گردد. در کشورهای اسلامی، بیمه تا قرن سیزدهم هجری، امری ناشناخته بود و پس از این قرن است که بیمه رواج و به اندازه‌ای از اهمیت رسید که بخش‌های مختلف زندگی انسان؛ اعم از تجارت و صنعت، ابزارهای مورد استفاده‌ی انسان، مانند ماشین و... را فراگرفت. (برجی، ۱۳۹۴، ص ۴۷۳)

در ادیان به ویژه دین اسلام، مردم به کمک درماندگان فراخوانده شده و برای ایجاد رفاه عمومی، همکاری در حل معضلات اجتماعی مورد تشویق و تایید قرار گرفته و حمایت از ستم‌دیدگان در اسلام در قالب تأمین اجتماعی و بیمه‌ی تعاونی از طریق واجبات مالی؛ مانند خمس، زکات و صدقات، پی‌گیری شده است. آشنایی مسلمانان با بیمه به مفهوم جدید آن، در دوره‌ی امپراتوری عثمانی شروع شد و اولین قانون مربوط به بیمه‌ی بازرگانی دریایی به نام «سیکورتا» وضع شد. فقهای حنفی، عقد بیمه را در آن دوره، نوعی قمار و شرط‌بندی و معتقد به بطلان و حرمت آن بودند؛ اما بیمه‌ی عمر مسکوت و به علت مخالفت فقهای حنفی مطرح نگردید. در میان انواع بیمه، تنها بیمه‌ی تعاونی مورد استقبال قرار گرفت، سایر انواع بیمه به دلیل ایرادات فقهی؛ چون ربا و شرط‌بندی و تعاون بر اثم، وجود نداشت. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۲۱-۲۳)

بحث در مورد ضوابط شرعی صورت‌ها و انواع عقد بیمه، بیش از شصت سال است که در میان صاحب‌نظران مسلمان مطرح است. برخی از صورت‌های آن به باور بعضی از فقها حرام و به نظر عده‌ی دیگری مشروع و جایز شمرده شده است. اولین سمینارها پیرامون بیمه در سال ۱۹۵۵م در مصر و بعدها در دمشق (۱۹۶۱م) تدویر شد و در کشورهای مسلمان دیگر، تداوم یافت. در این سمینارها، بیشترین جدال بر سر مشروعیت عقد بیمه بود و نظر برتر، ترجیح منع بیمه بر جواز آن بود و در نهایت، به غلبه و پیروزی دیدگاهی انجامید که بیمه‌ی تجاری به‌طور خاص از میان انواع بیمه، تحریم و بیمه‌ی اجتماعی و تعاونی مورد پذیرش قرار گیرد. (زحیلی، ۲۰۰۸، ج ۳، ص ۳۰۷)

۲. نهاد عاقله: مصادیق، شرایط و حدود ضمان عاقله

۲-۱. مصادیق عاقله

در اینکه عاقله چه کسانی هستند، دیدگاه‌های مختلفی در این زمینه مطرح شده است؛ که در ادامه بیان می‌گردد.

۲-۱-۱. اهل دیوان جانی

فقهای حنفی و مالکی می‌گویند، اگر جانی، اهل دیوان باشد، عاقله‌ای که بار پرداخت دیه را بر دوش می‌کشد، در مرتبه‌ی نخست، اهل دیوان جانی هستند و آنان، پرچم‌داران سپاه و جنگجویان هستند، از مردان آزاد، بالغ و عاقل که نام آنان در جریده‌ی حساب ثبت شده است و از بیت‌المال، روزی و عطا دریافت می‌کنند. فرق رزق و عطا آن است که رزق، هزینه‌ای است که در هر ماه و هر روز برای نیاز زندگانی یک لشکر نظامی صرف شود و عطا، مالی است که در سال یک‌بار یا دوبار

به او داده می‌شود. معنای دیوان آن است که امام، سپاهیان خود را به گروه‌هایی تقسیم می‌کند و برای هریک، نماینده و رئیسی را معین می‌نماید و هر گروهی در میان خود معاملات خود را انجام می‌دهند؛ یعنی افراد آن گروه، بعضی عاقله‌ی بعض دیگر می‌شوند.

۲-۱-۲. عشیره‌ی جانی

نزد فقهای شافعی، عشیره کسانی است که از خویشاوندان او تشکیل شده‌اند؛ مانند برادران و پسران آنان، عموها و پسران آنان؛ اما پدر جانی و پسران جانی جزو افراد عاقله نیستند و بار پرداخت دیه را تحمل نمی‌کنند.

۲-۱-۳. عصبه‌ی جانی

به نظر برخی از دانشمندان اسلامی، عصبه‌ی جانی به نسب یا ولاء، عاقله‌ی او هستند. به باور حنابله، زیدیه و امامیه، عاقله‌ای که بار پرداخت دیه را به دوش می‌کشند، در درجه‌ی اول، ذکور عصبه‌ی جانی هستند؛ چه به نسب و چه به ولاء، چه قریب و چه بعید. آنان چه سالم و چه بیمار، چه حاضر و چه غایب باشند. همین‌ها هستند که از جانی ارث می‌برند، اگر کشته شود و از پدران هرچه بالا روند آغاز می‌شود و پسران هرچه پایین روند، سپس برادران و پسران برادران، سپس عموها و سپس پسران آنان سپس عموهای جد و سپس پسران ایشان و بدین گونه، تاجایی که خویشان نسبی منقرض شوند، سپس عاقله‌ای که دفع دیه بر عهده‌ی اوست، مولای آزادکننده است، سپس عصبه‌ی او به ترتیب، الاقرب فالاقرب. (فیض، بی‌تا، ص ۲۳۰-۲۳۲)

۲-۲. شرایط عاقله

فقه‌ها برای پرداخت دیه توسط عاقله، شروطی را ذکر نموده‌اند. از آن جمله، پدر یا خویشاوندان پدری باشند و بر مادر و خویشاوندان مادری پرداخت دیه واجب نیست. و برعلاوه، مرد بودن، بالغ بودن، عاقل بودن و توانایی مالی در وقت ادای دیه و اثبات قتل توسط گواهان عادل، نه از طریق اقرار و صلح ولی مقتول و خطایی بودن قتل و... را افزوده‌اند.

با تحقق شرایط مزبور، پرداخت دیه‌ی مقتول برخویشاوندان قاتل واجب است؛ هرچند که خویشاوندان در آن حال از قاتل ارث نبرند. برخی پرداخت دیه را بر کسی لازم می‌دانند که از قاتل ارث ببرد و اگر قاتل خویشاوندی نداشته باشد، عاقله‌ی او کسانی است که او را آزاد و یا نزد حاکم شرع ضمان و مسئولیت جنایت‌های او را پذیرفته است. و در یک کلام، پرداخت دیه‌ی جنایت خطایی از سوی عاقله بر حسب ترتیب ارث است که عصبه، معق، ضامن جریره و امام می‌باشد. (شیخ بهایی، بی‌تا، ص ۹۸۵-۹۸۷)

بنا برنظر مشهور، عصبه، خویشان ذکور پدری جانی هستند و مانند برادران پدری، عموها و فرزندان ذکور آن‌ها و عصبه از نظر لغوی و عرفی به نزدیکان پدری اختصاص دارد و نزدیکان مادری را شامل نمی‌شود. بنابراین، نزدیکان ذکوری که از جانب پدر با انسان نسبت داشته باشد، اصطلاحاً عصبه نامیده می‌شوند و شامل پدران، اجداد، فرزندان، برادران پدری، فرزندان آنها، عموها و عموزاده می‌شوند. و ضمان جریره، عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین عقد، مسئولیت

جنایات مستلزم دیه را نسبت به طرف عقد می‌پذیرد، با این شرط که از او ارث ببرد. شخص ضامن نباید از وراث قانونی مضمون‌عنه باشد. جریره در لغت به معنای گناه و جنایت است. ضامن جریره، بیشترین شباهت را با بیمه دارد؛ زیرا ضامن، عاقله‌ی طبیعی و قهری است؛ اما در ضامن جریره، حمایت اختیاری و براساس عقد قرارداد و تابع اراده‌ی طرفین قرارداد است. ضامن جریره، خیلی شباهت با بیمه‌ی مسئولیت دارد؛ زیرا بیمه‌گر متعهد می‌شود خسارات وارده از ناحیه‌ی بیمه‌گذار را بر اشخاص جبران کند، به دلیل همین شباهت فراوان ضامن جریره با بیمه‌ی مسئولیت مدنی، برخی از فقها از صحت و مشروعیت ضامن جریره بر درستی بیمه استدلال کرده‌اند. (جمالی‌زاده: ۱۳۷۹، ص ۷۶-۸۲)

۳-۲. حدود ضامن عاقله

باید توجه داشت که ضامن عاقله صرف در مورد قتل خطای محض است. قتل؛ یعنی همان ازهاق و بیرون‌نمودن روح کسی، بر سه گونه است: قتل عمد، شبه عمد، خطای محض. قتل عمد، قتلی است که قاتل هم قصد فعل دارد؛ یعنی عمل ارادی انجام می‌دهد و هم قصد نتیجه؛ یعنی می‌خواهد از عمل ارادی خود، نتیجه‌ی قتل بگیرد و برای قصد نتیجه، اماره‌ای هم ذکر کرده‌اند که اگر با آلت قتاله و آنچه که غالباً کشنده باشد بزند، نوعاً قصد نتیجه دارد. پس قصد نتیجه در این گونه موارد، یک امر نوعی است، نه شخصی و در قتل شبه‌عمد، قاتل قصد فعل دارد؛ یعنی عمل ارادی انجام می‌دهد؛ لکن قصد نتیجه ندارد؛ مثل پدر که به قصد تأدیب، فرزند خود را می‌زند، نه به قصد قتل، لکن آن زدن، منتهی به قتل می‌گردد. و از این قبیل است جراحی به قصد معالجه که منتهی به مرگ می‌شود و در قتل خطایی، فاعل نه قصد فعل دارد و نه قصد نتیجه؛ مثل اینکه کسی سنگی را برای گنجشکی پرتاب کند و به انسانی اصابت کند و یا صیادی تیری را برای صید رها کند و به انسانی بخورد و او را بکشد. (طاهری، بی‌تا، ص ۲۶۷)

بنابراین، با توجه به مطالب فوق در بحث ضامن عاقله، لازم است که به چند نکته توجه شود: (۱) ضامن عاقله در همه‌ی موارد و حالات نیست، بلکه ضامن عاقله فقط در دیه‌ی قتل خطای محض است؛

(۲) ضامن عاقله در موردی است که جنایت قتل خطایی توسط بینه‌ی شرعیه به اثبات رسیده باشد، نه از طریق اقرار و علم قاضی؛ زیرا این احتمال وجود دارد که شخص با یک قاتل نقشه ریخته و تبانی نموده باشند که مسئولیت قتل را برعهده‌ی عاقله انداخته و عاقله را مجبور به پرداخت نموده و قاتل بخشی از آنچه را به عنوان دیه دریافت نموده به آن شخص بدهد؛ از این رو اقرار و علم قاضی به قتل خطایی برای اثبات دیه بر عاقله کافی نبوده، بلکه لازم است چنین جنایتی به واسطه‌ی بینه به اثبات برسد.

(۳) عاقله در صورتی ضامن پرداخت دیه است که توان پرداخت دیه را داشته باشد. براین اساس، حکم به پرداخت دیه توسط عاقله، تکلیف سخت و غیرقابل تحمل نیست.

(۴) دیه بر افراد عاقله تقسیم می‌شود، به‌گونه‌ای که امکان دارد سهم هریک از آنان احیاناً یک

دینار برسد.

خلاصه آنکه، ضمان عاقله، حدود معین و ضوابط مشخصی دارد و این گونه نیست که عاقله در تمام موارد و حالات ضامن باشد و فلسفه‌ی ضمان عاقله هم در آن حدود روشن است. نکته‌ی دیگری که بایست مورد توجه باشد آنکه، اگر فرض شود شرکت بیمه‌ی معین یا جهت ضمان عام، مسئولیت پرداخت دیه‌ی قتل خطایی را در بعضی یا تمام موارد بپذیرد، پرداخت دیه از عهده‌ی عاقله ساقط می‌گردد و این آسان‌ترین روش در زمان ما برای کسانی است که خواسته باشند از پرداخت دیه توسط عاقله خود را رها کنند. (مکارم شیرازی، بی تا، ص ۲۲۸-۲۲۹)

۴-۲. مستند ضمان عاقله

ضمان عاقله و پرداخت دیه‌ی قتل خطایی توسط عاقله، امری اتفاقی و اجماعی میان علمای شیعه و سنی است و کسی از فقهای این دو مذهب با این مساله مخالفت نورزیده، جز گروه اندکی که مخالفت آنان تاثیر نداشته و قابل توجه نیست.

مستند ضمان عاقله وجود روایاتی در این باره است که حتی ادعای تواتر آنها شده است. این روایات بر دو دسته هستند؛ روایاتی که به صراحت دلالت دارند بر اینکه دیه‌ی قتل خطای محض بر عهده‌ی عاقله است. این روایات عبارت‌اند از:

۱) روایاتی که جزئیات مسأله‌ی عاقله را بیان و به صورت غیرمستقیم، دلالت بر پرداخت دیه‌ی قتل خطای محض، توسط عاقله دارند. نمونه‌ی روایات دسته‌ی اول، این روایت است: «اتی امیرالمومنین^(ع) برجل قد قتل رجلا خطا فان كان رجل منهم يرثه له سهم في الكتاب لايحجبه عن ميراثه احد من قرابته فالزمه الدية و خذه بها نجوما في ثلاث سنين.» و از همین قبیل است روایتی دیگر: «عن علی^(ع) في النفس الدية و اذا كان خطا جعلت الدية على العاقله.» این روایات صراحت دارند که دیه‌ی قتل خطای محض بر عهده‌ی عاقله است.

۲) از روایات دسته‌ی دوم که به صورت غیرمستقیم دلالت بر ضمان عاقله‌ی دیه‌ی قتل خطای محض دارد، این نمونه است: «علی بن الحسین^(ع) عن اجداده انهم قالو لا تعقل العاقله الا ما قامت علیه البینه.» و یا از امام باقر^(ع) روایت شده که فرموده: «لا تضمن العاقله عمدا ولا اقرارا ولا صلحا.»

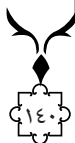
۳. نهاد بیمه: انواع، دلایل مشروعیت و موانع

۳-۱. انواع بیمه

بیمه، ابزاری برای مقابله با خطرهای و شرایط آینده است؛ بدین جهت با تنوع شرایط آینده و خطرهای پیش‌روی انسان، بیمه به انواع مختلف تنوع یافته است.

۳-۱-۱. بیمه‌ی تعاونی

بیمه‌ای است که بدون هدف انتفاع و سودبری شخصی و تنها به انگیزه‌ی همکاری و هم‌یاری در برابر خطری تهدیدکننده و تأمین خسارت در بین اعضای یک صنف و به شکل گروهی



و مشارکتی انجام می‌گیرد و هر عضو شرکت در برابر عضو دیگر شرکت، نقش بیمه‌کننده و بیمه‌شونده را دارد. بیمه‌ی تعاونی، بیمه‌ی متقابل و بیمه‌ی تبادلی نیز نام دارد؛ مانند تأسیس شرکتی از سوی صاحبان کشتی و پرداخت مبلغ معینی به عنوان سهم مشارکت از سوی اعضا در هنگام بروز خسارت برای یکی از اعضای شرکت. بیمه‌ی تعاونی با سرمایه‌ی اولیه‌ی هیأت موسس و پرداخت حق عضویت اعضا و براساس مشارکت اعضا در تصمیم‌گیری و نحوه‌ی اداره استوار است و از خصوصیات؛ مانند محدودیت اعضا از یک صنف و تأمین خطرهای شغلی آنها و هزینه‌نمودن سود حاصل از طریق شرکت در مسیر جبران خسارات وارده بر اعضا و نپرداختن کارمزد به کارکنان از سایر انواع بیمه تمایز می‌یابد.

۳-۱-۲. بیمه‌ی اجتماعی

این نوع بیمه بدون انگیزه‌ی سودآوری و صرفاً برای ایجاد رفاه نسبی و یاری‌رسانی از سوی دولت نسبت به برخی اقشار جامعه انجام می‌گیرد و بیمه‌شدگان در برابر خطرهایی؛ مثل بیماری، حوادث ناشی از کار، زایمان و...، تحت حمایت دولت قرار می‌گیرند و با ویژگی‌هایی؛ چون مشروط‌نبودن به رضایت طرفین، و انجام آن به صورت یک طرفه از سوی دولت و سهم سه گروه دولت، کارفرما و کارگر در تأمین منبع مالی بیمه‌ی تأمین اجتماعی، و تنظیم رابطه‌ی بیمه‌کننده و بیمه‌شونده براساس قانون مصوب جامعه و نه قرارداد، به منظور تأمین آسایش و مصالح عمومی جامعه که از وظایف حکومت‌هاست، با سایر انواع بیمه تفاوت می‌یابد.

۳-۱-۳. بیمه‌ی تجاری

بیمه‌ی تجاری که به نام بیمه‌ی خصوصی نیز یاد می‌شود، با انگیزه‌ی سودآوری برای طرفین بیمه انجام می‌گیرد. بیمه‌ی تجاری به اعتبار انواع خطرهای تهدیدکننده به بیمه‌ی خسارت و بیمه اشخاص تقسیم شده و هرکدام دارای زیرشاخه‌های متعدد هستند.

۳-۱-۳-۱. بیمه‌ی خسارت

این نوع بیمه به هدف حفظ سقف دارایی بیمه‌شونده منظور شده و بیمه‌کننده موظف به جبران کاهش دارایی بیمه‌گذار است. بیمه‌ی خسارت بر اصل جبران خسارت استوار و برهمین اساس، ذی‌نفع در بیمه نمی‌تواند بیش از خسارات وارده، مبلغی را دریافت نماید. این نوع بیمه خود به دو قسم: بیمه‌ی اموال و بیمه‌ی مسئولیت، تقسیم شده است.

۱) **بیمه اموال:** بیمه‌ای است که موضوع آن، تعهد بیمه‌کننده، جبران خسارت بر اموال بیمه‌شونده؛ اعم از منقول و غیرمنقول است. این نوع بیمه، به لحاظ محل وقوع حادثه، به بیمه‌ی دریایی و خسارات وارد بر وسایل حمل‌ونقل دریایی و محمولات آنها، بیمه‌ی هوایی و خسارات وارد بر طیاره و مسافران و محمولات آنها، و بیمه‌ی خشکی؛ مانند بیمه‌ی باربری، سرقت و وسایل خانه و آتش‌سوزی، تقسیم شده است.

۲) **بیمه‌ی مسئولیت:** به موجب این نوع بیمه، مسئولیت مدنی بیمه‌شونده در قبال شخص ثالث، مورد تعهد بیمه‌کننده می‌شود. در نتیجه، طی آن، بدهیهای بیمه‌شونده در پی ایراد خسارت بر

شخص ثالث، بردوش بیمه‌کننده گذاشته می‌شود. این نوع بیمه را بیمه‌ی بدهی یا شخص ثالث هم گفته‌اند. این نوع بیمه، خسارات مالی یا جانی بر اثر ارتکاب جرم را شامل نیست. بیمه‌ی مسئولیت دارای دامنه‌ی گسترده و هر حادثه‌ای را که امکان مسئولیت مدنی برای یک فرد وجود دارد را، شامل است؛ مانند خسارات وارده از حوادث رانندگی و حوادث ناشی از سوء عمل افراد متخصص در حرفه‌ی شان، به شرط غیر عمدی و خطایی بودن خسارات. بیمه‌ی مسئولیت گاهی به‌خاطر رعایت مصلحت جامعه و افراد از سوی قانون‌گذار اجباری می‌گردد؛ مانند بیمه‌ی مسئولیت وسیله‌ی نقلیه در برابر شخص ثالث از سوی قدرت حاکم و گاهی بیمه، اعتباری است؛ مانند بیمه‌ی مسئولیت که در بانکها به هنگام پرداخت وام انجام می‌شود و بیمه‌کننده متعهد می‌گردد که در صورت فوت یا از کارافتادگی یا بی‌کاری ناخواسته‌ی وام‌گیرنده، بدهی او را به بانک پرداخت نماید.

۲-۳-۱- بیمه اشخاص

بیمه‌ی اشخاص بیمه‌ای است که موضوع آن، تأمین بیمه‌شده در صورت عروض وضعیت جسمانی خاص از جهت مرگ و زندگی و بیماری و توانایی و کارآمدی است و بیمه‌کننده متعهد است در صورت تحقق هریک از این حوادث، مبلغ تعیین‌شده در قرارداد را پرداخت کند. بیمه‌ی اشخاص براساس نوع پوشش بیمه‌ای، به پنج نوع زیر تقسیم می‌شود:

(۱) بیمه‌ی عمر: مفهوم اجمالی بیمه‌ی عمر این است که بیمه‌کننده در مقابل دریافت حق بیمه در طول عمر یا مدت تعیین‌شده، تعهد می‌کند مبلغ معینی پس از مرگ بیمه‌شده یا سپری شدن مدت معین، به وارث بیمه‌شده یا بیمه‌شونده و یا شخص ثالث که توسط بیمه‌شونده تعیین شده بپردازد. بیمه‌ی عمر نیز انواعی مختلفی دارد: (۱) بیمه‌ی عمر به شرط حیات؛ که بیمه‌گر تعهد دارد پس از گذشتن مدت معین، چنانچه بیمه‌شونده یا فردی که او تعیین نموده، زنده بماند، مبلغ مندرج در قرارداد را به بیمه‌شونده یا به شخص ثالث به صورت یک‌باره یا به صورت مستمری بپردازد و اگر بیمه‌شونده در طول این مدت بمیرد، چیزی به ورثه یا شخص ثالث پرداخت نمی‌شود. (۲) نوع دیگر، بیمه‌ی عمر، بیمه به شرط فوت است، که برعکس مورد قبل؛ بیمه‌کننده تعهد نموده که در صورت فوت بیمه‌شونده در طول مدت قرارداد، مبلغی را به ورثه یا شخص ثالث معین‌شده در قرارداد بپردازد. و اگر بیمه‌شونده زنده بماند، وجهی به او و شخص ثالث داده نمی‌شود. (۳) نوع سوم بیمه‌ی عمر، بیمه‌ی عمر مختلط و ترکیبی از دو نوع پیشین است. در این نوع بیمه، بیمه‌کننده متعهد است که در صورت فوت بیمه‌شونده در خلال مدت معین، مبلغی به ورثه یا شخص ثالث معین در قرارداد بیمه بپردازد و اگر زنده بماند، هم مبلغی به بیمه‌شونده و یا شخص ثالث پرداخت نماید.

(۲) بیمه‌ی مستمری: نوعی از بیمه‌ی اشخاص است که طی آن، بیمه‌کننده متعهد به پرداخت مستمری دوره‌ای می‌شود که برای مدت معین یا تمامی مدت حیات بیمه‌شده، تعیین می‌گردد.

(۳) بیمه‌ی حوادث: نوعی دیگری از بیمه اشخاص است که بیمه‌کننده متعهد می‌شود در صورت بروز حوادث مشمول بیمه، که به فوت و یا نقص عضو یا از کارافتادگی بیمه‌شده می‌انجامد، سرمایه‌ی معینی را به بیمه‌شونده پرداخت نماید. در این نوع بیمه، مقدار غرامت محاسبه نشده و

فقط مبلغ مورد توافق پرداخت می‌گردد.

۴) **بیمه‌ی درمانی:** بیمه‌ای است که بیمه‌کننده متعهد شده است تا هزینه‌ی درمانی بیمه‌شده را تامین کند.

۵) **بیمه‌ی بازنشستگی:** در بیمه‌ی بازنشستگی، بیمه‌کننده متعهد به تأمین درآمد بیمه‌شده در سن بازنشستگی به صورت پرداخت دوره‌ای است. بیمه‌ی بازنشستگی از سوی کارفرمایان با شرکت بیمه برای پوشش ایام بازنشستگی کارکنان و کارمندان انجام می‌شود.

۴-۱-۳. بیمه‌ی اتکایی (اعاده التامین)

بیمه‌ی اتکایی بیمه‌ای است که شرکت بیمه، خود را نزد شرکت بیمه‌ای بزرگ‌تر بیمه، تا در تحمل خسارات، شرکت دیگری را سهیم نماید و بخشی از تعهدات خود را به بیمه‌کننده‌ی دیگری منتقل نماید. بیمه‌کننده‌ی دوم را بیمه‌کننده‌ی اتکایی می‌نامند. (خادمی‌کوشا، ۱۳۹۴، ص ۵۵-۶۸) در قانون بیمه‌ی افغانستان در تعریف بیمه‌ی اتکایی آمده: «بیمه‌ی اتکایی تقسیم خطرات بیمه به بیمه‌کنندگان مختلف است که به اساس عقد قرارداد یا موافقتنامه صورت می‌گیرد. (قانون بیمه، ماده ۴، بند ۱۱)

۲-۳. دلایل صحت و مشروعیت عقد بیمه

برای اثبات مشروعیت بیمه، به دو دسته از دلایل استناد شده است؛ یکی ادله‌ی عام صحت عقد و دیگری، از طریق انطباق عقود صحیح شرعی بر بیمه.

ادله‌ی عامی که بر مشروعیت بیمه به آن استناد شده است، عبارتند از:

۱-۲-۳. عموماً ادله‌ی وفای به عهد

۱) آیه‌ی شریفه‌ی «اوفو بالعقود» با در نظر داشتن تحلیل مفردات آن، مانند «عقد» و «لام جنس» و جعل احکام به شکل قضایای حقیقیه، مطلق قرارداد و پیمانی را که در خارج صورت می‌گیرد، شامل است؛ خواه آن پیمان و عقد مانند عقد بیع و اجاره در زمان شارع متداول باشد، یا مثل عقود مستحدثه؛ از قبیل قرارداد بیمه و سرقفلی، در آن عصر نباشد. براین استدلال، ایراد شده که آیه‌ی مزبور، نمی‌تواند دلیل صحت عقد بیمه باشد و صحت عقد در هر مورد، نیاز به دلیل خاص دارد. این آیه دلالت بر لزوم عقد دارد، نه بر صحت عقد. به نظر ایرادکنندگان، اصل اولی در معاملات فساد است؛ مگر اینکه دلیل خاص داشته باشیم. این ایراد مردود شمرده شده، به این دلیل که هیچ دلیلی بر حرمت عقود مستحدثه و اصل فساد در معاملات جدید نداریم. تمام عقلاً در تمام عصرها برای رفع نیازها و رفع مشکلات اقتصادی‌شان به وسیله‌ای عقود خاصی، معاملات‌شان را انجام می‌دهند و شارع به عنوان رییس عقلاً با این روش هماهنگ است. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۵۷-۷۲)

۲) عموماً آیه‌ی «تجارة عن تراض»: مفاد آیه این است که تملک اموال مردم از راههای نامشروع و اسباب باطل، حرام است؛ مگر آنکه سبب تملک، تجارت ناشی از تراضی باشد که شارع معامله را امضا و تصرف را حلال نموده است. تجارت یعنی انسان در اموالش برای دستیابی به سود

تصرف کند. تجارت شامل هرنوع معاوضه و مبادله‌ی مال به غرض سودبردن می‌شود. پس تمامی عقودی که داخل باطل نیستند، محکوم به صحت‌اند.

عقد بیمه از عقود غیرباطل و مستحدثه است که طرفین برای دستیابی به منافع، اقدام به معامله و معاوضه می‌کند و از آنجا که بیمه از مصادیق تجارت از روی تراضی است؛ پس مشروع و نافذ است. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۸۰) استدلال به این آیه مانند قبل، با اشکال از سوی برخی فقها مواجه شده به این که، آیه در مقام نهی از تملک اموال دیگران از راههای فاسد و نامشروع است، نه این که در صدد بیان اسباب برای معاملات باشد.

