



مکالمہ

ماهنامه‌ی تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال چهاردهم / شماره‌ی مسلسل ۱۱۲ / جوزا ۱۳۹۱

شکل ۲: پیشنهادی برای ایجاد اتحادیه اسلامی افغانستان، وزارت عدالت افغانستان، ریاست نشرات و ارتباط عامه، دفتر مجله‌ی عدالت

هیأت تحریر:

- ❖ قانونیوہ محمد اشرف رسولی،
 - ❖ پوهنڈوی عبدالقدار عدالتخواہ،
 - ❖ قانونوال سید یوسف حلیم،
 - ❖ دکتور عبدالرؤف ھروی،
 - ❖ قضاویپوہ حضرت گل حسامی،
 - ❖ اکادمیسین عبدالاحد عشرتی
 - ❖ قانونپال عبدالقدیر قیومی
 - ❖ قانونپال انیسہ احرار،
 - ❖ اسماعیل حکیمی،
 - ❖ معاون سر محقق سیف الرحمن ستانکری،
 - ❖ قانونمل محمد رحیم دقیق،
 - ❖ حلیم سروش،

صاحب امتیاز

وزارت عدليه د. ج .ا .ا

Lemma 4.10

حليم سروش

(•۷۷۱۲•۱۹۷۸)

هذا استاد

عبدالقيوم قيومي

15

دیزاین جلد و صفحه ارایی
دانش‌آموز ماقت (غ.)

مذہبی، حمد، حسین

Website: www.moj.gov.af

E-mail: adalat@moj.gov.af

قیمت ۵۰ افغانی

فهرست

مقالات

- ﴿ نقش و جایگاه حقوقی محاکم قضایی و داوری و داوریین المللی...﴾ سید احمد حسینی حنیف *** ۳
﴿ مبانی مشروعیت «توقیف موقع متهم» پیش از محاکمه در...﴾ خداداد احسانی **** ۳۰
﴿ د افغانستان د قاضیانو لپاره لارښو د کتاب خخه ڇباده﴾ ح. ابوالنقی **** ۴۸
﴿ بررسی نظریه لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده در فقه امامیه و حقوق افغانستان﴾ سید محمد حسینی ۶۱
﴿ حجاب و حقوق بشر (قسمت اول)﴾ محمد علی ابراهیمی **** ۷۶
﴿ مصالح مرسله او په حجتنيولوکی د فقهاؤ نظرونه﴾ ابوصهیب - ترجمه: فضلی **** ۸۸
﴿ مروری مختصری به نقش دین در زندگی اجتماعی (قسمت اول)﴾ قانونیار محمد رفیع عمری **** ۱۰۰
﴿ نگاهی بر مسایل مربوط به قانون و پروسه قانونگذاری...﴾ قانونیار اشرف خان عظیمی ۱۱۶

گزارش‌ها

- ❖ تدویر جلسه هیئت رهبری وزارت عدله **** ۱۲۶
❖ ملاقات مشاور عدلی موسسه CSSP با وزیر عدله **** ۱۲۸
❖ تدویر چهارمین جلسه کمیسیون عالی مبارزه علیه اختطاف و قاچاق انسان **** ۱۲۹

نقش و جایگاه حقوقی محاکم قضایی و داوری بین المللی در حل اختلافات

قسمت اول

» سید احمد حسینی حنیف

پیشگفتار

همزمان با توسعه روابط بین المللی، بروز اختلافات بین المللی نیز با نتایجی شوم، بیشتر شده است. از طرفی شیوه‌های حل اختلافات بین المللی نیز بتدريج تکامل می‌یابند. که طرق مذبور مختلف‌اند مثل مذاکرات مستقیم، میانجیگری، آشتی، داوری و شیوه قضائی حل اختلافات بین‌المللی و حکمت، اولین قدم بوده است. در چند دهه‌ی اخیر تعداد دادگاهها، دیوانها و کمیسیون‌های بین‌المللی به شدت افزایش یافته است. این افزایش را می‌توان تا حدودی با جهانی شدن اقتصاد که ناشی از پایان یافتن جنگ سرد است و همچنین با ظهور بازیگران غیر دولتی‌ای که در تلاش اند به عنوان مدعی و خواهان در مراجع قضایی بین‌الملل حضور یابند، توضیح داد.

حل و فصل منازعات بین‌المللی در دوران معاصر با محکمه دائمی داوری که به وسیله‌ی کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه بنیاد نهاده شد، آغاز گردید. هر چند محکمه دائمی داوری، نه دائمی است و نه یک محکمه، اما تاسیس آن به عنوان اولین مجموعه‌ی داوری دائمی بین‌المللی، نقطه عطف مهمی بود. این مجمع داوری اولین مکانیزم جهانی برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی بود. امروزه، بیش از بیست دیوان و کمیسیون بین‌المللی به عنوان نهادهای دائمی فعال هستند و دست کم هفتاد نهاد بین‌المللی دیگر دارای کارکردهایی قضایی یا شبه قضایی هستند. در چند دهه‌ی گذشته، صحنه بین‌المللی شاهد تاسیس دیوانهای رسیدگی به اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاری، دیوان‌های رسیدگی به

انبوه دعاوی خسارت، دیوانهای ایجاد شده به وسیله‌ی سازمانهای اقتصادی منطقه‌ای، دادگاههای حقوق بشر و یک دیوان کیفری بین المللی چنین افزایشی در مجموعه‌های داوری بین المللی نتیجه‌ی دو توسعه‌ی به هم مرتبط است. اگرچه دادگاههای بین المللی به صورت سلسله مراتبی در زیر مجموعه‌ی دیوان دادگستری بین المللی قرار نگرفته‌اند اما تنوع آنها تهدیدی علیه انسجام و سیستم حقوقی بین المللی ایجاد نکرده است. در واقع دادگاهها و دیوانهای فعال در حل و فصل اختلافات بین المللی نه تنها در حال همکاری با هم هستند بلکه ویژگی‌های یک شبکه را به نمایش می‌گذارند. به عنوان یک کل، مجموعه‌های قضایی مختلف علیرغم خطراتی که برای یکپارچگی و وحدت حقوق بین الملل ایجاد می‌کنند، تقویت کننده‌ی فعالیت دیوان دادگستری بین المللی و سیستم حقوق بین الملل اند.^۱ صلاحیت موضوعی، شخصی و زمانی و جایگاه و موقعیت حقوقی محاکم قضایی و داوری بین المللی متفاوت است و انها را از این جهات می‌توان دسته بندی نمود. ما نمونه‌هایی از قسم آنها را اینجا ذکر کرده و مورد بررسی قرارخواهیم داد: الف- محاکم بین المللی، ب- محاکم منطقه‌ای.

۱- محاکم بین المللی:

۱-۱- دیوان بین المللی دادگستری، (ICJ) International Court of Justice (ICJ) که محل آن در شهر لاهه پایتخت کشور هلند قرار دارد از ارگان قضایی اصلی سازمان ملل متحد می‌باشد. این دیوان جانشین دیوان دائمی بین المللی دادگستری است که در سال ۱۹۲۰ به وسیله جامعه ملل سابق به وجود آمد و در تاریخ هجدهم آوریل ۱۹۴۶ رسماً منحل شد. دیوان بین المللی دادگستری لاهه برپایه منشور ملل متحد و اساسنامه دیوان که منظم به منشور است بنا گردیده است. اساسنامه دیوان همزمان با منشور ملل متحد در ۲۴ اکتبر ۱۹۴۵ به مرحله اجرا درآمد و پس از اینکه

^۱- به نقل از باشگاه اندیشه www.bashgah.net

در تاریخ ششم فوریه ۱۹۴۶ انتخابات اولین دوره قضات عملی شد، دیوان برای اولین بار، در تاریخ اول آوریل همان سال رسماً در لاهه تشکیل جلسه داد.

صلاحیت موضوعی دیوان مسائل مرتبط با حقوق بین الملل و صلاحیت شخصی آن دولتهاست. صلاحیت زمانی آن نامحدود می‌باشد. مکانیسم حل اختلاف در این محکمه ترافعی و مشورتیست که بر اساس آیین قضایی بین المللی رسیدگی می‌گردد. اولین دوسيه-ای که در دیوان بین المللی دادگستری در تاریخ بیست و دوم می ۱۹۴۷ مطرح گردید، قضیه تنگه کورفو (میان آلبانی و انگلیس) بود که از این تاریخ تا سال ۲۰۰۵ دیوان مجموعاً بیش از ۱۳۰ اختلاف را پذیرفته است که از میان این تعداد اختلاف ۲۵ نظر مشورتی و بقیه آراء ترافعی بوده است.^۱

۱-۱-۱- سازمان قضایی دیوان بین المللی دادگستری

سازمان قضایی دیوان بین المللی دادگستری مطابق مواد ۲ تا ۳۳ اساسنامه و نیز مواد ۱ الی ۱۸ قواعد داخلی آن تشکیل واداره می‌شود.

بند ۱: ترکیب دیوان

طبق ماده ۲ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری، اعضای این نهاد از یک هیات قضات مستقل بدون توجه به ملیت آنها از میان کسانی انتخاب می‌گردند که عالی‌ترین مقام اخلاقی را دارا بوده و هر یک واحد شرایطی باشند که برای انجام مشاغل عالی قضایی در کشور خود لازم است یا از جمله متبحرترین در علم حقوق باشند که تخصص آنها در حقوق بین الملل شهرت بسزایی دارد.

دیوان مرکب از ۱۵ قاضی است، قضات دیوان بدون آنکه در میان آنها بیش از یک نفر تبعه یک دولت باشد با اکثریت مطلق آرای در جلسات جداگانه و به لحاظ نظری همزمان توسط شورای امنیت و مجمع عمومی انتخاب می‌شوند. نامزد کرسی‌های دیوان از سوی گروه

^۱ - دیوان بین المللی دادگستری در تئوری و عمل، باقر میرعباسی و حسین سادات میدانی، (تهران، نشر جنگل)، ص ۲۵۵.

۱-۱-۲- صلاحیت های دیوان

دیوان از سه نوع صلاحیت ترافعی، مشورتی و اختیاری برخوردار می باشد که ذیلا توضیح

خواهیم داد.

بند ۱: صلاحیت ترافعی (Contententious Jurisdiction)

^۱- ربکا والاس، حقوق بین الملل، مترجم قائم زمانی و مهناز بهراملو (تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش)، ص ۳۵۵.

های ملی که عضو دیوان دائمی داوری هستند معرفی می‌شوند یا برای دولت‌های عضو سازمان ملل که نمایندای در دیوان دائمی داوری ندارند، توسط گروه‌های خاصی که به همین منظور تشکیل می‌شوند معین می‌گردند.

به موجب اساسنامه انتخاب قضات بدون توجه به ملیت آنها صورت می‌گیرد و برای عضویت امتیازی هیچ کشوری درنظر گرفته نشده است. قضات برای مدت ۹ سال انتخاب می‌شوند و پس از سپری شدن دوره مذکور ممکن است مجدداً انتخاب شوند. هر قاضی در خلال تصدی مسند قضاوت به هیچ ماموریت سیاسی و یا اداری عهده دار نخواهد شد و نمی‌تواند به عنوان مشاوره یا نماینده یا وکیل عمل نماید. یک قاضی از رسیدگی به پرونده هایی که دولت متبع وی یکی از طرف‌های پرونده مطروحه باشد منع نشده است؛ آیین نامه دیوان تصریح می‌کند که چنانچه رئیس دیوان تبعه یکی از دولت‌های مرتبط با پرونده مطروحه نزد دیوان باشد در اینصورت نمی‌تواند به عنوان رئیس دیوان در آن پرونده خاص انجام وظیفه کند. چنانچه دولت طرف اختلاف فاقد قاضی در دیوان باشد می‌تواند یک قاضی اختصاصی فقط برای آن مورد خاص تعیین نماید. قضات دیوان غیر قابل عزل هستند، مگر آنکه اعضای دیوان به اتفاق آراء، رای دهنده که یک عضو فاقد شرایط مقرر است تصمیم دیوان با رای اکثریت قضات حاضر در جلسه اتخاذ می‌شود، در صورت کسب تساوی آراء رای رئیس دیوان قاطع خواهد بود.^۱

بند یک ماده ۳۴ اساسنامه دیوان، مقرر می‌دارد: فقط دولتها می‌توانند به دیوان رجوع کنند، بنابراین اشخاص خصوصی اعم از حقیقی و حقوقی نمی‌توانند مدعی یا مدعی علیه قرار گیرند، همچنین سازمانها و موسسات عمومی بین الملل، فاقد اهلیت برای ترافع در مقابل دیوان می‌باشند.

کشورهایی که حق مراجعته به دیوان را دارند به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف) کشورهای عضو سازمان ملل متحد؛ بند یک ماده ۳۵ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد: «کشورهای اعضاء کننده این اساسنامه حق رجوع به دیوان را دارند». و بندیک ماده ۹۳ منشور ملل متحد می‌افزاید: «تمام اعضای ملل متحد به خودی خود جزو قبول کنندگان اساسنامه دیوان می‌باشند».

ب) کشورهای غیرعضو سازمان ملل که اساسنامه دیوان را قبول کرده اند. بند دوم ماده ۹۳ منشور می‌گوید: «شرایطی که به موجب آن کشورهای غیرعضو سازمان می‌توانند از قبول کنندگان اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری محسوب گردند، در هر مورد بخصوص بنا به توصیه شورای امنیت به وسیله مجمع عمومی معین می‌گردد. بنابر این قبول اساسنامه دیوان و داشتن حق رجوع به دیوان کافی است که دولتی قبول کننده اساسنامه باشد، لذا دولتهایی که نمی‌خواهند یا نمی‌توانند عضو سازمان ملل متحد گردند، می‌توانند با قبول شرایطی که بنا به توصیه شورای امنیت به وسیله مجمع عمومی معین می‌گردد در ردیف اعضاء کنندگان اساسنامه دیوان درآیند.

ج) کشورهای غیرقبول کننده اساسنامه دیوان. شورای امنیت ملل متحد به استناد اختیاری که بند دوم ماده ۳۵ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری به او تفویض کرده است مقرر می‌دارد که دیوان بین المللی دادگستری برای کشوری که جزء قبول کنندگان اساسنامه آن دیوان نمی‌باشد طبق شرایط آتی، مفتوح است. یعنی آن کشور قبل اعلامیه‌ای به دفتر دیوان داده و به موجب آن، صلاحیت دیوان را طبق منشور ملل متحد و در حدود اساسنامه و آیین دادرسی دیوان قبول کرده باشد و تعهد کند که با حسن نیت تصمیم یا

تصمیمات دیوان را اجرا کند و تمام تعهدات اعضای ملل متحد را به موجب ماده ۹۴ منشور قبول نماید.^۱

بند ۲: صلاحیت مشورتی (Advisory Jurisdiction)

صلاحیت دیگر دیوان مشورتی است که صرفاً مجمع عمومی و شورای امنیت می‌توانند از دیوان درخواست آن را بنمایند و ارکان دیگر سازمان ملل متحد و موسسات تخصصی وابسته به آن نیز با حصول مجوز مجمع عمومی حق استفاده از آن را دارند. در درخواست نظریه‌ی مشورتی دیوان موافقت طرف‌های اختلاف شرط لازمی نبوده و هرگونه نظر مشورتی دیوان نیز برای طرفین ایجاد الزام نمی‌کند. طرح هر مساله‌ی حقوقی جهت اعمال صلاحیت مشورتی دیوان بلامانع بوده، و در مجموع نظرات مشورتی دیوان در توسعه‌ی حقوق بین الملل نقش مهمی را دارا می‌باشد.^۲

موضوع رای مشورتی باید مسائل حقوقی باشد؛ دیوان خود را برای رسیدگی به کلیه مسائل حقوقی ذی‌صلاح می‌داند ولی برای رسیدگی به مسائل سیاسی خود را ذی‌صلاح نمی‌داند. دیوان به واقعیت خارج و ماهیت حقیقی مساله مرجع‌ده کاری ندارد بلکه کافی است که صورت ظاهر مساله حقوقی باشد تا دیوان خود را ذی‌صلاح اعلام کند. باعث و محرك ارجاع مساله به دیوان به هیچ وجه موثر در تصمیم دیوان نمی‌باشد، اگر مساله حقوقی باشد، ولی باعث و محرك ارجاع آن به دیوان سیاسی باشد دیوان خود را فاقد صلاحیت نمی‌داند. همچنان که در قضیه دیوار حائل این امر تحقق یافت.

دیوان نتیجه و منظوری را که تقاضا کننده از رای مشورتی دارد موثر در صلاحیت خود نمی‌داند. اگر مساله با همان شکل و وضعی که به دیوان ارجاع می‌شود حقوقی باشد برای دیوان کافی است و موشكافی بیشتر را برای خود جایز نمی‌داند. بعلاوه اگر مساله مطروحه ابعاد حقوقی و سیاسی با هم داشته باشد باتوجه به آراء مختلف که دیوان خصوصاً در سالهای

^۱ - باقر میرعباسی و حسین سادات میدانی، پیشین، صص ۳۴۳^۱ الی ۳۴۶^۲

^۲ - محمد رضا مجتبهدی، مطالعات حقوق بین الملل عمومی، (تهران، نشر فروزن)، ج ۲- ص ۱۶۹

اخیر صادر نموده است خود را غیر ذیصلاح اعلام نمی‌کند. در این گونه موارد دیوان به جنبه حقوقی مساله می‌پردازد.^۱

بند ۳: صلاحیت اختیاری

صلاحیت دیوان در رسیدگی به هر دعوی مبنی بر رضایت کشورهای طرف آن دعوی است و اولین کاری که دیوان باید در هر دعوی به آن رسیدگی کند، احراز این رضایت است بنابر این کشورها این حق را دارند که صلاحیت دیوان را به طورکلی یا در اختلافات معینی نپذیرند، لذا کشورهای طرف دعوا باید در ارجاع موضوع به دیوان، اتفاق نظر داشته باشند و این اتفاق نظر باید طی قرارداد خاصی به دیوان عرضه شود. گاهی نیز کشورها در حین انعقاد قرارداد یا عهدهنامه‌ای شرط ارجاع اختلاف احتمالی به دیوان را می‌گنجانند و به این ترتیب صلاحیت دیوان را برای حل اختلافات احتمالی آینده به رسمیت می‌شناسند.

۱-۱-۳- آیین دادرسی دیوان دادگستری لاهه

زبان‌های رسمی دیوان فرانسوی و انگلیسی است. هرگاه طرفین دعوا توافق کنند که دادرسی به زبان فرانسه جریان یابد، رای دیوان نیز باید به زبان فرانسه انشاء شود و اگر در مورد زبان انگلیسی موافقت کنند رای نیز به زبان انگلیسی صادر می‌شود. طرفین دعوا حق دارد از دادگاه اجازه بگیرد تا زبان دیگری غیر از دو زبان رسمی مذکور را بکار ببرد و دادگاه اجازه بکار گرفتن آن زبان را به آن طرف می‌دهد. دولتها حق دارند به صلاحیت دیوان اعتراض کنند، بنابر این هرگاه دولت خواننده به صلاحیت دادگاه ایراد کند، دادگاه ابتدا با بررسی دلایل و مدارک طرفین نسبت به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود نظر می‌دهد و اگر رای به صلاحیت خود بدهد طبعاً وارد رسیدگی ماهوی می‌گردد. نمایندگان رسمی دولتهاي مدعی و مدعی عليه در دیوان حضور می‌یابند و با کمک مشاورین و وکلای مدافع خود به دفاع از دعوای دولت متبع خویش می‌پردازنند. فرایند دادرسی تقریباً همانند دادرسی ملی

^۱- باقرمیرعباسی و حسین سادات میدانی، پیشین، ص ۴۵۴.

بوده که در اغلب کشورهایی دارای دادگستری پیشرفتی متدائل است. تبادل لواح به عمل می‌آید اظهارات شفاهی نمایندگان رسمی، وکلای مدافع، مشاورین، گواهان و کارشناسان استماع و ثبت می‌شود.

دیوان می‌تواند در مورد به کارشناس رجوع کند یا از هر فرد یا هیئت یا سازمان، اطلاعاتی را بخواهد. دیوان با حضور کلیه اعضای خود تشکیل می‌شود. در صورت غیبت بعضی از اعضاء حضور حداقل نه قاضی برای رسمیت یافتن دیوان ضروری است. جلسات دیوان علنی بوده اما به تقاضای یکی از اصحاب دعوا تقاضا کند یا صلاح دیوان جلسه غیر علنی بوده می‌تواند هرگاه یک دولت ثالث، خود را ذینفع در دعوی تصور کند، با اجازه دادگاه و به عنوان شخص ثالث می‌تواند وارد دعوا شود.

بنده: رای محکمه

رای دادگاه همیشه مستدل است و دلایل در متن رای آورده می‌شود و در پایان نام و امضاء قضات ثبت می‌شود. رای محکمه نهایی و غیر قابل استیناف است؛ البته خود دیوان در دو صورت می‌تواند رای خود را مورد رسیدگی مجدد قراردهد؛ یکی هنگامی که نیازی به تفسیر و توجیه رای پیش آید و دیگر وقتی که یکی از اصحاب دعوی تقاضای تجدید نظر کند. تقاضای تجدید نظر باید مبتنی به مدارک و دلایل باشد که به هنگام دادرسی در دسترس دولت تجدید نظر خواه نبوده است و به تازگی کشف شده باشد و بعلاوه آنچنان مدرکی باشد که در صورت ارائه موثر در رای دیوان باشد.

بنده: چگونگی اجرای حکم محکمه

در حقوق بین الملل این اصل که آرای دادگاههای دادگستری و داوری بین المللی برای دولتهای طرف دعوا الزام آورند. عرفًا جا افتاده و شناخته شده است. هر یک از اعضاء سازمان ملل متحده متعهد است آراء دادگاه دادگستری بین المللی را که مربوط به آن است به اجرا درآورد. و هرگاه دولت محکوم علیه از اجرای داوطلبانه حکم دادگاه سرپیچی کند، دولت ذی نفع می‌تواند با مراجعه به شورای امنیت اجرای حکم را خواستارشود. شورای مذکور یا برای

اجرای حکم توصیه‌های لازم را می‌کند و یا درباره اقداماتی که باید برای اجرای حکم به عمل آورد تصمیم می‌گیرد تصمیمی که شورای امنیت در این باره اتخاذ می‌کند برای دولت محکوم علیه الزام آور است.^۱

بند ۳: قوانین محکمه بینالمللی دادگستری

ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، قوانینی را که دیوان اعمال کند تعیین کرده است. دادگاه قوانین ذیل را اعمال می کند.

کنوانسیونهای بین المللی، اعم از کنوانسیونهای عام یا خاص که قواعدی را وضع نموده و از طرف دولتهای اصحاب دعوا صراحتاً به رسمیت شناخته شده‌اند.

آن نوع عرف بین المللی که در اثر قبولیت عام یافتن بصورت قانون پذیرفته شده‌اند.
اصحای کله حقوق، که از طرف ملا متمدن به سمیت شناخته شده باشد.

با رعایت مقررات ماده ۵۹ تصمیمات قضایی و تعلیمات عالی درجه ترین مولفین ملل مختلف بعنوان وسله‌ای فرعی برای تعیین قواعد حقوقی.

بند آخر ماده ۳۸ می‌گوید: این مقررات مانع از آن نیست که در صورت توافق اصحاب دعوا دادگاه رای خود را در دعوای مطروحه بر مبنای انصاف صادر کند. بنابر این دیوان در رسیدگی به دعاوی دولتها علیه یکدیگر اول به عهدهنامه منعقد بین آنها نگاه می‌کند و سعی می‌کند حق ادعا شده را بر مواد آن منطبق و حکم خود را نیز بر آن مواد بنا نهاد و اگر عهدهنامه‌ای در میان نباشد قاضی بین المللی به عرف مسلم بین المللی رجوع می‌کند و اگر در عرف مسلم نیز مبنایی برای حل و فصل دعوا و رای خود نیافت به اصول کلی حقوق که مورد قبول ملل متمدن جهان باشد مراجعه خواهد کرد. البته در این حالت رویه قضایی کشورها و نیز رویه قضایی ایجاد شده بوسیله خود دیوان و نیز کتب دانشمندان علم حقوق را به عنوان وسائل، فرعی، و تقویتی، مورد توجه قرار خواهد داد.

^١ - محمد رضا بيگدلی، حقوق بین الملل عامومی، ص ٢٩٤.

^١ - محمد عاليخانی، حقوق بین الملل عمومی، ص ٦٩٥

۱-۲-۱- تاریخچه دیوان بین‌المللی کیفری

دیوان بین‌المللی کیفری (ICC) بعنوان اولین دادگاه دائمی بین‌المللی در سال ۱۹۹۸

بمنظور رسیدگی به جنایات بین‌المللی ارتکابی تشکیل گردید. در حقیقت تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری محصول تلاشهایی بود که پس از جنگ جهانی اول آغاز گردید. اولین گام در جهت محاکمه و مجازات جنایتکاران بین‌المللی در معاهده ورسای ۱۹۱۹ برداشته شد بر اساس این معاهده «ویلهلم دوم» حاکم آلمان به دلیل ارتکاب برخی جرایم می‌باشد. محاکمه می‌گردید، لکن وی به هلنند پناهنه شد و هلنند نیز وی را مسترد نکرد تا اینکه در سال ۱۹۴۱ درگذشت. پس از جنگ جهانی دوم اندیشه یک دیوان بین‌المللی با صلاحیت کیفری مجدداً قوت گرفت و دو محکمه «نورنبرگ» و «توکیو» بمنظور رسیدگی به جنایات سران و فرماندهان نظامی آلمان و ژاپن تاسیس گردید. بدین منظور در تاریخ ۹ دسامبر ۱۹۴۸ مجمع عمومی از کمیسیون حقوق بین‌الملل و کمیته ویژه‌ای مشکل از نمایندگان دولتها درخواست نمود که امکان تاسیس محکمه‌ای که صلاحیت محاکمه افراد متهم به ارتکاب جنایات نسل کشی را داشته باشد، بررسی کنند. علیرغم تاکید هر دو مرجع مذکور بر مطلوب بودن تشکیل دادگاه این امر در عمل محقق نگردید. این جریان در کنوانسیون ۱۹۷۳ منع و مجازات جنایات آپارتاید نیز دنبال گردید. ماده پنجم کمیسیون حقوق بین‌الملل متعاقباً در سال ۱۹۹۱ پیش نویس قانون جنایات علیه صلح و امنیت بشری را تصویب نمود. بدنبال جنایات ارتکابی در سال‌های ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۴ در رواندا و بوسنی و

۱-۲- دیوان بین‌المللی کیفری (ICC)

صلاحیت موضوعی دیوان بین‌المللی کیفری، جنایات علیه بشریت، جنایت نسل کشی، جنایات جنگی و جرم تجاوز است و صلاحیت شخصی آن اشخاص حقیقی می‌باشد. این دیوان پس از یکم جولای ۲۰۰۲ عیسوی به عنوان محکمه‌ای دائمی و مبتنی بر معاهده بین‌المللی برای رسیدگی به جنایات بین‌المللی تاسیس شده است و آیین رسیدگی آن اظهار نظر قضایی کیفری می‌باشد.

هرزگوین شورای امنیت مبادرت به تاسیس دو دادگاه اختصاصی بین‌المللی کیفری کرد. (دادگاه یوگسلاوی و دادگاه رواندا) در سال ۱۹۹۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل طرح تاسیس دیوان بین‌المللی کیفری را تکمیل کرد و به مجمع عمومی ارسال داشت. مجمع نیز مبادرت به تاسیس دو کمیته‌ای جهت بررسی موضوع کرد که در سالهای ۱۹۹۵ تا ۱۹۹۸ به فعالیت پرداختند. سرانجام اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در ۱۵ زوئن ۱۹۹۸ در کنفرانس رم به تایید نمایندگان ۱۲۰ دولت رسید و از اول ژوئی ۲۰۰۲ لازم الاجرا گردیده است. مقر این دادگاه نیز لاهه می‌باشد.^۱

۱-۲-۲- ساختار و تشکیلات دیوان

دیوان کیفری بین‌المللی یک سازمان مستقل و دارای شخصیت حقوقی بین‌المللی است اما جزء نهادهای رسمی سازمان ملل متحد نمی‌باشد هر چند که سازمان ملل متحد در تشکیل و ادامه حیات آن نقش اساسی داشته است. دیوان دارای وظایف قضایی، تحقیقاتی و اداری می‌باشد که ارگانهایی برای انجام هر یک از این وظایف دارد. وظایف قضایی دادگاه توسط قضاط که زیر نظر رئیس دادگاه انجام وظیفه می‌کنند اجرا می‌شود. وظایف مربوط به تحقیق و تعقیب توسط دادسرا و وظایف اداری از سوی دبیرخانه انجام می‌شود. ارکان دیوان عبارت است از:

دفتر رئیس یا مسئول اداری دیوان؛

شعبات رسیدگی که عبارتند از شعبه تحقیقات مقدماتی، محاکمه و تجدید نظر؛ دفتر دادستانی که مسئول انجام تحقیقات در مورد جرائم داخل در صلاحیت دیوان است. دفتر ثبت که مسئول جنبه‌های غیر قضایی اداره و خدمات دیوان می‌باشد.

بند ۱: قضاط محکمه

^۱ - کرباتگ ساک کیتی شیایزری، حقوق بین‌الملل کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، (تهران، سمت)، صص ۵۹-۶۰

دیوان بین المللی کیفری متشكل از هجده قاضی می‌باشد. قضات از سوی مجمع دول عضو با رای مخفی حداقل دو سوم دولتهای حاضر از بین نامزدهای معرفی شده دولتهای عضو برای مدت نه سال انتخاب می‌شوند. تجدید انتخاب این افراد جز در شرایط استثنایی مجاز نمی‌باشد. قضات عضو هیات رئیسه (رئیس و دو معاون وی) از همان آغاز به طور تمام وقت انجام وظیفه خواهند کرد. درحالی که سایر قضات در صورت تایید هیات رئیسه به صورت تمام وقت انجام وظیفه می‌نمایند و در چنین صورتی نباید به هیچ حرفه دیگری اشتغال داشته باشند.

قضات منتخب در دیوان کیفری بین المللی علاوه بر داشتن صلاحیتهای عمومی مثل بی- طرفی، استقلال و شخصیت والای انسانی، باید تسلط کامل به حداقل یکی از زبانهای کاری دیوان (انگلیسی و فرانسه) داشته و صلاحیت احراز بالاترین مشاغل قضایی در کشورهای خود را نیز دارا باشند. از لحاظ تخصص قضات در موضوعات رسیدگی دو نوع تخصص برای قضات پیش بینی شده است یک دسته از آنها متخصص در حقوق جزا و دسته دیگر متخصص در حقوق بین الملل می‌باشند.^۱

بند ۲: سارنوالی

دادگاه کیفری بین المللی دارای ثارنوالی مستقلی می‌باشد که در راس آن ثارنوال با چند معاون به طور تمام وقت انجام وظیفه می‌کنند. ثارنوال و معاونان وی باید دارای ویژگی‌های والای اخلاقی و تجربیات گسترده در امر تعقیبات کیفری بوده و بر حداقل یکی از زبانهای کاری دیوان مسلط باشند. ثارنوال با رای اکثریت مطلق در مجمع دول عضو به طور مخفی برگزیده می‌شود. معاونان ثارنوال از سوی مجمع دول عضو از میان فهرستی که ثارنوال ارائه می‌کند و باید مشتمل بر سه نامزد برای هر پست معاونت ثارنوالی باشد با رای اکثریت مطلق انتخاب می‌گردند. ثارنوال و معاونان وی تبعه کشورهای مختلف و برای مدت نه سال انتخاب

^۱ - حسین میرمحمد صادقی، دادگاه کیفری بین المللی (تهران، نشردادگستر)، ص ۲۰۶.

می شوند، مگر آنکه مدت کمتری در زمان انتخاب آنها تعیین شده باشد و انتخاب مجدد آنها ممکن نباشد. آنان نباید به حرفه دیگر یا به اقدامات مخل به وظایف شان یا هر آنچه که موجب شباهه در استقلالشان می شود بپردازند.

برخی از وظایف ثارنوال به قرار ذیل است:

بررسی موقعیتهايی که ارتکاب يك يا چند جرم مشمول صلاحیت دادگاه درآنها توسط دولت عضو يا شورای امنیت به دادستان ارجاع شده است.

انجام تحقیقات براساس اطلاعاتی که درمورد يك یا چند جرم مشمول صلاحیت دادگاه به دادستان رسیده است.

أخذ مجوز انجام تحقیقات از شعبه مقدماتی.

انجام تحقیقات به وسیله بازجویی از افراد مظنون و قربانیان یاشهود، جمع آوری و بررسی مدارک، انجام تحقیقات در قلمرویک دولت(بارضایت یابدون رضایت آن).

انجام اقدامات لازم برای حفظ محرمانه بودن اطلاعات و حمایت از شهود ... ۱

بند ۳: دبیرخانه

انجام امور غیر قضایی دیوان بر عهده دبیرخانه است که تحت نظر رئیس آن و عنداللزوم یک نفر معاون قرار دارد. رئیس دبیرخانه خود تحت نظر رئیس دیوان انجام وظیفه می کند و باید از ویژگی های والای اخلاقی برخوردار بوده و به حداقل یکی از زبانهای کاری دادگاه تسلط کامل داشته باشد. رئیس دبیرخانه با رای مخفی اکثریت مطلق قضاط با در نظر گرفتن توصیه های مجمع دول عضو برای مدت پنج سال به طور تمام وقت انتخاب می شود و تجدید انتخاب وی تنها برای یکبار ممکن می باشد. هرگاه رئیس یا معاون دبیرخانه مرتکب نقض شدید وظایف خود به موجب اساسنامه شده یا قادر به انجام وظیفه نباشد با رای اکثریت مطلق قضاط عزل می شوند.^۲

^۱- همان، صص ۲۲۰ الی ۲۲۲

^۲- همان، ص ۲۲۴

۲-۱- صلاحیت دیوان کیفری بین المللی

بند ۱: صلاحیت موضوعی (Inherent Jurisdiction)

صلاحیت موضوعی ناظر به جرایمی است که دیوان می‌تواند آنها را تحت تعقیب قرار دهد که عبارتند از: جنایات نسل کشی، جنایات علیه بشریت، جنایات جنگی، جنایات تجاوز و ... که این مسائل در گفتار بعد تحت عنوان جرائم قابل تعقیب دیوان بررسی می‌شود.

بند ۲: صلاحیت تكمیلی

به هنگام تاسیس دیوان بین المللی کیفری مساله ارتباط این دیوان با محاکم داخلی و ملی کشورها و تعارض صلاحیتی آن مطرح گردید، یعنی این سؤال مطرح بود که تعارض صلاحیت دیوان بین المللی کیفری و محاکم ملی به چه نحوی حل شود؟ در تاریخ محاکم کیفری بین المللی این مساله نیز رعایت شده بود. بطور مثال مواد ۱۰ و ۱۱ منشور نورنبرگ بر صلاحیت محاکم ملی دولتهای عضو در رسیدگی به جرایم اشخاص، گروه‌ها یا سازمانهای جنایتکار با در نظر گرفتن محاکمات نورنبرگ تاکید داشت. در مورد محاکم یوگسلاوی و رواندا نظریه صلاحیت موازی با برتری صلاحیت دادگاه یوگسلاوی مورد تایید قرار گرفت. بند ۱ از ماده ۹ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری یوگسلاوی سابق تصویب می‌دارد که: «محکمه بین المللی و محاکم ملی از صلاحیت موازی در تعقیب متهم به ارتکاب نقض فاحش حقوق بشر دوستانه بین المللی برخوردار می‌باشند». با این حال تقدم به صلاحیت محکمه یوگسلاوی داده شده است. بند ۲ در این خصوص بیان می‌کند که صلاحیت دیوان بین المللی مقدم بر صلاحیت محاکم ملی خواهد بود. در هر مرحله از رسیدگی دادگاه بین المللی از محاکم ملی می‌تواند رسمای درخواست نماید که مطابق با اساسنامه و قواعد دادرسی و ادله دادگاه بین المللی، رسیدگی به موضوع را به دادگاه یوگسلاوی واگذار نمایند. در جریان تدوین اساسنامه دیوان بین المللی کیفری اصل «تکمیلی بودن صلاحیت دیوان» مورد پذیرش قرار گرفت. این اصل در جریان مذاکرات مقدماتی چندان روشن و واضح نبود. با این حال نهایتاً در کنفرانس دیپلماتیک با اکثریت مطلق به تصویب رسیده

به موجب آن محاکم ملی مسئولیت اصلی در تحقیق و تعقیب جنایات بین‌المللی موضوع صلاحیت دیوان را دارا می‌باشند و در صورت عدم تمایل یا توانایی و یا نبود دستگاه قضایی مستقل و کار آمد، دیوان بین‌المللی کیفری مبادرت به اعمال صلاحیت خواهد کرد. این موضوع در مقدمه ماده ۱ و ماده ۱۷ اساسنامه رم مورد تایید قرار گرفته است. بنابر این طبق این اصل اساسی دیوان بین‌المللی کیفری مکمل محاکم ملی است؛ ولی جایگزینی یا جانشینی محاکم ملی نیست و صرفاً تحت شرایطی مبادرت به اعمال صلاحیت خواهد نمود.

بند ۳: صلاحیت زمانی (Ratione Temporis)

لازم الاجرا شدن اساسنامه آن ارتکاب می‌یابند. در مورد دولتها یکی که بعد از لازم الاجرا شدن اساسنامه به آن ملحق می‌شوند، دیوان فقط نسبت به جرایم ارتکابی پس از لازم الاجرا شدن اساسنامه نسبت به آنها واجد صلاحیت است. طبق بند ۱ ماده ۱۲۶ اساسنامه دیوان، دیوان از اولین روز ماه پس از شصتمین روز از تاریخ تودیع شصتمین سند تصویب، پذیرش، موافقت یا الحق نزد دبیرکل سازمان لازم الاجرا می‌شود. اساسنامه دیوان از اول جولای ۲۰۰۲ لازم الاجرا گردیده است. برای آن دسته از کشورها که پس از این مدت اساسنامه را تصویب می‌نمایند یا با آن موافقت می‌کنند یا به آن ملحق می‌شوند، اساسنامه از نخستین روز ماه بعد از تاریخ سپردن سند تصویب، پذیرش موافقت یا الحق توسط آن دولت نزد دبیرکل سازمان ملل متحد لازم الاجرا خواهد شد. آن دسته از جرایم مشخص شده که دیوان صلاحیت رسیدگی به آن دارد مشمول مرور زمان نمی‌گردد.^۱

^۱ - ویلیام ا. شبیث، مقدمه ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه باقر میر عباسی و حمید الهوئی نظری (تهران، نشر جنگل)، صص ۸۰-۷۹

بند ۴: صلاحیت شخصی (Ratione Personae)

در ماده ۱۱ اساسنامه دیوان آمده است که تنها دیوان ذیصلاح به رسیدگی به جرایم اشخاص می‌باشد بنابر این مسئولیت کیفری دولتی در این دیوان قابل رسیدگی نیست. البته شخص مورد نظر باید دارای مشخصه‌هایی باشد:

الف - شخص باید حقیقی باشد نه شخص حقوقی.

ب - اشخاص در زمان ارتکاب جرم باید بیشتر از هجده سال داشته باشند. بنابر این اشخاص زیر سن هجده سال در صورت امکان توسط دادگاه‌های داخلی و بر اساس قوانین ملی محاکمه می‌گردند.

ج - یکی از جرایم مشرووحه در مواد ۵ و ۶ و ۷ و ۸ را مرتكب شده باشند. بعبارت دیگر دارای مسئولیت کیفری باشد. اما ملاحظاتی در خصوص صلاحیت شخصی دیوان وجود دارد که عبارت از:

اگر شخصی در زمان ارتکاب جرم مبتلا به نوعی بیماری یا اختلال روانی یا بطور کلی فاقد اراده باشد، مسئولیت ندارد.

اگر شخصی جرم را مرتكب نشده باشد لکن ارتکاب جرم مذکور را دستور داده یا تشویق به انجام آن نیز کرده باشد مجرم است.

اگر شخصی در ارتکاب جرم از هر نوع مساعدتی برای ارتکاب جرم یا تلاش برای ارتکاب جرم دریغ ننموده باشد، نیز مجرم است.

سمت رسمی افراد متهم تاثیری در صلاحیت ندارد. بنابراین هر گونه مصونیت چه براساس حقوق داخلی و چه بر اساس حقوق بین‌الملل به مقامات اعطا شده باشد مانع از رسیدگی نمی‌باشند. (ماده ۲۷ اساسنامه) لازم به ذکر است که این مساله قبل نیز در اساسنامه دادگاه‌های کیفری یوگسلاوی و رواندا آمده است. به علاوه مجمع عمومی طی قطعنامه (۱۱) مورخ ۱۱ دسامبر ۴۶ خود به اتفاق آراء اصل مذکور را تایید نمود. شاید بتوان گفت ماده مذکور که مصونیت مقامات مانع از رسیدگی نمی‌داند در واقع اوج تحدید

حاکمیت دولتها باشد چرا که در گذشته مصونیت مقامات دولتی از مصادیق بارز حاکمیت بوده است. دولت فرانسه قبل از پیوستن به اساسنامه مقررات قانون اساسی خود مربوط به مصونیت رئیس جمهور را اصلاح کرد.

فرماندهان نظامی یا شخصی که عملاً وظایف فرماندهی نظامی را انجام می‌دهند نسبت به جرایمی که رسیدگی به آنها در صلاحیت دیوان است و حسب مورد توسط نیروهایی که تحت فرماندهی و کنترل موثر او یا تحت اقتدار و کنترل موثر او ارتکاب یافته‌اند مسئول است، چنانچه وی کنترلی را که می‌بایست در مورد نیروهای تحت امر خود اعمال نماید، انجام ننموده باشد.

۴-۲-۴- جرائم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری بین المللی

بند۱: نسل کشی (Genocide)

ماده ۶ اساسنامه دیوان و ماده ۲ کنوانسیون ژنوی، این جرم را به عنوان پنج اقدام خاص ارتکابی با قصد از بین بردن یک گروه مذهبی، نژادی، قومی، ملی، و یا شبیه به آن تعریف می‌کند. این پنج اقدام عبارتند از: کشتن اعضای آن گروه، صدمه شدید نسبت به سلامت جسمی و یا روحی افراد آن گروه، تحمل شرایطی بر آن گروه که منجر به نابودی آن گردد، جلوگیری از توالد در داخل گروه و انتقال اجباری کودکان از آن گروه به گروهی دیگر. این تعریف در قوانین کیفری بسیاری از کشورها گنجانده شده اگر چه تعقیب به این دلیل عملاً کمتر اتفاق افتاده است.^۱

بند۲: جنایت علیه بشریت (Crimes Against Humanity)

در تعریف این دسته از جنایات بیان شده است: «هریک از اعمال مشخص شده در بنده ۱ ماده ۷ اساسنامه است که در قالب حمله‌ای گسترده یا سازمان یافته علیه یک جمعیت غیر نظامی و با علم به آن حمله ارتکاب می‌یابند. حمله گسترده و سازمان یافته شامل رفتاری

^۱- همان، ص ۴۸

می‌شود که علیه هر جمعیت غیر نظامی در تعقیب یا پیشبرد سیاست یک دولت یا یک سازمان انجام می‌گیرد.

