

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه‌ی علمی-پژوهشی علوم انسانی

دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

معاونت پژوهش و فن‌آوری

دانشکده‌ی فقه و حقوق

سال ششم، شماره‌ی هشتم، بهار ۱۴۰۰

شناسه

صاحب امتیاز: دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

مدیر مسؤول: دکتر سید عبدالقیوم سجادی

سرمدیر: آیت الله دکتر سید عبداللطیف سجادی

اعضای هیأت تحریر

آیت الله دکتر سید عبداللطیف سجادی

استاد و عضو هیأت علمی دیپارتمنت جزا و جرم شناسی دانشکده‌ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

دکتر عبدالعلی محمدی

استاد و عضو هیأت علمی دیپارتمنت حقوق بین الملل دانشکده‌ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

آیت الله دکتر سید مصطفی محقق داماد

استاد و عضو هیأت علمی دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران

دکتر عبدالکریم اسکندری

استاد و عضو هیأت علمی دیپارتمنت جزا و جرم شناسی دانشکده‌ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

ماستر عبدالبصیر نبی‌زاده

استاد و عضو هیأت علمی دیپارتمنت جزا و جرم شناسی دانشکده‌ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

دکتر عزیز الله فصیحی

استاد و عضو هیأت علمی دیپارتمنت جزا و جرم شناسی دانشکده‌ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

دکتر علی احمد رضایی

استاد و عضو هیأت علمی دیپارتمنت حقوق بین الملل دانشکده‌ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

دکتر قاسم علی صداقت

استاد و عضو هیأت علمی دیپارتمنت حقوق بین الملل دانشکده‌ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین^(ص)

ماستر محمد عیسی فهمی

استاد و عضو هیأت علمی دیپارتمنت جزا و جرم شناسی دانشکده ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

ماستر سید یعقوب عارفی

استاد و عضو هیأت علمی دیپارتمنت حقوق بین الملل دانشکده ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

ویراستار فنی: محمد امین رسالت

مترجم: ماستر عبدالبصیر نبی زاده

صفحه آرا و طراح جلد: مجتبی احمدی

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

وبسایت: www.knu.edu.af

ایمیل: info@knu.edu.af

هر نوع استفاده از محتوای این فصلنامه تنها با ذکر منبع مجاز است.

فهرست

اشتغال و استمتاع؛ تعارض دو حق

1..... عبدالعلی محمدی

معیارهای صدور حکم و تاثیرات آن بر عدالت قضایی

27 عبدالکریم اسکندری

گستره‌ی صلاحیت نهادهای ناظر اساسی در نظم اساسی افغانستان

47 قاسم علی صداقت

نسبت اختطاف با محاربه، افساد فی الارض و سرقت

59 محمد عیسی فهیمی

طریقیت ادله‌ی اثبات جرم از منظر فقه مقارن با نگاهی به حقوق افغانستان

79 علی احمد رضایی

ایفا و استیفای ناروا در حقوق اسلامی (با تأکید بر حقوق افغانستان)

99 سید عبداللطیف سجادی

مطالعه‌ی تطبیقی قضاوت زن از منظر فقه امامیه و اهل سنت و قوانین نافذه‌ی افغانستان

119 سید امین الله رزمجو

بررسی ماهیت دیه از منظر فقه امامیه و حنفیه

147 سید احمد آقا حسینی

سخن نخست

حقوق خانواده مجموعه‌ی قواعد، اصول، قوانین و مقرراتی است که در رابطه به تنظیم امور مربوط به روابط خانوادگی تنظیم می‌گردد و مشتمل بر سه محور اساسی، نکاح (ازدواج)، طلاق و روابط والدین با فرزندان است. حقوقی از قبیل مهریه، نفقه، هم‌خوابی، آمیزش، خروج از منزل و امثال این‌ها در بخش نخست، مسائلی مانند؛ عیوب همسر، جدایی و طلاق و فسخ نکاح در بخش دوم و مباحث مربوط به نسب، قرابت، نفقه‌ی اقارب حضانت طفل و فرزندخواندگی در بخش سوم مطرح می‌شود. با توجه به اهمیت ویژه‌ی نهاد خانواده، گفته می‌شود قریب دوازده سال است که نهادهای مدنی، برخی از ادارات دولتی و جامعه‌ی مدنی، طرح تدوین قانون خانواده را مطرح کرده است. در ماده‌ی ۵۴ قانون اساسی کشور آمده است؛ «خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام تدابیر لازم اتخاذ می‌کند.» و مسودہ‌ی مذکور بر مبنای همین ماده تهیه شده است. پرسش اساسی این است که آیا با وجود قانون مدنی افغانستان نیاز به تدوین قانون خانواده است یا خیر؟ پاسخ ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان منفی بوده و به تدوین چنین قانونی احساس نیاز نمی‌کند. لذا با تدوین و پروسیجر تدوین این قانون موافق نبوده و نظر مخالف ابراز کرده‌اند.

اما وزارت عدلیه با همکاری نهادها و علمای دینی اعم از شورای علمای سرتاسری و شورای علمای شیعه‌ی افغانستان به این مهم اقدام کرده‌اند. به نظر می‌رسد اهمیت و تأثیر ژرف و عمیق خانواده در تأمین سلامت جامعه از یک سو، تأمین سلامت جسمی و روانی اعضای خانواده از سوی دیگر و تلازم میان سلامت جامعه در کل و خانواده به صورت خاص با تنظیم امور مربوط به خانواده از قبیل ازدواج، طلاق، نفقه، حضانت و امثال این‌ها می‌طلبند تا راجع به قانون خانواده تجدید نظر و بازنگری صورت گیرد. دلیل دیگری که این امر را به عنوان یک ضرورت مطرح می‌کند، این است که قانون اساسی نیز که خانواده را رکن اساسی جامعه تلقی کرده، قانونگذاران کشور را ملزم نموده تا برای جلوگیری از رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام تدابیر لازم اتخاذ کنند. مهم‌تر از همه این که در نظام حقوقی اسلام خانواده یکی از نهادهای زیربنایی بنیاد هستی بوده و از ساختارهای اصلی جامعه محسوب می‌شود که با سایر ساختارها

در راستای تحقق اهداف انسان به عنوان خلیفه‌ی خداوند در زمین گام بر می‌دارد. به عبارت دیگر، خانواده سنگ‌بنای محکم و استوار جامعه است که فرد را به اجتماع و نسل‌ها را به یک‌دیگر مرتبط ساخته و گروه‌های اجتماعی را به هم‌دیگر پیوند می‌زند. در نظام حقوقی اسلام هیچ سازمان و بنایی نزد خداوند به اندازه‌ی تشکیل خانواده محبوب‌تر نیست. به همین دلیل، برای مسلمان پس از پذیرش اسلام هیچ بهره و سودی بالاتر از همسر مسلمان نیست، همسری که هرگاه به سویش نظر کند، خوش حال شود، زمانی که به او فرمان دهد، اطاعت نماید و در غیاب شوهر اموال و دارایی‌اش را نگهداری کند. در منابع حقوق اسلامی تأکید شده است که ازدواج زمینه‌ساز رشد، ترقی و کمال، و عزوبت زمینه‌ساز انحطاط و پس‌ماندگی است. به همین جهت حضرت پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) ازدواج را سنت خویش معرفی کرده و شخصی را که نسبت به ازدواج تمایل نشان می‌دهد، از شیوه‌ی زندگی خود خارج دانسته است. اسلام برای افراد مجرد به‌صراحت دستور داده تا به تشکیل خانواده اقدام نموده و از فقر و تنگ‌دستی هراس و ترسی نداشته باشند؛ زیرا خداوند بی‌نیازشان خواهد کرد.

بر این اساس و به دلیل فرسودگی و کهن‌سالی اصطلاحات قانون مدنی و پدید آمدن شرایط جدید و پدیده‌های حقوقی نوظهور، تجدید نظر در قانون خانواده را به‌عنوان یک ضرورت پیشنهاد نموده و با توجه به اینکه ۲۰٪ ملت مسلمان کشور پیروان مذهب فقه امامیه است، بر ملاحظات شورای علمای شیعه‌ی افغانستان تأکید می‌شود. امیدواریم دست‌اندرکاران تدوین قانون، بر مبنای ماده‌ی سوم قانون اساسی «در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد» از اسلامی بودن قوانین غفلت ننموده و به‌منظور رعایت حقوق جامعه‌ی تشیع کشور وجهه‌ی قانونی بودن «قانون احوال شخصی اهل تشیع» حفظ شود. باید یادآوری کرد که این مهم در ماده‌ی ۲۴۸ مسودهی قانون خانواده مورد توجه قرار گرفته است؛ «(۱) هرگاه احکام این قانون در مغایرت با احکام قانون احوال شخصیه‌ی اهل تشیع قرار نداشته باشد، بالای اهل تشیع نیز قابل تطبیق می‌باشد» و مقتضای عدالت اجتماعی چیزی جز توجه به حقوق شهروندان نبوده و در این صورت است که نظم در جامعه ایجاد خواهد شد.

سخن دیگری که اظهار آن لازم و ضروری به نظر می‌رسد، توجه تدوین‌کنندگان قانون خانواده به قانون حمایت خانواده است که متأسفانه در کشور احساس خلأ وجود دارد. پیشنهاد ما در این خصوص این است که در قانون حمایت خانواده برای موارد ضروری ذیل تدابیر لازم اتخاذ شود؛

(۱) ایجاد محکمه‌ی خانواده به‌منظور رسیدگی به دعاوی خانوادگی؛

(۲) مراکز مشاوره‌ی خانوادگی، به‌منظور تحکیم پایه‌های خانواده و جلوگیری از

اختلافات خانوادگی؛

- (۳) دفاتر رسمی ازدواج، به منظور ثبت رسمی ازدواج؛
- (۴) دفاتر رسمی ثبت طلاق و سایر موارد انحلال نکاح و اعلام بطلان نکاح؛
- (۵) حضانت و نگهداری اطفال و نفقه؛
- (۶) برخورداری از حقوق تقاعد زوج؛

با اتخاذ تدابیر لازم در محورهای پیشنهادی، بدون شک بند اول ماده‌ی پنجاه و چهارم قانون اساسی مبنی بر حمایت دولت از خانواده تحقق پیدا خواهد کرد.

سردبیر

اشتغال و استمتاع؛ تعارض دو حق

عبدالعلی محمدی*

* دانشیار (پوهندوی)، عضو هیأت علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین^(ص)، کابل، افغانستان.

چکیده

در نگرش سنتی، استمتاع حق مرد است و زن مؤلف به اطاعت از شوهر و تمکین در برابر او است. در مقابل، اشتغال از حقوق اولیه‌ی بشری زن شمرده می‌شود که ممکن است با حق استمتاع مرد در تعارض باشد. نوشتار حاضر نظر به انگیزه و دلیل اشتغال، این مسأله را با توجه به دو عامل: نیازهای مالی و محدودیت‌های فقهی مورد بحث قرار می‌دهد. بنابر دیدگاه‌های فقهی، زن به خاطر تأمین نیازهای مالی و رفع حوائج اقتصادی خانواده هیچ‌گونه مسؤولیتی ندارد و در نتیجه، این عامل نمی‌تواند اشتغال زنان را توجیه نماید؛ اما اشتغال زنان به‌منظور رفع نیازهای همگانی و ارائه‌ی خدمات عمومی که در زندگی اجتماعی قابل توجه می‌باشند، با محدودیت‌های فقهی همانند اطاعت از شوهر و ممنوعیت خروج از مسکن پیوند می‌یابد. در نتیجه، باید این دو مسأله بر اساس ادله و نظریات فقهی از نو بررسی شوند.

با مطالعه‌ی نظریات فقهی در این رابطه روشن می‌گردد که هر دو مسأله با دو رویکرد مورد توجه قرار گرفته است: در مسأله‌ی اطاعت، یک دسته بر اطاعت مطلق زن از شوهر و دسته‌ی دیگر بر اطاعت مقید به امور خانوادگی به‌خصوص عامل استمتاع، تأکید دارند. به همین منوال در مسأله‌ی ممنوعیت خروج از خانه، برخی بر منع مطلق نظر دارند؛ اما برای آن موارد استثنا قایلند؛ اما برخی دیگر، آن را از آغاز مقید به عدم منافات با حق استمتاع شوهر می‌دانند. در نتیجه، اشتغال زنان به‌منظور رفع نیازهای همگانی در صورت نیازسنجی دقیق و منطقی، مطابق دیدگاه‌های دسته‌ی دوم قابل توجیه شرعی خواهد بود؛ اما در عین حال، تعارض میان دو حق استمتاع و اشتغال همچنان به حال خود باقی است.

واژگان کلیدی: حق، زن، خانواده، اشتغال، اطاعت، نشوز، استمتاع، فقه.

الف) اشتغال زنان از مسائلی است که در زمان حاضر از جهات گوناگون دارای اهمیت بوده درخور توجه می‌باشد. اگرچه این مسأله از نظر تاریخی بی‌سابقه نیست؛ اما با پیشرفت جوامع و گستردگی روابط اجتماعی، بیش‌تر از گذشته مورد توجه قرار گرفته به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم با برخی مسائل دیگر در ارتباط می‌باشد؛ چنان‌که می‌توان آن را یکی از پیامدهای گسترش آموزش و توسعه‌ی دانش و فن به‌شمار آورد؛ هر آن‌چه آموزش در عرصه‌های مختلف گسترش یابد، به همان میزان نیاز به فرصت‌های شغلی احساس می‌گردد و هر اندازه‌ای که افراد با فنون و مهارت‌های گوناگون آشنایی یابند، به همان پیمانه تقاضای اشتغال نیز بالا می‌رود. از سویی دیگر نیاز جامعه به دانش و فن ایجاب می‌کند از اندوخته‌های علمی افراد اعم از زن و مرد، استفاده شود و همین نکته می‌تواند پشتوانه‌ی منطقی برای توجیه اشتغال زنان به‌شمار آید.

ب) در اصل، اشتغال زنان از منظر فقهی اشکالی ندارد؛ قرآن کریم به صراحت اعلام می‌دارد: لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ... (نساء/۳۲). با قطع نظر از این‌که مراد از کسب و اکتساب چیست و مفسران در این رابطه چه نظری دارند^۱، آیه‌ی شریفه به روشنی بیان می‌کند که زنان و مردان، هر کدام از محصول زحمات خویش بهره‌مند می‌گردند. این سخن بدین معنا است که کار و کسب یا همان اشتغال به همان‌گونه که برای مردان مورد قبول است، برای زنان نیز پذیرفته است و زن و مرد از این جهت، هیچ‌گونه تفاوتی با هم ندارند. همچنین در کتب روایی، احادیث فراوانی راجع به کار و اشتغال زنان وجود دارد^۲. پس می‌توان گفت کار زنان با توجه به موقعیت‌های مختلف و وضعیت‌های متفاوت، نیازمند بحث و تحقیق است؛ زیرا اشتغال زنان با مسائلی هم‌چون نفقه، خانواده و روابط زوجین ارتباط عمیق و پیوند نزدیکی دارد که ایجاب می‌نماید با درنظرداشت این عناصر و عوامل مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

ج) نکته‌ی مهم این است که باید دید، زن به چه کاری مشغول است و به چه منظوری به اشتغال روی می‌آورد و در واقع، هدف زن از اشتغال چیست؟ راجع به اشتغال زن در بیرون از خانه چند احتمال متصور است:

۱. زن به‌منظور کسب درآمد و به‌منظور رفع نیازهای مالی یا ادای تکلیف به کار مشغول می‌شود؛

۱. ر.ک: التیان، ج ۳، ص ۱۸۵/ مجمع البیان، ج ۳، ص ۷۴/ ترجمه المیزان، ج ۴، ص ۵۳۴-۵۳۵.

۲. ر.ک: وسائل الشیعة، (ج ۱۲) ابواب ما یکتسب به، باب‌های ۱۵، ۱۷، ۱۸، ۱۹ و ۶۴/ کافی، ج ۵، ص ۱۱۷-۱۲۰.



۲. زن برای ارائه خدمات عمومی، حل مشکلات مردم و به منظور رفع نیازهای اجتماعی همانند آموزش یا بهداشت به کار می‌پردازد؛

۳. زن به خاطر مشارکت در فعالیت‌های سیاسی وارد کار می‌گردد؛

۴. زن به خاطر رهایی از بطالت و به منظور سرگرمی به کار روی می‌آورد.

بنابراین، اشتغال زنان از دو بعد مهم، قابل بررسی خواهد بود: از یک سو، ضرورت و نیازی که ممکن است موجب اشتغال زنان گردد و از سوی دیگر، محدودیت‌های خاصی که از بابت زوجیت و همسری بر آنان تحمیل می‌گردد و بر کار و اشتغال شان اثر می‌نهد. به این ترتیب، سؤال این است که با در نظر داشت وضعیت و موقعیت زنان، موقف و دیدگاه شریعت نسبت به کار و اشتغال زنان در بیرون از خانه چیست؟ این سؤال، زمانی برجسته می‌گردد که مطابق شریعت، مرد حق استمتاع بر زن دارد و از همین رو، اشتغال ممکن است مانعی برای آن تلقی شود. همچنان‌که اشتغال نیز از حقوق اولیه‌ی زن شمرده می‌شود که ممکن است حق استمتاع، مانعی برای استیفای آن به شمار رود.

نوشتار حاضر بر آن است تا این مسأله را تنها بر اساس فقه و دیدگاه‌های فقهی، مورد مطالعه و بررسی قرار دهد و در صورت امکان، پاسخ مناسب و صحیح آن را به دست آورد. بدین منظور، مطالب مربوط به این مسأله طی دو قسمت تنظیم و ارائه می‌شود: در قسمت اول، اشتغال و رابطه‌ی آن با نیازها و مسؤولیت‌های مالی و اقتصادی زن بررسی می‌شود و در قسمت دوم، اشتغال زن با توجه به محدودیت‌های فقهی ناشی از رابطه زوجیت مورد بحث و ارزیابی قرار می‌گیرد.

الف. زن و نیازهای مالی

نظر به احتمالاتی که در مقدمه‌ی سوم این نوشتار بیان شد، یکی از عواملی که می‌تواند اشتغال افراد را توجیه نماید، نیازهای مالی یا ادای تکلیف در این زمینه است. از طرف دیگر، وضعیت اجتماعی اقتضا دارد تا هر کسی نقش خاصی را برعهده گیرد. به طور طبیعی تفاوت در نقش و موقعیت، موجب تفاوت در تکلیف خواهد بود؛ چنان‌که زن و شوهر هرکدام با نقشی جداگانه از موقعیت متمایزی برخوردار می‌باشند که همین تفاوت در نقش و موقعیت باعث تفاوت در وظیفه‌ی آنان خواهد بود.

اگرچه زن در جامعه ممکن است نقش‌های گوناگون و موقعیت‌های مختلفی داشته باشد؛ اما سه موقعیت و نقش خانوادگی زن بیش از همه جلب توجه می‌کند که چه بسا مترتب بر همدیگر می‌باشند: زن به عنوان فرزند، زن به عنوان همسر و زن به عنوان مادر. در این بخش به بیان احکام فقهی مربوط به



هریک از این موقعیت‌ها، با در نظر داشت نیازها و تکالیف مالی زن در خانواده می‌پردازیم که ممکن است یکی از دلایل توجیه‌کننده‌ی اشتغال به شمار رود.

۱. زن در موقعیت فرزندى

فرض بحث در این فراز از نوشتار آن است که فرزندان و به‌طور خاص، دختران در وضعیتی قرار دارند که مخارج و هزینه‌های زندگی آن‌ها باید از سوی کسان دیگر تأمین شود. شریعت مقدس اسلام نیز بنا به ملاحظاتی، تأمین هزینه‌های زندگی و پرداخت نفقه فرزندان را بر بزرگترها و به‌خصوص پدران واجب گردانیده است که در ادامه به برخی دیدگاه‌های فقهی و دلایل آن‌ها اشاره می‌شود.

۱-۱. دیدگاه‌ها

۱-۱-۱. شیخ طوسی: «... نفقه‌ی فرزند بر عهده‌ی پدر است. اگر پدر نداشته باشد و یا معسر باشد، نفقه‌ی او به دوش جد پدری او است و همین‌طور نسبت به سایر اجداد... اما اگر پدر یا جد پدری نداشته باشد و یا آن‌ها معسر باشند، این مسؤولیت به دوش مادر است که باید نفقه‌ی فرزند را بپردازد و در صورت فقدان یا اعسار مادر، این وظیفه با حفظ مراتب به همان کیفیت که در مورد جد گفته شد، به دوش جده است.^۱»

۱-۱-۲. علامه‌ی حلی: «نفقه‌ی فرزند اعم از پسر و دختر، بر پدر واجب است... در صورت فقدان یا اعسار پدر، به ترتیب، بر جد و یا اجداد پدری واجب است که نفقه‌ی فرزند را بدهند و در صورت فقدان یا اعسار آن‌ها این وظیفه به مادر تعلق می‌گیرد. بر فرض این‌که مادر هم نباشد و یا معسر باشد، والدین و اجداد مادری، به ترتیب، این وظیفه را خواهند داشت.^۲»

۱-۱-۳. صاحب جواهر: «نفقه‌ی فرزند؛ چه پسر یا غیر آن، بر عهده‌ی پدر است؛ هرچند مادری توانمند هم داشته باشد... بلی، در صورت فقدان پدر، این مسؤولیت بر دوش جد پدری است نه مادر... و در فرض فقدان یا اعسار وی، پدر او و بالاتر از آن؛ چون اجداد پدری یا در حقیقت پدرند و یا در خصوص نفقه و این ترتب به اعتبار آیه اولوا الارحام و به خاطر سخن امام علی^(ع) در مورد یتیمی است که فرمود: نزدیک‌ترین مردم به او، به ترتیبی که از او ارث می‌برند، متکفل نفقه‌اش شوند.^۳ در صورت فقدان یا اعسار تمام پدران و نبود فرزند، حتا دختر و یا اعسار وی، نوبت به مادر می‌رسد؛ زیرا در این

۱. المبسوط في فقه الامامية، ج ۶، ص ۳۱.

۲. قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۱۱۳ و ۱۱۵.

۳. وسائل الشیعة، ابواب نفقات، باب ۱۱، ح ۴.



حالت، او هم نزدیک‌ترین مردم به فرزند است و هم قاعده‌ی اشتراک در حکم اقتضا دارد. وی در نفقه‌ی فرزند، سهیم شود.^۱»

اگرچه صاحب حدائق ادعا می‌کند که راجع به وجوب نفقه‌ی فرزند بر مادر و خویشاوندان مادری، دلیلی وجود ندارد و این حکم از استنباط‌های شیخ طوسی می‌باشد؛^۲ اما خود ایشان برای این مسأله به روایاتی استناد می‌کند که می‌توان از آن‌ها ترتب میان والدین را نسبت به فرزند و رسیدگی به امور او استفاده نمود؛ از جمله‌ی این که امام صادق^(ع) در مورد آیه‌ی شریفه‌ای که می‌گوید: «مادران، فرزندان شان را دو سال تمام شیر می‌دهند»^۳ فرمود: «کودک تا زمانی که در دوران شیرخوارگی است، پدر و مادر نسبت به او یکسانند؛ اما زمانی که از شیر گرفته شد، پدر نسبت به مادر به او سزاوارتر است و پس از مرگ پدر، مادر از خویشاوندان نسبی پدر برای او سزاوارتر است»^۴.

قانون مدنی هم در این رابطه مقرر می‌دارد: «نفقه با تمام انواع آن در قسمت پسر صغیر تا وقت توان کسب و کار و در قسمت دختر صغیره تا وقت ازدواج و نیز نفقه‌ی پسر کبیر فقیر و دختر کبیره فقیره تا وقت ازدواج، به دوش پدر می‌باشد. به همین ترتیب، در صورتی که پدر معسر بوده توان کار هم نداشته باشد، نفقه‌ی فرزند به دوش ولی بعد از پدر و در صورتی که پدر نداشته باشد، نفقه حسب احوال، به دوش اصول و حواشی خواهد بود»^۵.

۱-۲. دلایل

از بیانات فقها^۶ استفاده می‌شود که عمده‌ترین دلیل وجوب نفقه‌ی فرزند بر پدر، برخی آیات قرآن کریم است که در این مسأله مورد استناد قرار گرفته و در ادامه به آن‌ها پرداخته می‌شود:

- وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ... و فرزندان تان را از ترس فقر نکشید...^۷ اگر نفقه‌ی فرزند بر پدر واجب نبود، از ترس فقر به کشتن وی اقدام نمی‌کرد.

۱. جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۳۸۰-۳۸۱/ نیز رک: مسالک الافهام، ج ۸، ص ۴۹۲/ کتاب الخلاف (ج ۵) کتاب النفقات، مسأله ۲۰ و ۲۱/

شرایع، ج ۲، ص ۵۷۴/ سرائر، ج ۲، ص ۶۵۶/ قواعد، ج ۳، ص ۱۱۵/ شرح لمعه، ج ۵، ص ۴۷۷/ کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۰۱/ نهایه المرام، ج ۱، ص ۴۸۸/ تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۳۲۱.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۱۳۵ و ۱۳۶.

۳. بقره، ۲۳۳.

۴. الکافی (ج ۶) کتاب العقیقه، باب من احق بالولد اذا کان صغیراً، ج ۴/ استبصار (ج ۳) ابواب طلاق، باب ۱۸۵، ح ۱.

۵. قانون مدنی (۱۳۵۵) مواد ۲۵۶-۲۶۱/ نیز ر. ک. قانون احوال شخصیه اهل تشیع (۱۳۸۷) ماده ۱۶۵-۱۶۸.

۶. حدائق، ج ۲۵، ص ۱۳۴/ مبسوط، ج ۶، ص ۳۰/ مسالک، ج ۸، ص ۴۸۳/ کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۰۱.

۷. اسراء، ۳۱.





- لا تضارّ والدّة بولدها و لا مولودٌ له بولده... نه مادر حق ضرر زدن به کودک را دارد و نه پدر...^۱ خودداری از انفاق، بزرگترین ضرری است که ممکن است بر فرزند وارد آید.
- فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ... و اگر برای شما فرزند را شیر می‌دهند، پاداش آن‌ها را بپردازید.^۲ وجوب اجرت رضاع بر پدر، نشانه‌ی وجوب تمام هزینه‌های فرزند است.

به علاوه، حدیث هند نیز یکی از مستندات این مسأله محسوب می‌شود و در وجوب نفقه‌ی فرزند، مورد توجه واقع شده است. مطابق این حدیث، هند زن ابوسفیان از سخت‌گیری وی در پرداخت هزینه‌ی زندگی، به خدمت رسول اکرم (ص)^۳ شکایت کرد و آن حضرت در جواب گفت: از مال شوهرت به اندازه‌ی متعارف که برای تو و فرزندت کفایت نماید، بردار.^۴ بر این اساس، اگر شوهر سخت‌گیری کند و نفقه‌ی لازم زن و فرزند را ندهد، زن می‌تواند بدون اجازه و رضایت شوهر، از مال او به قدر کفایت خود و فرزند خود بر دارد. در نتیجه، می‌توان گفت که تأمین نیازهای مالی فرزند اعم از پسر و دختر بر عهده‌ی پدر و مادر و سایر بستگان است.

۲. زن در مقام مادری

فرض مسأله در مورد مادر و فرزند است که در یک حالت، مادر مسؤول تأمین هزینه و متکفل پرداخت نفقه‌ی فرزند است و در حالت دوم، فرزند این وظیفه را بر عهده دارد.

۱-۲. فرزند و نفقه‌ی مادر

بر اساس نظریات فقهی، همان‌گونه که پرداخت نفقه‌ی فرزند بر والدین واجب است، پرداخت نفقه‌ی والدین هم بر فرزند واجب است. صاحب جواهر بر این مسأله ادعای اجماع عموم مسلمین را نموده می‌نویسد: «نفقه‌ی والدین و فرزندان به حکم اجماع همه‌ی مسلمین؛ چه رسد به مومنین، و به مقتضای روایات مستفیض یا متواتر واجب است».^۵ شهید ثانی نیز در مسالک با نفی اختلاف فقها در این مسأله بر وجوب آن تأکید می‌نماید؛^۶ اما شیخ طوسی پس از حکم بر وجوب نفقه‌ی مادر و مادران مادری، بدون نام بردن از کسی، می‌گوید بعضی‌ها نفقه‌ی مادر را بر فرزند واجب نمی‌دانند.^۱ قانون مدنی هم به پیروی از نظر فقها مقرر می‌دارد: «نفقه‌ی والدین، اجداد و جداتی که فقیر باشند، خواه توان کسب و کار

۱. بقره، ۲۳۳.

۲. طلاق، ۶.

۳. صحیح بخاری، ج ۶، ص ۱۹۳.

۴. جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۶۶.

۵. مسالک الإفهام، ج ۸، ص ۴۸۳.

۶. مبسوط، ج ۶، ص ۳۳-۳۴.



را داشته باشند یا نه، به دوش فرزندی است که موسر باشد؛ خواه فرزند پسر باشد یا دختر، صغیر باشد یا کبیر^۱».

دلایل وجوب نفقه‌ی مادر بر فرزند، برگرفته از کتاب و سنت است؛ چنان‌که برخی از فقها^۲ به این آیه‌ی شریفه استناد کرده‌اند که می‌فرماید: در دنیا با والدین تان به نیکی رفتار نمایید^۳. همچنین از این آیه‌ی شریفه نیز لزوم انفاق والدین قابل استفاده است: و پروردگارت فرمان داده جز او را نپرستید و به پدر و مادر خود نیکی کنید. هرگاه یکی از آن دو یا هر دو آن‌ها، نزد تو به سن پیری رسید، کم‌ترین اهانتی به آن‌ها روا مدار و بر آن‌ها فریاد مزن؛ و گفتار لطیف و بزرگوارانه به آن‌ها بگو و بال‌های تواضع خود را از روی لطف و محبت در برابر آنان فرود آر...^۴.

روشن است که پرداخت نفقه‌ی پدر و مادر؛ به‌ویژه در سن پیری و درماندگی یکی از مصادیق بارز مصاحبت به معروف و احسان به والدین است که مورد تأکید کلام و وحی می‌باشد. برخی روایات هم ناظر بر وجوب انفاق بر والدین است. حریز می‌گوید از امام صادق (ع)^۵ پرسیدم: نفقه‌ی چه کسانی بر من لازم است و به پرداخت آن مجبورم؟ فرمود: والدین، فرزند و همسر^۶. نکته‌ی لازم به ذکر این است که در صورت تعدد فرزندان و تفاوت آن‌ها از حیث جنسیت، ممکن است گفته شود که فرزندان پسر بر دختران مقدم‌اند و آن‌ها باید نفقه‌ی والدین را بپردازند؛ زیرا سهم الارث پسران بیش‌تر از دختران است. همچنین، در صورت اجتماع والدین، نفقه‌ی فرزند بر پدر واجب است نه مادر. بنابراین، قوام بودن مردان نسبت به زنان و توانایی بیش‌تر مردان در کار و کسب، مؤید این مطلب است که در صورت وجود پسر و دختر، نفقه‌ی والدین بر پسر واجب است نه بر دختر^۷؛ اما روشن است که در صورت تنهایی دختر یا فقدان و اعسار پسر، این تکلیف متوجه او خواهد بود؛ زیرا در هر حال، نفقه‌ی والدین واجب است و به‌یقین، فرزندان اعم از پسر و دختر، این مسؤولیت را بر عهده دارند^۸. ممکن است تقدم پسر بر دختر

۱. قانون مدنی، ماده‌ی ۲۶۴/ نیز ر.ک. قانون احوال شخصیه‌ی اهل تشیع، ماده‌ی ۲۶۵، فقره‌ی ۲.

۲. مبسوط، همان.

۳. لقمان/۱۵.

۴. و قضی ربک أن لاتعبدا إلا إياه و بالوالدین إحساناً إِمَّا یَبْلُغَنَّ عندک الکبر أحدهما أو کلاهما فلا تَقْل لهما أُفَّ و لاتتهربا و قُل لهما قولاً کریماً. و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة... اسرا/۲۳.

۵. وسائل الشیعة، ابواب نفقات، باب ۱۱، ح ۲، ۳ و ۵.

۶. ر.ک: کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۰۴.

۷. قواعد، ج ۲، ص ۱۱۴/ کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۰۴/ شرح لمعه، ج ۵، ص ۴۷۴.



موجه و قابل قبول باشد اما تعطیل حکم شرعی مبنی بر وجوب نفقه‌ی پدر یا مادر، پذیرفته نیست و از این جهت، در فرض فقدان یا اعسار پسر، دختر وظیفه دارد نفقه‌ی آن‌ها را بپردازد.

۲-۲. مادر و نفقه‌ی فرزند

در صورتی که مادر تنها است و دارای فرزند یا فرزندان خرد سال یا معسر است که کسی مسؤولیت نفقه‌ی آن‌ها را بر عهده ندارد؛ در این فرض، این مادر است که باید دست به کار شود و هزینه‌ی زندگی فرزندان خود را تأمین نماید. هرچند راجع به وجوب نفقه‌ی فرزند بر مادر اما و اگرهایی از سوی برخی فقها مطرح شده و این حکم مورد تردید قرار گرفته^۱؛ ولی در کلام بسیاری و شاید بتوان گفت، اکثر ایشان بر وجوب آن تصریح گردیده است؛ چنان‌که علامه‌ی حلی به صراحت می‌گوید: «زن به پرداخت نفقه‌ی فرزندان خود؛ اعم از پسر و دختر و حتا نواسه‌ها موظف می‌باشد»^۲.

کاشف اللثام وجوب نفقه‌ی فرزند را بر مادر، تکلیف ذاتی و اصلی او دانسته می‌نویسد: «اگر مادر به خاطر اعسار پدر، نفقه‌ی فرزندان را بپردازد، پس از رفع اعسار و توانمندی پدر، از این بابت نمی‌تواند از پدر چیزی بخواهد؛ زیرا بر خلاف نظر بعضی از فقهای عامه، پرداخت نفقه‌ی فرزندان بر خود او در اصل واجب است نه به نیابت از پدر»^۳. از آن گذشته، در بحث از نفقه‌ی فرزند معلوم گشت که در صورت فقدان یا اعسار پدر و اجداد پدری، وجوب آن بر مادر مورد اتفاق فقهای امامی است و به‌ظاهر به جز صاحب حدائق، کسی به مخالفت با آن برنخاسته است. ایشان در ذیل مسأله‌ی یادشده پس از نقل دیدگاه فقها، می‌گوید من در نصوص روایی به چیزی که متضمن این حکم (وجوب نفقه‌ی فرزند بر مادر) باشد دست نیافتم^۴ و در جای دیگر، در مورد کسی که فقط مادر و فرزند داشته باشد، اظهار می‌دارد که فرزند در پرداخت نفقه بر مادر مقدم است؛ زیرا از یکسو، روایات بر تقدم فرزند عنایت دارند و از سوی دیگر، دلیلی بر وجوب نفقه‌ی فرزند بر مادر اقامه نشده است. بیش‌ترین چیزی که در وجوب نفقه‌ی فرزند بر مادر می‌توان گفت این است که از نظر اصحاب، در صورت فقدان پدر و اجداد پدری و فرزند، نفقه بر مادر واجب می‌شود^۵.

به‌هرحال، با قطع نظر از این مخالفت که در جای خود قابل توجه می‌باشد و با توجه به تصریح فقها مبنی بر وجوب نفقه‌ی فرزند بر مادر و به‌خصوص تعبیری که در کلام مرحوم کاشف اللثام آمده است،

۱. حدائق، ج ۲۵، ص ۱۳۵.

۲. قواعد، ج ۳، ص ۱۱۴.

۳. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۹۶.

۴. حدائق، ج ۲۵، ص ۱۳۵.

۵. همان، ص ۱۳۶.



در مجموع از دو نکته می‌توان این وجوب را استفاده نمود: یکی قاعده‌ی اشتراک در حکم و دیگری، ترتب مستفاد از آیه ارحام. چون در هر حال، نفقه‌ی فرزند واجب است و باید دید چه کسانی مخاطب این حکمند. مقتضای قاعده‌ی اشتراک این است که والدین هر دو، مخاطب این حکم باشند؛ منتها ممکن است در مقام عمل قائل به ترتب شویم. همچنان‌که این نکته در آیه‌ی اولوا الارحام هم مورد توجه قرار گرفته و در کلام علی^(ع) نیز در مورد یتیمی که به محضر شان آورده شده بود، تصریح شده است که نزدیک‌ترین افراد از جهت استحقاق ارث، متکفل نفقه‌ی او هستند. در نتیجه، مادر با توجه به مطالب یادشده، مکلف به پرداخت نفقه‌ی فرزند است.

۳. زن در جایگاه همسری

از منظر فقه سنتی، مهم‌ترین وظیفه‌ی زن تمکین کامل در برابر شوهر است و به همین ملاحظه مهم‌ترین وظیفه‌ی شوهر در قبال تمکین زن، پرداخت نفقه و تأمین تمامی نیازهای مالی و لوازم زندگی او در حد متعارف است. به اجماع فقهای امامی و بلکه تمام فقهای مسلمان، همچنان‌که در قوانین نیز مورد توجه واقع شده است^۱، نفقه‌ی زن در عقد صحیح، بر مرد لازم و واجب است و شدت و قوت آن به حدی است که در کم‌تر حالتی همانند نشوز قابل سقوط می‌باشد؛ هرچند زن از نظر مالی از توانمندترین افراد جامعه باشد و حتی در صورتی که مرد بنا به دلایلی نتواند برای مدتی نفقه‌ی زن را بپردازد، به‌عنوان بدهی و طلب ممتاز بر عهده‌ی مرد باقی می‌ماند که باید در اولین فرصت از عهده‌ی آن برآید^۲. بالاتر این‌که در صورت خودداری و استتکاف مرد از انفاق، زن می‌تواند برای امرار معاش خود، بدون اطلاع و اذن شوهر از اموال وی بردارد و حتی می‌تواند به حاکم رجوع نموده قضیه را نزد دادگاه صالح مطرح نماید. در این حالت، مرد مستتکف از نفقه میان دو امر انفاق و طلاق زن مخیر می‌شود و چه بسا ممکن است به مجازات (حبس و تأدیب) نیز محکوم گردد. از آن گذشته اگر مرد، به هیچ‌یک از این دو امر راضی نشود و انفاق زن از مال شوهر غیر ممکن باشد، حاکم می‌تواند به طلاق قضایی اقدام نماید^۳؛ زیرا نفقه‌ی زن، در حکم نفقه‌ی نفس به حساب می‌رود؛ یعنی مرد به همان صورت که برای تأمین نفقه‌ی خود، باید دنبال کار و کسب برود، واجب است برای تأمین نفقه‌ی همسر خود نیز به کار و کسب بپردازد^۴.

۱. ر.ک. قانون مدنی، مواد ۱۱۷-۱۳۰/قانون احوال شخصیه‌ی اهل تشیع، مواد ۱۶۱-۱۶۴.

۲. سرائر، ج ۲، ص ۶۵۴/قواعد، ج ۳، ص ۱۰۳/مبسوط، ج ۶، ص ۸/مسالك، ج ۸، ص ۴۳۸/شرح لمعه، ج ۵، ص ۴۶۹.

۳. کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۰/مبسوط، ج ۶، ص ۳۵/کتاب الخلاف، کتاب النفقات، مسأله ۳۲/شرايع، ج ۲، ص ۵۷۴/قواعد، ج ۳، ص ۱۱۵/شرح لمعه، ج ۵، ص ۴۸۱/منهاج الصالحين (خویی) ج ۲، ص ۲۸۰/تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۱۴ و ۳۲۳.

۴. قواعد، ج ۳، ص ۱۱۴/دروس، ج ۳، ص ۱۶۲/کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۹۷/جواهر، ج ۳۱، ص ۳۷۴.

۱-۳. ادله‌ی وجوب نفقه‌ی همسر

عمده‌ترین دلایل وجوب نفقه‌ی زن بر شوهر، در کتاب و سنت قابل جست‌وجو است؛ چنان‌که خداوند متعال در قرآن مجید مردان را به رفتار نیکو با زنان دستور می‌دهد^۱ و بنابر آن، پرداخت نفقه و تأمین هزینه‌های زندگی زن و رفع نیازهای مالی او مناسب‌ترین مصداق معاشرت نیک است. به علاوه در برخی آیات دیگر قرآن، به لزوم پرداخت نفقه‌ی همسر تصریح شده است که وجوب نفقه‌ی همسر از آن‌ها به روشنی قابل فهم است^۲ و در ادامه به این آیات پرداخته می‌شود:

- و علي المولود له رزقهنّ و كسوتهنّ بالمعروف... و بر آن کس که فرزند برای او متولد شده [= پدر] لازم است خوراک و پوشاک مادر را به طور شایسته بپردازد^۳. هرچند در این آیه‌ی کریمه بر اتفاق همسر در ایام شیردهی تصریح شده است؛ اما نکته‌ی اساسی این است که اگر نفقه‌ی زن در ایام شیردهی واجب باشد، در سایر ایام نیز واجب خواهد بود. چون ایام شیردهی خصوصیتی ندارد تا این حکم، مختص به آن باشد.

- الرّجال قوّامون علي النّساء بما فضّل الله بعضهم علي بعضٍ و بما أنفقوا من أموالهم... مردان، به خاطر برتری‌هایی که خداوند برای بعضی افراد نسبت به بعضی دیگر قرار داده و به خاطر اتفاق‌هایی که از اموال شان به زنان می‌کنند، سرپرست و نگهدارنده‌ی آن‌ها هستند^۴. مطابق این آیه‌ی کریمه، اتفاق همسر از لوازم قوامیت مرد بر زن است؛ به نحوی که با انتفای آن، قوامیت نیز منتفی خواهد بود.

- قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم... ما می‌دانیم برای آنان در مورد همسران شان چه حکمی قرار داده‌ایم... که یکی از احکام واجب بر مردان نسبت به زنان، پرداخت نفقه است.

- لينفق ذو سعةٍ من سعةٍ و من قدر عليه رزقه فلينفق ممّا آتاه الله... آنان که امکانات وسیعی دارند، باید از آن و کسانی که تنگ‌دستند، از آن‌چه خدا به آن‌ها داده است، اتفاق نمایند...^۵ در این آیه‌ی شریفه با صراحت حکم به اتفاق زن بر اساس توان پرداخت شده است.

۱. نساء، ۱۹.

۲. مبسوط، ج ۶، ص ۲-۴ / مسالک، ج ۸، ص ۴۳۸ / حدائق، ج ۲۵، ص ۹۸.

۳. بقره، ۲۳۳.

۴. نساء، ۳۴.

۵. احزاب/۵۰.

۶. طلاق/۷.



بنابراین، آیات کریمه، اصل انفاق، جای تردید ندارد؛ آن چه ممکن است محل بحث باشد، مقدار آن و نیز توان مالی شوهر است. علاوه بر آن، روایات متعددی هم در این زمینه وارد شده است که مفاد آن ها لزوم پرداخت نفقه ی زن از سوی شوهر است. چنان که امام صادق (ع) در مورد آیه ی هفتم سوره ی طلاق می فرماید: «اگر به اندازه ای که زن را سر پا نگهدارد برایش غذا و پوشاک بدهد، کافی است. در غیر آن، باید از همدیگر جدا شوند.^۱» امام باقر (ع) می فرماید: «اگر کسی همسری دارد که به اندازه ی ضرورت برایش لباس و غذا تهیه نمی کند، بر امام لازم است که میان آن ها جدایی بیندازد.^۲»

همچنان از حدیث هند^۳ نیز که پیش از این یاد آوری شد، لزوم انفاق به زن از سوی شوهر استفاده شده است. مطابق این حدیث، رسول اکرم (ص) به هند؛ همسر ابوسفیان اجازه می دهد که برای مخارج خود و فرزندش به اندازه ی متعارف از مال شوهرش بر دارد. اگر نفقه ی وی بر شوهرش واجب نمی بود، رسول اکرم (ص) چنین اذنی نمی داد. نکته ی جالب و مهمی که به تناسب موضوع مورد بحث از این حدیث استفاده می شود این است که رسول اکرم (ص) همسر ابوسفیان را به خاطر تأمین مخارج زندگی خود و فرزندش به کار و کسب دستور نمی دهد بلکه به او می گوید از مال شوهرش به اندازه ی کفایت بردارد. با این که سیره ی آن حضرت مبین این واقعیت است که در موارد متعددی از این قبیل، افراد را به کار و کسب دستور داده و توصیه می نمودند که به جای استمداد و درخواست کمک از دیگران، بروند کار کنند و مخارج زندگی خود را تأمین نمایند. این تفاوت نشانه ی آن است که کار و اشتغال، برای زن اولویت و حتا ضرورت ندارد. بنابراین، تأمین تمام نیازهای مالی و غیر مالی و پرداخت نفقه ی زن بر عهده ی شوهر است و زن، از این بابت اطمینان خاطر خواهد داشت، مگر این که شوهر دچار اعسار و فقر شود که در این فرض نیز ضمن این که حق نفقه ی وی ساقط نمی گردد، کار و اشتغال برای زن نخستین اولویت یا راه حل اصلی نیست.

۲-۳. نفقه و استمتاع

سوال مهمی که در این رابطه مطرح می شود و نیاز به بررسی عمیق و دقیق دارد، این است که چرا نفقه در نظریات فقهی، ما بازاء و وجه المعاوضه ی استمتاع مرد تلقی شده است؟ درست است که در متون فقهی عوض بودن نفقه برای استمتاع جنسی مرد، مسلم انگاشته شده است؛ درست است که بر اساس دیدگاه مشهور فقها زن به مجرد نشوز، مستحق نفقه نیست و به همین جهت، نفقه اهرم فشاری

۱. وسائل الشیعة (ج ۱۵) کتاب النکاح، ابواب النفقات، باب ۱، ح ۱، ۶ و ۱۲.

۲. همان، ح ۲.

۳. این حدیث در منابع روایی اهل سنت نقل شده است؛ اما گروهی از فقهای امامی هم از جمله شیخ طوسی در مبسوط (۳/۱۶) شهید ثانی در مسالک (۴۳۸/۸) و صاحب جواهر (۳۰۳/۳۱) با استناد به آن، احکام متعدد و گوناگونی را از آن استنباط نموده اند.



در قبال نشوز احتمالی زن شمرده می‌شود. اما در این رابطه، نکاتی قابل دقت و درنگ است که نظر به موضوع این نوشتار، تعارض دو حق استمتاع و اشتغال را بیش‌تر از پیش برجسته و پرسش برانگیز می‌نماید:

۱. در آیه‌ی نشوز^۱ سه واکنش نسبت به تمرد احتمالی زن در برابر شوهر، در نظر گرفته شده است که عبارتند از: وعظ و نصیحت، ترک هم‌وابگي و تنبیه بدني. از آن‌جا که قرآن کریم در مقام بیان است، می‌توان فهمید که تنها واکنش‌های منطقی و موجه شرعی در برابر نشوز زن همین سه مورد است و هیچ اشاره‌ای به ترک یا خودداری از انفاق در برابر نشوز نشده است؛

۲. آیات قرآنی ناظر بر نفقه؛ همانند آیه ۶ و ۷ سوره‌ی طلاق، ۲۳۳ بقره، ۳۴ نساء و ۵۰ احزاب که از قبل به آن‌ها اشاره شد، تنها بر ضرورت پرداخت نفقه و الزام مرد به آن عنایت دارند و جالب این‌که در آیه‌ی ۳۴ سوره‌ی نساء، انفاق از لوازم قوامیت مرد بر زن و نه بهای استمتاع از زن، محسوب شده است. همچنین برخی روایات، که نمونه‌هایی از آن در این نوشتار ذکر شد، همین رویکرد را دارند و در نتیجه، عوض بودن نفقه در برابر تمکین یا اطاعت شوهر، از این آیات و روایات فهمیده نمی‌شود؛

۳. برخی روایات دیگر با بیان هم‌زمان، حق نفقه و حق اطاعت یا تمکین را متلازم معرفی می‌کنند نه متقابل؛ این در کنار آن، نه این در برابر آن. در این صورت از تلازم حق (نفقه) و تکلیف (اطاعت) نمی‌توان سقوط حق را در برابر عدم انجام تکلیف به‌دست آورد؛ چنان‌که در زندگی اجتماعی، افراد در برابر همدیگر حقوق و تکالیفی دارند. حال اگر کسی به تکلیف خود مبني بر رعایت حق دیگران عمل نکند، آیا می‌توان گفت دیگران هم مجازند که به نقض حقوق وي مبادرت نمایند؟ اگر این سخن را بپذیریم، آیا نظم عمومی برهم نمی‌خورد؟

۴. لحاظ عرف یا متعارف بودن نفقه نیز دلیل بر این است که نفقه عوض چیزی نیست؛ زیرا در معاوضه، تناسب عوض و معوض شرط است. درحالی‌که در بحث جاری این تناسب، مطرح و در اصل قابل ارزیابی نیست؛

۵. بنابراین، نفقه نه عوض استمتاع مرد که نوعی بهره‌کشی جنسی را افاده می‌کند؛ بلکه ممکن است قدردانی در قبال زحمات طاقت‌فرسای زن در امر تربیت کودکان و فرزندان باشد. همان‌گونه که مهریه، هدیه‌ای از روی صدق و صفا در قبال پاسخ مثبت زن به خواستگاری مرد به‌منظور تشکیل

کانون گرم خانواده محسوب می‌شود.^۱ زن دارای نقش انحصاری «مادری» است و این موقعیت ممتاز و متمایز، اقتضا دارد تا وی بدون دغدغه و دل‌نگرانی از بابت مخارج و هزینه‌های زندگی، به تربیت فرزند بپردازد و با این کار ارزشمند خود، جامعه‌ی سالم و بانشاط بشري را سامان بخشد و انسان‌های بزرگ‌پروا را که بتوانند مسیر تاریخ را دگرگون نمایند.^۲ پس نفقه، هزینه‌ی زندگی مشترک خانوادگی و مخارج تربیت نسل نو و ساختن انسان‌های آزاد و هدفمند است، نه بهای خوشگذرانی و کام‌ستانی از جنس مخالف. چنان‌که آیه‌ی ۶ سوره‌ی طلاق و ۲۳۳ سوره‌ی بقره که بر پرداخت اجرت ایام حمل و شیردهی تصریح دارند و نیز آیه‌ی ۳۴ سوره‌ی نساء که آن را لازمه‌ی قوامیت مرد معرفی می‌کند، مناسب‌ترین قراین استنباط و بهترین دلایل این برداشت می‌باشند. در نهایت، وقتی نفقه در ازای استمتاع نباشد، یکجانبه بودن استمتاع و متمتع دانستن تنها مرد از رابطه‌ی زوجیت، فاقد دلیل قوی ارزیابی می‌گردد که در قسمت بعدی نوشتار به آن پرداخته خواهد شد.

سرانجام، از آن‌چه در بخش نخست این نوشتار بیان شد، به این جمع‌بندی می‌رسیم که تأمین نیازهای مالی زن و تدارک هزینه‌های زندگی او در تمام وضعیت‌های سه‌گانه، بر عهده‌ی مرد است و زن از نظر شرعی در این رابطه تکلیفی ندارد. بنابراین، اگر نیازهای مالی یا ادای تکلیف در این زمینه بتواند توجیه‌کننده‌ی اشتغال زن به شمار آید، می‌توان گفت تنها در صورت «تنهایی» است که زن به خاطر نفقه‌ی خود، والدین یا فرزندان (و نه شوهر) مسؤولیت پیدا می‌کند؛ یعنی آن‌جا که غیر از زن (مادر یا دختر) کسی دیگری نباشد که عهده‌دار نفقه‌ی آن‌ها شود، وی وظیفه دارد به آنان انفاق نماید و چه بسا لازم است که برای تأمین نفقه‌ی آن‌ها کار کند و دنبال کسب و اشتغال برود^۳؛ زیرا یسار و توانمندی شرط انفاق است است و نفقه‌دهنده برای تحصیل توانمندی، باید به کار و کسب لایق به حال خود بپردازد تا بتواند نفقه‌ی عیال خویش را تأمین نماید. مگر این‌که گفته شود انفاق بر اقارب از جهت مواسات است و اشخاص فقیر موظف به آن نمی‌باشند که در این صورت، کسب و کار برای تأمین نفقه‌ی اقارب اعم از والدین، فرزندان و غیر ایشان، واجب نخواهد بود^۴ که اگر چنین باشد، مادر یا دختر ناتوان از نظر مالی (معسر) نسبت به انفاق والدین یا فرزندان تکلیفی نخواهد داشت.

^۱. ر.ک: نگارنده «تأملي برچستی و چرای مهریه» ماهنامه‌ی حورا، شماره‌ی ۱۲-۱۳، اردیبهشت و خرداد ۱۳۸۴، ص ۵.

^۲. ر.ک: تفسیر نمونه، ج ۲، ص ۱۵۶-۱۶۴.

^۳. تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۳۲۱ (کتاب النکاح، القول في نفقة الاقارب، مسأله ۷).

^۴. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۹۷.



در نتیجه، قدر متیقن این است که تنها و تنها در صورت تنهایی و توانایی مالی است که زن (مادر یا دختر) در مورد نفقه‌ی والدین یا فرزندان مسئولیت پیدا می‌کند و عامل نیاز مالی تنها در این فرض، می‌تواند اشتغال زنان را توجیه نماید؛ به طوری که با انتفای یکی از این دو عنصر (تنهایی و توان مالی)، تکلیف زن نسبت به انفاق نیز منتفی می‌شود. پس به دلیل این که زن در قبال مخارج زندگی مسئولیت ندارد، اشتغال وی از این بابت هم توجیه شرعی ندارد؛ اما اشتغال وی از بابت رفع نیازهای همگانی، مستلزم بحث بیش‌تر است که با توجه به محدودیت‌های فقهی در این زمینه در ادامه بررسی می‌شود.

ب. اشتغال زن و محدودیت‌های فقهی

در فقه سنتی، زن موظف به اطاعت از شوهر می‌باشد و با نگاهی به منابع آن در می‌یابیم که اگر زن در اطاعت شوهر اندکی کوتاهی نماید، مرتکب نشوز گردیده علاوه بر عصیان و ارتکاب حرام، از حق نفقه محروم می‌گردد. نشوز در ادبیات رایج فقهی، به معنای خروج از اطاعت واجب یا همان تمرد و سرپیچی از سوی زن است که در عمل، مصادیق گفتاری و رفتاری فراوانی دارد و در واقع، طیف وسیعی را تشکیل می‌دهد که در یک طرف آن، تندزبانی و ترش‌رویی نسبت به شوهر و در طرف دیگر آن، خودداری از استمتاع و خودسری قرار دارد.^۱ از این جهت، تعیین این که چه عمل یا اقدامی مصداق نشوز است و زن، با مبادرت به چه کاری ناشزه شمرده می‌شود قدری دشوار است و بلکه هر مورد، نیاز به بررسی ویژه دارد تا مشخص گردد که آیا زن مرتکب نشوز گردیده است یا نه. اگر این قضیه را با فرض وجوب نفقه به شرط تمکین در نظر بگیریم مسأله پیچیده‌تر و دشوارتر خواهد گشت؛ زیرا ممکن است به خاطر پیشامد برخی مسائل، زن در برابر شوهر در یک شبانه روز، چندین بار ترش‌رویی یا اظهار نارضایتی نماید. آیا به مجرد آن، از نفقه محروم می‌شود؟ آیا استحقاق مجدد نفقه مستلزم عذرخواهی از سوی همسر و عرضه‌ی خود بر شوهر است؟ اگر چنین باشد، آیا به واقع زندگی دچار عسر و حرج نمی‌گردد؟ و آیا تکرار این گونه رفتار لغو نیست؟ از طرف دیگر، در موارد متعددی نسبت به اعمال و اقدامات زن به‌ویژه آن‌جا که مستلزم خروج از خانه و تصرف در دارایی شوهر او است، اذن وی شرط می‌باشد؛ چنان‌که اگر زن، بدون اذن شوهر، برای شیردهی یا خدمتگاری اجیر شود، اثر وضعی آن بطلان این عقد اجاره است.^۲ یا اگر همسر، بدون اذن شوهر به سفر تجارت یا زیارت مستحبی برود، نفقه‌ی وی به دلیل نشوز ساقط می‌گردد.^۳

۱. ر.ک: جواهر، ج ۳۱، ص ۲۰۰-۲۰۵/ حدائق، ج ۲۴، ص ۶۱۴/ تحریرالوسیلة، ج ۲، ص ۳۰۵/ منهاج الصالحین (سیستانی) ج ۳، ص ۱۰۶.

۲. المبسوط، ج ۶، ص ۳۶.

۳. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۷۷.



از این رو، این سوال مطرح می‌گردد که آیا اطاعت شوهر بر زن مطلق است یا مقید به امور زناشویی و محدود به استمتاعات جنسی است؟ بنابراین، بررسی اشتغال زنان به منظور رفع نیازهای همگانی، مستلزم آن است که برای آگاهی از چند و چون آن به سراغ ادله برویم و ببینیم که گستره‌ی پوشش ادله تا چه اندازه است.

۱. اطاعت شوهر

با نگاهی به ادله معلوم می‌گردد که در مورد اطاعت زن از شوهر دو دیدگاه عمده وجود دارد که بر اساس یکی، اطاعت زن از شوهر به طور مطلق، لازم و واجب دانسته شده و مطابق دیگری دایره‌ی اطاعت محدود و مقید به امور خاصی است که در ادامه، دلایل هر دو دیدگاه مورد بررسی واقع می‌شود.

۱-۱. ادله‌ی اطاعت مطلق

عمده‌ترین دلیل این مسأله روایات و احادیث است که به تعدادی از آن‌ها اشاره می‌شود:

- محمد بن مسلم از امام محمد باقر^(ع) روایت می‌کند که فرمود: زنی به خدمت رسول مکرّم اسلام^(ص) آمد و پرسید: یا رسول الله حق شوهر بر همسر چیست؟ پیامبر اکرم^(ص) جواب داد: از شوهرش اطاعت کند و در برابر او عصیان نکند... زن پرسید ای رسول خدا چه کسی بزرگ‌ترین حق را بر زن دارد؟ فرمود: شوهرش. زن گفت: آیا من بر شوهرم، همانند حق او بر من، حقی ندارم؟ فرمود: نه و بلکه به اندازه‌ی یک صدم حق او هم نداری. زن گفت: قسم به آن که ترا به پیامبری برانگیخته است، هرگز مردی بر من مسلط نخواهد شد؛

- ابوصباح کنانی از امام صادق^(ع) روایت می‌کند که فرمود: زن، اگر نمازهای پنجگانه را بخواند، روزه‌ی رمضان را بگیرد، حج نماید، از شوهرش اطاعت کند و نسبت به علی^(ع) حق شناس باشد، از هر کدام از درهای بهشت که بخواهد وارد شود^۱. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در این حدیث، اطاعت شوهر در کنار عبادات واجبی همانند نماز، روزه، حج و ولایت ذکر شده و این، حاکی از اهمیت آن می‌باشد؛

- عبدالله بن سنان از امام صادق^(ع) روایت می‌کند که: در زمان رسول الله^(ص) مردی از انصار به سفر رفت و با همسرش عهد بست که تا بازگشت او از خانه خارج نشود... پس از اندکی پدر زن

^۱. أن تطيعه ولا تعصيه... فقالت يا رسول الله من أعظم الناس حقاً علي المرأة؟ قال: زوجها. قالت فمالى عليه من الحق مثل ماله علي؟ قال: لا ولا من كل مائة واحدة. فقالت والذي بعثك بالحق نبياً لا يملك رقبتي رجل أبداً. وسائل الشيعة، ابواب مقدمات نكاح، باب ۷۹، ح ۱/ الكافي، كتاب النكاح، باب حق الزوج علي المرأة، ح ۱ (ج ۵، ص ۵۰۶).

^۲. وسائل الشيعة، همان، ح ۴.