۳) حدیث «المؤمنون عند شروطهم»: باتوجه به معنای شرط که مطلق الزام و التزام باشد، در عقد نیز معنای شرط (الزام و التزام) وجود دارد. علاوه براین که عقد به معنای عهد هم آمده؛ پس حدیث مزبور، شامل عقد بیمه نیز می‌گردد؛ زیرا در عقد بیمه نیز الزام و التزام وجود دارد و لزوم وجوب وفای به عقد بیمه را نیز شامل است. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۸۸)

۲-۲-۳. مشروعیت بیمه از طریق تطبیق عقود صحیح شرعی

در این نوع استدلال، کوشش صورت گرفته تا مشروعیت عقد بیمه را از طریق تطبیق عقود صحیح شرعی بر بیمه به اثبات برسانند. به عنوان نمونه، در بیمه‌ی تبدالی یا تعاونی، هریک از شرکاء مصالحه می‌کنند براینکه بخشی از مال خودشان را در صندوق شرکت بیمه قرار دهند و هرگاه خسارتی بر یکی از اعضای صندوق وارد شد، هرکدام نسبت به سهم خودشان بخشی از خسارات را قبول کنند. به همین جهت، بسیاری از فقها، مشروعیت عقد بیمه را از طریق صلح و برخی از طریق عقد جعاله سعی نموده اثبات کنند؛ به این صورت که بیمه‌شونده در عقد بیمه، همان جاعل در جعاله است و شرکت بیمه نیز همان عامل در جعاله است. جعل عبارت از مبلغی است که بیمه‌شونده به عامل می‌دهد. عمل نیز تعهد شرکت بیمه به پرداخت و قبول خسارت در صورت وقوع حادثه است. پس عقد بیمه، مشتمل بر جعاله و تفاوتی بین جعاله و بیمه نیست. همان‌گونه که قرارداد جعاله مشروع و جایز است، عقد بیمه نیز از مصادیق جعاله و مشروع و جایز می‌باشد. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۹۶-۱۲۱) برخی دیگر از طریق تطبیق عقد بیمه بر هبه، بر مشروعیت بیمه استدلال کرده‌اند. بیمه‌شونده مبلغ معینی را به شرکت بیمه هبه می‌کند، به شرط این که شرکت بیمه خسارات وارده را بپردازد. به این نوع هبه، هبه‌ای مشروط گفته می‌شود که حکم آن لزوم است. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۱۳۱)

تطبیق بیمه بر عقد ضمان، راهی دیگری برای اثبات مشروعیت بیمه دانسته شده است. با این توجیه که نقش بیمه در تضمین سرمایه، شبیه عقد ضمان است؛ البته مقصود از عقد ضمان، ضمان اصطلاحی نبوده که ضامن، دیون ثابت در ذمه‌ی مضمون‌عنه را بر ذمه می‌گیرد، بلکه ضمان، عرفی و عقلایی است. مثلاً در عقد بیمه، شرکت بیمه به عنوان ضامن، متعهد می‌شود مسئولیت هرگونه زیانی را که بر ماشین یا خانه و کارخانه وارد می‌شود، بر عهده گیرد. در ضمان اعیان غیرمضمونه نیز، ضامن مسئولیت عین مستاجر و مرهونه را به عهده می‌گیرد. در عقد بیمه نیز، شرکت بیمه

مسئولیت خانه و مغازه را بر عهده می‌گیرد، تا زیان وارده را جبران کند و مالک نیز با قبول خود، حقی بر ضامن پیدا می‌کند. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۱۳۸)

گروهی دیگر از طریق تطبیق عقد بیمه بر عقد اجاره، خواسته‌اند مشروعیت بیمه را ثابت کنند. به این بیان که بیمه‌شونده می‌تواند شرکت بیمه را برای حفظ عین بیمه‌شده با پرداخت مبلغی اجیر و با او عقد اجاره منعقد کند و در ضمن آن، شرط کند که اگر ضرری بر آن وارد شد، ضامن زیان باشد یا آن خسارت را جبران کند و شرکت بیمه نیز با دریافت چنین اجرتی؛ که همان حق بیمه‌ای است، آن را قبول کند. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۱۴۵)

غیر از موارد مذکور، از طریق عقود معین شرعی دیگری نیز؛ مانند ودیعه، مضاربه و... سعی شده که مشروعیت بیمه به اثبات برسد. تمام وجوه مذکور، برای صحت و مشروعیت عقد بیمه با اشکالات و نقد و پاسخ همراه بوده که ضرورت به ذکر همه‌ی آنها نیست.

۳-۳. موانع مشروعیت بیمه

مخالفان مشروعیت بیمه نیز به دلایلی برای بطلان و عدم صحت عقد بیمه استناد نموده‌اند. این دلایل هرچند با اشکالات و پاسخ‌هایی همراه بوده که مجال تفصیل آنها نیست و فقط عمده‌ترین موانع صحت عقد بیمه به اجمال یادآوری می‌گردد، که عبارتند از:

۳-۳-۱. ربوی بودن عقد بیمه

گروهی، بیمه را با ربا مقایسه و بعضی از انواع بیمه را ربا دانسته‌اند؛ زیرا در نظر آنان، براساس قرارداد بیمه، بیش از مبلغ حق بیمه، به بیمه‌شونده بازگردانده می‌شود و یا در صورت تأخیر پرداخت قسط از سوی بیمه‌شونده، بیمه‌کننده مبلغی بیشتر از مقدار تعیین‌شده دریافت می‌کند که همه‌ی این، ربا هستند. (خادمی کوشا، ۱۳۹۴، ص ۱۳۸) این شبهه در تمام اقسام بیمه‌ی عمر مطرح است. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۱۶۳) جواب این شبهه این است که ماهیت عقد بیمه، ماهیت قرضی نیست و نباید تصور کرد که شرکت بیمه، مبلغی را به عنوان قرض می‌گیرد و بعد مبلغ بیشتری به بیمه‌شونده می‌دهد؛ چون این ربای قرضی و حرام است. ماهیت قرض، تملیک مال همراه با ضمان است و در زمان انشای تملیک مال از طرف قرض‌دهنده، ضمان و مجانی نبودن انشای شده است؛ ولی ماهیت عقد بیمه، این‌گونه است که بیمه‌شونده تملیک می‌کند در مقابل نفس تعهد شرکت بیمه به پرداخت فلان مبلغ در صورت زنده‌بودن یا فوت شدن. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۱۶۵) به بیان دیگر، مبلغ پرداختی از سوی بیمه‌کننده طی قرارداد بیمه، با توجه به انطباق بیمه بر عقود شرعی، هرگز ربا نیست و حق بیمه به عنوان قرض هم نیست؛ بلکه عوض تضمین و یک عنوان پذیرفته‌شده در توجیه اصل بیمه است. اما آنچه شرکت بیمه در صورت تأخیر اقساط دریافت می‌کند، اگر به عنوان سود پول باشد، حرام است و اگر به عنوان جریمه و غرامت باشد که در متن قرارداد بیمه تعیین شده باشد، عنوان ربا بر آن صدق ندارد. (خادمی کوشا، ۱۳۹۴، ص ۱۳۹)

۳-۳-۲. شباهت بیمه با قمار

برخی بیمه را شبیه قمار دانسته و حکم به حرمت و بطلان آن نموده‌اند: «اگر از بعد فردی

به عقد بیمه نگاه شود که صرفاً بین دونفر منعقد می‌شود، نوعی شرط‌بندی به حساب می‌آید. اگر شرکت و موسسه یا فردی با یک فرد یا گروه اندکی از بیمه‌شوندگان، عقد بیمه را منعقد سازد؛ بدین صورت که با بیمه‌شونده قرار بگذارد و پولی را به شرکت بیمه بپردازد و بگوید اگر خانهای من آتش گرفت، باید خسارت آن را بپردازم و اگر آتش نگرفت، حق بیمه‌ی پرداختی مال تو باشد، این نوع قرارداد با گروپندی شباهت دارد؛ زیرا قمارباز با تصور برنده‌شدن و یاری بخت و شانس، اقدام به قماربازی می‌کند. بیمه‌شونده و بیمه‌کننده نیز هرکدام با تصور جلب منافع، اقدام به قرارداد بیمه می‌کنند و احتمال وجود دارد که هریک از طرفین قرار داد، در برابر آنچه از دست می‌دهد، چیزی به دست نیاورد و این، نوعی مخاطره و ریسک‌پذیری در بیمه است.

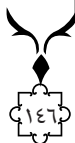
همان عنصر احتمال و بردو باخت متکی بر شانس و اقبال، در بیمه نیز وجود دارد؛ مثلاً در بیمه‌ی عمر، اگر شخص بیمه‌شده بمیرد، ورثه‌ی او، سرمایه‌ی بیمه‌ای و سود آن را دریافت می‌کند و اگر زنده بماند، اقساط بیمه‌ای او از بین رفته و چیزی دریافت نکرده است. برای شرکت بیمه نیز همین شانس وجود دارد؛ اگر بیمه‌شده در بیمه‌ی عمر در زمان مشخص بمیرد، شرکت باید مبلغ بیمه‌ای و سود آن را بپردازد و اگر زنده نماند، پولی را بدون پرداخت خسارت نصیب شده است. (جمالی‌زاده، ۱۳۷۹، ص ۳۹۱)

پاسخ ایراد مزبور آن است که میان قمار و بیمه، از جهاتی تفاوت وجود دارند؛ اولاً، در عقد بیمه، مغالبه و برتری‌جویی وجود ندارد. بیمه‌شونده و بیمه‌کننده به دنبال این نیستند که شرط بیمه؛ یعنی حادثه تحقق پیدا کند و هیچ‌کدام به استقبال حادثه نمی‌روند. ضمن آنکه شرکت بیمه، معمولاً مبلغی را که به حادثه‌دیده می‌پردازد، کم‌تر از خسارات وارده است؛ اما در قمار، مغالبه وجود دارد. ثانیاً، غرض قمارباز و بیمه‌شونده متفاوت است؛ قمارباز در صدد دست‌یابی به سود بدون زحمت و به امید شانس از خطر استقبال می‌کند، ولی غرض بیمه‌شونده، فرار از خطر احتمالی است. او نه به دنبال به‌دست‌آوردن سود، بلکه در صدد جلوگیری از ضرر است. ثالثاً، بیمه عقد معاوضی است؛ بیمه‌شونده در عوض پرداخت اقساط، به دنبال امنیت روانی و آسایش روحی است و گرفتن خسارت برای او مهم نیست. رابعاً، از لحاظ اجتماعی و اقتصادی، قمار باعث متلاشی‌شدن نظام خانوادگی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی و منشأ بغض و کینه در جامعه است، ولی بیمه، باعث رشد اقتصادی و رونق‌بخشیدن به اقتصاد در همه‌ی زمینه‌ها است؛ زیرا سرمایه‌گذاران با امنیت خاطر به فعالیت‌های اقتصادی می‌پردازند. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۱۸۴)

۳-۳-۳. تعلیق در عقد بیمه

بیمه عقد معلق است. در صورتی که از شرایط صحت عقد، منجزبودن آن است، در بیمه، بیمه‌کننده تعهد به پرداخت خسارت، مشروط به وقوع حادثه و ایجاد خسارت دارد. ایجاد خسارت هم امر احتمالی است؛ یعنی احتمال دارد که هیچ حادثه‌ای رخ ندهد. پس جبران خسارت به تبع وقوع حادثه است و این، همان تعلیق در عقد است که موجب بطلان عقد می‌گردد.

پاسخ این شبهه آن است که تعلیق در عالم اعتبار مشکلی ندارد. متعاقدين می‌توانند با اراده‌ی



خود، سبب ایجاد تعهد را به وجود آورند؛ ولی آثار آن را وابسته به امر دیگر کنند. مانند وصیت که موصی، مالک شدن خانه‌ی خود را برای شخص خاص، وصیت می‌کند. انشای وصیت، امری فعلی، ولی مالک شدن آن شخص، معلق بر فوت موصی است. این نوع عقود، کاملاً عرفی و هیچ امری محالی لازم نمی‌آید. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۲۰۰-۲۰۲)

۴-۳-۳. غرری بودن عقد بیمه

از اسباب بطلان عقد، غرری بودن آن است و بیمه، عقد غرری است. غرر در معامله، هنگامی قابل تصور است که متعلق آن، مجهول باشد و از ناحیه‌ی جهل مزبور، احتمال ضرر برای یکی از اطراف معامله وجود داشته باشد. در عقد بیمه، بیمه‌شونده و بیمه‌کننده هنگامی که قرارداد بیمه را منعقد می‌کنند، بیمه‌شونده نمی‌داند در طول مدت قرارداد، چند قسط و چه مبلغی را از اقساط بیمه می‌پردازد و نمی‌داند چه اندازه خسارت و چه زمانی بر او واقع می‌شود، یا اصلاً اتفاقی برای او واقع نمی‌شود. وقوع حادثه، امری احتمالی و شانس و اتفاق، نقش مهمی در فعلیت التزام و تعهد طرفین قرارداد دارد. ممکن است بیمه‌شونده، چند قسط را پرداخت کند و حادثه اتفاق افتد و شرکت بیمه، چندین برابر اقساط دریافتی، خسارت بپردازد و ممکن است بیمه‌شونده، تمام اقساط را پرداخت و هیچ اتفاقی رخ ندهد و بیمه‌کننده خسارتی پرداخت نکند. این شبیه بیشتر در مورد بیمه‌ی عمر است، هرچند در همه‌ی اقسام بیمه‌ی عمر و...، قابل تصور است. (جمالی‌زاده، ۱۳۷۹، ص ۳۳۹-۳۴۰)

پاسخ این است که در عقد بیمه، معاوضه میان اقساطی که بیمه‌شونده می‌پردازد و مبلغی که پس از وقوع خسارت دریافت می‌شود، نیست؛ بلکه معاوضه میان اقساط بیمه‌شونده و تعهدی است که بیمه‌کننده به بیمه‌شونده داده. پس خطر و جهالت و غرری وجود ندارد. نه تنها در عقد بیمه، خطری نیست؛ بلکه عقلای جهان برای رفع خطر، اقدام به بیمه می‌کنند و مهم‌ترین کارکرد بیمه، دفع خطر است و از ناحیه‌ی شرکت بیمه هم، غرری و خطری نیست؛ چون شرکت بیمه با استفاده از آمار و قانون احتمالات، محاسبات دقیقی داشته که هیچ خطری او را تهدید نمی‌کند. (امیری، ۱۳۹۴، ص ۱۷۹-۱۸۰)

دلایل مزبور، مهم‌ترین دلایلی هستند که در جهت عدم مشروعیت بیمه به آن‌ها استدلال شده است. غیر از این وجوه، دلایل دیگری نیز به عنوان موانع مشروعیت بیمه ذکر شده‌اند که به بررسی آن‌ها نمی‌پردازیم.

۴. دیدگاه‌ها در مورد قیاس بیمه با عاقله

برخی کوشیده‌اند با اشاره به برخی نهادهای حقوقی خاص که در نظام حقوقی اسلام موجود است، وجود تفکر بیمه را در صدر اسلام و پس از آن، اثبات کنند. (قرضاوی، ۱۳۹۶ق، ج ۱، ص ۲۵۶-۲۵۷) آنان معتقدند که سنت صحیح نبوی بر این نهاد فقهی و حقوقی دلالت دارد و مذاهب مختلف اسلامی آن را پذیرفته‌اند. در نظام عاقله، اگر فردی مرتکب قتل غیر عمد شود، مردان

بالغ از اهل و عشیره‌اش حداکثر در مدت سه سال باید دیه‌ی مقتول را پرداخت کنند و این، نوعی بیمه است، که پرداخت خسارات مالی در موارد دیگر نیز قابل تسری است. به گفته‌ی ابن عابدین، از دانشمندان اهل سنت، عاقله به واسطه‌ی تقصیر در مراقبت از قاتل، متحمل پرداخت دیه می‌شود. پیش از زمان شارع نیز این عادت در بین مردم، حتی در پرداخت خسارت حاصل از سرقت، آتش‌سوزی و جز این، وجود داشته است. در مقابل این رأی، برخی عقد بیمه را از عقود مستحدث می‌دانند و قیاس آن را بر عاقله، صحیح نمی‌دانند. (السنه‌وری، ۱۹۶۴، ج ۷، ص ۱۰۸۹-۱۰۹۰)

۴-۱. قیاس بیمه با عاقله

با توجه به پذیرش نظام عاقله از سوی شرع و الزام عاقله به تحمل و پرداخت دیه‌ی خطایی به‌خاطر مصلحت و همیاری، چه مانعی وجود دارد که الزام عاقله به پرداخت دیه از طریق عقد و بستن قرارداد و اراده‌ی آزاد طرفین، تنظیم و سامان‌دهی گردد؛ چه اینکه، شارع پرداخت دیه‌ی قتل خطایی توسط عاقله را بدون تعاقب هم الزامی نموده است و سامان‌دهی پرداخت دیه، توسط عاقله از طریق قرارداد و به صورت معاوضی و پرداخت مال ناچیز برای جبران خسارت احتمالی زیاد، باعث نادیده‌انگاری مصلحتی که شارع به‌خاطر آن، پرداخت دیه توسط عاقله را الزامی نموده، نمی‌گردد.

برخی از متفکرین، این قیاس را بی‌مورد دانسته‌اند. به باور آن‌ها، قیاس عاقله با بیمه، از چند جهت درست نیست:

(۱) آنچه عاقله می‌پردازد، دهش مجانی و رایگان است و بیمه، معاوضه‌ی محض است؛ پس دلیلی برای مقایسه‌ی این دو نیست.

(۲) عاقله، دیه را به اساس توان خود می‌پردازد، درحالی که در بیمه، غنا و فقر اهمیتی ندارد.

(۳) در عاقله، پرداخت خسارت است و در بیمه، بهره‌برداری و استفاده از یک موقعیت.

(۴) عاقله، ضامن همه است؛ در صورتی که بیمه، ضامن کسانی است که اقساط را می‌پردازد.

(۵) عاقله، الزام پس از وقوع حادثه است به‌خاطر رابطه‌ی قرابت و بیمه، الزام قبل از وقوع حادثه است به هدف تجارت.

(۶) تعاون در بیمه، تحمیلی است؛ در صورتی که تعاون در عاقله، حقیقی و واقعی است.

برخی دیگر، قیاس عاقله با بیمه را به دو جهت دیگری نپذیرفته و اضافه نموده‌اند:

(۷) نظام بیمه، ابتکار یهودی است؛ برای اینکه بخش عمده‌ای شرکت‌های بیمه در جهان، تحت سیطره‌ی سرمایه‌داران یهودی قرار دارند.

(۸) نظام عاقله در اسلام به این شکل است که خانواده‌ی شخص، فامیل و عشیره‌ای او، که میان آنها همیاری و همکاری جریان دارند، پرداخت دیه‌ی قتل خطایی را تحمل می‌کنند، که ممکن است از شخص سر بزنند؛ ولی آیا شرکت‌های بیمه‌ای، فامیل شخص بیمه‌شونده محسوب نمی‌شوند تا بیمه را با نظام عاقله مقایسه نمود.

برخی متفکران در پاسخ دو ایراد مزبور گفته‌اند:

۹) نظام بیمه، نه ابتکار یهودی، بلکه نظام اقتصادی است که مصالح تجاری برای دفع پیامدهای خطرناک حمل و نقل، آن را ایجاب نموده، سپس گسترش یافته و به عنوان یک نظام اقتصادی- تعاونی درآمده است. و بر فرض که نظام بیمه، ابتکار یهودی باشد، سوال این است که اگر یهود ابزار سودمندی را اختراع نمود، آیا می‌توان حکم به تحریم خرید و نگهداری و ایجاد کارگاه برای تولید مانند آن ابزارها داد؟

۱۰) قیاس بیمه به نظام عاقله به جهت اندیشه‌ی تعاون و همکاری است و لازم نیست که شرکت بیمه، فامیل و عشیره‌ی بیمه‌شونده باشد؛ آن‌گونه که عاقله در قتل خطایی، فامیل جانی است. در قیاس، یگانگی مطلق میان مقیس و مقیس‌علیه لازم نیست، بلکه در اجرای قیاس، تشابه مقیس و مقیس‌علیه در نقطه‌ی ارتکاز و مناط حکم، لازم است. چون در صورت یگانگی مقیس و مقیس‌علیه از تمام جهات، نیاز به اجرای قیاس نیست. (زرقا، بی‌تا، ص ۱۳۹-۱۴۱)

۲-۴. قیاس برخی انواع بیمه با نظام عاقله

طرفداران مشروعیت بیمه برای اثبات مشروعیت آن، برخی از انواع بیمه؛ مانند بیمه‌ی تعاونی، را بر نظام عاقله قیاس نموده‌اند و گفته‌اند: «نظام عاقله حکم می‌کند که دیه‌ی قتل خطایی را باید بر عاقله‌ی قاتل توزیع نمود و عاقله، عبارت از مردانی از عشیره‌ی قاتل است که میان آنان و قاتل همکاری و تعاون وجود دارد و آنان ملزم به پرداخت دیه هستند و دیه بر عشیره‌ی قاتل توزیع شده و باید برحسب سنوات مقرر، از سوی عاقله پرداخت شود. به قول احمد مصری، نظام عاقله در اسلام اصلش عادت حسنه‌ی تعاونی بوده و اسلام این اصل را پذیرفته و آن را به عنوان یک نظام الزامی در مورد مسئولیت جنایت قتل پذیرفته است. بیمه‌ی تعاونی هم، حقیقتی جز یک‌سری اقدامات سازمان‌یافته به هدف رویارویی با مخاطرات احتمالی، که ممکن است متوجه استفاده‌کنندگان بیمه باشد، ندارد؛ به همین جهت، مقایسه‌ی بیمه‌ی تعاونی با نظام عاقله که شریعت آن را پذیرفته، برای ایجاد تعاون و تکافل اجتماعی و رویارویی با آثار جنایت قتل خطایی، هیچ ایرادی ندارد.

این مقایسه نیز نادرست است؛ زیرا بیمه‌ی تعاونی، عقد مجانی و رایگان به هدف همکاری در جهت نابودنمودن خطرهای در مواقع بروز خطر از طریق سهم‌گیری اشخاصی است که مبالغ معینی را برای جبران ضرر شخص زیان‌دیده به او می‌رسد و احتمال غرر و جهل و ربا و شرایط فاسد در عقد بیمه‌ی تعاونی وجود دارند و همین، باعث می‌شود که بیمه‌ی تعاونی از بیمه‌ی تجاری تمایز یابد که این احتمالات در او نیست؛ زیرا بیمه‌ی تجاری یک عقد معاوضی است.» (بنی‌احمد، بی‌تا، ص ۷۹-۸۰)

از برخی فقهای معاصر استفتایی به این شکل صورت گرفته است: من دوست و اقاربی دارم که در حادثه‌ی مرور (ترافیکی) به صورت خطایی، کسی را به قتل رسانده است و شرکت بیمه از جانب او، اقدام به پرداخت دیه نموده است؛ پس آیا آنچه را شرکت بیمه از اموال پرداخت نموده، دیه شمرده می‌شود؟ و از سویی، علم و یقین دارم که این دوست و اقارب من، روزه‌گرفتن دوماه

پشت سر هم بر او، خیلی دشوار است و می‌دانیم که از نظر جسمی هم تندرست است. آیا می‌تواند روزه را با چیزی دیگری تعویض نماید؟

جواب این است که: نسبت به آنچه که شرکت بیمه می‌پردازد، ما آن را دیه می‌شماریم؛ زیرا دیه، عوضی است که عاقله‌ی قاتل در قتل خطایی، به جای قاتل به آن اقدام می‌کند. اما با توجه به اینکه عاقله فعلاً موجود نیست، شرکت بیمه به جای عاقله قرار گرفته و عوض مناسب را می‌پردازد، که مانند دیه، شمرده می‌شود. هرچند ما همیشه این مطلب را یادآوری می‌کنیم که آنچه از قیمت از سوی شرکت بیمه پرداخت می‌شود، باید موازی با قیمت دیه‌ی شرعی باشد، تا قیمت انسان ظاهر گردد و همین‌طور ظاهر شود حکمت شرع در مورد دیه و تعویض نسبت به خانواده‌ای که پسر و یا دخترشان را از دست داده‌اند. پس بخش اول سوال پاسخش این است، «آنچه را شرکت بیمه از تعویض جنایت می‌پردازد، به جای دیه قرار می‌گیرد؛ اما روزه گرفتن دوماه، غیر از دیه است. روزه گرفتن دوماه، عبارت از کفاره‌ای است که باید انجام داده شود و لذا اگر شخص از نظر بدنی تندرست باشد و قدرت روزه را داشته باشد، بدون آنکه ضرری متوجه او باشد یا ضرری ادامه یابد، بر او روزه گرفتن لازم است.» (علی جمعه، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۲۱)

۳-۴. رابطه‌ی بیمه با عاقله

درباره‌ی رابطه‌ی بیمه با عاقله، چند نکته را می‌توان یادآوری نمود:

۱) علمای معاصر همگی به وجود رابطه میان عاقله و بیمه‌ی اجتماعی توافق دارند. رابطه‌ی بیمه‌ی اجتماعی و تعاونی با عاقله، همان روحیه‌ی الزام به تعاون و همکاری، جبران خسارت‌های مالی، توزیع گرفتاری بر مجموعه‌ی افراد عاقله و بیمه‌شوندگان می‌باشد. میان بیمه‌ی اجتماعی و تعاونی و عاقله در هدف که کاهش اثر مصیبت از جانی خطاکار و بیمه‌شونده و جلوگیری از هدر رفتن خون قربانیان جنایت خطایی باشد نیز، رابطه است. پس آنچه را عاقله می‌پردازد، با آنچه که بیمه‌ی تعاونی و اجتماعی از جانب بیمه‌شونده پرداخت می‌کند، چیزی جز تعویض مالی از مسئولیت مدنی نیست.

قبلاً گفته شد که دیه، تعویض مالی است از جنایت غیر عمدی و مجازات جنایی است در جنایت عمدی و مسئولیتی که متوجه عاقله است، خودش مسئولیت مدنی است، نه مسئولیت جنایی. و این خود همان مسئولیت در بیمه است. علاوه بر آنچه گفته شد، جانی خطاکار بنا بر قول برتر با عاقله در پرداخت دیه شریک هستند. همین‌طور بیمه‌شونده با بیمه‌شوندگان همگی در پرداخت عوض شریک هستند؛ بنابراین، عناصر بیمه‌ی اجتماعی و تعاونی تا اندازه‌ای زیادی با عناصر عاقله اگر نگوییم مطابق‌اند، تشابه دارند؛ هم از جهت انگیزه‌ی الزام به همکاری، و هم از جهت هدف و مسئولیت. نقطه‌ی مقابل افراد عاقله در بیمه‌ی اجتماعی و تعاونی، بیمه‌شوندگان هستند و نقطه‌ی مقابل جانی غیر عمد، بیمه‌شونده است و نقطه‌ی مقابل جنایت، همان خطر احتمالی است و نقطه‌ی مقابل دیه در بیمه، عوض مالی است.

لازم است به این نکته هم اشاره شود که بیمه‌ی اجتماعی و تعاونی، به صورت عام تا اندازه‌ای

زیادی با اهل دیوان شباهت دارند؛ به خصوص بیمه‌ی اجتماعی که مخصوص موظفین و عمال است. و تامین اجتماعی و تعاونی با عاقله در منشا الزام تفاوت دارند. در عاقله، منشا الزام مبنی بر همکاری دستور شریعت است و در بیمه، منشا الزامیت، عقدی است که بر اساس آن، بیمه‌شونده با بیمه‌کننده توافقاتی را نموده‌اند. دوفتر توافق نموده‌اند و این اختلاف، تأثیری در وجود رابطه‌ی مورد توافق میان عاقله و بیمه‌ی اجتماعی و تعاونی ندارد.

