

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

یافته‌های فقه قضایی

سال چهارم ❀ شماره هفتم ❀ بهار و تابستان ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفی^(ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سرمدیر: دکتر محمد عیسی هاشمی

دبیر تخصصی: محمد علی توحیدی

ویراستار: زکریا فصیحی

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: اسحاق عادل، عبدالخالق فصیحی، محمد علی توحیدی، محمد عیسی هاشمی، محمد حسن همتی،

محمد عیسی عالمی (بصیر)، محمد ناصر واعظی

دوفصلنامه «یافته‌های فقه قضایی»، آماده دریافت و نشر مقالات صاحب‌نظران و نویسندگان است.

محتوای مقالات، بازتاب آرای نویسندگان بوده و لزوماً بیانگر رویکرد دوفصلنامه «یافته‌های فقه قضایی» نیست.

دوفصلنامه «یافته‌های فقه قضایی»، پس از دریافت مقالات، برای رد، پذیرش و ویرایش آن‌ها آزاد است.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین‌المللی المصطفی^(ص)، آمریت نشرات

تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://jf.miu.edu.af>

ایمیل: jf.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم و راهنمای ارسال مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع‌دهی، نتیجه‌گیری و منابع معتبر است.
۲. مقاله علمی باید روشمند، مستند، تحلیلی، برخوردار از ساختار منطقی دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
۳. فایل مقاله در قالب «word» ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۶۵۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۵۰۰ کلمه نباشد.
۴. افیلیشن مقاله در پاورقی صفحه اول شامل: عنوان وظیفه نویسنده، وابستگی سازمانی، ایمیل آدرس. اگر مقاله دو نویسنده یا بیشتر دارد: عنوان وظیفه نویسنده دوم، وابستگی سازمانی، ایمیل آدرس.

راهنمای تنظیم ساختار مقاله علمی

۱. چکیده: عنوان چکیده با فونت BNazanin11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۰۰ تا ۲۵۰ کلمه و با فونت BNazanin11 معمولی. در چکیده باید به تبیین موضوع، بیان هدف پژوهش، روش تحقیق، سؤال اصلی تحقیق، روش گردآوری داده‌ها و بیان مهم‌ترین یافته‌های تحقیق با اختصار اشاره شود. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص ماضی معلوم استفاده شود. از علائم اختصاری و نقل قول مستقیم و ذکر عناوین فرعی پرهیز شود.
۲. کلیدواژه‌ها: حداقل ۴ و حداکثر ۷ واژه که با کامه از هم جدا شده باشد و در یک خط نوشته شود.
۳. مقدمه: در مقدمه به ترتیب به بیان مسئله، سؤال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، پرداخته شود.
۴. بدنه مقاله: باید دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی [و فرعی‌تر] و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۵. نتیجه‌گیری: نتیجه‌گیری متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارت است از پاسخ به سؤال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد شده، به‌صورت مختصر آورده می‌شود.
۶. ارجاع‌دهی به‌صورت درون‌متنی به شیوه APA باشد. مثال منابع تک‌جلدی: (محسنی «حکمت»، ۱۳۹۰: ۵۴۶)؛ منابع چندجلدی: (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۱۸، ۴۰۲)
۷. منابع و مآخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند. مثال: محسنی «حکمت»، محمد آصف، (۱۳۹۰)، زنان در افغانستان (فرصت‌ها، چالش‌ها و راهکارها)، قم: انتشارات المصطفی (ص)

ارسال و پیگیری مقاله

۱. مقاله باید از طریق سامانه نشریات به این آدرس ارسال شود: <http://jf.miu.edu.af>
۲. مراحل ارسال مقاله: ورد به سامانه نشریات از طریق آدرس فوق، انتخاب نشریه موردنظر، ثبت نام و ایجاد صفحه اختصاصی، ورود به صفحه اختصاصی با استفاده از یوزر-پسوردی که سامانه می‌دهد و اقدام به ارسال مقاله طبق راهنمایی سامانه.
۳. پیگیری مقاله: آگاهی از روند دریافت، پذیرش اولیه، داوری، ارجاع برای اصلاح، پذیرش نهایی، ویراستاری، صفحه‌آرایی، انتشار الکترونیکی، از طریق همان صفحه اختصاصی، از سوی نویسنده قابل پیگیری است.

فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان ۱
- سخن سردبیر ۳
- بررسی اختلاف شهادت در بینه از لحاظ زمان در اثبات موضوعات غیر باب قضا ۵
علی محمد مدقق
- بررسی علم قاضی در حقوق افغانستان ۲۹
ولی الله اللهیاری | محمد ابراهیم رضایی
- قلمرو حقوق جزا در زمان در فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق جزای افغانستان ۵۱
عبدالمنیر دانش زاده | عبدالکریم اسکندری
- حمایت از کودکان در مخاصمات مسلحانه با استناد بر اسناد حقوق بین المللی ۷۱
ظاهر بهزاد
- حمایت از حقوق کودکان در قوانین افغانستان و ایران ۸۷
سید جواد سجادی زاده | محمد عیسی هاشمی

پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان

پیشرفت بشر در زمینه‌های علم، فرهنگ، اخلاق و معنویت، مرهون تلاش‌ها و پژوهش‌های خستگی‌ناپذیر عالمان، اندیشمندان و نویسندگانی است که عمر پربرکت خود را وقف پژوهش و کشف رازهای هستی نموده‌اند؛ همان‌ها که ارزش والای حقیقت‌جویی و گوهر تقوا و فضیلت را هرگز به متاع و مقام زودگذر دنیا نفروخته‌اند. به همین جهت است که عالمان و اصحاب قلم در مکتب اسلام، ارج و منزلتی ویژه دارند و از دانشمندان و صاحبان اندیشه، با بهترین تجلیل‌ها و تمجیدها یاد می‌شود. در باب اهمیت قلم و اندیشه همین بس که در آموزه‌های اسلامی، مداد علما برتر از خون شهیدان و تکریم اندیشمندان، به‌عنوان وارثان انبیای الهی، در حکم احترام گذاشتن به خداوند و پیامبر قلمداد شده است؛ زیرا حیات برتر انسانی در تفکر اسلامی، درگرو اندیشه و ایمان است. لذا فرزاندانی که با اندیشه و قلم خود مشعل دانش و معرفت را فرا راه انسان‌ها برمی‌افروزند، حق عظیمی بر عهده بشریت دارند و شایسته‌ترین ستایش‌ها و قدردانی‌ها هستند.

بدون تردید گسترش علم از زمره اساسی‌ترین عوامل رشد، انکشاف و ترقی جامعه است و رشد علمی از طریق آموزش و پژوهش به دست می‌آید. آموزش و پژوهش به‌مثابه بال‌های ترقی و اوج‌گیری یک جامعه است که با بهره‌گیری از آن دو، می‌توان به تعالی و شکوفایی مادی و معنوی رسید. جامعه علمی و آکادمیک افغانستان در سال‌های اخیر گام‌های نسبتاً خوبی در عرصه‌های آموزش برداشته است؛ اما به نظر می‌رسد که پژوهش هنوز در این کشور جایگاه مناسبش را نیافته و کمتر مورد اقبال بوده است. این در حالی است که رسیدن به پیشرفت مادی و معنوی، درگرو «آموزش و پژوهش» توأمان است.

امروزه یکی از ابزارهای مؤثر برای توسعه آموزش پژوهش‌محور، انتشار مجلات علمی است. به همین دلیل نشریات دانشگاهی به‌بخش جدایی‌ناپذیری از ساختار دانشگاه‌ها و مؤسسات تحصیلاتی عالی تبدیل شده است. گروه‌های علمی دانشگاهی برای پیشبرد مقاصد آموزشی و پژوهشی خود و به‌منظور توسعه

دانش بشری، نشریه‌های علمی پژوهشی را تأسیس کرده و یافته‌های پژوهشی با گزارش‌های آموزشی اعضای هیئت علمی خود را در آن منتشر می‌کنند تا به دست دیگر دانش‌دوستان نیز برسد.

نمایندگی جامعة المصطفی^(ص) در افغانستان همواره نسبت به توسعه علم و پژوهش همراه با معنویت، اهتمام داشته است. این دانشگاه با هدف تولید و ترویج علوم مرتبط با حوزه‌های علوم اسلامی و انسانی و به منظور ارتقای ظرفیت‌های علمی-پژوهشی اعضای گروه‌های آموزشی، بهبود مهارت‌های پژوهشی اساتید و دانشجویان، تقویت مبادله یافته‌های علمی و تحقیقاتی بین مراکز آکادمیک، ایجاد وحدت رویه در فرایند چاپ و نشر مجلات علمی، واحد نشریات را در مرکز پژوهشی دانشگاه ایجاد کرده است. با توجه به اهمیت و ضرورت پژوهش و با عنایت به این که یکی از مهم‌ترین رسالت‌های هر نهاد آموزشی و دانشگاهی، اهتمام به تحقیقات بنیادی و پژوهش‌های کاربردی است، گسترش کمی و کیفی فعالیت‌های پژوهشی و نشراتی، به‌ویژه در حوزه مجلات علمی، مدنظر قرار گرفت. پس از فراهم شدن زیرساخت‌های لازم، مانند خرید سامانه جامع مدیریت نشریات علمی «سیناوب»، دوازده مجله علمی تخصصی ایجاد شد که مرتب به‌صورت دو فصلنامه در قالب چاپ فیزیکی و الکترونیکی منتشر می‌شود. سامانه مدیریت نشریات علمی «سیناوب» برای نظم بخشیدن و تسهیل چرخش مقاله و اطلاعات پیرامون آن در سامانه تولید نشریات علمی و دانشگاهی طراحی شده است و در نقش یک منشی پیگیر و فعال، تمامی امور مربوط به فرایند انتشار نشریات علمی را انجام می‌دهد و این امکان را فراهم می‌کند که نظریات و آثار علمی نویسندگان افغانستانی در سطح جهان در دسترس علاقه‌مندان و اصحاب علم و اندیشه قرار بگیرد.

لازم می‌دانم از تمام همکاران و نویسندگانی که زمینه تحقق این مهم را فراهم کرده و بستر بسط معارف را گسترانده‌اند، قدردانی کنم و برای همه عزیزان توفیقات روزافزون الهی، استدعا نمایم.

سخن سردبیر

عدالت به عنوان یکی از اصول بنیادین اسلام، مستلزم وجود نظام قضایی ای است که مبتنی بر احکام شرعی و اصول اخلاقی باشد. با پژوهش دقیق در حوزه فقه قضایی می توان قواعدی عادلانه تر و کارآمدتر برای حل و فصل دعاوی و اختلافات تدوین کرد که هم با روح شریعت سازگار باشد و هم پاسخگوی نیازهای امروز جامعه ما باشد. با پیشرفت جوامع و ظهور مسائل جدید در حوزه های مختلف زندگی، نیاز به اجتهاد پویا در فقه قضایی بیش از پیش احساس می شود. تحقیق در این زمینه، امکان ارائه راهکارهای شرعی برای مسائل نوظهور، نظیر حقوق سایبری، قراردادهای الکترونیک یا مباحث زیست محیطی را فراهم می کند. بدون پژوهش های عمیق و به روز، فقه قضایی نمی تواند به چالش های جدید پاسخی متناسب ارائه دهد.

بنابراین تحقیقات در فقه قضایی می تواند به غنای علمی و کاربردی نظام حقوقی اسلامی کمک کند؛ زیرا تدوین قواعد حقوقی مبتنی بر شریعت اسلامی و هماهنگ سازی آن ها با نظام های حقوقی مدرن نیازمند تلاش های پژوهشی گسترده است. این تحقیقات، نه تنها فقه اسلامی را از ابهامات و تناقضات احتمالی مصون می دارد، بلکه راه را برای تعامل سازنده میان نظام های حقوقی مختلف نیز می تواند باز کند و ابزارهای قانونی مناسبی برای مقابله با بی عدالتی ها، جرم و تخلفات ارائه دهد. این ابزارها نه تنها بر اساس احکام الهی تدوین می شود، بلکه با در نظر گرفتن شرایط جامعه، کارآمدی بیشتری نیز خواهد داشت.

یکی از مهم ترین کارکردهای تحقیق در فقه قضایی، رفع تعارضات و شبهات موجود در استنباط احکام قضایی است؛ زیرا مسائل پیچیده ای که در دادگاه های شرعی مطرح می شود، اغلب نیازمند بررسی عمیق و اجتهادی جدید است. پژوهش های فقهی می توانند مبانی دقیق تری برای قضاوت فراهم آورد و از تفسیرهای نادرست یا ناقص احکام شرعی جلوگیری کند. لذا از آنجا که نظام قضایی مبتنی بر اصول فقهی، نقش مستقیمی در حفظ نظم اجتماعی و ایجاد امنیت ایفا می کند، بخشی از کارایی این

نقش، در گروه تحقیقات اساتید و محققان این رشته است.

با گسترش جریان‌های فکری و تأثیرگذاری فرهنگ‌های مختلف، نظام‌های قضایی ممکن است از اصول اسلامی فاصله بگیرد. در این صورت پژوهش‌های علمی و اجتهادی در فقه قضایی، امکان بازتعریف و تقویت اصول شریعت را فراهم می‌آورد و از تحریف یا انحراف در قوانین اسلامی جلوگیری می‌کند. لذا می‌توان نگفت که تحقیق در فقه قضایی، ضامن حفظ ارزش‌های اسلامی در قضاوت و قوانین حقوقی نیز است.

در دنیای امروز، مسلمانان با نظام‌های قضایی و حقوقی مختلفی روبرو هستند. تحقیقات در فقه قضایی می‌تواند زمینه‌ای برای معرفی و تبیین اصول و ارزش‌های قضایی اسلامی در سطح جهانی فراهم کند. این پژوهش‌ها نه تنها می‌توانند از حقوق مسلمانان در کشورهای مختلف دفاع کند، بلکه تصویری روشن از عدالت اسلامی به جهان ارائه می‌دهد.

پس تحقیق در فقه قضایی، نه تنها به عنوان یک ضرورت علمی، بلکه به عنوان ابزاری برای تقویت عدالت، حل مسائل نوین و پاسداری از ارزش‌های اسلامی اهمیت زیاد دارد. پژوهش‌های عمیق و کاربردی در این حوزه، می‌تواند به توسعه نظام قضایی اسلامی و پاسخگویی به نیازهای حقوقی و اجتماعی معاصر کمک کند. در این راستا، ایجاد مراکز پژوهشی تخصصی، بهره‌گیری از فناوری‌های نوین و تعامل سازنده با دیگر شاخه‌های علوم انسانی از جمله گام‌های اساسی برای ارتقای فقه قضایی به عنوان یکی از ارکان مهم نظام اسلامی است. مجله یافته‌های فقه قضایی با درک این نیازمندی‌ها از مقالات و تحقیقات محققان، استادان و محصلان در حوزه فقه قضایی استقبال می‌کند.

بررسی اختلاف شهادت در بینه از لحاظ زمان در اثبات

موضوعات غیر باب قضا

علی محمد مدقق^۱

چکیده

در این تحقیق حجیت بینه در فرض اختلاف شهادت شاهدان از جهت زمان یا حالت فعلی و سابق شیء مشهودیه، بررسی شده است. این مسئله یکی از فروع مهم حجیت قاعده بینه در دانش فقه است که در اثبات موضوعات احکام شرعی، نقش بسزایی دارد و احکام و آثار فقهی زیادی بر آن مترتب است. فرضیه تحقیق این است که در فرض اختلاف شهود تنها به لحاظ زمان، بینه حجیت و اعتبار دارد؛ اما اگر به لحاظ واقعه مشهودیه نیز اختلاف داشته باشد، اثبات حجیت آن مشکل است. نوشتار حاضر با روش تحلیلی و توصیفی به این موضوع پرداخته و جوابی تهیه شده برای این پرسش اصلی که آیا «بینه» در فرض اختلاف شهادت به لحاظ زمان، حجیت و اعتبار دارد یا خیر؟ البته تحقیق این مطلب و تنقیح آن در چارچوب مباحث قواعد فقهی می‌گنجد؛ زیرا مفاد بینه همواره یک حکم شرعی کلی است که در ابواب گوناگون فقه جاری می‌شود.

کلیدواژه‌ها: بینه، اختلاف شهادت، خبر واحد، وحدت واقعه، مشهودیه

۱. سطح ۳ فقه و معارف اسلامی، مدرس مدرسه علمیه اهل بیت^(ع)، غزنی، افغانستان

مقدمه

بینه در حوزه فقه و احکام اسلامی، اهمیت به‌سزایی دارد و از ارکان مهم اثبات دعوی به‌شمار می‌رود. در قانون‌گذاری اسلامی، مؤدای بینه همانند مؤدای سایر امارات، به‌منزله واقع قرار داده شده است. بنابراین وقتی چیزی به‌وسیله بینه ثابت شود، همه آثار واقعی آن چیز بر آن مترتب می‌شود. در این میان یکی از مباحث موردتوجه و قابل‌بحث، حجیت بینه در فرض اختلاف داشتن شهادت شهود، در مقام ادای شهادت است. البته اختلاف داشتن شهادت دو شاهد، صورت و حالت‌های مختلفی دارد که همواره موردتوجه و دید فقیهان و محققان بوده است. یکی از آن صورت‌های اختلاف شهادت در بینه، اختلاف به لحاظ زمان است.

برخی از فقیهان و محققان دانش فقه، پس از تبیین اصل حجیت بینه در اثبات موضوعات، اعتبار بینه در فرض اختلاف شهادت شاهدان به لحاظ زمان را به‌عنوان یک فرع، در کتاب‌های فقهی استدلالی مطرح کرده‌اند؛ مانند سید محمدکاظم یزدی در کتاب عروة الوثقی در مبحث طرق اثبات نجاست، این فرع را بیان کرده است. همچنان دیگر فقها نیز پیرامون آن، آرا و دیدگاه‌هایشان را تبیین کرده‌اند. در این میان باید گفت که این فرع نیز مانند دیگر فروع فقهی، از اختلاف نظر و اختلاف دیدگاه فقها به دور نمانده است که تحقیق و بررسی جامعی را می‌طلبد.

پرداختن به تحقیق و بررسی حکم فقهی این فرع، تبیین آرا و اندیشه‌های فقیهان و همچنان برای روشن شدن زوایای ناپیدای این مسئله، لازم است این فرع مورد تحلیل و تجزیه بیشتر قرار گیرد. گرچه در این نوشتار بررسی و تحلیل اعتبار بینه در فرع مذکور، مسئله اثبات نجاست و طهارت محور قرار گرفته است؛ اما از آن جهت که اثبات نجاست و طهارت، به‌عنوان یکی از موضوعات فقهی لحاظ شده است، نتایج آن در تمام موضوعات قابل تسری و تعمیم است و از این لحاظ با دیگر موضوعات تفاوتی ندارد. پرسش اصلی در این تحقیق این است که آیا بینه در فرض اختلاف شهادت به لحاظ زمان، حجیت و اعتبار دارد یا خیر؟ پرداختن به پاسخ این پرسش، موجب طرح سؤال‌های فرعی دیگر است که نشئت گرفته و تحلیل یافته از پرسش



اصلی یا مرتبط با آن است. از این رو بحث و بررسی از آن‌ها اجتناب‌ناپذیر و ضروری است؛ مثلاً اختلاف شهادت شاهدان از لحاظ زمان با فرض انحصار حجیت در بینه، چه آثاری دارد؟ آیا با تعدد و اختلاف در واقعه مشهوده، نیز در بینه اعتبار دارد یا لازم است واحد باشد؟ اگر واحد بودن واقعه مشهوده ضروری است، ضابطه و معیار آن چیست؟ در فرض حجیت خبر واحد، در چه مواردی با فرض انحصار، تفاوت دارد؟ فرضیه تحقیق این است که در فرض اختلاف داشتن شهود تنها به لحاظ زمان، بینه حجیت و اعتبار دارد؛ اما اگر به لحاظ واقعه مشهوده نیز اختلاف داشته باشند، اثبات حجیت آن مشکل به نظر می‌رسد. البته تحقیق این مطلب و تنقیح آن در چارچوب مباحث قواعد فقهی می‌گنجد؛ زیرا مفاد بینه همواره یک حکم شرعی کلی است که در ابواب گوناگون فقه جاری می‌شود. نوشتار حاضر با روش تحلیلی و توصیفی به این موضوع پرداخته است.

۱. مفاهیم

پیش از پرداختن به مباحث اصلی، لازم است مفاهیم تحقیق تبیین و تعریف شود.

۱-۱. شهادت

واژه شهادت در لغت به معنای «خبر دادن از آنچه آن را دیده و معاینه کرده است؛ أصل الشَّهَادَةِ الإخبار بما شَاهَدَهُ وَشَهِدَهُ» (ابن اثیر، بی تا: ۲، ۵۱۴). در اصطلاح فقه و شرع نیز به همین معنای لغوی به کار رفته است که موضوع حکم تکلیفی و وضعی قرار می‌گیرد. البته اگر تعداد شاهدان، دو نفر یا بیشتر باشند، اصطلاحاً به آن بینه گفته می‌شود، چنان‌که در ادامه روشن خواهد شد.

۱-۲. بینه

بینه در لغت به معنای دلیل و برهان واضح و روشن آمده: «بینه عبارت است از دلالت واضح و روشن چه عقلی باشد یا حسی» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۱۵۶). در قرآن کریم نیز بینه به این معنا استعمال شده است. «حقیقتاً دلیل روشنی از طرف پروردگارتان برای شما آمده است»^۱. چنان‌که در جای دیگر آمده است «ولی (همه

۱. «قَدْ جَاءَكُمْ بَيِّنَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ» (اعراف: ۷۳ و ۸۵).

این‌ها) برای آن بود که خداوند، کاری را که می‌بایست انجام شود، تحقق بخشد تا آن‌ها که هلاک (و گمراه) می‌شوند، از روی اتمام حجت باشند؛ و آن‌ها که زنده می‌شوند (و هدایت می‌یابند)، از روی دلیل روشن باشد.^۱ بنابراین بینه در لغت هر آن چیزی است که بدان، امر مبهمی روشن و آشکار گردد.

در اصطلاح فقها بینه عبارت است از: «شهادت و گواهی دو شاهد عادل از امری که ترتب حکم شرعی را در پی داشته باشد» (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲، ۱۱۱). در این‌که اطلاق بینه به دو شاهد عادل، از باب حقیقت شرعیه ثابت است یا نه، بین محققان اختلاف است. برخی بر این باورند که «بینه در لسان شرع انصراف دارد به دو شاهد عادل از باب انصراف مفهوم کلی به برخی مصادیق و افرادش» (علوی، ۱۴۲۱: ۱، ۳۵۹). یعنی اطلاق بینه در معنای مصطلح فقهی، از باب حقیقت شرعیه است.

۱-۳. موضوع

دو اصطلاح «موضوع» و «متعلق» که در علم فقه کاربرد فراوان دارد، هرچند هرکدام تعریف مشخص و جداگانه‌ای دارند؛ اما بسیار اتفاق می‌افتد که به جای همدیگر استعمال می‌شوند. مثلاً در قضیه فقهی «نوشیدن شراب حرام است»، «نوشیدن» که فعل شخص مکلف است، موضوع است و «شراب» هم متعلق حکم است و «حرمت» نیز حکم شرعی است؛ اما در مثل این قضیه: «آب مطهر است»، «آب» موضوع است و «مطهر/ پاک کننده» نیز حکم آن است، می‌بینیم که در این قضیه، متعلق وجود ندارد (مشکینی، ۱۳۷۴: ۲۶۶).

مراد از «موضوع» در این نوشتار معنای عام آن است که شامل موضوع و متعلق اصطلاحی در فقه است؛ یعنی مراد اشیاء، پدیده‌ها و مفاهیمی است که در لسان شریعت حکمی درباره آن‌ها بیان شده است، حال برای ما فرقی ندارد که این اشیاء، پدیده‌ها و مفاهیم را در اصطلاح، فقها موضوع می‌نامند یا متعلق حکم. به طور کلی ملاک این است که لفظی در فقه مصب حکم واقع شده و حکم فقهی به نحوی با آن ارتباط منطقی و علمی داشته باشد.

۱. «وَلَكِنْ لِيَقْضِيَ اللَّهُ أَمْرًا كَانَ مَفْعُولًا لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيِّنَةٍ وَيَحْيِيَ مَنْ خِيَ عَنْ بَيِّنَةٍ» (انفال: ۴۲).



۲. اختلاف شهادت در بینه

اختلاف به معنای ضد اتفاق، برای دو چیزی متفاوت یا بیشتر از آن که باهم مساوی نباشند، به کار می‌رود؛ اما اختلاف شهادت در بینه، صورت و فروض مختلفی دارد؛ (۱) اختلاف از لحاظ واقعه مشهود به مانند اینکه هر دو شاهد به نجس شدن لباس معین با خون شهادت دهند با این اختلاف که یکی از اصابت خون دماغ خبر دهد و از دیگری از اصابت خون مذبوح خبر دهد. این دو شهادت به لحاظ واقعه مشهود به متفاوت است. (۲) از لحاظ مستند و سبب، مانند این که هر دو شاهد به نجاست لباس شهادت دهند با این تفاوت که یکی مستند نجاست را خون می‌داند و دیگری سبب نجاست را ادرار. (۳) اختلاف از لحاظ مکان، مانند گواهی دادن یک شاهد به تحقق بیع در مسجد و گواه دادن دیگری در خانه. (۴) اختلاف در زمان شهادت، مانند اینکه یکی شهادت دهد که ظرف در اول روز با خون اصابت کرد و نجس شد و دیگری شهادت دهد که ظرف در آخر روز با خون اصابت کرد و نجس شد.

البته صورت‌های اختلاف شهادت شهود در بینه، می‌تواند در یک مورد قابل جمع باشد و شهادت دو شاهد از چند لحاظ باهم اختلاف داشته باشد. آنچه به عنوان محور اصلی در این نوشتار مورد تحقیق قرار گرفته، اختلاف به لحاظ زمان است که ممکن است اختلاف به لحاظ واقعه مشهود به نیز در ضمن آن قابل تصویر باشد.

۳. ضابطه وحدت واقعه مشهود به در بینه

همه فقها در این امر که واقعه مشهود به در «بینه» باید امر واحد باشد، به عنوان یک ضابطه و کبرای کلی اتفاق نظر دارند؛ زیرا ملاک در اعتبار بینه، به تعدد و تکرار شدن اخبار و شهادت دو شخص از یک واقعه و قضیه است و اگر واقعه مشهود به متعدد باشد، صدق بینه منتفی است و از مصادیق خبر واحد می‌شود، نه بینه. برای آن که تکرار در جای صادق است که مشهود به و مخبر بهی هر کدام از دو شاهد، واحد باشد و هر دو از یک فعل خبر بدهند (بحرانی، ۱۴۱۵: ۲، ۲۷۱). لیکن در چگونگی و تشخیص صغریات وحدت مشهود به، اختلاف دیدگاه، میان محققان و فقیهان وجود

دارد که اختلاف در اصل مسئله را نیز در پی داشته است. بنابراین برای واضح شدن حکم مسئله، لازم است به صورت‌های وحدت مشهود به اشاره شود.

ضابطه کلی در احراز وحدت مشهود به در فرض اختلاف شاهدان در برخی خصوصیات این باشد که اگر شهادت شاهدان با وجود اختلاف، اتفاق و اتحاد پیدا کنند در امری که دارای وجود و ادراک مستقل باشد، حتی اگر آن امر مورد اتفاق، جزء تحلیلی و تضمینی هر کدام از شهادت شاهدان باشد همین مقدار در اعتبار بینه کافی است. لیکن با این شرط که آن جزء، دارای وجود و ادراک مستقل باشد، مانند جنس بدون فصل یا نوع بدون تشخیص نباشد که دارای وجود و ادراک مستقل نیست؛ (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۸، ۴۰۹) یعنی صرف وحدت به لحاظ مدلول التزامی همچنان تنها اتحاد در موضوع کافی نیست، بلکه وحدت مشهود به به لحاظ واقعه حسیه لازم است، البته وحدت در واقعه حسیه به لحاظ مدلول مطابقی هردو شهادت لازم نیست. اگر از لحاظ مدلول تحلیلی و تضمینی، در واقعه حسیه اتحاد پیدا کنند که دارای ادراک مستقل باشد، کافی است.

به سخن بهتر در فرض اختلاف داشتن دو شاهد در بعضی خصوصیات «آن مورد اتفاق هردو شاهد دو صورت دارد؛ گاهی دارای ادراک حسی و وجود مستقل از آن مورد اختلاف دارد [مانند اینکه هردو خبر بدهند از افتادن قطره خون در ظرف، لیکن در جهت افتادن اختلاف دارند یکی می‌گوید خون از طرف راست داخل ظرف ریخت و دیگری می‌گوید از طرف چپ] گاهی آن مورد اتفاق هردو شاهد، دارای ادراک حسی مستقل بدون از آن خصوصیت مورد اختلاف نیست [مانند این که هردو از افتادنش نجس در ظرف خبر دهند، لیکن یکی می‌گوید آن شیء خون است و دیگری می‌گوید قطعه‌ای از میته است]. در فرض اول؛ ملتزم به حجیت بینه هستیم؛ زیرا واقعه حسیه، مورد اتفاق هردو شاهد است و نسبت به آن تکاذب وجود ندارد و تکاذب نسبت به ادراک و خصوصیت زائد [جهت] است. در فرض دوم؛ ملتزم به عدم حجیت بینه هستیم؛ زیرا واقعه حسیه که مورد اتفاق هردو شاهد باشد، وجود ندارد. آنچه مورد اتفاق تصور می‌شود، جامع بین بول و میته است و این دارای ادراک حسی



مستقل و وجود مستقل نیست یا در ضمن بول موجود می شود یا در ضمن میته، در حالی که هر کدام مورد تکاذب و تنافی شاهدان است» (صدر، ۱۴۰۸: ۴، ۱۲۰).

۴. اختلاف در شهادت در فرض انحصار حجیت در بینه

به طور کلی شهادت دو شاهد در بینه به لحاظ زمان؛ سه صورت دارد: (۱) هر دو شاهد به حالت فعلیه شیء شهادت دهند که تحقق بینه نسبت به حالت فعلیه آن شیء اتحاد زمانی پیدا می کند. (۲) هر دو شاهد نسبت به حالت سابق شیء شهادت و گواهی دهند، مانند شهادت دادن به نجاست ظرفی در دیروز که شهادت بینه نسبت به حالت سابقشی اتحاد زمانی دارد (۳) شهادت دو شاهد به لحاظ زمان اختلاف داشته باشند؛ یکی نسبت به حالت فعلی شهادت دهد و دیگری نسبت به حالت سابق شیء؛ مثلاً یک شاهد به نجاست ظرف در دیروز شهادت دهد و دیگری به نجاست فعلی آن گواهی دهد.

فرض اول؛ شهادت بینه به نجاست فعلی شیء: حکم فرض اول روشن است. مسلماً بینه در این صورت حجیت دارد و قدر متیقن از حجیت بینه در موضوعات [نجاست] همین صورت است و نجاست فعلی با شهادت بینه ثابت می شود؛ زیرا ادله ای که برای حجیت بینه مورد استدلال گرفته است^۱ گرچه مورد این روایت باب قضاست. لیکن در سایر ابواب فقه از باب اولویت قطعیة حجیت بینه سرایت داده شده است (همدانی، ۱۴۱۶: ۸، ۷۸) و روایت مسعده از امام صادق^(ع) که در ذیل این روایت آمده^۲ و روایت عبدالله بن سلیمان از امام صادق^(ع) در رابطه به جبن^۳ و سایر ادله ای که فقیهان در باب اصل حجیت بینه تمسک کرده اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴، ۲۶۲). قدر متیقن از همه این ادله حجیت بینه در فرضی است که شهادت شهود در بینه اختلاف نداشته باشند و شهود نسبت به حالت فعلی، شهادت دهند. بنابراین

۱ مانند روایت نبوی «إِنَّمَا أَقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْإِيمَانِ؛ همانا من در بین شما با بینه و قسم قضاوت می کنم» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷، ۲۳۲).

۲ «وَالْأَشْيَاءُ كُلُّهَا عَلَى هَذَا حَتَّى يَشْتَبِيَنَّ لَكَ غَيْرُ ذَلِكَ، أَوْ تَقُومَ بِهِ الْبَيِّنَةُ؛ یعنی تمام اشیاء محکوم به حلیت و طهارت است تا زمانی که غیر آن روشن شود و یا بینه ای برخلاف اقامه شود» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷، ۹۰).

۳ حضرت می فرماید: «كُلُّ شَيْءٍ لَكَ خَلَالٌ حَتَّى يَجِيَنَّكَ شَاهِدَانِ يَشْهَدَانِ عِنْدَكَ أَنَّ فِيهِ مَيْتَةً؛ یعنی هر چیزی برای شما حلال است تا این که دو شاهد برای شما شهادت بدهند که در آن میته و مردار افتاده» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵، ۱۱۸).

در حجیت بینه در این فرض شکی وجود ندارد.

