

الله الرحمن الرحيم



دوفصلنامه علمی فقه قضایی

سال اول * شماره ۱ * بهار و تابستان ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: دانشگاه بین المللی المصطفی (ص) افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سر دبیر: دکتر محمدعیسی هاشمی

مدیر اجرایی: محمدعلی نظری

ویراستار: محمدعلی نظری

صفحه آرا و طراح جلد: نسیم وکیلانی

هیأت تحریریه: دکتر عبدالخالق فصیحی، دکتر جمعه علی حقانی،

دکتر سید ابوالحسن باقری، دکتر محمدعیسی هاشمی، دکتر محمدحسن همتی،

دکتر محمدعلی توحیدی، دکتر جواد اصغری، دکتر ناصر واعظی و دکتر بصیر عالم.

■ دوفصلنامه علمی تخصصی «یافته‌های فقه قضایی» مقالات صاحب‌نظران، پژوهشگران و

دانش‌پژوهان فقه قضایی را برای نشر، می‌پذیرد.

■ مقالات، آرای نویسندگان آن‌ها است و لزوماً بیانگر دیدگاه نشریه «فقه قضایی» نمی‌باشد.

آدرس: کابل - کارته ۳ - دهبوری - چهارراه شهید - دانشگاه بین‌المللی

المصطفی (ص) - آمریت نشرات

تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

ایمیل: Jf.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم 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 ۴۰۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۰۰۰ کلمه نباشد.

راهنمای تنظیم شکلی مقاله علمی

۴. قلم و فونت مقالات ارسالی باید از شیوه زیر تبعیت نماید:
۵. عنوان مقاله: با فونت B Nazanin ۱۶ و بولد (پررنگ) (Heading ۱ با این فونت تعریف شود)، مؤلف یا
۶. مؤلفان با فونت B Nazanin ۱۲ پررنگ (Heading ۳ با این فونت تعریف شود).
- در پاورقی همان صفحه اول این اطلاعات باید ذکر شود: عنوان وظیفه مؤلف اول با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل (B Nazanin ۱۰).
- اگر مقاله دو مؤلف یا بیشتر دارد: عنوان وظیفه مؤلف دوم با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل.
۷. در متن اصلی تیترا و عناوین با فونت‌های زیر مشخص گردد:
- تیترا اصلی با فونت B Nazanin ۱۴ و بولد (پررنگ) (Heading ۲ با این فونت تعریف شود)
- تیترا فرعی با فونت B Nazanin ۱۲ و بولد (پررنگ) (Heading ۳ با این فونت تعریف شود)
- متن مقاله با فونت B Nazanin ۱۳ معمولی تایپ شده باشد. (Normal با این فونت تعریف شود)

راهنمای تنظیم ساختاری مقاله علمی

۸. چکیده: عنوان چکیده با فونت B Nazanin ۱۱ پررنگ. متن چکیده بین ۲۵۰ تا ۳۰۰ کلمه و با فونت B Nazanin ۱۱ معمولی. چکیده باید موضوع و هدف مقاله را به اختصار بیان کند. به روش و مهمترین یافته‌های تحقیق اشاره کند. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص معلوم در زمان گذشته استفاده شود. از علائم اختصاری پرهیز شود. ذکر سابقه و اهمیت موضوع در این قسمت لازم نیست.
۹. واژگان کلیدی: حداقل ۵ و حداکثر ۷ واژه که به صورت ایتالیک (مورب) نوشته و با کامه از هم جدا شده باشند و در یک خط قرار گیرند. واژگان کلیدی باید با فونت (B Nazanin ۱۰) ایتالیک باشند.
۱۰. مقدمه: به ترتیب به بیان مسئله، سوال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، می‌پردازد.
۱۱. بدنه مقاله: متنی است، دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن، مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۱۲. نتیجه‌گیری: نتیجه متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارتند از پاسخ به سوال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد گردیده، به صورت مختصر و به دور از عبارت‌پردازی، آورده می‌شود.
۱۳. ارجاع‌دهی در متن باید به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد (مثال: مرادی، ۱۳۸۹، ص. ۵۴).
- ۱۴- منابع و مآخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند (مثال: کامکاری، کامبیز (۱۳۸۸)، توصیف آماری. تهران: انتشارات بال).

فهرست مطالب

- سخن سردیر ۱
- بررسی تطبیقی قتل در فراش در فقه امامیه، اهل سنت و حقوق موضوعه ایران.... ۳
- ✍ دکتر محمد پناهی
- مطالعه تطبیقی علم قاضی ۲۹
- ✍ دکتر غلام حضرت برهانی
- «حق حریم» در فقه و حقوق افغانستان..... ۶۵
- ✍ دکتر حمدعلی توحیدی
- حمایت جزایی از حقوق کارگر در فقه و حقوق افغانستان..... ۹۱
- ✍ دکتر محمد عیسی هاشمی و عطاالله عطایی
- سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم اتباع خارجی..... ۱۱۷
- ✍ دکتر عبدالخالق فصیحی و احمدضیا علمیار

سخن سردبیر

دفتر را به نام او می‌گشایم که هر امر مهمی بی‌یاد او بی‌حاصل است.

مجلات علمی در جهان نقش و کارکردهای مهمی در گسترش مرزهای دانش، معرفی دستاوردهای علمی و ایجاد بستر مناسب برای معرفی اساتید و پژوهشگران حوزه‌های مختلف و در نتیجه گسترش تعاملات علمی و پژوهشی دارند. در واقع نشریات علمی با به‌کارگیری و تقویت یک زبان مشترک علمی تلاش می‌کنند تا نه تنها نتایج مطالعات پژوهشی پژوهشگران را به جوامع هدف منعکس نموده و سطح درک افراد را از پدیده‌های مورد مطالعه روزآمد کرده و ارتقا بخشند، بلکه می‌کوشند تا به‌مثابه یک پل ارتباطی پژوهشگران جوامع مختلف را به‌هم نزدیک ساخته و آن‌ها را به انجام مطالعات مشترک در موضوعات و مسایل مهم و راهبردی در تمامی حوزه‌های علمی تشویق نمایند.

شاید به دلیل چنین کارکردهای مهمی است که اهتمام به انتشار مجلات علمی با ضریب تأثیر بالا توسط مراکز دانشگاهی و مؤسسات پژوهشی به‌منزله یک سیاست علمی راهبردی تلقی می‌شود و دانشگاه‌ها و مراکز علمی تلاش می‌ورزند تا منابع انسانی، مالی و فنی لازم و کافی را برای استمرار فعالیت آن مجلات پیش‌بینی و تدارک ببینند. از طرف دیگر مجلات علمی معتبر که با اقبال طیف گسترده‌ای از مخاطبان فرهیخته مواجه می‌شوند، در ارتقای جایگاه و رتبه علمی مؤسسات صاحب امتیاز و شهرت اجتماعی آنها نقش عمده داشته و دارند.

در همین راستا مجله علمی تخصصی، «یافته‌های فقه قضایی»، متناسب با نیازهای علمی کشور و اقتضائات زمان، فعالیت خود را آغاز نموده و به یاری خداوند متعال در راستای تکمیل رسالت علمی و فرهنگی خود به حیات خود ادامه خواهد داد.

این مجله در اولین شماره با مقالات «بررسی تطبیقی قتل در فراش در فقه امامیه و اهل سنت»، «مطالعه تطبیقی «علم قاضی»، حق حریم در فقه و حقوق افغانستان»، «حمایت جزایی از حقوق کارگر در فقه و حقوق افغانستان»، «سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم اتباع خارجی» به زیور طبع آراسته گردیده و به جامعه علمی تقدیم شده است. مجله علمی تخصصی «یافته‌های فقه قضایی» از نقد سازنده و بیان دیدگاه پژوهشگران، استادان و محصلان استقبال می‌کند.

هدف مجله انعکاس دستاوردهای علمی فرهیختگان و پژوهشگران در زمینه‌های مختلف علوم فقهی و حقوقی و موضوعات وابسته به آن می‌باشد و بر اساس معیارهای شکلی و محتوایی مقاله علمی، به زبان فارسی و با رویکردهای پژوهشی، ترویجی، ترجمه‌ای، نقدها و یادداشت‌های تخصصی و فنی با کیفیت، مقاله می‌پذیرد.

مجله یافته‌های فقه قضای، امید دارد با فعالیت خود و با دریافت مقالات و انتشار منظم آن به صورت دو فصلنامه، دستاوردهای علمی محققان را به نحو شایسته‌ای در اختیار علاقه‌مندان قرار دهد.

از کلیه محققان گرامی حوزه علم فقه و حقوق و تمامی علاقه‌مندان تقاضا داریم تا با ارسال مقالات وزین خود در ارتقای سطح کیفی و کمی مجله، ما را یاری نمایند.

دکتر محمد عیسی هاشمی



بررسی تطبیقی قتل در فراش در فقه امامیه، اهل سنت و حقوق موضوعه ایران

محمد پناهی^۱

۱. دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، عضو هیئت علمی دانشگاه بین المللی المصطفی (ص) - افغانستان.

چکیده

در اسلام قتل عمد بسیار مورد نکوهش قرار گرفته و از آن به شدت نهی شده است، ولی با وجود نهی‌های فراوان، خود شریعت اسلامی در مواردی از این نهی چشم‌پوشی کرده و آن را جایز می‌شمارد که یکی از آن موارد، قتل در فراش است. در این مقاله سعی شده است که موضوع قتل در فراش به صورت تطبیقی در فقه و حقوق موضوعه بررسی و نظرات فقها و حقوقدانان همراه با دلایل آن‌ها ذکر شود این مقاله از سه بخش تشکیل شده در بخش اول مفاهیم و واژگان مورد بررسی قرار گرفته است در بخش دوم نظرات علماء و دلایل آن‌ها بیان شده و در بخش سوم به بررسی موضوع با نگاه حقوقی پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: قتل، فراش، مرد اجنبی، فقه و حقوق

مقدمه

انسان موجودی است که از منظر همه ادیان و مکاتب دارای ارزش و کرامت ذاتی است هیچ فردی حق تعرض به وی و نابودی او را ندارد و نمی‌تواند بدون جهت و دلیلی این حق را از وی سلب نماید، شاخص‌ترین ارزش‌ها را برای انسان می‌توان در مکتب اسلام جستجو کرد به گونه‌ای که کشتن یک انسان برابر با کشتن همه انسان‌ها تلقی گردیده و نیز مجازات دنیوی و اخروی سنگینی برای قاتل در نظر گرفته شده است تا جایی که از جمله کسانی که برای ابد در جهنم، مخلد می‌باشند قاتل به ناحق انسان بی‌گناه است، باین وجود، از این قاعده مواردی استثناء شده است از جمله این موارد می‌توان به قتل در فراش اشاره نمود که باوجود شرایطی، شخص می‌تواند متعرض به حریم خصوصی و خانوادگی‌اش را به قتل برساند و مسئولیت شرعی و قانونی نداشته باشد و این امر (قتل در فراش) به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت تلقی شود.

۱. واژه‌شناسی

۱-۱. قتل

قتل عمد، عبارت است از رفتار بدون مجوز قانونی عمدی و آگاهانه یک انسان به نحوی که منتهی به مرگ انسان دیگری شود. (گلدوزیان، ۱۳۸۳: ۴۸).

۱-۲. فراش

در لغت به معنای گستردنی است (عمید، ۱۳۴۲: ۷۶۱) و به معنای بستر، لانه و آنچه بگسترانند و بر آن بخوابند نیز به کار می‌رود و به کنایه هر یک از دو همسر، زوج و زوجه فراش یکدیگر خوانده می‌شوند. (دهخدا، ۱۳۴۱: ج ۲۰، ۱۰۲)

در اصطلاح، فراش وصف زوجه مدخوله معلوم الدخول است حتی به اماره دخول. «الولد للفراش و للعاهر الحجر» یعنی فرزند متعلق به صاحب فراش یعنی شوهر است و عاهر زناکار است. (لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ۲۷۷۶)

قتل در فراش، کشتن زن خیانت‌کار و مرد اجنبی زانی با وی است در حال زنا و در حین مشاهده توسط شوهر. (ایمانی، ۱۳۸۲: ۳۶۳)

۳-۱. مهدور الدم

«مهدور» از ماده «هَدَرَ» و به معنای باطل بودن است و «مهدورالدم» یعنی کسی که خونش باطل است و در برابر آن قصاص یا دیه نیست. (ابن منظور، ۱۹۹۶، ج ۱۵، ۵۱)

۱. نگاه فقها به موضوع

۱-۲. دیدگاه فقهای شیعه

دیدگاه مشهور فقهای شیعه این است که چنانچه کسی همسر خویش را در حال زنا با اجنبی مشاهده کند و علم به مطاوعه و رضایت زن داشته باشد، مجاز به قتل زوجه و زانی اجنبی است. لیکن بعضی از فقها از جمله شیخ طوسی و ابن ادریس علاوه بر قید رضایت و مطاوعه زن، احصان زن و مرد زانی را هم لازم دانسته‌اند؛ و بعضی دیگر قائل به عدم جواز قتل هستند و اینک تفصیل اقوال علماء:

۲-۱-۱. مشهور

۱. محقق حلی در کتاب معتبر و معروف فقهی «شرایع الإسلام» در مسئله هفتم از مسائل ده‌گانه ملحق به باب زنا، حکم مزبور را با این عبارت بیان کرده است: «السابعة إذا وجد مع زوجته رجلاً يزني بها فله قتلها ولا إثم عليه و في الظاهر عليه القود إلا أن يأتي على دعواه بينة أو يصدقه الولي»؛ (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ۱۴۶) هرگاه شخصی، مردی را در حال زنا با همسر خود ببیند می‌تواند هر دو را به قتل برساند و گناهی بر او نیست؛ ولی از لحاظ حکم ظاهری باید قصاص شود مگر اینکه بر ادعای خود (مشاهده زنا) بینه داشته باشد یا ولی دم حرف او را تصدیق کند.

۲. شهید اول در کتاب دروس می‌فرماید: «إن من رأى زوجته تزني بها فله قتلها، (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۲، ۴۸) ودر کتاب لمعه می‌فرماید: «وَلَوْ وَجَدَ مَعَ زَوْجَتِهِ رَجُلًا يَزْنِي بِهَا فَلَهُ قَتْلُهَا وَلَا إِثْمَ وَلَكِنْ يَجِبُ الْقَوْدُ إِلَّا مَعَ الْبَيِّنَةِ أَوْ التَّصْدِيقِ» (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۵۶)

۳. شهید ثانی در کتاب شرح لمعه، می‌فرماید: «و لو وجد مع زوجته رجلاً يزني بها فله قتلها فيما بينه وبين الله تعالى ولا إثم عليه بذلك. (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۹، ۱۲۱)

۴. فاضل هندی در کشف اللثام، می‌فرماید: «و لو وجد مع زوجته رجلاً يزني بها و علم بمطاوعتها له فله قتلها ولا إثم قطع به الشيخ و جماعه و قیده الشيخ و ابن

ادریس یا حصانها». (فاضل هندی اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ۴۷۸)

۵. امام خمینی قدس سره در تحریر الوسیله مسأله ۲۸ می‌فرماید: «لو وجد مع زوجته رجلاً یزنی بها و علم بمطاوعتها له فله قتلها و لا إثم علیه و لا قود، من غیر فرق بین کونهما محصنین أو لا و کون الزوجه دائمه أو منقطعه و لا بین کونها مدخولا بها أو لا». (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱، ۴۹۲)

۶. محقق طباطبایی در این باره بیان می‌کند: «اختلفت فی تقييد الحكم بعدم اثم الزوج فی قتله الزانی بكونه محصنا كما عن الشيخ والحلی أو ابقائه على اطلاقه فيشمل غیر المحصن كما هو ظاهر اکثر الفتاوی؛ (حائری، بی‌تا، ج ۲، ۵۱۷) در این مسئله اختلاف نظر وجود دارد که آیا زوج تنها در صورت احصان می‌تواند زانی را به قتل رساند و از این جهت گناهی مرتکب نشده است. چنان که از شیخ طوسی و علامه حلی چنین دیدگاهی نقل شده، البته ظاهر فتوای اکثر فقها یا این بوده یا حکم را بر اطلاق خود باقی گذارده‌اند در نتیجه شامل غیر محصن هم می‌شود».

و مشهور علماء برای اثبات نظریه خود به روایاتی تمسک کرده‌اند که آن‌ها را ذکر می‌کنیم:

روایات مورد استناد مشهور

۱. شهید اول در کتاب دروس به روایات مرسلی به مضمون «روی انه لو وجد رجلاً یزنی بامراته فله قتلها» (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۲، ۴۸) استناد کرده است، یعنی اگر شخصی، مردی را در حال زنا با همسرش ببیند می‌تواند هردو را به قتل برساند. این روایت، تنها روایتی است که منطوق آن بر حکم ماده مزبور دلالت دارد. با دقت نظر در کتاب‌هایی که قبل از کتاب دروس شهید اول تحریر شده‌اند، معلوم می‌شود که چنین روایتی در هیچ‌یک از کتاب‌های فقهی نیامده است و فقهایی که بعد از شهید اول به نقل این روایت پرداخته‌اند، مأخذ روایت را کتاب مذکور قرار داده‌اند.
۲. روایت سعید بن مسیب بدین مضمون که مردی در شام بیگانه‌ای را با همسرش در حال زنا دید و اقدام به قتل مرد و همسر خود کرد. سپس معاویه به ابوموسی اشعری نوشت که حکم موضوع را از علی (ع) بپرسد. حضرت در پاسخ فرمودند:

چنانچه چهار شاهد بر تصدیق ادعای خود اقامه نکند، کشته می‌شود. (طباطبائی، ۱۴۲۹، ج ۳۱، ۲۷)

۳. روایت فتح بن زید جرجانی از امام موسی کاظم (ع) که نقل می‌کند: «به امام عرض کردم کسی به قصد دزدی یا فجور وارد خانه دیگری می‌شود و صاحب‌خانه او را به قتل می‌رساند، آیا قاتل مجازات می‌شود یا نه؟ امام (ع) فرمودند: بدان هر کس بدون رضایت صاحب‌خانه وارد خانه دیگری شود، خون او هدر است و بر قاتل او چیزی واجب نیست». (نجفی، بی‌تا، ج ۴۱، ۳۷۰)

۴. روایت منقول از امام صادق که فرمودند: «هر کس خانه مردم را دید بزند و از روزنه به آنجا نگاه کند و اهل خانه او را بکشند یا چشم او را کور کنند، مسئولیتی ندارند». (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ۶۸)

۲-۱-۲. غیر مشهور

در مقابل نظر مشهور علماء دو نظر متفاوت نیز وجود دارد.

۲-۱-۲-۱. جواز

عده‌ای از علماء جواز قتل را مشروط به احصان زانی می‌دانند.

۱. شیخ طوسی در «مبسوط» در کتاب «الدفع عن النفس» و در واقع به دنبال فروع مربوط به دفاع مشروع، این مسئله را مطرح کرده و می‌گوید: «إذا وجد الرجل مع امرأته رجلاً یفجر بها و هما محصنان کان له قتلها». (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۸، ۷۷)

هرگاه شخصی مردی را در حال زنا با زن خود دید، درحالی که هر دو محصن بودند می‌تواند آن دو را به قتل برساند.

۲. ابن ادریس در السرائر می‌نویسد: «إذا وجد الرجل مع امرأته رجلاً یفجر بها و هما محصنان، کان له قتلها». (حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ۴۴۶)

۲-۱-۲-۲. عدم جواز

اما بعضی از فقهای معاصر، قول مشهور را نپذیرفته و ادله آن را رد کرده‌اند. از جمله آیه الله خویی در «مبانی تکملة المنهاج» در این رابطه می‌فرماید: «المشهور علی أن من

رأی زوجته یزنی بها رجل و هی مطاوعه، جاز له قتلها و هو لا یخلو عن إشکال، بل منع؛ (خویی، ۱۴۱۸، ج ۴۲، ۱۰۳) قول مشهور این است که چنانچه کسی شخصی را با زوجه‌اش در حال زنا مشاهده کند و زن هم با او همکاری داشته باشد، می‌تواند هردو را بکشد و این قول مشهور خالی از اشکال نیست؛ بلکه قابل منع است.