مريض شد، زن از رسول خدا اجازه خواست که به عیادت پدرش برود، رسول الله فرمود: در خانه‌ات بمان و از شوهرت اطاعت نما... تا این که پدر آن زن از دنیا رفت. وی از پیامبر اجازه خواست تا در تشییع جنازه‌ی پدرش شرکت کند؛ اما باز هم پیامبر فرمود: در خانه‌ات بمان و از شوهرت اطاعت کن. پس از دفن پدرش، رسول خدا کسی را نزد آن زن فرستاد و گفت: خدا به‌خاطر اطاعت تو از شوهرت، تو و پدرت را آمرزید^۱.

این دسته احادیث و نیز احادیث دیگری که در این زمینه وارد شده^۲ بیانگر این نکته هستند که اطاعت شوهر در تمام حالات و به‌طور مطلق واجب است و زن مکلف به آن می‌باشد. اگر بپذیریم که اطاعت شوهر مطلق است و آن را در کنار احتمال سوء استفاده یا دست‌کم، ناآگاهی شوهر از وظایف اخلاقی و تکالیف شرعی در قبال همسر قرار دهیم، نتیجه‌ی منطقی آن، بروز پیامدهای ناگوار و عواقب ناخواسته و نامطلوبی است که شاید هیچ‌کدام تصور آن را نمی‌کردند. از این جهت، باید این احادیث را با توجه به آیات قرآن کریم و احادیث دیگری که در این رابطه نقل شده است، مورد بررسی قرار دهیم تا روشن شود که آیا حق اطاعت شوهر بر زن، مطلق است یا مقید.

۲-۱. ادله‌ی اطاعت مقید

قرآن مجید راجع به زنان و همسران می‌فرماید:

۱. با زنان تان به نیکی رفتار نمایید^۳؛
۲. زنان همانند تکالیف شان، حقوقی شایسته دارند^۴؛
۳. به قصد سخت‌گیری، بر زنان تان زیان نرسانید^۵.

با این حساب، مفاد روایاتی که در فراز قبلی در مورد اطاعت مطلق بیان گردید با ظاهر این آیات منافات دارد و در نتیجه، نمی‌توان با وجود این آیات به آن روایات اعتماد نمود. به نظر می‌رسد این روایات یا محدود به موارد خاص هستند و یا ناظر بر استحباب می‌باشند. به علاوه، روایاتی راجع به رفتار شایسته با همسران وارد شده است که علاوه بر موافقت با آیات قرآن کریم، در مغایرت با روایات قبلی قرار دارند. از جمله این‌که:

^۱. وسائل الشیعة، همان، باب ۹۱، ح ۱/ الکافی، همان، باب ما یجب عن طاعة الزوج علی المرأة، ح ۱.

^۲. رک: وسائل الشیعة، ابواب مقدمات نکاح، باب‌های ۷۹، ۸۰، ۸۱، ۸۳، و ۹۱.

^۳. وعاشروهنّ بالمعروف. نساء/ ۱۹.

^۴. ولهنّ مثل الَّذی علیهنّ بالمعروف. بقره/ ۲۲۸.

^۵. ولا تضاروهنّ لتضيقوا علیهنّ. طلاق/ ۶.

- محمد بن مسلم از امام صادق^(ع) روایت می‌کند که آن حضرت به نقل از رسول خدا فرمود: جبرئیل آن چنان نسبت به زنان به من توصیه نمود که گمان کردم جز در مورد ارتکاب جرمی آشکار (فحشا)، سزاوار طلاق نیستند^۱؛

- از رسول خدا روایت شده است که فرمود: بهترین شما کسی است که نسبت به همسرش بهترین رفتار را داشته باشد و من چنین هستم^۲؛

- از رسول خدا روایت شده است که فرمود: اگر کسی زن ناسازگاری دارد که او را اذیت می‌کند، خداوند نماز و هیچ کار شایسته‌ای را از چنین زنی نمی‌پذیرد؛ هرچند تمام عمر را روزه بگیرد و شب‌ها را به عبادت به سر کند و بندگان زیادی آزاد نماید و اموال خویش را در راه خدا انفاق نماید، مگر این که به شوهرش کمک کند و او را خشنود سازد. او اولین کسی است که وارد جهنم می‌گردد. سپس فرمود: شوهر نیز اگر نسبت به همسرش ستم و اذیت روا بدارد، به همین سرانجام گرفتار خواهد شد^۳.

با توجه به مفاد این روایات و صراحت آیات فوق، به این نتیجه می‌رسیم که حق طاعت شوهر بر همسر، مطلق نیست؛ زیرا سخت‌گیری تا آن اندازه که زن از حضور بر بالین پدر بیمار یا تشییع او محروم شود، با معاشرت به معروف (خوش رفتاری) نمی‌سازد و تناسب حقوق و تکالیف زن که در آیه کریمه مورد تذکر قرار گرفته است، با حق اطاعت مطلق به طور یک‌جانبه قابل جمع نمی‌باشد. چگونه می‌توان زن را به بهانه‌ی وجوب اطاعت، چنان در تنگنا قرار داد که از دیدار بستگان و نزدیکان خود محروم شود و در عین حال، مدعی رفتار شایسته شد؟ آیا استفاده از اهرم اطاعت مطلقه مستلزم آزار و اذیت و ستم بر زن نمی‌باشد؟ از همین رو، جمعی از فقها بر مقید بودن حق اطاعت شوهر تصریح نموده‌اند. صاحب ریاض در این رابطه می‌نویسد: «هرگاه نشانه‌های عصیان از جانب زن آشکار شود به این که... در برآوردن نیازهای شوهر تعلل کند که از باب مقدمه‌ی استمتاع بر او واجب است، نه مطلق نیازهای او؛ [مرتکب نشوز شده است] زیرا برآوردن تمام نیازهای شوهر بر زن واجب نیست^۴». صاحب جواهر نیز تصریح دارد که تعلل در برآوردن نیازهای مربوط به استمتاع شوهر، از نشانه‌های نشوز است^۵؛ شهید ثانی نیز بر

^۱. وسائل الشیعة، کتاب النکاح، ابواب مقدمات نکاح، باب ۸۸، ح ۴.

^۲. همان، ح ۱۱ و ۸.

^۳. همان، باب ۸۲، ح ۱.

^۴. ریاض المسائل، ج ۱۰، ص ۴۷۳.

^۵. جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۰۱ و ۲۰۵/ نیز رک: المیزان، ج ۴، ص ۳۴۴.



این باور است که مراد از نیازهای شوهر که تعلل نسبت به آن‌ها از نشانه‌های نشوز به شمار می‌رود، نیازهای مربوط به استمتاع و مقدمات آن است.^۱ مرحوم خوانساری اظهار می‌دارد روایت محمد بن مسلم که می‌گوید «أن تطيعه ولا تعصيه» با اطلاقی که دارد، شامل اطاعت و ترک عصیان در تمام امور می‌شود؛ اما روشن است که اطاعت شوهر در همه‌ی مسائل؛ همانند شستن لباس و پختن غذا و غیر آن لازم نیست.^۲

پس می‌توان نتیجه گرفت که اطاعت شوهر بر زن، از ابتدا مقید است و به مواردی محدود می‌گردد که با حق استمتاع شوهر در تنافی باشد. به عبارت دیگر، اطاعت در جایی موضوعیت دارد که مسأله‌ی استمتاع در میان باشد؛ اما در غیر آن، ادعای لزوم اطاعت شوهر بر زن، بی‌دلیل است. بر این اساس، در مورد اشتغال زن نیز همین قاعده حاکم است. اگر اشتغال زن با حق استمتاع مرد در تنافی باشد، اصرار زن بر ادامه‌ی کار در بیرون از خانه مصداق نشوز به حساب آمده موجب خروج وی از اطاعت واجب است؛ اما اگر اشتغال زن با این حق شوهر مغایرتی نداشته باشد، اشتغال زن و کار او در بیرون از خانه از این جهت، مانعی ندارد.

۱-۳. استمتاع، حق دوجانبه

چالش مهمی که به تناسب این مطلب پدید می‌آید این است که مسأله‌ی وجوب اطاعت از شوهر یا ممنوعیت خروج زن از خانه بدون اذن شوهر، بر اساس حق استمتاع وی مطرح می‌شود؛ حق استمتاع امتیازی است که از نظر فقهی برای مردان به رسمیت شناخته شده اما نسبت به حق استمتاع زنان، یا سکوت شده و یا مهمل گذاشته شده است.^۳ در حالی که واقعیت آن است که به مقتضای طبیعت، هم‌چنان‌که نشانه‌هایی از آن در شریعت نیز مشاهده می‌شود، زن هم حق استمتاع دارد و لازم است که در روابط زناشویی به آن توجه شود.

مهم‌ترین نشانه‌ها و قراین اثبات حق استمتاع برای زن به قرار آتی قابل بیان است:

۱. ازدواج و تشکیل خانواده ضرورت عینی و ملموس همه‌ی انسان‌ها اعم از زن و مرد است و در رفع این نیاز طبیعی، توافق زن و مرد شرط اصلی و رضایت هردو، رکن اساسی آن به شمار می‌رود.

۱. مسالک الافهام، ج ۸، ص ۳۶۰.

۲. جامع المدارک، ج ۴، ص ۴۳۵.

۳. تنها احکام شرعی دال بر حق استمتاع زنان، حق قسم و عدم جواز ترک هم‌خوابگی به مدت بیش از چهار ماه آن‌هم، بدون اجازه همسر است.

پس به حکم عقل و اقتضای طبیعت، زن حق استمتاع دارد. در غیر آن، نیاز زن به ازدواج یک نیاز کاذب و غیر واقعی و در نتیجه، نقش رضایت و اراده‌ی وی در عقد نکاح بی‌مورد خواهد بود؛

۲. قرآن کریم در آیه‌ی ۲۳۳ سوره‌ی بقره به‌طور صریح می‌فرماید: زنان به تناسب تکالیف شان، حقوقی دارند. اگر زن از یک‌سو مکلف به اطاعت از شوهر به خاطر استمتاع است. از سوی دیگر، حق استمتاع بر شوهر نیز دارد و در جای دیگر «ترک هم‌خوابگی» به‌عنوان یکی از واکنش‌های لازم و منطقی در برابر نشوز احتمالی زن مقرر گردیده است. (نساء/۳۴) ترک هم‌خوابگی به هر معنا که باشد دلیل حق استمتاع زن است که تدبیری به‌منظور بازداشتن زن از نشوز در نظر گرفته شده است؛

۳. اگر نشوز به معنای خودداری از استمتاع جنسی و سرپیچی از تمکین باشد، تنها در مورد زن، صدق نمی‌کند و شامل مرد هم می‌شود. در این صورت، این زن است که به استناد نشوز شوهر، می‌تواند دست به اقداماتی بزند که نگارنده آن را در جای دیگر بحث و بررسی نموده است.^۱ یعنی اگر این مسأله با موضوع اشتغال در نظر گرفته شود، می‌توان گفت زن نیز حق دارد از اشتغال شوهر به گونه‌ای که با حق استمتاع وی منافات داشته باشد، جلوگیری نماید؛

۴. روایات رسیده از معصومان و پیشوایان دینی^(ع) که مومنان را به ازدواج تشویق می‌نماید، ناظر بر همین نیاز طبیعی و تکوینی است که مخاطب آن تنها مردان نیستند؛

۵. حق القَسَم در صورت تعدد زوجات، ممنوعیت ترک هم‌خوابگی به مدت بیش از چهار ماه بدون اجازة زن و همچنین، عیوب موجب فسخ نکاح همه‌ی دلایلی بر حق استمتاع زن محسوب می‌گردند.

۲. ممنوعیت خروج از خانه

با توجه به احتمالاتی که برای اشتغال زنان در مقدمه‌ی سوم نوشتار بیان شد، باید دید خروج زن از خانه به چه منظوری صورت می‌گیرد؟ آیا تمام موارد خروج زن، مشمول حکم منع است یا موارد استثنایی هم وجود دارد؟ به بیان دیگر، آیا حکم منع نسبت به خروج زن از خانه، مطلق است یا مقید؟ با مطالعه و تأمل در آرا و نظریات فقهی به این جمع‌بندی می‌رسیم که ممنوعیت خروج زن از خانه همانند مسأله‌ی اطاعت، مورد اختلاف است و در مجموع، دو دیدگاه کلی در این زمینه وجود دارد. بر اساس یک نظر،

۱. ر.ک: نگارنده «بررسی طرح اصلاح موادی از فصل نکاح قانون مدنی ایران» ماهنامه حورا، شماره ۱۴-۱۵، تیر و مرداد ۱۳۸۴.

ممنوعیت خروج زن از خانه، مطلق است اما استثنائاتی دارد و مطابق دیدگاه دیگر، از آغاز مقید به مغایرت با حق استمتاع شوهر است.

۱-۲. منع مطلق

شیخ مفید از قدما و استاد محترم آیت الله ناصر مکارم شیرازی از معاصرین، از کسانی هستند که هرچند با تفاوت‌هایی در مستثنیات، با استناد به روایات فراوان و صریحی که در این زمینه وارد شده است، از دیدگاه نخست پیروی می‌کنند. شیخ مفید در این رابطه می‌فرماید: بر زن مسلمان آزاد واجب است که در خانه‌ی خود مستور بماند و بجز برای ادای حقی بیرون نرود.^۱ استاد مکارم شیرازی هم بر این نظر است که به مقتضای روایات متظافر^۲ در مسأله، باید گفت خروج زن از خانه نیازمند اذن شوهر است و به سادگی نمی‌توان با این همه روایات مخالفت نمود. لکن این حکم، استثناهایی دارد که می‌تواند خروج زن را توجیه نماید؛ اموری همچون رفع حوائج روزانه به‌ویژه در زمانی که شوهر در سفر است، انجام واجبات (همانند ادای دین، صله‌ی رحم آموزش احکام شرعی و حضور در برخی مراسم سیاسی) شرط ضمن عقد و رفع عسر و حرج از مواردی است که بر اساس این دیدگاه از استثنای منع خروج از خانه به حساب می‌آیند.^۳

۲-۲. منع مقید

بعضی از فقها همانند مرحوم خویی و آیت الله سیستانی، بر این نظرند که ممنوعیت خروج زن، از آغاز به تنافی آن با حق استمتاع شوهر، مقید است. بر اساس این دیدگاه، خروج زن در صورتی ممنوع است که با حق استمتاع شوهر منافات داشته باشد و اگر زن، برای انجام کار واجبی بیرون رود یا مسافرت نماید، شوهر نه تنها حق ممانعت ندارد بلکه موظف به پرداخت نفقه‌ی زن در سفر می‌باشد؛ یعنی بر خلاف دیدگاه قبلی، خروج برای انجام کار واجب از موارد استثنا نیست بلکه در اصل از موضوع اذن شوهر بیرون است و نشوز زن در صورتی با خروج از خانه محقق می‌شود که با حق استمتاع شوهر منافات داشته باشد.^۴ به علاوه، از کلام جمعی دیگر از فقها همچون صاحب جواهر، صاحب حدائق، شهید ثانی و مرحوم خمینی نیز به این نتیجه می‌رسیم که خروج زن از خانه، در فرض منافات داشتن با حق استمتاع شوهر، ممنوع است. این عده از فقها در مبحث «حق القسم» که حقوق زوجین را نسبت به همدیگر مطرح می‌نمایند، با استناد به روایات مسأله به‌ویژه صحیح‌ه‌ی محمد بن مسلم و حدیث عبدالله

۱. احکام النساء، ص ۵۵.

۲. ر.ک: وسائل الشیعة، کتاب النکاح، ابواب مقدمات نکاح، باب‌های ۷۹، ۹۱ و ۱۱۷.

۳. با استفاده از تقریرات درس خارج معظم له توسط نگارنده ۱۳۸۴/۲/۲۰.

۴. منهاج الصالحین (خویی) ج ۲، ص ۲۸۱ و ۲۸۲ (مسأله ۱۴۰۷ و ۱۴۱۴) / منهاج الصالحین (سیستانی) ج ۳، ص ۱۰۳.



بن سنان (به بحث لزوم اطاعت رجوع شود)، با شدت و حدت هر چه تمام بر این مطلب تأکید می‌کنند که زن به هیچ وجه حق ندارد بدون اذن شوهر، حتی به دیدار، عیادت و تشییع بستگان و از جمله پدرش برود؛^۱ اما در مبحث نماز مسافر، راجع به معصیت نبودن سفر، بیان می‌دارند که میان این که خود سفر یا غایت آن معصیت باشد، فرقی وجود ندارد و براین اساس، سفر زن را در صورتی که بدون اذن شوهر باشد، نشوز به حساب آورده از جمله سفرهایی می‌دانند که در ذات خود معصیت است.^۲ مفهوم این سخن آن است که وقتی سفر زن بدون نشوز حرام نباشد، خروج عادی از خانه، در صورت عدم نشوز به طریق اولی حرام نیست؛ زیرا مطابق این دیدگاه، نشوز در صورتی حاصل می‌شود که اقدام زن با حق استمتاع شوهر در منافات باشد؛ چنان که مرحوم خمینی خروج زن را از خانه بدون اذن شوهر، مصداق نشوز شمرده و در ادامه، نشوز را در صورتی محقق می‌داند که گفتار یا رفتار زن با حق استمتاع شوهر منافات داشته باشد. «فلو إمتنع من خدمات البيت و حوائجه التي لا تتعلق بالاستمتاع... لم يتحقق التّشوّز».^۳ یعنی اگر زن از پرداختن به کارهای منزل و برآوردن نیازهای شوهر که مربوط به استمتاع نیست، خودداری کند، مرتکب نشوز نگردیده است.

با توجه به این که مبانی و ادله‌ی هر دو دیدگاه در باب ممنوعیت خروج از خانه، همان مبانی و دلایلی است که در مسأله‌ی اطاعت بیان شد، ضرورتی به تکرار آن‌ها نیست. منتها نکته‌ی قابل دقت آن است که در این مسأله، هم تعداد روایات، بیش‌تر از مسأله‌ی قبلی است و هم لحن روایات، بسیار شدیدتر از روایات مربوط به آن مسأله است که به دو نمونه از آن‌ها اشاره می‌گردد: در روایت محمد بن مسلم که با توجه به صحت سند، مهم‌ترین مستند این مسأله به شمار می‌رود، آمده است «و لا تخرج من بیتها إلا بإذنه و إن خرجت بغیر إذنه لعنتها ملائكة السماء و ملائكة الارض و ملائكة الغضب و ملائكة الرحمة حتی ترجع إلی بیتها...»^۴ مطابق این حدیث، خروج زن از خانه بدون اذن شوهر، مستلزم لعن تمام فرشتگان در تمام مدتی است که بیرون از خانه باشد. همچنین امام جواد^(ع) از پدران بزرگوارش و آنان از امام علی^(ع) روایت می‌کنند که فرمود: من و فاطمه بر رسول خدا وارد شدیم و آن حضرت را در حال گریه‌ی شدید یافتیم. عرض کردیم یا رسول الله دلیل گریه‌ی شما چیست؟ فرمود: شب معراج زنانی از امتم را در عذاب شدیدی مشاهده کردم... از جمله کسانی که بدون اذن شوهران شان از خانه بیرون

۱. جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۱۴۷/ حدائق، ج ۲۴، ص ۵۸۷/ مسالک، ج ۸، ص ۳۰۸/ تحریرالوسیلة، ج ۲، ص ۳۰۳.

۲. جواهر، ج ۱۴، ص ۲۵۸/ حدائق، ج ۱۱، ص ۳۸۱/ مسالک، ج ۱، ص ۳۴۳.

۳. تحریرالوسیلة، ج ۲، ص ۳۰۵.

۴. وسائل الشیعة، ابواب مقدمات نکاح، ج ۹، ص ۷۹، ح ۱.

می‌رفتند، با پاهای شان آویزان بودند^۱. به نظر می‌رسد همین شدت لحن و کثرت روایات موجب شده است تا بسیاری از فقها در باب حقوق زوجین به آن‌ها ملتزم شوند و نظریات شان را بر اساس آن‌ها شکل دهند؛ اما در موارد دیگر، بر نشوز و موجبات آن تکیه نمایند.



جمع‌بندی و نتیجه

از مجموع آنچه بیان شد به این جمع‌بندی می‌رسیم که:

۱. کار و اشتغال حق زن است؛ اما راجع به آن چهار احتمال مطرح شد که به نظر می‌رسد احتمال سوم مبنی بر فعالیت سیاسی زن، از محل نزاع بیرون است؛ زیرا در معنای مصطلح اشتغال نمی‌گنجد و تنها خروج از خانه در مورد آن صدق می‌کند. احتمال چهارم که مطابق آن، زن برای رهایی از بطلالت و به‌منظور سرگرمی به کار مشغول می‌شود، ذیل دو احتمال دیگر، قابل بررسی می‌باشد. بر این اساس، دو احتمال اول یعنی اشتغال به منظور رفع نیازها و انجام تکالیف و تعهدات مالی و اشتغال به منظور رفع نیازهای اجتماعی قابل توجه و مستلزم بحث و کاوش علمی است؛

۲. اشتغال زن بنا بر احتمال اول؛ یعنی به‌منظور رفع نیازهای مالی و ضرورت زندگی، تنها در فرض تنهایی زن و نبود سایر طبقات ارث و ارحام برای تأمین نفقه، قابل توجیه است؛ اما در سایر فروض و حالات، توجیهی ندارد.

۳. احتمال دوم؛ یعنی اشتغال به‌منظور رفع نیازهای اجتماعی با وجوب اطاعت از شوهر و منع خروج زن از خانه مواجه است. هرچند از سیاق فقه به دست می‌آید که این اشتغال نیز در ذات خود مانعی ندارد. چنان‌که مواردی از آن بر اساس متون روایی از سوی پیشوایان دینی مورد تأیید قرار گرفته^۱ و فقها نیز در کتاب مکاسب به این نکته توجه نموده احکام اشتغال زنان به منظور رفع نیازهای اجتماعی را بیان نموده‌اند؛ اما نکته‌ی مهم و قابل دقت این است که بیان موجود راجع به اشتغال زنان، همان بیان سنتی و یکنواختی است که اشتغال زنان را در مواردی همچون قابلیت، ختنه‌ی دختران، آرایشگری، خوانندگی در محافل عروسی و امثال آن بازتاب می‌دهد. درحالی‌که در شرایط کنونی، اشتغال زنان ابعاد و پیچیدگی زیادی کسب نموده و بر اساس آن، زنان در عرصه‌های مختلف حضور دارند. آیا در این زمینه بایستی به حداقل و به میزان رفع ضرورت اکتفا کرد یا جواز اشتغال به مشاغل خاص زنانه و فعالیت در مجامع اختصاصی زنان را که در فقه مورد توجه قرار گرفته است، با تنقیح مناط می‌توان به سایر عرصه‌ها نیز تسری داد؟ در صورت تسری بازهم این سوال مطرح است که آیا زن به استناد جواز شرعی برای اشتغال در راستای نیازهای عمومی، آیا می‌تواند به هرگونه شغلی بپردازد یا در محدوده‌ی معین و قلمرو خاصی مجاز به اشتغال می‌باشد؟ چنان‌که امروزه زنان در عرصه‌های

۱. ر.ک: وسائل الشیعة، (ج ۱۲) ابواب ما یکتسب به، باب‌های ۱۵، ۱۷، ۱۸، ۱۹ و ۶۴/ الکافی، ج ۵، ص ۱۱۷-۱۲۰.

مختلف علمی و آموزشی، بهداشتی و درمانی، فرهنگی و اجتماعی، سیاسی و اداری و غیر آن اشتغال دارند. همین ملاحظات است که مسأله‌ی وجوب اطاعت از شوهر و ممنوعیت خروج از خانه را برجسته و بیش از هر زمان دیگری قابل توجه می‌کند. از این رو، برای جلوگیری از تعارض جدی با شریعت، راجع به کار زن در راستای رفع ضرورت‌های جامعه، باید نیازسنجی شود و سپس، بر اساس نیازهای واقعی زمینه‌ی کار و اشتغال برای زنان تعریف و فراهم شود؛ زیرا به مقتضای واقعیت، جامعه به پزشک زن نیاز مبرم دارد؛ اما به خانم متخصص در امور جنگل‌داری یا کشاورزی نیاز ندارد؛ نیاز جامعه و مردم به خانمی دارای تخصص در زمینه‌ی آموزش و پرورش، مشاوره‌ی خانوادگی، وکالت در امور مخصوص به خانواده و اموری از این قبیل کاملاً احساس می‌شود؛ اما نیاز جامعه به مدیر و کارمند زن، کارگر زن، راننده‌ی زن، فروشنده‌ی زن و... یک نیاز کاذب و غیرواقعی است.

اشتغال زن به مثابه‌ی یک حق بشری با استمتاع مرد به منزله‌ی حق شرعی در تعارض و با وجوب اطاعت شوهر و ممنوعیت خروج از خانه مواجه است؛ زیرا بر اساس تمام دیدگاه‌های فقهی و دلایل متقنی که در این رابطه وجود دارد، اطاعت شوهر به ویژه در امر استمتاع، واجب و خروج از خانه، بدون اذن شوهر به ویژه در فرض منافات با حق استمتاع، ممنوع است. در نتیجه، اشتغال زن از دید فقهی تنها در فرضی مجاز است که با حق استمتاع شوهر مغایرت نداشته باشد؛ اما در مقابل، این سخن مطرح می‌گردد که استمتاع، حق یکجانبه و ویژه مردان نیست؛ بلکه زنان نیز حق استمتاع دارند و به همین ملاحظه، مردان نیز در مظان نشوز قرار می‌گیرند منتها فقه برای برخورد با نشوز مرد تجویزی ندارد. این نکته زمانی برجسته می‌گردد که ثابت شود نفقه عوض استمتاع نیست. در نهایت، اشتغال و استمتاع ضمن این که حقی دوجانبه و همواره متعارضند، در مقام عمل، ممکن است ناقض همدیگر نیز باشند و از همین رو، تنها راه حل مسأله برای رفع تعارض، توسل به سازوکارهای فراحقوقی یا مراجعه به عرف و آداب زندگی خانوادگی است.



فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن ادريس حلي، محمد بن منصور بن احمد، كتاب السرائر، قم، جماعة المدرسين، ۱۴۱۰.
۳. ابن براج، عبدالعزيز، المذهب، _____، ۱۴۰۶.
۴. (شيخ) انصاري، مرتضي، كتاب المكاسب، قم، بي نا، ۱۴۱۵.
۵. البحراني، يوسف، الحقائق الناضرة، قم، جماعة المدرسين، بي تا.
۶. بخاري، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم، صحيح بخاري، بيروت، دار الفكر، ۱۴۰۱.
۷. حر عاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة، بيروت، دار احياء التراث العربي، بي تا.
۸. (علامه) حلي، حسن بن يوسف بن مطهر الاسدي، قواعد الاحكام، قم، انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳.
۹. _____، المختلف، _____، ۱۴۱۲.
۱۰. (محقق) حلي، جعفر، شرايع الاسلام، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹.
۱۱. خوانساري، سيد احمد، جامع المدارك، تهران، مكتبة الصدوق، ۱۳۵۵.
۱۲. الخويي، سيد ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، قم، انتشارات داوري، ۱۴۱۳.
۱۳. _____، منهاج الصالحين، بيروت، دارالزهراء، بي تا.
۱۴. الخميني، روح الله، تحرير الوسيلة، قم، انتشارات اسماعيليان، ۱۴۰۹.
۱۵. دفتر مطالعات و تحقيقات زنان، ماهنامه حورا، شماره هاي ۱۲-۱۳ و ۱۴-۱۵، بهار و تابستان ۱۳۸۴.
۱۶. سلالر، حمزة بن عبدالعزيز الديلمي، المراسم العلوية، تهران، مجمع جهاني اهل بيت، ۱۴۱۴.
۱۷. سيستاني، سيد علي حسيني، منهاج الصالحين، قم، مكتب آية الله السيستاني، ۱۴۱۶.
۱۸. شهيد اول، محمد بن جمال الدين مكي عاملي، كتاب الدروس، قم، انتشارات اسلامي، ۱۴۱۲.



١٩. شهيد ثاني، زين الدين الجبجي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم، انتشارات داورى، ١٤١٠.

٢٠. _____، مسالك الافهام، قم، موسسه معارف اسلامي، ١٤١٣.

٢١. الطباطبائي، محمد حسين، الميزان في تفسير القرآن، قم، انتشارات اسلامي، بي تا.

٢٢. _____، ترجمه سيد محمدباقر موسوي همداني، قم، انتشارات اسلامي، ١٣٧٤.

٢٣. الطباطبائي، سيد علي، رياض المسائل، قم، انتشارات اسلامي، ١٤١٢.

٢٤. الطبرسي، مجمع البيان، بيروت، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، ١٤١٥.

٢٥. (شيخ) طوسي، محمد بن الحسن، تفسير التبيان، تهران، مكتب الاعلام الاسلامي، ١٤٠٩.

٢٦. _____، المبسوط في فقه الامامية، بي جا، المكتبة المرتضوية ١٣٨٧.

٢٧. _____، كتاب الخلاف، قم، انتشارات اسلامي، ١٤١٧.

٢٨. _____، الاستبصار، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ١٣٦٣.

٢٩. عاملي، سيد محمد، نهاية المرام، قم، انتشارات اسلامي، ١٤١٣.

٣٠. فاضل هندي، محمد بن الحسن، كشف اللثام، قم، انتشارات اسلامي، ١٤١٦.

٣١. قانون مدني (١٣٥٥).

٣٢. قانون احوال شخصيه اهل تشيع (١٣٨٧)

٣٣. كليني، محمد بن يعقوب، كتاب الكافي، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ١٣٨٨.

٣٤. (شيخ) مفيد، محمد بن محمد بن نعمان بغدادي، احكام النساء، المؤتمر العالمي لالفية الشيخ المفيد، بي تا.

٣٥. مكارم شيرازي، ناصر، تفسير نمونه، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ١٣٧٤ (نسخه نرم افزاري جامع التفاسير)

٣٦. النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام، تهران، دارالكتب الاسلامي، ١٣٦٧.



معیارهای صدور حکم و تاثیرات آن بر عدالت قضایی

عبدالکریم اسکندری*

* استادیار (پوهنمل)، عضو هیأت علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان

چکیده

معیارهای صدور حکم از جمله ضمانت اجرای موثر تامین کننده‌ی عدالت جزایی قلمداد می‌شود. در نوشتار حاضر، این معیارها از منظر فلسفه‌ی کیفری مورد بحث قرار گرفته است. در یک نگاه کلی معیارهای صدور حکم، قابلیت تقسیم شدن به معیارهای لازم در فیصله و معیارهای لازم در قابلیت تطبیق را دارد. احراز مجرمیت، رعایت انصاف، عدالت، موجه، مستند و مستدل بودن حکم از معیارهایی است که باید در تدوین رأی و صورت فیصله موجود باشد. قطعی و نهایی شدن حکم از موضوعاتی است که زمینه و بستر اجرای حکم و عدالت قضایی را فراهم می‌نماید. در مورد قطعیت حکم، نظریاتی متفاوتی ارائه شده است؛ اما در مجموع می‌توان گفت که هر حکم نهایی، قطعی است؛ ولی هر حکم قطعی نهایی نخواهد بود و حکم قطعی، حکمی است که زمان استیناف خواهی یا فرجام خواهی آن منقضی شده باشد و با از همان آغاز، قابل اعتراض نبوده است. بدون تردید، فقدان هر یک از معیارهای گفته شده آسیب‌های جبران‌ناپذیری بر پیکره‌ی عدالت جزایی وارد خواهد نمود. امکان محاکمه و مجازات افراد بی‌گناه، صدور جزایهای مخالف فلسفه‌ی حقوق جزا و در مجموع عدم تامین عدالت جزایی و بی‌اعتماد شدن جامعه نسبت به دستگاه قضایی، از کم‌ترین آسیب‌ها و پیامدهای منفی‌ای است که از عدم به کارگیری معیارهای صدور حکم ناشی می‌شود.

واژگان کلیدی: معیارها، صدور حکم، عدالت قضایی، احراز مجرمیت، حکم قطعی، مستند بودن

حکم.

در فرایند عدالت جزایی، بعد از کشف جرم، تعقیب و تحقیق دوسیه‌ی جزایی، نوبت به صدور حکم می‌رسد. این مرحله به دلیل این که از یک سو برابند و نتایج فعالیت‌های پلیس، خرنوال و قاضی تحقیق است و از طرف دیگر، تطبیق ضمانت اجراهای قانونی را به دنبال دارد، از حساس‌ترین و مهم‌ترین مرحله‌ی فرایند عدالت کیفری است. طرفین دعوا بیش از این که عدالت در «روند محاکمه» را بخواهند، عدالت در «نتیجه» یعنی حکم قضایی را خواستارند؛ لذا اگر طرفین، بی‌عدالتی در فرایند دادرسی را تحمل کنند، بی‌عدالتی در محتوای رأی و حکم را تحمل نخواهند کرد. عدالت جزایی جز از عدالت اجتماعی و بدین مفهوم است که حقوق افراد تثبیت و هر امتیازی سر جای خود قرار گیرد. البته مراجع متولی اجرای عدالت جزای و تأمین کننده‌ی امنیت قضایی، زمانی می‌تواند عدالت و امنیت قضایی افراد را تأمین کنند که محاکم و مراجع قضایی در اجرای وظایف قانونی خود به گونه‌ای رفتار کنند که هم به حقوق و آزادی‌های افراد لطمه‌ای وارد نشود و هم اصدار محکومیت موجه، مستند و دارای معیارهای لازم حقوقی و قانونی باشد و به‌طور کلی اصول اساسی و اخلاقی محاکمات جزایی رعایت گردد. به عبارت دیگر امنیت قضایی در صورت تأمین می‌گردد که مراجع عدلی، ضمن توجه به معیارهای عادلانه‌ای که از آن در نظریه‌ی حقوقدانان و اعلامیه‌های جهانی و منطقه‌ای به «اصول دادرسی منصفانه» یاد می‌شود؛ چگونگی صدور حکم و نکات بایسته‌ی آن را نیز محور توجه خود قرار دهند.

در ماده‌ی سوم از قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضاییه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان، هدف اساسی از تاسیس این قوه و صدور فیصله توسط قضات، تأمین عدالت و حمایت از حقوق فرد و جامعه ذکر شده است. از همین رو، باید توجه نمود که معیارهای صدور محکومیت کیفری چیست و با چه شرایط و ارکانی محکومیت کیفری لازم الاجرا شده و قطعیت پیدا می‌کند و محکومیت کیفری تابع چه اصول و قواعدی است؟ پاسخ به سوال‌های فوق ایجاب می‌کند که معیار محکومیت کیفری در دو حوزه‌ای صدور حکم و قطعی شدن آن مورد بررسی قرار گیرد.

۱. معیار صدور حکم

هر چند در مورد این که معیار صدور محکومیت کیفری چیست و حکم باید براساس چه معیارها و قواعدی صادر شود، در دانش اجراءات جزایی، بحثی صورت نگرفته است؛ اما با توجه به قواعد رسیدگی، رعایت حقوق مظنون و متهم، و پیامدهای مهم و تاثیر گذار محکومیت کیفری بر زندگی محکوم، می‌توان به معیارهای دست یافت. احراز مجرمیت به‌صورت شفاف، رعایت موازنه‌ی محاکمه‌ی عادلانه در تمام مراحل رسیدگی، مستند و مستدل بودن حکم و صدور آن از سوی مرجع



صلاحیت‌دار قضایی، از مهم‌ترین معیارهایی است که باید در صدور حکم رعایت شود. هریک از این معیارها به صورت فشرده مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱-۱. احراز مجرمیت

با توجه به اصل برائت و بی‌گناهی افراد،^۱ باید مجرمیت از طریق ادله‌ی قانونی و معتبر ثابت و احراز گردد و از طرف دیگر محکوم، مرتکب رفتاری شده باشد که بر اساس قانون ممنوع و مجازات برای آن پیش بینی شده باشد. «گارو» در این زمینه می‌گوید: «حکم به مجازات را مقام قضایی وقتی صادر می‌کند که متهمی را مرتکب جرم و مستوجب مجازات بداند. قضات مراجع کیفری، در هنگام صدور حکم محکومیت کیفری، دو وظیفه دارند: یکی تشخیص مجرمیت؛ زیرا مجازات به شرط احراز مجرمیت است و دیگری تعیین میزان مجازات بر حسب استحقاق» (گارو، ۱۳، ۸۰) یعنی قاضی علاوه بر این که با تجزیه و تحلیل دقیق ادله‌ی اثبات دعوا، مجرمیت را تشخیص می‌دهد و هیچ‌گونه شبهه‌ی برای او نسبت به مجرم بودن متهم باقی نمی‌ماند، باید در مقام تعیین مجازات نیز با توجه به شخصیت مجرم، اوضاع و احوال حاکم بر جرم، کیفری را تعیین نماید که بیش‌ترین تاثیر را هم در جنبه‌ی حمایت از قربانی جرم و هم در راستای تربیت مجرم داشته باشد. (صفاری، ۱۳۹۲: ۲۵۷)

احراز مجرمیت، متوقف بر تشخیص امور ذیل است: ۱. موجودیت دلایل کافی مبنی بر اثبات جرم و رای هر گونه شک معقول، «دلیل، وسیله‌ی اثبات واقعیت است و بنابراین ادله‌ی اثبات در امور کیفری از اهمیت و ویژگی‌های خاصی برخوردار است. طرح دعوا از سوی قدرت عمومی علیه کسی که بیگناهی او به موجب اصل برائت مفروض است و محکوم کردن او به مجازات با توسل به هر «وسیله‌ی ای» با نام و عنوان «دلیل» پذیرفته نیست. چنین عملکردی نه فقط با موازین عدالت سازگاری ندارد بلکه توالی فاسد آن در نهایت متوجه دستگاه عدالت کیفری و جامعه شده به استناد شواهد تاریخی بی‌اعتمادی شهروندان به دستگاه قضایی و موجبات توسل آنان به انتقام خصوصی را فراهم خواهد آورد» (آشوری، ۱۳۸۵: ۲۳۱)؛

۲. رفتار مرتکب شده منع قانونی و یا شرعی داشته باشد و اخلال در نظم عمومی ایجاد کند یا این که ضرر و زیانی بر فرد و یا افرادی وارد نموده باشد؛

^۱ اصل سی و هفتم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «اصل برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت شود.» اصل ۲۵ قانون اساسی افغانستان نیز برائت ذمه را حالت اصلی دانسته است که در جریان تمام مراحل محاکمه‌ی جزایی اعتبار دارد.

۳. اعمال ممنوعه قانونی بر اساس اراده و اختیار انجام شده باشد و هیچ گونه اکراه، اجبار و اضطراری در صدور آن نقش نداشته باشد و سرانجام این که متهم، عوامل توجیه کننده‌ی مانند دفاع مشروع، امر آمر قانونی و استعمال حق برای ارتکاب رفتار خلاف قانون نداشته باشد.

در صورتی که قاضی در هنگام صدور حکم به این دو وظیفه‌ی خطیر (احراز مجرمیت و صدور مجازات متناسب)، توجه ننماید، دو تالی فاسد دارد:

۱-۱. امکان مجازات فرد بی گناه.

یکی از پیامدهای منفی محکومیت کیفری، به ویژه زمانی که هدف سزادهی مد نظر قرار می گیرد، کیفر شخص بی گناه است. هارت، معتقد است، امکان اجرای کیفر بر شخصی که گمان به بزهکار بودن وی داریم نیز وجود دارد. با توجه به نظر فلچر، هارت نیز امکان مجازات اشخاص بی گناه را پذیرفته است (جورج پی، ۱۳۸۴: ۵۴) در بسیاری موارد مشاهده می شود که اشخاص بی گناه، چون نمی توانند دلایل قانع کننده‌ای برای بی گناهی خود اقامه کنند، کیفر می شوند، حیثیت و حرمت آنانی که مورد توجه همه‌ی مکاتب حقوقی به ویژه مکتب حقوقی اسلام قرار گرفته است، ممکن است در جریان محکومیت کیفری به دلیل شکایت های واهی، تقصیر قاضی، تبانی شهود، به شدید مخدوش و از حقوق و مشارکت اجتماعی، محروم شوند.

در محکومیت افراد بی گناه عواملی متعددی دخالت دارد، مانند تبانی شهود، حرفه‌ای بودن شکات فساد اداری در دستگاه عدالت جزایی و غفلت و اشتباه قاضی؛ اما یکی از عوامل موثر، فشار افکار عمومی است. در برخی موارد، متصدیان عدالت جزایی، اعم از پلیس و مقامات خرنوالی و دادگاه، تحت فشارهای سیاسی، اجرایی یا افکار عمومی، ناگزیر به رسیدگی سریع و قاطعانه برای خاتمه دادن به یک قضیه می شوند؛ برای مثال در جرایم تروریستی یا خشونت بار، تجاوز به عنف جرایم سازمان یافته و گروهی، این موارد شدت می یابد. در این گونه وضعیت های خاص، چون دست اندرکاران عدالت جزایی، به دنبال آرام کردن مردم و ارضای احساس نفرت و انزجار آن ها هستند، ممکن است، عدالت قربانی و دقت فدای سرعت شود و افراد بی گناهی مجازات شوند و یا افراد گناهکار، بیش از استحقاق شان کیفر گردند (شیری، ۱۳۹۶: ۱۸۳).

در قوانین اصول محاکمات جزایی، سازوکارهای متعددی در کنار وکیل مدافع و خرنوال، مانند استیناف خواهی، فرجام خواهی و تجدید نظر طلبی برای جلوگیری از کیفر بی گناهان و اجرای صحیح عدالت پیش بینی شده است؛ ولی در عمل، این سازوکارها به دلایل مختلفی، نتوانسته از کیفر بی گناهان در موارد گوناگون جلوگیری کند؛ لذا ضرورت دارد که از تدابیر دیگری، نظیر عفو آزادی مشروط، تعلیق



کیفر و نظایر آن استفاده گردد، تا در عمل هر روز شاهد کیفر بی گناهان بسیاری نباشیم و با اتخاذ خردمندانه‌ی راهکارهای جدید در نظام عدالت کیفری، شمار کیفر بیگناهان کاسته شود. اگر تدابیری برای حمایت از موقعیت افراد، بازگرداندن آنان به وضعیت ماقبل جنایی، تسهیل حضور آنان به دامن جامعه و محو پیشینه‌ی کیفری، پیش‌بینی نشود، افزون بر این که عوارض جبران‌ناپذیری بر متهم، مجرم و خانواده‌ی وی وارد می‌شود، سیمای عدالت کیفری مخدوش و میزان اعتماد مردم نسبت به دستگاه قضایی کاهش می‌یابد. این امر ایجاب می‌کند که باید روش‌های مهمی جای‌گزین کیفر، شناسایی، مبانی و پشتوانه‌های نظری و عملی آن‌ها و اکاوی شده زمینه‌ی اجرایی ساختن آن هموار گردد.

در عدالت جزایی اسلام بر کاهش اثر منفی کیفر احتمالی بی گناهان، تاکید فراوان شده و راهبردهای بسیار جالب ارایه شده است؛ زیرا در نظام اسلامی، انسان از جایگاه بسیار برجسته و ممتازی برخوردار و دارای حرمت، منزلت و کرامت ذاتی است. در منطق و حیانی اسلام، انسان با فطرت و سرشت پاک آفریده شده و در ذات خود موجود نیک اندیش، خیرخواه و با عقل و درایت است. در صورت خطا و لغزش می‌تواند گذشته‌ی منفی خود را جبران و مورد رحمت و دست‌گیری پروردگار واقع شود تا دوباره به حیات انسانی خویش بازگشته و اهلیت‌هایی را که از دست داده است، باز یابد: «بر اساس همین توجه هدف‌دار اسلام به مجرم است که سعی می‌شود در جرایمی که جنبه‌ی الهی آن غلبه دارد، حتی الامکان جرم ثابت نشود تا شخص فرصت کافی برای توبه داشته باشد. لذا شرایط اثبات جرم بسیار سنگین است و در جرایمی که جنبه‌ی خصوصی آن غلبه دارد، توصیه به عفو و مصالحه شده تا حتی الامکان مجازات به اجرا در نیاید. در مواردی که مصلحت جامعه‌ی اسلامی ایجاب کند، حاکم اسلامی می‌تواند مجرم را عفو کند. در حین اجرا نیز شرایط مختلفی از قبیل گرما و سرمای شدید، وضعیت جسمانی مجرم و کیفیت اجرای حکم و مانند آن، مورد توجه و اهتمام نظام کیفری اسلام واقع شده است تا مبادا رنجشی بیش از رنج طبع مجازات بر مجرم وارد شود» (قیاسی، ۱۳۸۵: ۳۳۹).

مهم‌ترین راهکارهای که به‌عنوان روش‌های جای‌گزین محکومیت کیفری، می‌تواند، آثار منفی آن را کاهش دهد، «قاعده‌ی درء، عفو، بزه‌پوشی، سخت‌گیری در اثبات جرم، اعاده‌ی حیثیت و توبه است. پیامبر اکرم (ص) فرمودند: «ادروء الحدود بالشبهات» هر جا شبهه‌ی در بین باشد، حد را اجرا نکنند. سازوکار دیگری که در این مورد وجود دارد استفاده از عفو است. در اسلام به امام و حاکم توصیه شده است که بزه‌کاران را مورد عفو قرار دهند و تا حد امکان از اجرای کیفر صرف نظر کنند. حضرت امام باقر (ع) در این باره می‌فرماید: «الندامة علی العفو افضل و ایسر من الندامة علی العقوبة؛ پیشمانی بر عفو، با فضیلت‌تر و آسان‌تر از پیشمانی بر مجازات است» (کلینی، ۱۳۶۷: ۸۲). حضرت علی (ع) در نهج البلاغه می‌فرمایند: «اولی الناس بالعفو، اقدرهم علی العقوبة، سزاورترین مردم در مورد عفو





نمودن، قادرترین آن‌ها بر کیفر است» (فیض الاسلام، ۱۳۸۷: ۹۹۳) یا در روایتی دیگر حضرت علی^(ع) فرمودند: «اگر قاضی در عفو اشتباه کند، بهتر از آن است که در عقوبت و کیفر اشتباه کند.» همه‌ی این سفارش‌ها برای این است که در اسلام انسان دارای کرامت است (لقد کرما بنی آدم). این کرامت اقتضا می‌کند که حرمت وی حفظ شود و بی‌گناه کیفر نبیند؛ در حالی که کیفر حق امام و حکومت است و با اجرا نکردن کیفر در موارد شک و تردید، خلل و آسیبی به کسی وارد نمی‌شود.

۱-۲-۱. صدور محکومیت ناکارآمد

دومین تالی فاسدی که از عدم دقت قاضی در مقام صدور محکومیت کیفری ناشی می‌گردد، اعمال مجازات و محکومیت‌هایی است که نه جنبه‌ی بازدارندگی دارد و نه منتهی به اصلاح و درمان می‌شود. گارسون می‌نویسد: تحمیل مجازات بر بزهکار دو هدف اساسی را دنبال می‌کند: یکی وادارکردن مجرم را به اصلاح از طریق پیشمانی و ندامت، دیگری ایجاد کردن ارعاب در اجتماع (Garcon, ۲۰۰۶, ۶۶): 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. رسیدن به اهداف مهم محکومیت کیفری در صورتی است که قاضی با استفاده از روان‌شناسی قضایی، اوضاع و احوال حاکم بر جرم و مجرم و آثار جرم ارتکاب یافته، حکمی را صادر نماید که متناسب با رفتار ارتکاب یافته باشد و در نهایت منتهی به اصلاح و درمان مجرم شود. 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 کبرای قیاس را در قوانین شناسایی و صغری را هم احراز و آن کبری را در مورد صغری اجرا نمایید. (مانند این که مجازات قتل در قانون اعدام است و این شخص قاتل است و لذا باید او اعدام گردد) منطق حقوق منطق خطایی است که قاضی هم اصحاب دعوا را قانع نماید و هم دادگاه بالاتر و هم وجدان خود را (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۶۲).

۱-۲-۲. رعایت انصاف و عدالت

یکی از معیارهای صدور حکم، ابتنای آن بر محاکمه‌ی عادلانه و منصفانه است. دادرسی منصفانه عبارت است از دادرسی منطبق بر تشریفات قانونی به وسیله‌ی یک دادگاه عادل و بی‌طرف که حقوق اساسی و قانونی متهم در آن محترم شمرده شود (Garne, ۲۰۰۴, ۶۴۳). با وجود این که از دادرسی منصفانه در متون و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای تحت عنوان حقی از حقوق بنیادین بشر بسیار نامبرده شده، اما در اسناد مذکور تعریف مشخص و جامعی از آن بیان نشده و تنها به ذکر عناصر و تضمین‌های



آن بسنده شده است.^۱ منصفانه بودن دادرسی يك مفهوم ابهام‌آمیز است. این ابهام به دلیل وجود دو رویکرد متضاد نسبت به اهداف و مبانی آیین دادرسی ایجاد می‌شود. از يك دیدگاه دادرسی منصفانه به‌طور صرف به حفظ توازن میان مصالح دولت و متهم می‌پردازد. «قاعده‌ی تساوی سلاح‌ها» برخاسته از این دیدگاه است در حالی‌که دیدگاه دیگر بر این اعتقاد است که باید منافع بزه‌دیده نیز مورد توجه قرار گیرد.

بر اساس رویکرد اول، در شرایطی می‌توان حکم به منصفانه بودن محاکمه کرد که اصول و قواعد کلی يك نظام دادرسی مترقی بر جریان رسیدگی حاکم باشد و متهم در شرایطی کاملاً آزاد و در حالی‌که از تمامی تضمین‌های لازم برای دفاع برخوردار بوده است، مورد محاکمه واقع شود (امیدی، ۱۳۸۲: ۱۲۲) این تعریف مستفاد و مستنبط از مقررات اسناد حقوق بشری است با پذیرش اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر از سوی جامعه‌ی بین‌المللی در سال ۱۹۴۸، ماده‌ی ۱۰ اعلامیه، دولت‌ها را موظف کرد تا با متهم به‌عنوان يك انسان رفتار کرده حقوق بشری وی را تضمین کنند. متعاقب آن در بند ۱ ماده‌ی ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز بر دادرسی منصفانه به‌عنوان حقی از حقوق متهم تأکید شد در میان اسناد منطقه‌ای حقوق بشری نیز می‌توان به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اشاره کرد که در ماده‌ی ۶ با بیان این‌که هر متهم حق دارد.... حاکی از حمایت از حقوق متهم برای اجرای صحیح دادرسی منصفانه است. همچنین دیوان اروپایی حقوق بشر در آرای متعدد خود بر این امر که حقوق دفاعی متهم از عناصر تشکیل دهنده‌ی يك دادرسی منصفانه است و نمی‌توان آن را از بدنه‌ی مشترك خود جدا کرد، تأکید کرده است. (همان: ۳۵۱) این اسناد اولاً و بالذات به‌منظور حمایت از حقوق افراد در برابر قدرت دولت‌ها تدوین شده‌اند. فرض کلی تدوین کنندگان اسناد مذکور این بوده است که دولت و دستگاه قضایی منسوب به آن در واکنش به وقوع جرم، برای حفظ حقوق خود و اجتماعی که از آن نمایندگی دارند، سعی بلیغ می‌کنند. پس آنچه محتاج حفظ و حمایت است، حقوق متهم است؛ زیرا وی در برابر دادگاه، از قدرتی به مراتب کمتر برخوردار است. از همین‌رو، منصفانه بودن دادرسی در این اسناد با عطف توجه به حقوق متهم طرح و تشریح شده است. به بیان دیگر، تلقی تدوین کنندگان اسناد حقوق بشر این بوده است که در دادرسی‌های کیفری موازنه‌ی قوا به نفع هیأت حاکمه به هم می‌خورد. بنابراین،

^۱. See human rights committee general comment 13; Para.5, Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights, OC-11/90, Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies, 10 August 1990, Annual Report of the Inter-

American Court, OAS/Ser/L/V/III.23 doc.12, rev.1991, at 44, para 24. (Quoted by Amnesty International, Fair Trial Manual, fail:www.Amnesy.org/ability/intca - m/fair trial/fair tria.htm)





با طرح مسأله‌ی معیارهای منصفانه‌ی دادرسی به نفع طرف ضعیف از اطراف دادرسی کیفری، درصدد حفظ این توازن برآمده‌اند. انتقاد اساسی وارد بر تعریف فوق این است که مصالح بزه‌دیدگان و به‌طور گسترده‌تر مصالح اجتماع در آن نادیده گرفته شده است؛ مفهوم دادرسی منصفانه باید به گونه‌ای باشد که مصالح همه‌ی افراد درگیر فرایند کیفری (اجتماع، متهم، بزه دیده و دولت) را پوشش دهد.^۱

بر اساس رویکرد دوم، دادرسی منصفانه «دربردارنده‌ی مجموعه‌ای از اصول و قواعد است که برای رعایت حقوق طرفین در رسیدگی به دعوی آنان پیش بینی شده است (یاوری، ۱۳۸۹: ۲۵۴). از دیدگاه طرفداران این رویکرد، بر اساس تعریف دوم، دادرسی منصفانه دو بخش دارد (آخوندی، ۱۳۷۸: ۹).

۱. اگر شهروندی مورد تعدی و تجاوز و یا ظلم و ستم قرار گرفت، باید بتواند آزادانه و بدون هیچ واهمه و مانعی به یک دادگاه صالح و مستقل و بی‌طرف مراجعه و درخواست احقاق حق و رفع ظلم نماید؛

۲. چنانچه شهروندی در معرض اتهام قرار گیرد، باید بتواند در یک دادگاه مستقل و بی‌طرف آزادانه از خود دفاع کند. برای این دفاع نباید محدودیت خاصی وجود داشته باشد. اگر ابزار و اندیشه‌ی دفاعی او مورد توجه قرار نگیرد و دلایل کافی و منطقی بر توجه اتهام وجود داشته باشد که برای دادرسان اقناع وجدانی به وجود آورد و در مقام صدور حکم محکومیت برآیند باید تنها مجازات از پیش تعیین شده در قانون مورد حکم قرار گیرد و با رعایت «حیثیت و کرامات انسانی» اجرا شود. «به نظر می‌رسد رویکرد دوم امروزه انطباق بیش‌تری با مفهوم بسط یافته‌ی دادرسی منصفانه دارد، چون که در این رویکرد هم حقوق متهم و هم حقوق بزه‌دیده مورد حمایت قرار گرفته است و در نتیجه، علاوه بر انطباق بر شاخص‌های دادرسی منصفانه به نحو مقرر در اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی، فواید و آثار آن نیز از حقوق متهم به حقوق زیان دیده تعمیم پیدا کرده است» (امیدی، ۱۳۸۷: ۲۷).

دو دیدگاه ارایه شده متاخذ از همان رویکردهای متضاد در آیین دادرسی کیفری است. یکی الگوی کنترل جرم و دیگری الگوی دادرسی منصفانه. الگوی کنترل جرم، سرکوب رفتارهای مجرمانه را

¹. See Bronitt, Simon H., Comparative perspectives on the fair trial principle: A flawed balance?; Paper Given at the National Forum, Peaceful Coexistence: Victims' Rights In A Human Rights Framework, Rydges Capital Hill, Canberra, 16th November 2005.



رسالت اصلي نظام عدالت کیفری می‌داند. هدف نهایی نظام عدالت کیفری در این الگو ایجاب می‌نماید که امنیت پایدار در جامعه هرچند با مجازات افراد بی‌گناه مستقر شود.

در الگوی دادرسی منصفانه، عملکرد اصلي دادگاه‌های کیفری، داوری بی‌طرفانه در تعارضات میان دولت و شهروندان است. گرچه تأمین امنیت در الگوی دادرسی منصفانه نیز مهم است؛ اما این الگو قائل به برقراری امنیت از هر راه ممکن نیست؛ زیرا محور اساسی الگوی قانون‌مداری، حفظ حقوق اشخاص و احترام به آزادی‌های شهروندان است. بر اساس این الگو، نظام عدالت کیفری بر متهم برتری ندارد، بلکه برابری قضایی بر روابط دو طرف حاکم است (قپانچی، ۱۳۹۱: ۱۶۷ و ۱۸۴).

۱-۳. مستند و مستدل بودن حکم

یکی از معیارهای صدور حکم مستند، مستدل و موجه بودن آن است. فیصله‌ها باید بر اساس دلایلی که اتهامات مندرج صورت دعوا را ثابت سازد، استوار باشد. رأی دادگاه باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر مبنایی آن صادر شده است. اگر آرا مستدل و مستند باشد، به‌طور مسلم نقش توضیح دهنده و توجیه رانه هم دارد. آرای که از چنان انشایی برخوردار است که می‌توان آن را به دلیل متن یک‌نواخت و فقدان توضیح و استدلال، بر روی هر دوسیه یا خواست‌های گذاشت، اقرار به سست و بی‌بنیه بودن قضاوت است؛ حتی اگر در نتیجه هم صحیح باشد و حق را به صاحب آن بدهد. به‌طور مسلم ترویج چنین روندی مردم را نسبت به صحت قضاوت مردم می‌سازد و احساس تضمین و امنیت قضایی را به خطر می‌اندازد (باقری، ۱۳۸۲: ۱۵۰).

به موجب ماده‌ی ۶۱ قانون اجراءات جزایی و ماده‌ی ۱ و ۲ ق.م. افغانستان، رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصول باشد. بر اساس ماده‌ی دوازده‌ی قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضاییه ج.ا.ا: «محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می‌نماید، در فیصله ذکر کند» و ضمانت اجرای این تکلیف و الزام نقض و شکسته شدن حکم قاضی ذکر شده است.^۱

در ماده‌ی ۲۴۷ و ۲۴۸ اصول محاکمات مدنی افغانستان نیز مقرر شده است که فیصله‌ی محکمه باید قانونی و مستدل باشد و قاضی محکمه نمی‌تواند فیصله‌ی خود را بدون استناد به دلایل صادر نماید. از همین رو، در نظام اسلامی، قاضی دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد

^۱ جز ۲۳ ماده‌ی ۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضاییه ج.ا.ا.



و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد، با استناد به منابع معتبر، حکم قضیه را صادر کند.^۱ شبیه به این بیان، در اصل یکصد و بیست و نهم قانون اساسی آمده است که به موجب این اصل، محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می نماید، در فیصله ذکر کند. مطابق مادهی یکصد و سی ام قانون اساسی افغانستان، محاکم قضایی مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نماید که عدالت را به بهترین وجه تامین نماید. با توجه به این اصول، قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند.

این تعبیر حاکی از آن است که مشروعیت نوع و میزان مجازات محدود به پیش بینی در قوانین مدون نیست بلکه اگر در قوانین مدون حکم یک موضوع نیامده باشد، می توان به منظور پی بردن به حکم قضیه به منابع فقهی معتبر مراجعه کرد. هرچند در این که رجوع به منابع فقهی محدود به تشخیص حکم است یا برای تشخیص موضوع نیز می توان به منابع معتبر فقهی مراجعه کرد اختلاف است. بیان مقنن در قانون اساسی و مدنی و قانون اصول محاکمات، نص در محدود بودن این مراجعه برای تشخیص حکم است، هرچند شاید بتوان در رابطه با مادهی ۱۳۰ ق. اساسی که می گوید: هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد» و همچنین با استفاده از مادهی ۲ قانون مدنی افغانستان که می گوید: در صورتی که حکمی در قانون و یا فقه وجود نداشته باشد، قاضی باید به عرف مراجعه نماید، این استفاده را نمود که مراجعه به منابع فقهی در رابطه با موضوعات نیز جایز است. به خصوص این که در بسیاری از موارد عرف مرجع تشخیص موضوعات است. هرچند پذیرش این امر چندان آسان نیست. البته توجه داشته باشیم که مطابق مادهی ۱۳۰ قانون اساسی، قاضی در مراجعه به فقه برای حل موضوع، در برداشت فقهی خویش دو محدودیت را باید

۱. مادهی (۲۱) ق. م. در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق به اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می نماید که عدالت را به بهترین وجه ممکن آن تامین نماید.

مادهی ۲. در مواردی که حکمی در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید، مشروط بر این که عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد. در مادهی ۶۱ قانون اجراءات جزایی موقت آمده است: «فیصله شامل مطالب ذیل می باشد: ۱. هویت متهم؛ ۲. تعریف حقایق و جزئیات شامل اتهام نامه و ۳. بیان خلص دلایل فیصله با اشاره به واقعیت های مشمول و احکام قانون مورد استناد.