فرض دوم؛ شهادت بینه به نجاست شیء در گذشته: اگر هر دو شاهد به نجاست گذشته یک شیء شهادت دهند، با پذیرش اعتبار و حجیت بینه در موضوعات، یقیناً نجاست آن شیء در گذشته ثابت می‌شود. نسبت به اثبات نجاست فعلی آن شیء اگر بدانیم بعد از آن طهارتی بر آن عارض نشده است، نجاست آن روشن است؛ زیرا مدلول مطابقی بینه، نجاست سابق و مدلول التزامی آن نجاست فعلی است و دلالت التزامی بینه، مانند دلالت مطابقی آن حجت است. اگر بعد از زمان سابق، احتمال عروض مطهر وجود داشته باشد، اثبات نجاست فعلی آن شیء با شک در عروض مطهر، تنها با همان بینه ممکن نیست و حکم به نجاست فعلی نیاز به متمم دارد، متمم آن استصحاب است به بیان زیر:

در فرضی که احتمال عروض مطهر نسبت به شیء نجس وجود داشته باشد، با بینه به نجاست یک شیء در زمان سابق، با دلالت مطابقی بینه تنها نجاست سابق آن شیء در زمان گذشته ثابت می‌شود و با احتمال عروض مطهر، دلالت التزامی بینه در نجاست فعلی آن شیء منتفی است و اثبات نجاست آن شیء در زمان فعلی با ضمیمه کردن استصحاب در فرض فراهم بودن شرایط آن ممکن است.

با توجه به اینکه در اینجا، آن دورکنی که برای جریان استصحاب لازم است موجود است؛ یقین سابق به نجاست سابق که با شهادت بینه ثابت شده، وجود شک لاحق فعلی در بقای آن نیز هست؛ زیرا احتمال عروض مطهر وجود دارد. بنابراین می‌توان با تمسک به استصحاب، در زمان فعلی حکم به نجاست آن نمود. اشکال و شبهه‌ای که در جریان استصحاب مطرح شده است، در تمام نبودن رکن اول استصحاب و یقین سابق است.

اشکال در دلیل: بر استدلال فوق اشکال شده که مدلول و مفاد امارات از جمله بینه، حکم ظاهری است که در قبال حکم واقعی جعل شده است. با این فرض یقین سابق به نجاست آن شیء فعلاً محقق نیست؛ زیرا متیقن سابق از دو حال خارج نیست (۱) متیقن حکم واقعی نجاست باشد؛ این احتمال، اول متیقن نبود و یقین به ثبوت آن نداشتیم و مشکوک الحدوث است. (۲) متیقن نجاست ظاهری باشد؛



گرچه این حکم با شهادت بینه در زمان سابق ثابت شده است. لیکن فعلاً، علم به ارتفاع آن داریم؛ چون مفاد بینه، حکم ظاهری است که متضمن ثبوت آن حکم، تنها در آن زمان سابق است، نه بیشتر. پس به صورت یقینی می دانیم حکم ظاهری فعلی به نجاست وجود ندارد. بنابراین استصحاب نجاست واقعی و ظاهری هر دو ممکن نیست و نمی توان با تمسک به استصحاب، حکم به نجاست فعلی آن شیء کرد. تنها تمسک به استصحاب کلی قسم سوم ممکن است؛ یعنی استصحاب کلی نجاست که این نوع از استصحاب حجیت ندارد (حکیم، ۱۴۱۶: ۱، ۴۶۱). بنابراین اثبات نجاست فعلی از راه جریان استصحاب ممکن نیست.

پاسخ از اشکال در دلیل: برای پاسخ از این اشکال، راه حل های متعدد و مختلفی ارائه شده است که به برخی از آن ها اشاره می شود:

اولاً: ثبوت حکم ظاهری، مقید به زمان خاصی نیست و وجود آن تنها در زمان سابق منحصر نیست، بلکه حکم ظاهری که مفاد اماره است، مماثل و مساوی با حکم واقعی است و مانند حکم واقعی استمرار دارد تا زمانی که دلیل معتبر برخلاف آن اقامه نشود. بنابراین رکن اول استصحاب تمام است و استصحاب نجاست سابق در زمان فعلی، درست است (صدر، ۱۴۰۸: ۴، ۱۲۶).

ثانیاً: اثبات نجاست فعلی، منحصر به جریان استصحاب حکمی نیست، بلکه در فرض تمام نبودن رکن اول در جریان استصحاب حکمی، باز هم راهی دیگر برای حکم به نجاست فعلی وجود دارد و آن این که با تمسک به استصحاب موضوعی؛ یعنی اصل عدم عروض مطهر، موضوع برای ترتب حکم به نجاست فعلی محقق می شود. البته موضوعی که مرکب از دو جزء است؛ یکی حدوث نجاست سابق که باینه ثابت شده، دیگر عدم عروض مطهر که با استصحاب ثابت می شود (صدر، ۱۴۰۸: ۴، ۱۲۶).

ثالثاً: برخی از محققان بر این باورند که اماراتی که شارع به عنوان حجیت شرعی جعل کرده است، به منزله علم هستند. با توجه به این مبنای اصولی، یقین سابق و رکن اول برای جریان استصحاب نجاست سابق آن شیء که با بینه ثابت شده، تمام

است و اشکال در تمسک به استصحاب وجود ندارد (حکیم، ۱۴۱۶: ۱، ۴۶۱). البته با این ضمیمه که مراد از یقین در ادله استصحاب مانند قول امام^(ع) که فرمود: «لا تنقض الیقین بالشک»، خصوص یقین وجدانی نباشد، بلکه اعم از یقین وجدانی و تعبیدی و شامل تمام حجت‌های معتبر شرعی باشد؛ مانند بینه، قاعده ید، سوق مسلم و سایر امارات شرعیه (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱، ۴۳۴).

رابعاً: در باب حجیت استصحاب مبنای دیگر این است که در موضوع جریان استصحاب، یقین سابق شرط نیست و معتقد است که مفاد ادله استصحاب، اثبات ملازمه بین حالت سابق و فعلی است. بنابراین تنها حدوث حالت سابق در جریان استصحاب، کافی است و یقین فعلی به آن لازم نیست (صدر، ۱۴۰۸: ۴، ۱۲۶). به سخن دیگر ما در باب استصحاب، برای «یقین» موضوعیت قائل نیستیم و آنچه در باب استصحاب، اهمیت دارد این است که در بقا، شک داشته باشیم، نه بقایی که ثبوت آن فعلاً مسلم باشد. در مانحن فیه چنین شکی داریم؛ یعنی شک داریم که آیا نجاستی که با بینه ثابت شده بود بقا دارد یا نه. در این صورت مانعی برای جریان استصحاب وجود ندارد و می‌توان آن حکم احتمالی و مشکوک البقا را استصحاب نمود. در نتیجه همان‌طور که در زمان سابق، لازم بود طبق آن اماره، عمل کنیم، در زمان لاحق هم به استناد استصحاب، بر طبق حالت سابق، عمل می‌کنیم؛ زیرا بین بقا و ثبوت، ملازمه شرعی است.

چنانکه روشن شد آنچه از کلمات محققان و راه‌حل‌های که در پاسخ از اشکال بیان شد، برخی از آن‌ها، پاسخ مبنایی و مبتنی بر مبنای خاصی است؛ مانند پاسخ سوم و چهارم، همچنان که اصل اشکال نیز مبتنی بر مبنای خاص بود؛ اما دو پاسخ اول و دوم با حفظ مبنای مستشکل، تمام است. به هر حال با تمسک به استصحاب حکمی یا موضوعی، حکم به نجاست فعلی ثابت می‌شود.

۵. اختلاف شهادت بینه به لحاظ زمان

این فرض سوم است که محور اصلی بحث این نوشتار است. نخست به صورت



کلی و اجمال به مسئله اشاره می‌شود. در مرحله بعد به تجزیه و بررسی صورت‌های این مسئله و همچنان تبیین و تحلیل ادله آرای مطرح در مسئله و بیان دیدگاه مختار پرداخته می‌شود.

صورت‌های مسئله: این فرض دو صورت دارد: (۱) اختلاف شهادت دو شاهد به لحاظ زمان، با فرض عدم تعارض؛ به این بیان که یکی از دو شاهد به نجاست شیء در زمان سابق گواهی دهد و نسبت به حالت فعلی ساکت باشد و شاهد دوم به نجاست فعلی آن شیء خبر دهد. (۲) اختلاف شهادت شاهدان در بینه به لحاظ زمان، با فرض تعارض نسبت به زمان فعلی؛ یعنی شاهی که از نجاست حالت سابق یک شیء خبر داده، به طهارت فعلی آن شهادت دهد و شاهد دوم، به نجاست فعلی آن شهادت دهد. هرکدام از این دو صورت، همچنان که به لحاظ زمان اختلاف دارند، از لحاظ واقعه مشهوده، نیز ممکن است واحد باشند یا متعدد که به تفصیل هر یک پرداخته می‌شود:

۵-۱. اختلاف شهادت دو شاهد در فرض عدم تعارض

در این فرض که یکی از شاهدان به نجس بودن سابق یک شیء شهادت می‌دهد و شاهد دیگر به نجاست فعلی آن شهادت می‌دهد. اختلاف میان فقها در این صورت وجود دارد و به‌طور کلی دو دیدگاه از کلام فقها استفاده می‌شود؛ مانند سید یزدی در عروه در این فرع به وجوب اجتناب حکم کرده است، در حال که عده‌ای از فقها در ذیل کلام ایشان، آن را مورد اشکال قرار داده‌اند.

این اختلاف ناشی از این است که آیا واقعه مشهوده در این صورت وحدت دارد یا خیر؟ زیرا ممکن است همان‌گونه که شهادت به لحاظ زمان اختلاف دارد، به لحاظ واقعه مشهوده نیز اختلاف داشته باشد و واقعه مشهوده متعدد باشد. لازم است هرکدام از دو صورت، جداگانه و با طرح و تبیین دیدگاه‌های مطرح در مسئله بررسی شود.

۱-۱-۵. تعدد واقعه مشهوده در بینه

در این فرضی علاوه بر اختلاف شهادت دو شاهد به لحاظ زمان، در واقعه مشهود به

نیز اختلاف دارند مثلاً در شهادت دادن به نجاست ظرف، مشهود به نجاست هرکدام غیر از مشهود به دیگری است. از ظاهر اطلاق کلام برخی فقها مانند سید یزدی به دست می‌آید که در این فرض بینه را معتبر می‌داند (یزدی، ۱۴۰۹، ۱، ۷۶). چون ایشان به صورت مطلق حکم به وجوب اجتناب کرده است.

دلیل اعتبار بینه در اثبات موضوع: گرچه خود سید برای این دیدگاهش استدلال نکرده است؛ اما تنها دلیلی که برای این نظریه می‌توان اقامه کرد، همان اتحاد داشتن هر دو شهادت به لحاظ مدلول التزامی و لازم مشترک در اثر شرعی است. برای آنکه هر دو شهادت در این که حکم فعلی آن شیء وجوب اجتناب است، اتحاد دارند؛ زیرا لازمه شهادت به نجاست سابق به مقتضای استصحاب، نجاست فعلی ظاهری آن شیء است و لازمه شهادت به نجاست فعلی، نجاست فعلی واقعی آن شیء است. بنابراین لازم مشترک میان هر دو شهادت، وجوب فعلی اجتناب آن شیء است که در اخبار از آن حکم با هم اتحاد دارند.

اشکال بر دلیل اعتبار بینه: این دلیل برای حکم به وجوب اجتناب و اعتبار بینه تمام نیست؛ زیرا:

اولاً: چنانکه گذشت در اعتبار بینه لازم است که واقعه مشهود به واحد باشد و آن واقعه واحد، محکی به بینه باشد و در فرض تعدد واقعه، بینه صادق نیست. «چون محکی و مشهود به هرکدام از شهادت شاهدان، متفاوت و جداگانه است و محکی به بینه نیست، بلکه در حقیقت با فرض تعدد واقعه، مشهود به، محکی، به خبر واحد است نه بینه» (حکیم، ۱۴۱۶: ۱، ۴۵۹).

ثانیاً: بینه در اثبات نفس حکم کلی اعتبار ندارد؛ زیرا از آنچه در باب اصل حجیت و اعتبار بینه ثابت شده است، اعتبار بینه در موضوعات خارجی است و محکی در بینه باید حسی باشد، نه حدسی که متوقف بر فهم است. پس مفاد بینه در مستند و سبب نجاست اعتبار دارد نه در اثبات نفس حکم و آنچه در اعتبار بینه لازم است، تعدد حکایت از موضوع واحد خارجی و واقعه شخصیه است تا تعدد در اخبار از مخبر به واحد، صدق کند؛ اما تعدد به لحاظ مدلول التزامی، نافع نیست؛ زیرا مورد حجیت



بینة، تنها در موضوع حکم است نه خود حکم. به سخن دیگر اصلاً مدلول التزامی و حکم، مشهودبه نیست تا بینه اعتبار داشته باشد. بنابراین دیدگاه اعتبار بینه، در فرض تعدد واقعه مشهودبه تمام نیست و نمی‌توان به آن معتقد شد.

۵-۲. اتحاد واقعه مشهودبه در بینه

در صورتی که شهادت شاهدان در وقوع نجاست، به لحاظ زمان اختلاف داشته باشد؛ اما واقعه مشهودبه در بینه واحد باشد؛ مثلاً در شهادت دادن به نجاست ظرف با اختلاف در زمان تحقق نجاست، مشهودبه واحد است؛ مانند شهادت دادن یکی به نجاست ظرف با خون در دیروز و شهادت دادن دیگری به نجاست آن ظرف با آن خون در امروز. پس به صورت اجمال، در یکی از دو زمان نجاست با بینه ثابت است. این فرض چند صورت دارد: ۱) علم داشتن به عدم عروض مطهر بعد از شهادت نخست. ۲) علم داشتن به عروض مطهر بعد از شهادت نخست. ۳) احتمال عروض مطهر بعد از شهادت نخست (بین دو زمان).

صورت اول: در صورتی که علم داریم به اینکه با فرض اختلاف شاهدان در زمان وقوع نجاست بعد از شهادت شاهد نخست تا زمان شهادت شاهد دوم در فاصله میان این دو زمان، طهارتی بر آن عارض نشده است. بدون شک نجاست آن شیء و وجوب اجتناب فعلی از آن شیء، با بینه ثابت می‌شود و برای ثبوت نجاست فعلی نیاز به جریان استصحاب هم نیست؛ زیرا علم وجدانی پیدا می‌کنیم به تحقق و بقای نجاستی که جامع بین دو زمان سابق و فعلی است (خویی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۸۹؛ صدر، ۱۴۰۸: ۴، ۱۲۷). یعنی با توجه به این که واقعه، مشهودبه واحد است وجدانا می‌دانیم که نجاست در (یکی از دو زمان باینه) بین این دو زمان محقق شده و از طرفی چون علم به عدم عروض طهارت داریم، پس آن نجاست فعلاً هم باقی است. نجاست فعلی آن شیء، لازمه مدلول التزامی شهادت سابق و مدلول مطابقی شهادت فعلی است. بنابراین اثبات نجاست فعلی نیاز به استصحاب نجاست ندارد.

صورت دوم: در صورتی که در فاصله بین دو زمان شهادت احتمال عروض طهارت وجود داشته باشد؛ یعنی شک در عروض مطهر داشته باشیم و ندانیم که آیا در این

فاصله، آن شیء پاک شده است یا خیر؟ این فرض از دید فقها مورد اختلاف است. برخی فقها شهادت بینة را معتبر می‌دانند و حکم به ثبوت نجاست کرده و معتقدند که با ضمیمه‌ای اصل استصحاب، نجاست فعلی ثابت می‌شود. در مقابل برخی مانند سید حکیم بینة را فاقد اعتبار دانسته و جریان اصل استصحاب را نیز ناتمام می‌دانند که در ادامه به استدلال هرکدام از دو طرف نزاع پرداخته می‌شود.

دلیل قائلین به نجاست مشهودبه: کسانی که به اثبات نجاست حکم کرده‌اند، (تبریزی، ۱۴۲۶: ۲، ۲۹۶) مدرک آن را استصحاب قرار داده‌اند و تمسک به اصل استصحاب، به دو تقریب بیان شده است:

تقریب اول، تمسک به استصحاب حکمی: این تقریب از بیان آقای خویی استفاده می‌شود که این مورد را از موارد جریان استصحاب کلی قسم دوم می‌داند (خویی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۹۰). با این بیان که ما یقین داریم که کلی نجاست محقق شده یا در زمان سابق یا در زمان فعلی؛ اما احتمال عروض مطهر بین دو زمان می‌رود. لذا شک به وجود می‌آید که اگر نجاست در زمان سابق محقق شده باشد، بقای نجاست مشکوک است و اگر در زمان فعلی بعد از عروض مطهر محقق شده، پس یقیناً باقی است؛ یعنی مردد بین مشکوک البقا و متیقن البقا است، با آنکه در اصل تحقق نجاست شکی وجود ندارد. این از موارد استصحاب کلی قسم دوم است که در این قسم نسبت به کلی و جامع استصحاب جاری می‌شود.

تقریب دوم، تمسک به استصحاب موضوعی: شهید صدر با اینکه استصحاب حکمی را تمام می‌داند، می‌نگارد که در این فرض که احتمال عروض مطهر بین دو زمان می‌رود با استصحاب موضوعی عدم عروض مطهر، این احتمال برداشته می‌شود (صدر، ۱۴۰۸: ۴، ۱۲۷) و با ارتفاع این احتمال دیگر برای اثبات حکم به نجاست فعلی مانعی وجود ندارد چون با قطع نظر این احتمال یقیناً علم به تحقق نجاست به یکی از دو زمان داریم.

این دو تقریب هر دو تمسک به استصحاب موضوعی و حکمی است و هر دو تقریب تمام است. لیکن از لحاظ درجه و اعتبار تمسک به استصحاب موضوعی مقدم است



بر استصحاب حکمی.

دلیل قائلین به عدم نجاست مشهود^۱ به: در مقابل کسانی این دیدگاه را نمی‌پذیرند و تمسک به جریان اصل استصحاب را در این فرض مورد خدشه قرار داده‌اند. البته آنچه از کلام سید حکیم در مستمسک استفاده می‌شود، اشکال به تقریب اول است. ایشان در فرضی که شهادت دو شاهد به نجاست یک شیء از لحاظ زمان اختلاف داشته باشد،^۱ می‌نگارد: «در این فرض یقین به نجاست سابق متحقق نیست و تنها یقینی که وجود دارد یقین اجمالی [مردد بین دو زمان گذشته و فعلی] است و یقین اجمالی در صورتی مصحح استصحاب آن امر اجمالی است که بنابر تمام احتمالات مشکوک البقا باشد و امر اجمالی تنها نسبت به یکی از احتمالات معین، مصحح استصحاب نیست. چون نسبت به یکی از احتمالات معین، یقین محقق نیست» (حکیم، ۱۴۱۶: ۱، ۴۶۰).

یعنی یقین اجمالی در صورتی برای جریان استصحاب کارساز است که بخواهیم نسبت به تمام احتمالات، آن متیقن و امر اجمالی را استصحاب کنیم، نه در فرضی که نسبت به یکی از احتمالات معین استصحاب را جاری نماییم. مثلاً در فرض بحث ما، استصحاب نجاست که متیقن اجمالی است، نسبت به زمان فعلی درست نیست؛ زیرا نسبت به زمان فعلی یقینی وجود ندارد و یقین که متحقق است، اجمالی و مردد بین زمان سابق و زمان فعلی است. بنابراین یقین اجمالی در این فرض مصحح استصحاب نجاست نیست.

در رابطه با تقریب دوم، از کلام سید حکیم چیزی استفاده نمی‌شود؛ اما یکی از اساتید برجسته (استاد سید مدقق موسوی)، بنابر آنچه از ایشان توسط شاگردانش نقل می‌شود و در جلسه درسی خود ایراد کرده علاوه بر آنکه اشکال سید حکیم را بر تقریب اول وارد می‌داند، تقریب دوم را نیز تمام نمی‌داند؛ زیرا تمسک به استصحاب موضوعی (استصحاب عدم عروض مطهر)، اصل مثبت می‌شود. چون استصحاب عدم مطهر، به استصحاب عدم المانع بر می‌گردد؛ یعنی ما شک داریم که مانع

۱. مثلاً یک شاهد از نجاست ظرف با خون در گذشته خبر دهد و دیگری از نجاست فعلی آن ظرف با آن خون.



نسبت به تحقق بینه وجود دارد یا نه؟ و نتیجه استصحاب عدم مطهر این می‌شود که مانعی وجود ندارد. لذا بر این استصحاب مستقیماً اثر شرعی مترتب نمی‌شود؛ زیرا اثر شرعی مال بینه است. بنابراین در فرض بحث، تمسک به استصحاب به هردو قسم آن تمام نیست.

آنچه به نظر نگارنده قابل اختیار و درست است، این است که اشکال به هر دو تقریب وارد نیست. به تقریب اول اشکال وارد نیست؛ زیرا فرض ما در این است که مشهود به بینه واحد است؛ یعنی هر دو شاهد از یک واقعه خبر می‌دهند، تنها اختلاف در زمان است که اختلاف در زمان و برخی خصوصیات با واحد بودن واقعه مشهود به مضر به تحقق و اعتبار بینه نیست. بنابراین با بینه یقین به نجاست در یکی از دو زمان محقق است و اشکال به عدم تحقق متیقن درست نیست؛ اما با توجه به اینکه احتمال می‌رود مطهر بین دو زمان عارض شده باشد، از این جهت آن متیقن و کلی نجاست بنا به یک احتمال مشکوک البقاء است [تحقق نجاست در گذشته] و بنابر احتمال دیگر متیقن البقا است [تحقق نجاست در زمان بعدی، بعد از احتمال عروض مطهر] از این لحاظ شک فعلی در بقای متیقن به وجود می‌آید و در استصحاب کردن چنین متیقنی مشکل به نظر نمی‌رسد و جریان استصحاب تمام است.

اشکال به تقریب دوم نیز وارد نیست؛ زیرا اولاً در این فرض استصحاب عدم عروض مطهر بر شیء معین اصل مثبت نمی‌شود، چون اثر شرعی که همان نجاست شیء معین باشد، مستقیماً بر آن مترتب می‌شود و واسطه وجود ندارد. به سخن دیگر موضوع برای ترتب حکم به نجاست، مرکب از دو جزء وجودی و عدمی است؛ یکی تحقق بینه به ثبوت نجاست و دیگر عدم عروض مطهر. جزء اول و تحقق بینه وجدانی است تنها مردد بین دو زمان است و احتمال عروض مطهر تنها در فرضی داده می‌شود که بینه نسبت به زمان گذشته تحقق یافته باشد که این احتمال با اصل عدم آن برداشته شده و اثر نجاست مستقیماً بر خود شیء مترتب می‌شود.

ثانیاً در حجیت و عدم حجیت اصل مثبت اختلاف است؛ برخی از محققان



معتقدند، در صورتی که واسطه عقلی و عادی در ترتب اثر شرعی خفی و پنهان باشد یا بین مستصحب و اثر شرعی ملازمه باشد، اصل مثبت حجت است (محقق خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۱۶) که به نظر می‌رسد با پذیرفتن اصل مثبت در این فرض، استصحاب عدم مطهر از مواردی خفی و پنهان بودن واسطه یا از مواردی است که بین عدم عروض مطهر و نجاست شیء تلازم عرفی است. حتی برخی اصل مثبت را مطلقاً حجت می‌دانند و در مواردی که ترتب آثار شرعی بر مستصحب دارای واسطه عقلی و عادی قطعی باشد، خواه واسطه پیدا باشد و خواه پنهان فرق نمی‌گذارد (حیدری، ۱۴۱۲: ۲۸۳). بنابر پذیرش مبانی تقریب دوم حتی اگر اصل مثبت را در پی داشته باشد، تمام است و اشکال بر آن وارد نیست.

صورت سوم (علم به عروض مطهر): اگر بدانیم در فاصله‌ای میان دو زمان، مطهری عارض شده است. مثلاً شاهد اول به نجس بودن شیء معین در اول روز شهادت بدهد و شاهد دوم به نجاست همان شیء در آخر روز شهادت بدهد و از طرفی بدانیم که در فاصله میان این دو زمان، مطهری نسبت به آن شیء محقق شده است. این صورت از موارد توارد و تعاقب حالتین است و در توارد حالتین دو اصل با هم متعارضند و هر دو از اعتبار ساقط می‌شود.

بنابراین با فرض تعارض دو استصحاب مرجع، قاعده طهارت جاری می‌شود؛ چنان‌که خویی می‌نگارد: «در صورتی که ما علم به عروض مطهر داشته باشیم در نجاست آن شیء، شک فعلی به وجود می‌آید؛ زیرا اگر کلی نجاست با شهادت بین در اول روز محقق شده باشد، پس الآن یقیناً مرتفع شده است و اگر در آخر روز محقق شده الآن قطعاً باقی است، گرچه استصحاب جامع نجاست از نوع استصحاب کلی قسم دوم قابل تطبیق و جریان است، ولی این استصحاب، مواجهه با معارض است؛ زیرا با این احتمال که نجاست در پایان روز محقق شده باشد، شک در بقای طهارت نیز به وجود می‌آید و با شک در بقای طهارت، استصحاب بقای آن نیز قابل جریان است. این استصحاب با استصحاب بقای نجاست تعارض دارند و تساقط می‌کند در نتیجه مرجع برای حکم مشهود به قاعده طهارت است» (خویی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۹۰).

۵-۳. اختلاف بینه به لحاظ زمان با فرض تعارض

در فرضی که یک شاهد به نجاست فعلی و دیگری شهادت بدهد به نجاست سابق با خبر دادن از طهارت فعلی آن شیء شهادت دهد. این فرض دو صورت دارد:

صورت اول: شاهدهی که به نجاست فعلی خبر می‌دهد، نسبت به حالت سابق ساکت است. در این صورت با فرض وحدت واقعه مشهوده، تحقق بینه نسبت به ثبوت جامع نجاست، ثابت است و حکم به نجاست فعلی آن صحیح است؛ اما شهادت به طهارت فعلی، چون خبر واحد است، حجیت و اعتبار ندارد (خویی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۹۲ و صدر، ۱۴۰۸: ۴، ۱۲۸).

صورت دوم: در صورتی که شاهد اول با آنکه شهادت به نجاست فعلی می‌دهد، به نجاست سابق آن نیز شهادت بدهد، این فرض مثل شهادت دادن هر دو شاهد به نجاست سابق است و در ارتفاع و عدم ارتفاع آن نجاست اختلاف دارد، با توجه به اینکه در محل اختلاف، شهادت هر کدام مصداق خبر واحد است، اعتبار ندارد و با استصحاب نجاست سابق حکم نجاست فعلی آن ثابت می‌شود (حکیم، ۱۴۱۶: ۱، ۴۶۳).

۵-۳-۱. فرض عدم انحصار حجیت در بینه

در صورتی که حجیت و طریق اثبات موضوعات (نجاست) منحصر در بینه نباشد، بلکه با خبر عدل واحد نیز قابل اثبات باشد و شارع مقدس آن را در کشف موضوعات حجت قرار داده باشد، احکام هر کدام از صورت‌های مسئله در برخی موارد تفاوت پیدا می‌کند که در ذیل به توضیح آن پرداخته می‌شود.

در صورتی که هر دو شاهد به نجاست فعلی شیء شهادت دهند، نجاست با اخبار عدل واحد ثابت می‌شود؛ اما در صورتی که دو شاهد به نجاست سابق در زمان معین شهادت بدهند، نیز حکم نجاست ثابت است. البته در صورتی که احتمال عروض مطهر بعد از آن زمان معین سابق وجود داشته باشد، با تمسک به استصحاب می‌توان نجاست را اثبات کرد. حکم این دو صورت در فرض حجیت خبر واحد نیز با بینه تفاوتی ندارد. لذا مجال وزمینه‌ای بحث باقی نمی‌ماند؛ اما در



فرض اختلاف داشتن شهادت در پینه به لحاظ زمان، صورت‌های مختلف متصور است که بررسی می‌شود.

۵-۳-۲. عدم تعارض شهادت شاهدان

برای این فرض چند حالت متصور است که در ذیل به هر یک پرداخته می‌شود:

الف. تعدد واقعه: در این فرض نجاست ثابت می‌شود؛ به اعتبار حجیت خبر عدل واحد در موضوعات. چون هر دو شاهد خبر از نجاست می‌دهند یکی از حالت فعلیه و دیگری از حالت سابقه و هر دو باهم تعارض ندارند و تنها اختلاف در زمان دارد که با فرض تعدد واقعه سبب تعارض نمی‌شود.

ب. وحدت واقعه: در صورتی که واقعه مشهودبه واحد باشد، در کلام فقها اختلاف دیدگاه مشاهده می‌شود:

آیت‌الله تبریزی: در صورت علم داشتن به عروض مطهر بعد از شهادت نخست، از قبیل توارد حالتین است؛ زیرا امر دایر است بین اینکه مطهر بعد از نجاستی که مشهودبه در شهادت دو شاهد است، واقع شده یا قبل از آن و شک در تقدم و تأخر هر کدام است. در نتیجه دو استصحاب متعارضند؛ استصحاب نجاست با استصحاب مطهر. بنابراین در این صورت نمی‌توان حکم به نجاست فعلی کرد و مرجع قاعده طهارت است (تبریزی، ۱۴۲۶: ۲، ۲۹۶).

آیت‌الله خویی: ایشان بعد از آن که در هر سه صورت حکم به ثبوت نجاست کرده، تحقق تعارض را نیز ممکن می‌داند. چنانکه در تنقیح نقل شده است: «مگر این که از ناحیه واحد بودن واقعه مشهودبه بین دو شهادت تعارض واقع شود؛ زیرا محال است که یک واقعه در دو زمان تحقق پیدا کند. بنابراین هر دو شاهد نافی همدیگرند و بین دو شهادت تعارض شکل می‌گیرد و تساقط می‌کند و بعد از تساقط مرجع قاعده طهارت است»؛ (خویی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۹۱) چون ادله اعتبار خبر واحد صورت تعارض را شامل نمی‌شود.

دیدگاه مختار: به نظر می‌رسد اگر مورد اتفاق در وجود و ادراک مستقل باشد، اختلاف در بعضی خصوصیات مشکل ندارد و تنها آن خصوصیت مورد اختلاف

ثابت نمی‌شود؛ اما آنچه مورد اتفاق است، ثابت می‌شود؛ مانند اینکه یکی شهادت بدهد از اصابت خون به لباس در دیروز و دیگری شهادت بدهد از ملاقات خون در این روز. این دو شهادت از لحاظ زمان با هم متعارض است و تساقط می‌کند؛ اما در اصل اصابت خون در لباس که دارای ادراک وجود مستقل است، با هم متعارض نیست. پس نفس اصابت بدون خصوصیت زمان، ثابت می‌شود؛ اما در صورتی که مورد اتفاق دارای وجود مستقل نباشد، ثابت نمی‌شود؛ مانند اینکه یکی شهادت بدهد از اصابت خون در لباس اول شب و دیگری خبر دهد از ملاقات بول به لباس آخر شب. در این صورت نجاست ثابت نمی‌شود؛ زیرا جامع بول و خون وجود مستقل از هر کدام ندارد. یا در ضمن بول یا در ضمن دم محقق می‌شود و هر کدام بول و خون مورد تخطئه و تنافی شاهدان واقع شده است.

۴-۵. اختلاف شهادت در بینه با فرض تعارض

در صورتی که یک شاهد به نجاست فعلی یک شیء شهادت بدهد و دیگری به نجاست سابق آن شهادت بدهد، با خبر دادن از طهارت فعلی آن شیء؛ (یعنی که قبلاً نجس بود، ولی الآن طاهر است)، دو صورت دارد: (۱) واقعه مشهوده واحد است، (۲) واقعه مشهوده متعدد است.

۴-۵-۱. وحدت واقعه مشهوده

این صورت نیز دو حالت دارد؛ زیرا شاهدی که از نجاست فعلی خبر می‌دهد (۱) نسبت به حالت گذشته ساکت باشد و (۲) با شهادت به نجاست فعلی از طهارت گذشته شیء، نیز خبر دهد.

در فرض اول اگر شهادت در بینه نسبت به حالت و زمان فعلی شیء مشهوده متعارض و واقعه مشهوده نیز واحد باشد، در مقام نخست بیان شد که نجاست فعلی ثابت می‌شود؛ اما بنابر اعتبار خبر عدل واحد، نیز حکم به نجاست فعلی مشهوده تمام است و مشکلی ندارد. چون هردو شهادت در تحقق جامع نجاست با هم اتفاق دارد و تنها نسبت به زمان فعلی با هم متعارضند و تساقط می‌کنند و بعد از تساقط، جامع نجاست که با بینه ثابت شد، استصحاب می‌شود. تنها معارضی که



در مقابل جریان استصحاب متصور است، شهادت به طهارت فعلی است، لیکن از این جهت که شهادت به طهارت فعلیه با شهادت به نجاست فعلی متعارض است، تساقط می‌کند. بنابراین حاکم یا معارضی نسبت به استصحاب نجاست وجود ندارد (تبریزی، ۱۴۲۶: ۲، ۱۹۱). در فرض دوم اگر شاهدی که به نجاست فعلی شهادت می‌دهد و از طهارت سابقه نیز خبر دهد، تعارض شکل می‌گیرد و نجاست فعلی ثابت نمی‌شود و مرجع قاعده طهارت است (خویی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۹۱).