جرائم علیه بشریت از زمان «عهدنامه ورسای» شناخته شده است، اما زمان تبلور مشخص آن در اساسنامه دادگاه نورنبرگ بود. البته تاکنون جرائم علیه بشریت در یک سند چند جانبه به طور مشخص نیامده است. با وجود این، برخی مواد آن در اساسنامه‌های دادگاه‌های کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا دیده می‌شود. به ترتیب در مواد ۳ و ۵ اساسنامه‌های مذکور و همچنین در اساسنامه دیوان اختصاصی سیرالئون جنایت علیه بشریت مد نظر قرار گرفته است.

سه عامل وقوع حمله علیه جمعیت غیر نظامی، گستردگی یا سازمان یافتنگی حمله و علم به حمله برای تحقق جنایات علیه بشریت مهم ضروری می‌باشد. جرائم علیه بشریت هم می‌توانند در زمان صلح و هم در زمان یک مخاصمه مسلحانه بوقوع بپیونددن. این مخاصمه می‌تواند بین‌المللی یا غیر بین‌المللی باشد بعلاوه هم می‌تواند توسط نیروهای دولتی و یا توسط منابع غیر دولتی ارتکاب یابد.^۱

اساسنامه دیوان یازده فقره از انواع جنایات علیه بشریت را برشموده است که این موارد عبارتند از:

۱- قتل؛ حمایت از جان، یک اصل کلی است که در اسناد و معاهدات بین‌المللی متعددی مورد اشاره قرار گرفته است. قتل در همه نظامهای حقوقی داخلی یک جرم سنگین محسوب می‌شود. قتل را باید کشنیدن بدون دلیل و عمدى دانست که نه تنها کشنید مستقیم بلکه مواردی را نیز در بر می‌گیرد که متهم با ایجاد شرایطی که معمولاً به مرگ فرد می‌انجامد مسبب مرگ قربانی می‌شود.

^۱ - علیرضا دیهیم، درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی (تهران، وزارت امور خارجه) صص ۱۵۲ الی ۱۶۰

۲- به بردگی گرفتن؛ بند ۱۲ از ماده ۷ اساسنامه دیوان این عمل را به معنی اعمال یک یا همه حقوق مربوط به مالکیت بر یک شخص که مشتمل براعمال این حقوق دراثنای فاچاق اشخاص، به ویژه زنان و کودکان می‌باشد، دانسته است عناصر تشکیل دهنده جرایم به مواردی چون خرید، فروش، کرایه دادن، یا معاوضه یا سایر موارد مشابه که باعث محروم شدن از آزادی می‌شود نیز اشاره کرده است.

۳- نابود سازی؛ منظور از نابود سازی کشنن گسترده و در ابعاد وسیع می‌باشد. خود مرتكب لازم نیست دست به قتل در ابعاد وسیع زده باشد بلکه همین که عمل او بخشی از قتل گسترده یک جمعیت غیر نظامی باشد کفایت می‌کند. همچنین تحمیل شرایطی به جمعیت غیر نظامی از جمله جلوگیری از دسترسی آنها به غذا یا دارو برای نابود کردن آنان می‌تواند موجب تحقق این عنوان مجرمانه گردد.

۴- اخراج یا انتقال اجباری جمعیت؛ بند ۲ از ماده ۷ اساسنامه این عمل را به معنی جایه جا کردن اجباری اشخاص مربوطه به زوریا با اعمال اجبار کننده دیگر از محلی که قانونا در آن حضور دارند بدون هیچ دلیل موجبه از لحاظ حقوق بین الملل دانسته است.

۵- محبوس کردن یا محروم کردن شدید از آزادی فیزیکی؛ عناصر تشکیل دهنده جرایم ارتکاب اینجرم را به مرتكبی قابل استناد دانسته است که یک یا چند نفر را محبوس ساخته یا به شکل دیگری از آزادی جسمانی محروم کرده است و این عمل ضمن اینکه آنچنان شدید بوده که منجر به نقض قواعد اساسی حقوق بین الملل شده است.

۶- شکنجه؛ بند ۲ از ماده ۷ اساسنامه شکنجه را عبارت از ایراد عمدی درد یا رنج شدید، اعم از جسمی یا روحی علیه شخصی که بازداشت یا تحت کنترل متهم قرار دارد دانسته و تصریح کرده است که درد یا رنجی که ناشی از اعمال مجازاتهای قانونی یا نهفته در آنها و یا فرع بر آنها است شکنجه محسوب نمی‌شود.

۷- خشونت جنسی؛ این جرم مشتمل بر ارتکاب اعمالی است مثل تجاوز جنسی، بردگی جنسی، فحشای اجباری، حاملگی اجباری، عقیم کردن اجباری و سایر خشونتهای جنسی مشابه.

۸- اذیت و آزار؛ منظور از اذیت و آزار محروم کردن عمدی و جدی اشخاصی از حقوق اساسی به دلیل هویت گروهی آنها برخلاف موازین حقوق بین‌الملل می‌باشد. این هویت می-تواند بر مبنای سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی، جنسیتی یا مبانی مشابه استوار باشد. رفتار ارتکابی باید در ارتباط با یکی از جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری بین‌المللی ارتکاب یافته باشد.

۹- ناپدید کردن اجباری اشخاص؛ این عمل به معنی دستگیر کردن بازداشت یا ربایش افراد توسط یک دولت یا سازمان سیاسی یا با مجوز، حمایت یا رضایت آن است، در حالی که هیچ اطلاعاتی در مورد سرنوشت این افراد یا محل نگهداری آنها داده نمی‌شود و غرض از این کار محروم کردن این اشخاص از حمایت قانون برای مدت زمان طولانی است.

۱۰- تبعیض نژادی؛ آپارتاید به معنی اعمال غیر انسانی مشابه اعمال مذکور در بند اول ماده ۷ می‌باشد که در یک رژیم مبتنی بر ظلم و ستم سازمان یافته و تفوق یک گروه نژادی بر گروه یا گروههای دیگر به منظور حفظ آن رژیم ارتکاب می‌یابد.^۱

بند ۳: جنایات جنگی (War crime)

جنایات جنگی، جنایاتی است که ارتکاب آنها نقض حقوق بشر دوستانه بین‌المللی ناظر بر درگیری‌های مسلحه را در پی دارد. به موجب این حقوق در هدایت درگیری‌های متخاصل باید به سه اصل ضرورت، انسانیت و مردم پایبند باشند. به موجب اصل ضرورت صرفا اقدامات ضروری برای دستیابی به پیروزی مجاز است. اصل ضرورت تنها در مورد نیل به اهداف نظامی در صحنه نبرد قابل استناد است.

انسانیت یا انسان دوستی میزان خشونت مجاز را تعیین می‌کند و به موجب آن اقدامات غیر ضروری یا افراطی ممنوع می‌گردد. مرووت به معنای رعایت انصاف و احترام متقابل میان نیروهای متخاصل است. ازسویی هر جنایتی که درین یک درگیری مسلحه صورت

^۱ - میرمحمد صادقی، پیشین، صص ۱۰۲ تا ۱۲۱

گیرد جنایت جنگی محسوب نمی‌شود. جنایت جنگی باید پیوندی کافی با خود درگیری مسلحانه داشته باشد. اساسنامه دیوان بین المللی کیفری فهرست جامعی از جنایات جنگی ارائه می‌دهد. به موجب بند ۱ ماده ۸ اساسنامه دیوان صلاحیت رسیدگی به جنایات جنگی را خواهد داشت به ویژه هنگامی که این جنایات به عنوان بخشی از یک برنامه یا سیاست یا به عنوان بخشی از ارتکاب چنین جنایاتی در مقیاس گسترده صورت گیرد.

بند ۴: مرتكبین جنایات جنگی؛

کلیه اشخاص را می‌توان به لحاظ جزایی مسول ارتکاب جنایات جنگی قلمداد کرد. در محاکم بعد از جنگ جهانی دوم نه تنها سربازان بلکه مردم کوچه و بازار، اعضای دولت، مقامات و مدیران حزبی و صاحبان صنایع و تجار، قضات و ثارنوالان، پزشکان و پرستاران، ماموران اعدام و نیز زندانیان اردوگاه‌های کار اجباری به سبب ارتکاب جنایات جنگی گناهکارشناخته شدند. بر این اساس افراد غیر نظامی نیز ممکن است مسول ارتکاب جنایات جنگی شناخته شوند؛ همانند «هیروتا» وزیر امور خارجه سابق ژاپن که به خاطر ارتکاب جنایات جنگی در حین «ماجرای هتک نوامیس در شهر نانکینگ» در دادگاه توکیو محاکمه شد.^۱

۱-۲-۵ آیین رسیدگی دیوان

به موجب ماده ۶۲، شهر لاهه مکان محاکمه و مقر دیوان است مگر آنکه به نحو دیگری تصمیم گیری شده باشد. محاکمه علنی می‌باشد چیزی که هم وظیفه شعبه بدوى و هم حق متهم است. معهذا شعبه بدوى می‌تواند در مواردی از این قاعده کلی پیروی نکند. محاکمه غیر علنی به منظور حفاظت از اطلاعات حساس و محترمانه‌ای که به عنوان دلیل قرار است ارائه شود مجاز دانسته شده است. متهم حتی در موارد محاکمه غیر علنی نیز می‌باشد در محکمه حاضر شود. حضور در محکمه متضمن چیزی فراتر از یک حضور فیزیکی است. متهم

^۱ - کربانگ ساک کیتی شیایزری، حقوق بین المللی کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی (تهران، سمت)

باید در وضعیتی باشد که گرددش کار دادرسی را بفهمد و این ممکن است مستلزم آن باشد که چنانچه رسیدگی دیوان به زبان دیگری غیر از زبانی باشد که متهم آنرا درک می‌کند وی بتواند به ترجمه‌ای قابل فهم از آن دسترسی یابد. دادرسی می‌تواند بدون حضور متهم ادامه یابد و این در جایی است که وی اقدام به اخلال کرده باشد. اساسنامه دیوان می‌گوید که این اخلال در دادرسی باید مداومت داشته باشد و این نشان می‌دهد که مراحت متهم باید مکرر و مصرانه باشد.

متهم اگر چه حق انتخاب وکیل را دارد؛ ولی این حق نامحدود نیست دادگاه‌های ویژه قاعده‌ای را پذیرفته‌اند که به موجب آن وکیل یا باید از اساتید مطرح جهانی در علم حقوق و یا فردی باشد که در نظام حقوقی یک کشور کار حقوقی کرده باشد. این فرد می‌تواند قاضی، دادستان، وکیل یا سایر مقامات مشابه در حوزه آئین دادرسی کیفری باشد. وکیل مدافع همچنین باید حداقل به یکی از زبان‌های کاری دیوان علم کافی داشته و در کاربرد آن سلیس و روان باشد. در مواردی که مصالح عدالت اقتضاء کند از طرف دادگاه راسا برای متهم وکیلی تعیین می‌شود که در صورت عجز او از پرداخت حق الوکاله هزینه‌ای نخواهد داشت. در شروع محاکمه متهم باید از اتهاماتی که پیش از این توسط شعبه مقدماتی احراز شده مطلع گردد، شعبه بدوى باید متقاعد شود که متهم ماهیت اتهامات را درک کرده است.^۱

بند ۱: تجدید نظر آرای دادگاه (Appeal)

درخواست تجدید نظر علیه آراء برائت یا محکومیت با استناد به یک اشتباه مربوط به آئین دادرسی، یک اشتباه ماهوی، یک اشتباه در اجرای قانون یا هر جهت دیگری که به منصفانه بودن یا اطمینان بخشی رسیدگی یا رای محکمه تاثیر نامطلوبی داشته باشد قابل

^۱ - ویلیام اشبت، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین المللی، مترجم باقر میر عباسی و حمیدالهوثی نظری (تهران، نشر جنگل) صص ۱۵۷ الی ۱۷۰

پذیرش است. تصمیم مربوط به تعیین مجازات نیز با ادعای عدم تناسب میان جرم و مجازات تعیین شده قابل تجدید نظر خواهی است.^۲

۶-۱-۲- حقوق قابل اجرا در دیوان کیفری (Binding Law)

هر محکمه بین المللی در تبیین و تفسیر قواعد حقوقی مطابق مفاد سند تاسیس خود عمل می کند. دیوان بین المللی کیفری نیز که به موجب اساسنامه مربوطه تاسیس گردیده به همین کیفیت اقدام می کند. مطابق اساسنامه دیوان، دیوان حقوق زیر را اجرا خواهد کرد:

الف- در اولین مرحله، اساسنامه و مقررات آئین دادرسی و ادله.

نقش و جایگاه حقوقی محاکم قضائی و ...

ب- در صورت اقتضاe معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین الملل عام (شامل اصول مربوط به حقوق مخاصمات مسلحانه) در صورت فقدان موارد فوق اصول عمومی حقوق که توسط محکمه بر مبنای قوانین ملی نظامهای حقوقی استخراج می‌شود. و در صورت اقتضاe قواعد حقوق ملی دولتهایی که قاعده‌تا نسبت به جرم مورد نظر اعمال صلاحیت می‌نمایند مشروط بر اینکه اصول مذکور مغایر با اساسنامه و حقوق بین الملل و یا هنجارها و طوابط شناخته شده بین المللی نباشد. همچنین حقوق ملی دولتی که جرم در سرزمین آن واقع شده یا اگر جرم در سرزمین بیش از یک کشور واقع شده است حقوق ملی دولتی که بخش عمدی و اصلی جرم در سرزمین وی واقع شده است. و اگر قوانین دولت یا دولتهای فوق الذکر در این زمینه مقرراتی نداشته باشند، حقوق ملی دولتی که متهم تابعیت آنرا دارد است یا اگر متهم بدون تابعیت است حقوق ملی دولتی که در سرزمین آن متهم اقامت اختیار کرده است و اگر قوانین دولتهای فوق الذکر مقرراتی نداشته باشند، حقوق ملی دولتی که متهم تحت بازداشت اوست قابل اجراست.^۱

^٢ - محمد جواد شریعت باقری، حقوق کیفری بین المللی، (تهران، نشر جنگل)، ص ۵۶۳

^١ - همان، صص ٢٠٧ و ٢٠٨.

۱-۲- دیوان دائمی داوری، Permanent Court of Arbitration (PCA)

دیوان دائمی داوری، سازمان بینالدولی است که از طریق داوری اقدام به حل و فصل اختلافات میکند. و صلاحیت موضوعی آن اختلافاتی از جمله اختلافات دولتی، تجاری، بازرگانی، مرزی، سرزمینی و ... میباشد، و صلاحیت شخصی آن دولتها، اشخاص خصوصی و سازمانهای بینالمللی است.

۱-۳-۱- تاریخچه دیوان دائمی داوری

در سال ۱۸۹۹ عیسوی، بیست و شش کشور در شهر لاهه هلند با هدف بررسی موضوعات مختلف از جمله جنگ، صلح و کنترل تسلیحات در کنفرانسی موسوم به کنفرانس اول لاهه گردهم آمدند. کنفرانس مذکور بنابه ابتکار «تزار روس، نیکلای دوم» برگزار گردید و هدف اولیه آن حفظ صلح و خلع سلاح بود. تزار در نامه ارسالی خویش به دولتها پیشنهاد استفاده از شیوههای مختلف پیشگیری از درگیری مسلحه همانند مساعی جمیله، میانجیگری و داوری ارادی را داده بود. البته پیش از این تاریخ نیز دولتها مبادرت به حل و فصل اختلافات خویش از طریق این گونه آیینها نموده بودند. هدف تزار این بود که با تقویت شیوههای حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات از وقوع جنگ و درگیری پیشگیری شود، اگرچه بدنبال تاسیس یک رکن دائمی حل و فصل اختلافات نبود.

گروهی از دولتها به رهبری انگلیس در کنفرانس اول لاهه معتقد بودند که صرف وجود و تقویت ساز و کارهای حل و فصل اختلافات نمیتواند در پیشگیری از جنگ موثر واقع شوند، و میبایست مضافاً مبادرت به تشکیل یک نهاد دائمی حل و فصل اختلاف کرد. در مقابل، برخی از دولتها به رهبری آلمان با طرح موضوع حاکمیت دولتها اعلام داشتند که ایجاد یک رکن بینالمللی دائمی موجب تضعیف حاکمیت دولتها خواهد گردید و تمام تلاش خویش را بر محدود نمودن هرچه بیشتر اختیارات دیوان پیشنهادی متمرکز کردند. پس از انجام مذاکرات بسیار، پیشنهاد میانهای مورد پذیرش قرار گرفت. بموجب این پیشنهاد دیوان دائمی داوری تاسیس گردید لکن نقش اراده دولتها در اعمال صلاحیت آن بسیار چشمگیر

بود. اول اینکه بجای وجود هیاتی از قضات مقرری گردید فهرستی از داوران احتمالی تهیه گردیده که در حقیقت اعضای دیوان بشمار آیند. هر یک از دولتهای عضو کنوانسیون بتواند چهار نفر را برای درج در این فهرست معرفی کنند. افراد مذکور می‌باشد در حقوق بین‌الملل متبحر بوده و شهرت اخلاقی بالایی را دارا باشند و بتوانند وظایف داوری را ایفاء کنند. ثانیاً دولتها در ارجاع اختلافات خویش به داوری الزامی نداشته باشند و این امر ارادی و غیر الزام آور باشد. بعارت دیگر در کنفرانس اول لاهه مشخص گردید که دولتها آمادگی پذیرش داوری اجباری را نداشتند. البته روسیه پیشنهاد نمود که چنانچه موضوع دعوا به تفسیر یا اجرای یک موافقتنامه بین‌المللی مرتبط بوده و رسیدگی به موضوع به منافع ملی حیاتی کشورها خللی وارد نمی‌سازد، داوری اجباری باشد لیکن این پیشنهاد نیز بدليل مخالفت آلمان مورد پذیرش قرار نگرفت. بعلاوه قرار شد شورای اداری که متشکل از نمایندگان دیپلماتیک کشورهای عضو در هلند خواهد بود، برفعالیت‌های دیوان نظارت داشته باشد.

علیرغم محدودیت اختیارات دیوان دائمی داوری تاسیس این مرجع یک دستاورده مهمی برای حقوق بین‌الملل بشمار می‌آید که همواره از نداشتن یک مرجع دائمی حل و فصل اختلافات جهت تضمین قواعد هنجاری رنج می‌برده است. کنفرانس دوم لاهه نیز در سال ۱۹۰۷ برگزار گردید و علیرغم اصلاح برخی مقررات کنوانسیون ۱۸۹۹ تغییرات چندانی در دیوان بوجود نیامد. تنها نکته مثبت این است که بدليل مشارکت بیشتر دولتها در این کنفرانس بر اعضای دیوان افزوده گردید.

۲-۳-۱- شیوه‌های حل و فصل اختلافات در دیوان دائمی داوری

کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ به دیوان اجازه داده است که به حل و فصل اختلافات از طریق مساعی جمیله، میانجی‌گری، تحقیق و داوری بپردازد. در سال ۱۹۳۰ شورای اداری دیوان دائمی داوری، دیوان را قادر ساخت که به حل و فصل اختلافات از طریق کمیسیون‌های سازش بپردازد. بعارت دیگر می‌توان بهمنظور بسیاری از شیوه‌های مذکور از

ماده ۳۳ منشور استفاده نمود. دیوان بدین منظور مبادرت به تهیه و تدوین برخی قواعد داوری و سازش کرده است. در این خصوص بطور مثال به قواعد داوری اختلافات بین دولتها در سال ۱۹۹۲؛ قواعد داوری اختلافات بین‌المللی که یکی از اطراف آن دولت نمی‌باشد در سال ۱۹۹۳؛ قواعد داوری اختلافات بین سازمانهای بین‌المللی و دولتها در سال ۱۹۹۶؛ قواعد داوری اختلافات بین سازمانهای بین‌المللی و اشخاص خصوصی در سال ۱۹۹۶؛ قواعد سازش دیوان دائمی در سال ۱۹۹۶؛ قواعد کمیسیون‌های تحقیق در سال ۱۹۹۷؛ قواعد داوری اختلافات مربوط به منابع طبیعی و محیط زیست در سال ۲۰۰۱؛ و قواعد سازش اختلافات مربوط به منابع طبیعی و محیط زیست در سال ۲۰۰۱؛ می‌توان اشاره نمود.^۱

۳-۱-۳-۳- ساختار سازمانی دیوان دائمی داوری

بند۱: اعضاء دیوان

شوراهای عضو دیوان دائمی داوری باید متعاهد یکی از کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ تا ۱۹۰۷ لاهه باشند. به عبارت دیگر هر کشور متعاهد این کنوانسیون‌ها، خود به خود عضو دیوان دائمی داوری محسوب می‌گردد. تا سال ۲۰۰۴ دیوان ۱۰۲ کشور متعاهد داشت.

بند۲: داوران (Arbitration)

حدود ۲۶۰ نفر از حقوقدانان واجد صلاحیت و مشهور در زمینه حقوق بین‌الملل که از نظر اخلاقی در کشور خود از حسن شهرت و برجستگی خاص برخوردارند، در لیست کلی دیوان قرار دارند. این اشخاص از طرف دولتهای متعاهد کنوانسیون ۱۸۹۹ یا ۱۹۰۷ لاهه انتخاب و معرفی می‌شوند و دیوان هیات‌های متشکل از این حقوقدانان است.

هر دولت عضو، حق انتخاب و معرفی حداکثر چهار نفر را دارد. این چهار نفر به عنوان «گروه ملی» (National Group) آن دولت شناخته می‌شوند و خود به خود در فهرست

^۱ - ریه کا ام.ام. والاس، حقوق بین‌الملل، ترجمه محمد شریف (تهران، نشر نی)، صص ۳۷۳ و ۳۷۴.

نامزدهای انتخاب قضات دیوان بین المللی دادگستری قرار می گیرند. اعضای دیوان برای مدت شش سال انتخاب می شوند و تجدید انتخاب آنها بلامانع است.^۱

۴-۳-۱- ارکان دیوان

بند ۱: دفتر بین المللی (International Bureau)

ستون فقرات و چارچوب دیوان دائمی داوری دبیرخانه آن می باشد که به عنوان «دفتر بین المللی» شناخته می شود. دفتر بین المللی مهمترین رکن دیوان است و تحت نظر و ریاست دبیرکل به عنوان یک مجرای ارتباطی برای تبادل اطلاعات و ارتباط با طرفین دعوا عمل می کند. به طور کلی وظایف دبیرخانه (دفتر بین المللی) به شرح ذیل است:

دریافت و ارسال پیامها، مسولیت امور دفتری از قبیل ثبت دادخواستها، ابلاغ اوراق قضایی، تعیین وقت جلسات هیات داوری و

حافظت و نگهداری از اسناد و بایگانی منظم آنها.

مشاوره و ارائه اطلاعات جهت کمک به طرفین در حل اختلاف؛ حتی اگر طرفین عضو کنوانسیون های لاهه هم نباشند.

تشکیل کمیته های تخصصی در زمینه تدوین قواعد اختیاری در موضوعات مختلف و تهییه فهرست دعاوی مبتلا به و دعاوی جمعی.

مبانی مشروعیت

«توفیف موقت متهم»

پیش از محاکمه در حقوق کیفری

با نگاه انتقادی به قانون اجرآت جزایی موقت برای محاکم افغانستان

»»» خداداد احسانی

قسمت اول

چکیده

توفیف متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی و کشف جرم، یکی از شدیدترین قرارهای تأمینی است که گاهی از سوی مقام صالح قضایی با توجه به درجه و خامت جرم ارتکابی، صادر می‌شود. در باره مشروعیت و یا عدم مشروعیت توفیف متهمی که هنوز مجرمیت او در یک محکمه صالح اثبات نشده است، میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد، و هرکدام دلائلی بر مدعای شان، ارائه کرده است. در این مقاله، توفیف متهم، تنها در مرحله تحقیق و پیش از محاکمه بحث شده است. دلائل موافقان و مخالفان مشروعیت توفیف متهم، حق اعتراض متهم بر توقيف، دادگاه صالح برای رسیدگی به آن، موارد، مدت، و جانشین‌های توقيف موقت در حقوق کیفری، و با نگاه انتقادی به قانون اجرائات جزایی موقت افغانستان بررسی شده است.

واژگان کلیدی

مبانی، مشروعیت، توفیف، اصل برائت، عدالت، جبران خسارت، جانشین‌های کیفری.

مقدمه

واژه‌هایی؛ چون «توقیف موقت»، «بازداشت موقت»، «حبس موقت» «توقیف احتیاطی» و «حبس احتیاطی»، همگی به یک معنا و مفهوم دلالت می‌کنند، منتها هر کدام از این واژه‌ها در حقوق کشور خاصی کاربرد دارد؛ به عنوان مثال، در حقوق کشورهای عربی از واژه «حبس احتیاطی» استفاده می‌شود، و در حقوق ایران، مطابق ماده ۳۲ «قانون آیین دادرسی کیفری» این کشور، کلمه «بازداشت موقت» به کار می‌رود؛ ولی در حقوق افغانستان از واژه «توقیف موقت» استفاده می‌شود، و منظور از این واژه این است که اگر قرائن کافی برارتکاب جرم از سوی متهم وجود داشته باشد، و همچنین، مصلحت تحقیقات، توقیف متهم را اقتضا کند، در این صورت، متهم پیش از محاکمه تحت بازداشت قرار می‌گیرد، تا این‌که برای تحقیقات، وضع مجرمیت و یا بی‌گناهی او برای مقامات صالح قضایی روشن شود.

بحث پیرامون «توقیف موقت متهم» پیش از محاکمه، یک بحث بسیار گسترده است، به گونه‌ای که حقوق‌دانان کشور مصر چندین جلد کتاب در باره این موضوع نوشته است، و گنجاندن همه مباحث آن، در یک مقاله چند صفحه‌ای امکان پذیر نیست؛ زیرا توقیف موقت، در حقوق کیفری، موافقان و مخالفانی دارند، و هر کدام برای اثبات نظریه‌شان، دلالتی ارائه کرده‌اند. در این مقاله ادله دو طرف به طور مختصر بررسی شده، و قانون اجرائات جزایی موقت برای محاکم افغانستان؛ نیز در این زمینه مورد نقد قرار گرفته است. توقیف موقت از دیدگاه کسانی که آن را مشروع می‌دانند، فرصت و زمینه یک تحقیق عادلانه را فراهم می‌کند؛ زیرا، ممکن است که آزادی متهم، برحسب اجرای تحقیقات و سیر صحیح پرونده تأثیر بگذارد، و او به واسطه ترساندن شهود و یا از طریق دخالت در گزارش‌های کارشناسان، تحقیقات را از مسیر واقعی اش منحرف کند، از سوی دیگر، توقیف موقت، باعث مصون ماندن خود متهم از تعرض و تجاوز دشمنانش علیه او می‌شود؛ اما از دیدگاه مخالفان، توقیف موقت، مخالف اصل برائت است، و متهمی که هنوز مجرمیت او ثابت نشده است، به زندان انداختن وی مبنای شرعی و حقوقی ندارد، از طرف دیگر، توقیف موقت، هزینه‌های مالی زیادی را

برمتهم و جامعه تحمیل می‌کند. بنابراین، با توجه به دیدگاه‌های موافقان و مخالفان توقيف موقت، برمقامات تحقیق لازم است که جز در حد ضرورت، به توقيف موقت اتکا نکنند، به دلیل این‌که توقيف موقت، یک استثنا بر اصل برائت و فرض بی‌گناهی متهم است که در قانون‌های اساسی بسیاری از کشورها؛ از جمله قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان برآن تصریح شده است. در این مقاله تنها به توقيف متهمن در مرحله تحقیقات و پیش از محاکمه پرداخته شده، و به توقيف متهمن در مراکز پلیس که از آن به «توقيف تحت نظر» تعبیر می‌شود، نپرداخته است، و همچنین، توقيف موقت محکوم‌علیه پس از محاکمه به منظور اجرای حکم؛ نیز مورد بحث قرار نگرفته است. این مقاله متشکل از چهار فصل است که در فصل اول، به بیان مفاهیم، پیشینه و مبانی مشروعیت توقيف موقت در حقوق کیفری، پرداخته است، در فصل دوم، دیدگاه مخالفان توقيف موقت و انتقادات برآن، موارد و مدت توقيف موقت، بحث شده، و در فصل سوم، حق اعتراض متهم به توقيف موقت، مرجع صالح برای رسیدگی به این اعتراض و احتساب توقيف موقت در حکم نهایی مجازات، بررسی گردیده است، و سر انجام در فصل چهارم، جانشین‌های توقيف موقت، و جبران خسارت متهم براثر توقيف موقت، مورد پژوهش واقع شده است.

فصل اول - بیان مفاهیم، پیشینه و مبانی مشروعیت توقيف موقت

یکی از مهم‌ترین اقداماتی که توسط مقام قضایی در مرحله تحقیقات مقدماتی، اعمال می‌شود، صدور قرار و یا دستور توقيف متهم است. صدور این قرار، از اهمیت خاصی برخوردار است؛ زیرا، از یک سو، فرض بی‌گناهی متهم، ایجاد می‌کند که تا مشخص شدن وضعیت قطعی اتهام وارد به او، هیچ‌گونه محدودیتی نسبت به آزادی وی، اعمال نگردد، و از سوی دیگر، ضرورت دفاع از جامعه و مصلحت تحقیقات مقدماتی اقتضا می‌کند که در برخی موارد، آزادی متهم، پیش از محاکمه و قبل از قطعی شدن محکومیت او باید سلب شود. بنابراین، لازم است که در فصل اول، قبل از هربحثی، برای روشن شدن موضوع این تحقیق، واژگانی؛

چون مبانی، مشروعیت، توقيف موقت و پیشینه آن، تعریف گردد، و همچنین، مبانی مشروعیت توقيف موقت در حقوق کیفری، در این فصل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- تعریف مبانی

در علم حقوق، سه واژه «مانی»، «منابع» و «اهداف» با یکدیگر ارتباط نزدیکی دارند، در این تحقیق، به طور خلاصه، به بیان این ارتباط و مقصود از این واژه‌ها، پرداخته می‌شود. مبانی، اموری است که قاعده حقوقی را الزام‌آور می‌کند، و به آن مشروعیت می‌بخشد.^۱ به عبارت دیگر، مبانی در اصطلاح حقوق‌دانان عبارت است از قاعده‌ای کلی که نظام حقوقی برآن، مبتنی است، و مقررات حقوقی براساس آن وضع می‌گردد. در واقع، مبانی، در هر نظام حقوقی، اصولی هستند که قوانین و مقررات آن نظام، مشروعیت و لزوم اجرای خود را از آن‌ها به دست می‌آورند.^۲ البته، خود مبانی وضع شدنی نیستند؛ از این‌رو، اطلاق قانون یا قاعده برآن‌ها صحیح نیست.^۳ حقوق‌دانان معتقدند که برای تدوین قوانین حقوقی باید نخست «منابع» را شناخت، سپس «مانی» حقوقی را از آن منابع استخراج کرد، آنگهی به تدوین «مواد» حقوقی پرداخت؛ به عنوان مثال، یکی از مواد اعلامیه جهانی حقوق بشر این است که همه افراد در برابر قانون مساوی‌اند. این ماده، یک مبانی دارد که عدالت است. مبانی عدالت؛ نیز از دیدگاه‌های عام و ایدئولوژیک سرچشمه می‌گیرد که منبع به شمار می‌روند.^۴ پس، فرق مبانی و منابع، این است که مبانی، به قوانین مشروعیت، و الزام‌آوری می‌بخشد؛ اما نقش منابع ارائه مقررات و قوانین است، و با مراجعه به منابع، مقررات اجتماعی کشف و در اختیار جامعه و مجریان گذاشته می‌شود، بدون این که از مشروعیت قوانین و ضرورت اطاعت از آن‌ها بحث کند. پس در منبع حقوق، بحث از مشروعیت یا لازم الاجرا بودن مقررات اجتماعی و یا این که قواعد و مقررات براساس چه اصلی وضع گردیده، مطرح نیست؛ بلکه به منبع حقوق صرفاً به این نظر می‌نگریم که قوانین و مقررات را در اختیار ما می‌گذارد؛ اما ملاک این مقررات چیست؟ کاری به آن نداریم؛ چنان‌که به قرآن از آن جهت منبع اطلاقی می‌شود که احکام و مقررات مندرج در آن را بدون چون و چرا، لازم الاجرا می‌دانیم. در این

مرحله به این که احکام به چه جهت لازم الاجرایند، و مشروعیت خود را از کجا کسب کرده‌اند، نمی‌پردازیم.^۵

رابطه مبنا و هدف، به این شکل است که هریک، بر دیگری تأثیرگذارند. مبنا به دنبال هدف می‌آید، و براساس آن، شکل می‌گیرد؛^۶ یعنی مبانی از مقدمات رسیدن به هدف هستند، و نقش هدف حقوق، کمک به اجرای مبانی حقوق است. در حقیقت، اگر هدف حقوق در میان نباشد، مبانی حقوق دارای ضمانت اجرا نیستند.^۷ پس هدف حقوق عبارت از اصولی است که مبانی نظام حقوقی، مقدمه‌ای برای حصول آن‌ها هستند. هدف حقوق، همیشه از مبنای آن اهمیت بیشتری دارد؛^۸ اما این که مصادیق مبانی و اهداف حقوق کدامند، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارند. برخی از حقوق‌دانان، مبانی حقوق را عدالت، نظم عمومی و پیشرفت، و اهداف آن را برقراری امنیت، استقرار عدالت و پیشرفت فرهنگ و تمدن دانسته‌اند.^۹ مبانی حقوق دو ویژگی مهم دارند:

الف- مبانی، در صورت ابهام یا سکوت قانون، برای حقوق‌دانان و قضات رفع ابهام می‌کنند؛ زیرا قوانین براساس مبانی وضع می‌شوند.

ب- مشروعیت و الزامی بودن قوانین، از مبانی ناشی می‌شود، و در صورت پذیرش مبانی یک قانون از سوی ملت، آنان ملزم به رعایت آن قوانین خواهند بود. از طرف دیگر، مبانی حقوق، نظارت شهروندان، برنظام اجرایی و تقنینی و قضایی کشور را توجیه می‌کنند. شناخت مبانی و اهداف می‌توانند، از وضع مقررات مخالف باورها و ارزش‌های جامعه، جلوگیری نمایند.^{۱۰}

۲- تعریف مشروعیت

مشروعیت، مصدر جعلی و ساختگی واژه مشروع است، و در لغت به معنای شرعی بودن، روا بودن و جواز شرعی داشتن آمده است، و در فقه و حقوق اسلامی: از مطابقت حکمی و یا واقعه و تصرفی با احکام شرعی و دست‌کم مخالفت نداشتن با آن، به مشروعیت تعبیر می‌کنند؛ اما واژه «مشروع» صیغه اسم مفعول، و از ریشه «شرع» گرفته شده، و در لغت به

معنای شرعی است، و در فقه به امری گویند که مطابق با شرع مقدس اسلام بوده، و شرع آن را مقرر داشته باشد. در این باره، مباحث و احکامی که شرع به آن‌ها تصریح نکرده باشد، می‌توان مشروع تلقی کرد یا خیر؟ اختلاف نظر وجود دارد، گروهی معتقدند: مشروع هرامی است که در شرع بیان شده باشد، به عبارت دیگر، هر عمل مطابق قانون و مطابق شریعت را مشروع گویند.^{۱۱} گروهی دیگر، هرامی را که با شرع اسلام مخالفتی نداشته باشد، مشروع می‌دانند، و در حقوق امروز کشورهای عربی؛ نیز واژه «مشروع» برآموری اطلاق می‌شود که با نصوص قانونی مخالفتی نداشته باشد.^{۱۲} با توجه به مطالب پیش‌گفته، مراد از «مشروعیت توقيف موقت» در این مقاله، مطابقت آن، با قانون و شرع است؛ از این‌رو، توقيف غیر قانونی در این تحقیق مورد بحث قرار نمی‌گیرد، و تنها اشکالات و عیوب حبس احتیاطی مطابق با قانون، بحث شده است.

۳- تعریف توقيف موقت

اصطلاح «توقيف موقت» از دو واژه «توقيف» و «موقت» ترکیب یافته است و هر کدام به تنهایی معنایی را افاده می‌کند که با معنای ترکیبی آن‌ها متفاوت است. کلمه «توقيف» به معنای بازداشت از حرکت و سلب آزادی افراد و یا ضبط اموال است، و در حقوق کیفری، توقيف افراد، عبارت از بازداشت شخص به دلائل کیفری و قانونی است.^{۱۳} توقيف موقت، به معنای سلب آزادی تن یا مال اشخاص به دلائل قانونی و به دستور مقام صلاحیت‌دار صورت می‌گیرد. توقيف به معنی حبس نیست؛ چون حبس شخص به صورت قانونی و در زمان مشخص و به حکم نهایی و قطعی محکمه به عمل می‌آید، در صورتی که توقيف موقت، طی دستور مقام صلاحیت‌دار و برای یک مدت مشخص تا تعیین وضعیت بی‌گناهی و یا مجرمیت متهم، و مشخص شدن تکلیف نهایی علت توقيف، انجام می‌گیرد؛^{۱۴} از همین‌رو، در حقوق کشورهای عربی، میان حبس به معنای مجازات و «توقيف موقت» که از آن، به «حبس احتیاطی» تعبیر می‌کنند، تفاوت قائل هستند؛^{۱۵} زیرا حبس احتیاطی، یک نوع اقدام حفاظتی در قبال متهمی است که هنوز محاکومیت او به اثبات نرسیده است، و در جریان

تحقیقات، از باب احتیاط، آزادی‌اش محدود می‌شود، و احتمال دارد که بعداً توسط محکمه تبرئه گردد، حبس چنین شخصی که هنوز محکومیت وی ثابت نشده است، مجازات به شمار نمی‌رود؛ بلکه تنها وسیله احتیاطی در جریان تحقیقات مقدماتی برای جلوگیری متهم از فرار و پیشگیری از تأثیر وی بر مقام تحقیق است؛ از این‌رو، با شخص متهمی که از باب احتیاط، آزادی‌اش محدود شده، در زندان رفتاری صورت می‌گیرد که متفاوت است با رفتاری که با یک فرد محکوم انجام می‌شود.^{۱۶} در حقوق کیفری، به مکانی که متهم به عنوان توقيف موقت، نگهداری می‌شود، «توقيفخانه» و یا «بازداشتگاه» و به محلی که شخص محکوم‌علیه در آن، زندانی می‌گردد، «زندان» و یا «محبس» می‌گوید.^{۱۷}

توقيف موقت، آزادی‌های متهم را محدود می‌کند؛ زیرا به مقتضای این‌گونه تدابیر، آزادی متهم در طول دوره بازداشت، سلب می‌شود. این نوع بازداشت، مجازاتی نیست که مقام تحقیق، آن را پیش‌بینی کرده باشد؛ بلکه یکی از تدابیر و اقدامات تحقیقات مقدماتی به شمار می‌آید که در صورت اقتضای مصلحت تحقیق، قانون‌گذار اعمال آن را به مقامات تحقیق اجازه داده است؛ از این‌رو، توقيف موقت باید در چهارچوب همین مصلحت، محدود گردد، و مقام تحقیق باید در استفاده از این اجازه، زیاده روی کند؛ مگر در جایی که مصلحت تحقیق، اعمال توقيف متهم را ایجاب کند؛ مانند دور نگهداشتن متهم از امکان تأثیرگذاری برشهود، یا جلوگیری از فرار متهم، و یا آثاری که در کشف حقیقت مفید است، از تخریب یا محو آن‌ها توسط متهم، ممانعت به عمل آید، در تمام این موارد، مقام تحقیق می‌تواند متهم را بازداشت کند.^{۱۸} بنابراین، با توجه به مطالب پیش‌گفته، توقيف موقت عبارت از «سلب آزادی متهم، و در توقيف نگهداشتن او در طول تمام یا بخشی از جریان تحقیقات مقدماتی، به وسیله سارنوال و مقام صالح قضایی است، و امکان دارد این توقيف، تا خاتمه دادرسی و صدور حکم قطعی و شروع به اجرای آن ادامه یابد.»^{۱۹}

۴- پیشینه توقيف موقت در حقوق کیفری

توقيف موقت از سابقه بسیاری طولانی برخوردار است، و پیشینه آن را باید در حقوق بسیاری از کشورها و ادیان؛ از قبیل مصر، روم، ایران، اسلام و فرانسه جستجو کرد. در مصر اوراقی که از قبر یکی از پادشاهان به دست آمده است، نشان می‌دهد که در مصر قدیم، متهمان به ارتکاب جرم دستگیر می‌شدند، و تا روز چهارم که محاکمه شان انجام می‌شد، در توقيف به سر می‌بردند. ۲۰ در حقوق روم، سپردن متهم به اشخاص معتبر یا به قضاط یکی از شهرهای مجاور و یا به سربازان در صورتی که متهم واجد شخصیت اجتماعی می‌بود، و سرانجام، تعهد خود متهم مبنی بر حضور در جلسه دادرسی متناول بوده است. همچنین، آزادساختن متهم به قید کفیل؛ نیز در نزد رومیان شایع بوده است. ۲۱ حتی در اتهامات مهمی که در حقوق جزای مدرن از آن، به جنایت تعبیر می‌شود، سعی برآن بوده است که از توقيف متهم، قبل از محاکمه جلوگیری شود. ۲۲ در ایران قبل از اسلام، توقيف متهمان، به ویژه در جرایم مهم، تا تشکیل جلسه محکمه و رسیدگی به اتهامات معمول بوده است. ۲۳ در حقوق اسلامی؛ نیز توقيف موقت متهم وجود دارد. روایت شده است که پیامبر شخص متهم را یک روز و شب حبس کرد، ۲۴ و در برخی از منابع آمده است که پیامبر، متهم را در ساعتی از روز زندانی کرد، و سپس او را رها نمود؛ ۲۵ اما حبس متهم در عصر پیامبر، به این نحو بوده است که او باید در خانه‌اش باقی می‌ماند، و کسی را مأمور می‌کرد که از وی مراقبت نموده، و نگذارد که از منزل بیرون آید، یا متهم را از ترک مدینه باز می‌داشت، ۲۶ و یا متهم را در مسجد حبس می‌کرد. ۲۷ در حقوق کیفری اسلام، گاهی متهم به واسطه ارتکاب جرم حدی از باب احتیاط، توقيف می‌شود، و دلیلش این است که از محاکمه و اجرای مجازات فرار نکند. همچنین، متهم در حین انجام تحقیق؛ نیز توقيف می‌شود، تا این که شهادت شهود برضد او تکمیل شود؛ زیرا در باب حدود، شهادت دارای کیفیت معین و مشخص است. ۲۸

پیشینه اندیشه توقيف موقت، در فرانسه به قرن چهاردهم بر می‌گردد. فکر توقيف موقت، در این کشور از آغاز قرن چهاردهم در تلاش برای تهیه و تدارک مهم‌ترین دلائل شروع شد، و توقيف موقت؛ همانند یکی از دلائل اساسی برای اثبات جنایت، مورد توجه قرار گرفت. بنابراین، ضرورت اقتضا کرد که به کمک مقامات صلاحیت‌دار برای آگاه شدن از افعال مجرمانه‌ای که از مظنونان سر می‌زدند، نظام توقيف موقت، مورد حمایت قرار گیرد؛ از این‌رو، در سال ۱۶۷۰ فرمان کیفری صادر شد که توقيف موقت متهم را اجازه می‌داد؛ اما پس از انقلاب فرانسه، یکی از مهم‌ترین نتایج آن، صدور اعلامیه حقوق بشر، در بیست و ششم ماه اوت سال ۱۷۸۹ میلادی بود، و ماده نهم این اعلامیه، اصل برائت را مورد تأکید قرارداد، و بی‌گناهی همه افراد جامعه را تا زمانی که حکم محکومیت شان، صادر شود، به طور رسمی اعلام کرد. مطابق این اعلامیه، حبس و بازداشت هیچ‌کسی، جز در حدود قانون جایز نبود. سپس قوانین زیادی که قواعد و مقررات توقيف موقت را تنظیم کردند، در مرور زمان یکی پس از دیگری در پی‌هم آمدند، و یکی از مهم‌ترین این قوانین، «قانون تحقیقات جنایی» مصوب سال ۱۸۰۸ است که بروجوب و اجبار توقيف موقت در جنایات تأکید کرد؛ اما در مورد جنحه، به قاضی تحقیق اجازه می‌داد که متهم را در صورتی که وثیقه مالی به ودیعه بگذارد، به طور موقت آزاد کند، و این امر، شامل مجرمان ولگرد و بی‌خانمان و مجرمان به عادت نمی‌شد؛ ولی قانون مصوب چهاردهم ژوئیه ۱۸۶۵ میلادی، در صورتی که مجازات مقرر برای فعل مستند به متهم، کمتر از دو سال حبس بود، و متهم دارای محل اقامت بود، و قبل از به مدت بیش از یک سال حبس محکوم نشده بود، آزادی متهم را پس از گذشت پنج روز از توقيف موقت او بر قاضی تحقیق واجب کرده بود، ۲۹ و با تصویب قانون ۱۹۳۳م، در صورتی که متهم محل اقامت داشته باشد، و مجازات مقرر برای فعل مستند به او کمتر از دو سال حبس باشد، آزادی موقت به عنوان یک حق برای متهم به رسمیت شناخته شد، و در غیر این حالات، متهم پس از پنج روز بازداشت، آزاد می‌شد؛ مگر این‌که قاضی تحقیق، قرار ادامه توقيف متهم صادر کرده باشد. سپس قانون اجرائات جزایی فرانسه به تصویب رسید، و توقيف موقت، برای نخستین بار به عنوان یک امر استثنایی، مورد تأکید قانون‌گذار واقع شد، و

همچنین در این قانون، به متهم، این حق داده شد که قرار توقيف موقت را مورد اعتراض قرار بدهد. سپس در سال ۱۹۷۰م، قانون مهمی به تصویب رسید که تضمین‌های بیشتری را برای حقوق و آزادی‌های افراد در نظر گرفت. این قانون با شرایط معین، نظام مراقبت قضایی را به جای «توقيف موقت» به وجودآورد، و سرانجام در پانزدهم ماه ژوئن سال ۲۰۰۰م، قانونی به تصویب رسید که «نظام قضی آزادی‌ها و بازداشت» را به وجودآورد، و مطابق این قانون، به درخواست قاضی تحقیق، به جای توقيف موقت، اقدامات دیگری را جایگزین می‌کند.^{۳۰}



پیشینهٔ پذیرش توقيف موقت، در حقوق کیفری افغانستان، به تصویب نظام‌نامه توقيف‌خانه‌ها و محبوس‌خانه‌ها در سال ۱۳۰۲ شمسی بر می‌گردد که مطابق قاعده سوم این قانون، شخصی که هنوز حکم قطعی در حق او صادر نشده باشد، مطابق نظمات خاص، در توقيف‌خانه‌ها تحت توقيف قرار می‌گیرد؛ ولی با تصویب قانون اجرائات جزاً در سال ۱۳۴۴ شمسی، «توقيف موقت» به طور رسمی و با شرایط و ضوابط خاصی پذیرفته شد، از آن زمان به بعد تا تصویب قانون اجرائات جزاً موقت در سال ۱۳۸۲ خورشیدی، توقيف موقت، با فراز و نشیب‌هایی روبرو بوده است، و با تصویب قانون اخیر الذکر، انتظار می‌رفت که از مدت توقيف موقت، و ضرورت موارد آن، کاسته شود، و به جای توقيف متهم پیش از محکمه، از دیگر اقدامات جایگزینی استفاده گردد، نه تنها چنین انتظاری برآورده نشد، بلکه قانون‌گذار افغان چند درجه به عقب برگشت، و قانون اجرائات جزاً موقت، نسبت به قانون اجرائات جزاً سال ۱۳۴۴ش، از جنبه‌های مختلف، غیر واقع بینانه، بدور از تحولات اجتماعی افغانستان و غیر دموکراتیک است. راجع به ضعف‌های این قانون، نسبت به موضوع توقيف متهم، در این مقاله بحث خواهد شد.