وی در رد ادله مشهور، بعضی از احادیث منقول در این باب را نقل می‌کند سپس به رد و نقد آن‌ها می‌پردازد:

۱. روایت سعید بن مسیب، معاویه نامه‌ای به ابوموسی اشعری نوشت که ابن ابی جسرین مردی را با زنش دیده و او را کشته است. در این مورد برای من از حضرت علی (ع) سؤال کن. ابوموسی می‌گوید: با حضرت علی (ع) ملاقات کردم و از حضرت سؤال کردم ... حضرت فرمود:

حکم من این است که اگر چهار شاهد برای آنچه دیده، آورد، کاری ندارم والا قاتل را می‌کشم.

۲. فتح بن یزید جرجانی از حضرت علی (ع) در خصوص مردی که به منزل دیگری برای دزدی یا فجور وارد شده و صاحب‌منزل او را کشته است پرسیدم که آیا قاتل قابل قصاص است؟ حضرت فرمود:

بدان، کسی که داخل منزل غیر شود، خونس هدر است و بر قاتل چیزی نیست

۳. در صحیح حلی، امام صادق (ع) فرمود:

چنانچه کسی حرمت منزل کسی را رعایت نکرده و به نوامیس صاحب‌خانه نگاه کند و چشم متجاوز را کور کنند یا او را مجروح کنند، بر آن‌ها دیه‌ای نیست و تعدی‌کننده‌ای که با او مقابله به مثل شده، حق قصاص ندارد. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ۶۸)

آیه الله خویی در رد قول مشهور می‌فرماید:

حدیث دوم (جرجانی) از جهت سند به دلیل وجود تعدادی راوی مجهول، قابل قبول نیست و از نظر دلالت، موضوع روایت درجایی است که کسی برای دزدی یا انجام

جرائم دیگر، حرمت منزل دیگری را هتک کرده و جواز قتل در این موارد از باب دفاع است و بحثی از جرم زنا نیست و بحثی از این که صاحب خانه و قاتل، زوج باشد و ارتکاب فجور نسبت به زوجه یا سایر محارم یا غیر محارم باشد، مطرح نیست و جواز قتل در مقام دفاع مورد قبول است؛ بنابراین، روایت مذکور به فرض صحت، از محل بحث خارج است.

روایت سوم (صحیحہ حلبی) هم هر چند از نظر سند مشکلی ندارد، اما ارتباطی به بحث ما ندارد؛ چون این حدیث نیز به موضوع دفاع از عرض و ناموس پرداخته که مورد قبول ما است و در این حدیث هم سخنی از جواز قتل و مشاهده زنا یا اجنبی با زن توسط زوج، مطرح نشده است.

حدیث اول (روایت سعد ابن مسیب) که دلالت بر قول مشهور دارد به جهات مختلف از نظر سند قابل قبول نیست. ضمن این که در این حدیث فقط سخن از کشتن زانی اجنبی است و مجوزی جهت قتل زن نمی تواند قرار گیرد.

علاوه بر این در مقابل این سه حدیث که از نظر سند و دلالت نمی توانند قول مشهور را توجیه کنند، از صحیحہ داود بن فرقد عدم جواز قتل در محل بحث، قابل استفاده است.

داود بن فرقد می گوید: از امام صادق (ع) شنیدم که اصحاب رسول خدا (ص) به سعد بن عبادہ گفتند: اگر روی سینه همسرت مردی را ببینی چه می کنی؟ سعد گفت: او را با شمشیر می زنم. امام صادق (ع) می فرماید: در این هنگام رسول خدا فرمود: چه شده سعد؟ سعد بن عبادہ سؤال اصحاب و جواب خود را تکرار کرد. حضرت رسول (ص) فرمود: چهار شاهد را چه می کنی؟ سعد گفت: بعد از این که خودم دیدم و خداوند می داند که او (متجاوز) مرتکب زنا شده، باز هم باید چهار شاهد بیاورم؟ حضرت فرمود: بله خداوند متعال برای هر چیزی حدی قرار داده و برای کسی هم که از آن حد تجاوز کند، حدی قرار داده است. (همان، ۱۴)

این حدیث صحیح، دلالت صریح دارد که چنانچه کسی شخصی را در حال زنا با همسرش مشاهده کند، نمی تواند او را بکشد؛ مگر این که چهار شاهد با خصوصیات

مذکور در شرع، به وقوع زنا شهادت دهند. در آن صورت مجوز قتل به جهت شهادت شهود بر زنا خواهد بود و معمولاً شهادت شهود نزد حاکم است. پس مقصود اقامه شهادت نزد حاکم و اجرای حد از ناحیه حاکم است نه این که شخص مرتکب قتل شود و بعد شهود را نزد حاکم ببرد. ضمن این که به فرض ما از دلایل مشهور، جواز قتل قبل از اقامه شهادت را استفاده کنیم، آنچه در این احادیث مدنظر ائمه اطهار (ع) قرار گرفته، قتل زانی متجاوز است و از هیچ کدام جواز قتل زوجه استفاده نمی‌شود. (خویی، ۱۴۱۸، ج ۴۲، ۱۰۴)

در ادامه این بحث، آیه الله خویی حدیث مرسله‌ای از شهید اول نقل می‌کنند: «إِنَّ مَنْ رَأَى زَوْجَتَهُ تَزْنِي فَلَهُ قَتْلُهَا» و می‌فرماید: این حدیث در کلمات علمای متقدم بر شهید اول نیست و نمی‌توان گفت مشهور به این حدیث عمل کرده‌اند تا عمل مشهور، جبران‌کننده ضعف سند حدیث باشد.

با توجه به عمومات منع اجرای حدود باوجود شبهات و حرمت خون مسلم، نمی‌توان با استناد به این مرسله، قتل زوجه در حال زنا را به‌طور مطلق مباح دانست. ضمن این که خود شهید اول در کتاب دروس از این حدیث استفاده جواز قتل در همه موارد نکرده است؛ چراکه می‌فرماید: «تفاوتی میان تازیانه و رجم نیست.» منظور ایشان این است که به‌طور استثنا، زوج حق اجرای حد دارد؛ خواه تازیانه باشد یا سنگسار و مستند آن، حدیث مذکور است لذا با توجه به مرسله بودن حدیث و عدم استناد به آن از طرف فقهای متقدم بر شهید اول و عدم استفاده اطلاق جواز قتل از ناحیه خود شهید اول، نمی‌توان حکمی خلاف اصل و احتیاط یعنی، جواز قتل زوجه را به این حدیث مستند نمود.

نکته دیگر که مورد توجه بعضی از فقهای معاصر قرار گرفته است تفاوت میان حکم تکلیفی و وضعی است؛ یعنی، این که آیا از روایات مورد استناد مشهور، استفاده می‌شود که زوج مجاز به قتل زوجه و زانی اجنبی است با اینکه اجرای حدود از وظایف حاکم است؟ یا این که روایات در صدد بیان حکم وضعی هستند که چنانچه مردی همسرش را در حال زنا با اجنبی مشاهده کرد و یکی یا هردو را کشت و چهار

شاهد آورد، قصاص نمی‌شود.

با دقت در احادیث باب به‌خوبی مشخص است که مقصود و مراد ائمه اطهار (ع) جواز قتل به‌صورت مطلق نیست؛ بلکه استفاد از صحیح‌ه حلبی، روایت فتح بن یزید جرجانی و روایت سعید بن مسیب - که عمده احادیث مورد استناد مشهور هستند - این است که ائمه اطهار (ع) حکم وضعی را بیان کرده‌اند و فرموده‌اند: چنانچه در عالم واقع، اتفاق افتاد که کسی زوجه‌اش را در حال زنا مشاهده کرد و زانی متجاوز را کشت، قصاص نمی‌شود مشروط بر این‌که چهار شاهد بیاورد که همانند خودش این صحنه را مشاهده کرده باشند. در عالم واقع با توجه به این‌که اقدام به قتل در این موارد به سبب تحریک غیرت و احساسات مرد اتفاق می‌افتد، به‌ندرت می‌توان موردی را یافت که مرد بتواند چهار شاهد عادل جهت مشاهده عمل منافی عفت حاضر کند و بعد اقدام به قتل کند؛ مگر این‌که با تصمیم قبلی و مهیا کردن مقدمات، مرد را به منزل خود دعوت کرده باشد و از طرف دیگر چهار شاهد حاضر کند و بعد اقدام به قتل کند. روایات باب، در مقام جایز دانستن چنین قتلی نیستند و با توجه به مفاد صحیح‌ه داود بن فرقد، حضرت رسول (ص) سعد بن عبادہ را از اقدام به چنین قتلی منع می‌کند و حضرت در مقام بیان حکم تکلیفی است و به سعد بن عبادہ تفهیم می‌کند که باید چهار شاهد عادل، شهادت دهند و واضح است که اقامه شهادت باید در دادگاه و نزد حاکم باشد.

پس در این مورد که موضوع، اقدام به قتل است، حضرت رسول (ص) سعد بن عبادہ را از اقدام به قتل نهی می‌کند و در سایر موارد که کسی اقدام به قتل اجنبی در حال زنا با همسرش نموده و پرونده‌ای تشکیل شده، ائمه اطهار (ع) فرموده‌اند: در صورتی‌که زوج چهار شاهد اقامه کند، قصاص نمی‌شود و این با جواز قتل و مهدورالدم بودن زوجه و زانی اجنبی نسبت به زوج تفاوت دارد؛ مثلاً، این‌که می‌گوییم: اگر مسلمانی اهل ذمه را بکشد یا پدری فرزند خود را بکشد، قصاص نمی‌شود، دلیلی بر مهدورالدم بودن مقتولان نسبت به قاتل وجود ندارد. ضمن این‌که در هیچ‌کدام از روایات مذکور، جواز قتل زوجه و معافیت از قصاص در صورت شهادت شهود،

استفاده نمی‌شود.

نتیجه این که جواز قتل زن حتی در صورت علم به مطاوعه، هیچ‌گونه دلیل معتبری ندارد و از روایات جواز قتل اجنبی در صورت مشاهده زنا با همسر هم حکمی تکلیفی به معنای مهدورالدم بودن زانی، قابل استفاده نیست. تنها چیزی که در صورت قبول سند و دلالت روایات قابل طرح است، عدم اجرای قصاص نسبت به قاتلی است که مردی را در حال زنا با همسر خویش مشاهده کرده و او را به قتل رسانده است. مشروط بر این که چهار شاهد عادل که همانند او زنای اجنبی با زوجه قاتل را مشاهده کرده‌اند، به دادگاه معرفی کند و الا در این صورت قاتل هم قصاص خواهد شد.

۲-۲. دیدگاه فقهاء اهل سنت

در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه در این رابطه آمده است:

جمهور اهل سنت در مسئله قتل زوجه و اجنبی معتقدند قتل زانی جایز نیست و به حدیثی استناد می‌کنند که سعد بن عبادہ از حضرت رسول (ص) سؤال کرد: ای رسول خدا! اگر مردی را با همسرم دیدم آیا مهلت بدهم تا علیه او با چهار شاهد اقامه شهادت کنم؟ حضرت فرمود: بلی. روی البخاری أبی هريرة: إن سعد بن عبادہ قال: یا رسول الله! أرأیت إن وجدتُ مع امرأتی رجلاً أمهله حتی آتی بأربعة شهداء؟ فقال رسول الله (ص): نعم. (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۵، ۹۴)

نویسنده مذکور در توضیح این قول می‌نویسد:

زیرا ممکن است مردی، دیگری را به منزل خویش جهت امری دعوت نماید و به جهت کینه و انتقام، او را بکشد و بگوید: او را با همسرم مشاهده کردم و ممکن است کسی به جهت خلاص شدن از دست همسرش او را به قتل برساند و به دروغ ادعا کند که او را در حال زنا با اجنبی دیده است. (همان، ۵۱)

در عین حال از حنا بله و مالکیه نقل می‌کند که معتقدند چنانچه قاتل دو شاهد اقامه کند که به جهت ارتکاب زنا مرتکب قتل شده و مقتول محصن باشد، مجازات نمی‌شود.

شافعیه: اگر هردو یا یکی را بکشد قصاص می شود مگر اینکه ولی دم راضی به دیه شوند و یا عفو نمایند.

موضوع مورد اتفاق دیگر میان اهل سنت، این است که چنانچه کسی زانی غیر محصن را در حال زنا به قتل برساند، مجازات نمی شود و دلیل ایشان قضاوت عمر در مورد مردی است که با شمشیر خون آلود نزد او آمد و به دنبال او جمعیتی دیگر آمدند و گفتند: این مرد دوست ما را در کنار همسرش کشته است. عمر سؤال کرد: این ها چه می گویند؟ آن مرد گفت: با شمشیر میان دو پای همسرم زدم. اگر در آن محل کسی بوده او را کشته ام. عمر قضیه را از آن گروه پرسید. آن ها گفته او را تأیید کردند. عمر رو به مرد کرد و گفت: اگر دوباره آمدند همین کار را تکرار کن و خون مقتول را هدر اعلام کرد.

عبدالقادر عوده، علت اباحه قتل را در این صورت به نقل از علمای اهل سنت دو امر می داند:

الف. تحریک: قائلین به تحریک در این که زن از خویشان مرد باشد یا اجنبی، تفاوت قائل شده و فقط در صورت اول قتل را جایز می دانند.

ب. نهی از منکر: در این صورت بر همه اشخاص واجب است و تفاوتی میان زنای با اهل یا اجنبی نیست. رأی مشهور در مذاهب سه گانه اهل سنت (غیر از شافعی) همین است؛ اما مذهب شافعی این است که قتل غیر محصن در حالت تلبس به زنا را جایز نمی دانند؛ مگر در صورتی که بازداشتن از ارتکاب جرم به غیر طریق قتل ممکن نباشد و تحریک را مجوز قتل ندانسته و دفع منکر را مجوز قتل نمی دانند مگر این که قتل تنها راه دفع منکر باشد. (عوده، بی تا ج ۱، ۵۴۰)

نتیجه این که اهل سنت در خصوص جواز قتل زن و اجنبی در حال زنا نظر مستند و مستدلی ندارند. تحریک و یا نهی از منکر از نظر قواعد و اصول مجوز قتل نبوده و شرایط و مقررات خاص خود را دارد؛ بنابراین، در کلمات فقهای اهل سنت مرد اجنبی و زوجه در صورت مشاهده در حال زنا، از مصادیق مهدورالدم نیستند و جواز قتل در حال زنا، به طور کلی در کلمات اهل سنت از باب تحریک (در خصوص زنای با

خویشاوندان) و یا نهی از منکر (نسبت به همه افراد) مطرح است.

۲-۳. اثبات موضوع از نظر فقهی

در بحث مرحله ثبوتی نظریه امام خمینی (ره) را بدین لحاظ که منبع وضع قانون بوده بررسی خواهیم کرد. ایشان در کتاب دفاع بعد از بیان شرایط ثبوتی موضوع می‌فرماید: «در موردی که ضرب و جرح و کشتن جایز شمرده می‌شود، این جواز بین و بین الله است و درواقع گناه و مسؤولیتی نزد خدا وجود ندارد؛ اما از نظر ظاهری، قاضی باید بر اساس ملاک باب قضا داوری کند. لذا اگر کسی دیگری را بکشد و مدعی شود که او را در بستر همسر خود دیده است، لکن بر اساس مقررات شرعی شاهی برای اثبات ادعای خود نیامورد محکوم به قصاص شود، چنانکه در اشتباه و نظایر آن نیز چنین عمل می‌شود». (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ۴۹۱)

بر اساس نظر مذکور، صرف ادعای قاتل بر مهدورالدم بودن مقتول موجب عدم مسؤولیت وی نمی‌شود و در صورت ارائه ادله شرعی (چهار شاهد عادل مرد) قصاص می‌شود؛ بنابراین در موضوع مورد بحث، قاتل (شوهر) باید شرایط تحقق ماده ۶۳۰ را در مورد خاص اثبات کند تا از مجازات معاف گردد و الا قصاص می‌شود. سیستم مورد بحث برای اثبات زنا نیز با توجه به نظر فقها و کتاب اول بخش پنجم (مواد ۱۶۰ تا ۲۱۳) می‌باشد.

البته سیستم دلایل قانونی است که در آن، حدود اعتبار هریک از دلایل و شرایط آن‌ها را قانون تعیین می‌کند و قاضی مکلف به رعایت آن‌هاست ولو منجر به قناعت وجدان او نشود. البته سیستم مذکور در عمل با دشواری در اثبات مواجه است، زیرا در فرض مسئله متهم یا متهمان به زنا کشته شده‌اند و لذا اثبات موضوع از راه اقرار ایشان ممکن نیست و فقط می‌توان به شهادت یا علم قاضی تمسک کرد. تمسک به شهادت هم با توجه به مواد ۱۸۳ تا ۲۰۰ قانون مجازات اسلامی ساده نیست، زیرا شهود باید حادثه را به نحو خاص رؤیت کرده باشند و ادعای آن‌ها معارض یکدیگر نباشد که وقوع چنین فرضی بسیار دشوار و حصول علم قاضی هم بسیار بعید است و در هر حال اثبات استحقاق قتل موضوع ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی «تعلیق به محال» است و به همین دلیل، امام (ره)

و سایر فقها معتقدند در صورت عدم اثبات ادعای شوهر اگر واقعاً محق باشد بینه و بین الله مسؤولیت ندارد، اما به لحاظ دنیوی قصاص می شود و این امر با مأجور بودن او نزد خداوند منافاتی ندارد. نکته آخر اینکه ماده مذکور به شوهر حق چنین کاری را داده است نه اینکه او را مکلف کرده باشد و لذا او می تواند از اعمال حق خودداری کرده و برای مجازات خاطیان به محکمه مراجعه کند یا با توسل به لعان، همسر خود را طلاق دهد.

۳. نگاه حقوقی به موضوع

در این بخش دیدگاه های حقوقدانان را مورد بررسی و تحلیل قرار می دهیم.

۳-۱. تاریخچه و سوابق قتل در فراش

۳-۱-۱. در ایران

الف. قبل از انقلاب اسلامی

در ماده یک قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴- به عنوان اولین قانون موضوعه کیفری ایران- آمده بود:

مجازات های مصرحه در این قانون از نقطه نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم عدلیه مجری خواهد بود و جرم هایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود، بر طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع، مجازات می شوند.

بدین ترتیب قانون گذار ایران تحت تأثیر موقعیت آن روز و جهت جلب نظر و اعتماد علما و متشرعان، بدون اشاره به جرائم و مجازات های اسلامی و چگونگی تعقیب و محاکم صالح، جهت رسیدگی به این جرائم، در عمل عدم پای بندی خود به جرائم و مجازات های اسلامی را نشان داده و به خاطر عدم قدرت علما در اجرای مجازات های اسلامی، حدود و تعزیرات شرعی از جهت اجرایی متروک شدند. در ماده ۱۷۹ این قانون می گوید:

هرگاه شوهری زن خود را با مرد اجنبی در یک فراش یا در حالی که به منزله وجود در یک فراش است، مشاهده کند و مرتکب قتل یا جرح یا ضرب یکی از آنها یا هردو شود، معاف از مجازات است.