۵-۴-۲. عدم وحدت واقعه

در صورتی که شاهدان در واقعه مشهوده اختلاف داشته باشند، حکم نجاست فعلی ثابت نمی‌شود؛ زیرا هر دو نسبت به حالت و زمان فعلی متعارض است و با فرض تعدد واقعه، جامع نجاست نیز ثابت نیست تا استصحاب شود. پس نمی‌توان حکم به نجاست فعلی مشهوده کرد (صدر، ۱۴۰۸: ۴، ۱۲۹).

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه در این نوشتار بررسی و تحلیل شد، نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱. معیار احراز وحدت مشهوده در بینه با فرض اختلاف داشتن شهود این است که اگر شهادت شاهدان با وجود اختلاف، در امری که دارای وجود و ادراک مستقل باشد، اتفاق و اتحاد پیدا کنند، حتی اگر آن امر مورد اتفاق، جزء تحلیلی و تضمینی هر کدام از شهادت شاهدان باشد، همین مقدار در اعتبار بینه کافی است. در مواردی که مشهوده، متعدد و مختلف باشد حکم مشهوده ثابت نمی‌شود.
۲. با تحقق بینه نسبت به حالت سابق شیء مشهوده، نجاست سابق و فعلی مشهوده نیز ثابت می‌گردد.

۳. با اختلاف شهادت شاهدان به لحاظ زمان و با فرض عدم تعارض در صورتی که واقعه مشهوده متعدد باشد، بینه اعتبار ندارد و حکم مشهوده ثابت نمی‌گردد؛ اما در صورتی که واقعه مشهوده واحد باشد، صرف اختلاف به لحاظ زمان مانع از حجیت بینه نیست و حکم مشهوده با بینه ثابت می‌شود. مگر در صورت توارد حالتین.



۴. اختلاف شاهدان به لحاظ زمان و با فرض تعارض، حکم کلی مشهودبه قطع نظر از خصوصیت زمان ثابت می‌شود.

با اختلاف شاهدان در فرض حجیت خبر واحد و عدم تعارض آن دو، حکم مشهودبه ثابت می‌شود چه واقعه مشهودبه واحد باشد چه متعدد، حتی در صورت توارد حالتین؛ اما با فرض تعارض داشتن شهادت دو شاهد، در صورتی که واقعه مشهودبه واحد باشد، حکم کلی و مورد اتفاق هر دو شاهد بدون خصوصیت زمان، ثابت می‌شود؛ اما اگر واقعه مشهودبه متعدد باشد، حکم مشهودبه به جهت تعارض ثابت نمی‌شود.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن اثیر، مبارک، (بی تا)، *النهاية في غريب الحديث والاثار*، قم: نشر اسماعيليان.
۲. بحرانی، محمد سند، (۱۴۱۵ ق)، *سند العروة*، قم: انتشارات صحفى.
۳. تبریزی، جواد، (۱۴۲۶ ق)، *تنقيح مباني العروة*، قم: دارالصدیقة الشهيدة^(س).
۴. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ق)، *وسائل الشيعة*، قم: مؤسسه آل البيت^(ع).
۵. حکیم، سید محسن، (۱۴۱۶ ریال)، *مستمک العروة الوثقى*، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۶. حیدری، علی نقی، (۱۴۱۲ ق)، *اصول الاستنباط*، قم: لجنة ادارة الحوزة العلمية.
۷. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۸ ق)، *التنقيح في شرح العروة الوثقى*، قم: تحت اشراف آقاى لطفی.
۸. راغب اصفهانی، حسین، (۱۴۱۲ ق)، *مفردات ألفاظ القرآن*، بیروت: دار العلم - الدار الشامیة.
۹. سبزواری، سید عبد الأعلى، (۱۴۱۳)، *مهذب الأحكام*، قم: مؤسسه المنار.
۱۰. صدر، سید محمدباقر، (۱۴۰۸ ق)، *بحوث في شرح العروة الوثقى*، قم: مجمع الشهيد آية الله الصدر العلمی.
۱۱. علوی، سید عادل، (۱۴۲۱ ق)، *القول الرشید في الاجتهاد والتقليد*، قم: انتشارات کتابخانه و چاپخانه آية الله مرعشى نجفی.
۱۲. کاشف الغطا، محمدحسین، (۱۳۵۹ ق)، *تحریر المجله*، نجف: المكتبة المرتضوية.
۱۳. محقق خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۰۹ ق)، *کفاية الاصول*، قم: آل البيت عليهم السلام.
۱۴. مشکینی، علی، (۱۳۷۳)، *اصطلاحات الاصول و معظم أبحاثها*، قم: بی نا.
۱۵. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۲۱ ق)، *کتاب الطهارة*، تهران: موسسه تنظیم و نشر امام.
۱۶. نراقی، احمد بن محمد، (۱۴۱۵ ق)، *مستند الشيعة*، قم: آل البيت عليهم السلام.
۱۷. همدانی، آقارضا، (۱۴۱۶ ق)، *مصباح الفقيه*، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۱۸. یزدی، سید محمدکاظم، (۱۴۰۹ ق)، *العروة الوثقى*، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.



بررسی علم قاضی در حقوق افغانستان

ولی‌الله اللهیاری^۱ | محمد ابراهیم رضایی^۲

چکیده

علم قاضی از موضوعات مهم ادله اثبات و یکی از طرق اثبات جرم است. در مقاله حاضر با استفاده از روش تحلیلی و توصیفی، به بررسی این مقوله در حقوق افغانستان پرداخته شده است. سؤال اصلی این است که از نظر حقوق افغانستان، آیا قاضی در هنگام صدور رأی، می‌تواند به علم خود که مبتنی بر اصول و قواعد علمی بوده و از طرق متعارف به دست آمده است، استناد کند؟ طبق یافته‌های این تحقیق، قاضی می‌تواند به علم خود استناد کند به این شرط که موضوع دعوا حق الناس باشد، قاضی علم خود را در حال داشتن منصب قضا حاصل کرده باشد، این علم برایش در جایی حاصل شده باشد که در همان جا قاضی است، استفاده از این علم، بی‌طرفی قاضی را نباید زیر سؤال ببرد و تحصیل آن باید مبتنی بر اصول و قواعدی چون اصل برائت و اصل مشروعیت باشد. رعایت این اصول و قواعد، موجب می‌شود که قاضی در استناد به علم خود، نظر شخصی را اعمال نکرده و از لجام‌گسیختگی و بی‌نظمی آرا جلوگیری شود. هدف مقاله این است که بررسی شود تا مشخص شود که علم قاضی تا چه حد می‌تواند مشکلات حقوقی و قضایی افغانستان را برطرف کند و موجب تسکین آلام جامعه و تأمین عدالت و امنیت و حقوق جامعه شود. **کلیدواژه‌ها:** علم قاضی، ادله اثبات دعوا، اصول و قواعد، حکم حاکم، حقوق افغانستان

۱. ماستری فقه قضایی، دانشکده فقه و حقوق، جامعه المصطفی العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان

۲. استاد دانشکده حقوق دانشگاه کاتب، کابل، افغانستان

مقدمه

یکی از مسائل مهم در باب ادله اثبات دعوا، علم قاضی است. سؤالی که در این مورد مطرح است، این است که آیا علم قاضی در حقوق افغانستان از ارزش و اعتباری برخوردار است یا خیر؟ برای رسیدن به پاسخ این سؤال، در مقاله حاضر تلاش شده که مطابق حقوق و قوانین افغانستان، نتیجه مطلوب به دست آید. بدون تردید اگر ادله‌ای که در خصوص اثبات موضوع ارائه می‌گردد، قابل خدشه باشد، این مقاله تنها اثر علمی داشته و عاری از اثر عملی خواهد بود؛ زیرا در این صورت، قضات و متصدیان دستگاه قضایی نمی‌توانند بر اساس علم خود قضاوت کنند، چنان‌که اگر دلیلی بر ارزش علم قاضی وجود نداشته باشد، بر اساس قاعده معروف منطقی «نتیجه تابع اخس مقدمتین است»، علم قاضی اثر عملی نخواهد داشت.

آنچه درباره بررسی علم قاضی مطرح می‌شود، اطلاعات عمومی یا دانش قضایی نوعی نیست؛ زیرا انتخاب قضات از بین اشخاصی که اطلاعات و دانش مزبور را دارند برای این است که آن‌را در قضاوت به‌کارگیرند. به بیان دیگر این علم، لازمه قضاوت است و چنین علمی برای وی مفروض و حتی بر وی تکلیف است که نسبت به متعلق قضاوت، عالم باشد. محل بحث در اینجا علمی است که قاضی بر اساس ادله شرعی و قانونی موجود در پرونده (اقرار، شهادت، اماره قضایی و...) با لحاظ توان اثباتی به دست می‌آورد. پس علمی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد که اولاً در اثر مطالعه پرونده و اوضاع و احوال و قرائن موجود در پرونده برای قاضی حاصل شود، ثانیاً در حقوق الناس باشد و علمی که قاضی، خارج از پرونده به دست می‌آورد یا در حقوق الله باشد، فاقد اعتبار و حجیت قضایی خواهد بود.

راجع به ضرورت و اهمیت موضوع باید گفت که ارزش، اعتبار و اهمیت اثبات حق بر کسی پوشیده نیست و دلایل اثبات دعوا، نقش بسیار مهمی در احراز حقانیت طرفین دعوا دارند؛ اما در این میان آنچه از اهمیت بیشتری برخوردار است، دلایل اثبات در دعاوی کیفری است که یکی از آن دلایل، علم قاضی است. این دعاوی به علت اینکه با جان، مال، عرض، شرف، نسل و حیثیت و ناموس انسان‌ها ارتباط مستقیمی دارند،



از اهمیت شایان توجهی نسبت به ادله اثبات دعاوی مدنی مثل دعاوی مطالعه وجه - تخلیه - خلع ید - حق ارتفاق و حق شفعه و... برخوردار هستند. چراکه ادله اثبات در دعاوی کیفری وسیله‌ای برای کشف حقیقت، احقاق حق و نهایتاً ایجاد امنیت و عدالت و انصاف قضایی است. بحث ادله اثبات دعاوی کیفری هم مربوط به آیین دادرسی کیفری است. از این رو گفته‌اند «اگر به کشور بیگانه پا گذاشتید و به آگاهی از حقوق و آزادی‌های فردی و ارزش و اعتباری که جامعه برای آن قائل است، تمایل داشته باشید، کافی است که به قانون آیین دادرسی کیفری آن کشور رجوع کنید». پس ادله اثبات دعوا، خصوصاً علم قاضی در مسائل کیفری، گناهکار را از بی‌گناه تفکیک کرده و مانع تضییع حقوق شرعی و قانونی مراجعین به مراجع قضایی می‌شود.

همچنان نکته دیگری که بیانگر اهمیت بالای بررسی علم اثبات حجیت علم قاضی است، این است که کوچک‌ترین لغزش و انحراف و خطای قضایی در خصوص اثبات این جرم یا منتفی شدن آن و صدور حکم برائت با تغییر سرنوشت یک انسان برابر است و در صورت اشتباه قضایی جبران آن سخت و در مواردی غیرممکن و محال است؛ مانند مواردی که انسان بی‌گناهی را به پای چوبه دار بفرستیم. از این رو دلایل اثباتی جرم قتل و بالاخص علم قاضی ارزش و اعتبار خاصی پیدا می‌کند. محور اصلی این تحقیق هم بررسی «علم قاضی» در حقوق افغانستان است تا این تحقیق مایه آگاهی برای مردم علی‌الخصوص قضات شده و مانع خطاهایشان شود.

۱. مفاهیم

۱-۱. علم

علم یعنی حصول صورت یک شیء در نزد عقل (المظفر، ۱۳۷۰: ۱، ۲۶۲) بر این اساس علم عبارت است از حکم و اعتقاد جازم به یک شیء در نزد عقل که شک را قبول نمی‌کند.

۱-۲. قاضی

قاضی حکم کننده و داور است؛ طوری که قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان

قاضی را تعریف می‌کند: «قاضی شخصی است که حکم می‌کند» (قانون اصول محاکمات مدنی، ۱۳۶۹، ماده ۴). جزء ۱۶، ماده ۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه افغانستان، قاضی را چنین تعریف کرده است: «قاضی شخصی است که با داشتن انسلاک قضائی، قضایا را طبق احکام قانون رسیدگی و اصدار حکم می‌نماید» (قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه افغانستان، ۱۳۹۱، ماده ۴). پس قاضی شخصی است که دارای انسلاک قضائی بوده و حکم خود را مطابق قانون برای حل و فصل دعاوی صادر می‌کند.

۱-۳. علم قاضی

علم قاضی عبارت است از معرفت قاضی در احراز و انتساب بزه به متهم از طرق عینی و محسوس یا ذهنی. علم قاضی زمانی معتبر است که عینی، ملموس و قابل کنترل در مراجع تجدیدنظر باشد؛ چنانکه قاموس اصطلاحات حقوقی افغانستان درباره علم قاضی می‌نویسد: «اطلاعات موجهی که قاضی بر موضوع تحت دوران دارا باشد (ستانکزی و دیگران، ۱۳۸۷: ۱۸۱). پس علم قاضی همان اطلاعات موجه و درست است که راجع به قضیه‌ای تحت دوران، به دسترس قاضی قرار می‌گیرد.

۱-۴. حقوق

حقوق عبارت است از مجموعه قواعد و مقرراتی که بر روابط افراد یک جامعه در زمان معین، به کاربرده می‌شود. به دیگر سخن، حقوق مجموعه‌ای از بایدها و نبایدهایی است که اعضای یک جامعه، ملزم به رعایت آن هستند و دولت ضمانت اجرایی آن را به عهده دارد؛ مانند حقوق افغانستان، حقوق ایران و حقوق مصر. تقریباً همه جوامع انسانی از گذشته تاکنون، به نوعی با این الزام‌های حقوقی همراه بوده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۲).

۲. پیشینه تحقیق

در مورد علم قاضی، تحقیقات زیادی صورت گرفته و کتب و رسالات زیادی نوشته شده که از آن جمله می‌توان نام برد: «حجیت علم قاضی در فقه و حقوق کیفری



ایران» از سنور ربیعی (پایان نامه کارشناسی ارشد). «علم قاضی در حقوق اسلام» از مرتضی مقتدایی (مقاله). «ادله اثبات دعوا» از محمد عظیمی (مقاله)، ولی در این تحقیقات علم قاضی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق کیفری ایران بحث شده است و علم قاضی در حقوق افغانستان بحث نگردیده است و مقاله حاضر علم قاضی را از دیدگاه حقوق افغانستان بررسی می کند.

۳. اعتبار علم قاضی در حقوق افغانستان

درین مورد مناسب است تا در نخست بیان گردد که حقوق افغانستان بر اساس کدام مذهب فقهی تدوین گردیده است و با کدام اصول و ضوابط فقهی علم قاضی را من حیث یک دلیل برای اثبات دعوا می پذیرد: برای با پاسخ به سؤال فوق مطالب ذیل را به بررسی می گیریم.

با توجه به ماده سوم قانون اساسی افغانستان که به صراحت بیان می کند: «در افغانستان هیچ قانون نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد» (قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲: ماده ۳). از این ماده دانسته می شود که قوانین و حقوق افغانستان بر مبنای حقوق اسلامی استوار است. ماده اول قانون جزای افغانستان (مصوب ۳۱ سنبله ۱۳۵۵) و بند دوم ماده دوم قانون کد جزای افغانستان، در تعیین حقوق اسلامی، بر مبنای اکثریت (مبنای مقبولیت و نه مشروعیت)، فقه حنفی را تعیین کرده است: «این قانون جرائم و جزایهای تعزیری را تنظیم می نماید، مرتکب جرائم حدود، قصاص و دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می گردد» (کد جزا، ۱۳۹۵: ماده ۲).

در ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان نیز چنین مقرر شده است: «محاكم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نمایند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نمایند» (قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲: ماده ۱۳۱).

از مجموعه مباحث فوق‌الذکر نتیجه‌ای که حاصل می‌شود این است که نظریه حقوق افغانستان در فقه حنفی قابل جستجو است، البته به استثنای قوانین مربوط به احوال شخصیه اهل تشیع (مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۱۹) که بر مبنای ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان: «محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند، در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند» (قانون اساسی افغانستان: ماده ۱۳۱). بنابراین، باید نظر حقوق افغانستان را در فقه حنفی جستجو کرد. بدون تردید امروزه یکی از مشکلات اساسی کشور ما این است که کمتر به قانونی ساختن فقه و آوردن مسائل کلان فقهی در امور جزایی و حکومتی پرداخته می‌شود.

۴. نظریه فقه حنفی در مورد اعتبار علم قاضی

دیدگاه فقه حنفی راجع به علم قاضی در دو محور به صورت اجمال و تفصیل مطرح و مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱-۴. نظریه اجمالی

تردید نیست که علم حاصل از ادله اثبات دعوا برای قاضی حجت است و می‌تواند بر اساس آن حکم صادر کند؛ چنان‌که یکی از حقوق‌دانان مطرح می‌نویسد: «ادله‌ای که توسط آن‌ها، اثبات دعوا می‌شود برای قاضی، علمی نسبت به قضیه به وجود می‌آورد که مثل آن است که خود قاضی شاهد و ناظر واقعه بوده است و قاضی ناچار است بر طبق علم حاصل از آن حکم کند» (سنه‌وری، ۱۳۳۷: ۲، ۲۰).

امام ابوحنیفه و محمد در این مورد می‌گویند: «هرگاه قاضی بعد از تصدی مقام قضاوت و در جایگاه قضاوت علم حاصل کرد، مطابق آن حکم صادر می‌کند، ولی در صورتی که پیش از تصدی مقام قضاوت یا بعد از آن در غیر جایگاه ولایت بر قضا علم حاصل کند، بر اساس علم خود قضاوت نمی‌کند. این در حقوق الناس است؛ اما در حقوق الله بر مبنای علم خود در هیچ حالی قضاوت نمی‌کند» (سرخسی،



۱۹۹۳: ۱۶، ۱۰۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۹، ۴۱).

میان فقیهان اهل سنت (احناف، مالکی، شافعی و حنبلی) در این مسئله، اختلاف نظر وجود دارد. هرچند متأخرین آن‌ها، علم قاضی را در حقوق الله و حقوق العباد معتبر ندانسته‌اند، ولی از عبارات بعضی از معاصرین استفاده می‌شود که علم ناشی از ادله اثبات دعوا نسبت به مدعا مثل این است که قاضی خود شاهد واقعه بوده و بر ظاهر و باطن قضیه آشنایی داشته باشد. اگرچه در تعیین موضوع بحث دچار اشتباه شده، ولی لازمه این امر آن است که قاضی بر مبنای علم ناشی از مشاهده و اطلاع شخصی خود حکم کند؛ زیرا این علم از علم ناشی از شهادت، اقرار و ادله دیگر اثبات دعوا، قوی‌تر است. لیکن با توجه به ضعف تدریجی وجدان بازدارنده و تقوای دینی در مردم، موجب مادی‌گرایی و عشق به کسب اموال از هر راه ممکن شده و قاضی را در معرض سوءظن قرار داده، از اعتبارش می‌کاهد تا جایی که امام شافعی^(ح) می‌گوید: «اگر قاضی‌های بد نمی‌بودند، می‌گفتم حاکم می‌تواند بر طبق علم خود حکم کند» (خطیب شربینی، ۱۴۰۷: ۳، ۹۴).

۲-۴. نظریه تفصیلی

دیدگاه فقه حنفی این است که هرگاه در باب حدود، فقط حق الله در میان باشد، از قبیل حد شراب خواری و زنا، قاضی به استفاده از علم خود مجاز نیست؛ زیرا موجب شبهه است و با وجود شبهه، قاعده درء (حدود را به وسیله شبهات دفع کنید) (ابن نجیم، ۱۹۸۰: ۱۲۷) جاری است؛ اما وقتی حدود ناظر به حق الناس باشد، از قبیل حد قذف، یا موضوع علم قاضی حقوق الناس باشد، مانند اموال و عقود، نظیر خرید و فروش، قرض، نکاح، طلاق و قتل، قاضی می‌تواند بر اساس علم خود حکم کند، ولی در موارد سه‌گانه ذیل خواه در حدود الله باشد یا غیر آن، قاضی به قضاوت بر مبنای علم خود مجاز نیست:

۱. قاضی قبل از تصدی منصب قضاوت علم و آگاهی داشته باشد.

۲. قاضی بعد از تصدی قضاوت در جایی که در حوزه قضایی قاضی نیست، علم

پیدا کند.

۳. قاضی در حوزه قضایی خود علم داشته باشد و از قضاوت عزل شود، اگر بار دیگر ابلاغ قضایی بگیرد، نمی‌تواند مطابق آن علم قضاوت کند.

برخی از دانشمندان حنفی، نظیر ابویوسف قاضی و محمد بن حسن شیبانی، با این دیدگاه مخالفت کرده و قائل شده‌اند که «در همه حالات سه گانه مزبور، قاضی می‌تواند به علم خود عمل کند، جز در حدود الله که به قضاوت بر اساس علم خود مجاز نیست» (سرخسی، ۱۹۹۳: ۱۶، ۱۰۵).

امام ابوحنیفه^(ح) و اصحابش در جای دیگر قائل شده‌اند: «هرگاه حاکم کارهایی را که موجب حدود است، پیش از اشغال کرسی قضاوت و بعد از آن مشاهده کند، نمی‌تواند بر اساس علم خود حکم کند، جز در مورد حد قذف که می‌تواند مطابق علم خود حکم صادر کند. هم‌چنین هرگاه پیش از اشغال منصب قضاوت علم به حقوق الناس پیدا کند، نمی‌تواند بر مبنای علمش حکم کند؛ اما وقتی بعد از ایفای منصب قضاوت علم پیدا کند، می‌تواند بر مبنای آن حکم کند (ابن رشد، ۱۹۷۵: ۲، ۵۰۸؛ سرخسی، ۱۹۹۳: ۱۶، ۱۰۵؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵: ۲، ۴۰۰؛ ابن حزم، بی‌تا: ۹، ۴۲۷).

امام ابویوسف و محمد می‌گویند: «قاضی می‌تواند در مواردی که پیش از قضاوت در حقوق الناس علم پیدا کرده، به علم خود عمل نماید» (سرخسی، ۱۹۹۳: ۱۶، ۱۰۵). حسن بن حی می‌گوید: «هرگاه پیش از قضاوت، پس از سوگند دادن، در حقوق الناس علم پیدا کند، مطابق علمش قضاوت می‌کند، حتی اگر در مورد زنا، سه نفر دیگر با او مشاهده کند و در غیر زنا مرد دیگری با او مشاهده کند، نمی‌تواند حکم کند» (سرخسی، ۱۹۹۳: ۱۶، ۱۰۵).

قانون اصول محاکمات مدنی کشور که بر مبنای اسلام و شریعت پی‌ریزی شده است، در ماده ۵۰۱ مقرر می‌دارد: «حکم قاضی در صورت عدم موجودیت احکام صریح قانون مطابق به اساسات شریعت اسلامی صادر می‌گردد دارای قوت و قدرت در محکوم به است» (قانون اصول محاکمات مدنی، ۱۳۶۸: ماده ۵۰۱). در ماده ۴۹۸ همین قانون تصریح شده است: «قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ



کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه وقوف کافی داشته باشد» (قانون اصول محاکمات مدنی، ۱۳۶۸: ماده ۴۹۸). هرچند از هردو ماده مزبور اعتبار علم قاضی استفاده نمی‌شود؛ اما با صراحت دلالت دارد که قاضی می‌تواند بر مبنای شریعت اسلامی فیصله صادر نماید؛ بدان معنا که اگر در شریعت اسلامی (فقه حنفی) و (به صورت محدود فقه جعفری) علم قاضی ارزش اثباتی داشته باشد، قاضی می‌تواند مطابق علم خود فیصله قضایی صادر نماید.

قانون اجرائات جزایی هرچند صراحت بر حجیت علم قاضی ندارد؛ اما از مفهوم مخالف آن می‌توان استفاده کرد که علم ناشی از ادله حجت است. طوری که در بند ۴ ماده ۱۹ قانون اجرائات جزایی آمده است: «محکمه نمی‌تواند به ظن خود و در صورت موجودیت شبهه در دلایل، به الزام متهم حکم نماید». به همین شکل در بند ۱ ماده ۲۴ مقرر گردیده است: «موجودیت یک قرینه به تنهایی سبب اثبات واقعه نمی‌گردد، مگر اینکه قرینه قاطع بوده و با دلایل دیگر آن را تأیید و تقویت نماید» (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۹۲: ماده ۱۹ و ۲۴).

از مواد فوق‌الذکر برمی‌آید که در صورت وجود شبهه در ادله یا در صورت وجود یک قرینه بر اثبات دعوا، اگر قاضی از ادله و یک قرینه موجود، علم و قطع بر مدعا پیدا کند می‌تواند بر اساس این علم فیصله صادر نماید. بر اساس مواد مزبور معلوم است که علم قاضی ناشی از ادله دیگر ارزش اثباتی دارد. حقوقدانان مصری با بیان دیگری این مطلب را یادآوری کرده است: «گاه حقیقت قضایی از «حقیقت واقعی خارجی» فاصله داشته و گاه در تعارض و تخالف با آن است؛ زیرا «حقیقت قضایی» از راه پراسیجر رسیدگی و به‌کارگیری ادله اثبات دعوا ثابت می‌شود، با اینکه «حقیقت واقعی خارجی» میان دو اعتبار توازن برقرار می‌سازد: اول اعتبار عدالت خواهی؛ به این لحاظ قاضی وادار می‌شود تا به اصول محاکمات پایبند بوده و برای رسیدن به حقیقت به ادله قانونی محدود باشد تا قاضی گرفتار استبداد رأی و تحکم نگردیده و سارنوالان نیز در مورد نتیجه حاصل از ادله اثبات برای کشف حقیقت و ارزش‌گذاری ادله دچار اختلاف نشوند...» (سنه‌وری، ۱۳۳۷: ۲، ۲۰). مقتضایی این قضیه آن

است که ادله اثبات دعوا نزد قاضی محدود است، این بدان معنا نیست که علم شخص قاضی اثر ندارد.

حقوق دانان ادله و طرق اثبات دعوا را در شش مورد برشمرده‌اند: (۱) سند؛ (۲) شهادت یا بینه؛ (۳) قرائن؛ (۴) اقرار؛ (۵) سوگند؛ (۶) معاینه. از دیدگاه آنان علم قاضی، در فرضی که ناشی از ادله و طرق مزبور باشد، ارزش دارد. بنابراین علم قاضی در صورتی که ناشی از علوم مسلم مردم یا جلسه قضاوت باشد، اعتبار دارد؛ اما شاید بدان دلیل است که از مصادیق قسم سوم محسوب می‌شود.

۵. شرایط و ضوابط اعتبار علم قاضی در حقوق افغانستان

چنانکه اشاره شد، حقوق افغانستان برگرفته از فقه حنفی است. بنابراین علم قاضی در فقه حنفی یکی از ادله اثبات دعوا به شکل مطلق نیست، بلکه با رعایت شرایط آن به عنوان ادله اثبات دعوا پذیرفته شده است که این شرایط قرار ذیل است:

۵-۱. موضوع دعوا حق الناس باشد

نخستین شرط اعتبار علم قاضی در فقه حنفی این است که موضوع دعوا از جمله حق الناس باشد؛ مثل حد قذف، یا اموال و عقود که مقصود از آن‌ها مال است یا در غیر اموال مثل نکاح، طلاق و دیات. در این صورت قاضی می‌تواند به علم خود حکم نماید، طوری که ابن عابدین شامی می‌نویسد: «در صورتی که موضوع دعوا (محکوم به)، از جمله حقوق العباد خالص است، قاضی می‌تواند برای حل و فصل آن از بینه، اقرار، سوگند، انکار، قسامه، علم قاضی که می‌خواهد به وسیله آن حکم نماید و با قرائن واضح و روشن که امر را در جانب قطع و یقین قرار می‌دهد، استفاده نماید» (ابن عابدین، ۱۴۱۲: ۵، ۳۵۴).

به همین شکل سرخسی می‌گوید: «وقتی که قاضی، شخصی را در حالت زنا یا سرقت یا نوشیدن خمر (شراب) دید، در حالی که در مجلس قضا یا غیر از مجلس قضا بود، سپس این حکم به سبب رفع گردید. نظر به قیاس، قیاساً برای قاضی جایز است که حکم حد را بر او تطبیق کند؛ زیرا به اکتساب سببی که موجب حد



بر مجرم می‌گردد، یقین پیدا کرده و علمی که به معاینه سبب حاصل نموده (یعنی به چشم دیده است)، بالاتر از علمی است که از طریق شهادت شهود برای قاضی حاصل می‌گردد، چون شهادت شهود در حدی یک خبر است که امکان صدق و کذب دارد؛ اما استحساناً تا وقتی که شهود، شهادت ندهند یا خود مجرم اقرار به جرمش نکند، حد بر مجرم اجرا نمی‌شود؛ زیرا روایت شده که عمر برای عبدالرحمن بن عوف گفت: اگر شخصی را بر حدی دیدی، سپس ولایت (ولایت قضا) حاصل نمودی، آیا حد را بر او جاری می‌کنی؟ عبدالرحمن گفت: نه خیر. تا وقتی که همراه من کسی دیگری شهادت بدهد. سپس عمر^(رض) گفت: به حق رسیدی (یعنی به جا گفتی)» (سرخسی، ۱۹۹۳: ۱۶، ۱۰۴). از این عبارت دانسته می‌شود که در حقوق الله نظیر زنا، سرقت و نوشیدن خمر، علم قاضی بدون شهادت شهود قابلیت تطبیق را ندارد، پس در علم قاضی شرط است که جرائم از جمله حقوق الله نباشد.

در ادامه سرخسی این موضوع را با دلیل عقلی نیز می‌نویسد: «و دیگر اینکه حدودی که از جمله حقوق خالص الله متعال است، امام بر سبیل نیابت، آن‌ها را تطبیق و استیفا می‌کند، بدون اینکه در آنجا از بندهای الله خصمی باشد تا تطبیق آن را مطالبه نماید. بنابراین در صورتی که در اقامه حد، تنها اکتفا به علم نفسش نماید، این کار باعث می‌گردد تا بعضی از مردم، قاضی را به جور و ظلم به شکل ناحق متهم نماید، در حالی که قاضی مأمور است تا نفسش را از اتهامات مصون نگاه دارد. برخلاف قصاص، حد قذف و غیره چیزهای که از جمله حقوق الناس است؛ زیرا در این‌ها خصم از بندها، وجود دارد که آن را مطالبه می‌کند و با وجود آن تهمت از قاضی دفع می‌گردد. بنابراین خصم علم قاضی را از آنچه که دیده است، تأیید می‌کند» (سرخسی، ۱۹۹۳: ۱۶، ۱۰۴).

ابن مازة حنفی نیز در این مورد می‌نویسد: «قاضی منصوب به منصب قضاوت، وقتی در مورد حادثه‌ای که از جمله حقوق العباد است، علم حاصل کرد، می‌تواند قضاوت کند. این علم او هم قیاساً و هم استحساناً از شهادت شهود بالاتر است؛ زیرا علم به سبب معاینه خود قاضی حاصل شده و در آن احتمال کذب نمی‌رود،

درحالی‌که در شهادت احتمال کذب است. بنابراین وقتی که قاضی به وسیله شهادت قضاوت می‌تواند، به وسیله معاینه خودش به طریق اولی قضاوت می‌تواند» (ابن مازہ، ۱۴۲۴: ۸، ۴۷).

۵-۲. قاضی در حال منصب قضا علم حاصل کرده باشد

یکی دیگر از شرایط اعتبار علم قاضی در ادله اثبات دعوا، این است که علم را در مورد مجرم در حالت منصب قضا، حاصل کرده باشد. اگر قبل از منصب قضا، علم پیدا کرده باشد، نمی‌تواند حد را در حالت منصب قضاوت اجرا کند. سرخسی می‌نویسد: «علم قاضی وقتی اعتبار دارد که در شهری حاصل شده باشد که او در آن قاضی است و بعد از این که منصب قضا را پذیرفته است. اگر علم قاضی قبل از منصب قضا حاصل شده باشد، نمی‌تواند در زمانی که قاضی شده، حکم بدهد و اجرا کند. این دیدگاه امام ابوحنیفه و برخی از یارانش است» (سرخسی، ۱۹۹۳: ۱۶، ۱۰۵).

امام ابو یوسف و امام محمد بن حسن شیبانی می‌گویند: «برای قاضی درست است که مطابق علمش (علمی که قبل از منصب قضا داشت) قضاوت نماید؛ زیرا علمش با معاینه سبب حاصل شده و از علمی که به وسیله شهادت شهود، حاصل می‌شود، قوی‌تر است. معاینه سبب علم، یقین را افاده می‌کند، ولی شهادت شهود این یقین را افاده نمی‌کند. پس وقتی که برای قاضی جایز است تا به وسیله شهادت شهود قضاوت کند، به طریق اولی برایش جایز است که به علم نفسش قضاوت نماید» (سرخسی، ۱۹۹۳: ۱۶، ۱۰۵).