رعایت کند: برداشت فقهی قاضی مغایر با قانون اساسی نباشد، دیگری این که برداشت فقهی به نحوی باشد که عدالت را به بهترین وجه تامین کند و به عبارت دیگر مغایر با عدالت نباشد.

بنابراین، انشای رأی مستند، مستلزم بررسی این امر است که چه ماده‌ای از مواد قانونی یا قاعده‌ی فقهی بر مسأله‌ی قابل اعمال است. تعیین قاعده‌ی قابل اعمال در نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت است. در نظامی مانند «کامن لو» که قواعد حقوقی، مستخرج از رویه‌های قضایی است، این امر به صورت تنظیم قاعده از قضیه‌ی سابق تحقق می‌یابد؛ اما در نظام حقوقی نوشته، مسأله، تشخیص ماده‌ی قانونی قابل اعمال بر قضیه است. برای تشخیص ماده‌ی قانونی قابل اعمال باید عناصر واقعه را شناخت و برای مشخص کردن عناصر و ارکان واقعه باید قاعده را پیدا نمود؛ در واقع ذهن قاضی باید میان این دو امر در رفت و برگشت باشد و چنین توانایی‌ای، روحی آماده برای قضاوت می‌طلبد (صالحی راد، ۱۳۸۸: ۱۰).

بنابراین، مطابق قانون اساسی و قوانین عادی؛ حکم محکمه باید مستدل، مستند و موجه باشد. موجه بودن حکم به معنای مقبولیت عقلانی آن است. بدین معنا که استدلال دادگاه که رأی بر آن متکی و به مواد قانونی یا قواعد حقوقی استناد شده است، از نظر عقلی و منطقی قابلیت پذیرش داشته باشد؛ زیرا عقلایی بودن حکم صادر شده، از جهات موجه بودن حکم است. موجه بودن، نتیجه‌ی مستدل و مستند بودن است. اگر رأی دادگاه مستدل و مستند باشد، موجه نیز خواهد بود. موجه بودن آرا و سایر قواعدی که گاه به دلیل اهمیت در قانون اساسی نیز پیش‌بینی شده‌اند، یکی از روش‌های تضمین‌کننده‌ی امنیت قضایی است و ضرورت دارد که احکام دادگاه‌ها موجه باشد و بدون دلایل منطقی و قانونی حکم و یا قراری صادر نکنند (آخوندی، ۱۳۷۹: ۵۴).

۴-۱. صدور حکم از مرجع صلاحیت‌دار

به موجب مقررات، مراجع صدور رأی کیفری باید صلاحیت صدور رأی کیفری را داشته باشند. صلاحیت کیفری عبارتست از شایستگی و اختیاری که به موجب قانون برای مرجع کیفری جهت رسیدگی به امور کیفری واگذار شده است (آشوری، ۱۳۸۵: ۴۸) بنابراین، نخستین مسأله‌ای که مراجع قضایی باید به آن بپردازند بررسی صلاحیت خود جهت شروع به رسیدگی و اصدار حکم است و در صورتی که خود را صالح به رسیدگی ندانند، موظف به اصدار قرار عدم صلاحیتند. صلاحیت، تکلیف و حقی است که مراجع قضایی در رسیدگی به دعاوی و شکایات، به حکم قانون دارا می‌باشند. پیش‌بینی مراجع قضایی و دامنه‌ی صلاحیت آن‌ها، در قانون و منوط نمودن رسیدگی و صدور رأی مرجع قضاوتی به صلاحیت آن، بر لزوم قانونی بودن تشکیل و صلاحیت مراجع قضایی مندرج در





اصول ۱۲۰، ۱۲۲ و ۱۲۳ و ۱۲۴ قانون اساسی مبتنی است. بنابراین، هر مرجع قضایی در صورتی می‌تواند و مکلف است به امری رسیدگی نماید که این امر به موجب قانون در حیطه‌ی صلاحیت آن قرار داده شده باشد. رعایت قواعد و اصول مربوط به صلاحیت به عنوان یکی از شاخصه‌های قانونی رأی متقن از سوی مرجع قضاوتی صادرکننده‌ی رأی، در قانون اساسی و قوانین عادی اعم از آیین دادرسی مدنی و کیفری مورد توجه قرار گرفته است که عدم رعایت قواعد مربوط به صلاحیت، موجب نقض آرا و بدون اثر شدن اقدامات مرجع قضایی غیرصالح خواهد شد (باقری، ۱۳۸۲: ۱۶۴).

صلاحیت ناظر به نظم عمومی است. برخلاف امور حقوقی که در پاره‌ای از موارد اصحاب دعوا می‌توانند با توافق یکدیگر از صلاحیت مرجع خاص عدول کنند، در امور کیفری عدم رعایت قواعد و مقررات راجع به صلاحیت حتا با توافق یکدیگر تجویز نشده است. چرا که قوانین مربوط به صلاحیت از جمله‌ی قوانین آمره بوده و قلمرو آن را قانون تعیین می‌کند و کلیه‌ی مراجع قضایی اعم از تعقیب، تحقیق، رسیدگی و تجدید نظر موظف به رعایت آن هستند (آشوری، ۱۳۸۵: ۴۹) و ضوابط چهارگانه‌ی محل وقوع، محل کشف، اقامتگاه و محل دستگیری را در تعیین صلاحیت محلی و همچنین معیارهای چون موضوع اتهام (نوع جرم) و میزان مجازات به‌عنوان ملاک صلاحیت ذاتی در نظر بگیرند.

صلاحیت ذاتی بر اساس صنف، نوع و درجه‌ی دادگاه تعیین می‌گردد. «از دیدگاه تطبیقی، صلاحیت ذاتی محاکم بر دو نظام استوار است. در نظام اول که آن را «نظام تعیین صلاحیت ذهنی» می‌نامند، قانونگذار از دیدگاه نظری جرایم را بر حسب شدت و ضعف آن‌ها طبقه‌بندی کرده و برای رسیدگی به هر طبقه دادگاه خاصی را در نظر می‌گیرد... در نظام دوم که «نظام تعیین صلاحیت عینی» خوانده می‌شود قانونگذار به شیوه‌ی عینی به احصاء و ذکر جرایمی که در صلاحیت هر یک از دادگاه‌ها است، می‌پردازد» (آشوری، ۱۳۸۵: ۷۳) شخصیت مرتکب (سن و سمت متهم) تعیین‌کننده‌ی صلاحیت شخصی است. نمونه‌ی بارز آن دادسرا و دادگاهی ویژه‌ی روحانیت و اطفال است. طبیعی است که حکم صادره از مرجع فاقد صلاحیت بی‌اعتبار بوده حتی اگر از لحاظ محتوی درست صادر شده باشد.

بر پایه‌ی معیار فوق، اولاً، غیر قاضی حق صدور حکم را ندارد و ثانیاً، قضاتی که مردود از رسیدگی هستند و یا درحال تعلیق به سر می‌برند، نمی‌توانند حکم به مجازات صادر کنند. همچنین مراجع غیر کیفری نیز صلاحیت صدور حکم کیفری را ندارند. قاضی صالح عبارت از کسی است که با داشتن ابلاغ قضائی، مردود از رسیدگی نباشد؛ یعنی در امور دادرسی و تحقیق بی‌طرفی کامل، یک اصل اساسی و مهم است. قاضی باید نسبت به شاکی، متهم و همه‌ی کسانی که در امر جزایی شرکت دارند، بی‌طرف باشد و با رعایت کامل این اصل، وظایف خود را انجام بدهد. قاضی ممکن است به مناسبت

تصدی مقام قضا، به‌واقع در هر حال بی‌طرفی را رعایت کند و هرگاه از نزدیکانش هم طرف دعوا باشد، از بی‌طرفی خارج نشود؛ اما چون قانونگذار خواسته توهّم جانبداری هم برای اصحاب دعوا پیدا نشود، دادرسان و قضات را ملزم نموده است تا در موارد خویشاوندی و بستگی با اصحاب دعوا و یا ذینفع بودن در موضوع، از رسیدگی و تحقیق امتناع نماید و تصریح نموده که اصحاب دعوا هم می‌توانند آن‌ها را رد نمایند تا فضایی قضاوت صاف و شفاف و پاک بماند و تصور جانبداری در هیچ فرضی مورد پیدا نکند. به همین دلیل قانونگذاران کشورهای مختلف در این گونه موارد، مقرراتی لازم‌الرعايه وضع کرده‌اند. دیوان اروپایی حقوق بشر در ارتباط با ضرورت بی‌طرفی قاضی بر مبنای دو ضابطه «عینی»^۱ و «ذهنی»^۲ دادخواست‌ها را بررسی می‌کند: از دیدگاه عینی ویژگی‌های ساختاری و عملکردی دادگاه مد نظر قرار می‌گیرد؛ لذا در مواردی که ریاست دادگاه با قاضی‌ای باشد که از قبل نقش بازپرس را در قضیه ایفا کرده است، بی‌طرفی دادگاه مخدوش اعلام می‌شود؛ اما از دیدگاه ذهنی وجدان قاضی به هنگام اتخاذ تصمیم مورد کنکاش قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، رفتار قاضی باید به گونه‌ای باشد که هر گونه تردید نسبت به جانبداری او را مرتفع سازد (آشوری، ۱۳۸۵: ۱۵).

۲. معیار قطعیت حکم

محکومیت کیفری برای این‌که قابلیت اجرایی پیدا کند و بتواند آثار آن حکم بر محکوم‌علیه تحمیل شود، باید قطعی شده باشد. «گارو» در این زمینه می‌نویسد: «هیچ مجازاتی اجرا نمی‌شود مگر آن که بر اثر حکم قطعی باشد. یعنی از دادگاه این مملکت صادر شده باشد و در نتیجه پژوهش و فرجام استوار شده یا مهلت‌های قانونی اعتراض و پژوهش و فرجام آن گذشته باشد و هیچ راهی برای تعلیق اجرا نداشته باشد» (گارو، ۱۳۴۴: ۵۰) تبدیل وضعیت شخص از حالت بی‌گناهی به مجرمیت بر اساس حکم قطعی است و مطابق قانون اساسی تا زمانی که حکم صادره شده‌ی محکمه به قطعیت نرسیده باشد، حالت بی‌گناهی ادامه دارد (ماده‌ی ۲۵ قانون اساسی. ج. ۱. ا. ماده‌ی ۵ کود حزا نیز به‌عنوان قواعد عمومی مقرر می‌دارد: «برائت ذمه حالت اصلی است. شخص تا زمانی که به حکم قطعی محکمه‌ی با صلاحیت محکوم علیه قرار نگرفته باشد؛ بی‌گناه شناخته می‌شود». همچنین برای اجرای مجازات تکمیلی و تبعی نیز محکومیت باید قطعی شده باشد.^۳ لذا باید بررسی شود که یک حکم کیفری چه زمانی قطعی است.

^۱. objective

^۲. subjective

^۳. در این زمینه ماده‌ی ۱۷۴ کد جزا مقرر می‌دارد: «ماده‌ی ۱۷۴: هرگاه محکوم علیه تا زمان صدور حکم از حقوق و امتیازات مندرج ماده‌ی ۱۷۲ این قانون مستفید باشد، بعد از قطعیت حکم، از آن محروم می‌گردد.»



تعریف و معیاری مشخص راجع به قطعیت حکم از سوی حقوقدانان ارایه نشده است. برخی قابلیت اجرای حکم را مناط و ملاک قطعیت آن می‌دانند؛ یعنی برای این که بدانیم حکم قطعی است یا خیر، انواع احکام لازم‌الاجرا و شرایط آن را بررسی و شناسایی نمود. برخی دیگر عدم قابلیت اعتراض را معیار حکم قطعی دانسته است. حکمی که در مراحل بدوی محکومیت صادر شده و جریان استیناف و تمیز را طی کرده، قطعی و لازم‌الاجرا شده است. برخی هم معتقدند که حکم نهایی، حکم قطعی است (اسمعیلی، ۱۳۵۳: ۱۷). جز ۱۰ ماده‌ی ۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضاییه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان؛ حکم قطعی را این گونه تعریف کرده است: «حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضائی (مراحل قضائی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهایی از لحاظ آثار یکی می‌باشد» در فقره‌ی ۹ از ماده‌ی ۴ کد جزا در مورد حکم قطعی چنین مقرر شده است: «حکم قطعی: حکمی است که:

- طبق احکام قانون در محکمه‌ی ابتدائیه یا استیناف نهایی شده باشد؛

- محکمه فرجام در مورد، حکم نهایی صادر نموده باشد؛

- ستره محکمه بعد از رسیدگی تجدید نظر در مورد، حکم صادر نموده باشد؛

- میعاد تقدیم شکایت یا اعتراض بر آن مطابق قانون منقضی شده باشد.»

در مجموع می‌توان گفت که حکم قطعی، حکمی است که تمام مراحل استیناف‌خواهی و فرجام‌خواهی را طی کرده باشد و یا این که مواعد آن سپری شده باشد و یا حتا از ابتدا فاقد مهلت‌های مذکور برای مراغه‌طلبی و تمیزخواهی بوده باشد و جز از طرق فوق‌العاده قابل نقض نباشد.

باتوجه به مطالب فوق، می‌توان سه معیار را برای قطعی شدن حکم ارایه داد:

۱-۲. قابلیت اجرا

یکی از معیارهای شناخت حکم قطعی از غیر قطعی، قابلیت اجرای حکم است. برخی معیار قطعی بودن را قابلیت اجرا دانسته و معتقدند هر حکمی که قابلیت اجرا را داشته باشد، قطعی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۳۳۴) در صورت که احکام مربوط به محکومیت کیفری قابل تطبیق و اجرا باشد، حکم قطعی خواهد بود. برای این که تشخیص دهیم حکم در چه مواردی لازم‌الاجرا است باید به قانون مراجعه نمود. در قانون افغانستان این معیار پیش‌بینی نشده است. صرف در ماده‌ی صد و بیست و نهم قانون اساسی پیش‌بینی شده است: «...تمام فیصله‌های قطعی محاکم واجب - التعمیل است مگر



درحالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور می باشد». البته احکامی که قابلیت اجرا را دارند در قانون بقیه‌ی کشورها به تفصیل بیان شده است. از باب نمونه در ماده‌ی ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب جمهوری اسلامی ایران آمده است: «احکام لازم‌الاجرا عبارتند از: الف) حکم قطعی دادگاه بدوی؛ ب) حکم دادگاه بدوی که در مهلت مقرر در قانون نسبت به آن حق اعتراض یا درخواست تجدید نظر نشده باشد و یا اعتراض و یا درخواست تجدید نظر نسبت به آن رد شده باشد؛ ح) حکم دادگاه بدوی که مورد تایید مرجع تجدید نظر قرار گرفته باشد؛ د) حکمی که دادگاه تجدید نظر پس از انقضای رای بدوی صادر نماید.»

بر اساس نص صریح ماده‌ی ۲۳۲ قانون مذکور، اصل بر قطعیت آرای دادگاه‌ها است، مگر مواردی که در قانون خلاف آن تصریح شده باشد.

۲-۲. عدم قابلیت اعتراض

برخی از حقوقدانان گفته‌اند: «از نظر علمی و منطق خاص قضایی، حکم کیفری وقتی قطعی است که جز از طریق اعاده‌ی دادرسی قابل شکایت نباشد. تعریف فوق بر این اساس مبتنی است که شکایت از احکام مهلت دارد؛ چنانچه در مهلت قانونی، اعتراض نشود، حکم قطعیت می‌یابد. اما درخواست اعاده‌ی دادرسی مهلت خاص ندارد. هر وقت علتی که موجب اعاده‌ی دادرسی حادث گردد، ذینفع می‌تواند درخواست اعاده‌ی دادرسی نماید. به این جهت در تعریف حکم قطعی، اعاده‌ی دادرسی را مستثنا می‌کنند» (آخوندی، ۱۳۷۴: ۱۸).

۲-۳. نهایی شدن حکم

یکی از معیارهای تشخیص حکم قطعی از حکم غیر قطعی، نهایی شدن حکم است، بدین مفهوم اگر حکمی تمام مراحل استیناف خواهی و فرجام خواهی را طی کرده باشد، قطعی است؛ اما اگر حکم در یکی از این مراحل قرار دارد و مهلت‌های مقرر در قانون برای اعتراض هم منقضی نشده باشد، حکم غیر قطعی خواهد بود. منظور از حکم قطعی، حکمی است که راه اعتراض به طریق عادی نسبت به آن وجود نداشته باشد؛ زیرا اعاده‌ی دادرسی یک راه فوق‌العاده است و تا راه عادی گشوده باشد، نوبت به راه فوق‌العاده نمی‌رسد. این ویژگی گاهی بدین صورت است که حکم، از اساس قطعی و نهایی است و گاهی به خاطر آن است که در مهلت مقرر نسبت به آن تجدید نظرخواهی نشده است و گاهی به این خاطر است که راه‌های عادی طی شده به نتیجه نرسیده است (فتحی سرور، ۱۳۸۲: ۸۰۵).

با توجه به تعریف حکم قطعی و معیارهای فوق، احکام کیفری در موارد زیر قطعی است:

۱- احکامی که طبق قانون قابل استیناف خواهی، فرجام خواهی و تجدید نظرخواهی نباشد؛

۲- احکامی که در شورای عالی محکمه‌ی کشور قطعی شده باشد؛

۳- احکامی که فرجام‌خواهی از آن‌ها رد شده باشد؛

۴- احکام غیابی که ابلاغ واقعی شده و حسب مورد تقاضای استیناف خواهی، فرجام‌خواهی و یا تجدید نظرخواهی از آن‌ها نشده باشد؛

۵- احکامی که مهلت استیناف‌خواهی و یا فرجام‌خواهی از آن‌ها منقضی شده باشد. (آخوندی، ۱۳۷۴: ۲۴).

با توجه به معیارهای که در مورد حکم نهایی و قطعی در دکترین حقوق و قوانین موضوعه‌ی کشورها ذکر شده است، می‌توان گفت: هر حکم نهایی حکم قطعی است؛ زیرا قابل اعتراض نمی‌باشد، مگر با روش‌های فوق العاده و خاص؛ اما هر حکم قطعی نهایی نیست؛ زیرا احکام در هر مرحله با شرایط خاص (قناعت طرفین دعوا و یا انقضای مدت زمان اعتراض) می‌تواند قطعی شود در حالی که حکم نهایی نیست.



نتیجه‌گیری

مرحله‌ی صدور حکم را می‌توان مهم‌ترین مرحله‌ی فرایند کیفری دانست؛ زیرا تمامی اقدامات ضابطان و مقامات تعقیب، برای کشف حقیقت و ایجاد زمینه‌ی مناسب برای اجرای عدالت و صدور حکم معقول، منطقی و مناسب است. هنر آن است که مقنن و دستگاه عدالت کیفری بتوانند در نهایت، حکمی را صادر نمایند که هم تأمین کننده‌ی عدالت قضایی باشد و هم حقوق و آزادی‌های فردی. دو مصلحت فوق‌الذکر در صورتی محقق خواهد شد که از یک سو، معیارها و ضوابطی که اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی در صدور رای بیان کرده به کارگرفته شود و از طرف دیگر احکامی اجرا و تطبیق گردد که قطعی و یا نهایی شده باشد. احراز مجرمیت، رعایت انصاف و عدالت، موجه و مستند و مستدل بودن حکم از اصول و ضوابطی است که فیصله محکمه باید دارا باشد و برای تشخیص حکم قطعی از غیر آن معیارهای متعددی ذکر شده است. قابلیت اجرا بودن حکم، عدم قابلیت اعتراض و یا نهایی شدن احکام از جمله ضوابطی است که در دکتترین علم حقوق و به صورت پراکنده در قوانین کشورها برای قطعی شدن حکم بیان شده است.

در این خصوص لازم به ذکر است که نظام حقوقی کشور ما، فراز و فرودهای بسیاری را طی کرده است. در وضعیت کنونی نیز به‌رغم پذیرش برخی پایه‌ها و اصول دادرسی عادلانه در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان و قوانین عادی، نظیر پذیرش فرض برائت و حق دسترسی به وکیل و سایر حقوق مظنون، متهم و مجرم؛ هنوز تا دسترسی به نقطه‌ی مطلوب و صدور حکم عادلانه فاصله داریم. برخی تلاش‌های تقنینی در سال‌های اخیر صورت گرفته است، از جمله تصویب قانون اجراءات جزایی (۱۳۹۲)، کد جزا که مشتمل بر مجازات‌های جایگزین زندان است و ضمیمه‌ی شماره‌ی ۲ قانون اجراءات جزایی در مورد تطبیق بدیل‌های حبس و حجز (۱۳۹۶)؛ اما هیچ‌کدام رهاوردی قوی برای نظام حقوقی ما در مراحل اجراءات عدلی در پی نداشت. به دلیل این که رعایت معیارهای دادرسی عادلانه از جمله مستند و مستدل بودن حکم محکمه، فاقد ضمانت اجراهای مناسب است. ناموجه و غیر مستند بودن بودن حکم صرفاً بطلان جلسه‌ی قضایی را در پی دارد و این که مرجع صادر کننده‌ی حکم، قابل تعقیب جزایی باشد در قانون پیش‌بینی نشده است. بنا به مراتب فوق، ضروری است که مقنن در گام بعدی تقنین در حوزه‌ی اصول محاکمات جزایی، نواقص و خلأهای مربوط به مرحله صدور فیصله را رفع کرده، این مرحله را هر چه بیش‌تر با ضوابط و معیارهای دادرسی منصفانه هماهنگ کند.



۱. آخوندی، محمود. (۱۳۷۷). آیین دادرسی کیفری. تهران: انتشارات وزارت ارشاد. چاپ چهارم.
۲. ----- (۱۳۷۸). حق بهره مندی از محاکمه‌ی عادلانه؛ مجله حقوقی دادگستری، ش ۲۷.
۳. (۱۳۷۹)، آیین دادرسی کیفری (اندیشه‌ها) جلد چهارم، چاپ اول: انتشارات اشراق.
۴. آشوری، محمد. (۱۳۷۹). آیین دادرسی کیفری. تهران: انتشارات سمت.
۵. ----- (۱۳۸۲). جای‌گزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین. تهران: نشر گرایش، چ ۱.
۶. ----- (۱۳۸۵)، آیین دادرسی کیفری ج ۲، تهران: سمت. چاپ هفتم.
۷. امیدي، جلیل. (۱۳۸۲). دادرسی کیفری و حقوق بشر. مجلس و پژوهش. ش ۳۸، س ۱۰.
۸. امیدي، جلیل و سمیه نیکویی. (۱۳۸۷). تعریف و مبانی علنی‌بودن رسیدگی. فصلنامه‌ی مدرس علوم انسانی. دوره‌ی ۱۲. شماره‌ی ۳.
۹. باقری، یوسف و سهام صداقتی. (۱۳۸۲). شاخص‌های رأی قوی و متقن. مجله قضاوت. ش ۷۹.
۱۰. جورج پی، فلچر. (۱۳۸۴). مفاهیم بنیادی حقوق کیفری. ترجمه سید مهدی سیدزاده ثانی با دیباچه از علی حسین نجفی ابراندآبادی. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چ ۱.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش. چاپ سیزدهم.
۱۲. شیري، عباس. (۱۳۹۶). عدالت ترمیمی. تهران. چ ۱. نشر میزان.
۱۳. صالحی‌را، محمد. (۱۳۸۸). آیین نگارش آراء قضای، چاپ دوم: انتشارات مجد.
۱۴. صفاری، علی. (۱۳۹۲). مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی. تهران: جنگل. چاپ دوم.



۱۵. فتحي سرور، احمد. (۱۹۸۲). الوجيز في قانون الاجرائات الجنائية. دارالنهضة العربية. القاهرة.

۱۶. فيض الاسلام. (۱۳۸۷). نهج البلاغه. نامه‌ی حضرت علی^(ع) به مالک اشتر نخعی: ۹۹۳.

۱۷. قیاسی، جلال الدین، حمید دهقان و قدرت‌الله خسروشاهی. (۱۳۸۵). مطالعه‌ی تطبیقی حقوق جزای عمومی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. جلد اول. چاپ دوم.

۱۸. قپانچی، حسام و حمیدرضا دانش ناری. (۱۳۹۱). الگوهای دوگانه‌ی فرایند کیفری (کنترل جرم و دادرسی منصفانه). آموزه‌های حقوق کیفری. دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

۱۹. قانون جزای جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۵۵.

۲۰. کد جزای جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۶.

۲۱. قانون اجراءات جزای جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۲.

۲۲. قانون اجراءات جزای جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۲.

۲۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۲.

۲۴. قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضاییه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان. ۹ سرطان ۱۳۹۲،
نمبر مسلسل ۱۱۰۹.

۲۵. ضمیمه‌ی شماره‌ی ۲ قانون اجراءات جزایی در مورد تطبیق بدیل‌های حبس و حجز، ۱۳۹۶.

۲۶. قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب جمهوری اسلامی ایران.

۲۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲). سهم عدالت در قضاوت، مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم
سیاسی، شماره‌ی ۶۲.

۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۷). تهران، دارالکتب الاسلامیه.

۲۹. گارو، رنه (۱۳۴۴)، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، ترجمه و تطبیق ضیاالدین نقابت،
تهران: ابن سینا.

۳۰. ملک اسمعیلی، عزیزالله. (۱۳۵۳). حقوق جزای عمومی: دانشگاه تهران.



۳۱. یاوری، یدالله. (۱۳۸۹). حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی. (با نگاه به کنوانسیون اروپایی. حقوق بشر و رویه‌ی قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر). نشریه‌ی حقوق اساسی، س ۲، ش ۲.

32. Garne B. A; Black's law dictionary; Eighth Edition, U.S.A. Thomson, 2004.

33. -Barbara, Hudson, (2003) Understanding Justice, Introduction to Ideas,

i. Perspective and Controversies, Modern Theory, Milton Keynes, Open

ii. University Press.

34. Christophe Merle, Jean, (2000) A Kantian Critique of Kant's Theory of

i. Punishment, Law and Philosophy, Vol.19, No.39.

35. Cohen, Jacqueline, (1938) Incapacitation as a Strategy for Crime Control: possibilities and pitfalls, crime and Justice, Vol.5.



گستره‌ی صلاحیت نهادهای ناظر اساسی در نظم اساسی افغانستان

قاسم علی صداقت*

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

چکیده

تضمین اهداف و کارکردهای نظارت اساسی در هر کشور بسیار مهم است که بستگی به عواملی دارد و یکی از آن‌ها صلاحیت و گستره‌ی نهادهای ناظر اساسی است. به همین خاطر، در این تحقیق مبانی نظری گستره و محدوده‌ی نظارت اساسی در ابتدا بررسی و ارزیابی شده است. با توجه به مبنای نظری مد نظر، در گام بعدی صلاحیت‌های ستره محکمه به عنوان محکمه و دادرسی اساسی مورد دقت و توجه قرار گرفته است که صلاحیت‌های متنوع و گوناگون دارد. واکشی صلاحیت‌های کمیسیون مستقل نظارت اساسی نیز مورد دقت و توجه قرار گرفته است. در هر یک از دو بحث یادشده، از این نکته غفلت نشده است که گستره‌ی صلاحیت‌های هر دو نهاد برای تضمین اهداف نظارت اساسی کافی است یا خیر و هدف از تحقیق نیز در نهایت همین مسأله می‌باشد؛ اما باید توجه شود که صلاحیت‌های گسترده‌ی ستره محکمه بنا به عوامل مختلف هنوز نتوانسته اهداف و کارکردهای نظارت اساسی را برآورده سازد.

واژگان کلیدی: نظارت اساسی، کمیسیون مستقل نظارت اساسی، ستره محکمه صلاحیت‌های

دادرسی اساسی، گستره و محدوده‌ی صلاحیت‌ها، صلاحیت تطبیق تفسیر و قضایی.

قلمرو و محدوده‌ای صلاحیت‌های نهادهای ناظر اساسی از مباحث بسیار مهم و اساسی است؛ چرا که کافی بودن صلاحیت نهادهای یادشده بر نظم اساسی و امنیت حقوقی کشور بسیار مؤثر است و از نظر حقوق اساسی محکمه‌ی اساسی عالی‌ترین نهاد اساسی است که در رأس هرم قدرت قرار دارد؛ که کافی بودن صلاحیت و به کارگیری آن می‌تواند پیامدهای ذیل را در بر داشته باشد: تضمین حقوق آزادی‌ها؛ مهارت قدرت؛ تأمین مشروطه‌خواهی؛ صیانت از دموکراسی و غیره.. از این‌رو، به دلیل کارکردهای یادشده بحث از گستره‌ی صلاحیت نهاد ناظر اساسی و روشن شدن محدوده‌ی آن خود از نظر نظم اساسی می‌تواند علاوه بر مشخص شدن صلاحیت‌های نهادهای ناظر اساسی، می‌تواند به توسعه‌ی دانش نظارت اساسی در جامعه مساعدت کرده به ترویج علمی این موضوع کمک کند.

از سوی دیگر، صلاحیت‌های نهاد ناظر افغانستان با این هدف تحلیل ارزیابی خواهد شد که آیا برای تضمین کارکردها کافی است یا خیر؟ چون انتظار از دادگاه‌های اساسی در زمینه‌ی کارکردها افزایش یافته است. از طرفی دلایل گستردگی صلاحیت‌ها را در عوامل زیر می‌توان یافت: گستردگی مقررات قانون اساسی، نقش نگهبانی دادگاه اساسی نسبت به قانون اساسی، حمایت از حقوق و آزادی‌های متنوع، شکست نهادهای دموکراتیک مانند پارلمان در زمینه‌ی تضمین حقوق و آزادهای مردم و تجربه‌ی فاشیسم و نازیسم در کشورهای اروپایی، استبداد اکثریت و افزایش انتظارات از دادگاه اساسی در حوزه‌ی کارکردها.

نظارت اساسی، قدرتی تلقی شده است که به نهاد یا نهادهای دولتی واگذار^۱ می‌شود تا اساسی بودن اقدامات دیگر نهادهای دولتی را بررسی و ارزیابی کنند.^۲ به عبارت دیگر، نظارت اساسی قدرت بررسی قوانین موضوعه و اقدام‌های حکومت با هدف انطباق با قانون اساسی است. مقصود از صلاحیت مجموعه‌ای از اختیار، امتیاز و قدرتی است که از سوی قانونگذار به نهادهای ناظر اساسی واگذار شده است که در شرایط معین آن‌ها را به کار گرفته و اهداف مشخص نظارت اساسی را برآورده سازند. در این نوشتار، صلاحیت اجباری و اختیاری هر دو مدنظر است و در نتیجه شامل وظیفه هم خواهد شد. مقصود از نهاد ناظر اساسی، مراجع قانونی نظارت است که تطبیق تمامی اقدامات نهادهای دولتی و غیر دولتی با قانون اساسی را به عهده دارند و در صورت نقض قانون اساسی از صلاحیت خاص ابطال، لغو و غیر قانونی اعلان کردن برخوردارند.

¹. Ginsburg, tom, Comparative Constitutional Review, University Of Chicago Law School, July 30 , 2008, P .1.

². [Http://Www.Britannica.Com/Ebchecked/Topic/307542/JudicialReview](http://Www.Britannica.Com/Ebchecked/Topic/307542/JudicialReview).



در کشور ما دو نهاد ناظر اساسی به صورت موازی در قانون اساسی پیش‌بینی شده است که خواننده باید از آن مطلع باشد: ۱. ستره محکمه و ۲. کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی. ستره محکمه بر اساس الگوی آمریکایی است و کمیسیون تقریباً از الگوی اروپایی گرفته شده است. از این نکته هم نباید غفلت کرد که در عمل ستره محکمه نظارت اساسی را به عهده دارد و کمیسیون را به تقریب کنار گذاشته است.

الف) نگاه تئوریک به محدوده‌ی نظارت اساسی

تلاش کلسن و امثال او بر تعیین راهکارهای تضمین اصل قانونی بودن به‌عنوان یک مسأله‌ی مهم حقوقی - سیاسی متمرکز بود. اندیشمندان معاصر حقوقی و سیاسی نیز در حوزه‌ی نظارت اساسی در راستای تضمین این هدف، نظریات متعددی ارائه کرده‌اند و همواره در پی پاسخ این مشکل بوده‌اند که چگونه می‌توان قانونی بودن اقدامات نهادهای دولتی را تأمین کرد. تضمین اساسی بودن در یک سطح خاص اصل قانونی بودن اهمیت زیاد دارد؛ چرا که با هنجار برتر (قانون اساسی) مرتبط است. به‌طبع تضمین اصل قانونی بودن و صیانت از قانون اساسی که نقش اصلی دادگاه‌های اساسی است، نیازمند سلسله صلاحیت‌هایی است که کمیت و کیفیت این صلاحیت‌ها باید به گونه‌ای پیش‌بینی شود که قادر به تأمین کارکردهای نظارت اساسی باشد؛ زیرا اهداف و کارکردها عامل تعیین‌کننده‌ی محدوده‌ی صلاحیت‌های دادرسی اساسی است. با عنایت به تنوع و گستردگی کارکردهای نظارت اساسی بعد از جنگ جهانی دوم، پذیرش نظارت اساسی در کشورها و دموکراسی‌های نوظهور، همراه با گستردگی دامنه‌ی صلاحیت‌ها بوده و این روند هم‌چنان ادامه دارد.

از سوی دیگر، تغییر ماهیت و قلمرو قانون اساسی به‌ویژه بعد از جنگ جهانی دوم، از عوامل اصلی گسترش صلاحیت‌های دادگاه‌های اساسی است؛ چون در این قوانین اساسی، دو تغییر عمده به وجود آمد: ۱. تعیین حقوق و آزادی‌های اساسی؛ ۲. تعیین دادگاه اساسی برای صیانت از آن‌ها.

این دادگاه باید برای انبوه پرونده‌ها و سؤالاتی که به این دادگاه ارجاع می‌شد، پاسخ قانع‌کننده و کافی می‌داشت و این امر باعث گسترش صلاحیت‌های آن شد. با توجه به این که مقررات قانون اساسی کلی و ابهام‌آمیز بود، این ایده به وجود آمد که قضات سازنده‌ی قانون اساسی باشند. قانون اساسی آمریکا به‌عنوان اولین قانون اساسی و قوانین اساسی کشورهای اروپایی وابسته به نظام حقوقی رومی - ژرمنی نشان می‌دهند که در مورد دوم، مقررات مفصلی راجع به دادگاه اساسی وجود دارد، در حالی که در مورد اولی حتی اصل وجود دادگاه اساسی محصول قانون اساسی نوشته و مدوّن نیست بلکه محصول عرف و رویه‌ی





قضایی است. از طرفی، پدیده‌ی اساسی‌سازی در همه‌ی عرصه‌های حقوق باعث شد صلاحیت‌های دادگاه اساسی به تدریج گسترش یابد.^۱

صلاحیت‌های دادگاه اساسی خاص و مستقل در کشورهای دارای این سیستم گسترده است همانند آلمان، عراق، مصر، ایتالیا، اسپانیا و اتریش. صلاحیت‌های این گونه دادگاه‌ها به‌ویژه بعد از جنگ جهانی دوم در زمینه‌ی دادخواهی اساسی افزایش یافته است، چنان‌که دادگاه اساسی آلمان با توجه به فجایع جنگ جهانی دوم، صلاحیت‌های بسیار گسترده به‌ویژه در زمینه‌ی صیانت از حقوق و آزادی‌ها و دادخواهی اساسی دارد و هر فردی در زمینه‌ی نقض حقوق بنیادین خود نزد آن شکایت می‌کند.^۲ به همین دلیل، برخی معتقدند که از دیدگاه کلسن، دادگاه اساسی مرجع نهایی دفاع ملی از حقوق بشر است،^۳ چنان‌که رسیدگی به دعاوی نقض حقوق بنیادین در اسپانیا از صلاحیت‌های دادرسی اساسی است. همچنین در آلمان، اگر حمایت از حقوق بنیادین از مجاری عادی شکست بخورد، از مکانیسم دادگاه اساسی استفاده می‌شود.^۴ از سوی دیگر، از دیدگاه کلسن، صلاحیت اصلی دادگاه اساسی، نظارت بر قانون‌گذاری و تصمیم پارلمان است^۵ تا پارلمان به استبداد و خودکامگی روی نیاورد.^۶ برخی معتقدند که کلسن تردید داشت حقوق بشر موضوع نظارت اساسی باشد. همچنین مراجعه مکرر به دادگاه‌های اساسی در افزایش صلاحیت‌های آن بی‌تاثیر نبوده و ممکن است در برخی موارد به عرف سیاسی تبدیل شود.

^۱. Garlicki, Lech, Constitutional Courts Versus Supreme Courts, Oxford Journals, International Journal Of Constitutional Law, Volume 5, Number 1, 2007, Pp. 44-68, Pp. 47-49.

^۲. خلف رضایی، حسن، بررسی کارویژه‌های دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان، فصل‌نامه بررسی‌های حقوق عمومی، سال دوم، شماره یکم، بهار ۱۳۹۲، صص ۲۶-۲۷.

^۳. Patrono, Mario "The Protection of Fundamental Rights by Constitutional Courts – A Comparative Perspective" [2000] VUWLawRw 24; (2000) 31 Victoria University of Wellington Law Review 401, P. 406.

^۴. Enrique Guillen Lopez, Judicial Review In Spain: The Constitutional Court, Loyola Of Los Angeles Law Review, Vol.41:529, 1-12008, P. 540.

^۵. Tetzlaff, Thilo, Kelsen's Concept Of Constitutional Review Accord In Europe And Asia: The Grand Justices In Taiwan, National Taiwan University Law Review, Vol 1, Number 2, September 2006, P. 89.

^۶. Ibid, P. 89.

ب) صلاحیت‌های دادگاه عالی و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی

همان‌گونه که پیش از این ذکر شد، در نظم حقوقی افغانستان، دو نهاد عهده‌دار نظارت اساسی هستند. در این میان صلاحیت‌های دادگاه عالی تا حدودی به‌صورت شفاف در قانون اساسی ذکر شده است؛ اما صلاحیت کمیسیون به‌طور مشخص در قانون اساسی ذکر نشده است و این امر در نظم حقوقی افغانستان مشکلاتی به بار آورده است. از طرفی، صلاحیت‌های دادگاه عالی بسیار محدود است و با توجه به انتظاراتی که از این گونه نهاد در حوزه‌ی نظارت اساسی و کارکردهای آن وجود دارد، با کارکردهای دادرسی اساسی هم‌خوانی ندارد.

۱. صلاحیت‌های دادگاه عالی افغانستان

صلاحیت دادگاه عالی افغانستان در قانون اساسی افغانستان بسیار محدود پیش‌بینی شده است. به‌طبع حذف دادگاه عالی قانون اساسی افغانستان از پیش‌نویس قانون اساسی ۱۳۸۲ و پیش‌بینی دو نهاد برای نظارت اساسی نیز بر این وضعیت تأثیر داشته است. چون در پیش‌نویس قانون اساسی دادگاه عالی برای نظارت اساسی پیش‌بینی شده بود که از پیش‌نویس قانون اساسی حذف شد. بدیهی است که این وضعیت منجر به پراکندگی و عدم انسجام در پیش‌بینی صلاحیت‌های نظارت اساسی گشته و نوع نظام مختلط در عرصه‌ی نظارت اساسی موجب شد.

۱-۱. صلاحیت تطبیق قوانین، فرمان‌های تقنینی و معاهدات با قانون اساسی

در ماده‌ی ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان مقرر شده است: «بررسی مطابقت قوانین، فرمان تقنینی، معاهدات بین‌المللی و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آن‌ها بر اساس تقاضای حکومت و محاکم، مطابق با احکام قانون از صلاحیت‌های ستره محکمه می‌باشد.» صراحت ماده‌ی صرفاً به نظارت اساسی بر قوانین عادی و مقررات اعم از داخلی و همین‌طور معاهدات بین‌المللی که افغانستان بدان پیوسته است، دلالت دارد.

۱-۲. تفسیر قانون اساسی و قوانین عادی

بر اساس قانون اساسی افغانستان صلاحیت تفسیر قانون اساسی به این نهاد از سوی قانون اساسی واگذار نشده است؛ اما این نهاد با تفسیری که از ماده‌ی ۱۲۱ قانون اساسی ارائه داد، خود را ذی‌صلاح تلقی کرد. بسیار عجیب است که دادگاه عالی بر اساس تفسیری که از قانون اساسی ارائه می‌کند، خود را برای تفسیر قانون اساسی ذی‌صلاح می‌داند. صلاحیت این تفسیر را چه مرجعی به او داده است که از قانون اساسی تفسیری ارائه کند که خود صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دارد. از این جهت، تفسیر دادگاه عالی مصادره به مطلوب است. این در حالی است که ضمیر «آنها» در ماده‌ی ۱۲۱ به «قانون اساسی» برنمی‌گردد، بلکه به چهار مورد (قانون عادی، معاهدات بین‌المللی، میثاق‌های بین‌المللی و فرمان‌های





تقینی) بر می‌گردد که در صدر ماده از انطباق آن‌ها با قانون اساسی سخن به میان آمده است. ضمیر «آن‌ها» به متمم «با قانون اساسی» برنمی‌گردد و در واقع، به نهاد، یعنی قوانین عادی، فرمان تقینی، میثاق و معاهدات بین‌المللی بر می‌گردد؛ چون یک ضمیر نمی‌تواند هم به متمم و هم به نهاد برگردد.^۱ مسند الیه جمله معطوف نمی‌تواند با مسندالیه جمله معطوف علیه متفاوت باشد و این نکته را ادیبان به خوبی درک می‌کنند.

دادگاه عالی بر اساس درخواست دولت یا دادگاه‌ها صلاحیت تفسیر قوانین عادی و فرمان‌های تقینی را دارد.^۲ این صلاحیت ذاتی نیست و نیازمند درخواست دادگاه‌های دانی و حکومت است. پس ستره محکمه نمی‌تواند صلاحیت یادشده را اعمال نماید مگر آن که درخواست و اقامه‌ی دعوا از سوی محاکم و حکومت شده باشد.

۳-۱. صلاحیت قضایی راجع به اتهامات مقامات عالی

صلاحیت رسیدگی به اتهامات برخی مقامات عالی در افغانستان به دادگاه خاص محول شده است که تعدادی از اعضای دادگاه عالی افغانستان عضو آن خواهند بود. سه نفر از اعضای دادگاه عالی افغانستان در دادگاه خاص رئیس‌جمهوری^۳ عضوند و دادگاه خاص وزرا متشکل از سه عضو ستره محکمه است و دو نفر از اعضای ستره محکمه در دادگاه خاص اعضای دادگاه عالی شرکت دارند.^۴ پس از این جهت تعدادی از اعضای ستره محکمه عضو محکمه‌ی خاص رسیدگی به جرایم مقامات عالی می‌توانند باشند.

۴-۱. منع اجرای قوانین مغایر با قانون اساسی

منع اجرای قانون مغایر با قانون اساسی نیز از وظایف دادگاه عالی افغانستان است.^۵ این وظیفه به تصریح قانون نیاز ندارد و از وظایف همه دادگاه‌ها اجرا نکردن قانون مغایر با قانون اساسی است؛ چون نظام سلسله مراتب وظیفه‌ی اجرای قانون همین امر را اقتضا دارد. بدان معنا که قانون ما دون مغایر با قانون مافوق اعتبار حقوقی و قضایی ندارد و به طبع اجرای قانون مغایر ما دون با مافوق مجاز نیست. در ماده‌ی ۱۳۰ قانون اساسی ذکر شده است: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر

^۱. احمدی، محمدامین، مرجع تفسیر قانون اساسی، مجله قانون اساسی، سال اول شماره نخست، خزان ۱۳۹۱، صص ۱۲۸-۱۴۲.

^۲. قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه جمهوری اسلامی افغانستان، ماده بیست و هشتم، بند دوم.

^۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، ماده شصت و نهم.

^۴. قانون تشکیل و صلاحیت محاکم خاص، مصوب شورای وزیران به تاریخ ۱۳۸۹/۴/۲، ماده یازدهم.

^۵. قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه جمهوری اسلامی افغانستان، ماده بیست و هشتم، بند سوم.

قوانین را تطبیق می‌کند.^۱ البته در اینجا تعبیر به وظیفه شد و وظیفه بخشی از صلاحیت است و صلاحیت شامل دو اجباری و اختیاری است که صلاحیت اجباری به معنای همان وظیفه خواهد بود.

دادگاه عالی افغانستان در عمل به این صلاحیت‌ها محدود نمانده با تفسیرها و اقداماتش در زمینه‌ی نظارت، فراتر از صلاحیت‌های خود عمل کرده است. در نتیجه، به جای حفاظت از قانون اساسی، ناقض آن بوده و خواهد بود که نمونه‌های متعدد آن قبلاً ذکر شد. در واقع، نزاع پنهان امریکا - اروپا در تعریف سازوکار نظارتی در قانون اساسی افغانستان همانند منازعه در مورد نظام سیاسی کشور، در عمل به نفع الگوی امریکایی خاتمه یافت. اینک رویه‌ی عملی در نظم حقوق اساسی افغانستان، درست یا غلط بر تبعیت از الگوی امریکایی نظارت اساسی استوار است.^۲ در الگوی آمریکایی دادگاه عالی صلاحیت نظارت اساسی را دارد و در الگوی اروپایی محکمه و دادگاه مستقل صلاحیت نظارت اساسی را به عهده دارد که علاوه بر قصات حقوقدانان هم در آن عضویت دارند. بر این اساس، کمیسیون در زمینه‌ی نظارت در عمل نقش چندانی ندارد. بارزترین دلیل بر این ادعا، مثله شدن قانون تشکیل کمیسیون از سوی محکمه بنا بر درخواست رئیس جمهوری است. بدان معنا که مواد متعدد قانون یادشده از سوی ستره محکمه غیر اساسی تلقی شده است و از نظر ستره محکمه اعتبار اساسی ندارد.

از طرفی، باید اذعان کرد که صلاحیت انطباق این موارد با قانون اساسی، صلاحیتی بسیار محدود است و نمی‌تواند کارکردهای مورد انتظار از یک دادرس اساسی را تأمین کند؛ زیرا اقدامات مغایر دیگر نهادها به غیر از قدرت قانون‌گذاری خارج از صلاحیت دادگاه عالی است. در نتیجه اگر اراده کند که حافظ قانون اساسی باشد، نمی‌تواند از قانون اساسی صیانت کند.

۲. صلاحیت‌های کمیسیون

گستره‌ی صلاحیت‌های کمیسیون در مقایسه با دادگاه عالی افغانستان منطبق با قانون آن زیاد است که مواد متعدد آن از سوی ستره محکمه نا معتبر اعلان شده است و دلیل اساسی هم برای آن ارائه نشده است.

۲-۱. تفسیر قانون اساسی

در بند ۱ ماده‌ی ۸ قانون کمیسیون آمده است: «تفسیر احکام قانون اساسی به اساس تقاضای رئیس جمهور، شورای ملی، ستره محکمه و حکومت.» دادگاه عالی این صلاحیت را مغایر با قانون اساسی اعلان کرد، در حالی که مغایر با قانون اساسی نیست.

^۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، ماده یک‌صد و سی‌ام.

^۲. محمدی، عبدالعلی، افغانستان و دولت مدرن، رساله دکتری، دانشگاه شهیدی بهشتی، سال ۱۳۹۴، ص ۲۵۷.

۲-۲. نظارت بر تطبیق قانون با قانون اساسی

مقصود از نظارت بر تطبیق، نظارت بر اجرای قانون اساسی است. این دو مورد از سوی دادگاه عالی مغایر قانون اساسی اعلام شده است؛ یعنی در گام اول، رئیس جمهوری با صلاحیت تفسیر قانون اساسی از سوی کمیسیون مخالف بود. رئیس جمهوری با این استدلال که صلاحیت تفسیر مندرج در ماده‌ی ۸ قانون کمیسیون با مواد ۱۲۱، ۱۲۲ و ۱۵۷ قانون اساسی مغایرت دارد،^۱ از توشیح آن خودداری کرد و آن را به مجلس مردمی برگرداند و مجلس بار دوم قانون را با دوسوم آرا تصویب کرد. کرزی از دادگاه عالی خواست راجع به صلاحیت کمیسیون در مورد تفسیر نظر دهد و دادگاه عالی صلاحیت یادشده را مغایر با قانون اساسی اعلان کرد. اعلام مغایرت دادگاه عالی منحصر به صلاحیت تفسیر نیست. بند چهارم قانون کمیسیون که صلاحیت انطباق قوانین عادی را با قانون اساسی به کمیسیون واگذار کرده بود، از سوی دادگاه عالی مغایر با قانون اساسی دانسته شد.

۲-۳. مشوره‌دهی حقوقی

کمیسیون صلاحیت دارد در مورد مسائل ناشی از قانون اساسی به رئیس جمهوری و شورای ملی مشوره دهد.

۳-۳. پیشنهاد در حوزه‌ی توسعه‌ی قانون

پیشنهاددهی مشخص به رئیس جمهوری و شورای ملی برای تدبیراندیشی به منظور انکشاف امور قانون‌گذاری از دیگر صلاحیت‌های کمیسیون است.

۲-۴. گزارش دهی به رئیس جمهوری

در صورت ملاحظه‌ی تخطی یا تخلف از احکام مندرج قانون اساسی باید به رئیس جمهوری گزارش دهد.^۲

صلاحیت‌های کمیسیون در مقایسه با دادگاه عالی افغانستان پیش‌تر و در مقایسه با دادگاه عالی عراق ناچیز است. از این جهت، چون موارد متعددی از صلاحیت‌های کمیسیون خلاف قانون اساسی اعلان شده است، صلاحیت‌های کمیسیون نیز برای تضمین کارکردها کافی نیست. نکته‌ی قابل دقت، صلاحیت کمیسیون نسبت به نهادهای خصوصی است که از امتیازات آن محسوب می‌شود که باید بر نهادهای

^۱. Hamidi, Farid And Jayakody, Aruni, Afghanistan Research And Evaluation Unit, Case Study, Separation Of Powers Under The Afghan Constitution: A Case Study, research fo better Afghanistan, embassy finland in kubul an d united state institute of peace, March 2015, P. 27.

^۲. قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، ماده هشتم.



خصوصی از منظر رعایت قانون اساسی نظارت کند به‌ویژه آن‌که نظارتش حالت انفعالی ندارد؛ یعنی کمیسیون به صورت مستقل و بدون دعوای اساسی نظارت ابتکاری دارد.

ج) میزان صلاحیت‌ها و تأثیر مستقیم آن بر کارکردها

با توجه به مفهوم تضمین قانون اساسی می‌توان صلاحیت دادگاه اساسی را به این شیوه تعیین کرد که اختیار تصمیم‌گیری راجع به قانونی بودن تمامی اقدامات بر اساس قانون اساسی را داشته باشد.^۱ از طرفی با توجه به نقش و تنوع کارکردهای نظارت اساسی، محدوده‌ی صلاحیت‌های آن نیز باید گسترده باشد و هر مقدار از عمر این نهاد می‌گذرد، دامنه‌ی صلاحیت‌های آن افزایش می‌یابد.

تمامی پرونده‌ها و دعوای مربوط به مسائل اساسی بر اساس دیدگاه کلسن باید در صلاحیت اختصاصی دادگاه اساسی باشد. حل و فصل تمامی دعوای عادی به‌شمول مسائل مربوط به اجرای قوانین عادی باید در صلاحیت دادگاه‌های عادی باشد و این موضوع به نظر برخی از اندیشمندان از ابتکارات کلسن بود.^۲

چند نکته در میزان صلاحیت‌های دادرس اساسی قابل دقت است. نقش و کارکردها تأثیر بسزایی در تعیین میزان صلاحیت‌های دادرس اساسی دارد. اگر نقش آن، نگرهبانی و در عین حال، تضمین کارکردهای متنوع باشد، صلاحیت باید گسترده طراحی شود تا به صیانت از قانون و تضمین کارکردهای متنوع منجر شود. استبداد اکثریت اعم از قومی و غیر قومی نیز اقتضا دارد صلاحیت‌های این نهاد متناسب با مهار استبداد اکثریت و حمایت از حقوق اقلیت باشد. درج حقوق و آزادی‌های متنوع و صیانت از آن نیز عامل توسعه‌ی قلمرو صلاحیت دادرس اساسی در همه‌ی کشورها از جمله عراق و افغانستان است. پیش‌بینی سلسله‌اصولی مانند کرامت انسانی، برابری و عدالت نیز در توسعه‌ی قلمرو نظارت اساسی تأثیرگذار بوده است.

از سوی دیگر، دادرس اساسی نباید در هر گونه مسائل سیاسی و صلاحیت‌های دادگاه‌های عادی و اداری مداخله کند. البته این نهاد در بسیاری از مسائل آخرین مرجع و پناهگاه محسوب خواهد شد و از

^۱ . Lars Vinx, the Guardian of Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Cambridge University Press Online publication, date: February 2015, P. 51.

^۲ . Garlicki, Lech, Constitutional Courts Versus supreme Courts, Oxford Jorنال, International Jorنال Of constitutional Law, Volume 5, Number 1, 2007, Pp. 44-68, P. 46.



این جهت نیز تعریف صلاحیت‌ها باید به گونه‌ای باشد که این وضعیت در رسیدگی به دعاوی اساسی رعایت شود.

ارتقای جایگاه دادگاه اساسی از منظر اختیارات به حدی است که از آن به‌عنوان بازیگر (سیاسی) دارای اختیار «حق و تو یاد» می‌شود.^۱ از آن به‌عنوان تالار سوم پارلمان نیز در فرانسه یاد شده است و در ایران نیز می‌توان از شورای نگهبان این تلقی را دست‌کم در برخی موارد قابل دفاع دانست. تلقی دادگاه اساسی به‌عنوان بازیگرِ دارای حق و تو شاید برداشتی ناسازگار با واقعیت نباشد؛ چرا که این دادگاه می‌تواند سیاست‌گذاری کلان در عرصه‌های مختلف احزاب، قضایه و قانون‌گذاری را با انسداد مواحه کند.

تقویت این جایگاه در افغانستان و عراق در شرایط حاضر، پسندیده به نظر می‌رسد؛ اما نه با ساختار - کارگزار موجود در افغانستان. قدرت اجرایی به‌ویژه شخص رئیس جمهوری پس از تأسیس نظام سیاسی جدید با اختیاراتی وسیعی و دارای حق وتو ظاهر شده و تصمیم پارلمان را با مانع روبه‌رو کرده است. از سوی دیگر، دادگاه عالی در عمل به‌طور کامل وابسته به قدرت اجرایی است. پس نمی‌توان از گستردگی صلاحیت دادگاه اساسی در شرایط حاضر دفاع کرد؛ زیرا ممکن است یک نهاد مستبد و ناکارآمد با صلاحیت‌های گسترده به دیگر نهادهای استبدادی افزوده شود و چه بسا به همکار نهاد مستبد همانند قدرت اجرایی تبدیل گردد. این وضعیت در افغانستان اتفاق افتاده است؛ زیرا دادگاه عالی به جای مهار استبداد قدرت اجرایی به‌ویژه شخص رئیس جمهوری به همکار آن و به جای حمایت‌گری از حاکمیت قانون به ناقض آن تبدیل شده است.

نویسنده بر این باور است که با توجه به نقش صیانت از قانون اساسی و کارکردهای مورد انتظار، نخست دادگاه اساسی مستقل و صلاحیت‌های متنوع برای آن باید در نظر گرفته شود و صلاحیت دادگاه عالی با عنایت به نقش و کارکردهای مورد انتظار کافی نیست. صلاحیت‌های کمیسیون تا حدودی قابل قبول است، گرچه کافی نیست. از سوی دیگر، صلاحیت‌های دادگاه عالی عراق کافی است و از این جهت با کاستی مواجه نیست بر خلاف دادگاه عالی افغانستان. البته دادگاه عالی افغانستان برای ایفای نقش مورد نظر و تضمین کارکردها مناسب نیست. در نتیجه، دادگاه اساسی مستقل با صلاحیت‌های وسیع باید جای‌گزین نهادهای اساسی موجود گردد که فراقوه‌ای باشد و اعضای آن نیز از میان اشخاص دارای تحصیلات مدرن حقوقی، باورمند به فرآورده‌های حقوق مدرن و وارسنگی و شایستگی لازم انتخاب شوند. سیستم محافظه‌کار و سنتی موجود نمی‌تواند نیازهای مدرن متناسب با قوانین مدرن را

¹. Volcansek, Mary L., Constitutional Courts as Veto Players: Divorce And Decrees In Italy, *European Journal Of Political Research* 39: 2001, Pp347-372, P. 349.

برآورده سازد. با تأسیس نهاد واحد مستقل و اعطای تمامی صلاحیت‌های موجود به اضافه‌ی یک سلسله صلاحیت‌های دیگر هم چالش‌های مرتبط به دو نهاد موازی برطرف می‌گردد و هم محدوددهی صلاحیت‌ها افزایش می‌یابد.

نتیجه‌گیری

در مجموع صلاحیت‌های دادگاه عالی افغانستان و همین طور کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی با عنایت به کارکردهای دادرسی اساسی و این که نهایی‌ترین مرجع است کافی برای کارکردهای دادرس و ناظر اساسی نیست؛ اما با توجه به وضعیت افغانستان ستره محکمه در بسیاری مسایل از چارچوب‌های قانون اساسی تخطی داشته است. بر عکس کمیسیون کم‌تر عمل غیر اساسی را در اعمال صلاحیت‌های خود مرتکب شده است. این وضعیت منحصر به دادگاه عالی و نهاد ناظر اساسی در افغانستان نیست و نقض قانون اساسی از سوی سایر نهادهای اساسی به‌ویژه قوه‌ی مجریه تبدیل به یک رویه شده است؛ اما به‌صورت اصولی ما نیازمند دادرس اساسی یگانه هستیم که صلاحیت‌های متناسب با کارکردهای مدرن داشته باشد و در عین حال خود ناقض قانون اساسی نباشد. هر الگوی در افغانستان که در افغانستان پیاده شود به دلیل نبود بستر مناسب نمی‌تواند کارآمدی و کارایی داشته باشد و ما پیش از همه نیازمند بسترسازی هستیم که به‌طور قطع به زمان بیش‌تر نیاز است.

منابع

۱. رضایی، حسن خلف، بررسی کارویژه‌های دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان، فصل‌نامه بررسی‌های حقوق عمومی، سال دوم، شماره یکم، بهار ۱۳۹۲.
۲. احمدی، محمدامین، مرجع تفسیر قانون اساسی، مجله‌ی قانون اساسی، سال اول، شماره نخست، خزان ۱۳۹۱.
۳. محمدی، عبدالعلی، افغانستان و دولت مدرن، رساله‌ی دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، سال ۱۳۹۴.
۴. قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضاییه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب ۱۳۹۱.
۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان مصوب ۱۳۸۲
۶. قانون تشکیل و صلاحیت محاکم خاص، مصوب شورای وزیران به تاریخ ۱۳۸۹/۴/۱۲.
۷. قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، مصوب ۱۳۸۷.



8. Enrique Guillen Lopez, Judicial Review In Spain: The Constitutional Court, Loyola Of Los Angeles Law Review, Vol.41:529, 1.2008
9. Garlicki, Lech, Constitutional Courts Versus supreme Courts, Oxford Journals, International Journal Of constitutional Law, Volume 5, Number 1, 2007.
10. Garlicki, Lech, Constitutional Courts Versus supreme Courts, Oxford Journals, International Journal Of constitutional Law, Volume 5, Number 1, 2007.
11. Ginsburg, tom, Comparative Constitutional Review, University Of Chicago Law School, July 30, 2008
12. Hamidi, Farid And Jayakody, Aruni, Afghanistan Research And Evaluation Unit, Case Study, Separation Of Powers Under The Afghan Constitution: A Case Study, research fo better Afghanistan, embassy finland in kabul and united state institute of peace, March 2015.
13. Lars Vinx, the Guardian of Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Cambridge University Press Online publication, date: February 2015.
14. Patrono, Mario "The Protection of Fundamental Rights by Constitutional Courts – A Comparative Perspective" 2000 VUW LawRw 24; (2000) 31 Victoria University of Wellington Law Review 401.
15. Tetzlaff, Thilo, Kelsen's Concept Of Constitutional Review Accord In Europe And Asia: The Grand Justices In Taiwan, National Taiwan University Law Review, Vol 1, Number 2, September 2006.
16. Volcansek, Mary L., Constitutional Courts As Veto Players: Divorce And Decrees In Italy, European Journal Of Political Research 39: 2001.