۲) علمای معاصر در مورد رابطه‌ی بیمه‌ی تجاری با عاقله، دیدگاه‌های متفاوت دارند و این اختلاف بر اساس اختلافی است که در حکم بیمه‌ی تجاری دارند. کسانی که بیمه تجاری را جایز دانسته‌اند. رابطه‌ی بیمه‌ی تجاری را با عاقله نیز پذیرفته و معتقدند که میان بیمه‌ی تجاری و عاقله، همان رابطه است که میان بیمه‌ی تعاونی و اجتماعی و عاقله وجود داشت. و به همین جهت، بیمه‌ی تجاری را بر نظام عاقله، قیاس و از طریق قیاس بیمه‌ی تجاری با عاقله، بر جواز بیمه‌ی تجاری استدلال نموده‌اند. ولی کسانی که بیمه‌ی تجاری را تحریم نموده‌اند، معتقدند که میان بیمه‌ی تجاری و عاقله، هیچ رابطه‌ای نیست؛ بلکه معتقدند که میان بیمه‌ی تجاری و عاقله اختلاف است؛ خواه این اختلاف مربوط به هدف باشد و خواه مربوط به انگیزه و ارکان. انگیزه‌ای که باعث شکل‌گیری عاقله شده، با انگیزه‌ای که به شکل‌گیری بیمه‌ی تجاری انجامیده، متفاوت‌اند. انگیزه‌ی شکل‌گیری عاقله، همان روحیه‌ی تعاون و همکاری؛ ولی انگیزه‌ی بیمه‌ی تجاری، سودآوری تجاری و بهره‌جویی است.

بیمه‌ی تجاری با عاقله از جهت هدف نیز اختلاف دارند؛ هدف عاقله، کاهش اثر مصیبت از جنایتکار خاطی و جلوگیری از هدررفتن خون قربانیان است؛ ولی هدف در بیمه‌ی تجاری، دست‌یافتن به بیشترین سود ممکن به صورت سودجویی است و هدف شرکت‌های بیمه‌ی تجاری، کاستن اثر مصیبت از بیمه‌شونده و حفظ حقوق نیست. همین‌طور، بیمه‌ی تجاری و عاقله از جهت ارکان نیز مختلف هستند. آنچه افراد عاقله را باهم پیوند می‌دهد، رابطه‌ی قرابت در خون و رحم و هدف آن، یاری نمودن همدیگر است. در حالی که اطراف بیمه (چه بیمه‌شوندگان و چه بیمه‌کننده) هیچ‌کدام از این اموری که گفته شد و موجب پیوند می‌گردند، در آن وجود ندارد.

آنچه افراد بیمه را به هم پیوند می‌دهد، همان معاوضی بودن عقد بیمه است، که ویژگی آن، اعتماد میان بیمه‌شونده و بیمه‌کننده است، نه میان خود بیمه‌شوندگان. و در نیت هیچ‌یک از بیمه‌شوندگان و عاقدین، تعاون و همکاری نیست و عقد بیمه‌ی تجاری، عقدی است که غایت و هدف آن، دست‌یابی به بیشترین سود ممکن برای شرکت بیمه‌ی تجاری سهامی است. و از همین جهت است که هیچ‌گونه رابطه‌ی قابل قبول میان بیمه‌ی تجاری که در شرکت‌های سهامی تجاری نمود یافته و براساس بهره‌جویی استوار گردیده و میان عاقله که براساس همیاری و قرابت استوار یافته، نمی‌یابیم. (یوسف درادکه، بی‌تا، ص ۱۴۲-۱۴۵)

۴-۴. ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه از نظر فقهی

اصل این است که در صورت نبود عاقله بنا بر نظر برتر، دیه بر عهده‌ی بیت‌المال مسلمین

است و نظری که دیه را بر مال جانی واجب دانسته، ضعیف است؛ زیرا بیشتر جانیان فقیر و در نتیجه، به هدر رفتن خون قربانیان می‌انجامد و با اغراض شریعت مبنی بر حفظ خون‌ها سازگاری ندارد. برعلاوه، مراجعه به جانی به نابودی عدالت و مساوات می‌انجامد. این، اولین اصل در جنایت خطایی است و در صورتی که امکان اخذ دیه از بیت‌المال نباشد، نظر برتر آن است که دیه بر عهده‌ی جانی است. نظر عده‌ای که دیه را به‌طور کلی ساقط می‌دانند، نادرست بوده؛ زیرا سقوط دیه، باعث ضایع شدن خون‌ها و از بین رفتن حکم دیه است. و این، دومین اصل است. سومین اصل اینکه، عاقله بنا بر نظر برتر، کسانی هستند که اهل یاری و همکاری بوده؛ خواه عصبه یا موالی باشند، یا اهل دیوان و مسلمین و این، به حسب هر زمان و مکان است.

گاهی در یک زمان و مکان، اهل نصرت عصبه‌ی جانی هستند و گاهی اهل دیوان یا موالی و گاهی هیچ‌کدام از این‌ها، و در نتیجه، عاقله وجود ندارد. پس نظام عاقله بنا بر نظر احناف، تکامل یافته از خانواده، به عشیره، سپس قبیله، سپس اهل دیوان و پس از آن به حرفه و آنگاه به بیت‌المال است. ضابطه و معیار عاقله، همان همکاری است؛ پس هر جا همکاری باشد، عاقله هم است.

در حال حاضر موسسات اجتماعی ظهور نموده‌اند؛ از قبیل بیمه‌ی اجتماعی و جمعیت‌های تعاونی و شرکت‌های بیمه‌ی تجاری که یک نوع رابطه میان آنها و عاقله وجود دارند. سوال این است که این موسسات و جمعیت‌ها می‌توانند نقش عاقله را در پرداخت دیه ایفا کنند یا نه؟ این همان موضوعی است که نیاز به بحث دارد. (یوسف درادکه، بی‌تا، ص ۱۴۶-۱۴۷)

۱-۴-۱. ایفای نقش عاقله توسط موسسات اجتماعی

در برخی از کشورهای اسلامی؛ نظیر اردن، موسسه‌ی ضمان اجتماعی بر اساس قانون ضمان اجتماعی در سال ۱۹۷۸م، ایجاد شده است؛ موسسه‌ای که اساس آن را همکاری و تکافل اجتماعی تشکیل می‌دهد. سوال این این است که آیا برای این موسسه‌ی اجتماعی شرعا جایز است که نقش عاقله را در مورد پرداخت دیه از جانب بیمه‌شونده (مستأمن) ایفا نماید؟

پاسخ سوال مزبور مثبت و از نظر شرعی، ایفای نقش عاقله توسط موسسه‌ی ضمان اجتماعی، نسبت به پرداخت دیه از جانب بیمه‌شونده جایز است. برای اینکه این موسسه‌ی اجتماعی بر اساس بیمه‌ی اجتماعی استوار بوده و بیمه‌ی اجتماعی هم بر انگیزه‌ی تعاون و همکاری و تکافل اجتماعی بنا شده که به اتفاق علمای معاصر شرعا جایز است. ما در گذشته ثابت نمودیم که میان بیمه‌ی اجتماعی و عاقله، رابطه‌ی مورد توافق وجود دارد؛ هم از نظر انگیزه، هم هدف و هم ارکان و هیچ مانع شرعی وجود ندارد که ضمان اجتماعی نقش عاقله را در پرداخت دیه ایفا کند؛ به خصوص با توجه به این که عاقله بر تعاون و همکاری استوار است و هر جا همیاری باشد، عاقله هم است.

البته این در صورتی است که ما ضمان اجتماعی را شکل معاصر و کنونی اهل دیوان که در زمان حضرت عمر بن خطاب^(رض) پذیرفته شد، ندانیم. اهل دیوان چنانچه آمد، عبارت است از مبارز مردانی آزاد، بالغ و عاقل هستند که نام‌های آنان در جریده‌ی حساب نوشته شده‌اند و برای

آنان، رزق و عطا از بیت‌المال وجود دارد و دیه از عطایا و ارزاق آنان گرفته می‌شود، نه از اصول اموال آنان. موسسه‌ی ضمان اجتماعی، یک موسسه‌ی اجتماعی حکومتی است که بر اساس بیمه‌ی اجتماعی برای موظفین دولت و عمال استوار است و به اتفاق علمای معاصر شرعا جایز است. (یوسف درادکه، بی‌تا، ص ۱۴۸)

۲-۴-۱. ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه‌ی تعاونی

تعاون و تکافل از ویژگیهای شرکت‌های بیمه‌ی تعاونی و بر اساس عقد بیمه‌ای جمعی است که بر اساس آن عقد، هر مشترک تعهد به پرداخت مبلغی از مال به گونه‌ای تبرع و رایگان دارد برای جبران ضرر آنانی که متضرر شده‌اند. این تکافل و حمایت‌های تأمینی در هنگام وقوع خطر از سوی شرکت‌های ویژه‌ای که به این منظور تاسیس شده‌اند، بر اساس وکالت و اجرت مشخصی صورت می‌گیرد. از میان اهداف، اشتراک اعضا در بیمه‌ی تعاونی، تحمل ناگواری‌های است که به برخی اعضا می‌رسند؛ تحمل مسئولیت ناگوار جنایت، موجب دیه از سوی سایر اعضا از اهداف این شرکت‌ها است.

میان این سخن و نصوصی که عاقله را عصبه دانسته‌اند، هیچ تعارضی وجود ندارد و صحابه هم از عاقله همان همکاری و تعاون را فهمیده‌اند. پس اگر شرکتی میان مردم تاسیس و از اهداف آن، تحمل مسئولیت ناگواری باشد که بعضی اعضای شرکت به آن گرفتار می‌شوند و اعضای شرکت، این مصایب را تحمل و همدیگر را یاری نمایند، از نظر شرعی چه منعی دارد؟ و لذا باید گفت که شرکت بیمه‌ی تعاونی می‌تواند نقش عاقله را ایفا و مسئولیت جنایت جانی را که در شرکت عضویت دارد، تحمل و دیه‌ی جنایت خطایی او را بپردازد.

بنابراین، ایجاد جمعیه‌های تعاونی که جایگزین عاقله بوده و در دفع ضررها و پاسخ‌گویی به حوادث اعضای آن، باهم تعاون داشته؛ به خصوص باتوجه به این نکته که افراد نمی‌توانند به صورت مستقل و به تنهایی پیامدهای ناگواری را تحمل کنند و شریعت اسلام نیز عجز افراد را به صورت مستقل در تحمل ناگواری توجه داشته و به همین جهت، به صورت عام دستور به تعاون داده است: «تعاونو علی البر والتقوی» (مائده، ۲)، مساعدت انسان‌ها با همدیگر در جبران و توزیع خسارت و کاستن از رنج همدیگر در قالب ایجاد جمعیه‌های تعاونی، هیچ ایرادی نخواهد داشت.

۳-۴-۲. ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه‌ی تجاری

علمای معاصر راجع به ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه‌ی تجاری به دو گروه تقسیم شده‌اند: مخالفین و موافقین.

۱-۳-۴-۲. مخالفین ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه‌ی تجاری

برخی بر عدم جواز ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه‌ی تجاری تأکید کرده‌اند و برخی هم آن را جایز دانسته‌اند. قایلین به عدم جواز، دلایل ذیل را بیان کرده‌اند:

(۱) دیه‌ی قتل خطا و شبه‌عمد در زمان ما فقط بر مال جانی واجب است، نه بر عاقله. این، نظر گروهی هستند که دیه را بر عهده‌ی قاتل می‌دانند، نه بر عهده‌ی عاقله؛ زیرا با عمومیت آیات

و حادثی که اصل را بر مسئولیت شخصی و فردی در اعمال می‌دانند و با نظریه‌ی مذاهبی که در صورت نبود عاقله، دیه را بر عهده‌ی جانی می‌دانند، سازگار می‌باشد.

۲) جایگزینی شرکت‌های بیمه‌ی تجاری به جای عاقله، شرعاً جایز نیست؛ زیرا این شرکت‌ها بر اساس بیمه‌ی تجاری شکل گرفته و بیمه‌ی تجاری، چون در آن جهالت، غرر، ربا، قمار و رهان وجود دارند و آنچه بر باطل بنا یافته باشد، خودش هم باطل است.

۳) امکان ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه‌ی تجاری وجود ندارد؛ زیرا انگیزه‌ای که عاقله بر آن بنیافته، با انگیزه‌ای که بیمه‌ی تجاری براساس آن شکل گرفته، متفاوت است. انگیزه‌ای شکل‌گیری عاقله، تعاون و همکاری است و بیمه‌ی تجاری بر انگیزه‌ای سودجویی، تجارت و بهره‌جویی شکل گرفته است.

۴) هدف عاقله به دنبال کاهش اثر مصیبت از جانی خطاکار و حفظ خون قربانیان از هدر رفتن است؛ ولی هدف شرکت‌های بیمه‌ی تجاری، دست‌یافتن به بیشترین سود ممکن و بهره‌جویی است. ۵) پیوند افراد عاقله به دلیل رابطه‌ی قرابت در رحم و خون به هدف تعاون و همکاری است؛ در حالی که افراد بیمه؛ اعم از بیمه‌شونده و بیمه‌کننده، چیزی که آنان را باهم یکجا کرده، وجود عقدی معاوضی است که ویژگی آن، اعتماد میان بیمه‌شونده و بیمه‌کننده است و در نیت هیچ‌کدام از بیمه‌شوندگان، تعاون و همکاری وجود ندارد.

۲-۳-۴. موافقین ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه‌ی تجاری

این گروه معتقد است که شرکت‌های بیمه‌ی تجاری می‌توانند نقش عاقله را ایفا کنند. اینها به دلایل ذیل استدلال نموده‌اند: (یوسف درادکه، بی‌تا، ص ۱۵۳-۱۵۵)

۱) قیاس عقد بیمه بر عقد موالات که در فقه اسلامی معروف است؛ ۲) جایگزین نمودن شرکت‌های بیمه‌ی تجاری به جای عاقله جایز است. برای اینکه نظام بیمه‌ای که در قالب شرکت‌های بیمه‌ی تجاری نمود یافته است، با نظام عاقله از جهت انگیزه، هدف و ارکان متفق هستند. هم عاقله و هم شرکت‌های بیمه‌ی تجاری براساس اندیشه‌ی تعاون و همیاری استوار و هدف هردو، ترمیم ناگواری مالی است و اینکه ارکان نظام بیمه در برابرش ارکان نظام عاقله است؛ پس مانعی برای تنظیم و ساماندهی همکاری که در عاقله وجود دارد، از طریق شرکت‌های بیمه‌ی تجاری نیست.

۳) ضرورت و نیاز ایجاب می‌کند که ما ایفای نقش عاقله را توسط شرکت‌های بیمه‌ی تجاری بپذیریم؛ به‌ویژه در حالت الزام دولت به بیمه‌نمودن هرکسی که تصمیم دارد رانندگی کند، که هیچ چاره‌ای ندارد، جز بیمه. پس اگر مسئولیتی در این باره باشد، این مسئولیت به همه‌ی مسلمین متوجه است و این سخن با تصامیم مجمع فقهی، راجع به عدم جواز بیمه‌ی تجاری منافاتی ندارد؛ زیرا این نوع بیمه، امری محدود و به خاطر نیاز به آن در حالت معین است.

۴) ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه، مصلحت بزرگی را برای جامعه در پی دارد؛ به خصوص در مورد بسیاری از رنج‌ها و مشکلات ناشی از حوادث قتل خطایی و حوادث ترافیکی.

۳-۳-۴. نظریه‌ی برتر

نظر برتر آن است که ما ایفای نقش عاقله توسط شرکت‌های بیمه‌ی تجاری را جایز ندانیم. برتری این نظر به‌خاطر قوت دلایلی است که طرفداران این نظریه به آن استدلال نموده‌اند. واقعیت این شرکت‌ها در زمان حاضر بر بیمه‌ی تجاری استوار است، که شرعاً حرام است و هیچ‌رابطه‌ای هم میان این شرکت‌ها و عاقله، نه از حیث انگیزه و نه از حیث هدف، وجود ندارد. هدف و انگیزه‌ی این شرکت‌ها یک چیز است و آن، به‌دست‌آوردن بیشترین سود ممکن است. هدف بیمه، سودجویی و فرصت‌طلبی و غیر شرعی است و انگیزه‌ی عاقله، همان‌گونه که مکرراً یادآوری شد، تعاون و کاستن مصیبت از جانی و حفظ حقوق از هدر رفتن است.

هیچ ضرورتی ندارد که شرکت‌های بیمه‌ی تجاری، نقش جایگزین و بدیل عاقله را داشته باشد؛ زیرا بدیل عاقله وجود دارد، که شرکت‌های تعاونی اسلامی می‌باشد. این حکم نسبت به بیمه‌شونده است؛ اما نسبت به مجنی‌علیه یا ولی او، ما معتقدیم که گرفتن تعویض از سوی این شرکت‌ها جایز است و این بدین جهت است که خون مسلمان هدر نرود، ولی این عاقله شمرده نمی‌شود. عاقله چیزی است و شرکت‌های بیمه، چیزی دیگری. (یوسف درادکه، بی‌تا، ص ۱۵۶-۱۵۷)

۵-۴. عاقله، نوعی از بیمه‌ی خانوادگی

بیمه در شرایط کنونی، مسأله‌ای مقبول، معقول و مشروع در تمام جوامع است. فلسفه‌ی بیمه، حفظ اشخاص، موسسات و شرکت‌های بزرگ و کوچک از خطر متلاشی‌شدن و نابودی در صورت برخورد با برخی از حوادث است؛ زیرا ورود خسارت نسبت به یک شخص یا یک شرکت، موجب فجایع و مصیبت غیرقابل تحمل خواهد بود. اما اگر چنانچه خسارت تقسیم و توزیع شود، امکان تحمل خسارت سهل‌تر است. مثلاً اگر خانه‌ی شخصی دچار آتش‌سوزی گردد و خانه، بیمه‌ی شرکت‌های بیمه‌کننده نباشد، صاحب‌خانه در صورت تحمل خسارت، ضرر فراوان خواهد دید و این، به افلاس و ورشکستگی نهایی او می‌انجامد. و همین‌طور، اگر کشتی حامل مواد نفتی یا کشتی حمل و نقل غرق گردد و شرکت مالک کشتی آن را توسط شرکت‌های بیمه‌کننده، بیمه نکرده باشد، اگر شرکتی که مالکیت کشتی را دارد به تنهایی خسارت را تحمل کند، در معرض افلاس و ورشکستگی قرار خواهد گرفت؛ اما در صورت قرارداد بیمه با شرکت‌های بیمه، صاحبان این‌گونه منافع می‌توانند به فعالیت‌های خود ادامه دهند؛ زیرا شرکت‌های بیمه، بخش بزرگی از خسارت را به دوش می‌کشند. پس آیا این کار امر مقبول و عادی و عادلانه نیست؟ و آیا چنین امری را می‌توان با آیه‌ی شریفه‌ی «ولانزر وازره وزر اخری» در تنافی دانست؟ حال سوال این است که اگر حکومتی، مردمی را که فواید بیمه را نمی‌دانند اجبار به بیمه نمود و فلسفه‌ی بیمه‌ی اجباری و اجرای قراردادهای بیمه‌ای با شرکت‌های اختصاصی بیمه این باشد که آن شرکت‌ها در صورت بروز برخی حوادث در کنار مردم باشند، آیا این بیمه‌ی اجباری جایز است؟ مسأله‌ی ضمان عاقله در واقع نوعی بیمه است؛ بیمه‌ای خانوادگی الزامی از ناحیه‌ی شارع مقدس؛ زیرا قتل خطای محض

همیشه در حق هر انسانی محتمل است و چون پرداخت دیه‌ی قتل خطایی بر انسان به تنهایی سخت و همه‌ی مردم هم ممکن نیست که به آسانی پرداخت دیه را تحمل کنند، اسلام اقارب قاتل را به یاری و اعانت او به دوش شرط دعوت نموده است: شرط اول اینکه، از اقارب پدری قاتل باشند. شرط دوم آنکه، اقارب قاتل از مردان باشند و با این دوش شرط، دیه را بر اقارب قاتل واجب نموده است. روشن است که این حادثه‌ای که شخص امروز بدان گرفتار شده، ممکن است فردا دامن‌گیر یکی دیگر از افراد عاقله گردد، که امروز پرداخت بخشی از دیه را تحمل نموده است. بنابراین، مسأله‌ی ضمان عاقله، شبیه مسأله‌ی بیمه و آن هم، بیمه‌ی خانوادگی است و این امر معقول است.

۶-۴. اشکال و صورت‌های دیگر عاقله در جامعه

در جامعه، اموری دیگری وجود دارند که شبیه نهاد عاقله و امروزه از امور رایج به‌شمار رفته و همه آن را می‌پسندند. مثلاً در مراسم ازدواج، عادت این است که مردم هدایایی را به زوجین که می‌خواهند زندگی‌شان را از صفر آغاز کنند، تقدیم می‌کنند. البته این رواج هم اشکال مختلفی داشته که به اختلاف جوامع و طوایف تفاوت می‌کند. در برخی جوامع، هرکس به اندازه‌ی توان خود، اموالی را در محفل عروسی به جای هدایای جنسی، تقدیم می‌کنند، که گاهی موارد، آن هدایا مبالغ کلانی را تشکیل داده که نه تنها مصارف عروسی را کفایت می‌کند، بلکه سرمایه‌ای را برای شروع کار و زندگی جدید فراهم می‌کند. در برخی از مناطق، مردم عادت دارند که در مراسم عزا و برپایی مجالس ترحیم، مشارکت داشته باشند و هرکس در مراسم ترحیم شرکت می‌کند، مقداری پول نقد به صاحب عزا می‌بخشد، تا سنگینی مالی مصیبت وارده را از دوش صاحب عزا تخفیف نموده و او بتواند به مسئولیتهای خود بپردازد. صاحب عزا هم خودش به زودی در مجالس دیگران اشتراک و در تخفیف آثار مصیبت از مصیبت‌دیدگان سهم می‌گیرد و این تکافل و تعاون اجتماعی، سنت نیک است. این دو مثالی که بیان شد نوعی از تامین اجتماعی و در واقع شبیه ضمان عاقله در حوادث است. (مکارم شیرازی، بی‌تا، ص ۲۲۶-۲۲۸)

اندیشمندان دیگری نیز، ضمن برشمردن تشریع عاقله به عنوان قوانین مترقی و عادلانه‌ی اسلام در باب دیات و قوانین جزایی، تلاش افرادی را که نهاد عاقله را مربوط به نظام قبیلگی و وجود قرارداد و رابطه‌ی انتصار و... دانسته مردود شمرده و می‌گویند: اولاً، عاقله یک‌نوع تکافل اجتماعی و بیمه‌ی خانوادگی است؛ به این معنی که عهده‌دار شدن پرداخت دیه توسط عاقله، یک نوع کفالت متقابل به حکم شارع مقدس است. ثانیاً، پرداخت دیه توسط عاقله یک حکم تکلیفی است که با عصیان، فقر عاقله یا فقدان وی متوجه قاتل می‌شود. ثالثاً، پرداخت دیه توسط عاقله با اصل شخصی‌بودن مجازات‌ها منافاتی ندارد؛ چون عاقله یک حکم تکلیفی محض است و بر عاقله واجب است که نسبت به پرداخت دیه اقدام کند. چنانچه به هر دلیلی پرداخت نکرد، مرتکب معصیت شده، عواقب و ضمان دیگری در بین نیست؛ یعنی از نظر اجرایی، عاقله اجبار به انجام پرداخت نمی‌گردد، بلکه ضامن حقیقی، خود جانی است. رابعاً، آیه‌ی شریفه‌ی «ولاتزر وازره وزر اخری»، مربوط به عقوبات است، نه ضمانات؛ به این معنی که کسی عقوبت دیگری را متحمل نمی‌شود. (محمدی همدانی، بی‌تا، ص ۱۶۵)

مرتضی مطهری پس از اشاره به شباهت عاقله با بیمه‌ی مسئولیت و اینکه عاقله به چه کسانی گفته می‌شود، علاوه نموده که پرداخت خسارت جنایت خطایی از سوی عاقله، عین بیمه نیست؛ ولی شبیه بیمه است. و پرداخت دیه، نه براساس قرارداد و بیمه‌ی مالکی، بلکه بر اساس بیمه‌ی شرعی است که شارع چنین بیمه‌ای را بر ورثه تحمیل و الزام نموده است. پرداخت دیه به ازای ارثی است که عاقله از دارایی جانی می‌برد، مشروط براین‌که ایراد خسارت و جنایت از سوی جانی، خطایی باشد نه عمدی.

مطهری برعلاوه‌ی تشبیه بیمه‌ی مسئولیت با عاقله، ضمان جریره را هم خیلی نزدیک و بلکه صددرصد بیمه توصیف نموده است. ضمان جریره، قراردادی است که اسلام آن را تایید نموده و بدین شکل است که دونفر، قراردادی را با هم منعقد می‌نمایند که در صورت ایراد خسارت خطایی از سوی هرکدام، دیگری در تحمل خسارت با او شریک باشد.

وی در پاسخ این سوال که چرا خود شخص جانی دیه را نپردازد و چرا دیگران از سوی او بپردازند؟ می‌گوید، این خسارت ناگهان متوجه انسان می‌شود؛ انسانی که یک عمر زحمت کشیده، وقتی می‌میرد، عده‌ای دیگر اموال او را می‌برند. آنان باید تعهدی در برابر این شخص داشته باشند و اسلام، ارثی را که شخص قهراً برای وراثت باقی می‌گذارد، پیشاپیش به منزله‌ی یک حق بیمه‌ی اجباری تلقی نموده است. (مطهری، ۱۳۶۴، ص ۳۲۲-۳۲۶)

۷-۴. احکام مربوط به پرداختی شرکت‌ها به عنوان دیه

۷-۴-۱. مقدار پرداختی شرکتهای بیمه به عنوان دیه

شرکت‌های بیمه‌ی اسلامی و تجاری در برخی از کشورهای اسلامی؛ مانند اردُن براساس قانون الزامی، ملتزم به تعهداتی راجع به جبران خسارات مالی است که به غیر وارد می‌شود. البته التزام و تعهد شرکت‌ها به جبران خسارت برحسب تفاوت مواردی چون وفات، عجز و ناتوانی دائمی، متفاوت است. این تفاوت هم از جهت مقدار مبلغ پرداختی و هم از جهت افرادی که به آنان پرداخت صورت می‌گیرد، وجود دارد.

محاسبات صورت گرفته نشان می‌دهد که مبلغ پرداختی توسط شرکت‌های بیمه در حال وفات، مساوی با مقدار دیه‌ای قتل خطا و مبلغ پرداختی در حال عجز دائم، مساوی با مقدار دیه‌ی مادون نفس است.

۷-۴-۲. صلح از دیه‌ی جنایت شبه‌عمد و خطا در بیمه

مشروعیت صلح هم از نظر کتاب، سنت، اجماع و عقل ثابت شده است. در باره‌ی آیه‌ی شریفه‌ی «الآخر فی کثیر من نجواهم...» (نساء، ۱۱) مفسرین گفته‌اند این آیه عام است؛ هم شامل دماء و هم اموال و اعراض است و در هر چیزی که میان مسلمان‌ها نزاع و اختلاف باشد. (مطهری، ۱۳۶۴، ص ۱۵۸-۱۵۹) و باز آیه‌ی: «وان امراته خافت من بعلمها...» (نساء، ۱۲۸) مشروعیت صلح را افاده می‌کند؛ زیرا خداوند صلح را توصیف به خیر نموده و توصیف به خیریت نمی‌شود، مگر چیزی که مشروع و مأذون‌فیه باشد.

از سنت هم روایاتی است که دلالت روشن بر مشروعیت صلح دارد؛ مانند «الصلح جائز

بین المسلمین»؛ اما فقها بر مشروعیت صلح، اجمالا اجماع دارند؛ هر چند در جواز بعضی از صورت‌های صلح، اختلاف دارند. در این مورد، عقل هم چنین حکم می‌کند. از نظر عقل، صلح رافع فسادی واقع شده یا فساد مورد انتظار است. از جمله موارد صلح، نزاع در مورد اموال است و دیه هم مال می‌باشد.