۵-۳. علم قاضی در محل قضاوت حاصل شده باشد

یکی دیگر از شرایط اعتبار حجیت علم قاضی در فقه حنفی، این است که علم برای قاضی در شهری که او قاضی است، حاصل شده باشد. بنابراین در صورتی که بالفعل قاضی است، ولی علم به جرم مجرم، در شهر دیگری برای قاضی حاصل شده باشد، این علم برایش حجت شمرده نمی‌شود. ابن مازہ حنفی می‌نویسد: «این علم وقتی اعتبار دارد که برای قاضی در همان شهری که بالفعل قاضی است، حاصل شده باشد» (ابن مازہ، ۱۴۲۴: ۸، ۴۸).



۵-۴. علم متعارف باشد

یکی دیگر از شرایط اعتبار حجیت علم قاضی این است که این علم برای قاضی از روش های متعارف حاصل شده باشد؛ مثل دیدن یا شنیدن. ابن ودود موصلی در این باره می نویسد: «وقتی که قاضی به چیزی از حقوق العباد در زمان ولایتش و در محل ولایتش علم حاصل کرد، برای قاضی جایز است تا با آن علم قضاوت کند؛ زیرا علم قاضی مثل شهادت شاهدان و بلکه از آن بالاتر است. به این دلیل که این علم، برای قاضی از طریق معاینه و سماع یقین حاصل شده است» (ابن مودود موصلی، ۱۹۳۷: ۲، ۸۸). از این عبارت دانسته می شود که علم برای قاضی از طریق متعارف که همان معاینه و سماع است، حاصل شود نه از طریق روش های غیر متعارف مثل سحر و امثال آن.

۶. قاعده بی طرفی قاضی و تحصیل دلیل در حقوق افغانستان

استقلال و بی طرفی محکمه و قاضی اصلی، از اصول اساسی قضاوت است، ولی از سوی دیگر رعایت استقلال و بی طرفی، چیزی نیست که برای آن معیار خاصی در نظر گرفته شود، بلکه در نظام قضایی باید از جوانب مختلف معیارهای لازم در نظر گرفته شود که قاضی ملزم به رعایت بی طرفی در جریان تحقیق و حصول علم گردیده و این معیار را سر لوحه کارش قرار دهد (رسولی، ۱۳۹۳: ۷۳۰).

قوانین افغانستان هم به اصل بی طرفی قاضی در جریان محاکمه و حصول علم تأکید دارد؛ طوری که ماده ۱۹ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه، می گوید: «محکمه حین رسیدگی قضیه مستقل بوده، حکم خویش را بر اساس قناعتی که از دلایل مطروحه نزد آن فراهم می شود، در حدود احکام قانون صادر می نماید. رسیدگی و اصدار حکم توسطه محکمه بر اساس اصل تساوی طرفین قضیه در برابر قانون با رعایت عدالت و بی طرفی صورت می گیرد».

بنابراین با استفاده از این ماده قانون می توان گفت که رعایت اصل بی طرفی در جریان محاکمه از مکلفیت های قاضی است. منظور از قاعده بی طرفی این است که قاضی در هنگام صدور رأی یا حکم، تنها قانون نافذ کشور و وجدان خود را حاکم



بر اعمال خود قرار بدهد، توجه به دستورها، نظرها و خواسته‌های دیگران نداشته و از هیچ ترسی از اشخاص قدرتمند و سودجو نداشته باشد. بنابراین قاضی در جریان تحقیق و حصول علم برای خودش، در گام نخست توکل بر الله نموده و ترس از الله متعال نسبت به عادلانه فیصله کردن احکام و دعاوی داشته و از هر نوع طرفداری جدًّا خودداری نماید. این کار سبب وقار، حفظ آبرو و حیثیت قاضی گردیده و حق به حقدار می‌رسد (رسولی، ۱۳۹۳: ۷۳۱).

۲. اصول حقوقی حاکم بر تحصیل دلیل قبل از کشف جرم در حقوق افغانستان

علم قاضی در حقوق افغانستان، یکی از موضوعات مهم ادله اثبات و یکی از طرق اثبات جرم و دعاوی است. لذا بر اساس پیچیدگی جرائم و مقتضیات زمانی امروز، علم قاضی در کشف دعاوی از اهمیت به سزای برخوردار است. پس قاضی در صدور رأی، می‌تواند به علم خود که مبتنی بر اصول و قواعدی بوده و از طریق متعارف به دست آورده، استناد کند، ولی باید مستند علم خود را ذکر نماید. استفاده از علم، بی‌طرفی قاضی را زیر سؤال نمی‌برد؛ اما تحصیل دلیل قبل از کشف جرم، باید مبتنی بر اصول و قواعدی چون اصل برائت و اصل مشروعیت باشد. رعایت این اصول و قواعد، موجب می‌شود که قاضی در استناد به علم خود نظر شخصی را اعمال نکرده و از لجام گسیختگی و بی‌نظمی آرا جلوگیری گردد.

فرضیه تحصیل دلیل دارای محدودیت‌هایی است و دادرسی منصفانه و عادلانه زمانی محقق می‌شود که مجموعه‌ای از اصول و قواعد در رسیدگی به دعاوی رعایت شود. در بستر چنین دادرسی‌هایی، نه تنها دلیل باید مشروع باشد، بلکه روش و طرق تحصیل دلیل هم باید مشروع و قانونی باشد؛ زیرا شیوه غیر قانونی نمی‌تواند دادرسی منصفانه و عادلانه را ایجاد کند و دستگاه قضایی که دنبال تحقق چنین دادرسی‌هایی است، نمی‌تواند فقط به نتایج حاصل از کسب دلیل توجه کند و از شیوه تحصیل آن غافل گردد. لذا اصل «تحصیل دلیل به روش قانونی»، از اصول اساسی حقوق کیفری است. این اصل در قوانین افغانستان بدین ترتیب شناسایی شده که فقره (۲) ماده (۵) قانون اجرائات جزایی موقت افغانستان (۱۳۸۲) تحصیل دلیل به صورت غیرقانونی



را فاقد اعتبار دانسته و می‌گوید: «قاضی نمی‌تواند دلایل مبهم در قضیه را به حیث دلایل اثبات، علیه مظنون و متهم توجیه و یا ابهام در قانون را به ضرر آن‌ها تعبیر نماید» (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۹۲، ماده ۵).

۷-۱. اصل آزاد بودن تحصیل دلیل

در حقوق افغانستان، قضات حق دارند که به شکل آزادانه برای اثبات دعوا، دلایل جمع‌آوری نمایند، ولی تحصیل دلیل باید به روش قانونی باشد. ماده بیستم قانون اجرائات جزایی در این خصوص می‌گوید: «مأمور ضبط قضائی و سارنوال مکلفند، جهت روشن شدن تمام حالات مربوط به قضیه، مطابق احکام این قانون بدون در نظر داشت منفعت و ضرر مظنون و متهم به جمع‌آوری، ثبت، ارزیابی و نگهداری دلایل و مدارک نمایند».

از این ماده به‌وضوح دانسته می‌شود که یکی از اصول برای ادله اثبات دعوا نزد قاضی، اصل آزاد بودن تحصیل دلیل قبل از کشف جرم است، ولی به روش قانونی؛ یعنی قضات حق دارند تا برای حصول علمشان به تحصیل دلیل به شکل آزاد بپردازند، ولی این تحصیل دلیل به روش قانونی باشد. از همین جهت در فقره (۱) ماده بیست و یکم قانون اجرائات جزائی، آمده است: «(۱) دلایل و مدارک اثبات به دست آمده به اثر نقض احکام این قانون و سایر قوانین نافذ کشور مورد استناد قرار نگرفته، از دوسیه خارج و مهر می‌گردد». از این ماده مشخص می‌شود که هر نوع تحصیل دلیل به شکل غیرقانونی، درست نبوده و از دوسیه دعوا خارج می‌گردد. بنابراین قاضی و سارنوال در تحصیل دلیل اگرچه آزادند، ولی باید دلائلشان واضح و روشن باشد.

۷-۲. اصل ارزیابی آزادانه دلیل

یکی دیگر از اصول حقوقی حاکم بر تحصیل دلیل قبل از کشف جرم، اصل ارزیابی آزادانه دلیل است؛ یعنی قاضی می‌تواند میان دلایل اثبات و نفی ارزیابی نموده و با در نظر داشت مراتب قوت و ضعف دلایل، حکم خود را مستند به دلایل مرجح صادر نماید. ماده بیست و سوم قانون اجرائات جزایی در این مورد می‌گوید: «محکمه دلایل اثبات و نفی را ارزیابی نموده و با در نظر داشت مراتب قوت و ضعف آن، حکم خود را

مستند به دلایل مرجح قابل اعتبار قانونی صادر می‌نماید». از این ماده دانسته می‌شود که قاضی و سارنوال می‌توانند، دلایل جمع‌آوری شده را مطابق قانون ارزیابی نمایند.

۷-۳. اصل مشروعیت تحصیل دلیل

یکی دیگر از اصول حاکم بر تحصیل دلیل از دیدگاه حقوق افغانستان این است که دلیل به دست آمده مشروع بوده باشد. از همین جهت ماده نهم قانون اجرائات جزایی به این اصل چنین پرداخته است:

دلایل اثبات جرم عبارت‌اند از: «۱. اقرار متهم، ۲. شهادت شهود، ۳. اسناد، ۴. شناسایی مظنون طور بالمواجهه در صف، ۵. قراین: مدارک آتی با رعایت درجه اهمیت در معاینات تخصصی به حیث ادله مادی محسوب می‌گردد: نوارهای صوتی و تصویری، مراقبت تصویری یا سایر مدارک یا اطلاعات که از طرق اقدامات مخفی کشفی به دست آمده باشد، آثار رده‌های انگشتان دست و کف دست و پا، آثار بالستیکی بالای مرمی و خول (کارتوس)، آثار و علائم و افزار فلزی و سایر مواد سخت، پارچه‌های شیشه [خرده شیشه]، آثار خون، آثار پاپوش، آثار نوشته‌ها، آثار دندان، آثار موی، آثار الکتریکی و بیولوژیکی و کیمیاوی، آثار اسلحه ناریه و جارحه و مواد منفلقه و منفجره، آثار وسایط نقلیه، آثار مایعات، منسوجات، لکه‌ها، تیزاب‌ها و املاح، سایر مواد و آثاری که به نظر اهل خبره علما ثابت شده و در تثبیت جرم و تشخیص مرتکب آن مؤثر باشد. احکام مربوط به دلایل اثبات مندرج این فصل، در تمام مراحل رسیدگی دعوای جزایی، قابل تطبیق است. قرائن تنها در صورتی اساس الزامیت را تشکیل می‌دهد که یک زنجیره دقیق و سازگار حقایق مربوطه را تشکیل داده و در کل عناصر جرمی را ثابت نماید. محکمه نمی‌تواند به ظن خود و در صورت موجودیت شبهه در دلایل، به الزام متهم حکم نماید» (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۹۲: ماده ۱۹).

از این ماده چند چیز دانسته می‌شود:

الف. دلایل اثبات جرم: یعنی جرم به وسیله کدام دلایل اثبات می‌گردد. در این ماده تمام آن دلایل معرفی و توضیح داده شده است و بر مشروعیت تحصیل دلیل دلالت دارد.



ب. آزادی محکمه و قاضی: محکمه و قاضی در استفاده از این دلایل آزاد است.

ج. محکمه وقتی می‌تواند مطابق این دلایل حکم صادر نماید که این دلایل برایش علم یقین و قطع آورده باشد، در صورتی که ظن و شبهه را آورد، مفید یقین نبوده و قابلیت استدلال را ندارد.

به همین شکل در ماده بیستم قانون اجرائات جزایی چنین آمده است: «مأمور ضبط قضائی و سارنوال مکلف است که جهت روشن شدن تمام حالات مربوط به قضیه، مطابق احکام این قانون بدون در نظر داشت منفعت و ضرر مظنون و متهم به جمع‌آوری، ثبت، ارزیابی و نگهداری دلایل و مدارک نمایند» (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۹۲: ماده ۲۰). از این ماده هم استفاده می‌شود که تحصیل دلیل یک عمل مشروع است، ولی از راه مطابق احکام قانون تحصیل شده باشد.

۸. اصول و قواعد حقوقی حاکم بر تحصیل دلیل در جریان کشف جرم

از دیدگاه حقوق افغانستان در تحصیل و جمع‌آوری دلیل در جریان کشف جرم، باید اصول و قواعدی رعایت شود که بدون رعایت آن‌ها، دلیلی که جمع‌آوری شده ارزش و اعتبار ندارد و نمی‌شود شخص مرتکب را با آن‌ها محکوم کرد، مهم‌ترین اصول حاکم بر تحصیل دلیل قرار ذیل است:

۸-۱. ممنوعیت شکنجه

تحصیل دلیل در جریان کشف جرم از طریق شکنجه، پذیرفته نیست. ماده بیست و دوم قانون اجرائات جزایی بیان می‌دارد: «(۱) مأمور ضبط قضایی، سارنوالی و محکمه در هیچ حالت اجازه ندارند، خود یا از طریق شخصی دیگر با رفتار سوء، استعمال مواد مخدر، اکراه، شکنجه، خواب مغناطیسی، تهدید و تخویف، یا وعده دادن به منفعتی، مظنون یا متهم را به اظهار یا اقرار وادار نمایند. (۲) اظهار یا اقراری که از مظنون یا متهم با استعمال وسایل مندرج فقره (۱) این ماده اخذ شده باشد، قابل استناد ناست» (قانون اجرائات جزائی، ۱۳۹۲: ماده ۲۲). از این ماده دانسته می‌شود که یکی اصول و قواعد حاکم بر تحصیل دلیل، ممنوعیت شکنجه و امثال آن است.

در صورتی که قاضی یا حاکم از راه شکنجه و امثال آن علم حاصل نماید و دلیل به دست آورد، این علم و دلیل اعتباری ندارد.

۸-۲. روش علمی و پزشکی

از نگاه حقوق افغانستان، قاضی می‌تواند از روش علمی و پزشکی تحصیل دلیل نماید. در ماده نوزدهم قانون اجرائات جزایی برخی از این روش‌ها را تذکر داده است، از جمله: «استفاده از آثار الکتریکی، بیولوژیکی و کیمیاوی، استفاده از آثار دندان، استفاده از نشان انگشت دست و پا، طب عدلی و سایر مواد و آثاری که به نظر اهل خبره ثابت شده باشد، ولی این‌ها در صورتی اساس الزامیت را به بار می‌آورد که یک زنجیره دقیق و سازگار حقایق مربوطه را تشکیل داده و در کل عناصر جرمی را ثابت نماید» (رسولی، ۱۳۹۳: ۵۲۱).

۸-۳. صدور حکم در حالت شبهه

قاموس اصطلاحات حقوقی، شبهه را چنین تعریف می‌کند: «شبهه چیزی است مشابه ثابت؛ اما ثابت نیست. به عبارت دیگر صورتاً یک شیء مباح است؛ اما حقیقتاً و حکماً منعدم است. مانند انکار فاعل در جرم حد بعد از اقرارش در صورتی که همین اقرار تنها وسیله اثبات باشد، شبهه دانسته می‌شود و مجازات حد بالای مرتکب تطبیق نمی‌گردد» (ستانکزی و دیگران، ۱۳۸۷: ۱۵۳). از نگاه حقوق افغانستان اصل و قاعده این است که تحصیل دلیل برای حاکم مفید علم و یقین باشد. بنابراین هر دلیل که از طریق شک و شبهه در جریان کشف جرم همراه باشد، قاضی و محکمه نمی‌تواند به وسیله آن به الزام متهم حکم نماید. در فقره (۴) ماده نوزدهم قانون اجرائات جزایی آمده است: «(۴) محکمه نمی‌تواند به ظن خود و در صورت موجودیت شبهه در دلایل، به الزام متهم حکم نماید» (قانون اجرائات جزایی، ۱۳۹۲: ماده ۱۹).

۹. روش‌های تحصیل علم قاضی در حقوق افغانستان

تحصیل علم قاضی در حقوق افغانستان دارای روش‌های مختلف است. در ماده نوزدهم قانون اجرائات جزایی این روش‌ها را عبارت است از: «اقرار متهم، شهادت



شهود، اسناد، شناسایی مظنون طور بالمواجهه، قراین، نوارهای صوتی و تصویری، شناسایی از طریق اهل خبره، آثار انگشت دست و پا، آثار بالستیکی و غیره».

نتیجه گیری

از مباحث و مستندات این تحقیق، نکات زیر به دست می آید:

۱. علم برای قاضی حجت است و می تواند مستند حکم قرار بگیرد. به همین شکل همه فقههای اسلامی و حقوق افغانستان، اتفاق دیدگاه دارند که قاضی نمی تواند برخلاف علم خود حکم صادر کند.
۲. هرگاه قاضی بعد از تصدی مقام قضاوت و در جایگاه قضاوت علم حاصل کرد، مطابق آن حکم صادر می کند، ولی در صورتی که پیش از تصدی مقام قضاوت یا بعد از آن در غیر جایگاه ولایت بر قضا علم حاصل کند، بر اساس علم خود قضاوت نمی کند. این در مورد حقوق الناس است؛ اما در حقوق الله به بر مبنای علم خود در هیچ حالی قضاوت نمی تواند.
۳. علم قاضی در تعارض با سایر ادله اثبات دعوی، رجحان و تقدم دارد. مبنای این تقدم و رجحان حسب قواعد اصولی و مبانی اخلاقی است؛ از جمله ذاتی بودن حجیت علم قاضی، طریقت علم کشف، کاشف بودن علم از واقع، دلیل خاص بودن آن، تقدم دلیل خاص بر اماره در نهایت رجحان علم بر ظن است. بدین بیان وقتی که عمل و صدور رأی قضایی بر اساس ادله ظنیه ای چون اقرار و بینه که کاشفیت ناقص و ظنی از واقع دارند، جایز و حجت است. پس به طریق اولی، عمل و صدور رأی بر طبق علم که کاشفیت تام از واقع دارد، جایز و حجیت و قابل استناد است.
۴. منظور از علم در حجیت علم قاضی علم متعارف است؛ اما حصول علم از روش های غیر متعارف، مدار اعتبار نیست. همچنین قاضی موظف است موجبات حصول علم خود را بر شمارد. این موجبات نباید حدسی یا مردد باشد، بلکه متکی به امور متقن و معتبر بوده و درعین حال از شیوه های شرعی و قانونی؛ نظیر بینه، اقرار، سوگند، قراین و غیره نیز استفاده می تواند.

فهرست منابع

الف) كتابها

١. ابن حزم الأندلسي، علي بن أحمد، (بى تا)، المحلى، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٢. ابن رشد، محمد بن أحمد، (١٩٧٥م)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
٣. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (١٤١٢ق)، رد المحتار على الدر المختار، بيروت: دار الفكر.
٤. ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد، (١٤٠٥ق)، المغنى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، بيروت: دار الفكر.
٥. ابن قدامة، عبد الرحمن، (١٤٠٥ق)، الشرح الكبير على متن المقنع، بيروت: دارالكتاب العربى للنشر والتوزيع.
٦. ابن مازة، محمود بن أحمد، (١٤٢٤ق)، المحيط البرهاني فى الفقه النعماني فقه الإمام أبى حنيفة، بيروت: دار الكتب العلمية.
٧. ابن مودود الموصلي، عبد الله بن محمود، (١٩٣٧م)، الاختيار لتعليق المختار، القاهرة: مطبعة الحلبي.
٨. ابن نجيم، زين العابدين بن ابراهيم، (١٩٨٠م)، الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان، بيروت: دار الكتب العلمية.
٩. خطيب شربيني، محمد، (١٤٠٧ق)، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت: دار الفكر.
١٠. رسولى، محمد اشرف، (١٣٩٣)، محاكمه عادلانه، كابل: انتشارات سعيد.
١١. ستانكزى، نصرالله و ديگران، (١٣٨٧)، قاموس اصطلاحات حقوقى، كابل: پروژة عدلى وقضايى.



۱۲. السرخسی، محمد بن أحمد، (۱۹۹۳)، *المبسوط*، بیروت: دار المعرفة.
 ۱۳. السنهوری، احمد عبدالرزاق، (۱۳۳۷ق)، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید* (حقوق مدنی مصر)، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
 ۱۴. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۴۰۷ق)، *الخلاف*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
 ۱۵. المظفر، محمد رضا، (۱۳۷۰)، *أصول الفقه*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- (ب) قوانین
۱۶. *قانون اجرائات جزایی*، مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳۰، جریده رسمی شماره (۱۱۳۲).
 ۱۷. *قانون اساسی افغانستان*، ۱۳۸۲ ش، جریده رسمی شماره ۸۱۸.
 ۱۸. *قانون اصول محاکمات مدنی*، سال تصویب: ۱۳۶۹ ش، جریده رسمی شماره (۷۲۲).
 ۱۹. *قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه افغانستان*، سال تصویب: ۱۳۹۱ ش، جریده رسمی شماره (۱۱۰۹).
 ۲۰. *کد جزا*، مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۲، جریده رسمی شماره (۱۲۶۰).

قلمرو حقوق جزا در زمان در فقه امامیه، فقه حنفی و

حقوق جزای افغانستان

عبدالمنیر دانش زاده^۱ | عبدالکریم اسکندری^۲

چکیده

یکی از محورهای مهم و اساسی در حقوق جزا، صلاحیت قلمرو زمانی آن است. قلمرو زمانی حقوق جزا هم در فقه اسلامی و هم در حقوق جزای افغانستان با چالش‌ها و دشواری‌های زیادی روبرو است؛ زیرا در فقه اسلامی چارچوب معیاری برای قلمرو زمانی جرائم و مجازات تعریف نشده است، هرچند در آیات قصاص و سایر آیات و روایات قلمرو زمانی حقوق جزا تعیین شده؛ اما به طور کلی در فقه اسلامی چارچوب تعریف شده و مشخص از قلمرو زمانی حقوق جزا وجود ندارد. همین طور حقوق جزای افغانستان که از فقه اسلامی ناشی می‌شود، مکانیسم و چارچوب گسترده و منظم در راستای قلمرو حقوق جزا ندارد، هرچند قانون مدنی، قانون جزا و کد جزای افغانستان اجرای مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی به موجب قانون قبل از وقوع جرم اشاره کرده و به تأثیر قانون جدید در مجازات با اقدامات تأمینی و تربیتی در صورت مساعدتر بودن به قانون تصریح کرده است. پرواضح است که تنها اشاره کردن بما قبل قانون کافی نیست. تحقیق حاضر که با روش تحلیلی و توصیفی صورت گرفته، به این نتیجه رسیده که هم در فقه اسلامی و هم در حقوق جزای افغانستان صلاحیت قلمرو زمانی حقوق جزا همراه با ابهام و چالش‌هایی مواجه است. اینکه پرسش اصلی این است که قلمرو حقوق جزا در زمان در فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق جزای افغانستان چگونه است؟ در پاسخ می‌توان گفت که قلمرو زمانی حقوق جزا در فقه و حقوق جزای افغانستان به گذشته رجعت نمی‌کند و تابع وقوع جرم در زمان است.

کلیدواژه‌ها: قلمرو زمانی، مجازات، فقه امامی، فقه حنفی، حقوق جزای افغانستان

۱. ماستری فقه قضایی، دانشکده فقه و حقوق، جامعه المصطفی العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان

۲. دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه تهران، کادر علمی دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، افغانستان

مقدمه

قوانین وضعی برخلاف قوانین الهی از نظر زمان محدود و منحصر به زمان معین است و در همه زمان‌ها، قابل تطبیق نیست. قانون مانند حیوانات و نباتات دارای حیات است که متولد می‌شود و پس از مدتی زندگی، می‌میرد. دوران حیات قانون که دوران حکومت قانون نامیده می‌شود، از تاریخ نافذ شدن که زمان تولد آن است، شروع می‌شود و تا تاریخ انقضاء قانون ناسخ ادامه دارد و به‌وسیله آن نابود می‌گردد. قانون جدید در قسمتی که با قانون سابق مخالف باشد، آن را نسخ می‌کند. در گذشته همه قواعد ناظر بر رفع تعارض قوانین تحت عنوان «عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته» بررسی و چنین تصور می‌شد که تمام مسائل مربوط به تعارض قوانین در زمان، با اجرای درست این قاعده حل می‌شود. بی‌اثر بودن قانون در گذشته، تنها یکی از چهره‌های مربوط به این تعارض است و بر علاوه حکومت قانون نسبت به آینده نیز باید مورد توجه قرار بگیرد. قانون پس از نشر نافذ می‌شود و به ماقبل رجعت نمی‌کند، مگر در حالات خاص. از نظر اعمال حقوق جزا در زمان، حقوق جزای ماهوی بر تمامی جرائمی که وقوع آن‌ها بعد از لازم‌الاجرا شدن قانون است، بی‌درنگ اعمال می‌شود و بر وقایع گذشته حکومتی ندارد، مگر آن که وضعیتی را برای مرتکب جرم پیش آورد که مساعدتر به حال او باشد که در این صورت، تسری آن به گذشته، به طور استثنایی به دلایل انسانی و به حکم قانون لازم است، ولی با تصریح قانون‌گذار، این ضابطه بر جرائم واقع شده در زمان حکومت قانون موقتی، اعمال نمی‌شود.

امروزه نظام‌های حقوقی به صورت یک قاعده حقوقی پذیرفته‌اند که اثر قانون نسبت به آینده است و قانون به گذشته رجعت نمی‌کند، مگر اینکه در خود قانون تصریح شده باشد یا قانون مربوط به نظام عمومی باشد. همین عدم بازگشت قانون به گذشته و جریان آن نسبت به آینده و حالات سرایت قانون به گذشته‌ها، از مباحثی است که از منظر حقوق جزای افغانستان، به بررسی گرفته می‌شود. در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل



از وقوع جرم، مقرر شده است و مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد؛ اما اگر پس از جرم، قانونی مبنی بر تخفیف یا عدم اجرای مجازات یا اقدام تأمینی یا از جهاتی مساعدتر، به حال مرتکب وضع شود، نسبت به جرائم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی، مؤثر است، در صورتی که حکم قطعی لازم‌الاجرا به موجب قانون سابق، صادر شده باشد. قلمرو حقوق جزایک امر فقهی و حقوقی مهم و مفید برای حقوق هر کشور است و باعث ثبات اوضاع حقوقی می‌شود. اگر این قاعده وجود نداشته باشد، مجنی‌علیهی که در احقاق حق خود کوتاهی کرده است یا به خاطر کوتاهی دستگاه تعقیب، متهم تعقیب نشده است یا به دلیل کوتاهی دستگاه قضا، حکم صادر نشده است یا به خاطر تقصیر مجرم که از مجازات فرار کرده، نمی‌توان راهروهای دادگاه‌ها را شلوغ کرد و وقت قضات را با دعاوی کهنه گرفت.

با آنکه از زمان رواج دین اسلام تا سده‌های اخیر، نظام حقوقی اسلام از جمله نظام مجازات‌های اسلامی بر کشورمان حکومت می‌کرد، ولی عملاً حکومت‌های خودکامه این دوران، خود را مقید به اصول و مقررات دین نمی‌دانستند و هرطور که دوست داشتند با مخالفین حکومت و مجرمین برخورد می‌کردند. قضات در این دوره‌ها گوش به فرمان دولت بودند و با تمسک به حقوق جزای اسلام، به وضع مجازات‌های غیرانسانی می‌پرداختند. در این دوران می‌توان افغانستان را تحت ستم خودکامگی شاهان و زعیمان وقت دانست، کشتار بی‌رحمانه‌ای که به صورت دسته‌جمعی و بدون در نظر داشت مسائل جانبی جرم (آن هم اعمالی که حکومت جرم می‌پنداشت) انجام می‌گرفت، نشان از آن دارد که اصل مجازات‌ها در این دوران جایی نداشته است و کشف گورهای دسته‌جمعی که مربوط به دوران مذکور می‌شود، نشان از وضعیت وحشتناک این دوره در افغانستان دارد. از بررسی کلی این مجازات‌ها در این دوره در ارتباط با فردی کردن مجازات‌ها به این نتیجه می‌رسیم که نه تنها اصل فردی کردن مجازات‌ها بر مجازات‌ها حاکم نبوده، بلکه در برخی مواقع مسئولیت

دسته‌جمعی نیز در تعیین مجازات‌ها مورد توجه قرار می‌گرفت و علاوه بر این هیچ اصل انسانی بر اجرای مجازات‌ها حاکم نبوده است و آنچه حاکم بوده، میل و سلیقه حاکم وقت بوده که بی‌رحمانه به اعمال آن‌ها می‌پرداخته و در مجازات‌ها، هیچ هدف اصلاحی را دنبال نمی‌کرده، بلکه بیشتر قوانین حاکم بر دوره انتقام خصوصی در این زمان حاکم بوده است.

اولین جنایت وحشتناک در جهان انسانی، در داستان قابیل و هابیل اتفاق افتاد. از آن پس جرم و جنایت در میان انسان‌ها رواج یافت و انسان مادامی‌که در روی زمین است از جرم و جنایت و به تعقیب آن از مجازات و کیفر جدا نخواهد بود؛ زیرا جرم از طبیعت ساختمان وجودی انسان سرچشمه می‌گیرد. برای آنکه خداوند^(ج) خمیرمایه انسان را از طینت فرشته و دیو آفرید و او را که ترکیبی از برترین مظهر پاکی و پست‌ترین مظهر ناپاکی بود، بر سایر مخلوقات برتری داد و با ملائکه این راز را در میان گذاشت (بقره: ۳۰).

انسان با همه ویژگی‌ها بر روی زمین قرار گرفت. جهان گسترده‌ای را پیش روی خود دید که مملو از فراز و نشیب و راه و بیراهه است و این انسان است که باید در روشنایی آزادی به رهبری پیامبر درونی (عقل) و پیامبران بیرونی از صراط مستقیم به سوی منزلگاه مقصود حرکت نماید. از آنجاکه از مبدأ تا مقصد بیش از یک خط مستقیم وجود ندارد، از میان این همه راه فقط یک راه است که او را به مقصد می‌رساند، راهی سخت و هراس‌انگیز که جزئی‌ترین غفلت و بی‌توجهی او را در کام مرگ و نابودی خواهد کشاند. به همین علت، خداپرستان واقعی در اقلیتند و کفر و فسق و عصیان و جرم، اکثریت جوامع بشری را دچار بدبختی و سیاه‌روزی کرده است. چنانکه خداوند^(ج) در این زمینه می‌فرماید: «عده بی‌قلیلی از بندگان من سپاس‌گزارند» (سبا: ۱۳). این‌ها مثال‌هایی از بیماری‌های روحی انسان است که خداوند^(ج) به واسطه انبیاء^(ک) راه‌های متعددی را جهت اصلاح حال و درمان آلام آنان توصیه کرده که آخرین راه معالجه و تدای، برای برچیدن بساط جرم و جنایت و اصلاح وضعیت مجرم، قانونی کردن جرائم و جنایت و مجازات و کیفرهای آن‌هاست.



به طور کلی مجازات اول به شکل انتقام است. وقتی به کسی تعرض می شود، حرکت و عمل او در مقابل فرد متعرض، عمل انتقامی است. این مرحله از مجازات دارای معایب بی شماری است. یکی از عیوب انتقام این است که استفاده از آن به اقویا می رسد و ضعفا نمی توانند انتقام بگیرند. دیگر اینکه تناسب بین عمل متعرضانه و انتقام، رعایت نمی شود؛ زیرا ضرر دیده از حد اکثر توانایی خود استفاده خواهد کرد. در این صورت موجب هرج و مرج و اختلال در نظم جامعه می شود. بعد از طی این مرحله اولیه مجازات، در جامعه قوه مرکزی و قوه آمره ایجاد شد که انتقام را به صورت قانون در آورد؛ یعنی این قانون نمی گذارد که انتقام بی تناسب باشد. این دوره ترقی انتقام است که در مقابل هر عملی همان عمل باید متقابلاً اجرا شود که قصاص باشد. در مرحله سوم قانون می آید قیمت یا خساره تعیین می کند که اگر فلان عضو را صدمه زدند، فلان قدر دیه بدهند.

و بالاخره چون مراحل اولیه مجازات و حتی مراحل سه گانه، چندان تناسبی با وضعیت عصر نداشت، قوه آمره تا قرن هیجدهم میلادی هر روز به ناچار به وضع و ایجاد مجازات های شدیدتری اقدام می کرد و در قرن هیجدهم میلادی به واسطه بحث های عمیق سیاسی و اجتماعی فلاسفه و حکما، مجازات های شدید مورد انتقاد قرار گرفت. این سؤال مطرح شد که چرا مجازات باید این طور شدید باشد؛ زیرا حالا مجازات به مرحله انتهایی خود رسیده و ترحم و شفقت لازم دارد.

