





دوفصلنامه علمی-تحقیقی دانش حقوقی پوهنتون خاتم النبیین (ص)

سال سوم، شماره ۱ سوم، پیاپی (۹)، خزان و زمستان ۱۴۰۴

صاحب امتیاز: پوهنتون خاتم النبیین (ص)

مدیر مسئول: دکتر علی احمد رضایی

سر دبیر: دکتر قاسم علی صداقت

اعضای هیئت تحریر

رئیس پوهنتون شعبه غزنی پوهنتون خاتم النبیین (ص)	دکتر خادم حسین حبیبی
کادر علمی پوهنځی حقوق پوهنتون ابن سینا	دکتر صادق باقری
کادر علمی پوهنځی حقوق و علوم سیاسی علمی پوهنتون خاتم النبیین (ص)	دکتر عبدالکریم اسکندری
کادر علمی پوهنځی حقوق پوهنتون شهید بهشتی ایران، تهران	دکتر علی اکبر گرجی ازندریانی
کادر علمی و رئیس پوهنځی حقوق پوهنتون ابن سینا	دکتر عید محمد احمدی
کادر علمی پوهنځی حقوق پوهنتون شهید بهشتی ایران، تهران	دکتر محمد جلالی
کادر علمی پوهنځی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون خاتم النبیین (ص)	حسین داد کامران

ویراستار محتوایی و فنی: سید محمد سجادی

صفحه آرا و طراحی جلد: مجتبی احمدی

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

شماره تماس: ۹۳۷۸۷۷۰۰۷۰۰+

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

Web: srqjl.knu.edu.af

ISSN:911X-3007

رهنمود تدوین مقاله

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

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

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

یادآوری:

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

سرمدبیر در تلیخیص، اصلاح و ویرایش مقالات پذیرفته‌شده آزاد است؛

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

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

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

فهرست مطالب

- نگاهی به نظریه‌ی ذمه (۱) در فقه اسلامی (مفهوم و ویژگی‌ها) ۳
- نقش شورای امنیت در تصمیم‌گیری‌های دیوان کیفری بین‌المللی ۲۹
- تحرك اجتماعى و حق بر برابرى فرصت در افغانستان ۴۵
- حق بر دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل «با مطالعه موردی حمله روسیه به اوکراین» ۶۷
- مهریه در حقوق افغانستان؛ مقدار، شرایط، عوامل استقرار و ضمانت اجرا ۹۱
- بررسی شرط اسقاط حق طلاق از شوهر در ضمن عقد نکاح از منظر فقهای حنفی ۱۱۳
- پیوند عضو جداشده در اثر اجرای حد و قصاص (مطالعه تطبیقی در فقه جعفری و حنفی) .. ۱۲۹
- استثنائات کنوانسیون سنگاپور در اجرای توافق نامه‌های میانجیگری با تأکید بر حقوق کار و مصرف‌کننده (مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی افغانستان و ایران) ۱۶۷
- میانجیگری و میانجی‌پذیری منازعات تجاری (مطالعه تطبیقی در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹) ۱۹۱
- جرم ترک انفاق در نظام حقوقی افغانستان با نگاهی بر حقوق ایران ۲۱۵
- اصول جرم‌انگاری و چالش‌های آن در نظام جزایی افغانستان ۲۴۵
- بررسی تحلیلی منع شکنجه در فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی ۲۶۱

سخن نخست؛ فرهنگ علمی ضعیف؛ چالش اساسی تحقیقات معیاری

الحمد لله رب العالمین و الصلوه و السلام علی رسوله الکریم و علی آله و صحبه اجمعین
و بعد:

فرهنگ علمی ضعیف در کشور از عوامل عدم اجرای تحقیق معیاری است. بسیاری از تحقیقات از سوی نویسندگان مختلف برای اخذ مدرک انجام می‌شود و انگیزه برای تحقیق به معنای واقعی وجود ندارد. مبارزه با این عوامل نیازمند ضعیف شدن فرهنگ منفی مدرک گرایی است. از سوی دیگر، فقدان فرهنگ نقد علمی در کشور نیز عاملی است که تحقیقات رشد و توسعه پیدا نکند. نهادینه‌سازی فرهنگ نقد علمی و ترویج آن در جامعه نیازمند برنامه‌های کوتاه‌مدت و بلندمدت است. این موضوع از سوی نهادهای مسئول و متصدی تحقیق باید جدی گرفته شود و در ابتدا به صورت دستوری فرهنگ نقد به نحوی ترویج گردد. فقدان استقلال و بی‌طرفی در امر تحقیق موجب می‌شود که محقق نتواند تحقیق استاندارد اجرا نماید و عوامل بیرون و درونی نامناسب بر بیان دیدگاه‌ها تأثیرگذار است. استقلال به معنای عدم تأثیرگذاری عوامل بیرونی نابجا بر تحقیقات و بیطرفی؛ یعنی عدم تأثیر عوامل نابجای درونی بر تحقیقات که در تحقیقات حوزه علوم انسانی بیشتر مشهود است. وارستگی در برابر وابستگی دورنی و بیرونی موجب ضعف تحقیق معیاری است. خوگرفتن با استقلال و بیطرفی، فرهنگی است که از طفولیت در انسان باید تقویت و نهادینه شود و پدیده‌ای است که تابع عوامل بلندمدت است؛ اما این مسایل بر بهبود و ارتقای آن نقش اساسی دارد: ۱. رعایت اصول اخلاقی و حرفه‌ای؛ یعنی پای‌بندی به صداقت علمی، شفافیت در روش تحقیق و اجتناب از منافع شخصی و غیر شخصی؛ ۲. شرایط محیطی و نهادی: محقق نباید از سوی نهاد تحت فشار باشد در بیان آرا و نظرات و از سوی دیگر باید از استقلال مالی لازم برخوردار باشد. همین‌طور نهادهای علمی و آکادمیک مربوطه از محقق حمایت نماید؛ ۳. فقدان تعصب یا کم‌رنگ بودن آن بر تقویت فرهنگ علمی اثرگذار است اما وجود آن سم مهلک برای فعالیت‌های علمی و تحقیقی است و ۴. آزادی بیان: محقق در چارچوب شرع از آزادی بیان باید برخوردار باشد و گرنه بدون آزادی بیان نمی‌توان شاهد تحقیق معیاری بود. در صورت

آزادی بیان می‌توان تحقیق معیاری انجام داد تا جامعه از آن بهره‌مند گردد. چنانکه در قرآن کریم آمده است: «وَالَّذِينَ اجْتَنَّبُوا الطَّاغُوتَ أَنْ يَعْبُدُوهَا وَأَنَابُوا إِلَى اللَّهِ لَهُمُ الْبُشْرَىٰ فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُو الْأَلْبَابِ.»
الزمر/ ۱۸ و ۱۸.

سردبیر



نگاهی به نظریه‌ی ذمه (۱) در فقه اسلامی

(مفهوم و ویژگی‌ها)

سید یعقوب عارفی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۹/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۱۲

چکیده

نظریه‌ی ذمه در فقه اسلامی، خاستگاه و پایگاه بسیاری نهادها (مانند: شخصیت حقوقی و اهلیت وجوب) و مسایل فقهی (معاملات با مال کلی) است. فقیهان مذاهب اسلامی (جعفری، حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی)، در مفهوم آن، دیدگاه‌های گوناگونی را طرح کرده‌اند. این نوشته با روش توصیفی-تحلیلی، و گردآوری مطالب کتابخانه‌ای، و به هدف تقریب دیدگاه‌های مذاهب معروف اسلامی در معنای ذمه، و نشان دادن حاکمیت روح واحد بر ماهیت مسأله، تلاش، ورزیده است که دیدگاه فقیهان مسلمان (انکار ذمه، ذمه به معنای ذات انسان، صفت انسان، معنایی در انسان، و فضای فرضی برای تعهدات کلی در شخص) را به میزان توان در این زمینه به بازکاوی و بازاندیشی سپارد، و مفهوم ذمه را به «ظرف اعتباری حقوق و تعهدات مالی و غیر مالی رمزی و وضعی در شخص»، مجمع عمومی و فضای سازگاری تمام نظریه‌هایی این وادی شناسد.

واژگان کلیدی: ذمه، اهلیت وجوب، نفس انسان، صفت حقیقی، وصف اعتباری، فضای فرضی تعهدات.

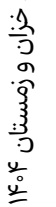
* کادر علمی دبیرتمنت حقوق، پوهنحی حقوق و علوم سیاسی، پوهنتون خاتم النبیین (ص)

۱- تبیین مسأله: اثربخشی و کارایی ذمه (فضای فرضی تعهدات کلی یا اموال اشاره‌ای در شخص) به طور کلی، مورد پسند و پذیرش فقه اسلامی است، ولی فقیهان مذاهب پنج‌گانه‌ی اسلامی (جعفری، حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی) در مفهوم آن هماهنگی همگانی ندارند. از سویی، پاره‌ی از فقیهان، ذمه را «موجود مادی»، برخی، آن را «صفت انسانی» یا «معنایی در مکلف» می‌بینند، و بسیاری دیگر بر «محل اعتباری بودن ذمه» تأکید دارند. هویدا است که تا مفهوم ذمه از نگاه فقه اسلامی آشکار نشود، احکام مربوط به ذمه، از پهنای ابهام‌رهایی نمی‌یابند. این همه تفاوت دیدگاه‌ها، پرسش‌هایی پیرامون «چیستی و چگونگی ذمه در فقه اسلامی» را تازه می‌سازد.

۲- اشاره به پیشینه‌ی پیدایش و پژوهش: پیشینه‌ی پیدایش «ذمه» به عصر رسالت باز می‌گردد، جلوه‌های آن در آیات قرآنی

(توبه/۸ و ۱۰) و روایات نبوی و علوی (که خواهد آمد) دیده می‌شود. پس، پیشینه‌ی پژوهشی ذمه از آغاز فقه‌نگاری و اصول‌فقه نویسی ریشه می‌گیرد، زیرا اصولیان و فقیهان مسلمان در بحث اهلیت انسان برای احکام شرعی، نگاهی به «ذمه‌ی آدمی» هم داشته‌اند، ولی طرح فنی آن در قالب و قامت «نظریه‌ی ذمه در فقه اسلامی» از میان نوشته‌های مورد دست‌رس، می‌توان در کتاب «الحق و الذمه و تأثیر الموت فیهما»، علی خفیف، کتاب «الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید، ج ۳»، مصطفی احمد الزرقا، و شکل و محتوای استدلالی‌تر و پیراسته‌تر (پیراستگی از عهده) آن را در نوشته‌ها و درس‌های شهید محمد باقر صدر (موسوعه الشهدید الصدر؛ محاضرات تأسیسه، ج ۲۱) و «بحوث فی الفقه المعاصر، ج ۱»، تألیف حسن جواهری مطالعه نمود. مقاله‌های فارسی هم در این زمینه نگارش یافته‌اند، مانند: «ذمه و عهده در فقه شیعه»، نوشته‌ی دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی (۱۳۹۱)، «ذمه و عهده از دیدگاه فقه امامیه با رویکردی بر نظرات امام خمینی»، نگاشته‌ی سید محمد موسوی بجنوری و فایزه مقتدایی (۱۳۹۲)، و «مطالعه ذمه در فقه اسلامی و دارایی در حقوق کلاسیک فرانسه با تأکید بر فقه عامه»، نوشته‌ی محمدعلی سعیدی و مصطفی شاهبازی (۱۳۹۹). هدف اصلی هیچ‌یکی از این مقالات، مطالعه‌ی تطبیقی نظریه‌ی ذمه در فقه مذاهب پنج‌گانه‌ی اسلامی نبوده است.

۳- دسته‌بندی مطالب: گوناگونی دیدگاه‌های فقیهان اسلامی در مفهوم ذمه، بر چهره‌ی آن آشوب و آشفتگی افکنده است، لذا نخست، «معنای ذمه» مطالعه می‌شود (گفتار یکم)،



وانگاه نگاهی به «ویژگی‌های ذمه» می‌رود (گفتار دوم). بحث‌های «رابطه‌ی ذمه با نهادهای مشابه» و «پیدایش و پایان ذمه و آثار ذمه» واگذار به آینده می‌شود.

گفتار یکم: مفهوم ذمه در فقه اسلامی	گفتار دوم: ویژگی‌های ذمه از نگره فقیهان مسلمان
------------------------------------	--

گفتار یکم: مفهوم ذمه

عالمان مسلمان در معنای «ذمه» هماهنگی همه‌جانبه ندارند؛ هر مذهب فقهی، بلکه فقیهان یک مذهب در مفهوم آن، مسلک‌های گوناگونی را پیموده‌اند و برای تعریف‌شان از ذمه دلایلی هم فرا چیده‌اند. و البته، برگزیدن هر مفهومی تأثیر و تابندگی خود را در باب احکام (بحث‌های آینده) نشان می‌دهد؛ یعنی پردازش و پذیرش هر تعریف از ذمه، در نحوه و دامنه‌ی احکام اثرگذار است و تلاش و تکاپوی مفهومی تنها «بحث علمی و نظری» نیست، بلکه «ثمره‌ی فقهی و میوه‌ی عینی» هم دارد. کم‌ترین فایده‌ی آن «شناسایی و جلادهی موضوع حکم» است.

افزون بر آن، مفهوم‌کاوی در وادی ذمه، دو گزینه‌ی گرامی و گوارا را آشکار می‌سازد: یکی، هماهنگی دیدگاه‌های فقیهان گوناگون از مذاهب گوناگون: فقیهانی از مذاهب فقهی (جعفری، حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی) در «گزینش مفهوم دل‌خواه»‌شان از ذمه‌گردم آمده‌اند، تمایل مذهبی خاص، سبب‌گرایش به گزینش مفهوم خاص هر مذهب نگشته است. چنان نیست که فقیهان مذهب جعفری، به دلیل‌گرایش و نگرش ویژه‌ی‌شان بر تعریف ویژه که ویژه‌ی مذهب جعفری باشد، تأکید و تمرکز ورزند، یا عالمان شافعی و سایر مذاهب، «تعریف ذمه» را با «تمایل مذهبی خاص» درهم‌آمیزند. همین مسأله از «آزادی علمی و استقلال استنباطی»، «همسانی‌ها و هم‌سوئی‌ها» و «هم‌خوانی‌ها و هم‌خواهی‌های مذاهب فقهی اسلامی» پرده بر می‌دارد. کم‌تر تعریفی از ذمه را می‌توان یافت که دیدگاه برخی از عالمان حنفی یا جعفری و یا مثلاً دانشمندان شافعی در آن دیده نشود. دیگر: آسودگی بررسی و نقد دیدگاه فقیهان: هرگاه یک دیدگاه اختصاص به یک مذهب فقهی نباشد و عالمانی از هر مذهب یا بیش‌تر مسلک‌ها در آن مشاهده شود، بررسی و ارزیابی دیدگاه و دلایل دور از «تنازع مسلکی» و «تعارض مذهبی» صورت می‌گیرد و نوشته از «ایهام و اتهام طرف‌داری» پیراسته می‌گردد. با این همه، «تفاوت دیدگاه مشهور هر مذهب» را نمی‌توان کتمان کرد و یا پنهان داشت، ولی سرشت «پژوهش علمی»، بررسی‌ها و ارزیابی‌ها، توجیه‌کننده و چاره‌ساز است و همیشه هم، چنین بوده است. باری، به دلیل آمیختگی و گوناگون‌گونی دیدگاه‌ها،



«مفهوم‌کاوی ذمه» ضرورت می‌یابد (۱)، وانگاه باید دلیل و دلایل دیدگاه (گزینش مفهوم) را بیان داشت (۲)، سپس برای روشنایی مفهومی و آسودگی داوری، ناگزیر، به بررسی و احیاناً نقد استدلال‌ها و استنادها پرداخت (۳):

واژه‌نگاران، «ذمه» را امان (پناه)، عهد (پیمان)، ضمان (مسئولیت)، حمایت (پشت‌بانی) معنا نموده‌اند (ابن منظور ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۲۱. ازهری شافعی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۲۶) ولی به نظر می‌رسد: معنای اصلی «ذمه»، نکوهش فزاینده (مرتبه‌ی شدید ملامت) و سرزنش ویژه (بابت شکستن آنچه بر شخص نهاده شده) در برابر ستایش و نوازش فزاینده است (مصطفوی ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۳۱ و ۳۳۲. ابن فارس ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۳۴۵. راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۳۳۱)، زیرا این معنا در همه‌ی ساخت‌ها و شاخه‌ها (اشتقاق‌ها)ی این واژه مشاهده می‌شود.

الف: بی‌معنایی ذمه

نخست اشاره‌ی بسیار گذرا به «طرح دیدگاه (۱)، وانگاه به «دلایل دیدگاه» (۲) و سپس «بررسی دیدگاه» (۳) می‌رود:

۱- طرح دیدگاه

از نگاه برخی دانشمندان، «ذمه»، واژه‌ی بی‌معنا و اصطلاحی بی‌مبناست. در میان نوشته‌های اصولی و فقهی مورد دست‌رس، گویا تنها دانشمند مسلمان اهل سنت که آشکارا «اندیشه یا نظریه‌ی ذمه» را از ترهات (خیال‌های فقیهانه و توهم‌های کودکانه) خوانده، و عقل و شرع را بی‌نیاز از آن دانسته است، محمد فخر رازی است (فخر رازی ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۳۲۰). از عبارت او دو نکته برداشت می‌شود: اولاً: بی‌معنایی ذمه: «ذمه» یکی از واژه‌هایی است که معنایی روشن و یا حتا مبهم در فقه ندارد و کاملاً بی‌معنا (ترهات) است. برخی فقیهان بدون فهم مفهومی و تصویر واقعی، آن را در فقه آورده و احکامی را بر آن استوار ساخته‌اند. ثانیاً، بی‌معنایی ذمه: پرداختن و تلاش ورزیدن پیرامون ذمه، هیچ‌مبنایی ندارد، نه ضرورت عقلی آن را توجیه می‌کند، و نه نیاز شرعی بر آن توجه می‌دهد. پس بحث ذمه، بیهود است.

۲- دلایل دیدگاه

در نگاه فخر رازی، دلیلی برای اعتبار ذمه نیست، حقوق و تکالیف را شارع بر خود انسان تعلق می‌دهد. در ثبوت حقوق و تکالیف، بیان و دستور شارع کافی است، غیر از احکام و انسان، محلی وجود ندارد که پذیرش‌گاه حقوق و تکالیف باشد. در واقع دو دلیل دارد:

۲-۱) فقدان دلیل عقلی و نقلی بر وجود ذمه

سنجش‌گری عقل (تعقل) و تلاش‌ورزی فکر (تفکر) در وجود انسان، چیزی از «ذمه» نمی‌یابد و انسان هر اندازه تلاش ورزد، ذمه را از امور معنوی فطرت انسان (مانند: عقل و فهم) و از امور مادی طبیعت آدمی (مانند: قلب و زبان) پیدا نمی‌کند. از سوی دیگر، در آیت قرآنی یا روایت نبوی و رفتار بزرگان دین هم نمایه و نشانه‌ای از «ذمه» یافت نمی‌شود. این تلاش بی‌حاصل، نشانه‌ی آن است که «ذمه» دلیل عقلی و نقلی ندارد و از «ترهات» (بر ساخته‌های برخی از عالمان) است (فخر رازی ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۳۲۰).

۲-۲) کفایت دستور شارع برای تعلق تکلیف بر انسان

از منظر عرف و شرع معقول است که بر «محض دستور شارع»، تکلیف بر انسان تعلق گیرد و نیازی بر تراشیدن و چسبانیدن موجود موهومی به عنوان «ذمه» نیست. یعنی هرگاه شارع، تکلیف را «وضع» کند، همین وضع برای تعلق آن بر خود انسان (نه ذمه‌ی انسان) کافی است. کسانی که از فهم همین نکته‌ی بدیهی بازمانده‌اند، کلمه‌ی بی‌معنای «ذمه» را به میان آورده و در «ترهات» دمیده‌اند (فخر رازی ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۳۲۰).

۳- نقد دیدگاه

گروهی از اصولیان حنفی و شافعی، «نظریه‌ی انکار ذمه» را به پاره‌ای از عالمان (بدون نشان مشخص) نسبت داده و به نقد گرفته و گفته‌اند: برخی که بوی فقه را در تألیف اصول‌فقه خویش نشنیده‌اند، قرار گرفتن مال در ذمه را بی‌معنا دانسته‌اند و یا می‌پندارند که ذمه از اختراع‌ها و برساخته‌های فقیهان بوده و از مسأله‌ی «وجوب حکم بر مکلف»، «تعلق آن بر ذمه» تعبیر کرده‌اند، در حالی که نهاد ذمه، معقول عرفی و شرعی بوده و با اجماع ثابت است. کسی که ذمه را به انکار گیرد، به مخالفت اجماع برخاسته است (بخاری حنفی ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۳۸. تفتازانی شافعی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۲۱) و چنان اشخاصی توجیهی روشنی برای قرارگاه احکام و تفسیر واژه‌ی ذمه در روایات و فقه ندارد (فتاوی ۱۴۳۱، ص ۱۰۴). پس در نقد انکار ذمه سه دلیل آورده‌اند:

۳-۱) وجود اجماع بر وجود ذمه

وجود ذمه از موارد اجماعی در فقه اسلامی است. فقیهان مسلمان از مذاهب اسلامی گوناگون آن را پذیرفته و احکامی را بر آن بار نموده و احکامی را از باب آن توجیه و توضیح داده‌اند؛ شخصی که به انکار ذمه برخیزد، به مخالفت اجماع مسلمانان برخاسته است (بخاری حنفی ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۳۷).



سخن چنان شخصی در پهنای پذیرش فقیهانه راه نخواهد یافت. به راستی، مخالفت با اجماع عالمان، «بسیار دشوار و خطرناک...» است (سبکی ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۶۳).

۲-۳) وجود دلیل عقلی بر وجود ذمه

احکام از امور اعتباری-شرعی هستند، نه از موارد تکوینی و حقیقی. تعلق احکام اعتباری به قرارگاه اعتباری نیاز دارد (زرقا ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۹۹). قرارگاه اعتباری همان «ذمه» که متعلق احکام قرار می‌گیرد و در فقه و اصول فقه مطرح و بحث شده است، بحث ذمه در سراسر سیر فقه مطرح بوده، نمی‌توان آن را انکار کرد (فتاوی ۱۴۳۱، ص ۱۰۴).

۳-۳) وجود دلیل نقلی بر وجود ذمه

روایات فراوان (در بحث‌های بعدی خواهد آمد) بر وجود ذمه دلالت دارند، بلکه آن روایات حاوی و حامل واژه‌ی «ذمه» است نادیده‌انگاری ذمه، خلاف روایات ذمه شمرده می‌شود (تفتازانی شافعی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۲۱).

به هر حال، انکار ذمه، امروزه، در قالب یک دیدگاه قابلیت طرح علمی نخواهد داشت و در میان فقیهان اسلامی، نظریه‌ی شناخته‌شده و پیرودار نیست، ولی پذیرندگان نظریه‌ی ذمه، در معنای آن گرفتار چهار گرایش، یعنی «ذات شخص»، «صفت شخص»، «معنایی در مکلف» و «فضای فرضی حقوق و تکالیف در شخص» گردیده‌اند:

ب: دیدگاه ذمه به مثابه‌ی ذات شخص

نخست، به «طرح دیدگاه» (۱)، و انگاه دلایل دیدگاه» (۲) و سپس به «نقد دیدگاه» (۳) پرداخته می‌شود:

۱- طرح دیدگاه

در نگاه برخی از فقیهان حنفی، شافعی و جعفری، ذمه «ذات شخص» است:

گروهی از عالمان پیشین حنفی ذمه را «نفسی که بر آن عهدی است» دانسته و انسان را از زمان زاده‌شدن «دارای ذات و ذمه‌ی که حق و تکلیف بر آن تعلق می‌گیرد» معرفی کرده و آن را اجماعی گرفته‌اند (بزدوی حنفی ۱۴۱۷، ص ۳۲۴. جرجانی حنفی ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۱۴۳). هرگاه گفته شود: «مال بر ذمه‌ی او ثابت گردید»، «مشغولیت ذمه یافت» یا «فراغت ذمه گرفت»، مرادشان از «ذمه»، «ذات آدمی» است و لفظ ذمه را جایگزین نفس و ذات می‌سازند. آن امر بر ذمه‌ی اوست، یعنی بر ذات و نفس او قرار داد (نوی ۱۹۹۶، ج ۳، ص ۱۰۶). مراد از نفس، همان چیزی

است که هر شخص از آن «من» تعبیر می‌کند و مقصود از «عهد سابق»، پیمانی است که آفریدگار و انسان در روز میثاق بسته‌اند (نسفی حنفی ۱۳۰۸، ص ۳۳۳). منظور از حقوق آدمیان، مالی است که در ذمه‌ی شخص قرار می‌گیرد و مراد از حقوق پروردگار، شایستگی ادا و ابتلا (امتحان) خواهد بود تا فرمانبران از نافرمانان تمایز یابند (بخاری حنفی ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۳۷).

برخی از دانشمندان شافعی هم به باور گروهی از اصولیان پیشین حنفی، بی‌میل نیستند (فتنازانی شافعی ۱۴۱۶، ج ۲، ۳۲۲). عبارت یکی از فقیهان امامیه، تمایل به این نظر را نشان می‌دهد: معنای اشتغال ذمه‌ی انسان به حق، اشتغال نفس یا گردن او از جهت این‌که آن حق لازم و همراه اوست، می‌باشد. کاربردهای عجمیان که ذمه را به «گردن» یا واژه‌های مشابه تعبیر می‌کنند، هم همین معنا (نفس انسان) را می‌نمایاند، زیرا گردن رکن مقوم انسان است (قزوینی ۱۴۲۴، ج ۵، ص ۸۸۸).

۲- دلایل دیدگاه

دلیل دیدگاه را می‌توان در برداشت از آیات سه‌گانه‌ی «روز میثاق» (اعراف/۱۷۲)، «امانت الاهی» (احزاب/۷۲) و «نامه‌ی اعمال» (اسراء/۱۳) مشاهده کرد. با این توجیه که «پیمان بستن آفریدگار با آدمی در عالم ذر»، «پذیرفتن انسان امانت الاهی»، یعنی احکام شرعی را و «آویخته شدن اعمال به گردن بشر» نیاز به ذات دارد و آن «کل انسان»، یعنی «ذات و نفس و واقعیت انسان» است (سغناقی حنفی، ۱۴۲۲، ج ۵، ص ۲۱۴۱ و ۲۱۴۲. بخاری حنفی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۲۴۲).

۲-۱) گواه‌گرفتن آفریدگار از ذات انسان در عالم ذر

آیت ۱۷۲ سوره‌ی اعراف راهنمایی می‌کند: خداوند از «ذریه‌ی انسان» بر «ربّ بودن» خود گواه گرفته، و آدمیان در عالم ذر، بر «پروردگاری پروردگار» گواهی داده‌اند، بنابراین نمی‌توانند در روز رستاخیز خودشان را از بی‌خبران شمارند. این آیت می‌رساند که آفریدگار، انسان را «محل امانت = حقوق و تکالیف» خود آفریده و با عقل و ذمه کرامت داده است. به سبب ذمه، آدمیان شایستگی حقوق و تکالیف الاهی را یافته‌اند. خلقت انسان واقعی است، ذمه که همراه آفرینش انسان بوده، نیز واقعی است. پیمان و گواهی در عالم ذر، میان ذات اقدس، و ذات حقیقی (نفس و روح واقعی) انسان بوده است. از روایات (نقل سعید بن جبیر از ابن عباس، ابن مسعود و بسیاری دیگر)، نیز دریافت می‌شود که میثاق و شهادت در عالم ذر، واقعی بوده



است. پس، ذمه امر واقعی، یعنی نفس و ذات انسان است که قرارگاه حقوق و تکالیف قرار می‌گیرد (جرجانی حنفی ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۱۴۳).

۲-۲) آویختن نتایج اعمال بر گردن انسان

آیت ۱۳ اسراء از آویخته شدن اعمال یا نتایج اعمال در گردن آدمی دارد. مقصود از «گردن» ذات و نفس انسان است، وگرنه آویختن عمل یا آثار عمل بی معنا می‌شود. به بیان دیگر: عمل انسان واقعی است، امر واقعی باید بر قرارگاه واقعی گذاشته یا آویزان شود. از آن رو که گردن، تعبیری از «ذمه» است و عمل بر آن «آویزان» گردیده، پس مقصود ذات و نفس انسان است و ذمه همان خود آدمی خواهد بود. آیت ۷۲ احزاب، انسان را حامل «امانت الاهی (حقوق و تکالیف) معرفی می‌کند. آن امانت واقعی در ذمه‌ی آدمی نشسته است، پس ذمه را باید مساوی با واقعیت و ذات انسان گرفت (بزدوی حنفی ۱۴۱۷، ص ۳۲۴ سغناقی حنفی، ۱۴۲۲، ج ۵، ص ۲۱۴۱ و ۲۱۴۲).

البته، عبارت‌های یادشده، ظرفیت و ظرافت توجیه به بیان‌های دیگر را هم دارند. به هر روی، این گروه، ذمه را وجود مادی حقیقی تجسم یافته در ذات انسان گرفته‌اند تا امر فرضی و اعتباری، پایگاه احکام شرعی قرار نگیرد، وگرنه آشوب و آشفتگی در پایگاه احکام شرعی روی می‌دهد (زرقا ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۹۹).

۳- بررسی دیدگاه

بنا بر نظریه‌ی سایر فقیهان و اصولیان حنفی و شافعی، هم مدعا و هم دلیل گرفتارِ تلاشی دور از پذیرش است:

۲-۱) ذات نبودن ذمه

ذمه، ذات و نفس انسان نیست، زیرا: اولاً، دشواری تصویر ذات اعتباری: انسان هم ذات واقعی داشته باشد که آن را آفریدگار آفریده است و ذات دیگری را خردمندان اعتبار کنند که محل تعلق حقوق و تکالیف قرار گیرد. اراییه چنین تصویری از ذات انسان دور از تحمل ذهن عقلایی خواهد بود. تعریف ذمه به «ذات انسان» چنان دور از روش فقهی است که برخی از دانشمندان ماهر حنفی به توجیه عرف‌پسندانه‌ی آن پرداخته‌اند: «انگیزه‌ی تعریف ذمه به نفس انسان، این بوده که ذمه را موجود مادی واقعی تصویر کند تا احکام شرعی بر امر فرضی که وجود واقعی ندارد، مبتنی نگردد؛ اما این تأویل هم پیروان آن را از دیار «اعتبار» رهایی نداده، چون تعلق دیون به نفس انسان، تعلق اعتباری است» (زرقا ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۹۹).



ثانیاً، بی‌نیازی از نامیدن ذات انسان به ذمه: اگر مراد از ذمه، «ذات و نفس واقعی انسان» باشد، به آن معنا خواهد بود که نام دیگری ذات انسان، ذمه‌ی انسان است و تکلیف به ذمه‌ی آدمی تعلق می‌گیرد. در این صورت، بازی با الفاظ می‌شود که دور از شأن و شوکت فقها می‌باشد و چرا واجبات الاهی به نفس ذات انسان تعلق نگیرد؟! وانگهی، این نظریه به دیدگاه انکار ذمه (نظریه‌ی محمد فخر رازی) باز می‌گردد که خود این عالمان، انکار ذمه را به انکار بستند. ثالثاً، نادرستی تعریف ضمان: اگر ذمه به ذات واقعی آدمی تصویر شود، دیدگاه مشهور فقیهان اهل سنت که ضمان را «ضم ذمه به ذمه» تعریف نموده‌اند، گرفتاری دشواری خواهد شد، چون پیوست ذات انسان به انسان دیگر برای ذهن مردم بسیار دشوار خواهد بود. رابعاً، بی‌نیازی از تصویر ذات اعتباری: با وجود راه دیگر (مثلاً تصویر ذمه به عنوان ظرف اعتباری در انسان) نیازی به ذات‌پنداری ذمه نیست.

۲-۲) پذیرفته‌نبودن استدلال

استوارساختن ذمه را بر مفاد آیت مبارک «عهد در عالم ذر» و «حمل امانت الاهی»، توجیهی تفسیری مطلوب ندارد، زیرا با وجود تفسیرهای گوناگون از آیت ۱۷۲ سوره‌ی اعراف، در نهایت، آیت مزبور، مربوط به «توحید فطری» (وجود روح توحیدی در نهاد آدمی) خواهد بود (زحیلی، ۱۴۱۱، ج ۹، ص ۱۵۷-۱۵۹. مکارم شیرازی ۱۳۷۱، ج ۷، ص ۴-۸). یعنی، انسان با نهاد توحید آفریده شده است و مراد از آن «عهد» به معنای قرارگرفتن در ذمه نیست. مفسران، آیت ۷۲ سوره‌ی احزاب را به گونه‌های گوناگون تفسیر کرده‌اند و سازگارترین تفسیر، مراد از «امانت الاهی»، «خلافت خدایی» در زمین خواهد بود (مکارم شیرازی، پیشین، ج ۱۷، ص ۴۵۳)، نه «احکام شرعی»، تا فرایض و واجبات طبق آیت یادشده به ذمه تعلق گیرد. مفسران اهل سنت، واژه‌ی «طائر» در آیت مذکور را «عمل صادر از انسان» (عمل واقعی آدمی) معنا کرده‌اند که همسان زنجیر با گردن، ملازم او بوده و از وی جدا نمی‌گردد (فخر رازی ۱۴۲۰، ج ۲۰، ص ۳۰۸. زحیلی ۱۴۱۱، ج ۱۵، ص ۳۴). قرآن مجید از تمثیل محسوس بهره گرفته است و این دلیل نمی‌شود که مقصود از آن، ذمه و مراد از ذمه، ذات انسان است، مگر از باب مجاز، هم‌چنان که برخی توجیه کرده و آن را نامیدن محل به اسم حال معرفی نموده‌اند (تفتازانی شافعی ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۲۲).

پ: دیدگاه ذمه به مثابه‌ی صفت شخص

بیان مقصود دیدگاه (۱)، دلایل دیدگاه (۲) و بررسی نظریه (۳) به اشاره می‌رود:

۱- طرح دیدگاه

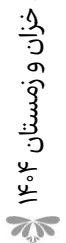
بیش‌تر فقہیان، ذمه را «وصف شرعی که توسط آن شخص اهلیت داراشدن حق و تکلیف را می‌یابد» (ابوالحاج و دیگران ۲۰۰۷، ص ۴۰۰۲) یا «صفتی که به شخص شایستگی می‌دهد تا حقی برای او یا بر او جریان یابد»، تعریف نموده‌اند (زرقا ۱۴۰۹، ص ۱۰۵) و چنین تعبیری در بسیاری کتاب‌های حنفیان، مالکیان، شافعیان و حنبلیان دیده می‌شود (ابن عابدین حنفی، ج ۵، ص ۲۸۱. خرسی مالکی ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۲۱۷. سیوطی شافعی ۱۴۲۹، ص ۳۷۰. نمله، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۲۲). در این تعریف، ذمه، صفت فطری، عقلایی یا شرعی پدیدآورنده‌ی اهلیت و صلاحیت در شخص، جهت بهره‌مندی از حق و تکلیف است.

۲- دلایل دیدگاه

آنان مشروعیت ذمه را بر مفاد آیت ۱۷۲ اعراف و ۷۲ احزاب که در نظرگاه نخست بیان شد، استوار ساخته‌اند: هر دو آیت یادشده، دلیل روشن هستند بر وجود خصوصیت و ویژگی در آدمی که بار تکلیف را حمل می‌کند:

۱-۲) وجود صفتی برای شایستگی تکالیف الهی

این دیدگاه، به مفاد آیت ۱۷۲ سوره‌ی اعراف استناد جسته‌اند: گواهی بر پروردگاری پروردگار، راهنمایی می‌کند که در انسان، صفت شایسته و خصوصیت بایسته برای «پیمان‌بندی و گواهی‌دهی» وجود دارد. قرارگاه پیمان و گواه، ذات انسان نیست، پس صفت آدمی است که آن را «ذمه» نام نهاده‌اند. بیان گسترده‌تر: هنگامی که آفریدگار، انسان را از میان سایر جنندگان موضوع حقوق و تکالیف قرار داده است، پس باید آدمی، خصوصیتی داشته باشد که به وسیله‌ی آن خصوصیت، اهلیت برای داراشدن حقوق و تکالیف را بیابد. این ویژگی، تمایزدهنده‌ی انسان و حیوان بوده و همان ذمه است. بر همین پایه، بسیاری فقیهان، بر صفت بودن ذمه تأکید می‌ورزند (دهلوی حنفی ۱۴۲۶، ص ۴۹۱. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۲۷، ج ۷، ص ۱۵۲. ابوالحاج ۲۰۰۷، ص ۴۰۰۲) ذمه، صفت سببی برای اهلیت تمتع خواهد بود. اگر ذمه نباشد، انسان اهلیت تمتع (اهل و جوب) و داراشدن حقوق و تکالیف را نخواهد یافت، وانگهی، آدمیان بدون حقوق و تکالیف خواهند گردید.



۲-۲) وجود صفتی برای حمل امانت الهی

آیت ۷۲ سوره‌ی احزاب، ماجرای اهمیت و هیبت «امانت الهی» را مطرح می‌کند. این امانت، چنان سنگین و سهمگین بوده که آسمان و زمین و کوه‌ها از پذیرش، هراسناکانه و بیم‌مندانه خودداری می‌ورزند، تنها انسان، پذیرای آن می‌گردد. بنابراین، در وجود انسان، خصوصیتی است که «ظرف امانت آفریدگار» باشد، آن خصوصیت، «ذمه» است، و به سبب ذمه، آدمی، قرارگاه تکالیف و حقوق قرار می‌گیرد (ابوالحاج ۲۰۰۷، ص ۴۰۲).

۳- بررسی دیدگاه

در بررسی آن می‌توان یادآوری کرد:

۱-۲) صفت نبودن ذمه

بنا بر صفت بودن ذمه، یا باید آن را صفت واقعی و یا صفت اعتباری شرعی و عقلایی شمرد. از عبارت برخی از فقیهان که ذمه را همان «عقل» (رباط ۱۴۳۰، ج ۱۲، ص ۱۶) یا «همتای عقل» که خداوند آدمی را به عقل و ذمه کرامت داده است (سرخسی ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۳۳۴) یا صفت فطری (عجم ۱۹۹۸، ج ۱، ص ۳۰۰) معرفی کرده‌اند، فهم می‌شود که ذمه نیروی واقعی و صفت ذاتی در انسان است، و توسط آن آدمی شایستگی دریافت حق و تکلیف را می‌یابد. در نگاه دیگر، ذمه «وصف اعتباری (اعتبار و تعیین شده توسط عقل، مانند طهارت)، نه وصف حسی (مانند سفیدی و سیاهی) و نه عقلی حقیقی (مانند حلم و علم) است (جعیط ۱۳۴۰، ج ۱، ص ۲۸۹) که بر «فرضی و اعتباری بودن ذمه» تأکید می‌شود. هر کدام مراد گردد، گرفتار اشکال است: اگر ذمه، صفت واقعی (عین عقل یا همتای عقل) پنداشته شود از جهاتی دشواری دارد: اولاً، ناساز بودن با ذهن عقلا و علما: هویدا است که خردمندان، ذمه را عین عقل و همتای عقل نمی‌پذیرند. عقل را نیروی واقعی درکننده و سنجش‌گر می‌شناسند، چنین ویژگی‌های حقیقی و واقعی برای ذمه از دید عقلا وجود ندارد. این معنا با ذهن علما هم سازگار نیست، زیرا در دید پیروان مکتب اشعری، درک‌کننده‌ی اصلی موجودات نفس آدمی است، ولی نفس توسط عقل، کلیات و به وسیله‌ی حواس، جزئیات را در می‌یابد (فتنازانی ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۲۰). عقل از دید آنان، «نوری یاری‌دهنده‌ی نفس در ادراک کلیات و پنهانی‌ها» معنا می‌دهد (فناری حنفی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۳۱۵). ذمه با عقل تفاوت دارد: عقل، درک‌کننده، دلیل و ثابت‌کننده‌ی اهلیت است، ذمه محل و مبنای اهلیت. ذمه به منزله‌ی سبب، و عقل به به منزله‌ی شرط اهلیت



و جوب بوده و اهلیت اثر ذمه خواهد بود (ابن امیر حاج حنفی ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۱۲. ابوالحاج و دیگران، ص ۴۰۰۲). ثانیاً دور از دسترس عقلاست: بنا بر صفت واقعی بودن ذمه، قابلیت یا نیاز به اعتبار ندارد، و انگهی مورد اعتبار عقلا به عنوان قرارگاه حقوق و دیون نخواهد بود.

اگر ذمه، صفت اعتباری در آدمی شمرده شود، عقل پذیر است. اساساً، پذیرش ذمه از جانب جمهور اهل سنت، از مسیر «قرارگاه احکام شرعی» توجیه می شود. احکام فقهی نیازمند قرارگاه است، آن قرارگاه «ذمه» است. از منظر آنان، ذمه، صفت اعتباری فرضی بدون وجود مادی ترسیم می شود. اعتباری است، چون ذهن آن را فرض می کند و نه ذات است و صفت واقعی. گویا ذمه ظرفی است در هنگام نیاز، هر آن چه مطلوب است در آن قرار می گیرد (رُعینی مالکی ۱۴۱۲، ج ۴، ص ۵۳۴). در نقد آن می توان گفت: نیاز نیست که شارع یا خردمندان، نخست آن را صفت در انسان اعتبار نمایند و سپس قرارگاه حق و تکلیف شمارند، بلکه یک اعتبار «محل حقوق و تکالیف» کفایت خواهد کرد.

۲-۲) پذیرفته نبودن استدلال

همان اشکال‌هایی که بر استدلال به مفاد آیات سه‌گانه (اعراف/۱۷۲، احزاب/۷۲ و اسراء/۱۳) در دیدگاه نخست بیان شد، بر دلیل انگاری این دیدگاه هم وارد است و نیازی به تکرار نخواهد بود. تذکر به میثاق و مفاهیم مشابه برای یادآوری روح توحیدی و فطرت انسانی آدمی، و تشویق به پاسداری حقوق دینی و دنیایی است تا پروای حقوق دیگران و تلاش جهت فراغت ذمه داشته باشند.

ت: دیدگاه ذمه به مثابه‌ی معنایی در مکلف

وابسته‌سازی ذمه به شرایط تکلیف (عقل، بلوغ و رشد) هم نظریه‌ی است که ناگزیر به بیان «مفهوم» (۱) و «دلیل» (۲) و «بررسی نظریه» (۳) فرا می خواند:

۱- طرح دیدگاه

گروهی از مالکیان، شافعیان، و برخی از فقیهان جعفری و حنبلی، ذمه را «معنای شرعی مفروض و قابل التزام و لزوم (الزام) در مکلف» تعریف نموده‌اند. مقصود از معنای شرعی، «قابلیت مکلف برای الزام و التزام» است.

یکی از فقیهان مالکی با تعریف ذمه به معنای مزبور، افزوده است: شارع این معنا را مسبب و معلول اسباب خاص، مانند: بلوغ و رشد و عدم حجر قرار داده است. هرگاه شرایط سه‌گانه



در مکلف فراهم آمد، شارع در او معنایی فرض می‌کند که قابلیت الزام و التزام در او هویدا می‌شود (قرافی مالکی ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۰ و ۳۴۱).

در دید مشهور شافعیان، ذمه معنای مقدر شرعی در انسان است و مراتبی از پاکیزگی و تیرگی، بلندایی و پایین مرتبگی، فراگیری (مشغولیت) و پیراستگی (فراغت) را می‌پیماید (سبکی شافعی ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۳۶۳). یکی از پیشینیان فقه امامیه هم تعریف ذمه را از «نوع معنا در مکلف که قابلیت التزام (پذیرش تعهد از دیگری) و الزام (ایجاد تعهد بر دیگری) را فراهم می‌سازد» دانسته‌اند (شهید اول ۱۴۳۰، ج ۱۵، ص ۳۴۷). برخی از فقیهان حنبلی، هرچند تعبیر «وصف» آورده‌اند، ولی مراد از آن، همین دیدگاه است، زیرا آن را «وصفی که انسان به سبب آن اهلیت الزام و التزام می‌یابد» معنا کرده‌اند (بهوتی حنبلی، ۱۴۲۱، ج ۸، ص ۸۵) و گویا آن را بر خلاف دیدگاه پیشین، مسبب شرایط تکلیف گرفته‌اند.

تعبیر ذمه به «تصویر معنایی آدمی» و «تصویر صفتی در انسان» دست‌کم از دو جهت تفاوت دارند: اولاً، مسببیت ذمه از شرایط تکلیف: در این دیدگاه، ذمه مسبب از شرایط تکلیف است، یعنی میان شرایط تکلیف و خطاب شرعی واسطه واقع می‌شود. در دیدگاه پیشین، ذمه وابستگی معنادارای به شرایط تکلیف نداشت و مسبب از شرایط تکلیف نبود. ثانیاً، اعتباری و فرضی بودن ذمه: در این نگاه، ذمه معنای اعتباری و مفروض و مقدر شرعی است، هرگاه شرایط تکلیف فراهم گردید، شارع معنایی را در آدمی اعتبار می‌کند تا محل احکام قرار گیرد، در حالی که پیشتازان و پیروان دیدگاه وصف بودن ذمه در وصف حقیقی یا اعتباری آن توافق نداشتند. البته، در تفاوت ذمه و اهلیت و وجوب، سخنانی است که در مقال و مجال دیگر خواهد آمد.

۲- دلایل دیدگاه

نظریه‌ی آنان در یک کلام، چنین توجیه می‌شود که آدمی پیش از شرایط تکلیف، مخاطب احکام قرار نمی‌گیرد.

۲-۱) ضرورت اعتبار معنا (قابلیت الزام و التزام)

هرگاه شرایط تکلیف، مانند: بلوغ و رشد در انسان فراهم گردید، معنای شرعی در مکلف اعتبار می‌شود که آن معنا قابلیت الزام (توانایی واداشتن دیگری به ارش جنایات و اجرت اجارات و بهای معاملات و سایر تصرفات شرعی) می‌یابد، یعنی، شایستگی شرعی برای تصرف در امور را پیدا می‌کند. هم چنین قابلیت التزام (توانایی پذیرفتن مختارانه‌ی اموری را



بر خویشتن برای دیگری) در انسان اعتبار می‌شود. هرگاه یکی از شرایط تکلیف نباشد، معنای قابل الزام و التزام را شرع مقدر و مفروض نمی‌سازد. بنابراین، باید ذمه در آدمی، باشد تا انسان توان حقوق و تکالیف را داشته باشد. مفهوم ذمه، معنای مفروض و مقدر شرعی در انسان است، زیرا از هنگام وجود شرایط تکلیف، ذمه پدید می‌آید و معنای مورد اعتنایی غیر آن معنا (اعتبار معنا در آدمی) ندارد، و باید معنای در وجود انسان اعتبار شود که قرارگاه حقوق و تکالیف گردد (قرافی ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۴۰ و ۳۴۱).

۲-۲) رسمیت معاهدات و معاملات

سراسر فقه، سرشار از اعتبارهای شرعی هستند، هیچ بابی از ابواب فقه را نمی‌توان بدون اعتبارهای شرعی یافت. صحت و استواری و وفاداری عقد سَلَم (سلف)، عقد نسیه، عقد اجاره، صلح بر دین و بسیاری معاملات وابسته به ذمه هستند. اگر ذمه به معنای، قابلیت انسان برای الزام و التزام نباشد، بسیاری معاهدات و معاملات راه صحت و مشروعیت را نمی‌پیمایند. و اگر ذمه به معنای «معنای اعتباری شرعی در آدمی» نباشد، انسان نمی‌تواند مخاطب خطاب‌های شرعی قرار گیرد (شوشاوی، ۱۴۲۵، ج ۵، ص ۴۳۵).

۲- بررسی دیدگاه

این تعریف از جهاتی مورد تأمل است:

۱-۲) تفاوت داشتن ذمه و اهلیت

تعریف یادشده، ذمه را نه تنها در ردیف «اهلیت و جوب» نمی‌نهد که آن را هم معنای «اهلیت ادای کامل» می‌سازد، زیرا از دید طراحان آن، نابالغ و غیر رشید و محجور ذمه نخواهند داشت (سبکی شافعی ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۳۶۳). چنین تعریفی نه با معنای «ذمه» و «اهلیت» سازگاری دارد و نه با «واقعیت». ذمه، معنای «محل»، اهلیت معنای «قابلیت» را افاده می‌کند (زحیلی ۲۰۰۶، ج ۴، ۲۸۸۸). محل و قابلیت نمی‌توانند هم‌معنا باشند. به کارگیری عبارت «ذمه‌ی من به آن دین مشغول است» یا «آن دین در ذمه‌ی من است» درست می‌نماید، نه عبارت «اهلیت من به آن دین مشغول است»، «اهلیت من از آن دین فراغت یافت». چنین کاربردهایی، افزون بر تلازم ذمه و اهلیت، از تفاوت معنایی آن دو آگاهی می‌دهد (زرقا ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۹۶).



۲-۲) اختصاص نداشتن حکم وضعی به مکلف

شرایط تکلیف، برای حکم تکلیفی و اهلیت اداست، نه جهت حکم وضعی و مشغولیت ذمه (جعیت ۱۳۴۰، ج ۱، ص ۲۸۶). در عالم فقه، کودک، سفیه و مجنون ذمه دارند، مثلاً هرگاه کودکی زبانی به دیگری وارد آورد، ذمه‌ی کودک مشغول می‌شود. این مطلب را خود طراحان دیدگاه در عمل پذیرفته‌اند (خرشی مالکی ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۲۱۷. جعیت مالکی ۱۳۴۰، ج ۱، ص ۲۹۰). به راستی، اگر چنین گرایشی پذیرفته شود، پاره‌ای از آثار اصلی که عقلاً ذمه را برای آن‌ها اعتبار کرده‌اند، فرو می‌ریزد. برای همین، برخی از مالکیان، بلوغ که تمیز را در پیدایش ذمه شرط ندانسته‌اند، بنابراین ذمه از منظر آنان، «قابلیت شرعی انسان برای بهره‌مندی از حقوق» است، نه قابلیت او برای اعمال تصرف. یعنی، معنای ذمه، قابلیت الزام است، نه قابلیت التزام. بنابراین ذمه، قابلیت در خطاب وضع قرار می‌گیرد، نه در خطاب تکلیف. کودک هم می‌تواند ذمه داشته باشد، ارش جنایات را مالک گردد (جعیت ۱۳۴۰، ج ۱، ص ۲۸۹).

ث: دیدگاه ذمه به مثابه‌ی ظرف اعتباری حقوق و تعهدات

مهم‌ترین نظریه در موضوع شناسی ذمه، بر شمردن آن به منزله‌ی «فضای فرضی برای حق‌ها و تعهدها» است (۱)، بیان دلیل‌های نظریه (۲)، و «هماهنگی کلی فقیهان در این دیدگاه» (۳) از زمینه‌های ضروری مطالعه است:

۱- طرح دیدگاه

بیش‌تر فقیهان امامیه، ذمه را «ظرف اعتباری» می‌دانند، و از آن دو تعبیر دارند: در تعبیری، ظرف اعتباری برای دین‌ها (التزام‌ها) و حق‌ها (الزام‌ها) است. یکی از عالمان، چکیده‌ی کلام آنان را در این عبارت گنجانده‌اند: «ذمه، ظرف اعتباری است که قرارگاه دیون و حقوق ثابت بر انسان قرار می‌گیرد» (حسنی ۱۴۱۷، ص ۵۳). در تعبیر دیگر: ذمه، «ظرف اعتباری دیون و تعهدات در شخص» تعریف می‌شود، نه «فضای فرضی حقوق و مالکیت‌های خود شخص»، زیرا نه نیازی به اعتبار ذمه برای مالکیت خود انسان است و نه مالکیت خود شخص در ذمه‌ی خود او قرار می‌گیرد (حسنی ۱۴۱۷، ص ۵۶).

به هر حال، در این نگاه، اولاً، ذمه ظرفی برای اموال و حقوق کلی (نائینی ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۴۷. امام خمینی ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۴). و یا نشانگر اموال نمادین و مربوط به مالکیت و حکم وضعی است (شهید صدر ۱۴۳۴، ج ۲۱، ص ۲۵۶). اگر محتوا «مال و حق کلی» باشد، محل قرارگیری آن ذمه



است. به بیانی: ذمه، اموال نمادین (اشاره‌ای و غیر استقلالی) را فرا می‌گیرد. ثانیاً، ذمه امر اعتباری است، نه از امور واقعی و تکوینی و نه از امور انتزاعی و أعراض اصلی، بلکه محلی است که جهت قرار گرفتن دین (مال و عین کلی بعد از تملیک و استقرار در ذمه) و حقوق کلی اعتبار گردیده است.

۲- دلیل دیدگاه

می‌توان برای این دیدگاه استدلال‌ها و استنادهای فراوان آورد که چندان نیازی نیست، تنها به دو دلیل مهم اشاره می‌شود:

۱-۲) روش خردمندان

دلیل اصلی و آسان این دیدگاه، «روش خردمندان» همراه با «تأیید شارع» است، عقلاً برای دستیابی به هدف‌ها و مقصدهای درست و تأثیرگذار در تنظیم زندگی دنیایی و آخرتی‌شان ذمه را اعتبار کرده‌اند، شریعت اسلام نیز آن را تقریر و از آغاز تا پایان فقه به کار گرفته است (موسوی سبزواری ۱۴۱۳، ج ۲۱، ص ۶). به بیان نمایان‌تر: هرگاه در هنگام معامله، عین خارجی که موضوع معامله قرار گیرد، برای هر دو طرف یا یکی از دو طرف نباشد و یا در هنگام جبران زیان، مثل عین تلف‌شده نزد عامل ضرر نباشد، در این حالت‌ها، خردمندان، ظرف و محلی به نام «ذمه» را اختراع و اعتبار نموده‌اند که اموال نمادین و رمزی (مال به معنای حرفی و اشاره‌ای، نه به معنای اسمی و استقلالی) در آن قرار می‌گیرد. همین روش خردمندان، مورد پذیرش و پردازش شریعت هم واقع شده است (شهید صدر ۱۴۳۴، ج ۲۱، ص ۲۵۶).

۲-۲) تأیید عقل و شرع

فقیهان امامیه تأکید دارند که ذمه، «ماهیت اعتباری» دارد و «نفس اعتبار» (بجنوردی ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۵۹)، «محزن امری اعتباری» (امام خمینی ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۵۰) است. هرچند، گاه شارع (فاضل لنکرانی ۱۳۹۶، ص ۳۹). گاه عقل (جوهری ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۵۴ و ۱۵۵) و گاه عقلاً و گاهی شارع و عقلاً (بجنوردی ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۵۹) را اعتبارکننده بیان داشته‌اند، ولی مراد واقعی‌شان، «اعتبارکنندگی خردمندان» بوده که مورد تأیید شرع و عقل قرار گرفته است. چنان‌چه اشاره نموده‌اند: عقلاً، برای تأمین نیازهای زندگی‌شان، «ذمه» را اعتبار کرده‌اند، شارع آن را تأیید نموده و دور از پسند عقل هم نیست، یعنی تحلیل عقلایی می‌پذیرد (شهید صدر ۱۴۱۷، ص ۲۰). عقل برای تعلق احکام و حقوق و تکالیف، قرارگاه می‌طلبد، آن قرارگاه باید اعتباری باشد، زیرا احکام اعتباری



هستند، و آن ظرف اعتباری که موضوع احکام و قرارگاه حقوق و تکالیف واقع می‌شود، «ذمه» است که در وجود انسان تصویر می‌شود.

۳- بازگشت دیدگاه‌های فقیهان به فضای فرضی بودن ذمه

به نظر می‌رسد که همه‌ی فقیهان اسلامی با وجود تفاوت عبارت‌ها و تعبیرها، در نهایت به این دیدگاه «ذمه به مثابه‌ی ظرف اعتباری در انسان که قرارگاه تعهدات (و حقوق) قرار می‌گیرد»، هماهنگی دارند، چنان‌چه از روش نگارش‌شان فهم می‌شود. برخی از پیشینان اهل سنت، مانند: سرخسی حنفی (م ۴۸۶)، سمعانی شافعی (م ۴۸۹)، و ابن رجب حنبلی (م ۷۹۵). ذمه را «محل دیون و حقوق» (سرخسی، ج ۲، ص ۳۳۳ و ۳۳۴. دبوسی حنفی ۱۴۲۱، ص ۴۲۷. سمعانی شافعی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۷۰. ابن رجب حنبلی، ۱۴۱۷، ص ۱۹۴)، و بسیاری از دانشمندان عصر کنونی، مانند: مصطفی زرقا (۱۴۱۰ ج ۳، ص ۲۰۱)، وهبه زحیلی (زحیلی ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۲۸۸۸). و دیگران ذمه را «محل اعتباری در شخص که جایگاه دیون و تعهدات است»، دانسته و آن را به فقه اسلامی نسبت داده‌اند (زرقا، ج ۳، ص ۱۹۹، ص ۱۹۳).

با تکیه به مطالب یادشده، می‌توان ذمه را «فضای فرضی در شخص برای دیون و تعهدات» دانست. این تعریف، اولاً، از اشکال‌های پیشین پیراسته است؛ ثانیاً، با همه‌ی ویژگی‌های ذمه (که در بحث بعدی خواهد آمد) سازگار است، مثلاً، راه آزادی مدیون را در انجام معاملات مالی نمی‌بندد، چون طلب دیگران به محل اعتباری (ذمه) تعلق می‌گیرد، نه به نفس اموال. دیون به عین اموال قرار می‌گرفتند (مانند عین مرهونه)، معامله‌ی مالی تملیک‌کننده در آن ناروا بود. ثالثاً، ذمه به عنوان «جایگاه اعتباری دیون و تعهدات کلی» معرفی می‌شود، برای الزام‌ها و حقوق خود شخص، نیازی به تصویر ذمه نیست. افزون بر آن، مرز ذمه و عهده را هم نمی‌شکند.

نمودار دیدگاه‌های فقیهان در مفهوم ذمه

دیدگاه‌ها	طراحان و گروندگان	دلیل	بررسی
انکار ذمه	محمد فخر	- فقدان دلیل عقلی و	- خلاف اجماع؛
ذمه از تَرهات و ساخته‌های فقیهان	رازی (عالم بزرگ اسلامی)	نقلی بر وجود ذمه؛ - کفایت دستور شارع برای تعلق تکلیف بر انسان	- نیاز به قرارگاه اعتباری برای تعلق احکام شرعی؛ - خلاف روایات ذمه.



<p>ذمه = ذات انسان تعلق احکام بر موجود واقعی حقیقی (ذات) انسان) نه امر فرضی و اعتباری</p>	<p>- عالمان قدیم حنفی (علی بزدوی، بخاری حنفی). - تفتازانی شافعی و علی قزوینی از امامیه</p>	<p>- پیمان با ذات انسان و گواهی در «روز میثاق» اعراف/۱۷۲. - قرارگرفتن «امانت الاهی = احکام شرعی» بر نفس انسان احزاب/۷۲ - آویخته شدن نتایج اعمال بر نهاد آدمی، اسراء/۱۳</p>	<p>- ذات نبودن ذمه: اولاً، دشواری تصویر ذات اعتباری؛ ثانیاً، بی نیازی از نامیدن ذات انسان به ذمه؛ ثالثاً، نادرستی تعریف ضمان: ضم ذمه به ذمه؛ رابعاً، اعتباری بودن احکام و تعلق دیون به انسان به نحو اعتباری. - پذیرفته نبودن دلیل: مراد «وجود روح توحیدی در نهاد انسان»، «خلافت خدایی» و تمثیل به محسوس در اعمال انسان.</p>
<p>ذمه = صفت شخص وصف شرعی که توسط آن شخص اهلیت داراشدن حق و تکلیف را می یابد</p>	<p>جمهور فقیهان: ابن عابدین حنفی، خرشی مالکی، سیوطی شافعی</p>	<p>- دلالت آیات سه گانه ی روز میثاق، امانت و نامه ی اعمال بر وجود خصوصیتی در آدمی برای شایستگی تکلیف، یعنی: ذمه سبب اهلیت، اهلیت اثر ذمه.</p>	<p>- صفت واقعی نبودن ذمه: (همسان یا همتای عقل) اولاً، ناساز بودن با ذهن عقلا و علما (تفاوت عقل و ذمه): عقل دلیل تکلیف و شرط اهلیت، ذمه محل اهلیت. ثانیاً، نیاز نبودن به ذمه. - نیاز نبودن به دو اعتبار: وصف انسان و محل حقوق و تکالیف. - نقد دلیل پیشین در استدلال به آیات.</p>
<p>ذمه = معنایی در مکلف معنای شرعی مفروض و قابل التزام و لزوم (الزام) در مکلف</p>	<p>قرافی مالکی، سبکی شافعی و شهید اول از امامیه</p>	<p>- مسبب بودن ذمه از اسباب خاص: عقل، بلوغ و رشد از دلایل تکلیف - امکان مخاطبه نداشتن انسان</p>	<p>- تفاوت ذمه و اهلیت: تفاوت محل و قابلیت، مشغولیت ذمه، نه اهلیت. - متکی نبودن حکم وضعی به شرایط تکلیف: ضامن بودن کودک.</p>

	قبل از شرایط تکلیف.		
<p>دمه = ظرف فرضی و محل اعتباری حقوق و تعهدات در شخص: (فضای فرضی برای اموال نمادین و اشاره‌ای به معنای حرفی)</p>	<p>- بیش‌تر فقیهان امامیه: (شهید صدر و جواهری) - سرخسی حنفی، سمعانی شافعی، ابن رجب حنبلی، مصطفی زرقا، وهبه زحیلی</p>	<p>- روش خردمندان؛ - تأیید شرع و عقل.</p>	<p>- وارد نبودن اشکال‌های پیشین؛ - بازگشت‌گاه دیدگاه‌های فقیهان. نتیجه: دمه، « فضای فرضی در شخص برای دیون و تعهدات».</p>

گفتار دوم: ویژگی‌های دمه

پاره‌ای از نویسندگان نظریه‌ی دمه و موسوعه‌های فقهی، خصایص دمه را به شکل کوتاه و گویا مطرح نموده‌اند. سایر نویسندگان با پیروی از آن‌ها، به نگارش این وادی پرداخته و گاهی نشانی‌هایی از سایر نگاه‌ها هم افزوده‌اند. بنابراین، ماجرای ویژگی‌ها به نوعی تکراری می‌نماید، زیرا بسیاری نویسندگان آن را آورده‌اند. با این همه، بیان ویژگی‌های دمه، در فهم مفهوم و روشنایی ماهیت آن یاری می‌رساند، این‌جا با افزوده‌ها و اسناد تازه از فقیهان مذاهب پنج‌گانه یادآوری می‌گردد. باری، برای دمه، شش ویژگی برشمرده‌اند:

الف: اختصاص داشتن دمه به شخص

دمه، خزینه‌گاه فرضی و ظرف اعتباری در شخص (حقیقی و حقوقی) است (زحیلی ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۲۸۸). اشخاص حقوقی، مانند: شرکت‌ها، نهادها و مؤسسه‌های مالی و غیر مالی، به دلیل آن‌که شخصیت و قابلیت تعهد را دارند، همسان اشخاص حقیقی دارای دمه هستند و بسا با داشتن دمه، تعاملات و معاملات‌شان را تشکیل و سازمان‌دهی می‌کنند. بنابراین، هرگاه «شخصیت» فراهم نباشد، دمه هم پدید نمی‌آید. پس، حیوان‌ها دمه ندارند (سبحانی تبریزی ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۹۵. دبوسی حنفی ۱۴۲۱، ص ۴۳۹). به مفهوم اولیت، اشیا هم از دمه بهره‌مند نیست





(ابن نجیم حنفی ۱۴۲۲، ص ۴۶۴). به همین جهت، وصیت برای خود حیوان پذیرفته نیست، ولی به نفع حیوان از جهت هزینه دهنده‌ی آن روایی خواهد گرفت (علامه حلی ۱۴۱۴، ج ۲۱، ص ۹۸ و ۹۹، رافعی شافعی ۱۹۹۷، ج ۷، ص ۱۸. عثیمین حنبلی ۱۴۲۲، ج ۱۱، ص ۱۶۸).

داور این ویژگی، روش خردمندان است، عقلا برای شخص (با قابلیت الزام یا التزام)، ذمه را اعتبار کرده‌اند، وانگاه که شخصیت نباشد، ذمه هم نخواهد بود.

اگر گاهی، برخی فقیهان امامیه، نوشته‌اند: «حق همان گونه که در ذمه و عهده‌ی انسان قرار می‌گیرد، گاه در عهده و ذمه‌ی مال هم واقع می‌شود، یعنی حق به ذمه‌ی عین مالی تعلق می‌گیرد، و رهن در حقیقت، پیوست کردن ذمه‌ی اعیان به ذمه‌ی انسان است» (آل کاشف الغطاء ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۳۳۲ و ج ۱، ص ۲۲۲ و ۲۲۵). این سخن به آن معنا نیست که «عین و مال» ذمه و عهده داشته باشد، بلکه نشان می‌دهد، مال می‌تواند شخص حکمی و اعتباری باشد، و شخص حقوقی دارای ذمه‌ی مستقل است (انصاری ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۶۰۲). چنانچه گروهی از فقیهان پذیرش ذمه برای زکات یا مسجد (به عنوان شخص اعتباری) را به دلیل اعتبار عقلایی پذیرفته‌اند. می‌دانیم که بنیان امر اعتباری به اعتبار خردمندان است و بیش‌تر شخصیت‌های حقوقی از اموال شکل می‌یابند (منتظری ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۳۹۰. مشکینی اردبیلی ۱۳۹۲، ص ۱۲۶)

ب: پیوسته‌بودن ذمه به شخص

ذمه همواره همراه شخص است. از هنگام پدیدآیی شخص پدید می‌آید و هیچ‌گاه از او جدایی نمی‌پذیرد. از نگاه خردمندان، شخص بدون ذمه تصویر ندارد، حتا اگر پیراسته از هرگونه الزام یا التزامی باشد. به دلیل آن‌که ذمه وابسته و سایه‌ی شخصیت است، تا شخصیت باقی باشد، هم‌نشین همیشگی آن هم همراه اوست (زحیلی ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۲۸۸۸). پیری و بیماری تأثیری بر آن ندارد (ابن قدامه مقدسی ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۸)

برخی از اندیشمندان، ذمه را از لوازم شخصیت مستقل دانسته‌اند، زیرا ذمه ملازم عنصر دوم اهلیت و جوب (قابلیت التزام) است و این عنصر از هنگام ولادت کودک زنده پدید می‌آید، ملاک این اهلیت، شخصیت شخص است، (به خلاف اهلیت ادا که ملاک آن، عقل می‌باشد). بنابراین شخص مستقل، بدون اهلیت نیست. زمان استقلال شخصیت شخص حقیقی، (در باور مشهور) زنده به دنیا آمدن، و زمان استقلال شخص حقوقی، هنگام پذیرش از سوی قانون خواهد بود (زرقا ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۰۳).

پ: یگانه‌بودن ذمه برای هر شخص

ذمه، یگانه است، نه یک شخص می‌تواند چندین ذمه داشته باشد، نه چند شخص می‌توانند در یک ذمه اشتراک ورزند (عینی حنفی ۱۴۲۰، ج ۱۳، ص ۵۲۶. مرغینانی حنفی ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۵۴۵. زحیلی ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۲۸۸۸)، زیرا ذمه وابسته به شخصیت شخص دارد. به داوری عرف، نه یک شخص، چند شخص نمی‌شود، تا چند ذمه داشته باشد، و نه چند شخص یک شخص می‌گردد، تا در یک ذمه گرد آیند. پیوست کردن ذمه به ذمه، هم به معنای یگانه‌ساختن چندین ذمه در یک ذمه نخواهد بود (خفیف ۱۴۳۱، ص ۱۲۶).

ت: گستردگی داشتن ذمه برای شخص

ذمه، فضای فرضی و ظرف اعتباری در شخص است، مرز بی‌کرانه‌ی عرفی دارد، می‌تواند حقوق و دیون گوناگون و گسترده را فراگیرد و گرفتار تنگنایی و نفس‌تنگی نگردد (زحیلی ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۲۸۸۸). دلیل مطلب آن است که خردمندان، ذمه را فضای فرضی برای همه‌ی تعهدها اعتبار کرده‌اند و شارع همین اعتبار گسترده را امضا کرده است.

ث: گسسته‌بودن ذمه از اموال شخص

ذمه وابسته به شخص و گسسته از اموال و ثروت اوست. شخص هر اندازه بدهکار باشد، می‌تواند آزادانه اعمال مالی انجام دهد، با سرمایه‌ی خویش، تجارت کند، قرض دهد، هبه نماید، و سایر معاملات مالی را شکل بخشد. کم‌بودن سرمایه‌ی شخص از بدهی او مانع آزادی اعمال حقوقی وی نمی‌گردد، چنان‌چه در پرداخت بدهی پیشین یا پسین او کسی حق اعتراض ندارد. ممانعت‌های شرعی (رهن، حجر و افلاس)، ممکن است مانع عمل خارجی شخص شود، ولی سدّ و سایه‌بانی برای ذمه نمی‌سازد (خفیف ۱۴۳۱، ص ۱۲۷-۱۲۹. جواهری، ج ۱، ص ۱۶۲). دلیل مطلب آن است که در دید عرف مسلمانان، ذمه نهاد مستقل از ثروت و مال شخص شمرده می‌شود.

ج: نسبت تساوی داشتن ذمه به دیون

ذمه، فضای فراگیرنده‌ی تمام دین‌ها و حق‌های کلی است و با همه‌ی بدهی‌ها رابطه‌ی برابرانه و نسبت تساوی دارد، هیچ دینی بر دیگری در آن برتری ندارد. وارد شدن زودتر یا دیرتر دین بر ذمه، زمینه‌ساز تفاوت و تقدم و ترجیح یک دین بر دیگری نمی‌شود. دلیل این نسبت آن است که ذمه، وسعت گسترده و استقلال از ثروت و اموال شخص دارد، دین‌های که از مسیر



درست، در دامنه‌ی آن می‌آرامند، در اصل نسبت و میزان حرمت مساوی هستند، اگر چنین نباشد، تعامل آدمی گرفتار دشواری می‌شود، زیرا نمی‌تواند بدون رعایت رتبه‌ی دین، به معاملات مالی پردازد (زرقا ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۰۴).

البته، هرگاه حق اختصاص، «حقی که توسط حکم لازم الاجرای دادگاه صالح نسبت به الزام بدهکار بر پرداخت دین یکی از طلبکاران صدور یافته» (سنه‌وری، بی‌تا، ج ۱، ش ۳۹۹) یا حق تقدم (برتری حق ممتاز بر سایر حقوق با توجه به طبیعت حق و تصریح شرع، مانند: تقدم از جهت مسایل انسانی یا ضرورت معیشتی) وجود داشته باشد، تقدم به سبب خاص خواهد بود (سنه‌وری، بی‌تا، ج ۱، ش ۶۵۷ و ۶۵۸، ص ۹۱۹-۹۲۲).

نمودار ویژگی‌های ذمه

ویژگی	دلیل
۱) اختصاص داشتن ذمه به شخص	داوری عرف به وابسته‌بودن ذمه به شخصیت، ذمه‌نداشتن حیوان و اشیا.
۲) پیوسته‌بودن ذمه به شخص	تصورنداشتن شخص بدون ذمه در نگاه عقلا، لازمه‌ی شخصیت مستقل، و ملازم اهلیت.
۳) یگانه‌بودن ذمه برای هر شخص	وابستگی ذمه به شخص: نه یک شخص چند شخص و نه چند شخص یک شخص می‌شود.
۴) گستردگی داشتن ذمه برای شخص	اعتبارشدن ذمه از سوی خردمندان به عنوان فضای فرضی برای همه‌ی تعهدها.
۵) گسسته‌بودن ذمه از اموال شخص	داوری عرف به نهاد مستقل بودن ذمه از ثروت از مال.
۶) نسبت تساوی داشتن ذمه به دیون	گسترده‌بودن و استقلال داشتن ذمه و تأمین تصرفات آدمی.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

۱- امروزه، «انکار ذمه در فقه اسلامی»، همسان پوشیده‌داشتن خورشید با انگشتان دست‌های پوشیده است، طرح آن در قالب و قامت دیدگاه، از باب تعلیم و تاریخ اندیشه‌های فقهی توجیه می‌پذیرد، هرگز با واقعیت و صداقت فقه سازگاری ندارد؛ زیرا در سراسر فقه، احکام بسیاری از خویشاوندان و شهروندان ذمه شمرده می‌شوند.

۲- یگانه‌گماشتنِ «ذمه» و «ذات انسان»، فراتر از «تحمل ذهن عقلایی» و «تحلیل عقلی» است. اگر قرارگاه احکام شرعی و معاملات کلی، موجود مادی و ذات واقعی تصویر نشود، (با وجود تفسیر پذیرفتنی‌تر) موضوعات احکام گرفتار آشوب و آشفتگی نمی‌شوند، فقه اسلامی نیازی به چنین تأویل‌ها و تأمل‌ها ندارد، بلکه تعبیر ذمه به ذات واقعی آدمی، دیدگاه مشهور در باب ضمان (ضم ذمه به ذمه) را به بن‌بست می‌سپارد، آخر پیوست ذات انسان به انسان، ذهن‌آزار است.

۳- همگینانه‌شمردن «ذمه» و «صفت شرعی سببِ اهلیت» هم نشان و نشانه‌ی از «صفت اعتباری» یا «صفت حقیقی» نمی‌دهد. و هیچ‌کدام توان توجیهی مفهوم ذمه را ندارد. اگر مقصود، صفت واقعی باشد، ذمه عین عقل یا همتای عقل می‌گردد که ذهن عالمان آن را نمی‌پذیرد، و اگر مراد از ذمه، صفت اعتباری باشد، هرچند عقل‌پذیر است، ولی به دیدگاه پایانی باز می‌گردد.

۴- یکسان‌شناختن ذمه و «معنایی مفروض و مقدر شرعی قابل الزام و التزام در مکلف»، آن را هم‌معنای «اهلیت و جوب» می‌سازد و «کاربردهای اشتباه» را زمینه می‌دهد، و «خود ذمه» را هم‌نشین و یا جانشین «شرایط تکلیف» می‌سازد، وانگهی نمی‌توان برای «احکام وضعی در فقه» توضیح فقیهانه داشت.

۵- همسان‌دانستن ذمه با «ظرف اعتباری عقلایی و فضای فرضی عرفی برای تعهدات و حقوق کلی مالی و غیر مالی بر مبنای شخصیت شخص» مفهومی است که روش خردمندان و عقل و شرع آن را تأیید و تأکید می‌کنند، و دیدگاه‌های همه‌ی فقیهان اسلامی (با وجود تعبیرها و تصویرهای متفاوت) به آن ره می‌سپارند و هماهنگ می‌گردند. پس می‌توان ذمه را در فقه اسلامی، «فضای فرضی در شخص به عنوان جایگاه دیون و تعهدات» دانست. اوصاف ذمه (اختصاصی و پیوستگی به شخص، یگانگی و گستردگی، گسستگی از اموال و نسبت تساوی با دیون) هم راهنما و گواه همین مفهوم و هماهنگی هستند.

۱. آل کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۴۲۲)، تحرير المجلة، قم، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية.
۲. ابن امير حاج حنفی، محمد (۱۴۱۷)، التقرير و التحبير، بيروت، دارالکتب العلمية.
۳. ابن رجب حنبلي، عبدالرحمن (۱۴۱۷)، القواعد في الفقه الإسلامي، بيروت، دار الفكر.
۴. ابن عابدين حنفی، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر.
۵. ابن فارس، احمد (۱۴۰۴)، معجم مقاييس اللغة، قم، مكتب الاعلام الاسلامي.
۶. ابن قدامة مقدسي حنبلي، عبد ا... (۱۴۰۵)، المغنى، بيروت، دار احياء التراث العربي.
۷. ابن منظور، محمد (۱۴۱۴)، لسان العرب، بيروت، دار صادر.
۸. ابن نجيم حنفی، زين الدين (۱۴۱۷)، البحر الرائق، بيروت، دار الكتاب الاسلامي.
۹. ابن نجيم حنفی، زين الدين (۱۴۲۲)، فتح الغفار، بيروت، دار الکتب العلمية.
۱۰. ابوالحاج، صلاح محمد و ديگران (۲۰۰۷)، المدخل إلى الفقه الإسلامي وأصوله، جامعة آل البيت.
۱۱. ازهرى شافعي، سليمان (۱۴۱۷)، حاشية الجمل، بيروت، دار الفكر.
۱۲. امام خميني، روح الله (۱۳۹۲)، كتاب البيع، تهران، مؤسسة تنظيم و نشر آثار.
۱۳. انصاري، محمد علي (۱۴۱۵)، الموسوعة الفقهية الميسرة، قم، مجمع الفكر الإسلامي.
۱۴. انصاري حنفی، علي (۱۴۱۴)، اللباب في الجمع بين السنة و الكتاب، دمشق، دار القلم.
۱۵. بجنوردی، حسن (۱۳۷۷)، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادي.
۱۶. بخارى حنفی، عبد العزيز (۱۴۱۸)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدي، بيروت، دار الکتب العلمية.
۱۷. بخارى حنفی، محمد أمين (۱۴۰۳)، تيسير التحرير، بيروت، دار الکتب العلمية.
۱۸. بَزْدَوِي حنفی، علي (۱۴۱۷)، أصول البيزدي؛ كراچی، كتب خانہ.
۱۹. بهوتي حنبلي، منصور (۱۴۲۱)، كشف القناع، رياض، وزارة العدل.
۲۰. تفتازاني شافعي، مسعود (۱۴۱۶)، شرح التلويح على التوضيح، بيروت، دار الکتب العلمية.
۲۱. جرجاني، علي (۱۴۰۵)، التعريفات، بيروت، دار الكتاب العربي.
۲۲. جعيط مالكي، محمد (۱۳۴۰)، منهج التحقيق، تونس، مطبعة النهضة.
۲۳. جواهری، حسن (۱۴۱۹)، بحوث في الفقه المعاصر، بيروت، دار الذخائر.
۲۴. حَرَشِي مالكي، محمد (۲۰۱۵م)، شرح مختصر، بيروت، دار الفكر للطباعة.
۲۵. خفيف، علي (۱۴۳۱)، الحق و الذمة و تأثير الموت فيهما، قاهره، دار الفكر العربي.
۲۶. خوئي، سيد ابوالقاسم (۱۴۱۸)، موسوعة، قم، مؤسسة إحياء آثار الامام الخوئي.
۲۷. دبوسي حنفی، عبد الله (۱۴۲۱)، تقويم الأدلة، بيروت، دار الکتب العلمية.



٢٨. دهلوى حنفي، محمود (١٤٢٦)، إفاضة الأنوار، رياض، مكتبة الرشد ناشرون.
٢٩. راغب اصفهاني، حسين (١٤١٢)، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان، دار الشامية.
٣٠. رافعي شافعي، عبد الكريم (١٩٩٧)، العزيز شرح الوجيز، بيروت، دار الكتب العلمية.
٣١. رباط حنبلي، خالد (١٤٣٠)، الجامع لعلوم الإمام أحمد، قاهره، دار الفلاح.
٣٢. زُعيبي مالكي، محمد (١٤١٢)، مواهب الجليل، بيروت، دار الفكر.
٣٣. زحيلي، وهبة (٢٠٠٦)، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر.
٣٤. زحيلي، وهبة (١٤١١)، التفسير المنير، دمشق، دار الفكر.
٣٥. زرقا، احمد (١٤٠٩)، شرح القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم.
٣٦. زرقا، مصطفى احمد (١٤١٠)، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، دمشق، دار القلم.
٣٧. سبحاني تبريزي، جعفر (١٤١٨)، نظام القضاء و الشهادة، قم، مؤسسه امام صادق.
٣٨. سبكي شافعي، عبد الوهاب (١٤١١)، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية.
٣٩. سبكي، علي (١٤١٦)، الإبهاج، بيروت، دار الكتب العلمية.
٤٠. سرخسي، محمد (١٤١٤)، أصول السرخسي، بيروت، دار الكتب العلمية.
٤١. سرخسي، محمد (١٤١٤)، المبسوط، بيروت، دار المعرفة.
٤٢. سغناقي حنفي، حسين (١٤٢٢)، الكافي شرح البردوي، رياض، مكتبة الرشد.
٤٣. سمعاني شافعي، منصور (١٤١٨)، قواطع الأدلة، بيروت، دار الكتب العلمية.
٤٤. سنهوري، عبدالرزاق احمد (بي تا)، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، دار الاحياء التراث العربي.
٤٥. سيوطي شافعي، عبد الرحمن (١٤٢٩)، الشافي العي على مسند الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية.
٤٦. شوشاوي مالكي، حسين (١٤٢٥)، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، رياض، مكتبة الرشد ناشرون.
٤٧. شهيد اول، محمد (١٤٣٠)، موسوعة، قم، مركز العلوم و الثقافة الاسلامية.
٤٨. شهيد صدر، محمد باقر (١٤١٧)، الملكيات و الحقوق - دراسة فقيهه تحليلية، قم، مؤلف.
٤٩. شهيد صدر، محمد باقر (١٤٣٤)، موسوعة، قم، دار الصدر.
٥٠. عثيمين حنبلي، محمد (١٤٢٢)، الشرح الممتع، رياض، دار ابن الجوزي.
٥١. عجم، رفيق (١٩٩٨)، موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون.
٥٢. علامه حلي، حسن (١٤١٤)، تذكرة الفقهاء قم، مؤسسة آل البيت.
٥٣. عيني حنفي، محمود (١٤٢٠)، البناية شرح الهداية، بيروت، دار إحياء الكتب العربية.
٥٤. فاضل لنكراني، محمدجواد (١٣٩٦)، ضمان انخفاض قيمة النقد، قم، مركز فقه الأئمة الأطهار.
٥٥. فتلاوي، منصور حاتم (١٤٣١)، نظرية الذمة المالية، عمان، دار الثقافة.
٥٦. فخر رازي، محمد (١٤١٨)، المحصول، بيروت، مؤسسة الرسالة.
٥٧. فخر رازي، محمد (١٤٢٠)، التفسير الكبير، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
٥٨. فناري حنفي، محمد (١٤٢٧)، فصول البدائع، بيروت، دار الكتب العلمية.

۵۹. قرافی مالکی، شهاب الدین (۱۴۱۸)، الفروق، بیروت، دار الکتب العلمیة.
۶۰. مرغینانی، علی (۱۴۱۴)، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۶۱. مشکینی اردبیلی، علی (۱۳۹۲)، مصطلحات الفقه، قم، مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث.
۶۲. مصطفوی، حسن (۱۳۶۸)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۶۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۱)، تفسیر نمونه، تهران، دار الکتب الإسلامیة.
۶۴. منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹)، کتاب الزکاة، قم، المرکز العالمی للدراسات الإسلامیة.
۶۵. موسوی سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳)، مهذب الأحکام، قم، السید عبد الاعلی.
۶۶. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳)، منیة الطالب، تقریر موسی خوانساری، تهران: المکتبه المحمديه.
۶۷. نسفی حنفی، عبدالله (۱۳۰۸)، شرح منار الأنوار فی أصول الفقه، بیروت، دار الکتب العلمیة.
۶۸. نمله، عبدالکریم (۱۴۱۷)، إتحاف، ریاض، دار العاصمة.
۶۹. نووی، یحیی (۱۹۹۶)، تهذیب الأسماء واللغات، بیروت، دار الفکر.
۷۰. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامیة (۱۴۲۷)، الموسوعة الفقهیة الكويتیة، الكويت، دارالسلاسل.



نقش شورای امنیت در تصمیم‌گیری‌های دیوان کیفری بین‌المللی

عبدالکریم اسکندری*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۸/۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۰/۱۲

چکیده

باتوجه به جایگاه شورای امنیت سازمان ملل در زمینه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و تأسیس دیوان دایمی جزای بین‌الملل به منظور تأمین عدالت و پیشگیری از جنایات بین‌المللی که ممکن است منجر به نقض صلح و امنیت بین‌المللی می‌گردد، این سوال مطرح می‌شود که شورای امنیت سازمان ملل چه نقشی در رسیدگی‌های محکمه بین‌المللی جزایی دارد. باتوجه به تأکید دولت‌های عضو محکمه بین‌المللی جزایی بر استقلال دیوان، در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مقرر شده است که رابطه شورای امنیت با دیوان براساس موافقت‌نامه صورت می‌گیرد و براین اساس، نحوه تعامل بین دو نهاد در اساسنامه رُم و موافقت‌نامه ذکر شده است. ارجاع دوسیه کشورهای عضو و غیر عضو به خارنوال دیوان کیفری بین‌المللی جهت رسیدگی و تأمین هزینه‌های آن و همکاری‌های قضایی و حقوقی، تعلیق دوسیه‌های که در دیوان کیفری بین‌المللی در حال رسیدگی است به مدت دوازده ماه و تمدید نامحدود این وضعیت و هم چنین منوط‌بودن تطبیق صلاحیت دیوان در مورد جنایت تجاوز سرزمینی به احراز جنایت تجاوز از سوی شورای امنیت سازمان ملل، از نمونه‌های رابطه شورای امنیت با دیوان و تأثیر شورای امنیت بر عملکرد دیوان کیفری بین‌المللی است. تحقیق حاضر براساس روش توصیفی- تحلیلی و بر پایه منابع کتابخانه‌ای نگاشته شده است و هدف از این تحقیق ارزیابی استقلال دیوان کیفری بین‌المللی است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که تعاملات و رابطه ذکر شده بین شورای امنیت و دیوان در مواردی به مشروعیت و استقلال

* کادر علمی دپارتمنت حقوق، پوهنچی حقوق و علوم سیاسی، پوهنتون خاتم النبیین (ص)

قضایای دیوان آسیب جدی می‌زند، به طوری که تحقق عدالت جزایی بین‌المللی در حدانتظار
طرفداران و تصویب‌کنندگان اساسنامه دیوان و شیفته‌گان عدالت، با مشکلات اساسی روبرو
است. بر این اساس، در صورت امکان راهکارهایی جهت رفع تعارضات و چالش‌ها ارائه
شود و کشورهای عضو دیوان کیفری بین‌المللی از مسیر سازوکارهای حقوقی، تدابیری جهت
محدودیت نقش شورای امنیت سازمان ملل و مستقلانه بودن تصامیم دیوان ارائه نمایند.
واژگان کلیدی: دیوان کیفری بین‌المللی، شورای امنیت، همکاری قضایی، تعلیق دوسیه،
شناسایی عمل تجاوزکارانه.



دیوان کیفری بین‌المللی نخستین مرجع قضایی دایمی بین‌المللی برای رسیدگی به جنایات مهم است و اندیشه تشکیل این دیوان به سال‌های پس از جنگ جهانی باز می‌گردد. نخستین محکمه‌ای که به اراده جامعه بین‌الملل برای رسیدگی به جنایات بین‌المللی تشکیل شد، محکمه نورنبرگ و سپس محکمه توکیو بود. تشکیل محاکم ذکر شده تحولی عمیق در حقوق بین‌الملل جزایی محسوب می‌شود؛ زیرا، برای نخستین بار در تاریخ، جامعه جهانی با تشکیل محاکم بین‌المللی به جنایات مهمی نظیر نسل‌زدایی و جنایت علیه بشریت که مرتکبان آن‌ها عموماً رهبران کشورها و افراد بلند رتبه نظامی و غیر نظامی، یعنی کسانی که در کشورشان از مصونیت قضایی و پشتیبانی سیاسی برخوردارند، به میز محاکمه کشانده شدند.

پس از این دو و هم‌زمان با آغاز جنگ سرد، رؤیای تشکیل مرجعی بین‌المللی برای رسیدگی به جنایات مهم به فراموش شد؛ اما با شروع فروپاشی بلوک شرق، بار دیگر جامعه جهانی نفسی تازه کرد و با تأسیس محاکم ویژه، مرتکبان جنایات مهم را تحت تعقیب قرار داد. از این جمله می‌توان به محکمه ویژه سازمان ملل متحد برای رسیدگی به جنایات یوگوسلاوی سابق و محکمه ویژه برای رسیدگی به جنایات رواندا اشاره نمود. اما تمام این محاکم در دو بُعد مشابه هستند. نخست آن که همه آن‌ها مقطعی و برای یک دوره معین تشکیل شدند. به عنوان مثال محکمه رسیدگی به جنایات یوگوسلاوی سابق با محاکمه و مجازات آخرین متهم به ارتکاب جنایت، موضوعیت خود را از دست می‌دهد و موجودیتش به پایان می‌رسد. دوم آن که قلمرو صلاحیت این محاکم محدود به مرتکبان خاص است. به عنوان مثال محکمه یوگوسلاوی سابق، مطابق ماده یک اساسنامه، این محکمه تنها صالح به رسیدگی به جنایات افرادی است که از سال ۱۹۹۱ میلادی به نوعی در ارتکاب خشونت و نقض حقوق بشر مسئول بوده‌اند. بنابراین صلاحیت این محاکم محدود به زمان و افراد خاص می‌شود.

اما وضعیت و شرایط در دیوان جزای بین‌المللی متفاوت می‌نماید، این دیوان، دایمی است و می‌تواند به جنایات مهم که توسط هر فردی انجام شده رسیدگی کند. مجمع عمومی سازمان ملل در سال ۱۹۸۹ از کمیسیون حقوق بین‌الملل خواست که پیش‌نویس اساسنامه تأسیس یک محکمه کیفری بین‌المللی را تهیه کند. نمایندگان صد و شصت کشور در تاریخ ۱۵ ژوئن (سنبله) ۱۹۹۸ به مدت یک ماه در شهر ژنوا ایتالیا گرد هم آمدند و پس از یک ماه



مذاکرات دیپلماتیک سرانجام در ۱۷ ژوئیه (میزان) همان سال، اساسنامه تشکیل دیوان را به منظور حفظ صلح و امنیت بین‌المللی تصویب کردند.

استقلال از مهم‌ترین خصوصیات دیوان کیفری بین‌المللی است. دیوان نهادی کاملاً مستقل به شمار می‌آید و زیر نظر سازمان یا ارگانی، حتی سازمان ملل متحد، اداره نمی‌شود. اما این به معنای قطع کامل همکاری‌ها با سازمان ملل متحد و به خصوص شورای امنیت نیست. از همین رو، از مباحث مهم، ارتباط و چگونگی تعامل دیوان کیفری بین‌المللی با شورای امنیت سازمان ملل متحد است. اهمیت و ضرورت استقلال دیوان تا بدان جا است که این مسأله در اساسنامه رم ذکر شده است که مبنای تشکیل دیوان کیفری بین‌المللی است و در همین ارتباط، دیوان موافقت‌نامه همکاری با سازمان ملل متحد به امضا رسانده، بر اساس بند یک ماده دوم این موافقت‌نامه: «سازمان ملل متحد، دیوان را به عنوان نهاد قضایی دائمی مورد شناسایی قرار می‌دهد.» بند ۲ و ۳ در همین ماده در ادامه اضافه می‌کند: «سازمان ملل و دیوان متقابلاً متعهد می‌شوند که موقعیت‌ها و ماموریت‌های یکدیگر را محترم شمارند». اما با توجه به صلاحیت‌های شورای امنیت بر تصمیمات قضای دیوان کیفری بین‌المللی، ضرورت دارد که رابطه حقوقی شورای امنیت سازمان ملل متحد با دیوان جزای بین‌المللی مورد واکاوی قرار گیرد و به پرسش‌های اساسی مطرح در این عرصه پاسخ مناسب ارائه گردد. پرسش‌های تحقیق به قرار ذیل است: شورای امنیت چه نقش در فرایند دعوای جزای بین‌المللی و تصمیمات اتخاذشده محاکمه مرتکبان جنایت بین‌المللی دارد و چه نوع همکاری‌های می‌تواند با دیوان کیفری داشته باشد و مبنای این تعاملات چیست؟ در این مقاله تلاش بر آن است که به بررسی دیدگاه‌های موجود در مورد رابطه حقوقی شورای امنیت سازمان ملل متحد با دیوان جزای بین‌المللی و انواع تعاملات شورای امنیت با دیوان، به پرسش‌های فوق پاسخ داده شود. هدف این تحقیق آن است تا به طور دقیق بررسی نماید که آیا دیوان کیفری بین‌المللی همانند محاکم نسل دوم (یوگسلاوی سابق و رواندا) تحت تأثیر شورای امنیت سازمان ملل متحد تصمیم می‌گیرد؟ یا یک نهاد مستقل است؟ چرا که وابستگی دیوان کیفری بین‌المللی نمی‌تواند تضمین‌کننده عدالت باشد و به جای تأمین عدالت واقعی امکان دارد عدالت سفارشی را تطبیق نماید.

چگونگی تعامل دیوان کیفری بین‌المللی با شورای امنیت سازمان ملل متحد و نقش شورای امنیت در تصمیم‌گیری‌های دیوان کیفری بین‌المللی، در کتاب‌های که در این حوزه



تدوین شده به صورت مختصر اشاراتی صورت گرفته؛ اما از میان کتاب و مقالاتی که ارتباط به این بحث دارد می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود: دیدخت صادقی در مقاله تحت عنوان مسئولیت بین‌المللی حمایت و حاکمیت دولت‌ها که در فصلنامه مطالعات روابط بین‌الملل در سال ۱۳۹۲ چاپ شده است، بیان می‌دارد که افزایش جنگ‌های داخلی در دهه ۱۹۹۰، نقض فاحش حقوق بشر و معضلات ناشی از مداخلات بشردوستانه، ضرورت ایجاد مسئولیت بین‌المللی حمایت را آشکار نمود. حاکمیت در این تفکر جدید به معنای امتیاز نیست، بلکه به مفهوم مسئولیت است و حاکم باید در مورد رفتار با مردم خود پاسخگوی جامعه جهانی باشند. مسئولیت حمایت دو اثر مهم در مناسبات بین‌المللی داشته است: ۱. حاکمیت دولت مطلق نبوده بلکه قابل تغییر و تعدیل است و ۲. حقوق فردی مورد توجه جدی جامعه جهانی قرار گرفته است. مرتضی دارابی نیا در پژوهشی تحت عنوان رابطه شورای امنیت سازمان ملل متحد با دیوان کیفری بین‌المللی در زمینه جنایت تجاوز سرزمینی، که در سال ۱۳۹۴ در پژوهشنامه حقوق کیفری به چاپ رسیده است، بیان می‌دارد که اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی بر جنایت تجاوز ارضی منوط به شناسایی عمل تجاوزکارانه به وسیله شورای امنیت سازمان ملل است. در مذاکرات مربوط به اصلاح اساسنامه دیوان در کامپالا نیز برغم اختلافات کشورها، نمایندگان دولت‌های عضو توانسته‌اند در خصوص نقش شورای امنیت و نیز تعریف جنایت ارضی در چارچوب قطعنامه به توافقاتی مهم دست یابند. اما در شرایط فعلی نگرانی دولت‌ها در این است که با توجه به پیچیدگی‌های که در تصمیم‌گیری شورای امنیت بر لزوم شناسای اعمال تجاوزکارانه ارضی وجود دارد، مصلحت‌های سیاسی بر اجرای عدالت کیفری بین‌المللی غلبه پیدا نکند. از این رو، نویسنده در صدد بیان این امر است که در صورت به بن‌بست رسیدن شورای امنیت و تسامح در معرفی اعمال تجاوزکارانه دولت‌ها، با چه راهکارهای حقوقی و مستند به اساسنامه رُم و توافق کامپالا ارائه نمود که رفتارهای جنایت تجاوز ارضی را شناسایی نموده و زمینه تطبیق صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی را در این زمینه فراهم نمود.

از میان کتاب‌های که به طور خاص به تعامل و ارتباط شورای امنیت سازمان ملل با دیوان کیفری بین‌المللی پرداخته است، اثری از امیر حسین راهگشا تحت عنوان: رابطه‌ی حقوقی دیوان کیفری بین‌المللی با شورای امنیت سازمان ملل متحد است که انتشارات مجد در سال



آن ۱۳۹۳ آن را چاپ نموده است. نویسنده در این کتاب از روابط حقوقی شورای امنیت با دیوان و انواع همکاری‌های حقوقی براساس موافقت‌نامه فیما بین بحث کرده است. تمامی تحقیقات ذکر شده جنبه توصیفی داشته و صرفاً به انواع تعامل و همکاری‌های حقوقی، قضای، اطلاعاتی و مالی شورای امنیت با دیوان کیفری بین‌المللی پرداخته است و این که پیامدهای منفی این نوع همکاری‌ها چیست و چه تأثیرات بر عملکرد دیوان و استقلال قضایی آن می‌تواند داشته باشد، تحلیل نشده است و کمتر بدان پرداخته است. تحقیق حاضر در تلاش است ضمن این که رابطه حقوقی شورای امنیت با دیوان کیفری بین‌المللی را مستند به اساسنامه رُم بیان نماید، مخاطرات و تهدیدهای ناشی از صلاحیت‌های شورای امنیت بر دیوان کیفری بین‌المللی و حاکمیت دولت‌ها را نیز تحلیل و بررسی نماید.

الف) دیدگاه‌ها در زمینه رابطه دیوان با شورای امنیت

با توجه به اختیارات شورای امنیت در زمینه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و ایجاد دو محکمه کیفری بین‌المللی بخاطر شرایط و اوضاع و احوال به وجود آمده به موجب قطعنامه‌های ۸۰۸، ۸۲۷ و ۹۵۵ و تشکیل محاکم کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا با استناد به فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد، وجود چنین سابقه‌ای در دادرسی‌های بین‌المللی سبب شد که بحث مربوط به استقلال دیوان و وابستگی آن به شورای امنیت بر کل جریان دیوان کیفری بین‌المللی نیز سایه افکند، به گونه‌ای که در جریان کنفرانس رُم در این رابطه دو دیدگاه افراطی وجود داشت که یکی قائل به اختیارات وسیع شورای امنیت حتی در احراز صلاحیت دیوان جزای بین‌المللی برای رسیدگی به جنایات بین‌المللی بود و دیگری با هرگونه واگذاری اختیاراتی به شورای امنیت شدیداً مخالف بود. (میرزایی ینگجه، ۱۳۷۸، ۲۴۸). برغم مباحث عمده‌ای که از سوی طرفین مطرح شد، دیوان کیفری بین‌المللی به موجب معاهده‌ای و به صورت نهاد مستقل و خارج از سازمان ملل متحد به وجود آمد. ماده ۲ اساسنامه رُم مقرر نموده: «رابطه این محکمه با سازمان ملل متحد از طریق توافقی تأمین خواهد شد که باید به تصویب مجمع کشورهای عضو این پیمان برسد و سپس به نیابت از این محکمه توسط رئیس آن امضاء گردد،». به موجب این ماده، دیوان کیفری بین‌المللی با سازمان ملل متحد موافقتنامه همکاری امضا می‌کنند. مأموریت تهیه و تنظیم پیش‌نویس این موافقتنامه به موجب قطعنامه مصوب کنفرانس دیپلماتیک رُم به کمیسیون مقدماتی محول گردیده است. بنابراین، با توجه به ماده ۲ منشور، دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان نهاد مستقل بین‌المللی با سازمان



ملل متحد مرتبط است. اما مهم‌ترین حوزه ارتباطی بین دیوان و سازمان ملل متحد، رابطه دیوان با شورای امنیت سازمان ملل متحد است. (براتی، ۱۳۸۲، ۱۳۶). اصل استقلال مراجع قضایی بین‌المللی بدین معناست که از طرفی در صورت درخواست ذینفع آن مرجع بدون کسب تکلیف از نهادی دیگر قادر به شروع و ادامه رسیدگی تا اخذ تصمیم نهایی باشد و از طرف دیگر مرجع دیگری نتواند پیشاپیش مانعی شروع رسیدگی قضایی شود. (براتی، همان، ۷۴) ولی از آن‌جا که ماهیت دیوان کیفری بین‌المللی به طور کامل حقوقی است، و در مقابل، ساختار شورای امنیت به طور کامل سیاسی است، در واقع شورای امنیت از منظر سیاست بین‌الملل و دیوان از منظر حقوق بین‌الملل و اساسنامه خود به قضایا می‌نگرد؛ با این وجود براساس اساسنامه رم، شورای امنیت می‌تواند مواردی را به آن ارجاع دهد، اما باید توجه نمود که ماهیت ساختار دیوان در برابر این ارجاع‌ها آسیب‌پذیر بوده و ممکن است موجب ایجاد تناقضاتی در تصمیم‌گیری‌ها یا گزینشی شدن دوسیه‌های مطروحه در آن گردد، و به همین دلیل برخی استدلال کرده‌اند که شروع رسیدگی در یک محکمه قضایی نباید مستلزم اتخاذ تصمیم توسط یک رکن سیاسی باشد. (جانی پور و خانعلی پور و اجارگاه: ۱۳۸۹، ۸).