در عین حال در تصویب این ماده هم توجهی به نظریات فقها نشده است و لذا در ادامه همین ماده می‌خوانیم:

هرگاه کسی به طریق مزبور، دختر یا خواهر خود را با مرد اجنبی ببیند و در حقیقت هم علاقه زوجیت بین آنها نباشد و مرتکب قتل شود، از یک ماه تا شش ماه به حبس تأدیبی محکوم خواهد شد و ... زیرا فقها جواز قتل را صرفاً در خصوص زنای همسر گفته‌اند؛ نه سایر محارم. در خصوص همسر هم مشاهده در حال زنا، مجوز قتل است؛ نه وجود در یک فراش یا به‌منزله یک فراش.

با توجه به این که تصویب ماده یک قانون مجازات عمومی صرفاً جهت جلب رضایت علما و متدینان بود، با استقرار کامل دادگستری و فراهم شدن شرایط، قانون‌گذار در سال ۱۳۵۲ ماده یک قانون مجازات عمومی را به شرح ذیل اصلاح کرد: قانون مجازات راجع است به تعیین انواع جرائم و مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی که درباره مجرم اعمال می‌شود.

و نیز ماده ۲ همین قانون تصریح می‌کند: هر فعل یا ترک فعل که به موجب قانون قابل مجازات باشد، جرم است و هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست مگر آن که به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی تعیین شده باشد.

بنابراین به صورت کامل، راه بر اجرای حدود و تعزیرات اسلامی بسته شد و تنها موردی که در قانون مذکور با فقه تطابق داشت، قتل در مقام دفاع بود که آن هم بر اساس حقوق عرفی در قانون مجازات وارد شد.

بنابراین در قوانین مجازات ایران قبل از پیروزی انقلاب و خصوصاً بعد از اصلاحات سال ۱۳۵۲ بحثی از مجازات‌های اسلامی نیست و در عمل، کشتن شخص به عنوان مهدور الدم شرعی منتفی بود و جواز قتل زانی و زانیه در فراش، بر مبنای تحریک و برگرفته از حقوق عرفی بود.

ب. بعد از انقلاب اسلامی

با پیروزی انقلاب اسلامی با توجه به اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبنی بر اسلامی شدن قوانین کیفری و حقوقی، قانون‌گذار در جهت اسلامی کردن

قوانین بر اساس منابع فقهی و فتاوی حضرت امام خمینی، به وضع قانون حدود و قصاص و دیات و تعزیرات اقدام کرد و با توجه به تغییرات و تحولاتی که در قوانین موضوعه بعد از انقلاب صورت گرفته است که یکی از آنها ماده ۱۷۹ است.

ماده ۶۳۰ ق.م.ا. (قتل زوجه واجبی در حال زنا)

به رغم وجود ماده ۱۷۹ در قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ قانون گذار در تصویب قانون حدود و قصاص و تعزیرات در سال ۱۳۶۱ و ۱۳۶۲ و اصلاحات سال ۱۳۷۰ اشاره‌ای به جواز قتل زوجه در حال زنا توسط همسر ننموده است. ولی قانون گذار در تصویب قانون تعزیرات سال ۱۳۷۵ در ماده ۶۳۰ به شوهر اجازه داده است که در صورت مشاهده همسر خود در حال زنا در صورت علم به مطاوعت زوجه، زوجه واجبی را به قتل برساند.

«هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد می تواند در همان حال آنان را به قتل برساند» (ماده ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) قیود مذکور در ماده ۶۳۰ جواز را بسیار محدود و فقط به مورد مشاهده و در صورت علم به رضایت زن منحصر کرده است. (فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، ج ۲۲، ۱۴۶)

۳-۱-۲. در فرانسه

در فرانسه: قانون مجازات فرانسه تحت عنوان جنایات و جنجهایی که از مجازات معافند، مواردی را برشمرد و از جمله در ماده ۳۲۴ پس از آنکه می گوید علی الاصول قتل زن به وسیله شوهر یا قتل شوهر به وسیله زن از مجازات معاف نیست مگر اینکه زندگی مرتکب، قتل در خطر افتاده باشد، مقرر می دارد: «معذالک در صورتی که مردی همسر خود را در خانه مشترک زوجیت در حال زنا (به گونه ای که در ماده ۳۳۶ پیش بینی شده) مشاهده کند و مرتکب قتل همسر خود و مرد اجنبی شود، از معافیت قانونی برخوردار خواهد بود.» (ماده ۳۳۶ که اینجا مورد اشاره قرار گرفته ناظر به این است که فقط شوهر می تواند از زنای همسر شکایت کند آن هم به شرط آنکه خود در منزل مشترک رفیق نیآورده و با زن دیگر رابطه برقرار نکرده باشد) مطابق ماده ۳۲۶ قانون

مجازات فرانسه مجازات چنین قتلی به یک سال تا ۵ سال حبس تقلیل پیدا می‌کند؛ البته باید گفت که شق دوم ماده ۳۲۴ فوق‌الاشعار و نیز مواد ۳۳۶ و ۳۳۹ به موجب قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ نسخ شد؛ در قانون مجازات جدید فرانسه که با اصلاحات و تغییرات زیاد تصویب و در تاریخ اول مارس ۱۹۹۴ به اجرا گذاشته شد اثری از آن دیده نمی‌شود؛ به نظر می‌رسد در قانون مجازات جدید، زنا و لو زنا محصنه اگر توأم با عنف و یا فریب نباشد، اصولاً جرم محسوب نشده و مجازات ندارد؛ زنا زن شوهردار یا مرد زن‌دار، می‌تواند نقض جدی تکلیف و تعهد مربوط به ازدواج تلقی شده و موجب درخواست طلاق گردد. گویا رواج این فکر که زنا و اصولاً روابط نامشروع جنسی ممکن است صرفاً یک گناه محسوب شود که صرفاً مسئولیت فرد را در برابر خدای خود در پی دارد و نه جرمی که جامعه و حکومت بتواند برای آن کیفر قرار دهد، در این روش قانون‌گذاری فرانسه مؤثر بوده است؛ اقدامات طرفداران حقوق زن نیز طبعاً در اصلاح مقررات جزایی مربوط به زنا و به خصوص حذف شق ۲ ماده ۳۲۴ نقش داشته است. (مهرپور: ۱۷۰)

۳-۱-۳. در مصر

در ماده ۲۳۷ قانون مجازات مصر در خصوص جواز قتل زوجه توسط زوج در صورت مشاهده زوجه در حال زنا آمده است:

کسی که زوجه خویش را در حال زنا مشاهده کند و در این حال زوجه و زانی را به قتل برساند، به حبس، بدل از مجازات‌های مواد ۲۳۴ و ۲۳۶ (مجازات قتل) محکوم می‌شود. در شرح قانون مجازات مصر جواز قتل زوجه در حال زنا و زانی متجاوز از باب «تحریک» یا «استفزاز» دانسته شده است و ارتکاب قتل در این وضعیت به دلیل وجود عذر «تحریک» فاقد مجازات قتل است و قانون‌گذار مصر و شارحین قانون مجازات مصر، به جنبه مباح بودن شرعی قتل زوجه در حال زنا، اشاره‌ای نکرده‌اند. (حبیب زاده: ۸۳)

نتیجه این که در مجموع قوانین و مقررات حقوق مصر، موردی که قتل یا سایر جرائم از جنبه شرعی، مجاز و مباح باشد به چشم نمی‌خورد و به رغم ذکر کلمه

«شریعت» در ماده ۵۵، شارحان قانون و رویه قضایی مصر، شریعت را مساوی و به معنای قانون وضعی مصر تفسیر کرده‌اند.

۳-۱-۴. در لبنان

ماده ۵۶۲ قانون جزای لبنان، در صورتی که مرتکب یقین به زنا یا همسر یا فرزند یا خواهر یا مادر خود پیدا می‌کرد و مرتکب قتل می‌شد وی را معاف از مجازات می‌دانست و اگر یقین پیدا نمی‌کرد از جهات تخفیف مجازات به حساب می‌آمد. (حسنی، ۲۳) لبنان در ماده ۵۶۲ تحت عنوان «قتل به سبب شرف» قتل زن و مرد زانی، توسط شوهر را در صورت مشاهده در حال زنا مباح دانسته (محمدرزکی: ۳۸۸) و برخلاف قانون مصر و عراق که آن حالت را عذر تخفیف دهنده مجازات برای قاتل دانسته، در قانون لبنان قتل در این حالت هیچ‌گونه مجازاتی ندارد و اصطلاحاً عنصر قانونی جرم را زایل می‌کند.

تفاوت دیگر قانون لبنان با سایر کشورهای اسلامی، این است که مشاهده زنا در مورد سایر بستگان نسبی مانند مادر، خواهر و دختر نیز مجوز قتل است و چنانچه کسی زوجه یا مادر یا خواهر و دختر خود را در حال زنا با اجنبی ببیند و او را به قتل برساند، مجازات نمی‌شود.

همچنین مشاهده افراد مذکور در حالت خلوت با اجنبی (غیر از زنا) و اقدام به قتل و یا ضرب و جرح نیز در حقوق لبنان عذر تخفیف دهنده مجازات است. (همان)

چنانچه ملاحظه می‌گردد در حقوق لبنان نیز جواز قتل زوجه و اجنبی در حال زنا توسط زوج، بر اساس شرع بوده و عذر مجوز قتل و یا تخفیف دهنده مجازات قاتل، همان تحریک است و در موارد دیگر نیز، اجازه قتل یا مباح دانستن قتل، به اسباب و دلایل شرعی مطرح نشده است.

۳-۱-۵. در عراق

بر اساس ماده ۴۰۹ این قانون برای مردی که همسر خویش را در حال زنا مشاهده نموده و مرتکب قتل یا ضرب و جرح همسر و یا زانی اجنبی شده، مجازات حبس پیش‌بینی کرده است و به صورت کلی بر اساس ماده ۱۲۸ قانون مجازات عراق، ارتکاب

جرم با انگیزه‌های مقدس و یا در صورت تحریک شدید، از عذرهای تخفیف دهنده مجازات است و در توضیح انگیزه‌های مقدس، یکی از شارحان قانون مجازات عراق به دفاع از عرض یا شرف یا دفاع از مبدأ یا عقیده سیاسی اشاره می‌کند

۲-۳. حکمت و علت حکم

در بیان علت حکم جواز قتل و معاف بودن شوهر از مجازات قتل همسر خود و مرد اجنبی، نظرهای متعددی توسط دانشمندان ارائه شده است که به مواردی از آنها اشاره می‌شود:

۱-۲-۳. تهییج و تحریک روحی

در کلمات هیچ‌یک از فقهاء، حداقل به‌طور صریح، عصبانیت و برانگیختگی شوهر، مجوز قتل یا عذر معاف بودن وی از مجازات شناخته نشده است.

بنابراین برخلاف توجیه حقوقدانان از ماده ۱۷۹ قانون مجازات اسلامی سابق مبنی بر اینکه مرد با مشاهده همسر خود در فرارش مرد اجنبی، تحریک و برانگیخته می‌شود یا گرفتار چنان حالت روحی و عصبی می‌شود که احتمالاً کنترل اعصاب و اراده خود را برای لحظه‌ای از دست می‌دهد و در آن لحظه ممکن است دچار رفتار مجرمانه‌ای علیه همسر خود و مرد اجنبی شود و به دلیل نامشخص بودن رفتاری که از وی سر می‌زند و معلوم نبودن اینکه از روی اراده سالم و با تسلط بر قوای دماغی خود چنین کرده یا از روی اراده معیوب، مقنن در مورد او با اغماض نگریسته و وی را مستحق معافیت از مجازات جرم ارتكابی دانسته است، در مورد ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی که برگرفته از متون فقهی است نمی‌توان چنین توجیهی را پذیرفت، چراکه در کلام فقهای متقدم و متأخر، اشاره‌هایی به برانگیختگی و تهییج روحی شوهر با مشاهده صحنه زنا یا ارتكابی همسرش با بیگانه نشده است؛ بنابراین نمی‌توان حکم ماده اخیرالذکر را از جمله موارد تحریک با تهییج روحی قلمداد کرد.

۲-۲-۳. دفاع از عرض و ناموس

در مورد دفاع از عرض، این اتفاق نظر نزد فقهاء وجود دارد که چنانچه مردی اراده تجاوز به زنی کند و دفاع متوقف بر قتل مهاجم باشد واجب است که متجاوز منع شود و حتی

به قتل برسد. بر همین اساس، عده‌ای از فقها، بحث حاضر یعنی حکم ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی را در باب دفاع از عرض و ناموس قرار داده‌اند. از جمله شیخ طوسی این بحث را در کتاب «الدفع عن النفس» آورده است. همچنین امام خمینی (ره) این مسئله را در آخر مبحث امر به معروف و نهی از منکر و در باب دفاع مطرح کرده است.

به هر حال اعتقاد به اینکه عمل ارتكابی شوهر در مقام دفاع از عرض و ناموس است، در همه حال یکسان نیست. در جایی که زن ممتنع از عمل زنا باشد و مرد اجنبی، با عنف و اکراه، زن را مجبور به زنا کرده باشد و در آن حال شوهر مرتکب قتل شود، چنین قتلی با تعریف و ضوابط دفاع مشروع منطبق است، اما چنانچه زن خود به انجام یافتن عمل زنا تمایل داشته باشد و به مرد اجنبی تمکین کند، انطباق این حکم با بحث دفاع مشروع، دشوار به نظر می‌رسد، هرچند که برخی از حقوق‌دانان مفهوم دفاع مشروع را توسعه داده، موردی که زن در ارتکاب زنا رضایت داشته است را نیز از موارد دفاع مشروع و معافیت از مجازات می‌شمارند. از طرف دیگر، برخی در توجیه حکم مزبور، دفاع مشروع را به دفاع مشروع عام و خاص تقسیم می‌کنند و مورد دفاع مشروع خاص را جایی می‌دانند که مرد اجنبی علیرغم میل باطنی زن و با اکراه و عنف در صدد انجام دادن زنا با وی برمی‌آید و چنانچه در همین مورد زن رضایت داشته باشد و شوهر اقدام به دفاع کند، آن را از مصادیق دفاع مشروع و صیانت از اخلاق و نظم و امنیت جامعه و دفاع منکر دانسته‌اند.

۳-۲-۳. اجرا و اقامه حدود الهی

جمعی از فقهای امامیه، حکم ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی را در ملحقات احکام مربوط به حد زنا ذکر کرده‌اند که به نظر می‌رسد عمل شوهر را به عنوان اجرای حد و حکم الهی تلقی کرده، او را در این کار مجاز دانسته‌اند. البته علی‌الاصول حد پس از ثبوت آن نزد حاکم شرع، باید به وسیله او صورت پذیرد، ولی در این مورد اجرای این حکم به صورت استثنایی توسط شوهر، تجویز شده است.

از جمله، محقق حلی در کتاب شرایع در مسئله هفتم از مسائل دهگانه ملحق به باب زنا، این حکم را ذکر کرده است. شهید اول در کتاب دروس، این موضوع را در «کتاب الحسبه» و در بحث امر به معروف و نهی از منکر و اینکه چه کسانی مجاز به

اقامه و اجرای حد هستند، ذکر کرده است. به نظر ایشان، همان‌گونه که صاحب برده می‌تواند حد الهی را بر برده خود جاری کند، شوهر نیز می‌تواند همسر خود را به دلیل ارتکاب زنا با اجنبی به قتل برساند و این حد را اجرا کند.

شهید ثانی در شرح لمعه ضمن بیان حکم، هرچند اجرای حد در غیر این مورد را منوط به اذن حاکم می‌داند، جواز قتل زن و مرد اجنبی توسط شوهر را از جمله اقوال مشهور بین اصحاب دانسته است.

به‌طوری‌که ملاحظه می‌شود، فقهای مذکور ضمن پذیرش این اصل که اقامه و اجرای حدود الهی از وظایف حاکم شرع است، به‌عنوان یک استثنا بر اصل درصدد توجیه حکم مذکور برآمده‌اند و شوهر را در اجرای حد زنا مجاز دانسته‌اند، اما علی‌رغم این استدلال‌ات چنین استثنایی موجه به نظر نمی‌رسد و اصولاً نمی‌توان یکی از موارد مذکور را علت حکم قلمداد کرد، تئوری عامل موجه استثنایی می‌تواند به‌عنوان مبنای حکم موردپذیرش قرار گیرد، بدین معنا که حکم ماده مذکور از جمله مواردی است که مقنن در تطبیق شرایط لازم برای دفاع مشروع، استثنایی بر اصل قائل شده و حتی در صورت فقدان بعضی از شرایط لازم برای دفاع مشروع، نظیر شرط تناسب و ضرورت، آن را از مصادیق دفاع مشروع به شمار آورده و به‌عنوان یکی از موارد ممتاز دفاع مشروع قلمداد کرده است. آن توجیه نیز چندان با واقعیت منطبق نیست و به‌هرحال به لحاظ عدم امکان تمیز واقعیت امر از آنچه اتفاق افتاده است می‌تواند مورد استفاده سوء قرار گیرد، لکن به لحاظ نظری از بقیه توجیه‌هایی که گفتیم به نظر مقنن نزدیک‌تر است. (حیب زاده: ۸۳)

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه در مورد نظرات فقها و روایات مورد استدلال آن‌ها، گذشت به نظر می‌آید نظریه آیه الله خویی از قوت بیشتری برخوردار باشد، چون ایشان به روایات و ادله مشهور، خدشه کرده و از آن‌ها جواب داده است؛ و نظریه ایشان با توجه به اینکه فرموده‌اند شوهر بعد از قتل زانی و زانیه باید مهدور الدم بودن آن‌ها را اثبات بکند و الا قصاص می‌شود معقول‌تر و به شرایط و اوضاع و احوال امروز نزدیک‌تر و مناسب‌تر به نظر می‌آید.

منابع

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۹۹۶)، لسان العرب، بیروت، مؤسسه تاریخ عربی و احیاء تراث عربی.
۲. ابو عامر، محمد زکی، (۱۹۹۰)، قانون مجازات، بیروت، دارالجامعیه.
۳. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶)، کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. ایمانی، عباس، (۱۳۸۲)، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، تهران، نشر آریان.
۵. بروجردی، آقا حسین طباطبایی، (۱۴۲۹)، جامع احادیث الشیعۀ، انتشارات فرهنگ سبز، تهران.
۶. جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۱۹)، الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب أهل البيت وفقا لمذهب أهل البيت، بیروت، انتشارات دارالثقلین.
۷. جعفری لنگرودی، (۱۳۷۸)، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
۸. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، (بی تا)، ریاض المسایل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۹. حبیب زاده، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، قتل در فراش، نشریه مدرس، شماره ۴، زمستان.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسایل الشیعۀ، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم.
۱۱. حسنی، عباس، (۱۹۷۲)، شرح قانون مجازات جدید سوم، بغداد.
۱۲. حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰)، السرایر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم.
۱۳. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۴۰)، ارشاد الازهان الی

احکام الایمان، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.

۱۴. حلی،

۱۵. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸۷)، شرایع الاسلام فی مسائل

الحلال والحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، دوم.

۱۶. خمینی، سید روح الله موسوی، (بی تا)، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم.

۱۷. خویی، سید ابو القاسم موسوی، (۱۴۱۸)، موسوعه الإمام الخوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.

۱۸. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۴۱)، لغت نامه دهخدا، تهران، چاپخانه دانشگاه تهران، دوم.

۱۹. زراعت، عباس، (۱۳۸۵)، حقوق جزای اختصاصی، تهران، انتشارات فکرسازان.

۲۰. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، سوم.

۲۱. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضة البهیه فی شرح المعه الدمشقیه، قم، کتابفروشی داوری.

۲۲. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۷)، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم.

۲۳. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۰)، اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، بیروت، دار التراث الإسلامیه.

۲۴. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۷)، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم.

۲۵. عمید، حسن، (۱۳۴۲)، فرهنگ عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر، شانزدهم.