با وقوع انقلاب های مردمی و تحولات گسترده ای که در نقاط مختلف جهان روی داد، افغانستان را نیز اندکی تحت تأثیر خود قرارداد و باعث تصویب قوانین جزایی شد که شدیداً تحت تأثیر حقوق جزای فرانسه بود؛ اما اکنون قوانین جزایی افغانستان که متأثر از کد جزایی مصر است، با واگذاری مجازات ها مثل قصاص، حدود و... به فقه، صراحتاً این مجازات های اسلامی را خواستار است. به هر حال، مجازات های اسلامی برای جایگزینی مجازات های اقتباس شده از کشورهای غربی در راستای اسلامی کردن قوانین جزایی وارد قانون مجازات شدند و متأسفانه با همراه شدن موج انقلاب هایی که با خشونت انقلابی همراه شده و چهره خشنی از حقوق جزای

اسلامی را نشان داد و بسیاری از قوانین که در راستای فردی کردن مجازات‌ها تغییر کرده بودند، غیر قابل اجرا شدند.

۱. اثر قلمرو زمانی حقوق جزا نسبت به آینده

۱-۱. اثر قاعده نسبت به آینده

همین که قانون نافذ شود، بر تمام وقایع حکومت می‌کند، اعتبار قانون سابق از بین می‌رود و برای تنظیم روابط حقوقی، تنها مرجع حاکم، قانون جدید است. بر مبنای این اقتدار که «اثر فوری قانون» نامیده می‌شود، بسیاری از نویسندگان مسائل مربوط به تعارض قوانین در زمان را حل کرده‌اند. هر چند در حدود اجرای این قاعده اختلاف شده است. امروزه همه پذیرفته‌اند که باید بین اثر فوری قانون و تأثیر آن نسبت به گذشته، تفاوت گذاشت. قانون جدید ناظر به گذشته نیست، ولی همین که قابل اجرا شود، بر تمام وقایع آینده حکومت می‌کند.

در توجیه مبنای این قاعده گفته شده که قانون جدید، آخرین اراده قانون‌گذار است و احترام به خواسته‌های او ایجاب می‌کند که از آن پس تنها این قانون بر روابط اشخاص حاکم باشد. به‌ویژه که بنا به فرض و ظاهر امور، قانون جدید عادلانه‌تر و با نیازهای اجتماعی سازگارتر است و اگر چنین نبود، نیازی به وضع آن احساس نمی‌شد.

در نظام درست قانون‌گذاری، اشخاص باید در برابر قانون مساوی باشند و بر موقعیت‌های مشابه، قوانین متعارض حکومت نکند. اگر قرار باشد که قانون قدیم پس از نسخ نیز اعتبار داشته باشد، ممکن است بین قانون قدیم و جدید که هر کدام ناظر به قلمرو زمانی خود است، تعارض پیش آید. به‌عنوان مثال اگر قانونی حقوق و تکالیف زن و شوهر را در برابر هم تغییر دهد و قرار شود که نکاح‌های پیش از این قانون، تابع احکام قوانین گذشته بماند، دو گروه زن و شوهر به وجود می‌آید؛ آنانی که پیش از تغییر قانون ازدواج کرده‌اند و آنانی که بعد از آن ازدواج می‌کنند و هر گروه قانون جداگانه پیدا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۳۲).



با این حال، اشکال این قاعده این است که اگر همه رویدادها در یک زمان رخ می‌داد و آثار آن نیز به صورت فوری مترتب می‌گردید، در اجرای ماده ۱۰ ق.م. هیچ اشکالی پیش نمی‌آمد؛ زیرا حادثه‌ای که پیش از اجرای قانون جدید رخ می‌داد، تابع قانون سابق بود و آنچه در آینده می‌آمد، تابع قانون جدید می‌شد. بیشتر پدیده‌های حقوقی دارای عناصر گوناگونی است که به تدریج واقع می‌شود، یا آثاری دارد که ماه‌ها و سال‌ها ادامه می‌یابد. اگر در خلال این جریان، قانون تغییر کند، تشخیص قاعده‌ای که حاکم بر هریک از این عناصر و آثار است، به آسانی امکان ندارد و قاضی در اجرای قانون با دو مشکل مواجه خواهد شد:

الف. گاهی قاضی با موقعیتی روبرو می‌شود که عناصر آن به تدریج جمع می‌شود. به عنوان مثال، برای استفاده از مرور زمان باید پانزده سال تمام، مال غیر منقول را در تصرف داشت. پس اگر در خلال این مدت، قانون مدت مرور زمانی را طولانی‌تر کند، معلوم نیست که آیا این قانون می‌تواند در حق متصرف نیز مؤثر شود یا اثر آن تنها درباره تصرفاتی است که بعد از وضع قانون شروع شده است؟ فرض کنیم چهارده سال از تاریخ تصرف می‌گذرد و در این مدت مرور زمان پانزده سال بوده است، ولی در سال آخر قانون جدیدی آن را به بیست سال افزایش می‌دهد، در چنین موارد آیا شخص متصرف در پایان سال پانزدهم از مرور زمان استفاده کند یا باید پنج سال دیگر نیز در انتظار بماند؟

ب. برخی از اعمال حقوقی، آثاری دارد که مدت‌ها ادامه دارد. به عنوان مثال زن و مردی باهم ازدواج می‌کنند. عقد ازدواج، مرد را به دادن نفقه برای زن و زن را به تمکین از شوهر مکلف می‌نماید. اگر در چنین حالاتی، قانونی وضع شود و حقوق و تکالیف زن و شوهر را در برابر همدیگر تغییر دهد، آیا این قانون شامل عقد نکاح سابق نیز می‌شود یا نه؟ به عبارت دیگر، قانون سابق بعد از نسخ نیز صلاحیت تنظیم این روابط را دارد یا قانون جدید بر آن‌ها حکومت می‌کند؟

۱-۲. نظریات در تأثیر فوری قانون

راه‌حلی که دانشمندان برای این اشکال‌ها ارائه کرده‌اند، این است که راه‌حل

این دو مشکل منوط بر این است که در چه مواردی اجرای فوری قانون جدید با تأثیر آن در گذشته ملازمه دارد و در کجا می‌توان، بدون تجاوز به ماده ۱۰ ق.م. احکام قانون لاحق را به صورت فوری اجرا کرد. در پاسخ همین پرسش است که عده‌ای از نویسندگان «عدم تأثیر قانون نسبت به گذشته» را مبنا قرار می‌دهند و بعضی دیگر «اثر فوری» قانون را به عنوان اصل می‌پذیرند. با وجود این، همه دانشمندان دو راه حل اساسی را در این باره ارائه کرده‌اند:

الف. نظریه‌ای که به موجب آن امور گذشته و آینده حقوقی که اشخاص بر طبق قوانین به دست آورده‌اند، معیار تمیز است؛ به این معنا که اگر پیش از اجرای قانون جدید حق ثابتی به وجود آمده باشد، باید آن را حفظ کرد و در شمار امور تمام شده قرار داد، ولی هرگاه چنین حقی به وجود نیامده باشد، ایجاد آن تابع قانون جدید است. روی همین دلیل، این عقیده را «نظریه حقوق مکتسب» می‌نامند.

ب. نظریه‌ای که بر مبنای آن، وقایع را به طور نوعی و بدون توجه به حقوق ناشی از آن، بررسی می‌کنند و وقایع گذشته را تابع قانون قدیم و آینده را تابع قانون جدید می‌دانند.

۲. قلمرو زمانی حقوق جزا در قصاص

نظر مشهور که قصاص را ابتداء در قتل عمد، متعین می‌داند، مبتنی بر ادله زیر است. در قرآن کریم با آیاتی مواجه می‌شویم که ظاهر آن‌ها حکایت از تعیین قصاص دارد. به عنوان نمونه، خداوند متعال می‌فرماید: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ» (بقره: ۱۹۴).

۲-۱. دیدگاه فقه امامیه

قصاص حق کسی است که جنایت بر او واقع شده است (مطهری، ۲۰۱۳۸۵: ۲۲۸). جنایت یا قتل است یا نقص عضو و در هر دو صورت، یا عمد است یا شبه‌عمد یا خطای محض. جنایت عمدی این است که از روی قصد و عمد صورت گرفته باشد؛ مثل اینکه کسی شخص دیگر را به قصد کشتن می‌زند و او می‌میرد،

خواه با وسیله کُشنده؛ مانند شمشیر یا تفنگ بزند یا با وسیله غیر کُشنده؛ مانند سنگ. همین که قصد جدی او کشتن طرف بوده، کافی است که عمد شمرده شود (مصباح یزدی، ۱۳۹۲: ۱۲۸). شبه‌عمد این است که فاعل در فعل خود دارای قصد است، ولی آنچه واقع شده، منظور او نبوده است؛ مثلاً داکتر به قصد معالجه دوا می‌دهد، ولی دوایش سبب قتل مریض می‌شود. در حال که او چنین قصدی نداشته است یا کسی در حال اصلاح تفنگ خود است، ناگهان تیر خالی می‌شود و منجر به قتل شخصی می‌گردد.

قتل در تمام این موارد، از روی خطا بوده و در قتل شبه‌عمد و خطای محض، مقتول حق ندارد قاتل را قصاص کند، بلکه حق دریافت دیه دارد که در قتل شبه‌عمد از خود قاتل و در قتل خطای محض از عاقله (یعنی قوم و خویشان پدری قاتل) و در صورت ندادن آن‌ها، از خود قاتل گرفته می‌شود (شیری زنجانی، ۱۳۸۶: ۶۳۳ - ۶۳۴). احادیث متعدد و معتبری در منابع روایی شیعه، بر تعیین قصاص دلالت دارد. کثرت این احادیث موجب شده که صاحب جواهر نسبت به آن ادعای تواتر نماید. این روایات اغلب متضمن وجوب قصاص بوده و اشاره‌ای به تخییر که اصل اولیه نیز عدم آن است، ندارند. به‌عنوان نمونه یکی از مهم‌ترین احادیثی که مورد استناد فقهاست و گذشته از تطابق مفهوم آن با ظاهر کتاب، از حیث سند نیز درست است، صحیح‌ه عبدالله بن سنان است. بر اساس این روایات، امام صادق^(ع) می‌فرماید: «من قتل مؤمناً متعمداً قید منه الا ان یرضی اولیاء المقتول ان یقبلوا الدیه فان رضوا بالدیة واحب ذلک القاتل فالدیة» (حرالعالمی، ۱۳۸۴، ۲۰: ۱۰).

۲-۲. دیدگاه فقه حنفی

فقه‌های اهل سنت در موضوع مورد بحث در دو گروه قرار می‌گیرند. بیشتر فقه‌های اهل سنت، یعنی مالکی، شافعی، حنبلی، با دیدگاه شیعه هم‌عقیده بوده و معتقدند که مسلمان در مقابل کافر قصاص نمی‌شود. مثلاً شافعی در کتاب الام می‌نویسد: «مؤمن مسلمان چه عبد باشد و چه حرّ و چه زن، به‌هیچ‌وجه در مقابل کافر، قصاص نمی‌شود». ابن قدامه حنبلی می‌نویسد: «ولا یقتل مسلم بکافر» این نکته

در کتاب‌های فقهی مالکی نیز بیان شده است. در مقابل ابوحنیفه و ابویوسف و ابن ابی لیلی و به‌طور کلی فقه‌های حنفی معتقدند که مسلمان در مقابل کافر قصاص نمی‌شود. برای نمونه قدوری می‌نویسد: «مسلمان در مقابل مستأمن کشته می‌شود و قصاص در اعضا بین مسلمان و کافر ثابت است». علاءالدین بن مسعود کاشانی از فقه‌های حنفی نیز در بدایع الصنایع می‌نویسد: «مسلمان در مقابل کافر ذمی که جزیه می‌پردازد، قصاص می‌شود». در اینجا ابتدا به دلایل و مستندات فقه‌های اهل سنت اشاره مختصری می‌کنیم بیشتر مذاهب اهل سنت در قصاص نشدن مسلمان در مقابل ذمی، سخن رسول گرامی اسلام^(ص) است که فرمود: «لَا يَقْتُلُ مُؤْمِنٌ بَكَافِرًا» مستند حنفیه، عمومات آیات قصاص مانند آیه شریفه «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» (بقره: ۱۷۸) و آیه «وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (مانده: ۴۵) است. حنفی‌ها می‌گویند مراد از کافر در حدیث نبوی بالا، کافر حربی است و نه مطلق کافر. این عقیده از سوی علمای سایر فرقه‌ها شدیداً مورد اعتراض قرار گرفته است (کاشانی، ۱۴۰۹: ۷، ۲۳۷).

۳. قلمرو حقوق جزا در اصل شخصی بودن و تساوی مجازات‌ها

بر کلیه مجازات‌ها اصولی حکومت می‌کند که سابقه طولانی در تاریخ دارند. این اصول کم و بیش حتی از زمان حکومت رومی - یونانی در برخی از کشورها موجود بوده و بعداً در قوانین سایر کشورها پذیرفته شده است؛ اما با مقاومت‌هایی هم مواجه بوده است.

خوشبختانه کوشش‌های خستگی‌ناپذیر بزرگانی که در این قسمت کارکرده‌اند، سبب شده که این اصول در حد ممکن در سراسر دنیا پذیرفته شود. در افغانستان نیز این اصول در قانون اساسی پذیرفته شده است. مثلاً قانون‌گذار افغانستان در ماده ۲۲ ق.ا.ا. اصل تساوی در مجازات‌ها را این گونه بیان می‌کند: «هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی است». هم‌چنین اصل رعایت کرامت و آزادی انسانی را تبیین کرده



است که در ماده ۲۴ ق.ا.ا. تصریح گردیده است: «آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می گردد، حدود ندارد». هم چنین اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها را در ماده ۲۷ قانون اساسی، این گونه گنجانده است: «هیچ عملی جرم شمرده نمی شود، مگر به حکم قانونی که از قبل از ارتکاب نافذ گردیده باشد هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار و یا توقف نمود مگر بر طبق احکام قانون هیچ شخص را نمی توان مجازات نمود، مگر با حکم محکمه با صلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد» (قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۲: ماده ۲۹).

هم چنین در ماده ۲۹ قانون اساسی آمده است: «تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخص نمی تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر اگر چه تحت تعقیب، رفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا به تعیین جزای مخالف کرامت انسانی امر دهد، ممنوع است». اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها در حقوق اسلام نیز از آیه کریمه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» (اسرا: ۱۵) و «قاعده قبح عقاب بلا بیان» استنباط می شود. امتیاز این اصل حفظ آزادی های فردی، اجتماعی و آگاهی افراد از اوامر و نواهی قانونی و توجه ایشان به عواقب اعمال ضد اجتماعی است که در قالب قانون ریخته شده است (نوربها، ۱۳۹۱: ۴۹).

۳-۱. اصل شخصی بودن مجازات ها

مجازات باید متوجه شخصی باشد که آن عمل مجرمانه را انجام داده است. این بی انصافی است که به خاطر شخص تبهکار، نزدیکان وی را مجازات کرد؛ اما در دوره انتقام مجازات در مورد کلیه جرائم شخصی نبوده و بستگان مجرم نیز مجازات می شدند. تا زمان انقلاب کبیر فرانسه در مورد گناه بزرگ و سوء قصد علیه پادشاه و رئیس دولت، مجازات فاقد جنبه شخصی بود و بستگان مجرم را نیز مجازات می کردند، ولی پس انقلاب فرانسه، اصل شخصی بودن مجازات رسماً پذیرفته شد. چنانکه قانون گذار افغانستان در این مورد بیان نموده: «جرم یک عمل شخصی است.

لذا تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزا بر او، به شخص دیگری سرایت نمی‌کند» (قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲: ماده ۲۶).

باوجود اینکه امروزه مجازات یک عمل شخصی به حساب می‌آید، ولی بازهم خالی از متضرر شدن بستگان نیست؛ زیرا طبیعی است که مجازات به صورت غیرمستقیم، متوجه افراد فامیل بزهکار نیز خواهد شد. در نتیجه سلب آزادی سرپرست خانواده می‌شود که هم از نظر مادی و هم از نظر معنوی متوجه افراد خانواده و موجب ضرر آن‌ها خواهد شد. چنانکه پرداخت غرامت، در صورت محکومیت و فوت مورث، به شرط قبولی ارث، بر عهده وارث است. ماده ۲۶ قانون اساسی، بیانگر این است که از نظر حقوقی هیچ شخص مسئول عمل شخصی دیگری نیست، بلکه نتیجه عمل به شخص انجام دهنده برمی‌گردد، ولی این بحث کمی از واقعیت‌های عینی جامعه به دور است. درست است که به صورت مستقیم نتیجه عمل به شخص انجام دهنده برمی‌گردد، ولی به صورت غیرمستقیم افراد دیگر نیز متأثر می‌گردند.

۲-۳. اصل تساوی مجازات‌ها

مجازات برای همه مردم یکسان است، اختلاف طبقات اجتماعی و امتیازات شخصی موجب اختلاف و تفاوت مجازات نمی‌شود. بدیهی است که رنج و مشقت که مجرم از مجازات تحمل می‌کند، به شخصیت و قدرت تحمل متفاوت او بستگی دارد. مثلاً تحمل زندان برای کسی که در آسایش و رفاه به سر می‌برد، دشوارتر از بینوایی است که در آزادی، از فقر و محرومیت رنج می‌برد. (ر.ک. گلدوزیان، ۱۳۸۸: ۲۹۵)

در قانون اساسی هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون، دارای حقوق و وجایب مساوی می‌باشند (قانون اساسی افغانستان: ۱۳۸۲، ماده ۲۲). قانون اساسی افغانستان به عنوان قانون مادر، این اصل را برای شهروندان به رسمیت شناخته و تضمین کرده است. عدول از این اصل بدین مفهوم است که نادیده گرفتن قانون اساسی و نقض آن جرم محسوب می‌شود و مجازات در پی دارد. این حکم قانون اساسی در اصل شهروندان را در برابر خودسری‌های نهادهای مجری قانون بیمه نموده و عدالت اجتماعی را حاکم



می‌سازد. مبنی بر این حکم قانون اساسی هر نوع برخورد متفاوت و تبعیض آمیز، برای اجرای قانون در برابر شهروندان مردود و غیرقابل قبول است. مجازات بالای همه به صورت یکسان تطبیق می‌گردد. اختلاف طبقات اجتماعی و امتیازات شخصی موجب اختلاف و تفاوت مجازات نمی‌گردد. واضح است که رنج و مشقتی که مجرم از این ناحیه می‌برد، تحمل و قدرت آن را دارد. با وجود اصل تساوی، مجازات و عدم رعایت شخصیت در مجازات مرتکبین، گاهی هم قانون‌گذار خصوصیات شخص مجرم را در تعیین مجازات دخیل می‌داند. مثلاً شرکت کارمندان دولت در برخی از جرائم موجب تشدید مجازات می‌شود (باهری، ۱۳۸۰: ۳۷۱).

۴. قلمرو زمانی حقوق جزا در کد جزا

کد جزا به اجرای مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی، به موجب قانون قبل از وقوع جرم اشاره کرده و در ادامه به تأثیر قانون جدید در مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی در صورت مساعدتر بودن، به قانون تصریح کرده است. کد جزا مقرر می‌دارد:

(۱) مرتکب جرم به موجب قانونی مجازات می‌گردد که قبل از ارتکاب جرم نافذ شده باشد، مگر این‌که قبل از صدور حکم قطعی، قانون جدیدی وضع گردد که به نفع متهم باشد.

(۲) قانون در حالات ذیل به نفع متهم دانسته می‌شود:

۱. حداقل مجازات را کمتر ساخته باشد.
۲. با حفظ حداقل؛ حداکثر مجازات را کمتر ساخته باشد.
۳. مجازات به درجه پایین‌تر تنزیل یافته باشد.
۴. حالات مخففه را بیشتر ساخته باشد.
۵. حالات مشدده را کمتر ساخته باشد.
۶. سایر مواردی که در قانون جدید به نفع متهم توجیه گردد.

(۳) هرگاه قبل یا بعد از صدور حکم قطعی، قانونی نافذ گردد که به موجب آن عملی را که متهم به ارتکاب آن محکوم به جزا گردیده است، قابل مجازات نداند،

تنفیذ حکم متوقف و آثار جزایی مرتب به آن، از بین می‌رود (کد جزای افغانستان، ۱۳۹۶: ماده ۱۷).

در مقررات و نظامات دولتی، مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است و مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد؛ اما اگر پس از وقوع جرم، قانونی مبنی بر تخفیف یا عدم اجرای مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی یا از جهاتی مساعدتر به حال مرتکب وضع شود، نسبت به جرائم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی مؤثر است. هرگاه به موجب قانون سابق، حکم قطعی لازم الاجرا صادر شده باشد به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف. اگر رفتاری که در گذشته جرم بوده، به موجب قانون لاحق جرم شناخته نشود، حکم قطعی اجرا نمی‌شود و اگر در جریان اجرا باشد اجرای آن متوقف می‌شود. در این موارد و همچنین در موردی که حکم قبلاً اجرا شده است، هیچ‌گونه اثر کیفری بر آن مترتب نیست.

ب. اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق تخفیف یابد، قاضی اجرای احکام موظف است که قبل از شروع اجرا یا در حین اجرا، از دادگاه صادرکننده حکم قطعی، اصلاح آن را طبق قانون جدید تقاضا کند. محکوم نیز می‌تواند از دادگاه صادرکننده حکم، تخفیف مجازات را تقاضا کند. دادگاه صادرکننده حکم با لحاظ قانون لاحق، مجازات قبلی را تخفیف می‌دهد. مقررات این بند در مورد اقدام تأمینی و تربیتی که در مورد اطفال بزهکار اجرا می‌شود نیز جاری است. در این صورت، ولی یا سرپرست وی نیز می‌تواند تخفیف اقدام تأمینی و تربیتی را تقاضا کند.

از آنجا که حفظ نظم عمومی و پاسداری از ارزش‌های اجتماعی به عهده حکومت است و دولت برای تضمین آن ضمانت اجرای کیفری وضع کرده است، همواره این دغدغه وجود داشته که ممکن است حکام از این طریق سوءاستفاده کرده و به حقوق و آزادی‌های افراد تجاوز نماید. از این رو خردمندان جامعه این اصل را پیشنهاد نموده‌اند تا حدود و صلاحیت و وظایف حکومت روشن باشد (توحید خانه، ۱۳۸۸: ۵۱).



۵. عوامل پایان اجرای قاعده حقوقی

در بحث پایان اجرای قاعده حقوقی، چند عامل مطرح است که ذیلاً بررسی می‌گردد:

۵-۱. پایان یافتن موعد قانون

مانند قوانین آزمایشی مصوب کمیسیون‌های داخلی مجلس؛ زیرا این قوانین تنها در مدتی که مجلس تعیین می‌کند، به صورت آزمایشی اجرا می‌گردد یا منتفی شدن قید و شرط اجرای قانون؛ مانند قوانینی که در زمان جنگ، گذاشته می‌شوند.

۵-۲. تعلیق قانون

گاه ممکن است قوانینی که بیشتر در مورد قوانین عادی غیر پارلمانی صادق است، اجرای یک قانون دائمی برای مدتی موقت، تعطیل شده و دوباره اجرای آن ادامه یابد.

۵-۳. حذف

صریح‌ترین حالت پایان دادن به قاعده حقوقی، حذف است که بسیار به نسخ شبیه است؛ اما حذف اعدام قانون است، در حالی که در نسخ، قانون وجود دارد، ولی از آن سلب اعتبار می‌گردد.

۵-۴. ابطال

برخلاف نسخ و حذف که جنبه انشایی دارند، ابطال جنبه اخباری دارد. تفاوت دیگرش این است که ابطال لزوماً باید توسط مقامی عالی اعلام شود، در حالی که حذف و نسخ به وسیله مقام مساوی نیز امکان‌پذیر است. ابطال به دو صورت انجام می‌شود: یکی انقلابی و سیاسی و دیگری عادی و حقوقی. ابطال قوانین رژیم‌های گذشته در انقلاب‌های اجتماعی، نمونه مصداق‌های نخست است؛ اما برای مصداق دوم در حقوق افغانستان، به طور رسمی، یک مورد بیشتر وجود ندارد و آن ابطال آیین‌نامه‌های دولتی مخالف موازین اسلامی به وسیله دیوان عدالت اداری است که در قانون اساسی، بدان تصریح شده است.

۵-۵. تخصیص و تقیید

تخصیص و تقیید، زمانی است که یک قانون عام وجود دارد و سپس یک قانون

خاص، در تخصیص آن قانون عام می‌آید که اولاً باید قانون خاص و مقید پس از گذشت مدتی از عمل به قانون عام وضع شود؛ به عنوان مثال، قانون مدنی، قوانین دیگر را تخصیص می‌زند و قلمرو اجرای آن را محدود می‌سازد؛ اما به دلیل وضع و تصویب هم‌زمان آن دو، این تخصیص مصداقی برای عوامل پایان‌بخش اجرای قاعده حقوقی نخواهد بود و ثانیاً پایان اجرای قانون عام از مصادیق نسخ جزئی نباشد. به طور مثال، قانون اساسی می‌گوید: «هیچ‌کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد، مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد». حال هرگاه پس از مدتی، قانون عادی موارد جواز تبعید را مشخص کرد، از آن زمان به بعد به استناد تخصیص، اجرای قانون اساسی به طور جزئی و نه کلی پایان می‌یابد و دیگر نمی‌توان به استناد آن اصل، تبعید افراد را ممنوع دانست؛ اگرچه در غیر آن موارد، قاعده ممنوعیت تبعید به استناد اصل فوق، به قوت خود باقی است.

۶-۵. نسخ

مقصود از نسخ که یا صریح است یا ضمنی، آن است که با وضع قانون جدید، اعتبار قانون قدیم به طور کلی یا جزئی از آن سلب می‌گردد. امکان دارد پس از مدتی از اجرای یک قانون، مصلحت اجرای آن پایان یابد یا راهکارهای بهتری برای رسیدن به مصلحت منظور وجود داشته باشد. به این ترتیب قانون‌گذار قانونی وضع می‌کند که به طور صریح یا ضمنی اعتبار قانون قدیم را سلب می‌کند.

نتیجه‌گیری

قلمرو زمانی حقوق جزا از زمان به وجود آمدنش، آغاز شده و با از بین رفتن آن، به اتمام می‌رسد. یک قاعده حقوقی زمانی که به وجود می‌آید دارای آثار ذیل است:

۱. اثر فوری قانون که عبارت است از اینکه یک قاعده حقوقی پس از ایجاد، بر همه موضوعات مربوط به زمان اعتبار خود حکومت می‌کند و چهره ایجابی قاعده است.

۲. اثر سلبی قانون به صورت اصل عدم، عطف به ما سبق نشدن قانون یا عدم



تأثیر قانون جدید بر گذشته.

۳. زمان شروع اثر فوری قانون یا اجرای قواعدی که در قالب «قانون» ظاهر می‌شوند، کاملاً واضح است.

۴. بر اساس قانون مدنی، قوانین ۱۵ روز پس از انتشار در سراسر کشور، لازم الاجرا می‌گردد، مگر آنکه در خود قانون، ترتیب خاصی برای موقع اجرا، مقرر شده باشد.

۵. زمان آغاز اجرای قواعد حقوقی ناشی از آرای وحدت رویه نیز با توجه به روشن بودن تاریخ صدور آن، مشخص است.

در مورد قواعد حقوقی برآمده از شریعت نیز ابهامی وجود ندارد؛ زیرا مفروض این است که قواعد حقوقی شرایع، اعم از شریعت و فقه جعفری یا دیگر شاخه‌های شرایع اسلامی و نیز شرایع یهودی، مسیحی و زرتشتی، قرن‌هاست که تولد یافته و به وسیله پیروان آن‌ها، به اجرا درآمده‌اند. در این میان، قواعد حقوقی مبتنی بر عرف وضعیت متفاوتی دارند؛ زیرا اگرچه در مورد اجرای عرف‌های پرسابقه و روشن، ابهامی وجود ندارد؛ اما در مورد زمان آغاز اجرای عرف‌های جدید و مستحدث، به دلیل روشن نبودن تاریخ دقیق تولد قاعده حقوقی عرفی، ابهام دیده می‌شود. به هر حال بر اساس چهره‌ایجابی قاعده، قانون و دیگر قواعد حقوقی تا زمان زوالشان، بر همه موضوعات و موقعیت‌های حقوقی حال و آینده مربوط به آن قاعده حکومت می‌کند. تنها چند مورد استثنایی وجود دارد.

اما درباره عدم عطف به ما سبق نشدن قانون، درست است که از نظر تبیین مفهوم، فلسفه پذیرش و تعیین قلمرو اجرای این اصل و موارد استثنای آن، اتفاق نظر وجود ندارد؛ اما کلیت آن به قدری از نظر منطق، عدالت و مصلحت عمومی، استوار است که هم فردگرایان و هم جامعه‌گرایان آن را ضروری دانسته و پذیرفته‌اند و هم در قوانین موضوعه بسیاری از دولت‌ها بازتاب یافته است. البته رعایت این اصل در همه موارد یکسان نیست و اهمیت همانندی ندارد. به طور مثال، رعایت این اصل در قلمرو حقوق کیفری، بیشتر از حقوق مدنی است؛ به گونه‌ای که نه تنها قاضی نمی‌تواند



قانون جدید را عطف به ما سبق کند، بلکه قانون‌گذار هم صلاحیت انجام چنین کاری را ندارد. حال آنکه رعایت این اصل در مورد حقوق خصوصی و مدنی، نرمی و انعطاف بیشتری دارد؛ بدین معنا که اگرچه قاضی نمی‌تواند قانون جدید را عطف به ما سبق کند؛ اما قانون‌گذار در صورت مصلحت می‌تواند قانون جدیدالتصویب را بر رویدادهای حقوقی گذشته نیز حکومت ببخشد.

این اصل استثناهایی نیز دارد، از جمله: ۱. مواردی که قانون‌گذار خود تصریح بر تأثیر قانون جدید بر گذشته کند؛ مثل مشمول مالیات قرار دادن درآمدهای یک سال گذشته به علاوه مالیات بستن به درآمدهای حال و آینده. ۲. قوانین تفسیری که خود آن قوانین مفسر، قوانین قبلی باشند. ۳. قوانین ترفیعی و ارفاقی؛ به طور نمونه، در اولویت قرار دادن فردی که به احیای زمین می‌پردازد، بر اساس قوانین قبلی و بعد با قانون جدید، علاوه بر اولویت دادن به فرد، وی را مالک آن هم بدانند یا تخفیف یا حذف مجازات‌هایی که برای مجرمان سابق قرار داده می‌شود. ۴. قوانین مربوط به نظم عمومی؛ زیرا برخی از قوانین چنان با ارزش‌های جامعه پیوند خورده‌اند که نه تنها ایجاد شرایط جدید برخلاف آن‌ها قابل قبول نیست، بلکه استمرار موقعیت‌هایی که در گذشته ایجاد شده و هنوز ادامه دارد نیز قابل تحمل نیست؛ از جمله نکاح با نامحرم. ۵. قوانین ابطالی که به مفهوم معدوم کردن قانونی است و لازمه منطقی آن، معدوم انگاشتن همه آثار حقوقی مترتب بر آن است و بر تمامی موقعیت‌های حقوقی ای که در گذشته، با استناد به قانون ابطال شده به وجود آمده‌اند، حکومت می‌کند.



فهرست مطالب

قرآن کریم

الف) کتاب‌ها

۱. باهری، محمد، (۱۳۸۰)، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات مجد.
۲. توحید خانه، محمد صدر، (۱۳۸۸)، رهنمود ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان، هایدلبرگ و کابل، بی‌جا: نشر وزارت خارجه آلمان.
۳. حر العاملی، محمد بن الحسن، (۱۳۸۴)، وسائل الشیعه، (ترجمه: علی رضایی)، تهران: نشر مهر.
۴. شبیری زنجانی، سید موسی، (۱۳۸۶)، رساله توضیح المسائل، قم: بی‌نا.
۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴)، مقدمه علم حقوق، تهران: نشر دادگستر.
۶. کاشانی، ابن مسعود، (۱۴۰۹ق)، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع، پاکستان: نشر المکتبه الحیبیه.
۷. گلدزیان، ایرج، (۱۳۸۸)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی (۱-۲-۳)، تهران: نشر میزان.
۸. مصباح یزدی، محمد تقی، (۱۳۹۲)، حقوق و سیاست در قرآن، قم: نشر مؤسسه پژوهشی امام خمینی.
۹. مطهری، مرتضی، مجموعه آثار ج ۲۰، تهران: انتشارات نشر صدرا.
۱۰. نوربها، رضا، (۱۳۸۶)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: نشر گنج دانش.