نسبت اختطاف با محاربه، افساد فی الارض و سرقت

محمد عیسی فہیمی*

* ماسٹر شرعیات، عضو هیأت علمی دانشکدهی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان.

چکیده

از موضوعات مهم در بحث اختطاف اشخاص از منظر فقه که در آرای فقہا نمود یافته است، شمردن آدمربایی به عنوان یکی از مصادیق خاص محاربه و افساد فی الارض و حتا خطرناکتر و شروانهتر از آنان می باشد؛ زیرا آدمربایی منہای جرائم دیگری که ممکن است همراه با آن صورت گیرد، آسیب های کلان امنیتی را بر سلامت جامعه و امنیت عمومی وارد می سازد. اختطاف واجد بسیاری از معیارهای جرم محاربه و افساد فی الارض است.

در این نوشتار ضمن بازخوانی نصوص و آرای فقہا و تأمل در سخنان فقہای اسلام، انطباق عناوین محاربه و افساد فی الارض بر اختطاف مورد بررسی قرار می گیرد و پس از تعاریف عناوین مزبور و بیان رابطہی آنان با بحث اختطاف اشخاص، نشان داده می شود که در فقه اسلامی صدق و شمولیت عناوین محاربه و افساد فی الارض در قالب های «سارق الحر» «محاربه» «افساد فی الارض» با تردید مواجه نبوده است و همواره مورد توجه فقہا بوده و گونه های از آدمربایی به خصوص آدمربایی مسلحانه می تواند مشمول مجازات های محاربه باشد که در قرآن کریم به مجازات آن تصریح شده است.

واژگان کلیدی: اختطاف، سرقت، محاربه، فساد فی الارض، قطع طریق.

جرم اختطاف اشخاص از جرایم و جنایات عمده‌ی امنیتی است که علیه اشخاص صورت می‌گیرد، جرم مزبور که با اغراض و انگیزه‌های مختلف مالی، سیاسی، تروریستی انجام می‌شود باعث سلب امنیت عمومی جامعه، ایجاد ارباب و وحشت و در نتیجه به برهم زدن آرامش و ثبات جامعه می‌انجامد. در نگاه شریعت اسلامی، اختطاف اشخاص به گونه‌های مختلف آن تحریم شده و آدم‌ربایی امری ناشایست، اقدام خلاف شرع و تعدی بر دیگران به حساب می‌آید با در نظر داشت این مطلب که در فقه اسلامی اختطاف به‌عنوان عمل جرمی مستقل، مورد بررسی قرار نگرفته؛ این پرسش وجود دارد که اختطاف اشخاص، در ارتباط به کدام‌یک از عناوین مجرمانه‌ی معروف و پذیرفته شده‌ی فقهی قرار داشته و در ذیل کدام‌یک از آن‌ها قرار می‌گیرد؟

از خلال بررسی نصوص شرعی و آرای فقها روشن خواهد شد که اختطاف اشخاص با بسیاری از جرایمی؛ مانند سرقت، محاربه و افساد فی الارض مرتبط و نسبت دارد؛ ولی بیش‌ترین رابطه را با جرم محاربه و در مواردی با سرقت دارد. از همین‌رو، در نوشتار حاضر سعی شده است که با ذکر اقوال فقهای امامیه و اهل سنت این رابطه توضیح داده شود.

۱. تعریف اختطاف

پیش از تعریف و توضیح واژه‌ی اختطاف یادآوری می‌گردد که واژه‌ی مزبور، هرچند دارای معادل فارسی «آدم‌ربایی» است؛ ولی به دلیل شیوع و کثرت استعمال واژه‌ی «اختطاف» در گفت‌وگوهای میان مردم و متون قانونی در بحث پیش‌رو ما نیز از تعبیر «اختطاف» استفاده می‌کنیم.

۱-۱. معنای لغوی اختطاف

اختطاف از ریشه‌ی خطف به معنای ربودن، دستبرد زدن، به یغما بردن و چپاول کردن یک شی را با سرعت و شتاب می‌گویند (عبدالرحمان، بی‌تا: ۹۶/۱) واژه‌های «خطف» و «اختطاف» و سایر مشتقات آن به معنای ربودن، قاپیدن، ناگهان گرفتن و دستبرد زدن توأم با سرعت می‌باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۴: ۲۸۶). در قرآن کریم نیز واژه‌ی خطف و مشتقات آن به معنای ربودن با سرعت به کار رفته است؛ مانند آیه‌ی «یکاد البرق و یخطف ابصارهم» (بقره: ۲۱). چون برق زدن با سرعت انجام می‌گیرد از تعبیر «یخطف» استفاده شده که نزدیک است برق چشم‌های‌شان را برآید و همین‌گونه است در آیات دیگری که این واژه به کار رفته است؛ مانند «الا من خطف الخطفة» (صافات: ۱۰)؛ «أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا وَ يَتَخَفَتُ النَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ...» (عنکبوت: ۶۷) که در آیه‌ی صافات خطف ویژگی شیطان دانسته شده که به استراق سمع و ربودن و شنود مکالمات می‌پردازد و آیه‌ی سوره‌ی عنکبوت، به ربودن،



قتل و غارت مردم از اطراف مکه به وسیله‌ی غارتگران اشاره دارد (قرشی، ۱۴۱۲: ۶۹/۲) و غیر از آیات مزبور، آیات دیگری نیز وجود دارد که واژه‌ی «خطف» در معانی مزبور استعمال شده است.

۱-۲. معنای اصطلاحی اختطاف

در اصطلاح فقها واژه‌ی «خطف» و «اختطاف» در همان معنای لغوی خود به کار رفته و در تعریف اختطاف گفته شده که «اختطاف عبارت است از اختلاس و ربودن چیزی به صورت علنی و توأم با سرعت» (بارودی عتیبی، ۵۵) نهایت با توجه به مصادیق گوناگون اختطاف، گاهی عمل ربایش در اموال صورت می‌گیرد و گاهی اشخاص و انسان‌ها ربوده می‌شوند که مقصود از اختطاف در بحث حاضر ربایش اشخاص است. اختطاف و آدم‌ربایی را این‌گونه می‌توان تعریف نمود «ربودن سریع شخص مکلف، مختار، شخص و آدم بی‌گناه را به صورت علنی توأم با اجبار و زور بدون حق شرعی؛ خواه شخص ربوده شده سوار بر طیاره و کشتی و مانند آن باشد و خواه غیر سواره».

۱-۳. واژه اختطاف در قرآن و روایات

برخلاف برخی از ادعاها که «در روایات و آیات، لفظ «اختطاف الناس» به لفظ و ماده وجود دارد» (سیفی مازندرانی، ۱۳۹۲: ۷۸/۱) هم در قرآن و هم در روایات واژه‌های هم‌ریشه با واژه‌ی اختطاف و حتی همراه با کلمه «الناس» ذکر شده است؛ مانند آیه «أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا وَيُتَخَفَتِ النَّاسُ؛ آیا کافران ندیدند که ما آن شهر را حرم و امان قرار دادیم در صورتی که از اطراف‌شان مردم ضعیف را به قتل و غارت می‌ربایند» (عنکبوت: ۶۷) و آیه «يَكَادُ الْبَرَقُ يُخَطِفُ أَبْصَارَهُمْ؛ که برق چشم‌های‌شان را برباید» (بقره: ۲۰). آیه ۱۰ سوره‌ی صافات و در روایات هم واژه‌ی اختطاف و واژه‌های هم‌خانواده آن در موارد زیادی به کار رفته به‌عنوان نمونه در کافی در خطبه‌ی منقول از حضرت علی^(ع) می‌خوانیم: «وَفِي تَقَلُّبِ الْأَحْوَالِ عِلْمُ جَوَاهِرِ الرِّجَالِ وَالْإِيَّامِ تُوضِحُ لَكَ السَّرَائِرَ الْكَامِنَةَ وَلَيْسَ فِي الْبَرَقِ الْخَاطِفِ مُسْتَمْتَعٌ لِمَنْ يَخْوُضُ فِي الظُّلْمَةِ...» در دگرگونی‌ها و تغییر شرایط و اوضاع گهرهای اشخاص شناخته می‌شود و روزگار رازهای پنهان را برای تو آشکار خواهد ساخت و در برق تند بهره نیست برای کسی که در تاریکی فرو رفته است» (کلینی، ۱۴۲۹: ۷۱/۱۵).

در روایتی از امام صادق^(ع) نیز این کلمه به کار رفته «قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) بَيْنَمَا مُوسَى^(ع) جَالِسًا ... قَالَ فَقَالَ لَهُ مُوسَى^(ع) فَمَا هَذَا الْبَرَقُ قَالَ بِهِ أَخْطَفُ قُلُوبَ بَنِي آدَمَ؛ پیامبر^(ص) فرموده حضرت موسی^(ع) نشسته بود که ابلیس نزد او آمد و دارای کلاه‌ی درازی بود که زاهدان در صدر اسلام آن را می‌پوشیدند و دارای رنگ‌های مختلف بود. ابلیس هنگام نزدیک شدن با موسی^(ع) کلاه را برداشت و بر آن حضرت سلام نمود. حضرت موسی پرسید تو کیستی؟ جواب داد: من ابلیس هستم ... تا آنجا که



موسی^(ع) پرسید این برنس چیست؟ و شیطان پاسخ داد اختطف به قلوب بنی آدم. در ذیل این فقره‌ای حدیث گفته شده که اختطاف عبارت از دستبرد زدن و ربودن شیء همراه با سرعت است (همان: ۳/۷۶۴).

علاوه بر این، موارد فراوانی در کتب حدیثی می‌توان یافت که واژه‌ی اختطاف و واژه‌های هم‌ریشه‌ی آن به کار رفته و مقصود همان معنای لغوی اختطاف است که ربودن و به زور گرفتن چیزی توأم با سرعت باشد، پس اصل وجود واژه‌ی اختطاف در قرآن و روایات قابل انکار نیست.

۴-۱. تفاوت واژه اختطاف با واژه‌های مشابه

واژه‌ی اختطاف با واژه‌های نظیر غصب، سرقت و اغتیا در برخی از جهات اشتراک مفهومی دارد؛ اختطاف با غصب در این جهت که در هر دو قهر و غلبه وجود دارد، مشترکند و تفاوت‌شان در این است که غصب در خصوص اموال است؛ چنانچه در تعریف غصب آمده که «غصب عبارت از گرفتن مال با ارزش و محترم دیگری بدون اجازه‌ی مالک آن می‌باشد» (ابوحیب، ۱۴۰۸: ۲۷۵). ولی دایره‌ی اختطاف گسترده است و شامل ربودن مال و غیر مال می‌باشد اختطاف با سرقت از این جهت که در هر دو ربایش اموال مردم است، مشترکند؛ ولی سرقت ربودن مال به گونه‌ای مخفیانه و از حرز و به اندازه‌ی نصاب می‌باشد؛ ولی اختطاف ربودن مال به صورت علنی و شامل ربایش جان بر علاوه‌ی مال نیز می‌گردد (همان: ۱۱۹).

از واژه‌های مشابه دیگر واژه «غیله» است در تعریف غیله اختلاف نظر است. برخی غیله را کشتن مخفیانه شخص به خاطر گرفتن مال و برخی غیله را کشتن شخص به خاطر گرفتن مال زن و خواهر شخصی می‌دانند و برخی هم قتل فرد را با حيله و نیرنگ به منظور دستیابی به اموال مقتول می‌دانند و تفاوت اختطاف با غیله در این است که اگر قربانی کشته شد و به قتل رسید غیله است؛ ولی اگر قربانی به قتل نرسید اختطاف است؛ یعنی تفاوت در نتیجه است و نقطه‌ی اشتراک هر دو در اقداماتی است که به منظور دستیابی بر مال یا اعمال فحشا و ناروا صورت می‌گیرد.

۲. جایگاه بحث اختطاف در فقه

۱-۲. در فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت، اگر چنانچه مورد اختطاف از اموال باشد. احکام اختطاف اموال «در حد سرقت» مورد بحث قرار گرفته است (بارودی غیبی، ۵۵) و اگر مورد اختطاف ربودن اشخاص طیاره‌ها و خودرو و ماشین باشد، در جرایم؛ چون حرا به و افساد فی الارض و احیاناً قطع طریق مورد بحث واقع شده است، آنجا که اختطاف اموال مطرح باشد. اهل سنت این نوع اختطاف را دارای مجازات تعزیری دانسته و



گفته‌اند ربایندگی مال مطابق صلاح‌دید قاضی به مجازات تعزیری محکوم می‌گردد و تصریح کرده‌اند که فقها اتفاق دارد که بر ربایندگی مال قطع دست نیست به خاطر حدیث جابر (رض) از پیامبر اسلام (ص) که فرموده: «لیس علی خائن و لا منتهب و لا مختلس قطع» بنا بر این که اختلاس و اختطاف دارای یک معنا باشند، ربودن مال مجازات تعزیری دارد نه حدی (همان).

۲-۲. در فقه شیعه

در منابع پیشین فقهی شیعه بحث آدم‌ربایی و اختطاف در کتاب سرقت مورد بحث واقع شده و حکم آن قطع دست دانسته شده، هرچند که دلیل آن را «افساد فی الارض» می‌دانند (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۲۲) علامه‌ی حلی (ح) شیخ طوسی (ح)، علامه‌ی مجلسی (ح) و.... بسیاری از فقهای دیگر ضمن این که سرقت آدم و سپس فروش آن را از مصادیق افساد فی الارض دانسته، ولی حکم سرقت را که قطع دست باشد، بر آن منطبق نموده‌اند (حلی، ۱۴۱۰: ۵۱۲/۳).

از بررسی سخنان فقهای شیعه استنباط می‌شود که آنان سرقت اشخاص را جزئی مباحث مربوط به سرقت می‌دانند، هرچند در صدق عنوان سرقت بر آدم‌ربایی میان شیعه و اهل سنت و میان خود فقهای شیعه اختلاف نظر وجود دارد که در مباحث آتی به آن می‌پردازیم.

۳. حکم فقهی اختطاف

اختطاف در تمام صورت‌ها و اشکال آن عمل حرام و از مصادیق افساد فی الارض است و به خاطر اهمیت جرم اختطاف بزرگانی از علما؛ دزدی و اختطاف اشخاص را از جرایم حربه و فساد فی الارض شمرده‌اند و یادآور شده‌اند که جرایم دزدی و اختطاف پرده‌داری و تجاوز بر حریم مسلمان‌ها، از مصادیق محاربه و سعی در افساد بر روی زمین است و فرد مرتکب چنین جرم مستحق مجازاتی است که خداوند در آیه‌ی از سوره‌ی مانده بیان فرموده است. چه این اختطاف در مورد جان باشد یا مال، عرض و یا ایجاد ناامنی در راه‌ها و باز تفاوت نمی‌کند که چنین جرمی در شهرها و قریه‌ها صورت گیرد یا در صحراها و بیابان‌ها و مناطق متروکه و مخروبه (بارودی عتیبی: ۳۸۵).

آنچه در زمانه‌ی ما به وجود آمده، اقدام به ربایش طیاره‌های غیر نظامی و گروگان‌گیری در اثر عوامل مختلف است که باعث گسترش ترس و وحشت میان مردم می‌گردد و بسیاری از نهادهای بین‌المللی قوانینی را در این زمینه به تصویب رسانده‌اند که اختطاف را جرم‌انگاری و کسانی را که این عمل مجرمانه را انجام دهند، خواه به صورت فردی و خواه به صورت جمعی مورد مجازات قرار می‌دهند.

از نظر فقهی و شرعی نیز این نوع اقدامات به خاطر اشاعه‌ی وحشت و ترس میان مردم جرم محسوب می‌شود. بنابراین، چه کسانی که به شکل مستقیم به ارتکاب چنین جرم دست می‌زنند و چه کسانی که

این افراد را در این نوع اقدامات خوف‌آمیز مساعدت می‌کنند، مجرم شمرده می‌شوند (عبدالله بن طیار و دیگران، ۱۴۳۲: ۶۳/۱۳).

۴. سرقت انسان و ارتباط آن با اختطاف

۴-۱. دیدگاه فقها در مورد سرقت انسان

در کتب فقهی اثری از تعبیر اختطاف نیست، در آثار فقهای پیشین بحث آدم‌ربایی تحت عنوان سرقت انسان مطرح شده است. مثلاً شیخ طوسی^(ح) فرموده: «هر کس انسان آزادی را بدزد و سپس آن را بفروشد، دست او را باید قطع نمود؛ زیرا او از مفسدان روی زمین است» (طوسی، همان: ۷۲۲).

راوندی^(ح) نیز در باب حد محارب، عین همین عبارت را دارد (راوندی، ۱۴۰۵، ۲/۳۸۷).

ابن ادریس^(ح) نیز ضمن برشمردن سرقت آدم از مصادیق افساد فی الارض فرموده: «هر کس انسان آزادی صغیر را بدزد و سپس بفروشد، قطع دست او واجب است؛ زیرا وی از مفسدین روی زمین است» (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳/۵۱۲).

تفاوت سخن ابن ادریس با دیگران، افزودن قید «صغیر» است که فرموده: «هر کس انسان آزاد صغیر... البته که سخن شیخ طوسی مضطرب است. در کتاب النهایه سرقت انسان حر بدون قید صغیر گفته، ولی در دو کتاب دیگر خود به نقل از علامه‌ی حلی^(ح) در کتاب خلاف از سرقت عبد صغیر سخن رانده که هم برده باشد و هم صغیر و در کتاب مبسوط سخن از انسان آزاد صغیر به میان آورده است و قید «صغیر» را اضافه نموده است (علامه حلی، ۱۴۰۹، ۹/۲۴۹).

در میان فقهای اهل سنت آنچه راجع به سرقت انسان از آنان نقل شده است شافعی‌ها معتقدند که سرقت انسان آزاد صغیر موجب قطع دست سارق نمی‌گردد؛ زیرا شخص حر مال محسوب نمی‌شود. مالکی‌ها گفته‌اند: اگر کسی آنچه را که صغیر آزاد غیر ممیز به همراه دارد؛ مانند زیورآلات، لباس و آنچه در جیب یا گردن اوست، بیگیرد، دستش قطع نمی‌شود به خاطر این که غیر ممیز حر برای آنچه به همراه دارد، محسوب نمی‌شود و شرط حد قطع، سرقت از حرز است و بعد اضافه نموده‌اند: اگر سارق کودک آزاد غیر ممیز را بدزد که نمی‌تواند راه برود یا سخن بگوید، دست سارق قطع می‌شود؛ زیرا صغیر غیر ممیز همانند مال محترم است و در سرقت کودک آزاد غیر ممیز مقصود سرقت خود کودک است نه سرقت آنچه را که کودک به همراه دارد.

احناف معتقدند که سارق کودک آزاد دستش قطع نمی‌گردد؛ هرچند که زیورآلاتی؛ مانند طلا، نقره و جواهر با خودش داشته باشد و به حد نصاب هم باشد؛ زیرا شخص آزاد مال محسوب نمی‌شود و



زیورآلات همراه او نیز تابع کودک آزاد است و بحث قطع دست دزد در مورد دزدی مال است نه به خاطر کودک؛ هرچند که گناه و مجازات دزدی نمودن کودک شدیدتر از مجازات دزد مال است؛ اما اگر برده‌ی صغیر را بدزدد، دست سارق قطع می‌گردد؛ اما اگر برده کبیر باشد، دست سارق قطع نمی‌شود، جز در صورتی که برده‌ی کبیره‌ی خواب یا دیوانه باشد (نجفی مرعشی، به نقل از الفقه علی المذاهب الاربعه، ۱۴۲۴: ۲۰۰-۲۰۲).

برخی از فقهای معاصر در جمع‌بندی دیدگاه‌های مختلف و دلایل آنان راجع به سرقت انسان چنین اظهار داشته‌اند: «کسی که شخص آزاد را بدزدد، گفته شده که دست او قطع نمی‌شود؛ هرچند او را فروخته باشد و فروشنده دزد، مالک قیمت نمی‌گردد، زیرا انسان آزاد مال نیست در حالی که بیع مبادله مال در برابر مال است و لذا بر سرقت انسان حر، عنوان «مسروق» صدق نمی‌کند و از قبیل سرقت مال نیست، پس بر چنین دزدی حد قطع اجرا نمی‌گردد، بلکه مطابق صلاح‌دید حاکم شرعی تعزیر می‌گردد و برخی هم تفصیل داده‌اند که اگر شخص دزدی شده صغیر باشد دست سارق قطع می‌گردد؛ زیرا صغیر توان حفظ مالش را ندارد؛ اما اگر کبیر باشد دست سارق قطع نمی‌گردد؛ زیرا انسان بزرگ دزدی شده مال نیست. برخی گفته‌اند سرقت انسان آزاد موجب قطع دست است و دلیل‌شان اجماع، شهرت و روایات است که این نظر هم با ایراد مواجه است؛ چون شهرت ظن‌آور است و ظن مطلق حجیت ندارد، اجماع هم مدرکی است، روایات هم در برخی بحث قطع دست در اصل مطرح نشده و برخی هم مرسله و سنداً ضعیف می‌باشد. بر علاوه، قاعده درأ حکم به عدم قطع دست سارق انسان آزاد به خاطر وجود شبهه دارد و شبهه هم عدم مالیت انسان آزاد است» (همان: ۲۰۳).

۲-۴. مجازات سرقت انسان

با در نظر داشت اقوال فقها که در ارتباط با سرقت انسان ذکر گردید، روشن است که مجازات سرقت انسان قطع دست است. فقهای اهل سنت، چنانچه ذکر شد؛ قطع دست سارق انسان را به دلیل عدم مالیت انسان آزاد قبول ندارند و چنین حکمی را فقط در مورد صغیر غیر ممیز و برده صغیر پذیرفته‌اند، در میان فقهای شیعه نیز راجع به حکم قطع دست سارق اشخاص، اختلاف نظر است و دلیل همان فقدان مالیت انسان است؛ زیرا یکی از شرایط اجرای حد سرقت مالیت مسروق است؛ چون بدون مالیت مسروق بلوغ به حد نصاب که یکی از شرایط اجرای حد سرقت است، تحقق نمی‌یابد (گلبایگانی، ۱۴۱۲: ۱۰۷/۳).

دلیل طرفداران قطع دست کسی که انسان را می‌دزدد؛ یکی اولویت است که در سرقت مال دست سارق باید قطع گردد و این به خاطر صیانت و حراست از اموال می‌باشد. پس قطع دست فردی که انسان





را می دزدد، به طریق اولی باید واجب باشد نه از جهت سارق بودن شخص، بلکه از جهت فساد در زمین، دلیل مزبور مورد ایراد واقع شده به این که اولویت مزبور ضمن آن که قیاس است و موافق مذهب شیعه نیست، در مسأله ی سرقت نمودن انسان این اولویت وجود ندارد؛ زیرا حکم به بریدن دست سارق در سرقت اموال به خاطر صرف سرقت نمی باشد، بلکه به خاطر سرقت مال به گونه ای خاص و با شرایط خاص پذیرفته شده؛ مانند سرقت از حرز و رسیدن به مقدار نصاب می باشد.

بر علاوه، طرفداران بریدن دست دزدی که انسان را می دزدد، وجود روایاتی در این زمینه است؛ مانند روایت سکونی از امام صادق (ع) «ان امیر المؤمنین (ع) اتی برجل قد باع حرّاً ففقطعه یده» یا روایت ظریف بن معان «سَأَلْتُ جَعْفَرَ بْنَ مُحَمَّدٍ (ع) عَنْ رَجُلٍ سَرَقَ حُرَّةً فَبَاعَهَا قَالَ فَقَالَ فِيهَا أَرْبَعَةُ حُدُودٍ أَمَّا أَوَّلُهَا فَسَارِقٌ تَقْطَعُ يَدُهُ ...» و غیر از این دو روایت، روایات دیگری که در این زمینه وجود دارد؛ این روایات به دلیل ضعف اسناد مورد ایراد قرار دارند. علاوه بر این که برخی از این روایات در اصل کلمه ی سرقت در آن بیان نشده است و حکم بریدن دست را فقط به خاطر فروش انسان دانسته اند (همان: ۱۰۸ - ۱۰۹).

به نظر می رسد که قطع دست دزدی را که به سرقت انسان می پردازد، باید بپذیریم و مناقشات موجود و اظهار تردید در این حکم از قبیل اجتهاد در برابر نص است، به ویژه در مورد سرقت انسان بالغ آزاد.

۳-۴. صدق سرقت انسان بر آدم ربایی

چنانچه در بحث محاربه و نسبت محاربه با آدم ربایی یادآوری خواهد شد؛ بحث سرقت انسان در مورد آدم ربایی غیر مسلحانه قابل تطبیق است «آن دسته از نصوصی که بر حکم سارق انسان دلالت می کند بر حکم آدم ربایی غیر مسلحانه هم دلالت می کند» (سیفی مازندرانی، همان: ۱۰۴).

برخی از فقهای معاصر، ضمن پذیرش صدق عرفی عنوان «سرقت» بر سرقت انسان، با وجود عدم مالیت انسان و این که مفهوم عرفی سرقت، اعم از سرقت نمودن مال یا انسان است. گفته اند: صحیح آن است که ما معتقد باشیم که کسی که انسانی را می دزدد دستش باید قطع گردد زیرا عرفاً عنوان سرقت صدق دارد و حکم مزبور اختصاص به موردی ندارد که انسان را بدزد و بفروشد، بلکه تمام موارد سرقت انسان را شامل است، ولو به انگیزه های فاسد دیگری صورت بگیرد؛ مانند قتل، تجاوز، جدا نمودن از والدین و پذیرش آن به عنوان فرزند، یا گرفتن مال در برابر آزادی انسان مسروق و سایر اغراض سیاسی، اقتصادی و انحرفات جنسی و ... بلی، اگر چنانچه سارق بر انسان مسروق اعمال مجرمانه ای دیگری را انجام دهد؛ مانند زنا با زن مسروقه یا لواط با پسر بچه ای مسروق، علاوه بر بریدن دست دزد، مجازات مقررهای شرعی آن اعمال جرمی نیز بر او اعمال خواهد شد (اردبیلی، ۱۴۲۷: ۳/ ۲۱۱ - ۲۱۳).

در نتیجه می توان گفت که عنوان سرقت انسان در مورد آدم ربایی غیر مسلحانه منطبق و صدق دارد.



۴-۴. عنوان تطبیق مجازات برسرقت انسان

بر فرض که مجازات قطع دست سارق اشخاص را بپذیریم، این مجازات تحت چه عنوانی تطبیق می‌گردد؟ آیا به اعتبار حدی که شارع معین فرموده یا دست دزد انسان را به خاطر دفع فساد قطع می‌گردد؟ طائفه‌ای قطع را به خاطر حد می‌دانند؛ چنانچه از ظاهر برخی روایات استفاده می‌شود؛ مانند: «ان امیر المؤمنین اُتی برجل قد باع حراً ففقطعه یده» و گروهی قطع دست را به خاطر دفع فساد می‌دانند که بر این نظر اشکال شده که دفع فساد غیر از قطع دست از راه‌های دیگری؛ چون حبس، جریمه مالی و... نیز ممکن است. پس دلیلی برای تنقید به قطع وجود ندارد (یعنی دلیلی ندارد که دفع فساد را منحصر و محدود به قطع دست نماییم) و حال آن که در روایات قید «قطع» ذکر شده است (مرعشی نجفی، همان: ۲۰۴).

آیا قطع دست به خاطر سرقت با قطع دست به خاطر فساد تفاوت دارد؟ واقعیت این است که نه در روایت و نه در سخنان فقها وضعیت به خوبی روشن نگردیده است. از این رو، تصمیم را باید به حاکم شرع واگذار نمود و حاکم شرع می‌تواند مطابق آنچه صلاح می‌بیند در این زمینه انجام دهد (همان: ۲۰۸).

در این رابطه مسایل دیگری نیز مطرح است؛ مانند سرقت انسان آزاد در صورتی که آن را نفروشد که دست او قطع نمی‌شود، جز از باب فساد فی الارض. البته که می‌توان سارق را بر اساس صلاح دید حاکم به مجازات تعزیری؛ همانند حبس و جریمه‌ی مالی محکوم نمود یا فروش انسان آزاد بدون آن که آن شخص را سرقت نموده باشد که برخی گفته‌اند به خاطر وحدت ملاک حکم سرقت انسان آزاد و فروختن آن را دارد، ولی چون وحدت ملاک در این دو مورد (سرقت انسان آزاد و فروش آن - فروش انسان آزاد بدون آن که انسان آزاد را سرقت نموده باشد) ظنی و مشکوک است به حکم قاعده درآ باید حکم به عدم قطع دست شخصی شود که انسان آزادی را فروخته بدون آن که وی را دزدی نموده باشد (همان: ۲۰۹).

۵. افساد فی الارض و اختطاف

از عناوین دیگری هم که در مورد آدم‌ربایی مسلحانه و غیر مسلحانه زیاد به کار رفته، عنوان افساد فی الارض است، برای شمولیت و تطبیق عنوان مزبور بر اختطاف لازم است که مفهوم افساد فی الارض، تفاوت آن آن با محاربه ... پیش‌تر روشن گردد.

۵-۱. مفهوم فساد

در آیه‌ی معروف مربوط به محاربه دو عنصر در موضوع حکم محاربه مورد توجه قرار گرفته است، یکی عنوان «محاربه با خدا و پیامبر (ص)» و دیگری «فساد در روی زمین» از نظر لغوی واژه‌ی فساد ضد



صلح و به معنای خروج شیء از حالت اعتدال است؛ خواه عدم تعادل اندک باشد یا بسیار و واژه‌ی «صلاح» و «فساد» ضد همدند و واژه‌ی فساد در روح و روان و جسم و چیزهای نامتعادل استعمال می‌شود.

۲-۵. مفهوم فساد در زمین از دیدگاه قرآن

در قرآن کریم «فساد فی الارض» ظهور در معانی چون برهم زدن نظم و امنیت اجتماعی، تلاش برای خنثی‌سازی و بی‌اثر کردن نظام و مقررات اجتماعی، تغییر و تخریب نظام، تباهی و فساد در نظام هستی و... به کار رفته است و در آیات فراوانی؛ مانند بقره: ۱۱؛ قصص: ۷۷؛ نمل: ۳۴؛ بقره: ۲۰۵ و ۲۵۱؛ روم: ۴۱؛ مانده: ۶۴ و... واژه‌ی فساد فی الارض استفاده شده و به مصادیق فساد در روی زمین مانند فعالیت‌های منافقانه، اقدامات فسادبرانگیز مترفان و عافیت‌طلبان، اقدامات ستمگرانه طاغوتیان، برهم زدن نظام سیاسی - اجتماعی، ایستادگی در برابر حق و عدالت ... تصریح شده است (حکیم، بی‌تا: ۲۶ / ۱۴۶ - ۱۶۰).

۳-۵. تفاوت محاربه و افساد فی الارض

نسبت میان محاربه و فساد فی الارض نسبت عام و خاص است هر محاربه‌ی بدون شک مفسد فی الارض و آشکارترین مصداق آن است در صورتی که هر مفسد محارب نیست (گلپایگانی، همان: ۳ / ۳۱۶).

برخی از فقها در پاسخ به این پرسش که آیا به لحاظ شرعی افساد فی الارض موضوع حد شرعی مستقل از محاربه است؟ پاسخ داده‌اند که «افساد نه از نظر لغت و نه از نظر اصطلاح قرآن و روایت قید سلاح ذکر نشده؛ هرچند بر همه افراد محارب عنوان مفسد صادق است و شرط اخافه الناس هم در عنوان فساد و افساد لحاظ نشده کلمه‌ی فساد در برابر صلاح و سلامت و به‌ظاهر مقصود از عنوان افساد فی الارض در آیه‌ی ۳۳ سوره‌ی مانده انجام هر عملی است که مسیر عادی و سلامت امنیتی یا اخلاقی و اقتصادی جامعه را برهم زند و موجب تباهی در نظام آن گردد؛ هرچند ایجاد هر فساد گناه و جرم است و به طبع استحقاق حد یا تعزیر یا توبیخ را از نگاه شرع در پی دارد؛ ولی کلمه‌ی «یسعون» و قید «فی الارض» در آیه دلالت بر نوعی خاص از فساد دارد که ضرر آن تنها متوجه شخص گناهکار نبوده، بلکه سلامت عادی یک مجتمع انسانی را برهم می‌زند» (منتظری، بی‌تا: ۵۲۱).

۴-۵. احتمالات راجع به فساد فی الارض در آیه محاربه

اگر «فساد فی الارض» را جدای از محاربه و متفاوت به آن بدانیم، در مورد آیه‌ی محاربه «انما جزاء الذین یحاربون الله...» (مانده: ۶۴) در قسمت «و یسعون فساداً فی الارض...» سه احتمال وجود دارد:



۵-۴-۱. احتمال اول این که جمله‌ی «و یسعون...» در صدد تعلیل حکم مجازات محارب باشد که چرا محارب به یکی از مجازات‌های ذکر شده در آیه مجازات می‌شود؟ جمله «و یسعون...» علت مجازات را «فساد در روی زمین» می‌داند.

۵-۴-۲. احتمال دوم این که جمله «و یسعون فی الارض...» یک امر مستقل باشد که بر قسمت قبلی آیه «الذین یحاربون...» عطف شده و «واو» در «و یسعون حکم کلمه «او» را دارد بر اساس دو احتمال مزبور مجازات‌های چهارگانه‌ای مذکور در آیه هم مجازات «محارب» و هم مجازات «مفسد فی الارض» است.

۵-۴-۳. جمله‌ی «و یسعون فی الارض...» عطف تفسیری برای بخش قبلی آیه و شرح و بیان برای محارب باشد، پس در آیه عنوانی غیر از عنوان محارب نیست که مجازات‌ها و احکام چهارگانه‌ای مذکور در آیه را داشته باشد و حرف «واو» در «و یسعون» مانند «واو» در فقره‌ی قبلی آیه «و رسوله» است؛ همان‌گونه که محاربه با رسول امری جدا از محاربه با خدا نیست و محاربه با پیامبر^(ص) مابین با محاربه با خدا نیست، بلکه عین محاربه با خدا است در قسمت «و یسعون...» هم که شرح و تفسیر بخش اول آیه است گویا خداوند بیان می‌فرماید که محارب با انجام عمل شورانده با خدا، پیامبر^(ص) و بندگان خدا به ستیزه‌جویی پرداخته است (گلپایگانی، همان: ۳/ ۳۱۷).

۵-۵. صدق افساد فی الارض بر اختطاف

از مباحثی که تاکنون مطرح شد تردیدی باقی نمی‌ماند که عنوان «فساد فی الارض» می‌تواند بر اختطاف و آدم‌ربایی منطبق باشد و در نتیجه مدعای که ما صدق و شمول عناوین مجرمانه بر اختطاف اشخاص باشد، ثابت می‌گردد و بحث‌های نظیر مستقل بودن «فساد فی الارض» از عنوان «محاربه» و یا یکی بودن آن‌ها هیچ‌کدام تأثیری بر ادعای مورد نظر ما ندارد و هیچ اشکالی ندارد که جرمی مانند اختطاف اشخاص مشمول عناوین متعدد جرمی مانند سرقت، محاربه و افساد فی الارض قرار گیرد.

آنچه صدق عنوان «افساد فی الارض» را بر اختطاف تأیید می‌نماید استفاده از عنوان مزبور در مقام بیان موارد و مصادیق سرقت محاربه و... است؛ مثلاً در هنگام بیان مجازات قطاع الطريق (راهنزان) آنجایی که کسی را نکشته باشند و مالی را به سرقت نبرده باشند؛ ولی ایجاد ترس و وحشت میان مردم شده باشد، گفته حکم آن تبعید است و قاضی آنچه را در مورد آن‌ها از مجازات صلاح می‌داند، اعمال کند برای از بین بردن شر و فساد و یا آنجا که راجع به حکم سرقت انسان و آدم‌ربایی غیر مسلحانه سخن می‌گوید که دست چنین شخصی باید قطع شود، در تعلیل و توجیه آن «فساد فی الارض» را نام می‌برند (مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۳/ ۳۵۷) یا زمانی که فقها از حرمت اختطاف با تمام صورت‌ها و اشکال آن سخن



می گوید که اختطاف حرام است، دلیل آن را «افساد فی الارض» ذکر می کنند (عواثیه، ۱۴۲۹: ۶/۳۸۳) یا در موردی که از ارتکاب برخی اعمال مجرمانه مانند ربودن اطفال، اسیدپاشی و... سؤال شده است؛ پاسخ داده اند موارد مزبور مصداق «مفسد فی الارض» است و هرآنچه باعث اشاعه ی ترس، سلب امنیت جامعه... شود افساد فی الارض و شخص مفسد فی الارض دانسته می شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲/۴۳۶).

بنابراین، در صدق عنوان «افساد فی الارض» بر جرم اختطاف و آدم ربایی تردیدی وجود ندارد، تنها نکته ای که باید اشاره کرد این که اختطاف و آدم ربایی غیر مسلحانه در صورتی که اشتهار و آشکار ساختن سلاح را مقوم مفهوم محاربه بدانیم و فرض را بر وحدت محاربه و افساد فی الارض بگذاریم با تردید روبه رو خواهد بود؛ ولی با توجه به تفاوت دو عنوان محارب و مفسد فی الارض و لزوم اشتهار سلاح در محاربه صدق مفسد فی الارض بر آدم ربایی غیر مسلحانه قابل انکار نیست.

۶. محاربه و اختطاف

۱-۶. تعریف محاربه

در کتب فقهی راجع به جرم محاربه و افساد فی الارض تعریف جامع و مانع ذکر نشده است که به صورت دقیق حد و مرز، ارکان و عناصر محاربه را مشخص نماید. از همین رو، شمول و عدم شمول عنوان محاربه نسبت به برخی از مصادیق با ابهام مواجه شده است و از سوی دیگر بسیاری از علما، ویژگی «اشتهار به سیف» از (غلاف کشیدن شمشیر) را از تعریف رایج محاربه «من شهر السیف لا خافه الناس» (برهنه نمودن شمشیر را برای ایجاد ترس در میان مردم) حذف نموده اند و ملاک محاربه را «ایجاد ترس» (تهدید امنیت عمومی دانسته اند و آنچه را افراد و گروه ها مرتکب می شوند، مانند ربودن طیاره ها، ایجاد ناآرامی، آشوب، ربودن اطفال، پاشیدن اسید و مانند آن ها از کارهایی که باعث سلب امنیت و اشاعه ی وحشت در جامعه می گردد، آیا مورد مزبور می تواند مشمول عنوان «محاربه» و «افساد فی الارض» باشد و آیا مرتکبین این جرایم مستحق مجازاتند؟

در پاسخ به سؤال مزبور، برخی از فقهای معاصر فرموده اند که «هر چیزی که سبب اشاعه و گسترش ترس و سلب امنیت جامعه گردد، مصداق مفسد فی الارض است؛ اما عنوان محارب لازمه ی صدق آن آشکار ساختن سلاح در برابر مردم است» (مکارم شیرازی، همان: ۳۸۸).

از این پاسخ می توان دریافت که اعمال مزبور و از جمله اختطاف و آدم ربایی در فرض غیر مسلحانه، مشمول عنوان «افساد فی الارض» است نه مشمول عنوان محاربه (راجع به تعریف محاربه به کتاب ها مراجعه شود).



در مورد تعریف محارب، به‌ویژه راجع به وجود و عدم برخی از قیود و شرایط میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. از قول محقق حلی^(ج) در شرایع نقل شده که وی فرموده «محارب کسی است که سلاح بر کشد، برای ترساندن مردم، خواه در شب باشد یا روز، در خشکی باشد یا در آب، در شهر باشد یا در غیر آن» (منتظری، ۱۴۱۳: ۵۱۹/۲).

صاحب جواهر فرموده «محارب به فردی گفته می‌شود که اسلحه بکشد یا اسلحه بردارد جهت ایجاد بیم و ترس و لویکی یکی به گونه‌ای که اراده‌ی فساد در روی زمین صدق کند» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱/۵۶۳).

در برخی از تعاریف قید «دار الاسلام» افزوده شده و در برخی دیگر بین بلاد اسلام و غیر آن تفاوت گذاشته و صرف بر برهنه نمودن سلاح جهت ایجاد خوف تکیه نموده‌اند (همان).

در فقه اهل سنت هم تعاریف گوناگون در مورد محاربه و محارب به چشم می‌خورد؛ برخی گفته‌اند محاربه آشکار نمودن اسلحه و بستن راه در خارج از شهر است. برخی هم محاربه را «خروج جهت گرفتن مال، یا قتل یا ارباب ناشی از خودسری و قلدری با تکیه بر توان خود در محیطی به دور از راه نجات» دانسته‌اند. برخی هم محاربه را «کفر ورزیدن به خدا» و «محارب را به کسی که به راهزنی مردم می‌پردازد؛ خواه مسلمان باشد و خواه کافر»، تفسیر نموده‌اند (ابوحیب، همان: ۸۳).

فقهای اهل سنت تعریف محاربه و محارب را معمولاً در بحث «قطاع الطريق» (راهزنی) مطرح نموده‌اند و حتا گفته‌اند حرا به راهزنی گفته می‌شود (العواثیه، ۱۴۲۹: ۱۱۵/۶).

و لذا در تعریف محاربه گفته‌اند محاربه عبارت است از رویارویی در برابر مردم و تهدید آنان با اسلحه چه در صحرا و چه در آبادی و چه در خانه‌ها و چه در وسائل حمل و نقل به‌منظور ریختن خون مردم، تجاوز به حیثیت آنان و غصب نمودن دارایی آنان» (تویجری، ۱۴۳۰: ۱۶۵/۵). و یا گفته‌اند «حرا به که رهزنی هم نامیده می‌شود، خروج گروه مسلح در دار الاسلام به‌منظور ایجاد هرج و مرج، خون‌ریزی، گرفتن اموال، تجاوز بر آبرو و نابود نمودن دارایی‌ها و مستغلات مردم است» تفاوت تعریف اخیر از محاربه با سایر تعاریف مزبور وجود قید «دار الاسلام» است که در تعاریف دیگر این قید وجود نداشت.

نکته دیگر این که جرم محاربه همان‌گونه که با خروج و شورش گروهی مسلح به خاطر اهداف مزبور تحقق می‌یابد با خروج و حمله‌ای فردی از افراد نیز محقق می‌گردد. پس اگر چنانچه فردی از افراد از نظر



قدرت و نیرو در مرتبه‌ای برتری قرار داشته باشد و بتواند با توان و قدرت خود، جان و مال و آبروی مردم به زور بگیرد، چنین فردی هم محارب و راهزن محسوب می‌شود.

مفهوم محاربه و محارب شامل گروه‌ها و باندهای گوناگون و تمامی آن باندها حکم حربه و محارب را دارند، مانند باند قتل، باند اخاذی اموال، باندهای دزدی خانه‌ها، فروشگاه‌ها، بانک‌ها باندهای دخترربایی به منظور انجام فحشا، ترور حاکمان، ایجاد فتنه و آشوب، برهم زدن امنیت ربودن طیاره‌ها، کشتی‌ها، خودروها، از بین بردن مزارع و کشتن مواشی و چارپایان و... خواه با تهدید با اسلحه یا کاشتن ماین و مواد انفجاری، منفجر ساختن ساختمان‌ها یا ایجاد آتش‌سوزی یا گروگان‌گیری و... یا اسباب دیگری باشد، تمام موارد مزبور محاربه شمرده می‌شود و محاربه یا راهزنی از بزرگ‌ترین جرایم دانسته شده و به همین جهت در قرآن کریم برای مرتکبین جرم محاربه سخت‌ترین مجازات ذکر شده و مرتکبان را محارب با خدا و رسولش معرفی نموده است «انما جزاء الذین یحاربون ... (مانده: ۳۳؛ تویجری، همان، عواثیه، ۱۴۲۹: ۱۱۵/۶ - ۱۱۶).

۲-۶. شرایط اجرای مجازات محاربه

افراد به خاطر ارتکاب جرایم محاربه باید واجد شرایط تکلیف، مانند بلوغ و عقل باید باشند. این شرایط مورد اتفاق فقهای شیعه و اهل سنت است؛ زیرا بلوغ و عقل شرط تکلیفند و تکلیف شرط اقامه‌ی حدود است، صبی و مجنون به دلیل مکلف نبودن شرعی محارب گفته نمی‌شوند هرچند در محاربه اشتراک داشته باشند. ذکوریت و حریت شرط نیست و انوثیت و رقیت تأثیر بر جرم محاربه ندارد؛ چه بسا زن و بنده دارای قدرت همانند دیگران و بلکه از قدرت بیش‌تری ممکن است برخوردار باشند و یا در تدبیر و حمل سلاح و در ترمد و عصیان مشارکت داشته باشند. از همین‌رو، بر زن و برده و افرادی مانند آن احکام محاربه تطبیق می‌گردد (همان: ۱۱۷).

در میان فقهای پیشین شیعه، گرچه در مورد شرایط مزبور به تفصیل سخن گفته نشده و در تعریف محاربه به صورت مطلق ذکر شده است و همین اطلاق در تعریف محارب باعث شده که بلوغ را در محارب معتبر ندانند؛ ولی به ابن جنید^(ح) نسبت داده شده که وی بلوغ را در محارب شرط دانسته به این دلیل که اجرای حد به‌ویژه حد قتل مشروط به تکلیف است (عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲/ ۲۹۱). از فقهای معاصر، منتظری^(ح) به صراحت از بلوغ و عقل در تعریف محاربه نام برده و گفته است «هرگاه انسان بالغ و عاقل شمشیر یا سلاح دیگری را به‌منظور ترساندن مردم اخلال به نظم جامعه، یورش و هجوم علنی بر مردم به‌منظور ترور اشخاص و غارت دارایی آن‌ها آشکار نماید، محارب و مفسد است،



خواه مرد باشد یا زن، خواه در شب باشد یا روز، چه در بیابان و چه در شهرها و...» (منتظری، ۱۴۱۳: ۵۵۷-۵۵۸).

۳-۶. شرط حمل سلاح

راجع به شرط بودن حمل سلاح در تحقق محاربه اختلاف نظر است. برخی از فقهای اهل سنت حمل سلاح را شرط تحقق محاربه دانسته‌اند، به این دلیل که زور و قدرت محاربین در حرا به ناشی از قدرت سلاحی است که با خود دارند و اگر اسلحه نداشته و مسلح نباشند، دیگر محارب نمی‌توانند باشند؛ چون قدرت مقابله و رویارویی با دیگران را نخواهند داشت. در مقابل گروهی از فقهای اهل سنت حمل سلاح را در تحقق مفهوم حرا به و راهزنی شرط نمی‌دانند. به دلیل این که در مواردی قتل و اذیت مردم از طریق سموم و آتش افروزی صورت می‌گیرد و چه بسا آتش سوزی و... کاربرد بیش‌تری از تعدادی انواع سلاح‌های دارد که راهزنان، مفسدان و باندها به کار می‌برند. این دسته به روایت ابی‌هریره از پیامبر (ص) استناد نموده که آن حضرت فرموده «و من خرج من امتی علی امتی یضرب برّها و فاجرها - فلیس منی» در حدیث مزبور تعبیر به «الضرب» (زدن) به کار رفته نه تعبیر «سلاح» و این نشان می‌دهد که حرا به با سلاح و بدون سلاح تحقق می‌یابد. بر این اساس محارب به شخص ستیزه‌گری گفته می‌شود که باعث ترس اهل طریق، افساد در زمین می‌گردد، خواه با اسلحه یا بدون اسلحه، شب یا روز، در شهر یا بیابان و... و بر علاوه که در آیه‌ی مربوط به حکم محاربین هیچ‌یک از این خصوصیات بیان نشده است و لذا می‌توان گفت که محاربه به غیر از سلاح با عصا و سنگ و... نیز تحقق می‌یابد (همان: ۱۱۷-۱۱۹).

در میان فقهای شیعه نیز هرچند برخی تمایل به عدم اشتراط حمل سلاح در تحقق محاربه دارند؛ ولی اکثریت آنان بر شرط بودن حمل سلاح در محاربه تأکید ورزیده‌اند. دلیل آنان این است که نخست خود کلمه‌ی محارب از حرب به معنای جنگ مأخوذ شده است و حرب و جنگ معمولاً با اسلحه انجام می‌شود. دوم، عنوان سلاح و در کنار آن عنوان «اخافه الناس» و حتا «قصد اخافه» در بسیاری از روایات و فتاوی فقها مشاهده می‌گردد. از این‌رو، در دیدگاه آنان محارب به کسی اطلاق می‌گردد که اقدامات او هم ترساندن مردم با استفاده از اسلحه، سلب آرامش، آزادی و امنیت عمومی را در پی داشته باشد، فقدان و عدم احراز هریک از عناوین یاد شده موجب عدم صدق عنوان محارب می‌گردد؛ یعنی در فرض نبود اسلحه یا آن‌که اظهار سلاح باشد؛ اما نه در حد ترساندن مردم، یا قصد ترساندن مردم محرز نباشد نمی‌توان به کسی محاربه را نسبت داد (منتظری، ۱۴۱۳: ۵۱۹/۲).



۴-۶. شرط اهل ریه

از شرایط محاربه اهل ریه بودن است مقصود از اهل ریه گروه‌های مشهور به فساد، فتنه، فسق و تجاوز به حقوق مردم است که دارای تشکیلات سری و یا غیر سری بوده و از سوی حکومت مشروع، صالح و عدل مورد شک و اتهام قرار دارند (همان: ۴۷۴/۳).

فقه‌ها و بزرگانی چون شیخ طوسی^(ح) اهل ریه بودن در محارب را شرط نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۱۹) و تعداد زیادی اهل ریه بودن را در محارب شرط نمی‌دانند؛ مانند مقداد بن عبدالله سیوری در کتابش به نام آیات الاحکام و جمال الدین حلی و... گفته‌اند: «هر کس سلاح خود را به منظور ترساندن مردم برهنه کند، محارب است ولو از اهل ریه؛ یعنی اهل فساد نباشد (جمال الدین حلی، ۱۴۱۰: ۴۱۸). صاحب جواهر^(ح) اهل ریه بودن (اهل غارت و فساد) را در محارب شرط ندانسته، دلیل وی عموم آیه و روایت است که اقتضای چنین شرطی را ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۶۷).

در منابع فقهی اهل سنت سخن از اهل ریه بودن به میان نیامده و برای محارب شش شرط به ترتیب التزام، تکلیف، همراه داشتن اسلحه، دوری از آبادی، ذکوریت و مجاهرت نام برده شده است و تصریح نموده‌اند که شرایط مزبور مورد اتفاق نیست و راجع به پاره‌ای از آن‌ها اختلاف است مقصود از التزام پای بندی به احکام شریعت است؛ یعنی محارب مسلمان، یا ذمی باشد و مقصود از تکلیف بالغ و عاقل بودن محارب است که شرط تکلیف است و تکلیف شرط اقامه‌ی حد می‌باشد و راجع به شرط ذکوریت (مردبودن)، مالکیه، شافعیه و حنابله شرط نمی‌دانند، ولی احناف در محارب ذکوریت را شرط می‌دانند در مورد به همراه داشتن اسلحه اختلاف است، احناف و حنابله به همراه داشتن اسلحه را شرط، ولی مالکیه و شافعیه قهر و غلبه را کافی و حمل سلاح را شرط نمی‌دانند و لگد و سیلی زدن با قهر و غلبه را کافی می‌دانند. دور بودن از آبادی بنا بر نظر مالکیه و شافعیه شرط نیست؛ ولی احناف و حنابله شرط می‌دانند. مجاهرت (علنی) نیز در محارب شرط است و اگر مال مردم را مخفیانه بربایند، محارب نه بلکه دزد محسوب می‌شوند (وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۷: ۱۷/۱۵۵ - ۱۵۷).

۵-۶. مجازات محارب

مجازات محارب صورت‌های مختلف دارد. با توجه به نوع جرم ارتكابی در محاربه مجازات هم تفاوت می‌یابد. به طور کلی مجازات محارب عبارتند از قتل، صلب و به دار آویختن، قطع دست و پا در جهت خلاف هم و نفی از ارض (تبعید) (بارودی عتیبی، ۱۲۵)

۱. اگر محارب افرادی را کشته و مال آن‌ها را سرقت نموده باشد، کشته و به دار آویخته می‌شود؛
۲. اگر افرادی را کشته و مال را سرقت نکرده باشد محارب کشته ولی به دار آویخته نمی‌شود؛
۳. اگر مال



را سرقت و کسی را نکشته باشد، دست راست و پای چپ او قطع می‌گردد؛ ۴. اگر محارب کسی را نکشته و مالی را هم ندزدیده باشد، تبعید و محکوم به نفی ارض است (توبجری، ۱۴۳۰: ۹۷۵).

فقه‌های شیعه، در مورد مجازات محارب در کلیت مسأله با فقه‌های اهل سنت موافقت؛ هرچند در برخی تفصیل و جزئیات مجازات اختلاف نظر مشاهده می‌شود که بحث و بررسی تفصیل و نیز بحث تخییری و یا ترتیبی بودن مجازات محارب ما را از بحث اصلی که صدق عنوان محارب بر اختطاف باشد دور می‌سازد.

۶-۶. صدق عنوان محاربه بر اختطاف اشخاص

دقت در مباحث مربوط به محاربه نشان می‌دهد که بحث مزبور در بیش‌تر آثار فقهی متمرکز بر ربودن اموال مردم از طریق ایجاد ترس و رعب و در یک کلام اختطاف اموال می‌باشد و راجع به اختطاف اشخاص (آدم‌ربایی) یا در اصل بحثی صورت نگرفته و یا اشاره‌های اجمالی صورت گرفته است. تنها بحثی که در رابطه‌ی مستقیم با بحث اختطاف اشخاص قرار دارد، همان بحث سرقت انسان است که در کتب فقهی به نام «سارق الحر» مطرح شده است. از همین‌رو، شمول عنوان محارب و صدق آن بر اختطاف اشخاص گاهی ممکن است با اقدامات مسلحانه صورت گیرد و گاهی ممکن است به صورت غیر مسلحانه باشد که هرکدام حکم خاص خود را دارد.

۶-۷. آدم‌ربایی غیر مسلحانه

ربودن اشخاص بدون توسل به اقدامات مسلحانه به‌طور مسلم مشمول عنوان محارب نیست؛ چون ضابطه‌ی محارب به‌خصوص اگر همراه داشتن اسلحه را شرط در صدق عنوان محارب بدانیم، بر این نوع اختطاف صدق ندارد (سیفی مازندرانی، ۱۳۹۲: ۸۷). چنین اختطافی را می‌توان مشمول سرقت انسان و رباینده را به‌عنوان مفسد فی الارض دستش را باید قطع نمود؛ اما این که قطع دست او به‌خاطر عنوان سرقت است یا به‌عنوان افساد فی الارض با توجه به تفاوت «محاربه» و «افساد فی الارض» بحث دیگری است که بدان اشاره خواهد شد.

اجمال مطلب این است که فقهایی که حکم به قطع دست سارق انسان نموده‌اند حکم خود را تعلیل به مفسد فی الارض نموده‌اند که نشان‌دهنده‌ی قطع دست سارق انسان به‌خاطر افساد فی الارض است نه به‌خاطر سرقت. علاوه بر این که اگر آدم‌ربایی غیر مسلحانه مشمول عنوان محارب باشد، مجازات محارب و حرا به امور دیگری می‌باشد غیر از مجرد قطع دست دلیل و مستند آنانی که حکم آدم‌ربایی غیر مسلحانه را قطع دست می‌دانند. گاهی اجماع و گاهی استدلال به اولویت انسان آزاد نسبت به مال است که انسان از جهت نگهداری از مال اولی است؛ چون انسان از خود محافظت می‌کند، ولی مال چنین



نیست. پس در سرقت انسان آزاد به طریق اولی باید حکم به قطع دست شود و در مواردی به این که سارق انسان جزو مفسدین فی الارض است استدلال می کنند بر علاوهی نصوص خاصه که در مورد سرقت انسان وارد شده است (همان: ۱۰۴)

۸-۶. آدم ربایی مسلحانه

راجع به آدم ربایی مسلحانه و کسانی که آدم ربای حرفه ای باشد مانند راهزن و دزد بدون تردید مشمول عنوان محاربه است و عنوان محاربه بر آنان صدق دارد. از فقهای معاصر مرحوم شاهرودی پس از بحث مفصل در مورد محاربه در بحث از مصادیق محاربه مورد سوم را اشتهار سلاح و ترساندن مردم را نه به جهت ربودن مال یا جان، بلکه به خاطر دست یافتن به اغراض سیاسی و شخص دیگری، مانند ربودن طیاره ها، کشتی ها و... را مصداق محاربه و افساد فی الارض دانسته اند، گویا در نظر وی مصداقیت اختطاف برای محاربه امری مسلم پنداشته شده. از این رو، از اغراض دیگری نام برده است (شاهرودی، ۱/ ۴۳۶).

فقهای اهل سنت هم در شمول و صدق عنوان محاربه نسبت به آدم ربایی مسلحانه تردیدی نکرده اند. آنان ضمن تعریف محاربه و محارب و قید «اشتهار سلاح» «خروج طایفه مسلحه در دار الاسلام» «تعرض الناس بالسلاح» و... به صراحت اختطاف اشخاص را از مصادیق محاربه و احیاناً افساد فی الارض دانسته اند که نمونه های آن در تعریف حرابه و محارب ذکر گردید. در نتیجه «کسی که آدم ربای حرفه ای باشد؛ مانند راهزن و دزد بدون تردید داخل در عنوان محارب می باشد، خواه عضوی از دسته ی آدم ربایان باشد یا عضو گروه تروریستی باشد و خواه به تنهایی اقدام کند به علت آن که با این وصف به یقین داخل در عنوان محارب؛ یعنی کسی که برای ترساندن مردم سلاح حمل می کنند، می باشد و فرقی نیست بین کسی که یکبار این کار را انجام دهد یا به دفعات مرتکب این عمل شود، در هر حال این عنوان بر او صدق می کند، مگر این که گفته شود، کسی که یک بار آدم ربایی کند، تحقق شغل و حرفه بر آن صادق نیست؛ ولی بنا بر اقوی و اظهر عرف چنین شخصی را محارب می داند (سیفی مازندرانی، همان: ۸۷ - ۸۸).



نتیجه

بنا بر نظر اکثریت فقهای امامیه و اهل سنت اختطاف اشخاص تحت شمول بسیاری از عناوین مجرمانه در فقه و به طور عمده عناوین سرقت، محاربه و افساد فی الارض می باشد و عناوین مزبور اغلب جرایم علیه امنیت عمومی و از جمله اختطاف اشخاص را در بر می گیرد به ویژه اگر اختطاف مسلحانه باشد و مجازات خطف (ربایش) اشخاص همان مجازات محاربه و افساد فی الارض است، جز در اختطاف غیر مسلحانه که مشمول عنوان سرقت انسان می باشد و با صدق عنوان سرقت بر ربایش اشخاص، رباینده محکوم به مجازات خاص و متفاوتی از مجازات محاربه و افساد فی الارض خواهد شد، هر چند که راجع به برخی موارد به خصوص مجازات قطع دست فردی که به صورت غیر مسلحانه اقدام به دزدی انسان آزاد می نماید. به دلیل شبهه ی عدم مالیت انسان، تطبیق عنوان سرقت و محکوم نمودن شخص به مجازات قطع دست اختلاف نظر وجود داشته و دیدگاه واحدی نمی توان یافت.

کتاب نامه

قرآن کریم.