ب) انواع همکاری میان دیوان جزای بین‌المللی و شورای امنیت

موضوعاتی همانند همکاری مالی سازمان ملل متحد با دیوان، ارجاع دوسیه جنایات بین‌المللی به دیوان، نحوه تبادل اطلاعات و اسناد و چگونگی درخواست مدارک مورد نیاز در موافقتنامه منعقد بین دیوان کیفری و شورای امنیت درج شده و در مجموع ارتباط دیوان با شورای امنیت را می‌توان در امور زیر خلاصه نمود.

۱. تأمین هزینه دیوان و حق ارجاع دوسیه

براساس ماده ۱۱۵ اساسنامه ژنوا: «هزینه‌های محکمه و مجمع کشورهای عضو، از جمله دیوان و ارگان‌های تابعه آن، همان‌طور که در بودجه تعیین شده توسط مجمع کشورهای عضو تصریح گردیده، باید از منابع ذیل فراهم شود: الف) پرداخت‌های معینی که توسط کشورهای عضو صورت می‌گیرد؛ ب) وجوهی که توسط سازمان ملل متحد پرداخت می‌شود، به ویژه در ارتباط با هزینه‌های تحمیلی به دلیل ارجاع دعاوی توسط شورای امنیت، به تصویب مجمع عمومی بستگی دارد.» بنابراین، یکی از همکاری‌های سازمان ملل متحد با دیوان مساعدت و همکاری در بخش تأمین هزینه‌های دیوان به خصوص نسبت به هزینه‌های محاکمه دوسیه‌های است که از سوی شورای امنیت به دیوان ارسال می‌گردد.





با توجه به نقش شورای امنیت سازمان ملل متحد، در مبارزه با جرایم بین‌المللی و وجود ارتباط میان تهدید علیه صلح، نقض صلح و عمل تجاوز با جرایم مشمول صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، شورای امنیت و دیوان، در این مورد با هم مرتبط هستند. طبق بند ب ماده ۱۳ اساسنامه دیوان، شورای امنیت می‌تواند رسیدگی به جرایم بین‌المللی را به دیوان ارجاع دهد؛ چنین ارجاعی دارای خصیصه جهانی است. در بند «ب ماده ۱۳ مقرر شده است: در شرایطی که یک یا چند مورد از این جنایاتی که به نظر می‌آید صورت گرفته است، توسط شورای امنیت براساس صلاحیت‌های داده شده فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد به دادستان ارجاع شده باشند». پس یکی از امتیازات اعطایی به شورای امنیت، حق ارجاع وضعیت جنایت بین‌المللی جهت رسیدگی به دیوان است، بدون آن که رضایت هیچ دولتی شرط صلاحیت دیوان باشد. این ارجاع بر مبنای صلاحیت جهانی است و ارتباط به شروع تحقیقات خرنوال دیوان یا رضایت کشورهای عضو و یا غیر عضو هم ندارد.

۲. همکاری‌های قضایی سازمان ملل متحد با دیوان

دومین حوزه که شورای امنیت و دیوان با هم تعامل دارند در قلمرو تعقیب متهمان و توقیف جرایم مشمول صلاحیت دیوان است و به امور ذیل با هم دیگر ارتباط دارند. این همکاری‌ها قرار ذیل است.

۱-۲. کسب اطلاعات

مطابق ماده ۱۵ اساسنامه رُم، خرنوال دیوان کیفری بین‌المللی در راستای تعقیب و تحقیق جرایم بین‌المللی می‌تواند: اطلاعات اضافی را از سازمان ملل متحد و ارکان آن از جمله شورای امنیت به دست آورد. «دادستان باید میزان اعتبار اطلاعات دریافت شده را تجزیه و تحلیل نماید. بدین منظور، وی می‌تواند از دولت‌ها، نهادهای سازمان ملل متحد، سازمان‌های میان دولتی یا غیردولتی، یا دیگر منابع مطمئن که وی مناسب بداند، درخواست اطلاعات بیشتر نماید، و می‌تواند در مقرر محکمه، شهادت کتبی یا شفاهی دریافت کند.»

۲-۲. همکاری در امر تعقیب و توقیف

طبق ماده ۸۶ اساسنامه رُم: «کشورهای عضو بر طبق مقررات این اساسنامه، باید در انجام تحقیقات و تعقیب کیفری جرائمی که در حوزه صلاحیت محکمه قرار دارد، با محکمه کاملاً همکاری نمایند.» در مواردی که ارجاع دوسیه از سوی شورای امنیت است و کشورها با دیوان

در امر توقیف و تعقیب به همکاری حاضر نشوند، دیوان می‌تواند دوسیه این کشورها را به شورای امنیت ارجاع دهد و شورای امنیت می‌تواند موضوع عدم همکاری دولت‌ها را مشمول ماده ۳۹ منشور بداند. در ماده ذکر شده پیش‌بینی شده است: «شورای امنیت وجود هرگونه تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز را احراز کرده، توصیه‌هایی خواهد کرد یا تصمیم خواهد گرفت که برای حفظ یا اعاده‌ی صلح و امنیت بین‌المللی چه اقداماتی بر طبق ماده ۴۱ و ۴۲ باید صورت گیرد.»، اما در صورتی که ارجاع‌دهنده شورای امنیت نیست بلکه ارجاع‌دهنده خود کشورهای عضو یا غیر عضو هستند ولی کشورهای عضو دیوان یا غیر عضو؛ با دیوان در انجام وظایف و محاکمه مجرمان همکاری ندارند؛ موضوع از سوی دیوان به مجمع عمومی دولت-های عضو گزارش و مجمع دولت‌های عضو به شورای امنیت ارجاع می‌دهد و شورای امنیت، آن کشورها را امتناع‌کننده از همکاری با دیوان دانسته و مشمول ماده ۳۹ منشور؛ اقدامات بر ضد صلح و امنیت بین‌المللی دانسته و توصیه و هشدار می‌دهد. (رهگشا، ۱۳۹۳، ۲۵۴)

همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری بین‌المللی نقش مهم در اثربخشی روند قضایی دارد؛ زیرا اجرای تصمیمات، دستورات، و تقاضاهای این مرجع تنها از عهده‌ای از نهادها و مؤسسات دیگر، یعنی مقامات ملی یا سازمان‌های بین‌المللی، برمی‌آید. بنابراین، نقش دولت‌ها و سازمان‌ها در ابعاد فرهنگی و اجتماعی بیش از پیش برجسته شده است. (نوروزی، ۱۳۸۹: ۶۹-۷۶) و با توجه به تنوع فرهنگی در رسیدگی کیفری بین‌المللی، آن‌چه که ممکن است، باید برای مقابله با شرایط ناگوار درک این بیگانگی و اختلاف ناشی از این تنوع فرهنگی انجام شود و اگر از هر یک از این شرایط چشم‌پوشی شود به طور جدی اثر محکمه‌جنایی بین‌المللی و بلکه ارزش آن از نظر کسانی که قرار است از آن بهره‌مند شوند، یعنی شرکت‌کنندگان واقعی (متهم، شاهدان، قربانیان) و جمعیت آسیب‌دیده، تضعیف می‌شود.

با هدف تحقق اهداف اساسنامه از همه دولت‌های عضو انتظار می‌رود که به درخواست-های همکاری دیوان بدون تأخیر غیرموجه پاسخ گویند و به عبارت دیگر، تعهد دولت‌ها به همکاری با دیوان، تعهد به نتیجه است، و آن‌چه در این جا ممکن است نقض تعهد قراردادی یک دولت تلقی شود رفتار مخالفی است که یک دولت در اجرای درخواست همکاری دیوان برگزیده است. (اردبیلی، ۱۳۹۱، ۱۵۳-۱۵۴) کوتاهی یا قصور دولت‌ها در همکاری با دیوان موضوعی است که ماده ۸۷ اساسنامه رُم به آن پرداخته و در مقام چاره‌جویی برآمده است، و قصور هر یک از دولت‌های عضو برخلاف انتظار اساسنامه در اجرای درخواست همکاری





دیوان اگر مانع از اجرای وظایف و اختیارات دیوان گردد به مرجع مذکور این اختیار را می‌دهد که موضوع را احراز کند و آن را به مجمع عمومی دولت‌های عضو یا در مواردی که شورای امنیت موضوع را به دیوان ارجاع نموده است به شورای امنیت ارجاع نماید؛ و در مورد دولت‌های غیر عضو که به موجب قرار خاص یا موافقت‌نامه یا هر نوع مبنای مناسب دیگری رضایت خود را به همکاری با دیوان اعلام نموده‌اند، امتناع از اجابت درخواست‌های دیوان با واکنش ملایم‌تری روبرو است و برخلاف وضع دولت‌های عضو، دیوان صلاحیت احراز موضوع را ندارد و فقط می‌تواند موضوع را به اطلاع مجمع دولت‌های عضو یا شورای امنیت برساند. (همان: ۱۶) از این رو، به نظر می‌رسد که فصل ۹ اساسنامه رُم، برای کشورهایی که با دیوان همکاری نمی‌کنند، ابزار حقوقی مناسبی پیش بینی نکرده است، و به منظور رفع مشکل، مجمع عمومی دولت‌های عضو می‌تواند پیشنهاد ارزیابی مجدد فصل ۹ اساسنامه را در پرتو تجربیات دیوان کیفری بین‌المللی بدهد و مکانیسم‌های مجازات‌کننده قدرتمندتری برای کشورهای غیر همکار در نظر گرفته شود. (نوروزی، همان: ۷۹)

شورای امنیت مطابق مواد ۴۱ و ۴۲ منشور، می‌تواند از اقدامات تنبیهی مانند قطع روابط اقتصادی، سیاسی، تظاهرات، محاصره و سایر عملیات‌های نیروهای هوای، دریایی و زمینی علیه کشورهای استفاده نماید که به عنوان تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی دانسته شده‌اند.

ج) تعویق تحقیق یا تعقیب رسیدگی به مدت دوازده ماه

مطابق ماده ۱۶ اساسنامه رُم: «براساس این معاهده شورای امنیت می‌تواند با تصویب قطعنامه‌ای برطبق فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد از محکمه درخواست نماید که هیچ‌گونه تحقیقات یا محاکمه برای مدت ۱۲ ماه آغاز نشود یا ادامه نیابد. این درخواست می‌تواند با شرایط مشابه توسط شورا تکرار گردد.» بدین ترتیب، اساسنامه به شورای امنیت حق وتوی موقت در اعمال صلاحیت دیوان را اعطاء نموده که می‌تواند مانعی عملکرد مؤثر و کارآمد دیوان کیفری بین‌المللی به صورت جهان شمول و بدون تبعیض قلمداد شود. به نظر می‌رسد چنین تمهیدی برای جلوگیری از اتخاذ تصمیمات معارض و مصون‌ماندن حریم اختیارات شورای امنیت و به ویژه تشویق اعضای دائم شورا به پذیرش اساسنامه دیوان است؛ اما تردیدی نیست که مانع فوق‌الذکر تا حدودی دیوان را تحت انقیاد شورای امنیت قرار می‌دهد و چنین تضییقی حتی برای دیوان بین‌المللی دادگستری ایجاد نشده است که علی‌الاصول به اختلافات میان دولت‌ها رسیدگی می‌کند و تبعیت رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی از

اقتدارات عالیة شورای امنیت، به مثابة آن است که رسیدگی قضایی تابع سیاست قرار گیرد، و این امر ترفندی مؤثر برای حمایت از مرتکبان جرائم بین‌المللی است که علی‌الاصول باید در اختیار دیوان قرار گیرد. (زمانی، ۱۳۸۱، ۷۴-۷۵) البته تعلیق رسیدگی در دیوان با شرایط زیر صورت می‌گیرد:

۱. صدور قطعنامه و ابلاغ آن به دیوان: تصمیمات شورای امنیت در این موضوع با رأی مثبت ۹ عضو، به شمول آرای مثبت تمام اعضای دائم صورت می‌گیرد. بدین ترتیب، هیچ عضو شورا صلاحیت ندارد که به تنهایی فعالیت دیوان را وتو نماید.
۲. انطباق با فصل هفتم منشور ملل متحد: مهم‌ترین شرطی که در مورد درخواست تعلیق تحقیق و تعقیب باید مدنظر قرار گیرد، تعلیق با فصل هفتم منشور، سازگاری داشته باشد. یعنی تحقیق و تعقیب مخالف با صلح و امنیت بین‌المللی باشد.
۳. حدود درخواست شورای امنیت: مدت تعلیق توقیف و تحقیق ۱۲ ماه است و فراتر از آن نمی‌تواند جلو تحقیق و توقیف را مسدود سازد. با این وجود شورای امنیت می‌تواند زمان یادشده را با شرایط ذکر شده تمدید نماید.

۴-۴. همکاری در دستگیری و توقیف مجرمان بین‌المللی و هم‌چنین حبس آنان از طریق دولت‌های عضو و نیروهای حافظ صلح و امنیت بین‌المللی. (رهگشا، ۱۳۹۳، ۱۴۵).

توانایی شورای امنیت برای تعویق تحقیق یا تعقیب جریان رسیدگی، بدون اجازه گرفتن از دیوان، در واقع دخالت آشکار در اختیارات و استقلال دیوان است و نهایتاً اعتبار و کارایی آن را به تحلیل می‌برد، هرچند این اختیار محدود شده و شورای امنیت در زمینه به کارگیری این صلاحیت، دست باز ندارد.

د) شناسایی وقوع عمل تجاوزکارانه

از مهم‌ترین موارد همکاری شورای امنیت با دیوان در جنایت تجاوز ارضی است. بند (۱) ماده (۵) اساسنامه دیوان، رسیدگی به جنایت تجاوز را در صلاحیت دیوان می‌داند؛ اما از آن-جا که بر هیچ تعریفی از تجاوز در کنفرانس رم توافق نشد، اساسنامه تعریف تجاوز و شرایطی را که دیوان تحت آن بتواند به این موضوع رسیدگی نماید به کمیسیون خاص واگذار نمود. در انتهای بند ۲ ماده (۵) اساسنامه نیز قید گردیده که مقررات مربوط به تعریف جنایت تجاوز باید با مقررات مندرج در منشور سازمان ملل متحد هماهنگ باشد





و بدین گونه چنین پیش شرطی را در تدوین هر تعریفی از تجاوز قائل شده است. بنابراین، مشکل اصلی که موضوع تعریف تجاوز را تحت الشعاع قرار می‌داد، شرایط اعمال صلاحیت دیوان بر جنایت تجاوز بود، چرا که اعمال این صلاحیت منوط به احراز وقوع عمل تجاوزکارانه است و احراز وقوع عمل تجاوزکارانه نیز مطابق منشور در ابتدا به شورای امنیت سپرده شده است. (ماده ۵ اساسنامه دیوان) که دقیقاً نشان از شناخت صلاحیت شورای امنیت در این مورد دارد. (دارابی نیا، ۱۳۹۴، ۱۴۲)

در واقع احراز وقوع عمل تجاوزکارانه نقطه تلاقی صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، شورای امنیت، مجمع عمومی و دیوان بین‌المللی دادگستری است. در عین حال، کمیسیون حقوق بین‌الملل در این خصوص در بند ۲ ماده ۲۳ پیش‌نویس نهایی اساسنامه دیوان، احراز ابتدایی وقوع عمل تجاوزکارانه توسط شورای امنیت را پیش‌شرط صلاحیت دیوان در خصوص مسئولیت کیفری فردی اعلام نمود: شکایت یا موضوعی که مستقیماً به یک عمل تجاوزکارانه مربوط است، تحت شمول اساسنامه دیوان قرار نمی‌گیرد؛ مگر آن‌که در ابتدا شورای امنیت احراز نماید که عمل تجاوزکارانه توسط دولت طرف شکایت ارتکاب یافته است. مطابق بند ۳ ماده ۲۳ پیش‌نویس اساسنامه ۱۹۹۴ «هیچ تعقیبی نمی‌تواند مطابق این اساسنامه در مورد وضعیتی آغاز شود که شورای امنیت آن را به عنوان تهدید یا نقض صلح و امنیت بین‌المللی یا یک عمل تجاوزکارانه مطابق با بخش هفتم منشور در دست بررسی داشته باشد؛ مگر آن‌که شورای امنیت تصمیمی جز این اتخاذ نماید.»

لازم به ذکر است که قبل از شروع کنفرانس بازنگری کامپالا در خصوص تعریف جنایت تجاوز، توافق کلی صورت گرفته بود، ولی یکی از مشکل‌ترین مسائل که حل نشده، شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایت تجاوز بود و لذا بحث‌های بسیار جدی و پرمناقشه-ای در کنفرانس بازنگری پیرامون شروط اعمال صلاحیت دیوان به عمل آمد. (کیتی شایزری، ۱۳۸۷، ۳۲۰) به‌ویژه در مورد نقش شورای امنیت در تشخیص و احراز وقوع تجاوز اختلاف نظر جدی به چشم می‌خورد. دورویکر در این زمینه وجود داشت: اعضای دائم شورای امنیت معتقد بودند که تنها شورای امنیت باید بتواند دوسیه را به دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع دهد و در مقابل، دیگرکشورها به دنبال این بودند که شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی نیز بتواند در صورت درخواست دادستان یا یکی از دولت‌های عضو، اجازه انجام تحقیقات را صادر نماید. توافقی که نهایتاً صورت گرفت ترکیبی از هر دو شیوه است: «ارجاع یک دولت

عضو یا شروع به تحقیقات مستقیماً توسط دادستان دیوان و ارجاع شورای امنیت». (اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی: مواد ۱۵ مکرر ۱ و ۱۵ مکرر ۲) به اعتراف اندیشمندان حقوق بین‌الملل، پذیرش این شیوه رسیدگی از موفقیت‌های بزرگ دیوان بوده است. زیرا، دیوان کیفری بین‌المللی قادر به حفظ استقلال خود در مقابل شورای امنیت شد. هم‌چنین شورای امنیت از دایره اختیارات انحصاری خود فاصله گرفته و بخشی از اختیارات این نهاد در تشخیص و احراز وقوع تجاوز کاسته شد که به طور سنتی در اسناد بی‌المللی مختلف منحصرأً به عهده‌شورا گذاشته شده بود. (آقایی، ۱۳۸۶، ۱۷۸).

ماده ۱۵ مکرر ۲ شرایط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به جنایت تجاوز در صورت ارجاع شورای امنیت را مقرر می‌دارد: «دیوان مطابق با بندب ماده ۱۳ اساسنامه و به موجب شرایط این ماده، صلاحیت خود را نسبت به جنایت تجاوز اعمال خواهد کرد.» بند ۲ از ضمیمه سوم تحت عنوان «تفاهم‌های مربوط به اصلاحات اساسنامه دیوان در مورد جنایت تجاوز» ذیل عنوان «ارجاع شورای امنیت» آورده است: «تفاهم بر آن است که دیوان صلاحیت خود نسبت به جنایت تجاوز را بر مبنای ارجاع شورای امنیت و مطابق با ماده ۱۳ (ب) اساسنامه اعمال خواهد کرد؛ صرف نظر از آن که دولت مورد نظر صلاحیت دیوان را در این رابطه پذیرفته است یا خیر» در مورد سایر جرائم مذکور در ماده ۵ اساسنامه نیز وضع به همین گونه است. بند ۲ ماده ۵ اساسنامه نیز در جهت هماهنگی بین مقررات حاکم بر تشخیص تجاوز از سوی شورای امنیت و مقررات دیوان- دو نهادی که صلح و امنیت بین‌المللی مستلزم همکاری آن دو است - مقرر داشته است: «تعریف جنایت تجاوز و شروط اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن باید با مقررات منشور ملل متحد هماهنگ باشد.» همان گونه که گفته شد از وظایف واگذار شده به شورای امنیت موجب منشور، تشخیص تجاوز است.

نتیجه‌گیری کلی

هرچند ارتباط شورای امنیت سازمان ملل به عنوان نهاد تضمین‌کننده صلح و امنیت بین‌المللی با دیوان کیفری بین‌المللی، بر مبنای توافق‌نامه، پیش‌بینی شده است و در ماده ۴۰ اساسنامه‌رم، استقلال دیوان تضمین شده است و در ماده ۲ موافقت‌نامه ارتباط دیوان با شورای امنیت سازمان ملل نیز درج و تأکید شده است که دیوان کیفری بین‌المللی نهادی مستقل و دائمی است؛ اما اعطای اختیارات خاص به شورای امنیت سازمان ملل، به نظر می‌رسد که اصول عدالت کیفری و استقلال دیوان را با مشکلات و چالش‌های عدیده مواجه می‌سازد.



اختیارات و صلاحیت‌های که در اساسنامه به شورای امنیت تفویض گردیده؛ مانند ارجاع وضعیت دوسیه‌های کشورهای حتی غیر عضو به دیوان، تعلیق دوسیه‌های در حال رسیدگی توسط دیوان به مدت دوازده ماه و تمدید مجدد آن و تعیین عمل تجاوزکارانه و متوقف شدن رسیدگی دیوان به این وضعیت تا اعلام شورای امنیت سازمان ملل و...، هر کدام می‌تواند تهدیدی بر هنجارهای بین‌المللی، حاکمیت کشورها و استقلال دیوان کیفری بین‌المللی باشد. تطبیق صلاحیت تجویزی دیوان نسبت به اتباع کشورهایی که نه عضو دیوان هستند و نه صلاحیت آن را پذیرفته اند در تضاد با حاکمیت کشورهای غیر عضو است. تعلیق دوسیه‌ای جنایات بین‌المللی که دیوان در حال رسیدگی است، از سوی شورای امنیت به استناد این که مغایر با حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است و حتی صدور مجوز تمدید آن، اعطای حق و تو به شورای امنیت، مداخله در صلاحیت قضای دیوان است.

تصمیم شورای امنیت مبنی بر این که وضعیت خاص، تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی است، تصمیم حقوقی نیست؛ بلکه سیاسی است. منوط کردن رسیدگی دیوان نسبت به جنایت تجاوز سرزمینی به تعیین عمل تجاوزکارانه از سوی شورای امنیت، با اصل قانون-مندی و قضایی در تعارض است؛ چرا که تشخیص جنایت تجاوز سرزمینی و وقوع آن؛ همانند سایر جنایات مشمول صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، موضوع حقوقی و قضایی است و باید در صلاحیت محکمه جزای بین‌الملل باشد و شورای امنیت نهادی سیاسی وابسته به سازمان ملل متحد است. با توجه به پیامدهای اختیارات واگذار شده به شورای امنیت، لازم است که اساسنامه رُم مورد بازنگری کشورهای عضو قرار گیرد تا استقلال قضایی دیوان به مفهوم واقعی محفوظ و عدالت جزایی تأمین گردد و تصور نشود که دیوان ابزاری در دست شورای امنیت، جهت پیش‌برد اهداف سیاسی آن است. تجربه دوسیه‌های ارجاعی شورای امنیت به دیوان جزای بین‌الملل؛ مانند دارفور سودان و لیبی نشان می‌دهد که بدون اصلاحات ساختاری و افزایش شفافیت، تعامل میان دو نهاد نمی‌تواند به هدف اصلی خود؛ یعنی تضمین عدالت و مبارزه با بی‌کیفرمانی دست یابد.



منابع

۱. آقای، جنت مکان، حسین، (۱۳۸۶)، محاکمه قدرت، تهران، انتشارات گنج دانش.
۲. _____؛ (۱۳۹۰)، تعریف، عناصر و شروط اعمال صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری، نسبت به جنایت تجاوز با ناگهائی به موافقتنامه کامپالا، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۲۸ شماره ۴۴.
۳. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۱)، شورای امنیت سازمان ملل متحد و دیوان کیفری بین‌المللی، در دایره المعارف علوم جنایی (زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی)، کتاب دوم، مقاله شماره ۳۸.
۴. براتی، شهرام، (۱۳۸۲)، صلاحیت شورای امنیت در ارتباط با دیوان کیفری بین‌المللی، مجله پژوهش‌های حقوق و سیاست، شماره ۹.
۵. براتی، محمد، (۱۴۰۲)، تأثیر شورای امنیت ملل متحد بر سیاسی شدن دیوان کیفری بین‌المللی، مجله حقوق بین‌الملل، شماره ۶۹.
۶. جانی پور، مجتبی، خانعلی پور و اجارگاه، سکینه، (۱۳۹۱)، چالش صلح و عدالت از منظر اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و قطعنامه‌های شورای امنیت، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم شماره ۱.
۷. دیدخت، صادقی (۱۳۹۲)، مسئولیت بین‌المللی حمایت و حاکمیت دولت‌ها، فصلنامه مطالعات روابط بین‌الملل، دوره ۶ شماره ۲۲.
۸. دارابی نیا، مرتضی (۱۳۹۴)، رابطه شورای امنیت سازمان ملل متحد با دیوان کیفری بین‌المللی در زمینه جنایت تجاوز سرزمینی، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره اول.
۹. رهگشا، امیر حسین، (۱۳۹۳)، رابطه‌ی حقوقی دیوان کیفری بین‌المللی با شورای امنیت سازمان ملل متحد، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
۱۰. زمانی، قاسم، (۱۳۸۱)، استقرار دیوان کیفری بین‌المللی: بیم‌ها و امیدها، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال اول شماره ۲.
۱۱. ساک کیتی چایساری، کریانگ، (۱۳۸۷ ش)، حقوق کیفری بین‌المللی، مترجم: حسین آقای جنت مکان، تهران، جنگل - جاویدانه، ج ۲.
۱۲. شریعت باقری، محمد جواد، (۱۳۹۳) اسناد دیوان کیفری بین‌المللی، تهران، جنگل - جاویدانه.
۱۳. کاسسه، آنتونیو، (۱۳۸۸)، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین پیران و دیگران، تهران، انتشارات جنگل - جاویدانه.
۱۴. میرزایی ینگجه، سعید، (۱۳۷۸)، سازمان ملل متحد و دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۱۵. میرمحمد صادقی، حسین، (۱۳۹۰)، حقوق جزای بین‌الملل، تهران، میزان، ج ۳.
۱۶. نوروزی، میثم، (۱۴۰۳)، تأملی بر نقش دیوان بین‌المللی کیفری در توسعه و حمایت از حقوق بشر، مجله تعالی حقوق، سال ۱۵، شماره ۳.



تحرك اجتماعى و حق بر برابرى فرصت در افغانستان

قاسم على صداقت*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۸/۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۰/۹

چکیده

حق بر برابری فرصت از حقوق رویه‌ای است که در برداشتی شناسه مشخص (تحرك اجتماعى) دارد. در جامعه‌ای که تحرك اجتماعى در انواع مختلف آن وجود داشته باشد، شاخص و نشانه مثبت از برابری فرصت است. اما ضعف تحرك اجتماعى حاکی از تبعیض و موروثی بودن موقعیت‌های مختلف اجتماعى، فرهنگى، اقتصادى و سیاسى است. دامنه تحرك اجتماعى وسیع و گسترده است که شامل نهادهای فراگیر، آموزش، صحت، دسترسی به مشاغل و درآمد مناسب، مزد مناسب، فرصت کارى، تأمین اجتماعى و دسترسی به تکنولوژى است. هر مقدار تحرك اجتماعى بیشتر باشد، برابری فرصت بیشتر است و نابرابری‌های موروثی کمتر است که چرخه مثبت است. اما هر مقدار نابرابری‌های موروثی بیشتر باشد، تحرك اجتماعى کمتر و در نتیجه برابری فرصت کمتر است. در افغانستان تحرك اجتماعى به میزان مطلوب و ایدئال نیست و در نتیجه هنوز برای رسیدن به عدالت نیازمند در توزیع امکانات و فرصت‌هاست. در این تحقیق با عنایت به موضوعات یادشده، رابطه حق بر برابری فرصت و تحرك اجتماعى با شیوه استقرائى و برهانی با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای با هدف تحلیل و تبیین رابطه یادشده تحلیل و ارزیابی شده است. از طرفی به نسبت جوامع و گروه‌های مختلف با تحرك اجتماعى و برابری فرصت، به‌مثابه شیوه کشف علائم و نشانه‌های تحرك اجتماعى باید دقت شود؛ بدان‌معناکه ویژگی و خصوصیات گروه-ها و جوامع مختلف می‌تواند به شناسایی تحرك اجتماعى و برابری فرصت‌ها کمک نماید.

واژگان کلیدی: تحرك اجتماعى، حق، برابری فرصت، امکانات، برابری ماهوى و شکلى و تبعیض.

* کادر علمى دپارتمنت حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسى، پوهنتون خاتم النبیین (ص)

حق برابری فرصت از حقوق مسلم شهروندان یک کشور است که فرصت‌ها باید به صورت برابر در اختیار همگان قرار داشته باشد. نقطه مقابل برابری فرصت تبعیض در فرصت و عدم دسترسی به فرصت به صورت برابر است. حق بر برابری فرصت از حقوق رویه‌ای است و تضمین‌کننده حقوق ماهوی است. این موضوع در دامنه حق الناس و حقوق بشر قرار دارد و با عدالت ارتباط تنگاتنگ دارد. تحرک اجتماعی عبارت از جابه‌جایی افراد و گروه‌ها در پایگاه‌های اجتماعی، مشاغل و موقعیت‌هاست. پایگاه‌ها و موقعیت‌ها در عرصه‌های اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی و امثال آنها قرار دارد. تحرک اجتماعی یک پدیده فرارشته‌ای است. از طرفی در این تحقیق براساس تحرک اجتماعی وضعیت برابری فرصت از نظر بود و نبود و کم‌رنگ و پررنگ بودن آن بررسی و تعیین خواهد شد و از راهکارهای بهبود و تضمین حق بر برابری بحثی نخواهد شد.

تحرک اجتماعی از زوایای مختلف ممکن است که ارتباط با برابری فرصت داشته باشد و چه بسا این ارتباط دو سویه نیز باشد. از جمله گفته شده که پویایی اجتماعی که شاخص برای حق بر برابری فرصت است. میان بالا و پایین بودن تحرک اجتماعی و مطلوب و نامطلوب بودن برابری فرصت ارتباط مثبت و تنگاتنگ است و باید این ارتباط به صورت تفصیلی مشخص و هویدا شود. از این جهت نیاز به بررسی دارد تا وضعیت حق برابری فرصت از منظر مثبت و منفی بودن از جمله در افغانستان مشخص شود. انواع آن نیز که هر کدام می‌تواند حاکی از برابری فرصت باشد، نیاز به بررسی دارد. ماهیت هر یک از انواع نیاز به شناخت دارد تا وضعیت حق بر برابری فرصت (از نظر بود و نبود قوی و ضعیف بودن) در کل و از جمله در افغانستان معین شود. از سوی دیگر، وضعیت تحرک پویایی اجتماعی در افغانستان باید مورد توجه قرار گیرد و مشخص شود. از این رو، باید بحث کرد که تحرک اجتماعی چگونه مشخص می‌کند که در یک جامعه برابری فرصت وجود دارد یا خیر و از طرفی با این شاخص وضعیت حق بر برابری فرصت در افغانستان نیازمند تعیین و تثبیت دارد تا در گام بعدی اقداماتی انجام شود که حق بر برابری فرصت ارتقا و بهبود یابد.

عدم دسترسی به عناصر اصلی و ارکان تحرک به نظر می‌رسد که بر برابری فرصت آسیب جدی وارد می‌کند و از طرفی برابری فرصت خود بر بهبود شاخص تحرک اجتماعی و ارکان تأثیر مثبت دارد. میان ارکان تحرک اجتماعی و وجود برابری فرصت نیز رابطه متقابل و دو

جانبه وجود دارد. در هر جامعه‌ای که تحرک اجتماعی پایین باشد، دسترسی برابر به حق‌های ماهوی و زیرساخت‌های نرم پایین خواهد بود. به‌رحال موارد یادشده ادعاهایی است که در این نوشتار نیازمند اثبات و استدلال است.

اهمیت و ضرورت این تحقیق ناشی از تضمین برابری فرصت ناشی می‌شود. هر جامعه سیاسی نیاز اساسی به تضمین برابری فرصت به‌عنوان حقی رویه‌ای دارد و از این جهت براساس شاخص تحرک اجتماعی وضعیت مثبت و منفی بودن حق برابری فرصت و عدالت مشخص شود. هدف این تحقیق بررسی و تحلیل ماهیت تحرک اجتماعی، انواع و چگونگی شاخص بودن آن برای حق برابری فرصت است. همچنین تشخیص بود و نبود برابری فرصت و قوی و ضعیف بودن آن در افغانستان است. روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و همین‌طور استقرائی و قیاسی است؛ بدان‌معناکه برای اثبات ادعاها و هم‌روش استقرائی و هم‌استدلال و روش‌های عقلی به کار گرفته خواهد شد. با عنایت به جستجوی انجام شده، در افغانستان در زمینه تحرک اجتماعی به‌عنوان شاخص برابری فرصت تحقیقی صورت نگرفته تا معین شود که برابری فرصت در افغانستان بر اساس این شاخص از نظر مطلوب بودن و نبودن معین شود.

الف) ماهیت تحرک اجتماعی و حق برابری فرصت

۱. تحرک اجتماعی به پیوند بین وضعیت اقتصادی-اجتماعی یک فرد (مانند شغل، طبقه اجتماعی یا درآمد) و وضعیت اقتصادی-اجتماعی والدین او اشاره دارد. زمانی که این پیوند قوی باشد، سطح تحرک اجتماعی پایین‌تر است. زمانی که این پیوند ضعیف باشد، سطح تحرک اجتماعی بالاتر است. هدف تحرک اجتماعی، شکستن این پیوند است، Lillywhite (2022, p.4). تحرک اجتماعی به معنای جابه‌جایی افراد و گروه در جایگاه اجتماعی و سلسله‌مراتب مشاغل و درآمدهاست. یا به حرکت افراد از یک منزلت اجتماعی به منزلت اجتماعی دیگر گفته می‌شود. اصطلاح تحرک اجتماعی را به حرکت افراد و گروه‌ها بین موقعیت‌های اجتماعی اقتصادی مختلف اطلاق کرده است (گیدنز، ۱۳۷۴، ص ۲۴۴).

به‌هرروی، می‌توان اذعان کرد که تأکید همه تعاریف از مفهوم «تحرک اجتماعی» حرکت افراد و گروه‌ها از منزلتی به منزلت دیگر و دستیابی آنان به شرایط و موقعیت و نقش‌های دیگر است (تنکابنی، ۱۳۹۲، ص ۳). جامعه‌شناسان بیشتر درصدد شناخت سلسله‌مراتب یا نزدیکی از پایگاه‌های اجتماعی هستند که افراد بر روی آن بالا و پایین می‌روند. موقعیت هر





فرد در این نردبان طبقه یا پایگاه از طریق عوامل زیادی تعیین می‌شود. میزان تحصیلات، جنسیت، نژاد و قومیت، حجم خانواده، شغل پدر، حق تقدم فرزندان، ازدواج، و چشم‌پوشی از مزایای حال به خاطر تضمین آینده، برنامه‌های دولتی و اصل و نسب خانوادگی از جمله این عوامل اند.

۲. حق برابری فرصت

مقصود از برابری فرصت، دسترسی به امکانات و فرصت‌های مختلف است که برای همگان فراهم باشد و عوامل خارج از اختیار انسانی نباید مانع از دسترسی شود؛ همانند قوم، نژاد، مذهب، زبان، منطقه، نیاکان، باور سیاسی و امثال آن. برای دسترسی به امکانات مختلف نباید موانع قانونی و دیگر محدودیت‌ها وجود داشته باشد. از سوی دیگر، برای توزیع امکانات و فرصت‌ها نیز نباید تبعیض باشد؛ یعنی بنا بر عوامل ناموجه نباید افراد و گروه‌ها از امکانات مختلف محروم شوند. به عبارت دوم، برابری فرصت به این معناست که با همه افراد به طور عادلانه رفتار شود و صرف نظر از شرایطی که خارج از کنترل آنهاست، شانس برابر برای موفقیت در زندگی داشته باشند (OECD, 2022, p. 8).

منظور از «حق» برابری فرصت، «حق - آزادی» نیست که مطالبه را در پی نداشته باشد؛ بلکه از حقوق رویه‌ای است که در دامنه «حق - ادعا» قرار دارد و دولت مخاطب مستقیم آن است که ایفای تعهد آن با صرف نبود مانع و محدودیت دولتی حاصل نخواهد شد؛ بلکه دولت اقدامات معین برای تضمین آن باید انجام دهد؛ به ویژه در کشوری که حق برابری فرصت در عرصه‌های مختلف از جمله در برنامه‌ریزی کلان دولت با عنوان برنامه‌ریزی فضایی نقض شده باشد.

به دیگر سخن، لازمه حق - ادعا بودن حق برابری فرصت، وجود متعهد و مکلف در تضمین این حق است که خود تضمین‌کننده حق‌های ماهوی است. از این رو، مطالباتی را در گام نخست و بالذات متوجه دولت می‌کند به عنوان مکلف اصلی و سپس در گام بعدی و بالعرض متوجه شهروندان خواهد کرد (سیدفاطمی، ۱۳۹۵، ص ۲۰۴ و ۲۰۵). از طرفی حق برابری فرصت از حق‌های رویه‌ای تضمیناتی است که تضمین‌کننده حقوق ماهوی است (همان، ص ۲۰۳). بدون برابری فرصت در امکانات، سایر حقوق (ماهوی) در معرض آسیب و خطر قرار می‌گیرد.

حق برابری فرصت از مصادیق حق‌های بنیادین در واقع، حق - ادعای مسلط و حاکم است که قابل سلب و نقض نیست؛ زیرا روی دیگر آن منع تبعیض است که حق بر منع تبعیض بنا بر برداشتی مطلق بوده و در هیچ حالتی نباید نادیده گرفته شود. از طرفی برابری فرصت که نقض شود، عدالت نیز پایمال می‌شود که ارزش‌های اخلاقی و اساسی در فرهنگ اسلامی و عرفی است. تبعیض و نابرابری فرصت چون عوامل ناموجه دارد، و در اختیار انسان نیست، غیرعقلایی و غیراخلاقی و در عین حال، مخالف کرامت ذاتی انسانی است. به هر روی حق برابری فرصت نباید نادیده گرفته شود که از حقوق بنیادین بشری است.

در مباحث مربوط به نابرابری نزد فیلسوفان و علوم اجتماعی، معمولاً بین دو نوع برابری تمایز قائل می‌شوند: «برابری در نتایج (یا وضعیت)» و «برابری فرصت‌ها». تفاوت میان آنها را می‌توان با یک مثال ساده نشان داد. فرض کنید من هزار دلار داشتم و آن را به طور مساوی بین همه افراد حاضر در این اتاق تقسیم کردم. در این صورت ما برابری در نتایج داشتیم؛ اما اگر به جای آن به هر کس یک بلیت لاتاری بدهم و سپس به طور تصادفی یک بلیت را بکشم و تمام هزار دلار را به دارنده آن بلیت بدهم، قطعاً برابری در نتایج وجود نخواهد داشت؛ اما برابری فرصت‌ها برقرار خواهد بود؛ زیرا هر کس یک بلیت داشت و بنابراین همه شانس یکسانی برای موفقیت داشتند.

وقتی به مسئله توزیع پاداش‌ها در جامعه به طور کلی می‌پردازیم، درمی‌یابیم که مردم در جوامع توسعه‌یافته ترجیح قوی‌ای به برابری فرصت‌ها نسبت به برابری نتایج دارند. وقتی از آنها پرسیده می‌شود، اکثریت قاطع با گزاره‌ای مانند «منصفانه‌ترین روش توزیع ثروت و درآمد این است که به همه سهم‌های برابر داده شود» مخالف‌اند. اما وقتی گزاره «منصفانه است اگر برخی افراد پول یا ثروت بیشتری داشته باشند، اما تنها در صورتی که فرصت‌ها برابر باشد» مطرح می‌شود، افراد بسیار بیشتری با آن موافق‌اند تا مخالف. در بریتانیا، ایالات متحده و آلمان، بیش از ۷۰ درصد افراد موافق بیشتر از مخالف بودند (Marshall, Swift and Roberts, 1999, p. 246). در یک نظرسنجی در آمریکا، وقتی از شرکت‌کنندگان پرسیده شد که «مهم‌تر است این کشور نابرابری را در آمریکا کاهش دهد یا اینکه اطمینان حاصل کند همه فرصت منصفانه‌ای برای بهبود وضعیت اقتصادی خود دارند؟»، ۷۱ درصد

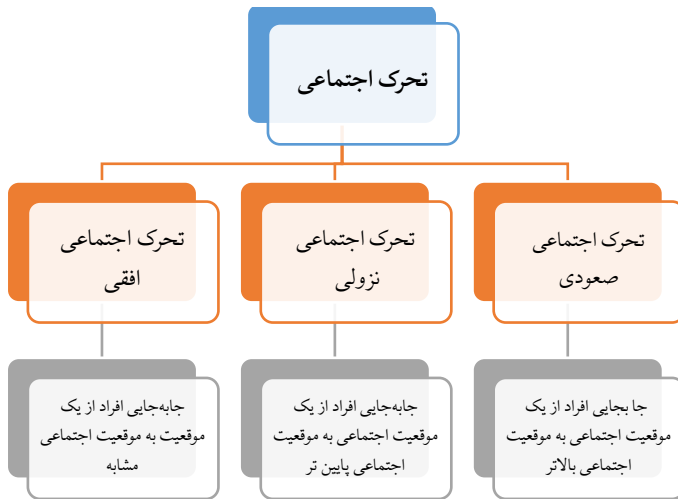
¹ Opinion Poll on Economic Mobility and the American Dream, Pew Charitable Trust, 2009



طرفدار تضمین فرصت منصفانه برای همه بودند و در مقابل ۲۱ درصد که کاهش نابرابری را مهم تر می دانستند.

ب) انواع تحرک اجتماعی

تحرک اجتماعی انواع مختلف دارد که بر معیارهای مختلف قابل دسته بندی است. هریک از انواع شاخصی برای برابری فرصت است. از منظر زمانی به تحرک اجتماعی میان نسلی و درون نسلی دسته بندی شده است. هر گاه جابه جایی افراد را در مدت زمانی طولانی در موقعیت های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی صورت گرفته باشد، به آن تحرک اجتماعی میان نسلی گویند. هر گاه این مدت ده سال در نظر گرفته شود و بعد جابه جایی بررسی شود به آن میان درون نسلی گفته می شود. یا از منظر موقعیت و پایگاه از طبقات پایین اجتماعی، اقتصادی، شغلی و امثال آن به بالا، جابه جایی صورت گیرد به آن صعودی می گویند. هر گاه از بالا به پایین جابه جایی صورت گیرد به آن نزولی گویند. هر گاه از یک موقعیت اجتماعی به موقعیت اجتماعی دیگر که هم سطح اند، به آن تحرک افقی گرفته می شود. این دسته بندی بیشتر در جامعه شناسی صورت گرفته و بعد در سایر علوم نیز از آن استفاده نموده اند.



نمودار ۱. انواع تحرک اجتماعی

ج) انواع برابری فرصت (برداشت)

۱. برابری شکلی

در برابری فرصت شکلی، رفتار برابر با همگان وجود داشته باشد، رویه‌ها، قوانین، طرزالعمل‌ها به صورت رسمی برابری امکانات را پذیرفته باشد. درعین حال، قوانین برای همگان عمومی و یکسان باشد. تبعیض‌های آشکار و رسمی در آن حذف شده است. دولت به وضع قانون در آن بسنده می‌کند و بیشتر حالت منفعل دارد و برای حمایت از گروه‌های ضعیف اقدامات مثبت را در راستای ایجاد برابری فرصت انجام نمی‌دهد. بدون توجه به خصوصیات فردی، برخورد یکسان با همه افراد وجود دارد. بین افراد محروم و ناتوان و افراد برخوردار و توانا فرق قائل نمی‌شود.

۲. برابری ماهوی

برابری ماهوی (یا برابری واقعی) به معنای برابری در نتایج است و بر این باور است که اگر همه انسان‌ها یکسان نیستند، نباید با آنها به صورت یکسان رفتار شود. اگر با همه افراد، بدون در نظر گرفتن تفاوت‌ها و نابرابری‌های پیشین آنها، به یک شکل رفتار شود، آن برابری واقعی نخواهد بود. فرض کنید شش نفر وجود دارند: الف، ب، ج، د، هوز در یک شهر زندگی می‌کند، (ب) در منطقه‌ای دورافتاده، (ج) فقیر است، (د) ثروتمند است، (ه) از طبقه اجتماعی بالاتر است و (ز) متعلق به طبقه اجتماعی پایین‌تر. اگر با همه این شش نفر به طور یکسان رفتار شود، بدون در نظر گرفتن مشکلات و محرومیت‌های برخی از آنها، این رفتار عادلانه و برابر نخواهد بود. این نوع برابری تفاوت‌های میان افراد را می‌پذیرد، آنها را در گروه‌های مختلف دسته‌بندی می‌کند و برای گروه‌های محروم و آسیب‌پذیر، حمایت‌ها و رفتار عادلانه لازم را فراهم می‌کند. برابری ماهوی، شکلی از برابری است که از به حاشیه رانده شدن افراد در عرصه‌های اصلی زندگی جلوگیری می‌کند و یکی از نیازهای اساسی هر جامعه به شمار می‌آید. (MANDAR, 2023, p.1746) در برابری فرصت ماهوی دولت باید فعال باشد و تا افراد محروم و به حاشیه رانده شده فرصت برابر با دیگران داشته باشند.

این مثال اهمیت برابری ماهوی را نشان می‌دهد و ثابت می‌کند که اگر در طبیعت تفاوت‌هایی میان افراد وجود دارد، باید رویکرد برابری ماهوی را پذیرفت و از «تبعیض مثبت» به منظور رفاه جامعه انسانی حمایت کرد. پیداست که مفهوم برابری ماهوی رویکردی فعال و





پیش‌برنده نسبت به تحقق برابری دارد و در نهایت، به نتایجی مؤثرتر و عادلانه‌تر منجر می‌شود. بنابراین، با اطمینان نتیجه‌گیری می‌شود که باید تأکید بیشتری بر به‌کارگیری برابری ماهوی نسبت به برابری صوری وجود داشته باشد. این تغییر نگرش می‌تواند به پیشرفت‌های عمیق‌تر، مؤثرتر و معنادارتر در مسیر دستیابی به جامعه‌ای عادل و برابر بینجامد.

جدول ۱. مقایسه برابری فرصت ماهوی و شکلی

برابری فرصت ماهوی و شکلی	
برابری فرصت ماهوی (واقعی)	برابری فرصت شکلی (صوری)
فراهم‌سازی فرصت‌ها با در نظر گرفتن تفاوت‌ها و نابرابری‌های واقعی	برخورد یکسان با همه افراد بدون توجه به تفاوت‌های فردی
عدالت اجتماعی و اقعی	عدالت قانونی و صوری
جبران نابرابری‌های ساختاری و تاریخی	حذف تبعیض‌های آشکار و رسمی
نتیجه برابر برای همه	فرایند برابر برای همه
کاهش نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی	حفظ بی‌طرفی و جلوگیری از تبعیض مستقیم
احتمال ایجاد تبعیض معکوس یا نارضایتی در گروه‌های دیگر	نادیده گرفتن تفاوت‌های واقعی و زمینه‌های اجتماعی
سیاست‌های تبعیض مثبت، حمایت‌های هدفمند	قوانین عمومی و یکسان برای همه
اقدامات مثبت و مداخله مستقیم دولت	عدم مداخله مستقیم دولت و منفعل بودن آن
تحقق عدالت ساختاری؛ فرصت برابر برای همه	تثبیت نابرابری‌ها؛ عدالت ظاهری بدون تحقق واقعی
وجود رقابت در راهیابی به موقعیت‌های مختلف	فقدان رقابت یا ضعیف بودن رقابت برای راهیابی به موقعیت‌های مختلف
غیرالزامی بودن رفتار برابر	رفتار برابر
وجود اقدام مثبت	فقدان اقدام مثبت

در کشورهایی همانند افغانستان که ثبات سیاسی ندارند، در گام نخست نیازمند برابری فرصت به شکلی است تا به تدریج بستر برابری فرصت ماهوی فراهم شود. مطلوب نهایی برابری فرصت و امکانات در برداشت ماهوی است؛ اما برابری فرصت در مفهوم شکلی هم نقطه عزیمت خوبی است.



رتبه‌بندی شاخص جهانی تحرک اجتماعی در سال ۲۰۲۰

جدول ۲. رتبه و امتیاز کشور در تحرک اجتماعی

رتبه	کشور	امتیاز	رتبه	کشور	امتیاز
1	Denmark	85.2	32	Slovak Republic	69.0
2	Norway	85.2	33	Israel	68.1
3	Finland	83.6	34	Italy	68.1
4	Sweden	83.6	35	Uruguay	67.4
5	Iceland	83.5	36	Croatia	67.1
6	Netherlands	82.7	37	Hungary	66.7
7	Switzerland	82.4	38	Kazakhstan	65.8
8	Belgium	82.1	39	Russian Federation	64.8
9	Austria	80.1	40	Bulgaria	64.7
10	Luxembourg	80.1	41	Serbia	63.8
11	Germany	79.8	42	Romania	63.1
12	France	78.8	43	Malaysia	62.0
13	Slovenia	76.7	44	Costa Rica	61.6
14	Canada	76.4	45	China	61.5
15	Japan	76.1	46	Ukraine	61.2
16	Australia	76.1	47	Chile	60.3
17	Malta	75.1	48	Greece	59.8
18	Ireland	75.0	49	Moldova	59.6
19	Czech Republic	75.0	50	Viet Nam	57.8
20	Singapore	74.7	51	Argentina	57.3
21	United Kingdom	74.6	52	Saudi Arabia	57.1
22	New Zealand	74.4	53	Georgia	55.6
23	Estonia	74.3	54	Albania	55.6
24	Portugal	73.5	55	Thailand	55.4
25	Korea. Rep.	72.0	57	Armenia	53.9
26	Lithuania	71.4	56	Ecuador	53.9
27	United States	70.5	58	Mexico	52.6
28	Spain	70.4	59	Sri Lanka	52.3
29	Cyprus	70.0	60	Brazil	52.1
30	Poland	69.4	61	Philippines	51.7
31	Latvia	69.1	62	Tunisia	51.7



63	Panama	51.4	73	Honduras	43.5
64	Turkey	51.3	74	Morocco	43.7
65	Colombia	50.3	75	Guatemala	43.5
66	Peru	49.9	76	India	42.7
67	Indonesia	49.3	77	South Africa	41.4
68	El Salvador	47.4	78	Bangladesh	40.2
69	Paraguay	46.8	79	Pakistan	36.7
70	Ghana	45.5	81	Cameroon	36.0
71	Egypt	44.8	80	Senegal	36.0
72	Lao PDR	43.8	82	Côte d'Ivoire	34.5

منبع: World Economic Forum, The Global Social Mobility Report, 2020, P. 9

در جدول ۲ در رتبه‌بندی جهانی افغانستان جزء ۸۲ کشور جهان نیست که پایین‌ترین امتیاز آن ۳۴ است. مفهوم عدم حضور در رتبه‌بندی جهانی بدان معناست که تحرک اجتماعی در افغانستان پایین است و در نتیجه برابری فرصت پایین است.

د) تحرک اجتماعی شاخص برابری فرصت / تأثیر منفی تحرک اجتماعی پایین بر برابری فرصت از شاخص‌های مهم برابری فرصت تحرک اجتماعی است و در جامعه‌ای که تحرک اجتماعی نباشد و جابه‌جایی در موقعیت‌های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و شغلی کم باشد، به همان میزان حق برابری فرصت وجود ندارد. در هر جامعه‌ای که تحرک اجتماعی پایین باشد و دسترسی به موقعیت‌های اجتماعی، اقتصادی، شغلی و سیاسی ثابت باشد و از انواع مختلف (صعودی، نزولی و افقی یا درون نسلی و میان نسلی) ضعیف و پایین باشد، حق برابری فرصت پایین است. در مجموع تحرک اجتماعی بالا در حوزه برابری‌های فرصت کارکردهای مثبت دارد؛ اما تحرک اجتماعی پایین کارکردهای منفی دارد.

باید اذعان نمود که تحرک اجتماعی به‌عنوان شاخص برابری فرصت، جابه‌جایی افراد در پایگاه‌های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و شغلی به‌صورت عادی است، نه از طریق زور و اجبار و بدون شایستگی. تحرک اجتماعی زمانی مثبت است که جابه‌جایی به‌صورت عادی و بدون اجبار و زور باشد.



جدول ۳. مقایسه تحرک اجتماعی بالا و پایین بر محور شاخص‌های مهم

تحرک اجتماعی بالا و پایین بر محور شاخص‌های مهم		
شاخص‌ها	تحرک اجتماعی بالا	تحرک اجتماعی پایین
دسترسی به آموزش با کیفیت	همگان به آموزش برابر دسترسی دارند؛ پیشرفت براساس شایستگی	آموزش با کیفیت محدود به طبقات خاص؛ نابرابری در مهارت‌آموزی
فرصت‌های شغلی	فرصت‌های شغلی براساس توانایی و تلاش افراد توزیع می‌شود	مشاغل خوب در اختیار گروه‌های خاص؛ تبعیض در استخدام
پایگاه اجتماعی والدین	تأثیر کمتری بر موفقیت فرزندان دارد؛ مسیر پیشرفت مستقل‌تر است	پایگاه والدین تعیین‌کننده آینده فرزندان؛ انسداد مسیر پیشرفت
نظام گزینش و ارتقاء	مبتنی بر شایستگی، رقابت سالم و عدالت	مبتنی بر روابط، قوم و خویش‌گرایی یا انحصار طبقاتی
امید به آینده و انگیزه فردی	افراد از هر طبقه‌ای انگیزه دارند؛ امید به پیشرفت اجتماعی وجود دارد	افراد طبقات پایین دلسرد می‌شوند؛ احساس بی‌عدالتی و ناامیدی
انسجام اجتماعی	افزایش همبستگی و اعتماد عمومی؛ کاهش شکاف طبقاتی	افزایش نارضایتی، شکاف اجتماعی و احتمال بروز تنش‌های اجتماعی
عدالت اجتماعی	تحقق عدالت ساختاری؛ فرصت برابر برای همه	تثبیت نابرابری‌ها؛ عدالت ظاهری بدون تحقق واقعی

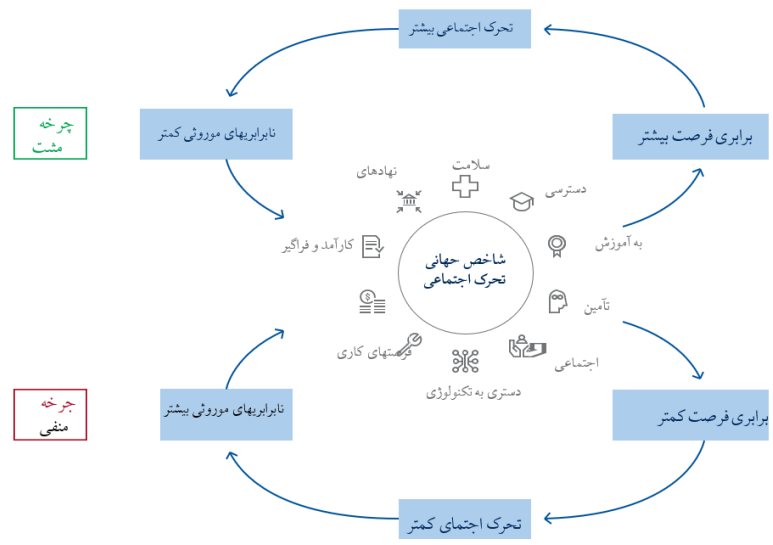
همان‌طورکه در بیشتر ستون‌ها دیده می‌شود تحرک اجتماعی بالا در حوزه برابری فرصت کارکرد و تأثیر مثبت دارد و تحرک اجتماعی پایین تأثیر و کارکرد منفی دارد. تحرک اجتماعی پایین هم علت و هم پیامد افزایش نابرابری‌هاست (شکل ۱) و پیامدهای نامطلوبی برای همبستگی اجتماعی و رشد فراگیر دارد. نابرابری فرصت‌ها و نابرابری نتایج به‌نظر می‌رسد که به‌صورت علی و دایره‌ای با هم مرتبط‌اند. کارشناسان برجسته در زمینه تحرک اجتماعی اشاره کرده‌اند که ماهیت دایره‌ای این رابطه پیامدهای گسترده‌ای برای نسل‌های آینده دارد.





ه) چهارچوب نظری شاخص جهانی تحرک اجتماعی

براساس دیدگاه مجمع جهانی اقتصاد تحرک اجتماعی دارای ارکان معین است که با وجود آنها شاخص تحرک اجتماعی به صورت کامل وجود دارد و بدون آنها تحرک اجتماعی محقق نیست.



نمودار ۲. چرخه مثبت و منفی تحرک اجتماعی

منبع: World Economic Forum, The Global Social Mobility Report 2020, P. 14

میان تحرک اجتماعی و برابری فرصت رابطه تنگاتنگ وجود دارد و به هر میزان که تحرک اجتماعی کم باشد، برابری فرصت کمتر وجود دارد و نابرابری‌های موروثی بیشتر است که خود یک چرخه منفی است که تأثیر و تأثر متقابل دارد. از سوی دیگر، تحرک اجتماعی بیشتر باشد، برابری فرصت بیشتر است و نابرابری‌های موروثی کمتر خواهد شد. دسترسی به امکانات و فرصت‌ها خود بر تحرک اجتماعی تأثیرگذار است و باعث می‌شود که انسان طبقه اجتماعی، شغل و وضعیت اجتماعی خود را تغییر دهد. در افغانستان سه امر بستر و زمینه عدم تحرک اجتماعی و نابرابری فرصت را فراهم نموده است: هویت اجتماعی، موقعیت اجتماعی و وضعیت اجتماعی. براساس شکل (نشانگر چهارچوب نظری شاخص جهانی تحرک اجتماعی) هر مقدار دسترسی به زیرساخت‌های نرم، تحرک اجتماعی نباشد و بیشتر حالت موروثی داشته باشد، برابری فرصت بسیار پایین خواهد بود. بدان معنا که نابرابری‌ها حالت ارثی داشته باشد، حاکی از آن است تحرک اجتماعی وجود ندارد و نابرابری بیشتر وجود دارد.



نمودار ۳. شاخص‌های تحرک اجتماعی

منبع: World Economic Forum, The Global Social Mobility Report 2020, P.15

تمامی موارد یاد شده از نظر مجمع جهانی اقتصاد و حقوق حق دسترسی به زیرساخت‌های نرم قرار دارد. ستون سلامت توانایی کشورها در ارائه خدمات بهداشتی با کیفیت بالا به جمعیت خود را اندازه‌گیری می‌کند. دسترسی به مراقب‌های بهداشتی با کیفیت، عاملی حیاتی است که تأثیر مادام‌العمر بر توانایی افراد برای تجربه تحرک اجتماعی دارد. عوامل تعیین‌کننده سلامت در طول چرخه زندگی فرد، از سال‌های اولیه آغاز می‌شوند؛ اما می‌توانند پیامدهایی بلندمدت داشته باشند. در درون کشورها، دسترسی به خدمات بهداشتی می‌تواند بسیار متفاوت باشد و نابرابری‌های بهداشتی می‌توانند تأثیر مستقیمی بر توانایی افراد برای دسترسی به اشتغال داشته باشند.

این سه ستون یعنی دسترسی به آموزش، کیفیت و برابری آموزشی، و یادگیری مادام‌العمر توانایی کشورها را در فراهم‌سازی دسترسی به آموزش و اطمینان از ارائه آموزش با کیفیت بالا در سراسر زندگی برای همه شهروندان، بدون توجه به پیشینه اقتصادی-اجتماعی آنها اندازه‌گیری می‌کنند. آموزش و راهبردهای توسعه سرمایه انسانی به‌طور سنتی از عوامل اصلی در ارتقای تحرک اجتماعی محسوب می‌شوند. توسعه و به‌کارگیری مادام‌العمر سرمایه انسانی، عنصری حیاتی برای رشد اقتصادی و فراگیری اجتماعی است. دولت‌ها باید در راهبردهای توسعه سرمایه انسانی مشارکت فعال داشته باشند؛ راهبردهایی که با هدف مقابله با مشکلات ساختاری متعدد طراحی شده‌اند؛ از جمله تأمین مالی ناکافی مدارس در مناطق محروم، کیفیت پایین آموزش،





نسبت بالای دانش آموز به معلم و موارد مشابه که در حال حاضر مانع از آن می شوند که کودکان با پیشینه های محروم بتوانند به ظرفیت آموزشی کامل خود دست یابند.

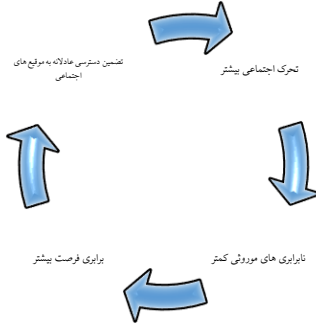
ستون دسترسی به فناوری، سطح دسترسی و پذیرش فناوری در میان جمعیت را اندازه گیری می کند. همان طور که در بخش قبلی اشاره شد، افزایش دسترسی به آموزش در طول زندگی برای ارتقاء تحرک اجتماعی بسیار مهم است؛ اما توانایی بهره برداری از این فرصت ها اغلب نابرابر است و می تواند نابرابری های تاریخی را تداوم بخشد. دسترسی به فناوری این پتانسیل را دارد که به عنوان یک عامل برابری عمل کند؛ زیرا اطلاعات را بدون توجه به پیشینه اقتصادی-اجتماعی افراد در اختیار همه قرار می دهد. فناوری می تواند چنین تمایزاتی را نادیده بگیرد و دسترسی نامحدود به دانش را فراهم کند. ظهور آموزش برخط، موانع دسترسی به منابع یادگیری را کاهش داده است. در کنار ساختارهای رسمی آموزشی، یادگیری برخط نقش مهمی در فراهم سازی دسترسی به یادگیری مادام العمر ایفا می کند.

این سه ستون یعنی فرصت های شغلی، دستمزدهای منصفانه، و شرایط کاری توانایی اقتصادها را در فراهم سازی دسترسی به فرصت های شغلی، تضمین شرایط کاری مناسب، و ارائه دستمزدهای عادلانه به شهروندان، بدون توجه به سطح تحصیلات و پیشینه اقتصادی-اجتماعی آنها را مورد سنجش قرار می دهند.

نتایج مربوط به تحرک اجتماعی به شدت به آموزش وابسته اند؛ اما همچنین به عوامل بازار کار نیز ارتباط مستقیم دارند. مهارت ها باید به درآمد تبدیل شوند تا امکان تحرک درآمدی فراهم شود. این فرآیند تبدیل، نیازمند وجود عوامل مناسب در بازار کار است. برای مثال، در شماری از کشورهای آفریقا، خاورمیانه و آمریکای لاتین، تحرک درآمدی با سرعتی کمتر از تحرک آموزشی پیش رفته است که دلیل آن موانع موجود در بازار کار می باشد. این دو ستون-حمایت اجتماعی و نهادهای فراگیر-توانایی اقتصادها را در ارائه حمایت های اجتماعی، نهادهای فراگیر و خدمات عمومی کارآمد به جمعیت خود اندازه گیری می کنند.

شواهد نشان می دهد که نوسانات شغلی با تغییرات در نیازهای مهارتی رو به افزایش است و ممکن است دفعات تغییر شغل در طول زندگی حرفه ای افراد را بیشتر کند. سازوکارهای تاب آوری اجتماعی که در این ستون ها سنجیده می شوند، برای کمک به گذار از یک شغل به شغل دیگر بسیار حیاتی هستند. این سازوکارها شرایط را برای کسانی که درآمد قابل انعطاف بالایی دارند و کسانی که زندگی آنها ممکن است به شدت تحت تأثیر تغییرات قرار گیرد، برابر می کنند. چنین

سازوکارهایی تغییراتی را که افراد آسیب پذیرتر تجربه می کنند- به ویژه در دوران گذار اقتصادی که ممکن است با افت تحرک اجتماعی همراه باشد- تعدیل می کنند. حمایت اجتماعی در کنار نهادهای منصف و کارآمد می تواند اثرات منفی تغییرات شغلی بر زندگی افراد را کاهش دهد.



نمودار ۴. چرخه مثبت و منفی تحرک اجتماعی

و نسبت جوامع مختلف با تحرک اجتماعی و برابری فرصت

نوع جامعه و تعلق آن به دسته خاص می تواند شاخصی برای تحرک و اجتماعی و برابری فرصت باشد. بدین رو دسته بندی جوامع از زاویه های مختلف و شناخت برخی ویژگی های آن، می تواند به شناسایی شاخص تحرک اجتماعی و برابری فرصت و ارکان آن کمک کند. در نتیجه تعلق افغانستان به هر دسته، می تواند نشانه بود و نبود تحرک اجتماعی و برابری فرصت باشد.

۱. جامعه باز و جامعه بسته؛ تحرک اجتماعی و برابری فرصت

هر جامعه ای برای خود نوعی قشر بندی اجتماعی دارد. در یک جامعه باز بی گمان نابرابری هایی وجود دارند؛ ولی افراد دست کم از امکان تحرک به یک طبقه اجتماعی بالاتر برخوردارند. باید یادآور شد که یک جامعه به راستی باز، یک نوع آرمانی است و تنها در نظریه وجود دارد. در یک نظام اجتماعی باز، افراد با نشان دادن دستاوردها و شایستگی هایشان از پایگاه منزلتی معینی برخوردار می شوند. اما در یک جامعه ای که از هر نظر بسته است، پایگاه منزلتی فرد از همان بدو تولد مشخص می شود و برای سراسر عمر ثابت باقی می ماند، بی آنکه تحرکی رو به بالا و یا به پایین را تجربه کند. همانند نظام آپارتاید آفریقای جنوبی که اکنون کم و بیش منسوخ شده است، بهترین نمونه یک نظام اجتماعی بسته است. در این نظام، سیاهان تنها به کارهای پست می پردازند و جدا از جمعیت سفید پوست زندگی می کنند. سیاهان





آفریقای جنوبی در گذشته در یک نظام بسته طبقاتی به دنیا می‌آمدند و هیچ‌گونه امکانی برای تحرک به سطح بالاتر جامعه نداشتند.

افغانستان در دسته‌بندی کلان از جمله جامعه بسته به شمار می‌آید و میزان تحرک اجتماعی در آن پایین است و در نتیجه برابری فرصت به‌ویژه در بخش ماهوری بسیار نامطلوب و پایین است. جامعه به‌شدت سنتی بسیاری از مشاغل از طریق والدین به فرزندان منتقل می‌شود.

۲. جامعه طبقاتی و تحرک اجتماعی و برابری فرصت

به‌طورکلی، می‌توان گفت که طبقه اجتماعی عبارت است از گروه بسیار وسیعی که دربرگیرنده پایگاه‌های متعدد و مشابهی است (کاظمی‌پور، ۱۳۸۷، ص ۱۴۲). طبقه اجتماعی به بخشی از اعضای جامعه اطلاق می‌شود که از نظر ارزش‌های مشترک، حیثیت و فعالیت‌های اجتماعی، میزان ثروت و تعلقات شخصی و نیز آداب و معاشرت از بخش‌های دیگر جامعه تفاوت داشته باشند (کوئن، ۱۳۷۰، ص ۱۷۸). ابن خلدون می‌نویسد: افراد جامعه با دو ملاک جاه و ثروت به طبقاتی تقسیم می‌شوند و در یک سلسله مراتب طولی قرار می‌گیرند. او معتقد است که عده‌ای نان جاه خود را می‌خورند. کار اندک آنان به علاوه جاه فراوان، موجب تجمع و انبوه ثروت برای آنها می‌شود. درواقع، جاه ارزش کارها را افزایش می‌دهد (ابن خلدون، ۱۳۵۹، ص ۷۷۰). نقش جاه به قدری از نظر ابن خلدون حائز اهمیت است که شخص فاقد جاه به پایین‌ترین طبقه تنزل می‌یابد و بیش از سد جوع نمی‌تواند از ثروت بهره‌گیرد.

برابری فرصت در نقطه مقابل جامعه طبقاتی قرار دارد. در جامعه طبقاتی گم‌کردن اشخاص در یک موقعیت از طریق تولد، ثابت است که در آن تحرک اجتماعی وجود ندارد. گاهی اطفال موقعیت اجتماعی را از طریق والدین خود به دست می‌آورند. تحرک اجتماعی در جامعه طبقاتی امکان‌پذیر است؛ اما فرآیندی که از طریق آن پذیرش در سطح مختلف سلسله‌مراتب مشاغل، تنها به روی برخی افراد گشوده است که از اوان تولد به یک طبقه اجتماعی خاص وابسته باشد. برعکس زمانی که برابری فرصت امر غالب باشد، گماشتن افراد در یک موقعیت در سلسله‌مراتب اجتماعی از طریق برخی انواع روندهای رقابتی مشخص خواهد شد و تمامی اعضای جامعه مجازند که در این رقابت با شرایط مساوی شرکت نمایند. در جامعه طبقاتی دسترسی به مشاغل و درآمد مبتنی بر رقابت و صلاحیت نیست؛ درحالی‌که در جامعه غیرطبقاتی عکس این قضیه صادق است (صداقت، ۱۴۰۲، ص ۱۱۵).

جدول ۴. تضاد برابری فرصت با جامعه طبقاتی

برابری فرصت		جامعه طبقاتی
برابری فرصت	کسب شغل و مقام بر اساس صلاحیت و شایستگی	جامعه طبقاتی
کسب مقام از طریق رقابت	کسب موقعیت از طریق رانت	کسب مقام از طریق تولد و توارث
قومیت، مذهب، نژادی، زبان، نیاکان، باور سیاسی، منطقه با تأثیر کم بر کسب موقعیت	در کسب موقعیت قومیت، مذهب، نژاد، زبان، نیاکان، باور سیاسی، منطقه نقش اساسی دارد (عقلانیت قومی و تبعیض)	
نابرابریهای موروثی کمتر	نابرابریهای موروثی بیشتر	

۳. مهاجرت داخلی و خارجی؛ تحرک اجتماعی

بین مهاجرت و تحرک اجتماعی رابطه پدیداری معناداری وجود دارد که در نهایت بر برابری فرصت تأثیرگذار است. مهاجرت وسیع و گسترده توانمندی‌هایی را در پی دارد که خود بستری برای تحرک اجتماعی فراهم می‌نماید. افزایش فرصت‌ها: مهاجرت به مناطق توسعه‌یافته‌تر می‌تواند دسترسی به آموزش، خدمات بهداشتی و شغل‌های بهتر را فراهم کند.

تغییر طبقه اجتماعی: مهاجران ممکن است از طریق کسب مهارت، تحصیلات یا سرمایه‌گذاری، جایگاه اجتماعی خود را بهبود بخشند.

در جامعه‌ای همانند افغانستان اگر تحرک اجتماعی و بالا و پایین رفتن از نردبان پایگاه و موقعیت اجتماعی دیده شود، بخش قابل توجه آن ناشی از مهاجرت در درون کشور یا بیرون از آن است؛ زیرا پیدایش تخصص، مهارت و تجربه که معلول مهاجرت است و بر تحرک اجتماعی تأثیرگذار است. به‌ویژه مهاجرت به کشورهای خارجی و کسب سه مورد یادشده موجب تحرک اجتماعی شده است. جنگ و درگیری در افغانستان قسمت عمده از مردم را ناچار به مهاجرت نمود و با توجه به ظرفیت‌های کشورهای مهاجرپذیر، دانش، مهارت و تجربه کسب نمایند و با بازگشت به کشور توانستند از نسبت به والدین از پایگاه اجتماعی بهتر برخوردار شوند. اکثر مردم افغانستان در نیم قرن قبل زراعت و مالداري داشتند و اما با مهاجرت آنان، فرزندان‌شان توانستند به مشاغلی بهتر دست یابند؛ گرچه والدین به دلیل سن بالا در کشورهای پیشرفته هم از حد کارگری خارج نشدند. آنچه بیان شد، در مورد تحرک اجتماعی داخل افغانستان است که از مهاجرت اثرپذیر است، اما تحرک اجتماعی مهاجران افغانی در



کشورهای خارجی به ویژه در کشورهای جهان سوم بسیار پایین است و در شغل‌های سخت و دشوار مشغول به کار هستند. این وضعیت در کشورهای پیشرفته نیز قابل مشاهده است که مهاجرین به دلیل فقدان تحصیلات، مهارت و تجربه کافی، پایگاه اجتماعی مناسب ندارند.

۴. جامعه چندپارچه؛ تحرک اجتماعی و برابری فرصت

در جامعه‌ای که دسترسی به امکانات و فرصت‌ها بر معیار قوم، مذهب، نژاد، زبان، نیاکان، تبار و هر گونه عوامل ناموجه باشد، تحرک اجتماعی در آن ضعیف است و فاقد مهم‌ترین شاخص برابری فرصت به ویژه در معنای ماهوی آن است.

شکاف‌های اجتماعی: در جامعه چندپارچه، شکاف‌های عمیقی بین گروه‌های مختلف وجود دارد. این شکاف‌ها می‌تواند شامل تفاوت در میزان درآمد، فرصت‌های تحصیلی، دسترسی به خدمات بهداشتی و سلامت و حتی تبعیض‌های اجتماعی باشد.

هویت‌های گروهی: افراد در این جوامع ممکن است هویت‌های گروهی قوی‌تری داشته باشند و این هویت‌ها، گاه باعث ایجاد «همدلی» درون‌گروهی و «بیگانگی» با گروه‌های دیگر می‌شود. عوامل تشدیدکننده: عوامل متعددی مانند نابرابری اقتصادی، تبعیض نژادی، مذهبی، و همچنین تفاوت‌های فرهنگی می‌تواند به چندپارچگی جامعه دامن بزند.

تعصب متضمن داشتن عقاید از پیش تصور شده درباره فرد یا گروه است که اغلب بر مبنای شنیده‌هاست نه مدارک و شواهد مستقیم، عقایدی که حتی با وجود اطلاعات جدید، در برابر تغییر مقاوم‌اند. افراد ممکن است نسبت به گروهایی که خود را متعلق به آنها می‌دانند، تعصبات مثبت داشته باشند و نسبت به دیگران دارای تعصبات منفی باشند. کسی که علیه گروه خاصی تعصب دارد، از این امتناع می‌کند که بی طرفانه سخنان آنها را بشنود (گیدنز، ۱۳۸۷، ص ۲۸۱). تعصب از طریق کاربرد تفکر و تصورات قالبی عمل می‌کند (همان، ص ۲۸۱).



۵. رابطه تصورات قالبی با تحرک اجتماعی و تبعیض

در جامعه‌ای که تصورات قالبی^۱ وجود دارد، کمتر بستر برای تحرک اجتماعی و در نتیجه برابری فرصت فراهم است. چون تصورات قالبی پیامدهای ذیل را دارد که ناسازگار با تحرک اجتماعی و برابری فرصت است:

۱. ایجاد پیش‌داوری^۲: تصورات قالبی اغلب باعث شکل‌گیری نگرش‌های منفی یا مثبت نادرست نسبت به افراد می‌شود. این پیش‌داوری‌ها می‌توانند به تبعیض در رفتار منجر شوند؛
۲. تثبیت نابرابری اجتماعی: کلیشه‌ها می‌توانند نابرابری‌های موجود را توجیه کنند. مثلاً اگر تصور شود که زنان برای رهبری مناسب نیستند، ممکن است از ارتقای آنها در محیط کار جلوگیری شود؛^۳ تبعیض نهادی^۳: وقتی تصورات قالبی در ساختارهای اجتماعی، آموزشی یا حقوقی نهادینه شوند، به تبعیض سیستماتیک منجر می‌شوند. برای مثال، سیاست‌های استخدامی که براساس کلیشه‌های نژادی یا جنسیتی طراحی شده‌اند؛^۴ کاهش فرصت‌های برابر: کلیشه‌ها می‌توانند باعث شوند افراد فرصت‌های شغلی، تحصیلی یا اجتماعی برابر نداشته باشند، چون دیگران آنها را براساس پیش‌فرض‌ها قضاوت می‌کنند.

ویژگی‌های تصورات قالبی می‌تواند مانع جدی برای تحرک اجتماعی و برابری فرصت باشد: ۱. ساده‌سازی واقعیت: این تصورات پیچیدگی‌های رفتاری و فرهنگی افراد را نادیده می‌گیرند و تصویری ساده و اغلب نادرست ارائه می‌دهند؛ ۲. مقاومت در برابر تغییر: حتی با وجود شواهد متناقض، تصورات قالبی معمولاً پایدار می‌مانند و به‌سختی تغییر می‌کنند؛^۳ ریشه در فرهنگ و اجتماع: بسیاری از کلیشه‌ها از طریق رسانه‌ها، آموزش، خانواده و جامعه منتقل و در ناخودآگاه افراد نهادینه می‌شوند؛^۴ تأثیر بر قضاوت و رفتار: تصورات قالبی می‌توانند به پیش‌داوری، تبعیض و رفتارهای ناعادلانه نسبت به افراد یا گروه‌ها منجر شوند و مثبت یا منفی بودن: برخی تصورات قالبی ممکن است ظاهراً مثبت به نظر برسند (مثلاً، آسیایی‌ها باهوش هستند)؛ اما همچنان می‌توانند محدودکننده و آسیب‌زا باشند.

^۱ . تصورات قالبی نگرش‌های بیش از حد ساده و مبالغه شده واقعیت هستند. آنها به‌ویژه برای افرادی جذابیت دارند که به قضاوت ارزشی درباره دیگران می‌پردازند و کسانی را که متفاوت با خودشان هستند، زود محکوم می‌کنند.

^۲ Prejudice

^۳ Institutional Discrimination



به‌عنوان نمونه، اگر قومیت خاص برای مشاغل پست با درآمد کم مناسب تشخیص داده شود، آنان را فاقد صلاحیت مناسب عالی دانسته شود، به عدم تحرک اجتماعی و تبعیض منجر خواهد شد؛ به‌ویژه زمانی که مقامات دارای قدرت به این‌گونه تصورات قالبی باور داشته باشند، بستر را برای عدم تحرک اجتماعی و تبعیض فراهم خواهد نمود.

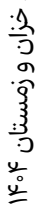


نمودار ۵. فرایند نسبت تصورات قالبی با تبعیض و نابرابری فرصت

جمع‌بندی

تحرک اجتماعی (جابه‌جایی افراد در موقعیت‌های مختلف) در انواع مختلف از شاخص‌های مهم حق بر عدالت و برابری فرصت در یک جامعه است. دسترسی به فرصت‌ها در جامعه‌ای برخوردار از تحرک اجتماعی از طریق رقابت و شایستگی است نه موروثی و به هر میزان که دسترسی به فرصت‌ها از طریق والدین به فرزندان منتقل شود، در آن جامعه تبعیض حضور دارد که نقطه مقابل برابری فرصت است. جامعه طبقاتی، چندپارچه، برخوردار از تصورات قالبی، جامعه بسته و امثال آن با تحرک اجتماعی پایین از برابری فرصت کمتر برخوردار است و بیشتر موقعیت‌های اجتماعی ارثی بوده و با تبعیض روبه‌رو است. این‌گونه جوامع با تضمین تحرک اجتماعی نقطه عزیمت خود را باید برابری فرصت شکلی قرار داده و به تدریج به برابری فرصت ماهوی دست یابد.

به‌دیگرسخن، سعی شود که از چرخه منفی تحرک اجتماعی کمتر، نابرابری موروثی بیشتر و برابری فرصت کمتر به چرخه مثبت تحرک اجتماعی بیشتر، نابرابری موروثی کمتر و برابری فرصت بیشتر انتقال یابد. انتقال نیز نیازمند سیاست بلندمدت است که باید در برنامه کلان دولت گنجانده شود. کشور ما نیز نیازمند چنین انتقالی است تا از پیامدهای مثبت آن، یعنی توسعه پایدار، صلح پایدار، انسجام ملی و... بهره‌مند شود. با توجه به علائم و نشانه‌هایی که برای تحرک اجتماعی بیان شد، در افغانستان هنوز برابری فرصت نیازمند انتقال از چرخه منفی



به مثبت است. از این جهت، تحقق این شاخص از برابری فرصت در کشور، نیازمند برنامه-های کلان است. از سویی با عنایت به مبانی و منابع اسلامی روشن است که از دیدگاه اسلام که از اصول اساسی و محوری آن عدالت اجتماعی است، انتقال از چرخه منفی به مثبت می‌تواند توصیه مهم اسلامی باشد.



منابع

۱. ابن خلدون، عبدالرحمن، (۱۳۵۹) مقدمه ابن خلدون، (ترجمه محمد پروین گنابادی)، جلد دوم، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
۲. تنکابنی، حمید، موانع تحرك اجتماعى و تأثيرات آن در تحرك شغلى کارکنان سازمانهای دولتی و پیامدهای آن، جامعه‌پژوهی فرهنگی، سال چهارم، شماره دوم، ۱۳۹۲.
۳. صداقت، قاسم علی، (۱۴۰۱) حقوق بین‌المللی، کابل، دانشگاه خاتم النبیین (ص).
۴. کاظمی پور، شهلا، الگویی در تعیین پایگاه اجتماعی - اقتصادی افراد و سنجش تحرك اجتماعى، نامه علوم اجتماعى، شماره ۱۴، ۱۳۸۷.
۵. کوئن، بروس، (۱۳۷۰) درآمدی به جامعه‌شناسی (ترجمه محسن ثلاثی)، تهران، انتشارات فرهنگ معاصر.
۶. گیدنز، آنتونی، (۱۳۸۷) جامعه‌شناسی، (ترجمه منوچهر صبوری)، چاپ ۲۲، تهران، نشر نی.
7. Esme Lillywhite (2022). briefing document has been prepared to inform discussions at the Cumberland Lodge Shaping Social Mobility: Education and Employment conference on 7-8 March. cumberlandlodge.ac.uk.
8. MANDAR GOVINDRAO LATPATE (2023). Formal and Substantive Equality. International Journal of Law Management & Humanities, 6(5), .
9. OECD (November 2022). CURRENT CHALLENGES TO SOCIAL MOBILITY AND EQUALITY OF OPPORTUNITY. POLICY PAPER, Papers on Well-being and Inequalities.
10. The World Bank (). Afghanistan Spatial Disparities Assessment, Identifying drivers of differential development.
11. Vaezi, Hamzeh (2002). Afghanistan and incomplete structures of national identity. Tehran: Erfan Publications [In Persian].
12. World Economic Forum (2020). The Global Social Mobility Report 2020.
13. World Economic Forum (2020). The Global Social Mobility Report 2020, Equality, Opportunity and a New Economic Imperative, Report, Geneva, Switzerland.



حق بر دفاع مشروع در حقوق بین الملل (با مطالعه موردی حمله روسیه به اوکراین)

محمدرضا معرفت*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۸/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۰/۳۰

چکیده

دفاع مشروع از مقوله‌های مهم حقوقی است که در حقوق بین‌الملل معاصر جایگاه ویژه دارد. پیدایش این موضوع در وهله اول ریشه در حقوق داخلی به ویژه قواعد حقوق جزایی دارد. حقوقدانان به این باورند که شخص متجاوز با عمل متجاوزانه حق دیگری را نفی می‌نماید و با این عمل، برای طرف مقابل حقی ایجاد می‌شود که وی را قادر می‌سازد برای حفظ جان، مال و حیثیت خود بتواند آن را اجرا نماید. این مقوله اکنون به حوزه حقوق بین‌الملل نیز تسری یافته است. همان‌گونه که یک فرد می‌تواند به‌عنوان یک موجود زنده با توسل به سلاح مرگبار با شرایط خاص از حیات خود دفاع نماید؛ دولت‌ها نیز می‌توانند به‌عنوان شخصی دارای حاکمیت مستقل، با توسل به قوای مسلح از حاکمیت و موجودیت خود دفاع نمایند. در این نوشتار با هدف تجزیه و تحلیل حقوقی حمله روسیه به اوکراین، استدلال حقوقی حمله روسیه به اوکراین با توجه به ضوابط ناظر به دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل با روش تحلیلی-تفسیری و با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای، سایت‌ها و گزارش‌های رسمی بین‌المللی بررسی شده، در عین حال ضرورت تحقیق نیز ناشی از اهمیت دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل معاصر است. نتیجه نهایی این است که حمله روسیه به اوکراین با استناد به اصل دفاع مشروع، قابل پذیرش نمی‌باشد. زیرا، این حمله فاقد شرایط مندرج در ماده (۵۱) منشور ملل متحد و قواعد عرفی و

* کدر علمی دیپارتمنت حقوق، پوهنحی حقوق و علوم سیاسی، پوهنتون خاتم النبیین (ص) شعبه غزنی

رویه قضایی بین‌المللی در مورد استفاده از حق دفاع مشروع بوده و اقدام روسیه با توجه به بند ۴ ماده ۲ منشور، تجاوز و توسل به زور نامشروع است و مشمول دفاع مشروع نیست. واژگان کلیدی: اوکراین، روسیه، تجاوز، دفاع مشروع و اصل منع توسل به زور.



حق دفاع مشروع در حقوق جزا و حقوق خصوصی پیشینه‌ی طولانی دارد. از دیدگاه دانش حقوقی، در صورتی که به جان و مال و حیثیت انسان تجاوز شود، حق دفاع برای انسان در نظر گرفته شده است. مبانی مشروعیت این حق متعدد است. برخی نظیر سیسرون برای توجیه حق بر دفاع مشروع به «حقوق طبیعی» متوسل شده‌اند و آن را جزء اوصاف طبیعی و فطری انسان بر می‌شمارد. (کلانتوری، ۱۳۸۳: ۸۳-۱۰۲) برخی دیگر همانند حقوقدانان قدیم فرانسه به «نظریه اجبار معنوی» برای تبیین مبنای حقوقی حق دفاع مشروع استناد جسته‌اند و شخص مورد تجاوز را به لحاظ روحی و روانی (در حالتی که مورد تجاوز قرار می‌گیرد)، فاقد اراده و اختیار و مجبور به اقدام دفاعی می‌داند. (صانعی، ۱۳۵۱: ۱۹۴) برخی هم برای توجیه مشروعیت حق دفاع مشروع نظریه «تعارض دو حق» را مطرح نموده‌اند. رنه گارو باور دارد که در تهاجم نامشروع شخصی بر شخص دیگر دو حق در برابر هم قرار می‌گیرد؛ اول، حق متجاوز که با عمل تجاوز تنزل پیدا می‌کند یا کاملاً محو می‌گردد و دوم؛ حق شخص مورد تجاوز که با عمل تجاوز برقرار می‌ماند و سزاوار است که باید حق متجاوز، قربانی حق شخص مورد تجاوز شود. (اردبیلی، ۱۳۷۹: ۱۹۹) برخی نیز نظیر "هگل" «نظریه اجرای حق» را برای تبیین مبنای حقوقی حق دفاع مشروع مطرح نموده است که این دیدگاه اکنون در اساسنامه محکمه جزایی بین‌المللی نیز مورد قبول واقع شده و بازتاب یافته است. طبق این دیدگاه (که هگل، فیلسوف مشهور آلمانی از طرفداران برجسته آن شناخته می‌شود)، تجاوز را نفی حق، دفاع را نفی این نفی و در نتیجه اجرای حق می‌دانند. (اردبیلی، ۱۳۷۹: ۱۹۹) در خصوص اینکه حقی ایجاد شده در حالت تجاوز برای نفی نفی حق مربوط چه کسی است، روشن و مبرهن است که این حق قاعدتاً برای جامعه و دولت ایجاد می‌شود زیرا، اصولاً دفاع از جان، مال و حیثیت افراد به جامعه واگذار گردیده که قوای دولتی مأمور اجرای آن است. اما اینکه در شرایط و احوال خاص، شخص مورد تجاوز آن را اجرا می‌نماید، معلول آنست که دولت اقدام لازم انجام نداده و یا قادر به اقدام فوری برای دفع خطر و تجاوز نباشد از این‌رو، فرد مورد تجاوز حق مزبور را اجرا می‌نماید (حاجی تبار فیروزجائی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۷۹).

تحولات ناشی از عملیات نظامی فدراسیون روسیه علیه اوکراین در ۲۴ فوریه ۲۰۲۲ یکی از مهم‌ترین چالش‌های حقوق بین‌الملل معاصر در حوزه منع توسل به زور را رقم زده است. این اقدام، نه تنها اصل بنیادین منع استفاده از زور مندرج در ماده ۲(۴) منشور ملل متحد را



در معرض آزمون قرار داد، بلکه دامنه و حدود حق دفاع مشروع مندرج در ماده ۵۱ منشور را نیز به طور جدی مطرح ساخت. روسیه در توجیه اقدام خود به مجموعه‌ای از استدلال‌های حقوقی از جمله دفاع پیش‌دستانه، دفاع مشروع جمعی به درخواست جمهوری‌های خودخوانده دونتسک و لوهانسک، و ادعای جلوگیری از نسل‌کشی استناد کرده است. این ادعاها ضرورت بررسی دقیق انطباق عملیات نظامی روسیه با شرایط دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل را آشکار می‌سازد.

با توجه به اینکه حق دفاع مشروع، استثنایی بر اصل منع توسل به زور تلقی می‌شود، پرسش اساسی آن است که آیا شرایط مقرر برای اعمال این استثنا در قضیه حاضر تحقق یافته است؟ در این چارچوب، رویه قضایی محکمه بین‌المللی عدالت، به ویژه در قضایای نیکاراگوا (۱۹۸۶)، سکوه‌های نفتی (۲۰۰۳)، فعالیت‌های مسلحانه در قلمرو کنگو (۲۰۰۵)، نظریه مشورتی دیوار حائل (۲۰۰۴) و دستور موقت ۲۰۲۲ در پرونده اوکراین علیه روسیه، نقش تعیین‌کننده‌ای در تبیین حدود و قیود دفاع مشروع ایفا می‌کند. بنابراین، سوال اصلی تحقیق این است که آیا وضعیت اوکراین واجد شرایط (حمله مسلحانه) به معنای مقرر در رویه محکمه است؟ بدون شک پاسخ این سؤال، باید به سئوالات فرعی همانند: «آیا دفاع مشروع جمعی به درخواست دونتسک و لوهانسک از منظر شرط دولت بودن و انتساب‌پذیری قابل توجیه است؟» و «آیا ادعای وقوع نسل‌کشی می‌تواند مبنای مشروع برای توسل به زور باشد؟» و «آیا معیارهای ضرورت و تناسب در اقدام روسیه رعایت شده است؟»

فرضیه اصلی این تحقیق آن است که عملیات نظامی روسیه علیه اوکراین با شرایط دفاع مشروع مقرر در ماده ۵۱ منشور و معیارهای تثبیت‌شده در رویه قضایی محکمه بین‌المللی عدالت انطباق ندارد. همین‌طور فرضیه‌های فرعی چون؛ وضعیت موجود پیش از ۲۴ فوریه ۲۰۲۲ واجد شرایط (حمله مسلحانه) به معنای مقرر در رأی نیکاراگوا نبوده است، ادعای دفاع مشروع جمعی به دلیل فقدان وضعیت دولت بودن جمهوری‌های خودخوانده و عدم احراز شرط انتساب، فاقد مبنای حقوقی است، ادعای وقوع نسل‌کشی، مطابق دستور موقت محکمه در پرونده اوکراین علیه روسیه (۲۰۲۲)، اثبات نشده و نمی‌تواند مجوز توسل به زور باشد و گستره و شدت عملیات نظامی روسیه با معیارهای ضرورت و تناسب سازگار نیست؛ می‌تواند برای این تحقیق مطرح باشد.

این تحقیق با شیوه تحلیلی - تفسیری مبتنی بر نظریه تفسیر مضیق ماده ۵۱ منشور ملل متحد در پرتو رویه قضایی محکمه بین‌المللی عدالت است. در این چارچوب، مفهوم (حمله مسلحانه) بر اساس آرای قضایی از جمله قضیه نیکاراگوئه (۱۹۸۶)، سکوی نفتی (۲۰۰۳)، دیوار حائل (۲۰۰۴) و کنگو علیه اوگاندا (۲۰۰۵) تفسیر می‌شود. همچنین معیارهای عرفی «ضرورت» و «فوریت» برگرفته از قضیه کارولین (Caroline) به‌عنوان شاخص‌های مکمل تحلیل به کار گرفته شده‌اند. بر این اساس، مقاله حاضر با رویکرد تحلیلی - تفسیری، ادعای روسیه را در چارچوب حقوق بین‌الملل موضوعه ارزیابی می‌نماید.

الف) ماهیت حق دفاع مشروع

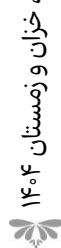
از نظر لغت‌شناسی، دفاع به معنی دفع شرّ و ضرر و بدی یا آزار را از خود یا کسی دور کردن آمده است و مشروع نیز به معنای راست و درست و آنچه شرع روا دارد و امر مجاز طبق شریعت آمده است. (عمید، ۱۳۷۷: ۴۸) در حقوق جزا، دفاع مشروع «حالتی توجیه‌کننده‌ی جرم و حقی است که قانونگذار آن را با اجتماع شرایطی به‌عنوان یک قاعده استثنایی در متون جزایی به رسمیت شناخته است.» (ولیدی، ۱۳۷۲: ۱۶۱) یا در تعریف رساتر گفته شده که دفاع مشروع: «حق دفع فوری یک حمله غیر مشروع با توجه به شرایط قانون.» است. (نوربها، ۱۳۷۹: ۲۸۹) این موضوع، همانطوری که در مقدمه نیز گفته شد، از حوزه حقوق داخلی به ادبیات حقوق بین‌المللی تسری یافته است. در حقوق بین‌الملل بحث از دفاع مشروع به‌عنوان حقی، زمانی معنا پیدا می‌کند که در موضوع جنگ و توسل به زور از نظر حقوق بین‌الملل دیدگاه اعتدالی مورد پذیرش واقع گردیده باشد. چنانچه در مباحث قبلی نیز اشاره گردید؛ تا کنون در مورد پدیده جنگ دو دیدگاه افراطی وجود داشته است. عده‌ای جنگ را به‌طور مطلق نا مشروع، محکوم و منفور دانسته‌اند، عده‌ای دیگر پس از شکل‌گیری دولت‌های مدرن به این باور شدند که جنگ حق مشروع دولت‌هاست و برای جنگ دولت‌ها، هیچ‌گونه محدودیتی قابل تصوّر نیست. (بیگدلی، ۱۳۹۲: ۴۸۴) بعد از گذر زمان و توسعه‌ای فزاینده‌ی جنگ‌افزارهای مدرن، افزایش قدرت جنگی و تسلیحاتی کشورها و نیز با پیشرفت و پیچیده شدن ماشین جنگ بین‌المللی، دولت‌ها نگران امنیت خود شدند. زیرا، با مشروعیت مطلق جنگ و عدم وجود هیچ محدودیتی برای آن، دولت‌ها همه خود را در معرض خطر احساس می‌کردند و جامعه بین‌المللی را هر لحظه آستان جنگ‌های ویرانگر می‌دیدند که نمونه برجسته آن را در وقوع جنگ‌های جهانی اول و دوم می‌توان به وضوح مشاهده نمود. ازاین پس، اندیشه اعتدالی در مورد جنگ به‌وجود آمد که براساس آن جنگ علاوه بر اینکه مردود دانسته

می‌شود در برخی مواقع کاملاً ضروری و لازمی نیز پنداشته می‌شود. براساس این دیدگاه، مشروعیت و عدم مشروعیت جنگ و توسل به زور را باید نظر به هر مورد به‌طور جداگانه بررسی و ارزیابی نمود؛ اگر ضرورتی حیاتی برای توسل به زور وجود داشته باشد؛ نه‌تنها اینکه جنگ محکوم نیست بلکه ضروری و بایسته به‌نظر می‌رسد اما اگر چنانچه ضرورت و دلیل حیاتی برای توسل به زور و مخاصمه مسلحانه وجود نداشته باشد باید از ارتکاب آن صرف نظر شود.

در نتیجه، دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل براساس دیدگاه اعتدالی نسبت به جنگ مطرح گردیده است. امروزه با توجه به شباهتی که میان اشخاص حقیقی و دولت‌ها در برخورداری از حق دفاع مشروع وجود دارد؛ این حق برای دولت‌ها نیز در نظام بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است. ازین‌رو، می‌توان دفاع مشروع را در حقوق بین‌الملل چنین تعریف نمود: دفاع مشروع حق دولت‌ها برای اقدام مسلحانه و توسل به زور در برابر کشور متجاوز جهت دفع تجاوز و بیرون راندن نیروهای متجاوز از تمامیت سرزمینی و حدود حاکمیت سیاسی آنها است.

ب) دفاع مشروع در اسناد بین‌المللی

از میان اسناد بین‌المللی، میثاق جامعه ملل، پیمان پاریس و منشور ملل متحد دفاع مشروع را به‌عنوان حق طبیعی و مسلّم دولت‌ها در برابر تجاوز و حمله نظامی علیه آنها به رسمیت شناخته است. میثاق جامعه ملل با رویکرد مهار جنگ تأثیر بسیار زیادی در جهت‌دهی کشورها به‌سوی گفتمان منع توسل به زور در مناسبات بین‌المللی بجا گذاشت. میثاق جامعه ملل هرچند جنگ را صراحتاً منع نکرد اما در ماده (۱۲) تصریح نمود که کشورها زمانی که اختلافی میان شان بروز نماید و این اختلاف سبب قطع روابط میان آنها گردد، باید با شیوه مسالمت‌آمیز به حل و فصل اختلاف بپردازند. ماده (۱۱) میثاق جامعه ملل به‌طور ضمنی، تجاوز و حمله به حریم حاکمیت هر عضو جامعه ملل را محکوم نموده و آن را مستوجب مداخله جامعه ملل دانسته بود. این سند بین‌المللی در ماده (۱۰) تمامی اعضای جامعه ملل را در حالی که عضوی جامعه ملل مورد تجاوز و حمله قرار می‌گیرد، ملزم به دفاع دانسته و با این موضع خود، بی‌طرفی را برای اعضا غیر قابل قبول خوانده بود. علاوه بر مواد مذکور، بند (۱) ماده (۱۶) میثاق جامعه ملل در موردی که یک دولت علیه تمام اعضای جامعه، اقدام به جنگ نموده باشد، اعضا را ملزم به وضع تحریم‌های اقتصادی و قطع روابط با آنها نموده بود. بنابراین، رویکرد میثاق جامعه ملل در مورد دفاع مشروع به دو موضوع مرتبط بوده است. موضوع اول، ایجاد رویکرد امتناع از جنگ برای دولت‌ها در روابط بین‌المللی و جایگزین



کردن روش حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بجای توسل به جنگ بود. موضوع دوم، وضع قاعده دفاع مشروع برای دولت‌های که مورد حمله و تجاوز کشورهای دیگر قرار می‌گرفت که در این صورت کشور قربانی حمله، هم به‌طور انفرادی از خود دفاع می‌نمود و هم تمام اعضای جامعه ملل ملزم به دفاع از کشور قربانی بود.