پس دیه، دینی است که در ذمه‌ی جانی ثابت است و داین می‌تواند با مدین صلح کند یا ذمه‌ی مدین را بری نماید. به اتفاق فقها در حالت جنایت خطایی، صلح بر بیشتر از مقدار دیه جایز نیست؛ زیرا مانع صلح که همانا دست‌یابی به ربا باشد، در این مورد، وجود دارد. (مطهری، ۱۳۶۴، ص ۱۶۰-۱۶۲)

۳-۷-۴. جمع میان تعویض بیمه و دیه

با وجود اعتقاد فقها مبنی بر عدم جواز صلح در مورد دیه‌ی جنایت خطایی به بیشتر از مقدار دیه، به دلیل وجود مانع که ربا باشد، نظر قوی در طبیعت دیه آن است که دیه در جرایم غیر عمدی، تعویض مالی، و در جرایم عمدی، عقوبت و مجازات جنایی است. و باز نظر برتر این است که جایز است شرکت‌های بیمه‌ی تعاونی و اجتماعی، نقش عاقله را در مورد پرداخت دیه‌ی جنایت خطایی ایفا نمایند؛ ولی شرکت‌های بیمه‌ی تجاری، اجازه ندارند که نقش عاقله را ایفا نمایند. بنابراین جمع میان تعویض بیمه و دیه، شرعا جایز نیست. در مواردی که شرکت‌های بیمه‌ی اجتماعی و تعاونی نقش عاقله را در پرداخت جنایت خطایی ایفا می‌کند، جایز نبودن جمع میان تعویض مالی و دیه در صورت جنایت خطایی، وجود ربا است؛ چون دیه در جرائم غیر عمدی، حقیقتی جز تعویض مالی ندارد و به این خاطر صلح از دیه در حالت جنایت خطایی بر اکثر و بیشتر از آنچه که دیه واجب است، شرعا جایز نیست؛ زیرا مانع از چنین صلح، همان ربا است و دیه در جرایم غیر عمدی، حقیقتی جز تعویض مالی ندارد. پیامبر(ص) فرموده: دیه‌ی قتل خطایی، صد شتر و مازاد بر آن، رسم جاهلیت است. پس حدیث دلالت دارد بر عدم جواز زیاده در دیه‌ی خطا و این، بدین جهت است که بیشتر از مقدار دیه، رسم جاهلی توصیف شده است. (مطهری، ۱۳۶۴، ص ۱۶۳)

نتیجه

از مجموع مطالب مزبور ثابت می‌شود که ایرادهای جدی بر مقایسه‌ی عاقله و بیمه وجود دارد؛ بنابراین، نمی‌توان عاقله و بیمه را کاملاً یکسان انگاشت و از طریق تطبیق بیمه بر عاقله و یا عقود شرعی دیگر، حکم به جواز و مشروعیت بیمه داد. اثبات جواز و مشروعیت آن از طریق دلایل دیگری؛ مانند عمومات صحت عقد و عقلایی بودن عقد بیمه، با محذورت کمتری مواجه خواهد بود. برعلاوه، هیچ ضرورتی ندارد که بیمه و عاقله در تمام خصوصیات شباهت و همانندی داشته باشند؛ به‌ویژه آنکه، عاقله، نوعی بیمه‌ای متناسب با زمان جعل و تشریع آن بوده و بیمه، قراردادی متناسب با زمان کنونی است، که با گذشت زمان هرروز بر تنوع آن افزوده و هر روز مجال بیشتری از زوایای زندگی بشر را تحت پوشش خود قرار می‌دهد.

فهرست منابع

۱. احمد، ادريس (بی‌تا). عوض، الدیه. ترجمه‌ی علی‌رضا فیض. تهران: نشر دانشگاه تهران.
۲. امیری، ناصر نیکخوا (۱۳۹۴). بررسی فقهی عقد بیمه. قم: سازمان سمت و مرکز فقهی ائمه‌ی اطهار، چاپ اول.
۳. برجی، یعقوب علی (۱۳۹۴). فقه العقود المالیه. ترجمه‌ی جامعه‌المصطفی العالمیه. قم: نشر مرکز بین‌المللی المصطفی، چاپ دوم.
۴. بنی‌احمد، علی سلیمان (۲۰۰۸م). قانون الضمان الاجتماعی. اردن: بی‌نا.
۵. جمالی‌زاده، احمد (۱۳۷۹). بررسی فقهی عقد بیمه. قم: بوستان کتاب، چاپ اول.
۶. جمشیدی، مجید (بی‌تا). دیه و ارش. بی‌جا: بی‌نا.
۷. جمعی از پژوهشگران (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهلیت (ع). قم: بی‌نا.
۸. حسینی، سید محمد (۱۳۸۵). فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی. تهران: نشر سروش.
۹. زحیلی، وهبه (۲۰۰۸م). موسوعه الفقه الاسلامی المعاصر. ج ۳. دمشق: دارالمکتبۃ دمشق.
۱۰. زرقا، احمد مصطفی (بی‌تا). معالم التامین الاسلامی. بی‌جا: بی‌نا.
۱۱. سنه‌وری، عبدالرزاق (۱۹۶۴م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. ج ۷. بیروت: بی‌نا.
۱۲. شیخ بهایی عاملی (بی‌تا). جامع عباسی. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین.
۱۳. صالح‌العلی، سمیع‌الحسن (۱۴۱۰ق). معالم التامین الاسلامی. بی‌جا: بی‌نا.
۱۴. طاهری، حبیب‌الله (بی‌تا). حقوق مدنی. قم: انتشارات جامعه‌ی مدرسین.
۱۵. علی جمعه، محمد (بی‌تا). الکلم الطیب. بی‌جا: بی‌نا.
۱۶. عویس، عبدالحلیم (۲۰۰۵م). موسوعه الفقه الاسلامی المعاصر. مصر: دارالوفا، چاپ اول.
۱۷. قرضاوی، یوسف (۱۳۹۶ق). الحلال والحرام فی الاسلام. ج ۱، قاهره: بی‌نا.
۱۸. کوشا، محمد علی (۱۳۹۴). فقه معاملات جدید (۱). قم: انتشارات المصطفی، چاپ اول.
۱۹. محمدی همدانی، اصغر (بی‌تا). ده رساله‌ی تحقیق در موضوعات مستحدث. بی‌جا: بی‌نا.
۲۰. محمود، عبدالرحمن (بی‌تا). معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیه. قاهره: دارالفضیله.
۲۱. مشکینی، میرزا علی (بی‌تا). مصطلحات الفقه. بی‌جا: بی‌نا.
۲۲. مطهری، مرتضی (۱۳۶۴). ربا، بانک، بیمه. قم: انتشارات صدرا، چاپ اول.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر (بی‌تا). بحوث فقهیه عامه. بی‌جا: بی‌نا.
۲۴. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (بی‌تا). فقه الشرکه علی نهج الفقه والقانون. تهران: مکتبه امیرالمومنین دارالعلم مفید.
۲۵. یوسف درداکه، ابراهیم محمدخیر (بی‌تا). دفع الدیه من قبل شرکات التامین المعاصره. بی‌جا: بی‌نا.

اصل بی طرفی قاضی از منظر فقه و حقوق

خالق داد اسدی*

* دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی، دانشگاه المصطفی العالمیه، قم، ایران.

چکیده

یکی از اصول مهم حاکم بر دادرسی عادلانه، رعایت اصل «بی طرفی» در دادرسی است. منظور از این اصل، نگاه مساوی و غیرجانبدارانه داشتن قاضی به طرفین دعوا است؛ یعنی قاضی حق ندارد در جریان دادرسی، از جاده‌ی بی طرفی خارج گردد و تمایل خود را با انجام دادن اقداماتی، به پیروزی یک طرف دعوی نشان دهد. لکن در عین حال، به موازات اصل بی طرفی قاضی، مسئله‌ی لزوم پشتیبانی از حق، یکی دیگر از مهم‌ترین ارکان قضا به شمار می‌رود. هدف از این تحقیق که با روش کتابخانه‌ای انجام شده، بررسی تطبیقی دیدگاه‌های فقه و حقوق نسبت به اصل «بی طرفی» قاضی و تفکیک آن از لزوم کشف واقع و پشتیبانی از حق در داوری است. در هردو دیدگاه، روی اصل یادشده توافق نظر وجود دارد و به منظور تضمین رعایت آن در جریان دادرسی، راهکارها و ضمانت اجرایی نیز، پیش‌بینی گردیده است.

واژه‌های کلیدی: قاضی، بی طرفی، عدالت، دادرسی عادلانه، کشف واقع، فقه و حقوق.

وظیفه‌ی اساسی دستگاه قضایی، حل و فصل دعاوی بر اساس عدالت و احقاق حق است؛ لکن نشانه‌های محسوس و معیارهای عینی احراز اجرای عدالت، رعایت اصول حاکم بر دادرسی از آن جمله اصل «بی‌طرفی» است؛ زیرا اصول حاکم بر دادرسی، در واقع، ترسیم‌کننده‌ی روند دادرسی است که بدون رعایت آن، نمی‌توان به اجرای عدالت اطمینان پیدا کرد. (ناجی زواره، ۱۳۸۹، ص ۵۹) فقه و حقوق روی اصل «بی‌طرفی» قاضی، دیدگاه مشترک دارد و بلکه اسلام قرن‌ها قبل از دانشمندان حقوق، اصل بی‌طرفی قاضی را به منظور اجرای دادرسی عادلانه، هم در مرحله‌ی اندیشه، هم رسیدگی و هم اجرای حکم، مورد توجه قرار داده‌اند. در کلمات فقها از این اصل، تحت عنوان «وجوب التسویه بین الخصمین» یاد شده و ذیل آن، آدابی برای قاضی مطرح گردیده است. لکن در عین حال، نباید بی‌طرفی قاضی را با بی‌تفاوتی و کاهلی او در پشتیبانی از حق اشتباه گرفت. قاضی در عین حال که باید در جریان دادرسی بی‌طرف باشد، وظیفه دارد در راستای اجرای عدالت و کشف حقیقت، اقدامات تحقیقی لازم؛ از قبیل کارشناسی، معاینه‌ی محل، تحقیق محلی، سؤال و جواب از طرفین دعوا، احضار شهود و غیره، را نیز انجام دهد، تا بتواند با کسب اطمینان و اقتناع وجدانی، اقدام به اصدار حکم نماید.

در این تحقیق، اصل «بی‌طرفی» قاضی از دیدگاه فقه و حقوق در سه نوشتار کلی مورد بحث قرار گرفته که عبارتند از: ۱) مفهوم بی‌طرفی و اقسام آن؛ ۲) مبانی و قلمرو بی‌طرفی؛ ۳) ضمانت اجرای بی‌طرفی.

۱. مفهوم‌شناسی

نخست مفهوم بی‌طرفی و سپس اقسام آن مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۱. مفهوم بی‌طرفی

«بی‌طرفی»، یعنی عدم تعصب، عدم جانب‌داری. (معین، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۶۲۹) اما در اصطلاح حقوقی عبارت است از «نبود تمایل در درون دادرس، به سوی یکی از طرف‌های دعوا یا موضوع اختلاف. در غیر این صورت، قاضی جانب‌داری نموده است». (رجبی، ۱۳۸۹، ص ۸۵)

در بیان دیگر، «بی‌طرفی» قاضی بر معیار عینی تعریف شده است: «تصمیمات باید مبتنی بر معیار عینی باشد، نه بر اساس تبعیض، پیش‌داوری یا ترجیح یک طرف بر طرف دیگر، بر اساس دلایل نادرست». (ناجی زواره، ۱۳۸۹، ص ۳۱)

حقوقدان دیگری گفته است: مراد از بی‌طرفی قاضی این است که، وی باید نسبت به طرفین دعوا موقف سلبی داشته باشد؛ یعنی بدون این که خود به جمع‌آوری دلایل بپردازد، صرفاً آن‌ها را از طرفین دعوا دریافت و در چارچوب قانون ارزیابی نماید. (السنهوری، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۵)

نتیجه‌ی مجموع این تعاریف این می‌شود که، قاضی باید به طرفین دعوا به یک چشم نگاه کند و در جریان دادرسی، تنها بر اساس دلایل و استدلال‌های عینی که در طول دادرسی در پرونده



منعکس گردیده، اظهار نظر کند و از غلبه دادن یک طرف بر طرف دیگر، پرهیز نماید.

۱-۲. اقسام بی طرفی

همان طوری که در دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز منعکس گردیده، (ناجی، ۱۳۸۵، ص ۴۶) «بی طرفی» قاضی می تواند واجد دو بُعد؛ بی طرفی ذهنی و بی طرفی عینی، باشد.

۱-۲-۱. بی طرفی ذهنی

بی طرفی ذهنی، متضمن این معنا است که قاضی نباید نسبت به هیچ یک از طرفین دعوا، پیش داوری یا پیش خواهی یا التفات داشته باشد و این که از پیش تمایل نداشته باشد یک طرف را محکوم کند. (ناجی زواره، ۱۳۸۹، ص ۲۸۱) بنابراین، بُعد ذهنی بی طرفی در واقع، ناظر به عقیده شخصی قاضی در جریان دادرسی و در مرحله اتخاذ تصمیم در مورد یک دعوی خاص است. این نوع بی طرفی، قابل اثبات نیست و ضمانت اجرای آن فقط ویژگی های خاص؛ از قبیل تقوا و ملکه ای عدالت در شخص، است و برای آن که قضات بتوانند با بی طرفی کامل و بدون توجه به احساسات، اعتقادات و گرایش های شخصی، به اجرای عدالت بپردازند، باید صفات و شرایط خاصی را دارا باشند و اگر نه، قاضی اصولاً نمی تواند از تأثیر اعتقادات، احساسات و تمایلات فردی در رأی خویش جلوگیری نماید.

در نظام قضایی حقوقی، بیشتر روی صفات ظاهری و بالاتر از آن، به مسئله صلاحیت علمی قضات، توجه می شود و به صفات روحی و معنوی قاضی کمتر بها داده می شود. اما در نظام قضایی مبتنی بر فقه، قضا یک منصب الهی است که متولی آن به ترتیب، انبیاء، ائمه^(ع) و بعد از آن ها، فقها می باشند. (موسوی اردبیلی، ۱۴۳۴ق، ج ۱، ص ۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۹) از همین رو، در نظام قضایی اسلام، ویژگی های مهمی برای قاضی در نظر گرفته شده که از آن جمله است: بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، اجتهاد مطلق، مرد بودن، طهارت مولد (حلال زاده بودن)، اعلیت و نیز داشتن حافظه ی قوی. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۵۹)

در روایتی از امام صادق^(ع) جریان قضاوتی از یک قاضی (در بنی اسرائیل) نقل شده است که آن قاضی بعد از مرگ، دچار عذاب الهی می گردد؛ زیرا در یک مرافعه ی خاص، تمایل قلبی به پیروزی یک طرف دعوا داشته است. (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۲۵) بر اساس این روایت، در هنگام قضاوت، اگر حق هم به جانب اقوام خاصی باشد، داور نباید از خدا بخواهد که حق در کفه ی او باشد و خصم او محکوم گردد و حتی در این مرحله هم نباید تفاوت قائل شود.

۱-۲-۲. بی طرفی عینی

بی طرفی عینی، یعنی این که رفتار قاضی در تمام جریان دادرسی باید به نحوی باشد که اصحاب دعوا واقعاً بی طرفی را بعینه ملاحظه نمایند. (مدنی، ۱۳۸۵، ص ۲۳) به عبارت دیگر، قاضی بی طرفی خود را در عمل آشکار نماید. چنان که در بند ۱ ماده ۴ قانون اخلاق قضایی قضات دیوان بین المللی کیفری (مصوب ۲۰۰۵/۳/۹) مقرر گردیده است: «قضات باید بی طرف بوده و بی طرفی خود را در انجام وظایف قضایی آشکار نمایند».

قانون‌گذار افغانستان نیز بی‌طرفی عینی را مورد تأکید قرار داده و در ماده‌ی ۱۵ قانون سلوک قضایی مقرر داشته است: «قاضی مکلف است غیرجانبداری را در تمام اعمال خود منجیت قاضی عملی سازد».

در کتاب‌های فقهی، از بی‌طرفی عینی تحت عنوان «التسویه بین الخصمین» نام برده شده و فقها ذیل آن، آدابی (اعم از واجب، مستحب، مکروه و حرام) را برای قاضی مطرح کرده‌اند. از جمله این‌که: «قاضی باید در رفتار، گفتار، سلام کردن و ردّ سلام، نگاه‌کردن و دیگر اسباب احترام؛ مانند اجازه‌ی ورود دادن، برخاستن و نشستن، و گشاده‌رویی با هردو طرف دعوا به‌طور مساوی برخورد کند و نیز واجب است به سخن اصحاب دعوا گوش فرا دهد و انصاف را در جایی که از او عملی سر می‌زند، نسبت به هردو طرف رعایت کند؛ مثلاً اگر نسبت به یک طرف تندخویی نشان داده است، باید از او معذرت‌خواهی کند، تا متهم به یک‌سوگیری و عدم رعایت مساوات نشود.» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۷۲؛ نیز ر.ک: الزحیلی، ۱۴۲۷، ج ۸، ص ۵۹۵۷)

یکی از مصادیق مهم بی‌طرفی عینی این است که قاضی نباید برای یکی از طرفین دعوا، تحصیل دلیل (در حقوق) و یا به یکی از آن‌ها تلقین دلیل (در فقه) نماید؛ زیرا بی‌طرفی عینی قاضی و نگاه مساوی داشتن وی به طرفین دعوا، باعث می‌شود که طرفین دعوا به حکم او اعتماد نمایند و نزاع خاتمه پیدا کند. (موسوی اردبیلی، ۱۴۳۴ق، ج ۲، ص ۹)

۲. مبانی و قلمرو بی‌طرفی

بحث از مبانی، بحث از آن اصول کلی یا محرک‌هایی است که در ورای اصل «بی‌طرفی» وجود دارند و در واقع، منشأ اعتبار و پاسخ به چرایی این اصل می‌باشند. اما منظور از قلمرو بی‌طرفی، بررسی دامنه‌ی اجرای اصل مزبور و تفکیک آن از لزوم احقاق حق در داوری است.

۲-۱. مبانی بی‌طرفی قاضی

مهم‌ترین مبانی اصل «بی‌طرفی» قاضی در فقه و حقوق، اصل «عدالت» است. عدالت، در لغت عبارت است از «راست بودن، استقامت، درستی، عدم انحراف به چپ یا راست، عدم انحراف به زیاده یا نقصان که جهت جامع این معانی آن، حالت اعتدال و توسط در یک شیء است.» (موسوی قزوینی، ۱۴۱۹ق: ص ۱۷) مفهوم عدالت در روابط اجتماعی، عبارت از رعایت حقوق افراد و اعطای حقّ هر ذی‌حق است (اعطاء کل ذی حق حقه)؛ یعنی در جامعه هرکس باید به حقّ خود که لایق و شایسته‌ی آن است برسد؛ نه به او ظلم شود و نه او به کسی ظلم کند. (مطهری، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۸۰؛ طباطبایی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۶۷) در کلام امیرالمؤمنین علی^(ع) نیز عدالت تقریباً با همین مفهوم توصیف شده و آمده است: «العدل یضع الامور مواضعها...» (نهج البلاغه، حکمت ۴۳۷)

اما در ادبیات قضایی، عدالت عبارت است از «داشتن وصف بی‌طرفی و درستی، آزادی از تعصّب و جانب‌داری و نفع شخصی، عادلانه، منصفانه، غیرجانبدارانه و برابری میان طرفین منازعه.» (فضائلی، ۱۳۸۹، ص ۵۰)

نظام دادرسی همه کشورها این اصل را مورد توجه قرار داده است. از جمله، قانون‌گذار افغانستان در ماده‌ی ۲۲ قانون اجرای مجازات موقت مقرر می‌دارد: «رسیدگی و اصدار حکم توسط محاکم بر اساس اصل تساوی طرفین در برابر قانون و محکمه و رعایت عدالت و بی‌طرفی صورت می‌گیرد.» در نظام دادرسی اسلام نیز اساس قضاوت بر اجرای عدالت و احقاق حق استوار گردیده است. آیات و روایات زیادی بر این موضوع دلالت دارند که به اختصار اشاره می‌گردد:

الف) آیات: قرآن کریم علاوه بر این که به مقوله‌ی عدالت به طور عام توجه کرده، در خصوص قضاوت آن را مورد تأکید ویژه قرار داده است؛ از جمله:

۱) «ای داود، ما تو را در زمین جانشین خود قرار دادیم، پس میان مردم به حق داوری کن و از هوس پیروی منما که تو را از راه خدا گمراه می‌سازد، بی‌تردید آنان که از راه خدا گمراه می‌شوند، برای آنان عذابی سخت می‌باشد، به خاطر آنکه روز حساب را فراموش کردند» (ص، ۲۶)

در آیه‌ی مزبور دوچیز معیار قضاوت قرار گرفته است: یکی وجوب قضاوت بر اساس «حق» (راستی) و دیگری متابعت نکردن از «هوی».

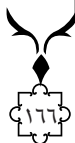
واژه‌ی «حق» در لغت به معنای متعدد؛ از قبیل راست، درست (مقابل باطل)، حقیقت، یقین، عدل و انصاف (معین، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۱۳۶۳) استعمال شده است. در قرآن کریم هم اکثراً در همین معنای لغوی آن (حقیقت، واقعیت و عدالت) به کار رفته، هرچند در برخی از موارد در معنای حقوقی (بقره، ۲۸۲) یا وظیفه و تکلیف (ذاریات، ۱۹) نیز آمده است. در ادبیات قضایی نیز واژه‌ی مزبور بیشتر به معنای عدالت استفاده می‌شود. برای مثال، وقتی در داوری بین دو تن گفته می‌شود «حق این است»؛ یعنی عدالت چنین اقتضا می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۴)

بنابراین، منظور از قضاوت به حق در آیه‌ی شریفه، قضاوت عادلانه است؛ یعنی قضاوت مطابق واقع و نفس‌الامری که دلیل یا اماره بدان رهنمون است. (فاضل مقداد، بی‌تا، ج ۲، ص ۸۹۸)

اما واژه‌ی «هوی»، در فرهنگ قرآنی به معنای محبت، تعلق و میل نفسانی آمده (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۱، ص ۳۰۱) و این، همان «هوای نفس» است. بنابراین، جمله‌ی «و لاتتبع الهوی» در واقع اشاره به این دارد که: پیروی از هوای نفس و خواسته‌های نفسانی در هنگام داوری، به هیچ‌وجه، سزاوار و شایسته‌ی داور نیست. بدیهی است که طرف‌داری از یک طرف دعوا در جریان دادرسی، از مصادیق پیروی از هوای نفس است.

۲) «خداوند [متعال] قاطعانه به شما فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به صاحبان آن بازگردانید و هنگامی که میان مردم داوری می‌کنید، به عدالت داوری کنید...» (نساء، ۵۸)

مفاد آیه‌ی مزبور تقریباً همان مفاد آیه‌ی ۲۶ سوره «ص» است، با این تفاوت که مخاطب آن عام است؛ یعنی خداوند در این آیه‌ی شریفه به زمامداران یا اعم از زمامداران و قضات، امر می‌کند که حقوق مردم را رعایت و در میان آنان به انصاف و عدالت رفتار کنند. (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۷۰۹) شکی نیست که رعایت اصل «بی‌طرفی» و برخورد مساوی قاضی با طرفین دعوا در اموری؛ چون سلام، گفت‌وشنود، جای نشستن، توجه به ادله‌ی طرفین و پرهیز از تلقین دلیل به



یکی از متخصصین، از لازمه‌ی یک دادرسی عادلانه است.

۳) «یقیناً این کتاب را به درستی و راستی به تو نازل کردیم تا میان مردم به آنچه خدا به تو آموخته، داوری کنی، و حمایت‌گر خائنان مباش.» (نساء، ۱۰۵)

این آیه‌ی شریفه، بر دو نکته‌ی مهم دلالت دارد: نکته اول، لزوم قضاوت آگاهانه است؛ زیرا به رسول خدا دستور داده شده که بر اساس «بما أراک الله» قضاوت کند. بما أراک الله؛ یعنی آنچه‌ی بالوحی (خداوند به وسیله‌ی وحی او را آگاه کرده است). نکته دوم، عدم جواز تلقین دلیل در قضاوت است؛ زیرا به رسول خدا دستور داده شده که، «لا تکن للخائنین خصیماً» یعنی لاتجادل لأجل الخائنین؛ به خاطر یکی از دو خائن، مجادله نکن. (مقداد حلی، ج ۲، ص ۳۷۸)

ب) روایات: در روایات نیز بر اجرای عدالت و بی‌طرفی در قضاوت تأکید گردیده است که به چند نمونه اشاره می‌شوند:

۱) «وقتی دوکس نزد تو دادخواهی کردند، پیش از آن‌که به سخن دیگری گوش نکرده‌ای، به سود شخص اول قضاوت مکن. اگر به سخن دیگری گوش دادی، قضاوت برای تو روشن خواهد شد.» (عیاشی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۷۵)

۲) «هرکه قضاوت می‌کند، باید مساوات را میان طرفین در اشاره و نگاه‌نمودن و جای نشستن، رعایت کند.» (حر عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص ۲۱۴)

بر همین اساس، برخی فقها مبنای حرمت «تلقین دلیل» به متخصصین را (که یکی از مصادیق جانب‌داری قاضی محسوب می‌شود)، مسئله‌ی عدالت عنوان کرده، می‌گویند: «در باب تلقین خصمین، دلیل خاصی (از آیه و روایت) جز مسئله عدالت نداریم ... و قاضی باید به هردو طرف دعوی با چشم مساوی نگاه کند.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۲) زیرا تلقین دلیل به یک طرف دعوا، موجب ضعف و ناتوانی طرف دیگر در استدلال و استفاده از دلایل خود خواهد شد. (الطرابلسی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۱)

۲-۲. قلمرو بی‌طرفی قاضی

قلمرو اصل «بی‌طرفی» قاضی تا جایی است که با مسئله‌ی «کشف واقع» در دادرسی منافات نداشته باشد؛ زیرا همان‌گونه که اصل بی‌طرفی از اصول مهم دادرسی می‌باشد، مسئله‌ی «کشف واقع» و لزوم پشتیبانی از حق نیز یکی از مهم‌ترین ارکان قضا به شمار می‌رود. نقش قاضی و مقدار اختیارات وی در کشف واقع، بستگی به نوع تفکر و مبانی اعتقادی نظام‌های حاکم بر دادرسی دارد. با بررسی تاریخی تمدن‌ها می‌توان دو نوع نظام اصلی دادرسی حقوقی را ملاحظه نمود: نظام دادرسی اتهامی و نظام دادرسی تفتیشی. در کنار این دو نظام اصلی، نظام دیگری موسوم به نظام دادرسی «مختلط» داریم که با اختلاط خطوط اصلی دو نظام دادرسی اتهامی و نظام دادرسی تفتیشی، ساخته شده است. (شمس، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۲۲-۱۲۳)

خطوط اصلی نظام‌های دادرسی فوق را می‌توان به طور خلاصه به ترتیب زیر ارائه کرده: در نظام دادرسی اتهامی، قاضی در جریان دادرسی بیشتر نقش یک ناظر بی‌طرف را دارد و

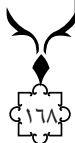
از مجادله لفظی و استدلالات و احتجاجاتی که از سوی طرفین دعوی به عمل می‌آید، سعی در یافتن واقعیت امر را دارد، بدون آنکه خود، مجاز به دخالت در جریان دادرسی و تحصیل دلیل باشد. در این نظام، هدف دادرسی تنها فصل خصومت است نه کشف حقیقت. لیکن در عین حال، اصل اقتناع وجدان قاضی در این نظام، کارایی بالایی دارد. قاضی قدرت ارزیابی دلایل را دارد و حتی می‌تواند بر خلاف ادله‌ی قانونی رأی صادر کند؛ زیرا ارزیابی دلایل بر اساس قناعت وجدان بر عهده‌ی قاضی است.