۲۶. عوده، عبدالقادر، (بی تا)، التشريع الجنایی الاسلامی.

۲۷. فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت.

۲۸. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۳)، حقوق جزای اختصاصی، تهران، دانشگاه تهران، دهم.

۲۹. ماده ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

۳۰. مهرپور، حسین، سیری در مبانی فقهی و حقوقی ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی، نشریه نامه مفید، شماره ۸، دوم.
۳۱. نجفی، محمد حسن، (بی تا)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، هفتم.
۳۲. نوری، محدث، میرزا حسین، (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.



مطالعه تطبیقی علم قاضی

دکتر غلام حضرت برهانی^۱

۱. استاد حقوق و علوم سیاسی اکادمی علوم و دانشگاه کابل

چکیده

در حقوق و دعاوی و همچنین احکام صادره از محکمه عبارت علم قاضی اغلب شنیده می‌شود؛ یعنی آن چیزی که موجب آگاهی و علم به آن موضوع در قاضی می‌شود که بتواند بر اساس عدالت و انصاف و آگاهی رأی صادر نماید درواقع اگر فردی علیه دیگری دعوی را طرح کند باید برای ادعای خود و برای اثبات آن دلایل و مستنداتی ارائه نماید و اگر این مدارک و دلایل باعث شود که قاضی بتواند در مورد موضوع علم و آگاهی و یا یقین کسب نماید و بتواند رأی صادر کند عنوان علم قاضی بر آن اعمال می‌گردد که درواقع قاضی برای صدور رأی باید علم و یقین به موضوع داشته باشد و این علم با توجه به ادله که به محکمه ارائه می‌شود به دست می‌آید که هم در دعاوی حقوقی و هم جزای نیاز به ارائه آن دلایل و مستنداتی است که موجب علم قاضی بشود تا رأی مقتضی را صادر نماید از این‌رو، سخن در این است که آیا حاکم شرع می‌تواند در مقام قضاوت، به قرائن و شواهد علمی، از رهگذر رجوع به علم قاضی به مثابه دلیل اثباتی استناد نماید؟ دلایل اعتبار علم قاضی یا عدم حجیت آن و دامنه استناد به علم و حدود وسعت آن تا کجاست؟ اسباب تحصیل علم و ملاک رجوع به آن از دیدگاه حقوق و فقه، چه خواهد بود؟ از این جهت، شایسته خواهد بود تا زوایای علمی بحث به نحو جامع و متقن، تکمیل گردد تا پیکره تحقیق حاضر، از خلال پاسخ به پرسش‌های فوق، توالی مطالب موردنظر را در برداشته باشد، ابتدا دیدگاه و ادله فقها در حجیت علم قاضی و اختلاف نظریات ایشان بررسی می‌شود، سپس جمع‌بندی و نتیجه دیدگاه برگزیده پایان‌بخش این مقال خواهد بود.

واژه‌های کلیدی: علم، علم قاضی، علم عادی، علم متعارف، محاکمه.

مقدمه

در بررسی ادله اثبات دعوی و طرق اثبات جرائم، علم قاضی از اهمیت ویژه‌ای در فقه و حقوق موضوعه برخوردار است گرچه ماده ۱۲۰ ق.م.ا. ایران: حاکم شرع می‌تواند طبق علم خود که از طرق متعارف حاصل شود استناد کند. صریحاً بر اعتبار علم حاکم شرع دلالت دارد اما از آنجائی که مبنای اصلی حقوق موضوعه فقه در کشورهای اسلامی می‌باشد لذا ضروری است تا اساس و قلمرو علم قاضی و کیفیت استناد و صدور حکم بر طبق آن، علاوه از حقوق و قوانین از جهت فقهی نیز مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد، مقاله‌ای که پیش رو دارید تحقیقی است تا میزان اعتبار علم قاضی را در صدور حکم بر طبق آن روشن نماید.

جواز استناد قاضی به علم شخصی خود در مقام صدور حکم یکی از مسائل دیرینه و پر سابقه فقهی است که امروز خود مسئله‌ساز شده و مورد ابتلای دستگاه قضایی است. ادله اثبات در امور جزایی در نظام آیین دادرسی‌ها رکن اساسی پرونده مطروح نزد قاضی را تشکیل می‌دهد. چراکه طبق اصل ۲۵ قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان: «برائت ذمه حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی‌گناه شناخته می‌شود.» و همچنین اصل ۳۷ ایران: «اصل بر برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.» اصل برائت جزء اصول خدشه‌ناپذیر در نظام‌های جزایی است که جز با فراهم آوردن و ارائه ادله کافی و واجد ارزش اثباتی و تحصیل شده از طرق مشروع و قانونی، علیه فرد یا افراد متهم به ارتکاب جرم قابل نقض نیست، علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا در نظام‌های حقوقی معاصر به خصوص در نظام قضایی اسلام از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است که این نماد در مواد ۱۰۵، ۱۲۰ و ۱۲۸ ق.م.ا. به صورت کلی و در مواد ۱۹۹ و ۲۳۱ به شکل خاص در امر سرقت و قتل پیش‌بینی شده است.

نوشتار حاضر آنچه در ارتباط با 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 آن را در قضاوت به کار گیرند به بیان دیگر این علم لازمه قضاوت است و چنین علمی برای وی مفروض است و حتی بر وی تکلیف است که نسبت به آن (قضات) عالم باشد بلکه محل بحث در اینجا علمی است که قاضی بر اساس ادله قانونی موجود در پرونده (اقرار، شهادت، اماره قضایی و...) با لحاظ توان اثباتی می آورد. بناء بعد از بحث و بررسی به این نتیجه خواهیم رسید که در حقوق جزای برخی کشورهای اسلامی، علم قاضی در صورتی معتبر و قابل استناد است که در اثر مطالعه پرونده و اوضاع و احوال و قرائن موجود در پرونده برای وی حاصل شود و علمی که قاضی، خارج از پرونده به دست می آورد فاقد اعتبار و حجیت قضایی خواهد بود.

۱. تعریف علم قاضی

علم در لغت به معنی دانستن و دانش است و علم قاضی از نظر فقهی به معنی یقین و اطمینان است که آن را علم عادی هم نامیده اند؛ و در امور قضائی و علم حقوق، علم عادی حجت است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۵۶۳) و یا علم قاضی در اصطلاح عبارت است از معرفت قاضی در احراز و انتساب بزه به متهم از طرق عینی و محسوس و یا ذهنی، علم قاضی زمانی معتبر است که عینی، ملموس و قابل کنترل در مراجع تجدیدنظر باشد. (شاملو احمدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۱۴-۳۱۵) وقتی در بحث قضا سخن از علم پیش می آید دو نوع علم به ذهن متبادر می شود:

۱. علم حقوقی که برابر ادله عقلی و نقلی فراوان، تسلط بر آن برای تصدی شغل قضا لازم و واجب است. علمی که قواعد و ضوابط را بیان کرده و به بحث از تکالیف و وظایف اشخاص می پردازد؛

۲. علم قاضی نسبت به موضوع مورد نزاع و واقعیت مورد مناقشه؛ این علم ممکن است در نتیجه تجربیات و مطالعه علوم و... با یک سلسله استنادات یا از طریق مطالعه پرونده و توضیحات و ادله طرفین برای قاضی حاصل شود. در مباحث علمی از علم، مفهوم دوم مورد نظر است. اصولاً ادله اثبات دعوی از مظاهر و تجلیات علم عادی می باشد. در اصول فقه، منظور از علم، قطع مقابل ظن است و حقیقت آن چیزی

جز انکشاف واقع و حقیقت به‌طور کامل و تمام نیست. قطع حالتی نفسانی است که در آن امری برای شخص معلوم می‌شود و در مقابل ظن، شک و احتمال قرار دارد؛ به عبارت دیگر قطع، جزمی است که در آن احتمال خطا و خلاف داده نمی‌شود. (بیهقی، ۱۳۷۶: ۱۰۶) اما در فقه و حقوق، رسیدن به این علم که هیچ مجهولی در آن نماند، منظور نیست؛ بلکه علم عادی و متعارف است که در حقوق وسیله حل و فصل و ترافع دعاوی قرار می‌گیرد.

پس در حقوق جزای فعلی که غالباً بر اساس موازین حقوق اسلام تدوین یافته است، هرچند که به‌صراحت تنها ماده ۱۰۵ ق.م.ا. علم قاضی به نحو عام می‌تواند برای اثبات تمامی جرائم، حق‌الله و جرائم ناظر به حق‌الناس و به‌طور خاص، به‌عنوان یکی از ادله اثبات در برخی از جرائم مورد استناد قرار گیرد، لیکن مقنن در هیچ‌یک از مواد مزبور و سایر مواد قوانین جزایی تعریفی از علم قاضی ارائه نداده است. تنها یکی از حقوق‌دانان با تبعیت از مفاهیم و منابع حقوق اسلام تعریفی از علم قاضی ارائه داده است که می‌تواند تعریف مورد قبول حقوق جزای فعلی تلقی شود. به نظر ایشان، منظور از علم قاضی، علمی است که مبتنی بر یقین یا اطمینان وی در انتساب یا عدم انتساب بزه به متهم باشد.

۲. علم عادی و متعارف

علم عادی علمی است که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی به آن دست یافتند، به احتمال خلاف آن توجه نمی‌کنند، هرچند که احتمال خلاف، عقلاً امکان‌پذیر باشد. اگر قاضی در هنگام دادرسی به‌واقع علم یافت، کدام عقل سلیم می‌تواند بگوید که به علم خود عمل نکند و فقط به دلایل ارائه‌شده توجه نماید؟ وقتی عمل به اقرار و بینة که کشف ناقص و ظنی است حجیت دارد، علم عادی یا اطمینان، به‌طریق اولی می‌تواند مستند حکم قرار گیرد و برای قاضی، به‌سادگی علم عادی حاصل نمی‌شود و اگر مرتبه علم قاضی، از علم عادی بالاتر باشد در عمل به آن جای بحث نیست. (مدنی، ۱۳۷۸: ۳۷۷-۳۷۹).

۳. اهمیت علم قاضی

این اهمیت به درجه‌ای است که در مقام تعارض بین شهادت شهود و امارات قضائی، جانب اماره را باید ترجیح داد؛ زیرا قاضی از اماره قضائی مستقیماً اطمینان حاصل می‌کند؛ درحالی‌که استماع گواهی برای وی (به‌جای ایجاد علم) فقط ایجاد ظن می‌کند آن‌هم آگاهی به طریق غیرمستقیم. (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ج ۲: ۳۸۸)

۴. مبانی علم شخصی قاضی

۱. ادله قانونی بخصوص امارات قضائی

۲. اموری که از طرف مقنن، جزء ادله نیامده ولی برای قاضی یقین‌آور است. این علم ممکن است در نتیجه تجربیات و مطالعه جامعه‌شناسی و یا یک سلسله نتیجه‌گیری‌ها، برای قاضی حاصل شده باشد و یا از طریق مطالعه پرونده و توضیحاتی که از طرفین داده و دلایلی که ابراز کرده‌اند حاصل شده باشد. (عظیمی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۳۷).

البته قاضی نمی‌تواند بعد از ختم دادرسی بدون مقدمه متهمی را صرفاً به لحاظ اینکه علم به بی‌گناهی او دارد، بدون قید مبانی علم، تبرئه کند، یا در مقام محکومیت بگوید با توجه به علمی که حاصل شده به هیچ‌یک از دلایل، رسیدگی نمی‌نماید و متهم را به حبس و جزای نقدی محکوم می‌نماید. مع الوصف بر اساس علم خود وقتی می‌تواند حکم صادر کند که بتواند موجباتی که برای او علم حاصل شده در پرونده قید نماید و رأی خود را موجه نشان دهد. (عظیمی، ۱۳۸۸، ج ۲: ۳۷) تا قابل بررسی و کنترل از جانب مراجع تجدیدنظر باشد و موجب ایجاد حالت دلخواهی و خودرأی در امر قضاوت نشود.

در این مورد ماده ۱۰۵ ق.م.ا می‌گوید: «حاکم شرع می‌تواند در حق الله و حق الناس به علم خود عمل کند و حد الهی را جاری نماید و لازم است مستند علم را ذکر کند.»

۵. ویژگی‌های علم قاضی

۱. متعارف بودن طرق تحصیل علم: علمی معتبر است که از راه‌های متعارف و معمول فراهم آمده باشد نه از راه‌های غیرعادی مانند مکاشفه و الهام یا علوم غریبه

نظیر جفر، رمل، خواب مصنوعی، هیپنوتیزم، سحر جادو و...؛ یعنی علم قاضی باید از طریق به دست آمده باشد که مردم نوعاً از آن طریق، تحصیل علم می‌کنند و به آن ترتیب اثر می‌دهند. به هر حال اگر علم به طریق متعارف برای قاضی حاصل شود، موجبی برای نقض حکم صادره در مراحل بالاتر وجود ندارد و چنانچه حصول علم به نحو متعارف نباشد، حکم صادره قابل نقض در محاکم بعدی خواهد بود.

۲. ضرورت ذکر منشأ پیدایش علم در رأی: دومین شرط بسیار مهم برای امکان تمسک قاضی به علم خود این است که باید مستند علم خود را ذکر کند. ماده ۱۰۵ ق.م.ا نیز برای امکان تمسک قاضی قطعیه علم آور هستند. این قرائن ممکن است در قالب نظریه کارشناس، تسامح و استفاضه مفید علم (که از ناحیه انجام تحقیقات محلی یا معاینه محل به دست می‌آید)، اخبار عادل واحد (در مواردی که تعدد شهود لازم است) اقرار به کمتر از حد مقرر، اقرار در نزد قاضی تحقیق و در مراحل تحقیقات مقدماتی باشند. اگرچه در ماده ۱۰۵ ق.م.ا که اعتبار علم قاضی را در اثبات جرائم به نحو عام پیش‌بینی کرده است، ولی تحصیل علم از طریق غیر مشروع به صراحت منع شده است، لیکن نظر به اینکه وفق صراحت ماده مزبور، قاضی باید مستند علم خود را در پرونده ذکر کند و از آنجاکه مطابق اصول و قواعد آیین دادرسی، مستند علم باید به‌طور متعارف و مشروع کسب شده باشد، توسل به ابزار نامشروع و غیرقانونی برای تحصیل علم، فاقد اعتبار و حجیت قضایی است.

در این خصوص، عدم جواز توسل به شیوه‌های نامشروع و غیرقانونی برای تحصیل اقرار، شهادت بازرسی و تفتیش مراسلات پستی، مخابراتی و صوتی و تصویری برای کسب خبر و کنترل تلفن اشخاص با تحصیل علم قاضی، تصریح شده است.^۱ یکی دیگر از موارد محدودیت تحصیل علم قاضی در حقوق جزای ایران و همچنان افغانستان، منع تجسس و تحصیل علم در جرائم حق‌الله محض است.^۲ در این زمینه مقرر می‌دارد: «در غیر موارد منافی عفت، دادرسان و قضات تحقیق می‌توانند اجرای تفتیش یا تحقیق از شهود و مطلعین یا جمع‌آوری اطلاعات و دلایل و امارات جرم یا هر اقدام دیگر را

۱. اصل ۳۸ و ۲۵ ق.ا.ایران و ماده ۱۰۴ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۷۸ نیز می‌باشد.

۲. ماده ۴۳ ق.آ.ک مصوب سال ۱۳۷۸.

که برای کشف جرم لازم بدانند با تعلیمات لازم به ضابطین ارجاع کنند، این اقدامات ارزش اماره قضایی دارد.

تبصره: تحقیق در جرائم منافی عفت ممنوع است مگر در مواردی که جرم مشهود باشد یا دارای شاکی خصوصی بوده که مورد اخیر توسط قاضی دادگاه انجام می‌گیرد. از مفاد مواد مزبور و تبصره آن می‌توان استنباط کرد که راه‌های اثبات جرائم منافی عفت فاقد شاکی خصوصی در غیر موارد جرائم مشهود که موجب خدشه به نظم عمومی است، صرفاً اقرار و بینه با لحاظ تعداد و شرایط و خصوصیات مقرر امکان‌پذیر است و علم قاضی نمی‌تواند موجب اثبات جرم باشد.

۳. وجود مستند منشأ علم در پرونده: باید منشأ علم قاضی در پرونده وجود داشته باشد و علم مزبور باید مستند به دلایل و قرائن و شواهد باشد و متعاقب استماع اظهارات و مدافعات طرفین دعوی و دفاع در جلسات تحقیق و محاکمه تحصیل شود. بدین ترتیب در حقوق جزای، علم ناشی از رؤیت یا استماع واقعه مجرمانه یا علم شخصی حسی قاضی در خارج از محکمه فاقد اعتبار و حجیت قضایی است؛ بنابراین علم قاضی بایستی در اثر مطالعه پرونده و اوضاع و احوال و قرائن موجود در پرونده حاصل شود. اگر قاضی خود را بی‌نیاز از بیان مستندات منشأ علم خود دیده به علم خود عمل کند، به‌خصوص در موارد علنی نبودن دادرسی، خود را در مظان اتهام و بی‌عدالتی قرار خواهد داد (خرسندیان، ۱۳۸۳: ش ۲).

از این جهت فقهای شافعی برای قاضی‌ای که به علم خویش حکم را صادر می‌کند شرایط سه‌گانه ذیل را بیان کرده‌اند.

۱. قاضی باید مجتهد باشد و اگر قاضی ضروری (غیر مجتهد) باشد باید که مستند حکم خویش را (در پرونده) ذکر نماید و اگر استناد خویش را ذکر نکرد فلا یعمل بقضایه.

۲. حکم قاضی در غیر عقوبت الله تعالی باشد.

۳. بینه (شهود) به خلاف علم قاضی نباشد. (عطوه، بی‌تا: ۲۹، رملی، ۱۴۰۴، ج ۸: ۲۵۹ و ۲۶۰ و شرفاوی، ۱۲۳۴ ق، ج ۲: ۴۹۵).

۶. حجیت علم قاضی از منظر فقهی

(الف) فقه امامیه: با بررسی آثار مکتوب فقهایی قدیم و معاصر شیعه دریافت می‌شود که میان آن‌ها مشهور است که امام معصوم می‌تواند به استناد علم شخصی خود حکم کند چنانچه محقق حلی می‌فرماید: الامام یقضی بعلمه مطلقاً و غیره من القضاء یقضی بعلمه فی حقوق الناس و فی حقوق الله تعالی علی القولین اصحهما القضاء و يجوز ان یحکم فی ذالک کله من غیر حضور شاهد یشهد الحکم؛ و حتی در مورد حق قضاوت امام معصوم برخی به اجماع قائل شده‌اند و از این جهت صاحب جواهر آن را مطلقاً بدون مخالفت معتدبه دانسته‌اند و حتی شیخ انصاری آن را بالای امام واجب دانسته چنانچه می‌گوید: لاینبغی الاشکال فی ان الامام بل علیه... و از این جهت صاحب جواهر اجماع را به همین منابع نسبت داده است. (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۶؛ خامنه‌ای، ۱۳۸۲: ۶) ولی نسبت به قاضی غیر معصوم، اختلاف نظر است که در این زمینه پنج نظریه ذیل از نزد ایشان ارائه شده:

بعضی مطلقاً قائل به جواز عمل به علم شده‌اند و معتقدند که قاضی غیر معصوم نیز مانند امام معصوم در همه دعاوی و جرائم، اعم از حق‌الله مانند شرب خمر، زنا و حق‌الناس نظیر قصاص می‌تواند به استناد علم خویش قضاوت کند.

بعضی دیگر معتقدند که قاضی مطلقاً نمی‌تواند مطابق علم خود قضاوت کند و تنها طریق اثبات دعوا، اقرار، بینه و سوگند است.