۱. تویجری، محمد بن ابراهیم بن عبدالله، مختصر الفقه الاسلامی فی ضوء القرآن و السنة، دار اصداء، سعودی، چاپ یازدهم، ۱۴۳۱ق.
۲. تویجری، محمد بن ابراهیم بن عبدالله، موسوعة الفقه الاسلامی، بیت الافکار الدولیه، چ ۱، ۱۴۳۰ق.
۳. جمعی از پژوهشگران، الموسوعة الفقهية الكويتی، وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیه، چ ۲، ۱۴۲۷ق.
۴. جمعی از پژوهشگران، مجله فقه اهل بیت^(ع)، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت^(ع)، قم، چ ۱، بی تا.
۵. حکیم، محمدباقر، مجله فقه اهل بیت^(ع)، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، قم، چ ۱.
۶. حلی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
۷. حلی، جمال الدین احمد بن محمد بن اسدی، المقتصر من شرح المختصر، مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول، مشهد، ۱۴۱۰ق.
۸. حلی، مقداد بن عبدالله السیوری، آیات الاحکام، بی نا، بی تا، قم، چاپ اول.
۹. راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله، آیات الاحکام، کتابخانه آیت الله مرعشی، چاپ دوم



۱۰. سعدی، ابوحیب، القاموس الفقہی لغۃ و اصطلاحاً، دارالفکر، دمشق، چاپ دوم ۱۴۰۸ق.
۱۱. سیفی مازندرانی، علی اکبر، حلقات الفقہ الفعال، مؤسسه بوستان کتاب، قم، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۱۲. طوسی، محمد بن حسن، النہایۃ فی مجرد الفقہ و الفتاوی، دار الکتب العربی، بیروت، چ ۱، ۱۴۰۰ق.
۱۳. طیار، عبداللہ بن محمد، مطلق، عبداللہ بن محمد و دیگران، الفقہ المسیر، مدار الوطن، ریاض، چ ۱، ۱۴۳۲ق.
۱۴. عاملی، شہید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البہیۃ، فی شرح اللمعة الدمشقیۃ، تصحیح و تعلیقہ: کلانتر، کتابفورشی داوری، چاپ اول، قم، ۱۴۱۰ق.
۱۵. عبدالرحمان، محمود، معجم مصطلحات و الالفاظ الفقہیہ، بی جا، بی نا، بی تا.
۱۶. العوائیہ، حسین بن عودہ، المرسوعة الفقہیہ المسیرۃ فی فقہ الکتب و الفقہ المطہرۃ، مکتب اسلامیہ، عمان، دار ابن حزم، بیروت، چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
۱۷. قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، دار الکتب الاسلامیہ، چاپ ششم، ۱۴۱۲ق.
۱۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، دار الحدیث، قم، چاپ اول، ۱۴۲۹ق.
۱۹. گلپایگانی، سید محمدرضا، الدر المنضود فی احکام الحدود، دار القرآن الکریم، قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
۲۰. مجلسی، محمداقبر بن محمدتقی، مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، دار الکتب الاسلامیہ، تہران، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.
۲۱. مرعشی نجفی، سید شہاب الدین، السرقة علی ضوء القرآن و السنة، کتابخانہ آیت اللہ مرعشی نجفی، قم، چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
۲۲. مکارم شیرازی، ناصر، الفتاوی الجديدة، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب^(ع)، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
۲۳. منتظری، حسینعلی، الاحکام الشرعیۃ علی مذهب اهل البيت^(ع)، نشر تفکر، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
۲۴. منتظری، حسینعلی، رساله استفتائات، چاپ اول، قم، بی نا، بی تا.
۲۵. موسوی اردبیلی، فقہ الحدود و التعزیرات، مؤسسة النشر لجامعة المفید^(ح)، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
۲۶. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، چاپ ہفتم، بیروت، ۱۴۰۴ق.

طریقت ادله‌ی اثبات جرم از منظر فقه مقارن با نگاهی به حقوق افغانستان

علی احمد رضایی*

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

چکیده

طریقت ادله، یکی از دو نظریه‌ی مطرح در باب ادله‌ی اثبات جرم است که هر یک برای خود توجیه و مبنای ویژه‌ای دارد؛ یکی نظام ادله‌ی قانونی و دیگری نظام ادله‌ی معنوی است. طرفداران نظریه‌ی نخست بر این باورند که دلایل اثبات باید به وسیله‌ی قانونگذار، معین شود، حتا محدوده‌ی اعتبار هر یک از دلایل باید مشخص باشد و قاضی نیز حق ندارد که در رسیدگی به دعاوی، از آن چارچوب عدول نماید. خواه قناعت وجدان حاصل گردد یا خیر؛ اما پیروان نظریه‌ی دوم به قاضی اجازه می‌دهند با توسل به هر امری که آن‌ها را به حقیقت رهبری می‌کند و وجدان آن‌ها را قانع می‌سازند، رأی بدهد. حال اگر چنانچه قائل به مبنای موضوعیت ادله باشیم، صرف اراده‌ی دلیل، صرف نظر از اقناع وجدان قاضی برای اثبات دعوا کافی است. به عبارت دیگر، نظام ادله‌ی قانونی حاکم است؛ اما چنانچه عقیده بر طریقت ادله باشد، هیچ‌یک از ادله‌ی اثبات به تنهایی واقعیت امور را کشف نمی‌کنند و آنگاه می‌توانند مبین حقیقت باشند که برای قاضی ایجاد اقناع وجدانی کنند. دیدگاه‌های متفاوتی در اطراف موضوع مورد بحث، از منظر فقهی و حقوقی مطرح شده است که به نظر می‌رسد مبنای طریقت ادله‌ی اثبات، به‌عنوان نظریه‌ی راجح، مورد پذیرش غالب فقهای امامیه و اهل سنت و همچنین قانون‌گذاران افغانستان بوده است.

واژگان کلیدی: طریقت، موضوعیت، ادله‌ی اثبات، اقناع وجدان قاضی، فقه مقارن، حقوق افغانستان.

مقدمه .

یکی از مسائل مهم در نظام ادله‌ی اثبات، موضوعیت با طریقت داشتن ادله برای قاضی در رسیدگی و اصدار حکم بوده است. در این خصوص برخی حقوقدانان و مکتب‌های حقوقی از موضوعیت داشتن ادله در پرتو قوانین و برخی دیگر از طریقت آن‌ها دفاع کرده‌اند.

این قلم در تلاش است، پس از مفهوم‌شناسی واژگان تحقیق، دیدگاه‌های فقهی؛ فقیهان امامیه و اهل سنت، از یک سو و موقف قانونگذار افغانستان را از سوی دیگر، مورد تحلیل و بررسی قرار داده، در نهایت جنبه‌ی طریقت داشتن ادله‌ی اثبات به‌ویژه روش‌های نوین و علمی را به‌عنوان نظریه‌ی راجح نسبت به موضوعیت داشتن ادله، تشخیص و اثبات نماید.

معنا و مفهوم طریقت

۱-۱. طریقت، به معنای طریق و راه بودن ادله‌ی اثبات برای کشف واقع و نشان دادن حکم واقعی است.

۱-۲. مفهوم فقهی حقوقی طریقت: «طریقت» و «موضوعیت» (از اصطلاحات اصول فقه)؛ گاهی صفت قطع واقع شده و گاهی صفت اماره می‌باشد. در هر دو مورد؛ اگر قطع یا ظن (گمان) در حکم شرعی قید شده باشند و حکم شرعی متوقف بر تحقق آن دو باشد، از آن به «موضوعیت» یاد می‌شود و اگر این دو (قطع و ظن) در حکم شرعی دخیل نباشند و فقط راهی باشند برای کشف حکم یا واقع خارجی (موضوع خارجی)، از آن دو با صفت «طریقت» یاد می‌شود.

در بحث اثبات جرم؛ مثلاً اگر اقرار و شهادت شهود؛ موضوعیت داشته باشد، بدان معنا است که جرم بر طبق احکام شرعی فقط از این دو طریق قابل اثبات است؛ اما اگر اقرار و شهادت را طریقی برای رسیدن به واقع بدانیم، قاضی از هر طریق دیگری علم به ارتکاب جرم پیدا کرده می‌تواند که شخص مورد نظر را مجازات کند.

در غیر از احکام قضایی نیز می‌توان طریقت و موضوعیت را دید؛ به عنوان مثال: در بحث اثبات هلال یا ماه نو، آیا دیدن هلال موضوعیت دارد یا طریقت؟ اگر دیدن هلال ماه نو، طریقت داشته باشد، بدان معنا است که با توجه به مباحث نجومی، اگر علم به وجود هلال در آسمان داشته باشیم، کفایت می‌کند؛ زیرا دیدن هلال، طریقی برای اثبات وجود هلال بوده است و این دیدن، موضوعیت و اصالت ندارد و اگر دیدن موضوعیت داشته باشد، علم به وجود هلال برای اثبات ماه نو، کفایت نکرده و هلال یا ماه نو باید دیده شود.



۲. طریقیّت ادله‌ی از دیدگاه فقه مقارن

موضوعیّت و طریقیّت ادله‌ی اثبات جرم در فقه اسلامی از مباحث محل اختلاف فقیهان بوده است. بعضی از فقیهان با استناد به آیات و احادیث و آثار گذشتگان و قاعده‌ی «تدرئوا الحدود بالشبهات»، طرق اثبات جرم را محدود به موارد منصوص در شرع دانسته‌اند و توسعه‌ی ادله‌ی اثبات را ناروا شمرده‌اند و در نهایت معتقد به موضوعیّت ادله‌ی اثبات هستند. در مقابل گروهی دیگر از فقیهان معتقدند که در منابع شرع، دلیلی بر حصر ادله‌ی اثبات وجود ندارد؛ زیرا شرع مقدس اسلام، نظام غایات و مقاصد را، تأمین مصالح مشروع می‌داند. لذا دستیابی به این اهداف را نمی‌توان در چند دلیل سنتی محدود نمود. در نتیجه قابل به طریقیّت ادله‌ی اثبات هستند.

۱-۲- طریقیّت ادله‌ی اثبات در نگاهی فقه‌ای امامیه

یکی از موضوعات مهم و قابل بحث میان فقه‌ای امامیه بحث طریقیّت و موضوعیّت ادله‌ی اثبات است که گروهی قائل به طریقیّت و جمعی دیگر قائل به موضوعیّت ادله‌ی اثبات گردیده‌اند. بنابراین، سؤال اصلی این خواهد بود که نگاه غالب در فقه اسلامی، به موضوعیّت داشتن ادله‌ی اثبات است یا طریقیّت؟ به عبارت دیگر قلمرو مصادیق ادله‌ی اثبات دعوی کیفری به‌طور حصری بیان شده است یا خیر؟ برداشت اولیه این است که با وجود این که موارد اثبات دعوا هم در فقه در پاره‌ای موارد، به‌طور حصری بیان شده است، شاید این امر به ذهن متبادر شود که نشان‌دهنده‌ی حالت انحصاری ادله‌ی اثبات باشد؛ اما با مراجعه و دقت در مستندات قرآنی و روایی و همچنین سیره‌ی عملی، به نظر می‌رسد که جنبه‌ی طریقیّت داشتن ادله‌ی اثبات، ارجحیت داشته باشد؛ زیرا از آیات و روایات در مورد مجازات چنین استفاده می‌شود که هدف شارع از تشریع آن‌ها، اصلاح فرد و جامعه، پیشگیری از جرم و تأمین امنیت و آسایش افراد اجتماع است. به عبارت دیگر، در کلیه‌ی مجازات‌ها از حیث نوع و هم شکل اجرا، رعایت مصالح فرد و اجتماع و یا حفظ حقوق الهی و ارزش‌های پذیرفته شده‌ی اخلاقی، مورد توجه بوده است.

از آنجا که مصالح فرد و جامعه و عناوینی چون هتک حرمت و حیثیت و امثال آن با تغییر زمان و مکان و تحول فرهنگ‌ها قابل تغییر و تحول است و از سوی دیگر، پیشرفت سریع علوم و فن‌آوری در حوزه‌های مختلف از جمله علوم جزائی هر روز روش‌های جدیدی را برای تأمین مصالح اجتماعی و حفظ ارزش‌های اخلاقی و اصلاح و تربیت مجرمان ابداع می‌کنند.





بنابراین، اکتفا کردن به روش‌های خاص و سنتی، که چه بسا در یک زمان و مکان معین بسیار مفید هم بوده‌اند (ولی امروزه تأمین‌کننده‌ی اهداف مورد نظر نیستند)، خلاف عقل سلیم بوده و بر اساس تلازم عقل و شرع، خلاف شرع نیز خواهد بود (رهامی، ۱۳۸۳: ۴۴-۴۵).

برای اثبات این مدّعی به آیات و روایات، سیره و معنای لغوی «بیّنه»، استناد شده است:

۱-۱-۲. آیات قرآن کریم

در قرآن برخی از آیات وجود دارد که می‌تواند از جمله‌ی شواهد طریقت داشتن ادله‌ی اثبات قرار گیرد.

۱-۱-۱-۲. آیه‌ی مبارکه: «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» هرگز آنچه را که بدان علم و اطمینان نداری دنباله‌روی مکن (اسراء/۳۶). در بحث علم قاضی چنین گفته شده است که مراد از علم در عرف شامل اطمینان و حالت سکون نفس، آرامش خاطر می‌باشد و خداوند نیز با زبان مردم با آن‌ها سخن گفته است و مردم را از پیروی اطمینان و علم عرفی منع نکرده است و همین علم، مراد از کتاب و سنت نیز هست چنان‌که گفته شده است: «ان المراد بالعلم والیقین والشهود فی الکتاب والسنة، ما یوجب سکون النفس وهو الاطمینان، لا العلم والیقین المنطقی» (سبزواری، بی‌تا، ج ۲۷: ۱۸۸).

مراد از علم و یقین و شهود در کتاب و سنت آن چیزی است که سکون و اطمینان برای نفس می‌آورد نه علم و یقین منطقی. بنابراین، ظاهر و بلکه صریح آیه‌ی کریمه این است که نباید بر اساس ظن و گمان، بدون داشتن اطمینان تصمیم گرفت و عمل کرد، خواه در زندگی شخصی و خواه در قضاوت و تصمیم‌گیری راجع به دیگران که این آیه از این جهت اطلاق دارد. تمام موارد از جمله امر مهم قضاوت را شامل می‌شود و نمی‌توان گفت که در امور ساده‌ی زندگی مردم پیروی از غیر علم جایز نباشد؛ ولی هنگام تصمیم‌گیری در باره‌ی جان و مال مردم جایز باشد.

با توجه به مطالب بیان شده باید گفت: در امور کیفری پیروی کردن از اقرار متهم یا شهادت شهود چنان‌چه موجب علم و اطمینان نشود، خلاف اطلاق آیه‌ی کریمه است و شاید بر همین اساس است که فقها فرموده‌اند: چنان‌چه قاضی به کذب بودن اقرار و شهادت علم داشت باشد، جایز نیست. بر اساس آن حکم صادر نماید. از دیگر آیات قرآن کریم که می‌توان به‌عنوان شاهد ذکر نمود آیات ذیل است:

۲-۱-۱-۲. «الرَّائِيَةُ وَالرَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ» (نور/۲)

۲-۱-۱-۳. «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (ماید/۳۸)



استدلال به آیات فوق در بعضی از کتب فقهی ذکر شده که ترجمه‌ی آن به شکل عینی ذکر می‌شود. دو آیه‌ی فوق به تازیانه زدن زن و مرد زناکار و قطع دست دزد امر شده است. پس بر قضات واجب است که اگر به یکی از موضوعات علم یافتند باید حکم آن موضوع را اجراء نمایند و چنان که اثبات حدود به روش طریقت مقصود نمی‌بود و این عناوین صرف از طریق اقرار و بینة اثبات می‌گردید، می‌بایست موضوع به روش دیگر بیان می‌شد؛ مثل: «من اقرب الزنا» یا «من اقام الشهود علی الزنا و غیره».

بنابراین اگر دزد بودن کسی و یا زنای او قطعی شد، واجب است حکم در باره‌ی او اجرا گردد. اگر بر اساس طریقت نتوان به اثبات جرم دست یافت و طرق اثبات حکم را محصور کرد، در بعضی موارد، حکم ثابت نمی‌شود و چه بسا به علت عدم اثبات، حکم خداوند تعطیل گردد و برخلاف امر قرآن کریم عمل شود. البته نمی‌شود گفت موضوع جلد یا قطع دست دزد معلوم الزنا و معلوم السرقة است نه زنا کننده و دزد، زیرا؛ علم طریق محض است و در موضوع لحاظ نمی‌شود بلکه آنچه ملاحظه می‌گردد، نفس معلوم و واقع است. (منتظری، بی‌تا، ۱۲۴)

۲-۱-۲. روایات و سیره‌ی ائمه‌ی معصومین^(ع)

یکی دیگر از مستندات طریقت ادله‌ی اثبات عبارت است از روایات و سیره‌ی معصومین^(ع) در باب قضاوت که می‌توان به عنوان دلیل محکم به آن تمسک جست. لذا بعضی روایات مورد استناد قرار می‌گیرد.

۲-۱-۲-۱. تمسک به قضاوت امیرالمؤمنین^(ع)

از نظر امام علی^(ع) پابندی صرف به قضاوت از طریق ادله‌ی قانونی و کاهلی در جست‌وجوی حقیقت، مطلوب نیست. در این مورد می‌توان تمسک نمود به روایتی که در کتب روائی از جمله؛

کافی (محمد بن یعقوب کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۷۱)؛ من لا یحضره الفقیه (محمد بن علی ابن بابویه، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۴) و تهذیب (ابن بابویه، محمد بن علی ابن بابویه، بی‌تا، ج ۶، ص ۳۱۶) نقل شده است و مضمون روایت عبارت است از این که «حضرت علی^(ع) وارد مسجد شد و رویه‌رو شد با جوانی که گریه می‌کرد. امام^(ع) از او پرسید چرا گریه می‌کنی؟ عرض کرد: پدرم با اموال فراوان به سفر رفته و باز نگشته است. از همسفران وی پرسیدم گفتند مرده است و از اموال وی خبری نداریم. به شریح قاضی مراجعه کردم از من بی‌تفاوتی خواست و چون بی‌تفاوتی نداشتم، آن‌ها را قسم داد و رها کرد.» در ادامه‌ی روایت آمده است که «حضرت علی^(ع) با جوان نزد شریح قاضی آمد و بعد از پرسیدن جریان و کیفیت قضاوت شریح، امام^(ع) به قاضی شریح فرمودند: «فقال علی^(ع) یا شریح هکذا تحکم فی مثل هذا؟» این چنین قضاوت می‌کنی در مثل این قضیه؟ سپس حضرت علی^(ع) با روش حکیمانه‌ی خود بعد از تفرقه



میان متهمان از آن‌ها بازجویی می‌فرماید تا حقیقت معلوم می‌شود، متهمان اعتراف می‌کنند که پدر جوان را کشته و اموال او را برده‌اند (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۶، ۳۱۶).

چنان‌که ملاحظه می‌شود در روایت مذکور شریح قاضی با صرف نبود بیّنه و قسم دادن منکرین آن‌ها را رها می‌کند و امام علی^(ع) با ابتکار، شریح قاضی را سرزنش می‌کند که مفهوم آن غیر از این نخواهد بود که قاضی کیفری برای دست‌یابی به حقیقت باید کمال سعی و کوشش را به عمل آورد و گر نه قضاوت او دچار اشتباهاتی زیادی خواهد شد و حقوق زیادی پایمال خواهد گردید. درست است که در این ماجرا در نهایت با اقرار همه‌ی متهمان که مفاد آن‌ها یکدیگر را تأیید کرد، قضیه به اثبات رسید؛ ولی آنچه که منجر به اقرار شد کیفیت بازجویی امام علی^(ع) بود که آن‌ها را به اقرار واداشت و امروز نیز خیلی از راه‌ها وجود دارد که با به کار گرفتن آن بدون متوسل شدن به اجبار و اکراه متهم، حقیقت را کشف و موجب اقرار آن‌ها را فراهم نماید.

۲-۲-۱-۲. نامه‌ی امام^(ع) به مالک اشتر

در نامه‌ای امام^(ع) به مالک اشتر نکاتی وجود دارد که خود دال بر طریقت ادله‌ی اثبات خواهد بود و بخشی از نامه که مربوط به بحث ما است، به‌شکل عینی نقل می‌شود. «پس برای قضاوت و داوری بین مردم بهترین رعیت را اختیار کن، کسی که کارها به او سخت نیاید و از عهده‌ی هر حکمی برآید، نه این که ناتوان باشد و نزاع‌کنندگان در ستیزه و لجاج رأی خود را بر او تحمیل نمایند (در حکم دادن) به اندک فهم بدون به کار بردن اندیشه‌ی کافی اکتفا نکند (بلکه جست‌وجو نماید تا منتهی درجه‌ی آنچه لازم است به دست آورد) و کسی که در شبهات تأمل و درنگش از همه بیش‌تر باشد (در امور مشتبه تا حقیقت را به دست نیاورد حکم نکند) و حجت و دلیل‌ها را بیش از همه فرا گیرد و کم‌تر از همه از مراجعه دادخواه دلتنگ گردد و بر آشکار ساختن کارها از همه شکیباتر و هنگام روشن شدن حکم از همه برنده‌تر باشد (چون به مطلب پی برد، فوری حکم آن را ندهد) و تاخیر نیندازد که موجب سرگردانی نزاع‌کنندگان شود» (فیض الاسلام، ۱۴۲۱: ۱۱۰)

در این سخنان امیرالمؤمنین^(ع)، شیوه‌ی قضاوت بیان شده است مبنی بر این که از حکم دادن بر فهم اندک و بدون اندیشه‌ی کافی، نهی شده است و از طرف دیگر هدف قضاوت، آشکار شدن حق و حقیقت و فصل خصومت دانسته شده است و قاضی را از حکم نمودن بر امر مشتبه برحذر داشته است و بسیار بدیهی است که اگر بخواهیم حقیقت کشف شود، نمی‌توان دست قاضی را بسته نگهداشت و باید به او اجازه داده شود تا در کشف حقیقت به دنبال قرائن و شواهدی باشد که توان اثباتی دارد و از آن برای کشف حقیقت بهره ببرد. از طرف دیگر، یکی از صفات قاضی را صبر و شکیبایی وی در امور قضاوت می‌داند



که بسیار بدیهی است. اگر چنانچه قضاوت تنها براساس «بینه» و «اقرار» باشد صبر و حوصله دوچندان لازم نخواهد داشت.

۳-۲-۱-۲. قضاوت امیرالمؤمنین^(ع) به غیر «بینه» و «سوگند»

بر اساس بعضی روایات حضرت علی^(ع) در مواردی بر اساس دلائل غیر از «بینه» یا «سوگند» یا «اقرار» قضاوت فرموده‌اند و روایاتی در کتاب «کافی» (حمدبن یعقوب کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷ ص ۴۲۴) و «من لایحضره الفقیه» (محمد بن علی ابن بابویه، بی تا، ج ۳، ص ۲۴)، نقل شده است که ترجمه‌ی آن به شکل عینی نقل می‌شود: «زن جوان را که به ازدواج پیرمردی در آمده بود، نزد عمر آوردند هنگامی که شوهرش با او همبستر شده بود، بر شکم زن از دنیا رفته بود و از زن، فرزند پسر متولد شد. پسران آن مرد مدعی شدند که آن زن عمل منافی عفت انجام داده و خود بر آن گواهی دادند عمر دستور داد زن سنگسار شود. علی^(ع) از آنجا گذشت آن زن گفت ای پسر عموی رسول خدا^(ص) من دلیل و برهانی دارم فرمود: دلیلت را ارائه کن زن نام‌های را به حضرت سپرد و امام^(ع) آن را قرائت کرد و فرمود: این زن شما را از تاریخ ازدواج آن پیرمرد با خود و از تاریخ هم‌بستر شدنش با او و چگونگی آمیزش او آگاه می‌کند. او را برگردانید. فردای آن روز کودکان هم‌سال پسر را فرا خواند و کودک آن زن را نیز خواند و به آنان گفت: بازی کنید زمانی که کودکان سخت مشغول بازی شدند به آن‌ها می‌فرمود: بنشینید تا این که آرامش یابند. سپس بر سر آنان فریاد کشید کودکان همه برخاستند و ایستادند؛ ولی این کودک با کمک دست‌هایش برخاست علی^(ع) او را خواست و از میراث پدرش به او داد و برادرانش را که به او تهمت زده بودند تازیانه زد. عمر گفت: چگونه عمل کردی؟ حضرت فرمود: ضعیف پیرمرد را از تکیه کردن کودک بر دستانش دریافتم» (شاهرودی، ۱۳۸۸: ۵۲) گرچه در مورد سند این روایت بحث است که آقای شاهرودی با کنکاش که در مورد سند آن انجام داده اجمالاً آن را «صحیح‌السند» می‌داند و گفتار ایشان به شکل عینی نقل می‌شود: «کلینی و شیخ مفید^(ره) این روایت را به اسناد خود تا احمدبن محمدبن خالد از محمدبن علی، از محمدبن فضیل از ابی صباح کنانی نقل کرده‌اند و در وثاقت محمدبن فضیل بحث است؛ زیرا شیخ درجایی او را تضعیف کرده و جای دیگر وی را به غلو مَّتَم ساخته است؛ ولی ظاهر مفید حاکی از توثیق او است. چنان که برخی از مشایخ سه‌گانه نیز از او روایت نقل کرده‌اند. پس اگر با تضعیف، وی را حمل بر خدشه در عقیده نماییم نه وثاقتش، در این صورت سند صحیح است» (همانجا) اگر این روایت از حیث سند درست باشد (چنان‌که آقای شاهرودی به آن اذعان نموده است) دلیل محکمی بر حجیت طرق دیگر غیر از بینه و سوگند و هم‌چنین حجیت علم عادی یا اطمینان در مقام قضاوت خواهد بود.





هرچند در متن روایت تصریح نشده است؛ ولی می‌توان گفت که محکومیت شهود زنا به حد قذف، فقط بر اساس قرینه ضعف جسمانی کودک نبوده است بلکه ذی‌نفع بودن پسران دیگر پیرمرد در ارث بردن کودک و مادرش موجب سوءظنّ به آن‌ها شده است و به احتمال قرائین و امارات دیگر نیز وجود داشته که در مجموع حضرت را مطمئن ساخته است که این گواهان دروغ می‌گویند به‌خصوص این احتمال که نه این چهار برادر و نه هیچ‌کس دیگر شاهد ارتکاب زنا از سوی زن نبوده است.

۲-۲-۳. «بیّنه» به معنای لغوی آن: اگر بیّنه در روایات به‌کار رفته را بر معنای اصطلاحی آن (شهادت عدلین) حمل کنیم، دلیل بر موضوعیت ادله‌ی اثبات، خواهد بود؛ ولی اگر «بیّنه» را به معنای لغوی آن حمل نماییم، این خود طریقت ادله را ثابت خواهد کرد. آنچه مشخص و معلوم است این که کلمه‌ی «بیّنه» در لغت و لسان عرف به معنای حجّت و برهان واضحه آمده است (بجنوردی، ۱۳۸۶، ج ۳: ۱۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۷: ۱۱۴)

در قرآن کریم نیز «بیّنه» بارها در آیات گوناگون به‌کار رفته است و معنای لغوی آن اراده شده است؛ مثلاً در سوره‌ی انعام می‌خوانیم «فَقَدْ جَاءَكُمْ بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ» به معنای حجّت واضح و ولایت ظاهره نیز معنا شده است (شیرازی، ۱۳۷۷، آیه ۱۵۷). با این که در لغت، عرف و همچنین قرآن کریم کلمه‌ی «بیّنه» به معنای لغوی آن آمده است؛ ولی در لسان بسیاری از فقها کلمه‌ی «بیّنه» به معنای شاهد عدلین آمده است؛ چنان که گفته شده است «ولكن الظاهر أن البيّنة في لسان الاخبار و كلمات الفقهاء اطلقت و اريد منها شهادة العدلين على امر من الامور» (لنگرودی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۳۷۷).

مرحوم آیت‌الله خوئی از فقهای امامیه نیز در برخی از آثار علمی‌اش مدّعی شده است که مراد از «بیّنه» مفهوم عام و معنای لغوی آن است و اختصاص به شهادت شهود ندارد.^۱ در مقابل دیدگاهی وجود دارد که می‌گوید مراد از «بیّنه» معنای خاص آن یعنی شهادت شهود است. اکثر فقهای امامیه طرفدار این نظریه استند (خویی، ۱۹۷۶ (کتاب الطهارة)، ۳۱۷).

البته در بین فقهای امامیه نیز در این باره اختلافات جزئی وجود دارد و برخی معتقدند در سراسر فقه واژه‌ی «بیّنه» دارای مفهوم واحد نیست و از آن مفهوم واحد در همه‌ی مواردی که در فقه به‌کار رفته اراده نشده است؛ بنابراین ثابت نشده که در همه‌ی ابواب فقه منظور از «بیّنه» شهادت عدلین باشد و عده‌ی دیگری از فقهای امامیه بر این نظرند که واژه‌ی «بیّنه» از زمان پیامبر (ص) و ائمه‌ی معصومین (ع) در معنای



اصطلاحی‌شان؛ یعنی شهادت شهود حقیقت شرعیه پیدا کرده است به گونه‌ای که این واژه در روایات بر همان معنا حمل شده است.

بعضی از فقها کلمه‌ی «بینه» را به معنای لغوی آن حمل نموده‌اند و شاهد عدلین را مصداقی از مصادیق آن می‌دانند و انتقال آن را از معنای لغوی به معنای اصطلاحی ثابت نمی‌دانند؛ چنان‌که آیت‌الله خوئی (ره) در این باره فرموده است: «البینه لم تثبت لها حقيقة شرعية ولا متشرعية وإنما استعملت في الكتاب والخبار بمعناها اللغوية وهو ما به البيان والظهور» (همان) و در این مورد حدیث مشهوری از پیامبر اکرم (ص) آمده است: «انما اقضى بينكم بالبينات والايمان» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱: ۶۵۶). همچنین ایشان فرموده است: مقصود از بینات، حجج و آنچه مطلب را روشن می‌کند می‌باشد و هرگز در این گونه موارد مقصود از «بینه» دو شاهد عادل نبوده و در ادامه می‌فرماید: غرض پیامبر اکرم (ص) از بیان حدیث مذکور این است که من به علم وجدانی که مستند به نبوت است (یعنی علم غیب) قضاوت نمی‌کنم و فقط و فقط به یمین و حجت (برهان) قضاوت می‌کنم. (پیشین، ج ۱، ۳۱۷).

در کتاب دیگری نیز همین استدلال در غرض از حدیث بیان شده است حالا که با دیدگاه علماء آشنا شدیم کدام معنا ترجیح دارد و مقدم است؟ در جواب باید گفت: با توجه به بعضی قرائن به نظر می‌رسد کلمه‌ی بینه در لسان روایات و شرع به همان معنای لغوی خود به کار رفته باشد و مؤیدات آن چند چیز است:

بینه در اصطلاح: چنان‌که توضیح داده شد کلمه‌ی «بینه» در لسان عرف و لغت به معنای برهان و دلیل آمده است و از طرفی در لسان قرآن کریم که کتاب آسمانی و کتاب هدایت است، نیز به همین معنا به کار رفته است.

یکی دیگر از قرائن، عبارت است از این که در لسان روایات خیلی موارد کلمه‌ی شاهد و شاهدین ذکر شده است؛ «عن ابي علي^(ع) في الشاهدين شهدا علي امر واحد و جاء اخرا شهدا علي غير الذي شهدا» (پشین، ج ۱۴: ۶۵۶) و این خود می‌تواند دلیل باشد بر این که «بینه» در لسان روایات به همان معنای لغوی خود به کار رفته است. این که اگر بینه به معنای شاهد عدلین باشد، لازمه‌اش این است که در موارد دیگر بیش از شاهد عدلین مانند زنا و ... یا یک شاهد یا دلایل دیگر مورد قبول است، از موارد استثنا شمرده شود که این خودش مشکل فقی را در پی دارد که در اصطلاح علم بیان و اصول، قبیح و مستهجن شمرده شده است. (معرفت، ۱۳۷۷، تهران، ش ۲: ۴۰). با توجه به این که سائر اسباب و وسائل اثبات برای مردم میسر نبوده است، حتا نوشتن که از همه وسائل تا اندازه‌ای عمومی‌تر و آسان‌تر است.



پس «بینه» باید در روایات به همین معنا آمده باشد و کم کم لفظ «بینه» در نزد فقها حقیقت تازه‌ای پیدا کرده است.

۲-۲. طریقت ادله در نگاهی فقهای اهل سنت

بحث طریقت و موضوعیت ادله‌ی اثبات، در بین فقهای اهل سنت نیز مطرح شده است. هرچند اکثر آن‌ها طرفدار موضوعیت ادله‌ی اثبات هستند؛ ولی عده‌ای از آنان هم‌چنان طرفدار طریقت ادله هستند. این عده نیز به همان شواهد و مستندات فقهای امامیه استناد کرده‌اند.

بحث مراد از «بینه» در لسان روایات، در میان آنان بیش‌تر مطرح گردیده است و بر این باورند که مراد از «بینه» معنای عام و همان مفهوم لغوی آن است؛ چنان‌چه «ابن قیم جوزیه» در کتاب «الطرق الحکمیة» می‌گوید: «بینه اسم برای هر چیزی است که حق را بیان و اظهار کند کسانی که مفهوم «بینه» را مخصوص شهادت دو شاهد یا چهار شاهد یا یک شاهد و یک سوگند قرار داده‌اند، معنای آن را به درستی بیان نکرده‌اند. در قرآن هرگز واژه‌ی «بینه» به مفهوم شهادت دو شاهد نیامده بلکه مراد از آن در قرآن، حجت دلیل و برهان است» (ابن قیم الجوزیه، بی تا، ج ۱: ۱۴).

معاصرین اهل سنت نیز تصریح کرده‌اند که با توجه به مفهوم عام «بینه»، شریعت اسلامی ادله‌ی اثبات را به دلایل خاص منحصر نکرده است؛ چنان‌چه در این باره گفته‌اند: «شریعت اسلامی مطابق رأی راجح ادله‌ی اثبات را در تعداد خاص که برای قاضی تجاوز از آن جایز نباشد، محدود نکرده است و «بینه» که از مدعی خواسته می‌شود هر آن چیزی را که حق را بیان و اظهار کند شامل می‌شود (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۴ ج ۴۹: ۳۴؛ حیتمی، ۲۰۰۹ ج ۱: ۱۹۵).

با توجه به این دیدگاه که مفهوم عام از واژه‌ی «بینه» را ارائه می‌دهد، دیگر مصادیق «بینه» منحصر به قسم و شهادت شهود نخواهد بود. بنابراین، اگر ما این دیدگاه را بپذیریم، نتیجه‌ی آن اثبات یکی دیگر از شاخصه‌های طریقت، ادله یعنی عدم انحصار ادله به دلایل خاص در فقه خواهد بود.

گروهی از فقها از جمله فقهای اهل سنت به نوعی معتقدند که شارع مقدس، ادله‌ی اثبات را به قید حصر، ذکر کرده است و مستند آنان روایاتی است که ادله‌ی اثبات دعوا را به «بینه» و «سوگند» منحصر می‌کنند.

الف) روایت هشام بن حکم از ابی عبدالله^(ع) که رسول خدا^(ص) فرمود: «انما اقضی بینکم بالبیّنات و الایمان». من فقط طبق شواهد و سوگند، میان شما قضاوت می‌کنم (عاملی، ۱۱۰۴، ج ۱۸: ۷۰).



ب) طبق روایتی از علی^(ع) که بر حصر دلایل اثبات دلالت دارد، «همه‌ی احکام مسلمانان منحصر در سه قسم است: شهادت عادلانه یا سوگند قاطع و راست یا سنت و روش مطمئن و پسندیده‌ای که از ائمه‌ی گذشته رسیده باشد» (صاحب‌جواهر، ۱۳۹۲، ج ۴۰: ۹۰).

در مورد روایت اول که موافقان حصر بیان داشته‌اند که در این روایت با کلمه‌ی «انّما» ادله‌ی اثبات محصور در «بینه» و «سوگند» می‌گردد و چنانچه به‌جز «بینه» و «سوگند»، «علم» نیز از ادله‌ی اثبات بود، باید ذکر می‌گردید. در پاسخ گفته‌اند که این روایات نمی‌تواند در مقام حصر حقیقی ادله‌ی اثبات دعوا باشد؛ زیرا اول، اقرار یکی از ادله‌ی مهم اثبات می‌باشد که در این روایت ذکر نشده است. دوم، با توجه به ذیل روایت می‌توان احتمال داد که مقصود از عبارت این باشد که «ادعاهای بدون دلیل پذیرفته نیست». علاوه بر این، اساس قضاوت بر «بینه» و «سوگند» است و دلیل ذکر این دو دلیل، به‌خاطر فراوانی آن است؛ اما چون علم به ندرت حاصل می‌شود، لذا از آن نام نبرده است (خوهرسندیان، ۱۳۸۲: ۴۲).

در مجموع، نمی‌توان با استناد به این روایت عدم حصر ادله را با ادله‌ی دیگری که اثبات شده نفی کرد. اما در مورد روایت دوم، موافقان حصر که در دفاع ادعای خود به آن استفاده کرده‌اند، بیان داشته‌اند حضرت در مقام بیان ادله‌ی اثبات حکم می‌باشند و این ادله را در سه مورد حصر می‌کنند: شهادت عادل، سوگند قاطع و سنت ائمه هدی^(ع)؛ اما از علم به‌عنوان دلایل اثبات نام نمی‌برد. بنابراین، علم نمی‌تواند در کنار سایر ادله، حجّت باشد.

در ردّ دلالت فوق چند مطلب وجود دارد: نخست آن که روایت در مقام حصر ادله‌ی اثبات نیست؛ زیرا اقرار که یکی از ادله است ذکر نشده است و اگر عدم ذکر اقرار به علت روشن نبودن حجیت آن بوده است، در مورد علم و امارات نیز این احتمال وجود دارد (همان: ۲۷).

دوم این که ممکن است علم را در سنت گذشته ائمه‌ی هدی^(ع) جای داد، چنان که در قضاوت‌های حضرت علی^(ع) و مواردی که در احادیث یاد شده، ایشان حکم به علم نمودند.

در مجموع آنچه را که باید دانست این است که در قرآن و احادیث نبوی^(ص) به تبع قرآن «بینه» در مفهوم لغوی خود استعمال شده است (طباطبایی، ۱۴۰۴: ۲۰: ۷۷۶-۷۷۵). زیرا بینّه در معنای لغوی خود شامل هر چیزی است که بتواند مجهولی را ثابت نماید. در این معنا مترادف با دلیل است.

در ضمن در شرع، به‌صراحت گفته نشده است که حل مجهولات قضایی تنها به کمک یمین و شهادت صورت می‌گیرد بلکه آیه «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» (اسراء/ ۳۹) خلاف آن را ثابت می‌کند.



چون این آیه، راه مخصوص و معینی را برای حل مجهولات، سفارش ننموده است (لنگرودی، ۱۳۴۵، ج ۳: ۶۷).

گروهی دیگر عقیده دارند که شارع مقدس، نصی بر حصر ادله‌ی اثبات دعوا عنوان ننموده بلکه به برخی از ادله مانند بینه به معنای اخص، اقرار و یمین اشاره نموده و آنگاه با ارائه‌ی کلیاتی از قبیل آیه «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» به طور عام، هر قطعی را مجاز شمرده است.

برخی از آیات همچون: «يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (ص/ ۳۸) ای داود! ما تو را خلیفه (و نماینده خدا) در زمین قرار دادیم، پس در میان مردم به حق داوری کن و از هوای نفس پیروی مکن که تو را از راه خدا منحرف می‌سازد.

- «... وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (مانده/ ۴۲).. و هنگامی که میان مردم داوری می‌کنید، به عدالت داوری کنید.

- «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مانده/ ۴۴) هرکس بر خلاف آنچه خدا فرستاده حکم کند، از کافران خواهد بود.

- «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مانده/ ۴۵) هر کس بر خلاف آنچه خدا فرستاده حکم کند، از ظالمان خواهد بود.

- «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مانده / ۴۷) هرکس بر خلاف آنچه خدا فرستاده حکم کند، از فاسقان خواهد بود.

- مفهوم آیه شریفه «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» (اسراء/ ۳۶)

بنابراین آیات و روایات پرشمار دیگری، دلالت دارند براین که قاضی مأمور شده است که به عدل حکم کند. در صورت پذیرش طریقت و عدم انحصار ادله، قاضی به‌درستی از این مسؤولیت خطیر بیرون می‌آید تا حق کسی ضایع نگردد (خویی، ۱۹۷۶، ج ۱: ۱۲)

با استناد به این نظریه که اگر قاضی به علم خود عمل کند، حکم او طبق عدالت خواهد بود. پس عالم به حق اگر سکوت کند، مصداق کسی است که حکم به انزال‌الله نکرده است و اگر بر خلاف آنچه می‌داند (و صرف بر اساس بنیه و اقرار در صورتی که به نادرستی آن‌ها اطمینان دارد) نیز حکم کند؛ بدتر است زیرا حکم به غیر از ما انزل‌الله کرده است (نراقی، ۱۴۱۷، ج ۱۷: ۹۰-۹۱).



و همچنین از این آیات استفاده می‌شود که در اسلام هدف از قضا، احقاق حق و اجرای عدل است و قضات مأمورند به این هدف متعالی دست یابند و آن نیازمند وسائل و ابزاری است که می‌بایست در اختیار قضاوت قرار گیرد.

در فقه جزائی، گرچه اموری به‌عنوان ادله‌ی اثبات دعوا ذکر شده و یک سری شرایطی هم از طریق شارع برای آن‌ها تعیین گشته است؛ ولی با وجود آن، قاضی مجبور نیست با فراهم آمدن صوری این ادله، به‌شکل حتمی به مقتضای آن حکم کند. از منظر اصولی، اقرار و شهادت در زمره‌ی اماراتی قرار می‌گیرند که از نظر شرعی به‌عنوان «دلیل ظنی معتبر» مورد توجه هستند. ارزش دلیل ظنی معتبر این است که عمل به آن منع شرعی ندارد و در صورت وجود علم (قطع) به خلاف مفاد آن، قابل اعتنا نیست (بابایی، ۱۳۹۳: ۱۴۴).

به‌عنوان مثال شهادت دو نفر عاقل و بالغ، در عین حال که دلیل ظنی است و می‌تواند خلاف واقع باشد. به دلیل کاشفیت نوعی آن، مورد اعتماد شرع است؛ ولی این اعتماد شارع، ظنی بودن دلیل را که خصوصیت ذاتی آن است، کم‌رنگ نمی‌کند و به همین دلیل، هرگونه احتمال غیر واقعی بودن، اعتماد را سلب می‌کند و اعتبار آن را خدشه‌دار می‌کند. لذا قاضی می‌تواند به شهادت، اقرار، قسم و... که به نحوی به فاسد بودن آن علم حاصل کرده است، ترتیب اثر ندهد و به استناد امارات، که در فقه از آن به «قرینه‌الحال» و «قراین واضح» تعبیر می‌شود، دعوا را فیصله دهد.

«در حقوق اسلام تحصیل دلیل از طرف قاضی ممنوع نیست و او می‌تواند از قراین موجود در هر دعوایی استفاده کند و علمی که از این طریق به‌دست می‌آید، حجت است و باید بر طبق آن حکم دهد و احقاق حق کند» (لنگرودی، ۱۳۴۵، ج ۳: ۴۴۶).

حجیت ادله‌ی تابع میزان اطمینانی است که برای قاضی ایجاد می‌نماید؛ زیرا همان‌طور که جوهری قانون‌پاسداری از عدالت است جوهری دلیل نیز ایجاد علم در وجدان قاضی است. بنابراین، نباید این دیدگاه را به وجود آورد که ادله‌ی اثبات دعوا، در پاره‌ای از موارد موضوعیت دارند؛ زیرا وصف «طریقیت ادله» قاعده‌ای اساسی است که هیچ انسان آگاهی نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد (زارعت، ۱۳۸۸: ۲۰).

با توضیحی که گذشت می‌توان گفت با مفهوم وسیعی که از امارات قضائی یا قرینه‌الحال در تجمع با سائر ادله، استنباط می‌گردد و همچنین مفهوم عام قاضی و هدف رسیدن به واقع، مؤید این است که می‌توانیم به طریقیت ادله‌ی مصرح در فقه اعتقاد پیدا کرد.



۳- طریقت ادله‌ی اثبات در حقوق افغانستان

قانون‌گذار افغانستان در قانون اصول محاکمات مدنی مصوب (۱۳۶۸)، در فصل پانزدهم، تحت عنوان اسباب حکم (ادله اثبات) سخن از موضوعیت برخی ادله‌ی شرعی از قبیل اقرار، شهادت، سوگند و نکول، به میان آورده است (قانون اصول محاکمات مدنی، ۱۳۶۸، فصل پانزدهم، م ۲۷۲).

این امر ممکن است در گام نخست این معنا را به ذهن متبادر کند که قانون‌گذار می‌خواهد برای ادله‌ی شرعی مانند: اقرار و شهادت، ارزش موضوعی ویژه‌ی قائل شود و بحث کشف حقیقت و طریقت ادله مورد توجه قانون‌گذار نیست؛ اما با دقت بر موادی دیگر قانون که طی آن قانون‌گذار، مواردی را مطرح نموده است که قاضی باید به‌طور جدی به کشف حقیقت و دلایل توجه کند و هرگز مجاز نیست؛ چنانچه قرائن و امارات قضائی بر خلاف مفاد ادله‌ی شرعی باشند، به‌عنوان موضوعیت اقرار یا شهادت، به مفاد آن ترتیب اثر بدهد. نتیجه این خواهد بود که رویکرد کلی قانون که مبنای رویه‌ی قضائی موجود خواهد بود، طریقت دلایل در کشف جرم می‌باشد که به شواهد و قرائن این برداشت بعد اشاره خواهیم کرد.

قابل یادآوری است که آنچه در امر قضاوت مهم و اساسی است، کشف حقیقت و شناسایی مجرم است. روی همین اساس قانون نباید دلایل اثباتی را محدود نماید بلکه در محدوده و ضوابط قانونی استفاده از دیگر ادله را برای رسیدن به واقع ممکن سازد؛ زیرا دلیل در دعاوی کیفری وسیله‌ی رسیدن به واقعیت و ایجاد روح یقین و اقناع وجدان قاضی معرفی شده است و دلایل آن عبارتند از:

۱- ماهیت اعمال جنائی، مقتضی عدم محدودیت ادله است، چرا که بر خلاف امور حقوقی که ادله‌ی مربوطه به آن‌ها هم زمان با شکل‌گیری این اعمال، تهیه و تأمین می‌شود و اصحاب دعا به‌راحتی و پیش از ایجاد هرگونه دگرگونی در روابط حقوقی خود و قبل از هرگونه اختلافی، نسبت به تحصیل دلیل، اقدام می‌نمایند. در امور کیفری ادله و مدارک مربوط به آن‌ها نه از قبل بلکه هم‌زمان با وقوع جرم، شکل می‌گیرند؛ لذا امکان تحصیل دلیل از پیش ممکن نیست.

۲- پس از وقوع جرم، علاوه بر این که اغلب واقعیت و چگونگی موضوع در پرده‌ی ابهام قرار می‌گیرد. بزه‌کاران به شیوه‌های مختلف، سعی در امحاء و اخفای ادله‌ی بزهکاری خود، می‌کنند. در چنین شرایطی اگر سیستم عدالت کیفری به هر شیوه‌ای برای اثبات جرم متوسل نگردد، تأثیر خود را از دست می‌دهد و در مقابل بزهکاران، ناکام خواهند شد.

۳- هدف از دادرسی، کشف حقیقت و نیل به واقع است. پس هر امر مشروعی که توان زدودن ابهامات و تاریکی‌های قضائی را داشته باشد و راهنمایی مفید برای دادرسی در رسیدن به حقیقت باشد،



طبق اصل اصالة الاباحه (یا اصل آزادی دلیل) به عنوان دلیل مورد احترام و استفاده قرار گیرد (قانون اصول اجرائات جزائی، ۱۳۸۲ مادهی ۲ (فصل اول: هدف قانون)).

طبیعی است که این هدف با بسنده کردن، به یک سری ادلهی معدود هرگز تأمین نمی شود.

۴- اگر بنا باشد جرائم فقط با تعداد محدودی از ادله، اثبات گردند، بسیاری از مجرمان به راحتی از چنگال عدالت فرار می کنند و بسیاری از جرائم هرگز اثبات نخواهد شد و امکان انتساب آن ها به مجرمان واقعی میسر نخواهد شد.

۵- محدود کردن اجرای عدالت به تعداد معدودی از ادله برای اثبات جرم، بر خلاف مصلحت عمومی و منافع اجتماعی است.

۶- وصف طریقت از ادله غیر قابل انفکاک است؛ چنانچه گفته شده است، «طریقت وصف ذاتی ادله است، به گونه ای که از آن قابل تفکیک نیست؛ یعنی دلیل همان گونه که از نامش پیداست، دلالت کننده ای به سوی حقیقت است» (عباس زارعت، ۱۳۸۸، ص ۱۱۸)

بنابراین ضرورت مبارزه ی مؤثر علیه بزه کاری، پذیرش آزادی ادله را توجیه می کند و «منفعت عمومی که وابسته به کشف جرائم و شناخت مرتکبان و محکومیت مجرمان است، وجود و اجرای یک چنین نظام اثباتی را برای تسهیل اجرای واکنش اجتماعی علیه بزه کاری خواستار است» (عباس، ۱۳۹۱: ۱۰۶؛ نوروزی، ص ۴۵)

در قوانین افغانستان (همان گونه که از قبل نیز یادآوری گردید)، ادله ی اثبات حدود، دیات و قصاص بیان نشده و قانون گذار آن را به فقه حنفی ارجاع داده است؛ چنانچه در ماده ی اول قانون جزای افغانستان آمده است: «این قانون جرائم و مجازات های تعزیرات را تنظیم می نماید هر یک جرائم حدود و قصاص و دیات مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می گردد» (قانون جزایی افغانستان، ۱۳۵۵، م ۱).

با توجه به این که در قوانین افغانستان به خصوص قوانین جزایی و اجرائات جزائی مواد قانونی مربوط به ادله ی اثبات به تصویب نرسیده و آن هم اگر وجود دارد، در قانون مدنی و اصول محاکمات مدنی و قانون اساسی است نه قانون جزائی افغانستان.

جالب است در «قانون جزائی» در اصل اسمی از ادله ی اثبات دعوا برده نشده و آن هم شاید به خاطر این باشد که قانون جزائی افغانستان فقط به جرائم تعزیری پرداخته است و در جرایم و مجازات مربوط به حد و قصاص و دیات به فقه حنفی احاله گردیده است (کود جزایی، ۱۳۹۶، م ۲).



از این جهت دلایل فوق در تمامی جرایم اعم از حدود و تعزیرات قابل اجرا می‌باشد. گرچه بعضی برای دلایل ماندنی اقرار و شهادت جنبه‌ی موضوعیت قائلند؛ اما با عنایت به آیه‌ی شریفه «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولٌ» (اسراء/۳۶).

و همچنان به لحاظ جنبه‌های عملی و رسیدگی به دعاوی و اهداف رسیدگی کیفری جز دستیابی به کشف حقیقت در پیشگیری از صدور حکم غیرعادلانه و جلوگیری از حدوث اشتباهات قضایی چیز دیگری نیست. می‌توان برای شهادت و اقرار نیز جنبه‌ی طریقت قائل شد و همه‌ی آن‌ها را ابزاری برای دستیابی قاضی به اقتناع وجدانی قلمداد کرد.

«در نهایت باید گفت که در حدود و قصاص و دیات چنانچه برای قاضی از طریق ادله‌ی مخصوص و با نام مانند: شهادت و اقرار، اقتناع وجدانی حاصل شود، تعداد شهود و دفعات اقرار باید به همان ترتیب و میزانی باشد که شارع معین کرده است و حال آن که در سایر موارد از جمله تعزیرات، دست قاضی به‌طور کامل باز است و اقتناع وی می‌تواند بر مبنای ادله‌ی موجود در پرونده، هرچند به ظاهر کم اهمیت‌تر از شهود و اقرار، با مقدار شهود کم‌تر و دفعات اقراری نازل‌تر حاصل شود» (محمد آشوری، ۱۳۶۸: ۱۱۸).

اما این که ترجیح با کدامین روش است، به بررسی بیش‌تری نیاز است که باید به دلایل شرعی که در جهت اثبات جرائم غیرتعزیری است، دقت شود که دلایل طریقت دارند یا موضوعیت. با توجه به قوانین افغانستان، به‌خصوص قوانین جزائی، به نظر می‌رسد که در حقوق موضوعه‌ی افغانستان ادله‌ی اثبات طریقت داشته باشد نه موضوعیت. این ادعا از بعضی مواد قانونی که در ارتباط با جرائم و ادله‌ی اثبات و هم‌چنین کیفیت ارائه و بررسی ادله‌ی اثبات وجود دارد، قابل اثبات است.

در اصول محاکمات مدنی مصوب «۱۳۶۸» موارد ذیل به‌عنوان ادله‌ی اثبات ذکر شده است: «وسائل ثبوت که اسباب حکم را تشکیل می‌دهد: اقرار، بینه، (= اسناد، شهود - قراین قاطعه و مستنبطه) یمین و نکول قراین مستنبطه از جمله قرائنی است که شخص قاضی از اوضاع و احوال و بررسی و تحقیق محل به دست می‌آورد. بر خلاف قراین قاطعه که در قانون ذکر شده و مستنبط نیست» (اصول محاکمات مدنی، ۱۳۶۸، م ۲۷۲).

در قانون اجرائات جزائی (مصوب ۱۳۸۲) وسائل و مدارک اثبات جرم معرفی شده، عبارت است از: «شهود، مقابله، شناسایی متهم به‌طور بالمواجه، تفتیش محل، تلاشی، ضبط اشیاء، ارزیابی و معاینات تخصصی و استنتاج» (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۸۲، بند ۱۳، م ۳۷)



چنانچه معلوم است در این ماده‌ی قانونی تنها، 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 همان قانون راجع به ارزش دلائل 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 که ماده‌ی مذکور به شکل عینی نقل می‌شود: «اوراق شهادت شهود و معاینات تخصصی اهل خبره که در جریان تحقیق جمع‌آوری گردیده است، می‌تواند اساس تصمیم را تشکیل دهد. مشروط بر این که نتایج نشان دهد که متهم و وکیل مدافع منتخب در هنگام جریان تحقیق حاضر بوده و در موقفی قرار داشته‌اند که بتوانند سؤال یا اعتراض خویش را ارائه دهد در غیر آن اسناد فوق صرف جنبه‌ی قرینه را دارا می‌باشد» (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۸۲، بند ۱۳، ۵م).

آنچه از ماده‌ی قانونی فهمیده می‌شود عبارت است از این که قانون‌گذاری انواع ادله‌ی اثبات اعم از ادله‌ی شرعی و غیر آن به عنوان یک وسیله و طرق کشف حقیقت نگاه می‌کند. ادله‌ی اثبات در صورتی ارزش اثباتی دارد که حقیقت و واقعیت از آن کشف شود، دقیق 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.

در جای دیگر همان قانون آمده است «محکمه در همه‌ی حالات می‌تواند در جلسات قضایی از شهود و متهم سؤال نماید و عندالاقضاء آن‌ها را به مقابله‌ی نظریات امر نماید» (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۸۲، بند ۱۳، ۵۳م)

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



در ماده‌ی مذکور آمده است؛ «محکمه می‌تواند شهادت شهود و نظریات اهل خبره را که از قبل در محکمه‌ی ابتدائیه، بیان‌گردیده است را استماع نموده دلایل جدید را به مقصود صدور حکم جست‌وجو و فراهم نماید» (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۸۲، م ۱۲).

از ماده‌ی مذکور 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 و قاضی بر اساس تحقیقاتی که خودش انجام می‌دهد، از هر دلیل یا قرینه‌ی ارائه شده اعتقاد به مجرمیت یا برائت متهم پیدا می‌کند. بر اساس همان عقیده‌ی خودش حکم لازم را صادر می‌کند.

نمونه‌ی دیگر برای طریقت ادله‌ی اثبات از نظر قانون افغانستان این است که قانون مزبور در فصل ششم، به سارنوالی، قاضی رسیدگی کننده، اصحاب دعوا، حق می‌دهد تا علاوه بر نظر «اهل خبره» تعیین شده، از نظر اشخاص متخصص و با تجربه‌ی دیگر که مورد اعتماد باشند، نیز استفاده نمایند (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۸۲، م ۶۹).

از بند ماده‌ی قانونی به‌خوبی استفاده می‌شود که مهم برای دستگاه قضای افغانستان، اقناع وجدان قاضی است و این خود دلیل محکم دیگری بر طریقت ادله‌ی اثبات در قانون افغانستان است. چنانچه قانون مزبور در فصل سوم نیز حق مداخله را برای «اهل خبره» توصیف شده در موارد ذیل نداده و برای طرفین دعوا، نمایندگان قانونی‌شان، قاضی و سارنوال مربوطه، اجازه می‌دهد به «اهل خبره» دیگر مراجعه نمایند. موارد یاد شده از قرار ذیل است:

- ۱- داشتن نسبت خویشاوندی، وکالت و یا مشاور حقوقی «اهل خبره» با یکی از طرفین دعوا؛
- ۲- در صورتی که در همان قضیه از قبل سمت مأمور ضبط قضایی، سارنوال و یا وکیل مدافع بوده باشد؛
- ۳- در جایی که بی‌طرفی و یا تخصص‌شان مورد تردید واقع شود (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۸۲، م ۱۲ (فصل سوم)).

از مطالب و مواد قانونی می‌توان چنین استنباط کرد که هرچند در فقه و قانون در برخی موارد ادله‌ی اثبات دعوا به‌صورت حصری ذکر شده‌اند و ظاهر امر می‌رساند که ادله‌ی اثبات حالت انحصاری دارد؛ اما با در نظر گرفتن امارات و قرائن که در ذیل ادله‌ی اثبات دعوا در ماده‌ی ۱۶۰ قانون اجرائات جزائی می‌توان قید انحصاری بودن ادله‌ی اثبات را زد و دست قاضی را برای کشف جرم و حصول یقینی باز گذاشت تا از تمام روش‌های نوین علمی مستفید گردد.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

در جمع‌بندی نهایی به مطالب کوتاهی به عنوان برآیند تحقیق حاضر قرار ذیل اشاره می‌نماییم؛

- ۱- نظریه‌ی فقهی-حقوقی؛ طریقت ادله و حاکمیت نظام ادله‌ی معنوی و علمی، در راستای کشف واقع، اقناع وجدانی قاضی مورد توجه و پذیرش، مشهور فقهای امامیه می‌باشد؛
 - ۲- دیدگاهی جمعی قابل توجه از فقهای متقدم و معاصر اهل سنت، نیز ترجیح نظریه‌ی طریقت ادله‌ی و عدم انحصار ادله‌ی اثبات به ادله‌ی منصوصه شرعیه می‌باشند؛
- رویکرد قانون‌گذار افغانستان در مواد مختلف برخی از قوانین از جمله؛ قانون اجرائات جزائی پذیرش طریقت ادله و اعتبار ادله‌ی علمی و نوین اثبات جرم در راستای کشف واقع و تأمین مصالح بوده است؛

منابع

قرآن کریم، ترجمه: ناصر مکارم شیرازی.