۵- مبانی مشروعیت توقيف موقت در حقوق کیفری

کسانی که قائل به مشروعیت توقيف متهم، پیش از محکمه هستند، به دلائل زیادی برمشروعیت آن، استدلال کرده‌اند. آنان معتقدند که در آیات قرآنی، در کنار مجازات‌هایی،

چون قصاص، حدود و دیات، در دو مورد از واژه «حبس» ۳۱ به مفهوم توقيف موقت؛ ۳۲ نیز سخن به میان آمده است. آن‌ها برای مشروعیت توقيف موقت در اسلام به این آیه استدلال کرده‌اند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابْتُكُمْ مُصِيبَةً الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاتِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَ لَا تَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمْنَا الْأَلَاثِيمِينَ ۳۳ اى کسانی که ایمان آورده‌اید! هنگامی که مرگ یکی از شما را فرا رسد، در موقع وصیت باید از میان شما، دو نفر عادل را به شهادت بطلبید، یا اگر مسافرت کردید، و مصیبت مرگ شما فرا رسد(و در آن جا مسلمانی نیافتید)، دو نفر از غیر خود تان را به گواهی بطلیبید، و اگر به هنگام ادای شهادت، در صدق آن‌ها شک کردید، آن‌ها را بعد از نماز نگاه می‌دارید، تا سوگند یاد کنند که: ما حاضر نیستیم حق را به چیزی بفروشیم، هرچند در مورد خویشاوندان ما باشد؛ و شهادت الهی را کتمان نمی‌کنیم که از گناهکاران خواهیم بود.»

با توجه به شأن نزول ۳۴ آیه معلوم می‌شود که در این جا فردی به جرمی، متهم شده، و اتهام از ناحیه ورثه می‌یست برگواهان وارد شده است، و این اتهام، نه از آن لحظه است که آنان فقط شاهد بوده‌اند؛ بلکه از این جهت است که ورثه علیه آن‌ها ادعایی کرده، و آنان را به گناه اختلاس متهم نموده‌اند، و این موضوع تأیید می‌کند که مراد از واژه «حبس» در این آیه، توقيف احتیاطی است. ۳۵ بدین وسیله از پایمال شدن حق جلوگیری می‌گردد، و بسیاری از مفسران، همین معنی را از آیه فهمیده‌اند، و از این طریق، بازداشت احتیاطی در این‌گونه موارد تشریع شده است، و فقیهان و مفسران خطاب «تحبیسونه‌هما» را متوجه قضاوت کرده، و گفته‌اند که منظور از حبس در این جا توقيف احتیاطی است. ۳۶ بنابراین، از آیات و روایت‌های موجود، چنین استنباط می‌شود که حبس به منزله «توقيف موقت» در اسلام مرسوم بوده، و تجویز شده است. ۳۷

توقيف موقت، یکی از شدیدترین قرارهای تأمین عدالت کیفری است که به موجب آن، به منظور دسترسی به متهم در موقع لزوم، آزادی رفت و آمد او به طور موقت، قبل از صدور

حکم محکومیت سلب می‌گردد.^{۳۸} وقتی که مقام تحقیق، توجیهی برای حبس داشته باشد، به ویژه هنگامی که دلائل و قرائن کافی برای اثبات اتهام منسوب به متهم و ارتباط او با جرم ارتکابی در نزد مقامات عدالت کیفری، موجود باشد؛ مثل این که متهم محل اقامت شناخته شده نداشته باشد، یا این که خوف از فرار او دارد، یا آزاد بودن متهم برجایان تحقیق تأثیر بگذارد، و یا متهم از دلائل اثبات جرم سوء استفاده کند، و برشهود تأثیر بگذارد.^{۳۹} در تمام این موارد، مقامات تحقیق می‌توانند متهم را به طور موقت، توقيف کند. با توجه به مطالب فوق، مبانی مشروعیت توقيف موقت، در حقوق کیفری به قرار ذیل خواهد بود:

۱-۵-۱- اجرای صحیح عدالت



۴۱

اسلام توقيف متهم را اجازه داده است، و آن را یک روش عادلانه و اقدام حکیمانه به شمار آورده است. در صورتی که قرینه قوی، اتهام را تأیید کند، یا نشانه‌های شک و تردید در مورد متهم پیدا شود، و یا متهم، سابقه ارتکاب جرم و انحراف داشته باشد، در تمام این موارد حبس او جایز است.^{۴۰} توقيف موقت متهم، پیش از محاکمه با این که از یک سو، مغایر با فرض بی‌گناهی است، و تا زمانی که متهم به حکم دادگاه صالح محکوم نگردد، بی‌گناه پنداشته می‌شود، و در مرحله تحقیقات مقدماتی باید با او به عنوان یک انسان بی‌گناه رفتار شود،^{۴۱} و از سوی دیگر، توقيف موقت برسنوشت دعوا تأثیرگذار است؛ زیرا متهمانی که با استفاده از قرارهای جانشینی؛ مانند کفالت، وثیقه و امثال آن، در طول تحقیقات مقدماتی در آزادی به سر برده‌اند، احتمال بهره‌مند شدن آنان از اغماض قضات دادگاهها از لحاظ محکوم شدن، به مجازات نقدی به جای زندان یا استفاده از امتیاز تعليق و حتی تبرئه شدن، به مراتب بیشتر از بازداشت شدگان است. همچنین، توقيف موقت با برخی نهادهای کیفری که اجازه استفاده از جایگزین‌های مجازات حبس را می‌دهند، مغایرت دارند، با این همه، گاهی اجرای عدالت و انجام صحیح تحقیقات مقدماتی اقتضا می‌کند که متهم پیش از اثبات مجرم بودنش، توقيف شود، و این توقيف، یکی از مهم‌ترین قرارهای تأمینی به شمار می‌آید که ممکن است از سوی مقام قضایی صادر شود.^{۴۲}

حبس و توقيف انسان‌ها در ذات خود، باعث قربانی شدن آزادی‌های فردی و شخصی می‌شود، با وجود این، قوانین کیفری کشورها، به خاطر مصلحت و اجرای عدالت، توقيف وقت متهم را مقرر می‌کند؛^{۴۳} زیرا عدالت اقتضا می‌کند که در مرحله تحقیقات از تأثیرگذاری متهم برمجنبی‌علیه یا شهود جلوگیری شود، و همچنین از سوء استفاده متهم از ادله و証ائی و یا از انجام کارهایی برای تغییر حقیقت و یا از بین بردن و محو کردن آثار جرم ممانعت به عمل آید، و این امر، جز با توقيف وقت متهم، امکان پذیر نیست.^{۴۴} با توجه به مطالب پیش‌گفته، گاهی عدالت و مصلحت در مرحله تحقیق و پیش از محکمه اقتضا می‌کند که متهم تحت توقيف قرار گیرد.

۲-۵- جلوگیری متهم از پنهان شدن، فرار و تبانی با دیگران

یکی دیگر از اهداف و مبانی مشروعيت توقيف وقت، جلوگیری متهم از پنهان شدن یا تبانی با دیگر متهمان و یا فراری دادن آن‌ها از طریق آگاه ساختن آنان از تعقیب کیفری و روند پیشرفت پرونده است. با توقيف متهم و جلوگیری از ارتباط او با کسانی که در ارتکاب جرم نقش داشته، امکان تبانی متهم با آن‌ها به منظور گمراه نمودن مرجع تحقیق از بین خواهد رفت.^{۴۵} پس گاهی توقيف متهم، به خاطر جلوگیری از مخفی شدن و یا فرار او ضروری است. از این دیدگاه، برمقام تحقیق لازم است که به اهمیت و درجه و خامت جرم و جایگاه متهم در جامعه، کسب و کار، سابقه و رابطه او با خانواده و دوستانش نگاه کند.^{۴۶} قانون‌گذاران، معیاری برای خوف و ترس از مخفی شدن و فرار متهمی که مقام قضایی در صدور توقيف وقت او، به آن استناد کند، بیان نکرده‌اند؛ ولی ممکن است که در این مورد، حالت خطرناک بودن متهم برای ایجاد ترس از پنهان شدن و یا فرار او، کافی باشد.^{۴۷} بنابراین، در پاره‌ای از موارد، توقيف پیش از محکمه متهمان به منظور جلوگیری از فرار یا پنهان شدن و یا تبانی آنان با شرکا و معاونانشان، به منظور امحای آثار جرم، و ادامه فعالیت‌های مجرمانه توجیه پذیر است.^{۴۸} با توجه به مطالب پیش‌گفته، توقيف وقت متهم، اقدام مؤثر در جهت پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم و به ویژه توسط بزهکاران حرفه‌ای به

شمار می‌رود، و با سلب آزادی متهم از تبانی او با شهود قضیه، شرکا و معاونان برای نابودی و امحای آثار و دلائل جرم؛ مثل اسناد، اوراق، آلات و ادوات مربوط به بزه ارتکابی جلوگیری به عمل می‌آید.

۳-۵- ایجاد اخلال به امنیت عمومی

اگر آزادی متهم، در مرحله تحقیقات مقدماتی باعث سلب آسایش مردم شود، و نظم و امنیت عمومی را مختل سازد، سارنوالی و مقام صالح قضایی حق دارد که او را به طور موقت تا روشن شدن وضعیت مجرمانه بودن وی در محکمه، در بازداشت نگهدارد. بنابراین، توقیف موقت متهم، گاهی وسیله‌ای برای تأمین امنیت جامعه و حتی امنیت و مصون نگهداشتند خود وی از انتقام بزه‌دیده و یا بستگان او است، و بدین ترتیب، سلب موقت آزادی متهم، مشروع و به نفع او و برای کمک به خود او خواهد بود؛^{۴۹} زیرا در مواردی که جرایم ارتکابی از نوع جنایات هولناک باشد، حفظ جان متهم در قبال انتقام خصوصی مجنب علیه و بستگانش، و همچنین کنترل خشم و هیجان عمومی برای محاکمه و مجازات متهم، توقیف او را ضروری می‌سازد.

۴- عدم وجود محل اقامت مشخص و حمایت از بزه‌دیده

یکی دیگر از مبانی مشروعیت توقیف موقت متهم، نداشتن محل اقامت معین است، اگر متهم اقامت‌گاه مشخص و شناخته شده‌ای نداشته باشد، و یا این‌که متهم، حرفه و شغل معینی که او را به یک مکان ثابتی مرتبط سازد، نداشته باشد، مقام تحقیق می‌تواند او را در بازداشت موقت قرار دهد.^{۵۰} همچنین، جلوگیری از اعمال فشار متهم نسبت به بزه‌دیده و شهود، یکی از مبانی مشروعیت توقیف موقت به شمار می‌آید؛ زیرا در برخی موارد، متهم برای متقاعد کردن شاکی به پس گرفتن شکایت خود، و یا منصرف نمودن شهود از ادای شهادت علیه او، دست به اقداماتی می‌زند، تا آن‌ها را تحت فشار قرار داده، و از اثبات اتهام خود جلوگیری کند. حمایت از بزه‌دیده و شهود یکی از وظایف مهم دستگاه قضایی است، تا این افراد بتوانند آزادانه نسبت به ظلمی که برقربانی جرم رفته است، زبان به اعتراض و

شهادت گشایند، و ترس از عواقب تظلم و دادخواهی، آن‌ها را از این کار باز ندارند. یکی از طرق تأمین این حمایت، بازداشت متهم و جلوگیری از مراجعة او به شاکی و شهود برای اعمال فشار علیه آن‌ها است.^{۵۱}

۵-۵- توقیف موقت به عنوان یک روش تحقیقی و تأمینی

برخی از حقوق‌دانان معتقدند که هدف اساسی و مهم توقیف موقت متهم، این است که بازداشت متهم، وسیله سرعت اجرای تحقیقات مقدماتی به شمار می‌آید، و از مخفی شدن متهم و جعل ادله توسط او جلوگیری می‌کند.^{۵۲} در پاره‌ای از موارد، بازداشت پیش از محاکمه متهمان به منظور جلوگیری از فرار یا پنهان شدن آنان، امحای آثار جرم، ادامه فعالیت‌های مجرمانه، و حتی پیشگیری از صدمه به متهم از سوی خود او یا دیگران، و نیز الزام متهم به تن دادن به درمان پزشکی و روان پزشکی ضروری است.^{۵۳} در مواردی که متهم تحت فشار وجود اخلاقی خود، پس از ارتکاب جرم قادر به ادامه حیات نیست، و فکر خودکشی دارد، و یا مورد تهدید بستگان محنت‌عليه قرار دارد، بدون شک، توقیف او به عنوان اقدام تأمینی، می‌تواند نقش مهمی در حفظ سلامت متهم و اجرای یک دادرسی عادلانه داشته باشد.^{۵۴}

^۱ شریفیان، چمشید، راهبرد جمهوری اسلامی ایران، در زمینه حقوق بشر در سازمان ملل متحد، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۰، چاپ اول، ص ۳۷۲.

^۲ درآمدی بر حقوقی اسلامی، تألیف دفترهای حوزه و دانشگاه، بهار ۱۳۷۶، چاپ دوم، ص ۱۶۹.

^۳ همان، ص ۱۷۳.

^۴ گروه نویسنده‌گان، حقوق بشر از دیدگاه اسلام (آراء دانشمندان ایران)، انتشارات بین‌المللی الهدی، ۱۳۸۰، چاپ اول، ص ۱۲۳ و ۱۲۴.

^۵ درآمدی بر حقوق اسلامی، تألیف: دفترهای حوزه و دانشگاه، بهار ۱۳۷۶، چاپ دوم، ص ۱۷۳ و ۱۷۴.

^۶ مدرس، علی‌اصغر، حقوق فطری یا مبانی حقوق بشر، تبریز، انتشارات نوبل، ۱۳۷۵، چاپ اول، ص ۲۵۵.

^۷ عبدالله، جوادی آملی، فلسفه حقوق بشر، مرکز نشر اسراء، ۱۳۷۵، چاپ اول، ص ۱۳۱.

^۸ درآمدی بر حقوق اسلامی، تألیف: دفترهای حوزه و دانشگاه، بهار ۱۳۷۶، چاپ دوم، ص ۱۷۰.

- ^۹ مدرس، علی اصغر، حقوق فطري يا مبانی حقوق بشر، تبریز، انتشارات نوبل، ۱۳۷۵، چاپ اول، ص ۲۶۲.
- ^{۱۰} درآمدی بر حقوق اسلامی، تالیف: فخر همکاری حوزه و دانشگاه، بهار ۱۳۷۶، چاپ دوم، ص ۱۷۰.
- ^{۱۱} جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶، چاپ اول، ص ۶۵۳.
- ^{۱۲} انصاری، مسعود، و طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴، چاپ اول، ج ۳، ص ۱۸۴۸.
- ^{۱۳} ایمانی، عباس، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، تهران، انتشارات نامه هستی، ۱۳۸۶، چاپ دوم، ص ۱۷۱. ابازدی فومنشی، منصور، مبسوط در ترمینولوژی اصطلاحات کیفری، تهران، انتشارات عصر اندیشه، ۱۳۸۷، چاپ اول، ص ۲۷۳.
- ^{۱۴} همان، ص ۱۰۳. ابازدی فومنشی، ص ۱۷۷.
- ^{۱۵} فتحی بهنیسی، احمد، الموسوعة الجنائية في الفقه الاسلامي، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، ۱۴۱۲هـ ۱۹۹۱م، الجزء الثاني، ص ۸۹.
- ^{۱۶} همان، ص ۹۰.
- ^{۱۷} در حقوق ایران به محل نگهداری متهم توقيف شده، «بازداشتگاه» و به محل نگهداری شخص محکوم به وسیله حکم قطعی دادگاه «زندان» می گوید؛ ولی در حقوق افغانستان، مطابق قاعدة سوم نظام نامه توقيف خانه ها و محبوس خانه های این کشور، منتشره دهم ماه میزان سال ۱۳۰۲ شمسی، توقيف خانه و محبس چنین تعریف شده است: «توقيف خانه ها برای اشخاصی که مطابق نظمات مخصوصه در تحت توقيف می آیند و هنوز در حق شان حکم قطعی صادر نشده باشد مخصوص است. در حبس خانه ها فقط اشخاصی که در حق شان فيصله و حکم لایق می شود، موجود می باشد.»
- ^{۱۸} کمال محمد عواد، الإجراءات الجنائية لتفيد حرية المتهم في الفقه الإسلامي و القانون الجنائي، مصر، دار الفكر الجامعي، ۲۰، الطبعة الأولى، ص ۵۷.
- ^{۱۹} آخوندی، محمود، آین دادرسی کیفری (سازمان و صلاحیت مراجع کیفری)، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلام، ۱۳۸۲، چاپ هفتم، ص ۱۵۴. آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۸، چاپ یازدهم، ص ۲۰. سید مهدی منصوری، مبانی فقهی بازداشت موقت در جرایم علیه تمامیت جسمانی، فصلنامه تخصصی حقوق اسلامی، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، سال ششم، شماره بیست و یکم، تابستان ۱۳۸۸، ص ۳۲-۳۳.
- ^{۲۰} مجذی محمود محب حافظ، الحبس الاحتياطي، القاهرة، المركز القومى للإصدارات القانونية، ۲۰۰۷، الطبعة الاولى، ص ۳۳.
- ^{۲۱} آشوری، محمد، عدالت کیفری، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶، چاپ اول، ص ۳.
- ^{۲۲} همان، ص ۴.
- ^{۲۳} آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۸، چاپ یازدهم، ص ۲۰۶.
- ^{۲۴} فتحی بهنیسی، احمد، الموسوعة الجنائية في الفقه الاسلامي، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، ۱۴۱۲هـ ۱۹۹۱م، الجزء الثاني، ص ۸۰.

^{۲۵} ابن فرحون المالكي، تبصرة الحُكَّام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار عالم الكتب، ١٤٢٣-٢٠٠٣، ج، ص ٢٣٢.

^{۲۶} مجدى محمود محب حافظ، الحبس الاحتياطي، القاهرة، المركز القومى للإصدارات القانونية، ٢٠٠٧، الطبعة الاولى، ص ٣٥.

^{۲۷} القاضى، خالد محمد، سجناء وأسرى، القاهرة، دار الطلائع، ٢٠٠٦، ص ٩.

^{۲۸} فتحى بهنسى، احمد، الموسوعة الجنائية فى الفقه الاسلامى، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، ١٤٩١-٢٠٠١، الجزء الثاني، ص ٩٢.

^{۲۹} أمين مصطفى محمد، مشكلات الحبس الاحتياطي بين قيوده و التعويض عنه، الناشر: القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٣.

^{۳۰} همان، ص ١٤.

^{۳۱} سوره مائدہ، ۱۰۶، و سوره هود، ٨.

^{۳۲} حسنى عبد الحميد، بدائل العقوبات السالبة للحرية فى الشريعة الإسلامية، عمان، اطلس العالمية للنشر، ١٤٢٨-٢٠٠٧، الطبعة الأولى، ص ١٠٦: كلمه حبس در آیه هشتم سوره هود به معنای منع است؛ ولی در آیه ۱۰۶ سوره مائدہ به معنای توقيف در یک مدت کوتاه است، به اندازه‌ای که از دو نفر گواه، شهادت و قسم برآن، اخذ شود.

^{۳۳} سوره مائدہ/آیه ۱۰۶. تذکر: ترجمه آیه در این مقاله برگرفته از ترجمه آیه الله مکارم شیرازی است.

^{۳۴} مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، انتشارات دار الكتب الاسلامی، ۱۳۶۸، چاپ دوازدهم، ج ۵، ص ۱۱۳: براساس نقل این تفسیر، در شأن نزول آیه نقل شده است که یک نفر از مسلمانان به نام «ابن ابی ماریه» به همراه دو مسیحی به نام «تیمیم» و «علی» در راه تجارت بیمار شد، و صیانتهای نوشته، و آن را در میان اثاث خود مخفی کرد، و اموالش را به آن دو نفر نصرانی سپرد، تا به خانواده‌اش برسانند، آن‌ها متعاق گران قیمت را برداشتند، و بقیه را به ورثه تحويل دادند، ورثه وقتی که چشم شان به وصیتname افتادند، دیدند که صورت اموال مسروقه در آن ثبت است، آن دو نفر گفتند: هرچه به مداده بود، به شما تحويل دادیم. ورثه ناچار به پیامبر شکایت کردند، و آیه فوق و آیات بعدی نازل شد و حکم آن را بیان کرد.

^{۳۵} طباطبائی، سید محمد حسین، تفسیر المیزان، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، قم، انتشارات اسلامی وایسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۸، چاپ ۲۷، ج ۶، صص ۲۸۵-۲۸۶. علامه می گوید: معنای «تحسبونهم» این است که آن دو شاهد را توقيف کنند؛ حبس، همان توقيف است.

^{۳۶} موسوی، سید رضا، آشنایی با آین دادرسی و داوری اسلامی، مشهد، ناشر: دانش شرقی، ۱۳۸۳، چاپ اول، ص ۱۸۸.

^{۳۷} گودرزی بروجردی، محمدرضا، مقدادی، لیلا، کیفرشناسی نوین یا کیفرهای اجتماعی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۴، چاپ اول، ص ۱۱.

^{۳۸} خالقی، علي، آین دادرسی کیفری، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، چاپ پنجم، ص ۲۱۹.

- ^{۳۹} عبد الحافظ عبد الهادی عابد، الإثبات الجنائي بالقرائن دراسة مقارنة، الناشر: مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ۲۰۰۳، ص ۴۹۴.
- ^{۴۰} القاضي، خالد محمد، سجناء وأسرى، القاهرة، دار الطالع، ۲۰۰۶، ص ۲۷.
- ^{۴۱} مجدى محمود محب حافظ، الحبس الاحتياطي، القاهرة، المركز القومى للإصدارات القانونية، ۲۰۰۷، م، الطبعة الاولى، ص ۴۱.
- ^{۴۲} محمد آشورى و ديكران، حقوق بشر و مفاهيم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سياسى دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ۱، چاپ اول، ص ۲۹۷.
- ^{۴۳} جندى عبدالملک، الموسوعة الجنائية، مصر، الجزء الثاني، ۲۰۰۸، ص ۲۸۶.
- ^{۴۴} عطية، أحمد إبراهيم، أحكام الحبس الاحتياطي و الصلح الجنائي، القاهرة، دار الفكر القانوني، الطبعة الأولى، ۲۰۰۹، ص ۴۷.
- ^{۴۵} خالقى، على، آين دادرسى كىفرى، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، چاپ پنجم، ص ۲۲۰.
- ^{۴۶} جندى عبدالملک، الموسوعة الجنائية، مصر، الجزء الثاني، ۲۰۰۸، ص ۲۸۶.
- ^{۴۷} عطية، أحمد إبراهيم، أحكام الحبس الاحتياطي و الصلح الجنائي، القاهرة، دار الفكر القانوني، الطبعة الأولى، ۲۰۰۹، ص ۴۷.
- ^{۴۸} محمد آشورى و ديكران، حقوق بشر و مفاهيم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سياسى دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ۱، چاپ اول، ص ۲۹۷.
- ^{۴۹} خالقى، على، آين دادرسى كىفرى، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، چاپ پنجم، ص ۲۲۰.
- ^{۵۰} عطية، أحمد إبراهيم، أحكام الحبس الاحتياطي و الصلح الجنائي، القاهرة، دار الفكر القانوني، الطبعة الأولى، ۲۰۰۹، ص ۵۰.
- ^{۵۱} خالقى، على، آين دادرسى كىفرى، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، چاپ پنجم، ص ۲۲۰.
- ^{۵۲} جندى عبدالملک، الموسوعة الجنائية، مصر، الجزء الثاني، ۲۰۰۸، ص ۲۸۶.
- ^{۵۳} محمد آشورى و ديكران، حقوق بشر و مفاهيم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سياسى دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ۱، چاپ اول، ص ۲۹۷.
- ^{۵۴} آشورى، محمد، آين دادرسى كىفرى، تهران، سازمان مطالعه و تدوين کتب علوم انسانی دانشگاهها(سمت)، ۱۳۸۸، چاپ يازهم، ص ۲۱۸.

د افغانستان د قاضیانو لپاره د لارښود کتاب خخه ڙباره

««« ح. ابوالنقى

۳. د احکامو د سبیونو عیبونه

په حکم کې د سبیونو د ضوابطو اخلاق، په درې چوله عیبونو منجر کېږي چې په لاندی چول دی:
په دی اسنادو کې اشتباه یا خطأ
په بیان کې قصور (غفلت)
په استدلال کې فساد
په اسنادو کې خطأ

سره له هغه چې د پیښو د ثابتلو مطلقه پرتلنه د هغه محکمی پوری اړونده ده چې قضیي ته رسیده
کې کوي. خو لازمه ده تر خو دا پرتلنه د جزایی دعوى له اجرا آتو خخه راپورته شوې په سالمې
طریقی سره صورت ومومى. په دې معنا چې محکمہ خپله پرتلنه (سنچش) د دوسيې له پانو خخه به
تر لاسه شویو دلایلو باندې چې د دې اجرا آتو ثابتونکي دی، بنا کروي (دروي).

که چیرې محکمہ د اشتباه مرتكبه شي، پر هغه دلیل باندې تکیه وکړي چې د دوسيې په پانو کې
اساس و نه لري، د هغې د قناعت په موضوعیت کې اغيیز بشندي، په نیجه کې په قضایي استدلال
کې نقصان لارمومى، علت بې هم په اسنادو کې خطأ ده. په اسنادو کې خطأ د دوه شرطونو په منع
ته راتګ کې تحقق مومى، چې عبارت دی له:

هغه دلایل چې ثابت حکم یې ګټلی وي، د دعوى په پانو کې اساس ونلري، هغه دلیل چې محکمہ
پې د واقعیت پر خلاف یوه مشخص مصدر ته نسبت ورکوی، پر هغه باندې اعتماد صورت نه شي
موندلای. د مثال په توګه حکم، خین اقوال یوه تاکلی شاهد ته نسبت ورکړي په داسې حال کې
چې نوموږي هغه نه دی اظهار کړي، او یا یو اعتراف یوه تورن ته نسبت ورکړي په داسې حال کې

چې له هغه خخه نه دی صادر شوی او يا د اهل خبره په رپوبت کې پريوی تاکلی نظری استناد و کړي چې هلوو دارنګه نظریه وارد شوی نه وي.

البته دا د دې غږښته کوي ترڅو د دعوي پر مفرداتو باندي خبرتیا د دې د تحقق په موخه چې آيا هغه دليل چې محکمې تاکلی مصدر ته نسبت ورکړي دی، نومورې مصدر د هغه دليل متضمن دی يا نه، صورت ومومى.

د تمیز د محکمې په وړاندې د دعوي پر مفرداتو باندي خبرتیا موضوعی تحقیق نه دی خکه نومورې محکمه د ابتدایه محکمې په اجرآټو چې قضیي ته رسیده ګکي کوي مکلفه نده، بلکې یوازې څارونکې رول د هغه مصدر په سالموالی باندي د ډاډ تر لاسه کولو په موخه چې د محکمې استدلال پري اعتماد کړي دی، لري.

په هغه صورت کې چې په اسنادو کې خط اغیزناکه وي:

دا چاره هغه مهال تحقق مومى چې د اشتباه له هغه دلايلو سره یو خاى شي چې د محکمې عقيده ترى اغیزمنه کېږي په هغه صورت کې چې اشتباه اغیزناکه نه وي اعتبار نه لري. دارنګه چې د دعوي په یوه غیراساسی دفاعيې کې، اشتباه رامنځ ته شي.

د مصر هیواد د تمیز محکمې په خپل یوه حکم کې یادونه کړي ده چې: د حکم صحیحوالی له هغه اشتباه خخه چې محکمې د دليل په مصدر کې مرتكب کېږي، اغیزمنه کېږي نه.

لكه دا چې په ابتدایي تحقیقاتو کې شاهد ته تاکلی اقوال نسبت ورکړي په داسي حال کې چې نومورې هغه اقوال د محکمې د غونډله په محضر کې خرگند کړي دی. په هغه صورت کې چې د شاهد خرگندونکې په پاتوکې د صحیح مأخذ درلودونکې وي، ذکر شوې اشتباه اعتبار نه لري. زمونږ په نظر د دليل په مأخذ کې اشتباه د دې ایجاب کړي ترڅو د دليل په ارزښت کې کوم توپير، مرتب نه شي، د مثال په توګه محکمې یوه شاهد ته د داسي اقوالو نسبت ورکړي چې هغه یې په قضائي غونډه کې خرگند کړي دی حال دا چې نومورې اقوال له هغه خخه صادر شوی نه دی مګر د مدارکو د راغونډولو په پړاوکې پرته له دې چې سوګندې بې ادا کړي وي، په دی صورت کې که چېږي محکمې درک کړي چې د هغه مصدر او مأخذ، د مدارکو د راغونډولو محضر دی د نومورې دشهادات «ګواهی» د اغیز حد او اندازه د محکمې پرقناعت، پیژنډل کیداړ نه شي. له بلې خوا د دليل په وصف کې د محکمې اشتباه، حکم نه نیمګړي کوي، هغه مهال چې ثابت شوی وي چې محکمې د نومورې دليل له حقیقت خخه خبره وه. د مصر هیواد د تمیز محکمې د چاري د تطبيق په موخه دارنګه حکم کړيدی چې د قضائي غونډې د محضر په پانه کې په معترض

په بیان کې قصور

که چیرې د حکم سببونه په داسی عیب مشتمل وي چې د دلایلو د تدقیق سموالي او د جرم واقعی (ربتیني) عناصر تر پوبنستې لاندې راولي، د حکم سببونه په بیان کې له قصور سره گلوبېری، له دې کبله نوموری تدقیق په لاندنسیو حالاتو کې ناقص انګيرل کېږي:

د هغه دلایلو د مضمون نه توضیح کول چې حکم پېږي استناد کړیدی.

په سمه او موضوعی طریقه د دلایلو او اساسی دفاع نه مناقشه کول.

په جرم کې د واقعی اساسی عناصرو نه توضیح کول.

(۱) د هغه دلایلو د مضمون نه توضیح کول چې حکم پرهفو استناد کړیدی:

محکمه مکلفه ده تر خو د هغه دلایلو مضمون چې حکم پېږي انکا کړیده، توضیح کړي.
 بوازې دی پر دی بسننه نه کوی چې یادونه وکړي، تحقیقاتو ته په کتنه، د تورن پر ضد لګیدلی تور ثابت دی» ځکه نوموری عبارت د هغه سببونو د توضیح په موخه چې باید حکم پېږي مشتمل وي کافی نه دی. د مصر هیواد د تمیز محکمې په دی اپوند د عقیدی خرگندونه کړیده دارنګه چې به د «تحقیقاتو او طې نظر یې په پام کې نیولو سره لګیدلی تور ثابت دی» عبارت که خه هم نوموری

پوری د منسوبو اقوالو په وصف کې د حکم اشتباہ د دی بیانوونکې ده چې نوموری اعتراض کړیدی تر خو د حکم د نقصان لامل ګرځی څکه احتمال لري په تعییر کې خیرتیا صورت نه وي نیولی.

د سببونو اسلوب بی روښانه کوی چې محکمې د دلیل پر حقیقت چې په هغه بې تکیه کړیده، خبرتیا درلوده او نوموری دلیل د دعوى په پانو کې د ثابت اصل درلودونکې دی.

که چیرې هغه پانۍ چې محکمې خپل قناعت له هغو خخه تر لاسه کړي دی، ورکې شي (لكه د هغه تحقیق محضر چې محکمې په هغه کې د تورن په اعتراض استناد کړیدی) وروسته بیا معترض په نومورو پانو باندې د استناد په سالموالي دعوى وکړي، دا ورکوالی (مفقودیت) د اعتراض د سموالي په اړوند د تمیز د محکمې تحقیق، ستونزمن او ناشونی کوی. پردي بنسټ د دې غونښته ګوی تر خو دوسیه په استنادو کې د اشتباہ د ادعای د سموالي او ناسموالي د خیرنې په موخه، اړونډی محکمې ته احاله شي، تر خو په اړه بې نظر خرگند کړي. له دې کبله په دارنګه حالت کې لازمه ده تر خو حکم نقض شي او د بیاخلي محکمې لپاره دوسیه اړونډې محکمې ته احاله شي.

عبارة د حکم د صادر وونکو په وړاندی د معنا درلودونکي دی خو نوموري معنا پوښلي ده چې له هغوي پرته، نور پري نه پوهېږي. په حکم کې د سبیونو له ذکر کولو خخه موخته دا ده ترڅو هغه کسان چې د قاضي د احکامو د خارنې حق لري لکه د دعوى دواړه خواوي، عام وګري او د تمیز محکمه په دی تکي پوه شی چې د صادر شوی حکم دلایل خه دی. نوموري تکي باندی علم او خبرتیا د مېهماتو پر بنست نه تر لاسه کېږي بلکې د مفصلی توضیح غوبښته کوي که خه هم خورا لېتفصیل هم وي ترڅو زره او عقل دواړه ډاډ حاصل کړي په دې چې قاضي د خپل حکم په صادرولو کې کومه لاره چې غوره کړیده د هغى په اړوندې خپل عذر خرګند کړیدي. له هغى جملی د نوموري نقصان مثالونه او بیلګې دادی چې د سوداګریزو نښو د تقلید په چرم کې حکم يا فیصلی د صحیح نښی او تقلید شوی نښی خانګړتیاوی ذکر کړي نه دی او دهغوي ترمنځ د ورته والي (مشابهت) او سمبنت (مطابقت) د وجودهاتو له توضیح خخه خالی دي.

په دی هکله یو بل مثال دادی چې حکم خرګند کړي: (د شهودو د شهادت دا تحقیقات، کیمیاوي لابراتوار او طبی نظری په کتیبه، تور ثابت دی) پرته له دی چې د نوموري دلایلو مضمون ذکر کړي. د مصر هیواد د تمیز محکمی همدارنګه حکم کړیدي چې: که چیری تورن د خطاط قتل په جرم کې محکوم ګټل شویدی پرته له دې چې حکم په خپل دلیل کې د دعوى د اثبات د شاهد د اظهارات مضمون ذکر کړي وي او پرته له دې چې د هغه خه نتیجه چې له معاینې، د مسلکي مهندس له نظری او اوپسي (کالبیوت پرانیسي، خخه په لاس راغلې ده، سره له دې چې د محکومیت دلایل بې له هغه خخه اخیستي دی، ذکر کړي. خرنګه چې د نوموري هر واحد مضمون بې په خپل دلایلو کې توضیح کړي نه دی، نو له دې کبله نوموري حکم ناقص دی. د محکومیت د دلیل په توضیح کې یوازی پیښې د ثبت پانۍ ته د حکم په احاله، د مضمون له توضیح او یا په هغه باندی د استدلال له دلیل پرته، بسنې نه کوي.

د یادونې وړ ده چې نه بنایي اړوندې محکمه د بیلایلو شهودو روایتونه په حکم کې نقل کړي، بلکې د هغه روایتونو ایراد چې د ډاډ لامل بې ګرځی، کافې دی. محکمه په خپل حکم کې یوازې په هغه موارد کې د دلایلو په توضیح مکلفه ده، چې د نظر په جورښت کې پې اغیزناکه واقع شویدی. که چیری حکم، هغه دلایل چې تورن ته په منسوب جرم له پیښیدو خخه رالند شوی وي او سموالي بې ثابت شویدی ذکر کړي، یو مدلل او صحیح حکم ګټل کېږي. مکلفه نه ده چې په هغه دفاعیه کې ذکر شو یو ټولو جزیاتو ته خواب ووائی، حکم هغه ته پام نه کول پخپله د دی دلیل ده چې هغه بې له نظر خخه غورخوی دی.

(۲) د اساسی دفاع پر و جو هاتو، نه رد یا پر په ناقصه تو گه رد

دافعيه هغه مهال جوهری او اساسی ګټل کېږي چې د محکمې ترڅيپنی لاندی دعوى له موضوع سره واضح او روښانه اړیکه ولرى په دې معنا چې د عین موضوع فیصله کول د دفاعي د حل مستلزم وي. دا چاره د دې غوبښته کوي چې دفاعي د قانون پر تطبيق کې د پېښي پر دعوى اغیزناک وي، له دې کبله هغه مهال چې اغیزناک نه وي د هغې په رد باندی مکلفيت نه لري، که شه هم فرضًا دفاعي صحیح هم وي.

د اساسی دفاعي د رد په اړوند د محکمې التزام، د حکم دسېبونو په وړاندې د هغې په وجیې سره بیوه، د حقوقو د درنواي او د هغه د دفاع په وړاندې د هغه له وجیې خخه هم سر چینه اخلي.

په اساسی دفاعي باندی د رد په اړوند د محکمې مکلفيت، د دوه شرطونو د شتون غوبښته کوي چې عبارت دی له:

تورن په خپله غوبښته کې جازم (قاطع — استوار) وي دارنګه چې د محکمې استمامع (اوریدنه) خپل خانته را اړوي. دا چاره هغه مهال تحقق مومني چې نوموری غوبښته په هغه توضیحاتو او خرګندونو مشتمله وي چې په خپلو وروستيو غوبښتو پرهغو باندې ټینګار کوي. احتیاطي غوبښتې له دې ډې خخه نه دی او محکمه هم د هغو په رد باندې مکلفه نده مګر په هغه صورت کې چې د برائت اصلی غوبښته او احتیاطي غوبښته د تاکلی دفاعي د تحقیق په موخه د مهلت د غوبښتې په اړه وي. نو په دې حالت کې د نوموری مطالبه قاطع ده په هغه صورت کې چې محکمه داسې حکم ته مخ کړي چې د برائت حکم نه وي او د محکمې تمایل په مدنۍ او سودا ګریزو دعواوو کې د اصلی غوبښتې د رد په لوري وي. په دارنګه حالت کې احتیاطي غوبښته قاطع ګټل کېږي.

د هم شرط هغه دی چې دا دفاعي د محکمې د دروازې د بنیدو «د محکمې د پای ته رسیدوله اعلان» خخه وړاندې خرګنده کړي، پر قانون باندې د عدالت غوره بلل د دې غوبښونکې دی چې که چېږي اساسی دفاعي چې د دعوى نظر بې ته تعییر ورکوي که خه هم د محکمې د دروازې له بنیدو خخه وروسته قاضي ته وړاندې شي، قاضي کولای شي په دعوى کې د هغې د اهمیت او جدي والي په پام کې لرلو سره، د هم د محکمې دروازې پرانیزی تر خو د دعوى دواړه خواوې د هغې په هکله رقابت او مدافعته لاس پوری کړي.