در نظام دادرسی تفتیشی، قاضی در پی کشف حقیقت است و کوشش می‌کند نابرابری موجود بین طرفین دعوا را با استمداد از نیرو و قدرت جامعه برای حمایت از طرف ضعیف و احراز واقع جبران کند. به عبارت دیگر، در این نظام، باور بر این است که دادن نقش فعال به قاضی در جمع‌آوری ادله لازم است؛ زیرا از یکسو، دادرس باید نابرابری اصحاب دعوا را در اثبات ادعای خود جبران کند و از سوی دیگر، آنچه اعتبار دستگاه قضایی را مخدوش می‌کند، صدور رأی بر خلاف حقیقت است. پس انفعال دادرس در جمع‌آوری ادله و اکتفا کردن به ادله‌ی که طرفین تهیه و ارائه کرده‌اند، موجب پیروزی طرفی می‌شود که اگرچه الزاماً «حق» نمی‌گوید، اما توانایی و تبحر بیشتری در تهیه و ارائه‌ی ادله و استناد به آن‌ها را داشته است.

در نظام دادرسی مختلط، تحقیقات مقدماتی معمولاً به طور سری، مکتوب و حتی در مواردی به صورت غیرتناظری معمول می‌گردد؛ ولی در مقطع قضاوت، بیشتر روح نظام اتهامی حاکم می‌باشد. از مشخصات مهم دیگر این سیستم، تفکیک بین مرحله‌ی تعقیب و تحقیق است؛ به این ترتیب که وظیفه‌ی تعقیب جرم به عهده‌ی دادرس و تکلیف تحقیق از متهم و جمع‌آوری دلایل به عهده‌ی قاضی تحقیق گذاشته شده است. تحقیق نهایی نزد دادگاه به طور شفاهی، علنی و تناظری جریان می‌یابد. قاعده‌ی «اقتناع وجدان» به قضات اجازه می‌دهد که آزادانه ادله‌ی ارائه‌شده را، بدون رجوع به یک تعرفه‌بندی که به موجب قانون قبلاً انجام شده باشد، مورد ارزیابی قرار دهند. (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۱۶؛ شمس، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۲۳-۱۲۲؛ آخوندی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۶۱؛ گلدوست جویباری، ۱۳۸۶، ص ۲۳)

اما نظام دادرسی افغانستان در مسائل مدنی از خطوط بارز نظام دادرسی اتهامی پیروی می‌کند و قاضی علی‌القاعده، خود را مقید به دلایل ارائه‌شده از سوی طرفین دعوا می‌داند؛ ولی در مسائل کیفری، خطوط اصلی نظام دادرسی تفتیشی را پذیرفته و به قاضی اختیاراتی در جهت کشف واقع داده شده و قانون‌گذار رسماً در ماده‌ی ۲۳ قانون اجراءات جزایی موقت، هدف اصلی از تحقیق جنایی را کشف حقایق اعلام کرده است.

در نظام دادرسی اسلام نیز همان‌طوری که اشاره شد، اساس قضاوت بر اجرای عدالت و احقاق حق استوار است. ما وقتی نگاهی به قضاوت‌های امیر المؤمنین علی^(ع) می‌اندازیم، می‌بینیم که قضاوت‌های آن حضرت، نوعاً حاوی تحقیق برای کشف واقع بوده است. او هم‌چنان که بر اساس بینة و سوگند و قسامه (ادله‌ی شرعی)، قضاوت می‌کرد، در قضایای پیچیده، برای کشف حقیقت



و رسیدن به واقعیت، روش‌های گوناگون علمی را به خدمت می‌گرفت و با این اقدام خود (در به‌کارگیری علوم و استفاده از امارات و قرائنی که موجب یقین و کشف حقیقت واقع می‌شود)، آفاق جدیدی را به روی قضات گشود.» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۰۶)

فرمان امام علی^(ع) به مالک اشتر از مهم‌ترین منابع آیین دادرسی اسلامی است که در آن بر «کشف واقع» در دادرسی تأکید گردیده است: «سپس، از میان مردم، برترین فرد نزد خود را برای قضاوت انتخاب کن، کسانی که مراجعه‌ی فراوان آنها را به ستوه نیاورد، و برخورد مخالفان با یکدیگر او را خشمناک نسازد، در اشتباهاتش پافشاری نکند، و بازگشت به حق پس از آگاهی، برای او دشوار نباشد؛ طمع را از دل ریشه‌کن کند، و در شناخت مطالب با تحقیقی اندک رضایت ندهد، و در شبهات از همه با احتیاط‌تر عمل کند، و در یافتن دلیل، اصرار او از همه بیشتر باشد، و در مراجعه‌ی پیایی شاکیان، خسته نشود. در کشف امور از همه شکیباتر، و پس از آشکارشدن حقیقت، در فصل خصومت از همه برنده‌تر باشد، کسی که ستایش فراوان او را فریب ندهد، و چرب‌زبانی او را منحرف نسازد....» (نهج البلاغه، نامه‌ی ۵۳)

از این‌رو، هرچند تلقین دلیل به یکی از طرفین دعوا در فقه، حرام گردیده، اما فقها در مواردی، آن را جایز دانسته‌اند. به طور مثال، آن‌جایی که قاضی بداند حق با کدام طرف دعوا است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۵۴) یا تلقین دلیل اگر از باب ارشاد جاهل باشد؛ مثلاً اگر چنانچه مشتری نمی‌داند که او می‌تواند از مدلس غرامت بگیرد، حاکم می‌تواند او را به این حکم ارشاد نماید؛ زیرا این‌گونه موارد با بی‌طرفی قاضی منافات ندارد و آن‌چه مورد اشکال می‌باشد، تلقین دلیلی است که سبب عدم تسویه میان طرفین دعوا شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۳۵۹)

بنابراین، باید میان دو اصل «بی‌طرفی» و اصل «کشف حقیقت» در دادرسی جمع نمود و راه حل جمع آن‌ها در این است که قاضی اقدامات تحقیقی خود را همواره در چارچوب قانون و معطوف به دلایل و مستندات انجام دهد که از سوی طرفین دعوا ارائه یا اظهار گردیده‌اند؛ مثلاً اگر دلیل دعوا شهادت شهود باشد، دادرس با طرح سؤالاتی از آن‌ها، احتمال تبانی و تلقینی بودن شهود را برطرف کند و در صورتی که دلیل اسناد کتبی باشد، باید در صورت تکذیب، قرار ارجاع امر به کارشناسی صادر نماید.

۳. راهکارها و ضمانت اجرای بی‌طرفی

به دلیل اهمیت اصل «بی‌طرفی» قاضی، در فقه و حقوق به منظور تضمین رعایت آن در جریان دادرسی، هم راهکار پیش‌بینی شده و هم ضمانت اجرا.

۳-۱. راهکارهای بی‌طرفی

دو نوع راهکار برای بی‌طرفی قاضی در جریان دادرسی قابل توجه است؛ یکی راهکار پیش از شروع به رسیدگی و دیگری، راهکار بعد از شروع به رسیدگی.

۱-۱-۳. راهکارهای پیش از شروع به رسیدگی

منظور از راهکارهای پیش از شروع به رسیدگی، وجود پیش شرط‌های لازم در قانون است تا در سایه آن‌ها، زمینه‌ی یک رسیدگی عادلانه و بی‌طرفانه برای قاضی فراهم گردد؛ از قبیل:

۱-۱-۳-۱. اصل تساوی همگان در برابر قانون

منظور این است که قانون باید عاری از هرگونه تبعیض باشد و از طرفین دعوا یکسان حمایت کند و اگر نه، چه بسا ممکن است قاضی در حفظ بی‌طرفی خود کوشا باشد؛ ولی چون اصل قانون تبعیض‌آمیز است و نگاه بی‌طرفانه نسبت به اعطای حقوق دادرسی به طرفین دعوا ندارد، قاضی هم به‌رغم میل باطنی خود، مجبور به تبعیت از قانون می‌شود.

اصل «تساوی همگان در برابر قانون»، در حقوق مورد تأکید قرار گرفته است؛ چنان‌که قوانین، میثاق‌ها و اسناد بین‌المللی؛ از آن جمله ماده‌ی ۱۴ «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» و ماده‌ی ۷ «اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر»، بر تساوی عموم در مقابل قانون و دادگاه‌ها تأکید می‌نمایند. قانون‌گذار افغانستان نیز، این اصل را در قوانین داخلی خود (ماده ۲۲ قانون اساسی، ماده ۶ کود جزا و ماده ۲۲ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم)، مورد توجه قرار داده و رعایت آن را الزامی دانسته است.

نظام قضایی اسلام نیز، اصل «تساوی همگان در برابر قانون» را به رسمیت شناخته است؛ چنان‌که پیامبر (ص) می‌فرماید: الناس امام الحق سواء. (سیحانی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۴۳۸) این اصل از دیدگاه مولای متقیان از آن‌چنان اهمیتی برخوردار است که آن حضرت کم‌ترین رفتار تبعیض‌آمیز را از سوی قاضی نسبت به یکی از طرفین دعوی برنمی‌تابد و در یک مرافعه‌ی که او خود یکی از طرفین دعوا بوده است، به حضرت عمر (رئیس محکمه) شدیداً اعتراض می‌کند که چرا در حضور خصم او را با کنیه (ابا الحسن) صدا زده است. (شاهرودی و دیگران، بی‌تا، ج ۲۷، ص ۱۲۵؛ بلاغی، ۱۳۵۸، ص ۱۱۲)

اما روایتی که بر جواز تکریم بیشتر مسلمان در برابر غیرمسلمان در دادگاه دلالت می‌کند، علاوه بر این‌که سند این روایت قابل مناقشه می‌باشد، یک قضیه‌ی خارجی در شرایط خاص خودش بوده است؛ ولی در زمان حاضر در صورتی که موجب وهن اسلام و زیرسؤال رفتن نظام قضایی اسلام گردد، واجب است ترک گردد. (موسوی اردبیلی، ۱۴۳۴، ج ۲، ص ۱۲)

۱-۱-۳-۲. اصل استقلال قضایی

استقلال به معنای بی‌نیازی و عدم وابستگی به دیگری است. اما اصطلاح «استقلال قضایی» به معنای مستقل بودن قاضی یا نهاد قضایی در برابر اشخاص و نهادهای دیگر می‌باشد. از این‌رو، استقلال قضایی به دو نوع تقسیم می‌شود: استقلال نهادی و استقلال فردی.

ریشه‌ی استقلال نهادی (قوه قضائیه)، در تفکیک قوا نهفته است؛ زیرا تفکیک و برابری قوا ایجاب می‌کند که دست‌اندرکاران دو قوه، نتوانند در حدود وظایف دیگری و نیز در مراتب عزل و نصب یکدیگر دخالت کنند. (قربان‌نیا، ۱۳۸۱، ص ۲۵۸) اما استقلال فردی متمرکز به شخص قاضی

بوده و به معنای استقلال قاضی در مقابل فشارهای خارجی و داخلی است؛ یعنی به منظور تأمین و تضمین اخذ تصمیم بی طرفانه، شخص قاضی باید از هرگونه دخالت و فشار هنگام حصول یک تصمیم، آزاد و تابع قانون باشد. (مشتاکی، ۱۳۸۶، ص ۹۳)

اندیشه‌ی استقلال قضایی یک آموزه‌ی حقوقی پایدار است که در قوانین اساسی و عادی غالب کشورها اعلام شده و توسط معاهدات، میثاق‌ها و اسناد بین‌المللی از جمله ماده ۱۰ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و ماده‌ی ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به رسمیت شناخته شده است. قانون‌گذار افغانستان نیز استقلال نهادی (قانون اساسی افغانستان، ماده ۱۱۶) و هم استقلال فردی قاضی را به رسمیت شناخته است. (مقرره‌ی سلوک قضایی، مواد ۳، ۵ و ۷)

در نظام قضایی اسلام، اگر استقلال قضایی را به معنای نفوذناپذیری قاضی از مقام دیگر بدانیم، قاضی مستقل است؛ زیرا قوانین اسلامی از طرف ذات باری تعالی به پیامبر (ص) وحی می‌شود و پیامبر حامل وحی و ابلاغ‌کننده‌ی احکام خداوندی است: ماینطق عن الهوی، ان هو الا وحی یوحی. (نجم، ۳-۴)

در صدر اسلام هرچند دو قوه‌ی قضائیه و اجرائیه در شخص پیامبر (ص) متمرکز بود و قضات به نمایندگی از آن حضرت انجام وظیفه می‌کردند. پس از رحلت آن حضرت، در زمان خلفا نیز وضع چنین بود؛ ولی تعیین قاضی از طرف خلیفه، به مفهوم اطاعت او از دستورات خلفا نبوده است، چون قاضی برای قضاوت ملاک‌های مشخصی داشت و هیچ‌کس حق نداشت که در حکم قاضی دخالت کند یا از او بخواهد که چگونه حکم صادر کند یا در حکم او تصرف نماید. ما در تاریخ قضای اسلامی، نمونه‌های فراوانی از این نوع استقلال قاضی داریم که قاضی به‌رغم تمایلات خلیفه، حکم صادر می‌کرد، یا خلیفه را در دعاوی شخصی محکوم می‌کرد. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۱۰؛ قیاسی و دیگران، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۶۰؛ حجتی کرمانی، ۱۳۷۹، ص ۵۰۵)

در نظام قضایی اسلام، قاضی باید علاوه بر داشتن استقلال بیرونی، از استقلال درونی نیز برخوردار باشد؛ یعنی از قید و بند هوای نفس و زندان‌های مادی و شهوانی و کشش‌های خطرناک دنیوی رها و آزاد باشد و جز خضوع در برابر قانون، تحت تأثیر هیچ‌گونه تهدید، تطمیع، و فشار صاحبان قدرت و پول قرار نگیرد.

امیرالمؤمنین علی (ع) به منظور به وجود آمدن یک مرجع موثق و قابل اعتماد قضایی برای حفظ و صیانت از حقوق مردم، در فرمان معروف خود به مالک اشتر، به هردو نوع استقلال بیرونی و درونی قضایی توجه نموده و رعایت دو نکته‌ی اساسی را در باره‌ی قضات، به حاکم مصر یادآوری می‌کند: (۱) داشتن مقام مافوق مقام‌ها؛ یعنی در حکومت خود چنان مقام شامخ و بلندی به قاضی ببخش که از مکر بداندیشان در امان باشد، و هیچ‌یک از نزدیکانت به آن مقام رفیع طمع نورزند؛ (۲) داشتن معیشت مرفه و آبرومندانه؛ یعنی تا آن اندازه در بذل و بخشش به قاضی سخی باش که او را از تهی‌دستی برهاند و احتیاجش به مردم کم شود. (نهج البلاغه، نامه‌ی ۵۳)

بنابراین، بی‌طرفی قاضی، هرچند که صرفاً با استقلال وی تضمین نمی‌شود، ولی به طور

قطع متفرع بر استقلال است؛ زیرا قاضی در صورت وابستگی (به نهاد یا اشخاص دیگر)، نمی‌تواند بدون جانب‌داری از یک طرف دعوا که به آن وابسته است، اخذ تصمیم و اقدام به اصدار حکم بی‌طرفانه نماید.

۳-۱-۱-۳. مصونیت قضایی

با توجه به اهمیت شغل و حفظ شؤن قضایی، «مصونیت قضایی» قاضی در حقوق به عنوان یک اصل شناخته شده و مورد حمایت قانون‌گذار قرار گرفته است. مراد از مصونیت قضایی این است که قاضی باید در راستای انجام وظیفه‌ی خود از عزل، بازداشت، و انتقال به جای دیگر مصون باشد. در اصل ۱۲۴ قانون اساسی افغانستان آمده است: «انفکاک، ترفیع، تقاعد، مجازات و مکافات مأمورین و سایر کارکنان اداری قوه‌ی قضائیه توسط دادگاه عالی مطابق با احکام قانون صورت می‌گیرد.»

در فقه نیز، قاضی مصونیت دارد و عزل (مانند نصب) وی، صرفاً از اختیارات ولی امر (حاکم اسلامی) است و برای دیگران چنین حقی وجود ندارد، هرچند که عزل وی از سوی حاکم اسلامی نیز بدون دلیل (عقلایی و شرعی) جایز نیست، حاکم اسلامی باید مصالح اجتماعی را طبق قانون، رعایت کند. (موسوی اردبیلی، ۱۴۳۴ق، ج ۱، ص ۲۳۰-۲۳۱). بنابراین، در شریعت اسلامی، قاضی به علت یکی از اسباب سه‌گانه‌ی ذیل معزول می‌گردد: ۱. فسق و ظلم؛ ۲. جهل و نادانی؛ ۳. اتصاف قاضی به امور منافی استمرار اهلیت قضا؛ از قبیل از دست‌دادن بینایی، شنوایی، عقل و مرتدشدن. (ایمن راشد، ۱۳۸۷، ص ۵۹)

مصونیت قضایی قاضی از این نظر با «بی‌طرفی» وی در ارتباط است که موجب می‌گردد، قاضی در برخورد با عوامل ذی‌نفوذ و صاحبان قدرت، در اتخاذ تصمیم قضایی و صدور حکم، مرعوب تهدیدها و فشارهای آن‌ها نشود. اما در مقابل، اگر چنان‌چه قاضی مصونیت قضایی نداشته باشد، ممکن است تحت تأثیر فشار بیرونی و ترس از آینده‌ی شغلی خود نتواند تصمیم بی‌طرفانه بگیرد.

۳-۱-۲. راهکارهای بعد از شروع به رسیدگی

منظور از راهکارهای بعد از شروع به رسیدگی قضایی، لوازمات و مقتضیاتی است که قاضی باید پس از شروع به رسیدگی به آن‌ها ملتزم باشد تا «بی‌طرفی» وی در جریان رسیدگی، مشهود و از نظر مردم قابل اعتماد باشد. در این مورد، راهکارهای ذیل مورد توجه قرار می‌گیرد:

۳-۱-۲-۱. علنی‌بودن محاکمه

علنی‌بودن محاکمه، یکی از قواعد عامّ حقوق شمرده می‌شود (شمس، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۵۴) و منظور از آن، عدم ایجاد مانع جهت حضور افراد و خبرنگاران رسانه‌ها در جلسات رسیدگی است.

این اصل، در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر (ماده ۱۰) و کنوانسیون‌های متعددی، از جمله کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (ماده ۶)، مورد توجه قرار گرفته است. در ماده‌ی ۱۲۸ قانون اساسی

افغانستان نیز مقرر گردیده است: «در محاکم افغانستان، محاکمه به صورت علنی دایر می‌گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد. دادگاه می‌تواند در حالاتی که در قانون تصریح گردیده یا سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد، جلسات سری دایر کند؛ ولی اعلام حکم باید به هر حال علنی باشد.»

لکن در نظام قضایی مبتنی بر فقه، علنی بودن دادگاه جزو آداب استجابی قضاء دانسته شده است؛ چنان‌که شیخ طوسی در این باره می‌گوید: «هرگاه قاضی می‌خواهد قضاوت کند، مستحب است دادگاه را در فضایی وسیع به صورت علنی تشکیل دهد تا دسترسی به او برای همه‌ی مردم آسان باشد و با گماشتن دربان، کسی را از ورود در جلسه‌ی دادگاه منع نکند...» (شیخ طوسی، ج ۸، ص ۸۷)

رویه‌ی قضایی در صدر اسلام نیز چنین بوده که جلسه‌ی دادگاه علنی و در داخل مساجد برگزار می‌شد تا هرکس بتواند در آن شرکت نماید. برای مثال، شخصی علیه مأمون (خلیفه‌ی عباسی) شکایت کرد، مأمون به قاضی آن روز (یحیی بن اکثم) اجازه داد تا در دارالخلافه میان او و خواهان، به دادرسی بنشیند. قاضی به خلیفه گفت: من نخست جلسه را علنی و همگانی اعلام می‌کنم تا جلسه‌ی دادرسی درست و قانونی باشد. او آنگاه دستور داد درهای کاخ را گشودند و خود در گوشه‌ای نشست و به همگان اجازه‌ی ورود داد و مردم را فراخواند و سپس به دادرسی میان خلیفه و شاکی او پرداخت. (قیاسی و دیگران، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۶۰-۱۶۱)

امام علی^(ع) هنگامی که به او خبر رسید شُریح در خانه‌اش داوری می‌کند، فرمود: ای شریح! در مسجد بنشین که آن عادلانه‌تر است میان مردم، و به درستی که برای قاضی سبک است که در خانه بنشیند. (ری شهری، ۱۳۷۹، ص ۵۰۹)

ملاحظه می‌شود که علی^(ع) داوری علنی را عادلانه‌تر می‌داند. شاید به این دلیل باشد که قاضی چون در معرض نگاه مردم قرار می‌گیرد، به راحتی نمی‌تواند از جاده‌ی بی‌طرفی خارج شود و یا حقّی را ناحق کند.

برخی از فقها علاوه بر اصل علنی بودن دادگاه، به برگزاری آن در نقطه‌ی خاص (مثلاً وسط شهر) نیز، اهمیت قایل شده تا متخاصمین از نظر دسترسی و رسیدن به دادگاه، ورود مساوی داشته باشند. (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۶۴؛ شیخ طوسی، ص ۸۷) زیرا افراد از لحاظ برخورداری از امکانات مالی در یک سطح نیستند و اگر چنانچه موقعیت دادگاه در محل پرت و دور از دسترس باشد، چه بسا یکی از طرفین دعوا نتواند به‌موقع و یا با هزینه‌ی معمولی در جلسه‌ی دادگاه حاضر شود و همین مسأله‌ی به‌ظاهر کوچک، از لحاظ روانی بر روی او تأثیر منفی بگذارد که نتواند از خودش بهتر دفاع و دلایل خود را به درستی ارائه کند.

۲-۱-۳. دو مرحله‌ی بودن محاکمه

در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا برای رسیدگی قضایی، دو مرحله در نظر گرفته شده: نخست مرحله‌ی ابتدایی؛ دوم، مرحله‌ی استیناف یا تجدیدنظرخواهی که توسط محکمه‌ی بالاتر صورت



می‌گیرد. اعطای حقّ اعتراض به طرفین دعوا نسبت به رأی صادره و جواز بازبینی مجدد آن در دادگاه بالاتر، موجب می‌شود که قاضی صادرکننده رأی، تلاش نماید که در چارچوب مقررات دادرسی و رعایت اصل بی‌طرفی در رسیدگی قضایی، حکم عادلانه صادر نماید.

در نظام قضایی اسلام، هرچند اصل بر یک مرحله‌ای بودن رسیدگی است؛ زیرا رأی قاضی جامع‌الشرایط مثل فتوای مجتهد از احترام و اعتبار خاصی برخوردار است؛ اما در عین حال، مرحله‌ی ثانوی برای تجدیدنظرخواهی و نقض حکم در مواردی، پیش‌بینی شده است. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۶۸؛ آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۱۸۵) و در آغاز تاریخ اسلام نیز وجود داشته است. برای مثال، «علی^(ع) هنگامی که در یمن قضاوت می‌کرد، فرمود: من در میان شما قضاوت می‌کنم اگر رضایت داشتید، دعوا خاتمه می‌یابد؛ ولی اگر راضی نبودید، نزد رسول خدا بروید تا بین شما قضاوت کند. (دانش، ۱۳۹۱، ص ۷۳۱) هم‌چنین خود امیر المؤمنین^(ع) در برخی از موارد، قضاوت شریح قاضی را مورد تجدیدنظر قرار داده و حکم وی را نقض کرده است. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۷۱)

۳-۲-۱-۳. امتناع از رسیدگی در موارد خاص

یکی از راهکارهای تضمین بی‌طرفی قاضی در حقوق، تمرکز بر روی ویژگی ساختاری و عمل‌کرد دادگاه است. برای مثال، اگر در دادگاه جنایی، ریاست دادگاه با دادرسی باشد که پیش‌تر در همان پرونده نقش دادرس تحقیق را داشته است، بی‌طرفی دادگاه مخدوش انگاشته می‌شود. (ناجی، ۱۳۸۵، ص ۴۷)

هم‌چنین در برخی موارد، دادرس به دلیل داشتن روابط حقوقی خاص یا خویشاوندی با طرف‌های دعوا و یا اظهارنظر پیشین وی در یک پرونده، از رسیدگی و اصدار رأی ممنوع گردیده است. ماده‌ی ۱۱ قانون اجراءات جزایی موقت افغانستان از این موارد، تحت عنوان «امتناع قاضی» نام برده که عبارت‌اند از: ۱) در صورتی که جرم ارتکاب شده علیه قاضی یا خویشاوندان وی صورت گرفته باشد؛ ۲) در صورتی که قاضی به صفت مأمورین ضبط قضایی، ثارنوالی، شاهد و یا اهل خبره در آن قضیه دخالت کرده باشد؛ ۳) در صورتی که قاضی به صفت وکیل مدافع شخص متهم ایفای وظیفه نموده باشد.

به نظر می‌رسد ممنوعیت قاضی از رسیدگی در موارد فوق، راهکاری است که قانون‌گذار برای تضمین اصل «بی‌طرفی» قاضی اندیشیده است؛ زیرا در موارد فوق، به جهت تعلقات و روابط خاصی که میان قاضی و اطراف دعوا وجود دارد، احتمال قوی وجود دارد که قاضی، تحت تأثیر مسائل عاطفی و احساسی از «اصل بی‌طرفی» خارج شود.

در نظام قضایی مبتنی بر فقه نیز، قاضی حق رسیدگی در موارد و شرایط خاص را ندارد. این موارد عبارتند از: ۱) قضاوت فرزند نسبت به پدر؛ ۲) قضاوت عبد نسبت به مولا؛ ۳) قضاوت شخص نسبت به دشمن خود؛ ۴) قضاوت کسی که جامع شرایط شرعی قضاوت نباشد. (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۳۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۹۸) در فقه اهل سنت، علاوه بر پدر،

قضاوت نسبت به مادر و فرزندان نیز جایز نیست؛ لکن تنها در صورتی که به سود آنها باشد. اما اگر به زیان آنها باشد، جایز است. همچنین در مورد دشمن، قضاوت در صورتی جایز نیست که به زیان وی باشد؛ ولی اگر به سود او باشد، جایز است. (ماوردی، ۱۴۲۴ق، ص ۹۳)

۴-۲-۱. منع تحصیل دلیل

در تعریف تحصیل دلیل آمده است: «هردلیلی که ارائه‌ی آن از وظائف مدعی باشد، اگر او آن را به دادگاه اظهار نکند و قاضی ارتجالاً به نفع مدعی، دلیلی را که از وظائف مدعی است مستند رسیدگی به نفع مدعی قرار دهد، عمل قاضی را در این وضع، تحصیل دلیل گویند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۱۵۳)

در حقوق، قاضی از تحصیل دلیل منع شده است. (السنه‌وری، بی‌تا، ص ۲۵) ماده‌ی ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مقرر می‌دارد: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوا تحصیل دلیل کند.»

در فقیه، به جای اصطلاح مزبور، از اصطلاح تلقین دلیل نام برده شده است که بر حرمت آن، فقهای امامیه اتفاق نظر دارند. (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص ۵۳؛ سنگلجی، ۱۳۸۴، ص ۲۹۱) تلقین دلیل عبارت از این است که: قاضی در دادگاه به یکی از متخاصمین، دلیل و بیانی را بیاموزد تا بر طرف مقابل خود غلبه پیدا کند. (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۰۹) بنابراین، فرق دو اصطلاح «تحصیل دلیل» و «تلقین دلیل» در این است که: در تحصیل دلیل، دادرس خود به سراغ دلیل می‌رود؛ اما در تلقین دلیل یکی از طرفین دعوا را به سراغ دلیل می‌فرستد.