- ۱- آشوری، محمد، آئین دادرسی کیفری، چاپ ششم، تهران: سازمان سمت، ۱۳۶۸.
- ۲- آقابابایی، حسین، ارزش اثباتی اقرار در جنایات از الزامات نظری تا تحولات قانونی، مجله‌ی آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره‌ی ۸، پاییز - زمستان ۱۳۹۳.
- ۳- ابن‌قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر، اعلام الموقعین عن رب العالمین، بیروت: المکتبه العصریه، ۱۳۴۸.
- ۴- بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، قم: دلیلی ما، ۱۳۸۶.
- ۵- تدین، عباس، تحصیل دلیل در آئین دادرسی کیفری، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
- ۶- جمعی از نویسندگان، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، مؤسسه‌ی دایره المعارف فقه اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- ۷- حرعاملی، محمدبن حسن، الفوائد الطوسیه، قم: بی‌نا، ۱۴۰۳.
- ۸- حیتمی، مسعودبن عبدالعالی، الموسوعة الجنایة المقارنة، چاپ دوم، ریاض، ۲۰۰۹.
- ۹- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، نجف: مطبعة العلمیه، ۱۹۷۶.
- ۱۰- رهامی، محسن، عرفی شدن مجازات‌ها در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران، علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری، تهران: انتشارات سمت، چ ۱، ۱۳۸۳.
- ۱۱- زراعت، عباس، ادله اثبات دعوا، چاپ اول، تهران: انتشارات قانون‌مدار، ۱۳۸۸.
- ۱۲- سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، قم: مؤسسه المنار، بی‌تا.





- ۱۳- شیخ طوسی، محمد حسن، التهذیب الکلام، قم: نور وحی، ۱۳۸۶.
- ۱۴- صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۲.
- ۱۵- طباطبائی، سید محمد حسین، تفسیر المیزان، چاپ پنجم، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷.
- ۱۶- طباطبائی، سید علی بن محمد، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۴.
- ۱۷- قانون اصول اجرائات جزائی، وزارت عدلیه افغانستان، جریده رسمی، کابل.
- ۱۸- قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان، جریده رسمی، وزارت عدلیه، کابل، ۱۳۶۷.
- ۱۹- قانون جزائی افغانستان، وزارت عدلیه، جریده رسمی، کابل، ۱۳۵۵.
- ۲۰- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷.
- ۲۱- کود جزائی، وزارت عدلیه افغانستان، جریده رسمی، کابل، ۱۳۹۶.
- ۲۲- گروهی از مؤلفان، ادله اثبات دعوا کیفری، چاپ دوم، مشهد: دانشگاه علوم رضوی، ۱۳۸۷.
- ۲۳- لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۵.
- ۲۴- معرفت، محمد هادی، 'بینه در لسان شرع، مجله 'ی حقوق دادگستری، زمستان ۱۳۷۷.
- ۲۵- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران، تفسیر نمونه، چاپ هجدهم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۷.
- ۲۶- منتظری، حسین علی، کتاب الحدود، قم: دارالفکر. (بی تا)، شماره ۲.
- ۲۷- نراقی، احمد، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه، ۱۴۱۷.
- ۲۸- نوروزی فیروز، رحمت الله، اقرار در حقوق ایران، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.
- ۲۹- -----، کارشناسی در حقوق ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
- ۳۰- نهج البلاغه، ترجمه و شرح: فیض الاسلام، سید علی نقی، چاپ پنجم، تهران: مؤسسه تالیفات فیض الاسلام، للطباعة والنشر، منشورات فقهیه، ۱۴۲۱.
- ۳۱- هاشمی شاهرودی، سید محمود، بایسته های فقه جزا، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.



ایفا و استیفای ناروا در حقوق اسلامی (با تأکید بر حقوق افغانستان)

سید عبداللطیف سجادی*

* عضو هیأت علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین^(ص)، کابل، افغانستان.

چکیده

امروزه در حقوق مدنی، مسؤولیت‌ها و ضمانات بر دو اساس استوار است. یکی از موارد ضمان در قبال ضمانات و مسؤولیت‌های ناشی از قراردادها، الزامات خارج از قرارداد، مسؤولیت مدنی یا ضمان قهری است. بحث از ضمانات قهری به جای خود موکول گردیده و اسباب آن نیز مباحث مفصل‌تری را می‌طلبد. اما در کل مسؤولیت مدنی، شخص مسؤول را ملزم به پرداخت تاوان و خسارت نموده برای زیان‌دیده حق مطالبه‌ی خسارت ایجاد می‌کند. از جمله مصادیق، موارد و موجبات ضمان قهری ایفا و استیفای ناروا می‌باشد. ماهیت ایفای ناروا در قالب مصادیق مشخص زمانی تحقق پیدا خواهد کرد که شرایط آن از قبیل: تسلیم مال به‌عنوان ایفا، ناروا بودن پرداخت، اشتباه، اکراه و تدلیس در پرداخت که زمینه‌ساز مسؤولیت است محقق شود. با تحقق مصادیق ایفای ناروا آثاری از قبیل: الزامات گیرنده‌ی مال مانند، الزام به تسلیم عین یا ارزش مال و الزام به جبران منافع آن، معاملات گیرنده نسبت به مال و الزام دهنده‌ی مال تحقق پیدا می‌نماید. یکی از مصادیق ضمان قهری استیفای ناروا می‌باشد. استیفای ناروا از مال غیر آن است که شخصی به حسب اذن صریح یا ضمنی، بدون سبب قانونی یا قراردادی از مال غیر استیفای منفعت کند. درست است که در استیفای ناروا قراردادی وجود ندارد؛ اما برای تحقق استیفای ناروا، نیاز است کسی که بهره‌برداری می‌کند، باید به اقدام دستور داده باشد و کار مورد استفاده هم اجرت داشته باشد و هم به صورت تبرّع و مجانی انجام نشده باشد. در حقوق بسیاری از کشورها، این نهاد حقوقی تحت عنوان قاعده‌ی دارا شدن غیر عادلانه (Unjust enrichment) یا استفاده‌ی بدون جهت (Enrichissement sans cause) به‌عنوان ضمان قهری و منبع مسؤولیت مدنی پذیرفته شده است.

کلیدواژه‌ها: ضمان قهری، مسؤولیت مدنی، ایفای ناروا، استیفای ناروا، دارا شده‌ی غیر عادلانه،

استفاده‌ی بلاجهت.

الزامات خارج از قرار داد، مسؤولیت مدنی یا ضمان قهری به معنای عام تکالیفی است که در اثر امر مشروع یا غیر مشروع بدون پا درمیانی قرارداد پدید می‌آید. مسؤولیت مدنی شخص مسؤول را ملزم به پرداخت تاوان و خسارت نموده و برای زیان‌دیده‌ی حق مطالبه‌ی خسارت ایجاد می‌کند. یکی از مباحث مهمی که در مورد این نهاد حقوقی باید به تفصیل مورد بحث و بررسی قرار گیرد، مصادیق مسؤول الزامات خارج قرارداد یا موجبات مسؤولیت مدنی است. از جمله مصادیق و موجبات ضمان قهری ایفا و استیفای ناروا می‌باشد و ما آن را در دو محور جداگانه بحث می‌کنیم.

۱) ایفای ناروا

ایفای ناروا، یکی از مهم‌ترین موضوعات حقوقی است که با ضمانت اجراهای قانونی نیز رو به رو شده است. ایفای ناروا مرکب از دو واژه‌ی «ایفا» و «ناروا» است. ایفا در لغت مصدر باب «إفعال» به معنای وفا کردن و حق کسی را تمام و کمال دادن آمده است. (انصاری، ۱۳۸۴: ۵۱۷/۱) ناروا نیز به معنای بدون حق و سبب قانونی بودن است. هرگاه شخصی بدون وجود حق و سبب قانونی مالی به دیگری بپردازد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۲۱۱)، این پرداخت، ایفای ناروا است. در مقابل ایفا به‌طور صحیح در جایی معنا پیدا می‌کند که دینی وجود داشته باشد و شخصی به دیگری مدیون باشد و اقدام به پرداخت دینش بنماید.

قانون‌گذار بسیاری از کشورها مواد موضوع ایفای ناروا را از قانون فرانسه گرفته‌اند؛ ولی با ایجاد تغییراتی در آن، مواد عام باب غصب را در مواد مذکور رعایت کرده است تا با شرع اسلام سازگار باشد. در حقوق مدنی افغانستان ایفای ناروا تحت عنوان: «پرداخت بدون حق» از ماده‌ی ۸۰۰ تا ماده‌ی ۸۱۰ مطرح کرده است. در ماده‌ی ۸۰۰ این قانون آمده است: «شخصی که شی‌ای را به گمان این که پرداخت آن بر او واجب است، به دیگری بپردازد و بعد ثابت گردد که پرداخت آن بر او واجب نبوده است، می‌تواند از وی رد آن را مطالبه نماید.» فلسفه‌ی ردّ و مطالبه‌ی مورد پرداخت شده، در این ماده‌ی قانون چیزی جز ایفای ناروا نیست. ایفای ناروا شبیه قرض است؛ زیرا در قرض نیز کسی که قرض گرفته مال مقروض را برگرداند. اما تفاوت قرض و ایفای ناروا این است که در دومی قراردادی میان ایفاکننده و کسی که مال به او پرداخت شده (مودّی‌الیه) منعقد نگردیده؛ اما در قرض قرارداد وجود دارد. یادآوری این نکته لازم است که در فقه امامیه ایفای ناروا از مصادیق غصب و شبه غصب است. به این معنا که اگر شخصی که مال به او پرداخت شده به عدم استحقاق خود آگاه باشد، غاصب است و اگر ناآگاه و جاهل باشد، در حکم غاصب و تابع مقررات غصب است. به همین جهت در موارد سکوت قانون می‌توان در این مورد به مقررات غصب و یا قاعده‌ی ضمانت مراجعه کرد. تنها تفاوت ایفای ناروا و غصب در این است که در



ایفای ناروا بر خلاف غصب، دریافت کننده با حسن نیت است و می تواند مخارج نگهداری مال را از صاحب آن بگیرد.

۱-۱) شرایط ایفای ناروا

هرگاه شخصی بدون وجود حق و سبب قانونی مالی به دیگری بپردازد؛ این پرداخت، ایفای ناروا است. در صورتی که مدیون به اشتباه، دین خود را به شخصی غیر از طلبکار بپردازد، ایفای ناروا محقق می شود. گیرنده ی مال نیز ملزم به استرداد مال به مالک آن می شود؛ به عنوان مثال: ممکن است مدیون به اشتباه پول را به حساب شخص دیگری غیر از طلبکار واریز کند. در این صورت می تواند آن پول را پس بگیرد، چون پرداخت به ناروا صورت گرفته است. چنانچه اگر شخصی به اشتباه خود را مدیون بداند و ادای دین کند، می تواند آنچه را پرداخت کرده از گیرنده ی مال پس بگیرد؛ زیرا ایفای ناروا صورت گرفته است. هم چنین در صورتی که شخصی بدون این که مدیون باشد و از روی اشتباه مالی را به دیگری بدهد، پرداختش ناروا محسوب می شود و دهنده ی مال می تواند آن مال را پس بگیرد. در هر صورت ایفای ناروا زمانی محقق می شود که سه شرط در پرداخت وجود داشته باشد. طبیعی است که با انتقای شرط مشروط منتفی خواهد بود. به همین دلیل هرگاه شرایط ایفا منتفی شود یا یکی از آن ها وجود نداشته باشد، نهاد حقوقی به نام ایفا محقق نخواهد شد. شرایط سه گانه (کاتوزیان، ۱۳۷۴؛ ۲/۲۳۷) مذکور عبارتند از:

۱-۱-۱) تسلیم مال به عنوان ایفا

در صورت تسلط شخص بر مالی که دیگری به عنوان وفای به عهد به او پرداخته است، ایفای ناروا محقق می شود. بنابراین، تسلیم مال باید تحت عنوان وفای به عهد باشد و در صورتی که شخصی مال را به عنوان قرض یا امانت به دیگری بدهد، نمی تواند استرداد آن مال را تحت عنوان ایفای ناروا پس بگیرد.

۱-۱-۲) ناروا بودن پرداخت

ایفای ناروا در صورتی محقق می شود که دهنده ی مال، مدیون گیرنده ی مال نباشد؛ زیرا در این صورت ایفا، ناروا خواهد بود. بنابراین چنانچه دهنده ی مال مدیون گیرنده باشد، ادای دین به او ایفای ناروا نخواهد بود. در مواردی ممکن است دینی وجود داشته باشد؛ اما به دلیلی از بین رفته باشد، در این صورت نیز ایفای ناروا محسوب می شود. مثل این که شخص ثالث دین کسی را می پردازد و مدیون بدون اطلاع از پرداخت دینش را دوباره بپردازد (سنهوری، ۱۳۷۴؛ ۲/۳۶۴) همچنین اگر دهنده ی مال مدیون باشد؛ اما بیش از مقدار بدهی اش به طلبکار بپردازد، نسبت به میزان اضافه، ایفای ناروا محقق گردیده و پرداخت کننده (مدیون) می تواند آن را پس بگیرد. در مورد این شرطی برخی از نویسندگان آن را تحت عنوان «فقدان دین» مطرح کرده است؛ ولی این عنوان درست نیست، زیرا ایفای ناروا در سه فرض قابل تحقق است؛ یکی در جایی که در اصل دینی وجود ندارد؛ دوم، در جایی که دین وجود دارد؛ ولی پرداخت



کننده مدیون نیست؛ سوم. در جایی که دین وجود دارد و پرداخت کننده مدیون واقعی است، لیکن پرداخت به غیر بستان کار صورت گرفته است.

۳-۱-۱) اشتباه، اکراه و تدلیس در پرداخت

نه تنها اشتباه پرداخت کننده از شرایط تحقق ایفای ناروا نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۵۴)، بلکه به صورت معمول ایفای ناروا در اثر اشتباه پرداخت کننده شکل می گیرد؛ زیرا موقعی که شخصی به خیال بدهکاری مالی را به بستان کار پرداخت می کند در صورتی ایفای ناروا محقق می شود که پرداخت کننده به اشتباه پرداخت نموده و اشتباه خود را ثابت کند. باید اذعان کرد که اگر به دلیل تدلیس و اکراه از سوی گیرنده مالی بون حق پرداخت شود، باز هم ایفای ناروا محقق می شود. بنابراین، علاوه بر اشتباه، اکراه و تدلیس نیز موجب می شود برای دهنده مال حق استرداد مال ایجاد شود. به عبارت دیگر؛ هر گاه در اثر اکراه یا فریب و نیرنگ بستان کار غیر واقعی، پرداخت کننده مالی را بدون حق پرداخت کند، حق مطالبه و استرداد آن را دارد. استحقاق مطالبه و رد مال جز به دلیل ایفای ناروا نیست. اگر اشتباه تأدیه کننده از شرایط تحقق ایفای ناروا شمرده شده است، اشتباه دریافت کننده شرط نیست؛ زیرا امکان دارد او با آگاهی، اطلاع و علم یا عمدا مالی را که مستحق نبوده دریافت کند.

۲-۱) مصادیق ایفای ناروا

ایفای ناروا به صورت کلی مشخص گردید؛ اما موارد تحقق ایفای ناروا با توجه به توضیحی که در سطور فوق مطرح شد، سه مصداق معینی است که در ذیل ذکر می شوند:

۱-۲-۱) پرداخت دین به غیر داین

هرگاه مدیون به اشتباه، دین خود را به شخصی غیر از طلب کار بپردازد، ایفای ناروا محقق می شود. گیرنده مال نیز ملزم به استرداد مال به مالک آن است؛ به عنوان مثال: ممکن است مدیون به اشتباه دین را به شخص دیگری غیر از طلب کار پرداخت نماید. در این صورت می تواند آن را پس بگیرد چون پرداخت به ناروا صورت گرفته است. در ماده ۸۰۰ قانون مدنی آمده است؛ «شخصی که شیئی را به گمان این که پرداخت آن بر او واجب است، به دیگری بپردازد و بعد ثابت گردد که پرداخت آن بر او واجب نبوده است، می تواند از وی رد آن را مطالبه نماید».

۲-۲) پرداخت دین از سوی شخصی غیر از مدیون

در صورتی که شخصی اشتباهاً خود را مدیون بداند و ادای دین کند، می تواند آن چه را پرداخت نموده از گیرنده مال پس بگیرد. البته در صورتی که شخص غیر مدیون با آگاهی از مدیون نبودن خود، دین شخص دیگری را بپردازد؛ حق پس گرفتن مالی را که داده است ندارد. ایفای دین از جانب غیر مدیون



هم جایز است. اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد، ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند، اگر به اذن مدیون باشد حق مراجعه به او را دارد و اگر به اذن مدیون نباشد، حق رجوع ندارد. مطابق ماده‌ی ۸۰۵ قانون مدنی مقرر شده است؛ «(۱) هرگاه مدیون دین را به شخص دیگری تفویض نماید، شخص مذکور بعد از تأدیه‌ی دین به عوض داین اصلی قرار گرفته و می‌تواند از مدیون مطالبه‌ی دین نماید؛ (۲) اگر مدیون قبل از شخصی که تأدیه‌ی دین به او تفویض گردیده دین را بپردازد، شخص مذکور می‌تواند ردّ دینی را که پرداخته است، از مدیون یا داین اصلی مطالبه نماید.» در ماده‌ی ۸۰۶ آمده است؛ «هرگاه شخصی دین شخص دیگری را بدون تفویض تأدیه نماید، دین از ذمه‌ی مدیون قبولی مدیون اعتبار داده نمی‌شود، در این صورت تأدیه‌کننده متبرع شناخته شده حق رجوع را به مدیون ندارد، مگر این که از قرائن طوری معلوم گردد که در تأدیه‌ی دین مصلحت تأدیه‌کننده بوده یا وی در اصل نیت تبرع را نداشته است.» بدون تردید از مواد مزبور استفاده می‌شود که یکی از موارد ایفای ناروا پرداخت دین از سوی شخص دیگری غیر از مدیون است.

۳-۲-۱) پرداخت بدون وجود دین

موقعی که شخصی بدون این که مدیون باشد و از روی اشتباه مالی را به دیگری بدهد، پرداختش ایفای ناروا محسوب می‌شود. در این صورت پرداخت کننده به دلیل ایفای ناروا می‌تواند مالش را پس بگیرد. به عنوان مثال؛ کسی برای فرزندش که در جایی درس می‌خواند، مبلغی را پرداخت کرده است. سپس معلوم می‌شود که به اشتباه آن مبلغ را به حساب شخص دیگری واریز نموده است. در این مورد به دلیل استیفای ناروا بدون تردید و شک حق استرداد و مطالبه‌ی آن مبلغ را دارد. شاید بتوان گفت که تمام موارد و مصادیق استیفای ناروا یا پرداخت بدون حق از این سه مورد فراتر نمی‌روند.

۳-۱) اثبات ناروا بودن ایفا

مطابق ماده‌ی ۸۰۰ قانون مدنی، هرگاه پرداخت ناروا صورت گیرد و ثابت گردد، پرداخت کننده به دلیل استیفای ناروا حق استرداد و مطالبه دارد. بنابراین، هرگاه شخصی با تصور این که بدهکار دیگری است و مالی به او بدهد، گیرنده‌ی مال نمی‌تواند به ناروا آن را تصاحب نماید و باید آن را به دهنده‌ی مال پس بدهد. برای استرداد چنین مالی لازم است دهنده‌ی مال ناروا بودن پرداخت را اثبات نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۳۲). در صورتی که گیرنده‌ی مال مدعی بخشیدن مال شود، باید آن را اثبات نماید؛ زیرا کسی که مدعی بخشش مال است، باید این امر را اثبات نماید. همچنین در صورتی که دریافت‌کننده، مال پرداخت‌شده را تأدیه‌ی دین از سوی مدیون بداند، در این صورت پرداخت‌کننده باید ثابت نماید که پرداخت ناروا بوده است.



۴-۱) آثار ایفای ناروا

پس از اثبات پرداخت بدون حق و مسلم شدن ایفای ناروا، آثار حقوقی مترتب بر آن الزاماتی است که دهنده و گیرنده‌ی مال هر دو ملزم به انجام آن‌ها هستند. این امور و آثار که بر دو بخش؛ الزامات گیرنده‌ی مال و الزامات دهنده‌ی مال قابل تقسیم است، در ذیل ذکر می‌شود؛

۱-۴-۱) الزامات گیرنده‌ی مال

یک مجموعه از آثار و پیامدهای ایفای ناروا الزاماتی است که به لحاظ حقوقی گیرنده‌ی مال برای انجام آن‌ها ملزم است. این الزامات حقوقی را در زیر مجموعه‌ی همین بخش مورد بررسی قرار خواهیم داد.

الف) الزام به تسلیم عین یا ارزش مال

پس از تحقق ایفای ناروا و تسلط شخص بر مالی که استحقاق آن را ندارد، گیرنده‌ی مال ملزم به برگرداندن مال به مالک آن است. به این معنا که گیرنده‌ی مال در صورت موجود بودن عین مال تأدیه‌شده، به بازگرداندن و تسلیم نمودن عین مال است؛ اما در صورت تلف شدن عین مال ملزم است عوض آن (مثل یا ارزش) را تسلیم نماید؛ یعنی هرگاه مال مثلی باشد، مثل آن را و هرگاه مال قیمی باشد، قیمت آن را تسلیم مالک کند. ماده‌ی ۸۰۲ قانون مدنی برای این مسأله قانون‌گذاری شده است. حتا اگر عین مال در اثر قوه‌ی قهری (از قبیل حوادث غیر مترقبه و اجتناب‌ناپذیر) تلف شود، دریافت‌کننده ضامن مثل یا ارزش مال است.

ب) الزام به جبران منافع مال

اثر دیگر ایفای ناروا این است که منافع مال را به مالک اصلی برگرداند. گیرنده‌ی مال علاوه بر این که باید عین مال را پس بدهد، ملزم به جبران منافع مال نیز می‌باشد؛ زیرا در مدتی که او مال را بدون استحقاق در اختیار داشته، مالک از منافع آن مال محروم شده است؛ به عنوان مثال: در صورتی که شخصی به تصور این که به دیگری بدهکار است، اتومبیل خود را به او بدهد. پس از اطلاع از این که از اساس بدهکار آن شخص نبوده است، می‌تواند اضافه بر استرداد و مطالبه‌ی اتومبیل، منافع آن را (از قبیل سواری و باربری) اعم از منافع مستوفات و غیر مستوفات (مواردی که گیرنده از منافع مال برخوردار نشده باشد) مطالبه نماید. زیرا مهم این است که مالک از منافع مالش محروم گردیده است. در صورت علم به عدم استحقاق به اتفاق دانشمندان ضمان منافع مال به طور مطلق لازم است؛ اما در صورتی که گیرنده جاهل باشد، دیدگاه مشهور فقهای امامیه بر ضمان منافع به طور مطلق است. یعنی ملزم است منافع غیر مستوفات را نیز پرداخت نماید (نابنی، ۱۳۷۳: ۱/۱۳۴). برخی از استادان حقوق گفته‌اند: در این صورت بر مبنای عدالت و انصاف گیرنده مسئولیت منافع غیر مستوفات را بر عهده ندارد (امامی، ۱۳۴۰: ۱/۳۵۷)؛ زیرا گیرنده تقصیر نداشته و مالک مال خودش با تسلیم مالش سبب فوت منفعت آن گردیده است. در ماده‌ی



۸۰۲ قانون مدنی آمده است که «هرگاه سوء نیت تسلیم شونده‌ی غیر مستحق هنگام تسلیمی شی یا بعد از آن ثابت گردد، علاوه بر رد مال به پرداخت منفعت حاصل از زمان تسلیمی و جبران خسارت ناشی از تصرف، مکلف می‌باشد.» توجه به این نکته لازم است که مبنای الزام گیرنده به پرداخت منافع مال تسلط نامشروع بر مال غیر است. پس در هر حال گیرنده حتا در صورتی که مال در اثر حوادث قهری تلف شود، منافع آن را علاوه بر عین مال ضامن است و مسؤولیت جبران خسارت را بر عهده دارد.

ج) معاملات گیرنده نسبت به مال

یکی از اثرات ایفای ناروا، عدم جواز معاملات گیرنده نسبت به مال است. به این معنا، در مواردی که گیرنده مال را به دیگری به عنوان بیع یا اجاره انتقال دهد، مسؤولیت مدنی دارد و باید ملزم به پرداخت خسارت باشد؛ زیرا مالی را که متعلق به او نبوده است به هر عنوانی (عمداً یا اشتهاً) دریافت نماید، مالک آن نخواهد شد. بنابراین در صورتی که گیرنده معاملاتی نسبت به مالی که به طور ناروا به او پرداخت شده انجام دهد، معاملات او فضولی خواهد بود. (معامله به مال غیر، جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست و لو این که صاحب مال باطناً راضی باشد؛ ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله‌ی آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح است و نافذ می‌شود. به این معنا که مالک (دهنده‌ی مال) می‌تواند معامله را رد نموده و مال خود را پس بگیرد و می‌تواند معامله‌ی فضولی را قبول نموده و عوض مال خود را بگیرد. معامله‌ی فضولی، تابع احکام مربوط به آن که در فقه مطرح شده است، خواهد بود. آگاهی و یا عدم آگاهی گیرنده به عدم استحقاق خود تاثیری در فضولی بودن معامله ندارد و معامله در هر حال فضولی محسوب می‌شود؛ زیرا گیرنده نسبت به مال شخص دیگری (دهنده‌ی مال) معامله نموده است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۲۱۵).

۲-۴-۱) الزام دهنده‌ی مال

الزامات ناشی از ایفای ناروا چیزی نیست که تنها دامن گیر گیرنده‌ی مال باشد، بلکه به عنوان پیامد ایفای ناروا دامن گیر دهنده‌ی مال نیز خواهد شد. الزامات حقوقی که دهنده‌ی مال ملزم به رعایت آن است، به شرح ذیل می‌باشد. در قانون مدنی افغانستان چنانکه ملاحظه گردید، میان دریافت کننده با حسن نیت و دریافت کننده با سوء نیت تفاوت قایل شده است. اثر این قید آن است که اگر گیرنده‌ی مال با آگاهی از عدم استحقاق خود، مال را دریافت نماید، نمی‌تواند مخارجی را که برای نگهداری مال متحمل شده است، از مالک مطالبه نماید؛ ولی اگر گیرنده‌ی مال به اشتباه خود را مستحق دریافت مال می‌دانسته و برای حفظ و نگهداری آن مال هزینه‌هایی کرده باشد، مالک ملزم به پس دادن این هزینه‌ها به گیرنده‌ی مال است؛ به عنوان مثال: اگر مال اسبی باشد که برای نگهداری آن هزینه‌ی سنگینی صورت گرفته و گیرنده‌ی مال جاهل به عدم استحقاق خود بوده است. در این صورت او مقصر نیست و نباید





مخارج بر او تحمیل شود و تحمیل مخارج بر او موجب استفاده‌ی بدون جهت مال اسب بوده و صاحب اسب بر اساس قاعده‌ی غرور ملزم به پرداخت غرامت مصارفی است که گیرنده‌ی اسب برای نگهداری آن متحمل شده است. در هر حال صاحب مال باید از عهده‌ی مخارج لازم که برای نگهداری اسب صورت گرفته است، برآید. جز در صورتی که متصرف به عدم استحقاق خود علم و آگاهی داشته باشد. در این صورت تمام مخارجی که برای نگهداری اسب متحمل شده از مال متصرف خواهد بود؛ زیرا بر اساس قاعده‌ی اقدام او خود به تحمل مخارج مزبور اقدام نموده است. لیکن صاحب مال تنها باید از عهده‌ی مخارج لازم برآید و نسبت به مخارج غیر لازم مسؤولیت ندارد. یکی از نکات قابل یادآوری این است که برای تشخیص مخارج لازم و مصارف غیر لازم باید به عرف مراجعه شود.

۲) استیفای ناروا

دانشمندان در مورد ماهیت استیفا اختلاف نظر دارند. برخی از دانشمندان آن را «عمل حقوقی» و بعضی دیگر از حقوق دانان آن را «واقعیه‌ی حقوقی» می‌دانند. هر دو گروه در میان خود شان اختلاف نموده و دیدگاه‌های متفاوتی ارائه کرده‌اند. در نتیجه چهار دیدگاه مختلف راجع به ماهیت «استیفا» پدید آمده است.

- ۱) برخی آن را عمل حقوقی و عقد و قرارداد می‌دانند؛
- ۲) بعضی دیگر استیفا را عمل حقوقی یک جانبه و ایقاع معرفی کرده‌اند؛
- ۳) جمعی از حقوق دانان استیفا را «واقعیه‌ی حقوقی» و شبه عقد دانسته‌اند و
- ۴) جمع دیگری از حقوق دانان آن را «واقعیه‌ی حقوقی صرف» می‌دانند.

در هر حال میان ایفای ناروا و استیفای ناروا به صورت قضیه‌ی موجهه جزئیه ملازمه وجود دارد. «استیفای ناروا» یکی از اسباب و موجبات ضمان قهری است. استیفا در لغت به معنی تمام باز ستدن، تمام چیزی را خواستن و طلب تمامی حق کردن است. در مورد معنای اصطلاحی استیفا ترمینولوژی حقوق می‌نویسد؛ «در اصطلاح در معانی ذیل به کار رفته است؛

۱. به کار بستن حقی از حقوق (اعمال حق)؛
۲. حساب و حسابداری امور مالی و دخل و خرج. حساب داران دولتی را مستوفیان می‌گفتند و محل کار شان را دیوان استیفا می‌نامیدند. علم آنان را علم استیفا می‌نامیدند.
۳. استیفا از عمل غیر.
۴. اجرای حکم محکمه؛ استیفای اعدام؛ یعنی اجرای حکم اعدام.

۵. استیفای عدد یا استكمال عدد؛ به آخر رسیدن عدد چهار در نکاح». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۵۹/۱)

استیفای حق گرفتن حق خود به تمام و کمال و بدون کسر و نقصان است؛ اما استیفا در اصطلاح حقوق عبارت از بهره‌مند شدن کسی است، از عمل یا منفعت مال دیگری بر حسب اذن قبلی که داده است. اما منظور از استیفای ناروا این است که شخصی از منافع کار یا مال دیگری بدون سبب قانونی یا قراردادی بهره‌مند شود. مبنای واقعی مسئولیت مدنی در صورت استیفای ناروا اجرای عدالت و احترام به عرف و نیازهای عمومی است. به این معنا که در هر جا شخصی از مال یا کار دیگری استفاده می‌کند، ولی قراردادی که باعث ایجاد دین، برای استفاده‌کننده است، در میان نباشد و کار او تحت عنوان غصب، اتلاف و تسبیب نیز نباشد، قانون‌گذار استفاده‌کننده را ملزم به پرداخت «اجرة المثل» می‌کند (عاملی (شهیدثانی)، ۱۴۱۳؛ ۱۶۹/۵) همان گونه که از تعریف استیفا روشن شد، استیفا در سه مورد صادق است. ما نیز تا جایی که با این نوشتار متناسب باشد، در محورهای سه‌گانه مباحثی را مطرح می‌کنیم، هر چند حقوق‌دانان در رابطه با استیفا مباحث بسیاری از قبیل: استیفای مشروع، استیفای غیر مشروع، آیا استیفا عقد است یا شبه عقد و یا امری غیر از این دو؟ و مباحثی در قلمرو استیفا را مطرح کرده‌اند. اما چون فایده‌ای آنچنانی در طرح این مباحث دیده نشده و هم با وضع این نوع نوشتار (که در حدّ يك ترم در دو واحد درس برای دانشجوی دوره‌ی تنظیم می‌شود) مناسب نبوده است، ما از طرح مباحث زائد صرف نظر کرده و به بخشی از آن مباحث که طرح آن‌ها مفید و ضروری است، بسنده می‌کنیم. برای آگاهی بیش‌تر به کتب مفصل (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۲) مراجعه نمایید.

۲-۱) استیفای ناروا از مال غیر

استیفای ناروا از مال غیر آن است که شخصی به حسب اذن صریح یا ضمنی، بدون سبب قانونی یا قراردادی از مال غیر استیفای منفعت کند. در این صورت مالک مال مستحق اجرت المثل خواهد بود. جز در مواردی که معلوم شود اذن در بهره‌برداری از مال مجانی بوده است. در فقه بحث استیفا در ذیل کتب فقهی مختلف از جمله کتاب اجاره مطرح شده است؛ اما در مورد استفاده از مال و منافع مالی اهلیت استیفا برای مالک شرط گردیده و در تعریف آن گفته شده است؛ «عبارت از قابلیت استیفا است که قانون برای افراد شناخته تا بتوانند حق خود را اجرا، و خود را متعهد سازند. کسانی که اهلیت استیفا ندارند همانند: صغار، مجانین و اشخاص غیر رشید، نمی‌توانند حقوق مدنی خود را اجرا نمایند و یا در مقابل دیگری تعهد نمایند». (طاهری، ۱۴۱۸: ۳۳/۱) بر اساس این شرط، مالک مال در صورتی می‌تواند از مال خود استفاده کند که اهلیت استیفا داشته باشد. این مسأله به استیفای ناروا ارتباط ندارد بلکه تنها برای توضیح واژه‌ی استیفا ذکر شد. در فقه امامیه می‌نویسد: «کسی که مال غیر را استیفا نماید، ضامن آن است. دلیل این مسأله بنای عقلاء و سیره‌ی عمومی عرف است که شارع و قانون‌گذار اسلامی از آن ردع



نکرده است، پس در شریعت و نزد شارع امضا شده تلقی می‌شود». (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۲۳) در اینجا به تشابه استیفا از مال غیر و عمل غیر اشاره گردیده و می‌نویسد: «همان‌گونه که اگر بگویند موهای سرم را کوتاه کن! ضامن اجره‌ی آن است هرگاه مدیون گفته باشد دینم را ادا کن! ضامن مالی است که ادا کرده است و همچنین در صورتی که به خاطر مصلحت عمومی (به‌عنوان مثال کشتی به دلیل سنگینی بار در حال غرق شدن است و برای نجات آن بار کشتی را سبک کنند) بگویند؛ کالای تجارتي خود را در دریا رها کن! ضامن آن است» (حکیم، ۱۳۱۶: ۱۳/۱۴۳) با توجه به آنچه در سطور فوق ذکر شد، شرایط تحقق استیفا ناروا و ایجاد الزام به پرداختن اجرت المثل را می‌توان به شرح ذیل به اختصار و به صورت موجز مطرح کرد:

۱-۱-۲) إذن مالک یا صاحب مال

این شرط، استیفا‌ی مشروع را از نامشروع و به‌ویژه استیلا‌ی عدوانی بر مال غیر (غصب) جدا می‌کند. به صورت قهری استیفا به مفهومی اختصاص پیدا می‌کند که استیفاکننده از سوی مالک مأذون بوده و با قهر و غلبه اقدام نکرده است. بر همین اساس در موارد استیفا‌ی ناروا از مال غیر غصب و تصرف عدوانی که یکی از اسباب ضمان قهری و مسؤولیت مدنی است، سالبه به انتفای موضوع است. تحقق ضمان و مسؤولیت مدنی ناشی از استیفا منوط به آن است که استیفاءکننده با إذن صاحب مال از آن بهره برده باشد. این إذن ممکن است به‌صورت صریح باشد، مثل این‌که صاحب آپارتمان به درخواست یکی از آشنایان خود کلید آپارتمان خود را به او بدهد و با اقامت او موافقه نماید، یا این‌که إذن صاحب مال ضمنی باشد، مثل این‌که صاحب باغ ورود یک خانواده را برای استراحت به باغ ببیند و اعتراض و ممانعت نکند. باید توجه داشت که در بسیاری از موارد امکان دارد صاحب ملک آن را برای استفاده‌ی دیگران مهیا کرده باشد، مثل این‌که در باغی تخت‌هایی را برای استقرار و اسکان موقت مسافران آماده و مفروش کرده باشد. در این موارد اگر وارد بدون قرارداد از منافع تخت‌های مفروش در باغ استفاده کند، باید اجرت المثل بدهد؛ زیرا استیفا‌ی نامشروع که از اسباب ضمان قهری و مسؤولیت مدنی است، تحقق پیدا کرده است. نقطه‌ی افتراق غصب از استیفا‌ی ناروا این است که استفاده‌کننده بدون إذن صریح یا ضمنی صاحب مال به استیفا‌ی منفعت از مال او اقدام نماید. این اقدام غصب تلقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲۵۱) و با تعریف غصب مطابقت دارد.

۲-۱-۲) اجرت داشتن استیفا‌ی از مال غیر در دید عرف

در نظر عرف استفاده از مال دیگری به‌طور معمول اجرت داشته و کم‌تر اتفاق می‌افتد که منفعتی رایگان تلقی شود. با وجود این، هرگاه به چنین مواردی برخورد شود، (مانند دادن دوچرخه‌ی سواری به کودک و یا دادن اجازه به شخص خسته برای استفاده و نشستن روی سکوی خانه برای استراحت در چند

دقیقه و امثال این‌ها) منتفع الزام به پرداخت اجرت المثل ندارد (امامی، ۱۳۴۰: ۴۱۴/۱) مگر این‌که مالک از پیش مہیای گرفتن اجرت المثل در برابر اذن در انتفاع باشد. شرط اجرت داشتن استیفا در دید عرف، شرط مستقلی برای تحقق مسؤولیت ناشی از استیفا نبوده و در این امر اساساً مجانی بودن استیفا لحاظ می‌شود. به همین جهت اگر دلیلی بر مجانی بودن اذن در انتفاع اقامه نشود و قرائن و امارات و از جمله عرف مجانی بودن را تأیید نکند، استیفا کننده مکلف به پرداخت اجرت المثل می‌باشد؛ اما چنانچه عرف بر مجانی بودن استیفا حکم نماید، قضاوت عرف دلیلی بر عدم استحقاق صاحب مال تلقی می‌شود و استیفا کننده از اقامه‌ی دلیل معاف می‌شود (خواجہ پیری، ۱۳۸۰: ۲۰۰) در هر حال، باید اجرت از قبل تعیین نشده باشد. اگر برای استیفا از مال غیر قبلاً اجرت تعیین شده باشد، مسأله از قلمرو مسؤولیت مدنی خارج گردیده و در حوزه‌ی قرارداد داخل می‌شود؛ اما در فرض عدم تعیین اجرت اطلاق قرارداد امکان‌پذیر نیست؛ زیرا مورد قرارداد باید معلوم باشد و در غیر آن باطل است. اگر اجرت مطابق عرف و عادت تا حدی که رفع جهالت نموده و معاملہ‌ی غرری محسوب نشود، معلوم باشد، ولو طرفین به صراحت تعیین نکرده باشند، استیفا مشمول عنوان قرارداد است و نمی‌توان آن را جزء الزامات خارج از قرارداد دانست.

۳-۱-۲) اقدام استیفا کننده به استیفا

باید شخص از مال دیگری استیفا‌ی منفعت کرده باشد. مثل این‌که از اتومبیل دیگری استفاده نموده یا در خانہ‌ی او سکونت کرده باشد. به عبارت دیگر، در الزام ناشی از استیفا برخلاف عقد اجاره زمانی شخص مسؤولیت مدنی دارد و باید اجرت المثل پرداخت کند که از مال استیفا‌ی منفعت کرده باشد؛ بنابراین، هرگاه شخصی از صاحب آپارتمان اجازه‌ی استقرار در آن را گرفته باشد؛ ولی در عمل در آن سکونت ننماید و استیفا‌ی منفعت نکند، مسؤولیت مدنی نداشته و ضامن اجرت المثل نیست؛ اما در اجاره‌ی همان آپارتمان بر اساس عقد و قرارداد، چه مستأجر از آپارتمان استیفا‌ی منفعت کند و یا آن را خالی بگذارد، باید اجاره‌ی مقرر را به موجد پرداخت نماید.

۴-۱-۲) مجانی نبودن اذن در استیفا

در استیفا‌ی از مال غیر در اصول اذن در انتفاع مجانی نیست و هر کس از مال دیگری با اذن صریح یا ضمنی مالک، استیفا‌ی منفعت نماید، باید اجرت المثل آن را پرداخت نماید و در مواردی که اذن در انتفاع به‌طور صریح یا ضمنی مجانی است، الزام به دادن اجرت المثل بر استیفا کننده حتا در فرض پشیمانی مالک تحمیل نمی‌شود؛ به‌عنوان مثال: پدری به دختر نوعروس و داماد خود اذن می‌دهد که در خانہ‌ی او سکونت کنند. از قرائن، اوضاع و احوال معلوم است که پدر قصد گرفتن اجاره را ندارد، بلکه در مقام ارفاق و کمک به هزینه‌ی زندگی آنان است؛ ولی بعداً در اثر کدورتی که بین دختر و شوهرش پیدا





می‌شود، پدر می‌گوید: بر چنین داماد حق‌شناس، کمک و ارفاق روا نیست، لذا از او مطالبه‌ی اجاره‌خانه نموده و در محکمه اقامه‌ی دعوا می‌نماید. در این صورت محکوم نمودن داماد بر پرداختن اجرت المثل روا نیست؛ زیرا اذن در انتفاع مجانی بود، هر چند که اکنون از کارش پشیمان شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۵۱۰). اصل در استیفای از مال غیر عدم رایگان بودن آن است و مجانی بودن انتفاع خلاف اصل است. به همین دلیل باید ثابت شود و مدّعی رایگان بودن باید اثبات ادعای خود از امارات قضایی استفاده کرده و اقامه‌ی دلیل کند. پس اذن در انتفاع از مال ظهور در رایگان بودن آن ندارد. نتیجه آن که استیفای مشروع (زیرا استیفای غیر مشروع تحت عنوان غصب یا تسبیب و یا اتلاف مطرح می‌گردد نه استیفا) یکی از موجبات و اسباب ضمان قهری بوده و استیفاکننده با آن که هیچ نوع قراردادی با طرف مقابل نبسته و هیچ نوع تعهدی نکرده است، ملزم به پرداخت اجرت المثل است. بعضی از حقوقدانان استیفا را شبه عقد اجاره می‌دانند (امامی، ۱۳۴۰: ۴۱۲/۱ و صفایی، ۱۳۸۹: ۵۰۱/۱ و عدل، ۱۳۴۲: ۲۳۵) زیرا کسی که به دیگری می‌گوید: چمدان مرا تا فلان مقصد برایم حمل کن؛ ولی اجرت آن را تعیین نمی‌کند، این شبیه عقد اجاره و نه خود عقد اجاره است؛ زیرا در عقد اجاره تعیین اجرت لازم است که در اینجا تعیین نشده است. بعضی دیگر از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۵۴۰) این سخن را مورد ایراد قرار داده‌اند؛ ولی از آنجا که بحث در محور آن متمرکز نیست، از آن خودداری و اجتناب می‌شود؛ زیرا آنچه که از لحاظ حقوقی متمرکز است، این است که استیفا یکی از اسباب ضمان قهری است، اسم آن هر چه می‌خواهد باشد.

۵-۱-۲) اهلیت استیفا و تصرف

مهم‌ترین شرط از شرایط استیفا اهلیت استیفا و تصرف است. این شرایط عبارتند از؛

- ۱) بلوغ. بلوغ در لغت به معنای رسیدن به امری است و در اصطلاح، رسیدن به سنّی است که قوای جسمی صغیر نموّ نموده و آماده برای توالد و تناسل گردد و آن يك امری به‌طور کامل طبیعی است.
- ۲) رشد. رشد در لغت به معنای «هدایت» است که در قرآن نیز به این اشاره شده است: قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ و در اصطلاح حقوقی عبارت از کیفیت نفسانی است در انسان که مانع از فساد مال و صرف آن در راه‌های غیر عقلایی است.
- ۳) عقل. عقل و جنون مقابل يك دیگرند. عقل از شرایط صحت معامله و جنون موجب بطلان معامله است.

در تعریف «جنون» گفته‌اند: جنون عارضه‌ی دماغی است که مانع از درک اعمال شخص می‌شود، اعمالی که مجنون انجام می‌دهد، به فرمان و اراده‌ی او نیست و وجدانش از آنچه که انجام می‌دهد، بی‌اطلاع است و در تعریف «مجنون» گفته‌اند: کسی است که دارای اختلال اعصاب دماغی بوده و نمی‌تواند در اجتماع وضعیت خود را حفظ و از حقوق خود دفاع نماید. با توجه به این مطالب در «جنون» و «مجنون» معنای «عقل» و «عاقل» هم روشن شد چون «تعرف الأشياء باصداها»، پس عاقل کسی است که از سلامتی کامل دماغی و عصبی برخوردار بوده در اجتماع بتواند وضعیت خود را حفظ نموده از حقوق خود دفاع نماید.

۲-۲) استیفای ناروا از عمل غیر

استیفای ناروا از عمل غیر آن است که شخصی از کار دیگری که به حسب نظر عرفی اجرت دارد، بدون سبب قانونی یا قراردادی استفاده کند. باید اذعان داشت که هرگاه معلوم شود کارگر قصد تبرع و رایگان بودن کار را داشته است، اجرت المثل نخواهد داشت. تحقق مسئولیت مدنی ناشی از استیفای ناروا از عمل غیر و ایجاد الزام به پرداخت اجرت المثل، نیازمند شرایط و ارکان خاصی است که باید وجود داشته و مورد توجه قرار گیرد. برای تحقق مسئولیت مدنی ناشی از استیفای ناروا از عمل غیر و برای ایجاد الزام به پرداخت اجرت المثل، شرایط و ارکان خاصی باید موجود باشد؛ مانند این که شخصی کارگری را که در خیابان آماده به کار بوده، سوار اتومبیل خود کند و به منزل خود ببرد و دستور اجرای عملی را به او بدهد؛ بدون این که با او قراردادی بسته باشد.

۲-۲-۱) امر به اقدام

ضمان قهری و الزام به پرداختن اجرت المثل، در صورتی تحقق می‌یابد که اقدام عامل و کارگر به امر استیفاکننده باشد؛ به عنوان مثال: شخصی به نقاش دستور دهد که برای او تابلویی نقاشی کند یا از متصدی حمل و نقل (باربری) بخواهد که چیزی برای او از شهری به شهری حمل کند. در صورتی که دستوری نباشد، اقدام خودسرانه به کاری محسوب گردیده و برای دیگران ایجاد مسئولیت نمی‌کند هر چند که از آن کار استفاده برده باشد. بنابراین، تاثیر استفاده‌کننده در انجام کار از نظر عرف باید به گونه‌ای باشد که بتوان گفت، اگر فرمان یا اذن او نبود، آن کار انجام نمی‌شد. برخی از فقها (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۵/۲۷) باور دارند که اگر اذن هم باشد، برای استحقاق اجرت کافی است؛ به عنوان مثال: کسی که روی چوکی ارایشگاه می‌نشیند و به آرایش‌گر اجازه می‌دهد که موهای سرش را آرایش کند، مسئولیت مدنی شکل می‌گیرد و باید اجرت المثل برای آرایش‌گر پرداخت شود. بنابراین، اگر کسی علف‌های هرز باغی را بچیند یا به زمین آن کود بدهد، نمی‌تواند از مالک باغ، دست‌مزد بخواهد و یا اینکه شخصی در غیاب صاحب اتومبیل و بدون اطلاع او اقدام به شستن اتومبیل نماید، صاحب اتومبیل مسئولیتی برای





پرداخت اجره به عامل ندارد. در متون فقهی نیز به عدم استحقاق عامل، در این موارد حکم شده است (طباطبایی، ۱۴۲۱: ۵/۱۱۲) یعنی حتا اگر عامل بدون درخواست و اجازه‌ی شخص، عملی را انجام دهد و تصور کند که در مقابل عملش اجرت می‌گیرد، مستحق اجرت نخواهد بود؛ زیرا توافقی بین طرفین در مورد عمل مذکور صورت نگرفته است. اساسی‌ترین سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا امر موضوعیت دارد یا سکوت موضوعیت دارد؟ در پاسخ باید گفت که امر موضوعیت دارد و سکوت کفایت نمی‌کند؛ زیرا سکوت با امر تفاوت دارد و استیفاءکننده باید در انجام کار به گونه‌ای مؤثر باشد که در نظر عرف بتوان گفت، هر گاه امر یا درخواست یا اذن او نباشد، کار موضوع استفاده نیز، انجام نمی‌شود. فقها می‌نویسند، «مثل این که به آراشگر بگوید موه‌ای سرم را کوتاه کن، ضامن اجره‌ی آن است» (حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۳۶۲).

۲-۲-۲) انجام کار مورد استفاده

مسئولیت مدنی و الزامی که آمر به پرداخت اجرت پیدا می‌کند، در واقع ضمان ناشی از استیفاء است و پیش از انجام دادن کار مورد استفاده و اقدام به انجام عمل و یا به نتیجه رسیدن آن ایجاد نمی‌شود. بر همین اساس هرگاه بخشی از کار مورد انتظار استیفاءکننده انجام شود، اجرت المثل تنها نسبت به همان بخش معین داده می‌شود. پس نه آمر را می‌توان به پرداخت تمام اجرت المثل محکوم کرد، نه عامل وظیفه دارد آنچه را که آغاز کرده است به پایان برساند. به بیان دیگر، در جریان استیفاء هیچ التزامی برای آینده ایجاد نمی‌شود. باید توجه داشت که استیفاءکننده به آن علت ملزم به پرداخت اجرت به عامل است که با امر خود از عمل دیگری بهره برده است. بنابراین، اگر استفاده‌کننده به عامل، امر به انجام عملی برای حصول به نتیجه‌ای خاص کند؛ اما عامل با وجود این اقداماتی که انجام می‌دهد نتواند به مطلوب برسد، آمر، ملزم به پرداخت تمام اجرت نیست. البته اگر عدم حصول نتیجه در اثر فعل یا ترک فعل آمر بوده است و یا عدم توفیق عامل به آمر قابل انتساب باشد، در این صورت عامل مستحق اجرت است (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲۴۸).

۲-۲-۳) اجرت داشتن کار در عرف

گفته شد که مبنای واقعی استیفاء رعایت عدالت و احترام به عرف و رفع نیازهای عمومی است. بنابراین الزام ناشی از استیفاء نیز مشروط بر این است که کار انجام شده در دید عرف کاری با اجرت باشد؛ به عنوان مثال: فقیری در يك مجمعی از شخصی خواست که بپاخیز برای من از مردم کمک بگیر و آن شخص طبق این خواسته در صف نماز جماعت مثلاً گردش کرد و برای آن شخص فقیر از مؤمنین کمکی گرفته است، هر چند که این عمل به امر آن فقیر انجام شده است، عامل نمی‌تواند از آن فقیر تقاضای اجرت نماید؛ زیرا این گونه اعمال در عرف به قصد تبرع انجام می‌گیرد نه به قصد اجرت. لیکن هرگاه شخصی

خود را برای انجام کاری در برابر مزد آماده کند که در عرف اجرت ندارد و به درخواست دیگری آن گونه خدمتی را انجام دهد، باید اجرت آن داده شود؛ زیرا در این فرض، ارجاع کار به چنین شخصی وعده‌ی پرداخت اجرت به او را نیز متضمن است؛ به عنوان مثال: با این که رد کردن کودک یا پیرمردی از سیلاب اجرتی ندارد؛ اما کارگری که آماده‌ی انجام آن در برابر دست‌مزد شده است، حق دارد اجرت خود را بگیرد (امامی، ۱۳۴۰: ۴۱۳/۱)، اعمال و اقداماتی که بدون انعقاد قرارداد و به درخواست دیگری و به طور معمول انجام می‌گیرد، ممکن است از نظر عرف به قصد احسان یا رعایت نزاکت و ادب صورت گیرد و عرف برای آن عمل اجرتی در نظر نگیرد، هر چند که به امر دیگری انجام گرفته شود؛ زیرا علاوه بر داوری عرف، ظاهر این است که به قصد تبرع صورت گرفته باشد. البته اگر شخصی برای انجام عملی که احسان محسوب می‌شود، قبل از انجام عمل، شرط اخذ اجرت کند و سپس عمل را انجام دهد، مستحق اجرت خواهد بود.

۴-۲-۲) نداشتن قصد تبرع

در صورتی که عامل به قصد تبرع کاری را برای دیگری انجام دهد، از آن بابت نمی‌تواند اجرت طلب کند، هر چند که برای آن کار در عرف اجرت باشد، یا به طور معمول خود را مهیای دست‌مزد گرفتن در برابر انجام آن کرده باشد. باید اذعان داشت که انجام رایگان کار و داشتن قصد تبرع بر خلاف اصل است و چیزی که مخالف اصل باشد، باید اثبات شود. بر همین اساس، شرط چهارم استیفای ناروا از کار غیر نیاز به اثبات ندارد بلکه هرگاه شخصی ادعا کند که کار عامل رایگان بوده باید مدعایش را ثابت نماید.

۳-۲) دارا شدن ناعادلانه

یکی از قواعدی که در حقوق بسیاری از کشورها به عنوان مبنای ضمان قهری و منبع مسئولیت مدنی پذیرفته شده است، قاعده‌ی دارا شدن غیر عادلانه (Unjust enrichment) یا استفاده‌ی بدون جهت (Enrichissement sans cause) است (Dick, Unjust Enrichment and Compensation, P. 270). قاعده‌ی جلوگیری از استیفا یا دارا شدن ناعادلانه یا بلاجهت به این معنا است که با وضع این قاعده از سوی قانون‌گذار، سعی بر این گردیده است که از دارا شدن ناعادلانه‌ی افرادی که دارای حق قانونی نیستند و یا قراردادی که دال بر محق بودن شان باشد را ندارند، جلوگیری گردد. استیفا به این معنا است که فردی مال یا حق یا منفعت متعلق به دیگری را به تصرف خود درآورده و یا از آن استفاده نماید. به عبارت دیگر می‌توان گفت، دارا شدن بلاجهت یعنی این که بر دارایی یک فرد بدون دلیل و بلاجهت و با زیان رساندن به فرد دیگر، افزوده گردد. برخی از استادان حقوق از دارا شدن غیر عادلانه با عنوان استفاده‌ی بدون سبب یاد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۲/۲) هر چند که در این قاعده استفاده به معنای خاص لازم نیست و دارا شدن کافی است. به این معنا که لازم نیست شخصی طلب فایده کرده باشد.





استفاده‌ی بدون جهت یا دارا شدن ناعادلانه به معنای عام ایفای ناروا، اداره‌ی مال غیر و استیفای ناروا از مال یا عمل غیر و استفاده جهت به معنای خاص را شامل می‌شود (صفایی، ۱۳۹۵: ۳۶۹) معنای خاص دارا شدن ناعادلانه آن گونه که در حقوق فرانسه مطرح شده است؛ ناظر به مواردی است که شخصی بدون سبب به زیان دیگری دارا شود و شخصی که دارا شدن به زیان او است، سبب دیگری برای مطالبه‌ی جبران ضررش در اختیار نداشته باشد. (Malaurie et Aynes, Cours de droit civil, no. 942, 545)

دیوان عالی فرانسه در سال ۱۸۹۲م در یک رأی معروف به بودیه (Boudier) دعوای استفاده‌ی بدون جهت را به صورت وسیع و نامحدود مورد پذیرش قرار داد. در این دوسیه که دکان دار مقداری کود به دهقانی فروخته بود و قرارداد اجاره‌ی زمین پس از آن که کود در زمین استفاده شده بود، توسط ماجر فسخ گردید، مستأجر پیش از پرداخت قیمت کود ورشکسته شده است. فروشنده‌ی کود علیه مالک زمین دعوای استفاده‌ی بدون جهت اقامه نمود. البته کشاورز بخشی از محصول را در زمین گذاشته و برداشت نکرده بود و میان ماجر و مستأجر توافق شده بود که ماجر پس از ارزیابی کارشناس محصول را به عنوان اجاره‌ی بهای معوقه محاسبه کند، محصولی که با استفاده از کود زیاد شده بود. Gore, L, no. 34, p. (29) دیوان عالی کشور فرانسه ضمن پذیرش دعوای فروشنده‌ی کود علیه مالک زمین در رأی خود اعلام کرد «نظر به این که این دعوا ناشی از اصل انصاف است که از دارا شدن به ضرر دیگری جلوگیری می‌کند و هیچ متن قانونی آن را مقرر نکرده است، اعمال آن منوط به هیچ شرط خاصی نیست. برای آن که این دعوا پذیرفته شود، کافی است که خواهان (مدعی) ادعا نماید و اثبات کند که با عمل یا هزینه‌ی شخصی خود نفعی به کسی که علیه او طرح دعوا شده، رسانده است» (Morel, L, p. 240). لیکن پس از این رأی خطر پذیرش بدون قید و شرط این دعوا آشکار شد و برای جلوگیری از به هم ریختگی نظام حقوقی تلاش شد تا شرایط اعمال این منبع حقوقی معین شود. در نظام حقوقی فرانسه راجع به این شرایط اختلاف وجود دارد. لیکن گروهی از حقوق دانان شش شرط را مطرح کرده‌اند:

- ۱) دارا شدن، دارا شدن امکان دارد به صورت افزایش اموال شخصی یا کاهش بدهی باشد؛
- ۲) دارا شدن به ضرر دیگری باشد و به همین دلیل کاهش دارای دیگری نیز جزء شرایط این دعوا محسوب می‌شود؛
- ۳) میان دارا شدن و کاهش دارایی دیگری رابطه‌ای باشد تا بتوان گفت دارا شدن به زیان دیگری است؛
- ۴) فقدان سبب برای دارا شدن (اولین شرط حقوقی)؛ به این معنا که سبب مشروعی برای دارا شدن نباید باشد؛



۵) دارا شدن به سبب منفعت شخصی خواهان (مدعی) نباشد. به این معنا که هرگاه شخصی به خاطر منفعت خودش کاری انجام دهد که با این کار دیگری دارا شود، این دارا شدن بدون جهت نیست؛

۶) حق دعوای دیگری برای خواهان (مدعی) وجود نداشته باشد.

در صورتی که شرایط شش گانه تکمیل باشد، استفاده‌ی بدون جهت اثر دارد. اثر آن این است که به کسی که دارا شدن با کاهش دارایی او صورت گرفته، غرامت و تاوان داده شود.

در نظام حقوقی افغانستان نیز مانند سایر نظام‌های حقوقی، روش‌های مشروع و قانونی گوناگونی جهت انتقال دارایی از یک شخص به شخص دیگری از قبیل: بیع، صلح، معاوضه، قرض، اجاره، مزارعه، مضاربه و ... پیش‌بینی شده است؛ اما اگر این انتقال بی سبب و غیر قانونی باشد، استفاده بدون جهت تلقی می‌گردد. در آیات متعدد قرآن کریم مانند آیه‌ی ۲۹ سوره‌ی نساء نیز دارا شدن ناعادلانه به شدت سرزنش و نهی گردیده است. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»؛ یعنی ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموال همدیگر را به ناروا مخورید، مگر آن که داد و ستدی با تراضی یکدیگر از شما انجام گرفته باشد. بر همین اساس گفته شده است؛ اگر مسافری برای نجات کشتی و مسافران، کالاهای خود را به دریا بیندازد، خسارت تلف کالا بر عهده‌ی تمام مسافرانی است که از این کار منتفع شده‌اند (الحکیم، ۱۹۶۷: ۵۳۳/۱) بعضی از حقوق‌دانان مسلمان باور دارند که در فقه اسلامی دارا شدن بدون جهت به صورت بسیار محدودی مورد شناسایی قرار گرفته است. تنها موردی که شرع به صورت آشکار با دارا شدن غیر عادلانه و بدون سبب مخالفت کرده است، ایفای ناروا می‌باشد و حتا اداره‌ی مال غیر به عنوان مبنای مسؤولیت در حقوق اسلامی پذیرفته نشده است (السنهوری، ۱۹۶۷: ۵۹/۱) به نظر ما علی‌رغم اختلافاتی که در این مورد وجود دارد و به استفاده‌ی بدون جهت به عنوان منبع مستقل مسؤولیت مدنی و ضمان قهری در نظام حقوقی اسلام تصریح نشده است، با توجه به آیه‌ی مبارکه‌ی ۲۹ سوره‌ی نساء و حدیث معروف علی‌الد استفاده‌ی بدون جهت به عنوان منبع مستقل مسؤولیت معرفی می‌گردد.