د اساسی او واقعی عناصرو نه توضیح کول

د جزا د قانون په برخه کې لازم ده دری ډوله احکام یو له بله توپیرو شی چې دا دری ګونی انواع عبارت دی له: برائت صادر شوی حکم، په محکومیت صادر شوی حکم او د دعوی په ماهیت کې د حکم صادرولو خخه وراندی په شکلیاتو کې صادر شوی حکم.

الف: په برائت حکم

د دی ډول حکم د سموالی په موخه کافی ده تر خو قاضی د تور د سندونو په سموالی کې شک وکړي تر خو په برائت حکم صادر کړي خکه په تورن کې اصلی حالت برائت دی او نوموری برائت جزم (عزم — نیت) او یقین ته اړه نه لري. خویوازی په شک بسته کول د دی غوبښته کوي ترڅو نوموری شک د سالم منطقی استدلال زېونده وی. په دی معنا چې باید خرگنده شی چې محکمی د دعوی پرظروفو او شرایطو او د اثبات په دلایلو احاطه (درک کول) تر لاسه کړیده او بیابی په نومورو دلایلو کې شک کړیدی.

هر کله که محکمه د تورن دفاعیه غوره وبولي، د اثبات د دلایلو د هر دلیل په صريح ردولو باندی مکلفنه نده خکه پير هغه باندې د محکمی تماس نه نیول په مخنی توګه افاده کوي چې محکمې هغفته اعتبار نه دی ورکړي. البتہ دا چاره د برائت حکم په اړوند د محکمی له استدلال خخه د تمیز د محکمی د خارنې خنډ او مانع نه ګرځی، تر خو معلومه شی چې آیا په ربستیا سره په برائت ذکر شوی سبیونه د محکمی پروپراندی په هغه باندی د مرتبه اثر غوبښتونکی دی یا نه.

ب: هر کله که محکمه خپل حکم پر محکومیت باندی بنا صادر کړي لازمه ده هغه وقایع او پیښی توضیح کړي چې د جرم د پیښیدو افاده کړي نرڅو قانونی حکم چې محکمی هغه ابلاغ کړیدی جواز ومومي او له بلی خوا د تمیز محکمه هم وکولای شی د قانون د تطبیق سموالی و خاری، د هغه خه د توضیح په موخه چې تری یادونه وشهو لازم ده تر خو پر محکومیت باندی صادر شوی حکم د لاندنيو مطالبو درلودونکي وي:

د هغه شرط شتون چې د جرم پیښیدل ورپوري اړه لري:

د مثال په توګه په امانت کې د خیانت په جرم کې چې د امانت د عقد پرښست بی صورت موندلی دی. نو هر کله چې حکم د نوموری عقد په ثابتیدو او تورن ته د ڏوالیدی په انتقال مدلل نه وي، دارنګه چې د تورن لاس پر منقول باندی د امانت لاس وبولي، هر هغه خه باندی تری یادونه وشهو په حکم باندې د مدلل توب نشتوالي په بیان کې د قصور)، د عیب د منځ ته راتګ لامل ګرځی. د تمیز محکمې د عامه خدمتونو د موظف د تهدید په جرم کې د نوموری د دهنده ایزو کړنو خخه دیوی له سرته رسولو خخه بی موجبه دهغه د مخښوی په موخه حکم کړیدی پردي بنسټ په هغه

صورت کې چې د اعتراض ور حکم د نوموری مجنی عليه وظيفه نه وه معلومه کړي دا خرگښه نه وه چې آیا د عامه خدتونو د موظف عمل چې د معتبرضانو له لوري د هغه له سرته رسولو خخه منع شوی و دده په ورسپارل شويو دندو کې شامل ؤ که یه؟ حکم ناقص دي.

د جرم د مادی رکن شتون

لكه دا چې د خطأ قتل په جرم کې محکمه په حکم کې د عمل او نتيجه تر منځ د سبیت داريکې له یادونې خخه غفلت وکړي او يا دا چې د فربکاري په جرم کې د هغه اړخ تر منځ د اړیکې له توضیح خخه چې فربې بې په کار وړي دي او مجنی عليه ته د مال له تسلیمولو خخه غفلت صورت ومومنی.

د معنوی رکن شتون:

د مصر هیواد د تمیز محکمی قضایي رویه پر دي ولاړه ده چې لازمه نه دي ترڅو حکم په خپلواکه توګه د سرقت (غلا) په عمل کې د قصد له شتون خخه یادونه وکړي، مګر په هغه صورت کې چې د تورن د دفاعي محور د نوموری قصد نفي کول وي، همدارنګه محکمه مکلفه نده په هغه صورت کې چې حکم په خپلواکه توګه له جنابي قصد خخه د غلا شويو شيانو د اختلاس په جرم کې یادونه کړي وي، هغه په صريح دول ذکر کړي، هغه مهال چې په حکم کې ثابت پیښو د هغه د شتون افاده کړي وي.

لكه هماغسي چې د عمد قتل په جرم کې ارونده محکمه مکلفه ده په خپلواکه توګه د جنابي قصد له شتون خخه وګریږي سره له دي چې د هغه د اثبات مسله د اړوندي محکمې مطلق تقدير او سنجش ته پرېږدي. اکثره د عمد قتل په جرایمو کې د تمیز محکمې په وړاندې اعتراض د روح د له منځه ورلو قصد پرنه شتون چې له هغه خخه د قتل په نیت تعییر صورت مومنی، تمرکز موندلی وي. د تمیز محکمه د اړوندي محکمې په خارنه کې په حکم کې د سالم سبب په حیث د قتل د نیت د شتون په اړوند له شدت خخه کار واخلي، یواز وي د اړوندي محکمې په استدلال پردي بنست د ټینو مواردو پر شتون لکه د وزونکې الی استعمال او يا پر مجنی عليه باندې د ستري ضربې واردول او يا ضربه واردول پر هغه خایونو باندې چې د قبل موجب اولادل ګرخي، بسنې نه کوي. بلکې اړوند همکمه مکلفه ده ترڅو د جنابي قصد حقیقت معلوم او په خپل حکم کې بې توضیح کړي. د دې امر د تطبيق په موخه د مصر هیواد د تمیز محکمی دارنګه حکم کړیدی چې یوازې د وزونکې الی استعمال د قتل پر نیت باندې دلیل کیدا نه شي، په هغه صورت کې چې محکمې د

نیت مسلی ته وضاحت نه وی ورکړي، یوازی پې د دلایلو د نوعی په یادونه باندی بسنه کړي وی.
حکه ددی احتمال شته دی چې قصد په هغه کې یوازی ضرر رسول وی.

د مشدده حالتونو شتون چي د هغو پر بنستي تورن محکوم شويدي

لکه پخوانی اصرار اوپه جنایت اقتران (نېدی کیدل) د ڈاکټر نسخه، درملتون او یا قابله (نېسہ) د جنین د سقطولو په جرايمو کې چې د حکم د صادرولو پر مهال د نومورو صفتونو د شتون په سبب په شدیده او سخته جزا محکوميري.

د یادونی ور ده چې په عمومي توګه هر کله که اپوند همکمی د جرم اړکان او یا عناصر په پښته کي معلوم کړل په دې صورت کي مکلف نه دی چې د هغه د هر رکن په اپوند وګریري.

ج: حکم یاقا، چه ددعوی د موضوع له فصل، خخه و اندی صادری:

لازم دی تر خو نوموری قرار په اجرایوی پینتو باندې مشتمل وي چې د دعوي په ماھیت کې د حکم له صادرولو خخه وړاندی د نوموری قرار د صادرولو مجوز ګرځیدلی وي. د مثال په توګه هغه حکم یا قرار چې په شکل کې د دعوي په نه منلو صادرېږي. لکه لازم ده هغه اجرآت او یا شرایط چې په دعوي کې له هفو خخه غفلت صورت موندلی، توضیح کړی، هغه حکم او یا قرار چې د استیناف غوبښتې د حق په سقوط صادرېږي لازم ده تر خو د مستانف د نه استیناف غوبښتې جريان د غونډلي له ورڅي خخه وړاندې په هغه کې ذکر شي، هغه حکم او قرار چې د صلاحیت او یا نه صلاحیت په اړوند صادرېږي، ددې ایجاب کوي تر خو هغه عناصر چې د دې صلاحیت د شتون اویا د هغه د نفی افاده کوي، شرح کړي.

پہ استدلال کی فساد

د حکم سببونه په هغه صورت کې په استدلال کې له فساد سره ګپېږي چې په هغه کې کوم عیب شتون ولري چې د استنباط سموالی ناقصوی. نوموری عیب یا نقصان په لاندی حالتونو کې منځ ته د اخچ:

په هغه صورت کې چې محکمه د خپل قناعت د حاصلولو په اړوند پر هغه دلايلو استناد و کړي چې د قانون له مخ، د منښې، ورنهؤ. اویا له موضوع، ناخېي، خنځه یه هغو قناعت کول مجاز نه وي.

محکمه واقعی، عناصر چی په ورندي یې، ثابت شوپیدی په صحیح توه گه درک نه کړي.

د واقعه عناصر و ته منځ د تناقض شتون چې د محکمې، يه وړاندی ثابت شویدي.

د منطقی استدلال نه شتون د هغه نتيجې په اړوند چې د واقعې عناصرو پر بنست د محکمی وړاندې ثابت شوید.

پر هفو دلایلو استناد چې د قانون له مخې د مننۍ وړ نه وي او يا له موضوعی ناحيې خخه پر هفو
دقناعت حاصلول مجاز نه وي:

الف: له قانون سره په مخالفو دلایلو استناد:

دا چاره هغه مهال تحقق مومنې چې په محکومیت باندی د حکم صادرول پر باطلو اجرآټو باندې بنا
وي. د مثال په توګه په هغه صورت کې چې د تور په اثبات کې په هغه دلیل باندی تکیه وشی چې
پر باطلې پلتني او یا باطل استجواب باندی بنا شوي وي، دی ته په پام سره چې په برائت صادرشوی
حکم په دی قاعده کې نه شاملېږي خکه په باطلو اجرآټو باندی د برائت د حکم صادرول جواز
لري، خکه په تورن کې اصل برائت دی.

دوهم مثال په هغه صورتك په چې محکمه خپل حکم ته هر هغه دلیل استناد ورکړي چې په قضایي
غونډه کې د هغه په حضور کې مطرح شوي نه ده چې د مصری محاکماتو د اصولو قانون له
(302) می مادې سره په سمون کې نوموری دلیل د قانون له مخې د مننۍ وړ نه دی.

ب: پر هغه دلایلو استناد چې له موضوعی ناحيې خخه پر هفو د دقاعت حاصلول مجاز نه دی:
د قانون له نظره هغه دلایل چې په حکم کې پرى استناد کېږي، شرط نه ده ترڅو په مستقیمه توګه،
په خپل ذات او له واسطې پرته په هغه حققت چې اثبات بې موخه ده، دلالت وکړي. بلکې کافې
ده چې د منطقی عملی په کاروپلو سره چې محکمه بى سرته رسوی د نوموری حقیقت به اثبات
منجر شي. د تمیز محکمه د اثبات او یا نفی په حالت کې د نومورو دلایلو د کافې والي د خارنې
حق نه لري، هغه خه چې د خپلې خارنې د صلاحیت په چوکات کې د قضایي استدلل په اړوند
مستحق دی همامګه د دی موضوع ثبت دی چې نوموری دلایل یوازې له موضوعی ناحيې خخه
مناسب دی یا نه، په دی معنا چې بیلایلې پیښې د مناسب اثبات او یا نفی عناصر لري یا نه.

د مثال په توګه د اثبات په موخه قضایي قراین، مناسب نه دی مګر په هغه صورت کې چې د هغه
دلالت مؤکد — او قطعی وي، احتمالي نه وي. په اثبات کې یوازې پر دلایلو اعتماد، جواز نه لري،
خکه د هفوی طبیعت ددی غونښتونکې دی چې له تأویل پرته، په ثابت ډول، پر هغه پیښې چې د
هغې د اثبات هدف وي، دلالت نه ګوی، د مصر دتمیز محکمه د هغه خه د تطبیق په موخه چې
یادونه بى وشهه دارنګه حکم کړیدی چې د پولیس د سې په واسطه پېژندنه د تور په اثبات کې
اساسی دلیل نه ګټل کېږي، بلکې په هغه باندی د ثبوت د دلایلو پیاوړتیا ممکنه ده.

له بلی خوا د مصرل د تمیز محکمی قضایي رویه په دی ولاره ده چې محکمه نه شي ګولاۍ چې په
خالصه اونګه مسلکې قضیه کې خپل خان د اهل خبره قایم مقام او خای ناستی و ګرځوی، بلکې

مکلفه ده تر خو د اهل خبره خخه له مورستی غوښتلو پرته چې د هغه نظریه د محکمی د اعتبار ور وي، نظر خرگند نه کړي. له هغه خه خخه چې يادونه تري وشهو د محکمی صلاحیت، د محکمی د قناعت د حاصلولو په موخته د اهل خبره د نظر په ارزونې کې، نه اخلاقلوی.

لکه خرنګه چې د نومورې محکمی چال چلنډ په دي، دي چې قاضی نه شي کولای د سن په ثبیت کې اهل خبره ته مراجعيه وکړي او یا پخپله د هغه ثبیت ته اقدام وکړي، مګر په هغه صورت کې چې نومورې سن په رسمي پانو کې که د تابعیت په تذکره کې وي او یا د واکمنو مراجعيو په تصدیق کې متحقق نه وي.

همدارنګه د تمیز محکمې حکم کړیدی په دي چې معقوله نده تر خو په حکم کې، د تورن دفاعیه د ده پر ضد د دليل په حیث وکارول شي.

د محکمی نه پوهیدا د هغه پینتو پر عناصرو چې په وړاندې بې ثابت شویدی

دا چاره هغه مهال تحقق مومي چې د حکم په سببونوکی پیچلتیا او ابهام شتون ولري، دارنګه چې د محکمې د قناعت عناصر خرگند نه وي، توضیح نه شي چې محکمی خپله نظریه په کوم بنسټ بشپړه کړیده، په دي خای کې مادی پیښی منځ ته راغلی دي، خو محکمه هغه په یوه معیوبه او بدله او تغییر موندلې بهه وړاندې کوي. نو دارنګه استدلال معیوب او متذبذب د دعوى د بهير د حقیقت او یا دهغه د دلایلو په وړاندې د محکمې د نه پوهیدا افاده کوي. د تمیز محکمې په دي اړوند حکم کړیدی په دي چې لازمه ده تر خو د حکم تدوین شوی مندرجات دمحتویات — منځانګه — په خپل ذات کې کافۍ او بیا کوونکي وي، تر خو روښانه شي چې محکمه په محکومیت باندې د حکم د صادرولو پرمھاں، په دعوى کې ثابت دلایل په صحیح توګه مطالعه کړي او د استناد ور بنسټ بې لکه د شاهدانو د شهادت په خیر بیان کړیدی.

خو په پیچلې او مبهمه بنه د حکم لیکل هغه هدف ته چې قانون جوروونکي د حکم د سببونو په اړوند تنظیم کړیدی، تتحقق نه ورکوی. په همدی اساس د تمیز محکمہ د قانون د تطبیق د سموالي له خارنی خخه عاجزه پاتې کېږي، په هغه صورت کې چې د اعتراض ور حکم د شهودو د خرگندونو مضامون چې په هغه بې تکیه کړیده ذکر نه کړي، بلکې هغه بې د قضبی بهيرته چې په ذهن کې بې د پیچلتیا، غموض (پیچلتوب) او ابهام درلودونکي دی احاله کړي وي. په دي صورت کې نه معلومېږي چې آیاتولو شاهدانو پښنه په خپلو ستړکو لیدلی ده او یا دا چې شهادت بې داوريدو له منځي دي؟ نو په دي حالت کې د اعتراض ور حکم د پیچلتیا او ابهام په علت، معیوب او د نقض مستوجب دي.

د واقعی عناصرو تر منځ د تناقض شتون چې د محکمی پر وړاندې ثابت شویدی:
 دا تناقض عبارت له هغې خخه دی چې د حکم دسيبونو تر منځ دارنګه پينسيپي چې خینې بی خینې نور نفی کوي، او سری پوري پوه هم نه شي چې محکمې د هغوى دکوم یو قصد درلودلی دي.
 نوموري تناقض دليل دارنګه ساقطوي او بي ارزښته کوي بي چې په هغه کې کوم خیز باقی نه پاتي کېږي تر خو سالمه نتیجه چې پر هغې اعتماد صورت ومومى، منځ ته راشی.
 د مصر د تمیز محکمې حکم کړیدی په دې چې هر کله که محکمې خپل حکم پر دوو دليلونو ټینګ کړي او دا دوه دليلونه یو هغه شاهد وي چې یوازی ده پېښه ليدلي ده او دوهم دليل د عدلی طب د او تو پسى د برخې نظریه وي، شاهد خرگنده کړي وي چې د مجني عليه پر شا دوه مرمى فېر شویدی په داسی حال کې چې عدلی طب په خپله نظریه کې چې محکمه دنومورو دوو دليلونو ترمنځ موجود تناقض دارنګه تفسیر کړي نه وي چې استناد پري د عقل له مخې د منې وړ وي، نوموري حکم ناقص او نيمګړي دی خکه احتمال بي درلود که چيرى محکمه دی تناقض ته متوجه کیدله، په هکله بې بله نظریه وړاندې کوله.

په دی شک نه شته چې د محکمې استناد په دوه قولی او فعلی دليلونو باندي، د هغوى په منځ د تناقض له لېږي کولو پرته حکم معیوبوي او دهغه د نقض مستوجب ګرځۍ، خو لازمه نه ده چې د شاهدانو اقوال له فني دليل سره سمبنت وکړي، بلکي کافې ده تر خو د قولی دليل او فني دليل ترمنځ دارنګه تناقض شتون و نه لري چې لېږي کول بې ستونزمن وي. د مصر هيواد د تمیز محکمې په دی اړوند داسې حکم کړیدی: هر کله که د حکم له راغونډو شویو دلايلو (مدوناتو) خخه ثابته شي چې دعدي طب د نظریه درلودونکې، ئ او عدلی طب په خپله نظریه کې يادونه کړي وي چې پر مجني عليه وارد شوی ضربی دوه ډوله وي، یوه بې له یو کلک او درانده جسم خخه په هرشکل چې وه رامنځ ته شوی په کوپې او پونستيوکې په کسر او ماتیدو منجر شویده، دوهمه نو بې له تېږي او غوڅونکې آلي خخه لکه چاقو خینې رامنځ ته شویده چې په جسم کې په ضربو او شلیدلو باندي منجر شویده او د مجني عليه د وفات علت هماځه ټکونونکې او شلۇونكى ګوڈارونه چې په کوپې او پونستيوکې ماتوالى مغزی د ننۍ وينه توېید نه او بهرنې وينه بهيدنه بې منځ ته رواري ده په عصبي صدمې منجر شویده. د محکمې حکم سره له دې چې په نوموري نظریه باندې بې استناد کړیدی د واقع اختلاف په لري کولو باندې بې د هغه خه ترمنځ چې په نظریه کې د ټکونونکو ګوڈارونو له شتون خخه چې د کلک او د روند جسم له اثر خخه په شلۇونكو ګوڈارونو سر بېره چې احتمال لري د چاقو په ذريعه په مجني عليه باندې وارد شوی وي يادونه شویده او د

هغه تر منځ چې محاکمی د دعوى له بهير او دلايلو خخه استنباط کړیدي په دى بنا چې مجنى عليه یوازی د جاقو تر ګوذاړونو لاندی نیول شویدی، خه نه دی ویلی. په دى معنا چې د عدلی طب د نظریي له محتوياتو او د پېښې او دلايلو خخه په لاس راغلی نتيجې تر منځ اختلاف بى نه دی لیري کړي. دا چاره د دوو قولی او فنی دليلونو ترمنځ تناقض هستوی. په عین وخت کې حکم په قطعی توګه د فنی دليل د عدلی طب نظریي» پر بنسته تصریح نه ده کړي، دارنګه چې د مجنى عليه په بدن کې د چاقو په واسطه موجود ګوذاړونه چې محاکوم عليه په حکم کې د هغه په سبب تر پوبنتني لاندی نیول شویدی د مجنى عليه د مړيني د رامنځ ته کيدو لپاره بى کفايت کاوه يا نه. له دې کبله د تمیز محاکمه نه شي کولای په صحیح توګه پر پېښه باندې د قانون د تطبیق له سموالي خخه خارنه وکړي.

په همدي ډول د تمیز محاکمې دارنګه حکم کړیدي: هر کله که یو حکم چې اعتراض پری شوی وی په دې نتیجه رسیدلي وي چې د کور تلاشی باطله ده، بیاېي په بل خای کې له خپل قول خخه رجوع کړي وي، دارنګه نظریي خرکند کړي وي چې د کور تلاشی صحیح ده. هغه جريان چې په نوموري بنه بې خپل حکم کې ترې يادونه کړیده خینې بې له خینو نورو سره په تناقض او تضاد کې واقع کېږي او حکم کې ترې يادونه کړیده خینې بې له خینو نورو سره په تناقض او تضاد کې واقع کېږي او حکم د تناقض درلودونکې دی چې د نه همغږي په علت په حکم کې د عیب او نقصان باعث ګرځیدلی دی، سر بېره پر دې د پېچلتيا، ابهام او تکذیب درلودونکې دی د خپلی مفکوري له ګډوډیدو خخه د قضيي د جريان د عناصرو په اړوند چې د تورن د محاکومیت نتیجه ترې اخیستل کېږي، خبر ورکوي.^۱

همدارنګه د تمیز محاکمی حکم کړیدي په دې چې که چېږي حکم په اثبات ورسوله چې له نیشه بې توکیو سره د مبارزی د برخی ریس خپرنې په دی دليل دی چې معارض عليه، د نیشه توکیو سوداګرۍ کړیده، هغه د خپلو کارګرانو ترمنځ د دودونې (ترویج) په قصد له لویدیږي صحراء خخه وار دوی او دا د هغه نظریي پر خلاف ده چې محاکمه درته رسیدلي ده پر دی بنا چې د قضيي جريان قطعی دليل نه لري چې د سوداګرۍ کولو قصد پیاوړي کړي. خکه هغه خه چې محاکمې د خپل حکم په سبونو کې ترې يادونه کړیده، خینې بې د خینو نورو سره په تضاد کې دی. دارنګه

^۱ د تمیز محاکمه د ۱۹۷۷ کال د نومبر ۹، د احکامو مجموعه ص ۲۸، گنج، مخ ۴۴.

چې د تمیز محکمه نه شی کولای د نیشه بی توکيو خخه د ساتني د قصد په اپوند د پینې پر حقیقت باندې د قانون د تطبیق له سموالي خخه، خارنه و کړي.

څکه په حکم کې ذکر شوی عناصر، متذبذب ؤ، استقرار نه لري تر خو د ثابته پیننو د عناصرو په ردیف کې وبلل شي. دا چاره په هغې منجر کېږي، چې د دارنګه حالت په شتون سره امکان نه لري تر خو وپوهیدل شي چې اپوندې محکمې پر کوم بنست خپله نظریه د دعوى په اپوندې بشپړ کړیده.

د پام وړ ده که چیرې محکمې د مطرح شويو دلایلو تر منځ موجود تناقض له منځه یوسى، د دی دلایلو له مجموع خخه دی حقیقت لنډیز او ترلاسه کړي، په هغه صورت کې حکم صحیح دي. د هغه خه د تطبیق په موځه چې یادونه ترې وشوه توضیح ورکول کېږي چې د مشاهد په خرگندونو او یا له نورو له خرگندونو سره تناقض په حکم کې د عیب باعث نه ګرځي په دې شرط چې محکمی حقیقت له نومورو خرگندونو خخه په مناسبه توګه رالنډ کړي وی چې تناقض پکی شتون ونه لري. ۲

همدارنګه په سبیونو کې هر تناقض د حکم د نقصان لامل نه ګرځي، بلکې ایجابوی چې د محکمې په نظر او لیدو توکي کې اغیزنا کتیا ولري. د مصر هیواد د تمیز محکمې دارنګه حکم کړیده چې: هر کله که محکمه په یقینی توګه قانع شوی وی چې اعتراض کوونکۍ د لاس ته راغلیو نیشه بی توکیو خاوند دی او د تلاشي او لاس ته راتلو پر مهال بی په خپل حیازت کې درلودلی وی، د پینې د اثبات په اپوند بی د داسې دلایلو یادونه کړیده چې په نتیجه منجر کیدل چې محکمه ورته رسیدلی ده، نو هر یو پاکت چې معتبرض مخفی او پت کړي وی، له حقیقت خخه خه نه کموی د حکم د استدلال سموالي او ده ګه د سبیونو سالموالی نه معیوبوی.

بررسی نظریه لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده در فقه امامیه و حقوق افغانستان

»»» سید محمد حسینی

قسمت اول

چکیده

اکثر قریب به اتفاقی فقهای امامیه معتقدند پسر بالغ رشید و دختر بالغه‌ی رشیده‌ی ثیب(بیوه) در ازدواج خود نیاز به اجازه ولی ندارد، اما در خصوص اینکه، آیا دختر باکره رشیده (دوشیزه) هم در ازدواج خود مشتق است یا نیاز به اجازه ولی دارد؟ بین آنان اختلاف نظر شدیدی وجود دارد به گونه‌ای که به شش دسته تقسیم شده‌اند: ۱- بسیاری از فقهای متقدم و متأخر اجازه ولی را در نکاح باکره رشیده لازم ندانسته‌اند، ۲- برخی دیگر ولی را صاحب اختیار مطلق دانسته و معتقدند او می‌تواند، دختر باکره رشیده را به نکاح دیگری در آورد، بدون اینکه اذن داده و راضی باشد، ۳- برخی دیگر اذن ولی را در عقد دائم لازم دانسته و در عقد موقت لازم ندانسته‌اند، ۴- برخی دیگر عکس نظر فوق را برگزیده‌اند، ۵- برخی دیگر می‌گویند، رضایت دختر و اذن پدر شرط است ولی اذن جد پدری لازم نیست. ۶- برخی دیگر معتقدند، علاوه بر لزوم رضایت دختر، اذن پدر و جد پدری شرط است.

جمهور فقهای اهل سنت، اذن ولی در نکاح باکره رشیده را لازم دانسته‌اند، ولی ابوحنیفه و پیروانش براین عقیده اند که دختر باکره رشیده در ازدواج نیاز به اجازه ولی ندارد. قانون احوال شخصیه اهل تسبیح افغانستان، همان نظر ششم فقهای امامیه را پذیرفته است. قانون مدنی افغانستان به تبعیت از فقه حنفی، اجازه ولی در نکاح باکره را لازم ندانسته است.

کلید واژه

اذن، ولی، ولی قهری، باکره، ثیب، رشیده

مقدمه

یکی از موضوعات مهم در حقوق خانواده بلکه اصلی ترین موضوع مسئله ازدواج است. شریعت اسلامی برای استحکام پیوند زناشوئی شرایطی را لازم دانسته است. یکی از این شرایط رضایت واذن زوجین است؛ لذا اگر عقدی بدون رضایت زوجین انجام شود، صحت آن عقد متوقف به اجازه و رضایت زوجین است و چنانچه آن دو رضایت ندهند عقد باطل است. اما سوالی که به ذهن می‌رسد اینست که آیا علاوه بر رضایت زوجین، اذن فرد دیگری هم لازم است یا نه؟

در پاسخ باید گفت بین فقهاء اختلافی نیست در اینکه بر پسر بالغ عاقل ورشید و دختر بالغه عاقله ثیب کسی ولایت ندارد و می‌توانند با هر کسی بخواهند ازدواج کنند بجز ابن ابی عقیل، یکی از فقهاء شیعه که معتقد است اجازه ولی در نکاح دختر بالغه عاقله ثیب هم لازم است. اما در خصوص دختر باکره رشیده بین آنان اختلاف است.

پیشینه این مسئله به دوران پیامبر(ص) و ائمهٔ معصومین برمی‌گردد و گاهی از آن بزرگواران سؤال می‌شده است که آیا در نکاح دختر باکرهٔ رشیده، اذن ولی لازم است یا نه؟ کثرت احادیث متفاوتی که از پیامبر(ص) و ائمهٔ معصومین(ع) در این مورد نقل شده است، باعث شده فقهاء اسلامی در این خصوص نظریات متفاوتی ابرازدارند. با توجه به اینکه در جوامع اسلامی به خصوص جامعه سنتی افغانستان معمولاً پدران خود را صاحب اختیار مطلق می‌دانند و حتی برای دختر حقی در انتخاب همسر قائل نیستند، لذا تحقیق درباره این مسئله که آیا شریعت اسلام و قوانین افغانستان اذن پدر را در ازدواج دختر باکره لازم می‌دانند یا نه حائز اهمیت است. در این تحقیق سعی شده است به سوالات فوق پاسخی مستدل داده شود.

مبحث اول: دیدگاه فقهاء امامیه

بین فقهاء شیعه امامیه در خصوص این مطلب که آیا در نکاح دختر باکره رشیده اذن ولی قهری (پدر وجود پدری) لازم است یا نه؟ اقوال و آرای متفاوتی وجود دارد. منشا این اختلافات احادیث متفاوتی است که در این خصوص از پیامبر (ص) و ائمهٔ معصومین رسیده است. ما در این مبحث این دیدگاهها را با دلایل آن بررسی و نقد خواهیم کرد.

نظریه اول: استقلال دختر باکره

طبق این نظریه که بین فقهاء متقدم و متاخر معروف است.^۲ و حتی «سید مرتضی»^۳ (۴۳۶ه.ق.) ادعای اجماع کرده است،^۴ دختر باکره رشیده می‌تواند با هر مرد مسلمانی که بخواهد ازدواج کند و ولی او حق جلوگیری او را ندارد.^۵ صاحبان این نظریه دلایل ذیل را برای اثبات مدعای خود آورده اند:

در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که از آنها فهمیده می شود ازدواج دختر باکره رشیده بدون اذن ولی صحیح است: الف- «هر گاه زنان را طلاق دادید و زمان عده آنها به پایان رسید، نباید آنها را از ازدواج کردن منع کنید، هر گاه به طریق مشروع به ازدواج با مردی تراضی کنند» ۵

«مردانی که بمیرند و زنانشان زنده بمانند، باید از شوهر کردن خودداری کنند تا مدت چهار ماه و ده روز بگذرد. پس از انقضای این مدت بر شما گناهی نیست که آنان در حق خویش کاری شایسته کنند» ۶ منظور این است که زن می تواند بعد از عده خودش با هر کسی بخواهد ازدواج کند، بدون اینکه اذن ولی شرط باشد. ۷ آیات مذکور مفید عموم است و شامل زنان غیر مدخله هم می شود؛ لذا به قول «شهید ثانی» (۹۶۵ق.) فی الجمله میتوان به آیات مذکور استدلال کرد.

«اگر مرد زنش را برابر بارسوم طلاق داد، دیگر براو حرام است تا اینکه زن با مرد دیگری ازدواج کند» ۸ در این آیه خداوند عقد نکاح را به زن اضافه کرده . ظاهرش آنست که زن خود متولی ازدواجش است. ۱۰

«واحد لكم ما وراء ذلك» ۱۱ اطلاق این آیه شریفه نیز بر مدعای ما دلالت دارد. ۱۲- احادیث زیادی وجود دارد که ثابت می کند دختر باکره رشیده، در ازدواج مستقل بوده و اجازه ولی در آن شرط نیست:

الف) «ابن عباس» از «پیامبر (ص)» روایت کرده که حضرت فرمودند: «زنی که شوهر ندارد به نفس خود از ولی خود سزاوارتر است و دختر باکره باید خود اجازه دهد و اجازه او سکوت شاست» ۱۳

ب) ابن عباس روایت کرده که دختر باکره ای نزد پیامبر(ص) آمد و گفت: پدرم می خواهد مرا به نکاح برادر زاده اش درآورد، ولی من مخالفم و نمی خواهم با آن فرد ازدواج کنم، پیامبر (ص) فرمود: برو با هر که خودت می خواهی ازدواج کن. سپس آن دختر گفت: من با همان کسی می خواهم ازدواج کنم که پدرم می خواهد و با این مخالفت خود می خواستم به زنها بفهمانم که پدرانشان در مورد ازدواج آنان حقی ندارند. ۱۴

ج) «فضیل بن یسار» «محمد بن مسلم» «زراره» و «برید» از «امام باقر (ع)» روایت کرده اند که حضرت فرمود: «زنی که مالک نفس خود است و سفیه و مولیٰ علیه کسی نیست، ازدواجش بدون اجازه ولی صحیح است». ۱۵

د) زراره از امام باقر (ع) روایت کرده که حضرت فرمود: «زنی که مالک امور خود است، می تواند خرید و فروش کند، بنده آزاد کند، شهادت دهد و از مال خود به هر کسی که بخواهد بدهد و همچنین می تواند بدون اجازه ولی خود ازدواج کند و اگر چنین نباشد جایز نیست ازدواج او مگر به امر ولی او». ۱۶

اما روایت چهارم در طریق این روایت شخصی به نام «عباس است» که مشترک بین «ثقه» و «ضعیف» است لذا قابل اعتنا نیست.^{۲۴} البته «آیت الله خوئی» (۱۴۱۳ق). حدیث مذکور را صحیح السنده می داند ولی معتقد است این حدیث هم مثل حدیث قبلی مطلق است و شامل باکره و ثیب می شود، و فقط در صورتی ثابت می کند که اجازه ولی در نکاح باکره شرط نیست که مخصوصی نباشد.^{۲۵}

در طریق روایت پنجم هم شخصی بنام «موسى بن بکر» است که واقعی مذهب است و لذا روایت ضعیف است. روایت پنجم، ششم، هفتم و هشتم هم برخی از لحاظ سند و برخی از لحاظ دلالت مشکل دارند.^{۲۶}

۵) «ابن ابی مریم» از «امام صادق(ع)» روایت کرده که حضرت فرمودند: «جاریه ی باکره ای که پدر دارد ازدواج نکند مگر با اذن پدرش و هرگاه صاحب اختیار خودش باشد، باهر کسی که بخواهد ازدواج کند»^{۱۷} گفته شده اول حدیث اشاره به دختر صغیره و غیر رشیده دارد و آخر حدیث بر ادعای ما دلالت دارد.

۶) «سعدان بن مسلم» از امام صادق روایت کرده است که فرمود: «ازدواج دختر باکره بدون اذن ولی اشکالی ندارد»^{۱۸}

و) «عبدالرحمون بن ابی عبدالله» از امام صادق (ع) روایت کرده که حضرت فرمودند: «زنی که صاحب اختیار خود است با هر کسی که بخواهد می تواند ازدواج کند.»^{۱۹}

۳- اصل عدم اشتراط اذن ولی است؛ چرا که بلوغ و رشد مناطق تصرف است؛ یعنی هر کسی که بالغ و رشید شود می تواند در اموال و دارائی خود تصرف کند. پس حق تصرف نسبت به جان خود را به طریق اولی دارا است. و همان طور که ولایت ولی بعد از بلوغ و رشد از مال انسان زایل می شود ولایت در نکاح هم بعد از بلوغ و رشد زایل می شود.^{۲۰}

نقده در نقد این نظر باید گفت: اولاً آیاتی که ذکر شد شامل دختر باکره نمی شود بلکه این آیات، مربوط به زنانی است که طلاق داده یا شوهرشان مرده و چنین زنانی عمدهاً مدخله هستند.^{۲۱} البته این احتمال وجود دارد که آیات مذکور شامل باکره هم شود و آن در صورتی است که مردی با زنی ازدواج کند و نزدیکی بین آن دو فقط از راه دیر (عقب) صورت گیرد، و بعد مرد زنش را طلاق دهد یا اینکه مرد بمیرد چون در این صورت زن همچنان باکره محسوب می شود ولی این احتمال بعيد است.^{۲۲} اما احادیث مذکور برخی از لحاظ سند صحیح نیستند و برخی هم از لحاظ دلالت مشکل دارند. توضیح آنکه حدیث اول و دوم معتبر نیست و روایت سوم گرچه «حسن» است ولی از لحاظ دلالت مشکل دارد؛ چون گفته «هر زنی که مالک نفس خود است» و این اعم از باکره و ثیب است.^{۲۳}

اما روایت چهارم در طریق این روایت شخصی به نام «عباس است» که مشترک بین «ثقه» و «ضعیف» است لذا قابل اعتنا نیست.^{۲۴} البته «آیت الله خوئی» (۱۴۱۳ق). حدیث مذکور را صحیح السنده می داند ولی معتقد است این حدیث هم مثل حدیث قبلی مطلق است و شامل باکره و ثیب می شود، و فقط در صورتی ثابت می کند که اجازه ولی در نکاح باکره شرط نیست که مخصوصی نباشد.^{۲۵}

در طریق روایت پنجم هم شخصی بنام «موسى بن بکر» است که واقعی مذهب است و لذا روایت ضعیف است. روایت پنجم، ششم، هفتم و هشتم هم برخی از لحاظ سند و برخی از لحاظ دلالت مشکل دارند.^{۲۶}

اما ادعای اجتماعی که شده است، باید گفت که محل نزاع است و فقهای بزرگی مثل «شیخ صدق» (ابن ابی عقیل) و «شیخ مفید» (ابن ابی عقیل) و ... با این نظر مخالفند و اما اینکه گفته شده اصل عدم اشتراط اذن ولی است، باید گفت اصل در جایی دلیل است که دلیل وجود نداشته باشد در حالی که احادیث زیادی وجود دارد که ولايت پدر را ثابت می کند.^{۲۷}

نظريه دوم: استقلال ولی

طبق اين نظريه در صوريکه ولی دختر باکره رشیده بخواهد او را به ازدواج کسی در آورد، دختر حق مخالفت ندارد و اين نکاح نافذ است. «شیخ طوسی» (ابن ابی عقیل) و «النهایه» (شیخ صدق)، «بن برّاج» (ابن ابی عقیل) و «بن برّاج» (ابن ابی عقیل) اين نظريه را برگزيرده اند.^{۲۸} شیخ طوسی گفته است: «اگر پدر دختر باکره را به عقد ديجري درآورد بدون اينکه از دختر اذن گرفته باشد عقد جاييز است و دختر حق مخالفت ندارد...»^{۲۹} پيروان اين نظريه دلائل زير را برای اثبات مدعای خود آورده اند:

۱- «صحيحه على بن جعفر» از برادرش امام «موسى بن جعفر(ع)»: «از امام پرسیدم، آيا مرد می تواند دخترش را به نکاح ديجري درآورد بدون اذن وي؟ امام فرمود: بله، دختر حقی در اين خصوص ندارد مگر اينکه زنی باشد که قبلاً با او نزديکی صورت گرفته باشد (ثيب باشد) پس چنین زنی نکاحش جاييز نیست مگر با اجازه خودش.»^{۳۰}

«صحيحه حلبي» از «امام صادق (ع)»: راوي می گويد: «از امام در مورد دختر باکره بالغه سوال کردم که آيا او می تواند با پدرس در مورد خود تصميم بگيرد؟ حضرت فرمود نه مگر آنكه ثيب باشد.»^{۳۱}

پيامبر بزرگ اسلام فرمودند: «بدون ولی نکاح صحيح نیست»^{۳۲}. باز از همان حضرت روایت شده که فرمودند: «هر زنی که بدون اجازه ولی خودش، ازدواج کند نکاحش باطل است.»^{۳۳}

صحیحه «ابن ابی یعفور از امام صادق(ع)» روایت کرده که حضرت فرمودند: «دختران باکره ای که پدر دارند ازدواج نکنند مگر به اذن پدرشان».»^{۳۴}

پيروان اين نظريه به اصل استصحاب هم تمسک كرده و گفته اند: قبل از آنكه دختر باکره بالغ شود پدر و جد پدری بر او ولايت دارند و بعد از آنكه بالغ شد ولايت آن دو استصحاب می شود.^{۳۵} نقده در رد اين ديدگاه باید گفت: اولاً اكثراً احاديثی که پدر را مستقل می داند و اجازه دختر را لازم نمی داند از نظر سند و دلالت قابل خدشه و ايرادند. «شهيد ثانی» در اين مورد روایات زیادی نقل کرده است و بعد برخی را از لحاظ سند و برخی را از نظر دلالت مخدوش دانسته است.^{۳۶} ثانیاً در مقابل احاديثی که اذن دختر را لازم نمی داند و پدر را صاحب اختيار می داند، احاديث معتبر

دختر باکره ازدواج موقت نمیتواند مگر با اجازه پدرش «۴۲»

نظريه چهارم: اجازه ولی در عقد موقت شرط است و در عقد دائم شرط نیست.^{۴۳} دلایل اين ديدگاه همان روایاتي است که پیش از اين ذکر كردیم، مثل صحیحه بزنطی و صحیحه ابن ابی مریم که به صراحت اجازه ولی را در متعه باکره شرط می دانند. در حدیث دیگری امام صادق (ع) علت اين امر را در معرض تهمت قرار گرفتن دختر می داند. بدین معنا که اگر در متعه باکره اجازه ولی شرط نشود، ممکن است آن مرد بعداً ازدواج موقت را انکار کند و مشروعت فرزند حاصل از اين ازدواج انکار شود و دختر متهم به زنا شود.^{۴۴}

زيادي وجود دارد که اذن دختر را شرط می داند و بيان می دارد که پدر نباید خود تنها تصميم بگيرد. مثلاً طبق روایت معتبره «صفوان» فردی به نام «عبدالرحمن» خدمت امام کاظم امد و گفت می خواهد دخترش را به نکاح برادرزاده اش در اورد. امام فرمود: اين کار را بکن ولی دختر باید راضی باشد زیرا او هم نسبت به خودش سهمی دارد.^{۳۷} یعنی نسبت به خود حق دارد تصميم بگيرد. در مورد تمكّن به اصل استصحاب هم باید گفت اين اصل در جايی بكار ميرود که موضوع همان موضوع سابق باشد و در مانحن فيه، موضوع تعغير کرده است.^{۳۸}

نظريه سوم: طبق اين نظريه اجازه ولی در عقد دائم شرط است و در عقد موقت شرط نیست. «شيخ طوسی» در کتاب «تهذیب» و «استیصار» و برخی دیگر این نظر را برگزیده است.^{۳۹} پیروان اين دیدگاه برای اثبات مدعای خود به دو دليل اشاره کرده اند:

جمع کnim بین اخباری که اجازه ولی را شرط می داند و اخباری که اجازه ولی را شرط نمی داند و بگوئim اخباری که اجازه ولی را شرط می داند اختصاص به عقد دائم دارد و اخباری که شرط نمی داند انصراف به عقد موقت دارد، چون عقد دائم مهمتر از عقد موقت است. به دليل اينکه حقوق زن در عقد دائم زياد است و زن نمي تواند به تنهاي شوهر مناسبی اختيار کند تا حقوقش ضایع نشود برخلاف عقد موقت که در آن زن حقوق زيادي از جمله حق نفقة، ارث و ... ندارد.^{۴۰}

در برخی احادیث تصريح شده که اجازه ولی در عقد موقت دختر باکره شرط نیست؛ مثل اين روایت: «از امام در مورد متعه دختر باکره بدون اذن پدر و جد پدری سوال کردم، امام فرمود: اشكالی ندارد»^{۴۱} از اين روایت می توان فهميد که اذن ولی فقط در عقد دائم شرط است نه در عقد موقت نقد: باید گفت اولاً راههای جمع بین اخبار منحصر در آنچه گفته شد نیست و می توان از وجوده دیگری هم بین آنان جمع کرد. ثانیاً در سند و دلالت احادیثی که برای اثبات مدعای فوق آورده شده هم خدشه وارد شده است. چون روایت گفته شده مقطوع است و روایات دیگری هم که وجود دارند، دلالت صريحی به مطلب ندارند، به علاوه احادیث مذکور با احادیث معتبره اى تعارض دارد که اجازه ولی را در متعه باکره صريحًا شرط می داند، مثل صحیحه بزنطی از امام رضا (ع) که فرمود: «

دختر باکره ازدواج موقت نمیتواند مگر با اجازه پدرش «۴۲»

نقد: در نقداین نظر باید گفت عقد قدر مشترک بین دائم و موقت است؛ لذا هر چه در عقد دائم شرط است در عقد موقت هم شرط است و در اکثر احادیثی که در مورد نکاح دختر باکره آمده، واژه «نکاح» بطور مطلق آمده و لذا شامل هر دو می شود. ثانیاً احادیثی که اجازه ولی در نکاح موقت دختر باکره را شرط می داند، این را نفی نمی کند که اجازه ولی در نکاح دائم دختر باکره هم شرط است.