۴-۲. ضمانت اجرای بی‌طرفی قاضی

ضمانت اجرا، عبارت از قدرتی است که برای به‌کار بستن قانون یا حکم دادگاه یا قراردادها و غیره، از آن بهره گرفته می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ج ۴، ص ۶۶۵) به عبارت دیگر، ضمانت اجرا، عکس‌العمل قانونی است از سوی مراجع رسمی در برابر تخلف از یک دستور قانونی که به شکل اعمال مجازات و جریمه (در ضمانت اجرای کیفری) و یا به شکل بطلان، عدم نفوذ و مسئولیت مدنی (در ضمانت اجرای مدنی) است.

با توجه به ضرورت اصل «بی‌طرفی» قاضی و صیانت از آن در جریان رسیدگی، ضمانت اجرایی نیز در فقه و حقوق پیش‌بینی شده که عبارت‌اند از:

۴-۲-۱. مجازات تأدیبی

قانون‌گذار افغانستان در قانون طرز سلوک قضایی، به طور صریح قاضی را به رعایت اصل بی‌طرفی ملزم نموده و آنگاه در ماده‌ی ۲۳ به طور عام برای تمام وظایف مندرج در قانون مزبور، ضمانت اجرای مجازات تأدیبی قرار داده است. در مواد ۱۵ و ۱۶ قانون مزبور مقرر داشته است: «هرگاه قاضی وظایف و معیارهای سلوکی مندرج این مقرر را در اجرای وظایف قضایی خویش رعایت ننماید، شورای عالی ستره محکمه، مطابق احکام تأدیبی قضات، مجازات تأدیبی را علیه او تجویز می‌نماید.» علاوه بر آن، در ماده‌ی ۴۰۵ کود جزا، برای قاضی‌ای که به دلیل نقض بی‌طرفی

در قالب نفع یا ضرر رساندن به یکی از طرفین دعوا) از اصدار حکم امتناع یا تعلل می‌ورزد، حبس متوسط و طرد از مسلک پیش‌بینی گردیده است.

در فقه، به مجازات خاصی نسبت به قاضی‌ای که در جریان دادرسی، جانبدارانه عمل کرده باشد، تصریح نشده است؛ اما سؤالی که در این‌جا وجود دارد و پاسخ به آن می‌تواند راهگشا باشد این است که آیا جانب‌داری قاضی از یک طرف دعوا، حرام است یا مکروه؟

اکثر فقهای امامیه «تلقین دلیل» را که یکی از مصادیق طرفداری است، حرام و حتی برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند. (سنگلجی، ۱۳۸۴، ص ۲۹۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص ۵۳) از سوی دیگر، ما قاعده‌ی داریم در فقه، به نام «التعزیر لکل عمل محرم» که هر عمل حرامی را قابل تعزیر می‌داند. در نتیجه، قاضی در صورتی که از یک طرف دعوا طرفداری کند، به جهت ارتکاب این عمل حرام، قابل تعزیر خواهد بود؛ زیرا تعزیر بر اساس دیدگاه بسیاری از فقها از اختیارات حاکم اسلامی است که می‌تواند مرتکب هر نوع عمل حرام را متناسب با نوع عمل و مصالحی که خود تشخیص می‌دهد، به مجازات برساند و یا با توجه به شرایط و مقتضای زمان و مکان، برخی از رفتارها (اعم از رفتار شخصی، اجتماعی و قضایی) را که صلاح می‌داند، تحت عنوان تعزیرات حکومتی جرم‌انگاری نموده، برای آن‌ها مجازات مقرر نماید، اعم از توبیخ، جریمه مالی، شلاق و زندان. (غلامی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۳-۲۰۴؛ انصاری و دیگران، ۱۳۸۵، ص ۹۴)

۲-۳. تعلیق قضایی

همان‌طوری که اشاره شد، با توجه به مقام خطیر قضاوت و صیانت از استقلال قضا، تا زمانی که قاضی در این مقام مشغول وظیفه باشد، از صیانت شغلی و امنیت قضایی برخوردار است. لکن این مصوونیت، مطلق نیست؛ بلکه تا زمانی است که مرتکب جرم و یا تخلف از وظایف خود نشده باشد. در این صورت، باید قبل از هرگونه تعقیب و شروع به محاکمه، ابتدا تعلیق قاضی مضمون از سمت قضایی‌شان توسط دادستان انتظامی قضات از دادگاه انتظامی قضات تقاضا شود تا راه برای تعقیب و محاکمه‌ی وی باز شود.

در قوانین بعضی از کشورها، از جمله ایران «تعلیق قضایی» در مواردی پیش‌بینی گردیده که یکی از آن موارد، تخلف قاضی از ضوابط شرعی و قانونی و نیز اعمال غرض‌ورزی در جریان رسیدگی است. چنان‌که در قرار شماره ۱۸۸ رئیس شعبه‌ی دوم دادگاه عالی انتظامی قضات آمده است: «با توجه به تقاضای ریاست دادرسی انتظامی قضات مبنی بر تعلیق دادرسی دادگاه انقلاب برای رسیدگی به اتهامات (اختلاس، اعمال غرض در رسیدگی به پرونده‌ها) با ملاحظه‌ی پرونده‌های کیفری ارسالی دادیار انتظامی و نظر به تحقیقات مشارالیه در محل، قرائن و شواهد موجود مقتضی تحقیق از دادرس مزبور برای رسیدگی به اتهاماتش می‌باشد؛ لذا قرار تعلیق او از شغل قضاء تا صدور رأی نهایی از مراجع کیفری طبق ماده ۴۲ اصول تشکیلات دادگستری صادر و اعلام می‌گردد.» (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۳۸)

در قانون افغانستان و نیز فقه، از چیزی به نام «تعلیق قضایی» نام برده نشده، بلکه به جای

آن صحبت از «عزل قاضی» به میان آمده است و یکی از موارد عزل در نظام قضایی اسلام، جایی است که قاضی عدالت خود را از دست بدهد که در این صورت، دیگر آن صلاحیت لازم را برای قضاوت نخواهد داشت. بدیهی است که جانب‌داری قاضی از یک طرف دعوا، منافات با وصف عدالت وی دارد؛ چنان‌که آیت الله جوادی آملی با استناد به آیه‌ی شریفه‌ی «یا ایها الذین آمنوا کونوا قوَّامین بالقسط» (نساء، ۱۳۵) می‌گوید: «در عدالت قضایی نه تنها قائم به عدل بودن برای قاضی کافی نیست، بلکه او باید قوَّام باشد. قوَّام صیغه‌ی مبالغه و به این معنا است که هرگز خطر جور و ستم و احتمال بی‌عدالتی از ناحیه‌ی قاضی به کسی وجود نداشته باشد حتّاً اگر متهمان در محکمه‌ی قضایی، یهودی، مسیحی و از پیروان مذاهب دیگر باشد.» (جوادی آملی، ۱۳۹۰، ص ۱۵۵) بنابراین، جانب‌داری قاضی از یک طرف دعوا، در تعارض با اصل «عدالت» است؛ زیرا منصب قضا بر اساس آیه‌ی شریفه‌ی «انّ الله یأمرکم ان تؤدّوا الامانات الی اهلها و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل» (نساء، ۵۵)، در دست قاضی امانت است و این امانت تنها با دادرسی عادلانه حفظ می‌شود و الا، قاضی قهراً از منصب قضاوت سلب صلاحیت و معزل خواهد شد.

۳-۲-۳. مسئولیت مدنی

در حقوق و قوانین برخی کشورها، مسئولیت مدنی قضات به رسمیت شناخته شده است؛ مثلاً قانون‌گذار ایران در ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی مقرر نموده است: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در مورد ضرر مادی در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت، خسارت به وسیله‌ی دولت جبران می‌شود و در موارد ضرر معنوی؛ چنانچه تقصیر یا اشتباه قاضی موجب هتک حیثیت از کسی گردد، باید نسبت به اعاده‌ی حیثیت او اقدام شود.»

با توجه به این‌که مفهوم تقصیر طبق ماده ۲۵۳ قانون مدنی این کشور، اعم از تعدی و تفریط است، پس، می‌توان طرف‌داری قاضی از یک طرف دعوا را یکی از مصادیق تقصیر و تعدی وی (از آئین و اصول رسیدگی قضایی) دانست و در نتیجه، ضرری که از این ناحیه متوجه یکی از طرفین دعوا شود، باید جبران گردد. لکن در قوانین افغانستان مسئولیت مدنی قاضی پیش‌بینی نشده است. اما در نظام قضایی مبتنی بر فقه، محکوم‌علیه می‌تواند در برخی موارد علیه قاضی طرح دعوای خسارت کند؛ مثلاً اگر چنانچه محکوم‌علیه مدعی عدم صحت حکم قاضی شود، به دلیل این‌که اهلیت نداشته و یا حکم بر اساس میزان (موازین دادرسی) نبوده است، در این صورت، او می‌تواند علیه قاضی، طرح دعوای خسارت کند و خساراتی که از این رهگذر بر او وارد شده باشد، از قاضی مطالبه نماید. (عراقی، بی‌تا، ص ۵۰)

به نظر می‌رسد عدم اهلیت قاضی و یا عدم رعایت موازین دادرسی، اعم است از این‌که به دلیل طرف‌داری از یک طرف دعوا بوده باشد و یا به دلایل دیگر.

۳-۲-۴. اعتراض و نقض حکم

بر اساس ماده ۷۱ قانون اجراءات جزایی موقت افغانستان، محکوم‌علیه متضرر یا ثارنوال

می‌توانند علیه فیصله‌ی محکمه‌ی مرافعه در حالات ذیل به پیشگاه ستره محکمه فرجام‌خواهی نمایند: «۱. در صورتی که حکم مرافعه بر خطا در تطبیق یا تأویل قانون بنا یافته باشد؛ ۲. در صورتی که حکم محکمه‌ی مرافعه به اساس مندرجات ماده ۷ بنا شده باشد».

مندرجات ماده ۷ عبارت از دلایل و شواهدی است که بدون رعایت احکام قانون جمع‌آوری شده باشد و به نظر می‌رسد یکی از مصادیق عدم رعایت احکام قانون، این است که قاضی در جمع‌آوری دلایل و شواهد، جانبدارانه عمل کرده باشد؛ مثلاً دلایلی که علیه متهم است جمع‌آوری و دلایلی که به نفع اوست نادیده گرفته باشد. در این صورت، بر اساس ماده ۷۹ قانون مزبور، ستره محکمه صادره را نقض و دوسیه را غرض رسیدگی به محکمه‌ی مرافعه‌ی مماثل و یا همان محکمه‌ی مرافعه اولی با قاضی دیگر ارجاع می‌نماید.

هم‌چنین تجدیدنظرخواهی که در حقوق افغانستان نسبت به فیصله‌ی نهایی محاکم صورت می‌گیرد، یکی از موارد اعمال آن (بر اساس ماده ۸۱ قانون اجراءات جزایی موقت) جایی است که حکم دادگاه در ختم جریان دادرسی بدون آگاهی رسمی متهم صادر گردیده یا این که اصلاً در جریان محاکمه، حق حاضرشدن به وی داده نشده باشد.

بدیهی است که جریان محاکمه بدون حضور متهم، ممکن به دلایل گوناگون از جمله غرض ورزی و به انگیزه جانبداری قاضی از طرف دیگر دعوا بوده باشد.

اما در فقه، نقض حکم صادره نه متوقف بر اعتراض قبلی است و نه حتماً لازم است که در دادگاه بالاتر و توسط قاضی دیگر صورت بگیرد، بلکه ممکن است در مواردی حکم قاضی نقض شود بدون این که قبلاً مورد اعتراض قرار گرفته باشد. یکی از مواردی که در کلمات فقها حکم قاضی قابل تجدیدنظر دانسته شده، آنجایی است که محکوم علیه ادعا کند در حکم صادره به او ظلم شده است. (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۸؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ص ۱۸۴؛ الزحیلی، ۱۴۲۳ق، ص ۴۸۴) بدون تردید، طرفداری قاضی از یک طرف دعوا از مصادیق ظلم محسوب می‌شود؛ پس حکم صادره نیز قابل اعتراض، تجدیدنظرخواهی و یا مستقیماً قابل نقض خواهد بود.

نتیجه

اصل «بی‌طرفی» قاضی در فقه و حقوق به عنوان یکی از اصول مهم دادرسی به رسمیت شناخته شده است و قاضی باید بی‌طرفی عینی خود را در جریان دادرسی حفظ نماید و الا نمی‌توان به یک دادرسی عادلانه اطمینان پیدا کرد. لکن قلمرو این اصل تا جایی است که منافات با کشف واقع در دادرسی نداشته باشد؛ زیرا همان‌گونه که اصل «بی‌طرفی» از اصول مهم دادرسی می‌باشد، مسئله‌ی «کشف واقع» و لزوم پشتیبانی از حق نیز، اصل دیگری از اصول مهم دادرسی عادلانه به شمار می‌رود و قاضی باید در چارچوب قانون و ادله‌ی ابرازی طرفین، هرگونه تحقیق و اقدامی که در راستای کشف واقع لازم باشد، انجام دهد.

اهمیت اصل «بی‌طرفی» قاضی در دادرسی، تا جایی است که علاوه بر راهکارهای تضمین آن در جریان دادرسی، ضمانت اجرای (کیفری و مدنی) نیز، برای آن در فقه و حقوق پیش‌بینی گردیده است.

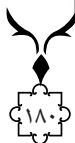
فهرست منابع

الف) کتاب‌ها

۱. قرآن کریم.
۲. نهج البلاغه.
۳. ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۴. ابن منظور، ابوالفضل (۱۴۱ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم.
۵. اردبیلی (مقدس)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده و البرهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. انصاری و دیگران (۱۳۸۵). تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). القضاء و الشهادات. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۸. آخوندی، محمود (۱۳۸۶). آیین دادرسی کیفری. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۹. آشتیانی، میرزامحمد حسن (۱۴۲۵ق). کتاب القضاء. قم: انتشارات زهیر.
۱۰. بلاغی، سید صدر الدین (۱۳۵۸). عدالت و قضاء در اسلام. تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ سوم.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). دانشنامه حقوقی. تهران: انتشارات امیر کبیر، چاپ هفتم.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
۱۳. جمعی از مؤلفان (بی‌تا). مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (بالعربیة). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰). ادب قضا در اسلام. قم: اسراء.
۱۵. حجتی کرمانی، علی (۱۳۷۹). سیر قضاوت در ادوار مختلف تاریخ. تهران: انتشارات آوند دانش.
۱۶. حلی (علامه)، حسن بن یوسف مطهر (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام. قم: جامعه‌ی مدرسین.
۱۷. حلی (علامه)، حسن بن یوسف مطهر (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۸. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری (بی‌تا). کنز العرفان فی فقه القرآن. ترجمه‌ی بخشایشی، عقیقی. قم: پاساژ قدس.
۱۹. خمینی، روح الله (بی‌تا). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم.
۲۰. دانش، سرور (۱۳۹۱). حقوق اساسی افغانستان. کابل: مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، چاپ دوم.
۲۱. راشد، ایمن (۱۳۸۷). کتاب راهنما برای قضات افغانستان: شرح سلوک قضایی و اجراءات جزایی. کابل: سازمان بین‌المللی انکشاف حقوق (IDLO).
۲۲. الزحیلی، وهبه (۱۴۲۷ق). الفقه الاسلامی و ادلته. بیروت: دارالفکر المعاصر.
۲۳. الزحیلی، محمد (۱۴۲۳ق). التنظيم القضایی فی الفقه الاسلامیه. بیروت: دارالفکر، چاپ سوم.
۲۴. سبجانی، جعفر (۱۴۲۳ق). الانصاف فی مسائل دام فیها الخلاف. قم: مؤسسه امام صادق.
۲۵. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مذهب الاحکام. قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۲۶. سنگلجی، محمد (۱۳۸۴). قضا در اسلام. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم.

۲۷. السنهوری، عبد الرزاق احمد(بی.تا). الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد. جلد ۲. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۸. شمس، عبدالله(۱۳۸۳). آیین دادرسی مدنی. تهران: انتشارات دراک، چاپ پنجم.
۲۹. طباطبایی، محمدحسین(۱۳۸۲). مباحث علمی در تفسیر المیزان، تهیه و تنظیم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۳۰. طبرسی، فضل بن حسن(۱۳۷۲). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: انتشارات ناصر خسرو.
۳۱. الطرابلسی، علی بن خلیل (بی.تا). معین الاحکام فیما یتردد بین الخصمین من الاحکام. بیروت: دارالفکر.
۳۲. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن(۱۳۸۷ق). المبسوط. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم.
۳۳. عاملی (حُر)، محمد بن حسن(۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البیت(ع).
۳۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی(۱۴۱۷ق). الدروس. قم: جامعه مدرسین.
۳۵. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی(۱۴۱۰ق). الرّوضه البهیة فی شرح اللّمعہ الدمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.
۳۶. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی(۱۴۱۳ق). مسالک الافهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۷. عراقی، ضیاء الدین (بی.تا). کتاب القضاء. قم: چاپخانه مهر.
۳۸. عیاشی، محمد بن مسعود(۱۳۸۰ق). کتاب التفسیر. تهران: چاپخانه علمیه.
۳۹. غلامی، علی(۱۳۹۱)، بهار و تابستان. سازوکارهای اجرای قاعده التعزیر لکل عمل محرم. نشریه علمی-پژوهشی فقه و حقوق اسلامی: سال دوم، شماره چهارم.
۴۰. فاضل، مقداد(بی.تا). کنز العرفان فی فقه القرآن. ترجمه‌ی عبدالرحیم عقیقی بخشایشی. قم: پاساژ قدس.
۴۱. فضائلی، مصطفی(۱۳۸۹). دادرسی عادلانه‌ی محاکمات کیفری بین‌المللی. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ دوم.
۴۲. قربان‌نیا، ناصر(۱۳۸۱). عدالت حقوقی. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۳. قمی (شیخ صدوق)، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۴۴. قیاسی، جلال الدین، و دیگران(۱۳۸۰). مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی اسلام و حقوق موضوعه. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۴۵. کاتوزیان، ناصر(۱۳۸۸). فلسفه حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
۴۶. گلدوست جویباری، رجب(۱۳۸۶). آیین دادرسی کیفری. تهران: انتشارات جنگل.
۴۷. ماوردی، علی بن محمد(۱۴۲۴ق). الاحکام السلطانیة. بیروت: دارالفکر العصریه.
۴۸. محسنی، محمد آصف(۱۳۶۳). القضاء و الشهادة. بی‌جا: مطبعة سیدالشهدا.
۴۹. محقق حلی، جعفر بن حسن(۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۵۰. محقق داماد، مصطفی(۱۳۹۰). قواعد فقه ۳ (بخش قضایی). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۱. محمدی ری‌شهری، محمد(۱۳۷۹). سیاستنامه امام علی(ع). ترجمه‌ی مهدی مهریزی. قم: دارالحديث.

۵۲. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۵). ادله اثبات دعوا. تهران: انتشارات پایدار، چاپ نهم.
 ۵۳. مشتاقی، رامین (۱۳۸۶). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق اساسی افغانستان: تشکیلات و اصول دولت. ترجمه‌ی حسین غلامی. کابل: ماکس پلانک.
 ۵۴. مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق). التحقيق فی کلمات القرآن. تهران: مرکز الکتاب و النشر.
 ۵۵. مطهری، مرتضی (۱۳۷۰). مجموعه آثار. تهران: انتشارات صدرا.
 ۵۶. معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۸). نکته‌هایی از مقالات حقوقی در امور مدنی. تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم.
 ۵۷. معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۷). رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه انقلاب. تهران: نشر جنگل.
 ۵۸. معین، محمد (۱۳۷۵). فرهنگ فارسی معین. تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ دهم.
 ۵۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.
 ۶۰. الموسوی الاردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۳۴ق). فقه القضاء. قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید، چاپ سوم.
 ۶۱. موسوی قزوینی، سید علی (۱۴۱۹ق). رساله فی العداله. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
 ۶۲. ناجی زواره، مرتضی (۱۳۸۹). دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
 ۶۳. نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
 ۶۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۷). پژوهش‌های نو در فقه معاصر. قم: دادگستری کل استان قم.
- ب) مقالات**
۶۵. رجبی، عبدالله (۱۳۸۹، پاییز). مسند قضا و استقلال قضایی. پژوهشنامه‌ی حقوقی، سال اول، شماره اول.
 ۶۶. ناجی، مرتضی (۱۳۸۵، پاییز و زمستان). بی‌طرفی در دادرسی کیفری. مجله‌ی حقوقی دادگستری: شماره ۵۶-۵۷.



اخراج پناهندگان از دیدگاه حقوق بین الملل

قاسم علی صداقت*

* دکترای حقوق عمومی، کادر علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان.

چکیده

نوشتار حاضر، وضعیت حقوقی اخراج پناهندگان را در دستور کار خود قرار داده و در همین راستا؛ نخست به ارزیابی مفاهیم مرتبط پرداخته و آنگاه، حق بر پناهندگی و منع اخراج پناهندگان را از منظر حقوق بین الملل بررسی نموده است، که از منظر هنجارهای حقوق بین الملل به میزان زیادی مورد توجه قرار گرفته است. در گام بعدی، شرایط ماهوی و شکلی اخراج را مورد توجه قرار داده است، که نقش اساسی در صیانت از قاعده‌ی منع اخراج و حق بر پناهندگی ایفا می‌کند. وانگهی به موضوع تضمینات دیپلماتیک و سیاسی پرداخته که بر اثر آن، پناهنده بازگشت داده می‌شود و حقوق بین الملل و رویه‌ی نهادهای قضایی و شبه قضایی با این پدیده، مخصوصاً در اروپا روی خوش نشان نداده است. در نهایت، پدیده‌ی حمایت سیاسی از پناهنده، تحلیل شده است که امروزه به تدریج از انحصار کشور متبوع اشخاص خارج و از این جهت، از ورطه‌ی حقوق شهروندی و مبتنی بر تابعیت به تدریج گذر کرده و پا به عرصه‌ی حقوق بشری گذاشته و بر تعداد حامیان اشخاص؛ از جمله حامیان پناهنده، افزوده خواهد شد.

واژه‌های کلیدی: اخراج پناهندگان، حق بر پناهندگی، اصل منع اخراج، شرایط شکلی و ماهوی اخراج، حمایت دیپلماتیک، حقوق بشر و حقوق بین الملل.

جستجوی مکان امن، جزء خصوصیات فطری و سرشت انسان است و بر همین مبنا، حق پناهندگی، امروز از حقوق مسلم بشری است که مورد حمایت بسیاری از اسناد بین‌المللی است؛ زیرا هر استعداد و وضعیت طبیعی بشر، دلیل بر حق بر آن است؛ همانند استعداد یادگیری، تولید نسل، سخن گفتن و غیره. و طبعاً استعداد یافتن مکان امن، از این قاعده مستثنا نیست. با عنایت به وضعیت طبیعی انسان‌ها، امروز در حقوق جهانی بشر مقررات راجع به پناهندگی پیش‌بینی شده است، تا از اشخاص معین در خارج از سرزمین آنان حمایت به عمل آید. از این‌رو، یکی از اصول مهم مربوط به حقوق پناهندگی، منع اخراج است و اخراج در فرضی مجاز است که یک سری شرایط شکلی و ماهوی معین وجود داشته باشد؛ و گر نه، اخراج نامشروع بوده و کشور اخراج‌کننده باید پاسخگو باشد.

با عنایت به جنگ و ناامنی سراسر جهان، تعداد از افراد، خود را به سایر کشورها می‌رسانند که به صورت نسبی امنیت دارند. اما سایر کشورها بنا به دلایلی معقول و غیرمعقول، اقدام به اخراج می‌نمایند و حقوق بین‌الملل معاصر، به‌ویژه در حوزه‌ی حقوق بشر، مقرراتی را برای صیانت از پناهنده در برابر اخراج پیش‌بینی نموده است. از طرفی، بررسی این قواعد و واضح‌شدن ابعاد مختلف آن، سازوکاری است که به صیانت از پناهندگان کمک می‌کند و از طرفی، افراد را نیز با حقوق خود آشنا می‌سازد و ضرورت تحقیق نیز ناشی از همین موضوع است و از این‌رو، تحقیق حاضر در صدد است که در حد توان و ظرفیت نویسنده، به پرسش‌های ذیل پاسخ دهد تا اهداف نوشتار حاضر برآورده گردد.

پرسش‌های که در این نوشتار بدان پاسخ داده خواهد شد: چه کسی باید اخراج شود؟ کدام قواعد شکلی و رویه‌یی در مورد اخراج پناهندگان باید اعمال گردد؟ آیا پناهندگی یک حق است؟ شرایط شکلی و ماهوی اخراج پناهندگان چیست؟ آیا تضمینات دیپلماتیک اخراج پناهنده قابل قبول است و وضعیت حقوقی حمایت دیپلماتیک از پناهنده چگونه است؟

در ادبیات حقوقی کشور، در پاسخ به پرسش‌های مزبور هنوز نقاط کور و غیرشفاف چشم‌گیر دیده می‌شود که نیازمند بررسی و ارزیابی است. از این‌رو، روشن‌شدن ابعاد مختلف اخراج پناهندگان، با عطف توجه به حمایت از پناهنده (و شرایط ناامنی و تعداد زیادی از شهروندان ما که در کشورهای دیگر حضور دارند) در سرزمین ما هنوز یک مسأله‌ی اساسی است که نیازمند کار علمی و پژوهشی است، تا نتیجه‌ی آن با ادبیات داخلی در اختیار همگان قرار گیرد. نه توده‌ی مردم و نه جامعه‌ی علمی کشور با تمامی زوایای این پدیده آشنا نیستند و از این‌رو، در مسأله‌بودن وضعیت حقوقی

اخراج پناهندگان با توجه به ظرفیت علمی ما و شرایط فعلی کشور، تردید وجود ندارد و باید به پرسش‌های معین در این زمینه پاسخ داد.

۱. مفهوم‌شناسی

یکی از تنگناهای موجود در حوزه‌ی حمایت از افراد مقیم کشورهای خارج، مشخص‌نبودن عنوان صادق بر آنها است که آثار حقوقی معین را در پی دارد. از این‌رو، مفهوم‌شناسی، راه حلی است که این تنگنا را برطرف خواهد نمود. در این زمینه، ما با واژگان ذیل روبرویم: بیگانه، آواره، مهاجر و پناهنده، که مشخص‌شدن آثار حقوقی هریک، نیازمند موضوع و مفهوم‌شناسی است.

۱-۱. مفهوم بیگانه

مفهوم «بیگانه»، یک مفهوم عام است که نسبت یک شخص را با یک سرزمین، مشخص می‌سازد که رابطه‌ی مادی و معنوی خاص با آن ندارد و تابع و شهروند آن سرزمین محسوب نمی‌شود و شامل موارد ذیل است: آواره، مهاجر و پناهنده؛ به عبارت دوم، بیگانه به کسی گفته می‌شود که تابعیت کشور میزبان یا محل اقامت خود را ندارد و یا اصلاً بی‌تابعیت است.

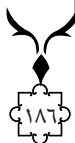
۱-۲. مفهوم پناهنده

مفهوم پناهنده (که بخشی از موضوع نوشتار حاضر است)، خصوصیات ذیل را دارد: (۱) در خارج از کشور متبوع خود به سر می‌برد؛ (۲) ترس از آزار و اذیت دارد؛ به دلیل نژاد، مذهب، ملیت یا به دلیل عضویت در گروه‌های خاص اجتماعی و یا سیاسی؛ (۳) نمی‌خواهد یا نمی‌تواند از حمایت کشورش استفاده کند یا نمی‌خواهد یا نمی‌تواند به کشورش برگردد به‌خاطر ترس از آزار و اذیت.