گروهی دیگر بین حق‌الله و حق‌الناس تفصیل قائل شده‌اند و معتقدند که علم قاضی در حق‌الله حجت است نه در حق‌الناس.

نظر گروهی دیگر نیز تفصیل است ولی عکس نظر پیشین: «قاضی می‌تواند در حق‌الناس به علم خود استناد کند نه در حق‌الله» و این قول ابن ادریس است.

برخی دیگر، بین حدود و غیر حدود فرق گذاشته‌اند و در حدود استناد قاضی به علم شخص خود را جایز نمی‌دانند.

نظر مشهور بین فقهای امامیه حتی ادعایی اجماع از نظر اول است یعنی علم قاضی چه در حق‌الله و چه در حق‌الناس اعم از امور کیفری و امور مدنی حجیت دارد و

فقه‌های معاصر نیز به تبعیت از مشهور فقهای امامیه در ذیل کتاب قضا تحریرالوسیله خویش می‌فرمایند: «يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه من دون بينة أو اقرار أو حلف في حقوق الناس و كذا في حقوق الله تعالى، بل لا يجوز له الحكم بالبينة اذا كانت مخالفة لعلمه أو خلاف من يكون كاذبا في نظره، نعم يجوز له عدم التصدي للقضاء في هذه الصورة مع عدم التعين عليه.» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، مسئله ۸: ۱۰۱)

ب) فقه اهل السنه و الجماعة: در اینجا دو موضوع قابل بحث است، یکی آنکه حکم قاضی به خلاف علمش باشد مثل کسی شهادت به زوجیت بین دو نفر بدهد و علم قاضی بر محرمیتش باشد مثلاً به رضاع و یا طلاق باین در این صورت رأی قاضی جایز نیست که خلاف علم خویش حکم را به اساس شهادت شهود صادر نماید، زیرا حکمش به بطلان و حرام خواهد بود و به این قول امام نووی دعوی اجماع کرده است اگرچه ماوردی می‌گوید که حکم را به اساس شهود صادر نماید پس معلوم گردید که قول جمهور علماء است نه اجماع؛ و بعضی از شوافع گفته‌اند که منتظر باشد زیرا معارضه بین علم قاضی و شهود که ظاهراً عدول‌اند واقع شده تا فسق ایشان ظاهر شود مثلاً و یا پرونده را به قاضی دیگری محول نماید. (یعمری مالکی، ۲۰۱۱، ج ۴: ۳۹۸؛ شرقاوی، ۱۲۳۴، ج ۲: ۴۹۵ و رأفت عثمان، ۱۴۱۵، ج ۱: ۵۰۱) دوم اینکه علمش با قضیه باشد و موافق آن حکم صادر نماید، در این صورت سه نظریه ذیل مطرح شده است:

۱. در رأی امام ابوحنیفه (رح) اگر موضوع در حد خالص برای خداوند متعال باشد مانند حد زنا، شرب خمر و حد سرقت، قاضی مجاز به استفاده از علم خود نیست اما اگر موضوع ناظر به حق الناس باشد مانند حد قذف یا اموال و عقود که مقصود از آن‌ها مال است یا در غیر اموال همچون نکاح و طلاق و دیات، قاضی می‌تواند به علم خود حکم کند. اگر شخصی پیش از تصدی امر قضا، عالم به حادثه باشد، یا بعد از تصدی به امر قضاوت در محلی غیر از حوزه قضایی خود نسبت به موضوعی علم و آگاهی یابد، یا در محلی قاضی بوده و به موضوعی نیز عالم باشد و سپس عزل شود و پس از مدتی مجدداً ابلاغ قضایی دریافت کند حکم نمی‌تواند البته اگر علم در زمان

ولایتش و یا در محل آن ولایت حاصل نماید باز حکم کرده می‌تواند.

۲. در فقه مالکی، قاضی به علمش قضاوت می‌کند و این دیدگاه ابو ثور، ابو یوسف و یک روایت از امام احمد و قول راجح از امام شافعی است اما مذهب شافعی به اساس هردو قول این است که قاضی در غیر حدود می‌تواند حکم صادر نماید اما در حدود قاضی حق صدور حکم را ندارد و در جرح و تعدیل نیز مطابق علم خود اقدام می‌کند اما در آنچه به آن اقرار شده است، قاضی نمی‌تواند به علم خود عمل کند قاضی به علم خود در جرح و تعدیل اعتماد می‌کند ولی به علم خود در شیء از اشیایی که اقرار نسبت به آن شده، حکم نخواهد کرد. باین وجود، در حدود و تعزیرات مانند حد زنا یا محاربه یا سرقت یا شرب خمر به واسطه سقوط آن‌ها به جهت شبهه و همچنین به سبب مستحب بودن استتار و پوشاندن آن نمی‌توان به علم خود قضاوت کرد اما در حقوق الناس منعی در قضاوت به علم نیست اعم از امور مالی یا حد قذف و در جرح و تعدیل نیز بلا اشکال است.

۳. مذهب حنبلی نیز قاضی نمی‌تواند مطلقاً به علم خود قضاوت کند مگر در جرح و تعدیل؛ اختلافی در این نیست که قاضی مجاز است به واسطه اقرار و شهادت در دادگاه حکم صادر کند و هنگامی که بشنود با دو شاهد نیز می‌تواند به علم خود عمل کند زیرا از موضع تهمت خارج است یا منتفی است اما حکم به علم در غیر آنچه شنیده یا دیده است قبل از تصدی قضاوت یا بعد از آن، جایز نیست. چنانچه گفته‌اند: لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه لا في الحدود ولا في غيرها، لا فيما علمه قبل توليته القضاء ولا بعده وهذا ما يراه شريح و الشعبي و مالك و أكثر أصحابه و إسحاق بن راهويه و أبو عبيد و هو قول للشافعي يعد غير قوي عند الشافعية و هذا الرأي أيضاً ظاهر المذهب في فقه الحنابلة. (يعمری مالکی، ۲۰۱۱، ج ۱: ۵۰۲-۵۰۳؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۱۱: ۴۰۰ و ابن مودود موصلی، ۱۳۵۶، ج ۲: ۱۲۱)

نقد و بررسی ادله را در دو گروه (که قائل به حجیت علم قاضی و مخالف آن است) ذیلاً

بررسی می‌کنیم:

۷. بررسی ادله عدم اعتبار و عدم حجیت علم قضای

از برخی روایات چنین استفاده می‌شود که راه اثبات قضای را بر بینه و سوگند منحصر دانسته‌اند که عمده‌ترین آن روایات قرار ذیل‌اند:

۱. هشام بن حکم از امام صادق (ع) نقل کرده است که فرمود: قال رسول الله (ص): «انما اقضى بينكم بالبينات والايمان وبعضكم الحن بحجته من بعض فايما رجل قطعت له من مال اخيه شيئا فانما قطعت له به قطعه من النار.» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۷۰) و یا ما روی عن أم سلمة أن النبي (صلى الله عليه و سلم) قال: «إنما أنا بشر و إنكم تختصمون إلي و لعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى به نحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعه من النار.» (شوکانی، ۱۹۳۸، ج ۹: ۱۸۵) و همچنان رسول الله (ص) می‌فرماید: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضُكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْءٍ فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ.» (سجستانی، بی‌تا، ج ۳: ۳۲۸) من طبق شواهد و سوگند میانتان داوری می‌کنم، زبان استدلال برخی از شما نسبت به بعضی دیگر، قوی‌تر (ألحن ای ابلغ، افصح، ابطن و اظهرتر) است پس اگر من بر اساس استدلال کسی، بخشی از اموال برادر مسلمانش را به او بدهم (ولی درواقع حق وی نباشد) همانا با این حکم، قطعه‌ای از آتش برایش فراهم کرده‌ام.

در تفسیر عسکری از حضرت علی (رض) نقل کرده است: کان رسول الله (ص) يحكم بين الناس بالبينات والايمان في الدعاوى، فكثرت المطالبات والمظالم فقال: ايها الناس انما انا بشر وانتم تختصمون و لعل بعضكم الحن بحجته من بعض و انما اقضى على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له من حق اخيه به شيء فلا يأخذ به فانما اقطع له قطعه من النار. (حر عاملی ۲۷: ۲۳۳، کلینی، ج ۷: ۱۵، عسکری، ۱۴۰۹: ۶۷۳ و ۳۷۶ حر عاملی، ج ۱۸: ۱۶۹) ولی این روایت از نظر سند اعتباری ندارد و گفته‌اند این

۱. ألحن أي: أفطن بها و يجوز أن يكون معناه أفصح تعبيراً عنها و أظهر احتجاجاً حتى يخيّل أنه محق و هو في الحقيقة مبطل، قال الشوكاني: و الأظهر أن معناه أبلغ كما وقع في رواية الصحيحين أي: أحسن إيراداً للكلام.

روایات به مقتضای مفهوم حصر، حجیت قضایی علم شخصی قاضی را، نفی می‌کند. این استدلال از چندراه، مورد مناقشه قرار گرفته است:

ذکرشی نفی ماعدا نمی‌کند و دلالت بر حصر منافاتی ندارد.

از ناحیه اقرار و یا شهادت یک شاهد و سوگند مدعی، مطلب قابل نقض است، چون این دو خصوصیت در روایت ذکر نشده‌اند، باوجوداینکه هیچ اشکالی در این نیست که در امر قضاوت به یک شاهد و سوگند، استناد شود، هر پاسخی که در مورد این دو داده شود، عیناً همان پاسخ از سندیت علم هم خواهد بود.

۲. معتبره داود بن فرقد است که گفت: «سمعت ابا عبد الله، ان اصحاب رسول الله (ص) قالوا لسعد بن عبادہ ارایت لو وجدت علی بطن امراتک رجلاً ما کنت صانعاً به؟ قال: کنت اضربه بالسيف، قال: فخرج رسول الله (ص) فقال، ماذا یا سعد؟ فقال سعد: قالوا: لو وجدت علی بطن امراتک رجلاً ما کنت صانعاً (تصنع) به؟ فقلت اضربه بالسيف، فقال یا سعد: فکیف بالاربعة الشهود؟ فقال: یا رسول الله بعد رأی عینی و علم اللہان (انه) قد فعل؟ قال: ای والله بعد رأی عینک و علم اللہان (انه) قد فعل، ان (لان) الله جعل لكل شیء حداً و جعل لمن تعدی ذلک الحد حداً»^۱ (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۳، عاملی، ۱۳۹۶، ج ۲۸: ۱۴ و ۱۷ و کلینی، ۱۳۹۳، ج ۷: ۱۷۴)

از امام صادق شنیدم که فرمود: اصحاب رسول خدا (ص) به سعد بن عبادہ گفتند: اگر مردی را در حال زنا با همسرت ببینی چه خواهی کرد؟ وی گفت: او را با شمشیر به قتل می‌رسانم، حضرت فرمود: رسول خدا (ص) از آنجا عبور کرد و فرمود ای سعد چه شده است؟ سعد عرض کرد: به من گفتند: اگر مردی را در حال زنا با همسرت ببینی چه خواهی کرد؟ و من پاسخ دادم: او را با شمشیر می‌کشم، حضرت فرمود: ای سعد، پس چهار شاهد برای چیست؟ عرض کرد: ای رسول خدا (ص) بعد از این که به چشم خود دیدم و خدا هم می‌داند که او آن عمل را انجام داده است (بازهم نیازی به شاهد هست؟) حضرت فرمود: آری به خدا سوگند باینکه به چشم خود دیدی و

۱. این روایات را دکتر احمد ده آبادی در قواعد فقه جزایی در ص ۲۹۸ ذکر کرده، نقد بر آن: این روایات مبهم و مجمل است. جواب: نه خیر زیرا مراد از کل شیء می‌تواند هر چیزی باشد که قانون بردار باشد.

خدا هم می‌داند که او آن عمل را انجام داده است. خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و هرکسی که از آن حد تجاوز کند، نیز حدی مقرر داشته است.

مورد دلالت حدیث، هرچند علم شوهر است نه علم قاضی ولی این روایت وجود چهار شاهد را ملاک ثبوت زنا قرار داده است، نه ملاک آنکه شوهر بتواند بر کسی که با همسرش زنا کرده است حد جاری کند؛ بنابراین مقتضای روایت این است که عمل زنا جز با شهادت چهار شاهد ثابت نمی‌شود و در این مسئله، شوهر و قاضی یکسان هستند؛ و اینکه، نه علم شوهر و دیدن او و نه علم خدا به فعل زنا و نه هیچ چیز دیگری، در اثبات زنا اثری ندارند، بلکه تنها راه ثبوت زنا، وجود چهار شاهد است، مؤید این دلالت، تعبیری است که در نقل روایت برقی از علی بن حسن رباط آمده است که پیامبر فرمود: «یا سعد فاین الشهداء الذین قال الله...؟» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۷: ۴۳) این مطلب به آیه کریمه‌ای اشاره دارد که در اثبات زنا نزد حاکم، وارد شده است، چنان‌که ذیل روایتی که ابن رباط آن را نقل کرده، شاهد بر این معناست آنجا که فرمود: «خداوند گناهی را که کمتر از چهار شاهد بر آن گواهی دهند بر مردم پوشیده گردانده است». حاصل آنکه: ظهور روایت در این است که راه ثبوت زنا، شهود چهارگانه است و غیر از آن و کمتر از آن تعداد، در ثبوت زنا اعتباری ندارد و این اطلاق شامل علم قاضی هم می‌شود.

۳- روایت ابن عباس (رض) که گفت: «ان رسول الله حین لاعن بین العجلانی و امراته قال: کانت حبلی فقال: و الله ما قربتها منذ عفرنا^۱ قال: و کان زوجها خمس الساقین و الذراعین اصهب الشعر و کان الذی رمیت به ابن السحماء قال: فولدت غلاما اسود احلی جعدا اعبل الذراعین قال: فقال ابن شداد بن الهاد لابن عباس: «اهی المرئیه آلتی قال النبی (ص) لو کنت راجما به غیر بینة لرجمتها قال: لا، تلک امرأه قد اعلنت فی الاسلام» او «کانت تظهر السوء فی الاسلام» او «کانت تظهر فی الاسلام السوء» او «کانت تظهر فی الاسلام الشر» او «کانت تظهر الشر فی الاسلام» با اختلاف نقلی. (قزوینی، ۲۰۰۶، ج ۲: ۸۵۵، فاضل نراقی، ج ۱۷: ۴۳ و طبرانی، ۱۴۰۴، ج ۱۰: ۲۹۵)

۱. العفران سقی النخل بعد ان یترک من السقی بعد الابار بشهرین.

رسول خدا میان عجلانی همسرش ملاعنه کرد، زن او باردار بود، شوهرش گفت: به خدا سوگند دو ماه بعد از تلقیح نخلها و قطع آبیاری آنها من با این زن نزدیکی نکرده‌ام، راوی گفت: شوهر این زن اندامی لاغر و موهایی پور داشت و شخص مورد تهمت ابن سحماء بود، راوی گفت: آن زن پسری سیاه چهره با موهای پیچیده و مجعد و بازوی قوی آورد، ابن شداد بن هاد به ابن عباس (رض) گفت: «آیا این همان زنی است که پیامبر فرمود: اگر قرار بود کسی را بدون بینه سنگسار کنم این زن را سنگسار می‌نمودم وی گفت: نه او زنی بود که در اسلام علناً کار ناپسند انجام می‌داد. با عبارات مختلف نقل شده.

این روایت سندیت علم قاضی را در سنگسار کردن، نفی می‌کند، زیرا آنچه از ظاهر عبارت «تظهر السوء او الشر فی الاسلام» برمی‌آید این است که آن زن، آشکارا ارتکاب خود بدان عمل را، اعلان می‌داشته است که معمولاً از گفته او علم حاصل می‌شده که وی مرتکب عمل زنا شده است، ولی باین همه رسول خدا (ص) بدون بینه و شاهد، از سنگسار کردن وی خودداری فرمود، چنان‌که مقتضای مفهوم «لو» امتناعیه این است.

۴. ما روی عن ابي بكر الصديق (رض) أنه قال: لو رأيت حدا علی رجل لم أحد حتى تقوم البینه. (شوکانی، ۱۹۳۸، ج ۹: ۱۹۸)

۵. عن الزهري عن عبيدالله، عن ابن عباس (رض) قال: قال عمر: لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل: لا نجد الرجم فی کتاب الله فیضلوا بترك فريضة أنزلها الله، ألا وإن الرجم حق علی من زنى وقد أحصن، إذا قامت البینه أو كان الحمل أو الاعتراف. (شوکانی، ج ۹: ۱۹۸، ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۱۱: ۴۰۰-۴۰۲)

۶. روایت حمزه بن ابی حمزه است از پدرش از جدش که گفت: امیرالمؤمنین (ع) فرمود: «احکام المسلمین (جميع احکام المسلمین) علی ثلاثه، شهاده عادلۀ او یمین قاطعۀ او سنۀ ماضیۀ من ائمه الهدی علیهم السلام او سنۀ جاریۀ مع ائمه الهدی.» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۹۰) تمام احکام مسلمانان سه دسته‌اند: گواهی عادلانه، یا سوگندی قاطع و یا شیوه‌ای عملی از ائمه (علیهم السلام).

این روایت بآنکه در کافی و تهذیب و خصال آمده است، از نظر سند ضعیف است.

چون در سلسله سند آن ابی جمیل کذاب (مفضل بن صالح)، وجود دارد هم چنین تمام رجال سند بعد از ابی جمیل ناشناخته‌اند و وجود بزنی در سند نیز، سودی ندارد، زیرا بودن بزنی در سند برای توثیق کسی مفید است که مستقیماً از او نقل کرده باشد نه با واسطه.

۷. روایاتی که شهادت به زنا را تا زمانی که شهادت چهارگانه کامل نگردد جایز نمرده‌اند و آن را قذف و موجب حد می‌دانند. در معتبره محمد بن قیس از امام باقر آمده است که امیرالمؤمنین (ع) فرمودند: لایجلد رجل ولا امرأة حتی یشهد علیهما اربعة شهود علی الایلاج و الاخراج و قال: لا اکون اول الشهود الاربعة اخشی الروعة ان ینکل بعضهم فاجلد. (حر عاملی، بی‌تا، ج ۲۷: ۴۰۹)

روایت سکونی از امام صادق از پدرش از علی بن ابی طالب درباره سه نفر که شهادت به زنا مردی دادند، نقل شده که حضرت فرمود: «این الرابع؟ قالوا: الان یجیء، فقال حدوهم فلیس فی الحدود نظر ساعة.» (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۴۹) چهارمین شاهد کجاست؟ گفتند: هم‌اکنون می‌آید، امام فرمود: این سه نفر را حد بزنید زیرا در حد نمی‌توان درنگ کرد.

و روایت عباد بصری که گفت از امام باقر درباره سه نفر که به زنا شخصی شهادت دادند و گفتند هم‌اکنون چهارمی را می‌آوریم، سؤال کردم، حضرت فرمود: باید هر یک از این سه نفر هشتاد تازیانه حد قذف زده شود.

اطلاق این روایات دلالت دارد تا زمانی که چهار شاهد موجود نباشد، شهادت دادن و کسی را به زنا متهم کردن حرام است، حتی اگر از ناحیه قاضی باشد. مقتضای عموم آیه حد قذف و ملاعنه و آیات افک در سوره مبارکه نور نیز همین است، زیرا از ظاهر آن‌ها به خوبی روشن می‌شود که وجود چهار شاهد، موضوعیت دارد.