نظريه پنجم: مطابق اين نظريه ولايت بين دختر و پدر مشترك است و جد پدری در اين مورد ولايتي ندارد. اين نظريه به «شيخ مفيد» نسبت داده شده است. «آيت الله حكيم» (۱۳۹۰هـ.ق.) هم پس از آنکه روایات واردۀ دراین مورد را به پنج دسته تقسیم کرده، براین عقیده است که جدپدری بر دختر باکره ولايتي ندارد.^{۴۵} دليل اين نظر اين است که احاديثی که اجازه پدر را لازم می داند، متعرض جد پدری نشده است.^{۴۶}

در نقد اين نظريه گفته شده است: احاديث صحيحه اى وجود دارد که ولايت جد پدری را هم ثابت می کند. حتی طبق برخی روایات در صورتی که پدر بخواهد دخترش را به نکاح کسى در آورد و همزمان جد پدری او هم بخواهد، همان دختر را به نکاح کسى دیگر درآورد، نظر جد پدری مقدم است بر نظر پدر.^{۴۷}

نظريه ششم: طبق اين نظر علاوه بر لزوم اذن و رضایت دختر، اذن ولی قهری (پدر و جد پدری)هم شرط است. «ابو صلاح حلبي» (۴۴۷هـ.ق.) در اين مورد گفته است: «اگر دختر باکره بالغ باشد، جاييز نيست که پدر و جد پدری آن دختر را به عقد ديگری دراورده مگر اينکه دختر اجازه دهد. در صورتی که پدر و جد پدری بدون اذن دختر، ولی را به نکاح کسى درآورده با سنت مخالفت کرده و دختر مخير است اين ازدواج را بپذير يارده کند و عقد را فسخ کند. پس اگر دختر نپذيرده عقد باطل است و همین طور جاييز نيست که دختر بدون اذن ولی با ديگری ازدواج کند و اگر چنین کند با سنت مخالفت کرده است و عقد متوقف به اجازه پدر و جد پدری است.^{۴۸} مشهور فقهاء اماميه معتقدند در صورتی که ولی بى جهت مانع ازدواج دختر باکره با مرد هم کفوشا شود، اذن ولی ساقط است و دختر مى تواند با مرد هم کفوشا ازدواج کند.^{۴۹} «علامه خوئي» هم پس از آنکه نظریات مختلفی را تبیین و نقد کرده است نظر اخير را برگزیده است.^{۵۰} پیروان اين نظريه دلایل زیر را برای اثبات مدعای خود آورده اند:

مقتضای جمع بین احاديث همین است؛ چون برخی از احاديث مذکور اختصاص به دختر باکره رشیده دارد، و اجازه ولی را شرط می داند و برخی ديگر اختصاص به ولی دارد و اجازه ولی را لازم می داند. پس از مجموع آنها ثبوت ولايت برای هر دو (دختر و ولی) بدست می آيد.^{۵۱}

لازمه عمل کردن به تمام دلایل [هم دلایل] کسانیکه اذن دختر را لازم می دانند و هم دلایل کسانی که اذن پدروج‌پدری را به تنها‌ی لازم می دانند [] این است که اذن دختر و ولی را باهم شرط بدانیم.^{۵۲}

روایت «موثقه» صفوان بر این مطلب دلالت دارد. طبق این روایت فردی با امام کاظم در مورد تزویج دخترش با برادر زاده اش مشورت کرد. امام فرمود: «این کار را بکن ولی دخترت باید راضی باشد.» مطابق روایت دیگر «خالد بن داود» در مورد تزویج دخترش با علی بن جعفر از امام کاظم مشورت خواست. امام فرمود: «دخترت را به نکاح علی بن جعفر درآور ولی دختر باید راضی باشد»^{۵۳} « از منطق این عبارت که فرمود:«فان لها فی نفسها نصیباً» یا «فان لها فی نفسها حظاً» فهمیده می شود که ولایت برای خود دختر ثابت است و او باید اذن دهد و از مفهوم همین عبارت فهمیده می شود که پدر نیز ولایت دارد، چرا که کلمه «نصیب» و «حظ» مقتضی آن نیست که یک شخص را در برگیرد و شامل دیگران نشود بلکه مقتضی آن است که شامل هر دو شود.^{۵۴}

۴- «زراة ابن اعین» و «محمدبن مسلم» از امام صادق(ع) روایت کرده اند که حضرت فرمود: «عقد نکاح را جز پدر کس دیگری نقض نمی تواند» روایات مذکور صحیح السند هستند.^{۵۵}

تحلیل و نظر:

با توجه به آنکه نظریات مختلفی در این مورد بیان شده و منشاء آن کثرت احادیث متفاوت است که در این مورد وارد شده است، نمی توان نظر قطعی داد. به خاطر همین مسأله است که تمام یا اکثر کسانیکه اجازه ولی را لازم نمی دانند قائل به استحباب اجازه گرفتن از ولی هستند.^{۵۶} لذا اگر بخواهیم جانب احتیاط را مراعات کنیم باید ولایت را بین ولی و دختر مشترک بدانیم و بگوئیم اجازه هر دو شرط است. در این صورت اگر دختر بدون اجازه ولی ازدواج کند، این ازدواج غیر نافذ است و نیاز به اجازه ولی دارد و همین طور اگر پدر بخواهد بدون اذن دختر، ولی را به نکاح کسی درآورد، این نکاح غیر نافذ است و نیاز به اجازه دختر دارد.

در مورد فلسفه لزوم اذن ولی باید گفت با توجه به اینکه دختران باکره معمولاً بی تجربه یا کم تجربه هستند، ممکن است در انتخاب همسر اشتباه کنند و مورد اغفال مردان هوس باز قرار گیرند؛ لذا لزوم اذن ولی برای حفظ خود دختر است.

«شهید مطهری» در این مورد گفته است: «فلسفه اینکه دوشیزگان لازم است - یا حد اقل خوب است- بدون موافقت پدران با مردی ازدواج نکنند، ناشی از این نیست که دختر قاصر شناخته شده و از لحاظ رشد اجتماعی کمتر از مرد به حساب آمده است. اگر به خاطر این بود چه فرقی است میان بیوه و دوشیزه ای که بیوه ۱۶ ساله نیاز به موافقت پدر ندارد اما دوشیزه ۱۸ ساله نیاز به موافقت دارد؟ به علاوه اگر دختر از نظر اسلام در اداره کار خودش قاصر است، چرا اسلام به دختر

بالغ رشید استقلال اقتصادی داده و معاملات چند صد میلیونی او را صحیح و بی نیاز از موافقت پدر یا برادر یا شوهر دانسته است.^{۵۷} از نظر استاد (ره) حس شکارگری مرد از یک سو و خوش باوری زن نسبت به وفا و صمیمیت مرد از طرف دیگر، اذن پدر را به منزله احتیاط و مراقبتی قرار داده است که قانون برای حفظ دختر ازدواج نکرده در نظر گرفته است و چنین احتیاط و مراقبتی با اصل آزادی منافات ندارد.^{۵۸}

بحث دوم: نظام حقوقی افغانستان

در این فصل ابتدا دیدگاه قانون مدنی افغانستان را بررسی می کنیم، سپس به بیان دیدگاه قانون احوال شخصیه اهل تشیع در مورد لزوم و عدم لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده می پردازیم.

گفتار اول: دیدگاه قانون مدنی افغانستان

مطابق ماده ۷۱ قانون مدنی افغانستان، پسری که هنوز به سن ۱۸ سالگی و دختری که به سن ۱۶ سالگی نرسیده باشند، نمی توانند به طور مستقل خودشان اقدام به ازدواج نمایند، بلکه یا باید پدر اقدام به عقد ازدواج کند و اگر پدر ندارد محکمه با صلاحیت اقدام به این امر نماید. این مطلب را بند ۱ ماده ۷۱ قانون مدنی چنین مقرر داشته است: «هرگاه دختر سن مندرج ماده ۷۰ این قانون را تکمیل نکرده باشد، عقد ازدواج وی تنها توسط پدر صحح التصرف یا محکمه با صلاحیت صورت گرفته می شود» بند ۲ ماده فوق الذکر مقرر داشته است: «عقد نکاح صغیره کمتر از ۱۴ سال به هیچ وجه جواز ندارد.

قانون مدنی افغانستان در مورد این مطلب که آیا ولی می تواند دختر و پسر مجنون را به نکاح دیگری درآورد یا نه؟ به صراحة چیزی نگفته است. با این حال از ماده ۷۶ این قانون میتوان بدست آورد که در مواردی که مجنون نیاز به ازدواج داشته باشد عقد نکاح مجنون توسط ولی مشکلی ندارد. ماده ۷۶ قانون مدنی مقرر می دارد: «در صورتیکه طرفین عقد اصالتا، شرعا یا توکیلا تحت ولایت شخصی واحد قرار داشته باشند، شخص می تواند به تنها بی از جانب طرفین عقد ایجاب و قبول نماید مشروط به اینکه شرایط قانونی عقد رعایت شده باشد. چون در فقه اهل سنت ولی می تواند دختر و پسر مجنون را به نکاح دیگری در

آورد واز طرفی دیگر طبق بند ۲ ماده ۱ قانون مدنی در مواردی که حکمی در قانون وجود نداشته باشد، محکمه می‌تواند مطابق فقه حنفی حکم صادر نماید. «.

اما در خصوص لزوم و عدم لزوم اجازه ولی در نکاح باکره رشیده، قانون مدنی افغانستان به تبعیت از فقه حنفی، اجازه ولی را لازم ندانسته است. ۵۹ ماده ۸۰ قانون فوق الذکر مقرر می‌دارد: «هرگاه عاقله رشیده بدون موافقه ولی ازدواج نماید، عقد نکاح نافذ ولازم می‌باشد». البته عبارت «عاقله رشیده» اعم از باکره و ثیب (بیوه) است لذا ماده مذکور شامل هردو می‌شود. قانون جزای افغانستان پا را فراتر گذاشت و چنین مقرر داشته است: «شخصی که زن بیوه یادختری را که سن هیجده سالگی را تکمیل نموده باشد برخلاف رضا ورغبت وی به شوهر دهد حسب احوال به حبس قصیر محکوم میگردد.....»

گفتار دوم: دیدگاه قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان

ماده ۵۷ قانون احوال شخصیه مراقبت و نگهداری از مولیٰ علیه و اموال او، جلوگیری از ارتکاب محرمات مولیٰ علیه، رعایت پاکیزگی او، مراقبت از زیان رساندن مولیٰ علیه به غیر، فراهم نمودن زمینه تعلیم، تربیت، آموزش شغل و حرفة مفید برای مولیٰ علیه و فراهم نمودن زمینه ازدواج مولیٰ علیه را از وظایف ولی دانسته است.

ماده ۴۲ قانون احوال شخصیه، ولایت خاص را بر صغیر، مجنونی که جنونش متصل به صغر باشد و سفیه اعم از اینکه وصف سفه او متصل به صغر باشد یا نباشد. قابل اعمال دانسته است. ودر ماده ۹۵ و ۹۶ که به ولایت در عقد نکاح، مربوط است، ولایت ولی را بر دختر و پسر مجنون و دختر باکره قابل اعمال دانسته است و در ماده ۹۷ تصریح کرده که ولی در نکاح سفیه ولایتی ندارد و خودش مستقل است، اما آثار مالی آن را ولی تعیین می‌کند. ماده ۹۶ مقرر می‌دارد: «ولی قهری در نکاح مجنون حق ولایت ندارد و نکاح او در حال افاقه صحیح است. مجنون دائمی در صورت افاقه نکاح ولی قهری را بدون وجود مفسده و نکاح وصی مأذون را با وجود مصلحت رد نمی‌تواند و در صورت نبودن ولی قهری و وصی

مأذون و ضرورة مبرم و شديد مجنون و مجنونه محكمه می تواند در مورد نکاح آنها اقدام نماید».

اما نسبت به اینکه ازدواج دختر و پسر صغیر بدون اذن ولی صحیح است یا نه؟ قانون مذکور ساكت است. حال سوال این است که با سکوت قانون احوال شخصیه در خصوص صغیر چه باید کرد؟

در پاسخ باید گفت: از دیدگاه فقهای امامیه ازدواج دختر و پسر صغیر فقط توسط ولی ممکن است، آنهم به شرطی که ازدواج آن دو به مصلحت شان باشد و اگر به مصلحت نباشد به نظر بعضی از فقهای امامیه نکاح باطل ۶۰ و به نظر برخی دیگر غیر نافذ است. از طرفی دیگر مطابق بند ۳ ماده ۲ قانون احوال شخصیه، در مواردی که حکمی در این قانون وجود نداشته باشد، محکمه مطابق فقه جعفری و به اساس فتوی مرجع تقلید وقت اهل تشیع اصدار حکم می نماید»

اما در خصوص اینکه آیا در نکاح دختر باکره رشیده، اجازه ولی لازم است یا نه؟ قانون احوال شخصیه، از نظر آن عده از فقهای امامیه که اذن دختر و ولی قهری را به طور مشترک لازم دانسته، تبعیت کرده و چنین مقرر داشته است: « نکاح دختر باکره منوط به رضایت او و اجازه ولی قهری می باشد ۶۲».

از نظر قانون احوال شخصیه، اثبات موارد ذیل توسط دختر در پیشگاه محکمه موجب سقوط اجازه ولی قهری می گردد:

در صورتی که استیدان ولی قهری غیر ممکن و یا توأم با مشقت زیاد بوده و دختر محتاج نکاح باشد.

در صورتی که ولی قهری سفیه باشد.

در صورتی که ولی قهری غیر مسلمان باشد.

در صورتی که ولی قهری از ازدواج با کفو شرعی و عرفی او با وجود نیاز او به شوهر و علاقه او به آن ممانعت نماید و کفو دیگری هم نباشد. ۶۳

از نظر قانون مذکور، قومیت، ملیت و نژاد معیار کفو بودن نبوده بلکه مسلمان کفو مسلمان است.^{۶۴}

همانطور که پیش از این گفتیم، از نظر فقهای امامیه درصورتی که ولی صغيراً مجنون باشد نیز اجازه ولی ساقط است. قانون احوال شخصیه متعرض این موارد نشده است و این قابل ایراد است.

نتیجه

با توجه به اینکه دختران باکره معمولاً تجربه ای در مورد انتخاب شوهر مناسب ندارند و با مشورت پدر بهتر میتوانند در این مورد تصمیم بگیرند، باید علاوه بر لزوم اذن و رضایت دختر، اذن ولی قهری رالازم بدانیم. البته چنانچه پدر و جد پدری بدون عذر موجه مانع ازدواج دختر با مرد هم کفوش شوند، دیگر نیازی به کسب اجازه آن دو نیست و دختر میتواند با مرد هم کفوش ازدواج کند

^۱ سید محمد تقی الخوبی، المبانی فی شرح العروة الوثقی، ج (تقریرات درس آیت الله خوبی) قم، موسسه احیاء آثار امام خویی ص ۲۵۲.

^۲ همان، ص ۲۵۲.

^۳ الانتصار، قم، موسسه النشر اسلامی، ۱۴۱۵هـ. ق. ص ۲۸۴.

^۴ «علامه حلبی» (۷۲۶هـ.ق.) در این باره گفته است: «زندگی که باکره رشیده است، اگر ثیب باشد کسی بر او ولايت ندارد و می تواند با هر کسی که بخواهد ازدواج کند و اگر باکره باشد باز هم بنابر قویترین اقوال کسی بر او ولايت ندارد. (تحریرالاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه قم، موسسه امام صادق ۱۴۲۱هـ. ق، ص ۴۳۳) «محقق حلبی» (۷۲۶هـ.ق.) هم گفته است: «دختر باکره رشیده خودش صاحب اختیار است». ایشان معتقدند: «مستحب است زن از پدرش اجازه بگیرد چه باکره باشد و چه ثیب.» (المختصر النافع فی فقه الامامیه، مصر، وزارت الاوقاف، دارالکتاب العربی، بي تاصص ۱۷۳) «شهید ثانی» معتقد است، بنا بر صحیح ترین قول ها اجازه ولی در نکاح باکره شرط نیست. به نظر وی هم بهتر است دختر از پدر و جد پدری اجازه بگیرد، چون احتیاط در دین چنین اقضائی دارد. (الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۲، قم دارالتفسیر، ۱۳۸۷هـ.ش، ص ۲۹۹) و مسائل الافهام الى تنتیج شرایع الاسلام، ج ۷، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۵هـ. ق.، ص ۱۲۱) «شیخ محمد حسن تجفی» (۱۲۶۶هـ.ق.) هم در این باره گفته است: «بهر حال آیا ولايت پدر و جد پدری بر دختر باکره رشیده ثابت است یا نه؟ در این مورد روایاتی وجود دارد که ظاهرترين انها ایشت که ولايت از پدر و جد پدری ساقط است و خود دختر ولی خود است در عقد دائم و مقطوع. در این هنگام اگر پدر و یا جد پدری، آن دختر را به نکاح دیگری درآورد، این عقد نکاح نافذ نیست مگر اینکه خود دختر راضی شود.» (جواهر الكلام، ج ۲۹، تهران، مکتبة الاسلامیه ص ۱۷۴) «شیخ انصاری» (۱۲۸۱هـ.ق.) هم اذن ولی را واجب ندانسته بلکه گفته از باب احتیاط بهتر است دختر از پدر یا جد پدری اذن بگیرد. (كتاب النکاح، ج ۱، قم، طبعه لطفی، ۱۳۹۴هـ.ق. ص ۲۶۹) بسیاری از فقهای بزرگ معاصر همچون امام خمینی، آیت الله گلپایگانی هم همین نظر را دارند. امام خمینی در این باره گفته است: «احتیاط آنست که از هر دو اذن گرفته شود». (تحریر الوسیله، ج ۲، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴هـ.ش. ص ۴۵۲) آیت الله گلپایگانی هم در این مورد نوشته است: «هر گاه دختر باکره باشد، اقوی آنست که در ازدواج مستقل بوده و پدر ولایتی بر او ندارد نه به طور مستقل و نه مشترک، ولی با این حال رعایت احتیاط مستحب ترک نشود به این صورت که از هر دو اذن گرفته شود.» (هدايه البجاد، ج ۲، دارالقرآن کریم، ۱۴۱۳هـ.ق. ص ۳۱۷)

^۵ «و اذا طَلَّقُتِ النَّسَاءَ قَبَّلَنَ اَجْلَهُنَ فَلَا تَعْصُلُوْنَ اَنْ يَنْكُحُنَ اَزْوَاجَهُنَ اَذَا تَرْضُوْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره / ۲۳۲).

^٤- «وَالَّذِينَ يَتَوَفَّنُونَ مِنْكُمْ وَيَذْرُونَ إِزْواجًا يَتَرَصَّنُ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَهُ أَشْهَرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغُنَ اجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...» (بقرة، ٢٢٤).

^٥- سيد مرتضى علم الهدى، پيشين، ص ٢٨٤.

^٦- «والاعتراض أما على الأول من وجوهه فبنungan دلالته على موضع النزاع، فإن النساء المحدث عنهن بإضافة الكتاب إلىهن هن المطلقات للعدة وبعضهن مطلقات ثلاثاً. وذلك يستلزم الدخول بهن، والتزاع في البكر. وإنما تصلح هذه الآيات حجة على المخالف الناها إلى أن المرأة مطلقاً ليس لها التزويج بغير الولي، لا على من أسقط الولاية عن الشيب، ويمكن الاعتدار بامكان فرض طلاق العشرة مع بقاء البكارية، لأن يكون قد وطى في الدبر، ومعه يمكن فرض الطلاق ثالثاً للعدة مع بقاء البكارية. وهو فرض بيد إلا أن العموم يتناول مثله، فيصح الاحتجاج به في الجملة (زين الدين بن على العاملى، مسائل الأهماء، پيشين، ص ١٢٢).

^٧- «ولا تحمل له من بعدحتي تنكح زوجاً غيره» (بقرة/٢٣٠).

^٨- سيد مرتضى علم الهدى، پيشين، ص ١٢١.

^٩- نساء/٢٥٩.

^{١٠}- سيد محمد تقى الخوئى، پيشين، ص ٢٥٩.

^{١١}- «الآية أحق بفهمها ولها والبكر تستاذن في نفسها واذتها صماتها» (زين الدين بن على العاملى، پيشين، ص ١٢٢).

^{١٢}- همان، ص ١٢٣.

^{١٣}- «المرأة التي ملكت نفسها، غير السفهاء ولا المولى عليها ان تزويجها بغير ولی جائز» (همان، ص ١٢٣).

^{١٤}- «اذا كانت المرأة مالكة امرها، تبيع وتشترى وتعتقل وتشهد و تائى من مالها ما شئت فان امرها جائز تزوج ان شئت بغير اذن ولها وان لم تكن كذلك، لا يجوز تزويجها الابن ولها» (همان ص ١٢٣).

^{١٥}- «الجاريه البكر اذا كانت له الاب لا تزوج الا باذن ابيها و اذا كانت مالكه لامرها تزوجت من شائت» (همان، ص ١٢٤).

^{١٦}- «لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن ولها» (همان، ص ١٢٤).

^{١٧}- «تزوج المرأة بمن شائت اذا كانت مالكة لامرها، فان شائت جعت ولها» (همان، ص ١٢٤).

^{١٨}- همان، ص ١٢٤.

^{١٩}- همان، ص ١٢٥.

^{٢٠}- همان، ص ١٢٥.

^{٢١}- سيد محمد تقى الخوئى، پيشين، ص ٢١٠.

^{٢٢}- زين الدين بن على العاملى، پيشين، ص ١٢٨.

^{٢٣}- سيد محمد تقى الخوئى، پيشين، ص ١١١.

^{٢٤}- زين الدين بن على العاملى، پيشين، ص ١٢٨.

^{٢٥}- همان، ص ١٢٨.

^{٢٦}- همان، ص ١٢١.

^{٢٧}- «فإن عقد الاب على بكر قد بلغ النساء من غير استيدان لها مضى العقد، ولم يكن لها خلافه وإن أبى التزويج، وأظهرت كراهيته لم يلتقط إلى كراهيتها ولا يجوز للبكر أن عقد على نفسها نكاح الدوام إلا بأذن أبيها. فإن عقدت على نفسها بغير إذن أبيها، كان العقد موقوفاً على رضا الاب

^{٢٨}- «فإن أضاهه، مضى وإن لم يمضه، وفسخ كان مفسوخاً» (النهایه في مجرد الفقه والفتواوى، بيروت، دارالأندلس، بي تا، ص ٤٦٦).

^{٢٩}- سيد محمد تقى الخوئى، پيشين، ص ٢٠٧.

^{٣٠}- قال سائله عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء أنها مع ابيها امر فتقال(ع): ليس لها مع ابيها امر ما لم تثبت» (همان، ص ٢٠٧).

^{٣١}- «لَا كَحَ الْأَبُوی» (زين الدين بن على العاملى، پيشين، ص ١١٩).

^{٣٢}- «إِيمَاءُ امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ اذْنٍ وَلِهَا فَنَكَحَهَا بِاطْلَاثَةً» (همان، ص ١٢٩).

^{٣٣}- «لَا تَزَوِّجْ ذَوَاتُ الْأَبَاءِ مِنَ الْأَبْكَارِ إِلَّا بِاذْنٍ أَبِيهَا» (همان، ص ١٣٠).

^{۲۵}- همان، ص ۱۳۲

^{۲۶}- همان، ص ۱۳۳ و ۱۳۹

^{۲۷}- «افعل و يكون ذلك برضاهما فان لها في نفسها نصيبا»(سيد محمد تقى الخوبى، همان، ص ۲۰۹)

^{۲۸}- زين الدين بن على العاملى، پيشين، ص ۱۲۲

^{۲۹}- سيد محمد صادق الروحانى، فقه الصادق (ع)، ج ۳۱، قم موسسه دارالكتاب، ۱۴۱۲هـ.ق، ص ۲۳۷

^{۳۰}- زين الدين بن على العاملى، پيشين، ص ۱۳۹

^{۳۱}- «سألته عن المتعه بالبكر بلا اذن ابوبها، قال: لا يأس.» (همان، ص ۱۴۰)

^{۳۲}- «البكر لا تزوج متعدة الا بأذن ابيه» (سيد محمد تقى الخوبى، پيشين، ص ۲۱۳)

^{۳۳}- سيد محسن الحكم، مستمسك العروءة الوثنى، ج ۱۴، قم، مكتبة آية الله العظمى المرعشى التجفى، ۱۴۰۴هـ. ق ص ۴۴۴

^{۳۴}- زين الدين بن على العاملى، پيشين، ص ۱۴۱

^{۳۵}- «فالنصوص خمسة أصناف: صنف: يدل على استقلال الاب. وآخر: يدل على جواز فسخ الاب عقد البنت. ورابع: يدل

على اعتبار إذن الاب. وخامس: يدل على اعتبار إذن البنت. فيعمل بالاعتراض الثالثة الاول، ويحمل الاخيران على الاستحساب جمعا. هذا كله بالإضافة إلى الاب. وأما الجد: فلا ولایة له على البكر لا مضمضا، ولا مستقلأ اعتقادا على الطائفة الثالثة من غير معارض. هذا والقول بالولاية على النهج المذكور وإن لم

ينسب لأحد لا يأس به إذا دلت عليه الأدلة» (مستمسك العروءة الوثنى، پيشين، ص ۴۴۹)

^{۳۶}- سيد محمد تقى الخوبى، پيشين، ص ۲۱۷

^{۳۷}- سيد محمد تقى الخوبى، همان، ص ۲۱۷

^{۳۸}- و ان كانت بالغالى لم يجز لها العقد عليها الا باذنها فان عقدا بغير اذنها خالف السنة و كان عليها القبول و لها الفسخ، فان ابت العقد بطل و لا يجوز لها العقد على نفسها بغير اذنها فان عقدت خالفة السنة و كان العقد موقعا على امضانهما» (الكافى فى الفقه، اصفهان، مكتبة امير المؤمنين، ۱۴۰۳هـ.ق، ص ۲۹۲)

^{۳۹}- در اينکه مراد از هم کفو بودن زوجین چيست؟ فقهای اسلامی نظریات متفاوتی ابراز کرده اند: اکثر فقهای امامیه کفاثت را به معنای برابری زوجین در دین و ایمان می دانند. بجز برخی مانند شیخ طوسی که ملاک هم کفو بودن را علاوه بر ایمان، قدرت بر پرداخت نفقة هم می داند. البته در اينکه زن شیعه می تواند به نکاح مرد سنتی در آید یا نه؟ بین انان اختلاف است. برخی مثل شیخ طوسی، این ادريس حلی و شهید ثانی معتقدند منظور از هم کفو بودن زوجین در ایمان به معنای شیعه دوازده امامی است لذا ازدواج مرد سنتی با زن شیعه دوازده امامی جائز نیست اما عکس آن جائز است. در مقابل این گروه بسیاری از فقهاء معتقدند منظور از ایمان در اینجا اسلام است. بین فقهای اهل سنت هم در این مرد اختلاف است. حنفیه ملاک هم کفو بودن را برابری زن و مرد را در شش چیز دانسته اند که عبارتند از: ایمان، اسلام، نسب، شغل، آزادی، و مال. مالکیه کفاثت زوجین را در سلامت از عیوب و ایمان لازم دانسته اند. شافعیه هم کفو بودن را در دین، نسب، آزادی و شغل لازم دانسته اند. حنبله هم همان نظر شافعیه را دارند بجز اينکه مال را به موارد فوق افزوده است.

سید اسدالله ططفی، حقوق خانواده، ج ۱، تهران، انتشارات خرسندي، ۱۳۸۸هـ، ص ۱۲۶-۱۳۱

^{۴۰}- منهاج الصالحين، ج ۱، تهران، مکتبة ططفی، ۱۳۹۱هـ، ص ۲۶۹

^{۴۱}- همان، ص ۲۶۵ و زين الدين بن على العاملى، پيشين، ص ۱۳۸

^{۴۲}- همان، ص ۱۳۸

^{۴۳}- «افعل و يكون ذلك برضاهما فان لها في نفسها نصيبا» افعل و يكون ذلك برضاهما فان لها في نفسها حظاً (همان، ص ۱۳۹)

^{۴۴}- همان، ص ۱۳۸

^{۴۵}- سيد محمد تقى الخوبى، پيشين، ص ۲۶۵

^{۴۶}- سيد محمد صادق الروحانى، پيشين، ص ۲۴۹

^{۴۷}- نظام حقوق زن در اسلام، تهران، انتشارات صدر، ۱۳۷۸هـ. ش. ص ۷۹

^{۴۸}- همان، ص ۷۹

^{۴۹}- «ابوحنيفة» بر اين عقیده است که دختر می تواند با هر کسی که هم کفو او است ازدواج کند، بدون اينکه از پدر یا هر کس دیگر اجازه بگیرد. «شمس الدين سرخسى» که خود از فقهای نامدار حنفی است، گفته است: «هر گاه مرد دختر كبیره باکره خود را به نکاح

کسی دراورد و دختر هم سکوت کنند، این نکاح جایز است چون سکوت دلیل رضایت اوست و اگر دختر امتناع کند و نپذیرد، این عقد از نظر ما جایز نیست»^۳(المبسوط،ج.٣،بیروت،دارالفکر،١٤٢١هـ.ق.ص.٣) از نظر «ابوحنیفه» درصورتی که دختر با هم کفو خود ازدواج نکند پدر حق اعتراض دارد. در این صورت دختر باید از نظر پدر بپروری کند. ولی بنا بر قول قاضی «ابیوسف» و برخی دیگر از فقهای حنفی پدر حق اعتراض ندارد(همان،ص ١٠)

٦ - «يشترط في صحة تزويع الاب والجدونفوذه عدم المفسدة وإلا يكون العقد فضوليا كالاجنبي ويتحمل عدم الصحة بالاجازة أيضا بل والاحوط مراعاة المصلحة بل يشكل الصحة إذا كان هناك خطاباً واحدهماً أصلاح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغير فاختار الاب غير الاصلاح لتشهی نفسه» (سید محمد کاظم البیزدی، العروة الوثقی و تکملتها،ج.٢،موسسه الاعلمی للمطبوعات،١٤٠٩هـ.ق.ص.٩٠٤)

٦١ - «يشترط في صحة تزويع الاب و الجد و نفوذه عدم المفسدة و إلا يكون العقد فضوليا كالاجنبي يتوقف صحته على إجازة الصغير بعد البلوغ بل الاحتوط مراعاة المصلحة» (امام خمینی، پیشین، ص ٨٦٧)

٦٢ - بند ١، ماده .٩٥

٦٣ - بند ٢، ماده .٩٥

٦٤ - بند ٣، همان ماده.

حجاب و حقوق پسر

قسمت اول

﴿﴿﴿ محمد علی ابراهیمی

مقدمه

افغانستان به دلیل قرار گرفتن در وضعیت جدید، اقتضایات و شرایط خاصی را می‌طلبد. رهایی از سلطه نظام قرون وسطی شاهی، تجربه سه دهه جنگ، عبور از حاکمیت طالبان و قرار گرفتن در فضای باز دموکراسی می‌طلبد که گام‌های اساسی، اصولی برداشته شود. چون ممکن است یک اشتباه و حرکت ناستیجه باعث خسارات جبران ناپذیر گردد. امروز از فضای باز دموکراسی همه استفاده می‌کنند، تمام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حکمی مانند نهادهای سیاسی، اجتماعی، فرهنگی وغیره فعال شده و مرام خویش را تعقیب می‌نمایند.

از جمله بحث‌های داغ و به روز کشور (که در کارنامه نهادهای مختلف قرار می‌گیرد) مسأله زنان و حقوق بشر است. موضوعاتی که در سایر کشورهای جهان حلاجی و متروک شده، در سرزمین مارشروع و نو جلوه می‌کند. در موضوع زنان که ارتباط با حقوق بشری آنان هم دارد موضوعات زیادی قابل طرح و تحلیل می‌باشد. از جمله آن بحث «حجاب و حقوق بشر» است. زیرا ممکن است این اشکال مطرح شود که پوشش اسلامی موجب تبعیض و نقض حقوق بشری زن می‌باشد. بهاین دلیل که امکان دارد از تشریع حجاب به عنوان قوانین دست و پاگیر، غیرکارآمد و ارتقای نامبرده شود و لزوم رعایت آن را مانع استیفای حقوق اجتماعی زنان معرفی نماید.

بنابراین می‌توان این سؤال را مطرح کرد که آیا حجاب با حقوق بشری زنان در تنافی و ضدیت است یا خیر؟ به عبارت دیگر می‌شود پرسید که آیا تشریع حجاب برای زنان نوعی تبعیض علیه آنان نخواهد بود؟! پس اگر حجاب موجب محرومیت زن از حقوق اساسی و آزادی‌های بنیادی خود شود، و یک نوع تبعیض تلقی گردد، مسلماً با حقوق بشری آنان در تنافی و تناقض واقع می‌شود، که از دید استناد بین‌المللی قابل اعتراض و موضع گیری حقوقی می‌باشد.

جواب این پرسش در یک کلام این می‌باشد که رعایت حجاب و پوشش اسلامی، نه تنها مانع حضور زنان در صحنه‌های سیاسی و اجتماعی نمی‌باشد، بلکه بر عکس، تشریع حکم حجاب از سوی شارع مقدس، در حقیقت مجوز حضور آنان در صحنه‌های اجتماعی به حساب می‌آید، والا نشستن در خانه و ماندن در کنار اعضای خانواده، رعایت نوع حجاب مورد نظر را نمی‌خواهد تا در باره آن حکمی صادر شود. لذا صدور حکم پوشش اسلامی از سوی شرع مقدس بهترین دلیل بر این مطلب

است که دین اسلام نه تنها با فعالیت‌های اجتماعی و فرهنگی زنان مخالف نیست، بلکه خود زمینه حضور آنان را در فعالیت‌های اجتماعی فراهم کرده است.

اما تفصیل جواب مقتضی است که در آغاز تحت عنوان کلیات مفاهیم، اقدام به تبیین معانی حجاب و حقوق بشر شود و تعریف‌های که از این دو نهاد به عمل آمده تحقیق و کاوش گردد، تا با شناخت کافی زمینه‌ای ورود به بحث اصلی فراهم گردد. بعد از تعریف، تبیین ضرورت بحث حجاب در جوامع اسلامی و استناد به آیات کلام الله مجید را نمی‌توان از نظر دور داشت و نگهی نوبت به کاوش در فلسفه تشریع حجاب می‌رسد، که دیدگاه‌های زیادی پیرامون آن مطرح گردیده و در این نوشته به گزیده آن اشاره خواهد شد. تنازعی که میان فقه و حقوق (مخصوصاً در استناد بین‌المللی) است می‌طلبد که تحلیل شود که آیا این دو نهاد مهم بین‌المللی در چالش با همدیگر هستند یا راهی برای ملااثمت و تفاهم وجود دارد؟ بررسی‌های که در این نوشته انجام شده نشان می‌دهد که مشکل حادی وجود ندارد.

چون بحث از حقوق زنان است و قوانین کشور هم در این زمینه کم نیامده، بررسی و شناخت احکام آن خیلی مهم به نظر آمد تا آموزه‌های فقهی و حقوقی در کنار هم به مقایسه گرفته شود. این روش نگرانی‌های ابتدایی را بر طرف می‌کند و توهم تبلیغ مسیحیت در قالب حقوق بشر را از بین می‌برد.

در نهایت از این بررسی باید به یک جمع‌بندی رسید و کارکردهای اصولی و روش‌های ترویج حجاب برای قوام و استواری حقوق زن و سود آوری التزام به احکام شریعت را بر شمرد. تا هم باعث آرامش خاطر زنان کشور باشد و هم دغدغه‌های مدافعان از حقوق آنان را بر طرف کند و زمینه‌های سوء استفاده را خنثی سازد. تا کسی نتواند از فضای باز موجود ماهی مقصود را صید کند.

الف: مفهوم حجاب

(۱) معنی لغوی

حجاب در لغت به معنای پوشش است، به همین علت این کلمه را معادل «ستر» قرار می‌دهند. جوهروی در تعریف «حجاب» می‌نویسد: حجاب پوشش است. ابن‌منظوم نیز در یکی از دو تعریفی که برای حجاب می‌کند، می‌گوید: حجاب از ماده حجب است که به معنای پوشش خواهد بود. زمانی که گفته شود: فلان چیز را محجوب کرد و در حجاب قرار داد معنایش این است که آن را پوشانده و مستور ساخته است.^۱ بنابراین وقتی بذرن صفت محجوبه داده می‌شود منظور شخصی است که به وسیله پوشش مناسب خود را مستور می‌گردد.

گاهی حجاب را به معنای «پوشش» به کار می‌برند، اما معنای اصلی واژه «حجاب» هرچیزی است که مانع، رادع، فاصله و حائل میان دو چیز قرار گیرد. اگر به پوشش هم حجاب اطلاق می‌کنند،

به جهت مانعیت آن است. زیرا حجاب حرمت و کرامت زن را از گزند نگاه گناه آلود نامحرمان و بیگانه باز، مصون و محفوظ می‌دارد و میان عفاف زن و آلایش نگاه نامحرم، فاصله ایجاد می‌نماید.^۲

۲) مفهوم قرآنی حجاب

معنای قرآنی «حجاب» نیز پوشش می‌باشد. در جاهای متعدد قرآن از این کلمه استفاده شده که در صریح‌ترین آن به پوشش ترجمه گشته است. بنابر این حجاب که یک واژه عربی است، در نگاهی معنایی، به معنای پوشیدن، پوشش، پرده و حاجب است که البته در این میان، معنای پرده، بیشترین کاربرد را دارد. در قرآن کریم، این واژه همواره به معنای پرده و حائل به کار رفته است. آن‌چنان که می‌خوانیم:

«وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الدِّينِ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ حِجَابًا مَسْتُورٌ»^۳
 و هنگامی که قرآن می‌خوانی، میان تو و آن‌ها که به آخرت ایمان نمی‌آورند، حجاب ناپیدایی قرار می‌دهیم.^۴

۳) مفهوم فقهی حجاب

مفهوم فقهی این کلمه معادل «ستر» است. فقیهان در گذشته و حتی هم اکنون از کلمه ستر در بیان مقاصد فقهی خود استفاده می‌نمایند. یکی از مراجع معاصر می‌نگارد:
 در کلمات فقهی از قدیم‌ترین ایام تاکنون نیز در مورد پوشش زنان عموماً کلمه ستر به کار رفته، و در روایات اسلامی نیز همین تعبیر یا شبیه آن وارد شده است، و به کار رفتن کلمه «حجاب» در پوشش زنان اصطلاحی است که بیشتر در عصر ما پیدا شده و اگر در تواریخ و روایات پیدا شود بسیار کم است.^۵

شهید مطهری در یکی از اظهارات خود چنین ابراز نظر می‌نماید:
 استعمال کلمه «حجاب» در مورد پوشش زن یک اصطلاح نسبتاً جدید است. در قدیم و مخصوصاً در اصطلاح فقهی کلمه «ستر» که به معنی پوشش است به کار رفته است. فقهها چه در کتاب الصلوة و چه در کتاب النکاح که متعرض این مطلب شده‌اند کلمه «ستر» را به کار برده‌اند نه کلمه «حجاب» را.^۶

از مجموع مستندات و اظهارات فوق به دست می‌آید که حجاب از لحاظ مفهومی مساوی ستر است. با این که این دو کلمه عربی هستند و جانشینی یکی بر دیگری چندان دلیل موجه ندارد. زیرا

^۱. ترجمه: آیت الله مکارم شیرازی.

معادل فارسی هر دو عبارت از پوشش و استار است. مگر این که گفته شود حجاب اشاره به وسیله دارد و ستر نمودی از خود فعل پوشیدن باشد.

ب: مفهوم حقوق بشر

۱) مفهوم لغوی حقوق بشر

حقوق بشر عبارت است از مجموعه حق‌های که یک انسان بما هو انسان، می‌تواند دارا شود. مجموعه حق‌های که هیچ قیدی بر نمی‌تابد، منسلخ و لیسیده است. این تعریف از اعلامیه جهانی حقوق بشر قابل برداشت است. در لغت فارسی آمده که حقوق بشر مجموعه حق‌ها و آزادی‌های اختصاص یافته به عنوان حق طبیعی انسان است که باید از جانب همه قدرت‌های سیاسی محترم شمرده شود.^۶



یک محقق خارجی می‌نگارد: حقوق بشر عبارت از حقوقی است که از نظر ملل متمدن برای هر فرد به‌طور ذاتی و اساسی وجود دارد. این حقوق تجزیه و تفکیک ناپذیر هستند و اگر دولتی بخواهد در شمار ملل متمدن قلمداد گردد رعایت این حقوق الزامی است.

او هم‌چنین می‌نگارد: از نظر تاریخی حقوق بشر غالباً حقوق سیاسی و مدنی بود، ولی در دوران معاصر گسترش یافته و شامل حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز شده است. تضمین‌های سنتی در قوانین اساسی دول در خصوص حقوق اتباع خود در دوران جدید با تلاش‌های بین‌المللی سازمان ملل و سازمان‌های منطقه‌ای تکامل یافته است. از دید این پژوهشگر اصطلاح حقوق بشر دارای مقدار ابهام است. زیرا این تصور را به وجود می‌آورد که افراد در حقوق بین‌الملل صاحب حق هستند، ولی حقیقت این است که معاهدات بین‌المللی خاصی برای افراد ایجاد حقوقی نموده‌اند.^۷



قابل ذکر است که همین ابهام‌های مفهومی باعث شده که در اصل و مبانی حقوق بشر اختلافات فاحش بروز نماید و تفسیر گوناگون از آن موجب شک و تردیدی جدی گردیده است.