ب) قوانین

۱۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲
۱۲. قانون جزای افغانستان، مصوب ۱۳۵۵
۱۳. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵
۱۴. کد جزای افغانستان، مصوب ۱۳۹۶

حمایت از کودکان در مخاصمات مسلحانه با استناد

بر اسناد حقوق بین‌المللی

ظاهر بهزاد^۱

چکیده

از گذشته دور بدین سو، پدیده نامیمون خشونت‌ها و جنگ‌ها، بر زندگی و آرزوهای کودکان در جوامع گوناگون سایه افکنده است. جنگ تقریباً کلیه حقوق کودکان؛ مانند حق بازی، حق تغذیه و حتی حق حیات را از آن‌ها سلب کرده و گاهی از آنان به‌عنوان سرباز اجباری در جنگ نیز استفاده می‌شود. با این وصف تاکنون، نهادها و سازمان‌های مختلف حقوق بشری و مدافع حقوق کودکان، برای محافظت و حمایت از آزادی و حقوق کودکان اقدام جدی نکرده است. در بسیاری از موارد مانند جنگ‌های داخلی سوریه و فلسطین، حقوق آن‌ها به گونه آشکارا پایمال شده است. در این تحقیق با استفاده از روش تحلیلی و توصیفی، به بررسی و مطالعه پژوهش‌های علمی و اسناد حقوقی برای تبیین حمایت از حقوق کودکان در مخاصمات مسلحانه، پرداخته شده است. یافته‌های تحقیق به‌صراحت نشان می‌دهد که تقریباً کلیه دولت‌ها به یکی از معاهده‌ها و کنوانسیون‌های حقوقی منطقه‌ای، بین‌المللی یا جهانی راجع به حمایت از حقوق و آزادی کودکان متعهد هستند و همین معاهده‌ها و کنوانسیون آن‌ها را ملزم به محافظت و حمایت از حقوق کودکان در جنگ‌ها و مخاصمات مسلحانه می‌نماید.

کلیدواژه‌ها: کودکان، حقوق بین‌الملل، مخاصمات مسلحانه، کنوانسیون‌ها

۱. لیسانس پلان‌گذاری آموزشی پوهنتون کابل، استاد دانشکده علوم انسانی، جامعه المصطفی‌العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان

مقدمه

جوامع امروزی به فهم و درک جامع و کامل از اهمیت سازندگی حیات کودکان برای تداوم تمدنشان رسیده است. ازاین‌رو ممالک و دولت‌ها روز به‌روز در پی دست گرفتن سازکارها و راهکارهای مختلف برای حفاظت از آزادی و حمایت از حقوق آن‌ها هستند. جامعه جهانی در برخی موارد به دنبال تنظیم اصول حقوقی برای حمایت از حقوق کودکان در مخاصمات مسلحانه؛ مانند اعلامیه حقوق کودک مصوب سال ۱۹۲۴ میلادی سران کشورهای جامعه ملل است. در برخی موارد دیگر به تعقیب توسل به فشار برای محافظت از جان کودکان در جنگ‌ها؛ مانند اعمال تحریم‌های اقتصادی بر شبه‌نظامیان مسلح غیرمسئول است.

در جنگ‌ها و مخاصمات مسلحانه داخلی، خارجی و بین‌المللی بدبختانه اطفال اکثراً به فجیع‌ترین شکل آسیب و صدمه می‌بینند و حتی گاهی باعث از دست رفتن حیات آن‌ها می‌گردد. آسیب‌هایی که همیشه متوجه کودکان در جنگ‌ها و درگیری‌های نظامی بوده است، شامل این موارد می‌شود: «استفاده از آن‌ها با توسل به‌زور برای وادار کردن به‌عنوان سرباز اجباری به‌واسطه طرف‌های نزاع، به کار گرفتن از آنان به حیث جاسوس و خبرچین توسط دسته‌های جنگی، آزار و اذیت جنسی کودکان برای تأمین نیاز شهوات جنگ‌سالاران، مرگ و میر آنان ناشی از امراض مزمن و کمبود غذا به‌عنوان آوارگان جنگی در پناهگاه، بهره گرفتن از آن‌ها به حیث قاچاقچیان برای حمل و نقل اسلحه و مهمات جنگی و استفاده از آنان برای ردیابی بمب‌های زمینی به‌عنوان ردیاب ماین‌هاست» (طلعت و آهنگر، ۱۳۹۵: ۱۱۵).

پدیده شوم جنگ و توسل به قدرت نظامی، به‌عنوان بخشی از سیاست ملی در دولت‌های ابرقدرت، همیشه برای تأمین منافع راهبردی‌شان مطرح است. لذا برخی اوقات مستقیم و به بهانه‌های مختلف وارد نبرد می‌شوند و برخی اوقات با حمایت از دسته جنگی خاص جنگ نیابتی را در یک منطقه جغرافیایی تحمیل می‌کنند؛ اما در هر صورت مردمان ملکی و بی‌دفاع به‌ویژه کودکان قربانی می‌شوند (اردستانی و کامجو، ۱۳۹۶: ۱۱). کارشناسان حوزه حقوق بین‌الملل، جنگ را مجموعی از عملیات



و اقدامات قهرآمیز برای حفاظت از منافع کشورها می‌دانند که گاهی در چهارچوب مناسباتشان رخ می‌دهد (مسعودی نیا، ۱۴۰۱: ۲۱).

۱. پیشینه تحقیق

با ورود به قرن بیست و یکم میلادی مسئله حقوق بشری ارزش و اهمیت فراوان در بین جوامع مدرن پیدا کرده است که از مشارکت مردم در انتخاب زعمیشان تا حفاظت از حقوق آن‌ها در جنگ‌ها را شامل می‌گردد. در این میان مسئله حفاظت و حمایت حقوق و آزادی کودکان در جنگ از هر چیز مهم‌تر تلقی می‌گردد. بدین اساس مطالعه‌ها و بررسی‌های فراوان در این زمینه صورت گرفته است که به نتایج و یافته‌های برخی از آن‌ها در ذیل می‌پردازیم:

موسوی میرکلایی (۱۳۹۲) در مقاله‌ای تحت عنوان «راهکارها و ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه با تأکید بر ماده اول مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹»، دست به مطالعه و بررسی اهمیت ماده اول هر چهار کنوانسیون ژنو سال ۱۹۴۹ م زده است که به مسئله مشترک می‌پردازد. یافته‌های این مقاله شان می‌دهد که متأسفانه برخی از یک‌صد و بیست و چهار کشور متعهد به هر چهار کنوانسیون، مشمول نقض کنندگان مفاد این کنوانسیون‌هاست. لذا باید برای به میان آمدن معاهده‌ها در آینده و برای حمایت از حقوق بشر، ضمانت‌های اجرایی از جمله تحریم‌های اقتصادی برای ناقضین مدنظر گرفته شود.

طلعت و آهنگر (۱۳۹۵) در مقاله‌ای با عنوان «حمایت از کودکان در مخاصمات مسلحانه در چارچوب اسناد بین‌المللی»، به بررسی معاهده‌های بین‌المللی از جمله کنوانسیون حقوق کودک مصوب سال ۱۹۸۹ م. کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، منشور آفریقایی حقوق و رفاه کودکان مصوب سال ۱۹۹۰ م. و منشور اجتماعی اروپا مصوب سال ۱۹۹۶ م. پرداخته است. یافته‌های این مطالعه نشان دهنده توجه تقریباً همه دولت‌ها به محافظت از کودکان در مخاصمات مسلحانه است؛ اما هنوز تعدادی از کشورها به‌ویژه در آفریقا است که نسبت به تعهد بین‌المللی خود بی‌توجه بوده و

مستلزم راهکارهایی است که آن‌ها را وادار به عملی ساختن تعهدشان کند.

حسینی و محمدزاده (۱۳۹۶) در پژوهش با عنوان «فرادینی یا دینی بودن حقوق بشر و حقوق بشردوستانه» به یک ارزیابی کلی درباره منبع و منشأ حقوق بشر و حقوق بشردوستانه دست زده است. یافته‌های این ارزیابی نشان می‌دهد که حقوق بشر و حقوق بشردوستانه کنونی در حقیقت متأثر از دستورهای ادیان ابراهیمی به‌ویژه دین مقدس اسلام است. لذا ریشه دینی دارد و منفک از دین نیست.

عظیمی و فاضل (۱۳۹۶) در مطالعه‌ای تحت نام «پژوهش تطبیقی درباره مفهوم، ماهیت و شرایط اصل تناسب در حقوق بشردوستانه بین المللی و حقوق اسلام» به اصل تناسب در ماده اول کنوانسیون ژنو و قوانین حاکم بر دیوان کیفری بین المللی و همچنین از منظر دین مقدس اسلام پرداخته است. نتایج این مطالعه نشان می‌دهد که اصل تناسب در قوانین حاکم بر نظام حقوقی بین المللی معاصر و دین مبین اسلام، یکسان است.

اردستانی و کامجو (۱۳۹۷) در مطالعه‌ای تحت عنوان «بررسی وضعیت حقوق بشر در زمان مخاصمات مسلحانه: یک ارزیابی نظری» نگاه اجمالی بر واسطه‌های وقوع مخاصمات مسلحانه بین انسان‌ها، دولت‌ها، ادیان و تمدن‌ها انداخته و ایده صلح را به عنوان متضمن حقوق بشر بررسی کرده است. یافته‌های این مطالعه نشان می‌دهد که جامعه بین المللی در سده‌های نوین کوشیده تا با اقدامات متعددی در راستای کاهش تلفات جانی و مالی ناشی از این مخاصمات گام بردارد که از جمله می‌توان به وضع قوانین و مقرراتی تحت عنوان حقوق بشردوستانه اشاره نمود.

خلف رضایی (۱۳۹۸) در مطالعه‌ای با عنوان «گروه‌های مسلح فراملی و اجرای حقوق بشردوستانه بین المللی»، نبرد میان گروه‌های مسلح غیردولتی و دسته‌های تفنگدار غیرمسئول را در سرحدات ملی و فراملی کشورها بررسی کرده است. نتایج این مطالعه حاکی از نقص واضح قوانین بشردوستانه بین المللی؛ مانند استفاده از افراد ملکی به عنوان سپر انسانی در جنگ‌ها و نزاع‌های مسلحانه میان این گروه‌هاست. برادران و حبیبی (۱۳۹۸) در پژوهشی با عنوان «قابلیت اعمال قواعد حقوق



بین‌الملل بشردوستانه در جنگ‌های سایبری»، قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه در رابطه با جنگ‌های سایبری را برررسی کرده و به این نتیجه رسیده است که هر چند قوانین ویژه حقوق بشردوستانه بین‌المللی مدون برای جنگ‌های سایبر وجود ندارد؛ اما می‌توان با استناد بر قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه فیزیکی استفاده کرد. میر محمدی (۱۳۹۸) در پژوهشی با عنوان «حمایت از کودکان در مخاصمات مسلحانه»، به مطالعه محافظت از اطفال در جنگ‌ها و نبردها بین طرف‌های درگیر پرداخته است. نتایج این تحقیق، انواع نقض حقوق کودکان در نبردها و جنگ‌ها را نشان می‌دهد که از آن جمله می‌توان به سربازگیری اجباری، کشتن و ربودن آن‌ها، تجاوز جنسی بر آنان و محرومیت آن‌ها از دسترسی به کمک‌های بشردوستانه نام برد. فضائلی (۱۴۰۰) در مقاله‌ای با عنوان «اصول حاکم بر رفتار با قربانیان مخاصمات مسلحانه از نگاه اسلام و حقوق بین‌المللی بشردوستانه: با تأکید بر وضعیت زندانیان جنگی و بازداشت شدگان»، نگاهی بر قوانین حاکم نظام حقوق بین‌المللی بر قربانیان و اسیران جنگ‌ها در غزوات اسلام و جنگ‌های معاصر انداخته است. یافته‌های مقاله تصریح می‌کند که طرف‌های مخاصمه، با بازداشت‌شدگان و اسیران جنگی در پرتو کرامت انسانی و مواد پروتکل‌های ژنو برخورد کنند و از هرگونه اعتراف اجباری و شکنجه زندانیان، دست بردارند؛ زیرا این امر براساس مستندات این تحقیق، ممنوع است.

مسعودی نیا (۱۴۰۱) در مقاله‌ای تحت عنوان «حمایت از غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه در فقه و حقوق کیفری بین‌المللی»، حفاظت غیرنظامیان یا افراد ملکی را در نبردها از نگاه فقه اسلامی و قوانین کیفری بین‌المللی را بررسی کرده است. یافته‌ها با استناد بر آیه ۱۹۰ سوره بقره و پروتکل اول الحاقی سال ۱۹۷۷ میلادی که مورد قبول اکثر دولت‌هاست، نشان می‌دهد که حمایت و حفاظت از حقوق افراد ملکی در مخاصمات مسلحانه، برای طرفین نبرد الزامی است.

۲. وضعیت حمایت از کودکان

حمایت از حقوق و حفاظت از جان مردم ملکی و افراد بی دفاع به‌ویژه کودکان، همواره مورد تأکید تمدن‌ها و ادیان در ادوار تاریخ بوده است. از جمله می‌توان به‌عنوان مثال در دین اسلام به حیث دومین آیین پرجمعیت جهان اشاره کرد. بارها در قرآن عظیم‌الشان به اجتناب از تلفات افراد ملکی به طرف‌های جنگ هشدار داده شده است و به‌گونه ویژه در این آیه‌ای می‌فرماید: «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا؛ هرکسی انسانی را بدون ارتکاب قتل یا فساد در روی زمین بکشد، چنان است که گویی همه انسان‌ها را کشته است و هرکسی سبب نجات کسی شود، چنان است که گویی همه انسان‌ها را زنده کرده است» (مائده: ۳۲). با این حال تاریخ شهادت می‌دهد که در جنگ‌های گوناگون، توصیه قرآن کریم درباره جلوگیری از تلفات مردم بی دفاع و ملکی به‌ویژه کودکان را نادیده گرفته شده است.

بر اساس گزارش شورای امنیت سازمان ملل متحد در دهه نود میلادی، ۵۷ مخصامه مسلحانه داخلی در سراسر جهان به وقوع پیوسته است که باعث استفاده سه صد هزار (۳۰۰۰۰۰) کودک به‌عنوان سرباز اجباری، کشته شدن یک میلیون و دو صد هزار کودک (۱۲۰۰۰۰۰)، زخمی شدن سیزده هزار کودک (۱۳۰۰۰) در اثر بمب‌های کنار جاده‌ای و آواره شدن بیست میلیون (۲۰۰۰۰۰۰۰) کودک شده است (میر محمدی، ۱۳۹۸: ۴۲). با استناد به گزارش شورای امنیت سازمان ملل متحد، می‌توان اذعان کرد که بدبختانه در جنگ‌ها، حیات و سرنوشت کودکان نادیده گرفته می‌شود و آن‌ها اصلی‌ترین قربانیان مخصامات مسلحانه به حساب می‌آیند. اعداد و ارقام شورای امنیت نیز دل‌خراش و وحشتناک است.

دولت‌ها روز به‌روز سعی دارند که توانایی‌های نظامی‌شان را به‌گونه چشم‌گیر افزایش دهند تا با استفاده از جدیدترین تکنولوژی در جنگ، برای کسب مزیت رقابتی با رقبای منطقه‌ای و بین‌المللی‌شان، شکننده‌ترین سلاح‌ها را تولید کنند. هر قدر رشد در تولید سلاح‌های پیشرفته صورت بگیرد، متأسفانه باعث افزایش فراوان



تلفات افراد ملکی و غیرنظامیان می‌گردد. هرچند در قطعنامه ۱۵۶۶ شورای امنیت سازمان ملل متحد، به‌صراحت از همه جوانب جنگ و نبرد درخواست شده است تا از به کار بستن سلاح‌های کشتار جمعی، دوری نمایند؛ (حیدری فرد و امیری، ۱۴۰۰: ۲۸) اما سردمداران زور و قدرت سلطه، جز به منافع سیاسی و اقتصادی خود و خوی سلطه‌گری خود، به چیزی دیگر نمی‌اندیشند. از این رو، نهادها و سازمان‌های منطقه‌ای، بین‌المللی و جهانی مدافع حقوق بشر و حامی حقوق کودکان، مانند صلیب سرخ بدین باور رسیده‌اند که محکومیت‌ها و قطعنامه‌ها، توانایی جلوگیری از پایداری شدن حقوق کودکان و محافظت از جان آن‌ها را ندارند. بنابراین آنان در صدد اتخاذ تدابیر و یافتن راهکارهایی با ضمانت اجرایی هستند. لذا سعی دارند تا در راستای ایجاد پیمان‌ها بین دولت‌ها، مانند پروتکل ژنو در این راستا گام بردارد.

جهان معاصر با گذراندن دو جنگ جهانی و دادن تلفات بی‌شمار افراد ملکی به‌ویژه کودکان اکنون در پی یافتن سازوکارهای مناسب است تا ابتدا از بروز جنگ یا درنهایت از تلفات مردمان ملکی به‌ویژه اطفال جلوگیری کنند که از آن جمله می‌توان به کنوانسیون‌های چهارگانه مصوب سال ۱۹۴۹ میلادی، کنوانسیون حقوق کودک مصوب سال ۱۹۸۹ میلادی، منشور آفریقایی حقوق کودکان مصوب سال ۱۹۹۰ میلادی و منشور اجتماعی اروپا مصوب سال ۱۹۹۴ میلادی و سفارش‌نامه کنفرانس بین‌المللی صلیب سرخ مصوب سال ۱۹۹۵ میلادی را نام برد.

۳. حمایت از حقوق کودک در اسناد بین‌المللی

مطالعات و تحقیقات به وضاحت نشان می‌دهد که کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و جمعیت هلال احمر نخستین سازمان‌های پیشگام در امور بشردوستانه بین‌المللی است که این سازمان‌ها در زمینه محافظت از زخمی‌های ملکی در جنگ، بیماران عضو در نیروهای مسلح کشورها در نبردها و اسیران در اسارت، خدمات چشم‌گیری انجام داده‌اند؛ اما معاهده‌ها و پیمان‌های که تا کنون در زمینه حفاظت از جان و مال افراد بی‌دفاع و مردم ملکی، به‌ویژه حمایت از کودکان بین دولت‌ها منعقد شده، شامل کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، کنوانسیون حقوق کودک، منشور آفریقایی حقوق

کودکان و منشور اجتماعی اروپا است که در ذیل به آن‌ها می‌پردازیم:

۳-۱. کنوانسیون چهارگانه ژنو

کنوانسیون چهارگانه ژنو، مهم‌ترین ماده حقوق بین‌الملل بشردوستانه است که محدودیت‌های برطرف‌های منازعه مسلحانه در زمان جنگ وضع کرده است تا از حقوق و آزادی‌های افرادی ملکی حفاظت و حمایت کنند (موسوی میرکلایی، ۱۳۹۲: ۲). در سال ۱۸۶۴ میلادی با تدویر نخستین نشست بین دوازده کشور توافق شد تا مددهای صحنی برای سربازانی که در جنگ زخمی می‌شوند، از سوی این دولت‌ها فراهم شود. این نشست بین دولت‌ها نخستین گام در راستای حمایت از حقوق افراد در مخاصمات مسلحانه معاصر به حساب می‌آید و مفاد حقوقی این نشست، درواقع کنوانسیون اول ژنو را می‌سازد (طلعت و آهنگر ۱۳۹۵: ۳۲). وقتی توافق بین دولت‌ها بر سر دومین کنوانسیون ژنو صورت گرفت که در سال ۱۹۰۶ میلادی برای اصلاح مفاد حقوقی کنوانسیون اول ژنو آن‌ها به موافقت‌ها جدید نظیر دور نگهداشتن مردم ملکی از ساحه جنگی دست یافتند (زمانی و پیری، ۱۳۹۱: ۱۲).

با به پایان رسیدن جنگ اول جهانی، بار دیگر بسیاری از کشورها در ژنو در سال ۱۹۲۹ میلادی گردهم آمدن تا علاوه بر مواد دو کنوانسیون گذشته، درباره حقوق اسیران جنگی نیز صحبت نمایند که دست‌یابی به یک توافق درباره حقوق اسیران جنگی باعث گردید تا کنوانسیون سوم ژنو نیز بر دو کنوانسیون گذشته اضافه گردد. در همین نشست، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ نیز پایه‌گذاری شد (طلعت و آهنگر، ۱۳۹۵: ۴۱). سران دولت‌ها در سال ۱۹۴۹ میلادی یعنی پس از به پایان رسیدن جنگ جهانی دوم، در ژنو کنفرانس دیگر را بر پا کرد تا علاوه بر حمایت از سربازان زخمی و اسیران، درباره مردم ملکی و بی‌دفاع به‌ویژه زنان و کودکان در زمان جنگ به توافق برسند؛ زیرا آنان قربانیان بی‌موجب و متأثر از جنگ هستند که همین توافق درواقع کنوانسیون چهارم ژنو را به میان آورد (طلعت و آهنگر، ۱۳۹۵: ۴۶). در کل می‌توان گفت از مجموع چهار کنوانسیون ژنو، در کنوانسیون چهارم ژنو بر لزوم حمایت و حفاظت از حقوق زنان و کودکان پرداخته شده است؛ مانند ممنوعیت



بمباران شفاخانه‌ها که در آن معمولاً زخمیان جنگی برای مداوی انتقال داده شده‌اند یا اردوگاه‌های کمیتۀ بین‌المللی صلیب سرخ که در آنجا زنان و کودکان برای دور ماندن از ساحۀ جنگی انتقال داده می‌شوند.

۲-۳. کنوانسیون حقوق کودک

کنوانسیون حقوق کودک یک میثاق بین‌المللی است که حقوق مدنی و اساسی کودکان را بیان دنبال می‌کند و دولت‌هایی که این معاهده را امضا کرده‌اند، به تطبیق مفاد این کنوانسیون موظفند (کریاسی و منصوری، ۱۳۹۷: ۱۲). هرگونه تخطی و نقض مفاد این کنوانسیون توسط دولت‌ها به‌واسطه صندوق حمایت از کودکان و کمیتۀ حقوق کودک سازمان ملل متحد بررسی شده و به دیوان بین‌المللی کیفری برای فیصله، صادر می‌گردد.

کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۹۸۹ میلادی مورد پذیرش مجمع عمومی سازمان ملل متحد قرار گرفت و سی روز پس از تودیع بیستمین سند تصویب یا الحاق، لازم‌الاجرا شده است (عماری و حاتمی، ۱۳۹۹: ۱۲). اکنون ۱۹۳ کشور عضو سازمان ملل متحد به‌جز ایالات متحده آمریکا، به این کنوانسیون پیوسته‌اند. این کنوانسیون جهانی دربارهٔ حقوق کودک بر اساس سه بخش و ۵۴ ماده تهیه و تنظیم شده است و کلیۀ مفاد حقوقی آن بر چهار اصل استوار است که هر اصل در ذیل بیان می‌شود:

۱. کودک بر اساس مادۀ نخست این کنوانسیون حقوقی به هر انسان که کمتر از هجده سال داشته باشد، گفته می‌شود، مگر اینکه اسناد قانونی هر دولت در مورد کودک، سن قانونی کمتری را تعیین کرده باشد؛
۲. هیچ کودکی هرگز در گوشۀ از جهان امروزی نباید از تبعیض نژادی، زبانی، جنسیتی، عقیده یا سمتی رنج ببرد و دولت‌های عضو این کنوانسیون متعهد به دفاع از حقوق کودکان هستند؛
۳. حیات حق مسلم هر کودک است و از آنجا که کودکان نسل آینده کشورها هستند، دولت‌ها هرگونه تلاش برای تأمین حقوقشان را انجام بدهند؛ زیرا مکلفند تا از

کودکان در حالات گوناگون نظیر مخاصمات مسلحانه محافظت کنند؛

۴. کودکان حق دارند تا آزادانه عقاید و دیدگاه‌هایشان را ابراز کنند و این نظرات در تمامی اموری که به آن‌ها مربوط می‌شود، باید مورد توجه قرار بگیرد.

لازم به ذکر است که از جمله موادی که در این سند حقوقی دربارهٔ کودکان ممنوع شده است، شامل ازدواج یا برده‌داری کودکان، ممنوع شدن اعدام کودکان و غیرقانونی بودن استفاده از اطفال به عنوان سرباز در جنگ است.

۳-۳. منشور آفریقایی حقوق کودکان

اکثر کشورهای آفریقایی به دلیل مستعمره اروپائیان بودن، از حق آموزش و پرورش محروم بودند یا اکثر جمعیت قاره آفریقا در جنگ‌های نیابتی قدرت‌های اروپایی یا در معادن جهت استخراج مشغول بوده‌اند. دولت‌های دیکتاتوری آفریقا مانند جمهوری دموکراتیک آفریقای مرکزی تا اواخر قرن بیستم میلادی به حقوق بشر و کودکان پایبندی نشان نمی‌دادند. کشورهای حامی حقوق بشر در اتحادیه آفریقا در نشست فوق‌العادهٔ این اتحادیه در سال ۱۹۹۰ میلادی، از سران کشورهای آفریقایی یک سلسله تعهدات مبنی بر حمایت از حقوق کودکان به‌ویژه در مخاصمات و نبردهای داخلی اخذ کرده‌اند که به منشور آفریقایی حقوق کودکان شهرت یافت (عماری و حاتمی، ۱۳۹۹: ۳۲).

در این منشور تنها قرارداد منطقه‌ای در جهان معاصر است که دربارهٔ حقوق کودکان پرداخته است. مواد مهم منشور آفریقایی حقوق کودکان، شامل مسئولیت دولت‌ها در برابر کودکان، مسئولیت طرف‌های نبرد در هنگام جنگ برای حفاظت از حقوق کودکان، وظیفهٔ خانواده‌ها در مقابل نسل آینده، وظیفهٔ اتحادیهٔ آفریقا در قبال کودکان در هنگام جنگ و صلح و مسئولیت نهاد و سازمان‌های بین‌المللی در آفریقا برای تأمین حقوق کودکان است.

با این حال میلیون‌ها کودک در ممالک مختلف جهان هنوز از کمبود مواد غذایی، انواع بیماری‌ها، جنگ، عدم دسترسی به آموزش، کار اجباری در معادن، استفاده از



آن‌ها در قاجاق، خشونت‌های جنسی و غیره رنج می‌برند. به‌عنوان مثال، در کشورهای آفریقایی مرکزی مانند جمهوری دموکراتیک کنگو و زئیر از هر ده کودک زیر سن چهارده سال، چهار کودک در اردوگاه‌های جنگ‌سالاران مصروف کار اجباری هستند (حیدری فرد و امیری، ۱۴۰۰: ۱۱).

۳-۴. منشور اجتماعی اروپا

هدف از منشور اجتماعی اروپا یا منشور حقوق شهروندی اتحادیه اروپا، یکپارچه ساختن کشورهای عضو اتحادیه اروپا و شورای اروپا به‌منظور حفاظت و صیانت از میراث‌های مشترک، ارزش‌های انسانی و حقوق بشر است. به عبارت دیگر دولت‌های امضاکننده منشور اجتماعی اروپا که همه آن‌ها اعضای شورای اروپایی نیز هستند، با هدف هماهنگی و همدستی بیشتر برای تحقق اهداف حقوق بشری و مدنی شهروندان اروپا، به ایجاد این منشور دست زده‌اند (مرادزاده و نواب‌زاده شهر بابکی، ۱۳۸۸: ۵۲).

۴. سند حقوقی منشور اجتماعی اروپا

۱. بخش اول منشور اجتماعی اروپا شامل اعلامیه عام مبتنی بر حقوق و اصول تعیین‌کننده سیاست دولتهاست. لازم به ذکر است که هر نکته‌ای از بخش اول منشور اجتماعی اروپا، منطبق با ماده‌های با همان شماره در بخش دوم این منشور است. بخش اول منشور بازنگری شده همانند منشور سال ۱۹۶۱ میلادی شامل اعلامیه‌ای با ماهیت سیاسی است که باید مورد پذیرش یا رد قرار گیرد.
۲. دوم منشور اجتماعی اروپایی شامل حقوق اقتصادی و اجتماعی اعلام شده توسط منشور اجتماعی اروپایی بازنگری شده است. آن‌چنان که در منشور سال ۱۹۶۱ میلادی نیز آمده بود، طرف‌ها باید حداقل تعداد معین از حقوق مندرج در بخش دوم را به‌طور انتخابی بپذیرند.
۳. بخش سوم منشور حقوق شهروندی اروپا دارای دو ماده است که ماده نخست آن ساختار تعهدات طرف‌ها را تعیین می‌کند و ماده ثانی آن پیوندهای منشور



بازنگری شده با منشور اروپایی سال ۱۹۶۱ میلادی و پروتکل الحاقی ۱۹۸۸ میلادی را مطرح می‌سازد.

۴. در ماده نخست بخش چهارم تأکید شده است که برای منشور بازنگری شده، سیستم نظارتی جداگانه پیش‌بینی نشده و تحت همان منشور سیستم نظارتی منشور ۱۹۶۱ باقی می‌ماند و در ماده دوم از این بخش منشور به شکایت‌های جمعی که پیش از آن در پروتکل الحاقی سال ۱۹۸۸ میلادی پیش‌بینی شده بود می‌پردازد و نحوه اعمال آن را نسبت به دولت‌های عضو بیان می‌دارد.

۵. در بخش پنجم منشور اجتماعی تأکید گردیده که برای منشور بازنگری به موضوعات عدم تبعیض موارد تخلف از منشور و نقض آن به هنگام جنگ و خطر عمومی، محدودیت‌ها بر پیوندهای میان منشور و حقوق داخلی با توافقات بین‌المللی و نحوه اعمال تعهدات پذیرفته شده و نحوه تنظیم اصلاحیه‌های مدنظر نسبت به این منشور می‌پردازد.

۶. بخش ششم منشور اجتماعی متن قیود نهایی بر منشور بازنگری شده را در بردارد و این قیود برگرفته از برخی مقررات موجود در بخش ششم منشور سال ۱۹۶۱ میلادی با الهام از الگوهای نهایی قیود اقتباسی به‌وسیله کمیته وزیران شورای اروپای برای پیمان‌های ایجاد شده در سازمان تنظیم شده است.

در کل در بخش‌های اول و دوم منشور اجتماعی اروپا، به سوژه‌های مهمی حقوق دربارهٔ کودکان و زنان پرداخته است که از آن جمله می‌توان به حق داشتن فرصت کار در نهادها و مؤسسات بدون تبعیض جنسیتی، ممنوع شدن کار اطفال زیر سن هجده سال در شرکت‌ها و مؤسسات، قائل شدن حق حمایت اجتماعی از افراد متقاعد اشاره کرد؛ اما آنچه این منشور را مهم می‌سازد، این است که طبق ماده ۳۲ منشور دولت‌های متعهد مکلفند تا برای اطفال یتیم، خیابانی یا بی‌سرپرست سرپناه، آموزش و غذا فراهم کنند. همچنین دولت‌ها به محافظت از جسم و روان کودکان در آشوب‌ها و اغتشاش‌ها ملزم هستند.

نتیجه گیری

کودکان می توانند مسبب بقا و تداوم تمدن بشریت باشند و تقریباً از سه حصه، یک حصه جمعیت جهان را تشکیل می دهند. بنابراین نباید سرنوشت آن ها فراموش شود. روشن است که نحوه پرورش کودکان، تأثیر مستقیم بر آینده جهان و تمدن های بشری دارد. لذا لازم است که همه دولت ها و سازمان های بین المللی به ویژه مدعیان مدافع حقوق بشر دست به دست هم داده و در راستای تأمین آزادی و دسترسی کودکان به حقوق اساسی و مدنی شان تلاش کنند. با این وصف، ادعای دستاوردهای مؤثر در زمینه حمایت از حقوق کودکان و حفاظت از جان آن ها به واسطه جامعه جهانی امروزی، متأسفانه هنوز هم جان و سرنوشت کودکان فراوانی قربانی بازی ها بر سر منابع و منافع بین بازیگران می گردد. نه تنها آزادی کودکان سلب می شود، بلکه آن ها از حقوق اساسی شان نیز محروم می شوند و در بسیار از موارد، جنگ ها و مخاصمات مسلحانه، کودکان را به فجیع ترین شکل ممکن، صدمه می زند که حتی گاهی باعث از دست رفتن و قربانی حیات آن ها می شود. آسیب های که همیشه متوجه کودکان در جنگ ها و درگیری های نظامی بوده، شامل موارد چون استفاده از آن ها با توسل به زور برای سربازی اجباری، به کار گرفتن آنان به حیث جاسوس توسط دسته های جنگی، آزار و اذیت جنسی آن ها برای تأمین نیاز شهوات جنگ سالاران، مرگ و میر آنان ناشی از امراض مزمن و کمبود غذا به عنوان آوارگان جنگی در پناهگاه، بهره گرفتن از آن ها به حیث قاچاقچیان برای حمل و نقل مهمات جنگی و استفاده از آن ها برای ردیابی بمب های زمینی به عنوان ردیاب ماین هاست. هر چند سازمان ملل متحد، صلیب سرخ و برخی از سازمان های بین المللی، گام هایی در راستای اعاده حقوق کودکان برداشته اند؛ اما اقدامات بدون ضمانت اجرایی و تضمین های سیاسی ناکافی است. گام های برداشته شده تا کنون درباره حمایت از حقوق و محافظت از کودکان در مخاصمات مسلحانه شامل کنوانسیون های چهارگانه ژنو مصوب سال ۱۹۴۹ میلادی، کنوانسیون حقوق کودک مصوب سال ۱۹۸۹ میلادی، منشور آفریقایی حقوق کودکان مصوب سال ۱۹۹۰ میلادی و منشور اجتماعی اروپا مصوب سال ۱۹۹۴ میلادی است.