ادعای آنان که این ادله از قاضی در مقام قضاوت و اجرای حدود الهی، انصراف دارند، پذیرفتنی نیست، زیرا هیچ سبب برای این انصراف وجود ندارد، روایات تصریح دارند به عام بودن این حکم (جایز نبودن شهادت بدون وجود چهار شاهد) برای مقام مرافعه و داوری، با در نظر گرفتن شهود؛ و قاضی نیز از این لحاظ همانند شهود است

و تفاوتی میان شهود عادل و قاضی وجود ندارد. علاوه بر این در لسان روایات، شدت و تأکید به روشنی پیداست و حکمت این حکم بلکه علت آن این است که خداوند اراده فرموده بر گناهان پوشش بگذارد و گناهی که کمتر از چهار شاهد بر آن باشد، بر مسلمانان پوشیده بماند، و نیز لسان روایات گویای آن است که وجود چهار گواه، موضوعیت دارد و روشن است که در این نکته تفاوتی میان قاضی و غیر قاضی نیست.

۸. روایتی کلینی از علی بن ابراهیم از محمد بن عیسی از یونس است که گفت: «استخراج الحقوق باربعه وجوه، شهادة رجلین عدلین، فان لم یکونا رجلین عدلین فرجل و امراتان، فان لم تکن امراتان فرجل و یمین المدعی، فان لم یکن شاهد، فالیمین علی المدعی علیه فان لم یحلف ورد الیمین علی المدعی، فهو واجب علیہان یحلف و یاخذ حقه، فان ابی ان یحلف فلا شیء له.» (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸: ۱۷۶) دست‌یابی به حقوق به چهار گونه ممکن است، یکی به گواهی دادن دو مرد عادل، اگر دو مرد عادل نبودند یک مرد و دو زن و اگر دو زن و یک مرد نبودند، یک مرد و یک سوگند مدعی و اگر شاهدی وجود نداشت باید مدعی علیه سوگند یاد کند و اگر او سوگند یاد نکرد و سوگند را به مدعی برگرداند، بر او واجب است که سوگند بخورد و حق خویش را بستاند و اگر از سوگند یاد کردن خودداری کرد، چیزی به او تعلق نمی‌گیرد.

این روایت از جنبه سند، مرسل و مضمر است، هرچند کسی که آن را به صورت ارسال آورده، فردی چون یونس باشد. از جنبه دلالت نیز ظهور در حصر دارد و ادعای این که روایت از نظر به فرض علم قاضی منصرف است، مردود است. آری، این روایت از موردی منصرف است که حق بر اساس قرائن حسی قطعی روشن برای همه کس، در دادگاه اثبات می‌شود، زیرا در این مورد حق به طور عرفی به دست می‌آید و ثابت می‌شود. بلی، ثابت شدن حق از روی قرائن حسی در دادگاه، اختصاص به حقوق الناس دارد و نمی‌توان آن را به حق الله نیز سرایت داد مگر این که کسی تفصیل میان حق الله و حق الناس را نپذیرفته باشد و احتمال فقهی چنین تفصیلی را نیز ندهد.

۹. روایات متعدد بلکه فراوانی که در باب زنا وارد شده و دلالت دارد که معیار ثبوت

زنا، شهود چهارگانه است و تا زمانی که چهار شاهد گواهی ندهند، هیچ زن و مردی، سنگسار نشده و تازیانه نمی‌خورند، از قبیل صحیح حلبی از امام صادق که فرمود: حد الرجم ان یشهد اربع انهم راوه یدخل و یدخل و یخرج. (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۳)

و معتبره ابی بصیر که گفت امام صادق فرمود: لا یرجم الرجل و المرأة حتی یشهد علیهما اربعة شهداء علی الجماع و الایلاج و الاخراج کالمیل فی المکحلة. (مجلسی، بی تا، ج ۷۶: ۵۴)

۱۰. ابن جنید می‌گوید: به نظر می‌رسد که رسول خدا (ص) در ترتیب آثار اسلام، به‌ظاهر اکتفا می‌فرمود و طبق علمی که به حقایق انسان‌ها داشت، با آن‌ها رفتار نمی‌کرد، در نزاع و کشمکش‌ها نیز چنین عمل می‌نمود و فقط طبق شهادت شهود و سوگند، قضاوت می‌کرد و این خود دلیل بر این است که علم شخصی قاضی در امر قضاوت حجیت ندارد.

ضعف این وجه کاملاً روشن است و در گفته‌های متأخرین بدان پاسخ داده شده است که بین مسئله قضاوت و مسائل مربوط به ترتیب آثار اسلام، مانند طهارت، مصئونیت جان و مال و امثال آن، تفاوت وجود دارد، بنابراین در دومی (ترتیب آثار اسلام) به‌ظاهر اکتفا می‌شود، برخلاف مسئله اول (قضاوت) که در آن باید به حق و واقعیت دست یافت.

۸. بررسی ادله اعتبار و حجیت علم قاضی

۱. علاوه‌بر خصوص اثبات علم قاضی در اسلام، آیات و روایاتی وجود دارد که می‌توان به آن‌ها استناد نمود مانند وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ. (المایده: ۳۸) و آیه: الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلِيشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ. (النور: ۲)

از این دو آیه چنین استنباط می‌شود که خطاب در عبارات فاقطعوا و فاجلدوا به حکام و متصدیان امر قضاء است. حکم به قطعید و اجرای تازیانه را موقوف بر ثبوت عنوان سارق و زانی قرار داده است؛ و آن‌ها را مقید به اثبات از طریق اقرار یا بینه

نکرده بلکه تحقق عنوان سارق یا زانی و ثبوت آن نزد حاکم را ملاک قرار داده است. لذا هرگاه قاضی علم به وقوع سرقت یا زنا پیدا کند قطعاً موضوع نزد او ثابت شده و صدور حکم بر او واجب است و اگر به علم خود توجه نکند تخلف از حکم الهی کرده است و هرگاه ثابت شود که در اجرای حد سرقت و زنا، قاضی می‌تواند به علم خود عمل کند و در سایر حدود نیز با توجه به علم و قول به فصل ثابت می‌شود که علم قاضی حجت است؛ زیرا هیچ‌کس بین حدود از لحاظ اثبات فرق قائل نشده است. همچنین وقتی حجیت علم قاضی در حق‌الله که مبنی بر تخفیف است ثابت شود حجیت آن در حق‌الناس به‌طریق اولی ثابت خواهد شد. پس از این دو آیه چنین استنباط می‌گردد که علم برای قاضی حجیت است و می‌تواند آن را مستند حکم قرار دهد.

۲. آیاتی است که در آن‌ها حکم به قسط، عدل، حق و ما انزل الله الزام گردیده است. بیان استدلال اینکه هرگاه قاضی علم پیدا کرد زید مثلاً زنا کرده یا مشروب خورده است و حکم به اجرای حد زنا یا شرب خمر دهد قطعاً این حکم، حکم به‌حق و حکم بما انزل الله است.

چنانچه اگر علم پیدا کند به اینکه خانه ملک زید و یا علم پیدا کند فلان زن زوجه زید است و حکم به زوجیت او دهد قطعاً این حکم به‌حق و قسط و عدل است و برخلاف عدل، حق و ما انزل الله حکم ندهد.

برخی به آیات شریفه‌ای استناد کرده که دلالت بر لزوم حکم قاضی از حیث منطوق و مفهوم طبق آنچه خداوند نازل کرده است می‌نماید؛ و آن آیات عبارت‌اند از: إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا. (النساء: ۱۰۵) وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ. وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ. وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ... وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ سَنَ اللَّهُ يَجِبُ الْمُفْسِطِينَ. (المائدة: ۴۴، ۴۵، ۴۷، ۴۸، ۴۹)

وجه استدلال به این آیات چنین است که آن‌ها امر به صدور حکم قاضی طبق

آنچه خداوند نازل کرده است می‌کنند یعنی قضاوت قاضی بر طبق حکمی است که خداوند سبحان نازل کردند و آن حکم را بر یک موضوع واقعی وضع کردند پس اگر نزد قاضی موضوعی ثابت شود و نسبت به آن به‌عنوان موضوعی که حکمی کلی از طرف خداوند بر آن وضع شده است علم پیدا کند ولی حکم را طبق آنچه خداوند نازل کرده است صادر نکند مطابق تعبیر آیات پیش گفته، فاسق، ظالم و کافر خواهد بود.

اما تمسک به آیاتی که حکم به عدل، حق و قسط، دلالت دارند، مانند یا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ به الحقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ. (سوره ص: ۲۶) إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا. (النساء: ۵۸)

امتیاز که این آیات بر آیات گذشته دارند این است که در موضوع این آیات، حکم به‌حق و عدل وارد شده است، گفته می‌شود: ظاهر این آیات حاکی از این است که مقصود، حکم به‌حق و واقع مورد نزاع است.

بناء، خود این دلیلی بر آن است که موضوع جواز قضاوت و صدور حکم، همان واقع است و علم قاضی برای دستیابی به‌واقع فقط طریقت دارد. ولی می‌تواند در این استدلال مناقشه کرد، به این‌که گاهی مقصود از کلماتی چون حق و عدل، حق و عدل طبق موازین داوری و قضاوت است، نه حق و عدل مطابق با واقع و این‌که علم قاضی از موازین قضاوت نباشد، خود اول بحث است.

این اشکال قابل دفع است، چراکه حمل کلمه حق و عدل به‌ویژه کلمه حق بر حق و عدل در معیارهای قضایی قطعاً خلاف ظاهر است، زیرا مقابل عدل، ظلم و مقابل حق، پایمال کردن حق کرده و کسی که طبق معیارهای قضاوت و موازین داوری حکم نکند، مثلاً سوگندی را در غیر مورد خود پذیرفته و یا به یک شاهد اکتفا کند، نمی‌تواند مصداق کسی باشد که به ظلم و ستم و غیر حق، حکم کرده است، بلکه با قانون قضاوت و داوری و کیفیت آن، مخالفت ورزیده است.

از همین جاست که میان عنوان حکم به دستورات الهی و شرع او و میان عنوان حکم به عدل و حق، تفاوت قائل هستیم، چه اینکه حق و عدل، ظهور در این دارد که آنچه بدان، قضاوت می‌شود، حق و عدل باشد، نه این که کیفیت داوری آن حتماً باید طبق معیارهای قضایی باشد که در حکم الهی و شرع آمده است. به سخن دیگر، این معنا، یعنی عدل و حق در معیارهای قضایی، حق و عدل نسبی‌اند که باید آن‌ها را نسبت به معیارهای شرعی قضاوت سنجید و این خود معنای دیگری است زائد بر معنای لفظی حق و عدل که نیاز به قرینه دارد، والا از ظاهر لفظ، استفاده می‌شود که مقصود، حق و عدل به معنای مطلق، یعنی حق و عدل به حسب واقع مورد نزاع است.

۳. حدیث هند زوج ابی سفیان، لما قالت لرسول الله (ص): إن أبا سفیان رجل شحیح لا یعطینی من النفقة ما یکفینی و ولدی، قال لها صلی الله علیه و سلم: «خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف.» (قشیری نیشابور، ۱۳۳۸، ج ۳: حدیث ۱۷۱۴، بخاری، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۴)

۴- در کتاب وسایل الشیعه روایتی به این مضمون آمده است که بعضی از انبیاء گذشته از قضاوت بین مردم شانه خالی می‌کردند و عذر می‌آوردند که چگونه حکم کنیم؟ درحالی که از کیفیت قضیه و موضوع بی‌اطلاع هستیم و علم به آن نداریم خداوند به آن‌ها می‌فرماید: با استناد شهادت و بینة و اگر نبود به قسم دادن طرف مقابل قضاوت کنید. (الوسایل، بی‌تا، ج ۱۸: ۱۶۷)

از این روایت استفاده می‌شود که قضاوت بر اساس علم و صحت آن نزد پیامبران امری مفروغ عنه بوده است و اگر علم و اطلاعی وجود نداشته و چون موارد علم و اطلاع غالباً نادر و کم اتفاق می‌افتد و در اکثر مواردی که محل ابتلا برای قضاوت آن‌ها بوده علم به قضیه نداشته‌اند، لذا با نگرانی سؤال می‌کرده‌اند که چگونه قضاوت کنیم؟ که تعبیر این است (کیف اقضی بما لم تر عینی و لم تسمع اذنی) مستفاد از این عبارت این است که اگر دیده بودم یا شنیده بودم که جای سؤال نبود و قضاوت می‌کردم؛ اما با توجه به اینکه به چشم ندیده و به گوش نشنیده‌ام، یعنی علم ندارم چگونه قضاوت کنم؟ خداوند می‌فرماید: با بینة و قسم قضاوت را تمام کنید که این

ظهور دارد بر اینکه استناد به بینه و قسم در صورت فقدان علم برای قاضی است و وقتی که علم وجود داشته باشد جایی برای تمسک به بینه و قسم نیست.

با روشن شدن مورد و معنی این روایات، مفاد روایاتی که در آن‌ها طریق قضاوت به بینه و یمین منحصر گردیده روشن خواهد شد. از جمله آن روایتی است از پیغمبر (ص) که فرمودند: انما اقضی بینکم بالبینات والایمان و بعضی به ظاهر حدیث تمسک نموده و از روایت چنین استظهار می‌کنند که کیفیت قضاوت منحصر به همین دو طریق است و علم قاضی خارج از این دو طریق است پس حجیت ندارد. لیکن می‌گوییم:

- پیغمبر در مقام بیان کیفیت قضاوت در صورتی است که علم برای قاضی وجود نداشته باشد چون مواردی که قاضی علم به موضوع داشته باشد نادرست است و اغلب موارد که نزد قاضی مطرح می‌شود و قاضی اطلاعی از آن‌ها ندارد، ذکر از علم به میان نیاورده و می‌فرماید: اقضی بینکم بالبینات والایمان یعنی در موارد عام چنین قضاوت می‌کنم به قرینه همان روایت سابق.

- کلمه انما برای حصر حقیقی است اما درجایی که قرینه در کار باشد حمل به حصر اضافی می‌شود و اینجا قرینه قطعی داریم که مراد صورت غیر حصول علم است؛ زیرا درجایی که علم باشد که طریق قطعی است جعل طریق ظنی در مقابل آن معقول نیست.

۶. تمسک به مرفوعه برقی از امام صادق که فرمود: «القضاء اربعة، ثلاثة فی النار و واحد فی الجنة، رجل قضی به جور و هو یعلم فهو فی النار و رجل قضی به جور و هو لا یعلم فهو فی النار و رجل قضی به الحق و هو لا یعلم فهو فی الجنة». (کلینی، ۱۳۹۳، ج ۷: ۵۷۷)

قاضیان چهار دسته‌اند، سه دسته آن‌ها سزاوار دوزخ و یک دسته بهشتی‌اند، کسی که آگاهانه، به جور و ستم حکم کند، در آتش است، کسی که به جور و ستم حکم کرده و خود نمی‌داند او هم در آتش است، کسی که قضاوت به حق کند ولی خود نداند او نیز در آتش دوزخ بوده و کسی که آگاهانه به حق داوری کند در بهشت جای دارد.

تقریب استدلال: ظاهر کلمه «حق» در قضاوت بر حق، همان واقع مورد نزاع و حق فی ذاته است نه حق به حسب موازین قضایی به‌ویژه با فرموده او که: «قضی به الحق و هو لایعلم». نهایت امر این است که چون حرمت، در این صورت از باب تجری نبوده بلکه از باب معصیت است، چنانکه ظاهر حدیث حاکی از این است. از این نکته استفاده می‌شود که موضوع جواز قضاوت، «حق» و «واقع» است مشروط به این که بدان‌ها علم حاصل شده و احراز شوند و نیز به دست می‌آید که هر یک از آن دو، یک جزء از موضوع است؛ بنابراین وجهی برای تأویل ظاهر حدیث و حمل حق در آن، بر حق به حسب موازین قضایی و یا ادعای اجمال حدیث وجود ندارد. بدین ترتیب، حدیث دلالت دارد که در جواز قضاوت، علم و احراز واقع، کفایت می‌کند و شاید قدر متیقن از عبارت «قضی به الحق و هو یعلم» همان صورت علم به واقع باشد، پس روایت در جواز قضاوت قاضی به علم خود، همانند روایتی صریح است.

۷. تمسک به روایات خاصه (روایاتی که ارتباط ویژه‌ای با محل بحث دارند). از جمله روایتی که کلینی از علی بن محمد، از محمد بن احمد الحمودی، از پدرش، از یونس، از حسین بن خالد از امام صادق (رح) نقل کرده است که گفت شنیدم حضرت می‌فرمود: الواجب علی الامام اذا نظر الی رجل یزنی او یشرب الخمر ان یقیم علیه الحد ولا یحتاج ببینه مع نظره، لانه امین الله فی خلقه و اذا نظر الی رجل یسرق ان یزجره و ینهاه و یمضی و یدعه، قلت و کیف ذلک؟ قال: لان الحق اذا کان لله، فالواجب علی الامام اقامته و اذا کان للناس فهو للناس. (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۴۴)

اگر امام ملاحظه کرد کسی زنا می‌کند یا شراب می‌نوشد بر او واجب است که بر آن شخص حد جاری کند و باوجود دیدن نیازی به شاهد ندارد، زیرا امام امین خدا میان مردم است و اگر دید فردی دزدی می‌کند باید او را از آن کار نهی کند و بگذرد و ترک کند. گفتیم: چگونه؟ فرمود: زیرا اگر حق خدا باشد، بر امام واجب است آن را اقامه نماید و اگر حق مردم است، مربوط به خود مردم است.

آنچه در روایت وارد شده این است که «الواجب علی الامام اذا نظر الی رجل یزنی او یشرب الخمر ان یقیم علیه الحد» و این تعبیر به قرائنی که بعد از آن آمده، ظهور

در امام معصوم نزد اهل شیعه دارد، چون تعلیل شده که: «لانه امین الله فی خلقه» و این وصف در لسان روایات نزد ایشان از ویژگی های معصومین است، به همین دلیل مشهور فقها امامیه از این روایت، همین را فهمیده اند و روایت را دلیل بر نفوذ علم امام قرار داده اند؛ اما از ظاهر روایت چنین چیزی به نظر نمی رسد؛ زیرا این روایت از روایاتی است که بالصراحه دلالت دارد بر اینکه قاضی در حقوق الله و حقوق الناس می تواند به علم خودش عمل کند مثل زنا و یا شرب خمر می فرماید: قاضی مکلف است به استناد به علم خودش حکم دهد و اقامه حد کند بدون اینکه احتیاج به بینه داشته باشد و اما در مورد حق الناس می فرماید قضاوت باید بعد از مطالبه ذی حق باشد. معنی مطالبه ذی حق این نیست که قاضی نمی تواند به استناد علم خود قضاوت کند، بلکه مراد این است که در حق الناس قضاوت چه به استناد علم باشد یا بینه یا اقرار نیاز به مطالبه ذی حق دارد و بعد از مطالبه ذی حق قضاوت صحیح است.

۸. اقوی بودن علم قاضی بر بینه و اقرار: صاحب جواهر چنین بیان فرمودند: «علم قاضی از بینه ای که اراده کشف واقع از آن می شود قوی تر است.» ظاهر منظور صاحب جواهر این است، وقتی که بینه در مقام قضاوت و صدور حکم حجت باشد بدیهی است که اعتبار آن به جهت کاشفیت و طریقت است نه اینکه به صورت موضوعیت و وصفیت باشد. بنابراین علم قاضی به لحاظ اعتبار و حجیت سزاوارتر است زیرا کاشف بودن علم قاضی و طریقت آن به واقع قوی تر از بینه ای است که در موضوع قضاوت و صدور حکم کاشف شمرده می شود. نیز صاحب جواهر می فرماید: «قضاوت نکردن قاضی بر طبق علم شخصی مستلزم فسق او یا استنکاف از صدور حکم است که هر دوی آن جایز نیست به طور نمونه هنگامی که مردی زوجه خود را سه بار در محضر قاضی طلاق می دهد و سپس آن را انکار می کند ادعای مرد همراه با سوگند وی قبول می شود درحالی که اگر قاضی برخلاف علم خود طبق سوگند مرد، به تسلیم زوجه به مرد حکم کند فسق او ثابت می شود و در غیر این صورت استنکاف بی جهت از صدور حکم لازم می آید.»