۲) مفهوم اصطلاحی و قانونی حقوق بشر

مجموعه از حقوق است که با مرور زمان و تغییر احوال قابل تغییر نباشد و ثابت می‌باشد. مانند وفا به عهد.

راجع به مفهوم دکترین و ترمینولوژی باید گفت، حقوق بشر Human Rights عبارت از مجموعه حقوقی که است براساس نظریه «حقوقی طبیعی» به موجب «قانون طبیعی» یکسان به افراد بشر داده شده و جزء ذاتی و جدایی ناپذیر موجودیت انسانی آن‌ها به‌شمار می‌آید و نهادهای حقوقی و قضایی (داخلی و بین‌المللی) می‌باید از آن دفاع کنند. این حقوق طی اعلامیه جهانی

حقوق بشر منتشر شده و به جهانیان اعلام گردیده است. حقوق جزایی نیز در سطح داخلی و بین‌المللی، تلاش در حفظ و صیانت از حقوق بشر دارد و کشورها در تنظیم و تعیین جرایم و مجازات‌ها معمولاً از مفاد اعلامیه فوق تبعیت می‌کنند.^۸

از کتاب معروف فرهنگ فلسفی ولتر نقل شده که گفته است: حقوق بشر یعنی آن که جان و مال آدمی آزاد باشد و او بتواند به زبان قلم با دیگران سخن گوید، ... یعنی این که محکومیت کیفری بر حسب مقررات قانون صورت گیرد.^۹

حقوق بشر از آن موضوعاتی است که هر کس و در هر موضوع برای آن تعریف ذکر کرده است. از لحاظ فلسفی گفته شده حقوق بشر عبارت از: «مجموعه‌ای از اصول پذیرفته شده‌ای که از طبیعت انسانی ناشی شده و ذاتی بشر تلقی می‌شود»^{۱۰} است. جامعه‌شناسان می‌گویند: «مجموعه قواعد شناخته شده‌ای که در رابطه با رشد شخصیت انسان ضروری بوده و دارای نقش حیاتی باشد»^{۱۱} حقوق بشر خوانده می‌شود. در مکتب لیبرالیسم به «مجموعه‌ای از قواعد و اصول حمایتی که افراد را در عرصه اجتماع و در برابر اقتدار دولت از تعرض مصون دارد» حقوق بشر اطلاق می‌شود.^{۱۲} حقوق بشر عبارت از: «مجموعه‌ای از اصول برخاسته از فطرت انسان که با دو ویژگی در عرصه زندگی او ظاهر می‌شود: ۱) نیازهای دورنی ذاتی؛ ۲) استعداد بیکران رشد و تعالی»^{۱۴}

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، اگرچه پذیرش جهانی در مورد اصل حقوق بشر وجود دارد، ولی در مورد مفهوم و ماهیت و گستره این حقوق توافقی وجود ندارد. بنابراین می‌توان گفت اصولاً منظور از حقوق در این‌جا، اعطای امتیاز به یک فرد در برابر تکالیفی که بر عهده دارد، است و دولت به عنوان مقام اعطای کننده، حق دخل و تصرف و محدود کردن آن‌ها را ندارد، بلکه انسان بهدلیل انسان بودن دارای چنین حقوقی است که دولتها و زمامداران باید آن را محترم بشمارند.^{۱۵}

ج: نسبت حجاب و حقوق بشر

در منطق وقتی الفاظ را با هم مقایسه می‌کنند، مشخص می‌شود که یا با هم وحدت معنایی دارد (متراffد هستند) یا کاملاً مباین و افتراء دارند. منظور از تباین مفهومی آن است که دو لفظ کاملاً با هم مغایرت دارند. گاهی هم تغایر مفهومی به حسب مصداق می‌باشد.^{۱۶} با توجه بهاین مقدمه و آن‌چه در ذیل مفاهیم حجاب و حقوق بشر بیان شد، مشخص می‌گردد که این دو تعبیر کاملاً با هم تباین مفهومی دارد و حتی مصادقاً نیز با هم متغیر خواهد بود.

حال می‌توان پرسید که بین این دو لفظ چه نسبتی برقرار است؟ آیا این دو لفظ از جمیع جهات با هم برابر هستند؟ (تساوی) یا در بعض افراد با هم اشتراک دارند (عموم و خصوص من و وجه) یا از یک جهت اشتراک و از جهات دیگر افتراق دارند؟ (عموم و خصوص مطلق) یا اصلاً با هم جهات اشتراکی ندارند؟ (تباین و تغایر) ظاهراً بین «حجاب و حقوق بشر» از نظر منطقی نسبت عموم و خصوص من و وجه برقرار است. جهت اشتراک «زن» است که می‌تواند محجبه و دارای حقوق بشری باشد. پس از نظر منطقی هیچ بعدی قابل تصور نیست که زن هم دارای حجابی که در فقه و احکام الزامی آن لحاظ شده باشد و هم مدعی نفی تبعیض جنسیت علیه خود شده و از آن جهت که انسان است، از مجموعه حقوقی که اعلامیه‌های حقوق بشر عرفی و حقوق بشر اسلامی آن را معین کرده برخوردار باشد.

علت



یعنی از جمع‌بندی مفاهیم لغوی و ترمینولوژی الفاظ «حجاب» و «حقوق بشر» می‌توان نتیجه فوق را حاصل نمود. و محتوای کلی آن را تبیین کرد. همان‌طور که در مباحث آتی به‌این نتیجه خواهیم رسید. اما پذیرش این مطلب به‌سادگی میسر نیست. زیرا اختلافات زیادی در میان محققان و نظریه‌پردازان دیده می‌شود. پس برای اثبات مدعی لازم است دیدگاه‌های ایجابی و سلبی بررسی شود، تا امکان اظهار نظر قاطع فراهم گردد.

فلسفه حجاب در جوامع اسلامی

کاوش پیرامون موضوع بحث این نتیجه را به‌دست می‌دهد که از گستردگی خاصی برخوردار می‌باشد. چون مجال بررسی کامل آن نیست، تنها به‌از تاب جدیدترین یافته‌ها اکتفا می‌شود و فقط عصاره دیدگاه‌ها انکاس می‌یابد. چون از جمله مباحثی که همواره به‌عنوان یک موضوع بحث برانگیز و جنجالی، مطرح بوده، ذهن و ضمیر انسان‌ها و جوامع بشری را (در داخل و خارج) به خود معطوف و مشغول ساخته است، مقوله حجاب و حقوق بشر می‌باشد. به‌همین علت دیدگاه‌های فراوانی راجع به‌آن ابراز شده است که در ذیل به‌نمونه‌های آن اشاره می‌شود.



(۱) عده‌ای رعایت حجاب و پوشش اسلامی را مانع حضور زنان در اجتماع تلقی کرده و مدعی هستند که رعایت حجاب برای زنان دست و پاگیر بوده و مانع فعالیت‌های آن‌ها در عرصه‌های سیاسی، اجتماعی و فرهنگی می‌شود و از این ناحیه، آسیب‌های اقتصادی به‌جامعه و پیامدهای روحی و روانی برای زنان به‌بار می‌آورد!

(۲) برخی دیگر، قانون حجاب را مغایر اصل آزادی و دموکراسی معرفی نموده و با جدیت تمام با آن مخالفت می‌کنند و با کسانی که با میل و رغبت، حجاب و پوشش شان را به‌عنوان یک وظیفه و تکلیف رعایت کرده و در اجتماع ظاهر می‌شوند، با شدت برخورد کرده و از امتیازات اساسی و مهم اجتماعی مثل رفتن به‌مکتب، دانشگاه، استخدام در ادارات دولتی و گرفتن گذرنامه و... محروم

می کنند، آن هم در کشورهایی که خود را مهد فرهنگ و تمدن و پایه گذار دموکراسی معرفی کرده و از آزادی های فردی و اجتماعی دم می زنند!

۳) عده ای قابل توجه نیز حجاب را به عنوان یک اصل و رعایت آن را در جامعه لازم و ضروری دانسته و از آن دفاع و حمایت می کنند. هر یک از این گروهها از راه و روش خاصی پیروی کرده و ضرورت رعایت حجاب را از منظرهای مختلفی بیان داشته اند.

۴) برخی ضرورت رعایت حجاب را از منظر روان شناسی مطرح کرده و به بحث و ارزیابی آن پرداخته اند و با توجه به نیازهای روحی و روانی انسان، ضرورت رعایت حجاب را برای رشد و ترقی و تمرین تعالی او، معرفی کرده اند.^{۱۸}

۵) برخی دیگر حجاب را به عنوان یک امر فطری، تلقی کرده و برای اثبات ادعای خود به شواهدی از اوستا، تلمود، تورات و انجیل تمسک نموده اند؛ این دسته مدعی هستند که حجاب به عنوان یک اصل مشترک در تمام ادیان، جایگاه خاصی داشته و دارد.^{۱۹}

۶) دسته ای دیگر با توجه به فرهنگ مبتذل غرب و رواج برهنهنگی و آسیب های فراوان و پیامدهای منفی آن که از این رهگذر متوجه قشر حساس زنان شده، آمار و ارقام به خوبی آن را نشان داده و حکایت می کند به ضرورت رعایت حجاب استدلال کرده و آن را حریم امن برای جامعه زنان و رشد و سلامت خانواده و اجتماع دیده اند و معرفی کرده اند.^{۲۰}

۷) عده ای دیگر حجاب را به عنوان تکلیف الهی تلقی کرده و در انجام رعایت آن، مثل سایر واجبات الهی، خود و دیگران را ملزم می دانند و در انجام تکلیف و پوشش اسلامی از سرزنش و ملامت ملامتگران و توهین و تحقیر این و آن، افسرده و عصیانی نمی شوند، بلکه آن را به عنوان تکلیف الهی که باعث عفاف و پاکدامنی افراد و بهداشت و سلامت خانواده و اجتماع شده و رشد، ترقی و کمال آنان را به همراه دارد با عشق و علاقه رعایت می کنند و رعایت آن را به دیگران نیز توصیه نموده و به انجام آن تشویق و ترغیب می نمایند.^{۲۱}

در این دیدگاهها فراز و فرود، یا افراط و تفریطی زیاد دیده می شود. حقیقت حجاب در منابع اصلی و دسته اول شفاف منعکس و تشریع گردیده است. اگر به دور از هیاهوی حاشیه ای و مسئله دار بررسی شود، نتیجه ای بهتر به دست می آید. از جامعه زنان کشور انتظار می رود که تحت تأثیر این فضاهای ملتهب قرار نگرفته و تصمیم ناسازگار با اوضاع و هنجارهای محیطی اتخاذ ننمایند.

مبانی الزام حجاب و حقوق بشر در جوامع اسلامی

دقت در موارد فوق مبانی الزام را مشخص می سازد. در این میان اگر آیات شریفه قرآن کریم در ارتباط با مقوله حجاب را ارزیابی کنیم متوجه خواهیم شد که مسئله حجاب و پوشش که به عنوان یک پدیده بحث برانگیز و جنجالی در دنیای امروزی مطرح است امر جدید و نوظهوری نیست که با

آمدن دین مبین اسلام، تشریع شده باشد، بلکه اگر نگوییم این مسأله ریشه در فطرت انسان دارد، لاقل می‌توان ادعا کرد که همراه با خلقت انسان، حتی قبل از هبوطش در عالم خاکی، مطرح بوده است. چون قرآن کریم می‌گوید: هنگامی که آدم ابوالبشر و همسرش حوا، توسط دشمن قسم خوردهای به نام ابليس، وسوسه شدند و به منطقه ممنوعه نزدیک و از حد و مرز تعیین شده تجاوز می‌نمایند، یک باره خود را عربیان و برخنه احساس می‌کنند، سراسیمه این طرف و آن طرف، دنبال پناهگاهی می‌روند و بالاخره قسمت‌هایی از بدن خود را با برگ درختان می‌پوشانند. در قرآن کریم آمده است هنگامی که از آن درخت، چشیدند، عورت شان نمایان شد و آن دو برای پوشاندن عورت خود، به برگ درخت روی آورند.^{۲۲}

خداآنده متعال در قرآن کریم به زنان دستور می‌دهد که پوشش مناسب را رعایت کرده و زیورآلات خود را آشکار نسازند. تا حوادث نظیر حادثه‌ای که آیه در ارتباط با آن نازل شده است، اتفاق نیفتند و جوانان از خود بی خود نشده و دنبال زنان و دختران نامحرم راه نیفتاده، امنیت و آرامش خود و دیگران را خدشه دار نسازند.^{۲۳}

در سوره احزاب نیز در یک جا به زنان دستور می‌دهد: در محاورات روزمره حالت عادی داشته و با ناز و کرشمه و طنازی صحبت نکنید و در کوچه و خیابان با بدن های نیمه عربیان و لباس‌های بدن نما، ظاهر نشوید.^{۲۴} چند آیه بعد می‌فرماید: با چادر و مقنعه اندام خود را بپوشانید. تمام این برنامه و تاکیدها برای آن است که: مردم، زن‌ها را به عنوان افراد عفیف و پاکدامن بشناسند و موجبات آزار و اذیت آنان را فراهم نسازند.^{۲۵} و چشم طمع ندوزند. و در نتیجه امنیت و آرامش قشر خانم‌ها در سایه چادر و رعایت ضوابط شریعت و پوشش اسلامی، تأمین شود.

در امتداد دستور حجاب قرآن کریم می‌فرماید: با این راه و روش، اگر بیماردلان هوسیاز اصلاح نشدنده و به آزار و اذیت خانم‌ها ادامه داده و امنیت و آرامش آنان را تهدید کردد، برخورد شدیدتری با آنان صورت خواهد گرفت: اگر منافقان و بیماردلان شهوت پرست و کسانی که در شهر، اضطراب و نگرانی به وجود می‌آورند از اعمال زشت خود دست برندارند، تورا ای رسول علیه ایشان، بسیج خواهیم کرد، در آن صورت، مدت کمی در مجاورت با تو در این شهر زندگی خواهند کرد و نابود خواهند شد.^{۲۶} تا آرامش و امنیت در جامعه تأمین شود.

از مجموع مطالب یاد شده این نتیجه به دست می‌آید که رعایت حجاب و پوشش اسلامی برای زنان و مردان مؤمن و مسلمان، تکلیف الهی است. رعایت آن، علاوه بر این که موجب عمل به دستورات الهی می‌شود، شخصیت فردی اجتماعی و معنوی انسان محجوب و پاکدامن، سیر صعودی پیدا کرده و نرdban تعالی و تکامل را یکی پس از دیگری طی خواهد کرد و از سوی دیگر در تأمین

بهداشت روحی و روانی و آرامش خانواده‌ها و صفا، نورانیت و امنیت در جامعه نقش بهسزایی ایفا می‌کند.

اما در اعلامیه جهانی حقوق بشر بحث ضرورت یا لزوم نفی حجاب زنان بهمیان نیامده است. محتوای اعلامیه بر محوریت نفی هرگونه تبعیض می‌چرخد. پس اگر پوشش زنان موجب تبعیض باشد اعلامیه با آن مخالفت خواهد کرد. اما اگر جزء فرهنگ و آداب دینی یا سنتی جامعه‌ای باشد اعلامیه بهآن احترام می‌گذارد. در اعلامیه آمده است که «هر کس می‌تواند بدون هیچ گونه تمایز، خصوصاً از حیث ... وضع اجتماعی ... یا هر موقعیت دیگر، از تمام حقوق و کلیه آزادی‌هایی که در اعلامیه حاضر ذکر شده است، بهره مند گردد.»^{۲۷} بنابراین اگر حجاب بهعنوان نماد یک جامعه دارای ارزش معنوی باشد اعلامیه آن را می‌پذیرد. چیزی که در افغانستان مورد قبول همه اتباع و افراد جامعه می‌باشد. در ادامه اعلامیه صراحت دارد که «هیچ تبعیضی به عمل نخواهد آمد که مبتنی بر وضع ... سرزمینی باشد که شخص بهآن تعلق دارد». در جامعه افغانستان برداشت عمومی از ضرورت حجاب زنان بهعنوان تبعیض تلقی نمی‌شود. زیرا زنان افغانستان ضرورت «ستر» را از باب حکم الهی و اطاعت خالق هستی و عبادت می‌دانند. پس پوشش اسلامی هیچ گونه تعارضی با حقوق طبیعی آنان ندارد.

همین‌طور در مقدمه قانون منع هر گونه تبعیض علیه زنان تأکید روی این مطلب است که دولتهای عضو میثاق‌های بین‌المللی حقوق بشر، متعهد شده اند که حقوق برابر مردان و زنان را در بهره مندی از کلیه امور اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و سیاسی تضمین نمایند.^{۲۸} و نیز کنوانسیون در ماده اول موارد و مصاديق تبعیض را بر می‌شمارد و تصریح دارد که: «عبارت تبعیض علیه زنان، بهمعنی قائل شدن به هرگونه تمایز، استثناء یا محدودیت (محرومیت) بر اساس جنسیتی است که نتیجه یا به‌منظور خدشه دار کردن و یا بی اثر نمودن رسمیت و شناسائی، بهره مندی یا اعمالی که بوسیله زنان انجام می‌گیرد، صرف نظر از وضعیت تا هل آن‌ها و بر مبنای برابری حقوق انسانی مردان و زنان و آزادی‌های اساسی در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی یا هر زمینه دیگر اطلاق می‌گردد.»^{۲۹} عبارت این ماده خیلی گویا است و می‌رساند که بحث حجاب در آن بهعنوان ناقص حقوق بشری زنان شناخته نشده است. چون داشتن پوشش اسلامی مانع جدی حضور زنان در اجتماع، پذیرش مسؤولیت، تعلیم، احراز مقام‌های اداری و ... نمی‌باشد. بنابراین ماحصل گفتار این است که بین حجاب و حقوق بشر تعارضی وجود ندارد. پس حجاب موجب نقض حقوق بشری زنان نمی‌باشد، لذا زنان با حفظ شوئنات اسلامی و احکام دینی قادر به استیفای حقوق خود در جامعه افغانستان می‌باشد.

نزاع‌های محتمل میان پوشش اسلامی و حقوق بشر

باید پذیرفت که میان الزام به حجاب از منظر فقه اسلامی و حقوق بشر عرفی تفاهم و هماندیشی خیلی ساده برقرار نیست. این دو نهاد مهم بین‌المللی در برخی موارد تنازع جدی دارد. به این دلیل که اسناد بین‌المللی حقوق بشر (اعلامیه، میثاقین و کنوانسیون) تأکید و اصرار زیاد بروی بر قراری تساوی بین زن و مرد دارد. این اسناد دولتها را ملزم می‌نماید که «گنجاندن اصل برابری مردان و زنان در قوانین»^{۳۰} را رعایت کنند. ۳۱ منظور از برابری، تساوی زنان و مردان در تمام فرصت‌های پدید آمده در عرصه اجتماعی، حقوقی و تکلیفی خواهد بود. این بحث مربوط به کار، سهم‌الارث، دیه، روابط اجتماعی و سیاسی و ... می‌گیرد. به‌همین خاطر وقتی کشوری به معاهدات بین‌المللی می‌پیوندد، ملزم است که این معاهدات را جزء قوانین داخلی خود تلقی کرده و به‌اجرا گذارد.

علت



ج. ۹
حقوق
بنیاد



۸۵

در حالی که از نظر فقه و حقوق اسلامی برقراری تساوی، عین ظلم بر زنان خواهد بود. چرا که تفسیر تساوی در عمل برابر با تشابه زنان و مردان است. محتوای اسناد بین‌المللی القاء کننده این معنا است. در میثاق سیاسی مدنی آمد که «دولتهای عضو این میثاق تعهد می‌نمایند که برابری حقوق مردان و زنان در بهره مند شدن از تمام حقوق سیاسی و مدنی که در این میثاق بیان شده است، تضمین شود». منظور از این برابری عبارت از این است که زنان مرد وار باشند. و هیچ گونه الزام اخلاقی، شرعی و قانونی در امور روز مره خود نداشته باشند. چون تعهدات شرعی، پیوندهای خانوادگی و آداب زیست محیطی را نوع تبعیض محسوب می‌نماید. اما شریعت و به‌تبع آن قوانین حاکم بر جوامع اسلامی برابری فوق را نمی‌پذیرد. چون اصلاً آن را برابری نمی‌پندارد؛ بلکه نوع مشابهت زن و مرد حساب می‌کند.

به عبارت دیگر می‌توان گفت «تساوی حقوق یک مطلب است و تشابه حقوق مطلب دیگر؛ برابری حقوق زن و مرد از نظر ارزش‌های مادی و معنوی یک چیز است و همانندی و همشکلی و همسانی چیز دیگر. در این نهضت عمدهاً یا سهواً «تساوی» به جای «تشابه» به کار رفت و «برابری» با «همانندی» یکی شمرده شد، «کیفیت» تحت الشعاع «کمیت» قرار گرفته، «انسان» بودن زن موجب فراموشی «زن» بودن وی گردید.^{۳۲} دین به دنبال برقراری عدالت است، ولی اسناد بین‌المللی می‌کوشد همانندی زن و مرد را در جمیع جهات ثبت نماید. در برقراری نظام همانندی زن و مرد خواسته‌های نظام سرمایه‌داری بر آورده می‌شود. «زیرا کارخانه داران برای اینکه زن را از خانه به کارخانه بکشند و از نیروی اقتصادی او بهره کشی کنند، حقوق زن، استقلال اقتصادی زن، آزادی زن، تساوی حقوق زن با مرد را عنوان کردند و آن‌ها بودند که توانستند به این خواسته‌ها رسمیت قانونی بدهند.»

اما خواسته اصلی دین از پوشش زن اعاده حیثیت به آنان، حمایت‌های اجتماعی و برقاری امنیت، حفظ شوئن و کرامت انسانی، بلابردن مقام و منزلت شخصیتی و ارتقای سطح بشری زنان است. دین نمی‌خواهد زن مورد هوسیازی، مطامع شهوانی و هرزگی مردان واقع شود. پس این دو دیدگاه غیر قابل جمع و نامتجانس خواهد بود. برهمنین اساس است که می‌توان گفت آموزه‌های دین بهتر از مقررات استناد بین‌المللی منافع مادی و معنوی زنان را برآورده می‌کند.

پوشش تام، بهصورتی که زیبائی‌ها و زیست زن را بپوشانند او را از چشم چرانی هرزگان و آلدگان به شهوت حیوانی، و حالات شیطانی حفظ کند دستوری قرآنی، و قانون الهی و تکلیف انسانی، و برنامه‌ای اخلاقی است.

براین اساس باید گفت: حجاب و پوشش برای انسان و (شکل کامل آن برای زنان) امری واجب و فریضه‌ای لازم، و بدون تردید منکر آن با آگاهی به این‌که از ضروریات اسلام، و فرمان خدا در قرآن است کافر، و از گردونه اسلام خارج است. بر همین اساس فقهاء فرموده اند:

بر زن واجب است گردن و زیر چانه خود را حتی بنابر احتیاط واجب مقداری از زیر چانه را که بعد از بستن روسی دیده می‌شود بپوشاند.^{۳۳}

و نیز یکی از فقهاء در ذیل کلام سید یزدی فرموده اند که:

هیچ اشکالی در وجوب پوشاندن زن تمام بدن خود را با قطع نظر از و و دو دست مطرح نشده، که در منظر غیر از شوهر و محارم خود این پوشش را رعایت نماید. این حکم مورد اجماع علماء، بلکه جزء ضروریات دین است.^{۳۴}

^۱. ابن منظور، لسان العرب، بیروت، دار صادر، چاپ سوم ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۹۸.

^۲. طریحی، مجمع البحرين، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۳۳.

^۳. الاسراء، ۴۵/۱۷.

^۴. شیرازی، مکارم، تفسیر نمونه، ج ۱۷، ص ۴۰۲.

^۵. مطهری، جموعه آثار ج ۱۹، ص ۴۳۰.

^۶. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۳، ص ۲۵۵۸، تهران، انتشارات سخن، چاپ اول ۱۳۸۱.

^۷. رابرت بلدو، فرهنگ حقوق بین‌الملل، ص ۱۰۱، ترجمه بهمن آفایی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول ۱۳۷۵.

^۸. ایمانی، عباس، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، ص ۲۷۳، تهران، نامه هستی، چاپ دوم ۱۳۷۵.

^۹. موحد، محمد علی، در هوای حقوق و عدالت، (از حقوق طبیعی تا حقوق بشر)، نشر کار نامه، تهران، چاپ اول ص ۳۷۹.

^{۱۰}. تومنان پین، حقوق بشر و سیر تکاملی آن در غرب، ص ۱۸، ترجمه: مهدی ابوسعیدی. تهران، انتشارات آسیا، چاپ ۱۳۴۴.

^{۱۱}. همان، ص ۲۱.



- ^{۱۲}. ژاک موروژنون، حقوق بشر، ص ۱۴، ترجمه احمد نقیب زاده، تهران، انتشارات دانشگاه، چاپ ۱۳۸۰.
- ^{۱۳}. این تعریف از اعلامیه جهانی حقوق بشر اخذ شده است.
- ^{۱۴}. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، در آمدی بر حقوق اسلامی، ص ۱۲۳، تهران، انتشارات سمت، چاپ
- ^{۱۵}. محمودی، عبدالحسین، حقوق بشر و چالش‌های فرارو، ص ۲۲، انتشارات نجم‌الهدی، چاپ اول ۱۳۸۵.
- ^{۱۶}. مظفر، محمد رضا، المنطق، ص ۶۶. دارالتعارف، بیروت لبنان، چاپ ۱۴۰۰-ق.
- ^{۱۷}. همان.
- ^{۱۸}. روحانی، شهریار، آیا حجاب ضرورت دارد؟
- ^{۱۹}. محمدی، علی، حجاب در ادیان، ماهنامه پیام زن، شماره‌های ۱۸ الی ۲۰.
- ^{۲۰}. صبوری ارباری، احمد، نگاه پاک زن و نگاه‌های آلوده به او، آینه بهزیستی اسلام، ج ۳.
- ^{۲۱}. عطایی، محمد آصف، امنیت در سایه حجاب، نشریه کیهان، ۸۳/۱۲/۲۰.
- ^{۲۲}. الاعراف، ۲۲/۷.
- ^{۲۳}. النور، ۳۱/۲۴.
- ^{۲۴}. الاحزاب، ۳۳/۳۲/۳۳.
- ^{۲۵}. همان، آیه ۵۹.
- ^{۲۶}. همان، آیه ۶۰.
- ^{۲۷}. اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۲.
- ^{۲۸}. کنوانسیون بین المللی رفع تبعیض علیه زنان، مصوبه ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ (۱۳۵۸ قوس ۲۷) - قطعنامه شماره ۳۴/۱۸۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد.
- ^{۲۹}. همانه ماده اول.
- ^{۳۰}. بند الف ماده ماده دوم کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان.
- ^{۳۱}. بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون حقوق سیاسی و مدنی ملل متحد.
- ^{۳۲}. مطهری، مجموعه آثار، ج ۱۹، ص ۳۰.
- ^{۳۳}. يجب على المرأة ستر رقبتها و تحت ذقnya حتى المقدار الذي يرى منه عند اختمارها على الأحوط. امام خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۱، المقدمه الثالثه فى السترو الساتر، ص ۲۵۸، مسئله ۴، ترجمه علی اسلامی، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ هجدهم ۱۳۷۹.
- ^{۳۴}. لا إشكال في وجوب ستر المرأة تمام بدنها مع قطع النظر عن الوجه و الكفين عن عدا الزوج و المحارم إجماعاً، بل و ضرورة. خوبی، سید ابوالقاسم، موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱۲، ص ۶۲.

مصلح مرسله او په حجتنيولو کي

د فقهاء نظرونه

﴿﴿﴿ ابوصھیب

﴿﴿﴿ ترجمه: فضلی

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه محمد ،ارسله بالحق بشيرا ونذيرا، وعلى الله واصحابه ومن اهتدى بهديه ودعى بدعوته الى يوم الدين. داچې مرسله مصالح د اسلامي فقهی د اختلافی مصادرو خخه یو مصدر دی، نو په دی هکله چې مرسله مصالح خه ته وائي په فقهې احکامو کې خومره وندې لري، او د دغې وندې اندازه خومره ده، خوک ئى د فقهې احکامو د مصدر په توګه مني او خوک ئى نه مني، په دی اړوند د هغوي دلایل خه دی، غوره او راجحة نظر کوم دی، په دی مقاله کې تر بحث لاندې نیول کېږي.

وړاندې له دی خخه چې مرسله مصالح تر خېړنې لاندې ونسو، غوره او بنه به دا وي چې د مصالحو ډولونه په لنده توګه معرفي شي. د اعتبار له مخې مصالح په درې ډوله دی: معتبره مصالح، ملغا مصالح او مرسله مصالح. (۱) ددې لپاره چې مصالح په بنه بېه وېژنون، چې کوم یو د هغور د فقهې مسایلو بنستې جوروی او کوم بې په اجتهادونوکې د منلو ورنه دی، نو بنه به وي چې دغه درې ډوله مصالح په لنده توګه معرفي شي. ۱ - معتبره مصالح: هغور مصالحونه وايې چې شارع هغوته اعتبار ورکړي او د تحقق لپاره بې احکام را لېږلي، خو دغه مصالح شتون و مومي لکه ضروریات، حاجیات او تحسینیات، یا په بل عبارت: هغه مصالح چې اعتبار بې په شرعی نص، اجماع او قیاس باندی ثابت وي. معتبره مصالح د ټولو فقهاءو په نزد د قبول وردې او د هغور پر بنستې بې اجتهادونه کړي او فتواکاني بې ورکړي، هیڅ فقهې عالم د معتبرو مصالحو خخه انکار نه دی کړي، لکه په دی اړوند احمد الريسوني وايې: ټول فقهاء خپل اجتهادونه د هغور احکامو پر بنست کوي چې الله تعالى هغه مشروع کړي دي، او دغه احکام له دوه حالتونو خخه خالي نه دي، یا به د مصالحو جلبوی او یا به د مفاسدو دفعه وي، نو جو ته شوه چې معتبره مصالح په ټولو مذاہبوکې د قبول وردې. د اسلامي شریعت پوهان وايې: د اسلامي شریعت احکام معلوم په علت سره دي، چې دغه علت او مصلحت د حکم علامه او نبانه ګنيل کېږي، لکه په دی اړوند ابوزهره ليکې: د حنفي او شافعي مذهب پېروان په دی باور دي او دا بي ثابته کړي ده، چې مصلحت د حکم علت او دغه علت د حکم نبانه ده او ټول په دی باور دي چې شرعی احکام د حقیقی

مصالحو ساتونکي دی، هېڅ داسې شرعې حکم به خوک ونه مومني چې په هغه کې د انسانانو مصلحت پروت نه وي (۲) نو پورته ذکر شوي تفصیل خخه دا خبره ثابتېږي، چې معتبرو مصالحوتله اعتبار ورکړي شوي او د هغو پر بنسته احکام بنا شوي، دا خکه چې د معتبرو مصالحو اعتبار په قرآن، سنت او اجماع سره ثابت دی لکه الله تعالی فرمایي: "من اجل ذلک کتبنا علی بنی اسرائیل انه من قتل نفساً بغير نفس ...". (۳)

ژیاره: (په سبب ددی (قتل) ليکلی وو (حکم کړي و) مونږ پر بنی اسرائیل چې بیشکه شان دادي هر خوک چې ووژنې يو نفس بی له بدل د بل نفس خخه) په دی ایت شریف کې دا خرګندېږي، چې د قصاص حکم په بنی اسرائیل کې ددی لپاره راغلی چې د نفس ساتنه وشي او خوک په ناحقه مړ نشي او د بندګانو د مصلحت په خاطر دا حکم مشروع شوي، دغه راز په بل ایت کې راغلی: "والسارق والسارقة فاقطعوا ایديهمما". (۴)

ژیاره: (د نارینه غله او غلې بسخي لاسونه پري کړي، د غلا حد ددی لپاره راغلی چې د بندګانو د مال ساتنه وشي او د بندګانو مصلحت ورپوری تپلي دی، ترڅو د هغوی مالونه خوک په غلا سره ونه اخلي).

دغه راز په بل ایت کې راغلی: "کتب عليکم الصیام کما کتب علی الذین من قبلکم لعلکم تتقدون". (۵)

ژیاره: (فرض کړ شوي ده پر تاسو باندي روژه لکه چې فرض کړي شوي وه پر هغو کسانو چې پخوا له تاسې خخه وو، لپاره ددی چې تاسې خان وساتې). پورته ذکر شوي ایاتونه د حکم په علت باندي پسکاره دلالت کوي.

دغه راز په نبوي احاديثوکې هم داسې احکام راغلی چې د حکم په علت باندي دلالت لري، لکه رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمائیلی: "لا یقضین حاکم بین اثنین و هو غضبان". (۶)

ژیاره: (په داسې حال کې چې قاضې په غصه او غصب کې وي د دوو تنو ترمیئخ باید فیصله و نه کړي) دا حدیث شریف قاضې د غصب په حالت کې د قضایا خخه منع کوي، خکه چې د هغه زړه، ذهن او فکر په بل شې سره مشغول وي، کیدای شي عدالت مرااعات نه کړي او په فیصله کې خطاشي.

دغه راز په بل حدیث شریف کې راغلی: "ان النبی صلی الله علیه وسلم صلی الظہر خمساً فلما سلم قیل له ازید فی الصلوة قال: و ماذاک قالوا: صلیت خمساً فسجد سجدتین". (۷)

ڇيارة: (نبى كريم صلى الله عليه وسلم د ماسپبنين لمونخ پنځه رکعته وکړ، ګله پې چې سلام وکړخاوه، چا ورته ووبل: چې لمونخ مو زيات وکړ، نو پيغمبر صلى الله عليه وسلم دوه سجدي وکړي). دا حديث په دې خبره دليل دی چې که په لمانځه کې زياتوالی او يا نقصان راشي د سهوي سجده کول د هغه لپاره جيږه دي.

د مقاصدو او مصالحو دري سره ډولونه ضروريات، حاجيات او تحسينيات له معتمرو مصالحو خخه دي، دغه راز د مرتد جزا د دين د حفاظت لپاره شوي د قصاص مشروعه ددي لپاره راغلي چې د نفس ساته وشي، د غلا حد ددي لپاره مشروع شوي چې د مال ساته وشي او دغه راز د زنا د حد موخي دا ده چې د نسل حفاظت راشي، دا ټول د معتمرو مصالحو او مقاصدو له جملی خخه دي چې په شرعی نصوصو کې راغلي او هفوته بي اعتبار ور بنسلی دي.

۲- ملغا مصالح: هفو احتمالاتو وایي، چې د خينو ذوي العقولو په پوهه کې مصلحت او گتې ګټل کېږي، خو شريعت هغه له اعتبار خخه ساقط کړي وي او د هغه په خلاف بي حکم تصريح کړي وي، چې د بنېوضاحت لپاره بي خو بيلګې راپرو.

۱- د غني او مالدار لپاره په کفاره کې په حتمي توګه روژه نيوں، چې شريعت د غني په حق کې روژه نيوں لغوه ګرځولي، په لوړۍ خل په هغه واجب داده چې غلام ازاد کړي، يا مسکینانوته ډودې ورکړي که خوک ووایي چې غني ته د غلام ازادول او يا هم مسکینانوته خوراک ورکول اسانه دي، نو دده د زجر لپاره دا غوره ده چې روژي ونيسي، دا مصلحت لغوه دی اعتبار نه لري، خکه چې د شرعی نص خلاف دي.

۲- دغه راز که یو خوک دومره زيات نوافل او مستحبات سره ورسوي چې هغه له دنيوي ژوند او واجباتو خخه پاتي کېږي، دا مصلحت هم لغوه دی خکه چې د اسلام مقدس دين د اعتدال دين دي، خپل پېروانو ته پېغام ورکوي، چې د دنيا او اختر لپاره کار وکړي، دنيا اباد وئ او اختر له ياده مه او باسي.

۳- دغه راز د ناعلاج مريض وژل لغوه مصلحت دي، خکه د شرعی نصوصو خلاف دي، که خوک له دي جهنه چې مريض په راحت کې شي، مريض په قتل ورسوي دا چاره او مصلحت د اسلامي شريعت روح نه منې لکه الله تعالى فرمائي: "وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا".

(۸)

ڇيارة: (مه وزني خپل خانونه، بيشکه الله تعالى پر تاسو رحم کوونکې دي).

۴- دغه راز د نارینه او بسخې په میراث کې برابرولي او انډولتوب راوستل چې بسخه او نارينه سوه مساوې شي، دا مصلحت ملغا ګرځولي شوي، خکه چې د شرعی نص په خلاف عمل دی الله تعالى فرمایي: "يوصيكم الله في اولادكم لذكر مثل حظ الانثيين".^(۹)

ژباره: (حکم کوي تاسو ته الله تعالى په حق د میراث د اولاد ستاسي کې چې شته نارينه لره (له ميراثه) په مثل د برخې د دوو بسخو) يعني که د کوم میت په اولادکې هلك او انجلی دواړه وي نو هفوی ته د میراث ورکولو قاعده داده چې یوه هلك ته د دوو انجینو حصه ورکول کېږي، د یلګې په توګه که یو هلك او دوه انجلی وي، نیمايی مال هلك ته او بله نيمه یې دوو انجلکيو ته ورکول کېږي.

۵- دغه راز هغه حرام او ناروا خدمات لکه د ساز او سرود سامان او آلات جورول او یا د شرابو د تولید کمپنۍ جورول خو اقتصاد خواکمن شي، دا ټول مصالح لغوه دي، خکه چې دا ټول چارې اسلامي شريعت حرام کړي دي او د شرعې نصوصو په خلاف عمل دي.

ملغا مصالح کوم چې د شرعې نصوصو پر خلاف یو اخي د عقل رجحانات وي، هیڅ وخت د اعتبار ورنه دي بلکې باطل او ملغا بسodel شوي هیڅ مذهب او فقهې عالم هغه د اعتبار ورنه ګڼې.

۳- مرسله مصالح: دا هغه چارې دي چې د هغو لغوه او اعتبار په شريعت کې نه وي راغلي، نه په نص او نه هم په اجماع سره^(۱۰) یا په بل عبارت: مرسله مصالح هغه کړنې او چارې چې نه یې بطلان او نه یې اعتبار د اسلامي شريعت په معلوم او معین نص باندي ثابت وي.^(۱۱)

د مرسله مصالحو تعريف: هره هغه بنیګنه او ګټه چې د اسلامي شريعت په مقاصدو کې شامله او داخله وي، پرته له دي چې د اعتبار او بطلان دليل یې شتون ولري.^(۱۲)

په حقیقت کې مرسله مصالح ګټې راجلبوی او زیانونه دفع کوي، دا هغه ګټې دي چې اسلامي شريعت د هفوی د تحقق لپاره په عامه توګه هڅه کوي او نصوص او اصول یې په لزوم د مراعات کولو دلالت کوي او هفوته کښه او توجه د ژوندون په ټولو اړخونو او چارو کې ضرور ګټل کېږي او شارع ورته په خانګړې او یا کوم ډول ته یې خه معینه لارښونه نه دی کړي، نو له دي کبله ورته مرسله مصالح یعنی مطالقه مصالح ویل شوي دي.

د مرسله مصالحو د تطبيق او عمل مجال په معاملاتو او عاداتو کې دي، هغه فقهې احکام چې په معاملاتو پوري تراو لري، هغه د مرسله مصالحو په اساس باندي بنا کیدا شي، خکه چې دا هغه مصالح دی چې مجتهد ئې مصلحت وکنې.

د لومني مذهب دلایل

لومړۍ دلیل: دوي وایې چې اصحابو کرامو په مرسله مصالحو باندي عمل کړي لکه خو بیلګي يې وړاندې کوو:

الف- اصحابو کرامو قرآن کریم په مصاحفوکې جمع کړ، چې د رسول الله صلی الله علیه وسلم په زمانه کې دا کار نه ئ شوی، اصحابو کرامو د قرآن کریم د جمعی کولو هڅه او هاند له دی جهته وکړ چې د قرآن کریم ساتنه وشی او هغه ضایع نه شي، چې دا لوی مصلحت دي.

ب: حضرت عمر فاروق رضي الله تعالى عنه د مصلحت له منځي هغه شیدې واپولي چې په هغوه کې او به اچول شوي وي، خو نور خوک دا کار ونه کړي او د نور لپاره تادیب او درس شي.

ج: اصحابو کرامو په دی خبره اتفاق کړي، چې که یو تولی په ګله یو خوک ووزنې، نو تول شريکان ورباندې وژل کېږي، خکه چې مقتول معصوم دم دی، نو هغه په ظلم او قصدی توګه وژل شوی او مصلحت په کې دادې چې د خلکو د نفسونو او وینو ساتنه وشې لکه چې د حضرت عمر فاروق په وخت کې په (صنعا) نومي خای کې خوتنو په ګله یو تن ووازه، حضرت عمر فاروق هغوى ټول ورباندې قصاص کړل او داسې يې وفرمايل: "لو اجتمع اهل صنعا عليه لقتلتهم به" یعنی

د مرسله مصالحو د پېژندني خخه وروسته دا مسله د خېرنې وړ ده چې د فقهاء له نظره مرسله مصلحت دلیل دی او که نه؟ خوک ورباندې عمل کوي او خوک ئي ورباندې نه کوي، خوک ئي چې مني د هغوي دلایل کوم دي.

د مرسله مصالحو په اړوند دو ه نظرونه شتون لري چې منونکې او نه منونکې دي:

لومړۍ مذ هب منونکي: ددي نظر خاوندان امام مالک، امام احمد او حنفیان دي، دوي په خپلو اجتهادونو کې په مرسله مصلحت عمل کړي او زيات فقهې مسایل ئي ورباندې بنا کړي دي، که خه هم چې په خینې کتابونو کې دا خبره راغلی چې حنفیان مرسله مصالحو ته اعتبار نه ورکوي او دلیل ئي نه ګکې، خو که د حنفي مذهب کتابونو ته مراجعه وشي، نو زيات فرعی مسایل ورباندې بنا شوی، خکه خو ما هم په دی خای کې د مرسله مصالحو د منونکو په ډله کې راوري، که خه هم په خینو کتابونو کې بیل ذکر شوي، خو خرنګه چې ماتر کومه خایه مطالعه وکړ، ما بیاهم دا خبره په هر کتاب کې پیدا کړله چې د حنفي مذهب پیروان په مرسله مصالحو عمل کوي، چې په دی خای کې به ورته مستقله کښه وشي او خینې بیلګې به ذکرشي کوم چې په مرسله مصالحو باندې بنا راغلی وي.

د لومني مذهب دلایل

لومړۍ دلیل: دوي وایې چې اصحابو کرامو په مرسله مصالحو باندې عمل کړي لکه خو بیلګي يې وړاندې کوو:

الف- اصحابو کرامو قرآن کریم په مصاحفوکې جمع کړ، چې د رسول الله صلی الله علیه وسلم په زمانه کې دا کار نه ئ شوی، اصحابو کرامو د قرآن کریم د جمعی کولو هڅه او هاند له دی جهته وکړ چې د قرآن کریم ساتنه وشی او هغه ضایع نه شي، چې دا لوی مصلحت دي.