پس از میثاق جامعه ملل، دومین سندی بین‌المللی یعنی پیمان پاریس که به حق دفاع مشروع دولت‌ها پرداخت که در سال ۱۹۲۸ میان ۹ کشور قدرت‌مند جهان از جمله آمریکا و فرانسه منعقد گردید. رویکرد پیمان پاریس، تقویت موضع میثاق جامعه ملل و حمایت از اصل منع جنگ و توسل به زور بود. میثاق جامعه ملل به‌طور صریح جنگ را منع نکرده بود اما پیمان پاریس صراحتاً جنگ در راستای اجرای سیاست ملی را منع و محکوم نمود و حق دفاع مشروع را برای دولت‌ها به رسمیت شناخت و اعلام نمود: «این حق در ذات حاکمیت هر دولت و در هر پیمان به‌طور ضمنی وجود دارد. هر دولتی همواره و قطع نظر از مقررات معاهده آزاد است تا از تمامیت ارضی خود در مقابل حمله یا تجاوز دفاع نماید و تنها خود در مورد این تصمیم‌گیری صالح است که آیا شرایط توسل به جنگ را تحت دفاع مشروع ایجاب می‌کند یا خیر؟» (Bishop, 1962: 776)

وضع پیمان پاریس زمینه را برای حمایت دولت‌ها از دو اصل مهم «اصل منع جنگ و توسل به زور» و «اصل حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی» فراهم ساخت. این رویه با وقوع جنگ جهانی دوم در سال ۱۹۳۹ مجدداً مخدوش گردید اما با پایان آن جنگ و وضع و تصویب منشور ملل متحد در سال ۱۹۴۵ دوباره با قدرت بیشتر مطرح گردید. منشور ملل متحد سومین سند موضوعه در زمینه طرح قاعده دفاع مشروع است. نویسندگان حقوق به این نظراند که حق دفاع مشروع از جمله حقوق ذاتی کشورها است و منشور ملل متحد و سایر اسناد موضوعه بین‌المللی صرفاً آن را بازتاب داده‌اند. (شریفی طرازکوهی و مهرانی، ۱۳۹۱: ۶۹)

منشور ملل متحد حق دفاع مشروع دولت‌ها را به‌عنوان استثنائی بر دو اصل منع توسل به زور که در بند (۴) ماده (۲) منشور^۱ و اصل حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی که

۱. «کلیه اعضا در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا استفاده از آن علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری یا از هر روش دیگری که با مقاصد ملل متحد مابینت داشته باشد خودداری خواهند کرد.» (بند ۴ ماده ۲ منشور)



در بند (۳) ماده (۲) منشور^۱ بازتاب یافته، مطرح نموده است. اساساً، هدف منشور منع جنگ و توسل به زور است که به عنوان قاعده‌ی کلی پذیرفته است؛ اما این قاعده کلی را در دو مورد استثنا نموده است که شامل، اقدام شورای امنیت برای حفظ و اعاده صلح بین‌المللی به موجب فصل هفتم منشور و دفاع مشروع دولت قربانی حمله مسلحانه به‌طور فردی یا جمعی به موجب ماده (۵۱) منشور ملل متحد می‌گردد.

ج) دفاع مشروع در قواعد غیر موضوعه بین‌المللی

قواعد غیر موضوعه بین‌المللی، شامل قواعد عرفی، رویه قضایی، اصول کلی حقوق بین‌المللی و دکترین حقوق بین‌الملل، حق دفاع مشروع دولت‌ها را مورد تأیید قرار داده است. دفاع مشروع پیش از تدوین اسناد موضوعه بین‌المللی از جمله منشور ملل متحد، از منظر حقوق عرفی بین‌المللی به‌عنوان قاعده‌ی عرفی به رسمیت شناخته شده بود. بر این اساس، حق دفاع مشروع دولت‌ها اساساً ابتکار حقوق عرفی بین‌المللی است اما اینک تعریفی که قواعد موضوعه بین‌المللی از حق دفاع مشروع ارائه می‌نمایند، همان تعریف حقوق عرفی از حق دفاع مشروع است که به منظور مدون ساختن قواعد عرفی صورت گرفته است. علاوه بر حقوق عرفی بین‌المللی، آرای قضایی بین‌المللی نیز در وضع شرایط، حدود، تفسیر و تبیین ماده (۵۱) منشور و قطعنامه شماره (۳۳۱۴) ۱۹۷۴ مجمع عمومی ملل متحد در مورد تعریف تجاوز در مورد موضوعات مطروحه در نزد محکمه بین‌المللی عدالت، نقش شایسته‌ای را ایفا نموده است که از آن جمله می‌توان به رأی قضایی ۱۰ می ۱۹۸۴ محکمه بین‌المللی عدالت در مورد قضیه نیکاراگوا و رأی قضایی صادره مورخ ۶ نوامبر ۲۰۰۳ محکمه بین‌المللی عدالت در مورد قضیه حمله آمریکا به سکوه‌های نفتی ایران اشاره نمود. آمریکا در حملات خود بالای سکوه‌های نفتی ایران مدعی بود که از حق دفاع مشروع خود علیه ایران استفاده نموده و آن را معلول حملات ۱۶ اکتبر ۱۹۸۷ به تانکر کویتی «سی‌آیل‌سیتی» که پرچم آمریکا بالای آن افراشته شده بود و برخورد کشتی جنگی آمریکا «یواس اس ساموئیل بی رابرتس» با مین دریایی در منطقه آبهای بین‌المللی در ۱۴ آوریل ۱۹۸۸ که هردو حمله به ایران نسبت داده شده بود، می‌دانست. دیوان در این قضیه اولاً، انتساب اعمال مذکور را به ایران از سوی آمریکا قابل

۱. «کلیه اعضا اختلافات بین‌المللی خود را با شیوه مسالمت‌آمیز به طریقی که صلح و امنیت بین‌المللی و عدالت به خطر نیفتد، حل خواهند کرد.» (بند ۳ ماده ۲ منشور)

اثبات ندانسته و از سوی دیگر به فرض درست بودن ادعای آمریکا مبنی بر اینکه حمله به تانکر (سی‌آیل‌سیتی) و کشتی جنگی (یواس اس ساموئیل بی رابرتس) آمریکا از سوی ایران صورت گرفته باشد، این اقدامات را از نظر (درجه شدت) در حدی ندانسته است که بیانگر حمله مسلحانه یا اقدامات متجاوزانه باشد. (قاسمی و چهاربخش، ۱۷۷: ۱۳۹۰-۱۸۲)

حق دفاع مشروع دولت‌ها امروزه در اصول کلی حقوق بین‌الملل نیز با توجه به تأکید منشور ملل متحد و اهتمام محکمه بین‌المللی عدالت در قضایایی متعدد به عنوان اصل کلی پذیرفته شده و در نزد همه ملل جهان و کشورها اعتبار دارد و در بسیاری موارد، مستند اقدامات بین‌المللی کشورها بوده است. دکترین حقوق بین‌الملل نیز نقش سازنده در تحول و توسعه مفهوم حق دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل ایفا نموده و به‌عنوان نمونه می‌توان از دکترین دفاع مشروع پیش‌دستانه که امروزه یکی از مباحث جدی در حقوق بین‌الملل است، یاد نمود. (موسوی و حاتمی، ۱۳۸۵: ۳۰۴).

براین اساس، حق دفاع مشروع، امروزه از زمره قواعد حقوق بین‌المللی و از حقوق ذاتی دولت‌ها دانسته شده، اما این حق مطلق و عاری از قید و شرط نیست. تمامی قواعد عرفی و مدون بین‌المللی، آرای قضایی و دکترین حقوق بین‌الملل پیرامون حق دفاع مشروع دولت‌ها، متفقا شرایطی را برای برخورداری و استفاده از حق دفاع مشروع مطرح نموده‌اند: ۱. وقوع حمله مسلحانه؛ ۲. عدم اقدام شورای امنیت؛ ۳. فوریت؛ ۴. ضرورت؛ ۵. تناسب و شدت.

د) تحلیل استدلال‌های روسیه برای حمله به اوکراین

برای رسیدن به پاسخ سؤال اصلی تحقیق، بررسی استدلال‌های روسیه در حمله نظامی به اوکراین ضروری است که در بیانیه رسمی آن کشور وجود دارد که توسط رئیس جمهور پوتین ایراد گردیده است.

آقای پوتین در لحظه‌های آغازین حمله به تاریخ ۲۴ فبروری ۲۰۲۲ با صدور بیانیه‌ای، چند دلیل را برای اقدام مسلحانه‌ای کشورش ارائه کرده بود: ۱. مداخله بشردستانه در مناطق دوتسک و لوهانسک به اتهام اینکه اوکراین در مناطق مذکور مرتکب جنایت نسل‌کشی شده اند؛ ۲. حمایت از جمهوری‌های خودخوانده لوهانسک و دوتسک به دلیل اینکه مناطق مذکور به عنوان کشورهای مستقل از دولت اوکراین توسط روسیه قبلاً به رسمیت شناخته شده و پیمان همکاری نظامی با آنها امضا نموده است؛ و ۳. مهم‌تر از همه توسل به دفاع مشروع



فردی پیش‌دستانه جهت جلوگیری دفع تهدیدات بالقوه رقبای ناتو از طریق خاک اوکراین. (Putin2022, Para. 5) اکنون باید به این مسأله پرداخته شود که تا چه اندازه این استدلال حقوقی رئیس‌جمهور روسیه برای توجیه عملکرد نظامی آن کشور بر ضد اوکراین، می‌تواند از منظر حقوق بین‌الملل قانع‌کننده و پذیرفتنی است.

۱. دفاع مشروع جمعی علیه اوکراین

از استدلال‌های حقوقی روسیه برای توجیه حمله به اوکراین، مستقل بودن دولت‌های دونتسک و لوهانسک از کشور اوکراین و اقدام به دفاع مشروع جمعی روسیه از مناطق یادشده است. محکمه بین‌المللی عدالت در قضیه نیکاراگوا تصریح نموده که اعمال دفاع مشروع جمعی مستلزم وجود «دولت قربانی» و درخواست صریح آن دولت برای کمک نظامی است. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۱۹۸۶، بند ۱۹۹) افزون بر این، وقوع (حمله مسلحانه) علیه آن دولت نیز باید احراز گردد (همان، بند ۱۹۵) بنابراین، دو شرط اساسی برای پذیرش استدلال روسیه برای توسل به دفاع مشروع جمعی مطرح است: ۱. احراز شخصیت حقوقی دولت متقاضی و ۲. اثبات وقوع حمله مسلحانه علیه مناطق لوهانسک و دونتسک.

پرسش بنیادین این است که آیا این واحدها دولت هستند یا خیر؟ مطابق معیارهای کنوانسیون مونته‌ویدئو ۱۹۳۳، دولت باید دارای جمعیت دائم، قلمرو معین، حکومت مؤثر و توانایی برقراری روابط بین‌المللی باشد. (کنوانسیون مونته‌ویدئو، ۱۹۳۳: ماده ۱) حتی با فرض احراز برخی عناصر عینی، شناسایی محدود این واحدها و وابستگی عملی آنها به روسیه، وضعیت شخصیت بین‌المللی مستقل مناطق مذکور را محل تردید جدی قرار می‌دهد. در دکترین غالب حقوق بین‌الملل، شناسایی یک‌جانبه از سوی یک یا چند دولت، به‌تنهایی منشأ ایجاد دولت جدید محسوب نمی‌شود. در نتیجه، اگر دونتسک و لوهانسک دولت تلقی نگردند، استناد به دفاع مشروع جمعی از اساس فاقد مبنای حقوقی خواهد بود.

۲. تهدید حمله غیر مستقیم به روسیه

از ابعاد مهم استدلال روسیه، ادعای حمایت نظامی و تسلیحاتی غرب از اوکراین بود. با این حال، محکمه در قضیه نیکاراگوا میان «ارسال نیروهای منظم مسلح» و «حمایت مالی یا تسلیحاتی از گروه‌های شورشی» تفکیک قایل شد و اعلام داشت که صرف کمک یا حمایت غیرمستقیم لزوماً به سطح حمله مسلحانه نمی‌رسد. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۱۹۸۶،

بندهای ۱۹۵ و ۲۲۸) محکمه هم‌چنین در قضیه فعالیت‌های مسلحانه در قلمرو کنگو نیز تأکید کرد که برای توسل به دفاع مشروع، حمله باید به یک دولت قابل انتساب باشد. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۰۰۵، بندهای ۱۴۶-۱۴۷)

بنابراین، حتی اگر حمایت‌های خارجی از اوکراین اثبات شود، مادامی که این حمایت‌ها در حد اعزام نیروهای منظم یا کنترل مؤثر بر عملیات نظامی علیه روسیه نباشد، نمی‌تواند در قالب (حمله مسلحانه) علیه روسیه تحلیل شود. این برداشت با معیار «مقیاس و آثار» که در رأی نیکاراگوا مطرح گردید نیز همخوان است. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۱۹۸۶، بند ۱۹۵)

۳. ادعای نسل‌کشی و استناد به کنوانسیون ۱۹۴۸

روسیه در توجیه اقدام نظامی خود به ادعای وقوع نسل‌کشی علیه روس‌تباران در منطقه دونباس استناد و آن را در چارچوب کنوانسیون منع نسل‌کشی ۱۹۴۸ مطرح کرده است. با این حال، در پرونده «ادعاهای نسل‌کشی (اوکراین علیه فدراسیون روسیه) طبق کنوانسیون منع و مجازات جرم نسل‌کشی»، محکمه بین‌المللی عدالت در دستور اقدامات موقت مورخ ۱۶ مارچ ۲۰۲۲ اعلام کرد که شواهد ارائه شده برای اثبات وقوع نسل‌کشی کافی نیست و از روسیه خواست فوراً عملیات نظامی خود را تعلیق نماید. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۰۲۲، بندهای ۵۸-۶) اهمیت این دستور در آن است که محکمه به‌طور ضمنی رابطه میان ادعای نسل‌کشی و توسل به زور را زیر سؤال برد و نشان داد که حتی در فرض وجود اختلاف در تفسیر کنوانسیون، استفاده یک‌جانبه از زور راه‌حل مجاز تلقی نمی‌شود.

ه) اقدام نظامی روسیه و شرایط دفاع مشروع

ضمن بررسی استدلال‌های رسمی کشور روسیه برای توجیه حقوقی حمله به اوکراین، لازم است که اصل حمله نظامی روسیه به اوکراین نیز با معیارهای پذیرفته شده دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل بررسی گردد و گفتارهای ذیل اقدامات نظامی روسیه را از منظر عناصر (حمله مسلحانه)، (عدم اقدام شورای امنیت)، (ضرورت داشتن)، (فوریت) و (تناسب) تجزیه و تحلیل می‌کند.

۱. حمله مسلحانه

هرچند دفاع مشروع فردی به‌عنوان حق ذاتی برای دولت‌ها در نظر گرفته شده است اما حقوق موضوعه بین‌المللی نخستین شرط استفاده از حق دفاع مشروع را حمله مسلحانه دانسته است.

این شرط به طور صریح در ماده (۵۱) منشور ملل متحد بازتاب یافته است.^۱ ماده مذکور با عبارت صریح «if an armed attack occurs» آغاز می‌شود. (منشور ملل متحد، ۱۹۴۵: ماده ۵۱) تفسیر لفظی این عبارت نشان می‌دهد که اعمال حق دفاع مشروع مشروط به تحقق یک واقعه عینی و بالفعل به نام (حمله مسلحانه) است. استفاده از فعل زمان حال ساده همراه با شرط وقوع (occurs) بیانگر آن است که منشور تحقق یک رویداد مادی مشخص را پیش فرض اعمال این حق قرار داده است، نه صرف وجود تهدید یا احتمال وقوع تهدید. محکمه بین‌المللی عدالت در قضیه نیکاراگوا تصریح نموده که هر نوع توسل به زور لزوماً در حد (حمله مسلحانه) محسوب نمی‌شود و باید از شدت و آثار معینی برخوردار باشد.

بنابر این، تمایز میان (استفاده از زور) (use of force)، (تهدید به زور) (threat of force) و (حمله مسلحانه) (armed attack) از منظر حقوقی اهمیت بنیادین دارد. مفهوم (استفاده از زور) طبق بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد معنای وسیع‌تر از (حمله مسلحانه) دارد. محکمه بین‌المللی عدالت در قضیه نیکاراگوا به صراحت اعلام نموده است که هرگونه (استفاده از زور) به مرحله (حمله مسلحانه) نمی‌رسد. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۱۹۸۶: بند ۱۹۵) این رویکرد در قضیه سکوه‌های نفتی مجدداً مورد تأیید قرار گرفته. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۰۰۳: بند ۵۱) و در نظریه مشورتی برای قضیه کنگو علیه اوگاندا نیز به انتساب عمل تأکید شده است که در واقع مؤید آرا گذشته محکمه است. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۰۰۵: بند ۱۴۶) در نتیجه هر حمله مسلحانه شامل استفاده از زور است؛ اما هر (استفاده از زور)، نمی‌تواند (حمله مسلحانه) نیز باشد. اصطلاح (تهدید به زور) نیز طبق بند ۴ ماده ۲ منشور ممنوع است و این موضع در رای مشورتی محکمه بین‌المللی عدالت در قضیه مشروعیت تهدید یا استفاده از سلاح هسته‌ای نیز بازتاب یافته و مشروعیت تهدید به زور را تابع مشروعیت استفاده از زور دانسته است. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۱۹۹۶: بند ۴۷) بنا بر این، تهدید به زور حتی اگر به طور غیر قانونی هم صورت بگیرد، مجوز به کارگیری حق دفاع مشروع برای طرف مقابل نیست.

^۱ ماده (۵۱) منشور ملل متحد: «در صورت وقوع حمله مسلحانه علیه یکی از اعضای ملل متحد، تازمانی که شورای امنیت اقدامات لازم برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به عمل آورد، هیچ یک از مقررات این منشور به حق ذاتی دفاع فردی یا جمعی لطمه‌ای وارد نخواهد ساخت.»

اما (حمله مسلحانه) مطابق علاوه بر نص ماده (۵۱) منشور، در آرای قضایی محکمه بین‌المللی عدالت به‌طور واضح تبیین گردیده است. در رویه محکمه، حمله مسلحانه مستلزم شدت، گستره و آثار قابل توجه است. محکمه بین‌المللی عدالت در قضیه «فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوا و علیه آن» میان (استفاده از زور) و (حمله مسلحانه) تمایز قائل شده و تصریح نموده که هر مورد استفاده از زور لزوماً به سطح حمله مسلحانه نمی‌رسد. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۱۹۸۶، بند ۱۹۱) محکمه در ادامه تأکید کرده که (حمله مسلحانه) شدیدترین شکل استفاده از زور است و باید از نظر «مقیاس و آثار» (scale and effects) به سطح معینی برسد تا بتواند موجب فعال شدن حق دفاع مشروع گردد (همان، بند ۱۹۵) هم‌چنین محکمه در همان رأی میان «اعزام نیروهای منظم نظامی» و «حمایت مالی یا تسلیحاتی از گروه‌های شورشی» تفکیک نمود و اعلام داشت که صرف کمک یا حمایت غیرمستقیم، در همه موارد، به‌عنوان حمله مسلحانه تلقی نمی‌شود. (همان، بندهای ۱۹۵ و ۲۲۸) این رویکرد در قضیه «سکوه‌های نفتی» نیز مورد تأیید قرار گرفت؛ جایی که دیوان تأکید نمود دولت مدعی دفاع مشروع باید وقوع حمله‌ای با شدت کافی و قابل انتساب را اثبات نماید و صرف ادعا یا وقوع حوادث پراکنده کفایت نمی‌کند. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۰۰۳، بندهای ۵۱-۶۴) در قضیه «فعالیت‌های مسلحانه در قلمرو کنگو (کنگو علیه اوگاندا)» نیز محکمه بر عنصر «انتساب‌پذیری» تأکید کرد و بیان داشت که برای توسل به دفاع مشروع، حمله باید به یک دولت قابل انتساب باشد و صرف حضور گروه‌های مسلح غیردولتی بدون احراز شرایط لازم، مجوز استفاده از زور علیه دولت میزبان محسوب نمی‌شود (محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۰۰۵، بندهای ۱۴۶-۱۴۷) علاوه بر این، محکمه در نظریه مشورتی «دیوار حائل» نیز مجدداً تصریح نمود که ماده ۵۱ منشور ناظر بر وقوع حمله مسلحانه است و این ماده را نمی‌توان به وضعیت‌های کلی ناامنی یا تهدیدات مبهم تسری داد. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۰۰۴، بند ۱۳۹) از این رو، وقوع حمله مسلحانه به‌عنوان مهم‌ترین شرط حق دفاع مشروع دولت‌ها است؛ چنانچه در نص ماده ۵۱ منشور آمده است و در رویه قضایی بین‌المللی نیز با تفسیر مضیق بازتاب یافته است.

علاوه بر تفسیر رأی قضایی در خصوص حمله مسلحانه، دو نکته دیگر نیز نباید از نظر دور باشد. اول اینکه صراحت ماده (۵۱) منشور ملل متحد متنی بر مشروط نمودن استفاده از حق دفاع مشروع به وقوع حمله مسلحانه توسط کشور متجاوز، کاملاً هویدا و هم‌راستا با قاعده آمره



«منع توسل به زور» طبق بند ۴ ماده ۲ منشور است و این خود برای تفسیر مضیق از ماده (۵۱) منشور و مشروط نمودن استفاده از حق دفاع مشروع به وقوع حمله مسلحانه کافی به نظر می‌رسد. (شریفی طرازکوهی و مهرانی، ۱۳۹۱: ۹۰) اما در کنار این برداشت، برداشتی دومی نیز در قالب (دفاع مشروع پیشگیرانه) یا (دفاع مشروع پیشدستانه) میان حقوقدانان و به خصوص در رویه عملی کشورها وجود داشته است. طبق این برداشت، استفاده از حق دفاع مشروع نه تنها پس از وقوع حمله مسلحانه از سوی کشور متجاوز برای کشور قربانی ایجاد می‌شود بلکه حتی در مواردی، یک کشور به‌طور پیشگیرانه یا پیشدستانه نیز می‌تواند به استفاده از حق دفاع مشروع متوسل شود. مراد از نظریه دفاع مشروع پیشگیرانه در حقوق بین‌الملل آن است که یک کشور به این نتیجه رسیده است که با کشور جانب‌مقابل در آینده وارد جنگ خواهد شد اما وقوع این جنگ فوری نیست. در این نوع دفاع، یکی از طرف‌ها با استناد به تهدیدهای بالقوه‌ای موجود در ظرفیت نظامی یا غیر نظامی جانب‌مقابل و به منظور سرکوب توانمندی‌های رقیب و تخریب ظرفیت جنگی دشمن بر آن حمله می‌نماید. (ظریف و آهنی امینه، ۱۳۹۱: ۴۶) اما در دفاع مشروع پیشدستانه آنگونه‌ای که در گزارش ۲۱ مارچ ۲۰۰۵ دبیر کل سازمان ملل متحد بازتاب یافته است، اقدام به دفاع مشروع از سوی یک کشور در صورتی انجام می‌شود که حمله علیه آن کشور قریب‌الوقوع باشد و احتمال آن وجود دارد که فوراً به وقوع می‌پیوندد یا حتی ممکن است حمله‌ای علیه آن کشور اتفاق افتاده و کشور قربانی حمله مطمئن گردیده است که حملات بیشتری در حال طراحی است و بر ضد آن انجام می‌شود. (موسوی و حاتمی، ۱۳۸۵: ۳۰۴) بنا بر این، در حقوق بین‌الملل موضوع «دفاع پیشدستانه» و «دفاع پیشگیرانه» فاقد دلیل است اما در برخی موارد، صرفاً «دفاع مشروع پیشدستانه» در صورت «فوری و قطعی بودن تهدید» مجاز دانسته شده (United Nations, 2005) که در این صورت اگر تهدیدی علیه کشوری استفاده‌کننده از دفاع پیشدستانه، قطعاً موجود باشد و حتماً فوراً انجام شود یا اینکه حمله علیه آن کشور از سوی کشور مرجع تهدید یکبار انجام شده و حملات بعدی نیز قطعاً و فوراً در حال برنامه‌ریزی و انجام باشد، حق دفاع مشروع پیشدستانه برای کشور تهدیدشونده ایجاد می‌گردد. (ظریف و آهنی امینه، ۱۳۹۱: ۴۶)

در تحلیل ادعای دفاع مشروع روسیه نیز، تمایز میان دفاع پیش‌دستانه و دفاع پیشگیرانه اهمیت بنیادین دارد. رویه قضایی محکمه بین‌المللی عدالت، به‌ویژه در قضیه نیکاراگوا، بر لزوم وقوع حمله مسلحانه بالفعل برای فعال شدن ماده ۵۱ منشور تأکید کرده است. (محکمه



بین‌المللی عدالت، ۱۹۸۶، بند ۱۹۵) همچنین در نظریه مشورتی دیوار حائل، محکمه تصریح نمود که ماده ۵۱ تنها در صورت وقوع حمله مسلحانه قابل اعمال است. (محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۰۰۴، بند ۱۳۹) این رویکرد با پذیرش دفاع پیشگیرانه سازگار نیست که مبتنی بر تهدیدات غیر فوری است.

استدلال‌های رسمی روسیه درباره گسترش ناتو و تهدیدات امنیتی آتی، بیش از آنکه در چارچوب دفاع پیش‌دستانه قرار گیرد، به منطق دفاع پیشگیرانه نزدیک است. این برداشت با تحول دکترین امنیت ملی روسیه در اسناد سال‌های اخیر نیز همخوانی دارد؛ جایی که (تهدیدات بالقوه) و (محیط ژئوپلیتیک خصمانه) به‌عنوان مبنای اقدامات پیش‌گیرانه معرفی شده‌اند. با این حال، تحول در دکترین ملی یک دولت نمی‌تواند حدود استثنای مقرر در ماده ۵۱ منشور را گسترش دهد؛ چرا که تفسیر مضیق این ماده در رویه قضایی دیوان تثبیت شده است.

از سوی هم در برخی تفاسیر نظری حقوقی، این دیدگاه مطرح شده است که ممکن است مجموعه‌ای از اقدامات خصمانه که به‌تنهایی به سطح حمله مسلحانه نمی‌رسند، در صورت برخورداری از پیوند موضوعی و زمانی، بتوانند در مجموع واجد وصف (حمله مسلحانه) تلقی شوند؛ نظریه‌ای که از آن به نام نظریه «تجمع رخدادها» (Accumulation of Events) تعبیر می‌شود. هرچند محکمه بین‌المللی عدالت در قضیه نیکاراگوا معیار «مقیاس و آثار» را مطرح نمود (محکمه بین‌المللی عدالت، ۱۹۸۶، بند ۱۹۵)، اما هرگز به‌طور صریح پذیرش قاعده‌ای کلی مبنی بر تجمع اقدامات پراکنده را اعلام نکرده است. افزون بر این، حتی با فرض پذیرش این نظریه، اقدامات مورد ادعای روسیه از جمله گسترش ناتو یا حمایت تسلیحاتی غرب از اوکراین یا تهدیدات فزاینده قبل از حمله از نظر شدت، فوریت و انتساب‌پذیری به سطحی نمی‌رسد که بتوان آن را معادل حمله مسلحانه بالفعل دانست.

همچنین در رویه قضایی محکمه، صرف حمایت مالی، آموزشی یا تسلیحاتی از یک دولت یا گروه مسلح، بدون اعزام نیروهای مسلح منظم یا مداخله مستقیم نظامی، در زمره (حمله مسلحانه) قرار نمی‌گیرد و (همان، بند ۲۲۸؛ محکمه بین‌المللی عدالت، ۲۰۰۵، بند ۱۴۶) از این‌رو، استناد به حمایت‌های غیر مستقیم یا نیابتی نیز نمی‌تواند مفاد ماده ۵۱ منشور را تأمین نماید.

۲. عدم اقدام شورای امنیت

دومین شرط اساسی برای توسل به دفاع مشروع فردی از سوی دولت‌ها، عدم اقدام شورای امنیت سازمان ملل متحد است. این شرط نیز برگرفته از نص ماده (۵۱) منشور ملل متحد است که صراحتاً یادآوری نموده است «در صورت وقوع حمله مسلحانه علیه یکی از اعضای ملل متحد، تا زمانی که شورای امنیت اقدامات لازم برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به عمل آورد، هیچ‌یک از مقررات این منشور به حق ذاتی دفاع فردی یا جمعی لطمه‌ای وارد نخواهد ساخت». مفهوم این ماده آن است که در صورتی که تجاوزی علیه یک کشور صورت گرفته باشد، طبق مواد مندرج در فصل هفتم و هشتم منشور، شورای امنیت از حق عمومی برای توسل به زور جهت حفظ صلح و امنیت بین‌الملل برخوردار است. بر این اساس، صرفاً در صورتی یک کشور می‌تواند در اقدام نظامی خود علیه کشوری دیگر به استفاده از حق دفاع مشروع فردی استناد نماید که تجاوزی علیه آن کشور صورت گرفته باشد و شورای امنیت تا آن لحظه اقدامی علیه متجاوز انجام نداده باشد. این را نیز باید یادآوری نمود که توسل به زور طبق بند ۴ ماده ۲ منشور ممنوع است (که قاعده آمره بین‌المللی است) و صرفاً در دو مورد به طور استثنایی نقض آن مجاز دانسته شده است که یکی اقدام شورای امنیت علیه کشور مخل نظم، صلح و امنیت بین‌المللی و دوم، دفاع مشروع فردی که از سوی کشور قربانی تجاوز انجام می‌شود. میان این دو نوع دفاع مشروع، اقدام شورای امنیت از اولویت برخوردار است؛ بدین مفهوم که اگر شورای امنیت سازمان ملل متحد از مجاری نظامی یا غیر نظامی اقدام به مقابله مؤثر با متجاوز کرده باشد، در اینصورت حق دفاع مشروع فردی کشور قربانی تجاوز ساقط می‌گردد. (ظریف و آهنی امینه، ۱۳۹۱: ۷۶) اما اقدام شورای امنیت از جهات مختلف ممکن است زمانبر باشد و این سبب گردیده است که کشور قربانی حمله بتواند تا اقدام شورای امنیت به استفاده از حق دفاع مشروع متوسل شود و اگر چنانچه کشور قربانی حمله منتظر اقدام شورای امنیت بماند؛ از آنجا که تصمیم شورای امنیت نیز با رأی‌گیری و بسیاری از ملاحظات بین‌المللی همراه بوده و مستلزم اتفاق نظر اعضای دائمی شورای امنیت است، بنابراین ممکن است از نظر نظامی حملات متجاوز استمرار یابد و سبب ضربه‌های جبران‌ناپذیر بر کشور قربانی حمله گردد. ازین‌رو، کشور قربانی حمله صرفاً تا زمانی که شورای امنیت وارد اقدام نشده، می‌تواند از حق دفاع مشروع فردی برخوردار باشد. این نکته را نیز باید اضافه نمود که به موجب ماده (۵۱) منشور، کشور قربانی حمله در صورت متوسل شدن

به زور با استناد به دفاع مشروع فردی، از اقدام خود فوراً به شورای امنیت سازمان ملل متحد اطلاع دهد. به نظر می‌رسد که این قسمت ماده (۵۱) منشور برای شورای امنیت به‌عنوان یگانه مرجع عمومی صلاحیت‌دار برای استفاده از زور این قابلیت را ایجاد خواهد کرد که از یکسو بتواند تدابیر لازم را برای جلوگیری و مقابله با تجاوز روی دست گیرد و مهم‌تر از آن فرصت پیدا نماید که تجاوز و دفاع را با دقت بررسی و با حصول اطمینان از موجود بودن کلیه شرایط تحقق تجاوز و دفاع تصمیم لازم را اتخاذ نماید.

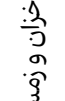
بررسی حمله نظامی ۲۴ فبروری ۲۰۲۲ روسیه به اوکراین از این منظر نیز قابل توجیه و دفاع نیست بدلیل اینکه پس از آغاز تهاجم نظامی روسیه به اوکراین، شورای امنیت سازمان ملل متحد، نه تنها از حمله مذکور حمایت نکرد، بلکه با برگزاری چندین جلسه اضطراری برای مهار این جنگ اقدام به تصویب قطعنامه‌ای نمود که طبق آن حمله نظامی روسیه به اوکراین نامشروع و فاقد دلایل قانون دانسته شده و محکوم گردیده بود. (United Nations Security Council, 2022:155) پیش‌نویس قطعنامه مذکور که در تاریخ ۲۵ فبروری ۲۰۲۲ یک روز پس از شروع حمله نظامی روسیه به اوکراین از سوی آمریکا و آلبانی پیشنهاد و در شورای امنیت به رأی گیری شد؛ اما روسیه از تصویب آن با استفاده از حق وتو جلوگیری نمود. این نشان می‌دهد که در حمله روسیه به اوکراین نه تنها شر (استفاده از حق دفاع مشروع تا اقدام شورای امنیت) فراهم نبوده بلکه، شورای امنیت به صرف اطلاع از حمله نظامی روسیه به اوکراین و با بررسی مشروعیت اقدام روسیه، تلاش‌های فوری خود را برای جلوگیری از حملات آن کشور روی دست می‌گیرد. زیرا، شورای امنیت که از حق عمومی برای هرگونه اقدام مناسب علیه کشور متجاوز برخوردار است پس از اطلاع و بررسی حملات روسیه به این نتیجه می‌رسد که اقدام روسیه تحت عنوان دفاع مشروع فاقد منطبق حقوقی و محکوم است و حتی پس از رد قطعنامه یادشده از مجمع عمومی سازمان ملل درخواست می‌نماید که جلسه اضطراری برگزار نموده و پیرامون این جنگ موضع‌گیری نماید. جلسات اضطراری مجمع عمومی نیز با صدور قطعنامه، حملات نظامی روسیه به اوکراین را نه تنها به‌عنوان دفاع مشروع تأیید نمی‌کند بلکه آن را محکوم نموده و درخواست توقف فوری آن را می‌نماید. (United Nations General Assembly, 2022:11/1) هرچند قطعنامه شماره (۱) جلسه اضطراری شماره (۱۱) مورخ ۲ مارچ ۲۰۲۲ مجمع عمومی سازمان ملل متحد که پس از رد طرح قطعنامه شماره (۱۵۵) مورخ ۲۵ فبروری ۲۰۲۲ شورای امنیت و در

پی درخواست شورای امنیت مبنی به برگزاری جلسه اضطراری مجمع عمومی صادر گردیده است از الزام‌آوری برخوردار نمی‌باشد اما ارزش حقوقی آن برای نشان دادن اراده و موضع جامعه بین‌المللی در قبال حمله روسیه به اوکراین از یکسو و حمایت از مفاد و شرایط مندرج در منشور ملل متحد پیرامون دفاع مشروع از سوی دیگر هم چنان درخور توجه است.

۳. ضرورت

ضرورت در مفهوم عام، از عوامل رافع مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در حقوق بین‌الملل است اما در مفهوم خاص، از شرایط استفاده از حق دفاع مشروع دولت‌ها شناخته می‌شود. (شریفی طرازکوهی و مهرانی، ۱۳۹۱: ۷۲) این مقوله در مبحث دفاع مشروع نه به‌عنوان گزاره‌ی حقوقی مستقل بلکه به حیث یکی از شرایط و معیارهای مشروعیت دفاع دولت‌ها دانسته می‌شود. اساساً (ضرورت) در این معنا (یکی از شرایط و ارکان استفاده از حق دفاع مشروع)، صراحتاً در منشور یادآوری نگردیده است؛ بلکه به موجب قواعد عرفی و آرای قضایی بین‌المللی این شرط برای مشروعیت توسل به دفاع مشروع لازم دانسته شده است. (قاسمی و چهاربخش، ۱۳۹۰: ۱۸۱) بنا بر این، با توجه به اصل ممنوعیت توسل به زور و وضعیت استثنایی توسل به دفاع مشروع، باید از شرط (ضرورت) تفسیر و معنای مضیق افاده شود. لذا، در این معنا تنها زمانی دفاع مشروع از شرط (ضرورت) برخوردار خواهد بود که گزینه منطقی دیگری برای مقابله با حمله مسلحانه کشور متجاوز وجود نداشته باشد. (شریفی طرازکوهی و مهرانی، ۱۳۹۱: ۷۴) از این‌رو، اگر کشور متجاوز با حمله نظامی علیه کشوری، سبب ایجاد حق دفاع مشروع برای آن کشور گردد، کشور قربانی حمله اگر راه مقابله غیر نظامی برای دفع تجاوز داشته باشد، نمی‌تواند به اقدام مسلحانه برای استفاده از حق دفاع مشروع استفاده نماید. زیرا، اساس و بنیان شرط (ضرورت) جواز یا عدم جواز توسل به زور در قالب دفاع مشروع است.

حمله روسیه به اوکراین، روشن است که از این منظر نیز فاقد مشروعیت است؛ زیرا، هیچ ضرورتی که درماندگی کشور روسیه را در برابر اوکراین نشان دهد و هیچ راهی دیگری برای مقابله با تهدید یا حمله اوکراین (بالفرض) جز با حمله نظامی وجود نداشته باشد، در زمان حمله نظامی روسیه به اوکراین دیده نمی‌شود. حال به فرض اینکه طبق اعلامیه رسمی کشور روسیه مبنی به توجیه حقوقی حمله نظامی به اوکراین، تهدید بالقوه از سوی اوکراین علیه روسیه وجود داشته است، حتی اگر (پیشگیرانه بودن حمله روسیه) را نادیده بگیریم و قائل به ایجاد حق دفاع مشروع برای روسیه باشیم، بازهم شرط (ضرورت) اجازه نمی‌دهد که روسیه



در توسل به دفاع مشروع از قوه نظامی علیه اوکراین استفاده نماید. زیرا، گزینه‌های غیر نظامی برای دفع (تهدید بالقوه) به گفته رئیس جمهور روسیه می‌توانست مؤثر باشد.

۴. فوریت

فوریت داشتن دفاع مشروع، بدین معنا است که میان حمله متجاوزانه کشور متجاوز و اقدام دفاعی کشور استفاده‌کننده از حق دفاع مشروع نباید چنان فاصله زمانی وجود داشته باشد که شرط ضرورت دفاع از بین برود. به بیان دیگر، کشور قربانی تجاوز، صرفاً زمانی حق دارد به دفاع مشروع دارد که از یکسو شورای امنیت اقدامات لازم و مؤثر را علیه متجاوز انجام نداده باشد و از سوی دیگر، پیوند زمانی میان دفاع و تجاوز از بین نرفته باشد. هرچند در مورد تعیین بازه زمانی برای تشخیص (فوریت) دفاع مشروع هیچ سندی موضوعه‌ای در حقوق بین‌الملل وجود ندارد اما، از منظر قواعد عرفی و رویه قضائی بین‌المللی (ICJ Reports 1986, para 237)، چنین بدست می‌آید که کشور قربانی تجاوز، بتواند پیوند دفاع مسلحانه‌ای خود را با عمل متجاوزانه کشور متجاوز ثابت و توجیه نماید. براین اساس اگر پس از تجاوز، تحولی پیش بیاید که سبب از بین رفتن عنصر (ضرورت) دفاع مشروع گردد یا شورای امنیت علیه متجاوز اقدام مؤثری را روی دست گرفته باشد در این صورت (فوریت) دفاع مشروع فردی کشور قربانی تجاوز از بین می‌رود و هرگونه اقدام کشور قربانی تحت عنوان استفاده از حق دفاع مشروع نه تنها قانونی دانسته نمی‌شود بلکه خود عمل متجاوزانه دیگری در برابر کشور متجاوز خوانده می‌شود. (شریفی طرازکوهی و مهرانی، ۱۳۹۱: ۷۳)

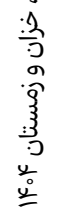
بررسی حمله روسیه به اوکراین با استدلال استفاده از حق دفاع مشروع از نظر فراهم بودن شرط زمانی «فوریت داشتن عمل دفاعی» نیز با چالش مواجه است. زیرا، اگر قائل به مشروعیت دفاع مشروع پیشدستانه نباشیم، اصلاً حمله‌ای از سوی اوکراین علیه روسیه صورت نگرفته تا بتوان میان تجاوز اوکراین و دفاع روسیه عنصر زمانی (فوریت دفاع روسیه) را بررسی نمود. به فرض اینکه دفاع پیشدستانه را همانگونه که در مباحث پیشین نیز مورد اشاره قرار گرفت، با شرایطی بپذیریم، استدلال رئیس جمهور روسیه مبنی بر اینکه حمله روسیه به اوکراین علیه «متجاوزان بالقوه» صورت گرفته و غرب و اوکراین را عملاً تهدیدی بالقوه در برابر روسیه معرفی می‌کند. (رشیدی، ۱۴۰۰: ۳۲۴)، نمی‌توان حتی با دفاع پیشدستانه نیز توجیه نمود. زیرا، دو شرط اصلی اعتبار دفاع مشروع پیشدستانه (فوریت داشتن تهدید) و (قطعی بودن وقوع حمله) هرگز در اوکراین یا از سوی اوکراین و غرب ملاحظه و تأیید نگردیده است. از این رو تحت هر عنوانی، توسل به زور علیه

اوکراین از سوی روسیه نمی‌تواند با منطق توسل به دفاع مشروع توجیه گردد، زیرا عنصر زمانی (فوریت داشتن دفاع) نیز در اینجا منتفی است.

۵. تناسب

از شرایط به کارگیری حق دفاع مشروع که قواعد عرفی و رویه قضائی بین‌المللی بدان اشاره نموده است، تناسب داشتن (اقدام دفاعی) با (عمل تجاوز) از نظر شدت و کیفیت است. (موسوی و حاتمی، ۱۳۸۵: ۳۱۹) عنصر تناسب در دفاع مشروع بدین مفهوم است که توسل دولت‌ها به دفاع مشروع فردی زمانی به عنوان یک قاعده حقوقی قابل پذیرش واقع می‌شود که علاوه بر شرایط دیگر، حملات دفاعی از سوی کشور قربانی تجاوز علیه کشور متجاوز باید به اندازه‌ای باشد که بتواند تجاوز را دفع و متجاوز را از ادامه حملات باز دارد. براین اساس اگر کشور قربانی تجاوز به اقداماتی متوسل گردد که نه تنها منجر به دفع تجاوز دشمن گردیده بلکه متجاوز را در خاک خودشان تعقیب نموده و مورد حمله قرار دهد، در این صورت نمی‌توان از وجود عنصر تناسب سخن گفت، چراکه میزان اقدامات دفاعی فراتر از میزان مورد ضرورت برای دفع تجاوز است. مراد از تناسب در شدت حمله، آن است که حجم و دامنه حمله متجاوزانه باید ملاک برای اقدام دفاعی باشد و اقدام تدافعی نباید گسترده‌تر و بیشتر از میزان تجاوز باشد و تناسب از نظر کیفیت بدین معناست که نوع دفاع باید متناسب با نوع تجاوز باشد. به‌طور مثال اگر کشوری، توسط سلاح‌های کلاسیک مورد حمله قرار گرفته باشد، کشور قربانی حمله نمی‌تواند با سلاح‌های کشتار جمعی و هسته‌ای بدان پاسخ بدهد زیرا، نوع دفاع کاملاً متفاوت و قوی‌تر از تجاوز است. (بیگدلی، ۱۳۹۵: ۴۹۳) اما این بدان معنا نیست که اگر کشور قربانی تجاوز در اثر تجاوز در موقعیتی قرار گرفته باشد که اگر اقدامات دفاعی خود را از نظر کیفیت و شدت بیشتر از تجاوز نسازد، نمی‌تواند موفق به دفع تجاوز گردد، در این صورت به تناسبی که بتواند صرفاً تجاوز را دفاع نماید، کیفیت و شدت حملات خود را نسبت به کیفیت و شدت عمل متجاوزانه بیشتر می‌تواند.

حمله روسیه به اوکراین با عنوان استفاده از حق دفاع مشروع از نظر فراهم بودن این شرط نیز محکوم به فقدان مشروعیت است. زیرا، اساساً، حمله‌ای از سوی اوکراین صورت نگرفته که بتوان، تناسب دفاع روسیه را در برابر آن سنجه نمود. حتی به فرض موجودیت تهدید بالقوه از جانب اوکراین علیه روسیه، اما اقدام مسلحانه روسیه را نمی‌توان با تهدید مذکور متناسب دانست.



نتیجه‌گیری

از مجموع مباحثی که پیرامون مسأله این تحقیق صورت گرفت این نتیجه بدست می‌آید که اولاً دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل موضوعه و غیر موضوعه دارای شرایطی است که در نبود آن شرایط هرگونه اقدام مسلحانه از سوی یک کشور علیه کشور دیگر، خود عمل متجاوزانه خوانده می‌شود. با بررسی شرایط چون: وقوع حمله مسلحانه از سوی متجاوز، عدم اقدام شورای امنیت، ضروری بودن دفاع و تناسب داشتن دفاع در مورد حمله روسیه به اوکراین که در تاریخ ۲۴ فبروری ۲۰۲۲ صورت گرفت و اکنون تبدیل به یک جنگ فرسایشی گردیده است، هیچ‌یک از شرایط مذکور برای توجیه عملکرد روسیه تحت عنوان دفاع مشروع فراهم نیست. از این رو، می‌توان گفت که از نظر قواعد بین‌المللی حمله مذکور نه تنها مشروع نبوده بلکه خود نوعی تجاوز به اوکراین دانسته شده و برای کشور روسیه مسئولیت بین‌المللی ایجاد می‌نماید.



۱. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۷۹) «حقوق جزای عمومی». جلد اول، انتشارات میزان، تهران.
۲. حاجی تبار فیروزجانی، حسن، چیتگر، نسیم و عیوضی، (۱۳۹۴) فیروزه، «دفاع مشروع در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی». فصلنامه راهبرد. ۲۴(۷۷)، زمستان ۱.
۳. خسروی، علی‌اکبر (۱۳۷۳) حقوق بین‌الملل. ایران: موسسه فرهنگی آفرینه.
۴. رشیدی، مهناز (۱۴۰۰) «توجهات حقوقی روسیه در حمله نظامی به اوکراین در بوته نقد و تحلیل». مجموعه مقالات سال ۱۴۰۰ تالار گفتگوی حقوقی و سیاسی بین‌المللی انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل، تهران.
۵. سیفی، بهزاد (۱۴۰۲) «جنگ روسیه و اوکراین از منظر حقوق توسل به زور». فصلنامه مطالعات آسیایی مرکزی و قفقاز. ۲۹(۱۲۱).
۶. شریفی طرازکوهی، حسین و مهرانی، فرزاد (۱۳۹۱) «بررسی تحلیلی شرایط حق دفاع مشروع با تاکید بر اقدامات مسلحانه دولت‌ها علیه حملات گروه‌های تروریستی بین‌المللی». فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی. (۱۱)، بهار و تابستان ۱۳۹۱.
۷. صانعی، پرویز (۱۳۵۱) «حقوق جزای ایران». جلد اول، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه ملی ایران.
۸. ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۲) «حقوق بین‌الملل عمومی». انتشارات گنج دانش. تهران.
۹. ظریف، محمدجواد و آهنی امینه، محمد (۱۳۹۱) «دفاع مشروع پیشدستانه؛ مشروعیت کاربرد زور در روابط بین‌الملل یا نقض مکرر منشور ملل متحد». فصلنامه تحقیقات سیاسی بین‌الملل. ۴(۱۲).
۱۰. عمید، حسن (۱۳۷۷) فرهنگ فارسی عمید. ایران: امیر کبیر.
۱۱. قاسمی، علی و چهاربخش، ویکتور بارین (۱۳۹۰) «ارزیابی دفاع مشروع جمعی در حقوق بین‌الملل معاصر». فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی معاصر. ۱۶(۵۶).
۱۲. قاسمی، علی و چهاربخش، ویکتور بارین (۱۳۹۰) «رویه قضائی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص دفاع مشروع پس از رویداد ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱». مجله حقوقی بین‌المللی. ۲۸(۴۵)، ص ۱۷۵-۱۹۴.
۱۳. کلاتری، کیومرث (۱۳۸۳) «عدالت کیفری خصوصی در نظام کیفری ایران». انتشارات سمت، تهران.
۱۴. موسوی، سیدفضل‌الله و حاتمی، مهدی (۱۳۷۲) «دفاع مشروع پیش‌دستانه در حقوق بین‌الملل». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۱۵. نور بها، رضا (۱۳۸۳) «زمینه حقوق جزای عمومی». ایران: گنج دانش.

1. Allegations of Genocide under the Genocide Convention (Ukraine v. Russian Federation), Order of 16 March 2022.
2. Armed Activities (DRC v. Uganda), Judgment, 2005 I.C.J. Rep. 168.
3. Bishop, W(1962) "International Law: Cases And Materials". Brown and Company.
4. Convention on the Rights and Duties of States (Montevideo Convention), 26 December 1933.
5. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), ICJ Reports 1986.
6. Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003.
7. Putin, V. (2022), February 24) Address by the President of the Russian Federation. Kremlin. <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>
8. United Nations. (2005) In Larger Freedom: A/59/2005.
9. United Nations General Assembly. (2022) Resolution ES-11/1: Aggression against Ukraine [Resolution]. United Nations. <https://undocs.org/en/A/ES-11/> \
10. United Nations Security Council. (2022) *Draft resolution S/2022/155*. United Nations Digital Library. <https://undocs.org/S/2022/155>.

مهریه در حقوق افغانستان؛

مقدار، شرایط، عوامل استقرار و ضمانت اجرا

عبدالخالق شفق*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۹/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۲۰

چکیده

مهریه به عنوان یکی از آثار ازدواج، جایگاه مهمی در تنظیم روابط مالی زوجین دارد و عبارت از مالی است که زوجه پس از نکاح مستحق دریافت آن از شوهر می شود. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع قانونی، فقهی و دکتربین حقوقی، باهدف تبیین احکام مهری، به بررسی مفهوم، انواع، مقدار، شرایط و عوامل استقرار مهریه پرداخته و ضمانت اجرای آن را در حقوق افغانستان تحلیل نموده است. اهمیت تحقیق نیز ناشی از حل مسایل مهریه از منظر حقوقی و فقهی است. نتایج پژوهش نشان می دهد که قانون مدنی و قانون احوال شخصیه، هرچند در بسیاری از موارد با هم مشابه اند، اما در برخی احکام مانند تعیین سقف مهریه، شرایط و ضمانت اجرای آن تفاوت هایی دارند. از سوی دیگر، چالش هایی مانند تعیین غیرمنطقی میزان مهریه، عدم آگاهی زنان از حقوق قانونی خود و ناتوانی شوهر در پرداخت مهریه، از عوامل عمده بروز اختلافات خانوادگی محسوب می شوند. یافته های تحقیق بیانگر آن است که اتخاذ معیارهای شخصی (توان بالقوه زوج) در تعیین حداکثر مهر و نیز پیش بینی نهادهایی همچون حق حبس، نقشی بسزا در حمایت از حقوق زوجه و ایجاد تعادل در روابط خانوادگی دارد.

واژگان کلیدی: مهریه، انواع مهریه، مقدار مهریه، شرایط مهریه، عوامل استقرار مهریه، ضمانت اجرای مهریه.

*کادر علمی دیپارتمنت حقوق، پوهنچى حقوق و علوم سیاسى، پوهنتون ابن سینا.

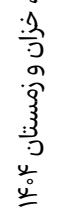
خانواده به‌عنوان یکی از بنیادی‌ترین نهاد اجتماعی اهمیتی ویژه دارد و قانون‌گذار نیز کوشیده است تا قواعدی را در این زمینه وضع نماید. در این میان، مهریه به‌عنوان یکی از مهم‌ترین آثار مالی ازدواج، نه تنها بُعد حقوقی و قراردادی دارد، بلکه از منظر اخلاقی و اجتماعی نیز نقشی تعیین‌کننده در تحکیم یا تضعیف روابط زوجین ایفا می‌کند. مهریه به‌عنوان یکی از مهم‌ترین آثار مالی ازدواج، جایگاهی ویژه در حقوق خانواده دارد. مهریه از دیدگاه شریعت اسلام، هدیه‌ای است دارای ارزش نمادین که از سوی شوهر به زوجه داده می‌شود و از منظر حقوقی، تعهد مالی الزام‌آوری است که با انعقاد عقد نکاح بر ذمه شوهر قرار می‌گیرد.

مهریه به انواع گوناگون (مهرالمسمی، مهرالمثل، مهرالمتعه و مهرالسنه) تقسیم شده است و هر یک از این انواع در شرایط خاص آثار حقوقی متفاوتی دارند. با وجود اهمیت این نهاد، در عمل با مشکلاتی مانند تعیین مهریه‌های گزاف و غیرمنطقی، عدم توانایی زوج در پرداخت و یا عدم آگاهی زنان از حقوق قانونی خویش هستیم که منجر به بروز چالش‌هایی در روابط زناشویی و دعاوی خانوادگی شده است.

این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع قانونی، فقهی و دکترین حقوقی، ابعاد مختلف مهریه مانند انواع، مقدار، شرایط، عوامل استقرار و ابزارهای الزام‌آور برای اجرایی کردن حق زوجه در مطالبه مهریه را تحلیل می‌کند. با توجه به پیچیدگی‌های حقوقی مهریه، بررسی و تحلیل قواعد حاکم بر آن در نظام حقوقی افغانستان ضروری به‌نظر می‌رسد. اهمیت پرداختن به این موضوع نه تنها از بُعد نظری، بلکه از جهت عملی نیز قابل توجه است؛ زیرا اختلافات خانوادگی در بسیاری موارد، ناشی از ابهام یا عدم آگاهی نسبت به احکام مهریه می‌باشد.

الف) مفهوم مهریه

مهر در زبان فارسی به معنای کابین آمده است (فرهنگ فارسی عمید، ۱۳۸۹). در اصطلاح عبارت از مالی است که زوجه پس از نکاح مستحق دریافت آن از شوهر می‌شود (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، ص ۱۹۹۶). برخی دیگر آن را چنین تعریف نموده‌اند: مالی است که زن بر اثر ازدواج مالک آن می‌شود و مرد ملزم به تأدیه آن است (صفایی و امامی، ۱۳۹۸، ص ۱۵۶). مهر در بند ۷ ماده ۳ قانون مراسم عروسی چنین تعریف شده است: «مقدار پول یا مال متقوم



است که حین عقد نکاح از طرف ناکح برای منکوحه مطابق شریعت اسلامی و قوانین نافذه کشور پرداخته شده یا بر ذمه وی لازم می‌گردد». در ماده ۱۰۴ قانون احوال شخصیه چنین تعریف شده است: «مهر عبارت از مالی است که مرد به واسطه ازدواج با زن به او می‌پردازد یا انجام می‌دهد». در قانون مدنی از مهر تعریفی صورت نگرفته است؛ اما برخی از فقهای حنفی در تعریف آن چنین گفته‌اند: مهر عبارت از مالی است که زن پس از نکاح یا وطی مستحق دریافت آن می‌شود (زحیلی، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۵۱).

ب) انواع مهریه

مهر بر چهار نوع است: ۱. مهرالمسمی؛ ۲. مهرالمثل؛ ۳. مهرالمتعه و ۴. مهرالسنه. در ذیل هر یک به صورت مفصل بررسی می‌شود.

۱. مهرالمسمی

مهری که در ضمن عقد نکاح یا پس از آن با تراضی طرفین معین می‌شود، در اصطلاح حقوق مهرالمسمی گفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴، ص ۱۳۲). در تعریف دیگر گفته شده است: عبارت از مال معینی است که با توافق زوجین به عنوان مهر تعیین می‌شود یا شخصی که زوجین انتخاب کرده‌اند معین می‌نماید (صفایی و امامی، ۱۳۹۸، ص ۱۵۸). در قانون مدنی تعریفی از مهرالمسمی صورت نگرفته است؛ اما برخی از فقهای عامه آن را چنین تعریف کرده‌اند: مهری است که در هنگام عقد ازدواج تعیین می‌شود، یا بعد از عقد (در صورتی که هنگام عقد تعیین نشده باشد) توسط زوجین تعیین می‌شود (بدران، بی تا، ج ۱، ص ۱۹۰). مهرالمسمی در قانون احوال شخصیه تعریف شده و فرع ۱ بند ۲ ماده ۱۰۴ آن چنین است: مهرالمسمی «مالی» است که با تراضی زوجین تعیین می‌گردد». افزون بر آنچه گفته شد، اگر در هنگام انعقاد عقد نکاح مهریه مشخص نشده باشد؛ اما زوجین قبل از نزدیکی آن را معین کنند، این چنین مهر نیز مهرالمسمی نامیده می‌شود (بند ۱ ماده ۱۱۱ ق.ا.ش). بنابراین، در یک تعریف نسبتاً جامع می‌توان گفت: مهرالمسمی به مهری گفته می‌شود که در ضمن عقد نکاح یا تا قبل از آمیزش جنسی با توافق زوجین تعیین شود.

۲. مهرالمثل

در قانون مدنی تعریفی از مهرالمثل صورت نگرفته است؛ اما مطابق بند ۸ ماده ۳ قانون عروسی، مهرالمثل عبارت است از: «مهری که در حین عقد ازدواج برای زنان معلوم نشده و



پس از زفاف از روی حد متوسط مهر زنان اقارب برای او تعیین شود». براساس فقه حنفی، منظور از اقاربی که مهرالمثل با توجه به آنها تعیین می‌شود، اقارب پدری زن است؛ مانند خواهر و عمه (زحیلی، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۶۶). فرع ۲ بند ۲ ماده ۱۰۴ قانون احوال شخصیه مهرالمثل را چنین تعریف کرده است: «مالی است که در تعیین آن، حال زن از حیث شرافت، فامیل و سایر صفات او نسبت به اقارب و اقران و عرف محل و امثال آن در نظر گرفته می‌شود». مهرالمثل عبارت از مهری است که در هنگام عقد نکاح معین نشده، بلکه برحسب عرف و عادت و با توجه به وضع زن از حیث شرافت خانوادگی، موقعیت اجتماعی، سن، تحصیلات و مانند آن و با در نظر گرفتن زمان و مکان تعیین می‌شود (یزدی، ۱۳۹۴، ص ۵۳۸). بنابراین، مهرالمثل ممکن است با مهرالمسمی برابر یا متفاوت باشد.

موارد استحقاق مهرالمثل

در موارد ذیل زوجه مستحق مهرالمثل می‌شود:

۱. هرگاه مهر در ضمن عقد نکاح تعیین نشده باشد و قبل از توافق زوجین بر آن، آمیزش صورت گیرد. قانون مدنی در ماده ۹۹ در این خصوص چنین می‌نویسد: «زوجه مستحق مهر مسمی می‌باشد. اگر مهر حین عقد تعیین نشده و یا نفی آن به عمل آمده باشد، مهر مثل لازم می‌گردد». بند ۱ ماده ۱۱۱ قانون احوال شخصیه نیز چنین می‌نویسد: «(۱) عقد نکاح با عدم تعیین مهر صحیح بوده و زوجین می‌توانند آن را قبل از دخول با تراضی تعیین نمایند و بعد از دخول زوجه مستحق مهرالمثل می‌باشد».

۲. هرگاه مهر نفی شده باشد. به‌دیگرسخن، عدم استحقاق زن در گرفتن مهر شرط شده باشد. البته باید توجه داشت که براساس فقه حنفی (زحیلی^۱، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۷۲؛ بدران، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۹۲)، این نوع شرط باطل، اما نکاح صحیح است و زوجه بعد از آمیزش مستحق مهرالمثل می‌شود. اما براساس قانون احوال شخصیه، شرط عدم مطلق مهر، باطل و مبطل عقد است. به‌دیگرسخن، اگر در ضمن عقد شرط شود که اساساً هیچ‌گونه مهری اعم از مهرالمسمی و مهرالمثل به زن تعلق نگیرد، در این صورت هم شرط و هم عقد نکاح باطل



۱. «لأن هذا لإتفاق باطل، و اشتراط نفی المهر فاسد، و الشرط الفاسد لا یفسد الزواج عند الحنفیه» ۱

است؛ اما اگر فقط عدم مهرالمسمی را شرط کرده باشند، در این صورت عقد صحیح است و زوجه بعد از آمیزش مستحق مهرالمثل می‌شود.

این قانون در ماده ۱۱۲ به صراحت چنین می‌نویسد: «شرط عدم تعیین مطلق مهر در ضمن عقد، باطل و مبطل آن است، ولی شرط عدم مهرالمسمی جایز بوده و در حکم موردی است که مهر تعیین نشده باشد؛ ولی اگر عدم تعیین مهرالمثل را بعد از دخول شرط کند، در این صورت شرط و عقد هر دو باطل است». به نظر می‌رسد که ذیل ماده فوق که می‌نویسد: «ولی اگر عدم تعیین مهرالمثل را بعد از دخول شرط کند، در این صورت شرط و عقد هر دو باطل است»، اضافه است و نیاز به آوردن آن در ذیل ماده نبود؛ زیرا مفاد این جمله از صدر ماده نیز قابل استنباط است.^۱

۱. مطابق قانون احوال شخصیه، هرگاه مهر تعیین شده باشد؛ اما شوهر حتی به صورت بالقوه نیز توان پرداخت آن را نداشته باشد، در این صورت چنین مهر باطل و زوجه بعد از آمیزش مستحق مهرالمثل می‌شود (بند ۴ ماده ۱۰۴).

۲. هرگاه مهریه تعیین شده، فاقد شرایط صحت مهرالمسمی باشد؛ مانند اینکه دارای ارزش اقتصادی نبوده یا قابل تملک نباشد و یا مجهول باشد، در این صورت نیز شوهر بعد از آمیزش، مکلف به پرداخت مهرالمثل می‌شود (بند ۲ ماده ۱۰۵ ق.ا.ش). در قانون مدنی در این خصوص صراحتی وجود ندارد؛ اما فقه حنفی زوجه را مستحق مهرالمثل می‌داند (زحیلی، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۷۲).

۳. مفاد ماده ۱۰۹ قانون مدنی: قانون مدنی در ماده ۱۰۹ چنین می‌نویسد: «هرگاه شخصی در حین مرض خود ازدواج نموده و مهر زوجه‌اش را بیشتر از مهر مثل تعیین کرده باشد، این زیادت تابع احکام وصیت می‌گردد». بنابراین، هرگاه شخصی هنگام مرض موت با زنی ازدواج نموده و میزان مهر بیش از یک سوم دارایی وی تعیین شود، در این صورت نفوذ آن تابع پذیرش ورثه است؛ یعنی اگر ورثه با

۱. در مسوده این قانون نیز این بخش از ماده وجود ندارد. ماده ۲۲۵ مسوده چنین است: «شرط عدم تعیین مطلق مهر در ضمن عقد، باطل و مبطل عقد است؛ ولی شرط عدم مهرالمسمی جایز و در حکم موردی است که مهر تعیین نشده باشد».



چنین مهری موافقت کرد، نافذ و مکلف به پرداخت آن است؛^۱ اما اگر نپذیرفت، مهرالمثل تعیین می‌شود. به نظر می‌رسد که در این ماده تعادل حقوقی بین زن و مرد در نظر گرفته نشده است؛ زیرا ازدواج مرد حتی در مرض موت نیز نافذ دانسته شده است؛ اما نفوذ مهری بیشتر از مهرالمثل، منوط به پذیرش ورثه شده است؛ درحالی‌که زن بعد از فوت شوهر بیشتر نیازمند حمایت مادی است.

۴. هرگاه نکاح به سبب وجود موانع آن باطل شود و زوجه از بطلان و حرمت آن آگاهی نداشته باشد، در صورت وقوع آمیزش زوجه مستحق مهرالمثل می‌شود. بند ۶ ماده ۱۱۰ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین می‌نویسد: «(۶) در صورت بطلان عقد نکاح به سبب وجود موانع نکاح قبل از دخول، زوجه مستحق مهر نبوده، ولی بعد از دخول مستحق مهرالمثل می‌باشد، ولی اگر زن عالم به بطلان عقد باشد، مستحق مهر نمی‌شود». مفاد همین ماده با اندک تغییراتی در بند ۵ ماده ۱۱۱ نیز تکرار شده است. این ماده چنین می‌نویسد: «(۵) هرگاه عقد نکاح به سبب وجود موانع آن، قبل از دخول باطل گردد، در صورت عدم تعیین مهر، زوجه مستحق چیزی نمی‌گردد، ولی بعد از دخول مستحق مهرالمثل می‌باشد، مشروط بر اینکه از پنجصد درهم (مهر السنه) بیشتر نباشد. ولی اگر زوجه علم به حرمت داشته باشد، در این صورت مستحق مهر نیست».

۵. هرگاه تعیین مهر به شخص ثالث واگذار شده باشد و او قبل از تعیین مقدار مهر و بعد از آمیزش زوجین بمیرد، در این صورت نیز زوجه مستحق مهرالمثل می‌شود (بند ۲ ماده ۱۱۳ ق.ا.ش).

۶. هرگاه در عقد ازدواج، زنی بَدَل زنی دیگر قرار گیرد، هریک از زوجه‌ها مستحق مهرالمثل می‌شود. قانون مدنی در ماده ۶۹ در این خصوص چنین می‌نویسد: «در عقد ازدواج بدل، زن، بدل زن دیگر قرار نگرفته و برای هریک از زوجه‌ها مهرالمثل

۱. ماده ۲۱۳۷ در خصوص وصیت چنین می‌نویسد: «وصیت در حدود ثلث متروکه به وارث و غیر وارث صحت داشته، بدون اجازه ورثه تنفیذ می‌گردد و در حدود زاید از ثلث متروکه نیز صحت داشته مگر نفاذ آن موقوف به اجازه ورثه بعد از وفات وصیت‌کننده می‌باشد مشروط بر اینکه اجازه‌دهنده دارای اهلیت تبیع بوده و با آنچه که اجازه داده علم داشته باشد».

لازم می‌گردد». منظور از «بدل» در این ماده، نکاح «شغار»^۱ است. براساس فقه حنفی نکاح شغار صحیح است؛ اما از جهت مهریه، برای هر یک از زن‌ها مهرالمثل ثابت می‌شود (ابوزهره، ۱۹۵۷، ص ۸۲؛ صاغر جی، ۱۹۹۹، ص ۱۶۵؛ بدران، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۳). از نظر فقه امامیه نکاح شغار حرام و باطل است (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۱، ص ۸۸)^۲؛ اعم از اینکه به صورت دائم باشد یا موقت. در خصوص حکم به بطلان، تفاوت نمی‌کند که مهر هر یک از دو ازدواج، ازدواج دیگری باشد یا اینکه مهر یکی ازدواج دیگری و مهر دیگری مال معین باشد. البته با این تفاوت که در صورت نخست هر دو ازدواج باطل و در فرض دوم تنها ازدواج اول باطل است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۶۸۴).

۷. ازاله بکارت: فرع ۱ ماده ۱۱۸ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین می‌نویسد: «در موارد ذیل مهرالمثل بر ذمه شخص لازم می‌شود: ۱. «در صورتی که فردی بکارت دختری را به هر وسیله ازاله کند». از جمله «به هر وسیله» استفاده می‌شود که هرگاه ازاله بکارت به غیر از مقاربت، با وسیله دیگری صورت گیرد نیز شخص مرتکب، مکلف به پرداخت مهرالمثل خواهد بود؛ اما از نظر فقهی اگر شخصی بکارت دختری را با وسایل دیگری زائل کند، تنها مکلف به پرداخت دیه بکارت می‌شود (محقق کرکی، ۱۴۱۵، ص ۳۰۲).

۸. زنا با مجنونه و صغیره (فرع ۲ ماده ۱۱۸ ق.ا.ش)؛ اعم از اینکه مجنونه صغیر باشد یا کبیر، باکره باشد یا نباشد.

۱. نکاح شغار عبارت است از ازدواج دو زن با دو مرد به گونه‌ای که مهر هر کدام، ازدواج دیگری قرار گیرد؛ مانند اینکه یکی از دو ولی به دیگری بگوید: دختر یا خواهرم را به همسری شما در آوردم به شرط اینکه شما نیز دختر یا خواهرت را به همسری من در آوری و مهر هر کدام، ازدواج دیگری باشد و طرف دیگری نیز آن را بپذیرد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۹، ص ۶۸۴) و بدران در صفحه ۵۳ چنین می‌نویسد: «زواج الشغار: و هو أن یزوج رجل بنته التي فی ولايته أو أخته لشخص آخر فی نظیر أن یزوج الآخر أخته أو بنته التي فی ولايته بحيث تكون کل واحد منهما مهراً للآخری، و مثاله أن یقول رجل لآخر: زوجتك بنتی علی أن تزوجنی بنتک و لا مهر لهما، و یقبل الآخر. و حکم هذا العقد أنه صحیح عند الحنفیه. غیر صحیح فی رأی الجمهور».

۲. «السادسة: نکاح الشغار حرام و باطل بالنص و الإجماع».



۹. زنا با زنی که از حرمت زنا آگاهی ندارد (فرع ۳ ماده ۱۱۸ ق. ا. ش): اگر زنی به جهت عدم آگاهی از حرمت زنا با مردی رابطه جنسی داشته باشد، زن مستحق مهرالمثل می‌شود؛ اعم از اینکه خود مرد از حرمت آن آگاهی داشته باشد یا نداشته باشد (جعفری و جوینا، ۱۳۹۹، ج ۳، ص ۱۵۴).

۳. مهرالمتعه

مهرالمتعه مالی است که شوهر در صورت وقوع طلاق قبل آمیزش جنسی و تعیین مهر، به تناسب وضعیت اقتصادی و استطاعت مالی خود به زن پرداخت می‌کند. فرع ۳ بند ۲ ماده ۱۰۴ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین می‌نویسد: «مهرالمتعه: مالی است که در تعیین آن، حال مرد از حیث فقر و غنا در نظر گرفته می‌شود». همچنین قانون مدنی در ماده ۱۰۷ چنین است: «هرگاه تفریق بین زوجین قبل از دخول یا خلوت صحیحه واقع گردد، برای زوجه، متعه‌ای که عبارت از البسه معمول و امثال وی می‌باشد، واجب می‌گردد. در تعیین متعه، توان مالی زوج در نظر گرفته شده و به هیچ صورت قیمت آن از نصف مهر مثل تجاوز نمی‌کند». بنابراین، برای استحقاق مهرالمتعه شرایط ذیل لازم است:

۱. عدم ذکر مهر در هنگام عقد نکاح و معین نکردن آن تا زمان طلاق: زیرا اگر مهر قبلاً تعیین شده باشد و قبل از آمیزش جنسی طلاق صورت گیرد، زن مستحق نصف مهرالمسمی می‌شود (ماده ۱۰۵ ق. م. و بند ۱ ماده ۱۰۷ ق. ا. ش).
۲. وقوع طلاق قبل از آمیزش جنسی: زیرا اگر طلاق بعد از آمیزش صورت گیرد، زن مستحق مهرالمثل می‌شود (ماده ۹۹ ق. م. و بند ۱ ماده ۱۱ ق. ا. ش).
۳. انحلال نکاح به سبب ارتداد یا عنن مرد قبل از آمیزش جنسی: بند ۴ ماده ۱۱۱ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین می‌نویسد: «(۴) هرگاه نکاح به سبب طلاق، ارتداد یا عنن مرد قبل از دخول، انحلال یابد، در صورت عدم تعیین مهر، زوجه مستحق مهرالمتعه است؛ ولی هرگاه انحلال نکاح به سبب مرگ یکی از زوجین، ارتداد یا عیب

۱. ماده ۹۹: «زوجه مستحق مهر مسمی می‌باشد. اگر مهر حین عقد تعیین نشده و یا نفی آن به عمل آمده باشد، مهر مثل لازم می‌گردد».

۲. بند ۱ ماده ۱۱۱ قانون احوال شخصیه نیز چنین است: «(۱) عقد نکاح با عدم تعیین مهر صحیح بوده و زوجین می‌توانند آن را قبل از دخول با تراضی تعیین نمایند و بعد از دخول زوجه مستحق مهرالمثل می‌باشد».



زن باشد، در صورت عدم تعیین مهر، قبل از عقد و بعد از آن، قبل از دخول، زوجه مستحق مهر نمی‌گردد».

۴. براساس بند ۲ ماده ۱۱۳ قانون احوال شخصیه، هرگاه صلاحیت تعیین مهر به زوج یا زوجه واگذار شود؛ اما آنها قبل از آمیزش و تعیین مهر فوت نمایند، در این صورت نیز زوجه مستحق مهرالمتعه است.

البته باید توجه داشت که براساس قانون احوال شخصیه، زن در صورتی مستحق مهرالمتعه می‌شود که آمیزشی صورت نگرفته باشد؛ اما براساس قانون مدنی، افزون بر آمیزش، باید خلوت صحیحه (آمیزش حکمی)^۱ نیز صورت نگرفته باشد (ماده ۱۰۷). بنابراین، براساس قانون مدنی اگر در ضمن عقد مهر تعیین نشده باشد؛ اما طلاق بعد از آمیزش حکمی صورت گرفته باشد، زن مستحق مهرالمثل خواهد بود.

۴. مهرالسنه

مهرالسنه که در واقع از مصادیق مهرالمسمی می‌باشد، مهریه‌ای است که پیامبر اسلام (ص) برای همسران (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۳۴۴) و دخترانش تعیین می‌کرد. مقدار مهرالسنه، پنجصد درهم است (صدوق، ۱۴۱۵، ص ۳۰۲). فرع ۴ بند ۲ ماده ۱۰۴ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین می‌نویسد: «مهر السنه: پنجصد درهم نقره است که هر درهم آن معادل هجده نخود می‌باشد».

ج) مقدار مهریه

مقدار مهرالمسمی از نظر حداقل باید به میزانی باشد که مالیت (ارزش اقتصادی) داشته باشد (فرع ۱ بند ۱ ماده ۱۰۵ ق.ا.ش). فقهای حنفی حداقل مهر را ده درهم یا معادل آن می‌دانند (بدران، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۸۶). اما براساس قانون مدنی، هرگاه میزان مهرالمسمی کمتر از مهرالمثل باشد، برای زن حق فسخ نکاح ایجاد می‌شود. فرع ج ماده ۱۳۳ این قانون چنین می‌نویسد: «حالات مذکور ماده‌ی (۱۳۲)^۲ که موجب فسخ عقد ازدواج شناخته می‌شود قرار

۱. خلوت صحیحه (آمیزش حکمی) عبارت است از اجتماع زن و شوهر بعد از عقد نکاح در یک مکان، به نحوی که مانعی اعم از حسی، شرعی و طبیعی برای آمیزش آنها وجود نداشته باشد (بدران، پیشین، ص ۲۰۱).

۲. ماده ۱۳۲ چنین می‌نویسد: ماده ۱۳۲: «فسخ عبارت است از نقض عقد ازدواج به سبب وقوع خلل در حین عقد و یا بعد از آن، به نحوی که مانع دوام ازدواج گردد».

ذیل می‌باشد: ... ج) نقصان مهر از اندازه مهر مثل زوجه». فقهای مالکی حداقل مهر را سه درهم دانسته‌اند؛ اما شافعی و حنبلی، حداقلی در نظر نگرفته‌اند و صرف مالیت داشتن را کافی می‌داند (بدران، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۸۶).

از حیث حداکثر مهرالمسمی، از نظر قانون مدنی محدودیتی وجود ندارد و تابع توافق زن و شوهر است؛ اما از نظر قانون احوال شخصیه، باید به اندازه‌ای باشد که شوهر بالقوه قدرت پرداخت آن را داشته باشد. مقصود از بالقوه آن است که شغل و درآمد شوهر به گونه‌ای باشد که امکان پرداخت مهریه در آینده نیز ممکن نباشد. این قانون در بند ۴ ماده ۱۰۴ چنین تصریح می‌کند: «(۴) مهری که مرد توان بالقوه پرداخت آن را نداشته باشد، باطل بوده، چنین پنداشته می‌شود که مهر اصلاً تعیین نگردیده است».

بنابراین، اگر مهرالمسمی به میزانی باشد که شوهر حتی به صورت بالقوه نیز توان پرداخت آن را نداشته باشد، چنین مهری باطل و زوجه مستحق مهرالمثل می‌شود؛ زیرا هرگاه مهر قابل اجرا نباشد، معلوم می‌شود که شوهر قصد پرداخت آن را نداشته است. مهریه‌های فوق‌العاده سنگین قرینه‌ای است مبنی بر عدم قصد جدی نسبت به پرداخت آن، در نتیجه چنین مهری باطل بوده و تبدیل به مهرالمثل می‌شود. افزون بر این، تعهد به پرداخت مهریه‌های سنگینی که بیش از دارایی شوهر باشد، در واقع، تعهد به چیزی است که ایفای آن عادتاً غیرمقدور است. در نتیجه، خود تعهد به دلیل عدم قدرت بر تسلیم نیز فاقد اعتبار خواهد بود (شهیدی، ۱۳۶۸، ص ۱۰۲).

این سیاست قانون‌گذار احوال شخصیه از حیث اینکه برای تعیین سقف مهریه، یک معیار «شخصی» را ارائه کرده است، از اهمیت قابل توجهی برخوردار است؛ زیرا اگر معیار نوعی مانند مبلغ معینی از پول تعیین می‌کرد، مشکلاتی زیادی را به دنبال داشت؛ چون وضعیت درآمد و میزان توان مالی افراد در جامعه معمولاً یکسان نیست. ممکن است برای یک شخص پرداخت سی میلیون افغانی خیلی هم ناچیز باشد؛ اما برای شخص دیگر، صد هزار افغانی نیز قابل پرداخت نباشد. بدین جهت، معیار شخصی بیشتر با اصل عدالت و انصاف سازگار به نظر می‌رسد.

هرچند سیاست یادشده، یک سیاست قابل توجهی است؛ اما بسیار کلی بوده و معیاری را برای فهم و ارزیابی توان پرداخت بالقوه مرد بیان نمی‌کند. ممکن است استدلال شود که این موضوع را می‌توان از طریق نوع شغل و میزان درآمد شوهر پیش‌بینی کرد؛ اما با آن هم،



از آنجایی که توان بالقوه در پرداخت، ناظر به آینده است و از طرفی هم در مقام اختلاف، نیازمند اثبات، دشواری‌های خاص خود را دارد. بنابراین، به نظر می‌رسد که اگر در خصوص حداکثر مهریه، استطاعت شوهر در زمان نکاح در نظر گرفته شود، بیشتر با وضعیت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور سازگار بوده و از قابلیت تطبیق بیشتری برخوردار است.

در مورد مقدار مهریه، افزون بر آنچه گفته شد، براساس بند ۱ ماده ۱۱۳ قانون احوال شخصیه، هرگاه صلاحیت تعیین مهر به زوجه واگذار شده باشد، وی نمی‌تواند بدون رضایت زوج، بیشتر از مهرالسنه تعیین نماید. مشهور فقهای امامیه نیز دیدگاه قانون احوال شخصیه را پذیرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۸۱)؛ اما برخی دیگر معتقدند که در این فرض، زوجه نمی‌تواند بیشتر از «مهرالمثل» تعیین نماید (حلی، ۱۴۰۴، ج ۳؛ ص ۲۲۱).

در خصوص مهرالمثل در قانون مدنی مقدار خاصی تعیین نشده و ملاک، مهر امثال و اقران زوجه دانسته شده است؛ اما در قانون احوال شخصیه، میزان مهرالمثل فقط در یک مورد محدود شده است. براساس بند ۵ ماده ۱۱۱ این قانون، هرگاه عقد نکاح به سبب وجود موانع آن بعد از آمیزش باطل شود، زوجه مستحق مهرالمثل می‌شود؛ اما این مهرالمثل نباید بیشتر از مهرالسنه (پنجصد درهم) باشد. بند ۵ این ماده چنین می‌نویسد: «(۵) هرگاه عقد نکاح به سبب وجود موانع آن، قبل از دخول باطل شود، در صورت عدم تعیین مهر، زوجه مستحق چیزی نمی‌شود؛ ولی بعد از دخول مستحق مهرالمثل می‌باشد؛ مشروط بر اینکه از پنجصد درهم (مهرالسنه) بیشتر نباشد؛ ولی اگر زوجه علم به حرمت داشته باشد، در این صورت مستحق مهر نیست».

در خصوص مقدار و میزان مهرالمتعه، در قانون احوال شخصیه سقف مشخصی تعیین نشده و ملاک توان اقتصادی شوهر دانسته شده است. اما براساس قانون مدنی، مهرالمتعه نباید بیشتر از نصف مهرالمثل باشد (ماده ۱۰۷). براساس فقه حنفی نیز شوهر به بیشتر از نصف مهرالمثل مکلف به پرداخت نیست (زحیلی، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۳۲۰؛ الجزیری، ۲۰۰۳، ج ۴، ص ۳۲۰).

براساس مطالب پیش‌گفته، قانون احوال شخصیه در بند ۴ ماده ۱۰۴ برای جلوگیری از مهریه‌های سنگین، مهری را باطل دانسته است که مرد توان بالقوه پرداخت آن را نداشته باشد. بر مبنای این ماده، حداکثر سقف مهریه، توان پرداخت بالقوه مرد تعیین شده است. این سیاست قانون‌گذار از حیث اینکه برای تعیین سقف مهر، یک معیار «شخصی» را پیش‌بینی کرده است، از اهمیت قابل توجهی برخوردار است؛ زیرا اگر معیار نوعی مانند مبلغ معینی از پول تعیین می‌کرد،

مشکلاتی زیادی را به دنبال داشت؛ زیرا وضعیت درآمد و میزان توان مالی افراد در جامعه معمولاً یکسان نیست. ممکن است برای یک شخص پرداخت سی میلیون افغانی خیلی هم ناچیز باشد؛ اما برای شخص دیگر، صد هزار افغانی نیز قابل پرداخت نباشد. از این رو معیار شخصی بیشتر سازگار با اصل عدالت و انصاف است و معیار نوعی در این خصوص عادلانه به نظر نمی‌رسد.

د) شرایط مهریه

بر اساس مطالب پیش گفته، زن و شوهر می‌توانند در خصوص مقدار و موضوع مهر با هم توافق کنند. این توافق که در واقع، جنبه مالی دارد، هر چند جدا از نکاح، اما تابع آن است. قراردادی که زن و شوهر در مورد مهر منعقد می‌کنند، یک قرارداد تبعی و تابع قواعد عمومی قراردادهاست. بنابراین، چیزی که به عنوان مهر تعیین می‌شود باید دارای شرایط عمومی مورد معامله باشد که در ذیل هر یک از این موارد به صورت مختصر بیان می‌شود:

۱. **دارای ارزش اقتصادی باشد:** یعنی مورد مهر چیزی باشد که بتواند عوض در یک قرارداد معوض قرار گیرد. به دیگر سخن، در جامعه خریدار داشته باشد و از نگاه عرفی برای به دست آوردن آن باید هزینه کرد. شیئی که موضوع مهر قرار می‌گیرد، می‌تواند عین معین باشد؛ مانند یک قطعه زمین یا یک باب خانه. می‌تواند منفعت باشد، مانند منفعت دوساله یک باب خانه مسکونی. همچنین می‌تواند کار معین باشد؛ مانند آموزش یک صنعت یا آموزش قرآن و یک زبان خارجی. قانون احوال شخصیه در فرع ۱ بند ۱ ماده ۱۰۵ چنین می‌نویسد: «شیئی می‌تواند مهر قرار گیرد که شرایط ذیل را دارا باشد: ارزش اقتصادی داشته باشد؛ اعم از عین، منفعت، عمل، حق مالی مثل حق ارتفاق یا اسقاط حق مثل تعهد به نساختن بلند منزل».

۲. **قابل تملک به وسیله زوجه باشد:** بنابراین، اموال و مشترکات عمومی مانند جاده‌ها و موقوفات و همچنین شراب و مواد مخدر را نمی‌توان مهر قرار داد؛ زیرا قابل تملک به وسیله زوجه نیست. قانون مدنی در ماده ۱۰۰ می‌نویسد: «مال قابل تملک، مهر تعیین شده می‌تواند». همچنین فرع ۲ بند ۱ ماده ۱۰۵ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین می‌نویسد: «قابل تملک باشد. شراب و خنزیر و امثال آن، مهر قرار داده نمی‌شود و اگر کسی آن را مهر قرار دهد، مهر المثل با دخول ثابت می‌شود». بنابراین، هرگاه مهریه عین معین باشد، باید تحت ملکیت شوهر قرار داشته باشد یا شوهر برای مهر قرار دادن آن مجوز داشته باشد.



۳. معلوم و معین باشد: یعنی مهریه مردد بین دو یا چند چیز نباشد. همچنین مقدار، جنس و وصف آن نیز مشخص باشد. فرع ۳ بند ۱ ماده ۱۰۵ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین می نویسد: «معلوم باشد، مگر اینکه تعیین آن به یکی از زوجین یا شخص ثالث واگذار گردد و اگر مهر حاضر باشد، مشاهده آن کفایت می کند؛ ولو اینکه وزن، مقدار و قیمت آن معلوم نباشد».

۴. شوهر قدرت تسلیم مهر به زوجه را داشته باشد: بنابراین، هرگاه شوهر مالی را مهر قرار دهد که قدرت تسلیم آن را ندارد و زوجه نیز قادر به تسلیم آن نباشد (مانند انگشتر یا گردنبندی که در دریا غرق شده و دست یافتن به آن غیرممکن است) نمی توان مهر قرار دارد (فرع ۴ بند ۱ ماده ۱۰۵ ق.ا.ش). البته باید توجه داشت، اگر شوهر قادر به تسلیم نباشد؛ اما زوجه قادر به تسلیم باشد و بتواند خود آن را به دست آورد؛ مانند اینکه زن خودش غواص است و می تواند جواهر غرق شده را از قعر دریا بیرون آورد. در این صورت می توان مال مزبور را مهر قرار داد (صفایی و امامی، ۱۳۹۸، ص ۱۶۰).

در فقه حنفی نیز به عنوان یک ضابطه عام می گویند: «هرآنچه که متقوم، معلوم و مقدورالتسلیم باشد، می تواند مهر قرار گیرد».^۱ بنابراین، هرگاه مهر تعیین شده دارای شرایط فوق باشد، مهر صحیح بوده و شوهر مکلف به پرداخت آن است؛ اما اگر مهر این شرایط نداشته باشد، در این صورت عقد نکاح صحیح، ولی مهر باطل است و زوجه بعد از آمیزش مستحق مهرالمثل می گردد. بند ۲ ماده ۱۰۵ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین می نویسد: «هرگاه شیئی که مهر تعیین شده، فاقد شرایط مندرج فقره (۱) این ماده باشد، در صورت طلاق بعد از دخول، زوجه، مستحق مهرالمثل است».

ه) عوامل استقرار مهریه

زوجه به محض انعقاد عقد نکاح، مالک مهر می شود؛ اما با این توضیح که مالکیت نسبت به نصف آن ثابت و مستقر و نسبت به نصف دیگر آن متزلزل است که در صورت های ذیل نصف دیگر آن نیز استقرار می یابد:

۱. و بناء وضع الفقهاء ضوابط لما یصلح أن یكون مهراً و ما لا یصلح: فقال الحنفیه: المهر: هو كل مال متقوم معلوم مقدور علی تسلیمه (الزحیلی، ۲۵۹ و ۲۶۰).



۱. آمیزش

یکی از عواملی که موجب استقرار تمام مهر برعهده‌ی زوج می‌شود، انجام عمل جنسی است. قانون مدنی در ماده ۹۸ در این خصوص چنین می‌نویسد: «کل مهر با وطی، خلوت صحیحه یا وفات یکی از زوجین گرچه قبل از دخول یا خلوت صحیحه صورت گرفته باشد، لازم می‌گردد». قانون احوال شخصیه در بند ۱ ماده ۱۱۰ چنین است: «هرگاه عقد نکاح به هر سبب بعد از دخول فسخ شود، زوجه مستحق کل مهرالمسمی می‌گردد». این قانون در بند ۱ ماده ۱۰۷ نیز چنین می‌نویسد: «با تعیین مهر در ضمن عقد نکاح و تمکین زوجه، مهرالمسمی بر ذمه‌ی زوج لازم می‌گردد و هرگاه قبل از دخول، زوجه طلاق داده شود، مستحق نصف مهرالمسمی می‌باشد». بنابراین، اگر مهر در هنگام عقد نکاح تعیین شده باشد، پس از آمیزش جنسی، کل مهرالمسمی به عهده‌ی زوج ثابت می‌شود؛ اما اگر در زمان عقد تعیین نشده باشد (ماده ۹۹ ق.م و بند ۱ ماده ۱۱۱ ق.ا.ش) یا تعیین شده ولی شرایط صحت آن را ندارد، مهرالمثل لازم می‌شود (بند ۲ ماده ۱۰۵ ق.ا.ش).

۲. خلوت صحیحه (آمیزش حکمی)

آمیزش حکمی عبارت است از اجتماع زن و شوهر بعد از عقد نکاح در یک مکان، به نحوی که مانعی اعم از حسی، شرعی و طبیعی^۱ برای آمیزش آنها وجود نداشته باشد (بدران، بی تا، ج ۱، ص ۲۰۱). با توجه به قانون مدنی و فقه حنفی، افزون بر رابطه جنسی، آمیزش حکمی نیز موجب می‌شود تا زوجه مالک کل مهرالمسمی شود. اگر مهرالمسمی وجود نداشته باشد، مالک کل مهرالمثل می‌شود. قانون مدنی در ماده ۹۸ چنین می‌نویسد: «کل مهر با وطی، خلوت صحیحه یا وفات یکی از زوجین گرچه قبل از دخول یا خلوت صحیحه صورت گرفته باشد، لازم می‌گردد». ماده ۹۱ همین قانون نیز چنین است: «در مورد لزوم کل مهر، خلوت صحیحه، حکم دخول را در نکاح صحیح دارد، گرچه زوج عین باشد. همچنان در مورد اثبات نسب، نفقه، حرمت نکاح خواهر زوجه، حکم خلوت صحیحه، عیناً حکم دخول در

۱. مانع طبیعی مانند حضور شخص ثالث که مانع خلوت آنها شود. مانع شرعی مثل اینکه یکی از زوجین یا هر دو روزه‌دار یا محرم باشند. مانع حسی، مانند مریضی یا غیر بالغ بودن زوجه و نداشتن تحمل آمیزش جنسی. همچنین مانند خردسال بودن زوج به نحوی که افراد مثل او قابلیت مقاربت با زنان را نداشته باشد (حسینی ادیبانی، ۱۳۹۵، ص ۷۹).

نکاح صحیح را دارا می باشد». براساس دیدگاه اکثر فقهای امامیه و به تبع آن قانون احوال شخصیه، خلوت موجب استحقاق مهر نمی شود (بحرانی^۱، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۵۰۵؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۲۲۶؛ حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۹۸).

هرچند اکثر فقهای امامیه خلوت را موجب استحقاق نمی دانند، اما به نظر می رسد که نمی توان نسبت به خلوت زوجین بی اعتنا بود؛ زیرا در جامعه امروزی که مردان آگاهی بیشتری در مورد رابطه زناشویی دارند، ممکن است غیر از نزدیکی، انواع التذاذ و استمتاع را از زوجه ببرند و سپس وی را طلاق داده و به بهانه عدم وقوع آمیزش، از پرداخت نصف مهر خودداری نمایند. بنابراین، اگر محیط خلوتی برای زوجین فراهم بوده، هرچند آمیزش نیز صورت نگرفته باشد، برای استحقاق مهر نباید آن را نادیده گرفت.

۳. فوت یکی از زوجین

با توجه به ماده ۹۸ قانون مدنی و دیدگاه فقهای مذاهب اربعه اهل سنت (ابن طاهره، ۲۰۰۵، ج ۳، ص ۲۸۲؛ ابن قدامه، ۱۴۲۵، ج ۳، ص ۶۸؛ زحیلی، ۱۴۰۴، ج ۷، ص ۲۸۹) با مرگ هر یک از زوجین، زوجه مالک تمام مهر می شود؛ حتی اگر مرگ قبل از آمیزش یا خلوت صحیح صورت گرفته باشد. اما براساس قانون احوال شخصیه، اگر مهرالمسمی تعیین شده باشد، زوجه مستحق نصف مهرالمسمی می شود؛ ولی اگر در هنگام عقد مهر تعیین نشده باشد، زوجه مستحق چیزی نخواهد بود (بند ۴ ماده ۱۱۰). در بین فقهای امامیه درخصوص اینکه آیا مرگ هر یک از زوجین قبل از آمیزش جنسی موجب استقرار تمام مهرالمسمی به نفع زوجه می شود یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقها معتقدند که تمامی مهرالمسمی به نفع زوجه مستقر می شود (عاملی، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۶۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۵۴۶).^۳ اما برخی دیگر گفته اند که زوجه مستحق نصف مهر می شود (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۰).

۱. «لا خلاف بين الأصحاب في أن الوطى الموجب للغسل موجب لاستقرار ملك جميع المهر المسمى في العقد، و إنما الخلاف في أنه هل يقوم غيره من مقدمات الوطى - كالخلوة ونحوها مما يأتي ذكره - مقامه أم لا؟ الأشهر الأظهر الثاني»

۲. «و انما يتقرر كمال المهر بالوطى أو موت احد الزوجين لا بالخلوة على الأقوى».

۳. «و قال ابن إدريس: متى مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر جميع المهر كاملاً، لأن الموت عند محصلي أصحابنا يجري مجرى الدخول في استقرار المهر جميعه، و هو اختيار شيخنا المفيد في أحكام النساء، و هو الصحيح».

۴. «لومات أحد الزوجين قبل الدخول فالأقوى تنصيف المهر كالطلاق خصوصاً في موت المرأة».

هـ) ضمانت اجرای مهریه

مقصود از ضمانت اجرای مهریه، ابزارهای قانونی برای وادار کردن شوهر به پرداخت مهریه است. برای مهریه ضمانت اجراهای ذیل در قانون پیش بینی شده است.

۱. استفاده از حق حبس

حق حبس در اصطلاح دانش حقوق، عبارت از اختیاری است که به موجب آن هر یک از طرفین قرارداد حق پیدا می کنند که اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد دیگری نمایند؛ یعنی در مواردی که تعهد طرفینی است، یکی از طرفین می تواند از اجرای تعهد خود امتناع کند تا طرف دیگر به تعهد خود عمل نماید (شفق، ۱۴۰۳، ص ۱۲۹). در واقع، حق حبس یک نوع ضمانت اجرا برای دستیابی به حق است.

یکی از موارد حق حبس، حق حبس زوجه است که بر مبنای آن وی می تواند تا زمانی که مهریه خود را از شوهر دریافت نکرده، از تمکین امتناع کند تا از این طریق شوهر را به پرداخت مهریه وادار نماید. بند ۲ ماده ۱۰۶ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین می نویسد: «زوجه می تواند الی تأدیة کامل مهر، ولو زوج مُعسر باشد، از تمکین امتناع نماید...».

۱-۱. شرایط حق حبس زوجه

استفاده از حق حبس دارای شرایطی است که در ذیل به صورت مختصر تبیین می شود.

۱-۱-۱. حال بودن مهریه

یکی از شرایط استفاده از حق حبس این است که مهر حال باشد. بنابراین، هرگاه مهر مؤجل باشد، زوجه حق امتناع از تمکین را نخواهد داشت؛ زیرا طرفین عقد توافق کرده اند که تمکین متوقف بر پرداخت مهر نباشد. در واقع، رضایت دادن (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۳) به مهریه مؤجل، بیانگر این است که زوجه از حق حبسش گذشته است. به دیگر سخن، زوجه با قبول أجل حق مطالبه مهریه قبل از فرارسیدن مدت را ساقط نموده است و از آنجایی که حق حبس متوقف بر وجود حق مطالبه می باشد، با فقدان حق مطالبه، حق حبس نیز ساقط می شود (محقق داماد، ۱۳۹۷).

افزون بر این، حق استمتاع شوهر به محض انعقاد عقد بر زوجه محقق شده است و تمکین زوجه پیش از فرارسیدن أجل و وجوب پیدا کرده و این وجوب در مورد شک استصحاب می شود (گرجی، ۱۳۹). قانون احوال شخصیه در بند ۲ ماده ۱۰۶ در این خصوص چنین است:



«زوجه می‌تواند الی تأدیة کامل مهر، ولو زوج مُعسر باشد، از تمکین امتناع نماید، مشروط بر اینکه قبل از مطالبه مهر با اختیار، تمکین نکرده و مهر او نیز مؤجل نباشد...»^۱.

۲-۱-۱. عدم تمکین اختیاری

زوجه در صورتی می‌تواند از حق حبس استفاده نماید که قبل از دریافت مهر، به اراده خود تمکین نکرده باشد. بند ۲ ماده ۱۰۶ قانون احوال شخصیه در این خصوص چنین است: «زوجه می‌تواند الی تأدیة کامل مهر، ولو زوج مُعسر باشد، از تمکین امتناع نماید، مشروط بر اینکه قبل از مطالبه مهر با اختیار، تمکین نکرده و مهر او نیز مؤجل نباشد...». با توجه به این ماده، هرگاه زوجه قبل از دریافت و مطالبه مهر با اختیار و اراده خود تمکین کرده باشد، حق حبس آن ساقط می‌شود. بنابراین، تمکین از روی اجبار و اکراه، مسقط حق حبس نخواهد بود. نظر بیشتر فقهای امامیه نیز همسو با این دیدگاه است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۳۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۳۹۳؛ حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۹۱).

جمهور فقهای عامه نیز قائل به سقوط حق حبس اند؛ اما ابوحنیفه معتقد است که زوجه حتی بعد از تمکین نیز حق حبس دارد (الزحیلی، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۸۳؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۱۳۹۴). البته محمد و ابویوسف از شاگردان ابوحنیفه، با وی مخالفت کرده و معتقدند که زوجه نمی‌تواند در چنین فرضی از تمکین امتناع نماید؛ زیرا زوجه با یکبار آمیزش و خلوت صحیحه با رضایت خود جمیع معقودعلیه را تسلیم کرده و برای این کار اهلیت نیز داشته است؛ بنابراین، حق حبس او ساقط می‌شود (کاشانی، ۲۰۰۳، ج ۴، ص ۲۸۸).

با اینکه اکثر فقهای امامیه تمکین اختیاری را مسقط حق حبس می‌دانند، اما در خصوص اینکه چه نوع تمکینی حق حبس را ساقط می‌کند، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی معتقدند که فقط تمکین خاص است که موجب سقوط حق حبس می‌شود و به همین سبب است که در خصوص تمکین مسقط حق حبس از تعابیر مانند «دخول» یا «وطی» استفاده کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۶۹؛ سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ص ۲۸۷؛ نجفی، بی‌تا، ص ۳۱ و ۴۱؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۳۹۳). براساس این دیدگاه، با اثبات دوشیزگی زوجه، حق حبس

۱. برای معلومات بیشتر، نقد و پیشنهاد تعدیل این ماده، به مقاله ذیل مراجعه نمایید: شفق، عبدالخالق، «بررسی تحلیلی- انتقادی اثر اعسار زوج بر حق امتناع زوجه از تمکین در قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان»، پژوهش‌نامه اسلامی زنان و خانواده، شماره ۳۴، بهار ۱۴۰۳، ۱۲۵-۱۴۵.