وی باز می فرماید: «قضاوت نکردن قاضی بر طبق علم شخصی، مستلزم عدم وجوب انکار منکر و عدم وجوب اظهار حق در صورت امکان ابراز و صدور حکم بر طبق آن است درحالی که فرض اول باطل است پس فرض دوم متعین است توضیح اینکه در صورتی که قاضی علم به بطلان ادعای

یکی از دو طرف دعوی داشته باشد، اگر بازداشتن از باطل بر او واجب نباشد فرض اول یعنی عدم وجوب انکار منکر و عدم وجوب اظهار حق لازم می‌آید و در غیر این صورت مطلوب موردنظر یعنی قضاوت کردن قاضی بر طبق علم شخصی جهت اظهار حق و انکار منکر ثابت می‌شود.» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۸)

امام خمینی در تحریر الوسيله چنین می‌آورد: «برای قاضی جایز است که طبق علم خودش حکم صادر نماید، بدون اینکه نیاز به اقامه بینه و اقرار یا قسم داشته باشد. بلکه جایز نیست بر او که در حقوق انسان و همچنین در حقوق الهی بر اساس بینه حکم دهد در هنگامی که مخالف علمش هست یا سوگند کسی که در نظرش دروغ‌گو باشد. بلکه جایز است بر او نداشتن قصدی برای قضاوت در این صورت با عدم مشخص بودن و تعیین بر او به عبارت روشن‌تر یعنی در صورتی که بر او واجب عینی نباشد، پذیرش امر قضاوت بر او واجب نیست. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۳۶۷) در اینجا به نظر می‌رسد که مطلق علم قاضی موردنظر نیست.

۹. دلیل بر اعتبار علم قاضی اجماع است: اولین و مهم‌ترین دلیل قائلان به حجیت علم قاضی، ادعای اجماع برخی فقهای امامیه است از جمله: سید مرتضی چنین می‌آورد: «به درستی که امام و حکام می‌توانند به علم خود در جمیع حقوق و حدود بدون استثناء قضاوت کنند و فرقی نمی‌کند که علم قاضی در زمان قضاوتش حاصل شود یا پیش از آن.» (علم‌الهدی، ۱۳۸۰: ۲۳۷)

سید مرتضی در خصوص مخالفت ابن جنید و این انتقاد که با مخالفت او اجماع محقق نمی‌شود، بیان می‌نماید که در این مسئله اختلافی میان امامیه وجود ندارد؛ اجماع امامیه در این قضیه مقدم بر نظر ابن جنید می‌باشد و مخالفت ابن جنید به نوعی تمسک به رأی و اجتهاد است. وی به صحت ادعای خود به آیه «الزانی و الزانیة فاجلدوا کل واحد منهما مائه جلده» و «السارق و السارقه فاقطعوا أیدیهما» متوسل می‌شود، با این توضیح که آیات مذکور بر این دلالت دارند که امام یا قاضی چه قبل از قضاوت و چه بعد از آن علم و آگاهی نسبت به ارتکاب اعمال فوق از جانب شخص بیابد، واجب است که اجرای حدود نماید. به عقیده وی دو آیه مذکور بر مورد علم قاضی حمل می‌شود، نه بر مورد شهادت و

اقرار؛ چراکه هرگاه کسی اقرار به محارم فوق کند یا بر آن شهادت دهند، نمی‌توان مرتکبان را زانی و سارق دانست، بلکه اجرای حدود در این موارد به لحاظ اتباع از حکم شرع است. زناکار و سارق واقعی کسی است که اعمال مذکور را در عالم خارج متحقق کرده باشد و قاضی نیز به آن علم حاصل نماید. (علم‌الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱)

شیخ طوسی معتقد است اجرای حد با تمسک به علم قاضی در غیر از حدود خاص الهی نزد اصحاب مسلم بوده است. حتی در میان فقهای ماکسانی هستند که در حقوق الهی چنین نظری دارند و اضافه می‌نمایند که به عقیده وی اگر قاضی از خطا مصئون باشد، می‌تواند بر اساس علم خودش حکم صادر نماید. وی در کتاب النهایه می‌گوید: «هنگامی که امام کسی را در حال زنا یا شرب خمر مشاهده کند بر او واجب است که علیه آن شخص حد اقامه کند و منتظر قیام بینه یا اقرار نماند؛ البته چنین اختیاری برای غیر امام نیست و غیر امام جهت اجرای حد حتی اگر صحنه و جریان جرم را بعینه مشاهده کند، نیازمند این است که یا اقامه بینه نماید و یا فاعل اقرار کند.» وی در ادامه می‌نویسد: «اما قتل، سرقت و سایر حقوقی که مربوط به مسلمانان است اعم از حد و تعزیر را امام نمی‌تواند به محض دیدن، اقامه حد نماید؛ به جز آنکه صاحب حق مربوط، آن را درخواست نماید. بر امام فرض است که آن را اجرا نماید و چنانچه علم به وقوع بزه داشته باشد، ضرورتی ندارد. بنا بر آنچه نقل کردیم منتظر اقامه بینه و یا اقرار جرم بماند.» (طوسی، بی‌تا، ج ۲: ۲۵۷)

ابن ادریس در خصوص علم قاضی می‌گوید که حکم قاضی بر طبق علمش به‌طور مطلق در حقوق الناس جایز است، نه در حقوق الله. محقق حلی می‌گوید: «بر امام واجب است که مطلقاً در حقوق الهی و مردم بر طبق علم خودش قضاوت کند. ولی برای غیر او در عمل به علم در حقوق الناس و حقوق الله دو قول وجود دارد.» (محقق حلی، ۱۴۱۰: ۲۵۷) او در شرایع نیز چنین آورده است: «امام می‌تواند مطلقاً به علم خود قضاوت کند و غیر امام نیز می‌تواند بر اساس علم خود در حقوق الناس قضاوت کند و حکم صادر کند؛ اما در حقوق الله دو قول وجود دارد؛ قول صحیح‌تر این است که در آن دو هم بر طبق علم خود حکم کند و در تمام این موارد جایز است حکم

ندهد بدون اینکه شاهی باشد که حکم دادن او را مشاهده کند.» (محقق حلی، بی‌تا، ج ۱: ۲۷۱)

شهید اول در لمعه می‌گوید: «قاضی اگر عالم و آگاه به حق باشد به علم خود حکم می‌کند و اگر عالم به حق و واقع مورد نزاع نباشد از مدعی، بینه می‌خواهد.» و در کتاب حدود می‌آورد که: «حاکم به علم خود اقامه حد می‌کند. همچنین در حقوق مردم حد باشد یا تعزیر، فرقی نمی‌کند، جز آنکه در حقوق مردم، پس از درخواست آنان است.» (عاملی، ۱۳۹۶: ۸۰ و ۲۳۷)

محقق سبزواری در کفایه الاحکام در باب قضا می‌گوید: «امام بر طبق علم خود به‌طور مطلق حکم می‌کند و أشهر در غیر امام، جواز حکم بر طبق علم به‌طور مطلق است.» سید علی طباطبایی درباره حجیت علم غیر معصوم می‌گوید: «دو نظر عمده در این خصوص وجود دارد که أظهر و أشهر آن مثل مورد معصوم، قائل به امکان و جواز هستند، بلکه عموم فقهای متأخر موافق این نظر هستند. علاوه بر آنکه صریح انتصار و خلاف و غنیه و نهج الحق و ظاهر سرائر، دلالت بر وجود اجماع امامیه بر این مطلب دارد و این اجماع حجت و دلیل قاطع ماست.» (طباطبایی، ۱۳۹۵، ج ۱: ۴۷۹)

صاحب جواهر می‌گوید: «در میان اصحاب ما اختلافی در اینکه امام مطلقاً در حقوق الله و حقوق الناس می‌تواند بر طبق علمش حکم نماید، وجود ندارد. در انتصار و غنیه و ایضاحات و نهج الحق و غیره بر آن اجماع قائم شده است و آن حجت بلامنازع است.» وی اضافه می‌نماید: «غیر از امام، جمله قضات می‌توانند در حقوق الناس بر طبق علم خود داوری کنند و در حقوق الهی، فقها بر دو قول‌اند که اصح القولین جواز قضا و حکم طبق علم در حقوق الهی است و در انتصار و غنیه و محکی خلاف و نهج الحق و سرائر بر این مطلب اجماع شده است.» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴: ۸۶)

از مجموعه این ادله، آیات و روایات چنین استفاده می‌شود که علاوه بر اینکه حجیت برای علم ذاتی است و علم قاضی برای او حجت است مثل سایر کسانی که علم به موضوع پیدا می‌کنند، قاضی می‌تواند به استناد علم خود قضاوت کند و حکم بدهد یعنی در حقیقت علم قاضی یکی از طریق اثبات دعوی است که قاضی بر اساس

آن حکم می‌کند؛ زیرا وقتی قاضی علم پیدا کرد که زید مرتکب سرقت شده عنوان واقعی سارق را بر او منطبق می‌بیند و می‌گوید: هذا سارق و از طرفی خود را مخاطب به خطاب فاقطعوا می‌داند.

لذا خود را مأمور به فاحکم بین الناس بالحق می‌بیند و باید حکم بدهد پس اینکه بعضی از مخالفین این قول استدلال می‌کنند که حجیت علم قاضی برای او ثابت است. چون حجیت علم ذاتی است اما اینکه قاضی بتواند به استناد علم خود قضاوت کند و آن علم را مستند دعوی و طرق دعوی قرار دهد ثابت نیست و نیاز به دلیل دارد و دلیل بر این امر نداریم بلکه دلیل برخلاف آن است. می‌گویند در موردی که قاضی علم به موضوع دارد و دلیل بر اثبات دعوی مثل بینه یا اقرار نیست قاضی نباید حکم دهد بلکه استنکاف از حکم بنماید، قولی بی‌وجه و بی‌اساس و من غیر تحقیق است؛ و با دقت در آنچه گفته شد دلیل آن روشن و شبهه برطرف خواهد شد و در هر مورد می‌تواند به علم خودش عمل کند و علم قاضی می‌تواند مستند و طبق اثبات دعوی باشد، چون قاضی با علم خود موضوع و مصداق حق و عدل را تشخیص می‌دهد و به استناد آن حکم می‌کند، خواه موضوع جزایی باشد یا حقوقی؛ بنابراین علم قاضی در حقوق مدنی همانند حقوق جزایی در ابواب مختلف معاملات به معنی الاعم، در عقود و ایقاعات و در باب نکاح و طلاق و در باب وصیت، وقف و اثبات نسب و غیره جریان دارد.

۹. بررسی اعتبار علم قاضی در حقوق برخی کشورها

ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه مقرر می‌دارد: «قاضی حق دارد که رأس به هر شیوه تحقیقی که قانوناً پذیرفته شده دستور دهد.» این قاعده، بیانگر اصلی است که در سال‌های اخیر توسط بسیاری کشورها پذیرفته شده هر چند اختلافاتی چند نیز میان آن‌ها موجود است. (p. ۶۷.Dalloz)

در قانون دادرسی مدنی ایتالیا نیز مقررات مشابهی دیده می‌شود. در این زمینه مواد ۸۷۱ و ۸۷۷ بلژیک و مواد ۳۵۵ و ۳۸۲ و ۴۴۰ برزیل قابل ذکر است.

به‌طور کلی می‌توان گفت که در اکثر سیستم‌های حقوقی، قضاات از اختیارات وسیع

برای کشف حقیقت امور مطروحه برخوردار شده‌اند و این ناشی از این اندیشه است که قضات، تماشاگری منفعل نیستند بلکه وظیفه کشف حقیقت را دارند. البته این به مفهوم پذیرش جهانی این اختیارات نیست؛ چنانکه هنوز در آلمان، اسپانیا، ترکیه و ژاپن پذیرفته نشده است.

بعلاوه نباید تصور نماییم که پذیرش این قواعد، مرز میان اختیارات قضات و اختیارات طرفین دعوا را به‌طور کلی زیر رو کرده است. با قوانین جدید، قضات از حیث طرح موضوع، اقامه دلایل و دفاع جانشین طرفین دعوی نگشته‌اند. چنانکه ماده ۷ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه مقرر می‌کند که: «قضات نمی‌توانند بر مبنای اموری که در دعوی مطرح نگردیده حکم صادر نمایند. مع‌هذا قضات می‌توانند در میان اموری که طرفین مطرح می‌نمایند به مواردی متوسل شوند که طرفین دعوی آن را در دفاع از خود بکار نبرده‌اند.

حتی در قوانین کشورهای امریکای لاتین که اختیارات وسیع برای قضات قائل شده است، آنان نمی‌توانند جانشین طرفین دعوی در تحمل بار دلیل گردند، بلکه هرگاه باوجود تحقیقاتی که مورد درخواست طرفین قرار می‌گیرد، تردیدهایی در خصوص عناصر تشکیل‌دهنده دعوی یا دفاع وجود داشته باشد، قضات وارد عمل می‌شوند.» نقش تکمیلی و نه جانشینی قضات از آن‌روست که اینان از موضع ثالث بی‌طرف که به‌وسیله کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین اساسی مورد تأکید قرار گرفته است، خارج نشوند. (پیمانی، ۱۳۳۶؛ جعفر لنگرودی، ج ۴: و مهر پور، ۱۳۶۰: ش ۱۴۹ و R.Perrot, ۱۹۹۴: P۴۰۴)

نتیجه‌گیری

از مجموع این استدلالات و استظهارات همان قول مشهور ثابت می‌گردد که علم برای قاضی حجت است و می‌تواند مستند حکم قرار گیرد.

- همه فقها البته به غیر از ماوردی اجماع دارند که قاضی به خلاف علم خویش حکم را صادر کرده نمی‌تواند.

- همه فقهای امامیه به‌غیر از ابن جنید در خصوص عمل امام معصوم طبق علمش

متفق علیه هستند و اجماع دارند؛ اما در مورد غیر معصوم اعتقاد به حجیت علم قاضی مشکل است، لذا مدرک قرار دادن اجماع فقها به عنوان دلیلی روشن بر اعتبار علم قاضی مخدوش و قابل مناقشه بوده و نمی تواند حجت تام باشد. (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۸ و علم الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱)

- در خصوص حقوق الناس، ابن جنید به صراحت به عدم جو از نظر داده. (علم الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱) و طوسی در مبسوط، قول به جواز را مقید به مصونیت از خطانموده است؛ لذا می توان نتیجه گرفت که دلیل اجماع به دلیلی که شرح داده شد، مقبولیت عام ندارد و این اجماع نیز صراحت و روشنی دلالت ندارد.

- باید میان رسیدگی های مدنی و کیفری قائل به تفکیک شویم. هرچند سیر تحول رسیدگی های به سوی اعطای اختیارات وسیع به قضات است و در نظام حقوقی پیروی از دیدگاه های فقهی با حاکمیت اعتبار علم قاضی این تمایل را تقویت می کند، اما این بدان معنا نیست که قانون گذار قضات را جانشین اصحاب دعوی دانسته و قاعده منع تحصیل دلیل را به کناری نهاده باشد. مطلوب قانون گذار از یک سو خارج نمودن قضات از وضعیت یک تماشاگر صرف، پذیرش نقشی تکمیلی برای آنان و تکیه بر نظام اقتناع وجدانی است و از سوی دیگر قضات با اندیشه حفظ «اصل بی طرفی» در استفاده از اختیارات خود محتاط اند. در رسیدگی های کیفری وضع به گونه ای دیگر است و آنچه موضوعیت دارد، کشف حقیقت و علم قاضی نسبت به وقایع دعواست. قانون گذار علم ناشی از مشاهدات شخصی قاضی را به رسمیت می شناسد و رسیدگی به جرائم و صدور حکم را بر اساس دلایل فوق، وظیفه قضات می داند؛ علاوه بر آنکه در نظام حقوقی ایران حجیت نامحدود علم قاضی بنا بر نص ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی طرفداران بسیار دارد.

- علمی که برای قاضی حجت است و می تواند از راه استناد به آن قضاوت نماید علمی است که از طریق متعارف برای او حاصل شده باشد، یعنی طریقی که نوع مردم از آن طریق علم حاصل می کنند و بر طبق آن ترتیب اثر می دهند؛ اما اگر از طریق خواب دیدن یا تفأل زدن یا رمل و اسطرلاب علم حاصل گردد از طریق

متعارف محسوب نمی‌گردد. بلی اگر از راه تحقیقات علم برای وی حاصل شود می‌تواند معتبر باشد.

- قاضی که علم برای او معتبر است فرق نمی‌کند مجتهد مطلق باشد یا غیر مجتهد مأذون در قضاوت؛ زیرا ادله اعتبار علم برای قاضی اطلاق دارد و هر دو مورد را شامل می‌شود و دلیلی برای تقيید وجود ندارد.

- بالای قاضی لازم است مستند علم خود را بیان کند؛ یعنی امارات و قرائن و شواهدی را که از مجموع آن‌ها علم حاصل نموده تک‌تک آن را ذکر کند تا هم مستند او قوی و محکم و غیر قابل خدشه باشد و هم از اتهام و سوءظن مبرا باشد.

- در صورتی که قاضی به موضوعی که نزد او مطرح است علم داشته باشد و واقع امر را می‌داند چه در امر حقوقی باشد یا جزائی لکن بینه برخلاف او شهادت می‌دهند یا منکر برخلاف آنچه او عالم است قسم یاد می‌کنند یا اقرار و اعتراف برخلاف او می‌کند، در تمام این موارد قاضی موظف است به علم خود عمل کند و بینه و اقرار و قسم در مقابل علم قاضی هیچ ارزش و اعتباری ندارد و یا انتظار نماید تا عدل و فسق شهود ظاهر گردد و یا موضوع را به قاضی دیگر محول نماید که این نیز یک قول امام شافعی (رح) بوده است تا از تهمت نجات یافته و مورد سوءاستفاده قرار نگیرد.

منابع

قرآن کریم

۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد بن محمد، (۱۳۸۸ هـ ۱۹۶۸ م)، المغنی، ج ۱۱، مصر: مکتبۃ القاہرہ.
۲. ابن مودود موصلی، عبدالله بن محمود بن مودود، (۱۳۵۶ هـ ۱۹۳۷ م)، الاختیار لتعلیل المختار، ج ۲، قاہرہ و بیروت: الحلبي، دارالکتب العلمیہ.
۳. بخاری، محمد بن اسماعیل، (۱۴۰۷ ق ۱۹۸۷ م)، الجامع الصحیح، قاہرہ: دارالشعب، حدیث رقم (۲۲۱۱).
۴. بیہقی، احمد بن الحسین، (۱۳۷۶)، تاج المصادر، تہران: انتشارات پژوهشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
۵. پیمانی، ضیاءالدین، (۱۳۳۶)، دلائل قضایی در حقوق انقلابی فرانسه، تہران: نشر خرمی.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۷)، دایرہ المعارف علوم اسلامی، دانشنامہ حقوق، ج ۴، تہران: گنج دانش.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن، (بی تا) و سائل الشیعہ، ج ۳، ۱۸، ۲۷ و ۱۷، قم: موسسہ آل البیت.
۸. خامنہ ای، سید محمد، (۱۳۸۲)، علم قاضی، تہران: انتشارات تک.
۹. خرسندیان، محمدعلی، (۱۳۸۳)، «بررسی حجیت علم قاضی در فقہ و حقوق»، شیراز، مجلہ علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دورہ ۲۱، شمارہ ۲، شمارہ مسلسل ۴۱.
۱۰. رأفت عثمان، محمد، (۱۴۱۵ هـ ۱۹۹۴ م)، النظام القضائی فی الفقہ الإسلامی، ج ۱، الناشر: دار البیان الطبعة: الثانية.
۱۱. رملی، محمد بن احمد، (۱۴۰۴ ق ۱۹۸۴ م)، نہایۃ المحتاج الی شرح المنہاج، ج ۸، بیروت: دارالفکر.
۱۲. سجستانی، سلیمان بن الأشعث، (بی تا)، سنن أبی داود، ج ۳، بیروت: دار الکتاب

العربی.