ب: حضرت عمر فاروق رضي الله تعالى عنه د مصلحت له منځي هغه شیدې واپولي چې په هغوه کې او به اچول شوي وي، خو نور خوک دا کار ونه کړي او د نور لپاره تادیب او درس شي.

ج: اصحابو کرامو په دی خبره اتفاق کړي، چې که یو تولی په ګله یو خوک ووزنې، نو تول شريکان ورباندې وژل کېږي، خکه چې مقتول معصوم دم دی، نو هغه په ظلم او قصدی توګه وژل شوی او مصلحت په کې دادې چې د خلکو د نفسونو او وینو ساتنه وشې لکه چې د حضرت عمر فاروق په وخت کې په (صنعا) نومي خای کې خوتنو په ګله یو تن ووازه، حضرت عمر فاروق هغوى ټول ورباندې قصاص کړل او داسې يې وفرمايل: "لو اجتمع اهل صنعا عليه لقتلتهم به" یعنی

که چیرې د صنعا تول خلک د هغه په قتل کې شريک شوی واي، نو هرومرو به می تول ورباندي وزلي وو.

د- عمر فاروق رضي الله تعالى عنه د مؤلفة القلوب سهم له زکات خخه ساقط کري دي، که خه هم په نص سره د هغوي سهم ثابت دي، د سقوط وجه ئي داده چې اسلام غني او معزز دي هغوي ته اړتیا نه لیدل کېږي چې د زړونو د تاليف لپاره زکات ورکړل شي.

ه- همداراز عمر رضي الله تعالى عنه د لوړې په کال(عام المجائعة) د سرقې حد له دي امله چې خلک په ابتلا او اپین دي خنډولۍ، که خه هم منصوصي حکم دي.

و- دغه راز اصحابو کرامو کومې ځمکې چې په زوره سره فتح کړي وي د هغه خای خلکو ته بيرته په ولکه کې ورکړي د مسلمانانو بيت المال د بدایه کولو لپاره ئي پر هغوي باندي خراج وټاکه.

ز- عثمان رضي الله تعالى عنه د مصلحت پر بنا قرآن کريم په یوه لغت(قریش) سره وليکه او هغه ئي نورو ځایونو ته وليې دوه او دا فرمان ئي صادر کړ چې په قريشي ژبه به قرآن کريم تلاوت کېږي او نوري نسخي بي وسخولي.

ح: عثمان رضي الله تعالى عنه د هېښې لپاره د میراث حکم وکړ چې خاوند ئي د مرګي په مرض کې طلاق ورکړي ؤ، شو د میراث خخه خپله ميرمن محرومه کړي، چې په فقهه کې ورته له میراث خخه فرار وئيل کېږي، داسي نوري ډيرې بيلګې شتون لري چې د فقهې مذاهبو په کتابونو کې راول شوی دي.

دريم دليل:

مالیکیه وايی که چیری مصالحو د شارع له مقاصدو سره ډډه لګوله او له هغه سره یې مناسب درلود، دغه ډول مصالحو باندي عمل کول سم او موافق کار دي، خکه که مصالح پرینبودل شي، نو مقاصد پرینبودل کېږي او د مقاصدو پرینبودل باطل کار دي، نو معلومه او ثابته شوه چې مصالح په فرعی مسایلوکې د اعتبار ورگنل کېږي.

دریم دليل:

مالیکیان دا دليل هم ورباندي کوي چې که چیری مصلحت ته اعتبار ورنه کړ شي نو بندگان په تکلیف او حرج کې لوېږي، او دا د نص خلاف دي لکه الله تعالى فرمایي: "يريد الله بكم اليسر ولا ي يريد بكم العسر". (۱۳)

زیاره: (الله تعالیٰ تاسوته د اسانی اراده لري، او د سختی اراده پر تاسو نه لري) یعنی تاسوته اسانیا
غواری، سختی او تکلیف در خخه لري کوي.

خنپی مذهبی ډلی لکه ظاهريه، شيعه او د مالکي مذهب پيرو ابن حاجب په دي عقيده دي چې مرسله
مصالح نه مني او د هغو پر بنست فتوا نه ورکوي، دوى وايي چې مرسله مصالحونه اعتبار ورکول،
د شرعی احکامو قدسیت له منځه ورپي، ځکه چې هر خوک به د خپل موخي، غرض او ګنتی او
نفسی غوبښتو مطابق د هغو پر بنست د مصلحت په نوم فتوا ورکوي او خپلو شومو اهدافونه به د
مصلحت د سیوری او پردي لاندې خان رسوی، چې دا کار باطل دی، دا د هوا النفس تابعداري
.^{۵۵}

دغه راز دوى دا هم وايي چې مرسله مصالح د دوو اعتبارونو د تردد په منیع کې واقع دي، هغه
داسې چې شارع خنپی مصالح لغوه کړي او خنپی بي معتبر ګټلي دي، که چيرى مرسله مصالحونه
اعتبار ورکول شي نو له معتبرو مصالحونه سره له دي جهته شريک شول چې دا هم مصالح دي، او
که چيرى د مرسله مصالح لغوه لازمه شي نو د ملغا مصالحونه سره شريک کېږي، خرنګه چې مرسله
مصالح دوه احتماله لري نو پر هغو دليل نيوں درست نه دي ځکه چې مرجع هم شتون نه لري چې
يو احتمال ته پر بل احتمال ترجیح ورکړي، پس د شرعی احکامو په اثبات کې برهان او دليل نه
کټل کېږي.^(۱۶)

څلورم دليل:

د بنده ګانو ژوند په تغيير او د اوښتون په حالت کې دي، د بنده ګانو لاس رسی خپلو مصالحونه
په هو وخت او د زمانې په بدلون سره په مختلفو لارو باندې سره رسېږي، او کله چې د بنده ګانو
په ژوند کې بدلون رائحي نو د هغوي مصالح هم د نوبت به غوره کوي، که یواحی په هغو احکامو
باندې اکتفا او بسننه وشي نو د خلکو مصالح له ګواښ او خنډ سره مخامنځ کېږي، او فقهې نوبت
او تطور به په تپه ودرېږي، او د زمانې سره به برابر تګ نه کوي او په دي حالت کې خو بنده ګانو ته
چېر زیات زیان متوجه کېږي، او د شريعت له روح سره سمون نه خوری، ځکه چې اسلامي شريعت
ددی لپاره راغلی چې د بنده ګانو لپاره مصالح جلب کېږي او مفاسد ورڅخه دفع کېږي، نو په دي
څای کې اپينه برېښي چې داسې نوې فقهې احکام صادر شي چې د اسلامي شريعت له عامو
مقاصدو او کلی موخو سره موافق وي، ترڅو دا ثابته شي چې اسلامي شريعت تر قیامته پورې د

تطبیق ور ده او ددی صلاحیت لري چې د همیش لپاره د بنده گانو ژوند په هره عرصه کې تنظیم کړي.(۱۵)

۵- دلیل: د مرسله مصالحو د عمل مجال معاملات او عادات دي، موخه او اصل په دي ډول تکلیفاتو کې هغه معانی او مقاصد او لاملونه دي چې د هغو له امله احکام روا شوي دي، او دغه مقاصد، موخې او لاملونه چې احکام ورباندې بنا شوی، عبارت له مصالحو خنځه دي او دا له عقل سره توافق لري، کوم شي چې شریعت ئی غوبښته کړي ده، د عقل په ذریعه د هغه ګټه او بنه والی درک کیدای شي او له کوم شي خنځه چې شریعت د منعی غوبښته کړي د عقل په ذریعه سره د هغه ضرر او بدی معلومیدلاي شي، نو الله تعالی هغه شي پر مونږ لازم او واجب کړي دی چې زمونږ عقولونه ئی د ګټې او نفعې درک کولای او هغه شي ئی پر مونږ حرام کړي دي کوم چې زمونږ عقولونه ئې ناوره توب درک کولای شي، نو کله چې یوه پینه رامینځ ته شي چې شارع ئی حکم نه وي بيان کړي، مجتهد د عقل پر بنا چې هغه ئی د ضرر او یا بنيګټې درک وکړي، حکم صادر کړي نو دهغه حکم په درست اساس بنا شوی، د شارع په نزد د اعتبار ور ده، خکه چې حکم د شریعت په مصلحت پوري ترلى دي، چيرته چې مصلحت وي هلتہ حکم وي.(۱۶)

امام رازی په خپل کتاب المحسول کې لیکلې: چې په یقیني او قطعی توګه ثابته ده چې مرسله مصالح دلیل او حجت دي، او دی مدعی لپاره په نقل او عقل باندې استدلال کوي.

د نقلی دلیل په لر کې په دي ایت دلیل نیسي: فاعتبروا يا اولی الابصار(۱۷) مطلب داچې ای د سترګو او عقولونو خاوندانوله عقل خنځه کار واخلي، په دي ایت کې حکم شوی چې له عقل خنځه کار واخلي، د اعتبار معنی دا چې له یو حال خنځه بل حال ته انتقال کول دي او استدلال په یوشې سره چې مصلحت په کې وي هغه مشروع ده.

امام رازی په اجماع باندې استدلال کوي چې د اصحابو کرامو له احوالو او اجتهادونو خنځه دا جو تیری چې هغوی مرسله مصالحونه اعتبار ورکړي، هغوی به مصالحو او هغو موخو او معانیوته اعتبار ورکاوه کوم چې دوى په دي پوهیدل چې دا موخه او هدف د شریعت رعایت ده، هغوی هیڅکله شرطونو ته نه کتل کوم چې او س فقهاء اینې دي، بلکې هغوی د شریعت موخو او هدفونو ته پام کاوه.(۱۸)

د مالکي مذهب پیرو القرافي نومي عالم په خپل کتاب شرح تنقیح الفصول کې وائي: د مصلحت مرسله باندې عمل کولو په هکله دا خبره نقل شوي ده، چې دا په مالکي مذهب پوري خاص ده، خو داسي نه ده کله چې د نورو مذاهبو کتابونه او فقهې مسایلو ته پام و ګرځو، هغوی د دوه پینو او

مسلو ترمینخ د (مناسب مطلق) (۱۹) په عنوان بیلوالی اویوالی راوستي دی نو همدغه د مرسله مصلحت مفهوم او معنی ورکوي او دا خو په تولو مذاهبو کې لیدل کېږي. (۲۰) زركشي پخوانی مشهور عالم وائی: هغه شي چې په شريعت کې اعتبار نه وي ورکر شوي او نه ئي لغوه راغلی وي، اونه هم د اسلامي شريعت يو معين اصل د هغه پر اعتبار ګواه او شاهد او سيرې، نو دغه شي ته مرسله مصالحه ويل کېږي.

داخبره مشهوره شوي چې یواځي د امام مالک رحمة الله عليه مذهب پیروان هغه مني او په هغوي پوري تړي، خو حقیقت داسي نه دی، بلکې د نورو مذاهبو عالمان په مناسب مطلق باندي اکتفا کوي، او همدغه ته مصلحت وائی، مصلحت يعني مناسب مطلق. (۲۱) که د درې واپو مذاهبو فتواګانو او اجتهادونو ته مراجعه وشي، نو هیڅ یو له دی خنځه خالي نه دی چې هغوي دی خپلو اجتهادونو کې مرسله مصالحو ته مراجعه نه وي کړي او د مرسله مصالحو پر بنائي احکام نه وي بنا کړي.

په شافعي مذهب کې خپلي بیلګې وراندي کړو، چې د هغور بنا په مرسله مصلحت شوي وي:

۱- که چېږي خوک پر یو نارینه باندي داسي ګواهي ورکړي چې د خپله میرمن په درې طلاقه سره طلاقه کړي ده، او قاضي د هغوي د شهادت پر بنسټ د خاوند او میرمن تر مینځ بیلتون راوست، وروسته شاهدان له خپلی ګواهي خنځه رجوع او انکار وکړي، نو قاضي دي هغوي باندي د پوره مهر مثل حکم وکړي، که خاوند ورسره دخول کړي وي او که دخول ئي نه وي کړي، قاضي پر هغوي د نيمائي مهر مثل حکم وکړي، دا خکه چې دغو ګواهانو پر هغه باندي میرمن حرامة کړي ده، داچې میرمن قيمت نلري نو خکه ورته مهر مثل باندي حکم وشو، هغه مهر چې خاوند هغې ته ورکړي هغه پر خپل خای ده لږ وي او که دېر، هغه ته نه کتل کېږي. (۲۲)

۲- د امام شافعي رحمة الله عليه په نزد باندي قتل په مشقل سره قصاص واجبوی، خکه چې مصلحت ددي غوبښته کوي، مصلحت دادی چې د قتل دروازه بنده شي، خلک په بهانه سره ونه وژل شي، او دخلکو د وینو تویولو مخه ونیول شي. (۲۳)

۳- امام شافعي رحمة الله عليه د زوي مینځه خنځه اولاد درلودل هغه ته د ملک د نقل سبب ګنبي، مطلب داچې که پلار د زوي له مینځي خنځه اولاد ولري نو د هغه ملکيت دغه پلار ته انتقالېږي، که خه هم په دې هکله نص شتون نلري او نه هم معين اصل شتون لري چې په هغه استناد وشي او پر هغه ګواهي ورکړي، مصلحت داده چې پلار پاک لمني پاتي شي نو د هغه ملکيت پلار ته ئي. (۲۴)

۴- همداراز امام شافعی په دی نظر دی، چې که یو ټولی خلک یو تن په ګله سره ووژني، دغه تول شريکان په دغه یو تن وژل کېږي، یو خوک به اعتراض وکوي چې دله مماثلت شتون نلري، چې پر یو تن باندې یوه ډله خلک وژل کېږي، په دی خای کې معقول حکمت او مصلحت ته رجوع شوی، چې هغه د خلکو د وینو ساتل دي، ځکه زياتره قتلونه په شريکه سره سرته رسپري، او د لوپو مفسدو مخنيوی کېږي، په دی مصلحت کوم ايت او حدیث شتون نلري، بلکې ددي مصلحت استناد په شرعی کلې باندې دی، چې هغه د بنده کانو د وینو ساته ۵۵.

د حنفي مذهب نظر د مرسله مصلحت په اړوند: په ځینو کتابونو کې دا خبره راغلي ده چې حنفيان په مرسله مصلحت باندې استدلال نه نيسې، خو دا خبره کوم دليل نه لري، او داسي نه دی، د حنفي مذهب په اصولو کې د مصالحو خخه يادونه نه ده شوي، هفوی مرسله مصالح په مستقله توګه د اعتبار وړ نه ګنې بلکې هغه بي د قیاس په باب کې داخل کړي دي، که د هفوی اجتهاد او فقهی مسایلوته نظر وکړو نو و به ګورو چې د هفوی اجتهاد او فتواګانۍ په مصالحو بنا شوي، چې د بیلګې په توګه خو موارد دله وړاندې کړو.

۱- امام ابویوسف(رح) د امام ابوحنیفه(رح) خخه روایت کوي "و اذا اصاب المسلمين غنائم من متاع او غنم فعحزوا عن حمله ذبحوا الغنم و حرقو المتع و حرقو لحوم الغنم كراهيۃ ان يتتفع بذلك اهل الشرک". (۲۵)

(کله چې د مسلمانانو لاس ته د غنيمت مال ورشي لکه سامانونه او یا پسونه، او مسلمانان د هفو له وړلو خخه عاجز وي، نو پسونه دی حلال او ذبحه کړي او سامانونه دی وسوئي، او غوبني دی هم وسوئي، ترڅو کافران او مشرکان له هفو خخه استفاده و نه کړي) په دی مسئله کې د مسلمانانو د مصالحو رعایت او ساته شوي، خو له هفوی خخه هغه مفسده دفعه او لري شي، کوم چې د غنيمت د مال په پرینبودلو پوري تېلی ده، مفسده دا ده چې مشرکان او کافران د مسلمانانو مقابلي ته خان په هفو مالونو قوي کوي او پر هفو سره کافرانوته قوت او څواک حاصلېږي، له دی جهته حنفي مذهب د هفو په سوچولو باندې فتوا ورکړي ده، په ډاګه شوه چې دا فتوا د مسلمانانو پر مصالحو بنا شوي ده، او دا مرسله مصلحت ګټل کېږي، چې په لغوه او اعتبار باندې یې د خاص دليل شتون نه ليدل کېږي.

۲- د امام ابوحنیفه(رح) خخه روایت شوي چې واي: بنی هاشموته زکات ورکول روا دي، سره له دی چې په حدیث شریف کې راغلي چې بنی هاشموته زکات ورکول منع دي، د امام ابوحنیفه له نظره د بنی هاشمو برخه ځکه په زکات کې نشته چې هفوی ته د غنيمت له پنځمي خخه برخه

ورکول کیږي، خو څرنګه چې په هغوي باندي د غنيمت له پنځمي خخه ورکړه بنده شوه، د دوي فقيران د نورو مسلمانانو په توګه باید بي اسرى او بي مرستې پاتې نشي، نو د زکات ورکول ورته روا شول. (۲۶)

۳- په حنفي مذهب کې د استصناع عقد ته جواز ورکړه شوي، حال دا چې قیاس ددي غوبښه کوي چې د استصناع عقد ناروا دي، څکه دا د نشت او غير موجود شي پلورل دي او د نشت خیز پلورل جواز نلري خو د بندګانو د مصلحت د تامين له وچې دا عقد روا شوي دي.

۴- دغه راز د بندی خانو جورپول د دي لپاره چې فاسق، فاجر او مفسدان په هغوكې واچوي، خلک او توله د هغوي له ضرر خخه نجات پیدا کړي، د فاجرانو او فاسقانو لپاره سرزنش او تادیب شي.

په حنفي فقه کې دېر زيات موارد شته چې د بندګانو په مصالحو ولاړ دي، دغه راز د حنفي مذهب له اصولو خخه یو هم استحسان دي، یعنی جلی قیاس پری بنودل په خفی قیاس باندي عمل کول او یا هم په حنفي مذهب کې استحسان په ډېر موارد کې د مصالحو په رعایت او ساتهه باندي عمل کول دي لکه په دي اړوند په اصول فقه کې راغلي "و کان استحسان الاما رعاية للمصلحة يسميه الحنيفية استحساناً" (۲۷) (د امام ابوحنیفة استحسان د مصلحت له امله وه، چې په حنفي مذهب کې هغه ته استحسان ويل کیږي) نو بشکاره خبره ده چې د نوم بدلون د مسمی په حقیقت کې بدلون راوستلای نشي، په هر نوم سره چې ونوموي، خو پوري چې پر هغه احکام بنا کوي نو دغه خپله د مصالحو په موجودیت او اهتمام دلالت کوي لکه د اصول فقهې پوهان واي "هکذا بني الشافعی و ابوحنیفة احکام الفروع على المناسب المرسل فدلا بذلك على ان كلامها قد اعتبروا المصلحة أصلًا شرعياً و ان لم يذكرها ضمن اصول مذهبة". (۲۸)

یعنی امام شافعی او امام ابوحنیفة (رحمه الله عليهما) فرعی احکام پر مرسله مصالحو بنا کړي دي، نو هر یو د هغو په شرعی احکامو کې مصلحت ته اعتبار ورکړي که خه هم هغوي د خپل مذهب په اصولو کې ذکر کړي نه وي.

هغه استحسان چې سند بي مصلحت وي، معنی دا چې عامه قاعده د مصلحت له جهته پرینبودل ترڅو خلک په مشقت کې و نه لویوی لکه د صنایعو یعنی کسبه کارو تضمین، د کسبه کارو په تضمین باندي راشده خلیفه گانو حکم او فیصله کړي، د مصلحت وجه داده چې خلک صنایعو ته اړین دي او هغوي د خپلو شیانو خخه غایب وي، د هغو د تلف کیدو زیات امکان وي، نو څکه خو د مصلحت پر بنستې په کسبه کارو تاوان او ضمان شته دي.

دغه راز په حنفي فقه کې زیبات احکام په عرف بنا دي، چې دا خپله د مصلحت په رول او ارزښت دلالت کوي، حکم چې په هغونکې مصلحت په نظر کې نیوں شوی دي لکه خو بیلگې بی دلته وړاندۍ کوو.

۱- که یو خوک ووایی چې زما مال دی فقیرانوته خیرات او صدقه وي، قیاس ددی غوبښته کوي چې د زکات د نصاب په اندازه دی د خپل مال خخه صدقه کوي، حکه چې په مال کې زکات واجب دی او بل دا چې که ټول مال صدقه کړي، نو دی په خپله محتاج او نورو ته اړکېږي، نو اسلامي شريعت دا عمل غندلي دی، او له قیاس خخه یې عرف ته عدول کړي، خو د ستونزو مخینوې وشي او بنده په تکلیف کې ونه لوږېږي.

مصالح مرسله او به حبنتیلو کی د... 


- که خه هم سقاوی ته د غسل کولو لپاره تلل د قیاس پر بنست جواز نه لري، خکه چې د اوپو اندازه معلومه نه وي، د مجھول شی پلورل جواز نه لري، په دي مسئلله کې له قیاس خنځه عرف ته رجوع شوی، هغه له دي جهته چې د خلکو عرف او عادات په دي راغلي چې خلک سقاوی ته خې او د اوپو اندازه معلومه نه وي او لو جهالت د مصلحت له امله غورزوں کېږي.

۳- د میوپ پلورل او پر ونو د هغو پرینسپل: که خوک له چا خخه میوه واخلي، دغه میوه د پلورونکي پرونو باندي د پخيدو تر وخت پوري باقى پاتى شي جواز لري، که خه هم قياس ددي عمل د نه مشروعت غوبنته کوي، خكه چې د بل چا ملكيت بي مشغول کړي، نو په ديمسئله کې له قياس نه عرف ته رجوع شوي، خكه پر دغه عمل د خلکو عادت او عرف راغلي، که دغه کار ناروا وکنيل شي، نو خلک په تکليفېږي او تاوان او ضرر ورته رسپېري او هغه دا چې خلک خامې او اومه ميوپ نه خوري.(۲۹)

دلته باید دا هم خرگنده شی چې هر خوک په خپل فکر مصلحت نه شی ایجاد ولی بلکې مصلحت باید د قرآن او سنتو له نصوصو او اجماع خنخه خلاف نه وي او د اصول فقهې علم ته په پاملنې د هغه یه هکله تعامل سرته رسښوي.

۴- د حنفي مذهب پیروان وائی چې زنا کار چې واده و نلري له وطن خخه باید ونه شرول شي، د تغريف دليل ئي د مصلحت پر بنا دی هغه دا چې د هغه په شرولو کې له خپل وطن خخه د زنا دروازه نوره هم پرانستل کيږي، او د زنا زمينه ورته برابرېږي، خکه چې د خپل قوم، خپلوانو او قبليې خخه لري پاتي شي، نو حیا ورخخه کله و کړي، اوبل داچې هغه خوراک، پونساک او خښاک ته ارین وي نو کيداۍ شي چې زناکول خپل کسب و ګرځوي. (۳۰)

مرواری مختصری به نقش دین در زندگی اجتماعی

قسمت اول

««« قانونیار محمد رفیع عمری

مقدمه

الحمد لله رب العالمين والصلوات وسلام على محمد و على الله واصحابه اجمعين . وبعد .
برای اینکه انسان ها در دنیا به خوشبختی زندگی کرده بتوانند و روی زمین، جای مناسب برای
حیات شان باشند، بشر در هر عصر و زمان، به دین نیاز دارد .
خداآوند (ج) از ازل، این احتیاج انسان را می‌فهمد و به همین خاطر اولین بشر یعنی آدم عليه السلام
را به عنوان یک پیغمبر به زمین فرستاد .
دین مقدس اسلام در جواب مختلف زندگی توجه عظیم و قابل ملاحظه را مبذول داشته که من
جمله نقش این دین ممتاز و مختار را در ساخته زندگی مورد بحث قرار میدهیم .
زندگی اجتماعی نه تنها در اسلام، بلکه در هر نظام وضعی دیگری از اهمیت خاصی برخوردار است
و برای همیش قانونگذاران خواسته اند تا آن را به شکل بهتر و سازگارتر با مصالح انسان ها ترمیم
نمایند . اما دین مقدس اسلام بیشتر و مفید تر از همه مشکلات جامعه را بررسی و قوانین به خصوصی
در این راستا وضع نموده است .

در این مقاله مطالبی تحت عنوان معنی دین، تکوین جامعه اسلامی، اخوت اسلامی تضامن
اجتماعی، بخش مختلف آن معنی شوری و اهمیت آن، آداب اجتماعی، حقوق افراد در خانواده، مراعات
آداب عامه در جامعه اسلامی و حقوق فرزندان را در روشی آیات قرآن عظیم الشان، احادیث نبوی (ص)
اقوال علماء و نظریات دانشمندان گرد آورده شده و به طور مختصر بالای آن بحث صورت گرفته امید
وارم که برای خواننده محترم مفیدیت خود را داشته باشد .

واژه های کلیدی

دین، اجتماع، عدل، شوری، آداب، خانواده و اخوت .

فصل اول

بخش اول - معنی دین

خداؤند (ج) می فرماید (ان الدین عند الله الاسلام) ۱) یعنی : دین پسندیده و مرضی نزد خداوند (ج) دین مقدس اسلام است.

۱- دین درلغت : واژه دین به معانی ذیل استعمال شده است:
اطاعت و فرمان برداری جزا و پاداش.

۲- دین دراصطلاح علمی :

عبارت است ازمجموع قواعد، وقوانین، وآداب که انسان درسایه آن میتواند به خدا(ج) نزدیک شود، و به سعادت دو جهان برسد، واز نظر اخلاقی و تربیتی درمسیر صحیح و درست گام بردارد چون درآیه قبلی تفسیر دین با اسلام شده، بناءً مناسب است که معنی اسلام نیز دانسته شود:

۳- اسلام : به معنی تسلیم شدن، یعنی یک مسلمان، دعوی میکند که من مسلمان هستم معناش این است که دربرابر قانون، دستورات خداوند (ج) به غیرچون و چرا تسلیم هستیم :

بناءً مفهوم (ان الدین عند الله الاسلام) این است که آیین حقیقی درپیشگاه خداوند(ج) همانا تسلیمی دربرابر فرمان و قانون خدا (ج) است.

«ازپیامبرگرامی حضرت محمد مصطفی (ص) سوال شد که اسلام چیست ؟

«پیامبر(ص) جواب دادند اسلام عبارتست:

♦ ایمان داشتن به اینکه هیچ معبدی به جز الله (ج) وجود ندارد و حضرت پیامبر(ص) بنده خدا (ج) است.
♦ نماز خواندن.
♦ روزه گرفتن.

^{۱)} سوره آل عمران آیه : ۱۹

♦ زکات دادن.

♦ به حج رفتن.

دروقت یاددان اسلام به یازده موضوع اساسی همین حدیث شریف، دراولویت داده شد است که شش مورد آن، ارکان ایمان و پنج مورد آن، شریعت اسلام است.

ما از برکت دین از موجودیت ذاتی باخبر شویم که همواره ما را و هر چیز دیگر را می بیند وزیرنظر دارد و هر چیز را به آغوش لطف و رحمت خود گرفته و برای ما زندگی ابدی را در جنت مهیا ساخته است.

ما به برکت دین پی می بریم که بندگان خداوند (ج) هستیم و مقام و منزلت بلندی در پیشگاه او داریم، بدین ترتیب، در سایه این ایمان و یقین خود را بی صاحب و تنها احساس نمی کنیم و از هیچ مشکلی رنج نمی بریم و حتی در دشوار ترین شرایط زندگی، از اعمق قلب، احساس خوشبختی و سرور می کنیم.»^۲

مقصود از جامعه، جامعه اسلامی و زندگی اجتماعی است، بخاطریکه زندگی انسان ها بدو بخش تقسیم می گردد.

۱- بخش فردی و شخصی که به شخصیت هر انسان ارتباط می گیرد.

۲- بخش اجتماعی که به زندگی اجتماعی ارتباط می گیرد، در این بخش متمم و مکمل اجتماع سالم واقع است. پس بسا اوامر شرعی و احکام الهی به این دو بخش ارتباط می گیرد.

اول- بخش فردی مثل: اعتقادات، عبادات، اخلاقیات، آداب وغیره هدایات و احکام.

دوم- بخش اجتماعی مثل : احکام اجتماعی و اوامر شرعی که در جامعه انسانی و اسلامی لازم الاجراء است:

حالا بحث در اینجا از بخش دوم یعنی نقش دین در زندگی اجتماعی است و بس.

۲- نقش ارزنده و بارز دیگر دین اینست که زنجیر های اسارت، و برتری های تزویری و نیرنگ های مختلف سمتی، قومی، نژادی، زبانی را شکسته و هم اولاد آدم را براذر و برابر می خوانند و برتری را صرف در یک نقطه خلاصه می کنند، که آن عبارت از تقوی و پرهیزگاری است و بس چنانکه قرآن کریم می فرماید: (ان اکرمکم عند الله اتقاکم)^۳ یعنی مکرم شما نزد

^۲ گرفته شده از کتاب دین را دوست دارم

^۳ سوراه حجرات آیه ۱۳

خداؤند (ج) پرهیزگارترین شما است. روی دلایل و شواهد فوق میتوان گفت که نقش دین مقدس اسلام درزندگی انسانها برادری، برابری، صلح و اخوت است.

تفصیل موضوع فوق با شرح بیشتر آیه کریمه، همراه با شأن نزول آن و اقوال مفسرین درموضع عدالت اسلامی تحت عنوان اخوت اسلامی (وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفُنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفُ الظَّالِمُونَ) سوره نور آیه ۵۵^۴ یعنی وعده کرده است الله تعالی آنها را که ایمان و عمل صالح دارند خلیفه می گردانم درروی زمین طور پیشینان. منظور از خلافت استقرار صلح و امان است در زمین خدا(ج) و تحکیم نظام عدل الهی است برمخلوق خدا(ج).

بناءً ساختار و تکوین اجتماع اسلامی بنا بر اساس ضرورت های بشری و فطرت های انسانی بنا نهاده شده است.

بخش دوم

تکوین جامعه اسلامی

در تأسیس و تکوین جامعه اسلامی چیز هایی که منافی عالمی و بین المللی بودن اسلام باشد اساس قرارداده نشده است مانند: قومیت، جنسیت، نژاد، زبان، زمان، مکان، محیط، سمت وغیره بلکه اجتماع اسلامی براین چهار اصل آتی بنا نهاده شده است.

- اخوت اسلامی.
- تضامن اجتماعی
- عدل.
- شورا.

۱۰۳

با خاطر وضاحت موضوع دلایل هریک را از قرآن کریم و احادیث نبوی (ص) ذکر میکنیم.

الف : اخوت (برادری) اسلامی :

منظور از اخوت عام است یعنی اخوت دینی و اسلامی که در همه شعبات زندگی اسلامی و انسانی لازم است :

- ۱- درباره آخوت اسلامی قرآنکریم می فرماید:

^{۱۰} سوره حجرات آیه

^۷ متفقہ علیہ - ترمذی کتاب صفة القيامة (باب ۵۹) .

«انما المؤمنون اخوت»^۵ یعنی : مومنین برادر هم اند.

۲- پیامبر(ص) می فرماید:

«الْمُسِّلِمُ أَخُو الْمُسِّلِمِ لَا يَظْلِمُهُ، وَلَا يُسْلِمُهُ، مَنْ كَانَ فِي حَاجَةٍ أَخِيهِ كَانَ اللَّهَ فِي حَاجَتِهِ وَمَنْ فَرَّجَ عَنْ مُسِّلِمٍ كُرْبَةً فَرَّجَ اللَّهُ عَنْهُ بِهَا كُرْبَةً مِنْ كُرْبَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ سَتَّرَ مُسِّلِمًا سَتَّرَ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » متفق علیه.

یعنی: مسلمان برادر مسلمان است بر او ظلم نمی کند واو را به دشمن تسليم نمیدهد، کسی که در صدد برآوردن نیاز مندی و حاجت برادرش باشد خداوند(ج) در برآورده شدن حاجتش یاری می نماید و کسی که مشکل مسلمانی را حل کند، خداوند در برابر آن مشکلی از مشکلات روز قیامت اورا می گشاید و کسی که عیب مسلمانی را بپوشاند، خداوند (ج) دروز قیامت عیب او را می پوشاند.

۳- در حدیث دیگری میفرماید: « لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّىٰ يُحِبَّ لَاٰخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ »^۶

یعنی هیچ یکی از شما مومن کامل شمرده نمی شود تا چیزی را که به خود می پسندید برای برادران مسلمان خودهم بپسندید.

ب : تضامن اجتماعی (احساس مسولیت)

تضامن اجتماعی در حقیقت یکی از لوازم اخوت دینی است باید که افراد یک جامعه اسلامی احساس و شعور مسولیت مشترک را به خود پیدا کرده مسولیتی را که در برابر دیگران دارد رعایت نماید، و تکالیف شان را حسب توان خود بدوش گیرد، یعنی با دیگران معاونت کند و انتظار معاونت دیگران را نیز داشته باشد.

و این احساس در حقیقت یکی از قوانین اسلامی جامعه با فرهنگ و مترقبی بوده کمال وسعادت جامعه بان مرتبط و از عوامل مؤثر بقاء، عزت، شرافت، اسلامی و ملی یک ملت شناخته می شود و این تضامن دارای دوبخش می باشد.

- بخش مادی.

- بخش معنوی.

^۵ سوره حجرات آیه ۱۰

^۷ متفقہ علیہ - ترمذی کتاب صفة القيامة (باب ۵۹) .

۱- بخش مادی :

بخش مادی که از طریق تعاون و همدردی دینی و انسانی و از طریق دست گیری از محتاجان تحقق می پذیرد.

باید یک مسلمان حاجت نیاز مندان را برآورده سازد. به فریاد مظلومان برسد، رنج مصیبت زدگان را دور سازد، خائف را مأمون گرداند، گرسنه را سیر سازد، برهنه را بپوشاند و در راه مصالح عمومی سهم عملی بگیرد.

قرآن کریم با این معاونت و همدردی ها توصیه های جالبی کرده و بکسانیکه چنین اعمال نیکو را انجام می دهنده القاب و عنوانی خاصی اعطای نموده واژاین عملیه در قرآن کریم به نام های مختلف یاد شده است.

۱- انفاق فی سبیل الله. ۲- وقف فی سبیل الله ۳- احسان ۴- صدقه ۵- زکات ۶- حق معلوم وغیره.

اجر و ثواب عالی بر عاملین و مسبیین آن وعده داده است. چنانچه خداوند متعال می فرماید:

«مَثَلُ الَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلُ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنْبُلَةٍ مِائَةُ حَبَّةٍ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلَيْهِ»^۷

يعنى کسیکه مال های خود را در راه خدا خرج میکند. مانند دانه ای است که کاشته شود و هفت خوش بگیرد و در هر خوش آن یکصد دانه نیست (در برابریک خیرات هفت صد چند عوض داده میشود). خداوند از این هم زیاده صواب میدهد به کسی که بخواهد و رحمت خداوند از آن بیشتر و بر نیات بندگان دانا تراست، و به هر کس برابر نیتش اجر و ثواب عنایت میکند.

پس از مطالعه و بررسی آیه فوق چنین فهمیده میشود. که انفاق در راه خدا مایه رشد مادی و معنوی آدمی است بخارطیکه به چه شیوه ثروتمندان را به ادای این وجبيه اسلامی و انسانی ترغیب مینماید و به چه صورت جالب تشویق می کند که در برابر یک خیرات هفت صد چند و بیشتر از آن مزد میدهد.

بادرنظرداشت آیات قرآنی میتوان بررسی کرد که

انفاق از مهم ترین طریق حل مشکل محرومیت وفاصله طبقاتی است، ازجمله مشکلات بزرگ اجتماعی که همواره انسان دچار آن بوده وهم اکنون با تمام پیشرفت حیرت آوریکه نصیب بشر شده نیز با آن مواجه است مشکل فاصله طبقاتی است، به این معنی که فقر و بیچارگی وتنگدستی وتهی دستی دریک طرف وتراکم اموال درطرف دیگرقرار گیرد، عده آنقدر ثروت بیندوزند که حساب اموال شان را ندانند وعده دیگری از فقر و بیچارگی رنج برند حتی که تهیه لوازم ضروریات زندگی اولیه از قبیل غذا، مسکن، لباس ساده برای آنان ممکن نباشد، واضح است جامعه که قسمتی از آن برپایه غنا وثروت وبخش مهم دیگران برفقر و گرسنگی بنashود قابل دوام نبوده، وهرگز به سعادت واقعی نخواهد رسید.
درچین جامعه بدخواهی و بدینی، اضطراب و نگرانی جنگ و دشمنی اجتناب ناپذیر است.
درزمان های گذشته گرچه این اختلاف در جوامع انسانی بوده ولی متاسفانه درزمان ما در عهد ترقی بشر این فاصله طبقاتی به مراتب بیشتر و خطرناک ترشده است.
زیرا از یک طرف، درهای کمکهای انسانی وتعاون وهم دردی به معنی حقیقی به روی مردم بسته شده است. واز طرف دیگر فقر و نداری روح و روان بخش اعظم جامعه را رنج میدهد.

مثال اول:

۱- رباخوری ورشوت ستانی یکی از عوامل بزرگ فاصله طبقاتی است، که در همه ادارات ویا دست کم در اکثر ارگان ها به شکل از اشکال مختلف رائج است.
۲- پیدایش کمونیزم، ومانند آن وجنگ های وحشت ناک جهانی و خون ریزی های کوچک و بزرگ و دلخراش که در قرون آخر اتفاق افتاده و هنوز هم درگوش و کنار جهان ادامه دارد که ما و شما مشاهده می کنیم همه از ریشه های اقتصادی مایه می گیرد و عکس العمل محرومیت اکثر جوامع انسانی شاهد زنده و گواهی این حقیقت است
با وجود این که دانشمندان و متخصصین اقتصادی جهان به فکر و چاره و حل این مشکل بزرگ اجتماعی بودند، و هر کدام راهی را انتخاب کردند ولی سودمند نبوده است.

مثال دوم:

۱- ماده پرستان از راه الغای ملکیت فردی بتعییر وزعم خویش مشکل محرومیت و فقر اجتماعی را چاره سازی کردند، ولی نتایج بی ثمر و منفی بوده.

۲- نظام سرمایه داری از طریق اخذ مالیات‌های سنگین و تشکیل مؤسسات عام المنفعه به گمان خودبه مبارزه با آن برخاستند، ولی حقیقت این است که هیچ کدام این دو مکتب فکری نتوانستند مشکل جامعه محروم را حل نمایند و یا حداقل گام مؤثری در این راستا بردارند.

واقعیت اینست که حل این مشکل با روح مادیگری که برجهان حکومت میکند ممکن نیست.

بعد از دقت وغور درآیات قرانکریم اشکار میشود که یکی از اهداف والای اسلام این است تا اختلافات غیر عادلانه ای که دراثر بی عدالتیهای اجتماعی درمیان طبقه غنی و فقیرپیدا می شود از بین بروд وسط زندگی کسانیکه نمی توانند نیاز مندیهای زندگیشان را بدون کمک دیگران رفع کنند توسط این کمکها رفع نمایند و یا حداقل مخارج زندگی را داشته باشند.



شريعت برای رسیدن به این هدف برنامه وسیع را درنظر گرفته است که از جمله :
حرمت ربا بطور مطلق، وجوب ادائی مالیات اسلامی از قبیل عشر، زکات، خیرات
صدقات، کفارات، تذروات، تشویق و ترغیب بسوی تعاون و همدردی (اتفاق نفلی) وقف فی
سبیل الله، اتفاق فی سبیل الله، قرض حسن وغیره کمک های مختلف مالی قسمتی اعظم
این برنامه را تشکیل میدهد، واژمه مهمتر زنده گردانیدن روح ایمانی و اخوت اسلامی
واحساس برادری و برابری و انسانی درمیان مسلمانان است.
ورشوت را از زشت ترین اعمال قرارداده، دهنده و گیرنده هردو را در جرم برابر ویکسان
ملعون خوانده.

چنانچه درمورد قانون جزاء منتشره سال ۱۳۵۵ چنین مشعراست:

«هر موظف خدمات عامه که به مقصد اجراء یا امتناع و یا اخلال وظیفه ای که به آن مکلف باشد با اسم خود یا شخص دیگر پول نقد، مال یا منفعتی را طلب نماید یا از شخصی وعده آنرا گیرد و یا بخشش را قبول کند. رشوت گیرنده، شمرده میشود.

۱- رشوت گیرنده به حبسی که از دو سال کمتر و از ده سال بیشتر نباشد و به جزای نقدی معادل آنچه که به حیث رشوت طلب کرده یا برایش داده شده و یا به آن وعده داده شده محکوم می گردد.

۲- بخش معنوی :

مقدص از بخش معنوی اینست که مسلمانان عموماً احساس مسؤولیت مشترک کنند و هریکی خود را ضامن دیگری بداند، در راه تعلیم و ترقی معارف اسلامی و با خاطر فوز و فلاح دارین انسانی یک دیگر خود را نصیحت و راهنمایی نموده و مسامعی مشترک بخراج دهند.

چنانچه قرآنکریم با این نوع تضامن نام خوب و جالبی داده است که انسان را مجذوب ومجلوب میگرداند و او را وادار میسازد که آن راعملی کند، مثلًاً باین عمل عنوان «امر معروف و نهی از منکر» یعنی عنوان: دلالت به کارهای خیر و منع از بدی را داده است و این عنوانیست که هر انسان با شعور و با احساس و با ایمان با ادراک را به تطبیق آن جذب مینماید.

ج: عدل

۱- معنی عدل:

عدل مصدر: اعتدال، به معنی برابری، استقامت، و میل به سوی حق را گویند.

۲- نقش دین را جع به عدالت :

عدالت یک از اساسات تشکیل جامعه اسلامی است. بناءً در نظام اسلام به این اصل اهمیت خاصی داده شده است، عدالت از ستون های مهم کاخ سعادت جامعه بشری شناخته شده است.

ویگانه راهیست که افراد یک جامعه را از اتلاف حقوق، ظلم و تعدی مامون می سازد و در پرتو آن میتوانند بفراغت خاطر زندگی کنند و از منافع زندگی لذت ببرند.

درجامعة که اصول عدالت اجتماعی اسلام برقرار و مردم از آن برخور دار نباشند هرگونه بی‌نظمی، هرج و مرچ نمودار می‌شود و شیشه صاف و پاک دلهای مردم به کثافت حقد و کینه، بعض وعداوت ملوث می‌گردد.

دین مقدس اسلام اولین چیزی را برای بقای حفظ و بقای هستی بشر مقرر داشته مبدأ عدالت است که بین مردم برقرار باشد.

به همین دلیل در مباحث اجتماعی اسلام روی هیچ اصلی باندازه عدالت تکیه نشده است.

اما آنچه که ضروری و قابل توجه است اینکه اسلام تنها توصیه به عدالت نمی‌کند، بلکه

مهم اجرای آن است، خواندن آیات و احادیث که به عدالت امر می‌کند، تنها بر فراز منابر و یا نوشتن در کتب، اخبارات، مجلات، قوانین وضعی و یا گفتن آنها در لابلاع سخنرانی ها به تنهایی درد بی عدالتی و تبعیض را در جامعه درمان نمی‌کند، بلکه آن روز عظمت و مفاهیم این دستور ها آشکار می‌گردد.