پناهنده کسی است که از جنگ فرار کرده یا در معرض آزار و اذیت بوده است. وضعیت‌شان آن‌قدر خطرناک و غیرقابل تحمل است که در سراسر مرزهای ملی و در کشورهای نزدیک و دور به دنبال مکان امنی است و به همین خاطر در عرصه‌ی بین‌المللی به عنوان پناهنده شناخته می‌شود، که باید به کمک کشورها و دیگر سازمان‌های بین‌المللی دسترسی داشت باشند. دقیقاً به این خاطر آنها پناهنده شناخته می‌شوند که اگر به کشورشان برگردند، خطرناک خواهد بود و باید پناهگاهی در جای دیگر باید داشته باشند.

۱-۳. مفهوم مهاجر

اما مهاجر، تغییر مکان را انتخاب می‌کند، نه بدان دلیل که در معرض مستقیم آزار یا مرگ قرار دارد، بلکه از طریق یافتن کار، به دنبال بهبود زندگی خود یا به دنبال تحصیلات هستند، یا به دلیل تجدید دیدار با خانواده است و یا عوامل دیگر.



بر خلاف پناهندگان که برگشتشان امن نخواهد بود، در برابر بازگشت مهاجر مانع مذکور وجود ندارد.

تفاوت یادشده برای کشورها مهم است. برای مهاجر، قواعد شکلی و ماهوی داخلی وجود دارد، که قابل اعمال است. اما در مورد پناهنده، قواعد مهم بین‌المللی و داخلی وجود دارد. کشورها در زمینه‌ی مهاجرت با دو دسته قواعد؛ هم داخلی و هم بین‌المللی، روبرویند که از پناهندگان حمایت می‌کند. (Edwards, 2015)

آواره عبارت از افراد یا گروه‌هی از افرادند که مجبور یا وادار شده‌اند که فرار کنند یا به ترک خانه‌هایشان وادار شده‌اند یا مجبور شده‌اند که مکانی به غیر اقامتگاه خود را برگزینند یا در اثر حوادث؛ همانند جنگ، سیل، زلزله و غیره، مجبور به ترک خانه‌ی خود شده‌اند. (<http://www.ohchr.org/2017/en/issues/idpersons/pages/issues.aspx>)

برخی نوشته اند، مهاجر کسی است که زندگی خارج از کشور را انتخاب نموده، بنا به دلایل مختلف و لزوماً به این دلیل نیست که در معرض تهدید مستقیم به مرگ و آزار قرار دارد. در نتیجه، مفهوم مهاجر عام است و ممکن است که شامل پناهنده نیز بشود و هم شامل کسانی می‌شود که از کشور خود کوچ نموده‌اند، بخاطر یافتن کار، زندگی در کنار فامیل بودن و غیره.

مهاجر کسی است که انتخاب آگاهانه دارد که کشور خود را ترک کند و تقریباً همه‌چیز را برنامه‌ریزی می‌کند. اما نگرانی پناهنده، زندگی بهتر و امتیازات اقتصادی نیست؛ بلکه مسایل بنیادین حقوق بشری و امنیت است. آنها نمی‌توانند برگردند، مگر در فرض تغییر وضعیتی که آنها را به ترک کشورشان وادار نموده است. آواره لزوماً خارج از کشور خود نخواهد بود؛ اما پناهنده، وقتی صادق است که خارج از کشور خود باشد.

کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو، تعریف فراگیری از پناهنده ارائه داده و می‌گوید: پناهنده کسی است که به علت ترس موجب از این‌که به علل مربوط به نژاد یا مذهب یا ملیت یا عضویت در بعضی گروه‌های اجتماعی یا داشتن عقاید سیاسی، تحت شکنجه قرار گیرد، در خارج از کشور محل سکونت عادی (کشور اصلی خود) به سر می‌برد و نمی‌تواند، و یا به علت ترس مذکور نمی‌خواهد، خود را تحت تابعیت آن کشور قرار دهد، یا در صورتی که فاقد تابعیت است، و پس از چنین حوادثی، در خارج از کشور محل سکونت دائمی خود به سر می‌برد، نمی‌تواند یا به علت ترس مذکور نمی‌خواهد به آن کشور بازگردد.

در مجموع مؤلفه‌های پناهندگی موارد ذیل است:

(۱) حضور در کشور و سرزمین دیگر غیر از سرزمین خود؛

۲) خطر و ترس از خطر آزار، اذیت، شکنجه و امثال آنها وجود داشته باشد؛ به عبارت دیگر، حقوق و آزادی‌های اساسی پناهنده در کشور متبوع او در معرض خطر باشد.

خطر از جانب چه کسی باشد؟ خطر منحصر به دولت نیست؛ از سوی خانواده، فامیل، گروه‌های مسلح نظامی، شرکت‌های اقتصادی و غیره. بدان‌خاطر، این قاعده به صورت وسیع پذیرفته شده است که خطر نقض حقوق بشر تنها از طرف دولت محقق نمی‌شود، بلکه نقض حقوق بشر از سوی بخش غیردولتی نیز تصور دارد، هنگامی که دولت تمایل نداشته باشد یا نتواند از مردم خود در برابر خطر نقض حقوق بشر حمایت کند و این امر، از اهمیت خطر نسبت به حقوق بشری انسان‌ها ناشی می‌شود. کمیته‌ی حقوق بشر سازمان ملل متحد، قاعده‌ی «منع اخراج» را به جای گسترش داده که خطر از ناحیه‌ی افرادی باشد که کارکرد شبه‌دولتی دارند. همچنین در مورد خطرات ناشی از غیردولت، به‌خاطر دولت ضعیف و شکست‌خورده نیز صادق است. به عبارت دیگر، نهادی که ترس از آزار، از مراجع ذیل قابل تصور است: نهادهای دولتی یا غیردولتی (که با رضایت دولت یا با تحریک دولت و یا نهادهای دولتی)، صلاحیت شبه‌دولتی را اعمال نمایند. (office of the united nations high commission- (er for refugees, 2006, 15 december, p2

نهادهای شبه‌دولتی، نهادهای غیردولتی که در غیاب مقامات رسمی یا ناتوانی آنها عناصر از اقتدار دولت را اعمال می‌کنند.

۳) خطر قریب‌الوقوع باشد: از نظر زمانی و مکانی خطر قریب‌الوقوع باشد و احتمال خطر ضعیف، نمی‌تواند مفهوم پناهندگی را محقق سازد.

۴) خطر واقعی هنگامی است که خطر بالفعل بوده و جنبه‌ی شخصی داشته باشد. (office of the united nations high commissioner for refugees, 2006, 15 december, p115)

خطر باید نسبت به شخص وجود داشته باشد که ناقض حقوق و آزادی‌های او است؛ اما لازم نیست ثابت نماید که به صورت شخصی و انفرادی، او هدف است. عنصر اساسی در مسأله‌ی پناهندگی در تعریف کنوانسیون، مسأله‌ی «ترس موجه از تعقیب و آزار» است. ترس، مفهومی ذهنی و نسبی است؛ بنابراین، تشخیص دقیق و همه‌جانبه‌ی آن با توجه به اوضاع و احوال پناهنده و کشور محل سکونت دایمی وی، مورد ارزیابی و دقت قرار می‌گیرد. (سیدفاطمی، ۱۳۷۴)

۴-۱. مفهوم اخراج

اخراج عمکرد حقوقی است که بر اساس آن، دولت اشخاص یا گروهی از اشخاص را (که تابعیت کشوری دیگری را دارند) مجبور به ترک سرزمین آن کشور کند. (kamto, 2 june 2005, p.197)

یا اخراج عبارت از است از به کارگیری قدرت یا حق یک کشور به منظور

و اداری کردن بیگانه که کشور را ترک کند. ممکن است که یک کشور این قدرت و حق را در قالب تصمیم و دستور اجرایی سازد که از سوی نهاد مناسب قضایی یا اداری در چارچوب حقوق ملی آن، صادره شده است. (International law commission, 2006)

۲. حق بر پناهندگی و اصل منع اخراج

همان‌گونه که اشاره شد، گزینش مکان امن، جزء خصلت‌های طبیعی بشر است که به همین خاطر، حقوق بین‌الملل معاصر این وضعیت طبیعی را به عنوان یک حق به رسمت شناخته است و از طرفی، اصلی را در مورد آن تأسیس نموده است. هر دو مورد یادشده، حالت ابزاری دارد و عامل اصلی صیانت از پناهندگان است. پناهندگی در ماده‌ی ۱۴ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر یک حق تلقی شده است: هرکس حق دارد در برابر تعقیب، شکنجه و آزار، پناهگاهی جستجو کند و در کشور دیگر پناه اختیار کند.

میان حقوق بشر و حق پناهندگی ملازمه‌ی اساسی وجود دارد؛ بدان معنا که حمایت از پناهنده و تضمین حقوق آنان، حمایت از حقوق بشر است و از سوی دیگر، هتک حرمت و حقوق این جمعیت محروم، به عنوان مصداقی از مصادیق نقض حقوق بشر تلقی گردیده و مستلزم توجه عام بین‌المللی است. حق بیگانگان بر تغییر مکان و حق بر مهاجرت، از اموری است که در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و میثاق حقوق مدنی و سیاسی به رسمیت شناخته شده است. پناهندگی حقی است که از روح اسناد بین‌المللی استفاده می‌شود که دولت‌ها در برابر آن تعهداتی دارند.

جان‌مایه‌ی حمایت از مهاجر و پناهنده را «حق بر منع اخراج» تشکیل می‌دهد. محوری‌ترین و مهم‌ترین موضوع در بحث مهاجر، پناهنده و آواره، حق بر منع اخراج است و از این‌رو، بسیار مهم و اساسی است که تعهدات دولت‌ها در برابر آن مشخص و معین گردد.

در این، تردیدی نیست که منع اخراج پناهندگی، یک اصل و قاعده‌ی کلی است و خود اصل، نیاز به دلیل ندارد و هر جا تردید در جواز اخراج باشد، باید به اصل مراجعه کرد. از این‌رو، رفتار منطبق با اصل، دلیل، سند و مدرک لازم ندارد؛ رفتار خلاف آن، نیاز به مدرک و سند دارد.

تمرکز بر تعهدات کشورها بدان دلیل است که مقرارت خوبی در سندهای بین‌المللی برای تضمین حمایت حقوق پناهندگان و آوارگان وجود دارد؛ اما معضل اصلی، عدم اجرایی آنها از سوی کشورهای عضو است. آنچه که امروزه اهمیت جدی در زمینه‌ی استانداردهای حقوقی بشر دارد، برجسته‌کردن تعهدات حقوقی مشخص است که الزاما بر مسئولیت‌ها تأثیرگذار بوده موجب اجرای آنها می‌گردد. هدف از



برگشت‌ندادن پناهنده نیز حمایت از حقوق بشری آنان است. جلوگیری از بازگرداندن پناهنده، شیوهی مؤثر یا بعضی اوقات، تنها شیوهی حمایت از نقض بشر حقوق بشری پناهنده است.

بازگشت داوطلبانه به وطن، هر زمان که امکان‌پذیر باشد، راه حل مطلوب است. از لحاظ هنجارهای حقوق بشر، حق بازگشت فرد به وطن در اعلامیهی جهانی حقوق بشر (ماده ۱۳، بند ۲) اظهار شده است. این حق در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز تدوین شده است. اجرای حق بشری بازگشت به وطن و دستیابی به راه حل بازگشت داوطلبانه برای پناهندگان جهان، یکی از عمده‌ترین چالش‌هایی است که کمیساریا و جامعهی بین‌المللی به طور اعم، با آن روبرو بوده‌اند. فرار پناهندگان از خانه و وطن‌شان به علل تحمیلی؛ چون خشونت و نقض حقوق بشر بوده است. اگر قرار باشد که آنها داوطلبانه و در کمال امنیت به موطن خود بازگردند، باید در وضعیتی که باعث فرار آنها شده است، تغییر مهمی ایجاد شود. باید صلح و احترام به حقوق بشر برای آنها ایجاد شود. تضمین اینها رهیافتی جامع را ایجاب می‌کند که جنبه‌های سیاسی، حقوق بشری و بشردوستانه را شامل شود.

ممنوعیت اخراج پناهنده، یک قاعدهی کلی است که در موارد استثنایی، این ممنوعیت برداشته می‌شود و از همین رو، باید دلیل موجه برای اخراج وجود داشته باشد.

به هر حال، اصل منع اخراج، پایه و اساس حقوق بین‌المللی پناهندگان است و به عنوان یک عرف در حقوق بین‌الملل درآمده است. از سوی دیگر، عدم اخراج و بازنگرداندن پناهنده، هسته‌ی مرکزی حمایت از پناهنده را تشکیل می‌دهد. چون خطر جانی و آزار و اذیتی که پناهنده را تهدید می‌کند، پناهنده از آن فرار نموده است؛ بنابراین، اخراج، پناهنده را دوباره در معرض خطر قرار می‌دهد. ماد ۳۳ کنوانسیون پناهندگان چنین مقرر داشته است: «هیچ‌یک از دول متعاقد به هیچ نحوی پناهنده‌ای را به سرزمین‌های که امکان دارد به علل مربوط به نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در دسته‌ی اجتماعی به‌خصوص یا دارا بودن عقاید سیاسی، زندگی یا آزادی او در معرض تهدید واقع شود، تبعید نخواهند کرد یا باز نخواهند گردانید.» برخی بدین باورند که بر اساس ماده ۳۳، تمامی کسانی که در جستجوی پناهندگی هستند، پناهنده محسوب خواهند شد و از تمامی مزایای پناهندگی برخوردار خواهند بود؛ مگر اینکه ادعای پناهندگی آنان رد شود. (kamto, 2 june 2005, p197)

منطقاً حق بر تنظیم پذیرش و عدم پذیرش بیگانه و حق بر اخراج آنها دو روی یک سکه‌اند. در نتیجه، حق بر اخراج بیگانه را برخی موجه تلقی کرده‌اند؛ اما این حق، محدود به حقوق بین‌الملل، حقوق بشری و عدم سوء استفاده از آن است. (kam-)

197, p2, June 2005, to) اما این دیدگاه با راهکار بازگشت داوطلبانه و حمایت از پناهنده (که حقوق و آزادی‌های آنها در معرض خطر است) سازگاری ندارد.

۳. شرایط اخراج پناهندگان

حقوق بین‌الملل در مورد اخراج پناهندگان، یکسری شرایط را پیش‌بینی نموده که در دو دسته‌ی شکلی و ماهوی جای می‌گیرد. عوامل اصلی که مجوز برای اخراج است، شرایط ماهوی است و تشریفات و فرایند اخراج، شرایط شکلی است.

۳-۱. شرایط ماهوی اخراج

یکسری دلایل و عواملی اصلی در اسناد بین‌المللی پیش‌بینی شده است که می‌تواند اخراج را موجه و مشروع سازد. بررسی این عوامل در حقوق بین‌الملل عمومی به ویژه حقوق بشر از جایگاه اساسی برخوردار است.

۳-۱-۱. خطرناک بودن پناهنده برای نظم و امنیت کشور

دلایل کافی برای این موضوع باید موجود باشد. البته خطر نسبت به امنیت، نه تنها مربوط به گذشته است، که خطر نسبت به آینده را هم شامل می‌شود. از طرفی، تشخیص خطر باید مبتنی بر دلایل معقول و منطقی باشد. (International commission of jurists, Migration and international human rights law. 2014, p111)

طبق ماده ۳۲ کنوانسیون پناهندگان، دلایل کافی برای خطرناک بودن برای امنیت نظم عمومی وجود داشته باشد.

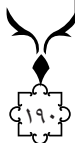
منشور اتحادیه اروپا در ماده ۱۹، پیش‌بینی نموده است که کارگران مهاجر که به صورت قانون در کشورهای عضو اقامت دارند، نباید اخراج شوند؛ مگر در صورتی که برای امنیت عمومی خطرناک باشند و یا برضد منافع و اخلاق عمومی مرتکب جرم شده باشند. از طرفی، اصل و قاعده‌ی عدم اخراج، شامل افرادی می‌شود که در مرز یک کشور رسیده‌اند، به شمول هجوم زیادی از پناهندگان. (UNHCR, 2006, p62)

۳-۱-۲. مضربودن برای جامعه

بند دوم ماده ۳۳ کنوانسیون در این زمینه صراحت دارد و چنین بیان کرده است: «اما پناهنده‌ای که طبق دلایل کافی، وجودش برای امنیت کشوری که در آن به سر می‌برد، خطرناک بوده... نمی‌تواند دعوای استفاده از مقررات مذکور [عدم جواز اخراج] در این ماده را بکند».

۳-۱-۳. محکومیت به مجازات

شرط سوم اخراج پناهندگان، محکومیت به مجازات است؛ البته بنا به صراحت کنوانسیون، پناهنده در صورتی محکوم به اخراج است که «به حکم محکمه‌ی قانونی به صورت قطعی محکوم به مجازات شده باشد»؛ این محکومیت نهایی، باید به ارتکاب



جرائم جدی و مهم باشد.

پروتکل شماره هفت ۱۹۸۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اخراج بیگانگانی را منع می‌کند که به صورت قانونی اقامت دارند؛ مگر اخراج باید بر اساس تصمیمات مبتنی بر قانون و طی کردن سازوکارهای قانونی؛ همانند رسیدگی مجدد و مکانیسم حمایتی از حقوق اقامتی بیگانگان، باشد.

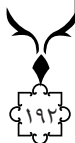
هنگامی که استثنائات اخراج مطرح می‌شود، باید دولت مستنداتی را فراهم کند که قادر به اثبات این ادعا باشد که وجود پناهنده، خطری برای نظم و امنیت جامعه است. دولت باید اثبات کند که تصمیم به اخراج در قانون به صورت کافی پیش‌بینی شده است؛ یعنی پایه‌ی اساسی تصمیم، قابل دسترسی در قانون باشد و در آن پیش‌بینی شده باشد.

ماده بیست و دوم، بنده ۸ کنوانسیون حقوق بشر امریکایی بیان می‌دارد که اخراج یا برگرداندن بیگانه به کشوری ممنوع است که حق حیات یا آزادی فردی آن در معرض خطر نقض باشد؛ خواه کشور پناهنده و خواه کشوری دیگر. دلیل خطر، نژاد، قومیت، مذهب، وضعیت اجتماعی یا عقاید و باورهای سیاسی باشد.

اصل منع اخراج یک اصل بنیادین حقوق بین‌الملل است. این اصل، کشورها را از انتقال هرکسی به کشوری منع می‌کند که در آن کشور از خطر واقعی، تعقیب یا اقدامات خشونت‌آمیز ضد حقوق بشری، بترسد. هم‌چنین اصل یادشده، صلاحیت کشورها را نسبت به کنترل ورودی سرزمین‌شان محدود می‌سازد. (International commis-sion of jurists, Migration and international human rights law, 2014, p109)

مبنای حقوقی این اصل به تعهدات حقوق بشری دولت‌ها مرتبط است که متعهدند به این‌که حقوق بشری تمامی کسانی را که در حوزه‌ی حاکمیت آنها قرار دارند، به رسمت بشناسند، و این اصل، آن را تضمین و حمایت می‌نماید. (International commission of jurists, Migration and international human rights law, 2014, p109)

منع اخراج، قاعده‌ای کلی است. منبع این قاعده، کنوانسیون ملل متحد علیه شکنجه و رفتارهای موهن و غیرانسانی است که، چنین دستور می‌دهد: شخص را به کشور دیگری که شواهد جدی مبنی بر وجود شکنجه و خطر نسبت به جان افراد در آن وجود دارد، نباید بازگشت داد. در قطعنامه‌ها و اعلامیه‌های مختلف بین‌المللی، منطقه‌ای و کشوری نیز این اصل مورد تأکید قرار گرفته است. بر اساس ماده ۳۲ کنوانسیون ژنو، دولت‌های متعاقد حق اخراج پناهنده را؛ مگر در موارد استثنایی، ندارند: «دولت‌های متعاقد، پناهنده‌ای را که به طور منظم در سرزمین آن به سر می‌برند، اخراج نخواهند کرد؛ مگر به دلایل حفظ امنیت ملی یا نظم عمومی.» از طرفی، اعلام حق شرط نسبت به ماده‌ی ۳۳ و ۳۲ جایز نیست. از این نکته می‌توان



فهمید که منع اخراج، اصل و قاعده‌ی مهم است که تدوین‌کنندگان حاضر نشده‌اند که کشورها حق شرط نسبت به آن اعلام نمایند. (کنوانسیون ژنو، ماده ۴۴) ماده‌ی ۳۳ این کنوانسیون عام است که به این مسأله صراحت دارد که پناهنده، به سرزمینی که از آن کوچ نموده و هم به سرزمین‌های که آزادی و زندگی آن در معرض خطر باشد، نباید تبعید گردد. پروتکل شماره هفت ۱۹۸۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اخراج بیگانگانی را منع می‌کند، که به صورت قانونی اقامت دارند. در قطعنامه‌ی شماره ۲۳۱۲ تحت عنوان «اعلامیه‌ی پناهندگی سرزمینی» که به اتفاق آراء در مجمع عمومی به تصویب رسیده، آمده است: هیچ فردی را ناپستی به اخراج یا بازگشت از نقطه‌ی مرزی محکوم نمود، به‌صورتی که ناچار شود به سرزمینی برگردد یا در سرزمینی باقی بماند که در آن، به خاطر نقض اصول اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، حیات، جان و جسم یا آزادی‌اش در معرض خطر قرار دارد. این اصل در مورد افرادی که به دلایل روشن، خطری علیه امنیت کشور پذیرنده به شمار می‌آید یا به دلیل حکم قطعی ارتکاب یک جرم جدی، خطری علیه آن کشور به حساب می‌آیند، قابل اجرا نخواهند بود. ماده ۱۲ اعلامیه‌ی حقوق بشر اسلامی چنین صراحت دارد: «هر انسانی بر طبق شریعت، حق انتخاب و انتقال مکان برای اقامت در داخل و یا خارج کشورش را دارد و در صورت تحت ظلم قرار گرفتن، می‌تواند به کشور دیگر پناهنده شود و بر آن کشور پناه‌دهنده واجب است که با او مدارا کند، تا این‌که پناهگاهی برایش فراهم شود، با این شرط که علت پناهندگی، به خاطر ارتکاب جرم طبق نظر شرع نباشد.» ماده ۲۲ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر نیز مقرر می‌دارد که هیچ مهاجری نباید برگردانده یا دیپورت شود به کشوری (خواه کشور خودش باشد یا نباشد) که در آنجا به دلیل قومیت، نژاد، مذهب، موقعیت اجتماعی و باورهای سیاسی، حق بر حیات و یا آزادی فردی او در معرض خطر باشد.

بر اساس کنوانسیون وضعیت پناهندگان، اخراج به کشوری ممنوع است که فرد در معرض صدمات جبران‌ناپذیر است؛ از قبیل نقض حق بر حیات، یا آزادبودن از هرگونه شکنجه، یا رفتارهای ظالمانه، تحقیرکننده و غیرانسانی. و این ممنوعیت به شمول پناهندگان و پناهجویان، شامل تمامی کسانی خواهد شد که در یک سرزمین یا در قلمرو صلاحیت یک سرزمین حضور دارند.

شورای وزیران اتحادیه‌ی اروپا در ماه می ۲۰۰۵، دوازده رهنمودنامه را برای بازگرداندن اجباری پذیرفته است که براساس رهنمود مزبور، در موارد ذیل نباید هیچ‌گونه دستوری مبنی بر انتقال صادر گردد: (۱) در فرضی که خطر واقعی اعدام، شکنجه، یا رفتارهای غیرانسانی و تحقیرکننده و یا مجازات باشد؛ (۲) خطر واقعی قتل یا رفتارهای غیرانسانی و تحقیرکننده از سوی نهادها و اشخاص غیردولتی باشد؛ (۳) دیگر

وضعیت‌های که بر اساس حقوق بین‌الملل و مقررات ملی، که اعطای تضمیناتی را
موجه می‌سازد. (kamto, 2006, p18-19)

برخی معتقدند که اصل عدم اخراج همه، شامل همه خواهد شود؛ چه کسانی
که داخل کشور خود هستند یا خارج از کشور خود؛ از جمله شامل مهاجر هم
خواهد شد. (International commission of jurists, Migration and international human rights law, 2014, p112)

خطر واقعی هنگامی است که خطر بالفعل بوده و جنبه‌ی شخصی داشته باشد.
خطر باید نسبت به شخص وجود داشته باشد که ناقض حقوق و آزادی‌های او است؛
اما لازم نیست ثابت نماید که به صورت شخصی و انفرادی او، هدف است.

۲-۳. شرایط شکلی اخراج

شرایط شکلی، یک سری قواعدی است که در فرایند اخذ تصمیم بر اخراج و
شیوه‌ی اخراج باید رعایت گردد. این شرایط غیر از شرایط ماهوی است که اصل
اخراج را موجه می‌سازد.

۱-۲-۳. رعایت قواعد مربوط به رسیدگی قضایی و شبه‌قضایی

رسیدگی عادلانه، یک‌سری حمایت‌های رویه‌ای در حقوق بین‌الملل است که از
حقوق افراد؛ از جمله پناهندگان، در فرایند اخذ تصمیمات قضایی، شبه‌قضایی و اداری
صیانت می‌کند. این‌گونه حمایت‌های رویه‌ای، از سوی کشورها در قواعد داخلی باید
گنجانده و اجرایی گردد. این قواعد به مهاجر و پناهنده اجازه‌ی آماده‌کردن پرونده را
می‌دهد و اینکه تصمیم بر اخراج قابل اعتراض باشد. معاهدات حقوق بشری، مقررات
متعددی را در راستای حمایت از اخراج پناهندگان پیش‌بینی نموده‌اند؛ همانند رسیدگی
عادلانه، حق اعتراض نسبت به تصمیم صادره، محدودکردن موارد اخراج مجاز.

در رسیدگی قضایی و شبه‌قضایی، اصولی باید رعایت گردد که تمامی دعاوی
از جمله حکم به اخراج را نیز شامل می‌شود: ۱) داشتن وکیل و حق دفاع؛ وکیل
مدافع باید به صورت رایگان در اختیار پناهنده قرار داده شود و او دسترسی به وکیل
داشته باشد؛ ۲) مستدل و مستندبودن حکم اخراج؛ ۳) رعایت اصل تساوی و ممنوعیت
تبعیض در اخراج. یک اصل عام و کلی آن است که اخراج نباید براساس و اهداف
تبعیض قومی، نژادی، مذهبی و عقاید و باورهای سیاسی و متأثر از آنها باشد. به
ویژه تبعیض جنسیتی نباید در اخراج صورت گیرد. بر اساس پروتکل شماره هفت
کنوانسیون اروپایی حقوق بشر؛ تنها زمانی می‌توان پناهنده را اخراج کرد که حقوقی
و قانونی باشد. همین‌طور باید قبل از اخراج به پناهنده اجازه داده شود که دلایل
خود را ارائه کند و باید اجازه اعتراض نسبت به تصمیم هم داده شود؛ ۴) قانونی‌بودن
اخراج؛ اولین شرط اخراج مجاز بر اساس ماده‌ی ۱۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و

ماده‌ی یک پروتکل شماره هفت کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و ماده ۲۶ کنوانسیون حقوق بشر کشورهای عربی این است که تصمیم باید مبتنی بر قانون اخذ شده باشد. قانونی بودن اخراج بدان دلیل است که از اخراج‌های مستبدانه و دلبخواهانه پیشگیری شود. ماده ۱۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز بر قانونی بودن تصمیم بر اخراج تأکید نموده است. ۵) حق بر تجدید نظر: یکی از تعهدات دولت‌ها که باید به آن پای‌بند باشند و زمینه‌ی اجرایی شدن آن را فراهم نماید. حق تجدیدنظرخواهی نسبت به رأی صادره در زمینه‌ی اخراج بیگانه و مهاجر است. این حق از سوی ماده‌ی یک پروتکل شماره هفت کنوانسیون حقوق بشر اروپایی و هم‌چنین شورای وزیران اتحادیه‌ی اروپا مورد تأیید قرار گرفته است.