فهرست منابع

قرآن کریم

۱. اردستانی و کام‌جو، (۱۳۹۷)، بررسی وضعیت حقوق بشر در زمان مخاصمات مسلحانه: یک ارزیابی نظری، فصل‌نامه حقوق بشر، سال سیزدهم، شماره ۱.
۲. برادران و حبیبی، (۱۳۹۸)، قابلیت اعمال قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه در جنگ‌های سایبری، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل نهم، شماره ۱.
۳. حبیبی، علی، (۱۳۹۵)، جایگاه حقوق بشردوستانه در اسلام و اسناد بین‌المللی، فصل‌نامه علمی-پژوهشی پژوهش‌های سیاسی جهان اسلام، سال ششم، شماره ۲.
۴. حسینی و محمدزاده، (۱۳۹۶)، فردینی و دینی بودن حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، فصل‌نامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال ششم، شماره ۱۳.
۵. حیدری فرد و امیری، (۱۴۰۰)، جنگ جهانی علیه تروریسم از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه، فصل‌نامه علمی مطالعات روابط بین‌الملل، سال چهاردهم، شماره ۲.
۶. خلف رضایی، حسین، (۱۳۹۸)، گروه‌های مسلح فراملی و اجرای حقوق بشردوستانه بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۱.
۷. زمانی و پیری، (۱۳۹۱)، کارکرد منافع ملی حیاتی در حوزه‌های انسانی حقوق بین‌الملل: حقوق بشردوستانه. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۹.
۸. طلعت و آهنگر، (۱۳۹۵)، حمایت از کودکان در مخاصمات مسلحانه در چارچوب اسناد بین‌المللی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۰.
۹. عظیمی و فاضل، (۱۳۹۶)، پژوهشی تطبیقی درباره مفهوم، ماهیت و شرایط اصل تناسب و حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق اسلام، فصل‌نامه پژوهشی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال چهارم، شماره ۴.
۱۰. عماري و حاتمی، (۱۳۹۹)، ضرورت و تأثیر جرم انگاری مخاصمات داخلی در



اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی، فصل‌نامه پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، سال دوازدهم، شماره ۴۶.

۱۱. فضائی، مصطفی، (۱۳۹۸)، اصول حاکم بر رفتار قربانیان مخاصمات مسلحانه از نگاه اسلام و حقوق بین‌الملل بشردوستانه‌ها با تأکید بر وضعیت زندانیان جنگی و بازداشت شدگان، فصل‌نامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال ششم، شماره ۱.

۱۲. کرباسی و منصوری، (۱۳۹۷)، مطالعه تطبیقی رعایت اصول بنیادین حقوق بشردوستانه در سیره نظامی پیامبر اسلام و جهان معاصر (قرن بیست و یکم)، فصل‌نامه مدیریت نظامی، سال نوزدهم، شماره ۳.

۱۳. مراد زاده و نواب زاده شهر بابکی، (۱۳۸۸)، منشور اجتماعی اروپا بازبینی شده مصوب سوم می ۱۹۹۶ میلادی، مجله حقوقی بین‌المللی مرکز امور حقوقی معاونت حقوقی و امور مجلسی ریاست جمهوری، سال بیست و ششم، شماره ۴۰.

۱۴. مسعودی نیا، محمد، (۱۴۰۱)، حمایت از غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه در فقه و حقوق کیفری بین‌المللی، فصل‌نامه فقه جزای تطبیقی، دوره دوم، شماره ۳.

۱۵. موسوی میرکلایی، سید طاها، (۱۳۹۲)، راهکارها و ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه با تأکید بر ماده اول مشترک کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ میلادی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۳.

۱۶. میرمحمدی، سید مصطفی، (۱۳۹۸)، حمایت از کودکان در مخاصمات مسلحانه: رهیافت‌های حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام، مجله حقوق بشر، شماره ۲.

حمایت از حقوق کودکان در قوانین افغانستان و ایران

سید جواد سجادی زاده^۱ | محمد عیسی هاشمی^۲

چکیده

حقوق کودکان و نوجوانان در جامعه از حقوقی است که به جهت عدم توانایی آنان در احقاق حق، از جایگاه ویژه و والایی برخوردار است. به همین جهت کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۹۸۹م، در راستای حمایت از حقوق کودکان به عنوان آسیب‌پذیرترین عضو جامعه انسانی، تصویب شد. افغانستان و ایران نیز در سال ۱۹۹۴ آن را با حفظ «حق شرط» نسبت به کلیه احکام و مقررات مغایر با احکام اسلامی و قوانین داخلی، به تصویب رساند. افغانستان و ایران علاوه بر تلاش‌های بین‌المللی، در عرصه داخلی نیز در قوانین مختلف از کودکان حمایت نموده و حتی قوانین را تحت عنوان قانون «حمایت حقوق طفل» و «حمایت از اطفال و نوجوانان» را به تصویب رسانده است. این پژوهش حمایت از حقوق کودکان را در قوانین افغانستان و ایران با روش تحلیلی توصیفی بررسی کرده است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که نسبت به حقوق کودکان در دو کشور مورد مطالعه توجه ویژه صورت گرفته و برای آن‌ها حقوق بسیاری؛ اعم از مدنی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی در نظر گرفته شده است.

واژگان کلیدی: حقوق، حقوق کودکان، قوانین افغانستان، قوانین ایران

۱. لیسانس حقوق، دانشکده فقه و حقوق، جامعه المصطفی العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان
۲. دکترای فقه و حقوق قضایی، دانشکده فقه و حقوق، جامعه المصطفی العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان
ایمیل: d.m.eisa.mohammadi@gmail.com

مقدمه

یکی از مؤثرترین و حساس‌ترین ایام زندگی هر انسانی، دوران کودکی است. خوب و بد این ایام، سعادت و خوشبختی ایام بعدی را برای انسان رقم می‌زند. همه مقدرات کودک در این دوره از زندگی به دست والدین و اطرافیان است و کودک به دست همین اطرافیان، شیرین‌ترین و تلخ‌ترین لحظات را تجربه می‌کند. کودکانی با رشد مناسب در این ایام به اعتلای لازم در بزرگسالی می‌رسند، و کودکانی نیز در نتیجه غفلت، سهل‌انگاری یا تعمد اطرافیان دور یا نزدیک، با شکنجه، آزار جسمی، جنسی و دیگر آسیب‌ها روبرو می‌شوند و آن را تا سال‌ها پیش چشم دارند. همچنین رفتارهای خرافی، خودکامه و ناپسند با کودک، می‌تواند ایام شیرین کودکی را به جهنمی برای او مبدل سازد. در مقابل شناخت حقوق کودک، می‌تواند مانع برخی از این خودکامگی‌ها نسبت به کودکان شود.

حقوق کودک و تضمین‌های مناسب برای آن می‌تواند خودکامگی اطرافیان و متولیان آموزش و دیگران را کنترل نماید. حمایت‌های قانونی از جنبه مختلف برای حمایت از حقوق کودکان از حیات و تغذیه گرفته تا تربیت و آموزش، ضروری به نظر می‌رسد. از سوی دیگر کودکان هر جامعه، آینده‌سازان آن جامعه‌اند. بنابراین پرورش و رشد صحیح آن‌ها نه تنها آینده سعادت‌مند آنان، بلکه آینده روشن جامعه را نیز نوید می‌دهد. تحقق این مهم، درگروشناسایی حقوق کودکان در قوانین و حمایت از آن است. ازاین‌رو این تحقیق به تبیین و تحلیل حمایت از حقوق کودکان در قوانین افغانستان و ایران پرداخته است؛ زیرا ضروری به نظر می‌رسد که حقوق کودک در قوانین داخلی هر دو کشور، بررسی شود.

۱. مفاهیم

۱-۱. حمایت

حمایت در لغت به معنای نگاهبانی، پناه، پستی، دستگیری، حفاظت، یاری، نصرت و تقویت است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۶، ۹۱۹۶). منظور ما در اینجا از حمایت، یاری



کردن کودکان در راستای استیفا و برخورداری از حقوقشان است.

۱-۲. حقوق

الف. مجموعه مقررات حاکم بر روابط اجتماعی: حقوق در این معنا مجموعه بایدها و نبایدهایی است که اعضای یک جامعه ملزم به رعایت آنها می‌باشند و دولت ضمانت اجرای آنها را به عهده دارد (دانش‌پژوه، ۱۳۹۲: ۶). بنابراین وقتی گفته می‌شود حقوق افغانستان یا حقوق اسلام، درواقع اصطلاح حقوق در این معنا به کار رفته است.

ب. دانش حقوق: گاهی منظور از حقوق علم حقوق (Law) است. طبق این معنا حقوق رشته‌ای از دانش اجتماعی است که به تجزیه و تحلیل قوانین و مقررات الزام‌آور اجتماعی، چگونگی پیدایش، وضع، تفسیر و استنباط و سیر تحول آنها می‌پردازد (دانش‌پژوه، ۱۳۹۲: ۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲، ۱۴) و مراد از حقوق در عبارت‌های مانند حقوق‌دانان، دانشجویان حقوق و دانشکده حقوق، این معناست.

ج. حقوق جمع حق: یکی از معانی که از شنیدن واژه حقوق به ذهن متبادر می‌شود، این که حقوق جمع حق است و حق به معنای امتیاز، سلطه و قدرتی است که به موجب قانون یا دیگر قواعد جانشین؛ مانند عرف و رویه قضایی به اشخاص داده شده و دیگران مکلف به رعایت آن می‌گردند (دانش‌پژوه، ۱۳۹۲: ۵ و ۶). مانند حق مالکیت، حق انتخاب و مشارکت سیاسی، حق زوجیت، حق مؤلف، حق حضانت، حق حیات و حق آزادی شغل، حقوق بشر، حقوق کودک و امثال این‌ها. مراد از حقوق کودک در این تحقیق، این معنای حقوق است.

۱-۳. کودک (طفل)

کودک در قوانین افغانستان چنین تعریف شده است «طفل شخصی است که سن هجده را تکمیل نکرده باشد»؛ (وزارت عدلیه، ۱۳۹۶: ۱۲۶) اما قوانین ایران به تبعیت از فقه امامیه مرز کودکی و بزرگسالی را بلوغ می‌داند (عبادی، ۱۹۹۰: ۵۶). بر این اساس مرز بین مسئولیت و عدم مسئولیت فردی در عبادات و در حقوق ۹ سال تمام

قمری برای دختران و ۱۵ سال تمام قمری برای پسران دانسته شده است. در ماده ۱ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان طفل این‌گونه تعریف شده است: «طفل هر فردی است که به سن بلوغ شرعی نرسیده باشد» (قانون حمایت از اطفال و نوجوانان: ۲/۲۳/۱۳۹۹، ماده ۱).

۱-۴. قوانین

قوانین جمع قانون و قانون در زبان یونانی از کانون به‌عقده و ترتیب اتخاذ شده است و منظور از آن، قواعد کلی است که به‌طور یکسان شامل یک سلسله امور شود؛ مانند قانون عرضه و تقاضا در اقتصاد یا قانون جاذبه در علوم طبیعی. به‌بیان دیگر منظور از قانون در اصطلاح عبارت است از احکام و مقررات الزام‌آور که توسط مقامی که اختیار قانون‌گذاری دارد، وضع و به اجرا گذاشته شود. قانون در معنای اخص، قواعدی است که با رعایت تشریفات معین از طرف قوه مقننه وضع می‌گردد و در معنای عام شامل مصوبات قوه مقننه و دولت است (رسولی، ۱۳۹۳: ۱۱۵).

۲. حمایت از حقوق مدنی کودکان در قوانین افغانستان

۲-۱. حمایت از حق ثبت ولادت

نخستین مسئله پس از متولد شدن کودک، ثبت ولادت وی است؛ زیرا اولاً ثبت ولادت در حکم شناسایی رسمی وجود کودک از طرف دولت است. ثانیاً ثبت تولد، یکی از عناصر اساسی در برنامه‌ریزی‌های ملی دولت برای کودکان است. ثالثاً ثبت ولادت ابزاری است برای تأمین سایر حقوق کودک؛ مانند شناسایی او در زمان وقوع جنگ، زلزله، ترک خانواده، آدم‌ربایی‌ها. سندی که پس از ثبت ولادت در دفتر ثبت احوال نفوس اخذ می‌گردد، در واقع سند اثبات هویت انسان است (رسولی، ۱۳۹۳: ۱۱۵). شناسایی و احراز هویت هر فرد؛ مانند تابعیت، نسب، قرابت و اهلیت فقط از طریق این سند ممکن است. همچنین برخورداری از حقوق مدنی، اجتماعی، سیاسی و اجتماعی در یک کشور، متوقف بر داشتن این سند است.

بر اساس بند ۱ ماده ۱۷ قانون حمایت طفل، مسئولین مراکز صحتی مکلفند



که هنگام تولد کودک، روز، تاریخ، جنس، نام و نام خانوادگی کودک را در کارت مخصوص ثبت و به والدین اعطا نماید. بر اساس قانون ثبت احوال نفوس (وزارت عدلیه، ۱۳۹۳: ۱۱۵۴) اتباع افغانستان اعم از اینکه در داخل کشور باشند یا خارج از آن، مکلفند که تولد فرزندان شان را به نزدیک ترین اداره ثبت احوال نفوس گزارش داده و به ثبت برسانند. این قانون در بند ۱ ماده ۱۷ چنین آمده است: «ولی یا قریب قانونی طفل نوزاد، مکلف است از تولد طفل در خلال مدت سه ماه به نزدیک ترین مرجع ثبت احوال نفوس یا مراکز ثبت تولدات، گزارش ارائه نماید». اگر اتباع افغانستان در خارج از کشور اقامت داشته باشند، مکلفند تولد فرزندان شان را در مدت سه ماه به نمایندگی سیاسی یا کنسولی افغانستان در خارج به طور کتبی گزارش دهند (بند ۲ ماده ۱۷ قانون ثبت احوال نفوس). نمایندگی های سیاسی یا کنسولی افغانستان مکلفند که گزارش تولدات را بعد از ثبت، به اداره ثبت احوال نفوس و بررسی امور هویت خارجیان ارسال نمایند. بر اساس قانون حمایت طفل نیز، والدین مکلفند که در مدت سه ماه از تولد طفل خود به نمایندگی سیاسی یا کنسولی افغانستان اطلاع داده یا در مدت سه روز از تاریخ ورود به کشور، به اداره ثبت احوال نفوس اطلاع دهند.

۲-۲. حمایت از حق برخورداری از شیر مادر

شیر مادر بهترین غذا برای کودک است. با همه پیشرفت های که امروزه در علم و تکنولوژی صورت گرفته و تلاش های فراوانی که برای نزدیک کردن ترکیب شیر خشک به شیر مادر انجام شده؛ اما تا کنون جایگزینی برای شیر مادر پیدا نشده است. شیر مادر افزون بر جنبه های تغذیه که برای رشد نوزاد، نخستین واکسن وی نیز محسوب می شود؛ زیرا زمانی که هنوز سیستم ایمنی نوزاد آن قدر تکامل نیافته که در برابر عوامل بیماری زا و میکروب ها دفاع کند، این شیر مادر است که آنتی بادی ها و فاکتورهای مبارزه با ویروس ها و باکتری ها را به نوزاد منتقل می کند. شیر مادر همواره در حال تغییر است و متناسب با بزرگ شدن کودک و تغییر نیازهای تغذیه ای او، دگرگون می شود و حتی تا شش ماهگی عطرش و تشنگی کودک را با هم برطرف

می‌کند. در دوران شیرخوارگی، افزون بر اینکه کودک از نظر جسمی استحکام لازم را به دست می‌آورد، روح کودک نیز تحت تأثیر رفتار و اخلاق مادر قرار گرفته و زمینه تربیتی و رشد معنوی کودک شکل می‌گیرد. بنابراین شیر مادر بهترین غذای کودک به‌ویژه در ماه‌های اول تولد است.

قانون حمایت از حقوق کودکان در بند ۱ ماده ۱۹ تغذیه با شیر مادر را به‌عنوان یکی از حقوق کودکان به رسمیت شناخته است: «طفل از بدو تولد حق دارد که با شیر مادر خود تا مدت دو سال تغذیه گردد، مگر اینکه مادر وی عذر موجه داشته باشد».

۳-۲. حمایت حق برخورداری از نام

نام یکی علامت لفظی است که اشخاص به‌واسطه آن از یکدیگر متمایز می‌گردد. کودک بعد از تولد و ثبت ولادت، برای آینده زندگی اجتماعی و برخورداری از هویت، باید دارای نام و نام خانوادگی باشد. قانون حمایت طفل در ماده ۱۴ در خصوص این حق چنین آورده است: «طفل از بدو تولد دارای حق داشتن نام مناسب است» در بند ۲ و ۳ این ماده، والدین و سرپرست قانونی طفل، مکلف شده‌اند که برای طفل نام مناسب انتخاب نموده و نام وی نباید دارای محتوای تحقیرآمیز یا توهین به کرامت وی یا مغایر با عقاید دینی باشد. در آموزه‌های اسلامی نیز افزون بر نام، به انتخاب نام نیکو مناسب توصیه شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۷۸ و ۴۰۱).

در قوانین افغانستان در خصوص اینکه آیا داشتن نام الزامی است یا خیر، صراحت قانونی وجود ندارد؛ اما از روح قوانین مربوطه، مانند قانون ثبت احوال نفوس و قانون مدنی (ماده ۴۷) چنین استنباط می‌گردد که داشتن نام به‌عنوان نخستین ممیزه اشخاص، الزامی است؛ زیرا داشتن اسناد هویتی^۱ مانند شناسنامه الزامی است.

۲-۴. حمایت از حق برخورداری از هویت خانوادگی (نسب)

بسیاری از حقوق کودکان مانند حضانت، نفقه وارث فقط در داشتن نسب مشخص، قابل تأمین است (پیوندی، ۱۳۹۰: ۳۰۶) البته این سخن به این معنا نیست که کودکان

۱. فرع ۲ ماده ۳ ثبت قانون احوال نفوس، هویت را چنین تعریف نموده است: «هویت: شهرت مکمل شخص است که شامل اسم، تخلص، اسم پدر، اسم پدرکلان، تاریخ تولد به تفکیک روز، ماه و سال، محل تولد، سکونت اصلی و سکونت فعلی است.



فاقد نسب و آن‌هایی که والدینشان مشخص نیست، از این حقوق برخوردار نیستند. این موارد جنبه استثنایی دارد و باید دولت برای آن‌ها تدابیری اتخاذ کند. منظور از حق کودک در داشتن نسب، حق برخورداری از امتیاز حمایت‌های والدین است. یکی از حقوقی که برای کودک از اهمیت زیادی برخوردار است و آثار فراوانی بر آن بار می‌شود، قرابت خانوادگی (نسب) است. انتساب کودک به خانواده مشخص، وی را از رها بودن به حال خود و تکیه کردن به افراد ناصالح حفظ کرده و افراد سودجو و استثمارگر، به راحتی نمی‌توانند از آن‌ها سوءاستفاده کنند.

در حقوق اسلامی و به تبع آن حقوق افغانستان، برای حمایت از نسب کودک، مهم‌ترین قاعده که پیش‌بینی شده، قاعده اماره فراش است. اماره فراش بر این مبنا استوار است که تا حد ممکن کودک به پدر خانواده منتسب شود. بر مبنای اماره فراش، طفلی که از زن شوهردار به دنیا آمده باشد، فرزند شوهر فرض شده و متعلق به او است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۳۹۲). بر مبنای این اماره قانونی، طفل متولد شده در زمان زوجیت به پدر ملحق می‌شود، مشروط بر اینکه از تاریخ نخستین نزدیکی با مادر تا تولد طفل، حداقل شش ماه گذشته باشد و از تاریخ آخرین نزدیکی، بر مبنای قانون مدنی بیش از یک سال (قانون مدنی: ماده ۲۱۷) و بر مبنای قانون احوال شخصیه اهل تشیع بیش از نه ماه قمری نگذشته باشد (وزارت عدلیه، ۱۳۸۸: ماده ۱۷۳).

بنابراین می‌توان گفت که قاعده فراش بر پایه مصالح طفل و حفظ نظم جامعه استوار است. توجه نکردن به قاعده فراش، در بسا موارد، نفی ولد را به دنبال خواهد داشت و این مسئله باعث فساد در جامعه و محروم شدن طفل از حمایت خانوادگی و مالی و محرومیت وی از شرافت خانوادگی خواهد شد. بنابراین پیش‌بینی قاعده فراش یکی از مهم‌ترین روش حمایت از کودک در زمینه حق برخورداری از هویت خانوادگی (نسب) است.

۵-۲. حمایت از حق حضانت

حضانت در لغت به معنای در برگرفتن کودک، در آغوش گرفتن، کودک را به سینه

چسباندن، پرستاری کردن، تربیت کردن و پرورش دادن کودک آمده است (آذرنوش، ۱۳۹۰: ۱۲۸). فقها در تعریف حضانت گفته‌اند: «حضانت عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت و متعلقات آن از قبیل نگهداری کودک، گذاردن او در بستر، سر مه کشیدن، پاکیزه کردن، شستن جامه‌های او و مانند آن» (شهید ثانی، بی تا، ۲: ۱۲). حقوق دانان در تعریف آن گفته‌اند: «حضانت عبارت است از اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲، ۱۳۱؛ امامی، ۱۳۹۰: ۲، ۱۷۸).

قانون مدنی در بند ۱ ماده ۲۳۶ در خصوص تعریف حضانت چنین بیان می‌دارد: «حضانت عبارت از حفاظت و پرورش طفل است در مدتی که طفل به حضانت و پرورش زن محتاج باشد». قانون احوال شخصیه تشیع در بند ۱ ماده ۱۷۸ حضانت را چنین تعریف کرده است: «حضانت نگهداری، تعلیم و تربیت اسلامی و نظافت و تداوی اطفال است». بر مبنای این ماده حضانت شامل موارد ذیل می‌گردد: ۱ نگهداری؛ مانند تغذیه، نظافت و تعویض لباس و هم چنین مراقبت در برابر حوادث خارجی؛ مانند حفاظت از سرما و گرما و نیز در صورت نیاز به درمان، باید درمان شود.

۲ تعلیم: یعنی متصدی حضانت مکلف است که متناسب به اقتضای سن کودک به تعلیم او پرداخته و ضروریات دین را به او بیاموزاند. ۳ تربیت: متصدی حضانت مکلف است که با در نظر داشت اقتضای سن کودک به تربیت طفل نیز توجه نماید. مدت حضانت بر اساس قانون مدنی، برای پسر تا هفت سالگی و برای دختر تا نه سالگی است. این قانون در ماده ۲۴۹ چنین بیان می‌دارد: «مدت حضانت پسر با سن هفت و از دختر با سن نه سالگی تمام خاتمه می‌یابد» بنابراین بر طبق قاعده بعد از سن هفت سالگی برای پسر و نه سالگی برای دختر، حضانت پایان می‌یابد؛ اما اگر وضعیت طفل مستلزم دوام مدت حضانت باشد، دادگاه می‌تواند حداکثر تا دو سال دیگر آن را تمدید کند. ماده ۲۵۰ قانون مدنی در این خصوص چنین مقرر می‌دارد: «محکمه می‌تواند مدت حضانت مندرج ماده (۲۴۹) این قانون را تمدید نماید. مشروط بر اینکه مدت تمدید شده از دو سال تجاوز نکند». در قانون احوال



شخصیه اهل تشیع، حضانت مانند قانون مدنی محدود به هفت سال و نه سال نیست، بلکه حضانت نسبت به پسر تا هفت سال و نسبت به دختر تا نه سال حق مادر است و بعد از این مدت، حق حضانت به پدر منتقل می‌شود. این قانون در بند ۳ ماده ۱۷۸ چنین بیان می‌دارد: «مادر نسبت به پدر در حضانت دختران تا نه سالگی و در پسران تا هفت سالگی دارای حق تقدم است، بعد از سپری شدن مدت متذکره، حضانت پسر و دختر به پدر تعلق می‌گیرد. مگر اینکه محکمه بنا بر مصالح طفل خلاف آن را مصلحت تشخیص دهد».

قانون مدنی پایان مدت حضانت را مشخص کرده است (هفت سالگی برای پسر و نه سالگی برای دختر). قانون احوال شخصیه اهل تشیع پایان دوره حضانت مادر را مشخص کرده است (پسران تا هفت سالگی و دختران تا نه سالگی)؛ اما پایان حضانت پدر را به طور دقیق مشخص نکرده فقط گفته است بعد از هفت سالگی پسر و نه سالگی دختر، حضانت به پدر تعلق می‌گیرد، در حالی که بهتر بود این قانون پایان دوره حضانت پدر را نیز به صورت واضح مشخص می‌کرد. از لحاظ فقهی، بسیاری از فقهای شیعه پایان دوره حضانت را رسیدن فرزند به سن رشد دانسته‌اند (موسوی خمینی، بی تا، ۲: ۳۱۳). حق حضانت کودک در قانون حمایت حقوق طفل نیز به صراحت مورد پذیرش قرار گرفته است (ماده ۲۴): «طفل مطابق احکام قانون دارای حق حضانت... است».

۶-۲. حمایت از حق حیات

یکی از مهم‌ترین حقوق کودک، حق حیات است. قانون اساسی در این خصوص در ماده ۲۳ چنین مقرر می‌دارد: «زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان است. هیچ شخص بدون مجوز قانونی از این حق محروم نمی‌گردد». قانون حمایت حقوق طفل نیز به این حق توجه نموده و در ماده ۱۳ مقرر می‌دارد: «طفلی که زنده متولد می‌گردد، از حق طبیعی حیات به عنوان موهبت الهی برخوردار بوده و مطابق احکام این قانون و سایر اسناد تقنینی مورد حمایت قرار می‌گیرد». در بند ۲ این ماده، وزارت خانه‌ها و ادارات ذی ربط، اعم از دولتی و غیردولتی، مکلف شده است که به منظور

تأمین حق حیات و رشد سالم طفل، تدابیر لازم را اتخاذ و عملی نماید.

۳. حمایت از حقوق فرهنگی، اقتصادی و سیاسی کودک

۳-۱. حمایت از حق برخورداری از تابعیت

یکی از وجوه تمایز اشخاص در عرصه فراملی، تابعیت است. تابعیت یک رابطه سیاسی و معنوی است که شخصی را به دولت معینی مرتبط می‌سازد (نصیری، ۱۳۹۵: ۲۶). یا تابعیت رابطه سیاسی، حقوقی و معنوی بین اشخاص (اشیاء) با یک دولت معین است (ارفع نیا، ۱۳۸۶: ۲، ۴۳).

تابعیت از این جهت اهمیت دارد که معیاری برای تعیین حقوق و هویت ملی اشخاص است. قانون اساسی در این خصوص در ماده ۴ می‌گوید: «ملت افغانستان عبارت است از تمام افرادی که تابعیت افغانستان را داشته باشد». افزون بر این، تابعیت موجب بهره‌مندی از حقوق شهروندی، سیاسی، اقتصادی و... می‌شود (قانون اساسی افغانستان: مواد ۳۵، ۴۸ و ۳۳). داشتن تابعیت سبب می‌شود که اشخاص حتی در خارج از کشور خود نیز مورد حمایت دولت متبوع خود باشند. ماده ۳۹ قانون اساسی در این خصوص می‌گوید: «دولت از حقوق اتباع افغانستان در خارج از کشور حمایت می‌نماید». همچنین قانون تابعیت نیز در ماده ۶ می‌گوید: «تبعه افغانستان در خارج، تحت حمایت دولت افغانستان قرار دارد». قانون حمایت حقوق طفل در ماده ۱۵، حق داشتن تابعیت را برای طفل به رسمیت شناخته و می‌گوید: «طفل از بدو تولد دارای حق داشتن تابعیت است».

۳-۲. حمایت از حق آموزش

یکی از مهم‌ترین مباحث مربوط با کودکان در جهان معاصر، بحث آموزش آنان است. این حق از دو جهت قابل توجه است؛ یکی اینکه حق آموزش کودک، یکی از تکالیف والدین است و آنان باید تمام تلاش خود را در این راه مبذول دارند (قانون احوال شخصیه اهل تشیع: بند ۱ ماده ۱۷۸). دیگر اینکه وظیفه حکومت است که به‌عنوان متولی جامعه، برای بسترسازی و بسیج امکانات تلاش کند تا جامعه را به



نقطه‌ای برساند که هیچ کودکی از آموزش بازماند. برای تأمین این هدف، در قانون اساسی تدابیری پیش‌بینی شده است. مثلاً در ماده ۴۳ آمده: «تعلیم حق تمام اتباع افغانستان است که تا درجهٔ لیسانس در مؤسسات تعلیمی دولتی به‌صورت رایگان از طرف دولت تأمین می‌گردد. دولت مکلف است به‌منظور تعمیم متوازن معارف در تمام افغانستان، تأمین تعلیمات متوسطه اجباری، پروگرام مؤثر طرح و تطبیق نماید و زمینهٔ تدریس زبان‌های مادری را در مناطقی که به آن‌ها تکلم می‌کنند فراهم کند». این قانون در ماده ۴۴ به آموزش ویژهٔ زنان و کوچیان پرداخته و می‌گوید: «دولت مکلف است به‌منظور ایجاد توازن و انکشاف تعلیم برای زنان، بهبود تعلیم کوچیان و امحای بی‌سوادی در کشور، پروگرام‌های مؤثر طرح و تطبیق نماید». احکام مواد فوق عام بوده و کودکان را نیز شامل می‌شود.

قانون حمایت حقوق طفل نیز آموزش اطفال را به‌صراحت به‌عنوان یک حق موردپذیرش قرار داده و در ماده ۴۸ می‌گوید: «اطفال اعم از پسر و دختر مطابق احکام قانون دارای حق مساوی بهره‌مندی از حق پرورش، آموزش و تعلیم و تربیه است». این قانون در ماده ۴۸ تعلیمات متوسطه یا اساسی را در افغانستان اجباری دانسته و در بند ۲ آن آورده که تعلیمات دوره‌های قبل از مکتب، دوره‌های تعلیمات متوسطه ثانوی، تخنیکی، مسلکی، حرفوی، هنری، تعلیمات رسمی اسلامی در مؤسسات تعلیمی و تربیتی دولتی برای اطفال به‌صورت رایگان تأمین می‌شود. بر اساس ماده ۵۰ این قانون، وزارت معارف مکلف شده که به‌منظور دسترسی کودکان به آموزش، تدابیری لازم را اتخاذ نماید. افزون بر این، در ماده ۵۱ تصریح شده که هیچ‌کسی به شمول والدین، سرپرست یا کارفرما، حق ندارد که کودک را از آموزش محروم کند.

۳-۳. حمایت حق پرورش (تربیت)

یکی از مهم‌ترین مسئولیت‌های پدر و مادر، تربیت فرزند است. در حقوق اسلامی به مسئله تربیت کودکان توجه ویژه شده و یکی از مهم‌ترین وظایف والدین را پرورش اخلاقی و فکری کودکان دانسته است. در قوانین افغانستان نیز به این امر مهم توجه شده است. در قانون احوال شخصیه اهل تشیع در بند ۲ ماده ۱۲۳ آمده: «زوجین

مکلفند در تحکیم اساس خانواده و تربیت اولاد با یکدیگر معاونت و همکاری نمایند». در بند ۱ ماده ۱۷۸ این قانون نیز تربیت اسلامی یکی از مصادیق حضانت دانسته شده است. قانون مدنی نیز تربیت کودک را مصداق حضانت دانسته و متصدی حضانت را به اجرای آن مکلف کرده است. در قانون حمایت حقوق طفل (ماده ۴۸) نیز این حق به رسمیت شناخته شده است.

۳-۴. حمایت از حق عدم استخدام به کار دشوار و مضر

از یک جهت، کودکان باید در دوره نوجوانی به تدریج با یک سلسله کارها آشنا شوند و مهارت‌هایی را کسب کنند. این امر همان حقوق کودک نسبت به فراگیری حرفه و آمادگی برای استقلال و وارد شدن به جامعه است. از جهت دیگر، این حق نباید باعث شود که کودکان به کارهای دشوار و فعالیت‌های که به جسم و روح آن‌ها زیان‌آور است، وادار شوند. قانون حمایت حقوق طفل نیز به این موضوع توجه کرده و حفاظت و حمایت از طفل در برابر بهره‌کشی اقتصادی و حمایت در برابر انجام کارهای شاقه و اجباری را یکی از حقوق اساسی طفل دانسته است (قانون حمایت طفل، فرع ۲۳ و ۲۲ ماده ۱۲ و ماده ۲۲).