که در متن زندگی مسلمانها پیاده شود.

ragع به عدالت قرانکریم در سورت های مکی و مدنی اعتراف خاصی نموده و روش عدالانه را با دوست و دشمن قریب و بیگانه لازم شمرده چنانچه می‌فرماید:

۱— «**وَلَا يَجِرِّمَنْكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَا تَعْدِلُوا إِعْدِلًا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ**».^۹

یعنی: دشمنی مردم شما را باعث نسازد که اصل عدالت را بگذارید و با ایشان بی عدالتی کنید، عدالت را پیشنهاد خود سازید که شما را برای تقوی نزدیک می‌سازد و در قطار پرهیز گاران حساب می‌شوید.

۲— «**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْحَسَنِ**».^{۱۰} یعنی: خداوند (ج) به عدل و احسان امر می

کند

چه قانونی از «عدل» جامعتر و گیراتر تصور می‌شود؟

عدل همان قانونی است که نام نظام هستی دنیا بر محور آن می‌چرخد، آسمانها و زمین،

آفتاد و مهتاب، شب و روز و همه موجودات بر اساس عدالت قایم است.

^۹ مائده سوره ۷

^{۱۰} نحل آیه : ۹

بناآ مقوله مشهور است که گفته می شود: (بالعدل قامت السماواتُ والارض) یعنی بخاطر عدل و انصاف آسمان و زمین استوار است.

ونیز گفته شده است: دولت عادل اگر چه کافر باشد امکان بقايش است ولی دولت ظالم با وصف مسلمان بودنش نیست و نابود می گردد.

حالا اگر به خود بنگریم جامعه انسانی که گوشة کوچکی از این عالم پهناور است نیز نمی تواند از این قانون جهان شمول مستثنی باشد، و بدون عدل به حیات سالم خود ادامه دهد.

پس عدل به معنی واقعی کلمه آنست که هرچیزی در جای خود باشد، بنا بر این هرگونه انحرافات، افراط، تغفیر، تجاوز از حد، تعدی به حقوق دیگران برخلاف اصل عدالت است.

یک انسان سالم کسی است که تمام دستگاه بدن او هریک کار خودش را بدون کم وزیاد انجام دهد، اما به محض اینکه یک یا چند دستگاه در انجام وظیفه کوتاهی کرد و یا درمسیر

تجاوز گام نهاد، فوراً آثار اختلال در تمام بدن نمایان میشود و بیماری حتمی است.

در کل جامعه انسانی نیز همانند بدن یک انسان است، که بدون رعایت اصل عدالت بیمار خواهد بود.

۳- « كُونُوْ قَوَا مِينَ بِالقِسْطِ شُهَدَاءَ اللَّهِ وَ لَوْعَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ». ۱۱.

یعنی: ای مومنان! بر انصاف استوار گردید گواهی دهنده‌گان برای خداوند (ج) اگر چه به ضرر خود شما و یا به ضرر پدر و مادر و یا نزدیکان شما تمام شود.

اکنون بعد از بررسی ومطالعه اساسات اسلام ثابت میگردد که نقش دین در زندگی اجتماعی و فردی نقش صلح و اخوت، حفظ کرامت و تامین عدالت است.

به هیچ نوعی ایجاد تفرقه و اختلافات را در بین مسلمانها اجازه نمیدهد، ولو به هراسم ورسم و نام و نشانی که باشد، ولو هر شخص و قومی که باشد.

مثال عدالت در اسلام:

اسلام اقوام و نژاد های مختلف را باهم فرق نکرده، بلکه سفید و سیاه فقیر و غنی حاکم و محکوم مرد وزن را با هم برادرخوانده است، نمونه اش برهمنگان واضح است که مسلمانها هنگام ادائی نماز جماعت در مساجد در یک صف استاده انجام می دهند، به غیراز تفاوت و امتیاز همه ای مراسم دینی و شعائر اسلامی شان اجراء می گردد.

عدالت از نظر راغب اصفهانی :

« راغب اصفهانی در کتاب مفردات الفاظ القرآن ذیل کلمه عدل میگوید:

عدالت مقتضی معنی برابری است و عدل تقسیم بدو بخش مساوی است.

هم او در ذیل کلمه های قسط و قسططاس می نویسد: « القسط هو النصيب بالعدل كالنصف والنصف والقسططاس: الميزان، ويعبّر به عند العداله كما يعبّر عنها بالميزان » ارتباط مفاهیم عدالت و انصاف و قسط و قسططاس در این عبارت ها به همان روشی است که در مورد معادل یونانی آنها است که در بخش ارسسطو دیدیم. نکته در خور توجه دیگر اینست که تفاوت میان عدالت مطلق و عدالت قانونی نیز که ارسسطو متعرض آن شده است عیناً در نوشته راغب اصفهانی انعکاس دارد. آنجا که میگوید:

عدالت برد و قسم است: عدالت مطلق که عقل به خوبی آن دلالت دارد و در هیچ زمانی نسخ نمیشود. مانند نیکی در برابر نیکی و آزار نرساندن به کسی که آزار نمی رساند.

عدالت دیگر عدالت شرعی (قانونی) است که ممکن در برخی از زمان نسخ در آنها راه یابد مانند قصاص و دیده جنایات واصل مال مرتد...).

همچنان راغب توضیح میدهد که عدالت مطلق به هیچ رو جامه تعدی و تجاوز بر خود نمی پوشد و حال آنکه عدالت شرعی ممکن است بصورت تعدی و تجاوز درآید؛ چنانکه در قرآنکریم آمده است « اگر کسی به شما تعدی کرد شما نیز به همان گونه براو تعدی کنید» و باز میخواهید مجازات بدی، بدی همانند آن است.^{۱۲}.

د: معنی سوری

سوری در لغت :

«شَوَّرَةٌ فِي الْأَمْرِ مُشَارِرٌ، وَشَوَّارٌ طَلْبُ رأْيِهِ فِيهِ».^{۱۳}.

یعنی طلب نمودن رای و نظر مستشار در موضوع مورد نظر.

سوری در اصطلاح:

«استخراج الرأى بمراجعة البعض الى بعض. المفردات في قریب القرآن».

^{۱۲} کتاب درهای حق و عدالت صفحه ۹۱ مؤلف محمد علی موحد

^{۱۳} «القاموس المحيط از فیروزآبادی (۹۳/۲) و معجم الوسيط (ص ۴۹۹)

اهمیت مشوره :

موضوع مشوره دراسلام با اهمیت خاصی تلقی شده، پیامبر(صلی الله) قطع نظر از وحی آسمانی، فکر رسا و نیرومندی که داشت نیازی به مشوره نداشت، ولی به خاطر اینکه از یکسو مسلمانان را به اهمیت مشوره متوجه سازد تا آن را جزء برنامه های اساسی زندگی خود قرار دهند، و از سوی دیگر، نیروی فکر و اندیشه را در افراد پرورش دهد، درامور عمومی مسلمانان که به مشوره نیاز داشت جلسه مشورتی تشکیل میداد، خصوصاً برای رأی افراد صاحب نظر ارزشی خاصی قابل بود. تا آن جاییکه رأی خود برای احترام آنها صرف نظر می نمود چنانچه نمونه آن درغزوء احمد مشاهده گردید.

نمونه بارز و مسلم دوره خلفای راشدین (رضی الله عنهم) است که درخلافت حضرت عمر فاروق (رضی الله عنه) همه کبار و صحابه اهل شوری بودند.

بر عکس افراد مستبد و خودرأی که خود را بی نیاز می دانند^۱ هر چند از نظر فکری فوق العاده باشند غالباً گرفتار اشتباهات خطناک می شوند.

اصولاً آنها ظیکه کار های مهم خود را با مشوره اهل خبره و تجربه وصلاح اندیشی یک دیگر انجام می دهند و دانشمندان آنها به مشوره می نشینند، کمتر شکار لغزش می شوند.

چنانچه موضوع در قانون اساسی افغانستان ذیلاً تسجیل گردیده است:

شورای ملی دولت جمهوری اسلامی افغانستان به حیث عالی ترین ارگان تقنینیه مظہر ارادہ مردم آن است واز قاطبۂ ملت نمایندگی می کند.

^{۱۴} سورۂ نمل آیه: ۳۲

هر عضو شوری در موقع اظهار رأی، مصالح عمومی و منافع علیای مردم افغانستان را مدار
قضاؤت قرار میدهد.^{۱۵}

فوائد شوری:

در مشوره فواعد زیادی وجود دارد که بعضی آن قرار ذیل است:

- ۱- دریافت راه حل معقول و بهتر موضوع.
- ۲- اشتراک مردم در تعیین سرنوشت شان.
- ۳- اعتماد در بین آمر و مأمور حکومت و رعیت.
- ۴- رفع اختلاف در بین حاکم و محکوم.
- ۵- اتحاد در بین حکومت و رعیت.
- ۶- استفاده مشاورین از نظریات یکدیگر.
- ۷- ارزش افراد، درک میزان دوستی و دشمنی.
- ۸- تأسیس روش بهتر برای دیگران.

با صاحبان تخصص و دانشمندان مشوره کن؟

زیرا که آنها برایت مجانی میدهند، آنچه را که به بهای گران بدست می آورند.^{۱۶}
احوال مجتمع

یقیناً قرآن کریم با تعالیم روشن و زلال خود هر نوع نیازمندی و تشنگی مجتمع را رفع
نموده و راه کامیابی را برای مردم واضح و روشن ساخته است.

اسلام مسؤول و زمام دار بزرگ را دستور میدهد تا در برابر رعیت و افراد مجتمع برخورد
خوب و لازم داشته باشد، چنانکه الله (ج) می فرماید:

{وَأَخْفِضْ جَنَاحَكَ لِمَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ} ^{۱۷} " و برای مومنان که از تو پیروی می
کنند بال خود را فروگستر" گرامی شان بدار و از خطا آنان درگذر) و همچنین می فرماید :

^{۱۵} قانون اساسی افغانستان ماده (۸۱)

^{۱۶} الشوری (ص/۱۴۸) از د/ عبد الله احمد

^{۱۷} ص ۲۷۰ از راغب اصفهانی - سوره الشعراء آیه ۲۱۵

﴿فِيمَا رَحْمَةٌ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظَّالَ غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُوا مِنْ حَوْلِكَ فَاغْفُ عنْهُمْ
وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاءُرُهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾
۱۸

"پس سبب رحمت و مهرباني از جانب الله (ج) برای ايشان نرم شدی و اگر درشت خو
وسخت دل میبودی از دور و بر تو پرآگنده میشدند پس از ايشان درگذر و برای ايشان طلب
آمرزش نما و در کارها با آنان مشورت کن"

و همچنین رعیت و افراد جامعه را دستور داده است که از اطاعت حکام و مسولین امور
مسلمانان دست نکشد الله (ج) می فرماید: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ
وَأُولَئِكُمْ أَنْهَاكُمْ} ۱۹

"ای مومنان الله (ج) را اطاعت کنید و پیامبر(ص) را اطاعت کنید و مسولین امور را که از
خود شما هستند اطاعت کنید" و همچنین خداوند (ج) رئیس خانواده را در برابر زن
و فرزندانش مسول قرارداده واو دستور میدهد که مسولیت خود را در مقابل آنها اداء نماید.
چنانکه می فرماید: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِكُمْ نَارًا وَقُوَّدُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ
عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمِرُونَ} ۲۰

"ای مومنان خویشتن و اهل خانه خود را از آتش و دوزخی نگهدارید که هیزم آن انسان
ها و سنگ ها است و برآن آتش فرشتگان درشت خوی سختگیر گمارده شده اند، از الله (ج)
در آنچه دستور شان داده شده است نا فرمانی نمیکنند، و هرچه به آنان فرمان داده شده است
نا فرمانی نمیکنند، و به هرچه به آنان فرمان داده میشود انجام میدهند"

و همچنین شما می بینید که قران کریم چگونه انسان را در مردم مجتمع
کوچک {خانواده} متوجه نموده و آنرا به احتیاط و هوشیاری متوجه میسازد و دستور میدهد.
که بعد از سعی تلاش در مردم ترتیب و اصلاح آنها، اگر بکاری نامناسبی مطلع یايد عفو
و درگذری را پیشه کند. چنانکه خداوند (ج) می فرماید:

^{۱۸}- سوره آل عمران آیه ۱۵۹

^{۱۹}- سوره النساء آیه ۵۹

^{۲۰}- سوره التحریم آیه ۶

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ وَأُولَادِكُمْ عَدُوًّا لَّكُمْ فَاحْذَرُوهُمْ وَإِنْ تَعْفُوا وَتَصْفَحُوا
وَتَغْفِرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ} ۲۱

"ای مومنان! در حقیقت بعضی از همسران شما و فرزندان شما دشمن شما اند.

پس از ایشان حزر کنید و اگر عفو کنید و در گذرید و بیامزید پس هر آینه خداوند (ج)

آمرزگار و مهربان است"

و همچنان افراد مجتمع را دستور میدهد که با یک دیگر معامله و برخورد خوب و اخلاقی نیک داشته باشند.

عدل

مختصری متن بیانی ...

۱۱۵

^{۲۱}- سوره التغابن آیه ۱۴

نگاهی بر مسائل مربوط به قانون و پروسه

قانون‌گذاری در افغانستان

قسمت اول

««« قانونیار اشرف خان عظیمی

مقدمه

زمانیکه به بحث، بررسی و تحقیق در هر ساحة از علوم پرداخته می‌شود لازم است راجع به ضرورت، پیدایش و سیر تکامل آن در روند تاریخ اجمالاً مباحثه صورت گیرد تا دیده شود که علم موضوع بحث چه بوده چگونه پایه عرصه وجود گذاشته و غرض از آن چه می‌باشد، عوامل وانگیزه‌های که ضرورت پیدایش آن را توجیه نماید چه بوده است. و بعد از پیدایش در پیچ و خم‌های تاریخ و در سایه تحولات اجتماعی و اقتصادی بخصوص رویداد‌های مذهبی، سیاسی و انکشافات فرهنگی و اخلاقی چه مقدار انکشاف نموده و در مقاطع مختلف تاریخی که جامعه دستخوش بحران و بی ثباتی بوده به چه اندازه بارکود مواجه گردیده است.

چون موضوع بحث در این رساله قانون و مسائل مربوط به آن است یعنی قواعدی که بدون آن نظام اجتماعی و روابط افراد به نحویکه متضمن بقا و ترقی آنها باشد نمی‌تواند وجود داشته یا استقرار حاصل نماید زیرا سرنوشت موجودیت انسان از بدپیدایش و خلقت با موازین و اصول گره خورده که نزول الواح و صحایف به انبیا علیهم السلام می‌تواند دلیل این مدعای باشد. به هر صورت انسان مدنی الطبع است ناگزیر در اجتماع زندگی کند و بدون توجه به اجتماع زیستن دور از اجتماع بودن برای وی مشکل است. پس وقتیکه انسان در جامعه زیست نماید طبعاً رابطه ای بین وی و همنوعان پدید می‌آید و برای تنظیم این روابط و جلوگیری از نقض حقوق هم‌دیگر یا به عباره دیگر رعایت حقوق یکدیگر لازم است دستاوری وجود داشته باشد تا زیکطرف رهنمودی باشد برای شناخت حقوق اعضای جامعه، از طرف دیگر تخلفات را جیوه نماید و این قواعد در جهان امروز به قانون تعبیر گردیده است از اینکه بحث و گفتمان در این اثر مسائل قانونی بوده بناءً در این رساله در نظر است طور اجمال از قانون و مسائل مربوط به آن، روش‌ها و طرز العمل‌های تسویه و تدقیق قوانین و پروسیجر وضع

اسناد تکنیکی بحث نموده و پرسه قانونگذاری در افغانستان بررسی و توضیح گردد. لهذا با نظرداشت ملاحظات فوق ایجاب مینماید نخست از قانون موضوعات عمدۀ که در ارتباط به قانون جایگاه خاصی دارد آغاز نموده به تعقیب آن تخفیک ها و روش های را که در تهیه مسوده اسناد تکنیکی، تدقیق وطی مراحل قانونی آن حائز اهمیت پنداشته میشود بررسی نموده و در اخیر پرسه قانونگذاری در افغانستان توضیح شود.

بخش اول

مسائل مربوط به قانون

قانون

اصطلاح قانون معرف کلمه کانون (canon) بوده که به معنی قاعده و دستور در یونان باستان به کار میرفت. بعد در حقوق کلیسائی از آن استفاده شده و اعراب با اندک تغییر آن را به قانون تعبیر نموده اند ۱ واژقرن ها به این سؤ این واژه در فرهنگ حقوقی مستعمل بوده "قانون اصل هر چیز ورسم و قاعده قدیم ونام کتاب است در علم طب از ابوعلی سینا و نیز نوعی از مزامیر که بغدادیان نوازنده و آن سه گوشه است و این معرف است قانین جمع آن".^۲

در کشور ما بحث های مبنی بر استعمال آن بر مجموعه قواعد و اصول بیشتر در عصر سلطنت امیر امان الله خان مرحوم به چشم میخورد چنانچه عبدالهادی داوی در این مورد میگوید اصول و موازینی موضوعه بخاطر حساسیت های که وجود داشت به نظام نامه مسمی گردید واژتسمیه آن به عنوان قانون که برخی از علمای مذهبی در قالب آن واکنش منفی نشان میدادند اجتناب بعمل آمد.

تعاریف مختلف قانون

تعاریف قانون از نظر عیسویت:

مونتسکیو در کتاب معروف روح القوانین^۱، قانون را چنین تعریف نموده است.

^۱. مقدمه علم حقوق صفحه ۱۴۴

تعريف اخلاقی قانون

در این تعريف قانون به آن ملکه اتلاق می‌شود که برکدار واعمال انسان تاثیرداشته و عمل کرد وی را تنظیم مینماید، انسان را به انجام کار مفید ترغیب می‌نماید وزارتکاب عمل مضر مانع می‌شود، براساس این تعريف قانون یعنی قوه امر کننده ونهی کننده یعنی نیروی داخلی که به وجود اوضاع از آن می‌توان تعبیر نمود، باید متذکر شد که اصول اخلاقی مدون نیست و در مجموعه گردآوری نشده است^۳ به هر صورت در بسا از موارد اهمیت قواعد اخلاقی تا جانی است که رعایت آن در جامعه دارای اثراتی است که جایگاه آن در اذهان عامه کمتر از قانون نیست.

تعريف حقوقی قانون

قانون یعنی مجموعه قواعد، مقررات واصولی است که برای تنظیم روابط ملت و دولت و مناسبات افراد جامعه و حل اختلافات شهروندان از طرف مجمعی که اعضای آن از طرف مردم انتخاب می‌گردد وضع می‌شود.

تعريف سوسیالیستی قانون

دانشمندان سوسیالیست قانون را انعکاس اراده طبقه حاکمه در جامعه تعريف نموده اند و این تعريف نه تنها در تناقض با تعريفی که ازنگاه حقوقی در فوق ذکر شده قرار نمی‌گیرد بلکه حقایقی را بیان می‌کند که امروز مصادیق آن به وضوح دیده می‌شود، به این معنی که

^۲. مقدمه علم حقوق ۱۱۵

^۳. مقدمه علم حقوق صفحه ۱۱۵

هرگاه انتخاب قوه مقننه بارعایت اساسات دیمکراتیک و مبتنی براراده ملت صورت گرفته باشد بدون شک قوانینی را که وضع می نماید مبین آرزو ها و خواسته های ملت است و اگر دستگاه حاکمه اقتدارش را با توصل به زور به دست آورده باشد قوه مقننه آن هم منعکس کننده خواسته ها و آرزوهای همان قشر حاکم خواهد بود، به هر صورت چون انسان دارای یگانه خصلت ویژه که آن داشتن طبع مدنی است و قانون به مفهوم وسیع آن زائیده حالت اجتماعی بوده محدود به مقررات و اصول مدون و مكتوب نیست . جوامعی وجود دارد که قوانین مدون ندارند و عادات و رسوم برروابط آنها مسلط بوده و منحیث قانون پذیرفته شده است مانند کشور انگلستان که یک کشور دارای نظام حقوقی عرفی است . و در آن مملکت عرف دارای همان نقشی است که در سایر ممالک قانون ایفا می نماید.

ویژه گی قانون

قانون دارای قوه الزامی واجبار است و برای حفاظت منافع و مصالح اجتماعی وضع وجهت تحقق این هدف، افراد مکلف به رعایت از آن بوده، تخلف از قانون مستلزم مویده میباشد. که این یک نوع ضمانت اجرائی برای قانون پنداشته شده است^۴.

بنابراین هر فرد جامعه با توجه براینکه قانون برای حفظ منافع افراد و اجتماع وضع شده است ملزم می باشد آنرا بپذیرد و به الزامات آن تن دردهد. زمانیکه چنین شد یک جامعه قانونمند و باثبات شکل میگیرد، روابط و مناسبات میان افراد جامعه به گونه انسانی تبارز نموده مصونیت شهروندان تأمین ، حقوق و وجایب هر فرد جامعه تشخیص میگردد. علاوهً باید گفت قانون زمانی مبنای منطقی و درست را حاصل مینماید که از اصول والای اخلاقی و ارزش های قبول شده اجتماعی در ابعاد مختلف حیات جامعه، شکل گرفته باشد و با نظرداشت اقتضایات جامعه درجهت تأمین امن و تطییم روابط اتباع مبتنی بر منطق عدالت بنایافته باشد. همچنان قانون توأم با ضمانت اجرائی است والزمی بودن از مشخصات قانون بوده مگر در حال تیکه قانون اختیار اجرا یا امتناع از امر را به افراد پذیرفته باشد زیرا قانون یا به صیغه امراست یا نهی و یا صلاحیت اجرا و امتناع از امر را به فرد اعطا نموده است.

^۴. ماده (۲۱) قانون جزا سال ۱۳۵۵

اقسام قوانین

۱- قوانین از حیث اعتبار قوه الزام و وجوب رعایت به دو قسم میباشد.^۵
 قانون در حالتی اراده طرفین معامله را تفسیر میکند و با در موقع سکوت آنان ممثل اراده آنها میشود که این نوع قانون ، قانون تفسیری یا تعویضی نامیده شده است.
 و یا قانون فوق اراده افراد جامعه بوده رعایت آن اجباری والزمی است که در این صورت قانون کسب صبغه امر را مینماید و قانون امری نامیده میشود.

قوانين تفسیری

قوانين تفسیری میین اراده متعاقدين بوده در مواردی که طرفین عقد شرایط متناسب با معامله حقوقی مورد نظر را قید نمی کنند در این حالت مقنن اصول و شرایط لازم را برای تنظیم

رابطه طرفین معامله که حافظ منافع آنان باشد بیان میکند تا در صورت جهل و عدم توجه در معاملات و انجام اعمال حقوقی و عقود ، دچار زیان و خساره نشود.

قوانين امری

قوانينی است که رعایت آن حتمی والزمی بوده و فوق اراده افراد جامعه است. هدف قوانین امری تحفظ منافع اجتماعی بوده در حالیکه مقصد قوانین تفسیری حفظ منافع فردی می باشد

بنابراین طرفین عقد نمی توانند برخلاف قوانین امری قراردادی را منعقد نمایند ^۶ جهت وضاحت بیشتر باید گفت که بسا معاملاتی است که از لحاظ قانون ممنوع بوده فاقد اثرات حقوقی می باشد، خصوصاً زمانیکه نزاع بین طرفین عقد بوجود آید و نیز معاملاتی است که قانون عقد آنرا منع نموده و در مواردی قابل مجاز نمیباشد مانند سود خوری (ربا) و امثال آن.

قوانين از حیث ماهیت و محتوى نیز بدوقسم است:

قوانين متنی (ماهوي)

مسائل مهمی را امریانهی یا اختیار اجرای یا امتناع امر یا اموری را معین مینماید، اعمالی را توصیف ویابه اجرای یا امتناع از آن اثری مرتب می شود ویا رابطه شخص را با حیازت حقوق مشخص میسازد یا به عبارت دیگر ایجاد تکلیف یا حق را مینماید(۲).
قوانين شکلی (پرسیجری)

مسایل مربوط به نحوه اجرای احکام قوانین متنی را در حالات مختلف تنظیم مینماید، مسئولیت های ادارات تطبیق کننده و عمل کرد اشخاص ذیدخواست را تعیین و ترتیب اجرآت را معرفی مینماید یا به عبارت دیگر گفته میتوانیم که اینگونه قوانین طرز اجرآت و تعمیل احکام قوانین متنی مشخص می نماید مانند قانون اصول محاکمات مدنی ، قانون اجرآت جزائی و قانون رسیده گی به تخلفات اطفال.

قانون از حیث زمان

مدت نفاذ قانون و قلمرو قانون در زمان پنداشته شده واین مدت و قلمرو ممکن است مؤقت باشد یا دائمی و یا محدود اما وفق قاعده کلی حقوقی عدم رجعت قانون نسبت به گذشته امر مسلم و قبول شده میباشد . یعنی قانون برای حال و آینده بوده واقعات قبل از وضع قانون تحت حکم قانونی که بعداز عقد یا وقوع آن وضع گردیده ، آمده نمیتواند اشخاصی معامله را انجام داده اند ویا کسی مرتکب عملی شده است که آن عمل جرم پنداشته نشده بود ولی بعداً عمل مذکور جرم پنداشته میشود. مرتکب آن مجرم دانسته نمیشود چنانچه خداوند(ج) میفرماید (وماکنا مذهبین حتی نبعث رسولنا) (۳) عذاب کننده نیستیم تا نفرستیم پیامبر را.

چنانچه ماده (۲۱) قانون جزا منتشره جریده رسمی (۳۴۷) سال ۱۳۵۵ چنین صراحت

دارد:

مرتكب جرم بموجب قانونی مجازات میشود که دروقت ارتکاب فعل نافذ باشد مگراینکه قبل از صدور حکم قطعی قانون جدیدی که به نفع متهم باشد نافذ گردد(۱).
اگر بعداز صدور حکم قطعی قانونی نافذ گردد که بموجب آن فعلی را که متهم به ارتکاب آن محکوم به جزا گردیده قابل مجازات نداند تنفیذ حکم متوقف و آثار جزائی مرتب برآن ازبین میرود.

بانظرداشت احکام ماده فوق عمل قبل از ارتکاب، جرم تلقی شده و مجازات آن معین گردیده ، ولی تغییر مجازات بالای اشخاص مرتکب عملی که قبل از تغییر ارتکاب یافته قابل

آن متعلق به نظام عامه باشد.

درصورتی که شخص نظر به احکام قانون جدید ناقص الاهلیت شناخته شود این احکام به تصرفات قبلی وی تاثیر ندارد (۲) در احکام متذکره سه موضوع مهم که موعد نفاذ و عدم رجعت قانون به مقابل واستثناء می باشد ثابت گردیده است یکی اینکه قانون از چه وقت به بعد نافذ پنداشته میشود و دیگر اینکه به مقابل تاثیر ندارد و سوم اینکه با وصف این دواصل عام، قانون استثناء را درمورد رجعت قانون به ماسبق می پذیرد.

دکتور زیدان در کتاب *الوجیز فی اصول الفقهه* درمورد انفاذ قانون مینویسد «اصلی که در قوانین وضعی پذیرفته شده مانند اصلی است که در قوانین شرعی درج است همینکه قانون در جرید رسمی به نشر رسید بالفرض چنین پنداشته میشود که به اطلاع آگاهی عموم رسانیده شده است.^۷

تطبیق قانون از حیث مکان

منظور از این اصل تعیین ساحه حاکمیت بروقایع و مناسبات ذات البینی در جامعه می باشد چنانچه می بینیم قوانین هرکشور در قلمرو همان کشور قابل تطبیق بوده ، در محکم وسایر ادارات در حل و فصل قضایا و تنظیم امور مربوط به آن استناد میشود. مطابق احکام قانون جزا اشخاصیکه در قلمرو افغانستان ، یا علیه منافع افغانستان مرتكب جرم شوند یا تبعه افغانستان در خارج عملی را مرتكب شود که قانون افغانستان آنرا جرم تلقی نموده است تحت تعقیب عدلي قرار میگیرد اما در مسائل مدنی معامله به گونه دیگری است.

^۷. الوجیز فی اصول فقه صفحه (۷۷) قانون مدنی صفحه ۱۳۵۵

درحالتی که تنافع قوانین مطرح گردد ماده (۱۶) قانون مدنی افغانستان درمورد چنین صراحت دارد:

درمورد تشخیص رابطه حقوقی درقضیه ایکه تنافع قوانین درآن موجود گردد احکام قانون افغانستان قابل تطبیق میباشد البته این اصل درقلمره افغانستان قابل تطبیق بوده وعقد درافغانستان صورت گرفته ویا تبعه افغانستان یکطرف قضیه باشد حکم با نظرداشت ماده(۱۷) قانون مدنی درمورد ثبیت احوال مدنی واہلیت اشخاص قانون دولت متبعه آنها را قابل تطبیق دانسته چنین مشعراست:

درمورد ثبیت احوال مدنی واہلیت اشخاص قانون دولت متبع آنها تطبیق میگردد، تصرفات مالی که درافغانستان عقد گردیده و آثارمرتبه آن نیز درآن بوجود آمده باشد، درحالیکه یکی ازطرفین حق تبعه خارجی بوده وناقص اهلیت باشد طوریکه نقص اهلیت آن مبنی بر سبب خفی باشد ، باآن هم واجد اهلیت کامل شناخته میشود(۲).

بنابراین قسمی که دیده شد با وصف اینکه قانون درقلمره سیاسی یک کشور نافذ است استثنایاًتی را نیز می پذیرد وطبق قاعده بین المللی اتباع کشور ها هر جا که باشند درهمچو موارد قوانین کشور متبعه شان درمورد آنها قابل تطبیق میباشد اما درعقود ومعاملاتیکه درافغانستان عقد گردیده قانون افغانستان تطبیق میشود.

اساسات عمدی قانونگذاری

به منظور اینکه قانون به مقتضای ضرورت جامعه وضع شده . متنضم عدالت، حمایت حقوق اجتماع وحراست از حقوق فرد وتنظيم کننده امور درسایر موارد باشد اولاً شرط مهم واساسی آن است که تسویید طرح قانون وتدقيق آن بواسطه اشخاصی صورت گیرد که درعلم حقوق تخصص داشته و به مسائل حقوقی احاطه ومعلومات داشته باشد، واقعیت ها ومشکلات وضرورت ها را دقیقاً درک نماید، محک های اخلاقی وفرهنگی جامعه را درست تشخیص کند. حساسیت ها وزاویای عرف ورسوم حاکم برجیانات اجتماعی را درمحراق توجه قرارداده. تابتواند ضرورت وضع قانون را به طور عینی ومستدل ثبیت واثرات قانون را ازدیدگاه مفاد ومضار آن درساحات اجتماعی واقتاصادی تحلیل نموده پیشبين باشد. وازتاثیرات قانون بالای روح وروان شهروندان وپیکره مادی جامعه تاحد ممکن تصور قبلی داشته واز نتایج تطبیق آن برداشتی درذهن خود داشته باشد. علاوه براین قانونگذاری ومسئل مربوط به آن مراحل مختلفه را احتوا مینماید که این مراحل عبارت اند از:

تسویید طرح.
تدقیق طرح.
تأثید توسط حکومت.
تصویب پارلمان.
توضیح توسط رئیس جمهور.
انفاذ قانون.

قانونگذاری علم است یا فن

در رابطه به اینکه قانونگذاری علم است یا فن به نظریات و دیدگاه های مختلف روبرو میشویم عده از علمای حقوق و صاحب نظران را عقیده برین است که قانونگذاری یک علم است به این معنی که علم قانونگذاری از شناخت نیازمندی ها و درک اقتضاءات جامعه و دریافت راه حل ها به واسطه وضع نورم های حقوقی بوده ، قانونگذاری برای رفع این نیازمندی ها و ضرورت ها باید برونق معیارهای که از نهاد های اخلاقی فکری و فرهنگی و ۱ بصورت کل از ابعاد مختلف جامعه قد آراسته چگونه متون و قواعدی را به عنوان قانون وضع و تسلط آن را بالای شهروندان تحقق ببخشد، میتوان این روش شناخت نیازمندی و نحوه وضع نورمها را به نام علم قانونگذاری مسمی نمود.

از اینکه قانونگذاری را پیوند محکم و مناسبی است باعلم حقوق ضروراست قانونگذار معلومات کافی از علم حقوق داشته و قواعد کلی و مبادی حقوق را باید بداند و به اساسات حقوقی جامعه که قانون در آن ساحه تطبیق پیدا میکند آگاهی داشته باشد، به ارزش های اخلاقی عرف و رسوم جاری و قبول شده جامعه هم آهنگ با اصل تحقق عدالت واقف باشد و راجع به سیستم های حقوقی جهان تاندازه که لازم است آگاهی داشته باشد.

البته این وسعت معلومات ازآفاق و انفس علم حقوق، مبادی و مسائل مرتبط به آن، قانونگذار را در تحلیل قواعدی که در نظر است بحیث قانون در جامعه حاکمیت حاصل نماید، از نظر اینکه حدود حقوق و مسئولیت های افراد و نهاد های سیاسی، اداری و سایر نهاد های اجتماعی و اقتصادی چگونه تنظیم گردد کمک مینماید و در تشخیص اثرات قانون زمانیکه جنبه تطبیقی پیدا میکند. یعنی در امر پیش‌بینی نتایج تطبیق آن از لحاظ تاثیرات منفی و مثبت قانونگذار را مساعدت می نماید.

اما اینکه هرگاه قانونگذاری را به عنوان فن تلقی و قبول نمائیم قانونگذاری روش تنظیم معیارهای حقوقی میباشد، قانونگذاری سیمای فن را داشته است.

به هر صورت اینکه قانونگذاری علم است یا فن اگر روی اثبات یکی از این دونظر افکار خود را متمرکز نمایم سودی نخواهد داشت اما اینکه روی مبانی و خصوصیت‌های این بخش که ساحه وسیعی را تحت شعاع قرار میدهد بحث نمایم فوائد ومصالح را از آن حاصل و درنتیجه خواهیم دید حینیکه اولین قدم‌ها دروضع قانون یعنی تسویید آن برداشته میشود کدام روش‌ها و میتوود‌ها ایجاب دقت را مینماید، حائز‌همیت میباشد.

بمرور زمان اصطلاحات معنی یا معانی دیگری پیدا نموده و مواد قانون نارسا و یا مختلف التعبیر گردد، بخصوص رشد و انکشاف سریع ارتباطات و گسترش تحولات به تفسیر قوانین قانون اگرچه با دقت و عطف توجه به ابعاد مختلف و انکشافات احتمالی تهیه گردد و به هر اندازه که قانونگذار آینده را در نظرداشته باشد نمیتواند همه مسایل و موضوعات و تحولاتی را پیش‌بینی نماید که در زندگی اجتماعی رخ میدهد^(۱). همچنان اصطلاحات ممکن است در زمان وضع قانون دارای مفهوم و معنای روش برای عموم باشد ولی نحو چشمگیر مسایل و چالش‌های را مطرح می‌نماید که ناگزیر با وضع قوانین جدید بایست حل گردد. قوانین سابق پاسخگوی نیازمندی‌های جدید نمیباشد به هر صورت چون موضوع مورد نظر تفسیر بوده بهتر است روی همین مسئله بحث نمایم زیرا در بعضی حالات حکم قانون اگر مبهم باشد یا مفاهیم مختلف از آن استنباط گردد ضرور است وضاحت داده شود و از مفاهیم مضموم در حکم قانون یک مفهوم برگزیده شود. بناءً بانظرداشت ضرورت تفسیر قانون لازم است در رابطه به مراجع که صلاحیت تفسیر قانون را دارند و روش‌های که در تفسیر قانون بکار گرفته میشود مختصرًا تبصره نمایم.

تدویر جلسه هیئت رهبری وزارت عدله



جلسه هیئت رهبری وزارت عدله روز شنبه مورخ ۱۳۹۱/۳/۶ تحت ریاست خارنپوه حبیب الله غالب وزیر عدله دولت جمهوری اسلامی افغانستان در مقر آن وزارت دایر گردید.

ابتدا وزیر عدله به رئیس عمومی مراکز اصلاح و تربیت اطفال هدایت دادند تا در قسمت ترتیب و تنظیم امور لیلیه محجوزین از لحاظ سن و مشکلات آموزشی و ورزشی آنها و همچنان در قسمت رفع مشکلات مسکونی بخش انانیه توجه بیشتر صورت گیرد و به تهیه لباس های خاص برای محجوزین مثل لباس سپورتی و لباس بود و باش در داخل مرکز اصلاح اقدام عملی صورت گیرد.

بعداً در رابطه به تجدید نظر لوایح وظایف ریاست های ذیربط توسط رئیس پالیسی و پلان معلومات ارائه گردید و همچنان در رابطه طرز العمل برنامه های آموزشی توسط رئیس منابع بشری معلومات ارائه گردید که طرح نهائی آنرا در جلسه بعدی ارائه خواهد نمود.

سپس وزیر عدله در رابطه به استخدام پرسونل مطابق تشکیل ۱۳۹۱ از رئیس منابع بشری معلومات خواسته و در زمینه هدایت لازم ارائه فرمودند.

بعداً توضیحات نماینده شرکت صفوی در رابطه به معرفی دستگاه های مختلف کنترول حاضری یومیه کارکنان ارائه گردید و تصمیم بعمل آمد که از تطبیق و موثریت آن در دیگر ادارات دولتی مطالعه و تحقیق صورت گیرد.

غرض بهبود هر چه بیشتر وضع کیفی امورات ریاست امور قانونگذاری و جذب کدر مسلکی تعديل بست های ۶ این ریاست به بست ۵ برای سال آینده توسط رئیس مربوط پیشنهاد گردید که

مورد تأیید هیئت رهبری وزارت قرار گرفت و تصمیم برآن شد تا در مورد فوق به کمیسیون اصلاحات اداری و خدمات ملکی پیشنهاد گردد.

در قسمت انتقال قوانین، جراید رسمی و دیگر نشریات وزارت به ولایات و قرار دادن آنها به دسترس ارگان های دولتی و مردم و ایجاد کتابخانه تأکید شده و به رئیس نشرات در زمینه هدایات لازم ارائه گردید و همچنان وزیر عدليه هدایت فرمودند تا هر قانون بعد از انفاذ آن غرض آگاهی عame مردم از طریق رسانه ها بالخصوص رادیو و تلویزیون توضیح و تشریح گردد.

در ادامه، پیشنهاد رئیس پالیسی و پلان در رابطه با تدویر ورکشاپ (بررسی و بهبود عرضه خدمات عدلی) برای رئیس وزارت بتأثیر ۶-۴ سلطان سال جاری مورد تأیید جلسه رهبری وزارت قرار گرفت و به ریاست پالیسی و پلان وظیفه سپرده شد که طی مکتوب به ریاست های ذیربط وزارت اطلاع داده شود تا در زمینه آمادگی کامل داشته باشند.

همچنان رئیس پالیسی و پلان پیشنهاد نمود تا بست های کمبود این ریاست تکمیل گردد، که با تکمیل آن در روند پیشرفت کار بالخصوص نظارت از تطبیق پروژه های انکشافی، توحید و تحلیل گزارشات سرعت بعمل خواهد آمد. که رئیس صاحب منابع بشری در زمینه اظهار آمادگی نموده و اطمینان دادند که هر چه عاجل اقدام صورت خواهد گرفت.

بعداً گزارش اجرآت سال ۱۳۹۰ ریاست منابع بشری توسط رئیس آن ریاست ارائه گردید که مورد تأیید و تقدیر مقام رهبری وزارت قرار گرفته و جناب وزیر صاحب هدایت فرمودند تا یک پلانگذاری دقیق غرض انتقال مهارت ها و تجارب اشخاصیکه در آینده نزدیک به تقاعد سوق میگردد به طبقه جوان طرح گردد.

در اخیر روسای محترم وزارت عدليه پیشنهاداتی را جهت بهتر شدن امور و رفع نواقص در امور کاری شان مطرح نمودند که از طرف وزیر عدليه به مسؤولین مربوطه هدایات لازم ارائه گردید.

منبع: آمریت مطبوعات



خانپوه حبیب الله غالب وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان روز یکشنبه مورخ ۱۳۹۱/۳/۲۱ با ریچارد ریک مورین مشاور عدلی موسسه CSSP و هیئت همراه شان در دفتر کارش ملاقات نمود.

موضوع دیدار شانرا آغاز کار پروژه اعمار تعمیر طعام خانه، سایه بان برای پایواز ها و اعمار تعمیر لیلیه برای محجوزین اనاثیه در مرکز اصلاح و تربیت اطفال ولایت کابل تشکیل میداد. همچنان درین دیدار مشاور عدلی موسسه CSSP اهدای سه عراده موتر فلنکوچ را جهت انتقال محجوزین مرکز اصلاح و تربیت اطفال ولایات کابل، هرات و جلال آباد به وزیر عدلیه وعده نمودند. در اخیر وزیر عدلیه از کمک های انسان دوستانه موسسه متذکره ابراز قدردانی نموده و خواهان تسریع روند کار پروژه گردیدند.

موسسه CSSP یکی از موسسات کمک کننده با وزارت عدلیه بوده که از طرف وزارت امور خارجه ایالات متحده امریکا تمویل میگردد.

منبع: آمریت مطبوعات

تدویر چهارمین جلسه کمیسیون عالی مبارزه علیه اختطاف وقاچاق انسان



چهارمین جلسه کمیسیون عالی مبارزه علیه اختطاف وقاچاق انسان روز سه شنبه مورخ ۱۳۹۱/۳/۳۰ تحت ریاست رنپوه حبیب الله غالب وزیر عدليه دولت جمهوري اسلامي افغانستان در تالار کنفرانس هاي آن وزارت برگزار گردید.

ابتها وزیر عدليه در مردم جلسات قبلی اين کميته و دستآوردهاي آن صحبت نموده و موضوعاتي را كه قرار بود درين جلسه مورد بحث قرار گيرد به جلسه ارائه نمود.

بعداً فورم نمونوي تهييه پلان و ارائه گزارش جهت تنظيم بهتر و هماهنگی در تهييه پلان و ارائه گزارش ادارات ذيربط و همچنان يك برنامه توضيحي بخاطر شناسايي كامل از خصوصيات و مميزات جرایم قاچاق انسان توسط سازمان مهاجرت بین المللی (IOM) به جلسه ارائه گردید.

در اخیر جلسه در مورد ضرورت الحاق افغانستان به کنوانسيون پالرمو و رعایت آن، که طبق آن دولت ها مکلف به اتخاذ تدابير عملی جهت جلوگيري از جرایم مبياشد، بحث صورت گرفت.

این کمیسیون که به خاطر مبارزه علیه اختطاف و قاچاق انسان ایجاد شده، ریاست آنرا وزیر عدليه به عهده داشته و نمایندگان وزارت هاي امور داخله، خارجه، کار و امور اجتماعي، شهدا و

معلولین، معارف، اطلاعات و فرهنگ، ارشاد حج و اوقاف، صحت عامه، امور زنان، عودت مهاجرین، ریاست محترم عمومی امنیت ملی، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، اداره لوی څارنوالی، انجمن مستقل وکلای مدافع و دو نفر نمایندگان سازمانهای اجتماعی اعضای آن میباشند.

منبع: آمریت مطبوعات