وی نیز ثابت خواهد بود؛ حتی اگر به منزل شوهر رفته و سایر وظایف همسری و زناشویی را انجام هم داده باشد؛ اما برخی دیگری از فقها تمکین عام را نیز مسقط حق حبس زوجه دانسته‌اند (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۵۱).

در قانون احوال شخصیه در این خصوص صراحت قانونی وجود ندارد؛ اما از اطلاق واژه «تمکین» که در بند ۲ ماده ۱۰۶ این قانون به کار رفته است، می‌توان چنین استنباط نمود که افزون بر تمکین خاص، تمکین عام نیز موجب سقوط حق حبس زوجه می‌شود.

۳-۱-۱. تعیین مهریه در زمان عقد

یکی دیگر از شرایط حق حبس این است که مهر در زمان عقد نکاح تعیین شده باشد. بنابراین، اگر نکاح بدون مهر منعقد شده باشد، زوجه حق حبس نخواهد داشت؛ زیرا زنی که بدون تعیین مهر تن به عقد نکاح داده باشد، بدین معناست که بدون دریافت مهر به ایفای وظایف زناشویی رضایت داده است.

۲. مراجعه به محکمه

هرگاه شوهر مهریه را پرداخت نکند، زوجه می‌تواند به محکمه مراجعه نموده و از این طریق مهریه را به دست آورد. در صورتی که شوهر توان پرداخت کل مهریه را داشته باشد، محکمه وی را مکلف به پرداخت می‌کند، در صورت عدم توانایی پرداخت به صورت مجموعی، وی را مکلف به پرداخت به صورت اقساط در مدت‌های معین خواهد نمود.

نتیجه

از بررسی‌های انجام‌شده نتایج ذیل به دست آمد:

در خصوص مقدار مهرالمسمی، از نظر حداقل باید به میزانی باشد که مالیت (ارزش اقتصادی) داشته باشد. فقهای حنفی حداقل مهر را ده درهم یا معادل آن می‌دانند. از حیث حداکثر مهرالمسمی، از نظر قانون مدنی محدودیتی وجود ندارد و تابع توافق زن و شوهر است؛ اما از نظر قانون احوال شخصیه، باید به اندازه‌ی باشد که شوهر بالقوه قدرت پرداخت آن را داشته باشد. مطابق این قانون، مهری که مرد توان بالقوه پرداخت آن را نداشته باشد، باطل است.

در مورد مهرالمثل در قوانین مقدار خاصی تعیین نشده و ملاک، مهر امثال و اقربان زوجه دانسته شده است. در خصوص مقدار و میزان مهرالمتعه، در قانون احوال شخصیه سقف مشخصی تعیین نشده و ملاک توان اقتصادی شوهر دانسته شده است؛ اما براساس قانون

مدنی، مهرالتمعه نباید بیشتر از نصف مهرالمثل باشد. براساس فقه حنفی نیز شوهر به بیشتر از نصف مهرالمثل مکلف به پرداخت نیست.

در خصوص شرایط مهریه، چیزی را می‌توان به عنوان مهریه قرار داد که دارای ارزش اقتصادی، قابل تملک به وسیلهٔ زوجه، معلوم و معین بوده و شوهر قدرت تسلیم آن را به زوجه داشته باشد. عوامل استقرار مهریه عبارت‌اند از: آمیزش و خلوت صحیحه (آمیزش حکمی). با توجه به قانون مدنی و فقه حنفی، افزون بر رابطهٔ جنسی، آمیزش حکمی نیز موجب می‌شود تا زن مالک کل مهرالمسمی شود. براساس دیدگاه اکثر فقهای امامیه و به تبع آن قانون احوال شخصیه، خلوت موجب استحقاق مهر نمی‌شود.

فوت یکی از زوجین یکی دیگر از عوامل استقرار مهریه است. از نظر قانون مدنی و دیدگاه فقهای مذاهب اربعه اهل سنت، با مرگ هر یکی از زوجین، زوجه مالک تمام مهر می‌شود؛ حتی اگر مرگ قبل از آمیزش یا خلوت صحیحه صورت گرفته باشد؛ اما براساس قانون احوال شخصیه، اگر مهرالمسمی تعیین شده باشد، زوجه مستحق نصف مهرالمسمی می‌شود؛ ولی اگر در هنگام عقد مهر تعیین نشده باشد زوجه مستحق چیزی نخواهد بود. در بین فقهای امامیه در خصوص اینکه آیا مرگ هر یک از زوجین قبل از آمیزش جنسی موجب استقرار تمام مهرالمسمی به نفع زوجه می‌شود یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقها معتقدند که تمامی مهرالمسمی به نفع زوجه مستقر می‌شود؛ اما برخی دیگر گفته‌اند که زوجه مستحق نصف مهر می‌شود. برای دستیابی زوجه به مهریه دو ضمانت اجرا در قوانین پیش‌بینی شده است که عبارت‌اند از: حق حبس و مراجعه به محکمه.

منابع

الف) كتابها

۱. ابن طاهره، حبيب، (۲۰۰۵) الفقه المالکی وادلته، ج ۳، بيروت، مؤسسه المعارف، چاپ سوم.
۲. ابن قدامه، عبدالله بين احمد المقدسی، (۱۴۲۵) الکافی فی فقه الامام احمد بن حنبل، ج ۳، بيروت، دارالفکر.
۳. ابوزهره، محمد، (۱۹۷۵) الأحوال الشخصيه، بی جا، دارالفکر العربيه، چاپ سوم.
۴. انصاری، مسعود، طاهری، محمدعلی، (۱۳۸۴) دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، تهران، محراب فکر، چاپ اول.
۵. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵) الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۶. بدران، ابوالعینین بدران، (بی تا) الفقه المقارن للأحوال الشخصيه بين المذاهب الأربعة السنيه و المذهب الجعفری و القانون، ج ۱، بيروت، دارالنهضة العربيه.
۷. الجزیری، عبدالرحمن، (۲۰۰۳) کتاب الفقه علی المذاهب الأربعة، ج ۴، بيروت، دار الکتب العلميه، چاپ دوم.
۸. جعفری، عبدالله، جويا، محمدعلی، (۱۳۹۹). شرح قانون احوال شخصيه اهل تشیع، ج ۳، کابل، بنیاد انديشه، چاپ اول.
۹. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، (۱۴۱۸) ریاض المسائل، ج ۱۱، قم، چاپ اول.
۱۰. حسینی ادیانی، سید ابوالحسن، (۱۳۹۵) فقه مقارن (۲): ازدواج و طلاق، تهران، دانشگاه الزهراء، چاپ اول.
۱۱. حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰) السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۱۲. حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷) ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۳، قم، بی نا، چاپ اول.
۱۳. حلّی، مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۳، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۴. خمینی، سید روح الله موسوی، (بی تا) تحرير الوسيلة، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول.
۱۵. الزحیلی، وهبه، (۱۴۰۵) الفقه الاسلامی وادلته، ج ۷، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم.
۱۶. سید مرتضی، علی بن حسین موسوی، (۱۴۱۵) الانتصار فی انفرادات الإمامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.



۱۷. الصاغر جی، اسعد محمد سعید، (۱۹۹۹) الفقه الحنفی و ادلته، ج ۱، دمشق، مکتبه الغزالی، چاپ اول.
۱۸. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۵) المقنع، قم، مؤسسه امام هادی (ع)، ۱۴۱۵، چاپ اول.
۱۹. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۸)، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، چاپ ۵۱.
۲۰. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷) المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۴، تهران، المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
۲۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، (۱۴۰۷). الخلاف، ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم.
۲۲. عاملی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰) الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیه، ج ۵، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ اول.
۲۳. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳) مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۸، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول.
۲۴. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (بی تا) جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۳، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳) قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۲۶. عمید، حسن، (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی عمید (جیبی)، تهران، راه رشد، چاپ اول.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴) دوره حقوق مدنی: خانواده، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم.
۲۸. کاشانی، ابن ابی بکر مسعود، (۲۰۰۳) بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ج ۲، بی جا، دارالکتب العلمیه، چاپ دوم.
۲۹. گرجی، ابوالقاسم و همکاران، (۱۳۹۷) بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، چاپ چهارم.
۳۰. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸) شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۳۱. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۷) بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نوزدهم.
۳۲. محقق کرکی، علی بن حسین، (۱۴۱۴) جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۶، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
۳۳. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، (۱۳۸۷) رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه های خانواده، ج ۳، تهران، جنگل، چاپ اول.

۳۴. نجفی، محمدحسن، (بی‌تا) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.

۳۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۸۹) فرهنگ فقه مطابق فرهنگ اهل بیت علیهم السلام، ج ۴، قم، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول.

۳۶. یزدی، امید، (۱۳۹۴) دانش‌نامه حقوق خانواده، تهران، کتاب آوا، چاپ اول.

ب) مقالات

۱. شفق، عبدالخالق، (۱۴۰۳) «بررسی تحلیلی - انتقادی اثر اعسار زوج بر حق امتناع زوجه از تمکین

در قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان»، پژوهش‌نامه اسلامی زنان و خانواده، شماره ۳۴، بهار.

۲. شهیدی، مهدی، (۱۳۶۸) «قدرت بر تسلیم موضوع معامله»، کانون وکلا، شماره ۴۸ - ۴۹.



بررسی شرط اسقاط حق طلاق از شوهر در ضمن عقد نکاح از منظر فقهای حنفی

رخسار رووفی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۹/۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۱۵

چکیده

ازدواج یکی از سنت‌های الهی و بنیادی‌ترین نهادهای اجتماعی در اسلام به شمار می‌رود که شریعت اسلامی به منظور تحکیم آن، احکام و ضوابط مشخصی را مقرر داشته است. یکی از مباحث مهم در عقد نکاح، امکان درج شروط ضمن عقد است؛ شرطی که می‌تواند در راستای حمایت از حقوق طرفین عمل کنند، به شرط آنکه با اصول و ماهیت عقد در تعارض نباشند. یکی از مباحث رایج در جوامع معاصر، شرط اسقاط حق طلاق از شوهر به درخواست زوجه در ضمن عقد نکاح است. مسئله اصلی این پژوهش، بررسی مشروعیت این شرط از منظر فقه حنفی است. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و براساس منابع مکتوب فقهی انجام شده است. اهمیت تحقیق نیز مشروعیت و عدم مشروعیت اسقاط حق طلاق شوهر در ضمن عقد است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که از منظر فقه احناف، شرط اسقاط حق طلاق از شوهر، شرطی فاسد محسوب می‌شود؛ زیرا طلاق، حقی شرعی است که شارع مقدس به مرد واگذار کرده است و هیچ شرطی نمی‌تواند آن را پیشاپیش از او سلب نماید. افزون بر تعارض چنین شرطی با نصوص شرعی، به دلیل مخالفت این شرط با مقتضای عقد نیز فاسد تلقی می‌شود. از دیدگاه احناف، وجود این شرط اگرچه فاسد و فاقد اعتبار است، اما به اعتبار عقد نکاح لطمه‌ای وارد نمی‌کند و تنها خود شرط، بی‌اثر و غیرالزام‌آور تلقی می‌شود.

واژگان کلیدی: عقد نکاح، شروط ضمن عقد، اسقاط طلاق، شرط فاسد، فقه احناف.

ازدواج در شریعت اسلامی از جایگاه والایی برخوردار است و به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای اجتماعی، دارای قواعد و احکام ویژه‌ای است که هدف آن تحکیم بنیان خانواده و تنظیم روابط زناشویی می‌باشد. در این چهارچوب، درج شروط ضمن عقد نکاح یکی از ابزارهایی است که شریعت برای تضمین منافع مشروع طرفین و پیشگیری از اختلافات آینده پیش‌بینی کرده است؛ مشروط بر آنکه این شروط با ماهیت عقد و اصول شرعی تعارض نداشته باشند.

یکی از چالش‌برانگیزترین مباحث در این حوزه، شرط اسقاط حق طلاق از شوهر است؛ موضوعی که به دلیل ارتباط آن با نصوص شرعی و ماهیت عقد نکاح، همواره مورد توجه فقها و اندیشمندان قرار گرفته است. این مسئله از جنبه‌های فقهی و حقوقی، پرسش‌های متعددی را برانگیخته و بحث‌های گسترده‌ای پیرامون مشروعیت و آثار آن شکل گرفته است.

برخی از آثار موجود مانند الشروط المقترنة بعقد الزواج فی الفقه الإسلامی نوشته سامی أبو عرجة، الشروط فی النکاح فی الشریعة والدراسات الإسلامیة اثر شاکر جمعة بکری، الضوابط الشرعیة والتنظیم القانوني والإداري للشروط المقترنة بعقد الزواج اثر هایل عبدالحفیظ داوود و ماجد أبو عزام، و شروط ضمن عقد ازدواج در فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان نوشته جلیل احمد خلیلی، گرچه به‌طورکلی به موضوع شروط ضمن عقد پرداخته‌اند، اما مستقیماً و به‌طورمستقل، شرط اسقاط حق طلاق از شوهر ضمن عقد نکاح از منظر فقهای حنفی را بررسی نکرده‌اند. با بررسی‌های مقدماتی انجام‌شده، به‌نظر می‌رسد که تاکنون پژوهش مستقلی به بررسی تفصیلی «شرط اسقاط حق طلاق از شوهر ضمن عقد نکاح از منظر فقهای حنفی» نپرداخته است. از این‌رو، تحقیق حاضر از حیث نوآوری در پرداخت تخصصی به موضوع، می‌تواند گامی مؤثر در تبیین دیدگاه‌های فقه حنفی تلقی شود. ضرورت تحقیق حاضر از آنجاست که شناخت دقیق مبانی فقهی شروط ضمن عقد، به‌ویژه در موضوعاتی مانند طلاق، می‌تواند ضمن حفظ ساختار حقوقی عقد نکاح در شریعت، زمینه‌ساز کاهش تعارضات و سوءتفاهم‌های حقوقی در زندگی مشترک باشد. هدف از این پژوهش، تحلیل و تبیین مبانی فقهی دیدگاه‌های احناف در خصوص انواع شروط ضمن عقد و به‌ویژه شرط اسقاط حق طلاق از شوهر است تا از رهگذر آن، درک بهتری از جایگاه حقوقی این شرط و آثار مترتب بر آن فراهم آید. در این راستا، ابتدا مفاهیم مقدماتی همچون شرط، طلاق و شروط ضمن عقد نکاح تبیین می‌شود؛ سپس با استناد به منابع فقهی

معتبر در مذهب حنفی، انواع شروط ضمن عقد و به‌ویژه شرط اسقاط حق طلاق از شوهر بررسی و تحلیل فقهی آن ارائه می‌شود.

۱. مفهوم شناسی

در این تحقیق، اصطلاحات «طلاق»، «شرط» و «شرط ضمن عقد نکاح» نیاز به تبیین مفهومی دارند. بحث مفهوم‌شناسی با بیان اجمالی این اصطلاحات ادامه می‌یابد.

۱-۱. **طلاق:** طلاق، به معنای رها کردن و وانهان است و اصل آن، گشودن و آزاد کردن می‌باشد که در مقابل نگه‌داشتن (امساک) قرار دارد (ابن منظور، ۱۳۷۴، ص ۵۹). طلاق در اصطلاح نزد فقهای حنفی به این گونه تعریف شده است: حکم شرعی‌ای که قید ازدواج را با الفاظ مخصوصی برمی‌دارد^۱ (مرغینانی، ۱۴۳۲، ص ۱۵۰). همچنین، فقهای حنفی تعریفی جامع‌تر از طلاق دارند که آن را چنین بیان کرده‌اند: طلاق عبارت است از برداشتن قید نکاح در حال یا در آینده با لفظی خاص^۲ (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ص ۲۲۶). منظور از عبارت «برداشتن قید نکاح»، پایان دادن به رابطه زناشویی میان زن و مرد است. عبارت «در حال» به طلاق بائن اشاره دارد؛ خواه بائن صغری باشد یا بائن کبری. عبارت «در آینده» به طلاق رجعی اشاره دارد که پس از پایان عده زن مطلقه و عدم رجوع شوهر سابقش به او، به‌طور خودکار بائن می‌شود و منظور از «با لفظی خاص»، الفاظ معتبر طلاق است، چه این الفاظ صریح باشد یا کنایه‌ای (القراله، ۲۰۱۲، ص ۱۵).

۱-۲. **شرط:** شرط واژه‌ای مفرد است که جمع آن «شروط» یا «شرایط» می‌شود و به معنای الزام کردن چیزی و تعهد به آن است (ابن منظور، ۱۳۷۴، ص ۲۲۳۵). در اصطلاح اصولی، شرط به چیزی گفته می‌شود که وجود یک شیء به آن وابسته و متوقف است؛ درحالی‌که خود آن شرط جزئی از حقیقت و ماهیت آن شیء محسوب نمی‌شود. همچنین، از وجود شرط، وجود آن شیء لازم نمی‌آید؛ اما نبودن شرط، منجر به نبودن آن شیء خواهد شد (زیدان، ۱۳۹۶، ص ۷۰).

۱-۳. **شرط ضمن عقد نکاح:** شرط ضمن عقد نکاح، تعهدی اضافی است که یکی از زوجین یا هر دو، هنگام انعقاد عقد ازدواج، به منظور تحقق منفعتی خاص یا تأمین خواسته‌ای

^۱ حکم شرعی یرفع قید النکاح بالفاظ مخصوصة
^۲ رفع قید النکاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص



شخصی به عقد می‌افزایند. این شرط ارتباط مستقیمی با صحت یا ذات عقد ندارد و عقد بدون وجود آن نیز صحیح و معتبر است؛ اما طرفین به اختیار خود آن را در قالب توافقی قراردادی به عقد می‌افزایند. شروط ضمن عقد ممکن است مطابق با مقتضای عقد، تأکیدکننده آن، یا حتی مخالف با مقتضای عقد باشند و معمولاً به نفع یکی از طرفین یا حتی شخص ثالثی نیز منافع خاصی را به همراه دارند. در فقه اسلامی، این گونه شروط تحت عنوان «شروط جعلی» یا «شروط اقتزانیه» شناخته می‌شوند (الزهرة، ۲۰۲۰م، ص ۹).

۲. انواع شروط ضمن عقد از دید فقهای احناف

فقهای مذهب حنفی، شروط مندرج در ضمن عقد را به سه قسم تقسیم کرده‌اند: شرط صحیح، شرط فاسد و شرط باطل (وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۱۲، ص ۱۱).

۲-۱. شرط صحیح

شرط صحیح آن است که موافق با مقتضای عقد باشد، یا در جهت تأیید آن قرار گیرد، یا آنکه شارع مقدس بر مشروعیت آن تصریح نموده باشد، یا عرف آن را تأیید نماید. چنین شرطی، از منظر فقهی، معتبر و الزام‌آور برای طرفین عقد است (زیعلی، ۱۳۱۳، ص ۱۴۸). این شرط به چهار دسته تقسیم می‌شود:

۲-۱-۱. شروطی که عقد نکاح مقتضای آن است: شروطی اند که همان اثر و حکمی را اثبات می‌کنند که به طور مطلق و بدون ذکر شرط، از خود عقد حاصل می‌شود (ابن الهام، ۱۳۴۲، ص ۲۵۰). یا به تعبیر دیگر، شرط مقتضای عقد، آن است که با حکم شرعی مترتب بر عقد مطلق، موافقت داشته باشد (الماوردي، ۱۴۱۹، ص ۵۰۵). به‌دیگرسخن، مقتضای عقد، اموری است که شارع مقدس به محض تحقق عقد نکاح، بدون نیاز به تصریح یا اشتراط، از حیث حقوق و تکالیف متقابل میان زوجین مقرر داشته است. بنابراین، چنانچه یکی از طرفین عقد، برخی از این حقوق یا وظایف را در ضمن عقد به عنوان شرط ذکر نماید، چنین شرطی منشأ اثر جدیدی نخواهد بود؛ بلکه صرفاً تأکیدی بر حکمی است که به موجب ذات عقد و بنابر حکم شرع، از پیش موجود بوده است. از این رو، فقهای حنفی بر صحت و اعتبار این گونه شروط، اجماع و اتفاق نظر دارند (بکری، ۱۹۸۱م، ص ۳۶).

نمونه‌ای از این گونه شروط، آن دسته از شروطی اند که عقد نکاح بنابر مصالح زوج اقتضا می‌نماید؛ مانند شرط تسلیم زوجه به زوج پس از تحقق عقد، مگر آنکه به جهت عذر شرعی

، از این امر معذور باشد. همچنین، شرط اطاعت زوجه در بهره‌مندی جنسی زوج، مگر در مواردی که مانع شرعی وجود داشته باشد، نیز از همین قسم شروط محسوب می‌شود (البهوتی، ۱۴۲۰، ص ۹۸). از دیگر شروطی که در زمره مقتضیات عقد نکاح و در راستای مصلحت زوج قرار می‌گیرند، می‌توان به مواردی همچون شرط ماندن زوجه در منزل زوج مگر در صورت وجود عذر موجه؛ شرط عدم ورود افراد به منزل زوج بدون اذن او، مگر در حالت معذوریت؛ شرط التزام زوجه به خودداری از وارد آوردن ضرر و زیان به جان، مال و حیثیت زوج (النووی، ۱۴۲۱، ص ۲۰۱)؛ شرط خروج زوجه از شهر خود به سوی محل سکونت زوج تنها در صورت وجود عذر موجه (الماوردی، ۱۴۱۹، ص ۵۸۴)؛ شرط عدم ارتث‌بری زوجه از زوج در صورتی که وی از اهل کتاب باشد، مگر آنکه به دین اسلام گرویده باشد (رملی، ۱۴۴۳، ص ۳۴۵) اشاره نمود. این‌گونه شروط به سبب انطباق با مقتضای عقد و موافقت با حکم شرعی آن، در فقه حنفی صحیح و لازم‌الوفا دانسته شده‌اند.

از سوی دیگر، شروطی نیز وجود دارد که عقد نکاح به منظور حفظ مصلحت زوجه مقتضی آنهاست؛ از جمله شرطی که مقرر می‌دارد زن تا پیش از دریافت کامل مهر معجل، خود را در منزل زوج تسلیم ننماید (خرشی، ۱۴۲۷، ص ۲۵۷)؛ شرطی که مقرر می‌دارد زن تا زمانی که توانایی انجام وظایف زناشویی، مانند موارد بیماری، صغر سنی یا سایر عذرهای معتبر، را ندارد، خود را در اختیار زوج قرار ندهد (الهیتمی، ۱۳۵۷، ص ۳۸۷)؛ شرط رعایت عدالت در تقسیم ایام شبانه‌روز میان همسران، تأمین نفقه، و تهیه مسکن مناسب، به ویژه در صورت تعدد زوجات (الماوردی، ۱۴۱۹، ص ۵۰۵)؛ شرط سکونت دادن زوجه در منزلی مستقل و شرط کفویت، به معنای آنکه زوج از لحاظ اجتماعی و دینی با زوجه هم‌کفو و هم‌رتبه باشد، از دیگر شروطی است که عقد نکاح به منظور حفظ مصلحت زن مطرح می‌نماید (الشاطبی، ۱۴۱۷، ص ۱۹۱).

افزون‌براین، برخی شروط نیز وجود دارد که عقد نکاح به منظور تأمین مصلحت مشترک هر دو طرف اقتضا می‌نماید؛ از جمله شرط رعایت حسن معاشرت از سوی هر دو زوج (الدردیر، ۱۲۸۲، ص ۲۱۲) و شرط ارتث‌بری متقابل در صورتی که هر دو طرف به دین اسلام گرویده باشند (الماوردی، ۱۴۱۹، ص ۵۰۶).

از منظر فقهای احناف، این شروط صحیح و لازم‌الوفا هستند؛ زیرا خود عقد نکاح بر وجوب آنها دلالت دارد. چنان‌که پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) فرمودند: «إن أحق



الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج.» بدین معنا که با ارزش‌ترین شروط، شروطی است که به موجب آنها بهره‌گیری جنسی مشروع و حلال می‌شود (سنن ابی داوود، ۱۹۹۲م، ص ۲۵۰). همچنین، ابن حجر در بیان اهمیت این شروط گفته است: «أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط بابه أضيق». شروط نکاح از مهم‌ترین شروط به شمار می‌آیند؛ زیرا دایره شمول آنها محدودتر و حساس‌تر است (العسقلانی، ۱۴۰۲، ص ۱۲۵).

۲-۱-۲. **شروطی که مقتضای عقد را تأکید می‌کنند:** عبارت‌اند از شروطی که حکمی را که عقد نکاح اقتضا می‌کند، مورد تأکید و تقویت قرار می‌دهند. این شروط الزاماً از لوازم اصلی عقد نیستند، اما با مقتضای عقد سازگاری داشته و موجب تقویت آن می‌شوند. برای نمونه، اگر زوجه یا ولی او شرط نماید که پدر زوج ضامن اجرای احکام مالی ناشی از عقد مانند پرداخت مهریه و نفقه باشد، این شرط هرچند به طور مستقیم از لوازم عقد به شمار نمی‌آید، لیکن تأکیدی بر مسئولیت مالی زوج است و از حیث معنا، مضمون عقد را تقویت می‌کند. از این رو، چنین شرطی صحیح بوده و الزام‌آور است؛ زیرا معنا و حکم آن با مقتضای عقد مطابقت دارد و در حکم شرطی است که از مقتضیات عقد محسوب می‌شود (الکاسانی، ۱۴۰۶، ص ۱۷۱).

۲-۱-۳. **شروطی که شرح اجازه آن را داده است:** عبارت است از شروطی که نه از لوازم ذاتی عقد نکاح به شمار می‌آیند و نه به منزله تأکید بر مقتضای عقد محسوب می‌شوند، لیکن مشروعیت و اعتبار آنها توسط منابع معتبر شرعی نظیر قرآن کریم، سنت نبوی، اجماع فقها یا آثار معتبر فقهی تأیید شده است. به دیگر سخن، این شروط مستقیماً از سوی شارع مقدس اجازه و تصریح یافته‌اند. از جمله نمونه‌های بارز این شروط می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود: شرط واگذاری اختیار طلاق به زوجه، شرط ارث‌بری یکی از زوجین از دیگری، شرط وقوع طلاق در صورت تحقق علت موجه و مشخصی مانند خیانت، ترک انفاق یا سوءرفتار شدید، و نیز شرطی که عقد نکاح براساس آن انجام شود که زوج تنها در روزها نزد زوجه باشد و در شب‌ها حضور نداشته باشد (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ص ۴۴).

۲-۱-۴. **شروطی که براساس عرف رایج شده‌اند:** در مذهب حنفی، عرف به‌عنوان معیاری معتبر برای تصحیح شروطی شناخته می‌شود که در شرایط عادی ممکن است موجب بطلان یا فساد عقد شوند. براساس قاعده فقهی «ما ثبت بالعرف کما ثبت بالنص» (آل بورنو، ۱۴۲۴، ص ۵۳۷)، یعنی آنچه که عرف آن را ثابت بداند، همچون نص شرعی دارای اعتبار است، عرف

قادر است بسیاری از اختلافات و نزاع‌ها را مرتفع کند. باوجوداین، اعتبار عرف منوط به عدم مخالفت آن با احکام شریعت اسلامی است؛ زیرا هرگاه عرف با اصول و قواعد شرعی تعارض پیدا کند، از نظر فقهی باطل محسوب می‌شود. پذیرش عرف در فقه حنفی به دلیل اعتبار توافق عمومی مردم بر درج شروط خاص در قراردادهاست، که این امر موجب شده مذهب حنفی عرف را به‌عنوان ابزاری برای توسعه آزادی طرفین در تعیین شروط تلقی نماید.

برای مثال، چنانچه در عرف جامعه، تعجیل در پرداخت مهریه متداول باشد و زوجه چنین شرطی را مطرح کند، این شرط معتبر بوده و از نظر فقهی قابل استناد خواهد بود (زحیلی، ۱۴۰۵، ص ۲۰۴). کاسانی گفته است: «اگر شرطی نه مقتضای عقد باشد و نه مطابق آن، ولی مردم در عرف بر آن تعامل دارند، آن معامله جایز است؛ مثل اینکه کسی کفشی بخرد و شرط کند فروشنده آن را برایش بدوزد... در قیاس جایز نیست ولی به‌علت عرف پذیرفته شده است» (الکاسانی، ۱۴۰۶، ص ۱۶۸۳).

۲-۲. شرط فاسد

شرط فاسد عبارت است از شرطی که نه از مقتضیات ذاتی عقد نکاح محسوب می‌شود، نه با ماهیت و هدف عقد هماهنگ است، نه مورد تأیید شرع واقع شده و نه از سوی عرف پذیرفته شده است؛ بلکه صرفاً سود یا امتیازی یک‌جانبه برای یکی از طرفین ایجاد می‌نماید، بدون اینکه پایه و مبنای شرعی یا حقوقی داشته باشد. از جمله نمونه‌های شروط فاسد می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: شرط منع خروج زوجه از شهری که در آن ازدواج کرده‌اند، شرط منع زوج از ازدواج مجدد و شرطی که زوج را مکلف کند هرگز همسر دوم خود را طلاق ندهد (زحیلی، ۱۴۰۵، ص ۲۰۶).

اثر شرط فاسد در عقود مالی (معاوضات) در قراردادهایی همچون بیع، اجاره، صلح مالی، مزارعه، مساقات و موارد مشابه، وجود شرط فاسد موجب فساد عقد می‌شود. این حکم براساس حدیث نبوی است که پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) فرمودند: «نهی رسول الله (ص) عن بیع و شرط»، یعنی پیامبر اکرم بیع همراه با شرط را نهی فرموده‌اند. شرط فاسد در این گونه عقود، با اصل تعادل و انصاف در مبادلات مالی تعارض داشته و ممکن است موجب اخلال در اهداف اقتصادی قرارداد شود. اما در عقود غیرمالی مانند هبه، عاریه، ضمان، حواله، رهن، نکاح، طلاق، وکالت و نظایر آن، وجود شرط فاسد موجب بطلان عقد

نمی‌گردد؛ بلکه عقد به قوت خود باقی است و تنها شرط مذکور از اعتبار ساقط می‌شود (زعیلی، ۱۳۱۳، ص ۱۳۱).

علت تفاوت در آثار شروط ناصحیح، به میزان تحقق شائبه ربا در عقد مربوط می‌شود؛ زیرا چنانچه شرطی منافع یک‌جانبه‌ای برای یکی از طرفین ایجاد نماید، این منفعت مشروط بدون عوض به شمار آمده و در حقیقت مصداق ربا محسوب می‌شود. شایان ذکر است که ربا صرفاً در معاملات مالی محقق می‌شود و شامل معاملات غیر مالی یا تبرعات نمی‌شود. ابن نجیم در «البحر الرائق» می‌نویسد: «قاعده آن است که هرگاه عقدی شامل مبادله مال به مال باشد، با وجود شرط فاسد صحیح نیست، زیرا پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) از «بیع و شرط» نهی فرموده‌اند. اما اگر معامله از نوع مبادله مال با غیر مال یا از نوع تبرعی باشد، شرط فاسد باعث بطلان عقد نمی‌شود؛ زیرا شرط فاسد مصداقی از رباست و ربا محدود به معاملات مالی است (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ص ۱۹۴).

۲-۳. شرط باطل

شرط باطل عبارت است از شرطی که نه از شروط صحیح به شمار می‌آید و نه برای هیچ‌یک از طرفین قرارداد و نه برای غیر آنها سود یا منفعتی دارد، بلکه وجود آن مستلزم ضرر و زیان برای یکی از طرف‌های قرارداد می‌باشد (زحیلی، ۱۴۰۵، ص ۲۰۵). برای نمونه، اگر زوج شرط نماید که مهریه‌ای پرداخت نکند یا زوجه را از حق نفقه محروم سازد، یا اینکه ازدواج به این شرط واقع شود که زن اول بر زن دوم در بهره‌مندی از حق هم‌بستری تقدم داشته باشد، چنین شروطی همه با اصل عدالت، مسئولیت‌های مالی و اهداف اساسی ازدواج در تعارض قرار دارند. همچنین، چنانچه زوجه شرط کند که نسبت به شوهر خود اطاعت نکند یا بدون اجازه وی از منزل خارج شود، یا شوهر را مکلف به پرداخت نفقه سایر همسران ننماید و عدالت میان آنان را رعایت نکند، این موارد نیز در شمار شروط باطل قرار می‌گیرند. حتی شرط‌هایی مانند الزام شوهر به تأمین هزینه فرزند زن از ازدواج پیشین، در صورتی که تعهدی خارج از حدود شرعی بر او تحمیل شود، از شروط نامعتبر محسوب می‌شوند (ایمان، ۲۰۱۳م، ص ۱۱).

افزون‌براین، برخی شروط هستند که به‌صورت مستقیم توسط شارع مقدس نهی شده‌اند. از جمله شروط باطل، شرطی است که زن از شوهر بخواهد همسر دیگر او را طلاق دهد تا جای او را بگیرد. این شرط به‌صراحت با سنت پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) در تعارض است؛ چنان‌که از ابوسلمه بن عبدالرحمن از ابوهیره روایت شده است که پیامبر (ص) فرمودند: «لا



یحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها.» یعنی جایز نیست زنی درخواست طلاق همسر دیگر مرد را نماید تا جای او را بگیرد؛ بلکه سهم هر زن در زندگی مشترک به اندازه‌ای است که برای او مقدر شده است (البخاری، ۱۹۹۹، ص ۴۴۵). پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) در خصوص چنین شروطی دستور داده‌اند که نباید به آنها پایبند بود. براساس این، هرگاه نهی شرعی نسبت به شرطی وجود داشته باشد و شارع آن را جایز نداند، وفا به آن شرط از نظر شرعی مکروه خواهد بود؛ چنان‌که در حدیث آمده است: «لا یحل لامرأة تسأل طلاق ضررتها»، یعنی جایز نیست زنی درخواست طلاق همسر دیگر خود را نماید (همان، ص ۴۴۵). این امر از یک سو به خاطر مخالفت با شرع و از سوی دیگر به دلیل حلال شمردن آنچه که حرام شده است، باطل شناخته می‌شود. شیخ الاسلام ابن تیمیه (رحمه‌الله) در این زمینه می‌فرماید: هر کس در وقف، آزادسازی برده، هدیه، خرید و فروش، نکاح، اجاره، نذر یا دیگر معاملات، شروطی قرار دهد که با احکام الهی تعارض داشته باشد؛ به گونه‌ای که امر به چیزی کند که خداوند نهی کرده، یا نهی از چیزی نماید که خداوند آن را واجب دانسته، یا حرام را حلال و بالعکس معرفی کند، چنین شروطی باطل است و در این موضوع اتفاق نظر همه مسلمانان وجود دارد (الاشقر، ۱۴۱۸، ص ۱۸۱). این نظر براساس حدیثی از حضرت عایشه (رضی‌الله‌عنه) است که فرموده‌اند: «کل شرط لیس فی کتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن کان مائة شرط» (همان، ص ۴۴۶)؛ یعنی پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) تأکید فرمودند «هر شرطی که در کتاب خدا نباشد، باطل است، حتی اگر صد شرط باشد». براساس دیدگاه فقه حنفی، شروطی که با مقتضای عقد نکاح یا نصوص شرعی در تعارض باشند، باطل محسوب می‌شوند؛ اما این بطلان شرط تاثیری بر صحت عقد نداشته و عقد به قوت خود باقی است، مگر در مواردی که شارع مقدس به طور صریح بطلان عقد را نیز مقرر کرده باشد؛ مانند نکاح متعه. در غیر این موارد، عقد ازدواج با وجود شرط باطل معتبر بوده و کلیه آثار قانونی و شرعی آن برقرار خواهد بود.

البته باید یادآور شد که میان شرط مخالف مقتضای عقد و شرط مخالف مقتضای ذات عقد تفاوت اساسی وجود دارد. شرط مخالف مقتضای ذات عقد، شرطی است که ماهیت و حقیقت عقد را از بین می‌برد؛ مانند شرط بر عدم ایجاد رابطه زوجیت در عقد نکاح. در این حالت، نه تنها شرط باطل است، بلکه خود عقد نیز به دلیل از بین رفتن ماهیت آن، باطل خواهد بود. در مقابل، شرط مخالف مقتضای عقد، شرطی است که آثار و لوازم عقد را نفی می‌کند،



بدون آنکه به اصل و ذات عقد لطمه بزند؛ مانند شرط بر ندادن نفقه از سوی شوهر. در چنین مواردی، هر چند شرط فاسد محسوب می‌شود، اما عقد همچنان صحیح باقی می‌ماند.

امام کاسانی در این باره می‌گوید: «فاسد نزد ما (حنفیان) نوعی دیگر از عقد است که در کنار عقد جایز و باطل قرار دارد»؛ چنان که در فتح القدر آمده است: «در نکاح بین باطل و فاسد فرقی نیست، برخلاف بیع» (ابن الهام، ۱۳۴۲، ص ۲۴۳). در مجمع الأنهر نیز آمده است: «بین آنها فرقی نیست، چنان که در بیشتر کتاب‌های معتبر نیز چنین آمده است» (داماد، ۲۰۱۲م، ص ۳۲۱) و در کتاب الاشباه والنظائر نیز آمده است: «باطل و فاسد در عبادات مترادف اند، و در نکاح نیز چنین است» (ابن نجیم، ۲۰۰۸م، ص ۳۲۷).

با اینکه در مذهب حنفی، شرط فاسد و شرط باطل از لحاظ مفهومی تفاوت دارند، اما تأثیر آنها بر عقد نکاح تقریباً یکسان است. شرط فاسد به شرطی اطلاق می‌شود که ناظر به منفعت یا مصلحت یکی از زوجین باشد؛ در حالی که شرط باطل شرطی است که موجب ضرر برای یکی یا هر دو طرف شود، یا با مقتضای ذات عقد ازدواج تعارض داشته باشد، یا شارع مقدس آن را نهی کرده باشد. با وجود این، چه شرط فاسد باشد و چه شرط باطل، تنها همان شرط بی‌اثر خواهد شد و عقد نکاح به قوت خود باقی و معتبر خواهد ماند. این امر به دلیل قدسی بودن عقد نکاح است؛ زیرا این عقد از عقود مالی و معاوضه‌ای نیست و جایگاه ویژه‌ای در شریعت اسلام دارد. بنابراین، امکان بطلان عقد نکاح به واسطه شروط باطل یا فاسد بسیار کمتر از عقود مالی است که در آنها فساد شرط می‌تواند منجر به بطلان کل عقد شود. بر اساس این، نظر فقهای حنفی بر این است که هیچ شرطی، هر چند فاسد یا باطل باشد، موجب بطلان عقد نکاح نخواهد شد؛ بلکه بیشتر در خصوص وجوب وفای به شرط بحث می‌نمایند و نه صحت عقد (ایمان، ۲۰۱۳م، ص ۲۲).

۳. دیدگاه فقهای احناف درباره شرط اسقاط حق طلاق از شوهر در ضمن عقد نکاح

از نظر فقهای مذهب احناف، شرط اسقاط حق طلاق در شمار شروط فاسد قرار می‌گیرد (زحیلی، ۱۴۰۵، ص ۲۰۴). با عنایت به جایگاه والای عقد نکاح در فقه احناف، این نوع شروط اگرچه فاسد شناخته می‌شوند و لازم‌الوفای نیستند، لیکن هیچ‌گونه تأثیری بر صحت و اعتبار عقد ندارند. بنابراین، تنها خود شرط فاسد تلقی شده و عقد نکاح همچنان معتبر و نافذ باقی می‌ماند (أبوعرجة، ۲۰۰۸م، ص ۲۹).

۱-۳. استدلال فقهای احناف بر فساد شرط اسقاط حق طلاق از شوهر در ضمن عقد نکاح

فقهای مذهب حنفی، شرط اسقاط حق طلاق از شوهر را به عنوان یکی از شروط فاسد در عقد نکاح معرفی کرده‌اند. برای این دیدگاه، دلایل فقهی متعددی ارائه شده است. مهم‌ترین دلیل آنان، انحصار حق طلاق در مردان است که از آیات صریح قرآن و احادیث پیامبر (ص) برداشت می‌شود. در فقه اسلامی، طلاق به عنوان حقی شناخته می‌شود که شرع مقدس آن را به مرد اختصاص داده است. براساس این، هر شرطی که این حق را از مرد سلب یا آن را محدود کند، مغایر با اصول اولیه شریعت و احکام الهی است و بنابراین فاسد محسوب می‌شود. چنانچه خداوند (ج) در قرآن کریم می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (البقره، آیه ۲۳۱) و هنگامی که زنان را طلاق دادید و به (آخرین روزهای) عده خود رسیدند، یا به طرز پسندیده‌ای آنان را نگه دارید (و با ایشان آشتی کنید) یا آنان را به طرز درست و شایسته‌ای رها کنید (خرمدل، ۱۳۹۳، ص ۴۴۰).

در جای دیگر خداوند متعال می‌فرماید: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...» (البقره، آیه ۲۳۷) اگر زنان را پیش از آنکه با آنان نزدیکی کنید و درحالی که مهریه‌ای برای آنان تعیین کرده‌اید طلاق دهید، در این صورت نصف آنچه را که برای آنان تعیین کرده‌اید بر شما واجب است (خرمدل، ۱۳۹۳، ص ۴۴۲). این آیات به‌طور خاص به مردان خطاب شده و واژه «طلقتموهن» (که به معنای «طلاق دادید» است) نشان می‌دهد که حق طلاق در قرآن مختص شوهران است. بنابراین، هر گونه شرطی که در آن این حق اسقاط شود، نوعی تصرف در ساختار حقوقی شریعت و تشریحات الهی محسوب می‌شود. از دیدگاه فقه اهل سنت، به‌ویژه مذهب حنفی، چنین شروطی از نظر شرعی مشروعیت ندارد و جزء شروط فاسد به شمار می‌آید.

افزون بر آیات قرآنی، فقهای حنفی به حدیثی از پیامبر اکرم (ص) نیز استناد کرده‌اند: «إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» (ابن ماجه، ۱۴۱۸، ص ۶۷۲)، یعنی طلاق تنها برای کسی است که مالک ساق است. عبارت «أَخَذَ بِالسَّاقِ» در ادبیات عرب به معنای کنایه‌ای از مالکیت و سلطه بر همسر در چارچوب عقد نکاح است. در این روایت، پیامبر (ص) به صراحت طلاق را در اختیار شوهر قرار داده است. بنابراین، از دیدگاه حنفیان، هرگونه شرطی که این حق را از شوهر سلب یا آن را مقید کند، مخالف سنت نبوی و در نتیجه غیر معتبر است.





اگرچه قاعده «المؤمنون عند شروطهم» در تأیید شروط ضمن عقد به کار می‌رود، فقهای حنفی با استناد به حدیث پیامبر (ص) به این قاعده تصریح می‌کنند که «المسلمون علی شروطهم، إلا شرطاً حرمّ أو حلالاً أحلّ حراماً» (ترمذی، ۱۳۵۲، ص ۴۹۸). این قاعده تنها در مواردی معتبر است که شرط با مقتضای عقد یا نصوص شرعی در تعارض نباشد. از این رو، فقهای حنفی شرط اسقاط حق طلاق را فاسد می‌دانند، زیرا این شرط با حق ثابت شرعی برای مرد در تضاد است (السرخسی، ۱۴۰۶، ص ۵).

یکی از دیگر استدلال‌های فقهای حنفی بر فساد شرط اسقاط حق طلاق، قیاس این مسئله با اسقاط برخی حقوق شرعی دیگر است که پیش از تحقق سبب آنها، اسقاط آنها فاقد اعتبار تلقی می‌شود. آنان بر این باورند که همان‌طور که اسقاط حق ارث پیش از تحقق سبب آن (یعنی فوت مورث) صحیح نیست، اسقاط حق طلاق نیز پیش از تحقق آن اعتبار ندارد. فقهای حنفی استدلال می‌کنند که طلاق حقی شرعی است که به موجب عقد نکاح برای مرد ایجاد می‌شود، نه پیش از آن. بنابراین، اسقاط این حق در ضمن عقد، پیش از آنکه تحقق یابد، قابل پذیرش نیست (الهند، ۱۴۱۱، ص ۳۴۰).

یکی دیگر از دلایل اساسی احناف در فساد این شرط، این است که اسقاط حق طلاق از مرد، با مقتضای عقد نکاح در تعارض است. فقهای حنفی معتقدند که طلاق، حقی شرعی است که شرع آن را به شوهر واگذار کرده است و نمی‌توان این حق را به صورت شرط ضمن عقد از او سلب کرد؛ زیرا این شرط با مقتضای عقد نکاح که شامل دوام زندگی مشترک با امکان جدایی از طریق طلاق است، در تضاد قرار دارد (الکاسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۱۵).

یکی دیگر از دلایلی که فقهای حنفی بر اساس آن شرط اسقاط حق طلاق را فاسد می‌دانند، این است که هر شرطی که موجب تعطیل یکی از احکام شرعی (در اینجا طلاق) شود، غیر مشروع و باطل است. بنابراین، چنین شرطی از نظر شرعی فاسد است؛ زیرا با اصل تشریح طلاق توسط شارع در تضاد قرار دارد. در نتیجه، این شرط فاسد و غیر معتبر است؛ زیرا با مقتضای عقد نکاح، قواعد شرعی و قیاس با سایر احکام شرعی در تعارض است (ابن نجیم، ۱۳۸۷، ص ۱۴۶).



۴. آثار شرط فاسد در عقد نکاح از منظر فقه احناف

فقهای مذهب حنفی بر این باورند که درج شرط فاسد در ضمن عقد نکاح موجب بطلان عقد نمی‌شود. به نظر ایشان، عقد نکاح به عنوان یک عقد مستقل و مقصود بالذات، با وجود شرط فاسد همچنان صحیح و نافذ باقی می‌ماند. تنها اثری که وجود شرط فاسد دارد، بی‌اعتباری خود شرط است، نه اصل عقد (الکاسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۱۶). براساس دیدگاه احناف، شرط فاسد در عقد نکاح تنها خود شرط را از اعتبار ساقط می‌کند؛ اما هیچ‌گونه تأثیری بر صحت عقد ندارد. این رویکرد بر تفکیک میان اصل عقد به عنوان یک نهاد شرعی مستقل و شروط تبعی آن مبتنی است (السرخسی، ۱۴۰۶، ص ۵).

از منظر فقه حنفی، شرط فاسد نه تنها فاقد اعتبار شرعی است، بلکه الزام‌آور نیز نمی‌باشد؛ نه از جهت فقهی و نه از جهت قضایی. به دیگر سخن، طرفین عقد، اعم از زن و شوهر، ملزم به رعایت چنین شرطی نیستند (ابن نجیم، ۱۳۸۷، ص ۱۴۶) و در صورت تخلف از آن، هیچ‌گونه ضمانت اجرایی شرعی یا قانونی برای الزام یا مطالبه آن وجود ندارد (ابن الهام، ۱۳۴۲، ص ۴۳). با توجه به مطالب پیش‌گفته، شرط اسقاط حق طلاق از مرد به دلیل فاسد بودن، هیچ‌گونه اثر شرعی و حقوقی ندارد؛ بنابراین، حق طلاق برای مرد همچنان معتبر و محفوظ باقی می‌ماند؛ زیرا این حق از سوی شارع به شوهر داده شده است و نمی‌توان آن را با شرطی از بین برد (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ص ۳۱۶).

نتیجه‌گیری

شرط ضمن عقد نکاح، تعهدی تبعی و اختیاری است که طرفین به‌طور ضمنی یا صریح به عقد ازدواج می‌افزایند. این شرط نه جزء ذات عقد است و نه تأثیرگذار بر صحت آن؛ بلکه به‌عنوان ابزاری تکمیلی برای تأمین منافع شخصی یا تنظیم روابط زوجین در نظر گرفته می‌شود. از نظر فقهی، این شروط تحت عنوان «شروط جعلی» یا «شروط اقتراهی» شناخته می‌شوند.

فقهای مذهب حنفی شروط ضمن عقد را به سه دسته تقسیم کرده‌اند: شرط صحیح، شرط فاسد و شرط باطل. شرط صحیح، شرطی است که با مقتضای عقد همخوانی داشته باشد، از سوی شرع یا عرف تأیید شده باشد، یا به تأکید و تقویت لوازم عقد بینجامد. این نوع شرط الزام‌آور است و برای طرفین لازم‌الاجرا. شرط فاسد، شرطی است که با مقتضای عقد مغایرت دارد یا فاقد پشتوانه شرعی و عرفی است؛ اما چون به یکی از طرفین ضرر نمی‌زند و باعث مخل عدالت یا مشروعیت عقد نمی‌شود، اگرچه بی‌اعتبار است، اما موجب بطلان عقد نمی‌شود. در

مقابل، شرط باطل، شرطی است که نه تنها فاقد مشروعیت فقهی است، بلکه ممکن است برای یکی از طرفین یا هر دو زیان بار باشد یا صراحتاً از سوی شارع نهی شده باشد.

از دیدگاه احناف، شرط اسقاط حق طلاق از شوهر در زمره شروط فاسد قرار می‌گیرد؛ زیرا با اصول بنیادین شریعت و ساختار حقوقی عقد نکاح در تضاد است. نخست آنکه، این شرط با نصوص صریح قرآن که حق طلاق را برای شوهر مقرر کرده است، تعارض دارد. دوم آنکه، خلاف سنت پیامبر (ص) است که طلاق را در اختیار مرد قرار داده‌اند. سوم، چنین شرطی با مقتضای عقد نکاح ناسازگار است؛ زیرا طلاق بخشی از نظام حقوقی ازدواج است و نمی‌توان آن را به‌طور کلی از عقد حذف کرد. افزون‌براین، این شرط با قاعده «المؤمنون عند شروطهم» قابل توجیه نیست؛ زیرا این قاعده تنها در صورتی معتبر است که شرط مذکور با احکام شریعت در تعارض نباشد. از نظر منطقی و فقهی نیز، اسقاط حقی پیش از تحقق آن (مانند اسقاط ارث پیش از فوت) فاقد اثر حقوقی محسوب می‌شود. افزون‌براین، هر شرطی که به تعطیلی یکی از احکام شرعی بینجامد، مانند اسقاط طلاق، از دیدگاه فقهی فاسد و مردود است.

اگرچه شرط اسقاط حق طلاق از نظر فقهای حنفی فاسد تلقی می‌شود، این امر تأثیری بر صحت عقد نکاح ندارد. عقد همچنان نافذ و معتبر باقی می‌ماند و تنها خود شرط بی‌اعتبار است. چنین شرطی الزام‌آور نبوده و برای هیچ‌یک از طرفین ضمانت اجرایی فقهی یا حقوقی ندارد. بنابراین، مرد به‌عنوان دارنده شرعی حق طلاق، همچنان مالک این حق خواهد بود و می‌تواند طبق ضوابط اسلامی از آن استفاده کند.



منابع

* قرآن كريم.

١. آل بورنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد، (١٤٢٤)، موسوعه القواعد الفقهيه، ج ١٢، لبنان، مؤسسة الرسالة.
٢. ابن الهمام، كمال محمد بن عبد الواحد السيواسي، (١٣٤٢)، فتح القدير شرح الهدايه، ج ٣ و ٥، لبنان، دار احياء التراث العربي.
٣. ابن عابدين، محمد أمين، (١٤١٥)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٣، لبنان، دار الكتب العلمية.
٤. ابن ماجه، محمد ابن يزيد، (١٤١٨)، سنن ابن ماجه، لبنان، دارالجيل.
٥. ابن منظور، جمال الدين، محمد بن مكرم، (١٣٧٤)، لسان العرب، ج ٤، مصر، دارالمعارف.
٦. ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، (٢٠٠٨م)، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مصر، مؤسسه الحلبي و شركاء للنشر و التوزيع.
٧. ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، (١٤١٨)، البحر الرايق شرح كنز الدقايق، مصر، دارالكتاب الاسلامي.
٨. أبو عرجة، سامي، (٢٠٠٨)، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، غزه، مجلة جامعة الأزهر.
٩. البهوتي، منصور بن يونس ابن ادرس، (١٤٢٠)، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ٥، لبنان، دارالحياء التراث العربي.
١٠. الدردير، احمد بن محمد بن احمد، (١٢٨٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٢، مصر، دار إحياء الكتب العربية.
١١. الزهرة، طاهر فاطمة، (٢٠٢٠)، الشروط التقييدية في عقد الزواج، الجزائر، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم.
١٢. السرخسي، شمس الدين، (١٤٠٦)، المبسوط، ج ٥، لبنان، دار المعرفة.
١٣. الشاطبي، ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، (١٤١٧)، الموافقات في أصول الشريعة، ج ١، مصر، دار ابن عفان.
١٤. الاشقر، عمر سليمان، (١٤١٨)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمان، دارلنفاس.
١٥. الشيخ نظام و جماعة من علماء الهند، (١٤١١)، الفتاوى الهنديه في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان، ج ١، لبنان، دارالفكر.
١٦. السعقلاني، ابن حجر، (١٤٠٢)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج ٩، السعودية، دارالريان.
١٧. القراله، محمد مسلم، (٢٠١٢)، دعوى الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني والقرارات الاستئنافية، اردن، جامعة مؤتة.



١٨. الكاساني، علاء الدين أبي بكر ابن مسعود، (١٤٠٦)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٢، ٣ و ٥، لبنان، دار الكتب العلمية.
١٩. الهيثمي، ابن حجر، (١٣٥٧)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، ج ٧، بيروت، دار صادر.
٢٠. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، (١٤١٩)، الحاوي الكبير، ج ١١، لبنان، دار الكتب العلمية.
٢١. النووي، أبوزكريا، (١٤٢١)، شرح النووي على صحيح مسلم، ج ٩، لبنان، دارالفكر.
٢٢. ايمان، لعربي، (٢٠١٣م)، الشروط المقترنة بعقد الزواج، جامعه الجزائر.
٢٣. بخارى، امام محمد بن اسماعيل، (١٩٩٩)، صحيح البخارى، الرياض، السعودية، دار السلام للنشر والتوزيع.
٢٤. بكري، شاکر جمعة، (١٩٨١)، الشروط في النكاح، السعودية، الشريعة والدراسات الإسلامية.
٢٥. ترمذی، امام ابو عيسى محمد بن عيسى، (١٣٥٢)، سنن ترمذی (جامع الترمذی)، ج ٢، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
٢٦. خرشى، محمد عبدالله، (١٤٢٧)، شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل، ج ٣، بيروت، المكتبة العصري دارصادر.
٢٧. خرمدل، مصطفى، (١٣٩٣)، تفسير نور، چاپ دهم، تهران، احسان.
٢٨. داماد، الحصكفي، شىخي زادة، العلاء، (٢٠١٢). مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى، ج ١، لبنان، دار الكتب العلمية.
٢٩. رملی، شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزه، (١٤٤٣)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج ٢، عمان، دارالنفائس.
٣٠. زحيلي، وهبه، (١٤٠٥)، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٥، سوريه، دارالفكر.
٣١. زيعلى، عثمان بن على، (١٣١٣)، تبين الحقايق شرح كنز الدقايق، مصر، المطبعة الكبرى الاميريه.
٣٢. زيدان، عبدالكريم، (١٣٩٦)، الوجيز در اصول فقه، مترجم فرزاد پارسا، تهران، كتاب خانه قلم.
٣٣. سجستاني، ابو داوود سليمان اشعث، (١٩٩٢)، سنن ابى داوود، لبنان، دارلجنان.
٣٤. مرغينانى، برهان الدين، (١٤٣٢)، الهداية فى شرح البداية: كتاب النكاح، جلد ٢، چاپ دوم، پاكستان، مكتبة حقانية.
٣٥. وزارت الاوقاف والشؤون الإسلامية، (١٤١٢)، الموسوعه الفقيهيه، ج ٢٦، الكويت.



پیوند عضو جداشده در اثر اجرای حد و قصاص

(مطالعه تطبیقی در فقه جعفری و حنفی)

محمد عیسی فهمی *

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۸/۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۹/۱۱

چکیده

پیوند عضو پس از جداسازی بخاطر اجرای حد و قصاص از مباحث فقه جزایی است. بحثی که با اندک تفاوت دارای پیشینه نسبتاً قدیمی در فقه است. جواز پیوند عضو مقطوع، بخاطر تطبیق حد و قصاص معرکه آرای مختلف فقهی بوده که منشأ آن برداشت‌های متفاوت از هدف اجرای حد و قصاص، دلایل و مستندات اجرای مجازات‌های مزبور است. هر نظریه‌ای براساس برداشت از نصوص و أدله و حتی قواعد اصولی و عقلی سعی نموده است، ادعای خود را اثبات و تقویت نمایند. در میان آرای ابراز شده رأی اکثریت، برخوردار از شهرت و مستندات قابل توجه در میان فقهای جعفری و حنفی، عدم جواز پیوند و اعاده عضو بریده شده در اثر تطبیق حد و قصاص است یا حد اقل مستلزم ایجاب احتیاط نسبت به جواز پیوند است. هر چند که نظریه جواز اعاده عضو بریده شده در اثر حدود و قصاص، یا نظریه تفصیل میان عضو مقطوع در اثر حد یا قصاص نیز دلایل و مستنداتی ارائه داده‌اند، هر کدام از نظریات اظهار شده ضمن اینکه طرفدارانی در میان فقهای هر دو مذهب فقهی دارد، به دلایل مشابه و تا حدودی یکسان در جهت تقویت و تأیید دیدگاه‌های خود استناد نموده‌اند. روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و کتابخانه‌ای است یعنی نخست به ارائه گزارشی از اقوال موجود در زمینه پرداخته و سپس کوشیده شده تا امکان چنین پیوند بررسی شود. هدف نوشتار، امکان‌سنجی،

* کادر علمی دیپارتمنت حقوق، پوهنچی حقوق و علوم سیاسی، پوهنتون خاتم النبیین (ص)

جواز و روا بودن یا منع پیوند عضو مقطوع در اثر حد و قصاص از منظر فقهی است و اهمیت و ضرورت تحقیق نیز ناشی از جواز و عدم جواز پیوند بعد از اجرای حد و قصاص است. واژگان کلیدی: اعاده، قطع عضو، حد، قصاص، جانی، مجنی علیه، فقه حنفی و جعفری.



پیوند عضو بریده شده به صورت عام از موضوعات مهم و جدید در دانش طب به شمار می‌رود. پیشرفت گسترده طب در این زمینه سبب راه‌یابی چنین مسأله در فقه گردیده و فقهای متعدد در تبیین حکم فقهی آن کوشیده و براهمیت و ضرورت بررسی موضوع به ویژه در بررسی‌های تطبیقی میان شریعت اسلامی و قانون موضوعه تأکید ورزیده‌اند. بحث فقها در گذشته بر تأثیر پیوند عضو مقطوع، توسط مجنی‌علیه در سقوط یا عدم سقوط حق قصاص مجنی‌علیه محدود بود و از این لحاظ پیوند عضو مقطوع را می‌توان از مباحث دیرینه‌ای به شمار آورد که همواره از فروع فقهی باب قصاص مطرح بوده است و در آثار فقهای پیشین پیوند برخی اعضا توسط مجنی‌علیه که حق قصاص وی را نسبت به جانی ساقط می‌سازد یانه؟ مورد مناقشه بوده است. ولی امروزه، دامنه‌ی گسترده‌تری یافته و پیوند عضو نه اختصاص به مجنی‌علیه داشته و نه به برخی اعضا محدود می‌گردد؛ بلکه دایره گسترده‌تر پیدا کرده و در مورد جانی و اعضای دیگر فرد نیز قابل طرح است که جانی پس از مواخذه و مجازات می‌تواند عضو قطع شده و بریده خویش را که در اثر اجرای حد و قصاص بریده شده، با توجه به امکان و پیشرفت طب، دوباره به محل نخست آن برگردانده و پیوند بزند و به حالت قبل از اجرای حد و قصاص برگردد یانه؟ در گذشته سخن محدود به مجنی‌علیه و سقوط حق قصاص وی در اثر پیوند و آن هم نسبت به برخی اعضای خاص بود ولی امروزه بحث حیثیت و جنبه جدیدتری یافته و افزون بر موارد مطرح گذشته، این مطلب نیز مطرح شده که جانی پس از اجرای مجازات می‌تواند عضو قطع شده را برگردانده یا اصلاح و ترمیم نماید یانه؟ و همین نکته باعث گردیده که چنین موضوع از مباحث نوظهور و در ردیف (نوازل و مسایل مستحدث فقهی) قرارگیرد، میان فقها در این رابطه نظریات مختلفی ابراز شده که به سه نظریه منع مطلق، جواز مطلق و تفصیل میان حد و قصاص یا صور مختلف مسأله دسته‌بندی شده است. هر یک از نظریه‌های سه‌گانه برای اثبات مدعیات خود به دلایلی استناد نموده‌اند. نظریات یادشده هم در فقه جعفری و هم در فقه حنفی طرفدارانی دارد؛ که هر دو مورد در این نوشتار بررسی می‌شوند. آنچه بحث حاضر ناشی از کاربرد آن در مسایل کیفری است که در صورت جواز اعاده عضو مقطوع به واسطه تنفیذ حد و قصاص مجرمان می‌توانند از اعضای خویش پس از تحمل مجازات‌های موجب قطع عضو همانند گذشته سود برده و استفاده کنند. تفاوت بحث حاضر با مباحث پیشین، ارتباط آن با مسایل طبی، کاربرد در حوزه‌های جزایی و قضایی مقایسه آرای فقهای مذاهب اسلامی به خصوص فقهای دو مذهب

جعفری و حنفی است. از همین رو، نخست به توضیح مفاهیم به کار رفته در مسأله و سپس به ذکر اقوال و دیدگاه‌های موجود و ذکر دلایل پرداخته، نقاط قوت و ضعف دلایل را بازخوانی و میان آرای مربوطه مقایسه و سرانجام جمع‌بندی می‌شود.

الف) مفهوم‌شناسی

مرتبط‌ترین مفاهیم و اصطلاحات به کار رفته در بحث همان واژه‌های است که در عنوان ذکر شده است. آشنایی با معانی لغوی و اصطلاحی این مفردات و لغات می‌تواند در فهم و درک بهتر مسأله مورد نزاع مدد و یاری رساند.

۱. اعاده

اعاده از ریشه (اعاد- یعید- اعاده) در لغت به معنای تکرار، برگرداندن کسی یا چیزی را به جایی، به حال نخست بازگرداندن، به جای نخست باز نهادن، تجدید کردن و باز ساختن است. (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ ه، ۱، ۴۴۲) و در اصطلاح عبارت از ایجاد چیزی پس از ایجاد آن. (زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ه، ۱۷۴، ۱) به بیان دیگر اعاده در لغت عبارت است از بازگرداندن چیزی به وضعیت نخست، همان گونه که اعاده برانجام دادن چیزی برای باردوم به کار می‌رود و از اسمای الهی در قرآن (معید) ذکر شده «كَمَا بَدَأْنَا أَوَّلَ خَلْقٍ نُعِيدُهُ» (انبیاء، ۱۰۴) یعنی همان گونه که نخستین بار آفریده‌ها را آفریدیم دوباره آنان را باز می‌آفرینیم. (وزارت اوقاف و شئون اسلامی کویت، ۱۴۲۷، ۱۷۷، ۵) مراد از اعاده، بازگرداندن عضو به جسم انسان از طریق پیوند طبی، پس از بریدن است. (شققاء، ۱۴۳۸ه، ۶، ۵)

۲. عضو

عضو در لغت به هر نوع استخوان انسان یا حیوان گفته می‌شود که پوشیده با گوشت باشد. در اصل به معنای قطع، بریدن، پراکنده کردن، تجزیه و تفکیک می‌باشد؛ چنانچه در عربی (عضی الشئ) به معنای تجزیه نمودن و پراکنده نمودن چیزی است. (زبیدی، ۱۴۱۴ ه، ۱۹، ۶۸۳) و در قرآن نیز به معنای اجزای پراکنده، متفرق و ناهمگون استعمال شده است. «الَّذِينَ جَعَلُوا الْقُرْآنَ عِضِينَ» (الحجر، ۹۱) (عضین) یعنی بخش‌ها و اجزای پراکنده که به برخی ایمان آورده و به برخی کفر ورزیدند. معنای اصطلاحی عضو همان معنای لغوی است و عضو بر جزء مشخص، برجسته و متمایز از مجموع جسد گفته می‌شود؛ خواه از انسان باشد و خواه از حیوان مانند دست، پا، گوش و... (موسوعه الفقهیه الکوئتیه، ۱۴۲۷، ق، ۳۰، ۱۶۴) به بیان



دیگر، عضو انسان، عبارت از مجموعه عناصر سلولی است که توان انجام وظایف خاصی را در جسم دارند؛ خواه این عناصر سلولی درونی باشد خواه بیرونی و تمام آن اعضای بشر می‌باشد. (دوادی، ۱۴۳۴-۱۴۳۵ هـ ص ۴۰) و مقصود از (عضو) با قید (قطع) در محل بحث هر عضوی از اعضای جسد انسان است که تمام یا بخشی از آن را بریدگی فراگرفته و امکان بازگرداندن آن وجود دارد؛ مانند دست، پا و امثال آن. (شحقاء، همان، ۵)

۳. قطع در لغت به معانی بریدگی، کوتاه شدگی، قطع اندام، برش، گسستگی و جدا کردن بخشی از جسم را می‌گوید؛ چنانچه در مورد جداسازی جزئی از ریسمان گفته می‌شود “قطعت الحبل قطعاً” یعنی بخشی از ریسمان را جدا کردم برخی از اهل لغت قطع را به معنای جداسازی چیزی که با چشم درک می‌شود. (راغب، ۱۳۷۴ ش، ۳، ۲۱۹) معنای اصطلاحی (قطع) همان معنای لغوی و مقصود در بحث جداسازی اعضا است هم چنان که در قرآن کلمه قطع در مورد بریدن اعضا به کار رفته است. «فَلَا قُطِعَ أَيْدِيكُمْ وَأُزُلِّكُمْ مِنْ خِلَافٍ» (اعراف، ۱۲۴) به همین معناست.

۴. قصاص

قصاص در لغت به معنای تلافی، مقابله به مثل، جزاء، تنبیه، گوشمالی، ردپای کسی را گرفتن، دنبال کردن می‌باشد. (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۵، ۱۱) و در اصطلاح قصاص عبارت است از این که نسبت به جانی کاری مانند کاری او نسبت به معنی علیه انجام شود. (موسوعة الفقهية الكويتية، ج ۲۳، ص ۲۵۹) معنای اصطلاحی قصاص به کسر همان معنای لغوی، یعنی پیروی از اثر و ردپای جانی را گرفتن و دنبال کردن وی و اسم برای استیفا و مجازات است و گویا قصاص‌کننده جانی را پیگیر و همان کاری را در مورد جانی انجام می‌دهد که جانی در حق قصاص‌کننده انجام داده است در نتیجه زخمی همانند زخم وارده از سوی جانی و قتل همانند قتل جانی انجام می‌دهد. (شهرکانی، ۱۴۳۰ هـ، ۷۸۸) پس قصاص عبارت است از مجازات جانی متعمد با انجام کاری مانند آن و بریدن به خاطر قصاص هر عضوی از اعضای جسم انسان را فرامی‌گیرد. (شحقاء، همان)

۵. حد

حد در لغت به معنای منع، بازداشتن، پاکیزه‌بند، پرده حائل و... می‌باشد. تمام معانی مزبور معنای “منع” برمی‌گردد. استعمال واژه حد در حائل میان دو شیء یا حدود و ثغور کشورها و



ممالک به خاطر مانع بودن آنان است. (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۲) استعمال (حد) بر مجازات‌های تعیین شده^۹ در اصطلاح شرع نیز بدین جهت است که (حد شرعی) وسیله‌ی جلوگیری مردم از انجام کارهای نابهنجار، اعمال پست و شرم‌آور، فحشاء و فساد است در نتیجه (حد) مجازات خاص است که با وارد کردن درد بر بدن مکلف به جهت انجام گناه خاص، او را از ارتکاب گناه بازمی‌دارد و کمیت و کیفیت آن از سوی خداوند تعیین و مقدر شده است؛ مانند مجازات‌های رجم و تازیانه که بر جانی از سوی خداوند تعیین شده است. (شهرکانی، همان، ۷۷۰)

بازگویی و توضیح مفاهیم مزبور در منابع فقهی جعفری و حنفی نشان می‌دهد که راجع به معانی لغوی و اصطلاحی واژه‌ها تفاوتی به چشم نمی‌خورد و تقریباً در آثار فقهی هر دو مذهب تعاریف نسبتاً یگانه و مورد اتفاق ارائه گردیده است.

ب) پیشنهاد بحث

با این که بحث از پیوند عضو مقطوع در اثر اجرای حد یا قصاص از مسایل جدید یا نوظهور فقهی پنداشته شده است و ادعا شده که مسأله در کتب فقهی علمای گذشته مطرح نبوده بلکه در سالیان اخیر از سوی فقها و محققان و آن هم پس از پیشرفت‌های بزرگ در دو شاخه علم طب مطرح گردیده است که یکی پیوند اعضا و دیگری جراحی زیبایی است. لذا دست‌یابی به پیشنهاد فقهی بحث دشوار است. (سلامی، ۱۶۹، ۲) ولی شواهد و سخنانی در منابع فقهی جعفری و حنفی نشان می‌دهد که مسأله از مسایل مستحدث و نوپدید نیست؛ بلکه ریشه‌ها و ردپای آن را می‌توان به قرون اولیه اسلام برگرداند و مواردی از توجه و اهتمام فقهای پیشین را یافت که به صراحت و وضوح نشان می‌دهد که فقهای گذشته نیز بدان پرداخته‌اند ولی به خاطری مسأله دارای حالت طبیعی دوام‌دار نبوده و از سوی دیگر، ضعف سطح دانش طبی به عنوان یک پدیده‌ای نمود نیافته بود که شایسته بحث علمی و فقهی است که در مورد آن بحث چندانی صورت نگرفته است.

در آثار فقهی شیخ طوسی ره که خود از پیشوایان فقهی مذهب جعفری در قرن چهارم هجری است از امام شافعی ره سخنی را در مورد مطالبه مجنی‌علیه، یعنی درخواست برگرداندن گوش بریده‌شده جانی در اثر قصاص بیان می‌کند. با استناد به اجماع چنین درخواست از سوی مجنی‌علیه ناپذیرفتنی تلقی شده است، گواه بر این است که مسأله در آن زمان در قلمرو بحث قرار داشته است. (تسخیری، ۱۴۷۸، ۶)

فقه‌های معاصر امامیه مانند صاحب جواهر، شاهرودی، تسخیری، عبارات زیادی را از سخنان فقهای پیشین و از منابعی چون (مقنعه شیخ مفید ره)، (نهایه، خلاف و مبسوط شیخ طوسی ره) و... راجع به فرع فقهی (قصاص گوش) متذکر شده‌اند که فقهای پسین نیز به پیروی از آنان به تفصیل در آثار فقهی خود بدان پرداخته‌اند که نمونه‌ی از دیرینگی و سابقه بحث است. مثلاً اگر شخصی نرمه‌ای گوش کسی را بریده باشد و مجنی علیه درخواست قصاص نماید و در نتیجه نرمه‌ای گوش جانی را ببرد و جانی گوشش را تداوی نماید به گونه‌ای که نرمه‌ای گوش بریده‌ای وی به جای خود برگشته و بچسپد، قصاص‌کننده و مجنی علیه می‌تواند آنچه که از نرمه‌ای گوش جانی پیوند یافته ببرد تا وضعیت جانی به همان حالت قبل برگردد که مجنی علیه استحقاق قصاص را داشت. شیخ مفید^(ه) در ادامه به صراحت یادآوری نموده که حکم مزبور به گوش مختص نبوده، بلکه در تمام استخوان‌ها و جوارح که مورد قصاص جاری است و صریحاً فرموده حکم مزبور در سایر اعضا غیر از گوش نیز تعمیم دارد. (شاهرودی، ۱، ۲۹)

فقه‌های معاصر نیز به پیروی از فقهای پیشین در بحث قصاص، مسأله مزبور را پیگیری و تعقیب نموده‌اند؛ مانند امام خمینی ره که رأی به عدم سقوط قصاص در صورت پیوند گوش بریده‌شده توسط مجنی علیه داده است. (خمینی، ۱۳۹۲، ۵۸۱، ۲) و آیت‌الله محمد اسحاق فیاض که برکندن گوش مجنی علیه توسط جانی را در صورت پیوند و عکس آن برکندن گوش جانی را در فرض پیوند تجویز نموده است. (فیاض، ج ۳، ۳۷۶) و سبحانی نیز معتقد به عدم سقوط قصاص حق قصاص مجنی علیه در صورت پیوند گوش است. (سبحانی، ۱۳۹۱، ۵۵۹) صاحب جواهر (ره) که برای جانی اجازه‌ی کندن گوش را، در صورت پیوند توسط مجنی علیه، جهت تحقق مماثلت و همانندی داده است. (نجفی، ۴۲، ۳۶۵) و امثال موارد یادشده‌شده نشان می‌دهد که پیوند عضو مقطوع در اثر جنایت مورد توجه و عنایت فقها بوده است.

دانشمندان حنفی نیز نوظهور بودن پیوند عضو مقطوع در اثر اجرای حد و قصاص را پذیرفته‌اند و اهمیت زیاد مسأله را در عصر حاضر نتیجه پیشرفت طب در زمینه کشت اعضا می‌دانند؛ چیزی که در قدیم تکامل نیافته بود و اینکه برخی می‌پندارند که بحث مذکور مسأله جدید است و به صراحت در کتب فقها و گذشتگان مطرح نگردیده است؛ پندار نادرست و ناصواب است. واقعیت این است که فقهای پیشین مسأله مزبور را ذکر و جوانب مختلف آن را بررسی نموده‌اند که از سویی حاکی از وسعت و گستردگی معلومات آنها در به تصویر



کشیدن مسائل و دقت نظر آنان در بیان احکام است و از سوی دیگر، نشان می‌دهد که بازگرداندن عضو به جای آن، امر غیر قابل تصور در زمان آنان نبوده؛ بلکه یک امر عرفی و معمولی بوده و پیشینیان آن را تجربه نموده‌اند. حتی امام مالک^(ره) با آگاهی کامل طبی راجع به آن سخن گفته؛ سخنانی که تا به امروز نیز درست می‌باشد. (عثمانی، ۶، ۱۴۸۷) البته در میان محققان حنفی نیز کسانی هستند که پیوند عضو را پس از بریده‌شدن آن در اثر اجرای حد یا قصاص از مسایل نوظهور شمرده است و لذا مسأله را در زمره (نوازل) یا (مسایل مستحدثه) مورد بحث قرار داده‌اند. (طیارو...، ۵۱۴۳۳، ۳۸، ۱۲)

از عبارات مذکور پیداست که مسأله از نظر فقهای جعفری و حنفی دارای سابقه و پیشینه فقهی بوده و مسأله مستحدثه نیست؛ بلی توسعه و تفصیل مصادیق بحث زاییده پیشرفت طب می‌باشد. امری که در بسیاری از فروع فقهی با مرور زمان و گسترش علوم و تحولات اجتماعی روی داده است و این هرگز به معنای نفی طرح مسأله در آثار فقهای پیشین نباید تلقی گردد.

ج) امکان بازگرداندن عضو

اعاده عضو بریده شده در اثر حد، قصاص و جنایت، گاهی با برگرداندن خود همان عضو بریده شده صورت می‌گیرد و گاهی باکاشت عضو از یک میت و شخص مرده دیگر و گاهی هم با دوخت و وصل عضوی که مورد قصاص قرار گرفته با جابجانی بخش از بدن خود شخص. در هر صورت همه‌ی اعضای بریده شده امکان بازگرداندن ندارد، بلکه اعاده اعضای خاص و تحت شرایط ویژه‌ای که باید در عضو بریده شده باشد، امکان بازگرداندن آن وجود دارد که از مهم‌ترین شرایط اعاده عضو، نبود آلودگی و نبود فاصله زمانی طولانی است؛ زیرا، آلودگی وجود فاصله زمانی زیاد باعث می‌شود که اقدامات جراحی و پیوند عضو احتمال موفقیت‌آمیز بودن چنین عملی را کاهش دهد؛ اقداماتی که نیاز به طراوت و تازگی عضو بریده شده دارد. البته گاهی پیوند عضو آسان است به دلیل وجود بانک اعضا که دارای یخچال‌های مناسب جهت گذاشتن و مراقبت اعضای جدا شده انسان است. یخچال‌های نگهداری اعضای جدا شده، آن را به صورت استریل شده نگهداری و محافظت می‌کند و در طولانی‌ترین مدت ممکن می‌تواند محتویات خود را نگهداری نماید با اینکه تجارب طب جدید دورنمای وسیع را در زمینه جراحی و پیوند اعضا گشوده است؛ ولی تا هنوز با موفقیت کامل بازگرداندن جوارح و اعضای بریده شده همراه نبوده است. (شقحاء، همان، ۶) و (طیارو... همان) بنا بر این، امکان اعاده عضو پس از بریدن هم قابل

تصور و هم امکان دارد و پیشرفت‌های طبی نشان می‌دهد که این نوع جراحی‌ها باگذشت هر روز آسان‌تر و با سهولت بیشتری صورت می‌گیرد.

د) آرای فقها و جواز پیوند عضو مقطوع

فقهای حنفی و جعفری نسبت به جواز پیوند عضو مقطوع در اثر اجرای حد یا قصاص سه نظر دارند. البته برخی نظریات دیگری نیز بیان شده که چندان مورد توجه قرار نگرفته است:

۱. دیدگاه فقیهان معاصر حنفی

در میان محققان معاصر حنفی قریب به اتفاق آنان مانند شیخ بکر ابوزید، عبدالله بن سلیمان بن منیع، شیخ محمد عبدالرحمن آل الشیخ و... طرفدار دیدگاه عدم جواز بازگرداندن عضو مقطوع در اثر حد و قصاص به صورت مطلق هستند؛ خواه مرتکب جرم توبه کند و خواه توبه نکند و همینطور فرق ندارد که صاحب حق (مجنی علیه) پیوند را اجازه دهد یا اجازه ندهد. هیأت بزرگان علمای سعودی نیز تصمیم و حکم به عدم جواز پیوند عضو در فرض مسأله داده‌اند، (شنقیطی، ۱۴۱۵هـ، ۴۱۴) البته در برخی از منابع جواز اعاده عضو جداشده به حنفیه، مالکیه، شافعیه و حنابله نیز نسبت داده شده است. (شققاء، همان، ۷)

۲. دیدگاه منسوب به شافعی

در میان فقهای منسوب به شافعی، جواز اعاده عضو مقطوع به واسطه حد و قصاص، به وهبه زحیلی نسبت داده شده که وی معتقد به جواز پیوند است. البته وی این سخن را در مورد عضو قطع شده در اثر قصاص و آن هم با شرط رضایت مجنی علیه به اعاده عضو جانی، جایز دانسته است. (زحیلی، ۷، ۵۴۶۰).

۳. دیدگاه تفصیلی

دیدگاه سوم توقف یا تفصیل در مورد جواز اعاده عضو بریده شده در اثر اجرای حد یا قصاص است. دیدگاه مزبور از سوی محمد تقی عثمانی از دانشمندان معاصر حنفی ارائه گردیده است. توقف به معنای سکوت در مورد انکار یا تأیید و عدم تأیید نظر نمی‌باشد. بلکه به معنای تفصیل میان صور گوناگون مسأله است. برخی جواز اعاده و عدم جواز اعاده را وابسته به هدف از اجرای حد دانسته اند که هدف از حد چیست؟ آیا هدف از اجرای حد، صرف ایراد درد بر جسم جانی از طریق بریدن عضو است؟ یا هدف از اجرای حد از بین بردن عضو بطور کلی



است؟ در صورت اول، اعاده جایز و در صورت دوم اعاده جواز ندارد. هریک از دو احتمال دلایل خود را دارد. (شنقیطی، همان، ۴۲۱)

برخی میان اثبات حد از طریق اقرار و شهادت، تفاوت گذاشته‌اند؛ مثلاً جرم دزدی اگر از طریق اقرار اثبات شده باشد و دست دزد اقرار کننده بریده شود؛ ولی شخص پس از اقرار و قطع دست از اقرار خود رجوع نماید، می‌تواند عضو مقطوع را در اثر عمل جراحی به جای خود برگرداند. زیرا، از نظر شرعی رجوع از اقرار، پیش از اجرای حد و درحین اجرای حد و حتی پس از اجرای حد برای جبران آثار معنوی ناشی از اجرای حد جایز است. (زحیلی، همان، ۱۵۱۵-۱۵۱۶) برخی از اندیشمندان، ضمن پذیرش تفصیل میان ثبوت حد توسط اقرار و شهادت و حکم به جواز اعاده در حد در صورت ثبوت از طریق اقرار جواز اعاده عضو در صورت اثبات از طریق شهادت را، منوط به وجود چهار شرط دانسته‌اند. (وزارت آموزش عالی سعودی، ۱۴۳۶ه، ۸۹) برخی میان قصاص و حد تفاوت قایل شده‌اند، در قصاص اعاده را جایز، ولی در حد منع نموده‌اند. (طیارو... همان، ۳۹)

درفقه جعفری نیز سه دیدگاه مطرح شده است: نخست منع پیوند عضو مقطوع در اثر اجرای حد و قصاص به صورت مطلق و دلایل فروان بر منع پیوند اقامه نموده‌اند. دوم جواز پیوند عضو بریده‌شده در اثر اجرای حد و قصاص به صورت مطلق است و نظریه سوم تفصیل میان حق الناس و حق الله که در حق الله جواز اعاده عضو ترجیح داده شده و در حق الناس اعاده عضو جایز دانسته نشده است. (تسخیری، همان، ۱۴۷۹-۱۴۸۲)

ه) سبب اختلاف آرای فقها

برخی منشأ اختلاف فقها را در باره‌ی جواز و اعاده عضو پس از تطبیق حد یا قصاص و اختلاف آنان در حکم عضو جداشده از جهت طهارت و نجاست می‌دانند. فقهای که حکم به طهارت و پاکی عضو بریده‌شده نموده‌اند اعاده عضو مقطوع را تجویز و کسانی که حکم به نجاست عضو مقطوع نموده‌اند، پیوند عضو مقطوع را تجویز نکرده و ممنوع می‌دانند. (شقیطی، همان، ۸) انصاف این است که منشأ اختلاف آرای فقها در جواز اعاده منحصر در حکم به طهارت و نجاست عضو مقطوع نمی‌باشد؛ بلکه اختلاف ناشی از هدف اجرای حد و قصاص و فهم متفاوت از ادله و... می‌باشد. زیرا، به تصریح بسیاری از فقها عضو پس از پیوند و

پیوست به بدن مانند سایر اعضا می‌گردد و حکم سایر اعضا را از حیث طهارت دارد.
(خرازی، ۱۴۲، ۳۸۱)

۱. دلایل نظریه منع اعاده (نظریه نخست)

هواداران نظریه منع اعاده عضو پس از تطبیق حد و قصاص دلایل فراوان عقلی و نقلی از قرآن، سنت، اجماع و عقل ذکر کرده اند که به ترتیب عبارتند از:

۱-۱. استدلال به آیات قرآنی

آیت مربوط به روابط نامشروع

آیه‌ی مربوط به روابط نامشروع «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ» (نور، ۲) باید هریک از زنان و مردان زناکار را به صد تازیانه مجازات و تنبیه کنید و هرگز در باره آنان در دین خدا رأفت و ترحم روا مدارید. کیفیت استدلال بر عدم جواز اعاده عضو این که آیه دلالت بر حرمت رأفت و دل‌سوزی نسبت به متجاوز از حدود الهی دارد و اینکه در اجرای حدود الهی نباید تحت تأثیر احساسات و دل‌سوزی بی‌جا قرار گرفت. (شنقیطی، همان، ۴۱۵) آیه مزبور گرچه به صورت مستقیم به بحث ما (پیوند عضو) ارتباط ندارد و در مورد اجرای حد بر مرد و زن خلاف‌کار است ولی هدف از مجازات‌ها و حدود را بیان می‌کند که جانی و مجرم باید در برابر ارتکاب جرم سزای خویش را ببینند؛ به ویژه جرایمی که در شرع برای آنها حد تعیین شده است و قاعده کلی را بیان می‌کند؛ شاید وجه استدلال به آیه این باشد که تعدی و تجاوز از حدود الهی قابل اغماض نیست و پیوند عضو مقطوع در اثر اجرای حد یا قصاص نوعی ترحم و نادیده‌انگاری هدف مجازات است.

به بیان مختصر آیه شریفه «وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ» دلالت بر حرمت رأفت و مهربانی نسبت به متجاوز حدود الهی دارد؛ دزد و محارب نسبت به حدود الهی متعدی و متجاوز شمرده می‌شود. در نتیجه ترحم و دل‌سوزی نسبت به آنها با برگرداندن عضو بریده‌شده، پس از اجرای حد حرام است. (وزارت آموزش عالی سعودی، همان، ۸۷) و (شقحاء، همان، ۱۰)

استدلال به آیه مزبور در منابع فقه حنفی ذکر شده و برخی دانشمندان جعفری یادآوری نموده‌اند که استدلال به آیه مزبور در صورتی درست است که ما حکم به عدم رأفت را در آیه به تمام حدود سرایت دهیم و آیه را به حد زنا اختصاص ندهیم ولی از خود آیه چنین مطلبی



استفاده نمی‌شود، به ویژه که ضمیر (بهما) در آیه به زانی و زانیه (مرد وزن زناکار) راجع است بلی حکم به تعمیم و سرایت عدم رأفت در سایر حدود به خاطر برخی روایات ممکن است از ظاهر برخی سخنان فقهای امامیه در مورد استشهاد به آیه فهمیده می‌شود که آنان آیه را شاهد بر عدم شفاعت، تهاون و تفریط در حدود گرفته‌اند و از سخنان مفسران اهل سنت در تفسیر آیه عمومیت آن نسبت به حدود فهمیده می‌شود. فقها و مفسران اهل سنت در معنای مقصود از آیه این بحث را مطرح نموده‌اند که عدم رأفت که در آیه ذکر شده مربوط به اصل اقامه حدود است یا در کیفیت اقامه حدود؟ برخی عدم رأفت را مربوط به اصل برپایی حد و برخی مربوط به کیفیت اقامه حد دانسته‌اند ولی امکان دارد که اطلاق آیه عدم رأفت را هم در مورد اصل برپایی حدود و هم مربوط به کیفیت برپایی حدود دانست، هرچند برخی به آیه بر عدم رأفت در کیفیت ضرب استدلال نموده‌اند که روایات هم بر آن دلالت دارد؛ ولی این موجب تقیید اطلاق آیه نخواهد شد. زیرا، درست است که آیه بر کیفیت ضرب دلالت دارد ولی به عنوان بیان یکی از موارد حد و آیه شامل اصل اقامه حد به طریق اولی است و نظیر این مورد است تمسک به اطلاق سخن امام (ع) که فرموده " اقامه الحدود " که شامل اصل و کیفیت اقامه حد است.

در هر صورت خواه آیه مطلق باشد یا دلالت بر عدم رأفت در کیفیت اجرای حد نماید، نزاع در این که وصل عضو پس از قطع جایز است یا نه؟ در صورتی مشمول و داخل در آیه است که بنا بر عمومیت آیه نسبت به تمام حدود باشد. زیرا، روشن است که اختلاف موجود در کیفیت اجرای حد است و نه اصل اجرای حد و مستدل می‌تواند استدلال کند که منع از وصل عضو در واقع اجرا نمودن امر و دستور به عدم رأفت است که در آیه وارد شده است. (تسخیری، همان، ۱۷۷-۱۷۸)

۱-۱-۲. آیت مربوط به حد سرقت

دلیل دوم از قرآن آیه حد سرقت است. «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ» (مائده، ۳۸) دست مرد و زن دزد را به کیفر کار زشتی که مرتکب شده‌اند به عنوان مجازاتی از سوی خدا قطع کنید. استدلال بر منع پیوند عضو بریده‌شده از دو جهت صورت گرفته است؛ یکی اینکه دزد سزا و کیفر داده نمی‌شود جز بابریدن دست و عبرت و تنبیه صورت نمی‌گیرد؛ جز از طریق دیدن دست بریده‌شده و بازگرداندن دست بریده‌شده جایز نمی‌باشد به خاطر آنکه عبرت و تنبیه را از بین می‌برد. زیرا، در آیه بر جنبه عبرت‌آموزی آن

تأکید شده است وجه دوم اینکه حکم بریدن دست ایجاب می‌کند که دست برای همیشه از بدن مجرم جدا باشد و اعاده دست بریده‌شده مخالف با حکم شرع است و از همین خاطر جایز نیست و در آیه شریفه آمده «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ» (نحل، ۱۲۶) یعنی هرگاه خواستید مجازات کنید، تنها همان گونه که به شما تعدی شده کیفر دهید. یا آیه شریفه که فرموده «وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ» (مائده، ۴۵) هرگاه کسی حق قصاص را ببخشد نیکی کرده و کفاره گناه او خواهد بود. وجه دلالت هر دو آیه بر منع پیوند عضو مقطوع در اثر حد یا قصاص این است که اعاده و بازگرداندن عضو جدانشده در اثر قصاص به عدم مماثلت و همانندی می‌انجامد که در هر دو آیه بر وجوب همانندی تأکید شده است. (شنقیطی، همان، ۴۱۶-۴۱۷) (شحقاء، همان، ۱۰)

کلیه طرفداران منع اعاده، به آیات مزبور استدلال نموده‌اند. برخی افزوده‌اند با توجه به اینکه در قصاص حیات امت، عدالت در شباهت و همانندی مجازات و شفا و بهبودی برای جسمی است که عضو آن ناروا و متجاوزانه بریده‌شده است. برگرداندن عضو بریده‌شده از روی قصاص باعث از دست دادن این مقاصد می‌گردد و در حد بازگرداندن عضو بریده‌شده اعاده‌ای حیات برای آن عضو است که ثبات زندگی و حیات امت را پایمال نموده است و این کار نقص کیفر و عبرت است در حالی که خداوند در مورد سارق فرموده کیفر دهید جهت عبرت و تنبیه و در مورد مجازات فرموده همان گونه مجازات کنید که به شما تجاوز نموده است و در مورد قصاص فرموده والجروح قصاص و اعاده عضو بریده‌شده در اثر قصاص نتیجه اش عدم مماثلت و همانندی دایمی مجازات است. (ابوزید، همان، ۱۴۷۷) و (آل شیخ، همان، ۱۵۰۷) (طیارو... همان، ۳۹)

۲-۱. استدلال به روایات نبوی

حدیث دستور به بند آوردن خون از معروف‌ترین احادیثی که در منابع حنفی بر منع پیوند عضو قطع شده در اثر اجرای حد و قصاص بدان استدلال شده حدیثی است که پیامبر (ص) در مورد سارق فرموده «اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه» است با او بروید و دستش را قطع کنید، سپس او را نزد من بیاورید. کیفیت استدلال بدین گونه است که پیامبر (ص) دستور به (حسم) دست دزد داده و (حسم) مانع از اعاده عضو است به بیان دیگر (حسم) به خاطر بستن و سد رخنه‌ها و شکاف‌های خون است تا به تلف نفس و جان نیانجامد در حدیث پیامبر (ص) حسم را بر قطع مرتب نموده و در نزد علمای اصول ثابت شده که سکوت در مقام بیان مفید حصر و



اختصاص است. در نتیجه پس از قطع چیزی جز (حسم) وجود ندارد و به همین جهت اعاده عضو از این خاطر نوعی استثنا بر شرع است که جواز ندارد. (ابوزید، همان، ۱۴۷۷) این که پیامبر (ص) دستور به (حسم) جای بریدن عضو داده دلیل بر این است که اعاده عضو جایز نیست و حسم به منزله علاج و درمان عضو و بقای عضو برحالت پس از قطع عضو است. (سلیمان بن منیع، همان، ۱۵۴۲)

صاحب نظران امامیه نیز در میان دلایل منع اعاده عضو مقطوع در اثر حد، حدیث مزبور را نقل و به آن بر منع اعاده عضو استدلال نموده‌اند؛ به این بیان که در حدیث پیامبر (ص) دستور داده که دست بریده‌شده را با روغن داغ نمایند تا جاری شدن خون قطع شود و رگ‌ها بسته گردد و همین‌طور استدلال نموده‌اند به حدیث نبوی (ص) که اهل سنت نقل نموده من انه (ص) اتی برجل قد سرق، فقال: اذهبوا فاقطعوه ثم احسموه (بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۳۰، ۹۲۶) و روایت دیگر از علی (ع) که در منابع اهل سنت هم ذکر شده است که علی (ع) وقتی دست سارقی را می‌برید با روغن آن را داغ می‌نمود (ابن حیون، ۱۳۸۵، ۲، ۴۷۰) برخی از اهل سنت دستور پیامبر (ص) را به خاطر ظهور امر بر وجوب حمل نموده‌اند. برخی دیگر صاحب نظران آنان بیان نموده‌اند که حسم و قطع خون‌ریزی نه اینکه به خاطر اجرای حد و بقای عضو مقطوع بر همان حالت باشد؛ بلکه بدین جهت است که نوعی از تداوی بوده ولی امامیه با توجه به مصلحت شخصی که دستش بریده‌شده امر را حمل بر استحباب نموده‌اند؛ نه اینکه بند آوردن خون حق الله و جهت تکمیل حد باشد. ظاهر این است که حسم هیچ خصوصیتی ندارد و حسم به خاطر این است که در آن زمان نوعی تداوی بوده است.

از روایات دیگر مورد استناد فقهای حنفی بر منع اعاده عضو، حدیث فضاله است که دزدی نزد پیامبر (ص) آمد و دست‌های او را برید، سپس دستور فرمود که دست‌های دزد برگردنش آویخته گردد. طرفداران منع اعاده عضو در اثر اجرای حد این‌گونه استدلال نموده‌اند که آویزان نمودن و تعلیق دست دزد به گردنش یک حکم شرعی است که جنبه تکمیلی نسبت به مجازات و حد دارد و بازگرداندن آن سبب فوت عقوبت و حد می‌گردد و از همین رو اعاده عضو مقطوع جایز نیست. (شنقیطی، همان، ۴۱۸ و شقحاء همان، ۱۲) در منابع دیگر فقه حنفی ضمن استدلال به روایت مزبور و البته خدشه در سند حدیث به دلیل وجود حجاج بن ارطاه و اینکه حدیث مزبور در پنج کتاب معروف حدیثی ذکر شده و فقط در مسند احمد نیامده داستانی را از حضرت علی (ع) نقل نموده که علی (ع) دست دزدی را برید و دیگران شاهد بودند که

دست دزد در گردنش آویزان است. (واخرج ان علیا (رض) قطع ید سارق فمروبه ویده معلقه فی عنقه) و از قول شوکانی درنیل الاوطار نقل می‌کند که بر حدیث تعلیق نگاشته و حدیث را دلیل مشروعیت تعلیق دست سارق در گردن اودانسته است؛ زیرا، برای سارق زجر و مجازاتی زیادتر از تعلیق وجود ندارد؛ زیرا، وقتی سارق دست خود را بریده و آویزان می‌بیند یادش می‌آید که آنچه او را بدین روز کشانده و خسارتی را که باجداشدن عضوش تحمل می‌کند دلیل و سبب آن چه بوده است؟ و دیگران هم بادیدن وضعیت وی به آن شکل منزجر و وسوسه‌های پست شان از بین می‌رود. (آل شیخ، همان ۱۵۰۸)

دانشمندان امامیه نیز از دلایل منع را حدیث تعلیق ید سارق ذکر کرده‌اند و یادآوری نموده‌اند که حدیث در نزد اهل سنت به دلیل وجود حجاج بن ارطاه در سند حدیث ضعیف است کیفیت استدلال به حدیث را از سوی طرفداران منع اعاده عضو بیان نموده که در تعلیق دست سارق به گردن آن آزار و عقوبت و شکنجه وجود دارد و در وصل دست و کف این عذاب وجود ندارد. فقهای امامیه تعلیق دست سارق را مستحب می‌دانند به خصوص با توجه به ضعف روایت ولی مشکل فقهای امامیه با فقهای احناف در این است که از نظر احناف کف دست باید بریده شود؛ ولی از نظر امامیه انگشتان باید بریده شود و قطع انگشتان مخالف با ظاهر متن حدیث است و قول به منع پیوند عضو متوقف بر وجوب تعلیق دست سارق است حتی پس از تعلیق دست سارق هم بحث جواز وصل و منع می‌تواند مطرح باشد. (سلامی، همان، ۱۹۱-۱۹۲)

۱-۳. استدلال به حکم عقلی

دلیل عقلی منع اعاده عضو به گونه‌های مختلفی از سوی فقهای حنفی تقریر شده است؛ مانند اینکه بازگرداندن دست دزد پوشاندن گناه و بزه بزرگ دزدی است در حالی که شرع خواهان رسوانمودن دزد می‌باشد. بنابر این اعاده عضو مقطوع در اثر اجرای حد سرقه جایز نیست یا اینکه فلسفه و حکمت از ایجاب حد یا قصاص منع مجرم از روآوری و بازگشتن از تجاوز است و بازداشتن دیگران از ارتکاب جرمی مانند جرم مجرم است و بازگرداندن عضو این حکمت ایجاب حد و قصاص را از بین می‌برد و در نتیجه بازگرداندن و پیوند عضو مقطوع جایز نیست. برخی دیگر دلیل عقلی منع اعاده عضو را بدین گونه تقریر نموده‌اند که عضو بریده‌شده در اثر حد یا قصاص از مصادیق تغییر در خلقت و آفرینش الهی است که چنین کاری شرعا حرام است. بنابر این، انجام امر موجب تغییر در خلقت الهی جایز نیست. اینکه چطور اعاده عضو سبب



تغییر در خلقت الهی است؟ از این جهت است که خداوند دستور داده که دست دزد یا جانی باید بریده باقی باشد و اقدام بر اعاده عضو مقطوع از این جهت که مخالف دستور خداوند به بقای عضو به صورت مقطوع می باشد، مشتمل بر تغییر خلقت است.