۲-۳-۳. ممنوعیت اخراج به سرزمین‌های خاص

ممنوعیت اخراج به سرزمین‌های خاص که زندگی و آزادی پناهنده به دلیل نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در گروهی یا عقاید سیاسی خاص در معرض تهدید باشد. (ماده ۳۳ کنوانسیون پناهندگان)

۳-۲-۳. فرصت کافی برای اخذ مجوز در کشور دیگر

دولت متعاقد باید به پناهنده فرصت دهد تا در این مدت، مجوز به کشور دیگر را به دست آورد. تعیین مدت زمان به دست کشور اخراج‌کننده است که تصمیم لازم را در زمینه اتخاذ نماید.

۳-۲-۴. عدم تبعیض در اجرای قواعد رویه‌ای اخراج

مشخص است که نباید قواعد شکلی مربوط به اخراج و رویه‌های اخراج تبعیض‌آمیز باشد. عدم تبعیض مذکور، منطبق است با ماده‌ی ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده ۱ پروتکل شماره هفت کنوانسیون مذکور و ماده ۱ پروتکل شماره ۱۲ کنوانسیون اروپایی، ماده ۲۲ و ۲۴ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر؛ یعنی اخراج، یک‌سری قواعد شکلی دارد که باید در فرایند اخراج رعایت گردد و این، غیر از اعمال تبعیض در اخراج بنا به دلایل خاص است.

۳-۲-۵. حق ارایه‌ی دلیل در برابر اخراج

چنین حقی بر اساس ماده ۱ پروتکل شماره هفت کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده ۱۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، بند دوم ماده ۲۶ کنوانسیون حقوق بشر عرب داده شده است و باید کشورهای عضو آن را رعایت نماید. اگر هرگاه به پناهنده‌ای فرصت ارایه دلایل کافی داده نشود که دعوا بر ضد اوست یا اطلاعات کافی راجع به محاکمه‌ی خود و یا وقت کافی برای ارائه دلایل داده نشود، بر اساس دیدگاه دادگاه اروپایی حقوق بشر و بند یک ماده یک پروتکل الحاقی، حقوق بشر نقض شده است. هم‌چنین کمیته‌ی حقوق بشر تأکید ورزیده است: باید به پناهنده امکانات

کامل داده شود که بتواند اقامت خود را در برابر حکم اخراج تعقیب نمایند. (International commission of jurists, Migration and international human rights law, 2014, p154)
زمان دفاع و ارائه‌ی دلیل باید کافی و زمان معقول و منطقی باشد.

۶-۳. منع اخراج دسته‌جمعی

از موضوعاتی قابل توجه، ممنوعیت اخراج دسته‌جمعی و گسترده است که مبتنی بر معیارهای حقوق بشر معاصر است. بند یک از ماده‌ی ۲۲ کنوانسیون حمایت از حقوق کارگران مهاجر صراحتاً اخراج دسته‌جمعی کارگران و خانواده‌ی آنان را منع نموده است. همین‌طور کمیته‌ی تبعیض نژادی پیشنهاد نمود است که اخراج دسته‌جمعی خارجی ممنوع گردد. (international commission of jurists, Migration and international human rights law, geneva, p16)

از طرفی، ماده ۴ از پروتکل چهارم کنوانسیون حقوق بشر اروپایی نیز اخراج دسته‌جمعی بیگانه و خارجی را ممنوع نموده و می‌توان ادعا کرد که اخراج دسته‌جمعی در حقوق بین‌الملل معاصر منع شده است. (Osuji, 2011, p2)
مقصود از اخراج دسته‌جمعی، انتقال گروهی از افراد از قلمرو کشور اخراج‌کننده است. دادگاه اروپایی حقوق بشر، اخراج دسته‌جمعی را اقداماتی تلقی نموده است که پناهندگان را به صورت گروهی وادار به ترک کشور نماید؛ مگر در فرضی که تصمیم به اخراج مبتنی بر پایه‌ی بررسی معقول و منطقی پرونده‌ی تک‌تک افراد به صورت جداگانه و خاص اتخاذ شده باشد. (Osuji, 2011, p16)

۷-۳. منع اخراج بیگانه‌ی مقیم قانونی

ماده‌ی یک پروتکل شماره هفت کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، شامل کسانی خواهد شد که به صورت قانونی در کشورهای عضو کنوانسیون اقامه داشته‌اند و منظور از اقامت قانونی، فراتر از حضور فیزیکی است.

چنانکه دادگاه اروپایی حقوق بشر حکم نمود که واژه‌ی اقامت باید توسعه داده شود نسبت به کسانی که در یک سرزمین پذیرفته نشده‌اند یا برای اهداف غیراقامتی پذیرفته شده‌اند. یا ورود شخص رد شده و به دلیل آنکه ویزا و پاسپورت او مستبدانه و خلاف قانون کنار گذاشته شده است. این موضوع باعث نخواهد شد که اقامت او غیرقانونی باشد. (International commission of jurists, Migration and international human rights law, 2014, p153)

۴. تضمینات دیپلماتیک

کشورها تضمین می‌دهند که با افراد رفتار انسانی خواهد شد و در معرض خطر نقض حقوق انسانی افراد قرار نمی‌گیرند و بر پایه‌ی آن، کشور محل پناه پناهنده،



اقدام به اخراج می‌کند و این تضمینات ممکن است که در قالب موافقت‌نامه باشد. اما بسیاری معتقدند که چنین موافقت‌نامه‌ای صادقانه نیست و نباید بدان متکی بود که بر اساس آن افراد به کشوری اخراج می‌شوند که در معرض خطر شکنجه و رفتارهای غیرانسانی و منافی حقوق بشر قرار دارد. (Isman, 2005, P1)

گاهی ممکن است که کشورها، قاعده‌ی غیرمجاز بودن اخراج و برنگرداندن را از طریق تضمینات دیپلماتیک دور بزنند که چنین تضمینات را از کشور متبوع پناهنده یا سایر کشورها می‌گیرند. از قبیل اینکه تضمینات کتبی دریافت کنند که پناهنده در معرض خطر مرگ، شکنجه، تعقیب، بدرفتاری یا دیگر اعمال ناقض حقوق بشر نخواهد بود. به هر حال، تضمینات دیپلماتیک، در جای که از آن برای اخراج و استرداد به کشوری استفاده می‌شود که افراد در معرض خطرهای گوناگون در آن کشور قرار دارند، به طور چشم‌گیری مشکل‌ساز است. آری، این‌گونه تضمینات، اغلب با تردید و سؤال مواجه‌اند؛ بدان دلیل که اغلب هرگز اجرایی نخواهد شد، همان‌گونه که نوعاً اثر حقوقی نداشته و عادلانه نیست. این‌گونه تضمینات اغلب از سوی کشورهای دنیال می‌شود که معمولاً به تعهدات حقوقی خود وفادار نبوده و نسبت به حمایت از حقوق انسانی بی‌اعتنا نیستند. (Migration and international human rights law, 2014, p122)

دیدگاه‌های حقوقی دادگاه بین‌المللی حقوق بشر، متن معاهدات و کارشناسان بر این است که چنان تضمیناتی نمی‌تواند مجوزی برای اخراج اجباری باشد و به صورت اتوماتیک انتقال را مجاز نمی‌سازد. اگر به فرض، چنین تضمینات کافی و مؤثر باشد برای مجاز کردن انتقال، باید انتقال امر شخصی شود و هر پرونده باید جداگانه بررسی و ارزیابی گردد. (Migration and international human rights law, 2014, p112&123) به اضافه آنکه، دادگاه اروپایی حقوق بشر به کرات حکم کرده است که به احتمال زیاد بر خلاف آنچه که گفته می‌شود، تضمینات کافی نیست، برای اینکه خطری پناهنده را تهدید نکند. (Migration and international human rights law, 2014, p123)

اخراج، ممنوع است چه به کشوری باشد که شخص در آن در معرض خطر است یا انتقال به کشوری باشد که در آینده در خطر انتقال به کشوری ثالثی است که در آنجا در معرض خطر قرار گیرد.

۵. حمایت دیپلماتیک و کنسولی

ماده‌ی ۲۳ کنوانسیون حمایت از حقوق کارگران مهاجر که مربوط به حمایت کنسولی و دیپلماتیک می‌شود، مقرر می‌دارد که بدون تأخیر در فرض تصمیم به اخراج، کارگر مهاجر باید از حق دسترسی به حمایت‌های دیپلماتیک و کنسولی آگاه گردد. حمایت سیاسی به صورت سستی به عنوان یک حق انحصاری دولت شناخته

شده؛ بدین معنا که دولت حمایت سیاسی را به عنوان یک حق اعمال می‌کند. (حلمی، ۱۳۹۰، ص ۴۵۱) بر همین اساس، دستگاه دیپلماتیک و کنسولی هر کشوری باید از اتباع خود در کشورهای خارجی حمایت نماید.

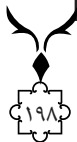
البته باید توجه نمود که این حمایت، امروز متأثر از حقوق بشر است که حقوق بین‌الملل معاصر تدریجاً به این سمت حرکت می‌کند که حمایت سیاسی را از انحصار دولت متبوع شخص خارج ساخته و به سایر کشورها نیز صلاحیت حمایت سیاسی واگذار می‌کند. از این رو، یکی از شرایط حمایت سیاسی که در حقوق کلاسیک بین‌الملل، بر اساس رابطه‌ی تابعیت است، در آینده جایگاه حقوقی خود را از دست خواهد داد و از وضعیت حقوق شهروند و رابطه‌ی شهروندی خارج و تبدیل به یک مسأله‌ی حقوق بشری و جهان وطنی خواهد شد. از این رو، سایر کشورها نیز می‌توانند با توسل به حمایت سیاسی از پناهندگان با تابعیت سایر کشورها، حمایت نمایند. این تغییر، به نفع جامعه‌ی انسانی خواهد بود و می‌تواند به صورت مؤثر حمایت از پناهنده را کارآمد ساخته و به شمار حامیان پناهنده بیافزاید.

خوب است در این بخش به این نکته اشاره گردد که دولت افغانستان به عنوان یک دولت ضعیف و شکست‌خورده نتوانسته از ابزار حمایت سیاسی برای صیانت از حقوق شهروندان خود استفاده نماید؛ زیرا بر اساس نظریه‌ی دولت شکسته‌خورده، چنین دولتی تقریباً در انجام تمامی صلاحیت‌های خود؛ از جمله حمایت سیاسی، ناکام است.

نتیجه‌گیری

با عنایت به ارتباط وثیق حقوق بشر با حقوق پناهندگان، لازم است که تمرکز بر تضمین حقوق بشری آنان صورت گیرد. هم کنوانسیون پناهندگان و هم حقوق بین‌الملل پناهندگان به مفهوم عام، تمهیداتی خوبی را برای حل مشکلات پناهندگان و مهاجرین پیش‌بینی نموده‌اند. اما مشکل در عدم اجرای این تمهیدات حقوقی از سوی دولت‌ها است، حال آنکه تمهیدات حقوقی یادشده، حمایت‌های مؤثر را برای پناهنده به صورت هنجاری فراهم نموده است. نگاهی به مواد کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان نشان می‌دهد که سند حقوقی فوق‌العاده برای پناهندگان است. از سوی دیگر، اصل بر ممنوعیت اخراج پناهنده است و استثناً، اخراج است که خود از دست‌آوردهای مهم حقوق پناهندگی است و از طرفی، تحقق پناهندگی مبتنی بر پذیرش این موضوع از سوی کشوری نیست که پناهنده به آنجا پناه برده است.

رعایت شرایط شکلی و ماهوی اخراج پناهندگان نیز می‌تواند به خوبی از پناهنده حمایت نماید. اما نکته‌ای که باید بدان توجه نمود، شرایط ماهوی پناهندگی است



که داشتن شرایط یادشده ممکن است که برای هرکس میسر نباشد. از طرفی، شرایط شکلی، حمایت مؤثر و کارآمد برای پناهنده فراهم نموده است. فرصت ارائه‌ی دلیل از سوی کشور اخراج‌کننده، دسترسی به مراجع قضایی و شبه‌قضایی جهت اعتراض به تصمیم اخراج و حق داشتن وکیل حتی به صورت مجانی، مستند و مستدل بودن حکم اخراج، فرصت کافی برای یافتن مکان دیگر و امثال آنها، می‌تواند از حق بر پناهندگی حمایت نماید. اما تضمینات دیپلماتیک به ضرر پناهندگان است؛ چرا که کشورها در این زمینه صادق نیستند و تضمینی برای اجرایی شدن ندارد و کشوری تضمین‌دهنده به تضمین خود عمل نمی‌کند. دیدگاه مراجع قضایی و شبه‌قضایی مختلف بیان شد که چنین تضمیناتی را دست‌آویزی برای اخراج تلقی نموده‌اند. در زمینه حمایت دیپلماتیک از پناهندگان به ویژه در صورت فزونی پناهنده برای کشورها، اعمال حمایت سیاسی در این زمینه، کار دشوار خواهد بود. اما دگردیسی حقوق بین‌الملل، حمایت سیاسی را از انحصار کشور متبوع اشخاص از جمله پناهنده خارج خواهد نمود که این خود تحول بزرگی در عرصه‌ی حمایت از حقوق بشری انسان‌ها است و بستر را برای حمایت سیاسی به صورت جهانی و خارج از رابطه‌ی شهروندی فراهم می‌سازد.

فهرست منابع الف) منابع فارسی

۱. احمدی، عاطفه (بی‌تا). حقوق پناهندگان در اسناد بین‌المللی، (مقاله برای تجلیل از روز پناهنده). وزارت مهاجرین و عودت‌کنندگان، بی‌جا: بی‌نا.
۲. سیدفاطمی، محمد قاری (۱۳۷۴). بررسی تطبیقی حقوق پناهندگی در فقه و اسناد بین‌المللی. مجله‌ی نامه مفید: شماره ۱.
۳. سیدفاطمی، محمد قاری (۱۳۸۲). معاهدات حقوق بشری. مجله حقوقی: نشریه‌ی دفتر خدمات حقوقی، شماره ۲۸.
۴. حلمی، نصرت‌الله (۱۳۹۰). مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و حمایت سیاسی. تهران: انتشارات میزان، چاپ دوم.

ب) منابع انگلیسی

5. Human rights and refugee protection, office of the united nations high commissioner for refugees, case postale 2500, ch-1211 geneva 2, switzerland, self-study module 5, vol. Ii, 15 december 2006.
6. International law commission, fifty-eighth session, geneva, 1 may-9 june and 3 july-11 august 2006, expulsion of aliens memorandum by the secretariat, united nations a/cn.4/565, general assembly, distr.: general, 10 july 2006. Original: English.
7. Handbook on european law relating to asylum, borders and immigration, european union agency for fundamental rights, 2014, council of europe, 2014, edition 2014.
8. Migration and international human rights law a practitioners' guide, updated edition, international commission of jurists, geneva, switzerlandp, 2014.
9. Osuji, chile eboe(2011). Intervener brief filed on behalf of the united nations high commissioner for human rights, Italy.
10. Diplomatic assurances' no protection against torture or ill-treatment, human rights watch movement, 2006.
11. Kamto, Maurice(2005). Expulsion of aliens[agenda item 7]document a/cn.4/554preliminary report on the expulsion of aliens, special rapporteur.
12. Office of the united nations high commissioner for refugees(2006, 15 december). Human rights and refugee protection, case postale 2500, ch-1211 geneva 2, switzerland, self-study module5.

ج) اسناد بین‌المللی

۱۳. کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، (۱۹۵۰).

۱۴. پروتکل‌های الحاقی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۶۳، ۱۹۸۴، ۱۹۸۴ و ۲۰۰۰)
۱۵. میثاق حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶).
۱۶. اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸).
۱۷. کنوانسیون پناهندگان (۱۹۵۱).





Expulsion of refugees from the point of view of international law

Qasemali Sadaqat*

*Professor, Ph.D of Public law, Faculty member of Jurisprudence and law, Khatam-Al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

The present paper addresses the legal status of refugee deportation and, in the same vein, first evaluates related concepts and then examines the right to asylum and the prohibition of refugees from the perspective of international law, in the light of the norms of international law. Considered to a great extent. In the next step, he has paid attention to the material conditions and forms of deportation, which play a fundamental role in protecting the principle of non-refoulement and the right to asylum.

Moreover, he addresses the issue of diplomatic and political guarantees, which has led refugees to return and the international law and the legal and extrajudicial institutions of this phenomenon, especially in Europe, have not come about. Finally, the phenomenon of political support for the refugee has been analyzed, which is gradually being gradually removed from the monopoly of the country concerned and, as a result, has gradually progressed from civil rights and citizenship to human rights and the number of supporters. Individuals, including refugee supporters, will be added.

Key words: eviction of refugees, the right to asylum, the principle of the prohibition of dismissal, the circumstances of the form of deportation, diplomatic protection, human rights and international law.

The principle of impartiality of the judge from the point of view of jurisprudence and law

Khaleqdad Asadi*

*Ph.D. student of jurisprudence and jurisprudence Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran.

Abstract

One of the important principles governing a fair trial is observance of the principle of “Impartiality” in the proceedings. The purpose of this principle is to consider the judge as equal and unbiased to the parties to the dispute; that is, the judge has no right to leave the road without trial during the course of the proceedings, and his willingness to demonstrate the victory of one party by taking actions. . But at the same time, parallel to the unbiased principle of the judge, the issue of the need to support the right is another important element of the judiciary.

The purpose of this research, which is carried out by the library method, is to compare the views of jurisprudence and law with respect to the principle of “impartiality” of the judge and distinguish it from the necessity of discovery and the support of the right to judgment. In both views, there is agreement on the principle of the above, and it is anticipated that the rules and enforcement of guarantees are guaranteed in order to guarantee its observance during the proceedings.

Key words: judge, impartiality, justice, fair trial, real discovery, jurisprudence and Law.





Comparison of Insurance and Housing from the Perspective of Jurisprudence

Mohammad Eisa Fahimi*

*Teaching Assistant, Masters of Jurisprudence, faculty member, Khatam –Al- Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

Expanding the use of insurance, especially the payment of insurance in case of some unintentional accidents which is in the jurisprudential texts of the institutional entity, has led to comparison of some types of «insurance» with the jurisprudential «Aqelah», especially considering the similarities and similarities that the jurisprudential institution Aqelah has some types of insurance. The most important thing is the similarity of these two entities, the same spirit of help and assistance in the event of grave disasters and financial support from people who are unwittingly involved. Although Aqelah cannot and should not be precisely and definitively treated in accordance with conventional and common insurance, there are differences between the two that prevent the adaptation of insurance to the wisdom, but at the same time, it cannot be denied the similarity of efficiency in the past with some insurance today.

Key words: Diyah, Aqelah, Insurance, Guaranty, Jurisprudence.

The role of circumstantial and hearsay evidence in proving an offense punishable by a Sunni jurisprudence, with a view to the Afghanistan Law

Ali Ahmad Rezaei*

*Ph.D. student of jurisprudence and the foundations of law, faculty member, Khatam –Al- Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

Proof of extreme crimes is one of the important and complex issues of criminal law, due to the conditions and the quality of its proof, which is credited to the sacred Islamic religion. In many cases, proof of limitations is difficult. Among other things, the jurisprudents are two in the discussion of trust in evidence and relying on them in the issuance of criminal sentences in crimes. For this reason, the Imams' jurisprudents believe that they are not allowed to judge based on evidence of crimes, that is, they claim to have a positive evidence only for traditional reasons, and they attach to them an aspect of relevance and, in order to prove their theory, invoke the Quraein reasoning, narrative and rational proofs. In contrast, some of Malik-i's and Hānābela's jurists, such as Ibn Qeym and others, believe in the judgments and judgments according to them in judgments, about the crimes committed in the courts, and in fact, they argue for the proof of the proof, the aspect of prosecution and the lack of monopoly. They also benefit from some narrations and other reasons. Meanwhile, the legislator of Afghanistan, while introducing punitive crimes against Hanafi jurisprudence, has accepted the role of the Code of Principles on Civil Procedures and the Principles of Criminal Procedures, and has included the Emirates and the evidence as proof of the dispute. . Finally, considering the reasons behind the theory of power over authority, the Emirates and other evidence prove to be evidence of crime.

Keywords: Quraein and Emarates, Proofs, Hodods, Islamic Law, Afghan Law.





The value of the judge's knowledge and its scope from the perspective of jurisprudence and law

Sayed Abdullatif Sajjadi*

* Professor, PhD of Jurisprudence and law, faculty member, Khatam –Al- Nabieen University, Kabul, Afghanistan

Abstract

There is no doubt about the fact that the judge's knowledge derives from other evidence and has a positive value, but that the knowledge of the judge as one of the proofs of the argument in another matter is discussed, its validity and its positive value are discussed. There are different views on this. Some believe in the validity of the judge's knowledge of civil and criminal matters, including legal rights and legal rights. Some, the judge's absolute lack of value has been emphasized. The third, fourth, and fifth categories detail the jurisprudence and jurisprudence, or the details of the science before and after the verdict. Each category has its own reasons. The present research, based on its viewpoint, which is the validity and value of the judge's knowledge, has proved the validity of the science of the judge to prove the dispute in absolute terms through rational and transcendental evidence. Obviously, in order to consolidate the theory at the outset, he must criticize the arguments of the opposing views and then explain the arguments of the right perspective. Accordingly, the evidence submitted to prove this claim leads us to conclude that the judge's knowledge in the other proof of the dispute is absolutely positive and the judge can make a decision accordingly. Reason, consensus, priority of judgment, verses, and ancestral traditions are evidence that confirms the validity of the judge's knowledge and the permissibility of judgment based on the knowledge of the judge. Undoubtedly, by proving this viewpoint, the failure of other ideas itself is clear. Especially considering that the arguments of the opposing views are criticized and the serious challenges they face.

Key words: judge, ruler, judge's science, ruler's ruling, jurisprudence and law.

Analysis of white-collar crime

Abdul Basir Nebizadeh*

* Masters of Criminal Law and Criminology, Academic Staff of Khatam Al-Nabecin University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

White collar crimes as a crime committed by social and political influencers, relying on their legitimate position and status, are one of the main problems of many societies today, especially in transitional societies like Afghanistan. The collapse of the white collar network has caused poor social trust and weakening public participation, nation-building processes, reconstruction, and development with stagnation and impoverishment. This led the author to analyze the phenomenon of white collar and to provide an appropriate and accurate understanding of it from a variety of dimensions; concept, historical background, features, examples, features of collar criminals, and effects and consequences.

Edwin Sutherland, an American sociologist and criminologist, was the first to use the term delinquency of the white collar. According to Sutherland, the notion of crime in the name of the «Unclean Body» implies illegal activities that are prominent and relevant to the formal respect and the high class of society. The occupation, social status and aristocracy of this group of criminals require that, as a privileged class of society, the best and most expensive dresses with white collar, and their appearance will make people do not think badly and loose and plunder them. . The Afghan society is in a transition situation, and this situation is most appropriate for the formation, growth and development of the crime of crime. The break with the traditional norms of softness and modern values, appearances and demagogy are the most striking symbol of interaction and respect.

Key words: white collar, ice cream, offshore guilty, social status, political influence.





The effects of criminal conviction and its foundations

Abdul Karim Eskandari*

*Professor, Ph.D in Criminal Law and Criminology, faculty member at Khatam –al- Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

Criminal conviction is one of the issues that can be debated from various legal, criminological, and criminological aspects, and this concept, as the final stage of the criminal justice process, implies consequences for the convicted person, his family and the community. Punishments and measures of protection and education in accordance with the law and the recognition of the judge are known as concrete effects of criminal conviction. The effects of criminal convictions can be divided into positive and negative effects. In this research, the author attempts to express the positive effects of the criminal conviction and its foundations, and the expression of the effects and consequences of criminal conviction requires another. Providing community security, protecting accepted community norms, reasserting victims of crime, reforming the perpetrator, and preventing repetition of crime is one of the most striking examples of the criminal conviction that criminalizes and justifies the philosophy and basis of criminal conviction. But based on criminological opinions, criminal convictions in any format that are reflected; cultural, economic, social, and security influences all shareholders; hence, it is necessary that the criminal policy of countries towards criminals, from time to time Revised and selected responses that could play a constructive role in reforming the offender and his training.

Keywords: Criminal conviction, works, foundations, community reaction, correction of offenders, provision of criminal justice, guarantee of performances.

Womens Judgment in Shiite jurisprudence and Other Islamic Schools (Comparative Study)

Ayatullah Seyyed Mostafa Mohaqqeeq Damad*

*Professor, Ph.D, Faculty member of law and political science, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Abstract

One of the ammunition and issues in modern times is the judgment of women. The basis of the issue of women's judgment is rooted in the issue of judge's judgment. Apparently, before Sheikh Toosi, no one has specified the judge for this condition. Sheikh has, in turn, commented on (the license of women's judgment). The observation and the consideration of the historical evidence of jurisprudence and jurisprudence are a matter of serious concern for the jurists following Sheikh Tusi in the issue under discussion. Some of them are silent, and others oppose dare and oppose Sheikh Tusi's view. Apparently, other than the Hanafis, three other schools (Shafa'ee, Hanbali and Malikian) have been relied on for the condition of the rule. And the remarkable point is that their ijtihad is mostly based on analogy and eloquence and social preferences. The Hanafi jurists are fully aware of religion and believe that wherever women's testimony is accepted, their judgment is valid. The traditions, including the narrative of Abi-khadijeh, can be criticized, and it seems that the condition of the person, not in the appointed judge, is conditional, not in the consolidation judge. The narrations of the Qur'an are general and consolidated, and there is no reason to restrict them.

Key words: judge of women, judge of consecration, appointed judge, condition of humanity, Islamic schools.





Civil liability of the government in Afghan law

Abdulali Mohammadi*

* Professor, Ph.D of Public law, Faculty member of Jurisprudence and law, Khatam-Al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

The civil responsibility of the state, although it does not need to be discussed in principle, but a lot of it, requires serious discussion. Afghanistan's law has accepted the civilian responsibility of the state, but in this regard, it has no clear and defensible viewpoint, and in this regard, it has not defined a certain basis for it, nor has it defined a mechanism for dealing with relevant claims. Similarly, Afghanistan's law does not accept responsibility for legislative action and it cannot compensate for its damages, but it can be compensated for harmful administrative and judicial actions in general.

The disturbance of the Afghan legal order in relation to civil responsibility of the state is due to the lack of a theoretical basis, and the same underlying poverty and poverty has led the constitution to speak in conjunction with the theory of responsibility arising from the fault and, moreover, the protection of responsibility without blame. Defend. This is while government departments and public officials are causing damage to citizens through unjustified decisions and misconduct in various areas of justice and administration. Thus, if civil liability of a government is not based on a sound and enforceable basis and a mechanism that is not enforceable, the rights of citizens will be ruined and the rule of law will be violated with serious misconduct by public authorities.

Key words: civil liability, civil liability of state, damage, compensation, administrative fault, administrative action, Afghan law.

Content

1. <i>First words</i>	1
2. <i>Civil liability of the government in Afghan law</i>	9
3. <i>Womens Judgment in Shiite jurisprudence and Other Islamic Schools (Comparative Study)</i>	31
4. <i>The effects of criminal conviction and its foundations</i>	39
5. <i>Analysis of white-collar crime</i>	61
6. <i>The value of the judge's knowledge and its scope from the perspective of jurisprudence and law</i>	87
7. <i>The role of circumstantial and hearsay evidence in proving an offense punishable by a Sunni jurisprudence, with a view to the Afghanistan Law</i>	111
8. <i>Comparison of Insurance and Housing from the Perspective of Jurisprudence</i>	131
9. <i>The principle of impartiality of the judge from the point of view of jurisprudence and law</i>	161
10. <i>Expulsion of refugees from the point of view of international law</i>	183