منابع و مأخذ

قرآن کریم

- (۱) امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، چاپ سوم، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، تهران، ایران، ۱۳۴۰ ش.
- (۲) انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، دانشنامه‌ی حقوق خصوصی، ج ۱، انتشارات محراب فکر، تهران، ۱۳۸۴ ش.
- (۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، سوم، تهران، ایران، ۱۳۸۶ ش.
- (۴) حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه.ق.
- (۵) الحکیم، عبدالمجید، الموجز فی شرح القانون المدنی، طبع الثانی، بغداد، عراق، ۱۹۶۷ م.
- (۶) خواجه پیری، عباس، موجبات مسؤولیت مدنی و آثار آن، ج ۱، انتشارات بین المللی الهدی، تهران، ایران، ۱۳۸۰ ش.
- (۷) السنهوری، عبدالرزاق احمد، حقوق تعهدات، مهدی دادرزی و محمدحسین دانش‌کیا، ج ۱، قم، ایران: انتشارات دانشگاه، ۱۳۸۴ ش.
- (۸) السنهوری، عبدالرزاق احمد، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، جامعة الدول العربیة، معهد البحوث و الدراسات العربیة، ۱۹۶۷ م.
- (۹) صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چهارم، بنیاد حقوقی میزان، تهران، ایران، بهار ۱۳۹۵ ش.
- (۱۰) صفایی، سیدحسین، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، نشر میزان، تهران، ایران، ۱۳۸۹ ش.
- (۱۱) صفایی، سیدحسین و حبیب الله رحیمی، مسؤولیت مدنی، دوازدهم، سمت، تهران، ایران، ۱۳۹۸ ش.
- (۱۲) طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی (طاهری)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم ایران، دوم، ۱۴۱۸ ه.ق.



۱۳) عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.

۱۴) عدل، مصطفی (منصور السلطنة)، حقوق مدنی، چاپ هفتم: نشر امیر کبیر، تهران، ایران، ۱۳۴۲ ش.

۱۵) قاسم زاده، مرتضی، الزامها و مسؤولیت مدنی بدون قرارداد، چاپ اول، نشر میزان، تهران، ایران، ۱۳۸۶ ش.

۱۶) کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، اول، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران، ایران، ۱۳۷۴ ش.

۱۷) کاتوزیان، ناصر، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی - وقایع حقوقی مسؤولیت مدنی، پنجاه و پنجم، گنج دانش، تهران، ایران، ۱۳۹۹ ش.

۱۸) کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ هفدهم، نشر میزان، تهران، ایران، ۱۳۸۷ ش.

۱۹) محسنی، محمد آصف، الضمانات الفقهیه و اسبابها، الاولى، پیام مهر، قم، ایران، ۱۳۸۲ ش.
۲۰) نائینی، میرزا محمد حسین غروی، منية الطالب في حاشية المكاسب، ۲ جلد، المكتبة المحمدية، تهران - ایران، اول، ۱۳۷۳ ه.ق.

۲۱) نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربي، بیروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ ه.ق.

۲۲) یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی، حاشية المكاسب (للیزدی)، ۲ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۱ ه.ق.

23) Dick, Unjust Enrichment and Compensation, in Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order, P. 270.

24) Malaurie et Aynes, Cours de droit civil, no. 942, 545.

25) Gore, L'enrichissement aux dépens d'autrui, no. 34, p. 29.

26) Morel, L'évolution de la doctrine de L'enrichissement sans cause, p. 240.



مطالعه‌ی تطبیقی قضاوت زن از منظر فقه امامیه و اهل سنت و قوانین نافذه‌ی افغانستان

سیدامین الله رزمجو*

* دانشجوی دکترا، عضو هیأت علمی دانشکده‌ی علوم اجتماعی، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان.

چکیده

حضور در اجتماع و تصدی مقام و منصب دولتی برای زنان از موضوعاتی است که بین فقهای قدیم و جدید مطرح بوده است و برخی با دلایلی قرآنی، روایی و سایر ادله‌ی فقهی در تلاشند تا ثابت کنند که زنان حق قرار گرفتن در این جایگاه را ندارند و برخی دیگر، با استناد به آیات و روایات قایل به صحت قضاوت زنان هستند. دلیل این دوگانگی دیدگاه‌ها عدم صراحت منابع استنباطی احکام شرعی مبنی بر جواز یا عدم جواز قضاوت زن است. مدعیان عدم جواز قضاوت زن، به آیاتی از قرآن کریم تمسک جسته‌اند که با تفسیر و توجیه بر مقصودشان دلالت دارد. به این بیان در آیه‌ی شریفه‌ی که کلمه‌ی رجل ذکر شده بر مرد بودن موضوع آیه که واگذاری اداره‌ی امور جامعه است، دلالت دارد و با برداشت از این آیه و آیات دیگر قیومت مرد بر زن را تعمیم داده‌اند و به تمامی زوایایی زندگی اجتماعی و سیاسی و اقتصادی گسترانیده‌اند. تصدی مقام قضاوت برای زنان چون یک موضوع عمومی است، قابل واگذاری نیست و اختصاص به مردان دارد؛ ولی برخی از فقهای قدیم و بیش‌تر از فقهای جدید به خصوص فقهای حنفی دلایلی که بر عدم جواز تصدی مقام قضاوت از سوی زنان مطرح شده است، برای اثبات مدعی کافی نمی‌دانند و دلیل دیگر نیز بر این ادعا وجود ندارد. با استفاده از ادله‌ی عام که شامل تمام افراد جامعه می‌شود، می‌گویند که زنان مثل مردان می‌توانند هر پست و مقام را که شایستگی و توانایی انجام آن را داشته باشند، اخذ نمایند و در آن جایگاه قرار بگیرند. قوانین نافذه‌ی افغانستان به صراحت این موضوع را

بیان کرده است. در قوانین آمده است، تمام اتباع کشور در صورت داشتن توانایی علمی و تخصص لازم می‌تواند در هر پست دولتی قرار بگیرد و در این امر بین زنان و مردان هیچ فرقی وجود ندارد.

کلیدواژه: قضاوت، شرایط قاضی، قضاوت زن، فقه شیعه، فقه سنی، قانون اساسی و قوانین نافذه.

مقدمه

بر اساس معیارهای فقهی و حقوقی هر انسان از آزادی‌هایی برخوردار است. یکی از این آزادی‌ها انتخاب آزادانه‌ی شغل و کار است. هیچ مانع برای انتخاب شغل و کار آزادانه جز رعایت نظم عمومی و اخلاق حسنه و رعایت عفت عمومی در مسیر افراد قرار نداشته باشد. محروم نمودن افراد و یا اشخاص به دلیل جنسیتش خلاف عدالت اجتماعی محسوب می‌گردد؛ بنابراین، تصدی مقام قضاوت برای زنان یکی از مهم‌ترین و بنیادی‌ترین مباحث محسوب می‌شود که فقهای معاصر در باره‌ی آن به‌طور مبسوط بحث فرموده‌اند و از جمله‌ی آن‌ها اشخاصی مانند حضرت آیت الله فیاض به جواز قضاوت زن فتوا داده‌اند. این گونه فتواها سبب شده است که مسائل جدید در این ارتباط پدید آید؛ زیرا از یک طرف کسانی که با توسل به مبانی فقهی و دینی و تعریف خاص از قضاوت زن، معتقدند که بر اساس تعالیم شرع برای امر قضاوت یک‌سری خصوصیات و شاخصه‌های ارائه و تبیین شده است که جنسیت و تفکیک بین زن و مرد از عمده و جوه ممیزه‌ی آن تلقی می‌شود.

از طرف دیگر عده‌ای معتقدند که قضاوت زن مانند سایر حقوق اجتماعی از مصادیق آزادی‌های عمومی و حقوق شهروندی است، متمم و مکمل اصل آزادی‌های عمومی و جز لاینفک حقوق بشر محسوب می‌گردد؛ لذا گروه اخیر معتقدند اختصاص یک فصل از قانون اساسی بسیاری از کشورها به حقوق انسان‌ها نشانگر آن است که سلب و یا محدودیت این حق از زنان در واقع سلب حق آزادی آنان به حساب می‌آید و با حقوق مسلم و پذیرفته شده‌ی انسان‌ها همخوانی ندارد و هرگونه محدودیت و قید و بندهای شغلی در مورد زنان در نظر گرفته شود، بیانگر نادیده انگاشتن یکی از حیاتی‌ترین و اساسی‌ترین حقوق زنان و لطمه زدن به آزادی و حقوق اجتماعی آنان و از مصداق صریح تبعیض علیه زنان خواهد بود و با استناد به مبانی حقوق ملی و بین‌المللی، خاستگاه اندیشه‌ی خود را مستحکم نمایند.

در این نوشتار جنبه‌های گوناگون و متنوع موضوع از منظر فقه و حقوق و مطابقت آن با قوانین افغانستان مورد بررسی قرار می‌گیرد، صرفاً بحث پیرامون مبانی فقهی جواز یا ممنوعیت قضاوت زن نیست بلکه توجه به نگاه فقهی، حقوقی و مقایسه آن با قوانین افغانستان است.



۱- قضاوت زن از منظر فقه‌های شیعه

اختلاف نظر فقهی در برخی از موضوعات به دلیل اختلاف در فتوا است، مستندات فقهی در بسیاری از موارد صراحت بر مدعی ندارند، اختلاف نظر فقها بر اساس برداشت هر فقه از دلیل خواهد بود. دلایلی که برای صحت یا عدم صحت قضاوت زن مورد استناد قرار گرفته است، یک دلیل است با دو برداشت برخی از فقه‌های متقدم با استدلال و تمسک به تعدادی از آیات و روایات طرفدار عدم جواز قضاوت زنان هستند و در این ارتباط ادعای اجماع نیز نموده‌اند؛ اما بعضی از فقها در استناد و استفاده از همین آیات و روایات حکم به جواز داده‌اند. برای روشن شدن هر دو دیدگاه، برخی از این آیات و روایات را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱. دیدگاه مخالفین

۱-۱-۱. آیات

۱. یکی از آیاتی که مورد استناد محققین قرار گرفته است، آیه‌ی شریفه است که بر قیمومیت مردان دلالت دارد. برداشت مخالفین از آیه‌ی شریفه این است که قیمومیت مفهوم عام دارد و تمام شؤون روابط زن و مرد را شامل می‌شود و دلیل بر مقید کردن آن به زندگی زناشویی نداریم. «الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»

(مردان سرپرست زنانند؛ بدان روی که خداوند برخی از آنان را بر برخی دیگر برتری داده است و برای آن که مردان از دارایی‌های خویش می‌بخشند.)
لازم است موارد ذیل روشن گردند:

دلالت آیه بر مدعی

در مدلول آیه گفت‌وگوهای فراوان راجع به برتری مرد بر زن صورت گرفته است. در این که این برتری عرصه‌های مدیریتی را به‌طور عام و منصب قضاوت را به‌خصوص شامل می‌شود یا نه؟ بین مفسرین و فقها نظرات متفاوت مطرح است. کسانی که مدعی اند آیه دلیل بر عدم جواز قضاوت زن است می‌گویند: آیه دلالت بر برتری مرد بر زن دارد و از این برتری می‌توان نتیجه گرفت که زن حق قضاوت ندارد. یکی از مفسرین به‌عنوان مؤید یادآوری می‌کند و می‌گوید به‌دلیل همین برتری است که پیامبری و نبوت صرف به مردان تعلق می‌گیرد.^۲

دیدگاه‌های فقها بر عدم جواز قضاوت زن

گروهی از فقها و مفسران برای نفی مشروعیت قضاوت برای زنان به این آیه تمسک کرده‌اند و می‌گویند سرپرستی زنان به مردان واگذار شده است. جواز قضاوت زن بر خلاف حکم سرپرستی خواهد بود. علامه طباطبایی در جواب کسانی که می‌گویند حکم برتری صرف مربوط به روابط زناشویی است، گفته است که قوامیت مرد منحصر به روابط خانوادگی نیست بلکه حکم در این آیه دارای اطلاق کامل است و منظور از آن سلطه‌ی مردان بر زنان است نه سلطه‌ی مردان بر همسران خود. در ادامه می‌گوید: مقتضای منافع اجتماعی و ضرورت حیات جامعه‌ی بشری اشاره‌ی همین برتری است و دلیل بر این حکم عام است و دلالت بر استیلای جنس مرد بر زن دارد. حکمی که بر سلطه‌ی جنس مرد بر زن مطرح شده است، در جهت منافع عمومی و حیات اجتماعی است، اعم از زن و مرد بدان نیازمند است. بنابراین، موضوعاتی مانند قضاوت و حکومت که از مسایل مهم حیات اجتماعی است، از نظر حکم تابع و وابسته به منافع عمومی است و واگذاری این مسایل به زنان بر خلاف منفعت جامعه است.

یکی از فقهای معاصر نسبت به مفهوم آیه به این صورت استدلال کرده است: اگر منظور آیه، سلطه‌ی مرد بر همسر در محیط خانواده باشد، ممکن است این سوال مطرح شود که اگر خداوند تبارک تعالی زن را قیم و سرپرست و صاحب اختیار در خانه و کاشانه‌ی کوچک خودش قرار نداده، چگونه او را قیم و دارای سلطه بر جامعه قرار دهد؟ آیا معقول است که خداوند بگوید زن نمی‌تواند قیم خانه‌ی خود باشد؛ ولی در عین حال می‌تواند قیم مردان و زنان امت باشد.

یکی دیگر از مفسران نسبت به مفهوم قوام می‌گوید: قوام عبارت است از تدبیر و اصلاح امور دیگران. او در تفسیر آیه می‌نویسد: «شرط سرپرستی و مدیریت، لیاقت، توانایی بر اداره‌ی زندگی است و به این جهت مردان نه تنها در امور خانواده بلکه در امور اجتماعی حکومت، قضاوت و بسیار از امور مهم از جمله جنگ و جهاد بر زنان مقدمند (بما فضل الله... وبما انفقوا)، و به همین دلیل نفروده است، «قوامون علی ازواجهم» چون مسأله‌ی زوجیت مخصوص زناشویی است و خدا این برتری را مخصوص خانه قرار نداده است. گرچه برخی از زنان، در توان بدنی یا درآمد مالی برترند؛ ولی بر اساس قوانین و برنامه‌های اجتماعی باید عموم مردم نه افراد خاص را مورد توجه قرار داد.

۲. مفهوم این آیه‌ی شریفه بر طبق برداشت مخالفین قضاوت زنان این است که مردان نسبت به زنان از برتری برخوردار است. لازمه‌ی این برتری این خواهد بود که زنان باید تابع مردان باشد؛ بنابراین، اگر حکمی سبب شود برای زنان سلطه بر مردان ایجاد گردد بر خلاف دستور قرآنی است. قرآن کریم می‌فرماید: «للرجال علیهن درجه»^۳ برای مردان نسبت به زنان برتری است و این برتری مانع حاکمیت



زنان بر مردان است و منصب قضاوت به خاطر این که زن را بر مرد حاکم می‌سازد، بر خلاف صریح آیه و در نتیجه مخالف شرع مقدس اسلام است. بنابراین، قضاوت زن چون به نحوی حاکمیت را برای زن به وجود می‌آورد، نباید جایز باشد.

۳. در این آیه به نحوی زندگی و پرورش زنان اشاره کرده و دلیل عدم توانایی زنان در مجادله با مردان دلیل عدم صحت قضاوت زنان دانسته شده است. «أَوْ مَنْ يَنْشَأُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ»^۴

(آیا کسی را شریک خدا می‌کنند که در زر و زیور پرورش یافته و در هنگام مجادله بیانش غیر روشن است؟) در آیهی شریفه با توجه به نحوی زندگی و پرورش زنان استدلال به ضعف و ناتوانی آن‌ها در مجادلات کرده‌اند و این نتیجه را گرفته‌اند که آن‌ها چون در منازعات نمی‌توانند با منطق روشن دفاع کنند. پس ناتوان از قضاوت خواهد بود. خصام مصدر از تخاصم باب مفاعله است و مبین اسم فاعل از ابان ببین که به معنای روشن‌گری و یا جداسازی است. مفاد قسمت دوم آیه این است که زنان در منازعات و اختلافات از توان کمی برای روشن‌کردن مسأله و تشخیص حق و باطل برخوردارند و این یا به علت ضعف قدرت فکری و منطق استدلالی آن‌ها است که موجب می‌شوند نتوانند حق و باطل را تمیز دهند و یا این که با وجود دریافتن حق و باطل، قدرت بیان کافی را برای توضیح آن ندارند. یا به دلیل مصروفیت زیاد به زیورآلات، قوای عقلانی آن‌ها تحت تاثیر احساسات قرار می‌گیرد. به ظاهر مقصود مفهوم اول است؛ زیرا مبین معنای متعدی ندارد و اگر از باب تفعیل بود، معنای متعدی داشت؛ یعنی برای دیگران تبیین نمی‌کرد ولی باب افعال از ابان، یعنی برای خودش هم قدرت جداسازی و تمیز ندارد.

۲-۱-۱. روایات

علاوه بر آیاتی که بیان شدند، چند روایت نیز بر عدم صحت قضاوت زنان مورد استناد قرار گرفته‌اند. این روایات همانند آیات صراحت بر مدعی ندارد، لذا هر کدام از فقها با توجه به دیدگاهی که دارد، روایات را تبیین و تفسیر می‌کند.

۱. در اولین حدیث از امام صادق (ع)^۵ به نقل از ابی خدیجه آمده است که امام به پیروانش دستور می‌دهد برای اداره‌ی امور اجتماعی از میان خود مردی را انتخاب نمایید و این فرمان تمام موضوعات اجتماعی از جمله مسأله‌ی قضاوت را نیز شامل می‌گردد. «اجعلوا بینکم رجلاً عرف حلالنا وحرامنا»^۶ بر طبق این فرمان اداره‌ی امور جامعه باید در دست یک مرد باشد و زن نمی‌تواند در این جایگاه قرار بگیرد. بنابراین، یک زن را نمی‌توان به عنوان قاضی انتخاب کرد؛ زیرا در زبان عربی رجل همان مرد است.

۲. وصیت پیامبر (ص)^۷ به امام علی (ع)^۸ دومین روایت سفارش است که پیامبر گرامی اسلام به حضرت علی فرموده است. در این روایت حضرت برخی از موضوعات را مطرح کرده و طبق ظاهر روایت، زنان





را از این امور منع کرده است و از جمله فرموده زنان نمی‌توانند عهده‌دار امر قضاوت شوند. «یا علی لیس علی النساء اذان و لا إقامة، و لا جمعة، و لا جماعة، و لا عیادة المریض، و لا اتباع الجنائز و لا إجماع بالتلبیة، و لا الهرولة بین الصفا و المروة، و لا استلام الحجر الأسود، و لا دخول الکعبة، و لا الحلق إنما یقصرن من شعورهن، و لا تولی المرأة القضاء، و لا تولی الإمارة، و لا تستشار، و لا تذبح إلا من اضطرار^۶ ای علی نیست بر زنان نماز جماعت و نه اذان و اقامه..... و نه قضاوت....»

بر اساس مفهوم این حدیث، زنان نمی‌توانند متصدی امر قضاوت شوند؛ زیرا لفظ (لا تولی القضاء) صراحت دارد بر عدم جواز قضاوت زنان. پس با توجه به روایت، احراز منصب قضا برای زنان جایز نیست.

۳. «لا تملک المرأة من أمرها ما جاوز نفسها، فإن المرأة ریحانة، و لیست بقهرمانه»^۷

در این روایت امام علی علیه السلام تصدی هر گونه وظیفه‌ای که با روحیات یک زن سازگاری نداشته باشد درست نمی‌داند، چنانچه در صدر روایت، مشاوری با زنان را بر خلاف مصلحت می‌داند و از این کار منع می‌کند. قضاوت که از اهمیت بش‌تری برخوردار است، به طریق اولی نباید به زنان واگذار شود.

۳-۱-۱. اجماع

مخالفان جواز قضاوت زن، علاوه بر آیات و روایات، اجماع را به‌عنوان یکی از دلایل شرعی استناد کرده‌اند. نسبت به عدم صحت قضاوت ادعا اجماع کرده‌اند. می‌گویند: فقها بر این موضوع یعنی عدم جواز قضاوت زنان اتفاق نظر دارند. از آنجایی که طبق نظر فقهای اسلامی، اجماع در صورتی که شرایط صحت را دارا باشد، حجت است و می‌تواند به‌عنوان یک دلیل معتبر مورد استناد قرار بگیرد.

۴-۱-۱. عقل

برخی از فقهای اسلامی برای عدم جواز قضاوت زنان علاوه بر دلایل قرآنی، روایی و اجماع به دلایل عقلی استناد کرده‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شوند:

۱. آن‌ها می‌گویند: در برخی از روایات برای زنان حضور در مجالس مردان و یا بلند کردن صدای شان امر مذموم و ممنوع تلقی شده است و یا قید کراهت را دارد. فقها با توجه به این احکام نتیجه می‌گیرند که برخی از امور عقلاً برای زنان جواز ندارد، چون با روایات سازگاری ندارد. از این امور می‌توان موضوع قضاوت زنان را به حساب آورد؛ زیرا زن در فرض قضاوت مجبور است در حضور مردان برای احقاق حق و اثبات مدعی صدایش را بلند نماید و این کار درست نیست و برای جلوگیری از این امر، باید قضاوت زنان را ممنوع بدانیم. شهید ثانی با استناد به این کراهت قائل به حرمت قضاوت زن شده است و شرط

ذکور بودن قاضی را ناشی از آن دانسته‌اند که برای زن سزاوار نیست در مجلس مردان شرکت و صدای خود را بلند نماید.^۸

۲. طبق مستندات فقهی اجتهاد شرط قضاوت؛ از آنجایی که از نگاه عقل، زنان قدرت اجتهاد را ندارند، این امر دلیل دیگر عقلی بر ممنوعیت زنان از تصدی منصب قضاوت می‌تواند باشد؛ زیرا زنان قدرت بر اجتهاد ندارند.

۳. نقصان عقل یا عدم کمال عقلی زن

برخی از فقها بر طبق برخی روایاتی که زنان را ناقص العقل می‌دانند، استناد کرده و می‌گویند: اگر زن ناقص العقل باشد، واگذاری بسیار از اموری که به عموم ارتباط دارد، برای آن‌ها از نگاه عقل درست نیست و بر خلاف مصلحت جامعه است. از این امور می‌توان قضاوت را به حساب آورد. بنابراین، عقل بر عدم جواز قضاوت زنان حکم می‌کند؛ زیرا زنان ناقص العقلند و برای احراز منصب قضاوت کمال عقل لازم است. «لان القاضي يحضر محافل الخصوم و الرجال و يحتاج فيه الي كمال الراي و تمام العقل و الفطنة و امرأة ناقصة العقل، قليلة الرأي، ليست اهلاً للحضور في محافل الرجال»^۹ از آنجایی که قاضی در مجلس رفع خصومت حاضر می‌شود، باید در کمال اندیشه، عقل و زیرکی باشد و زن ناقص العقل ضعیف رای است، شایستگی حضور در مجلس مردان را ندارد. زن هرچند سایر شرایط قضاوت را داشته باشد، نمی‌تواند قاضی شود، به خاطر این که روایت‌های مختلف دلالت بر نقصان عقل و دین او دارد و شهادت دو نفر آن‌ها معادل شهادت یک مرد است.^{۱۰} شیخ طوسی در کتاب مبسوط می‌گوید: «هیچ کس نمی‌تواند قاضی شود مگر این که سه شرط را دارا باشد: علم، عدالت و کمال» و در مورد کمال می‌گوید قاضی باید از دو جهت کامل باشد: در خلقت و در احکام؛ کمال در خلقت یعنی این که بینا باشد و کمال در احکام یعنی بالغ، عاقل، آزاد و مرد باشد و زن نمی‌تواند قاضی شود.^{۱۱}

۲-۱. ادله‌ی موافقین

۱-۲-۱. قرآن

۱. (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) از این آیه‌ی شریفه برای جواز قضاوت زن استفاده شده است. روش استدلال برای اثبات مدعا از طریق نقد ادعاها و برداشت‌های مخالفین از قضاوت زن استفاده گردیده است.





بعضی از فقها می‌گویند: درست است که در آیه از الفاظ عامی همچون «الرجال» و «النساء» استفاده شده اما به قرینه ذیل آیه، مراد از مردان همان همسران است و ارتباطی به قلمرو اجتماعی و سیاسی همانند منصب قضاوت ندارد. علامه سید محمد حسین فضل‌الله در این باره می‌نویسد: اگر چه پاره‌ای از مردم، قوامیت موجود در آیه را شامل همه‌ی امور عام چون حکومت و قضاوت و نظایر آن‌ها بدانند؛ اما ما معتقدیم که آیه چنین مفهومی را نمی‌رساند بلکه فضایی عمومی آن به خانواده اشاره دارد.^{۱۲}

سرپرستی مرد بر زن به مسائلی از قبیل اختیار در طلاق و حق استمتاع در هر زمانی که بخواهد محدود می‌شود. آیت‌الله حسین‌علی منتظری بر این نظر است که از آیه‌ی مورد اشاره، چیزی فراتر از سلطه‌ی مرد بر همسرش، استنباط نمی‌شود. او دو دلیل می‌آورد: اول، شأن نزول آیه در ارتباط با مسائل خانوادگی است. دوم، سیاق آیه با توجه به جمله و بما انفقوا بدان جهت که مهریه و نفقه‌ی همسران خویش را می‌پردازند دلالت بر حاکمیت مرد بر همسر خویش دارد.^{۱۳}

آیت‌الله جعفر سبحانی اداره‌ی خانواده را وابسته به دو امر تحقق یافته در وجود مرد (نیرو و توان تحمل مشکلات و هزینه کردن و رفع نیازمندی‌های مالی) می‌داند که زن فاقد آن است و در ادامه می‌نویسد: مراد از آن، برتری در نزد خداوند و در ترازوی قرب الهی نیست... تفسیر قوامیت به سلطه‌گری بر زن و اجحاف در حق او و دخالت در اموری که بیرون از رابطه‌ی زنا شویی است، پذیرفته نیست و کسی که آیه‌ی یاد شده را چنان تفسیر کند، بر خداوند افترا بسته است.^{۱۴}

پس آیه‌ی شریفه نمی‌تواند دلیل عدم مشروعیت قضاوت زن باشد و این امر از ذکر علت سرپرستی شوهر نسبت به زن مشخص می‌گردد؛ چنانچه زنی مدبر و ثروتمندی هزینه‌ی زندگی شوهر فقیر و مستضعف فکری خود را پردازد، در این فرض زن قیم مرد محسوب می‌گردد؛ زیرا ملاک قیمومیت را دارا است و هر جا ملاک باشد، حکم نیز خواهد بود.^{۱۵}

آیت‌الله سید محمد موسوی بجنوردی که مدیریت خانواده را یک امر قراردادی می‌داند، در باره‌ی علت قوامیت مرد می‌نویسد: سرّ این که مرد قوام است، چون مدیریت اقتصادی خانه و نفقه بر عهده‌ی اوست. این جا ما اگر نفقه را برداشتیم، به طبع مدیریتش را هم برداشته‌ایم. چون در آیه، قوام بودن مرد مبتنی بر دادن نفقه است.^{۱۶}

علاوه بر این، علت دومی که در آیه برای قیمومیت مرد بیان شده یعنی وظیفه‌ی انفاق، نمی‌تواند مبنای قیمومیت اجتماعی جنس مرد بر زن در روابط اجتماعی باشد. به علاوه، دست‌کم استدلال به آیه نمی‌تواند نافی قضاوت زن بر زن باشد.^{۱۷}

۲- «لررجال علیهن درجه»^{۱۸}

مخالفین بر عدم صحت قضاوت زن به برتری مرد بر زن استدلال کردند و گفتند قضاوت یک نوع برتری است که نباید زن این منصب را در اختیار بگیرد تا بر مرد برتر نگردد. در جواب این استدلال شما می‌توان گفت: آیهی شریفه ربطی به قضاوت زنان ندارد. آیه برای بیان تعهدات زوجین و برتری و حق رجوع مرد را بعد از طلاق آمده است. دلیل بر این کلام صدر آیه است که احکامی مربوط به طلاق را بحث می‌کند.

علامه طباطبایی می‌فرماید: آیهی شریفه «و للرجال علیهن درجه» قیدی است که متمم جملهی سابق است و مفهوم آن با جملهی قبلی این معنا را می‌رساند که خدای تبارک و تعالی میان زنان مطلقه با مردان شان رعایت مساوات را لازم کرده است. پس آن مقدار که به نفع زنان حکم کرده علیه آنان نیز حکم کرده نه کم‌تر و نه بیش‌تر.^{۱۹}

۳. وَ قَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى

در آیهی شریفه خروج زنان از منزل بدون اجازه منع شده است. مخالفین با توجه به این حکم بر عدم جواز قضاوت زن استناد کرده‌اند. در جواب به فهم آن‌ها از آیه نکات چندی را مطرح می‌شود تا بطلان ادعای آن‌ها مشخص گردد.

اول، آیه مخصوص زنان پیامبر اکرم (ص) است و شامل دیگران نمی‌شود؛ زیرا زنان پیامبر (ص) به خاطر موقعیت‌شان باید بیش‌تر در رعایت مقررات و دستورات مانند ستر پایبند باشند و آیهی شریفه ۳۲ سورهی احزاب بر این مطلب تاکید دارد. «لستن کاحد من النساء».

دوم، بر فرض این‌که بپذیریم آیهی شریفه بر بودن زنان در خانه دلالت دارد، قبول این استدلال به حرمت هر عمل و اقدام اجتماعی منجر نمی‌شود و چنین امری غیر قابل التزام بلکه مخالف سیرهی زمان پیامبر اکرم (ص) و ائمه (ع) است؛ زیرا زنان در جنگ‌ها برای مداوا شرکت داشتند.^{۲۰}

۲-۲-۱. سنّت (روایات)

۱. روایت ابی خدیجه..... «فاجعلوا رجلا منکم»

در این روایت استدلال بر مبنای مفهوم لقب است. «رجل» طبق نظر اکثر اصولیین لقب فاقد مفهوم است. مگر این‌که در مقام تحدید باشد؛ ولی در اینجا چنین چیزی از جمله استفاده نمی‌شود؛ زیرا ممکن است این قید با توجه به شرایط غالب روز مطرح شده باشد.



علاوه بر این، مخالفین ادعای انصراف کرده بودند؛ به این معنا که در تاریخ اسلام مسأله‌ی قضاوت زن امری نادر بلکه می‌توان گفت در گذشته وجود نداشته است؛ بنابراین، فقدان و عدم وجود حتا یک مورد برای قضاوت زن مبنای انصراف به مردان است. با این که اصولیین ندرت وجود را عامل انصراف نمی‌دانند؛ ولی اینجا مسأله‌ی فقدان کامل فرد است نه ندرت و در چنین موردی انصراف را نمی‌توان منکر شد.

در جواب این تصور باید گفت: در چنین مواردی حتا یک مصداق وجود خارجی ندارد، باز هم نمی‌تواند مبنای انصراف قرار گیرد؛ زیرا این احتمال در جایی مطرح است که یک عنوانی موضوع حکم قرار گرفته باشد؛ ولی برایش مصداقی پیدا نشود، از آنجایی که عناوین شرعی ناظر به واقع است، اگر برای یک عنوان مصداقی نباشد، طبیعتاً آن مصداق نمی‌تواند مورد نظر شارع باشد، چون وجود خارجی ندارد؛ اما اگر شارع بگوید قاضی انتخاب کنید تمام زنان هم مانند مردان مشمول این اطلاق و مصداق هستند. پس در این بیان خلطی میان مصادیق کلام شارع با مصادیقی که مسلمانان انتخاب کرده‌اند صورت گرفته است.

۲. «یا علی لیس علی النساء اذان ولا إقامة، ولا جمعة، ولا جماعة، ولا عیادة المریض، ولا اتباع الجنائز ولا إجهار بالتلیة، ولا الهرولة بین الصفا والمروة، ولا استلام الحجر الأسود، ولا دخول الکعبة، ولا الحلق إنما یقصرن من شعورهن، ولا تولی المرأة القضاء، ولا تولی الإمارة، ولا تستشار، ولا تذبح إلا من اضطرار.»

در مباحث گذشته به این روایت راجع به عدم جواز قضاوت زن استناد شده بود. مخالفین نظرش این بود که با توجه به تعبیر لا تولی المرأة القضاء آیه صراحت بر عدم جواز قضاوت زن دارد. در جواب به چند نکته اشاره می‌کنیم.

اول، سند روایت ضعیف است؛ زیرا در سلسله‌ی این سند افراد مجهولی وجود دارد و ما شناخت کافی نسبت به آنان نداریم.^{۲۱}

دوم، با توجه به ادامه‌ی روایت این مطلب به دست می‌آید که در روایت موارد غیر الزامی وجود دارد. «وَلَا تَوَلَّى الْقَضَاءَ وَلَا تُسْتَشَارُ وَلَا تَذْبَحُ إِلَّا عِنْدَ الصُّرُوزَةِ وَلَا تَجْهَرُ بِالتَّلْبِيَةِ وَلَا تَقِيمُ عِنْدَ قَبْرِ وَلَا تَسْمَعُ الْخُطْبَةَ وَلَا تَوَلَّى التَّرْوِيجَ بِنَفْسِهَا وَلَا تَخْرُجُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ فَإِنْ خَرَجَتْ بِهِ غَيْرَ إِذْنِهِ لَعَنَهَا اللَّهُ وَ جَبْرِئِيلُ وَ مِكَائِيلُ وَلَا تُعْطَى مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا شَيْئًا إِلَّا بِإِذْنِهِ وَلَا تَبِيتُ وَ زَوْجِهَا عَلَيَّهَا سَاخِطٌ وَإِنْ كَانَ ظَالِمًا لَهَا.»



مانند: عدم استماع خطبه، عدم تولی تزویج و...، قرار گرفتن این دستور در عداد احکام غیر الزامی احتمال غیر الزامی بودن را به وجود می‌آورد. این عدم الزامی بودن برخی از موارد ممکن است شامل جمله «لاتولی القضاء» نیز بشود.^{۲۲}

۳. «لا تملک المرأة من أمرها ما جاوز نفسها، فإن المرأة ريحانة، وليست بقهرمانة.»

استدلال به این روایت نیز دلیل بر عدم جواز تصدی مقام قضاوت زن نمی‌شود، در جواب مخالفین می‌توان گفت:

اول، سند این روایت که در کافی نقل شده مرسل است و افراد ناشناخته‌ای در آن قرار دارد؛

دوم، این حکم نمی‌تواند الزامی باشد؛ زیرا همه‌ی فقهای شیعه تصدی کارهای اجتماعی را که متضمن ولایت نباشد، مجاز دانسته‌اند؛

سوم، برخی مواردی که در این روایت آمده است مثل: «وإن استطعت أن لا يعرفن غیرک فافعل» نیز بر الزامی نبودن آن دلالت دارد؛

چهارم، علاوه بر این، کلام امام علیه السلام خطاب به امام حسن (ع) ایراد شده است و تسری آن به دیگران نیازمند به دلیل خاص است که در اینجا همچون دلیل نیست؛

پنجم، تعلیل‌هایی که در روایت آمده مانند این که، زن ریحانه است و یا در کافی آمده است، باید با جمال زن سازگار باشد، بیش‌تر با حکم ارشادی تناسب دارد و دلالتش بر یک تکلیف الزامی قابل پذیرش نخواهد بود.

۴. «و لا تهيجوا النساء بأذي وإن شتمن أعراضكم وسببن أمراءكم. فإنهن ضعيفات القوي والأنفس والعقول.»^{۲۳}

استدلال به این برای انحصار منصب قضاوت برای مردان و عدم جواز شرعی آن برای زنان که از طرف مخالفین مطرح شده است، نمی‌تواند درست باشد؛ زیرا بر فرض قبول سند و دلالت خبر بر ضعف قوای عقلی زنان، باز هم استدلال تمام نیست؛ زیرا همان گونه که قبلاً گفته شد، ضعف عقلی دارای مراتبی است و در این مورد ضعف به حدی نیست که صلاحیت آنان را برای تصدی مقام قضاوت منتفی کند بلکه خلاف آن ثابت است؛ زیرا در غیر این صورت فقط صاحبان قوت عقل صلاحیت قضاوت دارند و این امر باید جزء شرایط قضاوت قرار گیرد. علاوه بر این، ممکن است این ضعف را بتوان با کمک روش‌های موثری مانند آموزش تا حد قابل قبولی جبران کرد.



۳-۲-۱) اجماع

همچنین ادعای اجماع، در موضوع حرمت تصدی منصب قضاوت زن، به نظر درست نمی‌باشد؛ زیرا طبق نظر امامیه اجماع فی نفسه دارای ارزش نبوده و اجماعی مؤثر است که کاشف از قول معصوم باشد. برای کاشفیت اجماع از قول معصوم به چند نکته باید توجه گردد:

۱. هرگاه همه‌ی دانشمندان یک عصر نظری را قبول داشته باشند و حداقل یک نفر ناشناس در میان آنان باشد، در این حال یقین حاصل می‌شود که یکی از اجماع کنندگان امام معصوم ^(ع) باشد؛

۲. هرگاه عده‌ای از علمای یک عصر، اگرچه از نظر تعداد کم باشند؛ بر حکمی از احکام فقهی اتفاق نظر داشته باشند و به اجمال معلوم باشد که امام جزء آنانند. اسم اجماع نوع اول و دوم، اجماع دخولی بوده و یا کشف حسی، کاشف از قول معصوم است. اجماع دخولی عبارت است از: «علم اجمالی به دخول امام در جمع افرادی که در مسأله‌ای اتفاق نظر دارند و لو امام در آن جمع شناخته نشود؛

۳. هرگاه علمای یک عصر بر حکمی اتفاق نظر داشته باشند؛ ولی امام ^(ع) در جمع آن‌ها نباشد. ^{۲۴} اجماع نوع سوم بر طبق قاعده‌ی لطف می‌باشد. از طرفی، گروه از علما قضاوت زن را جایز می‌دانند، اشخاصی مانند مقدس اردبیلی، شیخ انصاری، میرزای قمی و خوانساری. پس با وجود اقوال مخالف در موضوع مورد بحث اجماع مورد نظر از حجیت ساقط بوده و قابل استناد نیست.

نکته: می‌توان گفت، پیش از علامه‌ی حلی حتی ادعای اجماعی مطرح نشده و اجماع از نگاه موضوعاً خارج بوده است و برخی مانند شیخ طوسی، شیخ صدوق، شیخ مفید، سید مرتضی و ابن براج در اصل اشاره‌ای به صفات قاضی نکرده‌اند و یا در زمان شمارش صفات قاضی اشاره به شرط ذکوریت نکرده‌اند. ^{۲۵}

در نتیجه باید گفت، درخصوص قضاوت زن، همواره بین فقها اختلاف نظر بوده و در عصر حاضر نیز این اختلاف به چشم می‌خورد؛ لذا ادعای اجماع مبنی بر عدم جواز قضاوت زن درست نمی‌باشد.

۴-۲-۱. نقصان عقل زن

در این رابطه می‌توان گفت که بدون تردید تفاوت‌هایی در خلقت جسمی و روحی زن و مرد وجود دارد و همانطور که در کلام متأخران آمده است. این تفاوت‌ها نمی‌تواند دلیل نقص یکی و کمال دیگری محسوب شود. آیا نقصان عقل و پایین بودن درجه‌ی فهم و شعور زن از نظر علمی ثابت شده است تا بتوان او را از صلاحیت فهم و تدبیر در بعضی امور اجتماعی محروم دانست؟ چنانچه دیدیم همه‌ی فقها این را بیان کرده‌اند. آیا ممکن است احساسات و عواطف در زن تا آن حد قوی باشد، که قدرت تعقل و



تدبیر او را در مسائل اجتماعی تحت الشعاع قرار داده و از اعتبار بیندازد؟ به گونه‌ای که خیلی از مشاغل اجتماعی را نتواند عهده‌دار شود؟ حال آن که تجربه‌ی جوامع بشری در قرون جدید نشان می‌دهد که در بسیاری از مشاغل مهم به خصوص قضاوت، خیلی از زنان که دارای تحصیلات عالی هستند و از صلاحیت اخلاقی برخوردارند، توانسته‌اند موفقیت‌های زیادی کسب کنند و عملکردشان طوری نبوده که بتوان گفت به خاطر نقصان عقل و غلبه‌ی احساسات، از خود بی‌لیاقتی نشان داده‌اند و یا توانایی لازم برای قرار گرفتن در مقام را نداشته باشند.

ه) نظریه برخی از فقها از متقدمین و متاخرین (معاصر) بر جواز قضاوت زنان

میرزای قمی و محقق اردبیلی دو تن از فقهای متقدم بر خلاف نظر اکثریت فقها در مورد قضاوت زن معتقد به جواز هستند. همچنین از فقهای جدید آیت‌الله العظمی صانعی در مقام پاسخ‌گویی به استفتای به عمل آمده پیرامون قضاوت زنان چنین اعلام داشته است:

سوال: «در صورتی که زن بتواند به درجه‌ی اجتهاد برسد، آیا می‌تواند قضاوت را نیز برعهده بگیرد؟»

پاسخ: «ذکوریت و مرد بودن به نظر این جانب در قاضی شرط نیست و معیار در قضاوت، اعتدال قاضی و بر طریق مستقیم بودن در قضا، علم و معرفت به موازین اسلامی است و هیچ دلیل معتبری بر شرطیت مرد بودن نداریم و مقتضای اطلاق مقبوله و الغای خصوصیت از تقييد به «رجل» در روایت ابي خديجه عدم شرطیت و صحت قضاوت زن است. عقلاً هیچ خصوصیتی و تفاوتی بین مرد و زن ندیده و نمی‌بینند و مناط را همان علم به قوانین و عدالت و بقیه شرایط می‌داند.»

آیت‌الله العظمی نوری همدانی نیز در پاسخ به همین سؤال اعلام داشته: «در فرض سوال با شرایط خاص خودش اشکال ندارد.» از عبارات فوق باین نتیجه می‌رسیم که در برخی منابع فقهی شرایط قاضی ذکر نشده است و در برخی دیگر با وجود بیان شرایط قاضی، شرط مرد بودن، مطرح نشده است.

آیت‌الله العظمی فیاض در رابطه با صحت قضاوت زنان روایات را آورده که دلیل بر جواز است. ایشان با استناد به همین روایات نه تنها تصدی مقام قضاوت بلکه هر مقام اجتماعی را برای زنان جایز می‌داند و استدلال می‌کند که در این امر بین مرد و زن تفاوت وجود ندارد.^{۲۶}



۲. دیدگاه فقهای اهل سنت

مقدمه

مذاهب مختلف فقهی و علمای اسلامی نظریاتی متفاوت در رابطه به قضاوت زن ابراز نموده اند. اکثریت فقهای اسلامی شرط مرد بودن را در امر قضاوت مطرح کرده اند و قضاوت زنان را جایز نمی دانند. در عین حال بعضی مانند طبری معتقد است که زن مانند مرد می تواند در همه ی امور قضاوت کند و زنان را مانند مردان در امر قضاوت مساوی دانسته است؛ اما فقهای احناف یک دید متفاوت داشته و با شرایط معیین حکم به جواز قضاوت زن داده اند.

اساس اکثریت قوانین نافذه را فقه حنفی تشکیل می دهد و قانون اساسی محاکم را مکلف نموده که اگر حکمی در مورد قضیه ای در قوانین نافذه ی موجود نبود، قضیه بر اساس احکام فقه حنفی حل گردد. از منظر فقه حنفی معیار جواز قضا، همان معیارهای است که در قبول شهادت مطرح است. یعنی شرایط جواز قضاوت، عیناً، شرایط جواز شهادت می باشد. به این توضیح که هر شرطی که در قبول شهادت مطرح است عین همان شرایط در قضاوت کردن نیز مطرح است. در کتاب البحر الرایق شرح کنز الدقایق یکی از کتب معتبر فقه حنفی در مورد شرایط قاضی چنین گفته شده، «اهله اهل الشهاده» شرایط اهل قضا همان شرایط اهل شهادت است. به این معنا کسانی که شرایط و اهلیت شهادت را دارا باشند، اهلیت قضاوت را نیز دارند. همچنین صاحب کتاب عمده الرعایه بتحشیه شرح الوقایه در این زمینه چنین می گوید: فکل من کان اهلاً للشهاده یكون اهلاً للقضاء و ما یشرط لاهلیه الشهاده یشرط لاهلیه القضاء

۱-۲. دلایل به عدم صحت قضاوت زنان

از میان فقهای اهل سنت کسانی که قایل به عدم جواز قضاوت زنان هستند به همان آیات استناد کرده اند که فقهای اهل تشیع مورد استناد قرار داده اند و نحوه ی استدلال نیز شبه آنها است؛ به عنوان مثال: قوام بودن مرد، برتری در درجه، عدم توانایی زنان در مجادله و استدلال و عدم صحت حضور زنان در محافل مردان که از آیات ذیل استفاده شده است.



۱. «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من

اموالهم»^{۲۷}

مرد برتر از زن است، مخارج زندگی زن توسط مرد تامین می‌گردد. پس مرد قیم و سرپرست زن است. منصب قضاوت یک نوع برتری است و اگر زن آن را بعهده بگیرد، برتری و قیمومیت مرد زیر سؤال خواهد رفت.

ماوردی اولین فقیه شافعی است که به این آیه شریفه راجع به عدم جواز قضاوت زن استدلال کرده است.^{۲۸} طریحی در آیه شریفه این گونه راجع به عدم قضاوت زن استدلال می‌کند و می‌گوید آیه شریفه گویای این مطلب است که مردان بر زنان قیمومیت ولایی و سیاسی دارند و در خود آیه شریفه دو دلیل برای این قیمومیت ذکر شده است:

اول. موهبت الهی که مرد از آن برخوردار است و زن فاقد آن است؛ مانند: کمال عقل، حسن تدبیر و توان بیش‌تر در انجام اعمال و عبادات و به همین جهت نبوت، امامت، ولایت، اقامه‌ی شعائر، جهاد، قبول شهادت در همه‌ی امور، سهم بیش‌تر در ارث و... مخصوص مردان است.

دوم. به دلیل این که مردان به زنان نفقه و مهریه پرداخت می‌کنند درحالی که از ازدواج هردو بهره می‌برند؛ ابن کثیر می‌گوید: الرجال قوامون مفهومش این است که مرد قیم بر زن است، و قیم بودن به معنای ریاست و بزرگی و حاکمیت بر زن می‌باشد.^{۲۹}

فخر رازی در تفسیر آیه شریفه می‌گوید: مردان بر زنان مزیت و برتری‌هایی زیادی دارند و از آن مزیت‌ها این است که پیامبران و عالمان از میان مردان هستند.^{۳۰}

۲. «و للرجال علیهن» می‌گویند خداوند حقوق مردان را از زنان با یک درجه جدا کرده است و آن درجه عبارت است از قیمومیت در درون خانواده و در اجتماع. راجع به این درجه و برتری فخر رازی می‌گوید: مرد بر زن چندین برتری دارد: عقل، دیه، ارث و شایستگی برای امامت، قضاوت و شهادت.^{۳۱}

۳. «او من ینشافی الحلیه وهو فی الخصام غیر مبین»^{۳۲} از این آیه شریفه راجع به عدم جواز قضاوت زن این گونه استدلال شده است که زنان در هنگام مجادله توانایی بر ارائه‌ی دلایل روشن و صریح ندارند و قاضی در هنگام قضاوت باید از چنین ویژگی برخوردار باشد تا حقیقت را روشن و آشکار سازد.

۴. «قرن فی بیوتکن و لا تبرجن تبرج الجاهلیه الاولی»^{۳۳}



حکم در آیهی شریفه مخصوص همسران پیامبر نیست و تمامی زنان را دربر می‌گیرد و چون قضاوت نمودن مستلزم خروج از خانه و اختلاط با مردان است، لذا زن برای دفع این مفسده نمی‌تواند منصب قضاوت را اختیار نماید.

۲-۲. روایات

«لن یفلح قوم ولوا امرهم امراه» ابی بکره می‌گوید: خداوند مرا در روزهای جنگ جمل توسط این حدیث نجات داد زیرا زمانی که به رسول خدا خبر رسید که دختر کسری حکومت بر مردم فارس را به دست گرفته است. این حدیث شریف را ایراد فرموده‌اند که مفهوم حدیث شریف این است: مردمی که اداره‌ی امورشان را به دست یک زن بسپارند، هرگز رستگار نخواهند شد.^{۳۴}

این روایت را ترمذی نیز از ابی بکره نقل کرده و سند آن را صحیح دانسته‌اند.^{۳۵}

این روایت به این گونه هم نقل شده است. «لا یفلح قوم تملکهم امراه» مردمی که پادشاهان‌شان زن است رستگار نخواهند شد.^{۳۶}

۲-۳. اجماع

معنای اجماع: اتفاق در یک نظر فقهی بر حکم شرعی را اجماع می‌گویند و اجماع یکی از منابع استنباط حکم شرعی است که فقهای اسلام آن را همانند سنت و عقل در استخراج حکم شرعی معتبر می‌دانند. اجماع از نظر اهل سنت با اجماع از نظر فقهای شیعه به لحاظ ماهیت تفاوت دارد. اجماع از نظر فقهای اهل سنت متفاوت تعریف شده است.^{۳۷}

دکتر زحیلی در تعریف اجماع گفته است؛ چنانچه بعد از وفات رسول خدا مجتهدان امت او در یک زمان بر یک حکم نظر واحد داشته باشند، اجماع حاصل می‌شود.^{۳۸} یکی از دلایل عدم جواز قضاوت زن اجماع می‌باشد. اکثر علمای اهل سنت تصریح کرده‌اند که این مسأله اجماعی است.

قرطبی می‌گوید: فقها اجماع دارند که زن نمی‌تواند امام باشد، هر چند در جواز قضاوت زن دراموری که شهادتش پذیرفته شده است، اختلاف نظر وجود دارد.^{۳۹} جوینی با صراحت بیان می‌دارد که فقها اجماع دارند.^{۴۰}

۲-۴. استحسان

استحسان در لغت به معنای نیکو شمردن است یا به معنای جست‌وجو از امر نیکو جهت عمل و پیروی از آن است^{۴۱} و در اصطلاح، فقها تعریف‌های گوناگونی از استحسان ارائه داده‌اند؛ مانند، عدول از حکم قیاس به قیاس قویتر^{۴۲} یا تخصیص قیاس به دلیل قوی‌تر.^{۴۳}



جایگاه استحسان در مذاهب اربعه

۱- **فقه حنفی:** در کتاب‌های فقهی ابوحنیفه نمونه‌های زیادی از عمل وی به استحسان یافت می‌شود و شاید دلیل آن منع ابوحنیفه از افراط در کاربرد قیاس باشد.^{۴۴}

۲- **فقه مالکی:** مالک بن انس در موارد زیادی از قیاس عدول می‌کرد و نام این روش را استحسان گذاشته بود.^{۴۵}

۳- **فقه شافعی:** شافعی با تدوین کلیات اصول فقه با این تلقی که استحسان دلیلی جز پسند شخصی ندارد آن را نوعی بی‌قیدی در اجتهاد می‌داند. وی در این ارتباط کتاب مستقلی با عنوان ابطال الاستحسان نوشته است و به نظر او استحسان تعطیل قیاس است و این جمله‌ی او شهرت دارد که می‌گوید: «من استحسان فقد شرع» هرکسی استحسان کند، در واقع تشریع کرده است.^{۴۶}

۴- امامیه مشروعیت قیاس و به تبع آن استحسان را انکار می‌کنند.^{۴۷}

برخی از فقهای اهل سنت برای اثبات عدم جواز قضاوت زن به ادله‌ی استحسانیه استناد کرده‌اند.

۵- **نقصان عقل زنان:** از جمله ابن قدامه، ماوردی و شربینی گفته‌اند: به دلیل نقصان عقل زن نسبت به مرد زن اهلیتی برای تصدی منصب قضا را ندارد.^{۴۸}

۶- سیره‌ی رسول اکرم

بعضی از فقها برای عدم جواز قضاوت زن به سیره‌ی رسول اکرم استناد کرده‌اند و می‌گویند: اگر قضاوت زن جایز بود، لااقل در قسمتی از موارد این اتفاق می‌افتاد و چون چنین چیزی اتفاق نیافتاده، به احتمال، دلیل بر این است که قضاوت زن جایز نباشد.^{۴۹}

۵-۲. قیاس

قیاس در لغت به معنای اندازه‌گرفتن یک چیز با چیز دیگر است.^{۵۰} در اصطلاح، تعاریف گوناگون از قیاس ارائه گردیده است، از جمله محمد غزالی و قاضی ابوبکر باقلانی می‌گویند: قیاس حمل کردن امر معلوم و ملحق ساختن امری معلوم بر امر معلوم دگر در اثبات حکم یا نفی آن می‌باشد. به استناد جامعی که بین آن‌ها وجود دارد.^{۵۱}

استفاده از قیاس سبب اختلاف در میان مذاهب اسلامی راجع به استنباط احکام شرعیه گشته است. امامیه شافعی و ظاهریه، قیاس را حرام می‌دانند و بسیاری مذاهب اسلامی مانند حنبلی، مالکی و حنفی آن را قبول دارند.^{۵۲}



دلیل حرمت قضاوت زن با دلیل قیاس: بر اساس ادله‌ی قطعی و شرعی، بعضی از مناصب مانند امامت جماعت، مرجعیت و شهادت در قصاص و قتل اختصاص به مردان دارد و چون قضا و قضاوت از مناصب مهم و در بسیاری موارد با اهمیت‌تر از مناصب نام برده است، نیازی به تدبیر و کمال عقل و صلابت حکم دارد؛ پس به طریق اولی این منصب نیز اختصاص به مردان دارد.^{۵۳}

۲-۲) دلایل بر جواز قضاوت زن

از میان فقهای اهل سنت، کسانی که قایل به صحت قضاوت زنان هستند، دلایل را که مخالفین مورد استناد قرار داده‌اند مورد نقد قرار می‌دهند و دلالت آن‌ها بر مدعی را رد می‌کنند.

۱- رد نقصان عقل زن

اول، روایات بر موضوع خاصی دلالت دارد و به حادثه‌ی ویژه‌ای تعلق دارد که از تحت عمومیات خارج است.

دوم، با توجه به مفاهیم بسیاری از آیات قرآنی، زنان با جایگاه بلند مورد تجلیل قرار گرفته است. از جمله می‌توان به همسر حضرت ابراهیم (ع)^{۵۴} ملکه‌ی سباء و همسر فرعون اشاره کرده که رفتار آن‌ها مورد تایید قرار گرفته است.^{۵۵}

۲- تمسک به سیره

اگر در زمان ایشان و خلفا، زنی به این منصب برگزیده نشده است، شاید نیاز زمان و مکان نبوده و زمینه‌ی اجتماعی آن فراهم نبوده است. از سوی دیگر، مفتی اعظم دانشگاه الاظهر در مصاحبه با روزنامه القبس چاپ کویت می‌گوید: یکی از زنان پیامبر (ص)^{۵۶} در میان زنان قضاوت می‌کرد.^{۵۷}

۳- نقد قیاس

در جواب فقهای که به قیاس استناد کرده‌اند می‌گوییم: زمانی می‌توانیم حکم اصل (مقیس علیه) را در فرع (مقیس) جاری نماییم که یقین حاصل کنیم که قدر جامع موجود در اصل، علت تامه‌ی حکم باشد. از طرفی، یقین داشته باشیم که همین قدر جامع در فرع نیز وجود دارد؛ اما در موضوع مورد مناقشه روش قیاس مع الفارق بوده و باطل است؛ زیرا ملاک و مناط حکم در شهادت و ولایت غیر از مناط و ملاک حکم در قضاوت است.



۳. صحت یا عدم صحت قضاوت زنان در قوانین نافذه

مقدمه

مطابق احکام فقه حنفی و قوانین افغانستان ممانعتی برای احراز منصب شورای عالی ستره محکمه‌ی دادگاه عالی برای زنان وجود نداشته و این موضوع در تضاد با هیچ یک از اصول مذهب حنفی و قوانین نافذه افغانستان نیست. در افغانستان هم اکنون حدود ۳۰۰ قاضی زن در محاکم مختلف کشور در سطح مرکز و ولایات ایفای وظیفه می‌نمایند؛ ولی در تاریخ کشور هنوز نتوانسته به شورای عالی ستره محکمه راه یابد. آیا قضاوت زن یک امر ممنوع در اسلام است؟ در کدام مورد زن می‌تواند قاضی باشد و در کدام موارد قضاوت زن ممنوع است؟ اگر زن در مواردی که قضاوتش ممنوع است، اصدار حکم نماید، آیا از نظر فقه حنفی و قوانین نافذه‌ی افغانستان معرفی یک زن به عضویت شورای عالی ستره محکمه جایز است؟

در قانون اساسی ستره محکمه به حیث عالی‌ترین ارگان قضایی در راس قوه‌ی قضاییه‌ی جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد. مطابق قانون اساسی، ستره محکمه مرکب از نه عضو است که از طرف رییس جمهور با تایید ولسی جرگه انتخاب می‌گردد. در شرایط عضویت شورای عالی ستره محکمه موضوع جنسیت مطرح نبوده و مرد بودن هیچ‌گاه شرط احراز عضویت شورای عالی ستره محکمه گذاشته نشده است. اگر یک شخص، چه مرد یا زن، شرایط مندرج در قانون اساسی را تکمیل نماید، می‌تواند به عضویت ستره محکمه تعیین شود. همچنین ماده‌ی چهارم قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضاییه حکم می‌کند: قاضی شخصی است که با داشتن انسلاک قضایی، قضایا را طبق احکام قانون رسیدگی و اصدار حکم می‌نماید. در این ماده عبارت شخص به کار رفته که هم شامل مرد می‌شود و هم شامل زن. واضح است که به تمام اعضای ستره محکمه قاضی اطلاق می‌شود.

بنا به احکام قانون، یگانه شرطی که برای قضا تعیین گردیده، داشتن انسلاک قضایی است که در قانون چنین تعریف گردیده است. انسلاک قضایی عبارت است از تفویض صلاحیت قضایی از جانب رییس جمهور به شخص واجد شرایط این قانون که طی حکمی اعطاء می‌گردد. مطابق حکم این ماده، رییس جمهور صلاحیت دارد که به هر شخصی که واجد شرایط باشد، تفویض صلاحیت قضایی نماید.

به حث حقوق زنان و به‌صورت خاص قضاوت زنان از مباحثی است که در مورد شان سخن بسیار گفته شده است و همچنان جای سخن فراوان دارد. در اکثر جوامع و از جمله کشور ما افغانستان که مشکل حقوق زنان وجود دارد، در واقع می‌توان گفت که بخش عظیمی از این چالش، ناشی از مشکلات عرفی و مشکلات دینی و مذهبی است.





قضاوت یکی از لوازم جدایی ناپذیر اجتماع بشری است. لزوم وجود قاضی و به تعبیر جامع تر قوه قضاییه در همه‌ی نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده است.^{۵۶} نظام حقوقی افغانستان نیز از گذشته‌ها تا کنون ضمن وضع قوانین و مقررات جهت اداره‌ی زندگی جمعی، قوه‌ی قضاییه را به‌عنوان یکی از ارکان اساسی دولت و نظام دانسته و بر اهمیت و جایگاه آن تأکید نموده است.

قضاوت و دادرسی از جمله حقوق مدنی-سیاسی است که هم در قوانین و اسناد بین المللی و هم در قوانین ملی به رسمیت شناخته شده و تمام اتباع و شهروندان کشور بدون هیچ‌گونه تبعیض و امتیازی به‌صورت مساوی و برابر از آن بهره‌مند می‌گردند. در فقه اسلامی در باب قضاوت، مباحثی دیگری غیر از حقوق موضوعه مطرح بوده و آن این که از جمله‌ی شرایط قضاوت مذکور بودن است. لذا در فقه اسلامی میان فقها و مذاهب مختلف اسلامی دیدگاه‌ها و نظریات متفاوتی در باب قضاوت زن مطرح گردید.