برخی دلیل عقلی منع را بدین صورت بیان کرده اند که شرعاً بقای دست به صورت مقطوع مقصود است به دلیل اینکه دزد هرگاه تصمیم انجام دوباره دزدی را بگیرد به یاد دست بریده خودش در اثر عقوبت و حد می افتد و در نتیجه از انجام سرقت خود داری می ورزد. اگر اعاده عضو جایز باشد، این هدف شرع برآورده نمی شود. بنا بر این، اعاده عضو مقطوع جایز نیست یا حکم به جواز اعاده دست دزد و جانی باعث شجاعت و جرأت جنایتکاران و شرارت پیشگان بر انجام جرایم می شود و این هدف اقامه حد و قصاص یعنی بازدارندگی را از بین می برد و در نهایت بیان شد که عضوی که بر اساس حکم شرع دستور به جداسازی او به عنوان حد یا قصاص شده مقطوع منه نسبت به او حشش از بین رفته و دلیلی ندارد که حکم به جواز اعاده آن گردد. (شنقیطی، همان، ۴۱۹) باقی ماندن دست به صورت مقطوع، سارق را از ارتکاب دوباره سرقت باز می دارد. (دوادی، ۱۴۳۴ق، ۶۳)

تقریرات یاد شده از دلیل عقلی از سوی بسیاری از فقهای حنفی در مسأله مزبور مورد تأکید واقع شده است. تمامی صاحب نظران که مسأله یاد شده را طرح نموده اند، که مسأله در هنگاک ذکر دلیل عقلی منع، همان بیانها را داشته اند؛ از قبیل اینکه اعاده عضو سارق پنهان نمودن و پوشاندن جرم بزرگ دزد است و شریعت در صدد رسوایی دزد است یا حکمت از ایجاب حد و قصاص جلوگیری از تکرار جرم و پند و ردع دیگران از ارتکاب جرم مانند جرم وی است یا اعاده عضو نوعی استثنا بر حکم شارع است و اینکه اعاده عضو از مصادیق تغییر در خلقت الهی است. (شققاء، همان) و (جمعی از مولفان ۱۴۳۶ه، ۸۷) برخی علاوه بر بیانهای مذکور، افزوده اند که خداوند در مسأله حرا به دستور به قطع دست و سپس پا داده که به م معنای عدم دست است. (طیار و... همان ۳۹ و منیع همان، ۱۵۴۱)

فقهای امامیه نیز بر منع اعاده عضو به دلیل عقلی استناد و بیان کرده اند که جواز اعاده عضو مقطوع موجب نقض غرض و باعث فوت حکمت قطع دست و ناقض غرض از تشریح حد است که همان ردع و جنبه بازدارندگی باشد. به بیان دیگر، روح شریعت ایجاب می کند که پیوند و زرع عضو مقطوع منع و تحریم گردد؛ زیرا، مبنای شریعت پاسداری از نظام و سلامت جامعه اسلامی است و نظام و سلامت جامعه تأمین نمی گردد جز به تشریح مجازات های

بازدارنده که از جمله آن قطع است. این نکته حداقل ایجاب می‌کند که در جواز زرع عضو بریده‌شده در اثر حد اقل باید با احتیاط برخورد کرد. (سلامی، پیشین، ۱۹۵) از همین رو، برخی از فقها در پاسخ به این پرسش که عضو مقطوع در اثر اجرای حد و قصاص را می‌توان بار دیگر به صاحب عضو پیوند زد؟ فرموده‌اند پیوند دوباره عضو مقطوع، خلاف حکمت تشریح حد و قصاص است. (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ۵۶۷) رأی مزبور از سوی فقهای معاصر دیگر نیز مورد تأیید واقع شده و فتوا به عدم جواز اعاده انگشتان سارق پس از قطع آن به خاطر پندگیری دیگران داده‌اند و در مورد پیوند عضو مقطوع در اثر قصاص تردید نموده‌اند. (شیرازی مکارم، ۱۳۸۵، ش ۱، ۴۰۷) بیانه‌های عقلی که از سوی فقهای حنفی در منع اعاده عضو ذکر گردید، در ضمن عبارات دانشمندان امامیه نیز به نحوی بازگو شده است؛ از جمله استثنا بر حکم شارع، و نبود حق شرعی برای مقطوع منه، حکم شارع به قطع دست به جهت ارتکاب جرم که در نتیجه باید به نحو همیشه از بدن جدا باشد و حکم شارع به (حسم) روغن داغ نمودن دست بریده‌شده جهت مسدود ساختن منافذ خون، تقویت استكمال حد در اعاده دست به ویژه پس از حکم شارع به تعلیق دست در گردن سارق، نقص در کیفر و عذاب که در آیه شریفه والسارق والسارقه ذکر شده، و میته بودن عضو جداشده از بدن و نجاست و مانعیت آن در نماز، نفی مماثلت و همانندی در شین و عیب در قصاص و... از بیانات عقلی برای منع پیوند اعضای بریده‌شده در اثر اجرای حد و قصاص ذکر شده است. (تسخیری، همان ۱۴۸۰)

۱-۴. استدلال به ارتکاز عرفی

از دلایل منع اعاده عضو در منابع فقه جعفری فهم مرتکز در ذهن عرف ذکر شده است که فهم عرفی بریده بودن دست به صورت ابدی است و این برداشت اجمالی از مطالبی است که در روایات راجع به مقدار و شرایط حد و همه ای کسانی روایات را بخواند به این برداشت می‌رسد و چنین معنایی از روایات در اذهان تبادر می‌کند و بر تفصیل و جزئیات آن مطلع می‌شود؛ مانند تحدید دقیق موضع حد، مقدار سرقت؛ مثلاً ربع دینار بودن، سرقت از حرز بودن، نبود جایگزین و بدیل برای حد از تعزیر و حبس، عدم جواز زیاد و کم نمودن برحد قطع و بسیاری از تفصیل که در روایات ذکر گردیده است. بر علاوه روایاتی وجود دارد که اسم (سارق) بر هر کسی صادق است که از مسلمان چیزی را بدزدد و او نزد خدا سارق است؛ ولی دست او قطع نمی‌گردد تا زمانی که مقدار مال دزدی شده به ربع دینار نرسیده باشد. روایات بسیار در خصوص نصاب دزدی، اقرار به دزدی و... ذکر شده که تعلیل موجود در آنها نشان

می‌دهد که دست دزد برای همیشه باید بریده بماند، جز اینکه براین برداشت خرده گرفته شود که تعلیل موجود در روایات در زمان صدور روایات صدق می‌نماید؛ زیرا، بحث زرع و کشت اعضا در آن زمان ناشناخته بود. نویسندگان امامیه پس از ذکر پاره‌ای از روایات اظهار داشته‌اند که هرچند از هریک روایات به تنهایی نمی‌توان این برداشت عرفی را به دست آورد که بریده بودن دست به صورت ابدی باشد؛ ولی از مجموع روایات وارده می‌توان به این مطلب دست‌یافت که دست مقطوع در اثر اجرای حد تا ابد بایست به شکل بریده و مقطوع باقی بماند. (سلامی همان، ۱۸۶-۱۸۹) در جای دیگر افزوده‌اند که عرف باتوجه به مناسبات حکم و موضوع برداشت دارد که حکم به وجوب قطع دست به خاطر سزا و کیفر سرقت، مناسب این است که قطع دست ابدی و همیشگی باشد. البته این همان استدلال گذشته است و امر تازه ای نیست فقط می‌توان از این بیان، احتیاط را در اجازه دادن زرع عضو قطع شده در اثر حد استفاده کرد. (همان، ۱۹۶)

۱-۵. استدلال به اجماع فقهی

در منابع فقه جعفری به نقل جواهر الکلام از خلاف و تنقیح و... نقل اجماع بر عدم جواز پیوند عضو پس از اجرای قصاص ذکر شده است. مثلاً در مورد قصاص جانی آمده که "هرگاه گوش جانی بریده گردد و جانی گوشش را دوباره بچسپاند و گوش جوش خورده و بچسپد، معنی علیه می‌تواند قطع و جدانمودن گوش را مطالبه نماید" و از شافعی نقل نموده که وی نیز گفته "جانی حق ندارد گوشش را دوباره بچسپاند و حاکم موظف است که جانی را بر قطع گوش مجبور نماید؛ زیرا، حامل نجاست است و دلیل اجماع و روایات است" در تنقیح نیز آمده "که اگر جانی گوشش را چسپاند باید گوش را برکنند و در این مسأله خلاف نیست" اختلاف در علت برطرف کردن گوش است. برخی علت آن را برابری در عیب گفته و برخی علت را میته بودن ذکر نموده‌اند و به دنبال این اختلاف در علت این مسأله نیز مطرح گردیده که اگر جانی گوش را دوباره برطرف نساخت، بنا بر نظر دوم که علت عدم جواز پیوند را میته بودن می‌دانست، برامام لازم است که گوش را زایل سازد؛ زیرا، شخص حامل نجاست می‌باشد. و نماز با نجاست صحیح نیست. (تسخیری، همان، ۱۴۸۰)

۲. دلایل نظریه‌ی جواز پیوند عضو مقطوع (نظریه دوم)

طرفداران جواز اعاده عضو نیز دلایلی ذکر نموده‌اند از نظر گروهی از احناف اعاده عضو مقطوع در حد مطلقاً جایز و در قصاص به شرط رضایت مجنی علیه جایز است. دلایل این عده عبارتند از:

۲-۱. اباحه‌ی شرعی

به صرف قطع و بریدن دست حد اجرا و تطبیق می‌گردد و بدین ترتیب، دستور شریعت مبنی بر بریدن دست اعمال گردیده و سایر مسایل بر اصل اباحه شرعی باقی است.

۲-۲. عدم سلطنت حاکم

حاکم پس از تنفیذ حد هیچ سلطه و قدرت بر محدود ندارد و هرگاه سارق یا محارب اقدام به اعاده دست یا پای خود به واسطه عمل جراحی نماید حاکم حق دخالت در امور وی را ندارد. همان‌گونه که حق ندارد از ترکیب و آمیختن دست یا پای مصنوعی محدود را منع نماید. پس وقتی حاکم حق نداشته باشد که از ترکیب دست و پای مصنوعی نسبت به محدود دخالت کند، به طریق اولی حق دخالت و جلوگیری از پیوند و کشت عضو مقطوع در اثر حد و قصاص را پس از تطبیق حد و قصاص ندارد. (جامعه اسلامی امام محمد بن سعود، ۱۴۳۶ هـ، ۸۸)

۲-۳. تحقق هدف اجرای حد

از آنجا که تمام اهداف و مقصود از برپایی حد همانا درد رساندن، زجرآوری، رسواساختن، آبروریزی و بی‌اعتبار کردن مجرم است با اقامه حد شرعی اهداف نام برده شده تحقق می‌یابد و هدف و مقصود دیگر در کار نیست.

۲-۴. اجرای قاعده‌ی اولویت

نقل و زرع عضو، از یک انسان به انسان دیگر، جهت نجات جان انسان دیگر، جایز است. وقتی پیوند عضو انسانی به انسان دیگر، جهت نجات جان او جایز باشد، اعاده عضو مقطوع به طریق اولی باید جایز است.

۲-۵. سقوط حد در اثر توبه

مطابق نظر جمع زیادی از علما، توبه تمام حدود حق الهی را ساقط می‌کند و محدود نیز توبه نموده و با توبه حد ساقط و وجهی برای مجازات و عقوبت وی وجود ندارد و جایز نیست که دوباره برای نوبت دوم عضو او را قطع نمود.



۲-۶. همسان‌بودن پیوند با رویش عضو

بنا بر نظر راجح میان فقها، اگر دندان یا انگشت پس از قصاص یا حد دوباره برآید، کسی حق ندارد که دندان یا انگشت رویده شده را مجدداً قطع نماید. زیرا، آنچه رویده نعمت جدیدی از سوی خداوند است و مجنی علیه حق کندن دوباره آن را ندارد و عضوی رویده از نو در حکم عضو مقطوع و برکنده شده نیست و همانگونه که بریدن چنین عضوی (عضو رویده از نو) مشروع نیست، بریدن عضو مانند دست پس از پیوند و کشت دوباره پس از حد نیز جواز ندارد.

۲-۷. وجود مصلحت و ضرورت

بدون تردید اعاده دست یا غیر آن، دارای مصلحت ضروری است و این مصلحت با مصلحت نصوص شرعیه‌ای که دستور به تطبیق حدود و قصاص داده، تعارض ندارد؛ زیرا، نص شرعی اعمال و تطبیق گردیده و نصوص شرعی نسبت به بعد از تنفیذ حد و قصاص ساکت و حکمی بیان نکرده است.

۲-۸. تسامحی بودن حدود

حق الله مبتنی بر درء، اسقاط و مسامحه است، برخلاف حقوق آدمی که مبتنی بر دقت و احتیاط است، تسامح و تخفیف در حق الله ایجاب می‌کند که پس از تطبیق حد، حکم به جواز اعاده عضو مقطوع گردد؛ زیرا، هدف از اجرای حد یعنی ردع و زجر مجرم، تحقق یافته و منع پیوند عضو تحمیل مجازات زاید و خلاف تسامح و تخفیف در مجازات مربوط به حق-الله است. (طیار، عبدالله بن محمد و...، ۱۴۳۳ه، ۴۰)

۲-۹. فقدان دلیل بر منع پیوند عضو

اعاده دست یا هر عضو مقطوع در اثر اجرای حد امری بیهوده و بی‌ارزش یا حقه بازی و نیرنگ نسبت به احکام شریعت نیست. زیرا، عبث و پوچ، تعطیل تطبیق شریعت است و مشکل نجاست هم وجود ندارد؛ زیرا، تطهیر دست از نجاست پیش از ترکیب عضو ممکن است.

۲-۱۰. شمولیت رحمت خداوند

ملاحظات انسانی، گذشت، مدارای اسلامی و رحمت خداوند، ایجاب می‌کند که اعاده دست بریده شده در اثر اجرای حد تجویز گردد. منع و تحریم پیوند عضو مقطوع با روحیه ای مدارا آمیز اسلامی سازگاری نداشته و برخلاف ملاحظات انسان دوستی اسلام است. (شنقیطی، همان، ص ۴۱۹-۴۲۱)



دلایل مزبور مورد تأکید فقهای دیگری از اهل سنت نیز بوده آنان نیز عین همین دلایل را با اندکی تفاوت در تعابیر به عنوان مستندات قول به جواز پیوند عضو مقطوع در حد و قصاص ذکر نموده‌اند؛ مانند تطبیق اعمال نص شرعی دستوردهنده به اجرای حد به مجرد قطع و بریدن و بقای سایر موارد بر اصل اباحه شرعیه، قاعده عدم جمع بین حد و ضمان مال مسروق، عدم سلطنت حاکم بر محدود پس از اجرای حد، تحقق اهداف معنوی و مادی حد، جواز زراعت عضوی از انسان برای نجات جان انسان دیگر و اولویت اعاده عضو مقطوع، سقوط حدود در اثر توبه، قیاس بر مورد رویدن دندان یا انگشت جدید پس از حد و قصاص، وجود مصلحت ضروری در اعاده دست، بنای حق الله بر درء و اسقاط و مسامحه، نبود حيله و نیرنگ و بیهودگی در اعاده دست نسبت به احکام شرعی و... دلایلی هستند که بسیاری از فقهای حنفی و اهل سنت بر آن صحه گذارده‌اند. (زحیلی، همان، ۱۵۱۷-۱۵۱۹) و (طیار و... همان، ۴۰) برخی دیگر نیز دلایل جواز اعاده عضو مقطوع در اثر اجرای حد را به صورت مطلق، فقدان دلیل قطعی بر منع اعاده عضو مقطوع در اثر حد دانسته و بیان کرده‌اند که دلیلی بر منع یافت نشده و اعاده مباح است به جهت استصحاب اصل اباحه، عدم سلطنت حاکم بر محدود پس از تنفیذ حد و تحقق حکمت مادی و معنوی اقامه حد، وجود مصلحت ضروری در اعاده عضو مقطوع و عدم تعارض آن بانصوص شرعی دستوردهنده به برپایی حد مورد تأکید قرار داده‌اند. (جمعی از مولفان، همان، ۸۸)

دلایل یادشده در منابع فقه حنفی بر جواز اعاده عضو مقطوع را تکرار شده، فقط برخی دلایل دیگری افزوده‌اند که از جمله دلیل روایی که قتاده بن نعمان در روز احد چشمانش برگونه هایش افتاد و پیامبر (ص) آنرا برگرداند یا دواعی و انگیزه‌های فراوان است که باعث ترخیص و جواز اعاده می‌گردد. با این توضیح که انسان فاقد عضو، ضرر زیاد می‌بیند و برای انسان دفع ضرر مشروع است. چون قواعد فقهی متعدد بردفع ضرر وجود دارد؛ از جمله قاعده (الضرر یزال) افزون بر آن بازنگرداندن عضو جداشده سبب درد حسی و نفسی ون وعی حرج است. پس زرع عضو جداشده و اعاده آن، از جسد مشقت را دفع و حرج وارده بر انسان را زایل می‌سازد. زیرا، حرج در شریعت مرفوع است و در نهایت وقتی بریدن عضو و جداکردن آن در صورت نیاز جایز باشد، رد و برگرداندن آن در صورت حاجت به طریق اولی باید جایز باشد. (شققاء، همان، ۸)



برخی از دانشمندان امامیه نیز به نقل دلیل جواز پیوند عضو مقطوع در اثر اجرای حد یا قصاص پرداخته و تمسک به اصل اباحه را از دلایل طرفداران جواز ذکر نموده که وجود دلیل بر منع ثابت نشده است و اصل اباحه است و توضیح داده‌اند که دستور شارع بر قطع عضو با بریدن عضو امثال می‌گردد. زیرا، امر به طبیعت (قطع) تعلق گرفته و مطابق قاعده اصولی طبیعت با تحقق یک فرد از افرادش در خارج تحقق می‌یابد و امر ساقط می‌شود. (تسخیری، همان، ۱۴۸۱) از نظر برخی فقهای جعفری، روایات مورد استناد بر منع از نظر سندی ضعیف-اند و استدلال بر اجماع هم به دلیل منقول بودن، قابلیت استناد ندارد و منع پیوند به خاطر نجاست عضو مقطوع نیز موضوعاً مردود است؛ زیرا، عضو جدا شده بابتن و جسم زنده پیوند می‌خورد و موجود زنده می‌گردد و به همین جهت فتوا داده شده که جدا کردن مجدد عضو پس از پیوند و زنده شدن جواز ندارد. (همان)

۱۱-۲. تعلق امر به طبیعت و تحقق آن به صرف وجود

استدلال به قاعده اصولی (تعلق امر به طبیعت و تحقق آن به صرف وجود) در منابع فقه جعفری از دلایل طرفداران جواز پیوند عضو بارها تکرار شده است و گفته شده که آنچه از دستور و امر خداوند به قطع عضو (فاقطعوا) به خاطر حد، مانند دستور آیه شریفه در مورد بریدن دست دزد «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ» (مانده، ۳۸) استفاده می‌شود که بریدن و جدا نمودن دست دزد است و بابریدن دست دزد امر به قطع اطاعت و تحقق می‌یابد؛ زیرا، امر به طبیعت تعلق می‌گیرد و طبیعت به صرف وجود تحقق می‌یابد در نتیجه بابریدن دست دزد امر اطاعت گردیده و اعاده عضو قطع شده بار دیگر و بریدن مجدد آن در صورت پیوند یافتن عضو از قبیل امثال بعد از امثال است که امثال پس از امثال باطل است بنابراین دلیلی بر منع پیوند وجود ندارد. (سلامی، همان ۱۷۲)

۱۲-۲. اکتفا به قدر متیقن

فقهای جعفری دلیل دیگری نیز بر جواز پیوند عضو مقطوع ذکر نموده‌اند که کفایت به مقدار یقینی باشد. به این بیان که در برخورد با عضو شخص در مسأله سرقت قدر متیقن، جواز تعرض به جسم غیر محدود به قطع عضو است، بیشتر از قطع عضو و منع پیوند عضو مقطوع تصرف و تعدی اضافه و مشمول ادله حرمت تعرض به جسم غیر است و حداقل موجب شک و تردید می‌شود که منع پیوند شاید تعرض به شخص دیگر باشد. مقتضای استصحاب بقای حرمت تعرض به غیر است. زیرا، مقتضای استصحاب حرمت تعرض به جسم غیر که قبل از سرقت

وجود داشت پس از قطع عضو در اثر حد و قصاص همان حرمت تعرض به جسم غیر ثابت است و در نتیجه جلوگیری از پیوند جایز نیست. (خرازی، ۲، ۱۴۲۳، ۳۸۶)

خلاصه استدلال مزبور این است که دلایل ارایه شده نمی‌تواند ممنوعیت پیوند عضورا اثبات نماید؛ زیرا، بابریدن دست جانی در اثر حد و قصاص دستور و امر اطاعت شده و پیوند مجدد آن براساس اصل اباحه به قوت خود باقی است و بزرگان اهل سنت مانند زحیلی همین استدلال (اصل اباحه) را مطرح و فقط موردی را استثناء نموده است که پیوند عضو به عنوان یک پدیده عام و فراگیر گردد که باعث جرأت و گستاخی دزدان و محاربین گردد که در آن صورت نمی‌توان به اعاده عضو مقطوع فتوا داد. (همان، ۱۴۸۱-۱۴۸۲)

استدلال به قاعده اصولی مذکور به مذاهب حنفی، حنبلی، اکثریت مالکیه و شافعیه نسبت داده شده است که همه‌ی مذاهب مزبور پذیرفته‌اند که تطبیق و تنفیذ امر با امثال مضمون امر با یکبار اجرا، تحقق می‌یابد زیرا، امر مطلق دلالت بر تکرار ندارد و امر به صورت مطلق صرفاً بر طلب ماهیت فعل مأمور به و ایجاد آن در خارج دلالت دارد، بدون اینکه بیان و اظهاری نسبت به یکبار یا تکرار داشته باشد و شخص بایکبار امثال برائت می‌یابد. پس هرگاه حد و قصاص تطبیق و اجرا شد مثلاً دست دزد بریده شد یا از جانی همانند جنایتی که نموده بود قصاص صورت گرفت دستور قرآن به قطع دست امثال شد و ذمه حاکم از تطبیق حد بر جنایتکاران برائت یافته و دیگر کسی پس از آن جانی را تعقیب نموده که نسبت به دست خود یا هر عضوی از اعضای خود چه کار می‌کند؟ و چنین تعقیب و مراقبت شرعاً مطلوب نبوده و احدی از فقها بدان اشاره نکرده است. (زحیلی، همان، ۱۵۱۲).

۲-۱۳. روایات جواز پیوند عضو

در فقه امامیه فقها به روایاتی نیز مبنی بر عدم جواز پیوند عضو مقطوع در اثر اجرای حد استدلال نموده‌اند؛ از جمله روایات روایت صحیح‌ه محمد بن قیس از ابی جعفر (ع) است: «قضی امیرالمؤمنین (ع) فی السارق اذا سرق قطعت یمینه، واذا سرق مره اخری قطعت رجله الیسری، ثم اذا سرق مره اخری سجنه، و ترکت رجله الیمنی لیمشی علیها الی الغائط، و یده الیسری یا کل بها و یستجعی بها، فقال: انی لاستحیی من الله ان اترکه لاینتفع بشئ، و لکنه اسجنه حتی بالسجن یمت بالسجن» امیر مؤمنان در باره‌ی دزد چنین قضاوت کرد که در مرتبه نخست دست راست وی قطع می‌شود، در مرتبه دوم پای چپ وی قطع می‌شود و در مرتبه سوم زندانی می‌شود پای راست او قطع نمی‌شود تا بتواند با آن برای اجابت مزاج برود دست چپ او هم قطع نمی‌شود تا بتواند با آن غذا بخورد و استنجا کند. (طوسی، ۱۴۰۷، ۱، ۱۰۳) روایت مزبور از نظر دلالتی ظهور

در این دارد که اجرای حد سرقت به این می انجامد که انسان در مرتبه اول دست راست نداشته باشد و در مرتبه دوم پای چپ نداشته باشد و دست چپ را باید باقی گذاشت تا به واسطه آن غذا بخورد و پای راستش را قطع نکند تا بتواند با آن راه برود و به همین جهت امام (ع) از خداوند خجالت می کشد که بعد از این اقدامات دست و پای باقی مانده را قطع کند به گونه ای که دزد از هیچ چیزی نتواند استفاده کند. (خرازی، همان، ۳۸۷)

به بیان دیگر اینکه امام (ع) فرموده: «ترکت رجله الیمنی یمشی علیها الی الغائط، ویده الیسری یا کل ویستجی بها» دلالت واضح دارد که قطع پا سبب می شود که دزد قدرت راه رفتن را از دست بدهد و بریدن دست سبب از دست دادن غذا خوردن و استنجا می گردد علاوه بر اینکه اجرای حد قطع سبب می شود که دزد به شکلی درآید که برای وی دست و پا وجود نداشته باشد. پاسخ روایت مزبور این است که روایت ناظر به حد سرقت به حکم اولی است و روایت هیچ نظری به صورت ترمیم برخی از اعضا در اثر پیوند ندارد به ویژه که چنین صورت (ترمیم اعضا) ناشناخته است. در نتیجه روایت اطلاق ندارد. خلاصه حد سرقت سبب کیفیت مذکور به طبع اولی می گردد و منافاتی با جواز تغییر وضعیت کسی (که بر وی حد تطبیق شده)، از طریق پیوند ندارد؛ هر چند روایاتی فراوانی در ترتیب حد سارق و سارقه وجود دارد که عبارت از قطع دست در مرتبه اول و سپس قطع پا و سپس حبس ابدی و...

روایت دیگر خبر محمد بن سنان که در عیون با اسانیدش از رضا (ع) در مورد علل برخی از امور نگاشته است و در آن آمده: «عله قطع الیمین من السارق لانه یبأشر الاشیاء غالباً بیمینه، و هی افضل اعضائه و انفعها له، فجعل قطعها نکالا و عبره للخلق لئلا یتغو اخذ الاموال من غیر حلها» و (علت بریدن دست راست دزد این است که در بیشتر موارد، کارها را با دست راست انجام می دهد و دست راست برترین و سودمندترین اعضا است و خداوند بریدن آن را مایه عبرت دیگران قرار داده تا به فکر سرقت اموال مردم نیفتند) (ابن بابویه، ۱۳۷۸ ق، ۲، ۹۶) کیفیت دلالت عبارت: و هی افضل اعضائه و انفعها له ظهور در این دارد که بریدن دست دزد به جهت محروم نمودن وی از منافع این عضو برتر است؛ چنان که جمله فجعل قطعها نکالا و عبره للخلق، در صورتی محقق می شود که هم چنان اثر بریدن دست باقی باشد تا مایه عبرت دیگران باشد و گرنه مایه عبرت نخواهد بود و تنها برای کسانی که در هنگام بریدن دست دزد حاضر بوده اند یا این داستان برای شان نقل شده عبرت انگیز خواهد بود؛ ولی برای همه کسانی که با وی رفت و آمد دارند، مایه عبرت نخواهد بود. (همان، ۳۸۸)

منع پیوند مجدد عضو را از این قسمت روایت استفاده نموده‌اند که چرا دست راست دزد بریده شود و امام (ع) فرموده: «لانه ییاشر الاشیاء بیمینه، و هی افضل اعضائه و انفعها له» زیر، قطع نافع‌ترین و سودمندترین دست اشاره دارد که قطع و بریدن دست به صورت همیشه است تا شخص از سودمندترین اعضایش محروم گردد. همین‌طور از این بخش سخن امام (ع): «و لانه اکثر مایاشر السرقه بیمینه» فهمیده می‌شود که بریدن دست سارق باعث محرومیت وی از چیزی است که بیشترین سرقت با او انجام می‌شود اگر مقصود فقط جداکردن دست بود نه محرومیت دائمی، فایده نداشت که امام (ع) این علت‌ها را بیان نماید و فرقی میان قطع دست راست و چپ نبود.

از روایات دال بر منع پیوند روایتی از امام رضا (ع) است که فرموده: «آدمی آن قدر دزدی می‌کند تا بهای دیه دستش برابر شود، در این هنگام خداوند دزدی او را بر ملا می‌کند» این روایات را از واضح‌ترین روایات منع وصل و پیوند عضو دانسته‌اند. زیرا، در روایت امام (ع) مثنی سرقت را خود دست قرار داده، نه قطع و بریدن دست، و استیفای این مثنی انجام نمی‌شود، جز با از دست دادن دست به صورت دائمی؛ بلکه قراردادن سرقت به عنوان ثمن به مقدار دیه در روایت در دلالت واضح‌ترین است؛ ولی روایت ضعیف است و به خاطر مرسله بودن قابلیت استدلال ندارد؛ ولی در عین حال، روایت می‌تواند قرینه برای فهم و معنای آیه حد سرقت باشد، که در آن آمده: «جزاء بما کسبا» بر اینکه جزا و ثمن آنچه را که شخص از طریق سرقت کسب نموده است بریدن دست به صورت دائمی است؛ نه صرف بریدن فقط. این روایت و سایر روایات می‌تواند مؤیدات مطالبی باشد که در گذشته از آیه حد سرقت استظهار گردید. (سلامی، همان، ۱۸۳-۱۸۵)

اولاً روایت مزبور به خاطر محمدبن سنان تضعیف شده است و ثانیاً آنچه در روایت ذکر شده از باب حکمت حکم است؛ نه علت حکم و تخلف از حکمت حکم مانند پیوند در مواردی منع ندارد. بر علاوه، تخلف از حکمت حکم زیاد اتفاق نمی‌افتد؛ زیرا، آثار بریدن دست به صورت کلی از بین نمی‌رود، تاپند و عبرت آموزی از اساس و به طور کلی از بین برود و ثالثاً بریدن دست، و لو اثر بریدن باقی نماند، نیز جنبه عبرت‌آموزی دارد. پس از اینکه گروهی از مؤمنان بریدن دست را دیده و به دیگران گزارش نمایند، در پند و عبرت‌آموزی بریده بودن دست و باقی بودن دست به شکل مقطوع، لازم نیست همانگونه که خداوند گروهی از بنی اسرائیل را که در روز شنبه نافرمانی و گناه کردند ما این مجازات را درس عبرتی برای مردم

آن زمان و نسله‌ای بعد از آن زمان و اندرزی برای پرهیز کاران قراردادیم تعالی و لقد علمتم الذین و... « بقره، ۶۵ و بسیاری از داستانهای قرآنی که بدین گونه است این داستانها و قصص به اقوام گذشته برمی‌گردد به ولی باهمه‌ی اینها عبرت برای باقی ماندگان است.

لیکن انصاف این است که روایتی را که در آن تنبیه، عبرت‌آموزی، هشدار و اخطار بر محرومیت سارق از دست راستش که معمولا با اشیا در تماس است؛ هرچند از باب حکمت باشد؛ نه علت؛ ولی حکمت مانند علت در توسعه است، نه در توضیح و در نتیجه روایت نفی نمی‌کند قطع دستی را که در آن حکمت حکم وجود نداشته و حکمت را در پی ندارد. (همان، ۳۸۹)

از جمله روایات دال بر منع پیوند روایت سماعه از امام صادق (ع) است: «اتی امیرالمؤمنین (ع) برجال قد سرقو فقطع ایدیهم ثم قال ان الذی بان من اجسادهم قد یصل الی النار فان تتوبو تجروها والا تتوبو تجرکم.» عده دزدی کردند و به محکمه امیرالمؤمنین (ع) آورده شدند و حضرت دست آنها را قطع کرد. سپس فرمود این داستان که قطع شد به آتش رفت اگر توبه کردید، این دستتان را از آتش در می‌آورید و در قیامت با دست سالم وارد بهشت می‌شوید و اگر توبه نکردید این دستی که به آتش رفت شمارا هم به دنبال خودش به آتش می‌برد. (ابن بابویه، ۱۳۸۵، ۲، ۵۳۷) و شاید کلمه (قد) برای (توقع) یعنی چشم‌مداشت، انتظار و پیش‌بینی باشد؛ مانند اینکه گاهی گفته می‌شود: «قد یقدم الغائب الیوم.» یعنی انتظار است که فرد غایب بیاید یا کلمه (قد) برای (تحقیق) باشد؛ مانند آیه: «قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ» یعنی نگاه‌های انتظار‌آمیز تو را به سوی آسمان می‌بینم. (بقره، ۱۴۴) با ادعای اینکه ظاهر سخن امام صادق (ع) که فرموده: «ان الذی بان...» یعنی آنچه را از عضو جدا شده، پایان یافته و فیصله یافته برای دفن و انتظار داخل شدن اعضا در آتش پیش از داخل شدن صاحب اعضا به گونه‌ای که هرگاه صاحب اعضا توبه نماید اعضا را به سوی خود کشانده و از آتش بیرون می‌سازد و اگر صاحب اعضا توبه نکند اعضا صاحبش را به آتش می‌کشاند و این سخن باجواز پیوند اعضا قابل جمع نیست؛ زیرا، در صورت پیوند اعضا در داخل شدن به آتش پیش از داخل شدن صاحب آن پیشی نمی‌گردد، تا صاحب آن، به اعضا نپیوسته و اعضا به دنبال صاحب خود نیاید و لکن احتمال دارد که مقصود تقدم و پیشی گرفتن اعضا بر صاحب در روز قیامت در داخل شدن به آتش باشد که باتوبه اعضا به صاحب خود برمی‌گردد و در صورت عدم توبه صاحب آن به اعضا می‌پیوندد.



مؤید جواز ترقیع و پیوند روایت مرفوعه از علی (ع) است که دست اقرارکننده به دزدی را پس از قطع پیوند زد، و این به جهت و سبب ایمان اقرارکننده به ولایت بود و مانند این روایت مرسله یعدان بن مسلم از علی (ع) است که آن حضرت پس از بریدن دست گروهی از دزدان فرمود: «ان تتوبو و تصلحو فهو خیر لکم یلحقکم الله بأیدیکم فی الجنة، و ان لا تفعلو یلحقکم الله بأیدیکم فی النار»

روایت دیگر که به صورت مرسله نقل شده که علی (ع) دست دزدی اقرارکننده را برید. دزد در حالی که دست بریده خود را حمل می نمود، شروع به مدح و ستایش امیر المؤمنین (ع) می کند امام حسن و امام حسین علیهما السلام درحالی که در مسیر عبور می نمودند، سخنان دزد را می شنوند و امیرالمؤمنین (ع) را از سخنان آگاه می سازند علی (ع) شخصی را به سوی او فرستاد و فرمود به او بگو هم اکنون نزد من بیاید. فرستاده علی (ع) نزد غلام سیاه رفت و پیام علی (ع) را رساند او با کمال شور و شوق به حضور علی (ع) آمد، علی (ع) به وی فرمود من دست تو را قطع کردم ولی تو از من مدح می کنی؟ غلام سیاه عرض کرد ای امیر مؤمنان! مرا با اجرای حد الهی پاک ساختی پیوند دوستی با تو در گوشت و استخوانم آمیخته است اگر تو مرا قطعه قطعه کنی از حب قلبی که به تو دارم ذره ای نمی کاهد! علی (ع) برای وی استمداد و دعا کرد و انگشتان قطع شده او را به محل قطع گذاشت و از خدا خواست که دست او به حالت اول برگردد دعای علی (ع) مستجاب شد و دست غلام سیاه موزون شده و به صورت اول سالم گردید.

این روایت، گذشته از ضعف سندی که گاهی به صورت مرسله و گاهی به صورت مرفوعه نقل شده، در متن، چیزی وجود دارد که با مذهب اهل بیت (ع) مخالف است و عبارت از قطع دست دزد از مجب باشد و از همین جهت احدی از فقها در حکم اقرار به سرقت به این روایت عمل ننموده اند.

روایت مزبور حد اکثر دلالت بر جواز پیوند پس از قطع به اذن امام (ع) پس از ثبوت سرقت با اقرار دارد و شاید بدین جهت باشد که امام (ع) حق عفو را از حد در ثبوت حد، توسط اقرار دارد، نه موردی که حد با بینه ثابت شده باشد، و این مطلب را که امام حق عفو در مورد حدی دارد که با اقرار ثابت شده باشد: «قال حدثنی بعض اهلی ان شابا اتی امیرالمؤمنین (ع) فافر عنده بالسرقة قال! فقال له علی (ع) انی اراک شابا لا بأس بهیئتک، فهل تقرأ شیئا من القرآن قال! نعم سورة البقره فقال! فقد وهبت یدک لسوره البقره قال! و انما منعه ان یقطعه لانه لم تقم علیه



البینه.» و دیگری روایت مرسله ابی عبدالله برقی.... است: «قال جاء رجل الى اميرالمؤمنين (ع) فافر با السرقة فقال اميرالمؤمنين (ع) اتقرأ شيئا من كتاب الله قال نعم سورة البقره قال: قد وهبت يدك لسوره البقره قال! فقال الاشعث آتعتل حدا من حدود الله تعالى؟ فقال و مايدريك ماهذا، اذا قامت البينه فليس للامام ان يعفو و اذا اقر الرجل على نفسه فذلك الى الامام ان شاء عفا وان شاء قطع.» (طوسی، همان، ۱، ۱۲۷) این حدیث مطابق ادعای برخی از نظر سندی ضعیف ولی با شهرت و عمل اصحاب ضعف سندی آن جبران شده و براساس همین حدیث مشهور فتوا داده؛ ولی باقید توبه مقید نموده‌اند وقتی امام پس از اقرار و توبه از همان ابتدا حق عفو را داشته باشد، حق اذن به پیوند را پس از قطع به طریق اولویت داراست.

بایان مزبور می‌توان این تفصیل را داشت که در وصل عضو، میان اذن امام پس از اقرار و توبه و عدم جواز در صورت ثبوت حد با اقرار و عدم اذن در صورت ثبوت حد سرقت باینه تفاوت گذاشت. (سلامی، همان، ۱۹۳-۱۹۴)

روایت دیگر "امام صادق (ع) از پدرش امام باقر(ع) نقل نموده که در زمان امیرالمؤمنین (ع) شخصی قسمتی از گوش مرد دیگری را برید و آن دو به عنوان مرافعه و رفع خصومت به محضر علی(ع) آمدند حضرت دستور قصاص داد و به همان اندازه گوش فرد جانی را بریدند ولی شخص جانی آن قسمت بریده شده رازمانی که هنوز خون جاری بود پیوند زد و سرانجام گوش جانی خوب شد و به گونه‌ی بهبود یافت که اثری از قصاص در آن معلوم نبود شخص مجنی علیه دوباره به محضر امام شکایت کرد که گوش من ناقص ولی گوش جانی سالم است حضرت دوباره دستور قطع گوش جانی و دفن آن قسمت جداشده را داد تاجانی بار دیگر به پیوند آن اقدام نکند زیرا، قصاص به خاطر شین (بدی) و ننگ است که برای دیگران عبرت باشد و اگر بنا باشد جانی پس از قصاص اقدام به پیوند نماید، اثر قصاص از بین می‌رود.

روایت مزبور از روایات حسنه شمرده شده به دلیل وجود موسی خشاب در سند روایت و در مورد وی توثیق وارد نشده یا روایت موثقه است به خاطر ابن که وی ازعامه بوده و اصحاب به روایات وی عمل نموده‌اند روایت با عمل اصحاب جبران شده است برخی با این روایت برعدم جواز وصل و پیوند عضو مقطوع در حد استدلال نموده‌اند لکن این روایت اولاً ظهور در قصاص دارد و ثانیاً تعلیلی که در آخر روایت ذکر شده که منع پیوند به خاطر شین و مماثلت است و در حد مماثلت نیست و استدلال به اجماع در این مورد علاوه بر اختصاص به مورد

قصاص مدرکی است و مستند به روایت است یا به خاطر وجوب ازاله نجاست است، پس از اینکه حکم به میته بودن آن شده است. (تسخیری، همان، ۱۸۳)

۳. دیدگاه‌های تفصیلی (نظریه‌ی سوم)

گروهی در مسأله مزبور (پیوند عضو بریده‌شده در اثر اجرای حد و قصاص) میان عضو مقطوع در اثر حد و میان عضو مقطوع در اثر قصاص تفاوت قایل شده‌اند؛ این تفصیل به سه صورت ذکر شده است.

۱-۳. تفصیل میان رضایت و عدم رضایت مجنی علیه

اعاده عضو جداشده در اثر تنفیذ حد جایز نیست و اعاده عضو مقطوع در اثر قصاص هم جایز نیست جز در صورت رضایت مجنی علیه به اعاده پس از اجرای قصاص و همین‌طور اعاده عضو مقطوع در قصاص جایز است در صورتی که مجنی علیه هم اقدام به پیوند عضو آن نموده باشد. این نظر از سوی دکتر صدیق ضریر ارائه شده و تصمیم مجمع فقه اسلامی نیز عدم جواز پیوند عضو بریده شده در اثر اجرای حد همین است.

۲-۳. تفصیل میان حد و قصاص

تفصیل دیگر اینکه پیوند عضو قطع شده در اثر جایز نیست؛ اما در عضو مقطوع در اثر قصاص باید تفاوت گذاشت میان موردی که جانی مجنی علیه را از اعاده دست آن منع نموده باشد و میان موردی که جانی مجنی علیه را از پیوند منع نکرده باشد. اگر جانی مجنی علیه را از اعاده دست به هر روشی منع نموده باشد. برای جانی هم پیوند دست به خاطر معامله و مقابله به مثل جایز نیست. اما اگر جانی مجنی علیه را از پیوند دستش منع نکرده باشد و به او گفته باشد این دست مربوط به شماست آن را بازگردان و پیوند بزن و مجنی علیه در وضعی قرار داشته که می‌توانسته دست خود را پیوند زند. ولی از این کار خود داری ورزیده این کار او باعث نمی‌گردد که جانی نتواند عضو بریده خود را بازگرداند. (شحقاء، همان، ۹-۱۰).

۳-۳. تفصیل میان اثبات حد با اقرار یا شهادت

نسبت به عضو مقطوع در اثر حد، برخی این‌گونه تفصیل داده‌اند که اعاده عضو مقطوع در موردی که حدی توسط اقرار ثابت شده جایز است و در حدی که با شهود اثبات شده باشد، اعاده عضو جایز نیست؛ جز با چهار شرط که اول توبه سارق و محارب باشد؛ دوم اینکه حد از حق الله باشد که مبتنی بر مسامحه است؛ سوم حالات اعاده کم و نادر باشد تا باعث جرأت



جنایت‌کاران بر جرائم نگردد و چهارم سارق مال مسروقه را به صاحب آن برگرداند. دلایل این نظریه و تفصیل همان ادله نظریه دوم (جواز مطلق اعاده عضو) است. فقط نسبت به شرط دوم، ملاحظه است که تمام حدودی که در آن قطع عضو وجود دارد از جمله‌ی حق الله است و شما گفتید در حق الله پیوند جایز است؛ زیرا، حق الله مبتنی بر مسامحه است باید توجه داشت، که حدود از جمله‌ی حق الله است؛ ولی در صورتی که به سلطان و حکومت برسد مبتنی بر مسامحه نیست.

اعاده عضو در بحث قصاص مانند موردی که عضو فرد در اثر قصاص بریده شده باشد و صاحب عضو تصمیم بازگرداندن عضو خود را داشته باشد؛ سه نظریه فقها دارد: ۱. منع مطلق اعاده عضو؛ ۲. جواز مطلق اعاده عضو قطع شده در اثر قصاص و ۳. تفصیل.

نظریه نخست، اعاده عضو مقطوع را در اثر قصاص جایز نمی‌داند؛ بلکه اگر کسی عضو قطع شده را پیوند زند قطع دوباره آن عضو واجب است. این نظریه به دلایلی استناد نموده از جمله اینکه از حکمت‌های مشروعیت قصاص این است که قصاص باعث حیات امت و برابری در همانندی مجازات، شفای بدنی است که عضو آن عدوانا بریده شده است و اعاده عضو مقطوع در اثر قصاص باعث تفویت این حکمت‌ها و اهداف می‌شود. برعلاوه، اعاده عضو جانی پس از قصاص مفاسد و پیامدهای منفی فراوان دارد؛ مانند جرأت مجرمان بر جنایت به خاطر ایمن بودن از مجازات، کینه‌ورزی و بقای کینه‌ها. زیرا، وقتی مجنی‌علیه می‌بیند که جانی عضو او را برگردانده، خشمگین گردیده، چه بسا ممکن است عمدا جنایتی را وارده نموده و عضو پیوند داده شده را یکبار دیگر جدا نماید.

نظریه دوم معتقد است که پیوند عضو قطع شده در اثر قصاص مطلقا جایز است و مجنی‌علیه حق مطالبه قطع عضو را مجددا ندارد. این نظریه نیز دلایلی را برای اثبات نظریه خویش آورده از جمله اینکه در قصاص آنچه واجب است قطع عضو است و باقطع عضو مجنی‌علیه حق خویش را استیفا نموده و پس از آن حقی برای مجنی‌علیه وجود ندارد. برعلاوه، مجنی‌علیه این حق را دارا بود که عضو بریده شده خویش را در اثر جنایت جانی بازگرداند و اصل مساوات و مماثلت و همانندی اقتضا می‌کند که جانی نیز حق اعاده عضو قطع شده خود را در اثر قصاص داشته باشد. در نتیجه مساوات با همان قطع اول حاصل شده و پس از قطع اول نمی‌توان مردم رام لزوم به مساوات و برابری در معالجه جسم نمود.

دیدگاه سوم، تفصیل است که اعاده عضو مقطوع در اثر قصاص فقط در دو حالت جواز دارد: ۱. مجنی علیه نسبت به اعاده عضو مقطوع تمکن داشته باشد و بتواند عضو بریده خویش را پیوند دهد و ۲. مجنی علیه بعد از اجرای قصاص، به اعاده عضو مقطوع، اجازه دهد و مجمع فقه اسلامی در دوره ششم خود همین رأی را برگزیده و به تصویب رسانده است. دلایل تفصیل عبارتند: ۱. اینکه قصاص بر مماثلت و همانندی تکیه و تأکید دارد وقتی مجنی علیه عضو بریده شده خود را بازگردانده و عضو پیوندی در جای خود قرار گرفته باشد، واجب است که جانی را نیز به حالش رها نمود تا عضو خود را به جای خود برگردانده و پیوند دهد؛ این کار نه تنها اخلاقی به مماثلت و همانندی در قصاص وارد نمی‌کند؛ بلکه اتفاقاً با اصل همانندی در قصاص سازگار و هماهنگ است بر علاوه مجنی علیه حق استیفای قصاص داشته؛ وقتی مجنی علیه حق خود را استیفا نموده و برای جانی هم اجازه اعاده عضو را داده است، حق خویش را اسقاط نموده وقتی مجنی علیه مالک اسقاط قصاص از اصل باشد و بتواند قصاص را از اصل نادیده گرفته و جانی را عفو نماید در موردی که برای جانی اذن در پیوند عضو داده باشد؛ به طریق اولی این صلاحیت را دارا بوده و جانی چرا نتواند به اعاده عضو اقدام نماید. (جمعی از مولفان، همان، ۸۹-۹۳)

برخی از فقهای حنفی قایل به تفصیل شده‌اند: جواز پیوند عضو پس از اجرای قصاص و عدم جواز پیوند پس از اجرای حد. دلیل بدین قرار است که: قصاص بایکبار جداکردن عضو از جانی صورت می‌گیرد و هم جانی و هم مجنی علیه دراعاده عضو خود به واسطه اقدامات طبی آزاد هستند. مثلاً اگر جانی عضو خویش را اعاده نمود ولی مجنی علیه این کار را نمود مبنی بر این است که هر کدام هرگونه که بخواهند می‌توانند در جسم خود تصرف کنند و نباید خرده گرفته شود که عمل جانی (پیوند عضو) مخالف با مقتضای قصاص است و اگر برعکس مجنی علیه عضو خویش را پیوند می‌داد ولی جانی پیوند نمی‌کرد هم وضع همین بود این مسایل تاثیر بر قصاص نداشته و هر شخص می‌تواند در تداوی و معالجه ضرر جسم خویش هرآنچه را صلاح می‌داند برگزیند و برای ایجاد مساوات و برابری میان مردم در معالجه‌ی جسم خود راهی وجود ندارد اما اینکه در حد باید توقف نمود بستگی به این مطلب دارد که مقصود از حد شکنجه جانی با جدا نمودن عضو به تنهایی است یا مقصود از بین بردن عضو جانی بطور کلی است؟ اگر مقصود از حد فقط شکنجه‌ی جانی با جداکردن عضو باشد اعاده عضو جایز است و بنا بر احتمال دوم که هدف از بین بردن عضو جانی به طور کلی باشد؛ اعاده عضو

جایز نیست هر دو احتمال دلایل خود را دارد و نمی توان به یکی از دو احتمال قاطعانه نظر داد. (شفحاء، همان، ۱۴-۱۵)

برخی از مؤلفان اهل سنت ادعا نموده اند که ما چاره ای جز تفاوت گذاری میان حق الناس و حق الله نداریم و اظهار داشته اند که در صورت استیفای قصاص از عضو مانند چشم و دست نمی توان اعاده عضو را توسط عمل جراحی تجویز نمود؛ جز در صورت اجازه و رضایت مجنی علیه و عفو مجنی علیه. زیرا، در قصاص حق العبد (حق اشخاص) غالب است و قصاص هم مماثلت و همانندی است و میان جنایت و عقوبت (مجازات) شرط است که درسه چیز همانند باشد یکی در فعل دومی در مماثلت و همانندی در محل (جای و نام) و سوم همانندی در منفعت (صحت و کمال) مساوات در محل یعنی مجازات مورد نظر در قصاص نفس و اعضا باید خود همان عضوی باشد که جانی از بین برده است و به تفاوت دو عضو از نظر کوچکی و بزرگی توجه نمی شود؛ زیرا، رعایت نکردن همانندی یا مساوات از باب خشم، کینه، خون خواهی و انتقام را می گشاید یا اعتراض و نقد جارح را به جهت فقدان تساوی و عدالت میان جانی و مجنی علیه و در این فرض، معقول نیست که مجنی علیه پیوسته دارای یک چشم و یک دست باشد؛ بدین خاطر که اعاده عضو به سبب شرایط جنایت و قساوت ناشی از جنایت و گسستن سلول ها عضو و از بین رفتن آن از راست و چپ دشوار است؛ ولی جانی پس از قصاص این امکان را داشته باشد که عضو خود را به جای طبیعی آن برگرداند و مجنی علیه با چشم پر از غضب و خشم نظاره گر و خیره باشد و پیوسته به دنبال انتقام و تلافی. بلی اگر مجنی علیه جانی را عفو نماید خواه مجانی و خواه در برابر عوض برای جانی اعاده عضو مقطوع در اثر قصاص از طریق انجام عملیات جراحی جایز است. زیرا، مجنی علیه شرعاً بر اسقاط قصاص از اصل حق دارد وقتی مجنی علیه بتواند از اصل حق خود را در قصاص اسقاط کند و از قصاص بگذرد، به طریق اولی می تواند جانی را پس از قصاص عضو بخشیده و به جانی اجازه پیوند عضو را دهد. دلیل آیه شریفه است: «وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى» (بقره، ۲۳۷) و آیه «فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ» (بقره، ۱۷۸) «وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ» (مائده، ۴۵) اما در صورت تطبیق دو حد سرقت و محاربه (رهزنی) که هر دو از حق الله است و بریدن دست از مج و وپا از مفصل و مراعات ضوابط و شرایط شرعی استیفای حدود، پیوند عضو مقطوع جایز است. زیرا، حق الله مبتنی بر تسامح، اسقاط، رحمت و شفقت است. البته تفصیلاتی در مورد راه های اثبات جرم داده شده، مثل برخی جواز پیوند را

در صورت ثبوت حد با اقرار جایز دانسته و برخی گفته‌اند که اگر حق الله باشد، و جرم از طریق شهادت ثابت شده باشد، اعاده عضو جایز نیست و برخی هم گفته‌اند راه‌های اثبات جرم تأثیری بر مسأله ندارد و در مورد حد می‌توان رأی به جواز اعاده عضو مقطوع در اثر اجرای حد داد. (زحیلی، همان، ۱۵۱۴)

بعضی از فقیهان امامیه در پاسخ این پرسش که جنایتکار (جانی) یا قربانی و آسیب‌دیده جنایت (مجنی علیه) اگر بعد از قصاص عضو خود را اعاده نماید، آیا طرف مقابل حق دارد که عضو اعاده شده را از بین برده و برطرف نماید؟ و آیا می‌توان از ادله قصاص اطراف و اعضا استفاده نمود که جانی یا مجنی علیه حق زایل و نابودکردن عضوی را داشته باشد که جانب مقابل وی آن عضو مقطوع را پس از قصاص برگردانده و پیوند نموده است؟ ظاهر سخنان برخی از اصحاب این است که قصاص در اعضا به محض قطع و جداکردن تحقق می‌یابد؛ همان گونه که سبب قصاص عضو با جداکردن عضو تحقق می‌یابد، عبارات و سخنان نقل شده از فقهای امامیه اقتضا دارد که مجنی علیه مطابق قاعده بیشتر از بریدن گوش جنایتکار حقی ندارد؛ خواه جانی پس از قطع گوشش را پیوند بزند یا نه؟ و عکس نیز همین حکم را دارد و صرف جدا نمودن (ابانه) گوش مجنی علیه برای ثبوت حق قصاص بر جانی کافی است؛ خواه مجنی علیه پیش از گرفتن قصاص از جانی گوش خود را پیوند زده باشد یا نباشد. زیرا، صرف جداکردن گوش مجنی علیه برای ثبوت حق قصاص کفایت می‌کند.

نقد دلیل مزبور بدین قرار است که ظاهر آیه قصاص اطراف و اعضا (مائده، ۴۵) مقابله به مثل میان دو عضو است نه مقابله میان دو قطع و دو جداکردن؛ یعنی هر عضوی که از مجنی علیه گرفته و ناقص می‌شود در برابر آن همان عضو جانی از وی گرفته و ناقص می‌گردد. از این رو، قصاص به درد آوردن عضو جانی نیست، به خاطر اینکه جانی بر جسم مجنی علیه درد را وارد نموده است؛ بلکه قصاص به خاطر خود عضو و نقص عضو می‌باشد. از این رو، آیه دلالت بر حق ایراد نقص نسبت به جانی دارد به گونه‌ای که اگر مجنی علیه عضو خود را پیوند نماید؛ مجنی علیه این حق را دارد که بار دیگر عضو پیوند شده جانی را ناقص نماید. زیرا، حق مجنی علیه به عضو جانی تعلق گرفته و این بدین معنا نیست که مجنی علیه مالک عضو جانی باشد؛ بلکه بدین معنا است که مجنی علیه مالکیت سلب عضو و نقص عضو از جانی را دارد در نتیجه آیه صراحت در مقابله میان خود اعضا ی جانی و مجنی علیه دارد و اینکه چشم جانی در برابر چشم مجنی علیه، بینی جانی در برابر بینی مجنی علیه و گوش جانی در برابر گوش



مجنی علیه و... دارد آنچه از این جمله و ترکیب درآیه عرفا استظهار می گردد، بدلیت و مقابله میان جانی و مجنی علیه در مقام اخذ عضو و اعطای عضو است و اینکه اگر فردی چشم دیگری را گرفت و از او سلب نمود، دیگری هم حق دارد که چشم او را گرفته و از او سلب نماید، پس قصاص در اعضا قصاص خود اعضا منظور است وجودا و عدما و آنچه از عیب و نقص پدید می آید؛ نه صرف قطع و جداکردن عضو.

سخن مزبور دو نکته دارد: ۱. اینکه سبب و موجب قصاص تنها قطع و ابانه عضو نیست و سبب قصاص حدوث عیب و نقص از سوی جانی هم نیست؛ بلکه سبب و موجب قصاص نقص عضو به خاطر جنایت جانی است که مجنی علیه را مستحق قصاص می سازد. پس مجنی علیه تا زمانی که عضو آن ناقص است، سبب و موجب قصاص وجود دارد و مجنی علیه مستحق قصاص عضو جانی است. نکته دوم اینکه مقتضای قاعده این است که مجنی علیه حق قطع عضو دوباره جانی را دارد، هرگاه جانی عضو خود را پس از قصاص پیوند زده باشد. زیرا، قصاص مجدد در برابر عضو ناقص مجنی علیه است و مجنی علیه به مقتضای مقابله، حق ایراد نقص بر جانی را دارد. دو نکته مزبور، مختص به موردی است که پیوند و اعاده خود همان عضو مقطوع باشد نه عضوی بدن شخص دیگر یا عضو از جای دیگر بدن جانی. زیرا، پیوند چنین عضوی مانع از صدق ایراد نقص عضو اصلی نمی گردد که در برابر عضو مجنی علیه قطع شده است. بلکه این یک عضو جدید بوده که از متعلق حق مجنی علیه و از مقابله خارج است و این مانند حصول مال دیگری برای متلف است که مال شخصی را تلف نموده بود و ربطی به اشتغال ذمه متلف ندارد در برابر آنچه که تلف نموده بود. (شاهرودی، همان، ۳۹-۴۱)

نکته قابل دقت، اگر مجنی علیه عضوی قطع شده خود را پس از گرفتن قصاص از جانی پیوند دهد، جانی این حق را دارد که که برای بار دوم عضو مجنی علیه را قطع نماید؟ پاسخ: تردیدی نیست که آیه ناظر به حق مجنی علیه بر جانی است، نه برعکس ولی عرفا می توان ادعا نمود که مقابله استفاده می شود و اینکه هرگاه عضو مجنی علیه در برابر خود عضو جانی باشد، عضو جانی نیز در برابر عضو مجنی علیه قرار داشته و وقتی مجنی علیه عضو جانی را به خاطر قصاص و در برابر قطع عضو خود بتواند قطع نماید؛ نباید پس از تطبیق قصاص و قطع عضو جانی عضو خود را پیوند بزند و اگر عضو خود را پیوند زند جانی می تواند عضو پیوند یافته

مجنی علیه را قطع و از وی سلب نماید؛ همان گونه که مجنی علیه عضو جانی را قصاصاً قطع نموده بود. (همان)

نتیجه

مطالعه و بررسی نظریات سه گانه، وجوه و دلایل ذکر شده از سوی آنان که هر کدام برای تحکیم و تقویت دیدگاه خویش ذکر نموده‌اند، نشان می‌دهد که هریک از دلایل مورد استناد مورد مناقشه، اعتراض و مخالفت دیدگاه‌های دیگر روبروست. با این همه، به نظر می‌رسد که در میان نظرات ارائه شده دیدگاه راجح و برتر عدم جواز شرعی پیوند عضو مقطوع در اثر تطبیق حد و قصاص است. رجحان منع پیوند عضو مقطوع در حد، به خاطر توجه به مقاصد شریعت از تطبیق حد است که همانا زجر، ردع، عبرت‌آموزی و پندگیری است و این مهم تحقق نمی‌یابد جز با بقا و دوام اثر مجازات، علاوه بر این که بازگرداندن عضو مقطوع در عرف طب خواهان اقدام فوری است و اعاده عضو مقطوع چون نیاز به توافق و هماهنگی و آمادگی‌های طبی ویژه دارد به فوریت صورت نمی‌گیرد. ضمن این که پیوند نشان از سستی در جدیت برپایی حد و مؤثریت حد دارد. بر این اساس رأی به عدم جواز اعاده عضو مقطوع باعث تنفیذ و عملی شدن حد می‌گردد. زیرا، در بقای اثر حد مجازات معین شرعی به صورت کامل تحقق می‌یابد و از بی‌اعتنایی و بی‌توجهی در استیفای مجازات جلوگیری و باز می‌دارد و از مغایرت و برخورد با حکم شرع در ظاهر اجتناب می‌شود و حکم در قصاص نیز منع پیوند است؛ زیرا، قصاص برای برپایی عدل، برخورد منصفانه و رفتار عادلانه نسبت به مجنی علیه، حفظ و پاسداری و حمایت از حق حیات و حفظ نظام جامعه، افزایش امنیت، استحکام، ثبات و آرامش تشریح شده است. تمام این اهداف در فرضی تحقق می‌یابد که اعاده و برگرداندن عضو مقطوع در قصاص تحریم گردیده و معتقد به حرمت پیوند عضو مقطوع در اثر قصاص باشیم جز در صورتی که مجنی علیه رضایت به چنین پیوند دهد.

۱. ابن فارس، احمد بن فارس، (۱۴۰۴ هـ) معجم مقاییس اللغة، مكتب الاعلام الاسلامی، قم.
۲. ابن بابویه، محمد علی، (۱۳۷۸)، عیون اخبار الرضا (ع)، نشر جهان، تهران
۳. ابن بابویه، محمد علی، (۱۳۸۵)، علل الشرائع، داوری، قم
۴. ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی، (۱۳۸۵) دعائم الاسلام، موسسه آل البيت، قم
۵. اصفهانی راغب، حسین بن محمد، (۱۳۷۴) مفردات الفاظ القرآن، مرتضوی، ش، تهران.
۶. بروجردی، آقاحسین، (۱۳۸۶) جامع احادیث الشیعه، فرهنگ سبز، تهران.
۷. تبریزی سبحانی، جعفر، (۱۳۹۱) ش احکام القصاص فی الشریعه الاسلامیه الغراء، موسسه امام صادق (ع) قم.
۸. خرازی، محسن، (۱۴۲۳ هـ). ق البحوث الهامه فی المكاسب المحرمه، موسسه در راه حق، قم - ایران.
۹. خمینی، روح الله، (۱۳۹۲) تحریر الوسیله، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
۱۰. زبیدی، محمد بن محمد، (۱۴۱۴) تاج العروس من جواهر القاموس، دارالفکر، ۱۴۱۴، بیروت.
۱۱. زحیلی، وهبه، (۱۴۱۵) الفقه الاسلامی و ادلته، دارالفکر، سوریه - دمشق، چاپ چهارم.
۱۲. سبزواری زارعی، عباسعلی، (۱۴۳۰ هـ) ق القواعد الفقهیة فی فقه الامامیه، موسسه انتشارات اسلامی - جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. سلامی، محمد رضا، (۱۴۱۷) موسوعه رد الشبهات الفقهیة المعاصره، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، قم - ایران
۱۴. شاهرودی هاشمی، محمود، (۱۴۲۳ هـ. ق) ق قراء آت فقهیة معاصره، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، قم - ایران.
۱۵. شقحاء، عبدالوهاب بن منصور بن محمد، (۱۴۳۸ هـ. ق) اعاده اعضو فی جنایه اوحد اوقصاص دراسته فقهیة، عربستان سعودی، شماره ۶.
۱۶. شنقیطی، محمد بن محمد مختار، (۱۴۱۵ هـ. ق) احکام الجراحه الطیبه و الآثار المرتبه علیها، مکتبه الصحابه، جده، چاپ دوم.
۱۷. شهرکانی، ابراهیم اسماعیل، (۱۴۳۰ هـ. ق) معجم المصطلحات الفقهیة، ذوی القربی، قم - ایران.

۱۸. شیرازی مکارم، ناصر، (۱۳۸۵ ش) الفتاوی الجدیده، مدرسه امام علی بن ابیطالب(ع) ۱۳۸۵، قم
۱۹. طویس، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، دارالکتب الاسلامیه، تهران
۲۰. طیار، عبدالله بن محمد، مطلق، عبدالله بن محمد، موصی، محمد بن ابراهیم، (۱۴۳۳. ه. ق) الفقه المیسر، مدار الوطن، ریاض - سعودی.
۲۱. عثمانی، محمد تقی، (۱۴۲۴. ه. ق) بحوث فی قضایا فقهیه معاصره، دارالقلم - دمشق.
۲۲. عمر، دوادی، (۱۴۳۴. ه. ق.) زراعه عضو مستأصل فی حد اوقصاص، جامعه غردایه.
۲۳. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۲۵. ه. ق.) جامع المسائل، امیرقلم، قم.
۲۴. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، (۱۴۱۵. ه. ق.) القاموس المحیط، دارالکتب العلمیه، بیروت.
۲۵. فیاض، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، (۱۴۲۳. ه. ق.) مکتب سماحه آیه الله العظمی شیخ محمد اسحاق الفیاض قم.
۲۶. مجله مجمع الفقه الاسلامی (۱۴۳۸ ق) جده شماره ۶.
۲۷. نجفی، صاحب جواهر محمد حسن بن باقر، (۱۴۲۵. ه. ق.) جواهر الکلام، داراحیاء التراث، بیروت
۲۸. وزارت اوقاف و شئون اسلامی کویت، (۱۴۲۷. ه. ق) الموسوعه الفقهیه، دارالسلاسل کویت، چاپ دوم.
۲۹. وزارت تعلیم عالی، (۱۴۳۶. ه. ق) ق الموسوعه المیسره فی فقه القضایا المعاصره، مملکت عربی - سعودی، جامعه امام محمد بن سعود، ریاض.

استثنائات کنوانسیون سنگاپور در اجرای توافق نامه‌های میانجیگری با تأکید بر حقوق کار و مصرف‌کننده (مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی افغانستان و ایران)

کمال‌الدین عظیمی*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۹/۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۱۷

چکیده

کنوانسیون سنگاپور با هدف تسهیل اجرای توافق‌های حاصل از میانجیگری در دعوی تجارتي بین‌المللی در سال ۲۰۱۹ تصویب شده است. برخی حوزه‌ها از جمله حقوق خانواده، ارث، حقوق کار و حقوق مصرف‌کننده را به دلیل ملاحظات فرهنگی، مذهبی، اجتماعی و ماهیت غیرتجارتی این دعوی، از شمول خود خارج نموده است. در حالی که استثنای حقوق خانواده و ارث به دلیل پیوند عمیق با نظام‌های حقوقی ملی و منابع فقهی، منطقی و قابل دفاع به نظر می‌رسد، پ؛ اما استثنای حقوق کار و مصرف‌کننده نیازمند بررسی بیشتری است. تحقیق حاضر با رویکردی تطبیقی - تحلیلی و با هدف مطالعه تطبیقی، وضعیت حقوقی ایران و افغانستان را در انطباق با این کنوانسیون، به‌ویژه در زمینه استثنائات مذکور مطالعه نموده است.

یافته‌های تحقیق حاکی است که در نظام حقوقی ایران، سازش‌نامه‌های ناشی از میانجیگری در دعوی کار رسمی و قانون شده و در مواردی از ضمانت اجرای قابل توجه برخوردار است که بیانگر رویکردی منعطف و همسو با توسعه روش‌های جایگزین حل اختلاف می‌باشد. با این حال، در حوزه حقوق مصرف‌کننده، برغم پذیرش میانجیگری در آیین‌نامه اجرایی، به دلیل فقدان پشتوانه قانونی صریح، حمایت اجرایی کافی از این

* استاد پوهنهی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون خاتم النبیین ص شعبه غزنی

سازش‌نامه‌ها پیش‌بینی نگردیده است. در مقابل، در نظام حقوقی افغانستان، با وجود پیش‌بینی سازوکارهای اداری و کمیسیونی برای حل اختلافات کارگری، جایگاه مشخصی برای میانجیگری در نظر گرفته نشده و ساختار موجود بیشتر ماهیت متمرکز و دولتی دارد که از انعطاف لازم برخوردار نیست؛ اما در حوزه دعاوی تجارتي و مصرف‌کننده، حمایت مؤثرتری از سازش‌نامه‌ها صورت گرفته است.

کلمات کلیدی: کنوانسیون سنگاپور، استثنائات، میانجیگری، حقوق کار و مصرف‌کننده، افغانستان، ایران.



روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات^۱ به‌ویژه میانجیگری در دهه‌های اخیر، دارای جایگاه ویژه‌ی در حقوق تجارت بین‌الملل است. کنوانسیون سنگاپور در زمینه اجرای موافقت‌نامه‌های حاصل از میانجیگری (۲۰۱۸)، به عنوان تلاشی بین‌المللی، سازوکار الزام‌آور برای اجرای توافق‌های میانجیگری در اختلافات تجاری فراملی فراهم کرده است. هدف اصلی این کنوانسیون، ارتقای اعتماد به میانجیگری و تشویق استفاده گسترده‌تر از آن در سطح جهان است. با این حال، همانند بسیاری از اسناد بین‌المللی، این کنوانسیون استثنائاتی را برای اجرای موافقت‌نامه‌های میانجیگری قائل شده است؛ از جمله هنگامی که اجرای توافق برخلاف نظم عمومی باشد یا با قواعد آمره‌ی ملی در تضاد قرار گیرد. حوزه‌های مانند حقوق کار و حقوق مصرف‌کننده، از مهم‌ترین حوزه‌های مشمول استثنا هستند؛ چرا که معمولاً با افراد ضعیف‌تر در روابط قراردادی سروکار دارند و قواعد آنها جنبه حمایتی و آمره دارد. لذا اجرای توافق‌های میانجیگری در این حوزه‌ها می‌تواند با چالش‌های حقوقی مواجه شود.

در زمینه کنوانسیون سنگاپور و اجرای موافقت‌نامه‌های ناشی از میانجیگری، پژوهش‌های متعددی در ادبیات حقوقی به‌ویژه در ایران انجام شده است. از جمله، میلاد امیری و پریسا رضایی در مقاله «تحلیل جهات رد درخواست اجرای موافقت‌نامه‌های ناشی از میانجیگری بر اساس کنوانسیون سنگاپور» به بررسی تحلیلی-توصیفی استثنائات و دفاعیات مندرج در کنوانسیون پرداخته و به این نتیجه رسیده‌اند که پیش‌بینی این استثنائات، تضمینی برای حفظ حاکمیت قواعد حقوق داخلی کشورها در فرآیند اجرای این موافقت‌نامه‌ها محسوب می‌شود. همچنین، لعیا جنیدی و مجید قربانی زلیخایی در پژوهشی تحت عنوان «مطالعه تطبیقی انواع رژیم اجرایی موافقت‌نامه حل و فصل اختلاف ناشی از میانجیگری تجاری بین‌المللی»، به بررسی نحوه اجرای این موافقت‌نامه‌ها در چارچوب کنوانسیون سنگاپور و دستورالعمل میانجیگری اتحادیه اروپا پرداخته و ضمن تحلیل رویکرد کشور سنگاپور، وضعیت حقوقی ایران را در پرتو لایحه الحاق به این کنوانسیون مورد ارزیابی قرار داده‌اند.

در همین راستا، رضا معبودی نیشابوری و سید علی‌رضا رضایی در مقاله (تحلیل دعاوی مستثنی شده از قلمرو کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فقه امامیه)

1. ADR: Alternative Dispute Resolution.





نشان داده‌اند که استثنا نمودن دعاوی خانواده و ارث قابل توجیه است؛ اما خروج دعاوی کار و مصرف‌کننده از شمول کنوانسیون، با چالش‌های جدی مواجه بوده و چندان قابل دفاع نیست.

با وجود ارزش علمی این پژوهش‌ها، بررسی‌ها نشان می‌دهد که تاکنون مطالعه‌ای مستقل و جامع که به صورت تطبیقی به تحلیل استثنائات کنوانسیون سنگاپور در حوزه اجرای موافقت‌نامه‌های میانجیگری با تأکید خاص بر حقوق کار و مصرف‌کننده در نظام‌های حقوقی افغانستان و ایران بپردازد، انجام نشده است. از این رو، پژوهش حاضر می‌کوشد با رویکردی تطبیقی و با تمرکز بر این دو حوزه مهم، خلأ موجود در ادبیات حقوقی، به ویژه در نظام حقوقی افغانستان، را مورد توجه قرار دهد.

پرسش اصلی این تحقیق بررسی جایگاه اجرای توافقات‌های میانجیگری در نظام‌های حقوقی ایران و افغانستان در مواجهه با قواعد آمره و حمایتی این دو حوزه است. فرضیه پژوهش بر این مبناست که به دلیل تأثیرپذیری از فقه اسلامی و ویژگی‌های مختلط حقوقی، پذیرش مطلق توافقات‌های میانجیگری در حوزه‌های حقوق کار و مصرف‌کننده با محدودیت‌هایی همراه است. با توجه به عضویت یا تمایل برخی کشورها در منطقه به پذیرش مفاد کنوانسیون سنگاپور، بررسی ظرفیت حقوق داخلی این کشورها برای پذیرش چنین معاهداتی ضرورت دارد؛ موضوعی که در کشورهایمانند ایران و افغانستان با ساختار حقوقی خاص و نقش برجسته قواعد آمره، اهمیت بیشتری پیدا می‌کند.

این تحقیق با رویکرد تطبیقی - تحلیلی انجام می‌شود. در چارچوب این روش، نظام‌های حقوقی ایران و افغانستان در زمینه حقوق کار و حقوق مصرف‌کننده با یکدیگر مقایسه خواهند شد تا جایگاه و کارکرد استثنائات پیش‌بینی شده در کنوانسیون سنگاپور مشخص گردد. این تحلیل شامل شناسایی نقاط قوت و ضعف هر نظام حقوقی، انعطاف‌پذیری سازوکارهای میانجیگری، و جایگاه اجرایی سازش‌نامه‌ها در دعاوی کار و مصرف‌کننده می‌باشد. در نهایت، نتایج تحقیق به شکل پیشنهادات کاربردی برای اصلاح قوانین داخلی و توسعه میانجیگری در راستای سازگاری با کنوانسیون ارائه خواهد شد.

الف) مفهوم و جایگاه میانجیگری در حل و فصل اختلافات

میانجیگری^۱ از روش‌های مهم و مؤثر حل و فصل اختلافات است که در آن شخص ثالث بی‌طرفی به نام «میانجی» یا «میانجیگر» تلاش می‌کند با جلب اعتماد و تعامل میان طرفین اختلاف، آن‌ها را

1. Mediation

به توافقی با رضایت دو طرف برساند. در این روش، میانجی تصمیم‌گیرنده نیست، بلکه نقش تسهیل‌گر را ایفا می‌کند تا طرفین بتوانند با گفتگو و درک متقابل، راه‌حلی برای اختلاف خود بیابند.

در بند ۲ ماده ۱ قواعد میانجیگری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، میانجیگری به عنوان روشی برای حل اختلاف با کمک شخص ثالث بی‌طرف معرفی شده که به طرفین در حل اختلاف یاری می‌دهد و پیشنهادهای ارائه می‌کند. این تعریف برگرفته از قواعد میانجیگری ICC است و بر بی‌طرفی میانجی تأکید دارد.

قواعد میانجیگری مرکز منطقه‌ای داوری تهران^۱ تعریف مستقلی ارائه نداده، اما در بند ۱ ماده ۱، به صورت ضمنی میانجیگری را توافق طرفین برای ارجاع اختلافات قراردادی یا غیرقراردادی به میانجیگری دانسته است. در مقابل، بند ۲ ماده ۲ قانون میانجیگری تجارتهای افغانستان با الهام از قواعد آنسیترال، میانجیگری (مصالحه) را فرایندی لازم‌الاجرا برای حل سریع و عادلانه اختلافات تجاری با کمک میانجی بی‌طرف تعریف کرده و تفاوتی میان واژه‌های میانجیگری و مصالحه قائل نشده است. همین رویکرد در قواعد این عدم تفکیک، در راستای اهداف ترویجی آنسیترال، مناسب ارزیابی می‌شود.

بر اساس آنچه در چارچوب قواعد آنسیترال آمده است، میانجیگری فرایندی است خواه با اصطلاح میانجیگری، سازش یا بیانی مشابه به آن اشاره شود، که به موجب آن طرفین از شخص یا اشخاص ثالث درخواست می‌کنند تا در تلاش برای حل و فصل دوستانه اختلاف، به آنها کمک کنند. میانجی صلاحیت تحمیل راه‌حل اختلاف را به طرفین نخواهد داشت. (UNCITRAL, 2021)

میانجیگر ممکن است صرفاً در راستای تسهیل روابط و مذاکرات طرفین کمک نماید یا علاوه بر آن ارزیابی تخصصی زمینه‌های گوناگون اختلاف را نیز بر عهده بگیرد. در هر دو صورت میانجیگر حق تحمیل نظر خود به طرفین را ندارد.^۲

^۱ . TRAC-MR

^۲ . بند ۲ ماده ۱ قواعد میانجیگری آنسیترال ۲۰۲۱ مقرر میدارد: «میانجی‌گری فرایندی است خواه با اصطلاح میانجی‌گری، سازش یا بیانی مشابه به آن اشاره شود، که به موجب آن طرفین از شخص یا اشخاص ثالث درخواست می‌کنند تا در تلاش برای حل و فصل دوستانه اختلاف شان به آنها کمک کنند. میانجی صلاحیت تحمیل راه‌حل اختلاف را به طرفین نخواهد داشت.»



ویژگی‌های کلیدی میانجیگری شامل بی‌طرفی میانجی، محرمانگی، داوطلبانه بودن مشارکت و تأکید بر حفظ روابط میان طرفین است.^۱ این خصوصیات موجب شده است تا میانجیگری روشی مؤثر و کم‌هزینه‌تر در مقایسه با رسیدگی قضایی شناخته شود. این نهاد مهم‌ترین و رایج‌ترین شیوه‌های دوستانه مورد استفاده چه در دعاوی تجاری بین‌المللی و چه در دعاوی سرمایه‌گذاری است. (جواد پور و غمامی، ۱۴۰۱: ۷۹).

در نهایت می‌توان گفت، میانجیگری با ایجاد تعادل میان رعایت حقوق طرفین و تسریع در حل اختلافات، جایگاه ویژه‌ای در نظام عدالت معاصر دارد و می‌تواند راهکاری کارآمد برای پاسخگویی به نیازهای حقوقی و اجتماعی جوامع مطرح شود.

تاریخچه و اهداف کنوانسیون سنگاپور

از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی در حوزه میانجی‌گری، کنوانسیون سازمان ملل درباره اجرای توافق‌نامه‌های حاصل از میانجیگری بین‌المللی است که به‌عنوان کنوانسیون سنگاپور^۲ نیز شناخته می‌شود. این کنوانسیون در ۲۰ دسامبر ۲۰۱۸ به تصویب رسید و در ۷ تاریخ اگست^۳ ۲۰۱۹ در سنگاپور به وسیله ۴۶ کشور به امضا رسید. الحاق قطر راه را برای اجرایی شدن کنوانسیون سنگاپور در ۱۲ سپتامبر ۲۰۲۰ هموار کرد. (امیری و رضایی، ۱۴۰۰: ۶۱) هدف اولیه از تصویب این کنوانسیون قوت بخشیدن به میانجیگری، به‌عنوان یکی از روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف و تسهیل اجرای موافقت‌نامه‌های ناشی از آن در کشورهای عضو است. (Abrishami, 2020: 15)

کنوانسیون سنگاپور در همین راستا، سازو کاری را برای اجرای مؤثر سازش‌نامه‌های حاصل از میانجیگری پیش‌بینی کرده است. بر طبق ماده ۳ کنوانسیون، هر یک از طرفین می‌تواند با استناد به سازش‌نامه، درخواست شناسایی و اجرای آن را نزد مرجع صلاحیت‌دار مطرح نماید. این رویکرد از حیث کارکرد تا حدی مشابه نظام پیش‌بینی شده در کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ در خصوص شناسایی و اجرای آرای حکمیت (داوری) خارجی است. با این تفاوت که موضوع در کنوانسیون سنگاپور، نه رأی داوری، بلکه سازش‌نامه حاصل از میانجیگری است که بدون

۱. بند ۶ ماده ۳ قواعد میانجیگری آستیرال ۲۰۲۱ و بند ۱ ماده ۵ قواعد میانجیگری مرکز منظره ای داوری تهران و ماده ۱۹ قانون میانجیگری تجاری افغانستان .

۲. Singapore Convention on Mediation (2019)

۳. August.

نیاز به تبدیل به رأی یا حکم قضایی، قابلیت استناد و اجرا پیدا می‌کند. علاوه بر اعطای وصف لازم الاجرا به سازشنامه‌ها، کنوانسیون سنگاپور به دنبال امکان‌سازی استناد به موافقت‌نامه‌هایی به دست‌آمده از روش میانجیگری، دفاع در مقابل دعوی مشابه نیز هست؛ یعنی طرفین دعوا و اختلاف به سازشنامه‌های حاصل از میانجیگری به عنوان دفاع در مقابل دعوی مشابه بتوانند استناد کنند؛ وضعیتی که کنوانسیون سنگاپور به دنبال ایجاد آن است. چون کنوانسیون به یکی از نیازها و اقتضائات تجارت بین‌الملل پرداخته است، به نظر می‌رسد برغم لازم‌الاجرا نشدن آن آینده روشن و خوبی داشته باشد.

پیش از این، نبود چارچوب حقوقی هماهنگ، اجرای این توافقنامه‌ها را با دشواری‌هایی مواجه ساخته بود و موجب عدم استقبال کافی از میانجیگری شده بود. (معبودی نیشابوری و رضایی، ۱۳۹۹: ۳۸-۱۱۳)

در حال حاضر در اکثر کشورها نمی‌توان میانجیگری را به عنوان روشی مستقل در اجرای نتایج ناشی از آن دانست و اغلب برای آنکه موافقت‌نامه حل و فصل لازم الاجرا گردند، نیازمند رسیدگی در محاکم یا نهاد داوری است. از این رو، کنوانسیون سنگاپور به دنبال ایجاد راه‌حل مشابه کنوانسیون نیویورک ناظر به اجرای آرای داوری خارجی در خصوص توافقات ناظر بر میانجیگری‌های تجاری بین‌المللی است. (جنیدی و قربانی زلیخایی ۱۴۰۴: ۱۷۶)

کنوانسیون جایگاه مهمی در نظام حل اختلافات بین‌المللی یافته و مکمل کنوانسیون‌های داوری شناخته می‌شود، که می‌تواند به گسترش استفاده از میانجیگری و تقویت همکاری‌های حقوقی بین کشورها کمک شایانی نماید. تصویب کنوانسیون سنگاپور در سال ۲۰۱۸ و تدوین قواعد میانجیگری آنسیترال در سال ۲۰۲۱، تحولی بنیادین در حوزه میانجیگری بین‌المللی به شمار می‌آید و نشان‌دهنده عزم جامعه جهانی برای گسترش این نهاد حقوقی در عرصه‌ی تجارت بین‌الملل است.

۱. رویکرد نوین کنوانسیون سنگاپور

بررسی نوآوری‌ها و رویکردهای نوین مندرج در کنوانسیون سنگاپور در زمینه اعطای قابلیت-اجرایی به موافقت‌نامه‌های حاصل از فرایند میانجیگری، مستلزم مطالعه تطبیقی و اجمالی برخی اسناد و مقررات بین‌المللی مرتبط است. از این رو، در این بخش هر چند به صورت



اختصار، به مهم‌ترین مقررات آن پرداخته می‌شود تا زمینه مناسبی برای تحلیل دقیق‌تر مفاد کنوانسیون فراهم گردد.

به عنوان مثال در ماده ۶ دستورالعمل اتحادیه اروپا در خصوص میانجیگری ۲۰۰۸ از کشورهای عضو درخواست شده که ترتیبی روی دست گیرند که موافقت‌نامه‌های کتبی ناشی از فرایند میانجیگری قابل اجرا باشند؛ اما ساز و کار اجرایی آن به اعضا سپرده شده است؛ یعنی نیازی نیست که سازش‌نامه‌ها به شکل مستقیم اجرا شوند و کشورها می‌توانند صرفاً سازش‌نامه‌های مندرج در فیصله محکمه یا هر روش مجاز دیگر از نظر قانون داخلی اعضا را اجرا نمایند. (European Union, 2008) رویکرد مشابه و یکسان در این خصوص در ماده ۱۴ قانون نمونه (UNCITRAL, 2002) و ماده ۱۴ قانون یکپارچه میانجیگری ایالات متحده آمریکا (Uniform Mediation, 2003) نیز منعکس شده است. این مسأله به نظر برخی باعث ایجاد حس عدم اطمینان شده و در نهایت نمی‌توان نتیجه میانجیگری را پیش‌بینی نمود. به عنوان مثال اگر اجرای یک موافقت‌نامه ناشی از میانجیگری از محکمه کشور سنگاپور که دارای نظام حقوقی کامن‌لاست درخواست شود، محکمه‌ها به راحتی حکم الزام به ایفای تعهدات قراردادی را صادر نمی‌کنند و شرایط خاص برای آن در نظر می‌گیرند. در مقابل اگر اجرای سازش‌نامه از محاکم آلمان که دارای نظام حقوقی رومی-ژرمنی درخواست شود، صدور حکم الزام به ایفای عین تعهدات قراردادی خیلی راحت به عنوان یک فرض اولی و بدیهی برای محکمه میسر خواهد بود. همچنین رویه کشورهای مختلف در خصوص صدور حکم به پرداخت جریمه‌های مذکور در سازش‌نامه یکسان نیست و در این خصوص نیز رویکردهای متفاوت وجود دارد. (Chong & Steffek, 2019)

اما در خصوص رویکردهای نوین کنوانسیون سنگاپور می‌توان گفت در صورتی که سازش‌نامه تحت شمول موانع اجرا در ماده ۵ کنوانسیون قرار نگیرد، سازش‌نامه مذکور به طور مستقیم اجرا می‌شود. هم‌چنین وجود سازش‌نامه به عنوان دفاعی کامل در صورت تلاش یکی از طرفین دعوی برای طرح دعوی با موضوع یکسان در دادرسی یا دآوری قابل استناد و شناسایی خواهد بود. به علاوه نیازی به بررسی فرایند میانجیگری در کشور اجراکننده وجود ندارد. (Singapore Convention, 2019) استفاده از رویکرد نوین کنوانسیون سنگاپور در راستای لازم‌الاجرا شدن موافقت‌نامه‌های ناشی از میانجیگری اقدام مناسبی در این خصوص خواهد بود.

رویکرد نوین کنوانسیون سنگاپور نسبت به لازم‌الاجرا شدن سازش‌نامه‌های ناشی از میانجی‌گری، تحول مهم در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل محسوب می‌شود. برخلاف مقررات پیشین؛ مانند دستورالعمل اتحادیه اروپا یا قوانین نمونه آنستیرال و ایالات متحده که قابلیت اجرا را به نظام‌های حقوقی داخلی کشورها واگذار کرده بودند، کنوانسیون سنگاپور با تدوین ضوابط مشخص و ارائه سازوکار اجرای مستقیم، گام مؤثری در جهت یکپارچه‌سازی رویه‌ها و افزایش اعتماد به نتایج میانجیگری برداشته است. به نظر می‌رسد، این رویکرد نوین می‌تواند موجب افزایش اعتبار و قابلیت اعتماد به فرآیند میانجیگری شده و آن را به گزینه‌ی مؤثر در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی تبدیل نماید.

۲. معرفی ساختار کنوانسیون با تاکید بر ماده ۵ (استثنائات)

کنوانسیون سازمان ملل درباره‌ی اجرای توافقی‌نامه‌های حاصل از میانجیگری، مشهور به کنوانسیون سنگاپور، یکی از اسناد مهم در حوزه حقوق تجارت بین‌الملل است که با هدف تسهیل اجرای توافقی‌نامه‌های حاصل از میانجیگری میان طرف‌های تجاری در سطح بین‌المللی تدوین شده است. این کنوانسیون دارای ساختاری منسجم و حقوقی است که شامل مواد مختلفی در زمینه دامنه شمول، تعاریف، شرایط اجرایی، الزامات شکلی و نیز استثنائات اجرایی می‌باشد. در این میان، ماده ۵ کنوانسیون نقش محوری دارد؛ چرا که به طور مشخص مواردی را برمی‌شمارد که در آنها محکمه می‌تواند از اجرای توافقی‌نامه میانجیگری سر باز زند. این ماده به نوعی تعادل‌بخش بین اصل الزام‌آوری توافقی‌نامه‌ها و حفظ عدالت، انصاف و نظم عمومی است.

بر اساس ماده ۵ کنوانسیون، استثنائات در سه دسته کلی جای می‌گیرند: نخست، مواردی که به وضعیت طرفین یا اعتبار حقوقی توافقی‌نامه بازمی‌گردد؛ مانند عدم اهلیت قانونی یکی از طرف‌ها یا بی‌اعتباری توافقی‌نامه به موجب قانون قابل اجرا؛ دوم، مواردی که به فرآیند میانجیگری مربوط می‌شود، مانند اثبات سوءرفتار میانجی، نقض بی‌طرفی یا وجود فریب و تهدید در جریان دستیابی به توافق؛ و سوم، مواردی که اجرای توافقی‌نامه منجر به نقض نظم عمومی کشور محل اجرا گردد. بنابراین، ماده ۵ در عین حمایت از اصل اجرای توافقی‌نامه‌ها، با ارائه معیارهای استثنایی، سازوکاری برای جلوگیری از اجرای توافقی‌های ناعادلانه، غیرقانونی یا حاصل از فرآیندهای معیوب فراهم کرده است. این ماده بیانگر تلاش کنوانسیون برای ایجاد تعادل میان قطعیت حقوقی و اصول بنیادین عدالت بین‌المللی است.

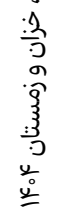
ج) استثنائات کنوانسیون سنگاپور با تأکید بر حقوق کار و مصرف‌کننده

با بررسی استثنائات مندرج در بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور، مشخص می‌شود که این کنوانسیون با هدف تمرکز بر حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، برخی موضوعات حقوقی را به درستی از شمول خود خارج کرده است. دعاوی مربوط به حقوق خانواده، ارث، حقوق مصرف‌کننده و حقوق کار، به دلایل مختلف نظیر حساسیت‌های فرهنگی، مذهبی و اجتماعی، همچنین ماهیت غیربازرگانی این دعاوی، از قلمرو اجرایی این سند بین‌المللی مستثنا شده‌اند.

در مورد حقوق خانواده و ارث، این استثنا منطقی و قابل دفاع است؛ زیرا این حوزه‌ها با نظام‌های حقوقی ملی و منابع فقهی مختلف پیوند عمیق دارند و ایجاد وحدت رویه در سطح بین‌المللی در این زمینه‌ها دشوار و حتی در مواردی غیرممکن به نظر می‌رسد. تفاوت‌های بنیادین میان نظام‌های حقوقی ایران (با ریشه در فقه امامیه) و افغانستان (با تکیه بر فقه حنفی و نظام‌های اقتباسی نظیر مجله‌الاحکام) این ادعا را تأیید می‌کند.

در مقابل، استثناسدن حقوق کار و مصرف‌کننده، جای تأمل بیشتری دارد. گرچه این حوزه‌ها نیز به طور سنتی خارج از حوزه روابط صرفاً تجاری تلقی می‌شوند، اما با توجه به گستردگی روابط اقتصادی نوین و تأثیر این روابط بر کارگران و مصرف‌کنندگان، بازنگری در قلمرو این استثنائات می‌تواند گامی مؤثر در توسعه میانجیگری تجاری در سطح داخلی و بین‌المللی باشد. در نظام‌های حقوقی ایران و افغانستان، امکان طراحی سازوکارهایی برای پوشش اختلافات در این حوزه‌ها از طریق میانجیگری وجود دارد، به شرط آنکه ملاحظات حمایتی و نظم عمومی رعایت شوند.

البته به نظر برخی، این کنوانسیون منکر امکان سازش در حقوق مصرف‌کننده نیست؛ اما وظیفه و مسئولیت خود نمی‌داند که در مورد آن بحث کند؛ زیرا از آنجا که این کنوانسیون راجع به میانجیگری تجاری بین‌المللی است، انتظار نمی‌رود شامل موضوعاتی شود که تجاری محسوب نمی‌شوند. (معبودی نیشابوری، و رضایی، ۱۳۹۹: ۱۷۶) در نهایت، به نظر می‌رسد که رویکرد کنوانسیون سنگاپور، منع مطلق سازش در حوزه‌هایی نظیر حقوق کار و مصرف‌کننده نیست؛ بلکه صرفاً مسئولیت و شمول مقررات خود را از این حوزه‌ها دور نگه داشته است. این محکمه فرصت مناسبی برای نظام‌های حقوقی ایران و افغانستان فراهم می‌کند تا با بهره‌گیری از اصول میانجیگری و در چهارچوب قواعد حمایتی داخلی، امکان



توسعه استفاده از این روش حل اختلاف را در موضوعاتی فراتر از تجارت صرف نیز بررسی و پیاده‌سازی نمایند.

۱. استثنائات مربوط به حقوق مصرف‌کننده

پرسشی که مطرح می‌شود، این است که معیار تعیین قرارداد مصرف‌کننده چیست؟ بعضی نویسندگان معیار تعیین قرارداد مصرف‌کننده را ضابطه شخصی می‌دانند؛ یعنی هدف و منظور خریدار در زمان انعقاد قرارداد ملاک و معیار است و وصف و ماهیت موضوع قرارداد تاثیری ندارد. (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۸). همچنان طبق بیان بعضی نویسندگان ملاحظات عملی اقتضا می‌کند که خریدار اثبات نماید که کالا را برای مقاصد مصارف شخصی، خانوادگی یا خانگی خریداری کرده است. (داراب پور، ۱۳۹۱: ۱۲)

به طور کلی در اکثر نظام‌های حقوقی قراردادهای منعقد شده میان مصرف‌کننده و تولیدکننده یا فروشنده نسبت به حقوق قراردادهای، دارای قواعد ویژه است. دلیل این مطلب، چنین عنوان شده است که مصرف‌کننده برای تهیه کالا و خدمت مورد نیاز خود، مجبور است به تولیدکننده یا فروشنده مراجعه کند. فروشنده یا تولیدکننده نسبت به خریدار اطلاعات بالایی راجع به کیفیت کالا و خدمات ارائه شده دارد و از لحاظ توانایی مالی در موقعیت بالاتری قرار دارد و می‌تواند به راحتی اراده خود را بر مصرف‌کننده تحمیل نماید.

لذا قواعد حقوق خصوصی قادر نیست که به طور موثر حمایت‌های لازم را از مصرف‌کننده انجام دهد؛ به این دلیل که فرض اولیه اصل حاکمیت اراده بر مبنای تساوی طرفین قرارداد استوار است که در این نوع قراردادهای این موضوع منتفی است. هم‌چنان راه حل‌های حقوق خصوصی مستلزم اقامه دعوا در محکمه‌ها، اثبات تقصیر تولیدکننده، گرفتار شدن در دام تشریفات متعدد قضایی بوده و گاهی خسارت ادعایی برای مصرف‌کننده به قدری ناچیز است که اقامه دعوا برای وی به صرفه نیست. (فرهادی، ۱۳۸۷: ۲۰۶-۲۰۷).

البته طبق حکم محکمه صاحب نظرانی دیگر در حمایت از مصرف‌کننده نباید در سطحی افراط شود که تولیدکننده نیز ادامه فعالیت اقتصادی خود را به صرفه نداند. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۷)

در منابع و متون فقه اسلامی نیز چنین رویکرد حمایتی وجود دارد. حمایت از حقوق مصرف‌کننده در فقه اسلامی در قالب خیار عیب، تضمین ضمنی قرار داد و قواعد مسئولیت مدنی مانند اتلاف و قاعده لا ضرر منعکس شده است. (حلی، ۱۴۱۸: ۷۲-۳۸۴) همچنین



سوءاستفاده تولیدکننده از مصرف‌کننده، نمونه روشن تصاحب اموال دیگران به صورت نارواست که در قرآن^۱ نهی شده است. (نساء: ۲۹). لذا با توجه به شرایط خاص مصرف‌کننده، به نظر می‌رسد حمایت از اجرایی شدن سازش‌نامه‌های تنظیم‌شده در این چنین مسایلی از لحاظ فقهی نیز مطلوب است.

در نظام حقوقی ایران در مواد ۱۷۸ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی میان سازش در دعوی تجاری و غیر تجاری تفکیک صورت نگرفته است و تا کنون دعوی تجاری دارای اصول محاکمات خاص نیستند و قانون اصول محاکمات مدنی این کشور بر اینگونه دعوی حاکم است. حال در صورتی که دولت ایران بدون اصلاح این مقررات به کنوانسیون سنگاپور ملحق شود، نه تنها سازش‌نامه‌های حقوق داخلی در حقوق مصرف‌کننده در غالب موارد بدون حمایت باقی می‌ماند؛ بلکه به علت استثنائات کنوانسیون سنگاپور الحاق ایران به کنوانسیون یاد شده نیز مشکل حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌های مربوط به حقوق مصرف‌کننده را رفع نمی‌تواند. به همین جهت بعضی نویسندگان ابراز نظر نموده‌اند که اگر نظام حقوقی ایران تمایل دارد به امتیازات سازش یا میانجیگری توجه کند، باید این خلأ کنوانسیون سنگاپور را به طور دیگری جبران نماید و به موجب مقرراتی که وضع می‌کند، از سازش‌نامه‌های مربوط به مصرف‌کننده حمایت لازم انجام دهد. به این دلیل که برای مصرف‌کننده نیز منطقی نیست که برای چنین اختلافاتی که ممکن است ناشی از خرابی یک کالای نه چندان گران قیمت باشد، در دام تشریفات طولانی رسیدگی قضایی بیفتند. اگر مصرف‌کننده مطمئن باشد که سازش‌نامه‌های خارج از فرایند دادرسی و داوری مورد حمایت اجرایی قرار خواهد گرفت، احتمال زیاد وجود دارد که روش میانجیگری را ترجیح داده و انتخاب نماید. لذا بستر سازی برای استفاده از سازش یا میانجیگری با رویکرد کلی حمایت از مصرف‌کننده همخوانی بیشتری دارد. از این جهت رویکرد کنوانسیون سنگاپور مبنی بر استثنامودن سازش‌نامه‌های مربوط به حقوق مصرف‌کننده چندان قابل دفاع نبوده و قابل انتقاد به نظر می‌رسد. (معبودی نیشابوری و رضایی، ۱۳۹۹: ۱۷۹)

۱. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا.

شایان ذکر است طبق ماده ۲۰ و ۲۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۹۰ در نظام حقوقی ایران اصل امکان استفاده از روش میانجیگری یا سازش در دعاوی مصرف‌کننده مورد پذیرش قرار گرفته است؛ اما به دلیل عدم صبغه تقنینی آیین‌نامه و با توجه به تاکیدات فقهی مزبور، مناسب است که قانونگذار ایران در مقررات قانونی مربوطه، حمایت‌های اجرایی از چنین سازش‌نامه‌ها را درج نماید.

در نظام حقوقی افغانستان حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌های مربوط به حقوق مصرف‌کننده به شکل مناسبی مورد توجه قرار گرفته است؛ به این جهت که دعوای تجارتي اصول محاکمات جداگانه‌ای دارند، و محکمه رسیدگی به دعوای تجارتي نیز از محاکم مدنی تفکیک شده است. در قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال (۱۳۹۳)^۱ در ماده ۸۷ قانون مزبور مقرر شده است: «طرفین می‌توانند منازعه مربوط به قرارداد را با اقامه دعوی در یکی از محاکم تجارتي کشور حل و فصل نمایند؛ مگر در قرارداد حل و فصل منازعه از طریق مصالحه، میانجیگری و حکمیت شرط شده باشد.» ماده ۸۸ قانون مزبور در تایید حمایت از قرارداد میانجیگری مقرر می‌دارد: «هرگاه حل و فصل منازعات ناشی از قرارداد از طریق مصالحه، میانجیگری یا حکمیت شرط باشد، محکمه نمی‌تواند به آن رسیدگی نماید.» همان طوری که در این ماده آمده، در صورت وجود توافقنامه مبنی بر حل و فصل اختلافات از طریق سازش، مصالحه یا داوری، اگر یکی از طرفین دعوا به روش‌های دیگر مثل دادرسی قضایی توسل جوید، دعوای وی توسط محکمه تجارتي رسیدگی نخواهد شد.

توافق طرفین مبنی بر انتخاب روش حل و فصل اختلافات در نظام حقوقی ایران و بسیاری از کشورهای دیگر حمایت شده است. اما به صورت عموم شناسایی توافقنامه حل و فصل اختلافات، معطوف به روش‌های ترافعی مثل داوری و دادرسی است و در خصوص روش‌های دوستانه مثل میانجیگری یا مذاکره، شناسایی به مفهوم مزبور کمتر اتفاق می‌افتد و در بیشتر موارد، برغم وجود توافق طرفین بر حل و فصل اختلافات از طریق سازش، محکمه به رسیدگی خود به دعوای مطروحه ادامه می‌دهد و توافقنامه سازش را مانع رسیدگی قضایی تلقی نمی‌کند.