قانون کار افغانستان نیز کارهای سنگین و مضر به صحت کودکان را ممنوع اعلام کرده است. در ماده ۱۲۰ آمده: «استخدام زنان و نوجوانان به کارهای فیزیکی ثقیل، مضر صحت و زیرزمینی جواز ندارد. فهرست این کارها از طرف وزارت‌های صحت عامه و کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین و اداره مربوطه، تثبیت و تصویب می‌گردد». این قانون کارهای شبانه را به عنوان یکی از مصادیق کارهای دشوار برای نوجوانان ممنوع دانسته و در ماده ۱۲۱ می‌گوید: «اداره نمی‌تواند زن و نوجوان را به اجرای کار شبانه توظیف نماید». همچنین به موجب این قانون، نوجوانان از توظیف به اضافه کاری و مسافرت به منظور کار رسمی نیز ممنوع شده است (قانون کار، ماده ۱۲۲). با وجود اینکه در قوانین داخلی، نسبت به کار کودکان توجه ویژه‌ای شده و از کارهای دشوار و مضر منع شده است؛ اما با آن‌هم کودکان سرزمین ما، به دلیل فقر و بی‌کاری و مرگ پدران، به کارهای سخت و دشواری گماشته شده و در وضعیت



نامناسب اقتصادی و اجتماعی به سر می‌برند. این کودکان مجبورند در مناطق و محل‌های نامناسب در ساعات بسیار طولانی و با مزد ناچیز کار کنند که باید در این قسمت از سوی دولت توجه جدی شود.

۳-۵. حمایت از حق آزادی بیان

یکی دیگر از حقوق انسان‌ها، اعم از کودک و بزرگسالان، آزادی بیان است. در قانون اساسی از این حق حمایت شده، چنانکه در ماده ۳۴ آمده: «آزادی بیان از تعرض مصون است. هر افغان حق دارد فکر خود را به وسیله گفتار، نوشته، تصویر یا وسایل دیگر، با رعایت احکام مندرج این قانون اساسی اظهار نماید. هر افغانستانی حق دارد مطابق احکام قانون، به طبع و نشر مطالب بدون ارائه قبلی آن به مقامات دولتی بپردازد». البته باید توجه داشت، از آنجای که آزادی بیان مستلزم رابطه با دیگران است و بر فضای عمومی جامعه تأثیر می‌گذارد، ممکن است توسط قانون محدود شود؛ چنان‌که در قانون اساسی به آن اشاره شده است.

در قانون حمایت حقوق طفل نیز این حق مورد تأکید قرار گرفته و در ماده ۵۷ آمده: «(۱) طفل دارای حق آزادی فکر، بیان و اظهار اراده بوده و شامل جستجو، دریافت و دسترسی به انواع معلومات می‌گردد؛ اعم از معلومات شفاهی، کتبی، چاپی یا به شکل اثر هنری یا سایر وسایل اطلاعاتی به انتخاب وی مطابق احکام قانون از آن استفاده می‌شود. (۲) استفاده از حقوق مندرج فقره (۱) این ماده محدودیتی ندارد، مگر اینکه در مغایرت با احکام قانون، متناقض با حفظ امنیت ملی، نظم و اخلاق عمومی، معتقدات دینی جامعه، صحت عامه یا لطمه به آزادی و حقوق دیگران باشد». در این ماده حق آزادی بیان به صورت واضح مورد پذیرش قرار گرفته، ولی چند مورد استثنا شده است.

۳-۶. حمایت از حق برخورداری از خدمات بهداشتی

برخورداری از سلامت و خدمات بهداشتی مناسب برای کودکان، از اهمیت زیادی برخوردار است. حق هر کودک است که از تغذیه خوب، محیط مناسب و مراقبت‌های



صحی برخوردار باشد تا در برابر بیماری‌ها محافظت شده و از رشد و تکامل مناسب بهره‌مند گردد. قانون حمایت حقوق طفل، حق دسترسی کودک به خدمات بهداشتی را به رسمیت شناخته و در ماده ۲۹، وزارت‌ها و ادارت دولتی را مکلف کرده است که به منظور دسترسی لازم کودک به خدمات بهداشتی، در راستای کاهش مرگ و میر کودکان، گسترش مراقبت‌های اولیه صحی مبارزه علیه امراض ساری و سوء تغذیه و... تدابیر لازم را اتخاذ نماید. بر اساس ماده ۳۰ قانون حمایت حقوق طفل، والدین یا ممثل قانون طفل مکلف شده‌اند که در خلال مدت ۲۴ ساعت بعد از تولد، اولین واکسن طفل را در نزدیک‌ترین محل واکسیناسیون تطبیق نمایند.

۴. حمایت از حقوق مدنی کودکان در قوانین ایران

۴-۱. حمایت از حق حیات

حق زندگی شایسته و مصون بودن از سلب حق حیات، یکی از اساسی‌ترین و بنیادی‌ترین حقوق کودک است. کودک در مراحل نخست کودکی و نوزادی بیش از سایر مراحل زندگی، در معرض نقض این حق قرار دارد. جنگ، ترور، بلایای طبیعی، رفتارهای غیرعمدی، غفلت، سهل‌انگاری یا بعضی مواقع رفتارهای عمدی والدین زندگی کودکان را هدف قرار می‌دهد. حق حیات کودک در نظام‌های حقوقی مختلف به رسمیت شناخته شده است؛ اما تفاوت که دیده می‌شود ناشی از نوع نگاه به کودک و سن کودکی است.

می‌توان به مواردی که قرآن درباره حرمت کشتن کودکان برای تنگدستی و منع زنده‌به‌گور کردن دختران آورده است، اشاره نمود. آیه ۱۵۱ سوره انعام قتل کودکان را به دلیل تنگدستی نادرست در مبانی حقوق اسلامی حق حیات کودک به رسمیت شناخته شده است. زنده‌به‌گور کردن دختران نیز از نمادهایی است که قرآن از عادات قبایل عرب یاد کرده و در آیات ۱۴۰ سوره انعام و ۹ و ۸ سوره تکویر به مخالفت با آن می‌پردازد. در ادبیات اسلامی واژه «حق حیات» به چشم نمی‌خورد؛ اما به خوبی می‌توان از منابع آن، حرمت شدید آدم کشی، شناسایی حق حیات و حمایت از انسان



را استنباط نمود. این که خداوند در قرآن کریم قتل یک انسان را برابر با کشتن همه انسان‌ها توصیف کرده است، (مائده: ۳۲) شدت حمایت از حیات انسان را نشان می‌دهد. این آیه کریمه تنها دوسبب مشروع برای قتل، منظور کرده است: کشتن دیگران و فساد در روی زمین. جز این دو مورد، حیات انسان‌ها محترم و مورد حمایت است. اگر کسی به حیات محترم دیگری تجاوز کند و آن را سلب نماید، امکان کشتن او در پرتو حق قصاص هم با هدف حمایت از انسان‌ها و حفظ حیات آنان و بازداشتن بزه‌کاران از خون‌ریزی، وضع شده است. روی سخن خداوند در آیه کوتاه قصاص با خردمندان است: «ای خردمندان برای شما در کیفر قصاص زندگی است» (بقره: ۱۷۹). گویی اگر انسان با عقل خود در مشروعیت کیفر قصاص عمیقاً تأمل کند، درمی‌یابد که حفظ امنیت جسمانی و روانی افراد جامعه، مصلحت لازم الاستیفایی است که تأمین آن به کیفرهای عادلانه نیازمند است. ذکر این نکته لازم است که قصاص، کیفر الزامی نیست، بلکه حق زیان دیدگان (اولیای دم) محسوب می‌شود و قرآن کریم با رویکردی اخلاقی بر عفو هم تأکید می‌کند (مائده: ۴۵).

امام علی^(ع) در بخشی از فرمان خود به مالک اشتر که قرار بود والی مصر شود، فرمود: «و پرهیز از خون‌ها و ریختن آن به ناروا که چیزی مانند ریختن خون به ناحق، آدمی را به کیفر نرساند و گناه را بزرگ نگرداند و نعمت را نبرد و رشته عمر را نبرد» (نهج البلاغه، نامه ۵۳). حق حیات از حقوق ذاتی شخص انسان که باید به موجب قانون حمایت شود و کودک نیز انسان است و حق حیات، حق ذاتی او است.

تمام احکام حقوقی قرآن و شریعت یا حدود اسلامی و قصاص، شامل تمام افرادی که به حد بلوغ شرعی رسیده باشند، خواهد شد. تعیین حد بلوغ شرعی ۹ و ۱۵ سال موجب کوتاه کردن ایام کودکی است و با بزرگسال فرض کردن انسان می‌تواند کودکان را با مجازات مرگ روبه‌رو سازد. بنابراین اگر کمتر از سن هجده سال را کودک بدانیم، حمایت از حق حیات کودکان در قوانین ایران صورت نگرفته است.

۲-۲. حمایت از حق ثبت ولادت

در همه کشورها مهم‌ترین مسئله بعد از متولد شدن طفل، ثبت ولادت وی است؛

زیرا دولت‌ها با ثبت ولادت کودکان به حقوق آنان رسیدگی می‌کنند. در حقوق ایران نیز اعلام ولادت طفل به سازمان ثبت احوال اجباری است و برای متخلف از آن، مجازاتی پیش‌بینی شده است (قانون تخلفات، جرائم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه، مصوب ۱۳۷۰: ماده ۴).

تبصره ماده قانون ثبت احوال، اجباری بودن اعلام را بیان می‌کند: «مهلت اعلام ولادت، پانزده روز از تاریخ ولادت طفل است و تعطیل رسمی آخرین روز، مهلت به حساب نمی‌آید و در صورت که ولادت در اثنای سفر زمینی یا هوایی یا دریایی رخ دهد، مهلت اعلام آن، از تاریخ رسیدن به مقصد محسوب می‌شود» (پیوندی، ۱۳۹۰: ۲۸۹). ماده ۱۶ قانون ثبت احوال افرادی را برمی‌شمارد که به اعلام ولادت به ثبت احوال مکلف هستند: «اعلام و امضای سند ثبت ولادت، به ترتیب، به عهده اشخاص زیر خواهد بود: ۱. پدر؛ ۲. مادر در صورت غیبت پدر و در اولین موقعی که قادر به انجام این وظیفه باشد؛ ۳. مادر یا جد پدری که از طرف دادگاه به سمت ولایت انتخاب شده باشد؛ ۴. وصی یا قیم یا امین؛ ۵. اشخاصی که قانوناً عهده‌دار نگهداری طفل می‌باشند؛ ۶. متصدی یا نماینده موسسه‌ای که طفل به آنجا سپرده شده است؛ ۷. صاحب واقعه که سن او از ۱۸ سال تمام به بالا باشد».

۴-۳. حمایت از حق رضاع

بعد از تولد اساسی‌ترین مسئله برای کودک، ادامه حیات است و بدیهی است که در چنین موقعیتی، کودک توان حفاظت از خود را ندارد و مادر نزدیک‌ترین فرد به کودک است و شیر مادر بهترین غذا برای وی. در حقوق ایران نیز به موضوع شیر مادر اشاره شده است. ماده ۱۱۷۶ شیر دادن به کودک را حق مادر می‌داند؛ به همین دلیل مقام عمومی یا پدر نمی‌تواند وی را مجبور به شیر دادن کند. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد؛ مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد». البته بر اساس ذیل ماده مزبور، این حق و اختیار برای مادر تا زمانی است که تغذیه کودک با امور دیگر ممکن باشد. بنابراین اگر شیر مادر تنها تغذیه کودک باشد و امکان تهیه شیر خشک یا اجیر کردن دیگری، به دلیل اعسار پدر



و دارا نبودن طفل وجود نداشته باشد، مادر موظف است که به کودکش شیر بدهد. در قوانین دیگر نیز قانون‌گذار به نوعی اهمیت شیر مادر برای کودک و اهمیت دوران تغذیه طفل بعد از دوران حاملگی را از طریق تصویب برخی مقررات، در جامعه به افراد جامعه گوشزد می‌کند. یکی از این قوانین، قانون ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت از مادران در دوران شیردهی، مصوب ۱۳۷۴ است. این قانون برای استفاده از شیر خشک و وارد کردن آن، محدودیت‌هایی در نظر گرفته و موارد تخلف را جرم انگاری کرده است. بر اساس ماده ۹، متخلفان از اجرای این قانون، با رعایت مراتب و دفعات جرم، به تعذیر از قبیل نصب پارچه تخلف بر سردر داروخانه، تعطیل موقت آن، قطع موقت بعضی خدمات شهری یا جزای نقدی و در صورت تکرار جرم، به حداکثر تعزیر و جزای نقدی در محاکم صالح محکوم می‌شوند (پیوندی، ۱۳۹۰: ۲۹۸).

۴-۴. حمایت از حق برخورداری از نام

اصل برخورداری همه کودکان از نام، امری مسلم و بی نیاز بحث است؛ زیرا بدین وسیله، امکان بهره‌مندی از حقوق در زندگی اجتماعی برای کودک فراهم می‌شود. البته با توجه به اینکه صرف داشتن نام نمی‌تواند متمایزکننده هویت افراد باشد، لذا در همه کشورها، هر فرد باید نام خانوادگی نیز داشته باشد. در قوانین داخلی ایران نیز به مسئله نام‌گذاری کودک توجه شده و در قوانینی، از جمله قانون ثبت احوال، مقرراتی برای آن وضع شده است که به نکات مهم آن اشاره می‌کنیم. ولادت هر طفلی که در ایران زاده می‌شود، اعم از اینکه پدر و مادر وی ایرانی باشد یا بیگانه، باید به نماینده یا مأمور ثبت اعلام شود. ولادت اطفال ایرانیان مقیم خارج از کشور باید به مأمور کنسولی ایران در محل اقامت و اگر نباشد به نزدیک‌ترین مأموران کنسولی یا به سازمان ثبت احوال کشور اعلام شود. یا نماینده ثبت احوال و مأموران کنسولی موظفند که ولادت طفل را با مشخصات لازم، ثبت کنند. یکی از موارد الزامی، قید کردن نام و نام خانوادگی طفل است. بعد از تکمیل مشخصات و اقدامات لازم، در صورت که طفل ایرانی باشد، برای وی شناسنامه صادر می‌شود (قانون ثبت احوال، ۱۳۵۵: مواد ۱۲ و ۱۳). در خصوص نام کودک، هرگاه پدر و مادر



طفل مشخص نباشد، سند یا نام خانوادگی، آزاد و نام‌های فرضی در محل اسامی ابوین ذکر می‌شود؛ (پیوندی، ۱۳۹۰: ۳۰۳) اما در خصوص انتخاب نام و نوع آن نیز قانون‌گذار در قانون ثبت احوال مقرراتی مشخص کرده است. بر اساس ماده ۲۰ این قانون، انتخاب نام با اعلام کننده است. برای نام‌گذاری، نام ساده یا مرکب از نظر عرف یک نام محسوب شود، انتخاب خواهد شد. انتخاب عناوین و القاب و نام‌های زننده و مستهجن یا نامناسب با جنس، ممنوع است (همان: ۳۰۴)

۴-۵. حمایت از حق مصونیت از تبعیض

کودکان به دلیل عدم توانایی جسمی در مراحل اولیه زندگی و عدم تجربه و توانایی تصمیم‌گیری در دوران رشد، باید از تبعیض و پیامدهای ناشی از آن مصون بمانند. قبل از هر چیز، محیط خانوادگی و اجتماعی تولد کودک نباید عامل تبعیض علیه او باشد. در بسیاری از مناطق جهان شاهد آن هستیم که کودکان متولد از خانواده‌های فقیر یا کودکان برخی اقلیت‌های قومی یا مذهبی مورد تبعیض قرار می‌گیرند. به همین ترتیب جنسیت نباید اسباب تبعیض باشد؛ اما پاره‌ای از مردم بین کودک پسر یا دختر تفاوت قائل هستند و به کودک پسر احترام بیشتری دارند.

۴-۶. حمایت از حق برخورداری از نگهداری و حفاظت (حضانت)

در اهمیت داشتن این حق با توجه به نیاز مُبرم کودک به تکیه‌گاه و پناه مطمئن و دلسوز، هیچ تردیدی وجود ندارد. به علاوه، آینده هر جامعه‌ای مستلزم تربیت و پرورش کودکان است؛ زیرا چارچوب رفتاری افراد جامعه، در دوران کودکی و خصوصاً در سال‌های ابتدایی تولد و حتی در دوران زندگی جنینی، پایه‌گذاری می‌شود. در قانون مدنی ایران، به مسئله حضانت نگاهی دوسویه وجود دارد. از یک طرف آن را از حقوق مسلم کودک به شمار آورده است؛ به دلیل اینکه والدین را مکلف به رعایت این امر کرده است. از این جهت، فقط رعایت مصالح عالیّه کودک مدنظر است. به همین جهت است که قانون‌گذار مدنی ایران مقرر می‌دارد: «هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌هاست، از نگهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از



اقربا یا به تقاضای مدعی العموم، نگهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده او است، الزام کند و در صورت که الزام، ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند» (پیوندی، ۱۳۹۰: ۳۲۱).

از سوی دیگر، حضانت را حق پدر و مادر نیز دانسته است. به نظر می‌رسد داشتن این حق برای عهده‌دار شدن آن است و بدین معنا نیست که پدر و مادر می‌توانند با اسقاط این حق، کودک را به حال خود رها کنند، مگر اینکه حکومت و جامعه، راهکاری برای حراست و حفاظت از این دسته از کودکان در نظر بگیرد. البته تدبیر ناچار حکومت، هیچ‌گاه جای والدین و خانواده را نمی‌گیرد و از باب ناچاری و اضطرار است. ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی مؤید این معنا و برداشت است: «طفل را نمی‌توان از ابویین یا از پدر یا از مادری که حضانت با او است، گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی».

۵. حمایت از حقوق فرهنگی و اجتماعی کودکان در قوانین ایران

۵-۱. حمایت از حق حفظ هویت

برخی از کودکان در شرایط بحران و جنگ یا در مناطق قبیله‌ای اقلیت یا خارج از ازدواج والدین که ناخواسته صاحب فرزند می‌شوند، یا در شرایط فقر والدین که کسی انتظار آمدن آن‌ها را نداشته باشد، به دنیا می‌آیند. با تولد این دسته از کودکان نابود شدن یا رها شدن آن‌ها در مناطق مختلف و در موارد خرید و فروش آن‌ها محتمل است. این شرایط، کودکان را در وضعیت بی‌هویتی قرار خواهد داد.

با تولد افراد رابطه‌ای بین پدر و مادر و کودک شکل می‌گیرد و ابتدایی‌ترین اتفاق فرهنگی در این زمینه شناسایی کودک و تعیین نام برای اوست. امروزه انتساب یا به رسمیت شناختن کودک به عنوان فرزند و ثبت مشخصات او و نیز رفتار والدین با او تابع قواعد حقوقی است. ماده ۷ میثاق بین‌المللی کودک می‌گوید: «تولد کودک بلافاصله پس از به دنیا آمدن ثبت می‌شود و از حقوقی مانند حق داشتن نام، کسب

تابعیت و در صورت امکان شناسایی والدین تحت سرپرستی آن‌ها برخوردار است» (رئیس، ۱۳۹۵: ۵۰). کشورهای طرف کنوانسیون موظفند که سازوکاری ایجاد کنند تا هر کودکی از حق داشتن ملیت بهره‌مند شود.

۵-۲. حمایت از حق آموزش

یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق کودک در دنیای امروز، مسئله تعلیم و آموزش کودکان است. در دستورات دینی، بر علم‌آموزی و دانش‌اندوزی کودکان از سنین ابتدایی دوران کودکی، بسیار تأکید شده است. از نظر قوانین داخلی ایران، آموزش و پرورش اجباری است. مهم‌ترین قانون هر کشور، قانون اساسی آن کشور است. قانون اساسی بسیاری از کشورها ایجاد بستر مناسب برای آموزش کودکان به عنوان وظیفه دولت پیش‌بینی شده است. چند اصل از اصول قانون اساسی ایران، به ارائه امکانات برای آموزش و پرورش مجانی اشاره می‌کند. به عنوان نمونه در اصل سوم قانون اساسی آمده است: «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد:...۳. آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای همه، در تمام سطوح و تسهیل و تعمیم آموزش عالی» (پیوندی، ۱۳۹۰: ۳۴۵). بر اساس ماده ۴ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، ممانعت از تحصیل کودکان جرم بوده و فرد خاطی، مستحق مجازات است.

با عنایت به مطالب و قوانین فوق، ملاحظه می‌شود که هیچ ماده قانونی را نمی‌توان یافت که به استناد آن، بتوان فردی را از حق مسلم تحصیل و تعلیم و تربیت در هر مرحله یا مقطعی محروم کرد. بنابراین سلب چنین حقی از هریک از افراد، خلاف مقررات و قوانین است.

۵-۳. حمایت از حق پرورش

علاوه بر تأمین معاش و نگهداری کودک، تربیت وی نیز به عهده پدر و مادر یا سرپرست قانونی کودک است. پدر و مادر یا سرپرستان قانونی، باید کودک را برای ورود به زندگی اجتماعی آماده کنند و مهم‌تر از آن، باید بر رفتار و تعلیم او نظارت کنند و سنت‌های مذهبی و ملی را بیاموزند. این مسئله بیشتر جنبه اخلاقی دارد و



به‌دشواری می‌توان در حقوق از آن حمایت کرده و اجرای آن را تضمین کرد؛ اما به‌هرحال، در حقوق نیز تا حدودی باید به این مسئله توجه شود.

قانون‌گذار ایران در ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود، به یکدیگر معاضدت نمایند». همچنین بر اساس ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی: «آبَوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود، به تربیت اطفال خویش برحسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن‌ها را مهمل بگذارند» (پیوندی، ۱۳۹۰: ۳۴۲).

۵-۴. حمایت از حق بهداشت و رفاه اجتماعی

برخورداری از سلامت و بهداشت مناسب و نیز رفاه اجتماعی، برای کودکان اهمیت دارد. در قوانین و مقررات ایران مواد متعددی برای این مسئله پیش‌بینی شده است. قانون برنامه اول تا چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران بر تأمین حداقل نیازهای اساسی عموم مردم در خصوص بهداشت تأکید می‌کند. در بندهای ۲ و ۱۰ قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی آمده است: «وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی عبارتند از: ... ۲. تأمین بهداشت عمومی و ارتقای سطح آن از طریق اجرای برنامه‌های بهداشتی، مخصوصاً در زمینه بهداشت محیط و کنترل و نظارت بهداشتی بر سموم و مواد شیمیایی، مبارزه با بیماری‌ها، بهداشت خانواده و مدارس، آموزش بهداشت عمومی، بهداشت کار و شاغلان، با تأکید بر اولویت مراقبت‌های بهداشتی اولیه، به‌ویژه بهداشت مادران و کودکان با همکاری و هماهنگی دستگاه‌های ذی‌ربط... تشویق و ترغیب افراد خیر و مؤسسات خصوصی جهت اقدامات حمایتی برای کودکان در سنین قبل از دبستان و سالمندان و خانواده‌ها و افراد بی‌سرپرست و نیازمند و معلولان جسمی و ذهنی و اجتماعی غیرقابل توان‌بخشی و ارائه این خدمات در موارد ضروری، توسط مؤسسات دولتی و نظارت بر این اقدامات در کشور، طرح‌های متعددی در زمینه‌های مختلف بهداشتی، مانند ریشه‌کنی فلج اطفال و کنترل بیماری‌های اسهالی، اجرا شده و موفقیت‌های نیز به دست آمده است. همچنین درباره کودکان معلول، بر اساس لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی کشور، مصوب ۱۳۵۹، وظایف مختلفی در



خصوص رفاه و توان بخشی و ایجاد فرصت‌های شغلی و مشاوره بهداشتی و پزشکی به عهده سازمان مذکور قرار داده شده است» (پیوندی، ۱۳۹۰: ۳۶۳).

۶. حمایت از مسئله کار کودک در قوانین ایران

از آنجا که کار کردن در سنین پایین، آثار منفی جبران‌ناپذیری برای کودک دارد، محدودیت‌هایی در راستای ممانعت از اشتغال کودکان در نظر گرفته شده است. قانون کار مصوب ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام در ماده ۷۹، حداقل سن شروع به کار در کارهای عادی را ۱۵ سال تمام مقرر کرده، ولی این قاعده سه استثنا دارد: یک) طبق ماده ۱۸۸ قانون کار، کارگران کارگاه‌های خانوادگی که انجام کار آن‌ها منحصراً توسط صاحب کار و همسر و خویشاوندان نسبی درجه یک از طبقه اول وی انجام می‌شود، مشمول مقررات این قانون نخواهد بود.

دو) به موجب ماده ۸۴ قانون کار به کار گماردن افراد کمتر از ۱۸ سال برای کارهای که ماهیت آن‌ها برای سلامتی و اخلاق نوجوانان زیان‌آور است، ممنوع است.

سه) بر اساس ماده ۱۹۱ قانون کار با پیشنهاد شورای عالی کار و تصویب هیئت وزیران امکان خروج کارگاه‌های با حداکثر پنج کارگر از شمول قانون کار میسر است که پیامدهای هولناکی برای کودکان در پی خواهد داشت و راه را برای استعمار همه‌جانبه آن‌ها در سطح جامعه باز خواهد کرد.

بر اساس ماده ۸۰ قانون کار، انجام آزمایش‌های پزشکی در بدو استخدام و به‌طور سالیانه برای کارگران در فاصله سنی ۱۵ تا ۱۸ سال که از نظر این قانون، کارگر نوجوان نامیده می‌شود، توسط سازمان تأمین اجتماعی ضروری است. این امر بدین علت است که نخست، تشخیص داده شود که چنین نوجوانی می‌تواند از عهده مشکلات امور محوله برآید یا خیر و در صورت عدم توانایی، آیا در کارخانه یا کارگاه تولیدی، شغلی وجود دارد که متناسب با وضعیت روانی و جسمانی وی باشد یا خیر. دوم حفظ سوابق پزشکی و معاینات مداوم موجب می‌شود که کار محوله به سلامتی کارگران نوجوان لطمه نزنند. مضاف بر آن مطابق ماده ۸۱ همین قانون «این آزمایش‌های پزشکی کارگر نوجوان، حداقل باید سال یک‌بار تجدید شود و مدارک مربوط در



پرونده استخدامی وی ضبط گردد. پزشک درباره تناسب نوع کار با توانایی کارگر نوجوان اظهار نظر می کند و اگر کار مربوط را نامناسب بداند کارفرما مکلف است که در حدود امکانات خود، شغل کارگر را تغییر دهد». اگر کارفرما شغل مناسب دیگری برای ارجاع به چنین کارگر نوجوانی نداشته باشد، این مورد با بند ج ماده ۲۱ قانون کار منطبق و از مصادیق خاتمه قرارداد کار است و کارفرما باید به چنین کارگری، علاوه بر کلیه مطالباتش بابت دوره اشتغال برای هر سال سابقه اعم از متوالی یا متناوب، بر اساس آخرین حقوق مبلغ معادل یک ماه به عنوان مزایای کارپردازد.

نوع دیگری حمایت تحت عنوان محدودیت ساعات برای کودکان پیش بینی شده است. به موجب ماده ۵۱ قانون کار، ساعات کارگران بزرگسال در شبانه روز نباید از ۸ ساعت بیشتر باشد.

۲. حمایت از حقوق سیاسی کودکان در قوانین ایران

چون کودک در محدوده سنی ابتدای تولد تا ۱۸ سالگی تعریف می شود، بخشی از حقوق او هم حقوق سیاسی خواهد بود که قرار ذیل است:

۷-۱. حمایت از حق آزادی

کنوانسیون حقوق کودک در مواد ۱۲ تا ۱۷، مسائل مهمی را درباره موضوع آزادی کودکان مطرح کرده است. البته واضح است که این حقوق مربوط به آن دسته از کودکانی است که تا حدی استقلال فکری و توانایی کسب اعتقادات و دیدگاه های خود را دارند.

۷-۲. حمایت از حق بیان آزادانه عقاید

ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک به صراحت بیان می کند که کودکی که توانایی شکل دادن و سامان بخشیدن به عقاید خود را دارد، می تواند و حق دارد که آزادانه نظر و عقیده خود را بیان کند و دیگران باید بر اساس و متناسب با سن و میزان بلوغ او، به دیدگاه و عقاید او اهمیت دهند. همچنین باید به کودک اجازه داد که در دادرسی های قضایی و اداری مربوط به خود، نظرش را به طور مستقیم یا از طریق نماینده، بیان کند. البته به گونه ای که مطابق با قوانین ملی باشد. در این ماده دولت مکلف شده که

زمینه‌ای را فراهم کند تا کودک بتواند عقیده و نظر خود را در زمینه مسائل اجتماعی و سیاسی و مذهبی، آزادانه بیان کند و همچنین در مسائل قضایی و دادگستری، فرصت اظهارنظر را در امور مربوط به خودش به کودک بدهند. البته مفهوم این ماده این گونه نیست که زندگی کودک بر اساس نظر شخصی وی تنظیم گردد.

در دستورات و آموزه‌های دینی نیز به دلیل اینکه هیچ گونه تکلیفی برای کودک نیست، به نظر می‌رسد وی در اظهارنظر و بیان، آزاد باشد.

نتیجه‌گیری

کودکان آینده‌سازان یک کشورند که باید توجه ویژه به آنان صورت گیرد. اهمیت این موضوع به قدری است که کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۹۹۸ تصویب و در ۲ سپتامبر ۱۹۹۰ نافذ شد. افغانستان و ایران در سال ۱۹۹۴ با حفظ حق شرط نسبت به کلیه احکام و مقررات مغایر با احکام اسلامی و قوانین داخلی به این کنوانسیون پیوست. این سند بین‌المللی، تعهدات بسیاری را متوجه کشورهای عضو در راستای حمایت از حقوق کودکان ساخته است. بنابراین می‌توان آن را یکی از بهترین و گران‌بهاترین هدیه به کودکان جهان دانست. در عرصه داخلی، این دو کشور در قوانین مختلفی از کودکان حمایت شده و حتی «قانون حمایت حقوق طفل» در افغانستان و «قانون حمایت از نوجوانان و جوانان» در ایران به تصویب رسیده است که به نوع خود، یکی از اقدامات مهم و قابل توجه در راستای حمایت از حقوق کودکان است. بررسی‌های انجام شده در قوانین افغانستان و ایران نشان می‌دهد که حقوق زیادی برای کودکان به رسمیت شناخته شده است. از نظر قوانین افغانستان، کودک شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد؛ اما از نظر قوانین ایران کودک شخصی است که به سن بلوغ شرعی نرسیده باشد. طبق قوانین ایران اگر سن کودک را در دختران ۹ سال قمری و در پسران ۱۵ سال قمری بدانیم، حمایت از حق حیات کودکان به مخاطره می‌افتد که این حق در افغانستان برای کودکان به رسمیت شناخته شده و از آن حمایت شده است. کنوانسیون حقوق کودک نیز به نوعی سن کمتر از ۱۸ را به نوعی به رسمیت شناخته است.

فهرست منابع

قرآن کریم

نهج البلاغه

۱. آذرنوش، آذرتاش، (۱۳۹۰)، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران: نشر نی.
۲. ارفع نیا، بهشید، (۱۳۸۶)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر بهتاب.
۳. پیوندی، غلامرضا، (۱۳۹۰) حقوق کودک، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث.
۵. دانش‌پژوه، مصطفی، (۱۳۹۲)، مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۶. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت نامه دهخدا، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۷. رسولی، عبدالحسین، (۱۳۹۳)، اموال و مالکیت در حقوق افغانستان، کابل: دانشگاه ابن سینا.
۸. صفایی، سیدحسین، امامی، اسدالله، (۱۳۹۳)، مختصر حقوق خانواده، تهران: نشر میزان.
۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، حقوق مدنی خانواده، تهران: گنج دانش.
۱۰. موسوی خمینی، سید روح الله، (بی تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم.
۱۱. نصیری، محمد، (۱۳۹۵)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر آگه.
۱۲. وزارت عدلیه، جریده رسمی، (۱۳۹۳)، قانون ثبت احوال نفوس، شماره مسلسل: ۱۱۵۴.
۱۳. وزارت عدلیه، جریده رسمی، (۱۳۹۷)، قانون حمایت حقوق طفل، شماره مسلسل: ۱۳۳۴.
۱۴. وزارت عدلیه، جریده رسمی، (۱۴۲۱)، قانون تابعیت، شماره مسلسل: ۷۹۲.
۱۵. وزارت عدلیه، جریده رسمی، (۱۳۵۵)، قانون مدنی، شماره مسلسل: ۱۳۵۳.
۱۶. وزارت عدلیه، جریده رسمی، (۱۳۸۲)، قانون اساسی، شماره مسلسل: ۸۱۸.
۱۷. وزارت عدلیه، جریده رسمی، (۱۳۸۷)، قانون کار، شماره مسلسل: ۹۶۶.
۱۸. وزارت عدلیه، جریده رسمی، (۱۳۸۸)، قانون احوال شخصیه اهل تشیع، شماره مسلسل: ۹۸۸.
۱۹. وزارت عدلیه، جریده رسمی، (۱۳۹۸)، کد جزا، نمبر مسلسل: ۱۲۶۰.