در بسیاری از کشورهای جهان بخصوص کشورهای غیر اسلامی قضاوت برای زنان امر پذیرفته شده قانونی و معمولی تلقی گردیده و هیچ مانع قانونی و عرفی فراروی آن وجود ندارد. زنان بر حسب علاقه‌ی خود می‌توانند به مناصب قضاوت اعم از ریاست محاکم و سایر بخش‌های قضایی عضویت پیدا نمایند؛ اما در کشورهای اسلامی حضور زنان در مشاغل قضایی به گونه‌های مختلف محدودیت دارد؛ مثلاً: در برخی از کشورها، زنان فقط می‌توانند در قضایای مدنی و خانوادگی رسیدگی نمایند یا در بعضی از کشورها قضاوت زنان ممنوع است.

در محاکم و دادگاه‌های بین المللی نیز زنان حضور داشته و متصدی قضاوت می‌باشند. لذا در اسناد بین المللی حقوق بشر، هر گونه تبعیض به لحاظ جنسیت محکوم بوده زنان به هر نوع مشاغل و مناصب دولتی و عمومی از جمله قضاوت همانند مردان تأکید شده است؛ قضاوت به‌عنوان یک حق مدنی و سیاسی در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر به‌طور مساوی و بدون تبعیض جنسیتی برای زنان به رسمیت شناخته شده است.^{۵۷}

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ در ماده‌ی دوم میثاق مقرر می‌دارد که "دولت‌های طرف این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق شناخته شده در این میثاق را در باره‌ی کلیه‌ی افراد مقیم در قلمرو و تابع حاکمیت شان بدون هیچ‌گونه تمایزی از قبیل نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده‌ی سیاسی یا عقیده‌ی دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی ... تضمین کنند."^{۵۸}

با توجه به اعلامیه‌ها، کنوانسیون‌ها و میثاق‌های بین المللی که افغانستان هم عضویت آن را دارد، دولت افغانستان هم به‌عنوان یکی از کشورهای عضو در قانون اساسی اصل برابری اتباع و شهروندان را در مقابل قانون به رسمیت شناخته و هر گونه تبعیض را مردود دانسته است.^{۵۹}



۱-۳. قانون اساسی

قانون اساسی افغانستان به عنوان عالی ترین سند حقوقی نوع نظام حاکم، ساختار و تشکیلات، وظایف و صلاحیت های آن، حقوق و آزادی های اتباع و شهروندان را بیان می کند. بخش قضاء را یک رکن اساسی و مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان دانسته که ساختار و تشکیلات خاص خود را دارد. بر اساس قانون اساسی، حاکمیت ملی به ملت افغانستان تعلق داشته و مردم در واقع به وجود آورنده ی دولت و نظام سیاسی شناخته شده است. در قانون اساسی هر شهروند از حقوق و آزادی ها، حق کار و اشتغال که نمونه ی بارز شان را می توان شغل قضاوت قلمداد نمود، برخوردارند.^{۶۰}

از قانون اساسی افغانستان به خوبی استفاده می شود که تمامی اتباع و شهروندان افغانستان از جایگاه برابر حقوق و آزادی ها و تکالیف مساوی در برابر قانون برخوردار می باشد. هیچ تفاوتی در جنسیت، قومیت نژاد، زبان، دین، مذهب جایگاه ندارد. از حقوق مدنی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی خود استفاده نمایند قضاوت هم به عنوان یکی از حقوق مدنی-سیاسی مربوط به همه اتباع اعم از زنان و مردان می توانند باشد.^{۶۱}

۲-۳. قوانین عادی

قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در باب شرایط انسلاک قضا موارد ذیل را بیان می دارد:

حد اقل ۱۰ سال تابعیت افغانستان را دارا باشد؛

بر اساس حکم قطعی محکمه به جرم جنایت یا جنحه ی عمدی محکوم نشده باشد؛

حد اقل سند لیسانس حقوق یا معادل آن از مدارس دینی داشته باشد؛

مصاب به امراض ساری یا معیوبیت های که مانع وظیفه شود، نباشد؛

حد اقل سن ۲۵ سالگی را تکمیل کرده باشد؛

دوره ی ستاژ قضایی را سپری کرده باشد؛

این قانون همانند قانون اساسی کشور هر گونه محدودیتی را بر اساس هر گونه تبعیض و امتیازی برای احراز مقام قضاوت مردود دانسته، شرایطی قانونی را هرکس دارا باشد، اعم از زنان و مردان می توانند به عنوان قاضی در محاکم افغانستان انتخاب و استخدام گردد.^{۶۲}

قانون کار؛ این قانون در مورخ بیست و پنج دلو سال ۱۳۸۵ ه ش تصویب گردیده است. از این قانون هم می توان مطالبی را در این باب استخراج نمود که در ذیل بحث می گردد:



در استخدام به کار، تادیه مزد و امتیازات، انتخاب شغل و حرفه مهارت و تخصص، حق تحصیل و تأمینات اجتماعی هر نوع تبعیض ممنوع است.^{۶۳}

در جمهوری اسلامی افغانستان انتخاب شغل، حرفه، مهارت، تخصص و نوع شغل مطابق رشته‌ی تحصیلی، علاقه، استعداد و آمادگی حرفه‌ی طبق سند تقنینی مربوط آزاد می‌باشد.

قانون منع خشونت علیه زن در راستای اهداف این قانون چنین بیان کرده، اهداف این قانون عبارتند از:

تأمین حقوق شرعی و قانونی و حفظ کرامت انسانی زن؛

حفظ سلامت خانواده و مبارزه علیه رسوم، عرف و عادات مغایر احکام دین مقدس اسلام مسبب خشونت علیه زن؛ حمایت از مجنی علیه مورد خشونت (زن متضرر) یا معروض به خشونت؛^{۶۴}

قانون منع خشونت علیه زن هم یکی از موضوعات بسیار مهمی را که مورد حمایت قرار داده، حمایت از حقوق شرعی و قانونی و حفظ کرامت انسانی زنان می‌باشد.^{۶۵}

در نتیجه باید اذعان نمود که نسبت به مبنای حقوقی و قانونی قضاوت زن در افغانستان هیچگونه ممنوعیت و محدودیتی وجود نداشته و براساس قانون اساسی افغانستان به‌عنوان قانون مادر و سایر قوانین عادی نافذ در کشور، زنان و مردان جامعه بدون کوچک‌ترین تفاوت و تمایز و به‌صورت برابر می‌توانند از حقوق و آزادی‌های قانونی که یکی از آن‌ها قضاوت است، بهره‌مند شوند. گر چند در عمل یکسری محدودیت‌های نسبت به قضاوت زنان از سابق وجود داشته و حتا در شرایط فعلی نیز دیده می‌شود که به نظر نگارنده این وضعیت معلول فرهنگ سنتی جامعه‌ی افغانستان و همچنان برداشت کلاسیک و سنتی از منابع و داده‌های دینی و اسلامی خواهد بود.

نتیجه‌گیری و جمع‌بندی

از مجموع مباحث گذشته به این نتیجه می‌رسیم که دلالت آیات، روایات و سایر دلایل مورد استناد برای عدم صحت تصدی مقام قضاوت برای زنان تمام نیست، نه تنها دلیل بر عدم جواز قضاوت زن نیست، بلکه می‌توان از این دلایل جواز را استفاده کرد.

اول، قرآن کریم به‌عنوان معتبرترین منبع استنباط مسائل فقهی است، به‌صراحت آیه در تأیید یا رد قضاوت زن وجود ندارد، برخی مفسران و فقیهان با تکیه و استناد به آیات از قرآن کریم، تلاش کردند دلیل بر عدم صحت قضاوت زنان گیدا نمایند. گر چند آیات مورد نظر صراحت بر موضوع ندارد؛ ولی با استفاده از مفهوم و یا تفسیر آیات و گاهی از طریق برهان اولویت دلالت آیات را بر عدم جواز استفاده کرده بودند؛



اما با بررسی آیات متوجه شدیم که برداشت و تفسیر که از آیات شده است، درست نیست که هرکدام جداگانه مورد تحلیل قرار گرفت و در نتیجه اثبات شد که آیات مورد استناد دلالت بر مدعی ندارند و نمی‌تواند دلیل بر عدم صحت قضاوت زنان باشد.

دوم، در استدلال روایی نیز هیچ روایت به صراحت بر حرمت تصدی منصب قضا از ناحیه‌ی زنان دلالت نمی‌کند و ممکن است تنها دلالت بر کراهت از آن‌ها استفاده شود؛ زیرا سفارش نبی اکرم به حضرت علی^(ع)، حاکی از عدم وجوب اعمال موضوع حدیث بر زنان است. کلمه‌ی «لیس» و «لا» در روایت فوق صرف رفع تکلیف را می‌رساند، حرمت یا عدم صحت عمل از حدیث مستفاد نمی‌گردد. همچنان که امروزه بسیاری از زنان در صفوف نماز جمعه و جماعت مشاهده می‌شوند؛ بی‌آنکه یکی از فقهای عظام آن را منع کرده باشند. اعمال احصاء شده در حدیث از جمله قضاوت، واجب کفایی بوده پیامبر اکرم^(ص) در راستای تسهیل امور زنان، حکم وجوب این اعمال را برداشته است.

سوم، برخی از روایات مرتبط به وجود ضعف عقلی در زنان

این دسته بر فرض تمامیت دلالت نمی‌تواند دلیل بر عدم جواز قضاوت زنان باشد؛ زیرا عدم وجود ضعف در عقل جزء شرایط صحت قضاوت نیست، مگر این که ضعف و نقص در حدی باشد که صحت قضاوت را مخدوش سازد و چنین حدی از ضعف نه تنها برای قضاوت زن که برای صحت قضاوت مردان هم قابل قبول نیست.

چهارم، اجماع که ادعا گردید، طبق نظر فقهای امامیه در اصل محقق نخواهد شد و طبق نظر فقهای اهل سنت نیز اجماع کامل نیست؛ چون در میان آن‌ها بسیاری از فقها به خصوص فقهای حنفی قایل به صحت قضاوت برای زنان هستند. پس با وجود مخالف صحت اجماع خدشه دار می‌شود. دلایل دیگر نیز دلالت شان بر مدعی نا تمام است که در جای خودش بحث گردید و نیاز به تکرار نیست.

پنجم، فقه حنفی و قوانین نافذه‌ی افغانستان برای حضور زنان در جامعه و تصدی سمت‌های دولتی هیچ شرط خاصی را در نظر نگرفته‌اند، بلکه زنان به عنوان یک تبعه‌ی کشور مانند مردان حق دارد در مقام و جایگاه که مهارت و شایستگی نسبت به آن دارد، قرار بگیرد. پس در مجموع به این نتیجه می‌رسیم که بیشتر فقها و قوانین نافذه‌ی افغانستان تصدی مقام قضاوت از سوی زنان را جایز می‌دانند و استدلال مخالفین بر عدم صحت قضاوت برای زنان را با دلیل محکم قابل رد می‌دانند.



- ^۱ قرآن کریم، سوره‌ی نساء، آیه ۳۴.
- ^۲ اسماعیل بن کثیر، القرشی، الدمشقی، تفسیر قرآن العظیم، ج ۱ ص ۴۹۱
- ^۳ سید محمد حسین طباطبائی، المیزان، ج ۴، ص ۵۰۷
- ^۴ جعفر سبحانی، مکان‌ت زن در قرآن، پژوهش‌های قرآنی ش ۲۵، ص ۲۲-۲۳
- ^۵ موسوی گلپایگانی، کتاب الشهادت، ج ۱ ص ۴۴
- ^۶ قرآن کریم، سوره‌ی بقره، آیه ۲۲۸.
- ^۷ قرآن کریم، سوره‌ی زخرف، آیه ۱۸
- ^۸ شیخ صدوق، الخصال، ج ۲
- ^۹ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۶، باب من الزيادات فی القضايا و الاحکام، ص ۳۰۳، حدیث ۵۳.
- ^{۱۰} نهج البلاغه، ص ۳۴۷، موسسه‌ی نهج البلاغه، قم، ۱۴۱۴ چاپ اول
- ^{۱۱} زین الدین بن علی، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۲ کتاب قضا،
- ^{۱۲} محمدی گیلانی، قضا و قضاوت در اسلام،
- ^{۱۳} کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، محمد بن حسن فاضل هندی اصفهانی، کتاب قضا
- ^{۱۴} شیخ ابو جعفر طوسی، مبسوط، ج ۵، مبحث قضاوت
- ^{۱۶} سید محمد حسین فضل الله، شخصیت و نقش فعال زن از دیدگاه قرآن، ت، باغستانی، مجله‌ی پژوهش‌های قرآنی، شماره‌ی ۲۵ ص ۶۷
- ^{۱۷} حسین علی منتظری، دراسات، مبحث قضاوت
- ^{۱۸} جعفر سبحانی، «مکان‌ت زن در قرآن»، مجله‌ی پژوهش‌های قرآنی، شماره‌ی ۲۵، ص ۲۱-۲۲.
- ^{۱۹} نعمت الله صالحی نجف آبادی، قضاوت زن در فقه اسلامی، ص ۲۱-۲۲.
- ^{۲۰} سید محمد موسوی بجنوردی، زن و باورهای جوامع اسلامی، مجله‌ی پیام زن، ش ۵۵ ص ۶۵





۲۱ حسین مهرپور، مباحثی از حقوق زن، ص ۳۲۷.

۲۲ قرآن کریم، سوره‌ی بقره، آیه ۲۲۸.

۲۴ محمد حسین طباطبایی، ترجمه‌ی تفسیرالمیزان، ج ۲، ص ۳۴۹

۲۴ حسین علی منتظری، دراسات، ج ۳.

۲۵ الخویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، ج ۳، ص ۲۴۱

۲۶ سید احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۶، ص ۷.

۲۷ نهج البلاغه، ص ۳۱۸، پیشین

۲۸ حسین بن یوسف الحلّی، تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۳۱

۲۹ جبعی العاملي، مسالک الافهام الي تنقيح الشرائع الاسلام، قم م المعارف الاسلاميه ۱۴۱۴ق

ج ۲ ص ۷۰

۳۰ محمد اسحاق فیاض، جایگاه زن در نظام سیاسی اسلام، ترجمه‌ی سرور دانش، ص ۲۴ و ۲۵،

تهران چاپ عرفان سال ۱۳۹۲

۳۱ قرآن کریم، سوره‌ی نساء، آیه ۳۴.

۳۲ ابوالحسن... ماوردي، الاحکام السلطانيه والولايات الدينيه، ص ۶۵

۳۳ عمادالدين... ابن كثير، تفسير ابن كثير، ج ۱، ص ۴۶۵

۳۴ فخر رازی، تفسیر کبیر، ج ۱۰، ص ۸۸

۳۵ همان، ج ۶، ص ۹۵

۳۶ قرآن کریم، سوره‌ی زخرف، آیه ۱۸

۳۷ قرآن کریم، سوره‌ی احزاب، آیه ۳۳

۳۸ محمد بخاری، صحیح البخاری، ج ۳، ص ۹

۳۹ محمد الترمذی، جامع اترمذی- کتاب الفتن، باب ۶۴

۴۰ احمد ابن حنبل، مسند، ج ۵، ص ۴۳



- ۴۱ ابو منصور، حلي. قواعد الاحكام.... ج ۱، ص ۳۱
- ۴۲ وهبه زحيلي، الفقه الاسلامي، ج ۱، ص ۴۹۰
- ۴۳ ابو عبدالله قرطبي، الجامع الاحكام القرآن، ج ۱، ص ۲۷
- ۴۴ عبد الملك.... امام الحرمين جويني، كتاب الارشاد الي قواطع الادله في اصول الاعتقاد مبحث ولايت و امامت
- ۴۵ سيف الدين علي آمدي، احكام في اصول الاحكام، مبحث استحسان.
- ۴۶ عثمان ابن حاجب، منتهي السؤال و الامل مبحث قياس بيروت، ۱۴۰۵ق
- ۴۷ ابواحمد عبدالله ابن عدي، الكامل
- ۴۸ يعقوب ابو يوسف، الخراج، ص ۱۲۲
- ۴۹ عبدالله تركي، اصول مذهب احمد ابن حنبل
- ۵۰ محمد سرخسي، المبسوط
- ۵۱ محمدشوكاني، ارشاد الفحول
- ۵۲ محمد خطيب الشرييني، مغني المحتاج الي معرفه معاني الفاظ المنهاج
- ۵۳ وهبه زحيلي، الفقه الاسلامي.... ص ۸۲
- ۵۴ عيدالكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، سنندج انتشارات كردستان، ۱۳۸۹ ص ۱۹۱
- ۵۵ امين الله عصم، تاريخ تشريع اسلام، هرات، انتشارات قدس، ۱۳۹۱ ص ۵
- ۵۶ ابن حزم اندلسي، المجلي، مبحث قضاء، ۱۳۷۹ ص ۲۳
- ۵۷ علاالدين ابوبكر، بدايع الصنايع.... ج ۷، ص ۱۲
- ۵۸ ابوعبد الله القزويني، سنن ابن ماجه... ج ۲، ص ۳۲۶ بيروت، دار الاحياء تراث العربي، بي تا
- ۵۹ سيد محمود معلمي، آزادي انسان و قضاوت زنان، مشهد روز نامه خراسان ۱۳۸۲، ص ۷
- ۶۰ اعلاميه‌ی جهانی حقوق بشر، ماده‌ی ۱۳ مصوب ۱۹۹۰ و اعلاميه‌ی جهانی رفع تبعيض عليه زنان ماده‌ی ۲۳ بند مصوب ۱۹۷۹





^{۶۱} اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، ماده‌ی ۱۳ مصوب ۱۹۴۸

^{۶۲} میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده‌ی ۲، مصوب ۱۹۶۶

^{۶۳} قانون اساسی افغانستان ماده‌ی ۲۵ مصوب ۱۳۸۲

^{۶۴} قانون اساسی افغانستان ماده‌ی ۴۸، مصوب ۱۳۸۲

^{۶۵} قانون اساسی افغانستان، ماده‌ی ۱۱۸ مصوب ۱۳۸۲

^{۶۶} قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان، ماده‌ی ۵۸ مصوب ۱۳۸۴

^{۶۷} قانون کار ماده‌ی ۹ مصوب ۱۳۸۵

^{۶۸} کنوانسیون منع هر نوع تبعیض علیه زنان، ماده‌ی ۱ مصوب ۱۹۷۹

^{۶۹} قانون منع خشونت علیه زنان، ماده‌ی ۲



سال ششم، شماره‌ی هشتم، بهار ۱۴۰۰



بررسی ماهیت دیه از منظر فقه امامیه و حنفیه

سید احمد آقا حسینی*

*دکترای فقه و حقوق قضایی، گرایش آیین دادرسی

چکیده

تعیین ماهیت دیه به عنوان بخش مهمی از حقوق جزای اسلامی همواره مورد توجه اندیشمندان حوزه‌ی فقه و حقوق بوده است. سه دیدگاه در این خصوص ارائه شده است: ماهیت کیفری دیه، ماهیت مدنی دیه و ماهیت دوگانه. صاحبان هر یک از این دیدگاه‌ها برای اثبات نظریه‌ی خویش، به دلایلی که عمدتاً قرائنی از احکام دیات می‌باشند، استناد نموده‌اند.

نکته‌ی درخور دقت آن است که تحقیق در چیستی دیه به عنوان یک حقیقت شرعی، تابع ادله است. لسان دلیل و نشانه‌هایی که در هر یک از گزاره‌ها می‌توان یافت، راهنمای خوبی برای سامان دادن یک پاسخ مناسب به این پرسش است که ماهیت دیه چیست؟ اما در نهایت باید گفت تمام این نشانه‌ها به حیث یک قرینه است و تنها یک نتیجه‌ی محتمل را به دست می‌دهد و نمی‌توان به صورت قطع ادعا کرد: دیه ماهیتی مدنی صرف یا کیفری صرف دارد. ممکن است یکی از آن‌ها و یا هر دو و یا حتا هیچ‌یک ملحوظ مقنن نبوده باشد و مثلاً تنها مصلحت اجتماعی آن را ایجاب نموده باشد.

یکی از موضوعات مهم و بایسته مطالعه، تحقیق و تدقیق بیشتر در فقه و حقوق جزا، مبحث دیات است. گستردگی موارد ابتلا، جزئیات در انواع و اقسام، احکام خاص نسبت به ازمه و افراد مختلف و... از جمله مواردی است که این مدعا را اثبات می کند.

از مسائل مورد توجه اندیشمندان این حوزه اعم از فقیهان و حقوقدانان، مبحث ماهیت دیه است که نسبت به آن تأمل و نظریه پردازی نموده اند. این توجه و اهتمام از آن رو است که نهاد دیه به عنوان بخش مهمی از حقوق جزایی اسلام، در کنار «قصاص» در برابر اقدامات جنایی افراد پیش بینی شده است؛ اما تفاوت آشکاری با قصاص دارد و آن این که در تقنین این نهاد حقوقی، به نحوی جبران خسارت وارد شده بر مجنی علیه نیز ملحوظ قرار گرفته است.

اینجا است که این پرسش جدی مطرح می گردد: آیا دیه به واقع جنبه‌ی جزایی و کیفری دارد و برای مجازات جانی جعل شده است یا این که جنبه‌ی حقوقی و مدنی دارد و با هدف جبران خسارت و صدمه جسمی و یا مالی پیش بینی شده است و یا این که هر دو هدف در این قانون گذاری دنبال می شود؟ برای یافتن پاسخ پژوهشگران به سراغ نشانه‌هایی رفته اند که ممکن است هر یک از این سه گزینه محتمل را اثبات نماید.

این پرسش نه فقط جنبه‌ی علمی، که آثار عملی هم دارد؛ به عنوان نمونه، مبحث خسارت های زائد بر دیه، در پی تعیین تکلیف هزینه‌هایی است که مجنی علیه برای بازایی سلامت خود ناچار به انجام آن شده است؛ ولی دیه‌ای که در ازای صدمه‌ی جسمانی وارد شده بر او در شرع معین شده و محکمه بدان حکم نموده کفاف آن هزینه‌ها را نکرده است. اینجاست که مبنای ما در ماهیت دیه تأثیر مستقیمی بر این بحث خواهد گذاشت. اگر قائل به جنبه‌ی صرف جزایی دیه شدیم، باید بگوییم دیه‌ی مقدر، در برابر جنایتی قرار می گیرد که جانی مرتکب شده و ربطی به جبران خسارت ندارد و برای جبران باید به سراغ ادله‌ی ضمان رفت؛ اما اگر به جنبه‌ی مدنی آن قائل شدیم، تبعاً دیه‌ای که جانی می دهد، در برابر خسارت ها و هزینه‌هایی قرار می گیرد که بر مجنی علیه تحمیل کرده است؛ و البته اگر مبلغ دیه، آن هزینه‌ها را کفایت نکرد، این پرسش مطرح می شود که برای آن مقدار زائد باید چه کرد؟

بنابراین ماهیت دیه و بررسی آراء فقها و حقوقدانان مسلمان در آن خصوص، موضوعی قابل تأمل و بررسی است که این نوشته در پی آن می باشد.



۱. مفهوم ديه

۱-۱ معنای لغوي

دیه در اصل «ودي» بوده و «هاء» بدل از «واو» محذوف می‌باشد؛ لفظ آن مصدر به معنای ادا کردن بوده، لیکن در معنای اسم مفعول (ادا شده) استعمال شده است. در لغت‌نامه‌ها، معانی ذیل برای آن آمده است:

- حق القتيل (ابن منظور، ۱۴۱۴؛ ۱۸۳/۱۵)

- بدل النفس (فیومی: ۲/۲۵۴)

کلمه‌های «عقل» و «ملّه» مترادف دیه هستند؛ در وجه تسمیه‌ی عقل گفته شده، رسم عرب بر این بوده که جانی شتر را به‌عنوان دیه به آستانه‌ی درب منزل مقتول عقل می‌کردند. کم‌کم عقل (بستن عقل) بر معقول (شتر) اطلاق شد (ابن منظور، ۱۴۱۴؛ ۶۶۱/۱۱؛ جوهری، ۱۴۲۸؛ ۱۷۹۶/۵؛ زیبدی، ۱۴۱۴، ۳۷/۸).

۱-۲ تعریف فقهی

مشهورترین تعریف میان فقهای امامیه عبارت است از: مالی که بر اساس تقدیر شرع و به واسطه جنایت بر حر در نفس یا مادون آن، واجب می‌گردد و بر غیر مقدر، ارش اطلاق شده است. (شهید ثانی ۱۴۱۳: ۳۱۵/۱۵؛ نجفی ۱۴۰۴: ۲/۴۲؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۷۳/۱۴؛ خمینی: ۵۵۳/۲؛ خویی ۱۴۲۲: ۲/۲۲۹).

در فقه اهل تسنن و به‌خصوص میان حنفیان بر نکته‌ی «در برابر نفس قرار گرفتن» دیه تأکید شده است: نگارنده‌ی المبسوط چنین می‌نویسد: «دیه، از «اداء» مشتق شده است؛ زیرا مالی است که در برابر تلف شده‌ای که مال نیست (نفس) قرار می‌گیرد» (السرخسی، ۱۴۰۶: ۵۹/۲۶)

فقیه برجسته‌ی دیگری از احناف تصریح می‌کند: «دیه قیمت نفس است و همه اتفاق نظر دارند که مقدار معین دارد که نه کم می‌شود و نه زیاد و به هیچ وجه موکول به اجتهاد، نگردیده است» (الجصاص ۱۴۱۵: ۲۱۱/۳).

از بیان معنای لغوی و اصطلاحی فقهی چنین به دست می‌آید که دیه در نتیجه‌ی جنایت بر نفس یا عضو بوده و در برابر آن قرار می‌گیرد و از میان ادیبان و فقیهان، کسی از آن به‌عنوان مجازات جانی، یاد نکرده است. پس در مفهوم دیه بیش‌تر از این که جنبه‌ی مجازات و کیفر دیده شود، لحاظ جبران‌کنندگی خسارت، مشاهده می‌شود؛ گرچه در تعریف فقهای امامیه تصریحی به هیچ طرف، نیامده است.



۲. پیشینه تاریخی دیه

می‌دانیم که نهاد دیه یک حکم ابداعي و تأسیسی نیست بلکه امضای آن چیزی است که میان عرب پیش از اسلام مرسوم بوده است. اگرچه میان اقوام دیگر هم، مماثل دیه وجود داشته است. در حقوق ژرمن قدیم "Werglid" یا "ComPosition" خونبایی بوده که به جای قصاص از سوی عامل جنایت به بستگان قربانی داده می‌شد. قبایل انگلیسی زبان نیز چیزی به همین معنا و با نام "Bloodmone" داشته‌اند (میرسعیدی، ۱۳۷۳: ۲۰).

قانون نظام قبیلگی عرب، قبل از بنیان‌گذاری دیه، بر اصل خونخواهی استوار بود و چه بسا با یک فقره قتل جنگ‌های دراز مدت میان قبایل در می‌گرفت تا خانواده و هم‌قبیله‌ای‌های مقتول به تشفی خاطر رسیده و به عقیده آنان روح مقتول آرامش یابد.

تا این که «زید ابن بکر ابن هوازن» دیه را با محوریت شتر، به‌عنوان خون‌ها ابتکار کرد (ابن هشام، ۱۴۱۰: ۱۶۳) و کم‌کم مورد پذیرش قرار گرفت؛ ولی میزان آن ثابت نبود و بر حسب شرافت قبیله موقعیت شخصی مقتول و دیگر ملاک‌ها از پنج تا یک هزار شتر متغیر بود. این روند تا وقتی ادامه داشت که جناب عبدالمطلب، جد پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) صد شتر را به‌عنوان دیه کامل، تثبیت کرد. گرچه به خاطر نبود قوه قاهره و ضمانت اجرا، همگان خود را ملتزم به این عدد نمی‌دانستند و گاه برای تحمیل نظر خود بر طرف مقابل، جنگ‌هایی افروخته می‌شد (ادریس، ۱۳۷۷: ۶۶-۶۹).

با ظهور اسلام همان سنت شتر امضا شده و میان مسلمانان به‌عنوان قانون لازم‌الاتباع در آمد (عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۹/۲۹). با این نظر کوتاه به زمینه‌ی تشکیل و تطور قانون دیه، می‌توان استنباط کرد که جایگزینی اخذ دیه به جای خونخواهی (طلب ثار) از نوعی تقابل دیه با نفس یا عضو حکایت دارد که بیش‌تر زمینه‌ی جبران خسارت‌ها را فراهم می‌آورد؛ گرچه از جنبه‌ی کیفری آن هم نمی‌توان به کلی چشم پوشید.

۳. ماهیت دیه

با توجه به معنا و پیشینه‌ی دیه می‌توان گفت میان فقیهان و بیش‌تر حقوق‌دانان مسلمانان در باره‌ی دیه سه دیدگاه رایج وجود دارد که در ادامه به این دیدگاه‌ها و مستندات آن به‌اجما اشاره می‌گردد.

۱-۳. ماهیت کیفری

برخی نویسندگان، همسو با قانون پیشین مجازات اسلامی ایران (مواد ۱۲، ۲۹۴، ۳۰۵) دیه را در شمار کیفرها دانسته‌اند. گرچه قانون‌گذار در قانون جدید ماده‌ی ۴۴۸ دیه را بدون ورود به تعیین ماهیت



آن تعریف نموده است: «دیه‌ی مقدر، مال معینی است که در شرع مقدس به سبب جنایت غیر عمدی بر نفس عضو یا منفعت یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، مقرر شده است.»

در ترمینولوژی حقوق تصریح شده است که: «دیه، کیفری است نقدی که در هر یک از سه مورد ذیل از مجرم به نفع مجنی علیه یا قائم مقام قانونی او گرفته می‌شود...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ذیل عنوان «دیه»)

حقوقدان عرب نیز معتقد است: «دیه در قتل خطایی ... به عنوان مجازات اصلی واجب می‌شود.» (ادریس، ۱۳۷۷؛ ۵۴۹؛ حسنی الجندی، ۱۴۲۵، ۴۳۵: عوضاً عن الجنایة التي ارتکبها) برخی فقیهان هم نوشته‌اند: «دیه جبران مدنی نیست بلکه جبران کیفری و جنایی است؛ مانند قصاص» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۶۸)

اما شواهدی که این دیدگاه را تقویت می‌کند به شرح ذیل است:

اول. دیه در جنایت شبه عمد

اگر کسی قصد کاری را داشته باشد که در نوع خود جنایت را در پی ندارد و چنین قصدی (ارتکاب جرم) هم در او نباشد، گفته می‌شود که خطایی شبه عمد مرتکب گشته است؛ مانند پدری که به قصد تأذیب، فرزندش را بزند و او در اثر ضرب، فوت کند؛ در چنین مواردی جانی مسؤول پرداخت دیه می‌باشد. از آنجایی که مرتکب جنایت قصد فعل را دارا است، مجرم محسوب شده و مجازات باید در انتظارش باشد. در حالیکه فقه اسلامی، بجز پرداخت دیه، کیفر دیگری معین نکرده است و شاید به دلیل ماهیت جزایی آن باشد که عاقله هم در این خصوص مسؤولیتی ندارد.

به این استدلال پاسخ داده شده که اول گرچه قصد فعلی را که در نوع خود سبب قتل نمی‌شود، دارا بود، لیکن قصد نتیجه را نداشته است و این یعنی فقدان رکن معنوی جرم به دلیل نبود قصد عمل مجرمانه. دوم، در صورت فوت جانی، مسؤول پرداخت دیه عاقله و سپس بیت المال است در صورتی که مجازات با نبود مجرم، منتفی می‌شود نه این که به دیگران انتقال یابد و سوم، در برخی اقسام به‌عمد، هیچ تقصیری نمی‌توان یافت و به ظاهر تشریع دیه صرف برای هدر رفتن خون مقتول است؛ مانند پزشکی که با داشتن علم و دانش و رعایت اصول درمان، موجب قتل بیمارش گردد (شفیعی، رحمان ستایش، قیاسی، ۱۳۷۶: ۱۱۱-۱۰۹).



دوم. ديه قطع رأس ميت

اگر کسی سر میت را از تنش جدا کند، ضامن پرداخت یکصد دینار، به عنوان ديه می باشد که البته باید به بیت المال (امام) بدهد و یا خودش به نیت همان میت صدقه داده کارهای خیر کند و یا به امام بدهد تا وی به نیت مؤمن میت صرف اعمال حسنه نماید (بر حسب اختلاف نظر فقها).

از این حکم (که مختص به فقهای امامیه است) می توان ماهیت کیفری ديه را نتیجه گرفت؛ زیرا اول به بیت المال واریز می شود یا به نیت متوفی صرف کارهای خیر می گردد؛ در حالیکه اگر جنبه مدنی می داشت، باید به ورثه می رسید. دوم. غرامت در برابر عضو تلف شده انسان زنده قرار می گیرد؛ لذا اختصاص عنوانی به نام ديه در برابر عضو تلف گردیده میت، نشانگر مجازات بودن آن است؛

سید مرتضی نیز به همین نکته توجه می کند: «اگر پرسیده شود چگونه پرداخت غرامت و ديه در اینجا معقول است در حالیکه جانی عضو زنده ای را تلف نکرده، پاسخ می دهیم: هیچ مانعی ندارد که ديه به عنوان عقوبت لازم شده باشد، چون جانی میت را مثله کرده پس مستحق مجازات است» (سید مرتضی، ۱۴۱۰: ۷۲/۲۴). از کلام این فقیه متقدم شیعی بر می آید که مرتکز میان فقهای آن دوره همان جنبه غرامت بودن ديه بوده است.

سوم. بدلیت ديه از قصاص

بر اساس قول مشهور میان فقهای شیعه و سنی، در قتل عمد مجازات تعیینی قصاص است؛ ولی در صورت انصراف اولیای دم از آن و بر اساس توافق طرفین، ديه جایگزین می شود. اصل «بدل تابع مبدل منه است» مقتضی ماهیت کیفری ديه است، همانند قصاص. این استدلال هم مخدوش است؛ زیرا اصل مذکور پایه استواری ندارد و به الزام آنچه پس از انتفای مجازات معلق (به رضایت ولی دم) واجب می گردد همان ماهیت را پیروی نمی کند و در اصول یک قاعده ادبی به کار استدلالات فقهی نمی آید. گذشته از این که در برخی موارد تبدیل قصاص به پرداخت ديه، این بدلیت نقض می شود؛ به عنوان مثال: اگر قاتل فرار کند و تا زمان مرگش بدو دسترسی یافته نشود، قهراً مجازات قصاص به ديه تبدیل می شود؛ اما ديه مقتول نه ديه قاتل، در حالیکه اگر ديه بدل از قصاص می بود، باید ديه قاتل، واجب می شد.

چهارم. تفاوت احکام اختصاصی دیات با قواعد ضمان اموال

فقهی معاصر، معتقد است: میان احکام باب دیات، با احکام ضمان اموال، اختلافاتی وجود دارد که ما را به ماهیت جزای ديه می رساند، به گونه ای که باید آن را در ردیف کیفرهایی چون قصاص، قرار داد. برخی از این تفاوت ها عبارتند از: همراهی مرد با زن تا یک سوم ديه و سپس بازگشت به نصف،



یکسانی دیه میان بزرگسال و خردسال، مهر و کهنر، چیره‌دست ماهر دارای درآمد و غیر او، تفاوت میان دیه‌ی مسلمان و کافر (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۶۸).

اشکال این بیان آن است که نپذیرفتن کیفری بودن دیه مساوق با قرار دادن آن در ردیف ضمان اموال نیست. در مقام تشریع، میزان عزامت نفس یا عضو انسان مسلمان، لحاظ شده و البته به تفاوت مسؤولیت‌های اقتصادی مرد و زن هم توجه گردیده است.

۲-۳. ماهیت مدنی

این دیدگاه نیز طرفدارانی دارد که می‌گویند: دیه برای جبران ضرر و زیان‌های بدنی تعیین شده (مرعشی، ۱۳۷۶: ۱۸۹) و به‌عنوان تدارک و جبران اثر جنایتی که واقع شده، تشریع گردیده است. پس صرف یک راه برای تعویض شرعی است که هیچ‌گونه نشانه‌ی مجازات بودن در آن وجود ندارد (شفیعی، رحمان ستایش، قیاسی، ۱۳۷۶: ۱۳۹)؛ اما مؤیداتی که بر این نظر می‌توان یافت عبارت است از:

اول. دیه در خطای محض

از نظر حقوق یکی از ارکان جرم، داشتن قصد عمل مجرمانه است. در فقه نیز مؤیدی بر این مطلب وجود دارد؛ زیرا کیفر متفرع بر فعل حرام است و آن هم وابسته به قصد آن فعل. مرحوم شهید اول معتقد است: قتل خطایی به هیچ‌یک از احکام خمسہ متصف نمی‌شود، چون قصدي در کار نبوده است (شهید اول، ۱۴۰۰: ۷/۲) و فخر المحققین هم در تأیید عدم جریان حدّ بر مجنون می‌گوید: حد یک عقوبت است و سبب عقوبت، تحریم؛ و چون حرمت نسبت به مجنون منتفی است، پس مجازات هم بر وی جاری نمی‌گردد. (حلی، فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۴/۴۷۱). فقه حنفی نیز این مطلب را می‌پذیرد: نویسنده «المبسوط» می‌گوید: «خطا عذری است، مسقط تکلیف» (السرخسی، ۱۴۰۶: ۶۱/۲۶).

از کنار هم قراردادن این عبارات نتیجه گرفته می‌شود که: در قتل خطای محض، چون تعمدي در کار نیست، حرمت مترتب نمی‌شود و فعلی که حرام نباشد قابل مجازات نیست؛ یعنی در اصلی‌ترین مورد تشریع دیه یعنی قتل خطای محض (نساء / ۹۲) ماهیت کیفری به کلی منتفی است. ایراد استدلال به اخص بودنش از مدعا است؛ زیرا مواردی یافت می‌شود که عنصر روانی وجود دارد و حکم پرداخت دیه هم تغییری نمی‌کند، مثل دیه‌ی اعضا.

دوم. مسؤولیت عاقله در پرداخت دیه

اصل شخصی بودن مجازات در حقوق جزا که قرآن نیز آن را تأیید می‌کند (انعام / ۶۴؛ اسراء / ۱۵؛ فاطر / ۱۸) مقتضی است، مجازات مجرم را غیر او تحمل نکند و چنانچه دیه یک کیفر باشد، ضمان عاقله مخالف کبرای فوق می‌گردد. قرآن‌پژوه برجسته مرحوم طبرسی، ذیل آیه‌ی ۹۲ سوره‌ی نساء



می‌نویسد: مسؤولیت عاقله از باب مؤاخذه‌ی بی‌گناه به جای گناهکار نیست، چون آن حکمی تابع مصلحت است و نه یک عقوبت (طبرسی، ۱۴۱۵: ۱۵۴/۳).

نویسنده‌ی دیگری نیز در توجیه عادلانه بودن حکم ضمان عاقله گفته است: «این حکم هیچ مغایرتی با اصل شخصی بودن مجازات ندارد؛ زیرا به‌طور کلی پرداخت دیه یک مسؤولیت مدنی بوده در اصل جنبه‌ی جزایی ندارد» (مرعشی، ۱۳۷۶: ۲۱۷).

سوم. پرداخت دیه به ولی دم

در اصول جرمه‌های مالی به خزانه‌ی حکومت واریز می‌شود؛ در حالیکه دیه به ولی دم یا مجروح داده می‌شود و این نشانه‌ی مجازات نبودن آن است. کبرای این استدلال، مورد اشاره‌ی برخی فقیهان واقع شده است؛ چنانچه صاحب جواهر از برخی فقها نقل کرده که دیه‌ی قطع رأس میت به بیت المال پرداخت می‌شود؛ زیرا عقوبت جنایت است (نجفی ۱۴۰۴: ۳۸۸/۴۳): «قال علم الهدی والحلی فیما حُکي عنهما تَكون لبیت المال لائِها عقوبة جنایة». در «سرائر» هم آمده است: «قطع رأس میت، جنایت است و امام دیه‌ی آن را به‌عنوان کیفر اخذ می‌کند» (حلی، ۱۴۱۰: ۴۱۹/۳).

چهارم. مصالحه در دیه

در قتل عمد به اولیای دم حق قصاص داده شده است؛ اما در صورت انصراف آن‌ها از اعمال این حق، بر اساس توافق مبلغی به‌عنوان دیه، از جانی اخذ می‌شود. این قول مشهور میان فقهایی شیعه و حنفیه است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۸/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸۹/۱۰؛ سرخسی، ۱۴۰۶: ۶۰/۲۶).

از سویی دیگر، می‌دانیم که مجازات هیچ‌گاه تابع توافق افراد نیست بلکه امری تشریعی و معین می‌باشد. اگر ماهیت کیفری را بپذیریم، مصالحه طرفین جایز نبود. علی‌الخصوص که امکان توافق به بیش‌تر و یا کم‌تر از دیه‌ی متعین وجود دارد.

پنجم. پرداخت دیه از بیت المال

فقیهان بر اساس قانون «هدر رفتن خون مسلمان» گفته‌اند: در صورت فقد یا فقر عاقله، دیه‌ی مقتول از بیت‌المال پرداخت می‌شود؛ این حکم نشانگر مجازاتی نبودن دیه است؛ زیرا هیچ‌گاه، مجازات از خزانه‌ی دولت پرداخت نمی‌گردد.

۳-۳. ماهیت دوگانه

برخی حقوقدانان برای دیه ماهیتی دوگانه قائلند؛ زیرا هم نشانه‌های کیفر و هم علائم جبران در آن دیده شده است. در «مسؤولیت مدنی» آمده است: «بیش‌تر نهادهای حقوقی چهره‌ی دوگانه دارد، هم حقوق عمومی ملحوظ است و جنبه‌ی کیفری دارد و هم حقوق خصوصی و دارای جنبه‌ی مدنی؛ دیه هم



ماهیت دوگانه دارد، هم مجازات است، تا مانع ارتکاب جرم قتل، جرح و اتلاف جان و مال دیگران شود و هم به منظور جبران ضرر به شاکی داده می‌شود. از این ایراد هم نباید هراسید که چگونه ممکن است موجودی دو ماهیت جداگانه داشته باشد؛ زیرا دیه از امور اعتباری است و وحدت و کثرت ماهیت آن نیز ساخته‌ی ذهن و قرار دادهای اجتماعی است. در واقع دیه به اعتبارهای گوناگون ممکن است چهره‌ی کیفری داشته باشد یا مدنی و یا هر دو» (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۶۶).

«دکتر عبد القادر عوده» گفته است: «برترین نظری که درباره‌ی دیه می‌توان اظهار داشت این است که دیه هم کیفر است و هم تعویض» (عوده، التشریع الجنایی، ۲۰۰۴: ۱/۶۶۹). دکتر فتاحی بهنسی نیز معتقد است: دیه شبیه غرامت است از جهتی، و شبیه تعویض است از جهتی دیگر و هماره بین کیفر و ضمان دور می‌زند (فتاحی بهنسی، ۱۹۸۸: ۱۵). بعضی فقیهان حنفی نیز تعبیراتی دارند که موافق همین نظر می‌نماید: «نفس انسان با دو حرمت، محترم است و در اتلاف آن، هر دو حرمت هتک شده است. مجازات هتک حرمت بنده‌ی خدا عوض است و جبران و مجازات هتک حرمت خدا کیفر است که بازدارنده باشد» (سرخسی، ۱۴۰۶: ۶۱/۲۶).

تحلیل و نتیجه‌گیری

آنچه قابل انکار نیست وجود نشانه‌های جبران زیان و نیز بازدارندگی از ارتکاب جرایم در دیه می‌باشد. به نظر می‌رسد وجهی برای لزوم انطباق این عنوان شرعی بر یکی از عناوین حقوقی مسئولیت کیفری یا مسئولیت مدنی وجود ندارد و با توجه و مطالعته‌ی احکام این باب فقهی در می‌یابیم که در تشریح دیه چه بسا همه‌ی اهداف زیر مدّ نظر بوده است:

- جریمه‌ی عامل زیان و بازداشتن او از تکرار این گونه اعمال (کلمه‌ی «عقل» که مترادف دیه است، بیانگر همین معنا می‌باشد).

- جبران ضرر معنوی از دست دادن نفس یا عضو و پرداخت غرامت در قبال آن؛

- جبران خسارت‌های به وجود آمده در پی جنایت جانی.

پس همان تعریف مشهور فقهای شیعه، مقرون به صواب می‌نماید که بگوییم دیه مالی است در برابر جنایت بر نفس یا مادون آن، که اهداف این حکم شرعی، ممکن است همه‌ی گزینه‌های فوق الذکر بوده باشد؛ به‌خصوص با توجه به احکام باب دیات این مطلب روشن‌تر می‌شود. این تحلیل مبتنی به شیوه‌ی



منطقي تطبيق عناوين فقهي بر اصطلاحات حقوقي، می باشد. برخي فقيهان نیز در پاسخ این سؤال به همین نکته اشاره نموده اند:

«حکم ديه تعبد است هر چند از حکمت های آن یکی از این دو یا هر دو می باشد (کیفر جاني و جبران خسارت مجني عليه)» (نرم افزار گنجینه آرای فقهي - قضایي؛ کد ۶۲۱۱۰).



فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابراهیم شفیعی، محمد کاظم رحمان ستایش، جلال الدین قیاسی، قانون دیات و مقتضیات زمان، اول، مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری، تهران ایران، ۱۳۷۶ ه.ش.
۲. ابن منظور، ابو الفضل جمال الدین محمد بن مکرم (م ۷۱۱ ه.ق) لسان العرب، سوم، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، لبنان، ۱۴۱۴ ه.ق.
۳. ابن هشام، عبدالملک (م متوفی ۲۱۳ یا ۲۱۸ ه.ق)، السیرة النبویة، سوم، دارالکتب العربی، بیروت، لبنان، ۱۴۱۰ ه.ق.
۴. ادريس، عوض احمد، الدیه، ترجمة دکتر علیرضا فیض، دوم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ایران، ۱۳۷۷.
۵. جصاص الحنفی، احمد بن علی (م ۳۷۰ ه.ق)، احکام القرآن، اول، دارالکتب العلمیه، بیروت، لبنان، ۱۴۱۵ ه.ق.
۶. جعفر لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، هیجدهم، نشر گنج دانش، تهران، ایران، ۱۳۸۶ ه.ش.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، (م ۳۹۳ ه.ق)، الصحاح، دوم، دارالمعرفة، بیروت، لبنان، ۱۴۲۸ ه.ق.
۸. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (م ۱۲۳۱ ه.ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ایران ۱۴۱۸ ه.ق.
۹. حسني الجندی، المقاصد الشرعیة للعقوبات فی الاسلام، اول، دارالنهضة العربیة، قاهره مصر، ۱۴۲۵ ه.ق.
۱۰. حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور (م ۵۹۸ ه.ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ایران، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۱. حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن (۷۷۱ ه.ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، اول، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ایران، ۱۳۸۷ ه.ق.



١٢. حلى، محقق، نجم الدين، جعفر بن حسن (م ٦٧٦ هـ)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، دوم، مؤسسه اسماعيليان، قم، ايران، ١٤٠٨ هـ ق.
١٣. خمينى، سيد روح الله موسى، (م ١٤٠٩ هـ ق)، اول، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، ايران، بى تا.
١٤. خويى، سيد ابو القاسم موسى (م ١٤١٣ هـ ق)، مباني تكمله المنهاج، اول، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي ره، قم، ايران ١٤٢٢ هـ ق.
١٥. السرخسي الحنفي، شمس الدين محمد بن احمد (م ٤٨٣ هـ ق)، المبسوط، دارالمعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٦ هـ ق.
١٦. سيد مرتضي، الانتصار سلسله ينابيع الفقهية، اول، مؤسسة فقه الشيعة و دار الاسلاميه بيروت، لبنان، ١٤١٠ هـ ق.
١٧. طبرسي، فضل بن حسن (م ٥٤٨ هـ ق)، مجمع البيان، اول، مؤسسة اعلمي، تهران، ايران، ١٤١٥ هـ ق.
١٨. عاملى، حرّ، محمد بن حسن (م ١١٠٤ هـ ق)، وسائل الشيعة، اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ايران، ١٤٠٩ هـ ق.
١٩. عاملى، شهيد ثانى، زين الدين بن على (٩٦٦ هـ ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، اول، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ايران، ١٤١٣ هـ ق.
٢٠. الروضة البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه، اول، انتشارات داورى، قم، ايران، ١٤١٠ هـ ق.
٢١. عاملى، شهيد اول، محمد بن مكى (م ٧٨٦ هـ ق)، القواعد و الفوائد، اول، گروه پژوهش مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ايران، ١٤٠٠ هـ ق.
٢٢. عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي مقارنا بالقانون الوضعي، اول، المكتبة التوفيقية، قاهره، مصر، ٢٠٠٤ م، (كتابخانه ديجيتال نور).
٢٣. فتحي بهنسى، احمد، الديه في الشريعه الاسلاميه، اول، دارالشرق، قاهره، مصر، ١٩٨٨ م.



۲۴. فیومی، احمد بن محمد مقری (م ۷۷۰ هـ ق)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، اول، منشورات دار الرضی، قم، ایران، بی تا.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، دوم، نشر گنج دانش، تهران، ایران، ۱۳۹۸ هـ ش.
۲۶. مرعشی، سید محمد حسن، دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام، دوم، نشر میزان، تهران، ایران، ۱۳۷۶ هـ ش.
۲۷. میرسعیدی، سید منصور، ماهیت حقوقی دیات، اول، نشر میزان، تهران، ایران، ۱۳۷۳ هـ ش.
۲۸. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۲۶۶ هـ ق)، هفتم، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۴۰۴ هـ ق.
۲۹. نرم افزار گنجینه آرای فقهی - قضایی، تهیه کننده: معاونت آموزش قوة قضائیه، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی
۳۰. واسطی زبیدی حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی (م ۱۲۰۵ هـ ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، اول، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، لبنان، ۱۴۱۴ هـ ق.
۳۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، بایسته های فقه جزاء، اول، نشر میزان، تهران، ایران، ۱۳۷۸ هـ ش.



A study of the nature of blood money from the perspective of Imami and Hanafi jurisprudence

Seyed Ahmad Agha Hosseini *

* PhD of Jurisprudence and Judicial Law, majoring in Judicial Procedure

Abstract

Determining the nature of blood money as an important part of Islamic criminal law has always been considered by scholars in the field of jurisprudence and law. Three views are presented in this regard: the criminal nature of diyat, the civil nature of diyat and the dual nature. The proponents of each of these views have cited for reasons that are mainly evidence of the rulings of Diyat to prove their theory. It is important to note that research into the nature of blood money as a religious truth is subject to evidence. The language of reason and signs that can be found in each of the propositions is a good guide to organize a proper answer to the question, what is the nature of blood money? But in the end it must be said that all these signs are symmetrical and give only one probable result, and it cannot be claimed with certainty: Diyat has a purely civil or mere criminal nature. One or both of them may not have been considered by the legislature and, for example, only the social interest required it.

A Comparative Study of Women's Judgment from the Perspective of Imami and Sunni Jurisprudence and the Influential Laws of Afghanistan

Sayed Aminullah Razmjo *

* PhD student, faculty member of the Faculty of Social Sciences, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

Presence in society and holding public office for women is one of the issues that has been raised between old and new jurisprudence, and some are trying to prove that women have the right to be in this position for Quranic, narrative and other jurisprudential reasons. They do not, and others, based on verses and hadiths, believe in the correctness of women's judgments. The reason for this duality of views is the lack of clarity in the inferential sources of the Shari'a rulings on whether or not a woman is allowed to judge. The claimants of the impermissibility of female judgment have relied on verses from the Holy Qur'an which indicate their purpose by interpretation and justification. This statement in the holy verse where the word man is mentioned indicates that the subject of the verse is being a man, which is the transfer of the administration of society, and by interpreting this verse and other verses, they have generalized the guardianship of men over women and to all aspects of life. Social, political and economic. Holding the position of judge for women, because it is a public matter, is not transferable and reserves for men; However, some of the old and more jurisprudential jurisprudences, especially the Hanafi jurisprudences, do not consider the reasons given by women for holding the position of judge as sufficient to prove the claimant, and there is no other reason for this claim. Using general arguments that include all members of society, it is said that women, like men, can take any position that they are qualified and able to hold and be in that position. Afghanistan's applicable laws make this clear. The law states that all citizens of the country, if they have the necessary scientific ability and expertise, can be placed in any government position, and there is no difference between men and women in this regard.

Keywords: Judgment, Judge Conditions, Female Judgment, Shiite Jurisprudence, Sunni Jurisprudence, Constitution and applicable laws.

Improper performance in Islamic law (with emphasis on Afghan law)

Dr. Sayed Abdullatif Sajjadi*

* Faculty member of the Faculty of Jurisprudence and Law, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

In civil law today, responsibilities and guarantees are based on two principles. One of the cases of guarantee against guarantees and responsibilities arising from contracts is non-contractual obligations, civil liability or coercive guarantee. The discussion of coercive safeguards has been postponed, and its implications require more detailed discussion. But in general, civil liability obliges the responsible person to pay damages and creates the right to claim damages for the injured party. Among the examples, cases and causes of coercive guarantee are improper performance and enforcement. The nature of improper performance in the form of specific examples will be realized when its conditions such as: surrender of property as performance, improper payment, mistake, reluctance and fraud in payment, which is the basis of responsibility, are realized. By realizing the examples of improper performance, effects such as: the requirements of the recipient of the property, such as the obligation to surrender the object or value of the property and the obligation to compensate its benefits, the recipient's transactions with the property and the obligor of the property are realized. One of the examples of coercive guarantee is improper resignation. Improper seizure of property other than personal. To benefit from non-reclaimed property without explicit or implicit permission, by express or implied permission. It is true that there is no contract in improper enforcement; but in order to achieve the wrongful resignation, it is necessary that the person who exploits it must have ordered the action and the work used must be both paid and not done as a donation. In the law of many countries, this legal entity is accepted as the rule of (Enrichissement sans cause) or (unjust enrichment) just coercion and source of civil liability.

Keywords: Compulsory Guarantee, Civil Liability, Improper Execution, Improper Enforcement, Unfair Possession, Misuse.

Evidence-based method of proving a crime from the perspective of jurisprudence contemporary with a look at Afghan law

Dr. Ali Ahmad Rezaei *

*Ph.D of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Academic Staff of Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

The method of evidence is one of the two theories on the evidence of crime, each of which has its own justification and basis; one is the system of legal evidence and the other is the system of spiritual evidence. Proponents of the first theory argue that the reasons for proof must be determined by the legislature, even the scope of validity of each reason must be clear, and the judge has no right to deviate from that framework in litigation. Whether conscience is satisfied or not; But the followers of the second theory allow the judge to rule by appealing to anything that leads them to the truth and convinces their conscience. Now, if we believe in the subjectivity of the evidence, merely presenting a reason, regardless of convincing the judge's conscience, is sufficient to prove the case. In other words, the system of legal evidence prevails; but if the opinion is based on the method of evidence, none of the evidence alone will reveal the truth of things, and then they can be factual to convince the judge. Different views have been put forward on the subject from a jurisprudential and legal point of view, which seems to have been accepted by the majority of Imami and Sunni jurists as well as the legislators of Afghanistan as the basis for the method of proving the evidence.

Keywords: method, subjectivity, evidence, conviction of judge, contemporary jurisprudence, Afghan law.

The ratio of kidnapping to moharebeh, corruption on earth and theft

Mohammad Eisa Fahimi*

* Master of Sharia, Faculty member of the Faculty of Jurisprudence and Law, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

One of the important issues in the discussion of abduction of individuals from the perspective of jurisprudence, which is reflected in the opinions of jurists, is to consider kidnapping as one of the special examples of moharebeh and corruption on earth and even more dangerous and evil than them; Because kidnapping minus other crimes that may be associated with it, cause major security damage to public health and public safety. Abduction has many criteria for the crime of moharebeh and corruption on earth. In this article, while reading the texts and opinions of jurists and reflecting on the words of Islamic jurists, the compatibility of the titles of Moharebeh and corruption on earth is examined and after defining these titles and expressing their relationship with the issue of kidnapping, it is shown that in Islamic jurisprudence The truth and inclusion of the titles of moharebeh and corruption on earth in the form of "thief of war", "moharebeh" and "corruption on earth" has not been questioned and has always been considered by jurists and a type of kidnapping, especially armed kidnapping can be subject to moharebeh punishments Karim has been sentenced.

Keywords: Abduction, theft, moharebeh, corruption on earth, cut off.

Extent of competence of key oversight bodies in the basic order of Afghanistan

Dr. Qasemali Sadaqat *

*Ph.D of Public Law, Faculty Member of the Faculty of Jurisprudence and Law, Khatam al-Nabi University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

Ensuring the goals and functions of basic oversight in any country is very important, which depends on factors, and one of them is the competence and scope of the basic oversight bodies. Therefore, in this research, the theoretical foundations of the scope and scope of basic supervision are first reviewed and evaluated. According to the theoretical basis, in the next step, the jurisdiction of the Supreme Court as the main court and judge has been carefully considered, which has various powers. In addition, the competencies of the Independent Basic Supervision Commission have been carefully considered. In each of the two discussions, it is not overlooked that the scope of competencies of both institutions is sufficient to ensure the objectives of basic oversight, and the purpose of the research is ultimately the same; It should be noted, however, that the extensive jurisdiction of the Supreme Court has not yet been able to meet the objectives and functions of basic oversight due to various factors.

Keywords: Basic Supervision, Independent Basic Supervision Commission, Supreme Court, Basic Judicial Jurisdiction, Scope and Range of Jurisdiction, Interpretation and Judicial Compliance Jurisdiction.

Criteria for sentencing and its effects on judicial justice

Dr.Abdul Karim Sekandari *

* Assistant Professor, Faculty Member of the Faculty of Jurisprudence and Law, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan

Abstract

Judgment criteria include guaranteeing the effective performance of criminal justice providers. In the present article, these criteria are discussed from the perspective of criminal philosophy. In a general view, the criteria for sentencing can be divided into the necessary criteria in the decision and the necessary criteria in the applicability. Acquisition of guilt, observance of fairness, justice, justification, documented and reasoned sentence are among the criteria that should be present in the drafting of the verdict and the decision form. The finalization of the sentence is one of the issues that provide the basis for the execution of the sentence and judicial justice. There are different theories about the certainty of the sentence; but in general it can be said that every final verdict is final; however, not every final judgment will be final, and a final judgment is a judgment whose time of appeal or appeal has expired or has not been challenged from the outset. Undoubtedly, the lack of any of these criteria will cause irreparable damage to the body of criminal justice. The possibility of trial and punishment of innocent people, the issuance of sentences contrary to the philosophy of criminal law and in general the lack of criminal justice and distrust of society towards the judiciary, is one of the least harms and negative consequences resulting from non-application of sentencing criteria.

Employment and Enjoyment; Conflict of Two Rights

Dr. Abdulali Mohammadi*

* Associate Professor, Faculty member of the Faculty of Jurisprudence and Law, Khatam al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan.

Abstract

In the traditional view, enjoyment is the right of the man and the woman is obliged to obey and obey her husband. In contrast, employment is one of the basic human rights of women, which may conflict with the right of enjoyment of men. The present article, considering the motivation and reason for employment, discusses this issue with regard to two factors: financial needs and jurisprudential limitations. According to jurisprudential views, women do not have any responsibility for meeting the financial needs and economic needs of the family, and as a result, this factor cannot justify women's employment; But women's employment in order to meet public needs and provide public services that are significant in social life, is associated with jurisprudential restrictions such as obedience to the husband and the prohibition of leaving the house. As a result, these two issues must be re-examined on the basis of jurisprudential arguments and theories. By studying jurisprudential theories in this regard, it becomes clear that both issues have been considered with two approaches: in the issue of obedience, one group on the absolute obedience of the wife to the husband and the other category on obedience bound to family affairs, especially the factor of enjoyment. , Emphasize. Similarly, in the matter of the prohibition of leaving the house, some consider the absolute prohibition; but they make exceptions for those cases; others, however, see it from the outset as bound by non-conflict with the husband's right of enjoyment. As a result, the employment of women in order to meet public needs, if accurately and logically assessed, will be legally justified according to the views of the second category; But at the same time, the conflict between the rights of enjoyment and employment remains.

Keywords: right, woman, family, employment, obedience, impermissibility, enjoyment, jurisprudence