شایان ذکر است که در کنوانسیون سنگاپور نیز سازش‌نامه به عنوان نتیجه فرایند میانجیگری مورد توجه قرار گرفته است و در خصوص موافقت‌نامه، حل اختلافات از طریق

۲. مصوب ۱۳۹۳



سازش یا میانجیگری ساکت است. درج شرط حمایت از توافقنامه حل و فصل دعاوی از طریق سازش به نحو فوق الذکر، در کنوانسیون برای ایجاد وحدت رویه در این زمینه‌ها خیلی مفید بود که انجام نشده است. بنا براین، در این خصوص موضع قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال افغانستان نسبت به کنوانسیون سنگاپور مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

۲. استثنائات مربوط به حقوق کار

مطابق پاراگراف ب از بند ۲ ماده ۱ کنوانسیون^۱ سازشنامه‌های مربوط به حقوق کار از قلمرو اعمال این کنوانسیون خارج شده‌اند. به نظر می‌رسد این رویکرد به خاطر نا متوازن بودن قدرت قراردادی بین کارفرما و کارگر بوده و مقررات حقوق کار در تمامی نظام‌های حقوقی جنبه حمایتی و آمره دارد. در حالی که برای طرفین دعوا مطلوب‌تر حل و فصل اختلافات دعاوی کار با استفاده از روش سازش یا میانجیگری است؛ زیرا کارگر در موقعیت آسیب‌پذیر است و به دریافت حقوق برای امرار معاش نیاز دارد. از طرف دیگر، کارفرما باید به فعالیت ادامه دهد تا حیات اقتصادی خود را حفظ کند. حل و فصل اختلافات با توجه به تشریفات، هزینه و اطاله رسیدگی از کانال روش‌های ترافعی مناسب نیست و از طرفی موجب رکود و وقفه در فعالیت کارگاه می‌شود.

به همین دلیل طبق نظر بعضی نویسندگان در نظام حقوقی ایران مراجع حل اختلاف کار باتوجه به ضرورت برقراری سازش میان کارگر و کارفرما تمایلی به صدور دستور موقت^۲ و قراردادهای تأمینی ندارند؛ زیرا چنین اقدامات باعث ایجاد تنش و مانع حصول سازش میان طرفین می‌شود. (رفیعی، ۱۳۹۰: ۱۳-۱۴). بر علاوه، کارفرمایی که دعاوی متعددی مطروحه کارگری علیه او در محیط‌های تجاری و اقتصادی اعتبار زیاد نخواهد داشت و کارگری که علیه کارفرمای خود اقامه دعوا کرده باشد، ممکن است برای به دست آوردن موقعیت شغلی و

¹ . b) The State in which the parties to the settlement agreement have their places of business is different from either: (i) The State in which a substantial part of the obligations under the settlement agreement is performed; or (ii) The State with which the subject matter of the settlement agreement is most closely connected.

^۲ . دستور موفق یا دادرسی فوری میکانیسمی است که در ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی پیش‌بینی شده و مطابق آن ذی نفع (اصولا خواهان) می‌تواند از دادگاه درخواست کند که برای جلوگیری از دخل و تصرف مادی در خواسته دعوا و جلوگیری از ورود ضرر به آن، تا زمان تعیین تکلیف دادگاه، مال از هرگونه تصرف در امان بماند و توقیف شود.

کاری جدید با مشکلاتی مواجه شود. در اسناد سازمان بین‌المللی کار نیز سازش دارای اهمیت خاص و ویژه است. البته مقاله نامه‌هایی نیز در این راستا در سطح بین‌المللی هست که می‌توان به عنوان نمونه به مهم‌ترین مقاله نامه در این زمینه اشاره نمود.

مهم‌ترین مقاله نامه، مقاله نامه شماره ۸۴ است. ماده ۶ سند مزبور برای مهار و جلوگیری از اختلاف میان کارفرمایان و کارگران، روش سازش یا میانجیگری را جهت حل و فصل اختلافات پیش‌بینی نموده است. حتی در بند ۴ ماده مزبور به کارگماردن اشخاصی به طور ویژه برای تشویق و انگیزه‌دهی طرفین به سازش و مدیریت فرایند سازش پیش‌بینی شده است.^۱

در حقوق داخلی کشورهای مختلف از جمله؛ اسپانیا، فرانسه، ایالات متحده آمریکا و ژاپن سازش و میانجیگری در اختلافات کارگری و دیگر اختلافات پیش‌بینی شده است؛ زیرا علاوه بر سریع‌تر و ارزان -تربودن، طرفین اختلاف رابا رضایت بین خود حل می‌کنند که به روابط آنها آسیب وارد نمی‌سازد. (عراقی، ۱۴۰۱: ۵۱۵)

نظام حقوقی ایران بر امکان سازش در دعاوی و اختلافات کار، رویکرد تأکیدی دارد. در قوانین کار^۲، سازش به عنوان مرحله اولیه حل اختلاف، قبل از ارجاع دعوا به اداره کار پیش‌بینی شده است. در ماده ۱۵۷ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ سازش به عنوان روش حل و فصل اختلاف میان کارفرما و کارگر به رسمیت شناخته شده است، اما تشریفات و نحوه انجام سازش در این قانون مشخص نشده است. (رفیعی، ۱۳۹۰: ۱۲-۱۴)

بعضی اعتقاد دارند که سازش منعکس شده در ماده ۱۵۷ قانون کار جنبه امری نداشته و تکمیلی است. (رنجبری، ۱۳۸۸: ۱۵۷) علاوه بر آن، برخی این‌گونه استدلال نموده‌اند که اگر سازش در دعاوی کار را، امری تلقی کنیم، مشکلاتی ایجاد می‌شود؛ به عنوان مثال کارفرمایان با استفاده از بی‌سوادی کارگران، از امضای برگه عدم سازش و ارسال آن خودداری کنند و در نهایت مشکلی در مسیر حق دادخواهی کارگر ایجاد خواهد شد. (رفیعی، ۱۳۹۰: ۱۱۴) اما به نظر می‌رسد با توجه به متن ماده یادشده که بیان داشته است: «در صورت عدم سازش،

^۱ . Article 4 – Right of consultation and association: All practicable measures shall be taken to consult and associate the representatives of organisations of employers and workers in the establishment and working of arrangements for the protection of workers and the application of labour legislation.

^۲ . مصوب ۱۳۲۸، ۱۳۳۷ و ۱۳۶۹

دعوا از آدرس هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف رسیدگی و حل و فصل خواهد شد، طی شدن فرایند سازش، یگانه شرط طرح پرونده اختلاف میان کارگر و کارفرما در مراجع یادشده است؛ هرچند در رویه عملی مراجع مذکور، چنین الزامی به چشم نمی‌خورد.

در خصوص دعاوی کار، اگر در سازش نامه طبق مقررات مندرج در اداره کار تنظیم گردد؛ همانند آراء صادره از سوی مراجع اداره کار، معتبر و دارای حمایت اجرایی است. در صورتی که سازش‌نامه‌ای نزد مراجع اداره کار در حقوق داخلی تنظیم نشود، و حد اقل‌های مقرر در حقوق کار را رعایت نکند، به دلیل مخالفت با نظم عمومی باطل است. (معبودی نیشابوری، همان: ۱۸۳)

برخی با نگاه فقهی اظهار داشته‌اند، نباید در جریان سازش میان کارگر و کارفرما از وضعیت برتر کارفرما و آسیب‌پذیری کارگر سوء استفاده شود و لذا صحت چنین سازشی با توجه به قاعده نفی عسر و حرج، محل تردید است؛ زیرا حکم به صحت چنین سازش باعث ایجاد دشواری غیر قابل توجیه برای کارگر می‌شود. طبق قاعده نفی عسر و حرج در اسلام هیچگونه حکمی وجود ندارد که انسان را به دشواری و مشقت وادارد، به طوری که از آن گریزی نباشد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۷۴).

همان‌گونه که بیان شد، انعقاد سازش‌نامه در متون فقهی در دعاوی کار، میان کارگر و کارفرما نهی نشده و جواز دارد، اما طبق رویکرد حمایتی موجود از کارگر در متون فقهی باید توجه صورت گیرد که سازش‌نامه نباید باعث عسر و حرج کارگر شده یا باعث شود که کارگر نتواند نیازهای روزانه خود را مرتفع سازد.

در حقوق ایران ماده ۷۲ آیین‌نامه آیین دادرسی کار شرط رعایت قواعد آمره در ارتباط با سازش الزامی است.^۱ در مجموع مفاد ماده ۷۱ آیین‌نامه آیین دادرسی کار نشان می‌دهد که مقررات یاد شده از سازش‌نامه -های منعقدشده میان کارگر و کارفرما حمایت بیشتری نسبت به مقررات آیین دادرسی مدنی نموده است. زیرا؛ مطابق ماده ۱۸۳ قانون مذکور، سازش‌نامه عادی لازم‌الاجرا محسوب نمی‌شود.

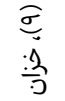
۲. ماده ۷۲: «رعایت قواعد آمره در ارتباط با سازش الزامی است.»

در خصوص حکمیت (داوری) دعاوی مربوط به کار به عنوان روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در حقوق ایران، اختلاف دیدگاه وجود دارد. برخی نویسندگان با در نظر داشتن ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور بیان داشته‌اند: «ارجاع دعاوی مربوط به حقوق کار امکان پذیر بوده و قانون کار ایران نیز ممنوعیت صریحی در این زمینه ندارد. (براتی نیا، ۱۳۸۲: ۱۴۴). و از طرف دیگر، قانون آیین دادرسی مدنی این کشور در خصوص دعاوی عام است و مشمول دعاوی کار نیز می‌شود.

در مقابل برخی امکان ارجاع دعاوی کار را به داوری منتفی می‌دانند؛ با این استدلال که دعاوی کار ارتباط مستقیم با نظم عمومی دارد و قواعد آن آمره است. (رفیعی، ۱۳۹۰: ۷۹۶). علاوه بر آن لزوم اطمینان از رعایت حقوق حد اقلی کارگران و صلاحیت ذاتی مراجع اداری کار از جمله‌ای استدلال‌های است که در تأیید این نظریه بیان شده است. بنابراین، به نظر می‌رسد طبق این دیدگاه، اختلافات کارگری و کارفرمایی صرفاً از طریق شیوه‌های تعیین شده در قانون کار باید حل و فصل شود؛ نه روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف مثل داوری و میانجیگری و...

در جمع‌بندی موضع نظام حقوقی ایران در خصوص سازش‌نامه‌های مربوط به حقوق کار می‌توان گفت مفاد ماده ۷۱ آیین‌نامه آیین دادرسی کار حمایت بیشتری را نسبت از سازش‌نامه‌هایی منعقدشده میان کارگر و کارفرما منعکس می‌کند؛ اما قانون آیین دادرسی مدنی ایران حمایت چندانی از سازش‌نامه‌هایی منعقد شده در این زمینه ندارد؛ یعنی همان طوری که در مباحث قبلی اشاره شد، سازش‌نامه‌های عادی لازم‌الاجرا نیست ولو آن که صحت آن نزد محکمه محرز شود، بلکه چنین سازش‌نامه‌هایی در صورتی وصف لازم‌الاجرا پیدا می‌کند که طرفین در محکمه حضور یافته و نسبت به آن اقرار نمایند. در حالی که رویکرد ماده ۷۱ آیین-نامه، آیین دادرسی کار حضور طرفین اختلاف را در اداره کار ضروری ندانسته؛ بلکه صرف اثبات صحت سازش‌نامه‌های عادی را جهت لازم‌الاجرا نمودن آن کافی می‌داند.

رویکرد نظام حقوقی افغانستان راجع به حل اختلافات ناشی از کار با نظام حقوقی ایران متفاوت است؛ یعنی قواعد مربوط به حل اختلافات کار در این قانون بیشتر تکیه بر نظم عمومی داشته و حل اختلافات مربوطه از جمله صلاحیت ذاتی اداره کار دانسته شده است. برای روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف مانند داوری و میانجیگری جایگاهی مد نظر گرفته نشده است. البته در همه نظام‌های حقوقی توجه به نظم عمومی و درج مقررات آمره در حقوق کار منعکس شده است.



تمهیداتی که برای حل اختلافات ناشی از کار در ماده ۱۳۱ قانون کار افغانستان مدنظر است، اینگونه است که اختلافات ناشی از کار میان اداره و کارکن یا کارآموز بر اساس احکام این قانون و مقررہ های مربوط به قراردادهای کار از طریق تفاهم مستقیم میان اداره و کارکن یا کارآموز، باید حل و فصل شود.

طبق بند ۲ این ماده در صورتی که اختلافات ناشی از کار از این آدرس ها حل و فصل نشود، اختلاف در مرحله اول از طریق کمیسیون حل اختلافات اداره باید حل و فصل شود و در صورتی که این روش نیز نتیجه بخش نباشد، موضوع باید به کمیسیون عالی حل اختلافات کار ارجاع گردد و در غیر آن نوبت به محکمه ذی صلاح می رسد. البته با توجه به اطلاق واژه دعوا در قانون اصول محاکمات مدنی کشور، شاید بتوان هرگونه دعوایی را به دامحکمه مدنی ارجاع داد؛ اما این عام با تخصیص مقررات مندرج در ماده ۱۳۱ قانون کار مواجه است که در مرحله اول نمی توان به محکمه برای حل اختلافات ناشی از کار مراجعه نمود.

در قانون کار افغانستان طبق بند ۱ از ماده ۳ منظور از اداره عبارت است از: وزارت خانه ها، ادارات دولتی و غیر دولتی، کمیسیون های مستقل، تصدی ها، تشبثات خصوصی و مختلط و مؤسسات خارجی مقیم افغانستان که کارکن در آن مصروف کار تولیدی یا خدماتی است. به طور کلی آنچه از مجموع مواد مندرج در این قانون فهمیده می شود، می توان گفت که مقررات قانون کار افغانستان نسبت به قانون کار ایران دولتی و حکومتی تر است و این رویکرد خاصیت انعطاف پذیری این قانون را در مجموع و به صورت خاص در ارجاع اختلاف مربوطه به روش های جایگزین حل و فصل اختلاف به صفر رسانده است. این موضوع از ایرادهای خیلی مهمی است که در این قانون به ذهن خطور می کند.

در جمع بندی این بخش می توان گفت که حمایت از کارگر ایجاب می کند که مقررات حقوق کار ماهیت آمره داشته و از زمره قواعد نظم عمومی تلقی شوند؛ اما با توجه به سیال بودن مفهوم نظم عمومی در نظام های مختلف حقوقی، قواعد آمره نیز جنبه نسبی داشته و در صورتی که توافق به نفع کارگر باشد، مخالف نظم عمومی تلقی نشده و معتبر خواهد بود. دلیل این امر را بعضی نویسندگان چنین بیان نموده است: تفاوت جایگاه کارگر و کارفرما و اختلاف قابل ملاحظه آنها در انتفاع از فعالیت کاری است. جایگاه کارگر در روابط کار، خیلی ضعیف تر و آسیب پذیر تر از کارفرما است. لذا چرخ توازن قوا بین طرفین به نفع کارفرما می چرخد. و اگر بدون اطلاع کارگر از آنچه بر طبق قانون به آن تعلق گرفته،

سازش حاصل شود، این سازش اعتبار نداشته و رافع مسئولیت کارفرما نخواهد بود. (سادات طاهری، ۱۳۹۴: ۹۸-۱۰۲)

بنا بر این مقررات قانون کار ایران در مقایسه با قانون کار افغانستان سازش نامه های دعوی کار را مورد حمایت جدی تر نسبت به سایر سازش نامه ها قرار داده است، اما قانون کار افغانستان مقرراتی راجع به سازش نامه مربوطه ندارد. با توجه به این که سازش نسبت به روش های ترفعی حل اختلاف هزینه کمتر، امنیت شغلی بیشتر و سرعت مطلوب تری برای کارگر ایجاد می کند، موضع حقوق ایران نسبت به مفاد کنوانسیون سنگاپور مطلوب تر به نظر می رسد و این زمینه را برای گسترش و توسعه مقررات روش های جایگزین حل و فصل اختلاف بیشتر مساعد می سازد. اما برای تحکیم زیرساخت توسعه و گسترش نهاد سازش یا میانجیگری در قانون کار افغانستان اصلاح مقررات این قانون در راستای حمایت از سازش یا میانجیگری گزینه ای مناسب به نظر می رسد؛ یعنی مقرراتی راجع به حل و فصل اختلافات مربوط به کار در متن این قانون باید درج شود.

در نهایت بررسی تطبیقی استثنائات مربوط به حقوق کار در کنوانسیون سنگاپور نشان می دهد که هرچند این کنوانسیون با هدف حمایت از کارگران، سازش نامه های کار را از شمول خود خارج کرده است، اما موضع نظام های حقوقی ایران و افغانستان در برخورد با این موضوع متفاوت است. در نظام حقوقی ایران، سازش در دعوی کار به رسمیت شناخته شده و نسبت به سایر حوزه ها از حمایت بیشتری برخوردار است؛ به ویژه در آیین نامه آیین دادرسی کار که برخلاف آیین دادرسی مدنی، سازش نامه های کار را لازم الاجرا تلقی می کند. این رویکرد، انعطاف پذیر و هم راستا با نیازهای کارگران و کارفرمایان است و ظرفیت گسترش میانجیگری در این حوزه را فراهم می سازد.

بند ۱ و ۲ ماده ۱۳۱ قانون کار افغانستان مصوب ۱۳۸۷ گرچه سازوکارهای مشخصی برای حل اختلافات کارگری درون اداره و کمیسیون های مربوطه دارد، اما هیچ جایگاهی برای روش های

۱. بنده ۲ ماده ۱۳۱ قانون مذکور مقرر می دارد: «هرگاه اختلاف ناشی از کار توسط اداره و کارکن یا کارآموز رفع شده نتواند، موضوع در مرحله اول از طریق کمیسیون حل اختلافات اداره به شمول نماینده اتحادیه کارگری بخش مربوط، در مرحله دوم از طریق کمیسیون عالی حل اختلافات کار، به شمول نماینده اتحادیه کارگران و کارفرمایان بخش مربوط و در غیر آن از طرف محکمه ذیصلاح حل و فصل می گردد.»



جایگزین حل اختلاف مانند میانجیگری یا داوری قائل نیست. این ساختار متمرکز، بیشتر دولتی و کمتر انعطاف پذیر است و امکان بهره‌مندی از مزایای میانجیگری را محدود کرده است.

در مجموع، رویکرد ایران با پذیرش اصولی سازش در حقوق کار، گامی مثبت و همسو با توسعه میانجیگری تلقی می‌شود؛ در حالی که قانون کار افغانستان نیازمند اصلاحاتی بنیادین برای پذیرش و حمایت از سازش‌نامه‌های کار است تا با رویکردی کارآمدتر و انسانی‌تر، از حقوق کارگران و کارفرمایان به صورت توأمان حمایت شود.

نتیجه‌گیری

بررسی تطبیقی استثنائات مربوط به حقوق کار در کنوانسیون سنگاپور نشان می‌دهد که این کنوانسیون با هدف حفظ ماهیت حمایتی روابط کار، دعاوی کارگری را از شمول خود خارج کرده است؛ امری که نه به معنای نفی میانجیگری در این حوزه، بلکه ناشی از ویژگی‌های خاص و امری بودن قواعد حقوق کار است. با این حال، واکنش نظام‌های حقوقی ایران و افغانستان نسبت به این موضوع یکسان نیست.

در نظام حقوقی ایران، سازش‌نامه‌های ناشی از میانجیگری در دعاوی کار به رسمیت شناخته شده و حتی در برخی مقررات، از جمله اصول محاکمات کار، سازش‌نامه‌ها از ضمانت اجرای قوی‌تری نسبت به سایر حوزه‌ها برخوردارند. این رویکرد بیانگر نوعی انعطاف‌پذیری و تمایل به استفاده از روش‌های جایگزین حل اختلاف، از جمله میانجیگری، در راستای تأمین منافع متوازن کارگر و کارفرما است. در مقابل، در نظام حقوقی افغانستان، با وجود پیش‌بینی سازوکارهای اداری و کمیسیونی برای حل اختلافات کارگری، جایگاه مشخصی برای میانجیگری در نظر گرفته نشده و ساختار موجود بیشتر ماهیتی متمرکز و دولتی دارد که از انعطاف لازم برخوردار نیست.

در خصوص حقوق مصرف‌کننده، در نظام حقوقی ایران بر اساس مواد ۲۰ و ۲۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۹۰، اصل امکان استفاده از روش‌های جایگزین حل اختلاف از جمله میانجیگری و سازش مورد پذیرش قرار گرفته است. با این حال، از آنجا که آیین‌نامه واجد صبغه تقنینی در سطح قانون نیست، به نظر می‌رسد حمایت‌های اجرایی کافی و الزام‌آور برای سازش‌نامه‌های حاصل از این روش‌ها به طور کامل تضمین نشده است. از این رو، با توجه به مبانی فقهی پیش‌گفته و تأکید بر اعتبار صلح،

ضروری است قانون‌گذار ایران در قوانین مربوطه، ضمانت اجرای صریح و مؤثرتری برای این‌گونه سازش‌نامه‌ها پیش‌بینی نماید.

در مقابل، در نظام حقوقی افغانستان، حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌های مربوط به حقوق مصرف‌کننده به شکل مناسب‌تری مورد توجه قرار گرفته است. این امر تا حدی ناشی از تفکیک دعاوی تجارتي از دعاوی مدنی و پیش‌بینی اصول محاکمات خاص برای دعاوی تجارتي است؛ به‌گونه‌ای که محکمه رسیدگی‌کننده به این دعاوی نیز به‌صورت جداگانه عمل می‌کند. این ساختار، زمینه مساعدتری برای شناسایی و اجرای توافقات ناشی از سازش و میانجیگری را فراهم ساخته است.

برای همسویی با این کنوانسیون، موارد ذیل پیشنهاد می‌شود:

قوانین داخلی دو کشور اصلاح شده و سازش‌نامه‌های ناشی از میانجیگری خارج از فرایند قضایی در حوزه‌های حقوق کار و مصرف‌کننده به رسمیت شناخته شوند.

الحاق دو کشور ایران و افغانستان به کنوانسیون سنگاپور با توجه به اشتراکات ادبیات حقوقی، همجواری مرزی و مبادلات تجاری در عرصه تجارت، گامی مهم در راستای تحقق هدف این کنوانسیون (ارتقا جایگاه و توسعه میانجی‌گری) و ایجاد سرعت در رشد روابط تجاری هر دو کشور تلقی خواهد شد.

منابع و مآخذ

• قرآن کریم

الف. کتب

۱. ابن یوسف حسن حلی (علامه حلی)، (۱۴۱۸ . ق) ق قواعد الاحکام، قم: موسسه النشر الاسلامی، ج ۱.
۲. براتی نیا، (۱۳۸۲)، دیمحکمه های نو در حقوق کار، تهران: انتشارات فکر سازان، چ ۱.
۳. داراب پور، مهرباب، (۱۳۹۱)، تفسیری بر حقوق بیع بین الملل کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۲.
۴. رنجبری، ابالفضل، (۱۳۸۸)، حقوق کار، تهران: انتشارات مجد، چ ۹.
۵. زنجانی، عمید، عباسعلی، ۱۳۸۶، قواعد فقه بخش حقوق خصوصی، ج ۱، تهران: سازمان تدوین مطالعه کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت) چ ۱.
۶. صفایی، سید حسین، و همکاران، ۱۳۹۲، حقوق بیع بین المللی بررسی کنوانسیون بیه بین المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۴.
۷. صداقت، قاسم علی، (۱۳۹۸)، حقوق بین المللی کار (کلیات، مؤلفه ها و سازو کارهای نظارت بر استندردهای بین المللی کار) چاپ اول، نشر واژه.
۸. عراقی، سید عزت الله، ۱۴۰۲، حقوق کار (جلد دوم)، تهران، سمت.
۹. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱، مسئولیت ناشی از عیب تولید، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ ۱.

ب. مقالات

۱۰. امیری، میلاد و رضایی پریسا، ۱۴۰۰، تحلیل جهات رد درخواست اجرای موافقت نامه های ناشی از میانجیگری بر اساس کنوانسیون سنگاپور، فصلنامه اندیشه حقوقی، سال دوم، شماره ششم.
۱۱. جنیدی، لعیا، قربانی زلیخایی، مجید، ۱۴۰۴، مطالعه تطبیقی انواع رژیم اجرایی موافقت نامه حل و فصل اختلاف ناشی از میانجیگری تجاری بین المللی، مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۶۱، شماره دوره ۲۴.
۱۲. جواد پور، نغمه و غمامی، مجید، (۱۴۰۱)، اتخاذ روش میانجیگری در حل و فصل دعاوی سرمایه گذاری نفت و گاز، حقوق فناوری های نوین، ۷۳-۸۵.



۱۳. فرهادی، مریم، (۱۳۸۷)، نقد و بررسی تطبیقی قوانین حمایت از مصرف‌کننده با حقوق‌کشور فرانسه، محله دانشکده علم اداری و اقتصادی دانشگاه اصفهان، ش ۴.
۱۴. معبودی نیشابوری، علی، و رضایی، سید علی رضا، (۱۳۹۹)، دعاوی مستثنی شده از قلمرو کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فقه امامیه، نشریه علمی مطالعات حقوق عمومی معاصر، ۲۰.
۱۵. _____؛ (۱۳۹۹) رویکرد کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹، و نظام حقوقی ایران در مورد چالش‌های سازش‌نامه‌های حاصل از میانجیگری تجاری بین المللی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲.
۱۶. نیکبخت حمید رضا و ادیب، علی اکبر، اصلاحگری و میانجیگری به عنوان جایگزین روش‌های سنتی حل اختلافات مدنی - تجاری (امکان به کارگیری آنها در صنعت نفت)، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۸.

ج. پایان نامه ها

۱۷. رفیعی، احمد، (۱۳۹۰) حل اختلاف کار در نظام حقوقی ایران در پرتو اصول دادرسی منصفانه، پایان‌نامه دکتورا، رشته حقوق عمومی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.

د. قوانین ایران

۱۸. قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹).
۱۹. قانون کار، مصوب ۱۳۶۸ مجلس و مصوب ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام.
۲۰. قواعد میانجیگری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران مصوب ۱۳۹۶ هیأت نمایندگان اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران.
۲۱. قواعد میانجیگری مرکز منطقه‌ای داوری تهران مصوب سازمان مشورتی حقوقی آسیایی - آفریقایی (AALCO) لازم‌الاجرا از ۱۵ ژوئیه ۲۰۲۱ (۱۴۰۰).
۲۲. آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۹۰.

ه. قوانین افغانستان

۲۳. قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، مصوب ۱۳۹۳.
۲۴. قانون میانجیگری (مصالحه) تجارتي (۱۳۸۵).
۲۵. قواعد میانجیگری مرکز حل منازعات تجارتي (۱۳۸۸).
۲۶. قانون کار (۱۳۸۷).

و) منابع انگلیسی

27. Alexander, N. (2019). Ten trends in international mediation. Singapore Academy of Law Journal, 31, Special Issue, 1–38.
28. Abrishami, A. M. (2020). Singapore Convention on Mediation: Should Iran follow the position of Qatar? Arab Law Quarterly, 1(aop), 1–36.
29. Chong, S. Y., & Steffek, F. (2019). Enforcement of international settlement agreements resulting from mediation under the Singapore Convention: Private international law issues in perspective. Singapore Academy of Law Journal, 31(Special Issue), 1–39.
30. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. (2008). Official Journal of the European Union, L 136/3.
31. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. (2001). Uniform Mediation Act. Retrieved from.
32. Sussman, E. (2018). The Singapore Convention promoting the enforcement and recognition of international mediated settlement agreements. ICC Dispute Resolution Bulletin, (3), 1–15. (Issue number and pages may vary depending on source access)
33. UNCITRAL. (2021). UNCITRAL mediation rules. Article 1.
34. International Labour Organization. (1947). Right of Association (Non-Metropolitan Territories) Convention, 1947 (ILO Convention No. 84), Article 4. Adopted 11 July 1947, entered into force 1 July 1953. Retrieved from.



میانجیگری و میانجی‌پذیری منازعات تجاری

(مطالعه تطبیقی در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹)

حفیظ الله محمدی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۹/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۱۲

چکیده

میانجیگری تجاری سازوکار نوین برای حل و فصل اختلافات تجاری است، در قرن حاضر از محبوبیت و استقبال فزاینده‌ای از سوی اصحاب دعوا برخوردار است. پیشینه فرهنگی و سازگاری میانجیگری با منطقه آسیا، بر اهمیت توسعه و گسترش این روش افزوده است. این مقاله با روش تحلیلی-توصیفی و استفاده از ابزار کتابخانه‌ای، به بررسی و تبیین مفهوم میانجیگری و قلمرو آن در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ پرداخته است و هدف تحقیق مطالعه تطبیقی و شناسایی نقاط قوت و ضعف حقوق داخلی است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که: مفهوم میانجیگری در هر سه نظام حقوقی مذکور یکسان است و بند دوم ماده ۲ قانون تجارت افغانستان ناشی از سهل‌انگاری قانون‌گذار تلقی می‌شود. همچنین، قلمرو و امکان میانجی‌پذیری اختلافات تجاری در حقوق افغانستان گسترده‌تر از حقوق ایران است؛ به طوری که در حقوق ایران، دعای مرتبط با رقابت، بازار بورس، سهام و اوراق بهادار، قابلیت میانجی‌پذیری ندارند. با این حال، در هر سه نظام حقوقی محدودیت‌هایی در قلمرو میانجی‌پذیری وجود دارد که در این پژوهش به آنها پرداخته شده است. این تحقیق می‌تواند به میانجیگران و دست‌اندرکاران روش‌های نوین حل و فصل اختلافات تجاری کمک شایانی نماید.

کلیدواژه: میانجیگری، قلمرو میانجیگری تجاری، منازعات تجاری، ورشکستگی، حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹.

^۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد گروه حقوق خصوصی، پوهنتون تهران

میانجیگری یکی از شیوه‌های جایگزین^۱ حل و فصل اختلاف است. در جوامع ساده و قبل از شکل‌گیری نهاد دولت و دادگستری یکی از رویه‌های خردمندانانه رجوع به یک فرد قابل اعتماد و امین بوده است. اندیشه رجوع به شخص ثالث در آغاز در قالب میانجیگری ظاهر شد (جنیدی، ۱۳۹۹: ۴۹۷). امروزه میانجیگری نظاممند و با عرف بین‌المللی در حوزه سیاسی و تجاری عجین شده است. در راستای نظام‌مندسازی میانجیگری، افغانستان «قانون میانجیگری» را در سال ۱۳۸۵ تصویب نمود. در حقوق ایران تا کنون قانون مشخص تسوید و تصویب نشده است. باین حال اتاق بازرگانی ایران مقررات و قواعد با عنوان «قواعد و آیین میانجیگری» در سال ۱۳۹۶ تصویب نموده است. اما آگاهی‌های تخصصی، علمی و تحقیقات حقوق‌دانان و نویسندگان ایرانی، در توسعه و گسترش میانجیگری تأثیر چشم‌گیر داشته است. در سطح بین‌المللی نیز کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ گسترش و نظام‌مندسازی موافقتنامه‌های ناشی از میانجیگری نقش مهم داشته و دارد. کنوانسیون سنگاپور و میانجیگری در کل به‌ویژه در منطقه آسیا از حیث عملی و نظری دارای اهمیت دوچندان است، چون در این منطقه میانجیگری شیوهی مقبول حل و فصل اختلاف و منطبق با حساسیت‌های فرهنگی است. نیز اهتمام عملی برخی از دولت‌ها از جمله چین، هند و سنگاپور نشان‌دهنده اهمیت فراوان میانجیگری در منطقه آسیا است (حسینی، ۱۴۰۰: ۵۷). ایران و افغانستان در ۷ آگوست ۲۰۱۹ کنوانسیون را فقط امضا نموده است.^۲

در سالیان اخیر روابط تجاری دو کشور ایران و افغانستان افزایش زیاد داشته است. قاعدتاً، تولید، صنعت و دیگر فعالیت‌های تجاری اختلافات و منازعات تجاری قراردادی یا غیرقراردادی نیز در پی داشته و خواهد داشت. از این جهت با توجه به اهمیت و محبوبیت میانجیگری بررسی تطبیقی میانجیگری و قلمرو آن، در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون

۱. در مقصود از عبارت «شیوه‌های جایگزین» اختلاف است. برخی از عبارت «جایگزین» جایگزین دادگاه‌ها می‌داند و هر شیوه حل و فصل اختلاف به جزء مراجعه به دادگاه را، از جمله شیوه‌های جایگزین می‌دانند. اما بغضی دیگر منظور از عبارت «جایگزین» را جایگزین مطلق قضایی و حقوقی می‌داند و مهم‌ترین ویژگی آن را تصمیم نگرفتن خلاف رضایت و علیه دو طرف اختلاف است. (شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری، ۱۳۹۵: ۵۷)

۲. کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ در لایحه مجلس شورای ملی جمهوری اسلامی ایران به هدف بررسی و تصویب قرار گرفته است. در صورت تصویب گام دیگر در گسترش میانجیگری و اهمیت آن برداشته خواهد.



سنگاپور ۲۰۱۹، مهم و ارزشمند است. آنچه در این مقاله به دنبال آن هستیم، شناساندن مفهوم میانجیگری و قلمرو میانجیگری در حقوق ایران، افغانستان و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ است. هدف پژوهش حاضر در ضمن توسعه و تطبیق حقوق داخلی با حقوق خارجی، پاسخ به این پرسش اصلی است که: میانجیگری تجاری در حقوق ایران، افغانستان و کنوانسیون چگونه است و چه موضوعات قابلیت میانجیگری را در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور دارند؟ بنابر این، میانجیگری سیاسی، مدنی و... خارج از موضوع مقاله است، پژوهش حاضر فقط به میانجیگری تجاری می‌پردازد. از این جهت در گام نخست به مفهوم میانجیگری و سپس به قلمرو میانجیگری می‌پردازیم.

الف) مفهوم میانجیگری تجاری

میانجیگری نسبت به شیوه‌های دیگر از محبوبیت و کارایی بیشتر برخوردار است. به همین دلیل برخی اساتید فرموده است: اگر قرن بیستم، قرن داوری بود؛ بدون شک قرن بیست و یکم، قرن میانجیگری است (Alexander, 2019: 446).¹

خاستگاه میانجیگری مدرن، نظام حقوقی آمریکا است (جوادپور و همکاران، ۱۳۹۸: ۸۷). میانجیگری (MEDIATION) یکی از روش‌های (ADR)² است که به موجب آن شخصی ثالث بی‌طرف، به‌عنوان میانجی از طریق تشکیل جلسات و گفتگو با طرفین در خصوص موضوع اختلاف، جستجوی همه‌راه‌حل‌ها، حل و فصل اختلاف را تسهیل می‌کند (رحیم‌زاده و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۵؛ داراب‌پور، ۱۴۰۱: ۱۱۷؛ رحیمی و افضل‌ی، ۱۳۹۵: ۷۵). میانجی به آنها کمک می‌کند تا منافع و خواسته‌های خود را برای طرف مقابل مشخص و به وی منتقل کنند. به همین جهت می‌توان میانجیگری را نوعی «مذاکره باواسطه» نامید (نیک‌بخت، ۱۳۹۶: ۶۴). منظور ما از میانجیگری در این پژوهش نیز میانجیگری به مفهوم خاص است. میانجیگری به این مفهوم دارای اصول، قواعد و آیین رسیدگی خاص است.

قانون میانجیگری افغانستان (مصوب ۱۳۸۵) در فقره دوم و ماده دو، میانجیگری را چنین تعریف نموده است: «میانجیگری (مصالحه) عبارت از عملیه لازم الاجرائی است که به تاسی از آن میانجی به اساس در خواست و توافق طرفین، خدمات بی طرفانه را به منظور حل و فصل

¹. If the 20th century was the arbitration century then the 21st century, without a doubt, is the mediation century

². Alternative dispute resolution.





سریع منازعات اقتصادی و تجاری انجام می‌دهد.» قانونگذار افغانستان هر چند در پی تعریف میانجیگری بوده است، اما بیشتر به وظایف میانجی پرداخته است تا تعریف میانجیگری. علاوه بر آن به کارگری جمله‌ی «عملیه لازم الاجرائی» در تعریف میانجیگری مبهم یا نادرست است، چون میانجیگری یک روند و عملیه لازم الاجراء نیست، بلکه روند و رسیدگی اختیاری است که بر اساس توافق دو طرف صورت گرفته و در هر مرحله یکی از دو طرف می‌توانند انصراف بدهد. افزون بر این «عملیه لازم الاجرائی» با روح و مواد کلی خود قانون میانجیگری در تعارض است. جای شگفت است که با تبدیل کلمه «میانجی» به «حکم» و اضافه کردن قید «قراردادی» برای منازعات، همین تعریف برای مفهوم حکمیت/داوری در ماده دوم قانون حکمیت (۱۳۸۵) ذکر شده است.^۱ به نظر می‌رسد از آنجایی که قانون میانجیگری و حکمیت هم‌زمان تسوید شده است، در تعریف، یکسان‌سازی و الگوپذیری از یکدیگر، سهل‌انگاری صورت گرفته است.

افزون بر این نقد، در تعریف به ویژگی‌های میانجیگری پرداخته شده است؛ زیرا قیده‌های «سریع» و «بی‌طرفانه» از ویژگی میانجیگری محسوب می‌گردد که غالباً در تعریف یک مفهوم به گونه حد تام ذکر نمی‌شود. شاید به همین دلیل باشد که ویژگی «سریع» میانجیگری در تعریف که از قواعد و آیین میانجیگری اتاق بازرگانی ایران ۱۳۹۵ ارائه شده، آن ویژگی نیامده است. در بند دوم ماده ۲ قواعد مذکور، میانجیگری چنین تعریف شده است: «میانجیگری یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات است که به موجب آن شخص ثالث بی‌طرف (میانجی) طرفین را در حل اختلافاتشان یاری و مساعدت کرده و پیشنهاداتی در مورد حل و فصل اختلاف ارائه می‌کند». نتیجه‌ی مقایسه این دو تعریف نسبت به تعریف کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ و قانون نمونه آنسیترال ۲۰۱۸ این است که: هیچ‌کدام از ویژگی‌ها و لوازم فوق در تعریف ارائه شده توسط کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ و قانون نمونه‌ی آنسیترال ۲۰۱۸ ذکر نشده است. کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ تعریف جامع‌تر و خلاصه‌ی نسبت به همه‌ی تعاریف مزبور ارائه نموده است. در بند سوم ماده دو، چنین نوشته است: «میانجیگری به معنای

^۱ بند دوم ماده ۲: حکمیت عملیه‌ی لازم الاجرائی است که بر اساس آن حکم یا حکم‌ها یا اداره‌ی حکمیت بالاثر تقاضا و توافق طرفین یا قرار محکمه، خدمات بی‌طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه‌ی منازعات ناشی از قرارداد معاملات اقتصادی و تجاری انجام می‌دهند. (قانون حکمیت تجارتی افغانستان ۱۳۸۵)

فرایندی است که طرفین از طریق آن تلاش می‌کنند با مساعدت شخص یا اشخاص ثالث (میانجی) به یک راه حل مسالمت‌آمیز برای حل و فصل اختلاف دست یابند، بدون اینکه میانجی اختیار الزام راه حل به طرفین اختلاف داشته باشد).

خوبی و ویژگی این تعریف در کنار جامع و خلاصه بودن آن، آوردن قید «بدون اینکه میانجی اختیار الزام راه حل به طرفین اختلاف داشته باشد» و قید «شخص ثالث» است، آوردن این دو قید تبارز دهنده‌ی «فصل»^۱ مفهوم میانجیگری در تعریف و جداکننده میانجیگری از مفهوم داوری و مذاکره است. حسن و خوبی دیگر این تعریف دوری کردن از ذکر لوازم و ویژگی‌های میانجیگری مانند «بی‌طرفی» و «سریع» در تعریف است.

ب) قلمرو میانجیگری تجاری

میانجیگری که در میان اصحاب دعوا و طرفین اختلاف نسبت به دیگر شیوه‌های جایگزین استقبال خوب داشته و استفاده از این روش برای حل منازعات تجاری روبه‌افزایش است. پرسش که اینجا مطرح می‌گردد این است: همه‌ی موضوعات تجاری و مالی قابلیت ارجاع به میانجیگری در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور را دارد یا خیر؟ به خصوص دعاوی ورشکستگی. پاسخ به این پرسش در حقیقت مباحث قلمرو میانجیگری را شکل می‌دهد.

این مبحث به هدف معرفی محدودیت‌ها و دایره‌ی میانجیگری نسبت به دعاوی، به بررسی قلمرو میانجیگری در حل و فصل اختلاف تجاری می‌پردازد. به دلیل روشنی و شهرت بین‌المللی داوری، قلمرو میانجیگری با قلمرو داوری مورد مقایسه قرار گرفته است. از این جهت، ابتدا به قلمرو مشترک میانجیگری با داوری و پس از آن، به ورشکستگی؛ در پایان به دعاوی مربوط به بازار سرمایه و سهام پرداخته می‌شود.

۱. دعاوی قابل میانجیگری

رویکرد قانون‌گذار داخلی و کارگزاران قوانین نمونه و کنوانسیون‌ها، متفاوت است. قاعدتاً قلمرو اعمال قوانین و کنوانسیون‌ها هم متفاوت خواهد بود. بر این اساس، ابتدا قلمرو

^۱ فصل اصطلاح منطقی و فلسفی است که در مقابل جنس به کار می‌رود و مقصود این است: کلی ذاتی است که یک نوع را از سایر انواع داخل در یک جنس متمایز و جدا می‌کند مثل ناطق که انسان را از جنس آن یعنی حیوان متمایز و جدا می‌کند.



میانجیگری در حقوق دخیلی و پس از آن قلمرو میانجیگری در کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱ حقوق داخلی (افغانستان و ایران)

اصل آزادی و حاکمیت اراده، به دو طرف اجازه می‌دهد که در انتخاب روش حل و فصل اختلاف آزاد هستند و در صورت اهلیت هیچ ممنوعیت برای ارجاع دعوی به میانجیگری یا داوری و یا رسیدگی قضایی نیست. اما به جهت اینکه اصل حاکمیت اراده محدودیت‌های قانونی دارد. طرفین نیازمند شناخت قلمرو میانجیگری تجاری است، خارج از قلمرو میانجیگری محاکم و دولت اعتبار و ارزش برای توافق و میانجیگری قائل نیست.

بر اساس بند یکم و ماده ۲ قواعد و آیین میانجیگری اتاق بازرگانی ایران ۱۳۹۶: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند اختلافات خود را به میانجیگری ارجاع بدهد.» در این ماده تنها ملاک برای پذیرش دعوا، اهلیت دو طرف اختلاف است و بیش از آن معیار و شرط برای حل منازعات از طریق میانجیگری مشخص نشده است. در قوانین دیگر مانند آیین دادرسی مدنی و قانون تجارت ایران نیز محدودیت در خصوص میانجیگری نیامده است. طبق بند یکم ماده دو قانون داوری تجاری بین المللی ایران ۱۳۷۶: «داوری اختلافات در روابط تجاری بین المللی اعم از خرید، فروش، کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت» این قلمرو در میانجیگری نیز قابل تطبیق است؛ زیرا پرداخته نشدن به قلمرو میانجیگری در قواعد و آیین میانجیگری اتاق بازرگانی ایران ۱۳۹۶، به این گمان و احتمال صحت می‌بخشد که قلمرو میانجیگری و داوری از نگاهی آنها در هردو یکی است و نپرداختن به آن به قلمرو در قواعد و آیین میانجیگری، یک نوع احاله به قلمرو داوری است. علاوه بر این در قانون میانجیگری افغانستان نیز یک نوع قیاس و هم‌سان‌سازی و برادری میان حکمیت و میانجیگری وجود، چون در ماده ۱۵ قانون میانجیگری افغانستان ۱۳۸۵ حکمی اسناد مورد پذیرش در میانجیگری را قیاس به حکمیت نموده است. افزون بر این‌ها هردو یکی از روش‌های جایگزین و رسیدگی غیر قضائی است. بنابراین، یک نوع مشابهت بین میانجیگری و داوری در ذهن قانونگذار بوده است. حتی در سطح بین المللی و کنوانسیون‌ها هم این نگرش به چشم می‌خورد، از همین جهت کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ شباهت به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ دارد.



به روش دیگر؛ طبق بند دوم ماده ۲ قانون میانجیگری افغانستان هر منازعات اقتصادی و تجارتي را می‌توان به میانجیگری ارجاع داد. در اینکه مراد از منازعات تجارتي و اقتصادی چه معاملات را شامل می‌شود تا در صورت اختلاف و منازعه آن به میانجیگری ارجاع داد؟ در بند سوم همین ماده مشخص شده است. در بند سوم ماده ۲ در تعریف معامله تجارتي چنین انگاشته‌اند: «معامله تجاری شامل کلیه مناسبات دارای ماهیت تجاری و اقتصادی می‌باشد که به اساس قرارداد یا غیر آن استوار باشد» بر این اساس هر دعوی که ماهیت تجاری و اقتصادی داشته باشد و لو اینکه قراردادی نباشد از طریق میانجیگری حل و فصل می‌گردد. تعمیم تجارتي به قراردادی یا غیر قراردادی به دلیل تاثیر پذیری از قانون نمونه آنسترال ۲۰۰۲ است. چون از قید «تجاری» در بند یکم و ماده ۱ قانون نمونه آنسترال در مورد میانجیگری تفسیر عام صورت گرفته و شامل تجاری قراردادی و غیر قراردادی دانسته است؛ زیرا «قید تجاری الزاما منعکس کننده مفهوم نیست که این اصطلاح در کشورهای حقوقی نوشته (رومی-ژرمنی) در مقابل «مدنی» دارد. همان‌طور که در پانوش قانون ذیل کلمه «تجاری» آمده است، عبارت «تجاری» باید به نحو وسیع تفسیر شود، به‌طور که بتوان کلیه روابط تجاری اعم از قراردادی و غیر قراردادی را پوشش دهد» (شیروی، ۱۳۸۵: ۵۰). به هر صورت بر اساس قوانین داخلی قلمرو میانجیگری کلیه دعاوی است که ماهیت تجاری و اقتصادی داشته باشد.

پرسش که اینجا مطرح می‌گردد این است که: چه معاملات ماهیت تجارتي و اقتصادی دارد؟ از کدام منبع بایست در یافت که معاملات مشخص ماهیت اقتصادی و تجارتي دارد و معاملات مشخص دیگر دارای این ماهیت نیست؟

از آنجا قانون میانجیگری مزبور در حیطه‌ی جغرافیایی افغانستان تسوید و تصویب شده است قاعدتاً بایست برای تفسیر و رفع ابهام آن به قوانین افغانستان مراجعه کرد. قانون تجارت افغانستان ۱۳۳۶ مجموع فصل سوم یعنی از ماده ۱۵ الی ۲۴ به تعریف و بیان معاملات پرداخته و تفسیر موسع از مصادیق معاملات تجارتي ارائه کرده است که: حمل و نقل، بیمه، معاملات بانکی، برات، سفته و چک، معاملات صرافیه، تأسیس فابریکه، توزیع آب، برق، گیس، عکاسی، حق العمل کاری، کمیشن کاری و هر معاملات که تاجر انجام می‌دهد، معاملات او تجارتي است





مگر دلیل بر خلاف او باشد. نزدیک به همین موارد، البته با ادبیات حقوقی و مفاهیم شناخته شده‌ی در حقوق تجارت، در ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران ذکر شده است.^۱

احتمال دیگر در تبیین مراد قانون‌گذار افغانستان از عبارت «ماهیت تجارتي و اقتصادي» در ماده دوم قانون میانجیگری مطرح می‌گردد، معاملات تجارتي است که هدف آن اقتصادی و سودآوری است، در مقابل معاملات که طرفین برای مقاصد شخصی و امور خانوار دادوستد می‌کنند. مزیت این احتمال نزدیکی با کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ و شامل نشدن برخی معاملات تاجر است، یعنی معاملات که برای مقاصد غیرتجاری انجام می‌دهد هست. نظیر این استثنا در کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ هم وجود دارد، چون در بند دوم ماد ۱ کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ آمده است: معاملات که برای مقاصد شخصی، خانوادگی یا امور مربوط به خانوار صورت می‌گیرد، از قلمرو کنوانسیون استثنا شده است و نمی‌توان این معاملات را از طریق میانجیگری حل و فصل کرد. افزون بر این، عرف تجاری نیز معاملات که برای مقاصد شخصی و امور خانوار صورت می‌گیرد، معاملات تجارتي محسوب نمی‌کنند. به‌علاوه از آنجایی که افغانستان کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ را امضا نموده است، هم بایست تفسیر از مواد قانون میانجیگری همسویی کنوانسیون باشد.

در جمع‌بندی مطالب فوق بایست گفت: در حقیقت بین دو تفسیر از عبارت «ماهیت تجارتي و اقتصادي» تفاوت نیست. تفسیر اول در واقع بیان مصادیق معاملات تجارتي است که برای مقاصد شخصی و امور خانوار نمی‌باشد؛ بلکه معاملات است که برای مقاصد اقتصادی و تجاری به وجود می‌آید. در نهایت حقوق افغانستان کلیه‌ی دعاوی تجارتي و اقتصادی، قابلیت‌پذیری میانجیگری دارد. فرق نمی‌کند که موضوع دعوی ورشکستگی باشد یا مالکیت فکری و یا دعاوی مربوط به سهام و بازار سرمایه.^۲ در نظام حقوق ایران نیز می‌توان ادعا نمود که کلیه‌ی دعاوی به جزء دعاوی معاملات که مقاصد شخصی و خانوار و یا ارث

۱. بندیکم ماده ۲: داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ی، سرمایه‌گذاری، همکاری فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت.

۲. ذکر نشدن دعاوی ناشی از حقوق رقابت، در متن تعمدی است، به این توضیح: دعاوی ناشی از حقوق رقابت اصولاً و معمولاً مربوط حقوق عمومی می‌گردد، حقوق عمومی قابلیت‌پذیری داوری و میانجیگری را ندارد. از این جهت رسیدگی به دعاوی ناشی از حقوق رقابت در ایران، دارای رسیدگی خاص است.

ایجاد شده، قابلیت پذیری میانجیگری دارد استثنا دعاوی ارث مانند آن مثل دعاوی مربوط به اصل نکاح... واضح است، چون در ضمن اینکه این دعاوی تجاری نیست، دعاوی ارث و مانند آن دارای آئین و تشریفات خاص است که مخالف آئین و اصول میانجیگری است.

۱-۲. کنوانسیون سنگاپور

تاکنون بررسی قابلیت ارجاع‌دهی دعاوی به میانجیگری در حقوق ایران و افغانستان بود. در حقوق تجارت بین‌الملل در خصوص حل و فصل اختلاف از طریق میانجیگری قوانین ایجاد شده است یکی از منابع مهم میانجیگری در حقوق بین‌الملل که تحول بزرگ در راستایی شناسایی و افزایش میانجیگری ایجاد کرد کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ است. در این کنوانسیون برای شناسایی توافقنامه میانجیگری و اجرای آن موافقتنامه سه شاخص ذکر شده است که عبارت از: «انعقاد سازش‌نامه در اثر فرایند میانجیگری»، «وصف تجاری سازش‌نامه» و «وصف بین‌المللی سازش‌نامه»، در کنار این سه شاخص اصلی کتبی بودن موافقت‌نامه هم شرط شده است.

۱-انعقاد سازش‌نامه در اثر فرایند میانجیگری

یکی از شاخص اصلی به وجود آمدن موافقت‌نامه از اثر فرایند میانجیگری است. در بند یکم ماده ۱ مقرر شده است: «این کنوانسیون ناظر بر موافقتنامه‌های حل و فصلی است که از میانجیگری ناشی می‌شوند...» بنابر این بایست دعاوی از طریق میانجیگری و حل فصل شده باشد؛ یعنی وجود شخص بی‌طرف به عنوان میانجی در فرایند حل و فصل اختلاف ضروری است.

استناد موافقت‌نامه به روش میانجیگری نیز دارای شرایط است در صورت می‌توان موافقت‌نامه‌ی را حاصل از میانجیگری دانست که آن شرایط را داشته باشد. در بند ب ماده چهارم مقرر شده است: «طرفی که به سازش‌نامه استناد می‌کند باید مستندات ذیل را به مرجع صالح کشور عضو کنوانسیون کشور محل طرح ادعا، تقدیم کند: (ب) ادله مبنی بر اینکه موافقت‌نامه حل و فصل ناشی از میانجیگری بوده است، از جمله: ۱- امضای میانجی در موافقت‌نامه حل و فصل؛ ۲- سندی که به امضای میانجی رسیده باشد و نشان بدهد میانجیگری انجام شده است؛ ۳- تصدیق‌نامه مؤسسه که میانجیگری را اداره کرده است؛ ۴- در صورت فقدان دلیل ۱، ۲ یا ۳، هر دلیل دیگری که بنا بر نظر مرجع صالح قابل قبول باشد.»



در صورتی که میانجیگری آنلاین بوده در بند ۲ شرایط برای استناد را مشخص کرده است. به هر صورت طرف که در خواست اجرای موافقت‌نامه حل و فصل نموده بایست اثبات نمود که موافقت‌نامه حل و فصل ناشی از روند میانجیگری بوده است.

۲- وصف بین‌المللی

دومین شاخص برای شناسایی موافقت‌نامه بین‌المللی بودن موافقت‌نامه است. وجود وصف بین‌المللی بودن موافقت‌نامه حل و فصل اختلاف است.

در بند یکم ماده یک کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ چنین مقرر شده است که: این کنوانسیون ناظر بر موافقت‌نامه‌های حل و فصلی است که از میانجیگری ناشی می‌شود و به منظور حل و فصل یک اختلاف تجاری به طور کتبی توسط طرفین منعقد می‌شوند و در زمان انعقاد واجد وصف بین‌المللی نیز باشد. اما مفهوم وصف بین‌المللی روشن و واضح برای همه نیست. از این جهت کنوانسیون در ماده یکم معیارهای برای بین‌المللی بودن یک موافقت‌نامه ذکر نموده است:

(الف) محل کسب و کار حداقل دو طرف از طرف‌های موافقت‌نامه حل و فصل در کشورهای متفاوت واقع شده باشد.

این معیار ناظر بر آن موارد است که اقامتگاه و تابعیت دو طرف مختلف است؛ مانند یکی از طرفین موافقت‌نامه در ایران و دیگری در افغانستان اقامت دارد. بر این اساس تفاوت اقامتگاه دو طرف، نشان بین‌المللی و بیرون مرزی بودن موافقت‌نامه حل و فصل اختلاف است.

(ب) کشور محل کسب و کار طرف‌های موافقت‌نامه حل و فصل از (۱) کشوری که بخش عمده از تعهدات ناشی از موافقت‌نامه حل و فصل در آن انجام می‌گردد؛ یا (۲) کشوری که موضوع اصلی موافقت‌نامه حل و فصل با آن نزدیک‌ترین ارتباط را دارد، متفاوت باشد.

ملاک مذکور ناظر به موارد است که اقامتگاه دو طرف در یک کشور است. مثلاً محل کسب و کار کشوری ج.ا.ایران باشد؛ اما بخش عمده از تعهدات توسط کشوری چین صورت گیرد؛ مانند تولید، بارگیری، تحویل تا مبدأ و بیمه؛ در این صورت موافقت‌نامه حایز وصف بین‌المللی است؛ چون کشور محل کسب و کار (ایران) با کشور که بخش عمده تعهدات را انجام می‌دهد (چین) متفاوت است در حالی که اقامتگاه هر دو و محل کار در یک کشور است.



از نگاه حقوق ایران بر اساس بند ب ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران ۱۳۷۶ معیار وصف بین‌المللی این است که: در زمان انعقاد موافقت‌نامه یکی از طرفین تبعه ایران نباشد. برخی از اساتید بر این معیار ایراد گرفته و از لحاظ جامع‌ومانع بودن، این معیار را درست ندانسته است.^۱ اما در حقوق افغانستان بر اساس بند دوم ماد ۳ قانون حکمیت ۱۳۸۵ موارد ذیل بین‌المللی است: ۱- در قرارداد به بین‌المللی بودن تصریح شده باشد. ۲- معاملات تجاری و اقتصادی بین چند کشور باشد. ۳- بر اساس کشور محل که طرفین معاملات انجام می‌دهد، قرارداد بین‌المللی توصیف شده باشد. بر خلاف قانون داوری ایران، قانون داوری افغانستان تفاوت تابعیت را معیار قرار نداده است.

۳- تجاری بودن موافقتنامه

سومین شاخص، تجاری بودن موافقت‌نامه حل و فصل میانجیگری است که در ماده یکم کنوانسیون مشخص شده است. کنوانسیون بر خلاف دو شاخص اصلی، مفهوم تجاری را تبیین نکرده است. روشن نیست که کدام مصادیق از معاملات تجاری هستند؟ و بایست برای توصیف مفهوم تجاری به قوانین داخلی و حقوق داخلی کشورهای مراجعه نمود. اما باوجود این از مفهوم بند دوم ماده ۱ قاعده کلی به دست می‌آید که بیان‌کننده مفهوم تجاری بودن موافقتنامه است. چون ظاهراً کنوانسیون سنگاپور در حال ایجاد و توسعه معیار سوم (استثنا) در شناخت مفاهیم حقوق؛ مانند تجارت است.^۲ به این منظور: اصل اولی مشمول شدن احکام قانون به همه دعاوی تجاری است مگر دعاوی که استثناء شده است. بنابر این، جز دعاوی مربوط ارث، خانواده و دعاوی که ماهیت اقتصادی ندارد برای مصارف شخصی داد و ستد صورت می‌گیرد، مشمول احکام کنوانسیون می‌گردد و قابلیت میانجیگری پذیری را دارد. قلمرو میانجیگری در حل و فصل اختلافات تجاری در حقوق تجارت بین‌الملل گسترده‌تر از حقوق داخلی است.

^۱. مراجعه شود به: جنیدی، لعیا، بررسی تطبیقی قانون نمونه، تهران: دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۷۸

^۲. لازم به ذکر است: در توصیف مفهوم گاهی معیار شخصی و گاهی معیار نوعی به کارگرفته می‌شود، آنچه مادر حقوق افغانستان شاهدیم استفاده از هر دو معیار است. یکی در قانون تجارت و دیگری در قانون میانجیگری. اما کنوانسیون سنگاپور بدون پیروی از معیار نوعی یا شخصی، فقط موارد استثناء را بیان می‌کند تا هم شامل معیار نوعی و هم شامل معیار شخصی گردد. اگر یکی از نوآوری‌های آن کنوانسیون شمرده شود، انتخاب گزاف نخواهد.

۱-۳. ورشکستگی

لزوما ورشکستگی زیر عنوان «دعای قابل میانجیگری» (بند یکم) مطرح می‌شود؛ اما به دلیل اهمیت و متفاوت بودن ماهیت ورشکستگی، آن را اضطراباً جداگانه مورد بحث قرار می‌دهیم. در قوانین ایران و افغانستان، نص قانونی پیرامون عدم ارجاع دعای ورشکستگی به میانجیگری نداریم یا حداقل به آن نگارنده دست نیافت است. اما در خصوص داوری نص قانون وجود دارد. بر اساس ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران که مقرر می‌دارد «دعای زیر قابل ارجاع به داوری نیست: ۱- ورشکستگی. ۲- دعای راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب.» در قانون اصول محاکمات تجاری افغانستان ۱۳۴۳ نیز این ممنوعیت وجود دارد. در ماده ۲۲۹ آن قانون مقرر شده است: «دعای متعلق به امور افلاس و ورشکست قابل ارجاع به حکمیت نیست.» در نتیجه در نظام حقوق داخلی ایران و افغانستان ورشکستگی قابلیت‌پذیری داوری را ندارد.

برخی این ممنوعیت را به میانجیگری هم سرایت داده است. زیرا «وقتی در داوری که رأی صادر می‌شود و رأی برای طرفین الزام‌آور است این دعای قابل ارجاع به داوری نیست، پس به طریق اولی این دعای نیز قابل ارجاع به میانجیگری نمی‌باشد.» در قانون میانجیگری افغانستان نیز مشابه همین قیاس را می‌توان به دست آورد به این مقصود که: پذیرش اسناد و مدارک در میانجیگری، قیاس به حکمیت و روش‌های دیگر حل و فصل اختلاف شده است؛ یعنی هر اسناد و مدارک در داوری و حکمیت مورد پذیرش باشد، در میانجیگری هم مورد پذیرش است. از این جهت در ماده پانزدهم قانون مذکور تصریح می‌کند که: «مدارکی که در روند، حکمیت، رسیدگی قضایی و روندهای مشابه دیگر قابل پذیرش باشد، در عملیه میانجیگری نیز پذیرفته شده می‌تواند.» بر اساس این ماده یک سنخیت میان میانجیگری و داوری شکل می‌گیرد که طبق آن می‌توان در موارد مسکوت، از احکام و قانون داوری برای رفع خلأ استفاده کرد.

لیکن در نقد این استدلال بایست گفت: در اصل حجیت قیاس اولویت جای شک و تردید نیست. اما استفاده از قیاس اولویت در صورت درست است که میان دو مفهوم رابطه و سنخیت وجود داشته مثل رابطه بین فرع و اصل، در صورتی که احکام بر اصل جاری نباشد، می‌توان به قیاس اولویت به فرع هم جاری ندانی است. در حالی که میانجیگری و داوری دو مفهوم مستقل و متغایر از همدیگر است. افزون بر این در داوری خصوصیت (الزام‌آوری)



وجود دارد که در میانجیگری آن خصوصیت نیست. شاید همین خصوصیت باعث شده که قانونگذاران داخلی ارجاع دعاوی ورشکستگی به داوری منع کرده باشد؛ زیرا الزام‌آوری باعث می‌گردد توافق ایجاد قابلیت اصلاح و بررسی دوباره را نداشته باشد و این امر مختومه بودن مانع از ورود کشورها و مانع حمایت از طلبکاران می‌گردد. درحالی‌که در میانجیگری چنین امر نیست، در نهایت نه تنها قیاس اولویت در درسته است، بلکه متمایز بودن آن دو نهاد نتیجه عکس می‌دهد.

اما پاسخ درست این پرسش را که: دعاوی ورشکستگی قابلیت‌پذیری میانجیگری دارد یا خیر؟ بایست در جای دیگر جستجو کرد و صرفاً به ظاهر خشک ماده قانون نگریست. پاسخ این پرسش در ریشه‌ها و مبانی این ممنوعیت است. به این جهت شایسته مبانی و ریشه‌های ممنوعیت بررسی و تحلیل شود که آیا آن مبانی در میانجیگری هم می‌توان وجود داشت یا خیر؟ آن مبانی قرار ذیل است:

۱- نظم عمومی یا سرزمینی بودن ورشکستگی

مفهوم نظم عمومی در جوامع متخلف متفاوت است و تعیین دقیق آن مکان پذیر نیست. همچنین این مفهوم نسبی تلقی می‌شود و به اقتضای زمان و مکان قابل تغییر است. ولی نظم عمومی بر مبنای قلمرو و طبیعت، نظم عمومی سیاسی و نظم عمومی اقتصادی در بر می‌گیرد. مراد از نظم عمومی اقتصادی این است: دولت در پی رهبری اقتصاد و نظارت بر قراردادهای خصوصی است. نظم عمومی اقتصادی به نظم عمومی حمایت‌کننده و نظم عمومی اقتصاد هدایت‌کننده تقسیم می‌شود. ورشکستگی از زیر مجموعه نظم عمومی اقتصادی حمایت‌کننده است؛ زیرا یکی اهداف مهم نهاد ورشکستگی حمایت از غرما است (شهبازنیا، ۱۳۹۸: ۱۶۵). برخی عدم قابلیت داوری‌پذیری ورشکستگی را مرتبط به نظم عمومی می‌دانند. دادگاه اختیار دارد هر مورد که ارجاع به داوری با نظم عمومی در تضاد باشد، از اعتباردهی داوری خودداری کند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۱۶۹؛ شهبازنیا، همان: ۱۶۷)؛ بنابراین ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری چون مخالف نظم عمومی اقتصادی حمایت‌کننده است. قابلیت‌پذیری میانجیگری را ندارد. به موجب ماده ششم قانون آئین دادرسی مدنی ایران «عقود و قراردادهای که منحل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست» و نیز بر اساس ماده ۳۵ و بند ۲ ماده ۵۰۲ قانون مدنی افغانستان عقود و قوانین خارجی که خلاف نظم عمومی است، اثر بر

آن مترتب نمی‌گردد. بر پایه این مواد قانونی دادگاه این اختیار را دارد که موافقت‌نامه میانجیگری را به دلیل تضاد با نظم عمومی، شناسایی و اعتباردهی نکند.

۲- نسیت قرارداد

قرارداد و عقد نسبی است؛ یعنی اثر عقد فقط به اشخاص که قرارداد بسته‌اند، مؤثر است. نسبت به اشخاص ثالث هیچ حق یا دینی ایجاد نمی‌کند (شهبازنیا، همان: ۱۷۰)؛ بنابراین قرارداد و موافقت‌نامه‌ی که بر اساس آن دعاوی ورشکستگی به میانجیگری ارجاع داده می‌شود، صرف نسبت به یکی غرما و ورشکسته، نافذ است و نسبت به دیگر غرما اثر ندارد. این از یک سو. از سو دیگر بایست دعاوی ورشکستگی هم‌زمان از طرف همه طلبکاران مطرح شود تا رسیدگی صورت گیرد. درحالی‌که این امر در دعاوی ورشکستگی ممکن نیست. زیرا توافق قبل از ورشکستگی با یکی از غرما بوده و همه طلبکاران دخالت در تراضی نداشته‌اند، قاعدتاً نسبت به دیگر غرما اثری ندارد و نمی‌توان طلب این طلبکاران را از طریق میانجیگری رسیدگی نمود توافق. اما توافق‌نامه بعد از ورشکستگی اثر و اعتبار حقوقی ندارد، چون با صدور حکم ورشکستگی از تمامی تصرفات ممنوع می‌گردد. در نتیجه طرح دعاوی ورشکستگی به میانجیگری امکان ندارد.

نسبت قرارداد یک اصل است و نسبت به آن تردید نیست. اما در مورد ورشکستگی، توافق بعد از حکم ورشکستگی ممکن است. هرچند طرف قرارداد تاجر ورشکسته قرار نمی‌گیرد، اما مدیر تصفیه به‌عنوان قائم‌مقامی برخی تصرفات و اعمال حقوقی انجام دهد. ماده ۴۱۸ قانون تجارت ایران مصوب ۱۳۱۱ چنین مقرر کرده است: «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است. در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن موثر در تادیه دیون او باشد مدیر تصفیه قائم‌مقام قانونی ورشکسته بوده و حق دارد به جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند». بر اساس مفاد این ماده انعقاد توافق‌نامه دارای اعتباری حقوقی است. در نتیجه نسبت قرارداد مانع برای ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری نیست.

۳- نقض اصل محرمانگی

آئین رسیدگی دعاوی ورشکستگی با آئین رسیدگی میانجیگری و شیوه‌های جایگزین متفاوت است، چون یکی از اصول رسیدگی میانجیگری است دو طرف اختلاف و میانجی حق ندارد



معلومات و داده‌های که هنگام رسیدگی مطرح می‌شود، فاش و به دیگران اطلاع دهد. درحالی‌که در دعاوی ورشکستگی بایست همه‌ی غرما و دیگران اطلاع داشته باشد.

۴- عدم اعتماد دولت‌ها-نگرانی از عادلانه نبودن حل و فصل

برخی از موضوعات حساس و مهم محدودیت‌های را در ارجاع به داوری وضع می‌کنند؛ زیرا دولت‌ها معتقدند تنها دادگاه‌ها می‌توانند حقوق عمومی را به درستی تفسیر کنند. داوران نیز به علت فقدان توانایی لازم اجرای مقررات عمومی جامعه را متصور می‌کنند. از دیگر سو آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم راه تقلب نسبت به قانون را باز می‌کند (شهبازنیا، همان: ۱۷۴). هرچند این استدلال خصوص داوری صورت گرفته است؛ اما در مورد میانجیگری نیز صادق است، حتی بیشتر از داوری، میانجیگری نگرانی و بی‌اعتماد دولت‌ها را در پی دارد. زیرا در میانجیگری رعایت و پیروی از قوانین و حقوق هدف اصلی میانجی و طرفین نیست، بلکه مهم تسهیلات برای رسیدن به توافق دو طرف است. افزون بر این میانجی نقش کم‌تر و مؤثریت پائین نسبت به داوران دارد.

از لحاظ حقوقی نظم عمومی، نسبت قرارداد، نقض محرمانگی و عدم اعتماد دولت، مبانی و ریشه‌های هستند که مانع قابلیت‌پذیری دعاوی ورشکستگی در داوری شده است. به جزء نسبت قرارداد، مبانی دیگر نسبت به میانجیگری همان‌گونه که دانسته شد، صادق است و قدرت دارد که از ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری جلوگیری نماید و دادگاه‌ها مانع شناسایی توافق‌نامه میانجیگری در خصوص ورشکستگی گردد. اما از نگاه قانون و مقررات در حقوق داخلی (ایران و افغانستان) و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ که منبع مهم میانجیگری در حقوق تجارت بین‌الملل است نص قانونی برای عدم ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری ندارد. هرچند از لحاظ حقوقی ریشه‌ها و سرمنشأ ممنوعیت در هر دو یکی است. در قوانین ایران و افغانستان نه تنها نص قانونی در خصوص منع آن وجود ندارد، بلکه با جستجو به قوانین تجاری دو کشور می‌توان مواد قانونی را یافت که بر پذیرش صلح و میانجیگری در دعاوی ورشکستگی سخن رانده است. از مواد ۴۵۸ و ۴۵۹، ۴۷۶، ۴۸۰^۱

۱. ماده ۴۸۰ - قرارداد ارفاقی فقط وقتی منعقد می‌شود که لاقلاً نصف به علاوه یک نفر از طلبکارها با داشتن لاقلاً سه ربع از کلیه مطالباتی که مطابق مبحث پنجم از فصل ششم تشخیص و تصدیق شده یا موقتاً قبول گشته است در آن



۵۱۰ قانون تجارت ۱۳۱۱ استفاده می‌شود که میانجیگری در دعاوی ورشکستگی درست است؛ زیرا در ماده ۴۵۸ قانون مذکور مشخص شده است که: «نسبت به تمام دعاوی که هیأت طلبکارها در آن ذینفع می‌باشند مدیر تصفیه با اجازه عضو ناظر می‌تواند دعوی را به صلح خاتمه دهد اگر چه دعاوی مزبوره راجع به اموال غیر منقول باشد و در این مورد تاجر ورشکسته باید احضار شده باشد» از آنجایی که قبلاً دانست شد میان میانجیگری و صلح فرق نیست، پس دعاوی ورشکستگی قابلیت پذیری میانجیگری دارد و مانع قانونی ندارد. صرفاً در ماده ۴۵۸ قانون تجارت صحت و درستی صلح مشروط به اجازه ناظر شده است: «با اجازه عضو ناظر می‌تواند دعوی را به صلح خاتمه دهد...».

افزون بر این، اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران ۱۳۵۸ نیز تأکید بر صلح و میانجیگری نموده است. تنها میانجیگری و داوری پذیری اموال «عمومی» و «دولتی» مشروط شده است. در ماده مذکور مقرر شده است: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند» همین مفاد در ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹ که در خصوص «داوری» می‌باشد هم ذکر شده است. بنابر این منع قانون برای ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری نیست. حتی در صورت استدلال به اینکه دعاوی ورشکستگی از موضوعات مهم می‌باشد و داخل در ذیل ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، می‌باشد و نبایست بدون اجازه هیأت وزیران یا تصویب مجلس به میانجیگری ارجاع داد. بازهم مانع برای میانجیگری ورشکستگی نیست. زیر به تصریح اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م موارد مهم را قانون بیان می‌کند: «موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». از آنجایی که قانون در خصوص میانجیگری وجود ندارد. از دیگر سو «قواعد و آئین میانجیگری» اتاق بازرگانی هم منع ندارد، در نتیجه ارجاع دعاوی ورشکستگی به میانجیگری درست است. اما با وجود این ممکن است داده‌گاه به دلیل آن حساسیت‌های حقوقی، از تطبیق و اجرای توافقنامه ابراء ورزند.

قرارداد شرکت نموده باشند و الا بلااثر خواهد بود. مراد از قرارداد ارفاقی در ماده ۴۷۹ و ۴۸۰ همان قرارداد صلح و مصالحه بین دو طرف است.

در قانون افلاس^۱ افغانستان ۱۳۹۶ نیز مصالحه با طلبکاران پذیرفته شده است. در فقره پنجم ماده نهم قانون افلاس ۱۳۹۶ مقرر شده است: متولی دارای صلاحیت‌های ذیل می‌باشد: «... ۵- مصالحه با داین یا شخصی که علیه تاجر مفلس دین را ادعا دارد یا شخصی که مدعی طلبی دین را ادعا دارد یا شخصی مه مدعی طلبی از تاجر مفلس به شمول دین در زمان حال یا آینده، دین معین یا مشروط و دین ثابت یا پرداخت بوده...» بر این اساس میانجیگری در دعوای ورشکستگی در حقوق افغانستان پذیرفته شده است.

نقد: استدلال بر اساس مواد مذکور در حقوق ایران و افغانستان نقدپذیر است، چون مواد مذکور راجع به تصفیه و مدیر تصفیه است، نه مربوط اصل دعوای ورشکستگی. به عبارت دیگر آنچه در داوری پذیری ورشکستگی نفی شده دعوای اصل ورشکستگی است و دعوای مربوط ورشکستگی داوری پذیری دارد؛ بنابراین از صلح و مصالحه میان طلبکاران توسط مدیر تصفیه، میانجیگری اصل دعوای ورشکستگی نتیجه گرفته نمی‌شود.

لیکن با وجود این نگرش قانون‌گذار به صلح و میانجیگری نسبت به داوری آزادتر و وسیع‌تر بوده است؛ زیرا مثل همین مفاد را مربوط به داوری وجود ندارد، به علاوه اینکه منع در ماده ۴۹۶ قانون آئین داری مدنی ایران و ماده ۲۲۹ اصول محاکمات تجارته افغانستان مطلق می‌باشد و قید «اصل» وجود ندارد، بر خلاف نکاح و طلاق که مقید به کلمه «اصل» شده است. به هر صورت حتی در صورت عقیم بودن این استدلال و نادرست بودن نتیجه از مواد قانونی مربوط تصفیه، فقدان منع قانون در کنار پذیرش آزادی اراده در میانجیگری پذیری ورشکستگی کافی است. افزون بر آن، امروزه حتی داوری پذیری دعوای ورشکستگی پذیرفته شده است و کشورها انعطاف بیشتر نسبت به گذشته در قوانین شان نشان داده‌اند. برای مثال در پرونده سوناتراخ علیه دیستریگس داوری پذیری ورشکستگی را تأیید کرد و اعلام نمود «واقع‌گرایانه نخواهد بود، اگر وانمود کنیم که حقوق ورشکستگی برای نظام سرمایه‌داری دموکراتیک ما، دارای اصول بسیار اساسی‌تر از حقوق بورس و حقوق رقابت است» (جنیدی و نبازپور، ۱۳۹۹: ۵۰۲). اما اثبات ورشکستگی از این جهت که مقید به «حکم دادگاه» می‌باشد، نمی‌توان از طریق شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، اصل ورشکستگی را اثبات کرد.

^۱ در ادبیات حقوقی افغانستان از ورشکستگی به «افلاس» از تاجر ورشکسته به «تاجر مفلس» تعبیر می‌شود.



لازم به ذکر است تأکید بر فقدان منع قانونی و نبود ماده قانونی نظام حقوق ایران و افغانستان ارزشمند و سودمند است. زیرا رویکرد نظام حقوق ایران و افغانستان نسبت به قابلیت پذیری داوری و موارد عدم قابلیت پذیری بوده احصاء است. بر خلاف نظام کامن لا و کشورهای که دادگاه قابلیت پذیری و یا عدم آن را بر اساس نظم عمومی و سیاست عمومی ارزیابی می کنند. در حقوق اخیر تکیه بر فقدان ماده قانونی ارزشمندی و ثمره‌ی ندارد، زیرا معیار سنجش به دست قضات و دادگاه است.

از کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ نیز رویکرد بر پذیرش ورشکستگی استنباط می شود؛ زیرا هنگام استثنا و خارج کردن مواردی که قابلیت پذیری میانجیگری را ندارد، نام از ورشکستگی برده نمی شود. مطابق معیار استثنا بایست همه موارد استثنا ذکر گردد و در صورت ذکر نشدن مشمول احکام قانون می گردد. اما این احتمال هم وجود که به دلیل جنبه نظم عمومی داشتن ورشکستگی عدم قابلیت پذیری میانجیگری آن واضح بوده است و همین دلیل از نام برده نشده است.

۲. محدودیت های میانجیگری

حاکمیت اراده هر چند به عنوان اصل پذیرفته شده است و ستون قرارداد به محسوب می شود. اما محدودیت در قوانین برای آن در نظر گرفته است و هر توافق قابلیت شناسایی و اعتباردهی را ندارد. با وجود اینکه اصل حاکمیت اراده در میانجیگری بسیار برجسته و چشمگیر هست. دارای محدودیت های نیز هست و منازعات تجاری را نمی توان به شیوه میانجیگری رسیدگی کرد. بنابر این، نخست به محدودیت های قلمرو میانجیگری در حقوق داخلی و در پایان به محدودیت قلمرو میانجیگری در کنوانسیون سنگاپور پرداخته می شود.

۱-۲. حقوق داخلی

بازار سرمایه، یکی دیگر از موارد است که دعاوی مربوط به آن، قابلیت ارجاع به میانجیگری دارد یا حداقل منع قانونی نسبت به آن وجود ندارد. از ماده ۳۷ قانون اوراق و بهادار ایران ۱۳۸۴ استنباط می شود که داوری پذیری مطلق نسبت دعاوی سهام و بورس وجود ندارد، به این مقصود که: حل و فصل چنین اختلافات از طریق داوری، بایست بر اساس گروه داوران حل و فصل گردد که یکی از آنها و رئیس هیئت، رئیس قوه قضائیه باشد. در ماده ۳۷ چنین قانون اوراق بهادار مقرر شده است: «هیئت داوری متشکل از سه عضو می باشد که یک عضو

توسط رئیس قوه قضاییه از بین قضات باتجربه و دو عضو از بین صاحب نظران در زمینه‌های اقتصادی و مالی به پیشنهاد سازمان و تأیید شورا به اختلافات رسیدگی می‌نماید. رئیس قوه قضاییه و سازمان با تأیید شورا علاوه بر نماینده اصلی خود، هر یک، عضو علی‌البدل تعیین و معرفی می‌نمایند تا در صورت غیبت عضو اصلی مربوط در هیئت داوری شرکت نماید. شرایط عضو علی‌البدل همانند عضو اصلی می‌باشد. تبصره ۱ - ریاست هیئت داوری با نماینده قوه قضاییه خواهد بود...» هر چند ظهور بدوی این ماده داوری پذیری را می‌رساند، اما در حقیقت داوری مصطلح تجاری نیست، بلکه یک نوعی صلاحیت انحصاری است.

نگارش ماده ۳۷ مطابق نگرش بوده است که دعاوی بورس و سهام و سرمایه را تحت نظم عمومی می‌شمردند و دخالت دولت را در آن لازم می‌دانسته‌اند. اما این نگرش و رویکرد به مرور زمان رو به افول گراید. به هر صورت در خصوص ارجاع چنین دعاوی به میانجیگری از آن جهت که مواد قانونی در خصوص منع ارجاع به میانجیگری وجود ندارد، حل و فصل این اختلافات به شیوهی میانجیگری مانع ندارد. در حقوق افغانستان مطابق ماده ۱۲۶ قانون سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی میانجیگری، شیوه‌های حل و فصل دوستانه پذیرفته شده است. در نهایت دومین گستردگی میانجیگری از لحاظ قلمرو نسبت به میانجیگری، دعاوی بازار سرمایه و سهام است.

دعاوی راجع به سهام و بورس، مالکیت فکری و حقوق رقابت در حقوق ایران دارای آئین خاص است و مطابق آن، اختلافات حل و فصل می‌گردد. اما در حقوق افغانستان در صورتیکه با نظم عمومی اساسی تعارض نداشته باشد، دعاوی مذکور قابلیت میانجیگری پذیری دارد. چون اولاً - منع قانونی وجود ندارد، طرفین بر اساس آزادی می‌توانند روش رسیدگی به حل و فصل اختلاف بین خودشان را انتخاب نمایند. ثانیاً - انعطاف کشورها نسبت به چنین اختلاف و رسیدگی آن از طریق داوری، رغبت و تمایل حقوق دانان؛ داوران و میانجیگران را به سمت تأیید و پذیرش چنین اختلافات توسط شیوه‌های جایگزین - حداقل در حوزه خلأ قانونی - می‌کشاند. مانند میانجیگری.

۱. ماده ۲۶: اختلاف بین سرمایه گذاران خارجی و داخلی از یک سو؛ و اداره سرمایه‌گذاری و اشخاص و مؤسسات دولتی از سوی دیگر، مستقیماً دوستانه و از طریق مفاهمه با رعایت احکام این قانون، اسناد تثبیت منظوره شده و قراردادهای خاصیکه در رابطه به سرمایه گذاری به امضاء رسیده، حل و فصل می‌گردد.



۲-۲. کنوانسیون سنگاپور

کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ بر خلاف حقوق داخلی و برخی کنوانسیون‌ها، قلمرو شمول میانجیگری را نامبرده است، بلکه از معیار استثنا برای تعیین قلمرو اعمال احکام کنوانسیون بهره برده است و هر منازعات تجاری که استثنا نشده باشد، احکام کنوانسیون قابلیت اعمال بر آن منازعات تجاری را دارد. در بند دوم ماده ۱ کنوانسیون محدودیت میانجیگری را ذکر نموده است و موضوعات که قابلیت میانجیگری پذیری ندارند، استثنا کرده است. در بند دوم ماده ۱ چنین مقرر شده است: این کنوانسیون بر موافقتنامه‌های حل و فصل ذیل قابل اعمال نیست:

الف- اختلافات ناشی از معامله‌ی که یکی از طرف برای مقاصد شخصی، خانوادگی یا مربوط به خانوار منعقد کرده؛

ب- موافقتنامه‌های کاری حل و فصل مربوط به حقوق خانواده، حقوق ارث یا حقوق کار. از مفهوم این ماده استفاده می‌شود که غیر این موافقتنامه‌ها، کلیه موافقتنامه‌ها که ماهیت اقتصادی و تجاری دارد به جزء موافقتنامه حقوق کار، قابلیت پذیری میانجیگری دارد. همانگونه قبلاً (بند یکم) بیان شد.

نتیجه

میانجیگری و کدخدانمشی به‌عنوان روش‌های سنتی حل اختلاف، سابقه‌ای طولانی در منطقه آسیا دارند و از دیرباز با فرهنگ و ارزش‌های این منطقه سازگار بوده‌اند. باین حال، خاستگاه میانجیگری تجاری به شکل نوین و نظام‌مند، به ایالات متحده آمریکا بازمی‌گردد. میانجیگری تجاری امروزه با اصول و چارچوب‌های مشخص، به‌عنوان یک روش جایگزین حل اختلافات تجاری (ADR) مورد استفاده قرار می‌گیرد. این مقاله با هدف پاسخ به این پرسش‌ها تدوین شده است: میانجیگری چیست و کدام اختلافات تجاری قابلیت میانجی‌پذیری دارند؟ برای دستیابی به پاسخ این پرسش‌ها، مطالعه تطبیقی در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ انجام شده است. یافته‌های این پژوهش به نتایج ارزشمند زیر منجر شده است:

۱. میانجیگری تجاری به‌عنوان یک مکانیسم نوین برای حل و فصل اختلافات تجاری، در حقوق افغانستان و ایران ماهیتی غیرالزام‌آور دارد. برخلاف داوری، پیشنهاد و پذیرش



میانجیگری برای طرفین الزامی نیست و اراده آن‌ها از آغاز تا پایان فرایند حاکم است. این ویژگی «غیرالزام‌آوری» یکی از وجوه تمایز میانجیگری از داوری محسوب می‌شود. ۲. فقره دوم ماده دوم قانون میانجیگری تجاری افغانستان، میانجیگری را به‌عنوان «عملیه لازم‌الاجرا» تعبیر کرده است. این تعبیر با ماهیت غیرالزام‌آور میانجیگری در تضاد است و باید آن را ناشی از سهل‌انگاری قانون‌گذار دانست؛ بنابراین، این تعریف نیازمند بازنگری و اصلاح است.

۳. در حقوق افغانستان، ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹، کلیه اختلافات با ماهیت تجاری و اقتصادی، قابلیت میانجی‌پذیری دارند و طرفین می‌توانند از این روش برای حل اختلافات خود استفاده کنند. با این حال، در حقوق ایران، دعای مربوط به رقابت، بازار سهام، بورس، اوراق بهادار، اموال عمومی و دولتی، قابلیت میانجی‌پذیری ندارند. همچنین، مطابق کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹، دعای ناشی از ارث، خانواده و مصارف شخصی نیز قابل ارجاع به میانجیگری نیستند

۴. کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ عمدتاً به تنظیم قواعد و مقررات پس از فرایند میانجیگری می‌پردازد. این کنوانسیون موافقتنامه‌های ناشی از میانجیگری را شناسایی و اعتبار بخشیده و دولت‌های عضو را ملزم به پذیرش و اجرای این موافقتنامه‌ها می‌کند. از این جهت، کنوانسیون سنگاپور سازوکاری مشابه کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ (در مورد اجرای آرای داوری خارجی) را دنبال می‌کند و گامی مهم در جهت تقویت اعتبار و کارایی میانجیگری تجاری در سطح بین‌المللی محسوب می‌شود.

منابع و مأخذ

۱. جوادپور، نغمه، علمی یزدی، حمیدرضا و ابراهیمی، نصر اله، حل و فصل اختلافات قراردادهای تجاری بین‌المللی از طریق میانجیگری- داوری با تأکید بر نظام حقوق ایران، نشریه حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره ۲۹.
۲. جنیدی، لعیا (۱۳۷۸)، بررسی تطبیقی قانون نمونه، تهران: دانشگاه تهران، چ اول.
۳. --- و نیازپور (۱۳۹۹)، امیر حسین، دانشنامه سیاستگذاری حقوقی، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی رئیس جمهور.
۴. حسینی اکبری نژاد، حوریه، چشم انداز آینده کنوانسیون سنگاپور در مورد میانجیگری در منطقه آسیا، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۴۰۰، ش ۴.
۵. داراب‌پور، مهرباب (۱۴۰۱)، اصول و مبانی حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات داوری تجاری بین‌المللی، تهران، گنج دانش، چاپ سوم.
۶. درویشی، هویدا، یوسف (۱۳۹۳)، شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، تهران: میزان، چاپ دوم.
۷. رحیم‌زاده و جمع نویسندگان (۱۳۹۸)، روش‌های حل منازعات تجاری، کابل، وزارت تحصیلات عالی افغانستان، چاپ اول.
۸. رحیمی، محمد اسحاق؛ افضلی، عبدالواحد (۱۳۹۵)، حقوق حکمیت تجاری بین‌المللی، کابل: بنیاد اندیشه چاپ اول.
۹. شهبازنیا، مرتضی و جمع نویسندگان، مطالعه تطبیقی جهات محدودیت داوری در ورشکستگی در حقوق ایران و آمریکا، پژوهش‌های حقوقی تطبیقی، ۱۳۹۸، ش ۱، دوره ۲۳.
۱۰. شیروی، عبدالحسین (۱۴۰۰)، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران: سمت، چاپ سیزدهم.
- a. بررسی قانون نمونه آنسترال، نشریه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، شماره ۱۰.
۱۱. ؛ (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین‌المللی، تهران: سمت، چاپ اول.
۱۲. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا، داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی، فصلنامه پژوهش، ۱۳۹۱، ش ۳۶.
۱۳. نیکبخت، حمیدرضا، ادیب، علی اکبر، اصلاحگری و میانجیگری به عنوان جایگزین روش‌های سنتی حل و فصل اختلافات مدنی-تجاری امکان به کارگیری آنها در صنعت نفت، نشریه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۶، شماره ۷۸.

15. The United Nation Convention on International settlement Agreements Resulting From Mediation, 2019 Singapore.

قوانین

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸ ش
۲. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۰۷ ش
۳. قانون داوری تجاری بین المللی، مصوب ۱۳۷۶ ش
۴. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵ ش
۵. قانون میانجیگری (مصالحه) افغانستان، مصوب ۱۳۸۵ ش
۶. قانون حکمیت افغانستان، مصوب ۱۳۹۵ ش
۷. قانون سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی افغانستان، مصوب ۱۳۸۱ ش
۸. قانون آئین دادرسی کیفری ایران، مصوب ۱۳۹۲ ش
۹. قواعد و آئین میانجیگری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۳۹۶ ش
۱۰. قواعد میانجیگری تجاری مرکز حل منازعات افغانستان، ۱۳۹۳ ش
۱۱. قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۴ ش
۱۲. قانون آنسیترال میانجیگری تجاری بین المللی، ۲۰۱۸.

منابع انگلیسی

1. Javadpour, N., Eloumi Yazdi, H., & Ebrahimi, N. . Settlement of International Commercial Contract Disputes through
2. h Med-Arb with Emphasis on Iran's Legal System. Private Law Journal, 2019, No. 29.(In Persian)
3. Janidi, L. (1999). Comparative Study of the Model Law. Tehran: University of Tehran, First Edition.(In Persian)
4. Janidi, L. & Niazpour, A. H. (2020). Encyclopedia of Legal Policy-making. Tehran: Department for Compilation, Revision and Publication of Laws and Regulations of the Vice Presidency for Legal Affairs of the President.(In Persian)
5. Hosseini Akbari Nejad, H. Future Perspective of the Singapore Convention on Mediation in the Asian Region. Public Law Studies Quarterly, 2021, No. 4.(In Persian)



6. Darabpour, M. (2022). Principles and Foundations of Peaceful Settlement of International Commercial Arbitration Disputes. Tehran: Ganj-e Danesh, Third Edition.(In Persian)
7. Darwishi, H. Y. (2014). Alternative Dispute Resolution Methods. Tehran: Mizan, Second Edition.(In Persian)
8. Rahimzadeh & Co-authors (2019). Commercial Dispute Resolution Methods. Kabul: Ministry of Higher Education of Afghanistan, First Edition.(In Persian)
9. Rahimpour, M. I., & Afzali, A. (2016). International Commercial Arbitration Law. Kabul: Andisha Foundation, First Edition. (In Persian)
10. Shahbaznia, M., & et al. A Comparative Study of the Grounds for Limitation of Arbitration in Bankruptcy in Iranian and American Law. Comparative Legal Research, 2019, Vol. 23, No. 1. (In Persian)
11. Shirovi, A. (2021). International Trade Law. Tehran: Samt, 13th Edition. (In Persian)Shirovi, A. A Review of the UNCITRAL Model Law. Private Law Journal of the University of Tehran, 2006, No. 10. (In Persian)
12. Shirovi, A. (2012). International Commercial Arbitration. Tehran: Samt, First Edition. (In Persian)
13. Karimi, A., & Parto, H. Arbitrability of Disputes Concerning Public and State Property. Research Quarterly, 2012, No. 36. (In Persian)
14. Nikbakht, H., & Adib, A. A. Conciliation and Mediation as Alternatives to Traditional Methods of Settling Civil-Commercial Disputes (The Possibility of Their Application in the Oil Industry). Legal Research Journal, 2017, No. 78. (In Persian)
15. Alexander, Nadja, TEN TRENDS IN INTERNATIONAL MEDIATION, Singapore Academy of Law(2019).
16. The United Nation Convention on International settlement Agreements Resulting From Mediation, 2019 Singapore.



جرم ترک انفاق در نظام حقوقی افغانستان با نگاهی بر حقوق ایران

بلقیس سلطانزی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۷/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۹/۱۲

چکیده

جرم ترک انفاق زوجه و اقربا یکی از موضوعات محوری در حقوق کیفری خانواده بوده و شرایط ارتکاب این جرم با توجه به رفتار مرتکب در نظام‌های حقوقی افغانستان و ایران متفاوت می‌باشد. بنابراین، بررسی و تحلیل جرم ترک انفاق در نظام حقوقی افغانستان با نگاهی بر حقوق ایران، باهدف تبیین دقیق مبانی جرم‌انگاری، ارکان تشکیل دهنده جرم و همچنین، میزان مسئولیت کیفری منفق در خصوص نفقه زوجه و اقارب است و روش تحقیق نیز در موضوعات یا دشته توصیفی - تحلیلی است. براساس یافته‌های این پژوهش، نظام تقنینی افغانستان تحقق جرم ترک انفاق را منوط به تحقق شرایط مقدماتی، از جمله تثبیت الزام قانونی به پرداخت نفقه با حکم مرجع ذیصلاح و احراز امتناع عمدی منفق پس از فراهم شدن اجرای تعهد است. در مقابل نظام تقنینی ایران معیاری را که برای تحقق جرم ترک انفاق مقرر نموده، امتناع از ایفای تکلیف قانونی پرداخت نفقه آن هم در صورت احراز استطاعت مالی منفق است که ضرورت بر طی تشریفات قبلی خاصی نمی‌باشد؛ رویکردی که دلالت بر توسعه قلمرو حمایت کیفری از نهاد خانواده دارد. تحلیل و بررسی قوانین تقنینی بیان‌کننده فقدان تعیین بازه‌ای زمانی مشخص برای اجرای تعهد نفقه در نظام حقوقی ایران خود موجب ایجاد ابهام در احراز ارکان این جرم در مواردی همچون تأخیر کوتاه‌مدت در پرداخت نفقه و یا پرداخت نفقه ناقص شده که این امر می‌تواند موجب برداشت‌های متفاوت در رویه قضایی شود. نتایج حاصل از این پژوهش بر

*. محصل کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه

بین‌المللی اهل بیت(ع)، تهران، ایران.

ایمیل: belqissultanzai@gmail.com.

تبیین دقیق ارکان این جرم و ارائه معیارهای روشن برای تشخیص میزان تکلیف و نحوه ایفای آن، می‌تواند بر کاهش تعارضات تفسیری و انسجام در رویه قضایی هر دو نظام تقنینی بینجامد. این پژوهش می‌کوشد تا با ارائه چهارچوب علمی و منسجم، زمینه‌ساز فهم عمیق و اعمال کارآمدتر مقررات ناظر بر جرم ترک انفاق را ایجاد نماید.

واژگان کلیدی: نفقه، نفقه زوج، نفقه اقارب، جرم ترک انفاق.

مقدمه

استحکام نظام خانواده با حقوق و وظایف متقابل طرفین عقد نکاح ارتباط مستقیم دارد. نظام حقوقی افغانستان و ایران که متأثر از آموزه‌های اسلامی است، این حقوق را مورد توجه خاص قرار داده است و یکی از اموری که ضرورت توجه به آن انکارشدنی نیست، موضوع هزینه و تأمین مایحتاج نیازمندی‌های متعارف زوج و اقربای نسبی است که در هر دو نظام حقوقی به آن «نفقه» تعبیر می‌شود که متأسفانه نظام‌های حقوقی افغانستان و ایران به‌طور مشخص به تعریف آن پرداخته و صرفاً به تبیین مصادیق آن پرداخته است.

جرم ترک انفاق زوج و اقربا یکی از موضوعات مهم در حقوق کیفری خانواده بوده و شرایط ارتکاب این جرم با توجه به رفتار مرتکب در نظام‌های حقوقی افغانستان و ایران متفاوت می‌باشد. ضرورت این تحقیق مبتنی بر وجود خلأ تقنینی در عدم جرم‌انگاری صرف ترک انفاق در نظام حقوقی افغانستان و لزوم صدور حکم قطعی قبلی و سپری شدن یک‌ماه از آن، این خود موجب سوءاستفاده منفق در عدم پرداخت نفقه منفق‌علیه را ایجاد می‌کند. متقابلاً نظام حقوقی ایران صرف ترک انفاق را مشمول ضمانت اجرا دانسته است. همچنین، ابهام در شرایط تحقق این جرم، مستلزم شفاف‌سازی و ارائه یک الگوی واحد را دارد که این تفاوت‌های مهم و اساسی ضرورت مطالعه تطبیقی را در هر دو نظام حقوقی ایجاب می‌کند.

بدین ترتیب، با توجه به اهمیت این موضوع در روشن‌سازی ماهیت جرم یادشده به‌عنوان جرم ساده و مستمر مبتنی بر شکایت شاکی خصوصی، مهم‌ترین هدف این تحقیق، بررسی تطبیقی شرایط ارکان تشکیل‌دهنده، شرایط و تحلیل ضمانت‌اجراهای جرم ترک انفاق در هر دو نظام حقوقی به‌دلیل شناسایی نقاط قوت و ضعف و حمایت مؤثر برای تحکیم نظام خانواده می‌باشد. درخصوص پیشینه پژوهش در جرم ترک انفاق از باب مسئولیت مدنی مقالات



بیشتری تدوین شده، ولی نسبت به مسئولیت کیفری ترک انفاق مقالات کمتری تدوین شده است که در ادامه به چند نمونه آن اشاره می‌شود.

کریمی (۱۳۹۸) در مقاله‌ای با عنوان «جرم‌انگاری ترک انفاق در فقه و حقوق موضوعه ایران با نگاهی بر فقه اهل سنت» به تبیین تعریف لغوی و اصطلاحی نفقه، نفقه در حقوق مدنی، نفقه در حقوق کیفری، حکم ترک انفاق در فقه به صورت کلی در نظام حقوقی ایران پرداخته است. موسوی‌بجنوردی و حسینی (۱۳۸۸) در مقاله «نفقه زوجة در فقه و حقوق با رویکردی بر نظریات امام خمینی (س)» با تمرکز بر فقه اسلامی به فلسفه و جوب نفقه، ادله پرداخت نفقه در آیات از قرآن کریم، سنت و اجماع، شرایط و جوب نفقه، اسباب و دیدگاه فقهای امامیه در خصوص نفقه پرداخته‌اند. نگارندگان در این مقاله به تفصیل به بررسی جرم ترک انفاق زوجة و اقربا در نظام حقوقی افغانستان با نگاهی بر حقوق ایران، تحلیل و بررسی شرایط ارتکاب این جرم، بررسی مصادیق و ویژگی‌های جرم ترک انفاق زوجة و اقارب و بررسی ضمانت اجراهای کیفری آن در نظام حقوقی افغانستان با نگاهی بر حقوق ایران پرداخته‌اند.

جرم ترک انفاق زوجة و اقارب در نظام حقوقی افغانستان دارای چه شرایط بوده، و چه تفاوتی با نظام حقوقی ایران دارد؟ روش پژوهش در این مقاله همانند اغلب مقالات علوم انسانی، روش تحلیلی - توصیفی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای است. همچنین، از آنجایی که موضوع این مقاله جرم ترک انفاق زوجة و اقارب در نظام حقوقی افغانستان با نگاهی بر نظام حقوقی ایران می‌باشد، قوانین مربوط به جرم ترک انفاق در هر دو نظام قانونی موجود افغانستان و ایران بررسی و وجوه اشتراک و افتراق آن دو بیان شده است.

الف) مبانی و جایگاه نفقه در حقوق افغانستان با نگاهی بر نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی اسلام وظیفه تأمین مخارج خانواده برعهده شوهر بوده و او مکلف است نفقه زوجة و در صورت وجود شرایط، نفقه اقربای خود را پرداخت نماید. زوجة هر چند دارای داشته باشد و دارای شغل و صاحب حقوق و درآمد باشد، می‌تواند آن را برای خود ذخیره کند و به هیچ صورت از آن برای مخارج خانواده حتی مخارج خود استفاده نکند. استاد مطهری نیز انگیزه الزام مرد به پرداخت نفقه را از نوع انگیزه انسانی و عدالت و دوستی به شمار می‌آورد؛ انگیزه‌ای که زن را از بندگی و بردگی مرد در خانه و مزارع و غیره رها کرده و با این عمل اجازه نداده جبر و فشار زندگی، غرور و جمالی را که باید همیشه با اطمینان خاطر همراه





زن باشد، از او بگیرد (مصدق صدقی، ۱۳۸۴، ص ۱۱۷). در ادامه، به تبیین نفقه، ارکان و شرایط آن در نظام حقوقی افغانستان با نگاهی بر حقوق ایران پرداخته شده است.

۱. مفهوم نفقه در لغت و اصطلاح فقه و حقوق موضوعه

«نفقه»^۱ اسم مصدر از انفاق بوده و در لغت به معنای آنچه که خرج و مصرف می‌شود، آمده است و در اصطلاح به آن چیزی که نسبت به زوجه بر زوج واجب است تا آن را مهیا کند، اطلاق می‌شود؛ مثل طعام، محل سکونت، پوشاک و...؛ البته در حقوق خانواده نفقه، ویژه زوجه نبوده، بلکه اقارب نیز مشمول این نهاد حقوقی حمایتی هستند (مرتاضی، و حاجی حسینی، ۱۳۹۵، ص ۹). نفقه به معنای «آنچه صرف هزینه عیال و اولاد کنند، هزینه زندگی زن و فرزندان، روزی و مایحتاج معاش» تبیین شده است (لغت‌نامه دهخدا).

همچنین، در تعریف دیگر آمده است: «نفقه آن چیزی است که برای خودت و عیالت هزینه می‌کنی» (پورعبدالله، ۱۳۹۰، ص ۱۵۰). البته در فقه اسلامی نیز تعاریفی از نفقه همراه با مصادیق آن به صورت متفاوت بیان شده است. در جواهرالکلام بیان شده است: «مایحتاج زن مانند غذا، البسه، مسکن، خادم، و وسایل آشپزی که به طور متعارف با وضعیت زن در آن شهر متناسب باشد» (همان، ص ۱۵۱). به نقل از خانم پورعبدالله از تحریرالاحکام در تعریفی کوتاه بدون ذکر مصادیق آن از نفقه چنین می‌نویسد: آنچه زن بدان نیازمند است و در شأن چنین زنی در آن شهر است. برخی دیگر فقها نیز نفقه را برآورده کردن نیازمندی‌های زن و رساندن به قدر کفایت او می‌دانند (همان، ص ۱۵۱۹).

قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۱۸^۲ صرفاً به ذکر مصادیق نفقه زوجه پرداخته و تبیینی در مورد تعریف کلی نفقه نکرده است. در قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۰۷^۳ در قانون فوق هم از نفقه تعریفی مشخص بیان نشده و صرفاً اشاره به مصادیق آن کرده است. به نقل پورعبدالله از دکتر کاتوزیان در مورد تعریف نفقه چنین می‌نویسد: «نفقه تمام وسایلی است که زن، با توجه به درجه تمدن و محیط زندگی و وضع جسمی و روحی خود بدان نیازمند است». در تعریف

^۱ Alimony

^۲ ماده ۱۱۸ قانون مدنی افغانستان: «نفقه زوجه مشتمل است بر طعام، لباس، مسکن، و تداوی متناسب با توان زوج».

^۳ ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ایران: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن مانند مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض».

دکتر کاتوزیان که از نفقه صورت گرفته، اگر عبارت «نیاز متعارف» اضافه شود، این تعریف دقیق تر خواهد بود؛ زیرا مثلاً وقتی زن به علت جسمی نیازمند هزینه غیرمتعارفی باشد، همان طور که برخی از فقها ادعا کرده اند، دیگر نمی توان آن را جزء نفقه محسوب نمود (به نقل از پورعبدالله، خمینی، ۱۴۰۳، ص ۲۸۳). بنابراین، نفقه عبارت از نیازهای متعارف زوجه و اقارب، با توجه به شرایط را گویند.

۲. انواع نفقه

نفقه معانی مختلفی دارد که شامل انفاق بر زوجه، فرزندان و اقارب می شود. در فقه اسلامی و حقوق موضوعه افغانستان و ایران براساس ماهیت و احکام متفاوت آن، نفقه به دو دسته تقسیم شده است.

۱-۲. نفقه زوجه^۱

نفقه زوجه یکی از حقوق مالی در شرعیت اسلامی و حقوق خانواده محسوب شده که به واسطه آن شوهر ملزم به تأمین هزینه های متعارف زندگی همسر خود مطابق قانون می باشد. این بحث در منابع فقهی براساس آیه ۲۳۳ سوره بقره، روایات و در قوانین مدنی هر دو نظام به عنوان یک الزام قانونی مورد پذیرش قرار گرفته است. نفقه زوجه از یک سو، «حکم تکلیفی» برعهده شوهر و از سوی دیگر، «حق مالی» برای همسر محسوب می شود. نفقه از حقوق غیرقابل اسقاط زوجه خواهد بود و نمی توان قبل از عقد نکاح شرط عدم پرداخت نفقه نمود؛ البته گفتنی است در خصوص اینکه پس از عقد این حق نسبت به نفقه ای آینده قابل اسقاط است یا خیر، اختلاف است.

صاحب جواهر دو قول را نقل می کند و نظر اکثر را عدم جواز می داند (نجفی، ۱۳۵۷، ص ۳۳۴). شرایطی که نفقه قابل اسقاط از زوجه می شود: ۱. نشوز: یعنی هرگاه زن بدون مانع شرعی امتناع از انجام وظایف زوجیت نماید، نفقه ساقط می شود که ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی ایران در این مورد تصریح نموده که البته احراز این امر مربوط به مراجع قضایی می باشد؛ ۲. اعسار: مطابق آیه «لا یكلف الله نفسا الا وسعها» در صورت معسر بودن مرد نفقه از عهده زوج ساقط شده و برعهده اقربا قرار می گیرد (سیدهاشمی و مرتضوی، ۱۳۹۳، ص ۲۰۳).



¹ Spouse's alimony



همچنین، ماده ۱۱۷^۱ قانون مدنی افغانستان نفقه را به صورت مشخص و صریح تعریف نکرده، و صرفاً به بیان مصادیق آن پرداخته است و نفقه را بر مبنای عقد صحیح و نافذ بر زوج لازم دانسته است. در ماده ۲۱۸^۲ قانون مدنی افغانستان مصادیق نفقه زوج را از باب تمثیل تبیین نموده است که در قسمت آخر این ماده عبارت «متناسب با وضعیت مالی زوج» را در پرداخت نفقه زوج شرط دانسته است. در ماده ۳۱۲۰^۳ قانون مدنی افغانستان بر این تأکید کرده که با صرف عقد نکاح صحیح و نافذ پرداخت نفقه بر زوج تعلق می‌گیرد و بائر (نازا بودن) زن در عدم پرداخت نفقه تأثیر ندارد؛ زیرا مبنای ازدواج عقد صحیح و نافذ است نه فرزندآوری زن. در ماده ۴۱۲۳^۴ قانون مدنی افغانستان پرداخت نفقه زوج را توسط زوج لازم دانسته آن هم به مقداری که کفاف زندگی روزمرگی زوج باشد. ماده ۱۲۴^۵ قانون مدنی افغانستان تغییر مقدار نفقه را تابع دو شرط دانسته است: مقنن: اول، تحول در توان مالی زوج و دوم، تغییر یافتن قیمت اشیاء با گذشت مدت شش ماه از تاریخ معین شده می‌باشد. در ماده ۶۱۱۹^۶ قانون مدنی افغانستان در صورت عدم پرداخت نفقه زوج، محکمه زوج را ملزم به پرداخت آن می‌کند.

ماده ۷۱۱۰۷^۷ قانون مدنی ایران نفقه را تعریف نکرده و به‌ویژه به بیان مصادیق آن اشاره نموده است. ماده ۱۱۱۳ و ۱۱۰۶ قانون مدنی ایران تبیین نموده که نفقه در عقد دائم برعهده شوهر

^۱ ماده ۱۱۷ قانون مدنی افغانستان: «با عقد نکاح صحیح و نافذ نفقه بر زوج لازم می‌گردد، گرچه زوج در مسکن اقاربش رهایش داشته باشد. اگر زوج از رفتن به مسکن زوج بدون حق امتناع ورزد، نفقه وی بر زوج لازم نمی‌گردد».

^۲ ماده ۱۱۸ قانون مدنی افغانستان: «نفقه زوج مشتمل است بر طعام، لباس، مسکن، و تداوی متناسب با توان مالی زوج».

^۳ ماده ۱۲۰ قانون مدنی افغانستان: «نفقه زوج بائر حبس زوج گرچه توان ادای آن را نداشته باشد، از ذمه وی ساقط نمی‌گردد».

^۴ ماده ۱۲۳ قانون مدنی افغانستان: «نفقه زوج مطابق به توان مالی زوج تامین می‌گردد، مشروط براین‌که نفقه از حدکفاف زوج کمتر نباشد».

^۵ ماده ۱۲۴ قانون مدنی افغانستان: «زیادت و تنقیص نفقه تابع تحول توان مالی زوج و تغییر یافتن قیمت اشیاء در محل می‌باشد. ادعای زیادت یا تنقیص نفقه معینه قبل از سپری شدن شش ماه از تاریخ تعیین آن پذیرفته نمی‌شود».

^۶ ماده ۱۱۹ قانون مدنی افغانستان: «هرگاه زوج از ادای نفقه امتناع ورزد یا تقصیر وی در آن ثابت گردد، محکمه با صلاحیت زوج را با ادای نفقه مکلف میگرداند».

^۷ ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ایران: «نفقه عبارت از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض».

بوده و در عقد منقطع در صورت شرط ضمن عقد نفقه بر زوجه تعلق می‌گیرد. ماده ۱۱۰۸^۱ قانون مدنی ایران در مورد امتناع از وظایف زوجیت تبیین کرده است. به‌طورمثال، زوجه بناء به داشتن بیماری خاص واگیر نمی‌تواند با همسر خود یکجا زندگی کند، شوهر به بهانه عدم تمکین زوجه نمی‌تواند از پرداخت نفقه امتناع ورزد؛ زیرا مانع شرعی وجود دارد. در ماده ۱۱۱۰ قانون یادشده نفقه زن در هنگام عده وفات از اموال شوهر باید پرداخت شود.

ماده ۱۱۱۱^۲ قانون مدنی ایران استتکاف شوهر از ادای نفقه را تبیین نموده است. ماده ۱۱۲۹^۳ قانون مدنی ایران می‌نویسد: در صورت استتکاف شوهر از پرداخت نفقه، زوجه می‌تواند به حاکم رجوع کند. در یک مفهوم کلی نفقه زوجه انفاقی است که شوهر با توجه به شرایط ملزم به پرداخت آن به همسر خود می‌باشد. پورعبدالله در نقل از مشهور فقهای شیعه نفقه را همانند عوض یا شبه عوض در برابر تمکین قرار داده و آن را مشروط به تمکین نموده‌اند و وجوب نفقه را مشروط به عقد دائم و تمکین کامل زوجه دانسته است. صاحب ریاض نفقه را همانند عوض معاملات در مقابل تمکین دانسته است (پورعبدالله، ۱۳۹۰، ص ۱۵۳).

در مورد اینکه نفقه زوجه از مقوله «حق» است یا «حکم» اشاره صریحی در بیان فقها دیده نمی‌شود؛ اما در بحث نفقه، ویژگی‌ها و آثار حق را بر نفقه بار نموده‌اند و آن را قابل «اسقاط» و «انتقال» به ورثه دانسته‌اند؛ گرچه برخی در مورد اسقاط نفقه آینده اظهار تردید کرده‌اند، اما جواز آن را اظهار دانسته‌اند. همچنین، امکان «ضمانت» از پرداخت نفقه آینده زوجه و امکان «مصالحه» بر آن نیز حکایت از حق بودن نفقه دارد (کلباسی، ۱۴۰۲، ص ۱۶). افزون بر عرف جامعه، وضعیت و شأن و منزلت زوجین نیز می‌تواند در تعیین مصادیق و یا مقدار نفقه دخالت داشته باشد. به‌عنوان مثال، از دیدگاه شریعت هرگاه شأن یا وضعیت زن

^۱ ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی ایران: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد شد.»

^۲ ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی ایران: «زن می‌تواند در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند. در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به ادای آن محکوم خواهد کرد.»

^۳ ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی ایران: «در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.»





اقتضا داشته باشد که برای او خدمتکار گرفته شود، استخدام خدمتکار برای زن نیز از جمله مصادیق نفقه به‌شمار می‌رود (روحانی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۷).

در نظام حقوقی افغانستان نفقه زوجه بعد از عقد صحیح و نافذ برعهده زوج دانسته است. بنابراین، می‌توان گفت: منظور از نفقه زوجه، مخارج و احتیاجات ضروری متناسب با وضعیت اجتماعی ایشان است. عناصر و مصادیق نفقه منحصر در مصادیق ذکر شده نبوده، بلکه از باب تمثیل از مصادیق نفقه می‌باشند؛ زیرا در تعیین دقیق مصادیق نفقه عوامل و زمینه‌های اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی و حتی زمانی دخالت دارد که با توجه به این عوامل، مصادیق نفقه زوجه از یک جامعه نسبت به جامعه دیگر و از یک مقطع زمانی به مقطع زمانی دیگر می‌تواند متفاوت باشد.

۲-۲. نفقه اقارب^۱

در نظام حقوقی افغانستان مصادیق نفقه فرزندان و اقارب تصریح نشده است که در مواد ۲۵۶، ۲۵۷، ۲۵۸، ۲۵۹، ۲۶۰، ۲۶۱، ۲۶۲، ۲۶۳، قانون مدنی افغانستان در مورد پرداخت نفقه فرزندان و در مواد ۲۶۴، ۲۶۵، ۲۶۶ در مورد پرداخت نفقه اقارب تبیین شده است. همچنین، نظام حقوقی افغانستان با توجه به ماده ۲۶۶^۲ قانون مدنی افغانستان افزون‌بر اقارب نسبی خط عمودی صعودی و نزولی، اقارب نسبی در خط افقی را نیز شامل می‌شود. با این تفاوت که اقارب در خط عمودی با تغییر دین هم نفقه‌اش از عهده منفق ساقط نمی‌شود؛ اما اقارب در نسبی در خط افقی با تفاوت دین نفقه از عهده منفق ساقط می‌شود. ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی ایران در مورد نفقه اقارب چنین می‌نویسد: «نفقه اقارب عبارت است از مسکن، البسه و غذا و اثاث‌البیت به قدر رفع حاجت با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق». مطابق مفاد ماده ذیل اولاً نفقه اقارب صرفاً چند مورد خاص را شامل می‌شود؛ ثانیاً، در پرداخت نفقه اقارب توانایی مالی منفق برای پرداخت شرط می‌باشد. در مواد ۱۱۹۶، ۱۱۹۷، ۱۱۹۸، ۱۱۹۹، ۱۲۰۰، ۱۲۰۱، ۱۲۰۲، ۱۲۰۳ قانون مدنی ایران چگونگی شرایط پرداخت نفقه به اقارب از سوی منفق به تفصیل تبیین شده است.

^۱ Relative's alimony

^۲ ماده ۲۶۶ قانون مدنی افغانستان: «باستثنای نفقه اصول و فروع با اختلاف دین ساقط می‌گردد».

بنابراین، انفاقی که منفق در حالت نیازمندی اقربا با توجه به شرایط هزینه کند، البته بنابر قول اکثر فقها، بعد از مخارج شخصی و نفقه زوجه بر نفقه اقارب ارجحیت دارد؛ زیرا همان طور که بعضی از فقها می‌گویند نفقه زوجه ناشی از معاوضه و نفقه اقارب ناشی از مواسات است و معاوضه از نظر شارع اقواست؛ زیرا می‌دانیم زوجه در هر حال (اعم از نیاز یا تمکن مالی زوجه و اعم از فقر و غنای زوج) مستحق نفقه است؛ اما اولادی که توانایی مالی دارند یا پدرشان دچار اعسار است، این استحقاق را ندارند (پورعبدالله، ۱۳۹۰، ص ۱۵۳).

ملاک در پرداخت نفقه اقارب منوط به توانایی پرداخت از سوی انفاق‌کننده و نیازمندی انفاق‌شونده است. پرداخت نفقه اقارب از مصادیق «حکم» شمرده شده و اسقاط آن مجاز دانسته نشده است. حال آنکه، نفقه زوجه از مصادیق «حق» دانسته شده و اسقاط آن مجاز شمرده شده است. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه نفقه اقارب که از مصادیق حکم و غیرقابل اسقاط دانسته شده است، تکلیف به انفاق منوط به شرایط اقتصادی و نیازمندی طرفین است، در بحث نفقه زوجه که از مصادیق حق و قابل اسقاط نیز دانسته شده است، می‌توان از این ملاک که قوی‌تر نیز است، استفاده کرد؛ چنان‌که نفقه نفس بر نفقه زوجه مقدم دانسته شده است (کلباسی، ۱۴۰۲، ص ۱۷)، نفقه زوجه بر نفقه اقارب مقدم است.

ب) ارکان جرم ترک انفاق

جرم ترک انفاق^۱ از جرائم مطلق است که با ارتکاب رفتار فیزیکی همراه با سوءنیت و شرایطی وقوع می‌یابد که در این بحث به ارکان سه‌گانه (قانونی، مادی و معنوی) به تفصیل در نظام‌های حقوقی افغانستان و ایران تحلیل و بررسی شده است.

۱. رکن قانونی

در خصوص رکن قانونی جرم ترک انفاق ماده ۶۳۵ کود جزا «(۱) شخصی که به ادای نفقه زوجه یا یکی از اصول یا فروع خود یا دیگری، یا به ادای اجرت حضانت یا رضایت یا سکونت محکوم و تا مدت یک ماه بعد از ابلاغ حکم با وجود قدرت به ادای آن از تأدیه امتناع ورزد، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی محکوم می‌گردد. (۲) رسیدگی به دعوی جرم مندرج فقره (۱) این ماده منوط به شکایت شاکی می‌باشد». در حالت مندرج فقره (۱) این ماده، دعوی به اثر انصراف صاحب مصلحت و شکایت یا به ادای چیزی که به

¹ Crime of non-payment of alimony





ذمه شخص طرف شکایت باقی مانده منقضی می‌گردد و اگر انصراف یا اداء بعد از صدور حکم در دعوی صورت بگیرد، تطبیق جزا متوقف می‌گردد».

از ماده یادشده چنین استنباط می‌شود که تأمین هزینه‌های متعارف زندگی زوجه با شوهر است. بدین مفهوم شوهر هر قدر فقیر و ناتوان باشد و زوجه هر قدر اوضاع مالی خوبی داشته باشد، باز هم در اصل موضوع تغییری ایجاد نمی‌کند و شوهر باید نفقه همسر خود را پرداخت کند. پس این تکلیف شوهر است که در هیچ حالتی نباید ترک شود و در صورت ترک این تکلیف، پیامد حقوقی و جزایی در پی خواهد داشت؛ زیرا در هر کشور و فرهنگی، روشی خاص برای تنظیم روابط مالی زن و شوهر پیش‌بینی و در قانون مدنی تأکید شده است که در ازدواج دائم نفقه زن برعهده مرد است (بنیاد آسیا، ۱۳۹۸، ص ۴۰۶).

همچنین، نفقه والدین و اجداد و برخی خویشاوندان نسبی نیز با وجود شرایط برعهده مرد است؛ اما نفقه اقارب با نفقه زوجه تفاوت دارد. در پرداخت نفقه اقارب استطاعت مالی زوج و عدم توانایی مالی و عدم اشتغال اقارب نفقه برعهده مرد می‌شود. موضوع جرم در فقره (۱) این ماده افراد واجب‌النفقه یا افرادی که مستحق اجرت هستند که در مورد ترک انفاق یا ترک اجرت قرار گرفته‌اند؛ هرگاه فردی مکلف به پرداخت نفقه زوجه باشد یا مطابق ماده ۲۶۴ قانون مدنی افغانستان موظف به پرداخت نفقه اصول و فروع خود باشد. برای مثال، پدر یا مادر یا جد این شخص فقیر است و در عین حال، توانایی انجام اشتغال را ندارد یا شخصی مکلف به پرداخت نفقه دیگری است، طبق ماده ۲۶۵ قانون مدنی افغانستان، نفقه او برعهده اقارب موسر و توانمندی است که از او ارث می‌برند. حال شخصی که مسئول پرداخت نفقه به زوجه و اقارب خود است، از پرداخت آن امتناع ورزد، طبق قانون مجرم شناخته شده و مستحق مجازات می‌شود که سه شرط برای تحقق جرم ترک نفقه تبیین شده است:

۱. شخصی که از ادای نفقه امتناع ورزد، متضرر در محکمه شکایت نموده باشد و محکمه وی را به ادای نفقه محکوم کرده باشد؛ ۲. پس از محکومیت و ابلاغ حکم محکمه یک‌ماه سپری شده باشد و محکوم‌علیه حکم محکمه را اجرا نکرده باشد؛ ۳. شخص محکوم توانایی پرداخت نفقه را داشته باشد و این تشخیص توانایی مالی وی برعهده محکمه است. بنابراین، شخصی که مسئول پرداخت نفقه است و هر سه شرط یادشده فراهم باشد، مرتکب جرم امتناع از وظیفه شناخته می‌شود و اگر یکی از سه شرط یادشده نسبت به فرد مسئول پرداخت نفقه

نباشد، مثلاً، متضرر در محکمه علیه متهم شکایت نکرده باشد، در این صورت مشمول حکم فقره (۱) ماده ۶۳۵ کود جزا نمی‌شود (بنیاد آسیا، ۱۳۹۸، ص ۴۰۸).

با توجه به صدر ماده ۶۳۵ کود جزا افغانستان (۱) «شخصی که به ادای نفقه زوجه یا یکی از اصول و فروع خود یا دیگری...» مطابق به مفاد ماده ذیل منفق ملزم به پرداخت نفقه زوجه، اصول و فروع (اقارب در خط عمودی صعودی و نزولی، اقارب در خط عمودی افقی) را شامل می‌شود، حال پرسش اینجاست که واژه «دیگری» دلالت بر چه شخص دارد؟ مقصد قانون‌گذار چیست؟ در پاسخ به این پرسش با استنباط به ماده ۲۶۶ قانون مدنی افغانستان، «به استثنای نفقه اصول و فروع، نفقه با اختلاف دین ساقط می‌گردد». از فحوای این ماده چنین استنباط می‌شود که منفق افزون بر پرداخت نفقه زوجه، اقربای خود در خط عمودی صعودی و نزولی (اصول و فروع)، با توجه به شرایط ملزم به پرداخت نفقه اقارب نسبی خود در خط افقی (خواهر و برادر) نیز می‌شود.

نظام حقوقی ایران در ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده در مورد پرداخت نفقه چنین می‌نویسد: «هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزایی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود». تبصره: «امتناع از پرداخت نفقه زوجه واجب‌النفقه‌ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است و نیز نفقه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است».

در صدر ماده (هر کس) در بحث نفقه زوجه شامل مرد می‌شود، در نفقه اقارب هر دورا شامل می‌شود. در قسمت پرداخت نفقه زوجه در عقد دائم نیازمندی زوجه شرط نیست. همین که عقد جاری شد، نفقه زوجه برعهده شوهر است؛ ولی در بحث پرداخت نفقه اقارب از جمله فرزندان پدر و مادر منفق، شرط اول پرداخت نفقه زوجه است. در قدم دوم در صورت استطاعت مالی منفق ابتدا اقارب نسبی خط عمودی است. ابتدا اقارب نسبی خط عمودی نزولی و سپس اقارب نسبی خط عمودی صعودی است. مواد ۱۱۹۷، ۱۲۰۰، ۱۲۰۱، ۱۲۰۲، ۱۲۰۳ قانون مدنی ایران، در قسمت پرداخت نفقه اقارب استطاعت مالی منفق، نیازمندی مالی و عدم امکان اشتغال منفق علیه برای تأمین معیشت، برای پرداخت نفقه آنها از سوی منفق شرط می‌باشد.





همچنین، در بحث پرداخت نفقه زوجه دامنه نفقه گسترده است و چند مورد در ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی ایران از باب تمثیل ذکر شده و تمامی نیازمندی‌های متعارف زوجه را شامل می‌شود و اما در ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی ایران نفقه اقارب را شامل (مسکن، البسه، غذا و اثاث البیت) به قدر رفع ضرورت با در نظر گرفتن استطاعت مالی منفق تبیین نموده است. دایره حمایت قانون‌گذار در نفقه اقارب محدود است. مثال، پدر منفق بیمار شده، در این صورت هزینه درمانی جزء نفقه پدر به‌شمار نمی‌رود؛ ولی اگر زوجه بیمار شود، هزینه درمانی از نیازهای متعارف و جزء نفقه زوجه به‌شمار می‌رود. همچنین، گفتنی است که زوجه جزء اقارب سببی شوهر می‌شود؛ یعنی شوهر به لحاظ رابطه زوجیت ملزم به پرداخت نفقه زوج می‌شود. در پرداخت نفقه برای اقارب صرفاً اقارب نسبی در خط عمودی صعودی (پدر و مادر...) اقارب نسبی در خط عمودی نزولی (فرزندان، نوه) با توجه به شرایط مستحق نفقه از سوی منفق می‌شوند و اقارب رضاعی را شامل نمی‌شود؛ اما نظام حقوقی افغانستان دایره مسئولیت کیفری منفق را نسبت به نظام حقوقی ایران گسترده گرفته و اقارب نسبی در خط عمودی (والدین، اجداد، فرزندان، نوه...) و اقارب نسبی در خط افقی (خواهر و برادر) می‌شود را نیز مستحق نفقه از سوی منفق با توجه به شرایط دانسته است.

۲. رکن مادی

رفتار فیزیکی جرم ترک انفاق زوجه و اقارب در نظام حقوقی افغانستان طبق فقره (۱) ماده ۶۳۵ کود جزای افغانستان عبارت است از ترک فعل انفاق یا ترک پرداخت اجرت. بنابراین، رفتار مادی از نوع ترک فعل است و جرم از نوع مطلق و با صرف ترک انفاق و اجرت در نظام حقوقی افغانستان جرم محقق می‌شود و مقید به ورود ضرر بر شخصی و نتیجه خاص دیگری نیست. این جرم از جهت جرم آنی و مستمر، از جرائم مستمر می‌باشد (بنیاد آسیا، ۱۳۹۸، ص ۴۰۸). در نظام حقوقی ایران این جرم نیز مشتمل بر دو جزء رفتار فیزیکی مرتکب و شرایط لازم برای تحقق جرم می‌باشد.

۱-۲. رفتار مرتکب

رفتار مادی مرتکب جرم ترک انفاق، در نظام حقوقی افغانستان طبق ماده ۶۳۵ کود جزا «امتناع از تادیه محکوم‌به» از نوع ترک فعل در برابر تکلیف یا وظیفه‌ای است که قانون‌گذار برای منفق در نظر گرفته است. حال اگر شوهر طلبی از همسر خود داشته باشد و نسبت به آن بدهی که زوجه نسبت به همسر دارد، اینجا پرسش پیش می‌آید که در صورت عدم پرداخت نفقه زوجه،

شوهر بر مبنای طلب قبلی که دارد، بر زوجه آیا جرم ترک انفاق را مرتکب می‌شود یا خیر؟ آیا نفقه زوجه بدین لحاظ تهاترپذیر است یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش چنین تبیین می‌شود که نفقه زوجه تهاترپذیر نیست؛ بدین مفهوم اگر زوج از همسرش مطالباتی داشته باشد، نمی‌تواند با استناد به آن مطالبات، و تهاتر آن با طلب ناشی از نفقه، از پرداخت نفقه همسر خود امتناع و استنکاف ورزد و آن را بهانه نپرداختن نفقه زوجه خویش قرار دهد. دست‌کم در صورتی که زن نیازمند نفقه باشد، این موضوع تهاترپذیر نیست. از فقهای اهل سنت مذهب حنفی و مالکی می‌گوید اگر زوجه فقیر باشد و زوج بر زن خود قرضی داشته باشد و به این بهانه بخواهد از دادن نفقه امتناع ورزد تا زمانی که زن بر آن راضی نباشد، نمی‌تواند از پرداخت نفقه زوجه سر باز زند (روحانی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۰).

در صورتی که پرداخت نفقه زوجه در حالتی که وی نیازمند است تهاترپذیر نیست، با این استناد آیا نفقه زوجه تقاص‌پذیر است یا خیر؟ تقاص بدین مفهوم اگر مردی از پرداخت نفقه زوجه امتناع ورزد، زن می‌تواند به اندازه نفقه خود از مال و دارایی شوهر بدون اجازه وی برداشت نماید. البته این برداشت باید به قدر لزوم و کفایت و متعارف باشد (همان). همچنین، امام خمینی (رح) نیز فرموده کسی که نفقه بر او واجب است و از پرداخت آن خودداری کند، قاضی وی را مجبور می‌کند و اگر قاضی وجود نداشت، سایر افراد او را مجبور کنند، اگر اجبار او ممکن نباشد و مالی داشته باشد که واجب‌النفقه بتواند به اندازه نفقه تقاص کند، برای زوجه تقاص جایز است (کریمی، ۱۳۹۸، ص ۱۸۰).

بنابراین، نفقه زوجه تهاترپذیر نیست و شوهر به بهانه طلبی که برعهده زوجه دارد، نمی‌تواند از پرداخت نفقه امتناع ورزد، و این رفتار شوهر مشمول ترک انفاق می‌شود. در باب تقاص باید چنین بیان کرد که نفقه زوجه تقاص‌پذیر است و در صورت امتناع زوج از پرداخت نفقه، زوجه می‌تواند در حد متعارف از اموال و دارایی همسر به عنوان نفقه بردارد. شرایط لازم برای تحقق ترک انفاق زوجه و اقربا تفاوت دارد که در ادامه به تحلیل و بررسی آنها پرداخته شده است.

۱-۱-۲. شرایط لازم برای ترک انفاق زوجه در حقوق افغانستان و ایران

جرم ترک انفاق در صورتی محقق می‌شود که شرایط آن وجود داشته باشد. در نظام حقوقی افغانستان در ماده ۶۳۵ کود جزا و در نظام حقوقی ایران در ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده شرایط تحقق جرم ترک انفاق را به صورت مشخص تبیین نموده است؛ البته گفتنی است که



شرایط جرم ترک انفاق زوجه در هر دو نظام حقوقی متفاوت می‌باشد که در ادامه به تحلیل و بررسی آنها پرداخته شده است.

۱-۱-۱-۲. شرایط ترک انفاق زوجه در نظام حقوقی افغانستان

در نظام حقوقی افغانستان مطابق به مفاد ماده ۶۳۵ کود جزا سه شرط را برای تحقق جرم ترک انفاق بیان کرده است که به تحلیل و بررسی آنها در ادامه پرداخته شده است.

- منفق

شخصی که از ادای نفقه یا اجرت امتناع می‌کند، از طرف متضرر در محکمه شکایت شده باشد و محکمه وی را به ادای نفقه یا اجرت محکوم کرده باشد؛ بدین مفهوم که در نظام حقوقی افغانستان صرف امتناع از پرداخت نفقه یا اجرت به تنهایی جرم شمرده نمی‌شود، بلکه محکمه باید قبلاً منفق را مکلف به ادای نفقه کرده باشد. این زمانی است که محکمه تکلیف پرداخت نفقه و اجرت را مشخص و حکم قطعی در مورد پرداخت صادر کرده باشد. اگر منفق پس از صدور حکم قطعی محکمه از پرداخت نفقه یا اجرت عمداً استتکاف ورزد، جرم ترک انفاق محقق می‌شود. در صورتی که شخص منفق به برادر خود وکالت اجرای حکم محکمه برای پرداخت نفقه داده، و خود منفق به خارج از کشور سفر نموده باشد، شخص که به‌عنوان وکیل تعیین شده از صرافای پول را گرفته، ولی حکم محکمه را اجرا نکند، آیا جرم ترک انفاق محقق شده یا خیر؟

در مثالی که تبیین شده بنا بر قسمت صدر ماده ۶۳۵ کود جزای افغانستان (۱) «شخصی که به ادای نفقه زوجه یا یکی از اصول و فروع خود یا دیگری... تا مدت یک ماه بعد از ابلاغ حکم با وجود قدرت به ادای آن از تأدیه امتناع ورزد...»، مطابق مفاد این ماده جرم ترک نفقه از باب عنصر مادی محقق شده که فرد تا مدت یک ماه از اجرای حکم محکمه استتکاف ورزیده، ولی عنصر روانی در آن وجود ندارد؛ زیرا شخص منفق عمداً امتناع نکرده است، منفق پول را واریز کرده و برادر منفق که وکیل در اجرای حکم محکمه بوده، امتناع کرده است. بنابراین، جرم ترک نفقه واقع نشده زیرا ارتکاب هر جرم با اجتماع عنصر مادی و معنوی محقق می‌شود. حالا تکلیف منفق چیست؟ منفق از زمان اطلاع از عدم اجرای حکم محکمه توسط وکیلش باید اقدام به اجرای آن کند. همچنین، جرم ترک انفاق از جرائم قابل گذشت است و نیاز به شکایت شاکی خصوصی دارد.



- گذشت زمان معینه

پس از حکم محکومیت و ابلاغ حکم محکمه یک ماه سپری شده باشد و شخص محکوم علیه، حکم محکمه را تطبیق و اجرا نکرده باشد (بنیاد آسیا، ۱۳۹۸، ص ۴۰۸)، با این توضیح که پس از ابلاغ یا صدور حکم محکمه و گذشت مهلت قانونی (یک ماه) از ادای نفقه یا اجرت، منفق ممتنع از اجرای حکم محکمه نموده و در نتیجه عنوان جرم ترک انفاق محقق می شود.

- تمکن مالی منفق

شخص مسئول و مکلف توان پرداخت نفقه و اجرت را داشته باشد و تشخیص توان مالی شخص مسئول برعهده محکمه است. بنابراین، اگر نسبت به شخصی که مسئول پرداخت نفقه یا اجرت است، هر سه شرط یادشده در نظام حقوقی افغانستان فراهم باشد، مرتکب جرم امتناع از وظیفه شناخته می شود و اگر یکی از شرایط نسبت به فرد مسئول موجود نباشد، برای مثال، متضرر در محکمه علیه متهم (منفق) طرح شکایت نکرده باشد تا محکوم به پرداخت نفقه شده باشد یا فرد مستتکف توان مالی نداشته باشد و از ادای نفقه یا اجرت امتناع ورزد، مشمول حکم فقره (۱) ماده ۶۳۵ کود جزا نمی شود.

بنابراین، یکی از شرایط اساسی تحقق تکلیف انفاق تمکن مالی منفق است، مبنای حقوقی تأثیر توانایی مالی منفق بر تعیین مقدار نفقه چیست و تا چه میزان می توان تناسب میان سطح تمکن منفق و نیاز منفق علیه را معیار عدالت در الزام انفاق دانست؟ در نظام حقوقی افغانستان در مورد میزان نفقه اقارب قانون تصریح ضمنی نکرده است. در فقره (۱) ماده ۲۵۸ قانون مدنی چنین می نویسد: «مصارف نفقه پسر یا دختر صاحب کسب و کار در صورت کفایت از عوایدشان تأمین گردیده و در صورت عدم کفایت بقیه نفقه از طرف پدر تکمیل می گردد». در نظام حقوقی افغانستان تعریف مشخص از مقدار و میزان نفقه فرزندان و اقارب واجب النفقه نکرده است. از فحوای این ماده چنین استنباط می شود که نفقه فرزندان و اقارب واجب النفقه مایحتاج روزمره آنها می باشد. میزان نفقه قابل پرداخت کودک و اقارب براساس رفع نیازها و در حد امتناع است. هرگاه مستحق نفقه بیش از یک نفر باشد و منفق نتواند نفقه همه را بدهد، طبق ماده ۱۲۰۲ قانون مدنی ایران، اقارب در خط عمودی نزولی (فرزند) مقدم بر اقارب در

^۱ ماده ۱۲۰۲ قانون مدنی ایران: «اگر اقارب واجب النفقه متعدد باشند و منفق نتواند نفقه همه آنها را بدهد اقارب در خط عمودی نزولی مقدم بر اقارب در خط عمودی صعودی خواهد بود».





خط عمودی صعودی (والدین) می‌باشند. حد نفقه اقارب یا حدود مسئولیت منفق در ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی ایران به قدر رفع حاجت با توجه به استطاعت منفق محدود شده است. بنابراین، در نفقه فرزند (برخلاف نفقه زوجه) وضعیت اجتماعی فرد واجب‌النفقه مطمح نظر نبوده، تنها رفع حاجت مورد توجه است (اسدی، ۱۳۹۷، ص ۳۴۱). نظام حقوقی ایران نفقه اقارب را به صورت مشخص تعریف و مصادیق آنها را تبیین نموده است که شامل مایحتاج روزمرگی اقارب با توجه به استطاعت مالی منفق می‌شود.

۲-۱-۱-۲. شرایط ترک انفاق در نظام حقوقی ایران

شرایط لازم برای ترک انفاق زوجه در نظام حقوقی ایران چهار مورد است که به تفصیل در ادامه بحث و بررسی شده است.

- استطاعت مالی زوج

یکی از شروط ترک نفقه زوجه که از سوی زوج در ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده تصریح شده است، استطاعت مالی زوج می‌باشد. بدین مفهوم هر گاه شوهر از پرداخت نفقه برای همسر خود امتناع می‌ورزد و همسر از این جهت طرح دعوی کیفری کند، مرد باید استطاعت مالی داشته باشد. باید به این نکته توجه داشت که در طرح شکایت مدنی استطاعت مالی زوج شرط نیست. استطاعت مالی زوج را باید با توجه به مصادیق نفقه احراز نمود. قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۰۷ در وجوب خادم، استطاعت مالی شوهر را مورد توجه قرار نداده است، در صورتی که در غیر مورد بیماری که وجوب خادم را دربردارد، استخدام خادم برای زوجه‌ای که در منزل پدری عادت به خادم داشته است واجب گرداند، تا حدی دور از منطق و عقل سلیم است.

از آنجاکه زوجه هنگام انتخاب زوج، با توجه به وضعیت و شرایط مالی وی و آگاهی از آن، پاسخ مثبت به ازدواج می‌دهد و راضی به تشریک مساعی با مرد در ساختن زندگی مشترک می‌شود، در واقع، خود را برای تطبیق با وضعیت اقتصادی زوج آماده می‌نماید و از طرفی با عنایت بر اینکه زوجین باید در استحکام مبانی خانواده سعی و کوشش نمایند، بنابراین، این تصور که زوج فقیری را ملزم به استخدام خادم جهت زوج نماییم، منافی با مصالح و روابط

^۱ ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی ایران: «نفقه اقارب عبارت از مسکن والبسه و غذا و اثاث‌البیت به قدر رفع حاجت با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق».

عاطفی و اخلاقی خانواده است. همچنین اعمال ضمانت های اجرایی نفقه زوجه به ویژه از نوع کیفری علیه شوهر در خصوص این مصداق از نفقه (خادم)، با عدالت و انصاف قضایی چندان سازگار نیست؛ زیرا این مورد با سایر نیازمندی های زوجه مانند خوراک، پوشاک و مسکن متفاوت است و درجه نیاز زن به اشیای یادشده نیز یکسان نمی باشد (اسدی، ۱۳۹۷، ص ۲۵۵ و ۲۵۶).

همچنین، رویه قضایی در خصوص تعقیب کیفری زوج از باب ترک انفاق، قائل به ضروریات زندگی با نگاه حداقلی است. به عنوان مثال، در نظر مشورتی شماره ۷/۲۲۵۸ مورخ ۱۳۷۸/۶/۲ آمده است: اگر مبلغی که زوج به عنوان نفقه به زوجه می دهد به قدری باشد که کفاف تهیه مسکن و یا کرایه مسکن و خرید لباس و اثاث البیت و غذا را بنماید، مشمول ترک انفاق نیست؛ ولو نفقه یک روزه باشد. اما اگر فقط مبلغی جزئی در حد کفاف غذا و مخارج روزانه به زوجه بپردازد، بدون تهیه اثاث و لباس و سایر شقوق و جزئیات اموری که انفاق قانونی محسوب می شوند، مشمول ترک انفاق است (اسدی، ۱۳۹۷، ص ۲۵۷).

با توجه به مواردی که تبیین شد، نفقه زوجه شامل تمام نیازهای متعارف وی می شود و در پرداخت نفقه زوجه ملاک دارا بودن زن نیست. شوهر با جاری شدن عقد دائم ملزم به پرداخت نفقه همسر خود می باشد. در صورت عدم پرداخت زن می تواند دعوای کیفری علیه شوهر اقامه کند و در آن استطاعت مالی زوج شرط می باشد. همچنین، اثبات استطاعت مالی زوج برعهده زوجه است.

- تمکین زوجه

شرط وجوب نفقه برای زوجه، انعقاد عقد دائم بین طرفین و تمکین زوجه است. بنابراین، تمکن مالی زوجه نقشی در وجوب نفقه برای او ندارد و به همین دلیل می تواند نفقه زمان گذشته را از زوج مطالبه نماید (اسدی، ۱۳۹۷، ص ۲۵۷). بنابراین، برخی از حقوقدانان بر این اعتقادند که اگر زن مدتی از شبانه روز را در بیرون از منزل بگذراند، نباید نفقه کامل به وی تعلق گیرد و حتی باید عهده دار پرداخت قسمتی از نفقه و خرج خانواده باشد (شریف، ۱۳۷۷، ص ۲۶).

در تعریف تمکین دو معنای عام و خاص را باید توجه داشت. معنای عام تمکین در کلیه مسائل زندگی، زوجه را مکلف به تبعیت از اراده زوج می گرداند، نشوز برضد تمکین است؛





یعنی «خروج از اطاعت زوج در استمتاع و غیر آن». مانند اشتغال به کاری که مخالف با حیثیت خانوادگی باشد و یا بیرون رفتن از منزل بدون اجازه زوج. در حقوق موضوعه، ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی ایران وقوع عقد نکاح را موجد حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر دانسته و بدین ترتیب، به مجرد عقد نکاح، زوج را ملزم به پرداخت نفقه زوجه نموده است.

از سوی دیگر، ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی ایران در عقد دائم نفقه زن را به طور مطلق برعهده زوج قرار داده است و در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی ایران نیز به طور صریح نشوز را مانع حق نفقه دانسته است. همچنین، اداره حقوقی قوه قضائیه دولت ایران در پاسخ به این سؤال که آیا بلافاصله پس از نکاح، زوجه حق مطالبه نفقه و تعقیب کیفری زوج را دارد، با استناد به مفاد ماده ۱۱۰۲ چنین نظر داده است: «همین که نکاح به صحت واقع شد، حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر برقرار گردیده و به محض وقوع نکاح، زوج حق تمکین زوجه را بخواهد و زوجه نیز حق مطالبه نفقه و تعقیب را خواهد داشت» (اسدی، ۱۳۹۷، ص ۲۶۰). بدین ترتیب مطابق تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده، امتناع از پرداخت نفقه زوجه‌ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است... را مشمول مقررات این ماده دانسته است. بنابراین، از فحوی مواد یادشده چنین تبیین می‌شود که برای پرداخت نفقه زوجه تمکین مطلق وی به زوج شرط دانسته شده است.

- حال بودن نفقه

در مورد اینکه آیا طرح دعوی کیفری از طرف زوجه نفقه گذشته و حال را شامل می‌شود، در پاسخ به این پرسش چند نظریه مشورتی را بحث و بررسی می‌کنیم. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۹۶۷ مورخ ۱۳۸۳/۳/۲۴ اداره حقوقی قوه قضائیه به شرط حال بودن نفقه برای تعقیب زوج می‌نویسد: «جنبه جزایی ترک انفاق صرفاً ناظر به زمان حال است نه گذشته و آینده و چون ترک انفاق جرم مستمری است، به لحاظ استمرار آن می‌تواند به دفعات مورد شکایت واقع شود» (اسدی، ۱۳۹۷، ص ۲۶۵). از نظریه یادشده چنین برمی‌آید که زوجه می‌تواند نسبت به نفقه گذشته و آینده خود در محکمه خانواده طرح دعوا کند؛ اما در رسیدگی و تعقیب کیفری آن نسبت به نفقه حال می‌تواند اقامه دعوا کند.

- دائم بودن نکاح

یکی از شرایط تحقق جرم ترک انفاق در نظام حقوقی ایران دائم بودن نکاح می‌باشد. این گزاره بدین مفهوم نیست که شامل عقد منقطع نمی‌شود؛ بلکه طبق مفاد ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی ایران در عقد انقطاع زن واجب‌النفقه نیست، مگر اینکه در عقد شرط انفاق صورت گرفته باشد.

۲-۲. نتیجه جرمی

جرم ترک انفاق در حقوق افغانستان و ایران از جرائم مطلق است و نیاز به نتیجه مجرمانه ندارد. بدین توضیح که که با صرف ترک حکم به انفاق و ترک حکم از ادای اجرت جرم محقق می‌شود؛ یعنی صرف ترک نفقه در نظام حقوقی افغانستان جرم‌انگاری نشده است. همچنین، اگر حکم قطعی در ادای نفقه یا اجرت صادره شده و شخص منفق عمداً امتناع ورزد، به مدت یک‌ماه جرم ترک انفاق محقق می‌شود. در نظام حقوقی ایران صرف ترک انفاق جرم‌انگاری شده و از جرائم قابل‌گذشت بوده و منوط به شکایت شاکی می‌باشد.

۱-۲-۲. شرایط ترک انفاق اقارب

شرایط لازم برای تحقق جرم ترک انفاق اقارب نسبت به زوجه تا حدی متفاوت است که به شرح زیر در نظام حقوقی افغانستان و ایران با تفصیل مورد بحث و بررسی قرار گرفته و نقاط اشتراک و افتراق آن تبیین شده است.

- وجود رابطه قرابت در خط عمودی (اصول و فروع)

طبق فقره (۱) ماده ۶۳۵ کود جزای افغانستان «شخصی که به ادای نفقه زوجه یا یکی از اصول و فروع خود یا دیگری، یا به ادای اجرت یا حضانت...»، در صدر این ماده کود جزای افغانستان، مقصود از واژه «دیگری» کیست؟ آیا طبق قانون افغانستان به جز منفق کس دیگری هم از باب عدم پرداخت نفقه ازسوی منفق به مجازات محکوم می‌شود یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش یک نگاهی اجمالی به ماده ۱۲۶۰ قانون مدنی افغانستان می‌اندازیم. در این ماده مقنن قیدی را ذکر کرده که باوجود اینکه پدر معسر باشد، اما توانایی انجام کار داشته

۱ ماده ۲۶۰ قانون مدنی افغانستان: «هرگاه پدر معسر بوده و از کسب و کار عاجز نباشد، پرداخت نفقه اولاد از ذمه وی ساقط نمی‌گردد. در این صورت ولی‌ای که بعد از پدر قرار دارد مکلف است به پرداخت نفقه اولاد بوده، حین یسار پدر مصارف نفقه را از وی مطالبه می‌نمایند».



باشد، نفقه فرزند به هیچ صورت از عهده وی ساقط نمی‌شود. مقنن افغانستان ولی را مکلف و ملزم دانسته تا نفقه فرزندان را از اموال پدر مطالبه کند. در ماده ۲۶۴^۱ نیز تأکید بر منفق برای پرداخت نفقه اقارب در خط عمود (اصول و فروع) وی نموده است، با شرط فقیر بودن آنها بدون توجه به اعسار موسر دارد. ولی در نظام حقوقی ایران در پرداخت نفقه اقارب اولین شرط تمکن مالی منفق است و هیچ الزامی برای پرداخت نفقه اقارب در صورت عدم تمکن مالی ندارد که در ماده ۲۱۹۸^۲ قانون مدنی ایران این مورد تبیین شده است.

با این توضیح که در نظام حقوقی افغانستان طبق ماده ۲۶۴ قانون مدنی با صرف فقیر بودن اقارب در خط عمودی منفق ملزم به پرداخت نفقه می‌شود و تمکن مالی منفق وضع معیشت وی مد نظر نبوده است و اما قانون‌گذار ایران در پرداخت نفقه اقارب از نکات کلیدی که تبیین نموده تمکن مالی منفق است، که این مورد یکی از تفاوت‌ها در پرداخت نفقه در نظام حقوقی افغانستان و ایران می‌باشد. افرادی که واجب‌النفقه از سوی منفق می‌باشند عبارت‌اند از: زوجه دائم، پدر، مادر، اولاد، نوه، و اجداد.

طبق ماده ۳۱۹۶^۳ قانون مدنی ایران اقارب و خویشاوندان نسبی در خط عمودی اعم از صعودی یا نزولی ملزم به انفاق به یکدیگرند و الزام به انفاق خویشاوندان سببی یا رضاعی و خویشاوندان نسبی در خط افقی وجود ندارد؛ بنابراین خواهر یا برادر، دایی (ماما) و خاله عمو (کاکا) و عمه واجب‌النفقه نمی‌باشند؛ اما پدر و مادر هر چه بالاتر برود و فرزند و اولاد ایشان در صورت نیاز واجب‌النفقه محسوب می‌شوند (خلیلی، ۱۳۷۸، ص ۵).

^۱ ماده ۲۶۴ قانون مدنی افغانستان: «نفقه والدین، اجداد و اجدادی که فقیر باشند؛ خواه توان کسب کار را داشته باشند یا نه، به دوش فرزندی است که موسر باشد؛ خواه فرزند پسر باشد یا دختر، صغیر باشد یا کبیر».

^۲ ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی ایران: «کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد؛ یعنی بتواند نفقه بدهد، بدون اینکه از حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقگی گردد. برای تشخیص تمکن باید کلیه تعهدات وضع زندگانی شخص در جامعه مدنظر گرفته شود».

^۳ ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی ایران: «در رابطه بین اقارب فقط اقارب نسبی در خط عمودی اعم از صعودی و نزولی ملزم به انفاق به یکدیگرند».

- نیاز منفق علیه

در فقه امامیه، لزوم انفاق به خویشاوندان مشروط به دو شرط نیاز و فقر منفق علیه است. مواد ۲۵۶، ۲۵۷، ۲۵۸، ۲۵۹، ۲۶۰، ۲۶۱، ۲۶۲، ۲۶۳ قانون مدنی افغانستان در مورد نفقه فرزندان و شرایط پرداخت آن است. ماده ۲۵۶^۱ قانون مدنی افغانستان در مورد نفقه پسر صغیر تا زمان کسب و کار و دختر صغیره تا زمان ازدواج برعهده پدر است. در ماده ۲۵۷^۲ قانون مدنی افغانستان پسر کبیر که توان کسب و کار را نداشته باشد و فقیر باشد، پدر مکلف به پرداخت نفقه وی می‌باشد و اما در مورد دختر چه توان کسب کار را داشته باشد چه نداشته باشد و چه فقیر باشد یا نباشد، طبق این ماده قانون مدنی افغانستان تا وقت ازدواج نفقه دختر بدون توجه به شرایط برعهده پدر می‌باشد.

ماده ۲۵۸^۳ قانون مدنی افغانستان در فقره اول و دوم خود چنین می‌نویسد: فرزندان که صاحب کسب و کار باشند و عوایدشان کفاف معیشتشان نباشد، از پرداخت نفقه توسط پدر برایشان تکمیل می‌شود. در صورتی که فرزندان صغیر عواید کسب و کارشان بیشتر از مصارف نفقه‌شان باشد، در این صورت، عواید اضافی آنها را پدر نگهداری می‌کند تا زمان بلوغ دوباره مسترد می‌نماید. در ماده یادشده مقنن افغانستان با توجه به صغر سن فرزندان نگهداری عواید ایشان را تا زمان بلوغ از باب مصحلت فرزند برعهده پدر گذاشته است.

- تمکن منفق

فقه‌های امامیه اتفاق نظر دارند که در وجوب نفقه، قدرت فرد بر دادن نفقه شرط است و کسی که چیزی زائدی بر مخارج خود داشته باشد، متمکن است (اسدی، ۱۳۹۷، ص ۳۳۸). ماده ۲۵۹^۴

^۱ ماده ۲۵۶ قانون مدنی افغانستان: «نفقه با تمام انواع آن در قسمت پسر صغیر تا وقت توان کسب و کار و در قسمت دختر صغیره تا وقت ازدواج به دوش پدر می‌باشد».

^۲ ماده ۲۵۷ قانون مدنی افغانستان: «نفقه پسر کبیر که توان کسب و کار را نداشته و فقیر باشد، همچنان نفقه دختر کبیره تا وقت ازدواج به دوش پدر است».

^۳ ماده ۲۵۸ قانون مدنی افغانستان (۱): «مصارف نفقه پسر یا دختر صاحب کسب و کار در صورت کفایت از عوایدشان تأمین شده و در صورت عدم کفایت بقیه از نفقه تأمین می‌گردد. (۲): هرگاه عواید کسب و کار اولاد بیشتر از مصارف نفقه‌شان باشد، مقدار اضافی از طرف پدر ذخیره شده و بعد از بلوغ به آنها مسترد می‌گردد».

^۴ ماده ۲۵۹ قانون مدنی افغانستان: «هرگاه پدر توان پرداخت نفقه اولاد خود را نداشته و از کسب و کار نیز عاجز باشد، مکلفیت نفقه اولاد به ولی بعد از پدر انتقال می‌کند».





قانون مدنی افغانستان بیان کرده اگر پدر تمکن مالی و توانایی کسب کار نداشته باشد، در این صورت، پرداخت نفقه از عهده پدر ساقط می‌شود و برعهده ولی انتقال پیدا می‌کند. تأکید این ماده بیشتر روی فرزندان است که نفقه آنها باید پرداخت شود؛ چه از طریق پدر یا ولی.

در مورد اقارب در خط عمودی نزولی (پدر و اجداد پدری) در ماده ۱۲۶۴ قانون مدنی افغانستان پرداخت نفقه والدین و اجداد پدری در خط عمودی صعودی... از باب حرمت آنها قانون‌گذار در این ماده توجه به تمکن مالی منفق ندارد؛ حتی اگر منفق موسر هم باشد، نفقه آنها برعهده فرزند موسر می‌باشد. همچنین، در ماده ۲۶۵ قانون مدنی افغانستان قانون‌گذار حمایت از افراد ناتوان از خانواده نموده است؛ بدین مفهوم هرگاه شخصی به علت فقر یا بیماری عقلی و عصبی از تأمین مایحتاج خود عاجز باشد، تأمین نفقه وی برعهده اقارب متمکن ایشان گذاشته می‌شود؛ به نحوی که خویشاوندان موسر به اندازه سهمی که در صورت فوت آن شخص از او ارث می‌برند، مسئول پرداخت بخشی از نفقه شخص موسر خواهند بود که هدف آن حفظ کرامت انسانی، تأمین نیازهای اساسی اشخاص ناتوان و تحکیم پیوندهای خانوادگی است.

در ماده ۲۶۶ قانون مدنی افغانستان درخصوص پرداخت نفقه اقارب با اختلاف دین چنین اذعان می‌دارد که اگر میان اشخاص محتاج نفقه (موسر) و شخصی که قانوناً باید نفقه آن پرداخت شود، اختلاف در دین وجود داشته باشد، در این صورت، اصل تکلیف از پرداخت نفقه ساقط می‌شود. بدین توضیح که شخص مسلمان ملزم به پرداخت نفقه اقارب غیر مسلمان خود نیست. در صدر ماده یادشده در مورد نفقه اقارب در خط عمودی (اصول و فروع) پرداخت نفقه آنها را باوجود اختلاف در دین به‌عنوان یک استثنا قانون مدنی افغانستان پذیرفته است. ماده ۲۶۷^۴ قانون مدنی افغانستان چنین می‌نویسد: پرداخت نفقه اقارب از

^۱ ماده ۲۶۴ قانون مدنی افغانستان: «نفقه والدین و اجداد و اجدادی که فقیر باشند؛ خواه توان کسب و کار را داشته باشند یا نه، به دوش فرزندی است که موسر باشد؛ خواه فرزند پسر باشد یا دختر، صغیر باشد یا کبیر.

^۲ ماده ۲۶۵ قانون مدنی افغانستان: «نفقه شخص فقیر که به علت مرضی جسمی یا عقلی و عصبی توان کسب و کار را نداشته باشد، به تناسب سهم ارث به دوش اقارب مؤثر می‌باشد».

^۳ ماده ۲۶۶ قانون مدنی افغانستان: «به استثنای نفقه اصول و فروع، نفقه با اختلاف دین ساقط می‌گردد».

^۴ ماده ۲۶۷ قانون مدنی افغانستان: «نفقه اقارب از تاریخ مطالبه آن لازم می‌گردد».

تاریخی که حکم قطعی محکم صادر می‌گردد، پرداخت آن لازم می‌شود که مدت پرداخت نفقه را در قانون مدنی افغانستان مشخص نکرده است. قانون‌گذار، در کود جزا افغانستان مدت پرداخت نفقه بعد از حکم قطعی را یک‌ماه تبیین نموده است.

در نظام حقوقی ایران در ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد؛ یعنی بتواند نفقه بدهد، بدون اینکه از حیث معیشت خود دچار مضیقه شود. برای تشخیص تمکن باید تعهدات و وضع زندگانی شخصی او در جامعه در نظر گرفته شود. دارایی اعم از مثبت و منفی است که از بُعد منفی شامل دیون و تعهدات می‌شود؛ چه کسی که با داشتن ثروت زیاد مجبور به ادای نفقه نباشد؛ زیرا مخارجش زیاد است (اسدی، ۱۳۹۷، ص ۳۳۹). در نظام حقوقی ایران تمکن مالی منفق، وضع معیشت و زندگانی در جامعه در نظر گرفته می‌شود تا اگر توانایی پرداخت را داشت ملزم به پرداخت شود در غیر آن هیچ الزامی برای پرداخت نفقه اقارب برای منفق وجود ندارد.

در نظام حقوقی افغانستان در خصوص نفقه فرزند تمکن مالی منفق مورد توجه است. اگر پدر متمکن نبود، پرداخت نفقه فرزند به ولی انتقال می‌کند. در خصوص اقارب (اصول) والدین و اجداد پدری هیچ توجه به تمکن مالی منفق نیست. منفق با صرف فقیر بودن خود؛ چه آنهایی که توانایی انجام کار را داشته باشند یا نه. شخص منفق با وجود موسر بودن خود ملزم به پرداخت نفقه آنها می‌باشد؛ درحالی که چنین الزامی در نظام حقوقی ایران وجود ندارد.

۳. رکن معنوی

ترک انفاق از جرایم عمدی است و برای تحقق عنصر روانی، وجود دو عامل اراده‌ای ارتکاب و قصد مجرمانه ضروری است. از آنجاکه عنصر مادی جرم ترک انفاق از نوع ترک فعل است، این ترک فعل باید به صورت ارادی ارتکاب یابد. بنابراین، هرگاه زوج در دسترس نبود، به گونه قهری تا به تأدیه نفقه وی اقدام کند، اراده‌ای در ارتکاب جرم نداشته است (اسدی، ۱۳۹۷، ص ۲۷۶) و همچنین منفق دارای قصد مجرمانه باشد؛ یعنی عمداً از اجرای حکم محکمه به ادای محکوم به امتناع ورزد.

برای مثال، منفق به خارج از کشور سفر نموده است و ماهانه مقداری پول برای پرداخت نفقه زوجه خود به حساب برادر خود واریز می‌کند، برادر منفق از پرداخت نفقه برای خانم ایشان امتناع می‌ورزد. آیا زوج مرتکب جرم ترک انفاق یا عدم اجرای حکم محکمه شده است





یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش چنین تبیین می‌شود که جرم از لحاظ رفتار مادی (عدم پرداخت نفقه) به زوجه است، ارتکاب یافته است؛ اما از جهت عنصر روانی چون تصور زوج این بوده که برادرش نفقه خانم ایشان را پرداخت نموده، چون عنصر روانی قصد مجرمانه از سوی زوج وجود ندارد، پس جرم ترک انفاق واقع نشده است؛ زیرا ارتکاب هر جرم با اجتماع عنصر مادی و معنوی آن می‌باشد.

ج) ویژگی‌های نفقه‌زوجه

نفقه زوجه و اقارب (خویشاوندان نسبی) دارای تفاوت و ویژگی‌هایی است که در ادامه تبیین شده است:

۱. تقدم نفقه زوجه بر نفقه اقرباست؛ بدین توضیح که اگر منفق استطاعت مالی کافی برای پرداخت نفقه زوجه و اقربا را نداشته باشد، در این صورت نفقه زوجه بر نفقه اقارب تقدم دارد؛ چنان‌که ماده ۱۲۰۳ قانون مدنی ایران نفقه زوجه بر نفقه اقربا را مقدم دانسته است.

۲. زوجه حق مطالبه نفقه گذشته خود را دارد و برای وصول آن می‌تواند در محکمه اقامه دعوی کند؛ درحالی‌که اقارب فقط نسبت به نفقه آینده خود می‌توانند مطالبه نفقه نمایند. چنان‌که ماده ۱۲۸^۱ و ۱۲۹^۳ قانون مدنی افغانستان اشاره بر نفقه گذشته زوجه دارد و ماده ۱۲۲۶ قانون مدنی ایران تصریح نموده که زوجه می‌تواند در هر زمان، برای مطالبه نفقه گذشته خود دعوی مطرح کند.

۳. در نظام حقوقی افغانستان در ماده ۱۲۳^۴ قانون مدنی این کشور تبیین نموده که نفقه زوجه مطابق به توان مالی زوج تأمین شود؛ مشروط به اینکه از حداقل کفاف زندگی زوجه

^۱ ماده ۱۲۰۳ قانون مدنی ایران: «در صورت بودن زوجه و یا چند نفر واجب النفقه دیگر زوجه مقدم بر سایرین خواهد بود».

^۲ ماده ۱۲۸ قانون مدنی افغانستان: «نفقه واجبه جز به اداء یا ابراء آن ساقط نمی‌گردد».

^۳ ماده ۱۲۹ قانون مدنی افغانستان: «ابراء از نفقه قبل از اینکه تعیین شده باشد، باطل است؛ خواه تعیین نفقه رضائی باشد یا قضائی. اما ابراء از نفقه بعد از تعیین وقتی صحیح می‌گردد که ابراء از نفقه ایام گذشته باشد. ابراء از نفقه روز، هفته، ماه و سال آینده وقتی صحیح می‌گردد، که نفقه بالترتیب طور روزمره هفته‌وار، ماهوار، و سالانه تعیین شده باشد».

^۴ ماده ۱۲۳ قانون مدنی افغانستان: «نفقه زوجه مطابق به توان مالی زوج تأمین می‌گردد؛ مشروط بر اینکه نفقه از حد کفاف زوجه کمتر نباشد».

کمتر نباشد. این ماده درخصوص شرط استطاعت مالی زوج تبیین نشده است؛ بلکه قانون‌گذار افغانستان در ماده ۱۱۹ قانون مدنی در صورت عدم پرداخت نفقه زوج دادگاه زوج را مکلف به پرداخت می‌کند. بنابراین، نفقه زوج مشروط به استطاعت مالی زوج نیست؛ چنان‌که در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی ایران هرگاه زوج تمکن مالی برای پرداخت نفقه زوج را نداشته باشد یا از پرداخت نفقه امتناع ورزد، زوج می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند؛ اما در پرداخت نفقه اقارب تمکن مالی منفق و فقر منفق‌علیه از شرایط پرداخت نفقه اقربا می‌باشد.

۴. پرداخت نفقه زوج تکلیف یک‌جانبه زوج است و در حقوق افغانستان و ایران زوج هیچ‌گاه مکلف به پرداخت نفقه زوج نیست؛ ولی پرداخت نفقه اقارب یک تکلیف متقابل است (موسوی‌بجنوردی و حسینی، ۱۳۸۸، ص ۱۹). چنان‌که در ماده ۲۶۵ قانون مدنی افغانستان نفقه شخص فقیر را برعهده اقارب موسر نموده است.

۵. ممتاز بودن طلب نفقه زوج در صورت ورشکستگی یا فوت شوهر و عدم کفایت اموال او برای پرداخت دیون، بر سایر بدیهیات مقدم خواهد شد. ولی نفقه اقارب دارای این خصوصیات نیست؛ به استثنای نفقه فرزندان که بر سایر دیون مقدم شده است که ماده ۳۲۶۰ قانون مدنی افغانستان در این خصوص چنین تصریح نموده که حتی پدر در صورت توانایی کار که دچار عسرت باشد، نفقه فرزندان از عهده وی ساقط نمی‌شود؛ یعنی صرف نداشتن فقر و مال نقدی سبب معافیت وی نمی‌شود؛ زیرا او قادر است از طریق انجام فعالیت‌های شغلی نفقه فرزندان خود را پرداخت نماید. در صورتی که ولی دیگر مانند جد پدری یا وصی قانونی به صورت موقت پرداخت نفقه فرزندان وی را به عهده گیرد، بعد از آنکه پدر یسار شود، آن ولی حق دارد هزینه‌هایی که به‌عنوان نفقه فرزندان پرداخته است، مطالبه و استرداد نماید.

^۱ ماده ۱۱۹ قانون مدنی افغانستان: «هرگاه زوج از ادای نفقه امتناع ورزد یا تقصیر وی در آن ثابت گردد، محکمه با صلاحیت زوج را به ادای نفقه مکلف می‌گرداند».

^۲ ماده ۲۶۵ قانون مدنی افغانستان: «نفقه شخص فقیر که به علت مرضی جسمی یا عقلی و عصبی توان کسب و کار را نداشته باشد، به تناسب سهم ارث به دوش اقارب موسر می‌باشد».

^۳ ماده ۲۶۰ قانون مدنی افغانستان: «هرگاه پدر معسر بوده و از کسب و کار عاجز نباشد، پرداخت نفقه اولاد از ذمه وی ساقط نمی‌شود. در این صورت ولی‌ای که بعد از پدر قرار داده، مکلف به پرداخت نفقه اولاد بوده، حیث یسار پدر مصارف نفقه را از وی مطالبه می‌نماید».



بنابراین، مسئولیت پرداخت نفقه فرزندان برعهده پدر باقی می ماند و انتقال موقتی آن به ولی دیگر، پدر را از دین نفقه معاف نمی کند.

د) ضمانت اجرای کیفری جرم ترک انفاق

مطابق مفاد فقره (۱) ماده ۶۳۵ کود جزای افغانستان مرتکب به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی تا شصت هزار افغانی محکوم می شود که محکمه با توجه به اوضاع و احوال شرایط ارتكابی و شیوه ارتكاب جرم، مجازات متناسب تعیین خواهد کرد.

فقره (۲) «رسیدگی به دعوی جرم مندرج فقره (۱) این ماده منوط به شکایت شاکی می باشد. در حالت مندرج فقره (۱) این ماده، دعوی به اثر انصراف صاحب مصلحت و شکایت یا به ادای چیزی که به ذمه شخص طرف شکایت باقی مانده منقضی می شود و اگر انصراف یا اداء بعد از صدور حکم در دعوی صورت بگیرد، تطبیق جزا متوقف می گردد». در صدر فقره (۲) ماده ۶۳۵ کود جزا ماهیت جرم یادشده را از جرایم قابل گذشت دانسته و تا زمانی که شاکی در محکمه علیه منفق طرح شکایت نکند، دعوی علیه منفق (ترک کننده نفقه یا اجرت) قابل استماع نیست. در قسمت دوم این فقره با عبارت «دعوا به اثر انصراف صاحب مصلحت...» در راستای کیفرزدایی تبیین نموده است؛ بدین مفهوم که صلاحیت شکایت علیه متهم (منفق) در اختیار منفق علیه (متضرر از واقعه) گذاشته می شود و اثر حقوقی آن به لحاظ اصول محاکمات جزایی این است در هر مرحله که متضرر از ادامه رسیدگی به دعوا صرف نظر کند، تعقیب عدلی به نفع متهم یا محکوم متوقف می شود.

به این ترتیب، هرگاه شخصی، متهم یا مرتکب جرم مندرج فقره (۱) این ماده شود، در حالت های ذیل ادامه دعوا و دادرسی یا اجرای مجازات متوقف می شود: اول آنکه، متضرر یا صاحب مصلحت، پیش از آنکه حکم محکومیت علیه متهم صادر شود، از ادامه شکایت و دادرسی منصرف شود؛ دوم، شخص مسئول پرداخت نفقه یا اجرت در جریان تعقیب عدلی، باقی مانده مدیونیت نفقه یا اجرت را پرداخت نماید؛ سوم، شخص مسئول از طرف محکمه، مجرم شناخته شده و او را به تحمل حبس یا جزای نقدی محکوم کرده باشد و در جریان تطبیق جزا صاحب مصلحت نسبت به محکوم گذشت نماید و او را مورد بخشش قرار دهد یا شخص مسئول در جریان تطبیق جزا بر او، باقی مانده دین خود را اداء نماید، در هر صورت، ادامه تطبیق جزا متوقف شده و فرد محکوم علیه رها می شود.



گفتنی است در صورتی که شخص منفق به جزای حبس محکوم شده باشد، برای مثال، شخصی که به حبس قصیر طبق این ماده محکوم شده باشد، یک ماه حبس را سپری نموده باشد و شخص صاحب مصلحت از آن گذشت کند، باقی مانده حبس وی اجرا نمی‌شود. اگر شخص محکوم به جزای نقدی بیست هزار افغانی شده باشد و ده هزار آن را پرداخت نموده باشد پس از گذشت شاکی خصوصی ده هزار باقی مانده از شخص محکوم علیه تقاضا نمی‌شود.

ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده ایران می‌نویسد: «هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند، به حبس تعزیری درجه شش^۱ محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزایی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود». مطابق مفاد این ماده، استطاعت مالی زوج از شرایط تحقق جرم ترک انفاق است. بنابراین، ترک انفاق زمانی جرم محسوب می‌شود که خودداری متهم از تأدیه نفقه با داشتن استطاعت محرز شود (کریمی، ۱۳۹۸، ص ۱۷۷).

بنابراین، در نظام حقوقی ایران صرف ترک انفاق جرم شمرده شده و مرتکب مستحق مجازات می‌باشد؛ با این تفاوت که در پرداخت نفقه زوجه استطاعت مالی زوج ملاک نیست و اینکه زن توانایی مالی دارد، در پرداخت نفقه ازسوی زوج تأثیر ندارد؛ ولی در پرداخت نفقه اقارب استطاعت مالی منفق، فقر منفق علیه و عدم توانایی مالی وی شرط پرداخت نفقه آنها ازسوی منفق است. در نظام حقوقی افغانستان صرف ترک انفاق جرم نیست و باید محکومیت قطعی و قبلی برای منفق موجود باشد تا جرم ترک انفاق محقق شود؛ یعنی محکمه حکم به ادای نفقه را به طور قطعی بیان کرده باشد و مطابق مفاد ماده ۶۳۵ کود جزا مدت یک ماه از اجرای حکم بگذرد و منفق عمداً امتناع از پرداخت نفقه نماید. مقنن برای مرتکب این جرم جزای نقدی و حبس قصیر در ماده ۶۳۵ کود جزای افغانستان پیش‌بینی نموده است.

^۱ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ایران مجازات تعزیری به هشت درجه تقسیم می‌شود: حبس درجه ششم بیش از شش ماه تا دو سال می‌باشد.



نتیجه‌گیری

جرم ترک انفاق زوجه و اقربا یکی از موضوعات مهم در حقوق کیفری خانواده بوده و شرایط ارتکاب این جرم با توجه به رفتار مرتکب در نظام‌های حقوقی افغانستان و ایران متفاوت می‌باشد. تعهد به انفاق در فقه و حقوق امر یک‌طرفه و برعهده زوج است که این امر منوط به تمکین زوجه و فقر و عدم توانایی اشتغال در پرداخت نفقه اقربا به شمار می‌رود. در پرداخت نفقه زوجه میزان و حدود آن متناسب به نیازها و شأن اجتماعی و خانوادگی زوجه دارد؛ حتی اگر زوجه تمکن مالی داشته باشد، نفقه او برعهده همسر است. اعسار شوهر، وی را از این تعهد باز نمی‌دارد. در پرداخت نفقه اقربا توانایی مالی منفق و عدم توانایی مالی منفق علیه شرط برای پرداخت نفقه ایشان می‌شود. بر عکس پرداخت نفقه زوجه هیچ الزامی در تأدیه آن وجود ندارد. طبق نظام حقوقی افغانستان و ایران زوجه می‌تواند نسبت به نفقه گذشته و آینده خود اقامه دعوی کند و اقربا صرفاً نسبت به آینده حق درخواست نفقه را از منفق علیه دارند.

در نظام حقوقی افغانستان صرف ترک انفاق مطابق ماده ۶۳۵ کود جزا افغانستان جرم‌انگاری نشده است. منفق باید محکومیت قبلی قطعی برای تأدیه نفقه از سوی محکمه داشته باشد و همچنین، از اجرای حکم یک‌ماه سپری شده و شخص منفق با وجود استطاعت مالی از پرداخت آن عمداً امتناع کند. در نظام حقوقی ایران صرف ترک انفاق جرم‌انگاری شده و با وجود اینکه مدت آن در قانون مشخص نشده، ولی باید یک مدت معقول از عدم تأدیه آن از سوی منفق بگذرد تا منفق علیه بتواند نزد محکمه طرح دعوی کیفری نسبت به ترک انفاق نماید.

شرایط وجوب ترک انفاق در نظام حقوقی افغانستان مطابق مفاد ماده ۶۳۵ کود جزا سه مورد پیش‌بینی شده است: ۱. محکومیت قبلی و قطعی از سوی محکمه نسبت به پرداخت نفقه؛ ۲. مدت یک‌ماه از عدم اجرای حکم قطعی بگذرد؛ ۳. شخص منفق عمداً با وجود تمکن مالی از ادای آن امتناع ورزد. در نظام حقوقی ایران چهار شرط برای ارتکاب جرم ترک انفاق مطابق ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده پیش‌بینی شده است: ۱. عقد دائم که عقد منقطع را هم با توجه به شرایط خاص آن شامل می‌شود؛ ۲. تمکن مالی زوج؛ ۳. حال بودن نفقه؛ ۴. تمکین زوجه را در پرداخت نفقه زوجه شامل می‌شود.

شرایط پرداخت نفقه اقارب استطاعت مالی منفق و عدم تمکن مالی اقربا و عدم توانایی اشتغال شامل پرداخت نفقه اقربا می‌شود. در بحث ضمانت اجراها، نظام حقوقی افغانستان مجازات حبس قصیر و جزای نقدی برای تارک انفاق پیش‌بینی نموده است. نظام حقوقی ایران



حبس درجه شش پیش‌بینی نموده است. گفتنی است جرم ترک انفاق از جرایم ساده و مستمر می‌باشد که نیاز به شکایت شاکی خصوصی دارد؛ زیرا دولت برای حمایت و قداست نظام خانواده تا زمانی که شاکی طرح شکایت نکند، به دعوی رسیدگی نمی‌کند و همچنین، در هر مرحله‌ای که صاحب مصلحت گذشت کند، دعوی متوقف می‌شود.



۱. اسدی، لیلآسادات، (۱۳۹۷) حقوق کیفری خانواده، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ سوم.
۲. پورعبدالله، کبری، مبانی فقهی نفقه و آثار حقوقی ناشی از آن، فصلنامه علمی- ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۱۳۹۰، شماره ۵۴.
۳. خلیلی، عذرا، نفقه والدین در فقه امامیه و قوانین موضوعه، پژوهشگاه علوم انسانی (ندای صادق)، ۱۳۸۷، شماره ۴۹.
۴. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۴) لغت نامه، تهران: دانشگاه تهران.
۵. روحانی، علی رضا، (۱۳۹۲) خانواده و جایگاه زن از منظر شریعت، قانون و عرف در افغانستان، کابل، انتشارات آرمان شهر، چاپ دوم.
۶. سیدهاشمی، سیداسماعیل، و مرتضوی، زهراالسادات، بررسی حق و حکم در حضانت، نفقه و رجوع در طلاق، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۶۶.
۷. شریف، علی، (۱۳۷۷) نفقه و تمکین در حقوق خانواده، تهران، انتشارات بشارت، چاپ اول.
۸. مرتاضی، احمد، و حاجی حسینی، حسین، امکان سنجی شمول نفقه بر هزینه های درمانی و بهداشتی زن، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، ۱۳۹۵، شماره ۷۴.
۹. موسوی بجنوردی، سیدمحمود، و حسینی، سیده شهناز، نفقه زوجه در فقه و حقوق با رویکرد بر نظریات امام خمینی (س)، فصلنامه علمی پژوهشی متین، ۱۳۸۸، شماره ۴۳.
۱۰. نجفی، محمدحسن، (۱۳۵۷) جواهرالکلام، تهران، مکتبه الاسلامیه.
۱۱. کلباسی، فهیمه، نفقه زوجه و جایگاه آن در تأمین نیازهای مالی زن، فصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب، ۱۴۰۲، شماره ۱.
۱۲. کریمی، نسرین، جرم انگاری ترک انفاق در فقه و حقوق ایران با نگاهی به فقه اهل سنت، فصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۸، شماره ۱.
۱۳. بنیاد آسیا، (۱۳۹۸) شرح کود جزا.
۱۴. کود جزای افغانستان مصوب (۱۳۹۶)، با اصلاحات بعدی.
۱۵. قانون مدنی افغانستان (۱۳۵۵).
۱۶. قانون مجازات اسلامی ایران (۱۳۹۲)، با اصلاحات بعدی.
۱۷. قانون حمایت از خانواده ایران (۱۳۹۱).
۱۸. قانون مدنی ایران، مصوب (۱۳۰۷)، با اصلاحات بعدی.



اصول جرم‌انگاری و چالش‌های آن در نظام جزایی افغانستان

عید محمد احمدی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۷/۱۰

چکیده

جرم‌انگاری از ستون‌های اصلی نظام جزایی هر کشور است که هدفش مشخص کردن مرز رفتارهای قابل قبول و غیرقابل قبول در جامعه و تضمین امنیت و عدالت اجتماعی است. در این مقاله، اصول مهم جرم‌انگاری مثل اصل هنجاری بودن، ضرورت، تناسب، رعایت حقوق فردی، کارایی، اخلاقی بودن و عدم تبعیض مطالعه و بررسی و همچنین، محدودیت‌ها و چالش‌های اجرای این اصول در افغانستان با روش تحلیلی توصیفی ارزیابی شده است. هدف از تحقیق تبیین چالش اصول جرم‌انگاری و ارائه راهکار است. یافته‌ها نشان می‌دهد که قوانین پراکنده، اجرای سلیقه‌ای، و کمبود رعایت حقوق فردی از مهم‌ترین موانع اجرای صحیح این اصول هستند. پیشنهاد می‌شود که با بازنگری قوانین و تطبیق با استانداردهای بین‌المللی، عدالت جزایی در افغانستان تقویت شود.

واژگان کلیدی: جرم‌انگاری، نظام جزایی، افغانستان، اصل هنجاری بودن، اصل تناسب، حقوق فردی، محدودیت‌ها.

* محقق و استاد پوهنتون: ایمیل: aem.ahmadi20@yahoo.com

جرمانگاری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای سیاست جنایی، از دیرباز مورد توجه اندیشمندان حقوق جزا و جرم‌شناسی قرار گرفته است. اساساً، هنجارگذار با تعیین برخی رفتارها به‌عنوان «جرم»، نه تنها از ارزش‌های بنیادین جامعه حمایت می‌کند، بلکه تلاش دارد با توسل به ضمانت‌اجراهای جزایی، نظم عمومی و امنیت اجتماعی را تضمین نماید. به‌دیگرسخن، «جرمانگاری بیانگر مرزهای آزادی افراد در جامعه است و نشان می‌دهد که حاکمیت تا چه اندازه به آزادی‌های فردی احترام می‌گذارد یا آن را محدود می‌کند» (اردبیلی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۴۵).

با وجود اهمیت این کارکرد، جرم‌انگاری یک عمل صرفاً هنجارگذاری تقنینی و سیاسی نیست؛ بلکه فرآیندی است که باید بر مبنای نظری و اصول بنیادین استوار شود. چنانچه هنجارگذار و احکام‌ماندی بدون تکیه بر اصول علمی اقدام به جرم‌انگاری کند، نتیجه‌ای جز تورم جزا، افزایش هزینه‌های عدالت جزایی و در نهایت کاهش اعتماد عمومی به هنجارها و محوریت احکام در پی نخواهد داشت. به‌دیگرسخن، «ابزار جزایی باید آخرین حربه دولت باشد؛ زیرا ورود بی‌ضابطه جرم‌انگاری به همه عرصه‌های زندگی اجتماعی، نه تنها مفید و کارآمد نیست، بلکه به کارآمدی نظام عدالت جزایی آسیب می‌زند» (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۷، ص ۶۵).

در سطح نظری نیز این پرسش اساسی مطرح است که معیارهای مشروعیت‌بخش به جرم‌انگاری کدام‌اند؟ چه رفتاری را می‌توان با توسل به ابزار جزایی محدود کرد و بر چه اساس و دلایلی؟ این پرسش، ضرورت بحث از «اصول جرم‌انگاری» را روشن می‌کند. برخی اندیشمندان حقوقی به‌روشنی بیان می‌کنند که «نمی‌توان هر گونه انحراف اخلاقی را موضوع مداخله جزایی دانست، بلکه تنها رفتارهایی باید جرم‌انگاری شوند که تهدیدی واقعی برای نظم عمومی و آزادی دیگران باشند» (Hart, 1963, p. 5).

تجربه هنجارگذاری و تقنینی در افغانستان نشان می‌دهد که اگرچه در مواردی هنجارگذار به اصول بنیادین جرم‌انگاری توجه داشته است، اما در بسیاری از موارد، تحت تأثیر شرایط سیاسی و اجتماعی و گاه با هدف حمایت از ارزش‌های صرفاً اخلاقی یا عرفی، اقدام به جرم‌انگاری‌های گسترده نموده است. این امر، از یک‌سو به افزایش حجم قوانین جزایی و پیچیدگی نظام عدالت جنایی منجر شده و از سوی دیگر، انتقادهایی جدی نسبت به رعایت حقوق و آزادی‌های فردی برانگیخته است.



از این رو، ضرورت دارد اصول جرم‌نگاری به‌طور دقیق شناسایی و تحلیل شوند تا حدود مشروع مداخله جزایی تبیین شود. بررسی این اصول، افزون‌برآنکه، مانع از افراط و تفریط در فرآیند هنجارگذاری جزایی می‌شود، می‌تواند چهارچوبی نظری برای اصلاح و ارتقای سیاست جنایی کشور فراهم آورد. مقاله حاضر در همین راستا تدوین شده و تلاش می‌کند با تبیین مبانی نظری و اصول جرم‌نگاری و سپس تحلیل جایگاه و چالش‌های آن در نظام جزایی افغانستان، به این پرسش پاسخ دهد که نظام احکام‌محوری تا چه میزان در فرآیند جرم‌نگاری به اصول بنیادین پایبند بوده است؟ در این مرحله تلاش می‌شود این مسئله از نگاهی حقوق جزا مورد کاوش و تحقیق قرار گرفته و در نوبت پسین از نگاهی فقهی این مسئله به‌صورت مستوفی و با تفصیل و تبیین بیشتر بحث و بررسی شود.^۱

الف) مبانی نظری و مفهوم جرم‌نگاری

۱. مبانی نظری

جرم‌نگاری یک عمل صرفاً تعیین هنجار و وضع احکام نیست، بلکه باید بر مبانی منطقی و اهداف مشخصی استوار باشد. از جمله مبانی و اهداف مهم جرم‌نگاری می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

اصل ضرر^۲: طبق این اصل، یک رفتار تنها زمانی باید جرم‌نگاری شود که به دیگران یا به جامعه ضرر قابل‌ملاحظه‌ای وارد کند. هدف این اصل محدود کردن دخالت دولت در آزادی‌های فردی است.

دفاع اجتماعی^۳: برخی مکاتب نیز بر این باورند که جرم‌نگاری برای دفاع از نظم و امنیت جامعه در برابر هر نوع فعالیتی که آن را تهدید می‌کند، ضروری است.

حمایت از ارزش‌های بنیادین جامعه: رفتارهایی که با ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی غالب جامعه در تضاد هستند و به انسجام اجتماعی لطمه می‌زنند، ممکن است جرم‌نگاری شوند.

^۱ این مقاله تلاش دارد به امید خدا، در ابتدا اصول کلی جرم‌نگاری از دو نگاهی حقوقی و فقهی و سپس مبانی جرم‌نگاری برخی جرائم خاص مانند سرقت را کاوش و تحقیق کند.

^۲ Harm Principle

^۳ Social Defense



حفظ نظم عمومی و امنیت: جرم‌انگاری برخی اعمال برای جلوگیری از هرج و مرج و حفظ آرامش و امنیت عمومی ضروری است.

جلوگیری از وضعیت خطرناک مجرم: در مواردی، جرم‌انگاری رفتارهایی مانند شروع به جرم یا جرم محال، با هدف کنترل و پیشگیری از بروز رفتارهای خطرناک از سوی افراد انجام می‌شود.

۲. تعریف جرم‌انگاری و جرم‌زدایی

جرم‌انگاری در ادبیات حقوق جزا به معنای تعیین یک رفتار یا ترک رفتار به عنوان جرم توسط هنجارگذار و پیش‌بینی ضمانت اجرای جزایی برای آن است. به‌دیگرسخن، «جرم‌انگاری عبارت از فرآیندی است که طی آن، هنجارگذار رفتار یا ترک رفتاری را به دلیل مغایرت با {احکام}، ارزش‌های اجتماعی و تهدید علیه نظم عمومی، ممنوع اعلام کرده و برای آن مجازات مقرر می‌دارد» (اردبیلی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۵۵).

برخی از جرم‌شناسان، جرم‌انگاری را مهم‌ترین ابزار سیاست جنایی می‌دانند؛ زیرا از طریق آن، حاکمیت تصمیم می‌گیرد کدام رفتارها به‌عنوان تهدید علیه ارزش‌ها، امنیت و آزادی عمومی محسوب شوند و کدام رفتارها در دایره آزادی‌های فردی باقی بمانند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۷، ص ۷۲).

در کنار مفهوم جرم‌انگاری، اصطلاح «جرم‌زدایی» نیز مطرح می‌شود. جرم‌زدایی به معنای حذف یا کاهش ضمانت اجرای جزایی از برخی رفتارهاست که پیش‌تر جرم محسوب می‌شدند. در واقع، همان‌گونه که جرم‌انگاری بیانگر گسترش قلمرو حقوق جزاست، جرم‌زدایی نشانگر محدودسازی آن و بازگرداندن برخی حوزه‌ها به عرصه حقوق خصوصی یا اداری یا اجتماعی است؛ یعنی نقاب جرم و ممنوعیت از چهره رفتار برداشته می‌شود (بخشی، ۱۳۸۲، ص ۱۱۹).

۳. جایگاه جرم‌انگاری در سیاست جنایی

جرم‌انگاری بخشی از سیاست جنایی هنجارمندی و تقنینی است؛ یعنی تدابیری که هنجارگذار برای پیشگیری و مقابله با رفتار مجرمانه از طریق وضع قوانین جزایی اتخاذ می‌کند. بنابراین، «جرم‌انگاری نه یک عمل صرفاً حقوقی، بلکه پدیده‌ای اجتماعی و سیاسی است که از ارزش‌های مسلط جامعه و رویکردهای کلان حاکمیت تأثیر می‌پذیرد»؛ بنابراین،



جرم‌انگاری از مهم‌ترین بخش سیاست‌جنایی به شمار می‌آید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۰).

۴. اهداف جرم‌انگاری

اهداف جرم‌انگاری را می‌توان در چند محور اساسی خلاصه کرد:

- حفظ نظم عمومی: جلوگیری از رفتارهایی که امنیت و آرامش اجتماعی را مختل می‌کنند، از طریق تدبیر حقوق جزا؛
- حمایت از ارزش‌های بنیادین جامعه: حمایت از ارزش‌ها، جان، مال، حیثیت و آزادی‌های مشروع افراد؛
- پیشگیری از رفتارهای مجرمانه: بازدارندگی عام و خاص از طریق تهدید به مجازات؛
- تضمین حقوق العبد و آزادی‌ها: تنظیم تعادل میان آزادی فردی و منافع جمعی.

۵. ضرورت اصول جرم‌انگاری

با توجه به نقش گسترده جرم‌انگاری، ضرورت دارد معیارهایی برای محدودسازی آن وضع شود تا هنجارگذار نتواند به طور بی‌ضابطه در زندگی خصوصی و اجتماعی افراد مداخله کند. این معیارها که در قالب «اصول جرم‌انگاری» مطرح می‌شوند، ضامن عدالت جزایی و حفظ آزادی‌های فردی در برابر قدرت جزایی دولت هستند.

ب) اصول جرم‌انگاری

اصول جرم‌انگاری^۱ یکی از اصول اساسی در حقوق جزایی است که به فرایند تبدیل یک رفتار (فعل یا ترک فعل) از یک عمل مباح و مجاز به یک عمل ممنوعه است که برای آن مجازات تعیین شده است. این قاعده، هسته اصلی تعیین مرزهای آزادی‌های فردی و حفظ نظم عمومی در جامعه است که به دلیل اهمیت آن، به برخی از مهم‌ترین جنبه‌های اصول جرم‌انگاری می‌پردازیم:

۱. حاکمیت هنجار

امروزه حاکمیت هنجار و احکام‌محوری به یکی از مهم‌ترین ایده‌های عصر حاضر بدل شده است. سیاستمداران، حقوقدانان و به‌طورکلی کسانی که سیاست‌گذاری و تعیین خط‌مشی



¹ Criminalization



می‌کنند، اغلب اصطلاح حاکمیت هنجار را برای توصیف نمونه‌های مشخص از رژیم حقوقی سیاسی به کار می‌برند. در جهان کنونی، حرکت به سوی ثبات و توسعه، نیازمند گسترش حاکمیت هنجار است. امروزه، رشد سیاسی، امنیت ملی، حمایت از ارزش‌ها و دیگر حقایق اساسی، کوچک‌ترین بخش حاکمیت هنجار و احکام هستند.

حاکمیت هنجار یک تعریف صریح و روشن ندارد و این مفهوم ممکن است در میان ملت‌ها و عرف حقوقی متفاوت باشد. به‌هرحال عموماً از حاکمیت هنجار چنین استنباط می‌شود که رژیم حقوقی سیاسی، برای گسترش آزادی‌های مسلم و قطعی، باید به وسیله هنجار محدود شود. این مفهوم نظم و ترتیب و پیش‌بینی‌های مربوط به چگونگی کارکردهای یک کشور را تعیین می‌کند. در بیشتر مفاهیم پایه‌ای، حاکمیت هنجار نظامی است که در آن سعی می‌شود از حقوق شهروندان در برابر تندروی و سوءاستفاده از قدرت دولت حمایت شود. (کاملتر، ۱۹۹۷، ص ۸۹).

امروزه مطابق این اصل، همه قوای کشور موظف‌اند از هنجارهای «عمومی»، «صریح» و «باثبات» پیروی کنند؛ بنابراین هنجارهای الزامی باید عام و کلی باشند. به‌دیگرسخن، ناظر به فرد یا گروه خاصی نباشند. در هنگام جرم‌انگاری اعمال تبعیض برای شخص یا اشخاص خاص اعم از حقیقی و حقوقی از این باب که از تحمل مجازات معاف باشند یا مجازات به گونه‌ای دیگر بر آنان اعمال شود، خلاف این اصل و توجیه‌ناپذیر است.

رژیم حقوق حاکم بر حقوق جزا نیز رژیم حاکمیت هنجار است که بر همه اجزای این نظام از جمله هنجارگذاری و جرم‌انگاری حاکم است. فقط هنجارگذار به‌عنوان نماینده وجدان عمومی مکلف به تعیین ناهنجاری‌های الزامی و تهیه فهرست آن برای شهروندان است و بدین‌وسیله افراد با اطلاع از ممنوعیت‌های هنجاری به تنظیم رابطه خود با دولت و دیگر شهروندان می‌پردازند (حبیب‌زاده، ۱۳۸۳).

۲. اصل هنجاری بودن جرائم و مجازات‌ها

همه هنجارهای جزایی بنیادین و مهم کشورها بر محور اصل هنجاری بودن جرم و مجازات استوار است. این اصل، نتیجه قرن‌ها مطالعه و کار اندیشمندان و سال‌ها مبارزه انسان برای استقرار عدالت، انصاف و حکومت هنجارهاست. در خانواده دانش حقوق پیدایش این اصل به قرن هجدهم میلادی باز می‌گردد. این اصل ریشه در اندیشه‌های روشنگری دارد که براساس

آن «هیچ فعل یا ترک فعلی جرم نیست، مگر آنکه پیش‌تر به موجب هنجار روشن برای آن مجازات تعیین شده باشد» (اردبیلی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۸۲). پیام این اندیشه، این است هرگاه اجرای مجازاتی برای محافظت از مجموعه آزادی‌های عمومی ضروری نباشد، آن مجازات ظالمانه است. دیگر آنکه مجازات‌ها به آن اندازه عادلانه‌تر خواهد بود که حاکمیت هنجار و آزادی هر چه بیشتری را برای رعایا لحاظ کند. از این دو اصل، اصل هنجاری بودن جرائم و مجازات‌ها را استنتاج کرده‌اند.^۱ این اصل سه کارکرد مهم دارد:

- حمایت از آزادی‌های فردی: هیچ‌کس نباید در برابر مقررات مبهم یا سلیقه‌ای پاسخگو باشد؛
- پیش‌بینی‌پذیری رفتارها: شهروندان و رعایا باید بتوانند رفتار خود را مطابق هنجار تنظیم کنند؛
- اصول جرم‌سازی: این اصل بنیادین حقوق جزا در هنجارهای مدون افغانستان، به‌وضوح مورد تأکید قرار گرفته است. به‌دیگرسخن، هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود، مگر به حکم هنجاری که قبل از ارتکاب آن نافذ شده باشد. هیچ شخص را نمی‌توان مجازات نمود، مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق به احکام هنجاری که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ شده باشد. بنابراین، اصل و قاعده در رفتار انسان‌ها برائت و بی‌گناهی است، مگر آنکه از طرف مرجع با صلاحیت پیشاپیش ممنوعیت آن اعلان شده باشد.

۳. اصل تناسب جرم و مجازات

هنجار مجازات ترجمان ارزش‌های اساسی وجدان جمعی است. نوع کیفر مقرر در هنجارهای جزایی بیان‌کننده اندیشه و تدبیری است که هیئت حاکمه برای برخورد با مجرمین برگزیده‌اند. یکی از اساسی‌ترین انتقادات وارده بر نظام‌های جزایی به‌ویژه پیش از دوران کلاسیک، مربوط به عدم تناسب بین جرم و مجازات در جرم‌انگاری‌های انجام شده بوده است؛ اما تعدیل و اصلاح این مهم در اندیشه‌های کلاسیک به‌طور مشخص دیده می‌شود (منتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۲۰۰).

تناسب بین جرم و مجازات را از دو جهت می‌توان بررسی کرد: نخستین مسئله آن است که اگر رفتاری پس از بررسی و امکان استفاده از سایر روش‌ها جرم دانسته شود، خود رفتار جرم‌انگاری شده باید بررسی شود و مجازات و کیفر مناسب برای آن در نظر گرفته شود. هر

¹ The legality crime and punishment/no crime and no punishment except in accordance with law



یک از مجازات‌های مرگ، کیفرهای بدنی، زندان، جزای نقدی و استفاده از اقدامات تربیتی باید متناسب با جرم ارتکاب یافته اعمال شود. رعایت این اصول این نتیجه را فراهم می‌کند که ضابطان و مراجع قضایی از خودکامگی در تصمیم‌گیری پرهیز کنند و در تعیین کیفر برای هر فعل یا ترک فعل به تمایل شخصی خود یا به خواسته‌های قدرت، ترتیب اثر ندهند. بنابراین، در یک دادرسی عادلانه مجازات‌های تحمیلی بر محکوم باید متناسب با شدت و خفت جرم و شرایط مجرم باشد.

هنجارگذار نمی‌تواند تحت این عنوان که مجاز به جرم‌انگاری اعمال است، به هر نحو که می‌خواهد برای اعمال جرم‌انگاری شده، تعیین مجازات کند و نباید از مبانی فلسفی‌ای که برای توجیه اعمال مجازات لازم است، غافل باشد. این ممنوعیت هم به نوع و هم به میزان مجازات‌ها بازمی‌گردد؛ یعنی هنجارگذار نمی‌تواند برای هر عمل مجرمانه‌ای هر نوع مجازاتی تعیین کند و هنجارگذار مجاز به تعیین مجازات به هر میزان که تشخیص دهد، نیست؛ بلکه باید تناسب را رعایت کند. هرچند برخی معتقدند که دستیابی به تناسب در مرحله مجازات در عمل دشوار است، اما نباید از تلاش برای دستیابی به تناسب مجازات دست کشید. همچنین، هنجارگذار در تعیین مجازات باید به شرایط جامعه‌شناختی حاکم بر جامعه نیز نظر داشته باشد؛ از این رو تعیین نوع جزا که بتواند جنبه بازدارندگی فردی و جمعی داشته باشد و محکوم‌علیه را آماده ورود به زندگی شرافتمندانه اجتماعی کند، سودمند است (رحم‌دل، ۱۳۸۹، ص ۴).

البته باید افزود که بحث تناسب بین جرم و مجازات در حقوق جزای افغانستان تنها در قلمرو مجازات‌های تعزیری و بازدارنده مطرح است و در قلمرو مجازات‌های مستوجب حدود و قصاص و دیات به لحاظ معین بودن نوع و میزان آنها از نظر فقهی، تناسب یا عدم‌تناسب مجازات‌ها فاقد آثار عملی است؛ زیرا با فرض اینکه مجازات‌های یادشده نامتناسب تشخیص داده شوند، به لحاظ ثابت بودن آنها از نظر فقه اسلامی امکان تغییر و تعدیلشان وجود ندارد (همان، ص ۱۱). به این ترتیب، تناسب یکی از ستون‌های عدالت جزایی است. این اصل ایجاب می‌کند:

- شدت و نوع مجازات متناسب با اهمیت جرم باشد؛
- فرد مرتکب جرائم کوچک با مجازات‌های سنگین مواجه نشود؛
- جرائم شدید نیز با مجازات‌های ناکافی مواجه نشوند.

به این ترتیب، اگر تناسب میان جرم و مجازات، در هنگام هنجارگذاری رفتار مجرمانه مراعات نشود، عدالت جزایی را مخدوش کرده و مشروعیت نظام عدالت جزایی را زیر سؤال می‌برد» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴، ص ۲۹۵).

۴. اصل رعایت حقوق و آزادی‌های فردی

یکی از مهم‌ترین اصول جرم‌انگاری، توجه به کرامت انسانی و آزادی‌های بنیادین افراد است. مداخله جزایی نباید به بهانه حمایت از ارزش‌ها و نظم اجتماعی، به آزادی‌های مشروع افراد آسیب بزند؛ زیرا «صرف غیراخلاقی بودن یک رفتار نمی‌تواند دلیل کافی برای جرم‌انگاری باشد، مگر آنکه زیان واقعی به دیگران وارد کند» (Hart, 1963, p. 12). در افغانستان، هنجارگذاران و احکام‌مداری باید حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل افراد را در هنگام هنجارگذاری مدنظر داشته باشند و این امور از تعرض هنجارگذاری مصون باشد و پاسداری از این امور بیان‌کننده اهمیت این اصل در سیاست جزایی می‌باشد.

۵. اصل کارایی و اثربخشی

جرم‌انگاری یک رفتار آنگاه منطقی است که قابلیت اجرا و تحقق را داشته باشد. هنجارمندی جزایی که گستره‌ای وسیع از رفتارها را جرم‌انگاری می‌کند، بدون آنکه ظرفیت دستگاه قضایی و پلیسی برای اجرای آن وجود داشته باشد، در نهایت به هنجار صوری و غیرواقعی تبدیل می‌شود. به عبارتی «جرم‌انگاری‌های گسترده‌ای که فاقد ضمانت اجرایی اند، نه تنها به تحقق عدالت کمکی نمی‌کنند بلکه موجب بی‌اعتنایی شهروندان به کل نظام حقوقی می‌شوند» (بخشی، ۱۳۸۲، ص ۱۲۵). به عنوان مثال، جرم‌انگاری برخی رفتارهای روزمره که گستردگی و شیوع زیادی دارند، بدون در نظر گرفتن ظرفیت‌های اجرایی محاکم، عملاً به هنجار بلا اجرا تبدیل خواهد شد. نمونه آن را در افغانستان می‌توان در جرم‌انگاری برخی جرائم خرد و گسترده دانست که عملاً به دلیل حجم بالای دوسیه‌ها، قابلیت پیگیری ندارند.

۶. اصل عدم تبعیض

جرم‌انگاری نباید مبتنی بر تبعیض‌های ناروا علیه اقلیت‌ها یا گروه‌های خاص باشد. این اصل، که ریشه در حقوق‌الناس و اصل برابری اتباع کشور دارد، ایجاب می‌کند هنجارگذار از تصویب هنجارها که براساس جنسیت، نژاد، مذهب یا عقیده، گروهی را هدف قرار می‌دهد، خودداری کند. در غیر این صورت، عدالت جزایی از مسیر خود منحرف خواهد شد؛ زیرا





«حقوق جزا زمانی عادلانه است که به طور برابر بر همه افراد اعمال شود و هیچ گروه اجتماعی یا اقلیت خاصی قربانی جرم‌انگاری تبعیض‌آمیز نگردد» (Dufour, 2007, p. 42).

از این رو، قاعده و نظم حقوقی تأکید دارد به هنگام هنجارگذاری «هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع باشد. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر هنجار الزامی دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند. ممکن است در نظم حقوقی افغانستان، نقدهایی بر برخی هنجارها وارد باشد که در عمل به تبعیض علیه برخی گروه‌ها منجر شود.

۷. اصل ضرورت یا حداقل‌گرایی جرم‌انگاری

یکی از اصول مهم جرم‌انگاری، اصل ضرورت است. براساس این اصل، هنجارگذار باید تنها در مواردی به جرم‌انگاری متوسل شود که رفتار مورد نظر تهدید جدی برای ارزش‌ها و نظم اجتماعی یا حقوق اساسی افراد باشد. در غیر این صورت، مداخله جزایی به‌عنوان آخرین حربه^۱ نقض‌کننده آزادی‌های فردی است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۷، ص ۷۶).

به‌دیگرسخن، مداخله جزایی باید حداقلی باشد و هنجارگذار از ابزارهای دیگر مانند ضمانت اجراهای مدنی یا اداری یا اجتماعی کارآمد و مؤثر استفاده کند. این اصل، نقطه مقابل تورم جزایی و تصویب بی‌رویه هنجارهای جزایی است. طبق اصل «جرم‌انگاری حداقلی» حقوق جزا تنها در مواقع کاملاً ضروری باید قائل به ممنوعیت رفتار شود. دلایل و رویه‌های زیادی نیز برای این اصل وجود دارد. محاکم و محابس ما به اندازه کافی شلوغ و پرجمعیت هستند. در هر صورت ممنوعیت جزایی این پیغام را می‌رساند که آن رفتار تنها بد نبوده، اما به اندازه‌ای بد بوده که باید درگیر فرایند جنایی شود. این کارویژه انتقادی باعث می‌شود که رفتارهای با جدیت کمتر نیز جرم‌انگاری شوند. در این وضعیت حقوق جزا تنها یک راه برای تأثیر بر رفتارها در دست دارد و آن راه ناخوشایند، جرم‌انگاری است؛ درحالی‌که آموزش، پاداش برای رفتارهای خوب، شرم‌ساری و اقدامات مدنی، ابزارهای جایگزین برای معامله هنجار با رفتارهای ناشایست می‌باشند.

استفاده مداوم و شتابزده از حقوق جزا درخصوص انواع مجرمان به‌عنوان تنها راه حل مبارزه با جرم، و وضع هنجارهای جزایی در مورد رفتارهایی که پیش از آن مجاز بوده‌اند، بیان‌کننده توسل به جرم‌انگاری در سطح وسیع از سوی حکومت است. کثرت و شدت توسل قوای

¹ Ultima Ratio

حاکمه به مجازات در مناسبات میان خود و شهروندان و در روابط میان شهروندان با یکدیگر نشان از ضعف و سردرگمی مدیریت کلان جامعه در طبقه‌بندی هنجارهای اجتماعی و در اتخاذ تدابیر مناسب برای پیروی از ارزش‌های اساسی و حمایت‌پذیر است. توسعه قلمرو حقوق جزا به‌نحو افراطی، توسعه موقعیت‌های رفع تخفیف، تعلیق و تعدیل و زدودن کیفرها، وضعیت نابهنجاری را رقم می‌زنند که نه تنها راه‌های برون‌رفت از آن مشکل و پرهزینه است، بلکه آثار زیان‌بار و نابهنجاری‌های ناشی از آن نیز به‌راحتی جبران‌پذیر نیست. از جمله حقوقی که شخص از آن صرف‌نظر می‌کند و به هیئت حاکمه سپرده می‌شود، حق جرم‌انگاری و اعمال مجازات است؛ از این‌رو جامعه است که مجازات می‌کند نه فرد. اکتفا به حداقل متضمن دو بعد، مهم است: یکی مربوط به نوع ضمانت اجرا و دیگری به میزان مجازات مرتبط با جرم. ضمانت اجرا به‌عنوان قوه قهریه هنجار حقوقی به معنای نهادن شرطی ناخوشایند برای یک هنجار است تا آن را الزام‌آور کند. به‌دیگرسخن، هنگامی که اجرا و اطاعت از یک قاعده حقوقی با دشواری روبه‌روست، از ضمانت اجرا به‌عنوان ابزار اطاعت استفاده می‌کنیم. (ساکت، ۱۳۸۷، ص ۴۴۸).

به‌طور خلاصه، می‌توان گفت: ضمانت اجرا، پاسخ دولت به بی‌احترامی، نقض یا عدم‌رعایت به هنجار موضوعه است. ضمانت اجراها که از اوصاف بارز قواعد حقوقی هستند، به انواع مدنی، اداری (انتظامی)، جزایی و اخلاقی تقسیم می‌شوند. هر دولت برای دفع شر به غیر از ضمانت اجرای جزایی می‌تواند به دو راه‌حل دیگر متوسل شود. در صورت ناممکن بودن توسل به ضمانت اجرای مدنی و اداری باید به جرم‌انگاری متوسل شد؛ زیرا توسل بیش‌ازحد به حقوق جزا موجب کندی و بی‌اثر شدن هنجار و بی‌اعتمادی اذهان عمومی به آن شده و بدین دلیل، توسل به کیفر باید «آخرین گزینه» و راه‌حل باشد. این اصل درحقیقت، به نفع وجود سازوکارهایی نظیر حقوق اداری و مسئولیت مدنی است که در صورت وجود و کارآمدی آنها توسل به حقوق جزایی خالی از توجیه حقوقی می‌شود (عبدالهی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۲).

بنابراین، تهدید استفاده دولت از ابزار حقوق جزا و افزایش سهم سازوکارهای غیر جزایی در امر مبارزه با بزهکاری، نخستین و مهم‌ترین نتیجه و فایده رویکرد حداقلی به جرم‌انگاری خواهد بود. با ترسیم حدود مرز مداخله دولت، از مداخله حداکثری ممانعت به عمل می‌آید و تنها در صورتی به ابزارهای حقوق جزا متوسل می‌شوند که سازوکارهای غیر جزایی نتوانند پاسخگو باشند؛ اما هر کجا که ارزش‌های بنیادین یک جامعه مورد هجوم واقع و نقض شود،



توسل به کیفر اجتناب‌ناپذیر خواهد بود و در غیر آن صورت نیاز به توجیه و دلیل دارد (امیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۱). به این ترتیب، رعایت اصول جرم‌انگاری همچون فیلترهایی عمل می‌کنند که مانع از استفاده بی‌رویه و خودسرانه از ابزار جزایی می‌شوند. نادیده گرفتن این اصول، به تورم جزایی، نقض آزادی‌های فردی و ناکارآمدی نظام عدالت جنایی منجر خواهد شد.

ج) چالش‌ها و محدودیت‌های جرم‌انگاری در نظام جزایی افغانستان

نظام جزایی افغانستان، همانند بسیاری از کشورهای در حال توسعه، با چالش‌های جدی در حوزه جرم‌انگاری مواجه است. این چالش‌ها را به صورت مختصر می‌توان در چند محور اساسی بررسی کرد:

۱. تورم جزایی و کثرت هنجارهای پراکنده

یکی از مشکلات اصلی در افغانستان، تعدد و پراکندگی هنجارهای جزایی است. نظام جزایی شاهد مسیر مشخص و روشن از هنجارمندی جزایی نیست. این امر باعث تورم جزایی و ایجاد تعارض میان مقررات می‌شود. در نتیجه، شهروندان توان پیش‌بینی پیامدهای جزایی اعمال خود را از دست می‌دهند.

۲. ضعف اصل تناسب در جرم‌انگاری

در بسیاری از موارد، میان شدت رفتار مجرمانه و میزان مجازات تناسب لازم وجود ندارد. برای نمونه، گاهی مجازات‌های سنگین برای برخی جرائم خفیف در نظر گرفته شده و این در حالی است که برخی جرائم مهم مانند فساد اداری یا جرائم سازمان‌یافته با ضمانت اجراهای کافی مواجه نیستند. این عدم تناسب، عدالت جزایی را با چالش مواجه و در عمل، دچار مشکل جدی می‌کند.

۳. مداخله بیش از حد حقوق جزایی

حقوق جزا در افغانستان به طور گسترده در حوزه‌های مختلف اجتماعی مداخله کرده است. افزون بر آن محاکم نیز با تفسیرها و رویه‌های عملی خویش بر گسترش رفتارهای مجرمانه دامن زده‌اند؛ از مسائل اقتصادی گرفته تا مسائل فرهنگی و سیاسی. این مداخله بیش از حد باعث بار اضافی بر محاکم قضایی و افزایش جمعیت جزایی زندان‌ها شده است. در حالی که بسیاری از این مسائل می‌توانستند از طریق ابزارهای غیر جزایی (مانند ضمانت اجراهای مدنی و اداری) مدیریت شوند.



۴. اجرای سلیقه‌ای هنجارها

یکی از محدودیت‌های جدی در افغانستان، ضعف حاکمیت هنجار و اجرای سلیقه‌ای مقررات جزایی است. در برخی مناطق، هنجار و احکام رسمی با عرف‌های محلی و سنتی در تعارض قرار می‌گیرند و در عمل، تصمیم‌گیری‌های جزایی تحت تأثیر ساختارهای غیررسمی (مانند شوراهای قومی و محلی) صورت می‌گیرد. این امر موجب تضعیف اصل برابری در اجرای هنجار می‌شود و در دوره گذشته این امر قابل اثبات و پیگیری بود.

۵. کمبود ظرفیت سازمانی و اجرایی

نظام عدلی و قضایی افغانستان از نظر منابع انسانی و مالی با محدودیت‌های جدی مواجه است. جرم‌انگاری‌های گسترده، بدون وجود ظرفیت کافی برای پیگیری و اجرای آنها به انباشت دوسیه‌ها، تأخیر در دادرسی و بی‌اعتمادی مردم به دستگاه عدالت منجر شده است.

۶. چالش‌های بین‌المللی

افغانستان عضو برخی اسناد و تعهدات بین‌المللی (مانند میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) است. با وجود این، در مواردی جرم‌انگاری‌ها با تعهدات بین‌المللی کشور در تضاد قرار دارد؛ به‌ویژه در زمینه حقوق زنان، آزادی بیان و آزادی‌های فردی، هنجار جزایی افغانستان بارها از سوی نهادهای بین‌المللی مورد انتقاد قرار گرفته است.

به این ترتیب، چالش‌ها و مشکلات پیش‌گفته نشان می‌دهند که در افغانستان هنوز (اصول بنیادین جرم‌انگاری مانند ضرورت، تناسب، عدم تبعیض و رعایت آزادی‌های فردی) به‌طور کامل رعایت نمی‌شوند. برای اصلاح این وضعیت، لازم است که بازنگری در سیاست جنایی تقنینی با رویکرد جرم‌انگاری حداقلی انجام شود؛ هماهنگی بیشتری میان هنجار داخلی و تعهدات بین‌المللی افغانستان ایجاد شود و ظرفیت‌های سازمانی و قضایی برای اجرای هنجارهای جزایی به‌ویژه در بخش نیروی انسانی تقویت شود.

نتیجه

جرم‌انگاری به‌عنوان یکی از ابزارهای اصلی سیاست جنایی، نقش مهمی در حفظ نظم اجتماعی، حمایت از ارزش‌های بنیادین و تضمین امنیت عمومی دارد. با وجود این، استفاده نابجا و افراطی از ابزار جزایی می‌تواند نتایج معکوس به همراه داشته باشد؛ از جمله تورم جزایی، نقض آزادی‌های فردی و ناکارآمدی دستگاه قضایی و عدلی.





اصول بنیادین جرم‌انگاری - از جمله اصل هنجاری بودن، ضرورت (حداقلی بودن مداخله جزایی)، تناسب جرم و مجازات، رعایت آزادی‌های فردی، کارایی و اثربخشی، عدم تبعیض و... در واقع معیارهایی هستند که حدود مشروع مداخله جزایی را مشخص می‌کنند. بررسی این اصول در پرتو نظام جزایی افغانستان نشان می‌دهد که در برخی موارد به این معیارها توجه کافی نشده است. تورم جزایی، جرم‌انگاری‌های گسترده در حوزه‌های اخلاقی و عرفی، ضعف تناسب مجازات‌ها، مداخله بیش‌ازحد حقوق جزا در حوزه‌های اجتماعی و نیز چالش‌های حقوق‌الناسی، سازمانی و اجرایی، از مهم‌ترین مشکلات موجود در افغانستان به شمار می‌روند.

پیشنهادها

برای ارتقای کارآمدی سیاست جنایی افغانستان و انطباق آن با اصول علمی جرم‌انگاری، می‌توان پیشنهادهای زیر را ارائه کرد:

۱. بازنگری در هنجارهای جزایی موجود: کاستن از حجم هنجار جزایی و حذف موارد غیرضروری جرم‌انگاری که می‌توانند با ضمانت اجراهای غیرجزایی مدیریت شوند؛
۲. توجه به اصل تناسب: اصلاح مجازات‌ها به گونه‌ای که تناسب میان جرم و مجازات رعایت شود و عدالت جزایی تحقق یابد؛
۳. تقویت اصل آزادی‌های فردی: پرهیز از جرم‌انگاری رفتارهایی که صرفاً در حوزه اخلاق یا زندگی خصوصی افراد قرار می‌گیرند، مگر در مواردی که زیان اجتماعی آشکار دارند؛
۴. همسویی با اسناد و تعهدات بین‌المللی: انطباق هنجارهای جزایی با تعهدات بین‌المللی افغانستان، به‌ویژه در حوزه حقوق زنان، آزادی بیان و حقوق اقلیت‌ها؛
۵. تقویت ظرفیت‌های سازمانی و قضایی: آموزش قضات، سارانوالان و ضابطان و پلیس در راستای اجرای صحیح احکام و جلوگیری از اعمال سلیقه‌ای در فرآیند جزایی؛
۶. ترویج جرم‌زدایی و جایگزین‌های جزایی: استفاده از ابزارهایی مانند میانجی‌گری، داوری و ضمانت اجراهای مدنی به جای مداخله جزایی در همه حوزه‌ها.
۷. ایجاد نظام پایش و ارزیابی هنجارهای جزایی: بررسی مداوم آثار و نتایج جرم‌انگاری‌ها به منظور سنجش اثربخشی و اصلاح سیاست‌های هنجارگذاری.



۱. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۹۰) حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، جلد اول.
۲. رحمدل، منصور، (۱۳۸۹) تناسب جرم و مجازات، تهران، سمت، چاپ اول.
۳. ساکت، محمدحسین، (۱۳۸۷) حقوق‌شناسی: دیباچه‌ای بر دانش حقوق، تهران، ثالث، چاپ اول.
۴. منتسکیو، شارل، (۱۳۴۹) روح‌القوانین، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران، امیرکبیر، چاپ سوم.
۵. میرمحمدصادقی، حسین، (۱۳۹۷) جرم‌شناسی، تهران، میزان.

ب) مقاله

۶. امید، جلیل، (۱۳۸۲) مبانی عدالت در حقوق جزایی و حقوق بشر، نشریه مجلس و پژوهش، س ۱۰، ش ۳۱.
۷. بخشی، محمدرضا، (۱۳۸۲) جرم‌زدایی و سیاست جنایی، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۴۰.
۸. حبیب‌زاده، محمدجعفر و دیگران، (۱۳۸۳) خشونت و نظام عدالت جزایی، نشریه علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۲۱، ش ۲.
۹. عبداللهی، محسن، (۱۳۸۶) حمایت جزایی از محیط زیست: تأملی بر بایسته‌های حقوق جزای زیست‌محیطی، نشریه علوم محیطی، س ۲، ش ۱.
۱۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، سیاست جنایی در ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۴.

11. Dufour, A. (2007). La politique criminelle contemporaine. Paris: PUF.
12. Fuller, L. (1997). The morality of law (Rev. ed.). New Haven: Yale University Press.
13. Hart, H. L. A. (1963). Law, Liberty and Morality. Oxford: Oxford University Press.
14. Yu, H., & Guernesey, A. (1994). What is Rule of Law? Retrieved from [Internet source].



بررسی تحلیلی منع شکنجه در فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی

محمد علی رضوی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۰/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۲/۱۰

چکیده

نوشتار حاضر با هدف تبیین مبانی منع شکنجه در فقه اسلامی و تحلیل آن در مقایسه با اسناد بین‌المللی مرتبط قلمی شده است. فقه اسلامی، با اتکا بر نصوص قرآنی، سنت نبوی و اصول اجتهادی، شکنجه را بر پایه قواعدی نظیر حرمت ایذاء، قاعده لا ضرر و منع اجبار بر اقرار منع نموده است. در مقابل، نظام حقوقی بین‌المللی نیز از طریق اسنادی مثل اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون منع شکنجه، چارچوبی مشخص برای منع شکنجه ترسیم کرده است. این مقاله با به‌کارگیری روش تحلیل تطبیقی، به بررسی ساختار، مبانی و الزامات هر دو نظام پرداخته و وجوه اشتراک و افتراق آنها را در محدوده مفهومی، قلمرو اجرا و شیوه‌های اثبات ارزیابی نموده است. یافته‌ها نشان می‌دهد که هر یک از دو منظومه حقوقی، با مبانی مستقل خود، به شکل معناداری به نفی شکنجه پرداخته و مطالعه تطبیقی آنها زمینه فهم دقیق‌تر تفاوت‌ها و نقاط تقارب را فراهم می‌سازد؛ بدون آنکه اولویتی هنجاری میان آن دو فرض شود.

واژگان کلیدی: منع شکنجه، فقه اسلامی، اسناد بین‌المللی، قواعد فقهی، تحلیل تطبیقی.

*استاد یار پژوهشگاه بین‌المللی المصطفی

ایمیل: mrazavi998@gmail.com

منع شکنجه از اصول اساسی عدالت جزایی و از قواعد ثابت در هر دو منظومه فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل جزایی معاصر است. در فقه اسلامی، این اصل بر پایه ادله متعدد شکل گرفته است؛ از آیات قرآن درباره حرمت اذیت مؤمن، احترام به نفس محترمه و تکریم انسان، تا روایات پیامبر اکرم و امام علی که شکنجه را در فرآیند محاکمه و بازجویی نفی کرده‌اند. مجموعه‌ای از قواعد اجتهادی نیز این مبنا را تقویت می‌کند؛ از جمله حرمت ایداء و تعزیر به غیر حق، قاعده لا ضرر، قاعده نفی العسر والحرج، منع اکراه در اقرار و اصل مصونیت جسم و جان. این ادله، اصل منع شکنجه را در فقه در حد یک قاعده مستقر و غیر قابل تردید تبدیل کرده و آن را نه یک توصیه اخلاقی، بلکه حکم حقوقی با پشتوانه استدلالی قرار داده است.

در تاریخ حقوق، شکنجه طی قرون متمادی در بسیاری از نظام‌های غیر اسلامی بخشی از فرآیند کشف جرم یا اعمال قدرت سیاسی بوده است؛ اما در جامعه اسلامی نخستین، منع شکنجه در سیره عملی پیشوایان دینی، نامه‌های حکومتی امام علی و رویه قضایی اولیه به صورت یک معیار رفتاری مشاهده می‌شود. (فیض کاشانی، ج ۲۲، ص ۷۰۳-۷۰۴؛ عوده، ج ۲، ص ۳۰۷-۳۰۸) نمونه‌های متعدد تاریخی نشان می‌دهد که حکومت اسلامی از آغاز، شکنجه متهمان، مجرمان یا بدهکاران را رد کرده و برای متولیان قدرت محدودیت‌های روشن تعیین کرده است. این سیر تاریخی، پیشینه منع شکنجه را در قلمرو اسلامی به دوره‌ای بسیار قدیم‌تر از شکل‌گیری اسناد بین‌المللی مدرن بازمی‌گرداند. (بنیاد دایرةالمعارف اسلامی، ج ۲۷، ص ۴۴۰). در دوره جدید، تحول مفهوم کرامت انسانی و تأسیس حقوق بشر موجب تثبیت ممنوعیت شکنجه در قالب قواعد بین‌المللی الزام‌آور شد. اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون منع شکنجه، این ممنوعیت را بدون قید و شرط و غیر قابل تعلیق معرفی کرده‌اند. کارکرد این اسناد بر تعیین مفهوم شکنجه، شمول رفتارهای معادل، الزام دولت‌ها به پیشگیری، مسئولیت‌پذیری و جبران خسارت استوار است. مسأله شکنجه پس از تحولات امنیتی دو دهه اخیر دوباره در مرکز توجه قرار گرفته است.

برخی از مرتبط‌ترین تحقیقات که توسط برجسته‌ترین اساتید حقوق بین‌الملل برشته تحریر درآمده‌اند، عبارتند از:

- بررسی ممنوعیت شکنجه در نظام حقوقی اسلام، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق، ش ۱۴ (زمستان ۱۳۸۷)؛

- محمدعلی اردبیلی، «گفتاری درباره شکنجه و پیشگیری از آن»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۱-۲۲ (زمستان ۱۳۷۶-تابستان ۱۳۷۷)؛
- ابراهیم بیگزاده، بررسی جنایت نسل‌کشی و جنایات برضد بشریت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۱-۲۲ (زمستان ۱۳۷۶-تابستان ۱۳۷۷).
- رضا نوربها، شکنجه در کنوانسیون ۱۹۸۴ سازمان ملل متحد، مجله کانون وکلا، دوره جدید، ش ۱۴۸-۱۴۹ (پاییز-زمستان ۱۳۶۸)؛
- حسین مهرپور، کندوکاوی در تمهیدات نظام بین‌الملل پیرامون حقوق بشر و جلوگیری از شکنجه، راهبرد، ش ۳۰ (زمستان ۱۳۸۲).

تحقیق‌های موجود درباره نسبت فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی در موضوع منع شکنجه عمدتاً توصیفی و فاقد تحلیل ساختاری دو نظام حقوقی هستند. بخش قابل توجهی از این آثار تنها قواعد فقهی را ذکر کرده یا مواد اسناد بین‌المللی را نقل کرده‌اند، بدون آنکه مبانی استنباطی فقهی، پیوند قواعد فقهی با ساختار محاکمه و حدود همپوشانی یا تفاوت با اسناد بین‌المللی بررسی شود. خلأ اصلی در ادبیات موجود، فقدان مطالعه‌ای است که مبانی فقهی را به‌طور استدلالی بازسازی کند و سپس آن را با معیارهای حقوق بین‌الملل در سطح مبانی، قلمرو اجرا و روش‌های اثبات مقایسه نماید.

این تحقیق با رویکرد تحلیلی و تطبیقی، مبانی فقهی منع شکنجه را از منابع معتبر امامیه و اهل سنت استخراج و تحلیل می‌کند و در کنار آن، چارچوب‌های مفهومی و الزامی اسناد بین‌المللی را بررسی و مقایسه می‌نماید. روش پژوهش مبتنی بر تحلیل محتوای متون فقهی کلاسیک و معاصر، مطالعه اسناد حقوق بین‌المللی و تطبیق ساختاری میان دو منظومه حقوقی است. پرسش اصلی تحقیق چنین است: فقه اسلامی اصل منع شکنجه را بر چه مبانی بنا می‌کند و این مبانی در مقایسه با معیارهای اسناد بین‌المللی چه گستره‌ای از هم‌پوشانی و چه حوزه‌هایی از تفاوت را نشان می‌دهد؟

الف) تبیین مفاهیم

شکنجه به معنای «رنج، آزار، عذاب و اذیت» (عمید، ۱۳۶۹: ۸۵۲) و معادل انگلیسی آن Torture است. (حییم، ۱۳۶۸: ۵۹۷) شکنجه در اصطلاح حقوقی، «از نقض‌های شدید





حقوق بشری است که در آن فرد به‌طور عمدی از طریق ایراد آزار به متهم و غیر متهم است تا اقرار به بزه یا تعهدی کند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳: ۲۳۰۱) کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارهای غیرانسانی یا تحقیرآمیز، هر نوع اقدام عمدی که باعث درد یا رنج شدید جسمی (Physical Torture) یا روانی (Mental Torture) به فرد شود، را شکنجه می‌داند. (کنوانسیون منع شکنجه، ماده ۱) ممنوعیت شکنجه به‌منظور دستیابی به اهداف مهم در چهار حوزه اصلی قابل‌تعریف هستند: حفاظت از کرامت انسانی، جلوگیری از آزار و اذیت‌های جسمی و روانی، تقویت اعتماد عمومی به نظام‌های عدلی و قضایی و حمایت از دموکراسی حقوق بشر جهانی. (فاگان، ۱۳۹۳: ۳۱) اهمیت منع شکنجه در ابعاد مختلف، هم از جنبه حقوقی و هم اخلاقی، قابل‌توجه است. در جوامعی که شکنجه به‌عنوان ابزار مشروع پذیرفته می‌شود، اصولی چون حقوق انسان، عدالت و کرامت انسانی در معرض خطر قرار می‌گیرند. (فاگان، ۱۳۹۳: ۳۱) به همین دلیل، این ممنوعیت به‌عنوان اصل اخلاقی جهانی باید در تمامی جوامع تأکید و رعایت گردد.

ب) انواع شکنجه

۱. شکنجه‌ی جسمی: منظور از شکنجه‌ی جسمی؛ عبارت از هر عملی است که به جسم و بدن فرد آسیب برساند. این نوع شکنجه مفهوم بسیار وسیع دارد که بعضاً از جوامع سنتی گذشته و محدود مانند قبیله آغاز شده و به‌مراتب در جوامع امروزی هم به نحوی وجود دارد. مانند نگاه داشتن فرد در حالت گرسنگی و تشنگی تا محروم‌نمودن وی از صحت، درمان، تزریق مواد افیونی، بی‌خوابی و سایر مواردی که مستقیم به جسم شخص در ارتباط باشد.

ب) شکنجه‌ی روانی (روحي): شکنجه‌ی روانی که اصطلاحاً شکنجه‌ی روحی نیز نامیده می‌شود برخلاف شکنجه‌ی جسمی به تمامیت جسمی انسان آسیبی نمی‌رساند؛ بلکه در مواردی که شکنجه‌ی جسمی به نتیجه نرسیده یا به نحوی اعمال آن به صلاح نباشد، به کار می‌رود. در این نوع شکنجه، اهداف موردنظر از طریق آسیب به تمامیت روحی و روانی فرد، تحقق می‌یابد و فرد را مجبور می‌کند که موارد موردنظر طرف مقابل را مهیا نماید. فشار روانی ممکن است مستقیماً خود فرد را تحت شعاع قرار داده یا به‌صورت غیرمستقیم، بستگان نزدیک مانند والدین، خواهر و برادر، همسر و فرزندان شخص را به رفتاری که سبب اقرار مشخص مورد شکنجه شود را تحت فشار قرار دهند. مانند اینکه شخص را تهدید به دستگیری یا محرومیت خاص یا بردن آبرو و حیثیت یکی از والدین، همسر و بستگان نزدیک بنمایند و

بدین سبب روان شخص را به صورت غیر مستقیم تحت فشار قرار داده و به اهداف خود برسند. (حیدری پوری، میر عباسی، عسگرخانی، ۱۳۹۹: ۱۶۰).

ج) منع شکنجه در فقه اسلامی

فقه اسلامی، با اتکا به منابع مهم دینی از جمله قرآن کریم، سنت نبوی و اصول اجتهادی، شکنجه را مطلقاً ممنوع کرده است. این ممنوعیت فقط حکم اخلاقی نیست، بلکه قاعده بنیادین فقهی است که کرامت انسانی، حق فرد و عدالت را محور قرار می‌دهد.

۱. مبانی قرآنی منع شکنجه

قرآن مجید، ضمن تأکید بر عدالت و منع ظلم، به کرامت انسانی توجه ویژه دارد و اصول کلی قرآن در رفتار انسانی، جلوگیری از آسیب‌رساندن و رعایت حق دیگران، پایه‌های قانونی و اخلاقی منع شکنجه را فراهم می‌آورد. در قرآن کریم و روایات اسلامی، موضوع شکنجه به طور غیر مستقیم و مستقیم در موارد مختلفی مطرح شده است. قرآن به طور کلی بر حرمت آزار و اذیت انسان‌ها تأکید دارد و در بسیاری از آیات به عدم ظلم و قساوت ورزی نسبت به دیگران اشاره شده است: «إِنَّ الَّذِينَ فَتَنُوا الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَتُوبُوا فَلَهُمْ عَذَابُ جَهَنَّمَ وَلَهُمْ عَذَابُ الْحَرِيقِ.» (بروج/۱۰) کسانی که مردان و زنان باایمان را شکنجه دادند و توبه نکردند، عذاب جهنم و آتش سوزان در انتظار آن‌هاست. از مهم‌ترین آیات قرآن در این زمینه، آیه ۱۹۱ سوره بقره است که می‌فرماید: «الْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ.» (بقره/۱۹۱) یعنی فتنه و آزار شدیدتر از قتل است. «الْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ.» (بقره/۲۱۷) فتنه و آزار بزرگ‌تر از قتل است این آیات به طور غیر مستقیم نشان‌دهنده حرمت آزار و شکنجه در دین اسلام است، زیرا فتنه و آزار به نوعی از ظلم و شکنجه تعبیر می‌شود (فاضل مقداد، ۱۳۸۴، ج ۱: ۵۸) خداوند متعال رهایی از شکنجه را یکی از نعمت‌های نازل شده بر بنی اسرائیل می‌داند: «وَإِذْ نَجَّيْنَاكَ مِنَ آلِ فِرْعَوْنَ يَسُومُونَكَ سُوءَ الْعَذَابِ يُدَبِّحُونَ أَبْنَاءَ كُفْرٍ وَيَسْتَحْيُونَ نِسَاءَ كُفْرٍ وَفِي ذُلِّكُمْ بَلَاءٌ مِّنْ رَبِّكُمْ عَظِيمٌ.» (بقره/۴۹) هنگامی که شما را از دست خاندان فرعون رهایی بخشیدیم، کسانی که بدترین عذاب را بر شما روا می‌داشتند، پسران‌تان را می‌کشتند و زنان‌تان را سالم نگه نمی‌داشتند. در این رهایی، آزمایشی بزرگ از سوی پروردگارتان بود.» برخی از فقها در تفسیر آیه ۱۱ سوره انفال که خداوند زوال آن از مؤمنان را به عنوان نعمت ویژه یادآوری نموده است. گفته‌اند: «منظور از «رَجَزَ الشَّيْطَانِ» عذاب و شکنجه است. (فاضل مقداد، ۱۳۸۴، ج ۱: ۴۷)



۲. سنت نبوی

روایات معتبر، پیامبر اسلام (ص) را به صراحت از هرگونه آزار و اجبار به اقرار منع می‌کنند. در روایات اهل بیت (ع) نیز نه تنها شکنجه، بلکه هر نوع رفتار غیرانسانی و ظالمانه با انسان‌ها محکوم شده است. همچنین امام صادق (علیه السلام) فرمودند: «اگر کسی، دیگری را تازیانه‌ای بزند. خداوند نیز او را با تازیانه‌ای از آتش خواهد زد.»^۱ (ابن بابویه، ج ۴، ص ۹۳؛ عاملی، بی تا، ج ۱۹: ۱۲) سکونی از امام صادق (علیه السلام) روایت می‌کند که پیامبر (ص) فرمود: «مبغوض‌ترین بنده نزد خدا کسی است که - برای زدن - پشت مسلمانی را به ناحق لخت کند.» (عاملی، بی تا، ج ۱۸: ۳۳۶) پیامبر (ص) می‌فرماید خون و مال و آبروی هر مسلمانی بر دیگری حرام است. (النیشابوری، ۱۴۱۲ ه.ق، ج ۴، ص ۲۵۶۴) صحیححه حلبی از امام صادق (ع) آورده است که پیامبر (ص) فرمودند: «سرکش‌ترین بنده بر خدا کسی است که به قتل کسی کمر بندد که قاتل او نیست و کسی را بزند که او را زنده است.» (عاملی، بی تا، ج ۱۹: ۱۲) در روایتی دیگر از انس [بن مالک] روایت شده که پیامبر خدا (صلی الله) مردی را دید که میان دو پسرش - یا میان دو مرد - در حال حرکت بود (او را گرفته بودند و می‌بردند). پیامبر فرمود: این چیست؟ گفتند: نذر کرده است که پیاده به حج برود. پیامبر فرمود: همانا خداوند عزوجل بی‌نیاز از آن است که انسان خود را عذاب دهد؛ به او دستور دهید سوار شود و قربانی کند.» (طوسی، ۱۴۱۴ ه.ق: ۳۵۹) از مسمع بن عبدالملک از امام صادق علیه السلام روایت شده که شخصی را نزد امیر مؤمنان علی علیه السلام آوردند که برده خود را شکنجه کرده و کشته بود. حضرت صد ضربه به او زد تا دیگر مرتکب چنین کاری نشود و یک سال او را زندانی نمود و او را مدیون قیمت برده دانست. آن شخص قیمت برده را از جانب او صدقه داد. (کلینی، ۱۳۸۸، ج ۱۰: ۲۰۲) در روایتی دیگر از امیرالمؤمنین علیه السلام نقل کرده که فرمود: ای گروه مردم هنگامی که بیدادگری مردی را از روی ظلم و دشمنی میزند یا به قتل می‌رساند و یا مظلومی را شکنجه می‌نماید در آنجا حاضر نشوید؛ زیرا یاری مؤمن بر مؤمن هنگامی که حاضر باشد واجب است. (ابن بابویه، بی تا، ج ۱: ۵۹۷) سلیمان بن خالد گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: اگر کسی سرقت کند، ولی منکر شود، هنگامی که او را مضروب سازند مال دزدی را آشکار کند و تحویل بدهد، آیا باید دست او را ببرند؟ فرمود:

۱. لو أن رجلا ضرب رجلا سوطا لضربه الله سوطا من النار.

آری. اما اگر اعتراف کند و مال دزدی را آشکار نکند، نباید دست او را ببرند؛ چراکه اعتراف دزد بر اثر شکنجه صورت گرفته است. (کلینی، ۱۳۸۸، ج ۹: ۵۵۴) این روایات به طور مؤکد بر کرامت انسان‌ها و احترام به حقوق فردی آنان تأکید دارند و شکنجه را عملی ظالمانه و غیرمجاز در نظر می‌گیرند.

ج) قواعد و اصول فقهی

فقه‌ها و اندیشمندان اسلامی با تکیه بر اصول اخلاقی و انسانی اسلام، احسان و مواسات ارزشمند دانسته (عوض، ۲۰۱۰م: ۳۱۴) و شکنجه را مردود می‌دانند و بر حرمت مطلق آن تأکید دارند. (اعلامیه حقوق بشر اسلامی، ماده ۲۰؛ القیسی، ۱۴۲۶هـ.ق: ۲۲۰) این اندیشمندان با استناد به مبانی کرامت انسانی (الغامدی، بی تا: ۲۳۷) و عدالت در اسلام، (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۵۸؛ الزحیلی، ۱۴۱۸هـ.ق: ۵۵، ۵۶) شکنجه را در هر شرایطی نقض آشکار حقوق بشر دانسته، (جعفری، ۱۳۹۲: ۲۴۲) و شکنجه متهم را جایز ندانسته و گرفتن اقرار از طریق شکنجه را بی اثر می‌دانند. (القیسی، ۱۴۲۶هـ.ق: ۲۰۶) فقهای اسلامی نیز شکنجه را ذیل عناوینی مثل التعذیب، (کلینی، ۱۴۲۹هـ.ق، ج ۲: ۵۵۳؛ حلی، ۱۴۲۰هـ.ق، ج ۵: ۴۹۲) ایذاء (اصفهانی، ۱۴۱۴هـ.ق، ج ۷، ص ۳۴۶) و... مطرح و در مورد شکنجه و مجازات نظرات مختلفی داشته‌اند، (معرفت، ۱۴۲۵هـ.ق: ۳۶۴؛ الفقه، جلد ۴۷، ص ۱۹۷) اما اکثریت قریب به اتفاق فقها شکنجه را به‌عنوان عملی حرام و غیرمجاز می‌شناسند. (اصفهانی، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۲۰: ۳۰۳؛ حسینی تهرانی، ۱۴۲۱هـ.ق، ج ۴: ۲۲۴، ۲۲۸) در فقه اسلامی، اعمال شکنجه که به‌منظور تحقیر یا مجازات بدون دلیل شرعی صورت گیرد، به‌شدت نهی (اصفهانی، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۱۲، ص ۵۶۵؛ خویی، ۱۴۰۷هـ.ق، ج ۱: ۳۳) و مرتکب را مستحق مجازات دانسته شده است. (سرخسی، ۱۴۰۶هـ.ق، ج ۲: ۳۷) مهم‌ترین دلایل فقهی برای حرمت شکنجه شامل موارد زیر است:

مقتضای قاعده و اصل در مسائل مربوط به تصرف در تمامیت جسمانی، روانی و اموال دیگری، عدم جواز تصرف است. (موسوی خویی، ۱۴۱۸هـ.ق، ج ۶: ۱۷۱؛ حلی، ۱۴۱۵هـ.ق: ۶۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۲: ۱۱۸) فقیهان در موارد گوناگون به این اصل به‌عنوان اصالت الحرمه فی الدماء (النفوس) و الاموال و الفروج استناد کرده‌اند. (حسینی لنگرودی، ۱۳۸۰ق: ۱۸۴؛ موسوی خویی، ج ۶: ۱۷۱؛ حلی، ۱۴۱۵هـ.ق: ۶۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۲: ۱۱۸) بر پایه این اصل، هرگونه تصرف، تعرض، ایذا و شکنجه ممنوع و



حرام است. (علیزاده طباطبایی، نوبهار، آیتی، ۱۳۹۷: ۱۶۶) مگر اینکه دلیل شرعی یقینی بر خروج از مقتضای اصل یافت شود.

- قاعده لا ضرر: هر عملی که موجب ضرر غیرقابل توجیه به دیگری شود، جایز نیست و شکنجه مطلقاً در این قاعده قرار می‌گیرد. (خوانساری، ۱۳۷۳ هـ. ق: ۲۲۳، ۲۲۲)
- اصل عدم ولایت اشخاص بر یکدیگر نیز ناظر به افراد نوع انسان جدا از هر خصوصیتی است. بر پایه این اصل، هیچ کس حق هیچ‌گونه تصرفی در شئون دیگری را ندارد، مگر اینکه جواز چنین تصرف به استناد دلایل استوار اثبات شود. پس در هر مورد که تردیدی در ولایت یا حدود آن پیدا شد، نباید آن را پذیرفت. فقها در ابواب گوناگون فقه به این اصل با تعبیر (إِنَّ الْأَصْلَ الْأَوَّلِيَّ عَدَمُ وَلَا يَهْدِي أَحَدٌ عَلَى أَحَدٍ) استناد نموده‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴ هـ. ق، ج ۳۱: ۲۸۴؛ کاشف الغطاء، بی تا: ۴۵؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸ هـ. ق: ۸۴۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ هـ. ق، ج ۲: ۵۲) چون شکنجه دیگران مستلزم تصرف شدید در جان و تن آنان است به استناد اصل عدم ولایت، حرام است.
- وجوب اجرای عدالت و حرمت ظلم: بر اساس آموزه‌های اسلامی خداوند بشر را به عدالت فرمان داده (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۵۸) و از ظلم بازداشته است (سوره نحل/ ۸۵؛ حدیث قدسی، به نقل از الاسلام و حقوق الانسان، ص ۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۷۴) شکنجه به‌عنوان شدیدترین اشکال ظلم بوده و به‌طور قطعی حرام است. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ هـ. ق، ج ۴: ۷۱۲) از آنجاکه در اسلام ظلم به دیگران مجاز نیست، شکنجه نیز از مصادیق ظلم به‌شمار می‌آید. (بهجت فومنی گیلانی، ۱۴۲۶ هـ. ق، ج: ۴۷۲).
- حفظ کرامت انسانی: اسلام بر حفظ کرامت انسان‌ها تأکید ویژه دارد. (نهج البلاغه، ص ۴۲۸) هرگونه عمل که موجب آسیب به این کرامت شود، از جمله شکنجه، مخالف آموزه‌های اسلامی است. (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۴۳۳، جعفری تبریزی، ۱۴۱۹ هـ. ق: ۱۵۴، ۱۵۳) پس کرامت انسانی ایجاب می‌کند که حتی در شرایط بحرانی نیز از توسل به شکنجه اجتناب شود. این رویکرد بر مبانی اخلاقی و دینی استوار است که انسان را موجودی شایسته احترام می‌داند. (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۵۳، ۶۰؛ جعفری، ۱۳۷۰: ۳۹۸) هرگونه عمل که موجب آسیب به این کرامت شود، از جمله شکنجه، مخالف آموزه‌های اسلامی است. (فاضل موحدی لنکرانی، ج ۱: ۴۳۳، جعفری تبریزی، ۱۴۱۹ هـ. ق: ۱۵۴، ۱۵۳)

- حرمت اجبار به اقرار تحت فشار: هیچ‌گونه اجبار جسمی یا روانی برای اخذ اقرار مجاز نیست، فقهای اسلام در باب‌های مختلف فقهی؛ از جمله زنا، قتل سرقت و... با القای اثر هر نوع عملی که با اجبار و اکراه انجام می‌گیرد اجبار به شهادت و اقرار یا سوگند را منع و فاقد اثر قرار داده است؛ (طوسی، ۱۴۰۰ هـ ق: ۶۸۹) زیرا فقه اسلامی اختیار را از مهم‌ترین شرایط اعتبار اقرار می‌دانند و براین اساس اقرارکننده باید در حال اختیار و بدون هیچ‌گونه اکراهی اقرار کند، وگرنه اقرار او چه در امور مدنی و چه در امور کیفری نافذ نخواهد بود. (حلی، ۱۴۱۰ هـ ق ج ۳، ص: ۳۴۱) در حدیثی از علی (ع) نقل شده: کسی که در برابر زندان، ترس یا تهدید اقرار کند، بر او حد جاری نمی‌شود. (وسائل الشیعة؛ ج ۱۶، ص ۱۱۱) در صورتی که متهم به سرقت یا قتل و مانند آن، برای اعتراف به حقیقت مورد ضرب و شتم قرار گیرد، اقرار در آن حال معتبر نخواهد بود. همچنین اگر اقرار پس از خاتمه شکنجه صورت گیرد و متهم می‌داند اگر اقرار نکند دوباره مورد ضرب و شتم قرار می‌گیرد، چنین اقراری مؤثر نخواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۳، ص: ۱۳۳) که این مطلب خود منع شکنجه را تقویت می‌کند.

- حرمت ایذاء: فقه اسلامی هرگونه آزار و رنج غیر ضروری به دیگران را منع کرده است. هر انسان عاقلی به نیکویی راست‌گویی سودمند، و زشتی دروغ‌زیان‌بار، و نیکویی بازگرداندن امانت، و انصاف ورزی، و نجات دادن غرق‌شدگان حکم می‌کند؛ همان‌گونه که هر انسان عاقلی ستم، تجاوز، و آزار رساندن به حیوان بدون هیچ فایده‌ای را زشت و ناروا می‌شمارد.» (حلی، ۱۴۱۳ هـ ق: ۵۴) شکی نیست ملاک حرمت هرگونه ایذاء بر فرد زنده، این است که هر فردی حرمتی دارد که مانع هر نوع تعرض به وی می‌شود و این‌که خداوند متعال، رعایت حق و حرمت او را حتی در مثل خراش و فشار و زدن واجب دانسته است. (جمعی از مؤلفان، ۱۳۷۴، ج ۱: ۱۰۶) باید توجه داشت که حرمت شکنجه در فقه منحصر به افراد مسلمان نیست، اهل کتاب نیز، با پرداخت جزیه، همانند مسلمانان حق حیات در دارالاسلام به دست می‌آورند و هیچ‌یک از مسلمانان، حق تعرض به آنان را ندارند نمی‌تواند آنان را مورد ایذاء یا ضرب و جرح قرار دهند. (جمعی از مؤلفان، ۱۳۷۴، ج ۱: ۱۲۱). ممنوعیت شکنجه در فقه محدود به انسان نیست، بلکه





این ممنوعیت شکنجه به شامل حیوانات نیز می‌گردد، شیخ طوسی از فقهای بزرگ در این زمینه می‌نویسد: «جایز نیست ماهی را درحالی که زنده است در روغنی که بر آتش می‌جوشد بیفکنند؛ زیرا این کار شکنجه‌ی آن است، و رسول خدا صلی‌الله‌از شکنجه‌ی حیوان نهی کرده است. (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶: ۲۷۷).

فقه اسلامی شکنجه روحی را نیز موردتوجه قرار داده و آن را ممنوع می‌داند و در مواردی فقها صراحتاً مرتکب چنین شکنجه‌ای را مستحق تعزیر می‌داند. ابن براج معتقد است: اگر به دیگری بگوید: ای کافر! درحالی که او ظاهراً مسلمان است، مورد ضرب دردناک قرار می‌گیرد ... و اگر دیگری را با کلامی که احتمال دشنام می‌رود، خطاب کند، تأدیب و تعزیر می‌شود تا با اهل ایمان برخورد بد نکند و هرگاه او را با یکی از بلاهای الهی مانند پستی، جذام، کوری، جنون و مشابه این‌ها سرزنش کند یا یکی از گرفتاری‌های مخفی او را آشکار سازد، لازم است تأدیب شود. هر لفظی که انسان با آن دیگر مسلمانان را ایذا و آزار رساند واجب است گوینده آن تعزیر شود. (طبسی، ۱۷۸) شهرت این حکم به میزانی است که مرحوم شاهرودی آن را یک حکم مسلم فقهی می‌داند و می‌نویسد: «به کاربردن الفاظی همچون «پست» نسبت به دیگری که سبب ایذا، اهانت و هتک او بشود موجب ثبوت تعزیر بر گوینده می‌گردد. (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶، ه.ق، ج ۲: ۲۶۵)

بر اساس دیدگاه مطرح‌شده توسط فقها، در اجرای قصاص و حد قطع، اصل بر دقت، سرعت و پرهیز از هرگونه آزار زائد است. (بغدادی، ۱۴۱۳ ه.ق: ۷۴۰) عمل قطع با ابزار تیز و در یک اقدام واحد انجام می‌گیرد و از تکرار ضربه پرهیز می‌شود. در اجرای حد و قصاص هر روشی که سریع‌تر و کم‌دردتر باشد، ترجیح دارد. (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۳۵)؛ زیرا هدف اجرای حد است، نه واردکردن شکنجه. (حلی، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۵: ۸۸)

خلاصه اینکه بر اساس فقه اسلامی، شکنجه عملی غیرمجاز و حرام است که نه تنها با اصول و کرامت انسانی مغایر است، بلکه مخالف اصول شرعی اسلام نیز هست. (شعرانی، ۴۱۹ ه.ق، ج ۲: ۴۲۹) در فقه اسلامی، هرگونه فشار به فرد برای کسب اعتراف، بدون وجود دلیل شرعی و قانونی، جایز نیست (اصفهانی، ۱۳۶۲: ۸۷) و اقراری که از روی جبر و شکنجه باشد به حسب شرع اعتبار ندارد و نمی‌تواند مبنای صدور حکم قرار گیرد.



د) منع شکنجه در اسناد بین‌المللی

منع شکنجه به‌عنوان یک اصل بنیادین در حقوق بین‌الملل، در اسناد مختلف بین‌المللی به‌صراحت آمده و اجرا و نظارت بر آن توسط سازوکارهای حقوقی بین‌المللی تضمین می‌شود. این اسناد شامل اعلامیه جهانی حقوق بشر (UDHR)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) و کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارها یا مجازات ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز (CAT) و پروتکل اختیاری آن هستند. حق آزادی از شکنجه از حقوق بنیادین بشر، حقی مطلق (Absolute) و غیرقابل انحراف (غیرقابل تعلیق) (Non-Derogable) است. از این جهت این حق تحت هیچ شرایطی، حتی در وضعیت‌های اضطراری عمومی یا به دستور مافوق یا حالت جنگی و تهدید خطرات عمومی تروریستی نباید مورد نقض قرار گیرد. مهم‌ترین اسناد بین‌المللی مربوط به شکنجه عبارت‌اند از:

۱. اعلامیه جهانی حقوق بشر به‌عنوان نخستین سند جامع بین‌المللی در حوزه حقوق بشر، نقشی بنیادین در رسمی‌سازی اصل منع شکنجه در اسناد و معاهدات بین‌المللی بعدی ایفا کرده است. این سند با منع صریح شکنجه و رفتارها یا مجازات غیرانسانی و تحقیرآمیز، اعلام می‌دارد که «هیچ‌کس نباید تحت شکنجه یا رفتار یا مجازات غیرانسانی یا تحقیرآمیز قرار گیرد». (اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۵) از این رو، اصل منع شکنجه در اعلامیه جهانی حقوق بشر به‌مثابه مبنایی اساسی برای شکل‌گیری کنوانسیون‌ها و اسناد حقوق بشری پسین تلقی می‌شود. با این حال، از انتقادهای وارد بر اعلامیه آن است که نه تعریفی از مفهوم شکنجه ارائه می‌دهد و نه ضمانت اجرای مشخص نقض آن را بیان می‌کند. البته باید توجه داشت که تدوین‌کنندگان اعلامیه، بیش از آنکه درصدد تبیین مفاهیم حقوقی دقیق و پیش‌بینی سازوکارهای اجرایی باشند، آن را سندی با کارکرد هنجارساز و واجد توصیه‌های اخلاقی می‌دانستند. با وجود این، نمی‌توان تأثیر عمیق و نقش تعیین‌کننده این اعلامیه را در تدوین و توسعه اسناد و معاهدات بین‌المللی بعدی نادیده گرفت؛ چراکه این سند به‌طور جدی بر وجدان بیدار جامعه جهانی اثر گذاشته و زمینه‌ساز ارتقای گفتمان منع شکنجه در حقوق بین‌الملل شده است. (جانسون، ۱۳۷۷: ۱۲۷).

۲. کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در ماده ۷ به‌طور صریح و قاطع، شکنجه و رفتارها یا مجازات غیرانسانی و تحقیرآمیز را ممنوع کرده و مقرر می‌دارد که «هیچ‌کس نباید تحت شکنجه، رفتار یا مجازات غیرانسانی یا تحقیرآمیز قرار گیرد». این حکم، به‌ویژه در حوزه



عدالت کیفری و در راستای پیشگیری از اعمال شکنجه در فرایند تحقیقات و دادرسی، نقشی اساسی و تعیین کننده دارد. به منظور تضمین اجرای مفاد میثاق و نظارت بر گزارش ها و عملکرد دولت های عضو، کمیته حقوق بشر بر اساس این کنوانسیون تأسیس شده است. این کمیته پس از دریافت و بررسی گزارش های ادواری دولت ها، در صورت احراز نقض حقوق بشر از سوی هر یک از دولت های عضو، موظف است موضوع را در گزارش سالانه خود منعکس کرده و آن را در مجمع عمومی سازمان ملل متحد مطرح سازد. (کنوانسیون بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، مواد ۲۸، ۴۰) نکته قابل توجه دیگر در باره این میثاق، غیر قابل تعلیق بودن برخی از حقوق مندرج در آن، از جمله ممنوعیت شکنجه است. (کنوانسیون بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۰۴). براین اساس، منع شکنجه در هیچ شرایطی، حتی در وضعیت های بحرانی، اضطراری یا جنگی، قابل نادیده گرفتن نیست. به بیان دیگر، اعمال وضعیت فوق العاده یا تهدیدات امنیتی نمی تواند توجیه برای توسل به شکنجه، حتی با ادعای حفظ نظم یا امنیت عمومی، تلقی شود. در این زمینه، هیچ یک از مقامات دولتی مجاز نیستند شرایط استثنایی را مستند به کارگیری شکنجه قرار دهند، زیرا میثاق هیچ گونه علت مخففه یا توجیه کننده ای برای این رفتار پیش بینی نکرده است.

۳. اساسنامه دیوان بین المللی کیفری که در سیزده فصل و ۱۲۸ ماده تنظیم شده است، شکنجه را در زمره جنایات علیه بشریت قرار داده و در برخی شرایط، آن را قابل انطباق با عنوان جنایت نسل کشی نیز می داند. (اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، بندب ماده ۶) بر اساس قسمت «ه» بند ۲ ماده ۷ اساسنامه، «شکنجه» به معنای وارد آوردن عامدانه درد یا رنج شدید، اعم از جسمی یا روانی، بر شخصی است که در بازداشت به سر می برد یا تحت کنترل قرار دارد؛ با این قید که درد یا رنجی که صرفاً ناشی از اجرای مجازات قانونی باشد، یا به طور ذاتی یا تبعی از این مجازات حاصل شود، از شمول مفهوم شکنجه خارج است.

بررسی تعریف ارائه شده در اساسنامه نشان می دهد که این سند، برخلاف برخی اسناد بین المللی، هدف از اعمال شکنجه — مانند اخذ اقرار، سوگند یا شهادت — را عنصر تعیین کننده ندانسته و به آن تصریح نکرده است. افزون براین، اساسنامه میان مأموران دولتی و اشخاص غیردولتی تفکیکی قائل نشده و به طور ضمنی امکان ارتکاب شکنجه توسط افراد عادی را نیز به رسمیت شناخته است. این رویکرد را می توان ناشی از آن دانست که اساسنامه، شکنجه را در چارچوب «حمله ای گسترده یا سازمان یافته علیه جمعیت غیرنظامی» و در

راستای پیشبرد اهداف خاص تلقی می‌کند؛ حمله‌ای که ممکن است توسط مأموران یا نیروهای دولتی یا حتی اشخاص غیردولتی ارتکاب یابد. همچنین در اساسنامه، شکنجه مفهومی مستقل از مجازات شدید بدنی تلقی شده است؛ درحالی‌که برخی اسناد و معاهدات بین‌المللی در این زمینه دیدگاه متفاوتی ارائه کرده‌اند. اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری برای طرح و تعقیب موارد مربوط به شکنجه، سازوکارهایی را پیش‌بینی کرده است که می‌توان آنها را در زمره تضمینات اجرایی این سند دانست. این سازوکارها عبارت‌اند از: نخست، دولت‌های عضو دیوان که می‌توانند وضعیت‌هایی را که به نظر می‌رسد در آنها جنایتی ارتکاب یافته است، صرف‌نظر از تابعیت مرتکب یا محل وقوع جرم، به دادستان دیوان ارجاع دهند؛ وضعیتی که می‌تواند مبنای آغاز تحقیقات دادستان قرار گیرد. دوم، شورای امنیت سازمان ملل متحد که بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد، اختیار دارد وضعیت یا موقعیت خاصی را برای رسیدگی به دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع کند. سوم، خود دیوان نیز این اختیار را دارد که رأساً و بدون ارجاع دولت‌های عضو یا شورای امنیت، وضعیت خاصی را به دادستان ارجاع دهد تا فرآیند تحقیق و تعقیب آغاز شود. (ماده ۱۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری)

۴. کنوانسیون منع شکنجه را می‌توان مهم‌ترین و الزام‌آورترین سند بین‌المللی در تضمین منع شکنجه به شمار آورد. این کنوانسیون مشتمل بر یک مقدمه و ۳۳ ماده است که در ۱۰ دسامبر ۱۹۸۴، به موجب قطعنامه شماره ۳۹/۴۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید و در ژوئن سال بعد لازم‌الاجرا شد. (آشوری، ۱۳۸۴: ۴۱) کنوانسیون منع شکنجه، دولت‌های عضو را ملزم می‌سازد که شکنجه را در نظام حقوقی داخلی خود جرم‌انگاری کرده، (کنوانسیون منع شکنجه، ماده ۴) تدابیر پیشگیرانه لازم را برای جلوگیری از ارتکاب آن اتخاذ نمایند (کنوانسیون منع شکنجه، بند ۱ ماده ۲) و هیچ‌گونه شرایط استثنایی را مجوز اعمال شکنجه تلقی نکنند. (کنوانسیون منع شکنجه، بند ۲ ماده ۲) افزون بر این، دولت‌ها موظف‌اند در صورت وجود خطر شکنجه، از استرداد یا اخراج متهم خودداری کرده، (کنوانسیون منع شکنجه، ماده ۳) در صورت وقوع شکنجه، مرتکبان را تحت تعقیب کیفری قرار دهند (کنوانسیون منع شکنجه، مواد ۶، ۷، ۵) و اظهارات و ادله حاصل از شکنجه را فاقد اعتبار قضایی بدانند. (کنوانسیون منع شکنجه، ماده ۱۵) بر اساس مواد ۶ و ۷ کنوانسیون، جرم شکنجه افزون بر جنبه داخلی، دارای وصف بین‌المللی نیز هست و در زمره «جرایم بین‌المللی قراردادی (Treaty International Crimes) قرار می‌گیرد. این ویژگی به محاکم داخلی دولت‌ها اجازه می‌دهد در صورت



دستگیری متهم به شکنجه در قلمرو هر کشوری، وی را محاکمه کرده یا به کشور ذی نفع مسترد نمایند. از همین رو، شکنجه را می‌توان از جمله جرائم بین‌المللی ذاتی (Core International Crimes) دانست (حیدری پوری، میر عباسی، عسگر خانی، ۱۳۹۹: ۱۶۶) که از حساسیت و اهمیت ویژه‌ای در حقوق بین‌الملل برخوردار است. بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون، شکنجه را به‌عنوان هر فعل عمدی که متضمن ایراد درد، رنج یا صدمه شدید جسمی یا روانی باشد، تعریف می‌کند. براین اساس، صرف وارد آوردن درد یا رنج، بدون تحقق عنصر «شدت»، برای اطلاق عنوان شکنجه کافی نیست؛ بلکه شدت عمل، عنصر مادی اصلی این جرم را تشکیل می‌دهد. بنابراین، آنچه رفتار ارتكابی را در زمره شکنجه قرار می‌دهد، شدت درد و رنج تحمیل شده است، نه صرف ماهیت آزاردهنده آن. نکته قابل توجه دیگر آن است که کنوانسیون، ارتكاب شکنجه را منحصرأً به اعمال مأموران رسمی دولت یا اشخاصی که به‌نوعی در مقام اعمال قدرت حاکمیتی هستند، منتسب می‌سازد و اعمال افراد عادی غیر وابسته به دولت را، به‌خودی‌خود، در شمول تعریف شکنجه قرار نمی‌دهد. این رویکرد نشان می‌دهد که کنوانسیون اساساً ناظر بر شکنجه‌های دولتی و رسمی است، نه رفتارهای خشونت‌آمیز اشخاص خصوصی؛ امری که در برخی نظام‌های حقوقی داخلی، از جمله در مواردی در حقوق ایران، قابل مشاهده است. افزون بر عنصر دولتی بودن مرتکب، کنوانسیون وجود قصد و انگیزه خاص را نیز برای تحقق شکنجه ضروری می‌داند. به‌بیان دیگر، قصد درونی مرتکب باید معطوف به اهدافی نظیر کسب اطلاعات، اخذ اقرار یا اعمال فشار بر قربانی یا شخص ثالث باشد. در همین راستا، ماده ۱ کنوانسیون تصریح می‌کند که شکنجه شامل هر فعل عمدی است که به‌واسطه آن درد یا رنج شدید، به‌منظور اهدافی از قبیل کسب اطلاعات یا اقرار، بر قربانی تحمیل شود. مواد ۶ و ۷ کنوانسیون، همان‌گونه که اشاره شد، بر جنبه بین‌المللی جرم شکنجه تأکید دارند و اصل «محاکمه یا استرداد» را در این خصوص تثبیت می‌کنند. افزون براین، مطابق ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، در صورت تحقق شرایط مقرر، شکنجه می‌تواند در زمره «جنایت علیه بشریت» قرار گیرد و چنانچه در بستر مخاصمات مسلحانه ارتكاب یابد، عنوان «جنایت جنگی» بر آن صدق خواهد کرد. ماده ۱۰ کنوانسیون، دولت‌های عضو را مکلف می‌سازد که آموزش‌های لازم را برای مأموران اجرای قانون، به‌ویژه ضابطان قضایی و افرادی که مسئول بازداشت و بازجویی از متهمان هستند، پیش‌بینی کنند. همچنین ماده ۱۱ دولت‌ها را متعهد می‌نماید که به‌صورت مستمر قوانین، مقررات، رویه‌ها و شیوه‌های مربوط به بازداشت، بازجویی و نگهداری متهمان و محکومان را



مورد بازبینی و ارزیابی قرار دهند. به موجب این ماده، هر دولت عضو موظف است به منظور پیشگیری از هرگونه شکنجه، قواعد و روش‌های ناظر بر رفتار با افرادی را که به اشکال مختلف تحت نظر، بازداشت یا زندانی می‌شوند، به طور منظم مورد تجدیدنظر قرار دهد. کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ افزون بر موارد یادشده، تعهدات دیگری نیز برای دولت‌های عضو ایجاد می‌کند که از جمله آنها می‌توان به جرم‌انگاری سایر اشکال رفتارهای ناقض کرامت انسانی اشاره کرد. در همین راستا، ماده ۱۶ کنوانسیون اهمیت ویژه‌ای دارد؛ زیرا دولت‌ها را موظف می‌سازد که در قلمرو خود از ارتکاب رفتارها یا مجازات خشن، غیرانسانی یا تحقیرآمیز که مشمول تعریف شکنجه در ماده ۱ نیستند نیز جلوگیری کرده و قواعد مربوط به منع شکنجه را، حسب مورد، در قبال آنها اعمال نمایند. افزون بر این، دولت‌های عضو حق ندارند افرادی را که در معرض خطر شکنجه قرار دارند به کشور دیگری مسترد یا اخراج کنند و همچنین مجاز به اعطای عفو یا بخشودگی به عاملان شکنجه نیستند. (کنوانسیون منع شکنجه، ماده ۲)

۵. پروتکل اختیاری کنوانسیون منع شکنجه باهدف تقویت سازوکارهای پیشگیرانه، نهادهای مستقل نظارتی را برای بازدید و ارزیابی شرایط بازداشتگاه‌ها و نظارت بر رعایت حقوق اشخاص بازداشت‌شده ایجاد می‌کند. در مقدمه پروتکل، شکنجه و سایر رفتارها یا مجازات بی‌رحمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز به عنوان نقض شدید حقوق بشر مورد تأکید قرار گرفته است. همچنین در این سند، از تشکیل «کمیته پیشگیری از شکنجه» یادشده و وظایف و اختیارات آن به تفصیل تبیین شده است. (سرآمد، پژمان، ۱۳۹۵: ۱۰۳)

علاوه بر اسناد فوق، منع شکنجه به عنوان قاعده عرفی بین‌المللی نیز در مخاصمات مسلحانه پذیرفته شده است (اردبیلی، ۱۳۸۸: ۲۸۲) و نتیجه اینکه حق آزادی از شکنجه تحت هیچ شرایطی، حتی در وضعیت‌های اضطراری عمومی یا به دستور مافوق یا حالت جنگی و تهدید خطرات عمومی تروریستی نباید مورد نقض قرار گیرد؛ (کنوانسیون منع شکنجه، ماده ۲؛ امروزه شکنجه فقط یک جرم عادی نیست، (پور بافرانی، رحیمی، ۱۳۹۵: ۵۷) بلکه مستند به کنوانسیون منع شکنجه یک جرم قراردادی یا معاهده‌ای بین‌المللی و مستند به مواد ۷ و ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در شرایط خاصی یک جرم بین‌المللی مهم یا ذاتی است. (اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مواد ۷ و ۸). زیرا، منع مطلق شکنجه در حقوق بین‌الملل به عنوان یک قاعده آمره تثبیت گردیده و تبعیت از آن برای همه‌ی دولت‌ها الزامی است. (اردبیلی، ۱۳۸۸: ۲۷۸؛ پور بافرانی، رحیمی، ۱۳۹۵: ۴۷، ۴۸) دولت‌ها موظف به ایجاد مکانیسم‌های نظارتی و قضائی (



میثاق حقوق مدنی و سیاسی، مواد ۲، ۳؛ کنوانسیون منع شکنجه، مواد ۲، ۳) در قوانین داخلی جهت منع شکنجه و جلوگیری از آن هستند. این گونه ممنوعیت قانونی شکنجه خط بطلانی است بر تمام موارد دیرینه‌ای که شکنجه را در کار خود لحاظ می‌کند. (فاگان، ۱۳۹۳: ۳۳).

ه) تحلیل تطبیقی

تحلیل تطبیقی میان فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی حقوق بشر نشان می‌دهد که هر دو نظام حقوقی، ممنوعیت شکنجه را به‌عنوان یک اصل بنیادین و غیرقابل نقض پذیرفته‌اند، اگرچه از منظر روش‌شناسی و قلمرو اجرا تفاوت‌هایی وجود دارد.

۱. نقاط اشتراک

از بررسی فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی، روشن شد که این دو مجموعه مهم، در اصل منع شکنجه هم‌داستان بوده و کرامت انسانی و حق آزادی فرد را محور قرار داده و شکنجه را به‌طور مطلق ممنوع می‌دانند. همان‌گونه در تعریف شکنجه نیز دیدگاه مشترک دارند. هر دو نظام، به اهمیت اجرای عدالت بدون اعمال فشار یا آزار توجه دارند و شکنجه را با اهداف قانونی یا کیفری توجیه‌ناپذیر می‌دانند. در عین اینکه هر دو نظام اجبار به اقرار تحت فشار یا شکنجه را منع و بر بی‌اعتباری اقرار حاصل از شکنجه تصریح کرده‌اند. حق شکایت مجنی‌علیه و جبران خسارات ناشی از شکنجه از موارد اتفاق هر دو مجموعه در این زمینه است.

۲. تفاوت‌ها

با وجود نقاط مشترک فراوان میان دیدگاه‌های فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی در مورد منع شکنجه، برخی تفاوت‌ها و چالش‌های نیز در این زمینه وجود دارد، بر اساس تحلیل صورت گرفته از هر دو مجموعه در زمینه‌ی منع شکنجه، ابتدا مهم‌ترین تفاوت‌ها و در ادامه چالش‌های موجود قرار ذیل است:

تفاوت در روش اجرا و اثبات: در فقه اسلامی، منع شکنجه بیشتر از طریق اصول اخلاقی، قواعد فقهی و سنت عملی فقها اعمال می‌شود، در حالی که در حقوق بین‌الملل، سازوکارهای رسمی نظارتی و قضایی و بازرسی مستقل پیش‌بینی شده است.

تفاوت در قلمرو و شکل اجرا: اسناد بین‌المللی، علاوه بر دولت‌ها، نهادهای بین‌المللی را نیز در نظارت بر اجرای منع شکنجه دخیل کرده‌اند، در حالی که فقه اسلامی بیشتر بر وظیفه حاکم و مجریان داخلی تأکید دارد.



تفاوت در پیشگیری و مجازات مرتکبین، در فقه اسلامی از طریق قواعد کلی مانند حرمت ایداء و لا ضرر، و در اسناد بین‌المللی از طریق سازوکارهای قضایی و نظارتی، تضمین شده است.

نتیجه‌گیری

تحلیل تطبیقی نشان داد که فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی، با وجود تفاوت در زبان، ساختار و سازوکارهای حقوقی، در اصل منع شکنجه هم‌داستان‌اند. در فقه اسلامی، این ممنوعیت بر پایه اصولی چون حرمت ایداء، رعایت کرامت ذاتی انسان، نفی ضرر، و لزوم عدل و احسان استوار است؛ در حالی که در نظام بین‌المللی، منع شکنجه به‌عنوان قاعده‌ای آمره و غیرقابل تعلیق تثبیت شده است.

تفاوت‌های موجود عمدتاً در قلمرو مصادیق، طرق اثبات و سازوکارهای نظارتی مشاهده می‌شود، اما این اختلافات ناظر به شیوه اجراست، نه به مبنای ارزشی و هنجاری. بر این اساس، می‌توان گفت که فقه اسلامی با پشتوانه اخلاقی و الهی خود، ظرفیت تکمیل و تقویت تعهدات بین‌المللی در حوزه منع شکنجه را دارد؛ و در مقابل، دستاوردهای حقوق بین‌الملل می‌تواند در ارتقای روشمندی و کارآمدی برداشتهای فقهی مؤثر باشد. این هم‌افزایی نشان می‌دهد که منع شکنجه یک اصل فرا دینی و فراملی است که در هر دو نظام، به‌منظور پاسداری کرامت انسان، واجد پشتوانه‌ای مشترک و استوار است.



منابع و مأخذ

قرآن کریم

۱. ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۰۴ق)، من لا یحضره الفقیه، مصحح و مقدمه نویسنده: علی اکبر غفاری، قم جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن بابویه، محمد بن علی، (بی تا)، ثواب الأعمال و عقاب الأعمال (ترجمه غفاری)، تهران، کتابفروشی صدوق.
۳. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۸۸). مفهوم شکنجه در اعلامیه جهانی حقوق بشر، چاپ شده در کتاب حقوق بشر در جهان معاصر (دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوق دانان و فقهای ایرانی)، تهران، انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی.
۴. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ICC)، مصوب ۱۹۹۸م.
۵. اصفهانی، سید عبدالله، یوسفی خاطر، مطالعه تطبیقی کرامت انسان از منظر سیره رضوی و مبانی اومانیسم، فصلنامه علمی پژوهشی فرهنگ رضوی، سال ششم، شماره ۲۲، تابستان ۱۳۹۷.
۶. اصفهانی، محمدباقر بن محمدتقی (مجلسی دوم)، (۱۴۰۴هـ ق)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ دوم.
۷. اصفهانی، محمدباقر بن محمدتقی، (۱۳۶۲)، حدود و قصاص و دیات (مجلسی)، تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، چاپ اول.
۸. اصفهانی، محمدتقی، (۱۴۱۴هـ ق)، لوامع صاحبقرانی، ج ۷، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
۹. اعلامیه جهانی حقوق بشر، مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد، دسامبر ۱۹۴۸.
۱۰. آشوری، محمد، (۱۳۸۴)، آئین دادرسی کیفری، چاپ نهم، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران.
۱۱. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳هـ ق) المقنعة (للشیخ المفید)، در یک جلد، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمة الله علیه، قم - ایران، چاپ اول.
۱۲. بنیاد دایرةالمعارف اسلامی، (۱۳۷۵)، دانشنامه جهان اسلام، ج ۲۷، تهران، بنیاد دائرة المعارف اسلامی، ۱۳۷۵.
۱۳. بهجت فومنی گیلانی، محمدتقی، (۱۴۲۶هـ ق)، جامع المسائل (بهجت)، ج ۲، قم، دفتر معظم له، چاپ دوم.



۱۴. پروتکل اختیاری کنوانسیون ضد شکنجه و سایر مجازات یا رفتار بیرحمانه، غیرانسانی یا تحقیر آمیز مصوب ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ م.
۱۵. پور بافرانی، حسن، رحیمی، رئوف، (۱۳۹۵) مطالعه تطبیقی جرم شکنجه در حقوق ایران و کنوانسیون منع شکنجه، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتم، شماره نود و سوم، بهار ۱۳۹۵.
۱۶. جانسون، گلن، (۱۳۷۷)، اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه آن، ترجمه: محمدجعفر، پوینده، انتشارات نی، تهران.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، انتشارات گنج دانش، تهران.
۱۸. جعفری، محمد تقی، (۱۳۹۲)، حقوق جهانی بشر و کاوشهای فقهی، تهران، مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری.
۱۹. جعفری تبریزی، محمدتقی، (۱۴۱۹ ه.ق)، رسائل فقهی (علامه جعفری)، چاپ اول، تهران، مؤسسه منشورات کرامت.
۲۰. جعفری، محمدتقی، (۱۳۷۰)، حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران.
۲۱. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، (۱۴۲۶ ه.ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۲، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، چاپ اول.
۲۲. جمعی از مؤلفان، (۱۳۷۴)، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۱، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، اول.
۲۳. حائری یزدی، مرتضی، (۱۴۱۸ ه.ق)، کتاب الخمس، قم: دفتر انتشارات اسلامی،
۲۴. حسینی تهرانی، سید محمد حسین، (۱۴۲۱ ه.ق)، ولایت فقیه در حکومت اسلام، ج ۴، مشهد، انتشارات علامه طباطبایی، چاپ دوم.
۲۵. حسینی لنگرودی، سیدمرتضی، (۱۳۸۰ ق)، الرسائل الثلاث، قم: اسلام.
۲۶. حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰ ه.ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، دوم.
۲۷. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، (۱۴۰۷ ه.ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.
۲۸. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳ ه.ق)، الرسالة السعدیة، دارالصفوة، بیروت.
۲۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۵ ق)، بحوث فقهیه، قم، المنار.





۳۰. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۲۰ هـ ق)، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، قم؛ مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول.
۳۱. حیدری پوری، مریم، میر عباسی، سیدباقر، عسگرخانی، ابو محمد، بررسی ضمانت‌های منع شکنجه در اسناد حقوق بین‌الملل بشر و قوانین و مقررات ایران، پژوهشنامه ی حقوق تطبیقی، دوره چهارم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۹.
۳۲. حمیم، سلیمان، (۱۳۶۸)، فرهنگ کوچک حمیم (انگلیسی-فارسی)، چاپ یازدهم، تهران، نشر فرهنگ معاصر.
۳۳. خوانساری، شیخ موسی، (۱۳۷۳ هـ ق)، منية الطالب في حاشية المكاسب، شارح: محمدحسین نائینی، نویسنده: مرتضی بن محمدامین انصاری، تهران، المكتبة المحمدیه.
۳۴. خوبی، سیدابوالقاسم، (۱۴۰۷ هـ ق)، مصباح الفقاهه، ج ۱، قم: نشر لطفی و دارالهادی،
۳۵. الزحیلی، محمد، (۱۴۱۸ هـ ق). حقوق الانسان فی الاسلام، الطبعة الثانية، دمشق، دارالکلم الطیب.
۳۶. زنجانی، عباس علی عمید، (۱۴۲۱ هـ ق)، فقه سیاسی (عمید)، ج ۱، انتشارات امیرکبیر، تهران، چهارم.
۳۷. سرآمد محمد حسین، پژمان، اسدالله، (۱۳۹۵)، آموزش حقوق بشر، کابل، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان.
۳۸. سرخسی، شمس الدین، (۱۴۰۶ هـ ق)، المبسوط، ج ۲۴، بیروت، دارالمعرفة.
۳۹. شعرانی، ابوالحسن، (۴۱۹ هـ ق)، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین ترجمه و شرح، تهران، منشورات اسلامیة، چاپ پنجم،
۴۰. طباطبایی بروجرى، آقا حسین، (۱۴۲۹ هـ ق)، منابع فقه شیعه، مترجمان: حسینیان قمی، مهدی صبوری، ج ۳۱، تهران، انتشارات فرهنگ سبز.
۴۱. طبسی، نجم الدین، (۱۳۸۷). حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام، مترجمان: محمدعلی ابهری، بوذر دیلمی معزی، هادی رضانی، قم، بوستان کتاب، اول.
۴۲. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ ق.ه). الأمالی (للشیخ الطوسی)، دار الثقافة، قم، اول، ق.
۴۳. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ هـ ق)، المبسوط فی فقه الإمامية، ج ۸، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران، سوم.
۴۴. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۰ هـ ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الکتب العربی، دوم.



۴۵. عاملی، محمد بن حسن، (بی‌تا)، وسایل الشیعه، جلد ۱۹، ۱۸، بیروت، داراحیاء التراث العربی،
۴۶. عبدالقادر عوده، [بی‌تا.]، التشریح الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، قاهره، دارالتراث.
۴۷. علیزاده طباطبایی، سیدحسین، نوبهار، رحیم، آیتی، سیدمحمدرضا، ۱۳۹۷، ممنوعیت مطلق شکنجه: چشم اندازی اسلامی، فصلنامه تحقیقات حقوقی شماره ۸۱، اردیبهشت.
۴۸. عمید، حسن، (۱۳۶۹)، فرهنگ فارسی عمید، چاپ سوم، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
۴۹. عوض، احمد عبده، (۲۰۱۰م)، حقوق الانسان بین الاسلام و الغرب، چاپ اول، الجزیره، ألفا للنشر و التوزیع.
۵۰. الغامدی، عبداللطیف بن سعید، (بی‌تا)، حقوق بشر در اسلام، بی‌جا، عقیده.
۵۱. فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله، (۱۳۸۴)، کنز العرفان فی فقه القرآن (ترجمه)، ج ۱، ترجمه و تصحیح: عقیقی بخشایشی، قم، نوید اسلام.
۵۲. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، (۱۳۸۳)، جامع المسائل (فاضل)، ج ۱، قم، انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم،
۵۳. فاگان، اندرو، (۱۳۹۳)، اطلس حقوق بشر، مترجم: امید کوکبی و مهدی خدایی، انتشارات آرمانشهر،
۵۴. القیسی، مروان ابراهیم، موسوعة حقوق الإنسان فی الإسلام، نشر دیجیتالی: www.pdfactory.com ۱۴۲۶ هـ.ق.
۵۵. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۸۸)، متن و ترجمه کتاب نفیس فروع کافی، مترجم: محمدحسین رحیمیان، قم، قدس.
۵۶. کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد ۱۹۶۶م.
۵۷. کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارهای غیرانسانی یا تحقیرآمیز؛ مصوب مجمع عمومی سازمان ملل ۱۹۸۴م.
۵۸. کاشف الغطاء، عباس بن حسن بن جعفر نجفی، (بی‌تا)، الفوائد الجعفریه، قم، مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۹. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، (۱۴۲۹ هـ.ق)، الکافی (ط - دار الحدیث)، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، چاپ اول.



۶۰. مجموعه مقررات دیوان بین‌المللی کیفری، ترجمه: غلام‌رضا محمد نسل، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۵.
۶۱. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۳)، قواعد فقه (بخش جزایی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۶۲. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸)، مبانی نظری حقوق بشر در اسلام، در کتاب حقوق بشر در جهان معاصر (دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوق‌دانان و فقهای ایرانی)، تهران، انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی.
۶۳. مستفیضی، سروناز، بالوی، مهدی، (۱۳۹۷)، حق مرگ در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۴۸، شماره ۱، فروردین ۱۳۹۷، ص ۸۵-۱۰۳.
۶۴. معرفت، محمد هادی، (۱۴۲۵هـ.ق)، تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء، قم، مهر.
۶۵. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۴هـ.ق)، کتاب النکاح، ج ۲، قم: مدرسه امام علی (ع).
۶۶. موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۴۱۵هـ.ق). أنوار الهدایه، ج ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۶۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۸هـ.ق)، فقه الشیعه: کتاب الطهاره، جلد ۶، قم: آفاق.
۶۸. میر محمد صادقی، حسین، (۱۳۷۷)، حقوق جزای بین‌الملل، تهران، انتشارات جنگل.
۶۹. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴هـ.ق)، جواهر الکلام، ج ۳۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۷۰. النیسابوری، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشیری، (۵۱۲هـ.ق)، صحیح مسلم، ج ۴، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، بیروت، دار احیاء التراث العربی.





A Look at the Theory of Zimma (1) in Islamic Jurisprudence (Concept and Characteristics)

Seyed Yaqub Arefi*

Abstract

The theory of dhimma in Islamic jurisprudence constitutes the foundation and basis of numerous legal institutions—such as legal personality and capacity for obligation—as well as various juristic issues, including transactions involving generic property. Jurists of the major Islamic schools (Ja‘fari, Hanafi, Maliki, Shafi‘i, and Hanbali) have presented diverse perspectives regarding its conceptual nature. Employing a descriptive–analytical method and relying on library-based sources, this study aims to bring the views of the well-known Islamic schools closer together concerning the meaning of dhimma and to demonstrate the existence of a unifying underlying spirit governing the essence of the concept. To this end, it re-examines and re-evaluates the positions of Muslim jurists—ranging from the denial of dhimma to its interpretation as the human essence, a human attribute, a meaning subsisting in the human being, or a hypothetical space for general obligations within the person. Ultimately, the study identifies dhimma as an “abstract legal container for symbolic and normative financial and non-financial rights and obligations within the person,” a comprehensive framework capable of reconciling all major theories in this field.

Keywords: Dhimma, capacity for obligation, human essence, real attribute, legal construct, hypothetical space of obligations.

* Academic Staff Member, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Khatam al-Nabieein University.
Email: Arifi.edu.af@gmail.com



The Role of the Security Council in the Decision-Making of the International Criminal Court

Abdul Karim Eskandari*

Abstract

Given the role of the United Nations Security Council in maintaining international peace and security and the establishment of the permanent International Criminal Court (ICC) to ensure justice and prevent international crimes that may threaten international peace and security, an important question arises: What role does the UN Security Council play in the proceedings of the International Criminal Court? Although the States Parties to the ICC have emphasized the Court's independence, the Rome Statute stipulates that the relationship between the Security Council and the Court shall be governed by an agreement. The Rome Statute and the relevant agreement outline the modalities of interaction between the two institutions.

Examples of this relationship include: Examples of this relationship include the referral of situations involving States Parties and non-States Parties to the ICC Prosecutor for investigation and financing; judicial and legal cooperation; the Security Council's authority to defer ongoing ICC investigations or prosecutions for a renewable period of twelve months; and the requirement that the exercise of the Court's jurisdiction over the crime of aggression be contingent upon the Security Council's determination of an act of aggression. Parties to the ICC Prosecutor for investigation and the financing thereof; judicial and legal cooperation; the Security Council's authority to defer ongoing ICC investigations or prosecutions for a renewable period of twelve months; and the requirement that the exercise of the Court's jurisdiction over the crime of aggression be contingent upon the Security Council's determination of an act of aggression. These mechanisms illustrate the Security Council's influence over the functioning of the ICC.

This study, based on a descriptive-analytical method and library sources, aims to assess the independence of the International Criminal Court. The results show that the interactions and relationship between the Security Council and the Court, in some cases, seriously hurt the



* Academic Staff Member, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Khatam al-Nabieein (PBUH) University. Email: skandari12@gmail.com

ICC's legitimacy and independence as a court. Consequently, the realization of international criminal justice, as envisioned by the drafters of the Rome Statute and advocates of global justice, faces substantial challenges. Therefore, where possible, solutions should be proposed to address these conflicts and challenges, and States Parties to the ICC should, through legal mechanisms, adopt measures to limit the Security Council's influence and safeguard the independent decision-making of the Court.

Keywords: International Criminal Court, Security Council, judicial cooperation, deferral of proceedings, determination of acts of aggression.



Social Mobility and the Right to Equality of Opportunity in Afghanistan

Qasem Ali Sadaqat*

Abstract

The right to equality of opportunity is a procedural right that, in its conceptualization, possesses a clear indicator: social mobility. In a society where various forms of social mobility exist, such mobility serves as a positive sign of equality of opportunity. Conversely, weak social mobility reflects discrimination and the hereditary nature of social, cultural, economic, and political positions. The scope of social mobility is broad and encompasses inclusive institutions, education, healthcare, access to appropriate employment and income, fair wages, job opportunities, social security, and access to technology. The greater the degree of social mobility, the stronger the equality of opportunity and the weaker the inherited inequalities—forming a positive cycle. However, the more entrenched the inherited inequalities, the lower the social mobility and, consequently, the weaker the equality of opportunity.

In Afghanistan, social mobility has not reached a desirable or ideal level; therefore, achieving justice still requires equitable distribution of resources and opportunities. This study, employing inductive and analytical reasoning and relying on library-based data, examines and explains the relationship between the right to equality of opportunity and social mobility. Moreover, when assessing different societies and groups in terms of social mobility and equality of opportunity, careful attention must be paid to their characteristics, as these features can help identify the indicators and manifestations of social mobility and equality of opportunity.

Keywords: social mobility, right, equality of opportunity, resources, substantive and formal equality, discrimination

The Right of Self-Defense in International Law «A Case Study of Russia’s Attack on Ukraine»

Mohammad Reza Marefat*

Abstract

Self-defense is one of the fundamental concepts in legal science and has broad implications across various legal domains. The origin of this principle initially lies in domestic law, particularly within the framework of criminal law. Legal scholars maintain that an aggressor, through a wrongful act, violates another person’s rights, thereby creating for the victim a legitimate right to protect his or her life, property, and dignity. This notion has now extended from domestic to international law. Just as an individual, as a living being, may resort to lethal means to defend their existence, states as sovereign entities may also employ armed force to safeguard their territorial integrity and survival. This paper examines the legal justification of Russia’s attack on Ukraine in light of the international law principles governing the right of self-defense. Using a descriptive–analytical method and relying on library resources, official reports, and international documents, the study concludes that Russia’s military invasion of Ukraine cannot be justified under the right of self-defense. The attack does not fulfill the conditions stipulated in Article 51 of the UN Charter, nor does it conform to customary international law or the jurisprudence of international courts regarding the lawful use of self-defense. Accordingly, in view of Article 2(4) of the UN Charter, Russia’s actions amount to an unlawful use of force and constitute an act of aggression.

Keywords: Ukraine, Russia, aggression, self-defense, prohibition of the use of force



* Faculty Member of Law Department, Khatam-al-Nabieen University, Ghazni Branch. Email: mr.marefat@khatam.edu.af.

Mahr in Afghan Law: Amount, Conditions, Factors of Establishment, and Enforcement Mechanisms

Abdul Khaliq Shafaq*

Abstract

As one of the legal effects of marriage, mahr plays a significant role in regulating the financial relations between spouses and refers to the property that the wife becomes entitled to receive from her husband upon the conclusion of marriage. Using a descriptive-analytical method and drawing on legal sources, Islamic jurisprudence, and legal doctrine, this study aims to clarify the rules governing mahr by examining its concept, types, amount, conditions, and the factors that establish it and by analyzing its legal enforcement mechanisms under Afghan law. The findings indicate that although the Civil Code and the Personal Status Law are similar in many respects, they differ in certain rulings such as the determination of a maximum limit for mahr, its conditions, and its enforcement mechanisms. Moreover, challenges such as the unreasonable determination of mahr, women's lack of awareness of their legal rights, and the husband's inability to pay the mahr are among the major causes of family disputes. The results further show that adopting personalized criteria (such as the husband's potential financial capacity) in determining the maximum mahr, as well as recognizing legal mechanisms such as the right of retention (haqq al-habs), play a significant role in protecting the wife's rights and promoting balance within family relations.

Keywords: Mahr, types of mahr, amount of mahr, conditions of mahr, factors establishing mahr, enforcement mechanisms of mahr.



An Examination of the Condition of Waiving the Husband's Right to Divorce in Marriage Contracts from the Perspective of Hanafi Jurisprudence

Rukhsar Rauofi*

Abstract

Marriage is considered one of the divine traditions and the most fundamental social institutions in Islam, for which Islamic law has established specific rules and regulations to strengthen its foundation. One of the important issues in the marriage contract is the possibility of including stipulations within the contract—conditions that can serve to protect the rights of both parties, provided they do not conflict with the principles and essence of the contract. A common issue in contemporary societies is the stipulation of renouncing the husband's right to divorce at the wife's request within the marriage contract. The main focus of this study is to examine the legitimacy of such a condition from the perspective of Hanafi jurisprudence. This research employs a descriptive-analytical method and is based on written jurisprudential sources. The findings indicate that, from the Hanafi perspective, the condition of renouncing the husband's right to divorce is considered invalid because divorce is a legal right granted by the sacred law to the husband, and no condition can preemptively deprive him of it. In addition to contradicting explicit religious texts, this stipulation is also regarded as invalid due to its inconsistency with the essence of the contract. According to the Hanafis, although such a condition is void and lacks any legal effect, it does not affect the validity of the marriage contract itself; only the stipulation is considered ineffective and non-binding.

Keywords: Marriage contract, stipulations within the contract, revocation of divorce, invalid condition, Hanafi jurisprudence.



* Writer and researcher Email: rukhsarroofi@gmail.com

Reattachment of a Severed Organ Resulting from the Implementation of Ḥadd or Qiṣās (A Comparative Study in Jaʿfarī and Ḥanafī Jurisprudence)

Mohammad Esa Fahemi*

Abstract

The reattachment of an organ severed as a result of implementing ḥadd or qiṣās is a subject within criminal jurisprudence. This issue—though with slight variations—has a relatively old precedent in Islamic legal thought. The permissibility of reattaching an amputated organ following the execution of ḥadd or qiṣās has been a point of significant juristic disagreement, rooted in differing interpretations of the objectives of these punishments as well as the evidence and legal foundations upon which they are based. Each viewpoint, relying on textual sources, legal proofs, and even principles of uṣūl and rational arguments, attempts to substantiate and reinforce its position.

Among the expressed opinions, the majority view—well-known and supported by substantial evidence among both Jaʿfarī and Ḥanafī jurists—holds that reattachment of an organ severed through the implementation of ḥadd or qiṣās is impermissible, or at the very least requires precaution regarding its permissibility. Although the opposing view, which allows reattachment, as well as the view that distinguishes between organs severed under ḥadd and those severed under qiṣās, each presents its own arguments and evidence, all these positions have supporters among jurists of both schools and rely on similar or partially overlapping reasoning to justify their conclusions.

This study employs a descriptive–analytical and library-based method: it first presents an overview of the existing juristic opinions on the matter and then examines the feasibility and permissibility of such reattachment. The aim of the article is to assess, from a jurisprudential perspective, whether reattaching an organ severed through ḥadd or qiṣās is permissible, valid, or prohibited.

Keywords: Reattachment, Amputation, Ḥadd, Qiṣās, Offender, Victim, Ḥanafī, and Jaʿfarī Jurisprudence.

* Full-time Faculty Member, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Khatam Al-Nabieen (PBUH) University.

Email: mohammadeisa1403@gmail.com



Exemptions under the Singapore Convention on the Enforcement of Mediation Settlement Agreements with Emphasis on Labor and Consumer Rights: A Comparative Study of the Legal Systems of Afghanistan and Iran

Kamaluddin Azimi*

Abstract

The Singapore Convention, adopted in 2019, aims to facilitate the enforcement of settlement agreements resulting from mediation in international commercial disputes. It excludes certain areas—such as family law, inheritance, labor law, and consumer law—from its scope due to cultural, religious, and social considerations, as well as the non-commercial nature of such disputes. While the exclusion of family and inheritance matters appears justifiable given their deep roots in domestic legal systems and religious jurisprudence, the exclusion of labor and consumer law warrants closer examination.

This study adopts a comparative-analytical approach to examine the legal frameworks of Iran and Afghanistan in relation to the Convention, with particular emphasis on the aforementioned exclusions.

The findings indicate that within the Iranian legal system, settlement agreements arising from mediation in labor disputes are recognized and, in certain instances, benefit from significant enforcement guarantees, reflecting a flexible approach aligned with the development of alternative dispute resolution (ADR) mechanisms. However, in the field of consumer law, despite the recognition of mediation in executive regulations, the absence of explicit statutory backing has resulted in insufficient enforcement support for such settlement agreements.

Conversely, in the Afghan legal system, although administrative and commission-based mechanisms for resolving labor disputes are предусмотрены, mediation has not been accorded a clearly defined role. The existing structure is predominantly centralized and state-driven, lacking the necessary flexibility. Nevertheless, in the areas of

* Professor, Faculty of Law and Political Science, Khatam al-Nabieen University, Ghazni Branch Email: azimilaw1986@gmail.com



commercial and consumer disputes, more effective support has been afforded to settlement agreements.

Keywords: Singapore Convention, Consumer Rights, Mediation, Labor Law, Exceptions, Comparative Law.



Mediation and Arbitrability of Commercial Disputes (A Comparative Study in the Laws of Afghanistan, Iran, and the Singapore Convention 2019)

Hafizullah Mohammadi*

Abstract

Commercial mediation is a modern mechanism for resolving commercial disputes, which has gained increasing popularity and acceptance among litigants in the current century. The cultural background and compatibility of mediation with the Asian region have further underscored the importance of developing and expanding this method. This article, employing an analytical-descriptive method and utilizing library resources, examines and elucidates the concept of mediation and its scope in the laws of Afghanistan, Iran, and the Singapore Convention 2019. The findings of the research indicate that the concept of mediation is identical in all three aforementioned legal systems, and paragraph 2 of Article 2 of the Afghan Commercial Law is considered a result of the legislator's negligence. Furthermore, the scope and arbitrability of commercial disputes in Afghan law are broader than in Iranian law; in Iranian law, disputes related to competition, the stock exchange market, shares, and securities are not arbitrable. However, in all three legal systems, there are limitations on the scope of arbitrability, which are addressed in this research. This study can significantly assist mediators and practitioners of modern methods of resolving commercial disputes.

Keywords: Mediation, Scope of Commercial Mediation, Commercial Disputes, Bankruptcy, Laws of Afghanistan, Iran, and the Singapore Convention 2019.

* Master's Graduate in Private Law, University of Tehran.
Email: hf.mohamadi@ut.ac.ir



The Criminal Offense of Failure to Provide Maintenance in the Legal System of Afghanistan with a Comparative View of Iranian Law

Belqis Sultanzai*

Abstract

The criminal offense of failure to provide maintenance (nafaqa) to a spouse or relatives constitutes one of the central issues in family criminal law, and the conditions for its commission vary in the legal systems of Afghanistan and Iran depending on the conduct of the offender. Accordingly, this study examines and analyzes the offense of failure to provide maintenance in the Afghan legal system with a comparative perspective on Iranian law, aiming to precisely clarify the foundations of criminalization, the constitutive elements of the offense, and the scope of the offender's criminal liability regarding the maintenance of a spouse and relatives. The research method employed is descriptive–analytical.

According to the findings of this study, the Afghan legislative system conditions the realization of the offense of failure to provide maintenance upon the fulfillment of certain preliminary requirements, including the establishment of a legal obligation to pay maintenance through a decision issued by a competent authority, and the verification of the offender's intentional refusal after the means for fulfilling the obligation have been made available. In contrast, the Iranian legislative system defines the criterion for the realization of this offense as the mere refusal to perform the legal duty of paying maintenance, provided that the financial ability of the obligated person is established, without requiring any prior procedural formalities. This approach reflects an expansion of the scope of criminal protection afforded to the family institution.

An analysis of the legislative provisions indicates that the absence of a clearly defined timeframe for fulfilling the maintenance obligation in Iranian law has created ambiguity in establishing the elements of the offense, particularly in cases involving short-term delays in payment or

* Master's student, Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ahlul Bayt International University (AS), Tehran, Iran.
Email: belqissultanzai0@gmail.com.

partial payment of maintenance. This ambiguity may lead to divergent interpretations within judicial practice.

The results of this study demonstrate that a precise articulation of the elements of this offense and the development of clear criteria for determining the extent of the obligation and the manner of its fulfillment can reduce interpretive inconsistencies and promote coherence in judicial practice within both legal systems. This research seeks to provide a coherent and scholarly framework that facilitates a deeper understanding and more effective application of the legal provisions governing the offense of failure to provide maintenance.

Keywords: Maintenance, Spousal Maintenance, Relatives' Maintenance, Failure to Provide Maintenance.



Principles of Criminalization and Its Challenges in the Afghan Criminal Justice System

Eid Mohammad Ahmadi*

Abstract

Criminalization constitutes one of the fundamental pillars of the criminal justice system of every state, serving to delineate the boundaries between acceptable and unacceptable conduct within society and to ensure social security and justice. This article examines key principles of criminalization—such as normativity, necessity, proportionality, respect for individual rights, effectiveness, morality, and non-discrimination—and evaluates the limitations and challenges associated with their implementation in Afghanistan through a descriptive–analytical method. The purpose of this study is to elucidate the challenges surrounding the principles of criminalization and to propose appropriate solutions.

The findings indicate that fragmented legislation, discretionary and inconsistent enforcement, and insufficient protection of individual rights constitute major obstacles to the proper application of these principles. It is recommended that by revising existing laws and harmonizing them with international standards, the criminal justice system in Afghanistan can be strengthened and made more coherent.

Keywords: Criminalization, Criminal Justice System, Afghanistan, Principle of Normativity, Principle of Proportionality, Individual Rights, Limitations.



Analytical Examination of the Prohibition of Torture in Islamic Jurisprudence and International Instruments

Mohammad Ali Razavi*

Abstract

The present study aims to elucidate the foundations of the prohibition of torture in Islamic jurisprudence and to analyze it in comparison with relevant international legal instruments. Islamic jurisprudence, drawing upon Qur'anic texts, Prophetic tradition, and principles of *ijtihād*, prohibits torture on the basis of doctrinal rules such as the prohibition of harm (*ḥurmat al-īdhā'*), the *lā ḍarar* principle, and the inadmissibility of coerced confessions. Conversely, the international legal system—through instruments such as the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the Convention against Torture—establishes a defined framework for the prohibition of torture. Employing a comparative analytical method, this article examines the structure, foundations, and obligations of both systems, assessing their points of convergence and divergence in terms of conceptual scope, implementation, and evidentiary standards. The findings indicate that each legal framework, grounded in its own normative foundations, meaningfully rejects torture. Comparative study of the two systems thus facilitates a more precise understanding of their differences and areas of overlap, without presupposing any normative hierarchy between them.

Keywords: Prohibition of Torture, Islamic Jurisprudence, International Instruments, Jurisprudential Maxims, Comparative Analysis.

*Assistant Professor, Al-Mustafa International Research Institute
Email :mrazavi998@gmail.com