۱۳. شاملو احمدی، محمدحسین، (۱۳۸۰)، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزائی، ج ۱، اصفهان: دادیار.

۱۴. شرقاوی، عبدالله بن حجازی، (۱۳۳۴ ق)، حاشیه الشرقاوی علی التحرير، ج ۲، بیروت: دار الکتب العلمیة.

۱۵. شوکانی، محمد بن علی بن محمد، (۱۹۳۸ م)، نیل الاوطار، ج ۹، مصر، اداره الطباعة المنيرة و مصطفى ألبانی الحلبي.

۱۶. طباطبائی، علی بن محمدعلی، (۱۳۹۵)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالادلة، ج ۱، قم: النشر الاسلامی، نشرالجماعة المدرسين.

۱۷. طبرانی، سلیمان بن احمد، (۱۴۰۴ ق ۱۹۸۳ م)، المعجم الكبير، ج ۱۰، قاهره: دار إحياء التراث العربی.

۱۸. طوسی، محمد بن الحسن بن علی، (بی تا)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۲، بیروت: دار الكتاب العربی.

۱۹. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۶)، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۲۰. عاملی، محمد بن مکی، (۱۳۹۶)، اللمعه الدمشقیه، تهران: انتشارات مجد.

۲۱. عاملی، شیخ حر، (۱۳۹۱)، وسایل الشیعه در مقدمات حدود، ج ۲۸، تهران: اسلامیه.

۲۲. عطوه، عبدالعال احمد، (بی تا)، محاضرات فی علم القاضی و القرائن و غیرها، سعودی: دراسات العليا، جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامیه.

۲۳. عظیمی، محمد، (۱۳۸۸)، ادله اثبات دعوا، ج ۲، تهران: انتشارات میزان.

۲۴. علم الهدی، علی بن حسین، (۱۳۸۰ ش)، الانتصار، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة.

۲۵. فاضل نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵ ق)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.

۲۶. قزوینی، محمد بن یزید، (۲۰۰۶)، سنن ابن ماجه، قاهره: دار إحياء الكتب العربيه.
۲۷. قشیری نیشابوری، مسلم بن الحجاج، (۱۳۳۸)، الجامع الصحيح، ج ۳، کتاب الأفضیة، باب قضیة هند حدیث رقم (۱۷۱۴)، بیروت: دار الجیل بیروت + دارالأفاق الجدیة.
۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۹۳)، اصول الکافی، باب اصناف القاء ج ۷، تهران: دار الكتب الإسلامية، چهارم.
۲۹. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۴)، ادله اثبات دعوا، ج ۲، تهران: نشر میزان.
۳۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، (بی تا)، بحارالانوار، ج ۷۶، بیروت: مؤسسه الوفاء.
۳۱. محقق حلی، جعفر بن الحسن بن یحیی، (۱۴۱۰)، المختصر النافع، تهران: مؤسسه البعثة.
۳۲. محقق حلی، جعفر بن محمد، (بی تا) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۱ و ۲، تهران: انتشارات استقلال.
۳۳. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد، (۱۳۸۱)، کفایه الاحکام، قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیة.
۳۴. مدنی، جلال الدین، (۱۳۷۸)، آیین دادرسی کیفری، ج ۱ و ۲، تهران: پایدار.
۳۵. المنسوب الی الامام العسکری، (۱۴۰۹)، تفسیر الامام العسکری، قم: مؤسسه الامام المهدي.
۳۶. مهر پور، حسین، (۱۳۶۰)، «قضاوت در اسلام»، تهران: نشر عرفان، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۹.
۳۷. مهر پور، حسین، (۱۳۷۳)، «سرگذشت تعزیرات»، مجله کانون وکلا، دوره دوم، ۱۴۸-۱۴۹، ۴۸.
۳۸. موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، ج ۱ و ۲، قم: دارالعلم.
۳۹. نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۹)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۰، تهران: دارالکتب الاسلامیه، سوم.

۴۰. یعمری مالکی، محمد بن فرحون، (۲۰۱۱ م)، تبصره الحکام، ج ۴، دار العالم الكتب للنشر و التوضیح.

قوانین و لوایح

۴۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲.

۴۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸.

۴۳. قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۷۸.

۴۴. قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه

۴۵. قانون دادرسی مدنی ایتالیا و برزیل.

۴۶. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۹/۷.

۴۷. قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۷۸.

لاتین و سایت

48. LesPovoirsD'office de geCivil xPxPvoirs. Dalloz.No vea

49. R.Perrot. Institutionsj diciaires, ۶ed. paris ۱۹۹۴.

50. <https://ghadianloo.blogsky.com/1388/01/15/post-217/>



«حق حريم» در فقه و حقوق افغانستان

دکتر محمد علي توحيدى^۱

۱. محقق و عضو هیئت علمی دانشگاه بین المللی المصطفی (ص) - افغانستان. ایمیل: Towhidi1378@gmail.com

چکیده

حق حریم به معنای مشروعیت تصرف مالکانه مالک در محدوده اطراف ملک غیر منقول به منظور انتفاع تام و کامل از آن و عدم جواز تصرف دیگران در آن است که در فقه اسلامی از زمان‌های دور مطرح بوده و در منابع حقوقی نیز مورد توجه قرار گرفته است. مبتلا به بودن مصادیق و موضوعات حق حریم در جوامع اسلامی، به خصوص کشور افغانستان و انجام نشدن تحقیق و پژوهش مقایسه‌ای به صورت جامع، روشمند و منسجم در این مسأله، می‌تواند دلیل اهمیت این موضوع فقهی حقوقی و ضرورت انجام تحقیق علمی پیرامون آن، باشد. به رغم توجه گسترده منابع فقهی به مسأله حق حریم، حقوق و قوانین افغانستان توجه کافی به آن نداشته‌است. البته مصادیق مستحدثه حق حریم که موارد اندک آن در منابع حقوقی مطرح گردیده، دیدگاه سنتی فقه پاسخ‌گوی آن‌ها نمی‌باشد. این مشکل می‌تواند با دیدگاه فقهی که در تعیین محدوده حریم بر معیارهای؛ «عرف»، «دفع ضرر» و «احتیاج» مبتنی است، مرتفع گردد. مذاهب فقهی در باره تعیین محدوده حریم، دچار اختلاف بوده و نظرگاه واحدی ندارند. این تحقیق که با روش اسنادی و تحلیلی توصیفی انجام شده است، رویکرد اکتشافی داشته و هدف آن، تبیین و توضیح حق حریم در فقه و حقوق افغانستان و دستیابی به شناخت و آگاهی در باره آن بوده‌است.

واژگان کلیدی: حق حریم، عقار، اموال غیر منقول، فقه اسلامی، حقوق افغانستان.

مقدمه

فقه، به عنوان بُعد تقنینی دین اسلام می‌تواند بخش مهمی از قوانین مدنی و جزایی کشور اسلامی را تشکیل دهد؛ تحولات جوامع، به پیچیدگی آن‌ها و تکثر نیازهای فقهی - حقوقی انجامیده است و تحول و پویایی در مباحث فقهی را می‌طلبد. پویایی، ظرفیت و توان پاسخ‌گویی فقه به نیازهای گوناگون جامعه، محتاج تحقیقات و پژوهش‌های روشمند است تا از این رهگذر، فروع فقهی «به روز» شده و به ظرفیت‌های لازم تجهیز گردد.

یکی از شاخه‌ها و فروع فقهی، «حق حریم» است که بررسی آن به عنوان حکم فقهی و هم‌چنین یافتن جایگاه آن در حقوق و قوانین افغانستان، ضروری و مهم به نظر می‌رسد؛ زیرا مسائل حقوقی حریم زمین، حریم خانه، حریم چشمه، حریم چاه آب، حریم قنأ، حریم درخت، حریم قریه، حریم نهر و مانند آن که در جامعه افغانستان از عوامل نزاع‌های حقوقی می‌باشند، با این بحث مرتبط است و واضح شدن مسئله حق حریم، می‌تواند به رفع مشکلات و چالش‌های حقوقی در موضوعات یاد شده، کمک کند.

اگرچه مسئله حق حریم از دوره صدر اسلام وجود داشته و در دوره‌های بعدی، فقهای مسلمان به آن پرداخته‌اند، اما پاسخ‌گویی به این پرسش‌ها که؛ «حق حریم در فقه و حقوق افغانستان چگونه است؟» «حق حریم چه مصادیقی را پوشش می‌دهد» و «دیدگاه فقهی حاکم در افغانستان در باره آن چیست» حقوق و قوانین موضوعه افغانستان این حق را دارای چه ابعاد، ماهیت و آثاری می‌داند تحقیق و پژوهش مستقلاً را می‌طلبد. بنا بر جستجو و تفحص نگارنده، در موضوع تحقیق حاضر (حق حریم در فقه و حقوق افغانستان) که بر محوریت فقه اسلامی و حقوق افغانستان می‌باشد، به صورت مستقیم اثر و کار تحقیقی و پژوهشی جدید یافت نگردید که در این زمینه به صورت مقایسه‌ای دیدگاه‌های مذاهب فقهی و حقوق افغانستان را مورد بررسی قرار داده‌باشد.

حق حریم به عنوان مسأله فقهی حقوقی، می‌تواند در زندگی شهری و دهاتی قابل

تطبیق باشد؛ اما با توجه به مصادیق آن، در مناطق غیر شهری از کاربرد بیشتر برخوردار است. به دلیل کوهستانی بودن کشور افغانستان، قریه‌جات، دهات و مناطق روستایی و زراعتی، بیشتر از مناطق شهری است و زندگی کشاورزی و زراعتی در آن، فیصدی بالایی را تشکیل می‌دهد. با توجه به این نکته، مسئله حق حریم می‌تواند از اهمیت و ضرورت برخوردار باشد و به منظور کمک به مشکلات و چالش‌های فقهی حقوقی در مورد حریم قریه‌جات، حریم زمین‌های زراعتی، حریم چشمه و منابع آبی، حریم خانه‌ها و اشجار، لازم و ضروری است که مسأله حق حریم مورد تحقیق و پژوهش قرار گیرد.

روش تحقیق در مقاله حاضر، توصیفی تحلیلی و بر مبنای استنادات کتابخانه‌ای می‌باشد که با رویکرد اکتشافی به بررسی دیدگاه فقه اسلامی در باره حق حریم به صورت مقایسه‌ای میان مذاهب فقهی و همچنین جا یگاه آن در حقوق و قوانین افغانستان پرداخته‌است. تبیین و توضیح حق حریم در فقه و حقوق افغانستان هدف اصلی این تحقیق را تشکیل می‌دهد.

۱. مفهوم‌شناسی حریم

«حریم» واژه عربی و از ریشه «ح رم» است که با کلماتی چون؛ حرام، حرم، تحریم و إحرام، هم‌خانواده می‌باشد. در قاموس‌ها و منابع لغت‌نگاری برای حریم معانی متعددی ذکر شده است که از آن جمله، می‌توان به این موارد اشاره کرد: چیزی که مس آن ممنوع است و نباید به آن نزدیک شد (نشوان بن سعید الحمیری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۴۰۲). آنچه که مورد حمایت و دفاع قرار گیرد و از آن، محافظت شود؛ لباس‌ها و جامه‌های زائران کعبه در عصر جاهلی که برهنه و عریان به زیارت می‌پرداختند و تا ختم زیارت، لباس‌های ایشان را حریم می‌گفتند؛ هر کس و هر چیزی که شکستن حرمت آن، روا و جائز نباشد؛ صدیق و دوست خالص و صمیمی یک شخص؛ محل ورود و خروج خانه (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۱۹). اطراف چاه آب و مانند آن (الجوهری، ۱۳۷۶، ج ۱۸، ص ۱۸۹۶). «منع» و ممنوع بودن نیز به عنوان یکی از معانی حریم و ماده «ح رم» ذکر شده است (زبیدی، ج ۱۶، ص ۱۳۵-۱۳۶؛ ازهری، تهذیب

اللغه، ج ۵، ص ۳۳).

معانی لغوی حریم را می‌توان بر دو نوع دسته‌بندی کرد: اصلی و غیر اصلی؛ معنای اصلی حریم، «منع» و ممنوع بودن است و سائر معانی به همین معنا رجعت دارند و از لوازم آن محسوب می‌شوند. به محرمات «حرام» گفته شده؛ زیرا ارتکاب آن‌ها ممنوع است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۲۲۹). و «مکه» بدان جهت حَرَم است که ارتکاب برخی از افعال و رفتار در آن، ممنوع می‌باشد و محرم باید آن را رعایت کند (حموی، معجم البلدان، ج ۲، ص ۲۴۴). اطراف زمین، خانه و چاه را حریم گفته‌اند؛ زیرا تصرف غیر مالک در آن، ممنوع است (زبیدی، تاج العروس، ج ۱۶، ص ۱۳۵).

معنای حریم در اصطلاح فقهی با معنای لغوی آن، ارتباط دارد و گاهی لغت‌نگاران در تعریف حریم به احادیث منقول در این باب، استناد جسته‌اند و بعضی از فقها در تعریف حریم، سخن و دیدگاه لغت‌نگاران را مد نظر قرار داده و حتی برخی چون ابن عابدین دمشقی حنفی، عین عبارت مصباح اللغه را در این خصوص ذکر نموده است («حَرِیمُ الشَّيْءِ مَا حَوْلَهُ مِنْ حُقُوقِهِ وَمَرَافِقِهِ، يَسْمَى بِهِ لِأَنَّهُ حَرْمٌ عَلَى غَيْرِ مَالِكِهِ» دمشقی حنفی، ۱۹۹۲، ج ۶، ص ۴۳۴).

اگرچه فقها در تعریف حریم، از الفاظ گوناگون بهره برده و در تعبیرها، تفاوت‌های اندکی باهم دارند؛ مثلاً محیی الدین نووی و جلال الدین عبدالرحمن سیوطی، از فقهای شافعی، حریم را چنین تعریف نموده‌اند: «والحریم هو المواضع القریبة للتي یحتاج إليها لتمام الانتفاع بالطریق ومسیل الماء ونحوه»؛ (النووی الشافعی، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۸۲؛ السیوطی، ۲۰۰۰، ج ۱، ص ۱۳۰). وهبه الزحیلی از فقهای حنفی، در تعریف حریم نوشته‌است: «هو ماتمس الحاجة إلیه لتمام الانتفاع بالمعمور أو ما یحتاج إلیه لمصلحة العامر من المرافق كحریم البئر...» (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۲، ص ۳۰۳). حسن بن یوسف بن مطهر حلی از فقهای جعفری، در تعریف حریم گفته‌است: «الحریم اشارة الى المواضع القریبة للتي یحتاج الیها لتمام الانتفاع» (مطهر حلی، تذکره الفقهاء، ص ۴۱۳) اما آنچه از مجموع تعاریف فقهی حریم به دست می‌آید، به رغم تفاوت‌های اندک لفظی، از نظر معنا و مفهوم مطلب واحدی را افاده می‌کند و آن اینکه؛ حریم محدوده‌ای در اطراف

برخی اموال و املاک غیر منقول است که برای انتفاع کامل از آنها، ضروری و مورد احتیاج می‌باشد و صاحب مال و ملک می‌تواند از تصرف دیگران در آن محدوده، منع کند.

در حقوق افغانستان، در «مقرره بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی»، حریم تعریف گردیده و محدوده یا زمین‌های اطراف منابع آبی، حریم آنها دانسته شده که برای محافظت و انتفاع از آنها ضروری می‌باشد و تعرض و تصرف بر این محدوده، جائر نیست. (وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی نمبر ۱۸۷، ص ۶).

۲. پیشینه حق حریم در فقه و حقوق افغانستان

پیشینه حق حریم به صدر اسلام و دوره نبوی می‌رسد؛ آن‌جا که پیغمبر (ص) در باره حریم «چاه» و «چشمه» سخن گفت و برای انواع چاه، حریم تعیین نمود. (الزیلعی، ۱۳۱۳، ج ۴، صص ۲۹۱-۲۹۲). پس از صدر اسلام، اگرچه فقهای مسلمان به این مسأله توجه داشتند؛ اما باب مستقلی برای آن لحاظ نکرده و در ضمن باب‌های دیگر به آن پرداخته‌اند؛ برخی چون محمد بن حسن شیبانی از فقهای حنفی در اواخر سده دوم هجری بحث حریم را ذیل «باب بئر» یا چاه مورد بررسی قرار داده‌است؛ (الشیبانی، بی‌تا، ج ۴، صص ۵۸۴-۵۸۷). ولی بیشتر فقیهان ذیل باب «احیاء موات» به آن پرداخته‌اند که شرط جواز احیاء زمین‌های موات را، حریم نبودن آنها برای ملک افراد دیگر می‌دانستند؛ مثلاً عبدالله بن محمود موصلی حنفی در «الاختیار لتعلیل المختار» (الموصلی، ۱۳۵۶، ج ۳، صص ۶۸-۶۹). ابن نجیم مصری در «بحر الرائق» (ابن نجیم المصری، بی‌تا، ج ۸، ص ۲۴۰)، غیتابی حنفی در «البنایه» (الغیتابی، ۲۰۰۰، ج ۱۲، صص ۲۹۲-۳۱۰)، علاءالدین کاسانی حنفی در «بدائع الصنائع» (الکاسانی، ۱۹۸۲، ج ۶، ص ۱۹۱)، محمد بن حسن طوسی در «الخلاف» (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۵۳۰) و محقق حلی در «شرائع الاسلام» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، صص ۲۱۶-۲۱۷) مسئله حریم را در ذیل بحث اراضی و باب احیاء موات مطرح نموده‌اند.

این نوع سیر بحث، در تألیفات فقیهان دوره‌های بعدی نیز ادامه یافته است؛ از

فقه‌های معاصر می‌توان به وهبه الزحیلی و محمد اسحاق فیاض اشاره کرد که اولی در الفقه الاسلامی و ادلته (ج ۵) ذیل باب احیاء موات، بحث حریم را به صورت استدلالی مطرح نموده (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۵، ص ۵۶۴-۵۷۰) و دومی در «الاراضی» مسئله حریم را از منظر فقه جعفری مورد بررسی قرار داده است (فیاض، ۱۴۰۱، ص ۱۳۶-۱۵۳) موسوعه الفقهیه الکوئتیه از جمله کتاب‌های مفصل فقهی معاصر است که با سبک و اسلوب دائره‌المعارف نگارش یافته و بحث حریم را در مجلدات ۲ و ۱۷؛ حرف الف (مدخل احیاء موات) و حرف ح (مدخل حریم) گنجانده است.

مسئله حق حریم، در پژوهش‌های جدید فقهی نیز مغفول گذاشته نشده است؛ اما به دلیل موانع و محدودیت‌های موجود، جستجو و تفحص کامل در این زمینه، میسر نگردید و تنها در گستره زبان فارسی، آثاری یافت شد که به موضوع «حق حریم» از منظر فقه «امامیه» پرداخته است؛ مقاله پژوهشی تحت عنوان «بازشناسی نهاد حریم» توسط نویسنده‌ای موسوم به عبدالله شفاهی نگارش یافته که در مجله فقه (شماره ۴۱، خزان ۱۳۸۳-مربوط به پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی-قم) منتشر گردیده است. این مقاله پنجاه صفحه‌ای، «حریم» را از منظر فقه جعفری و حقوق کشور ایران مورد بررسی قرار داده و به مفهوم‌شناسی و تعیین مصادیق آن پرداخته است.

اثر دیگر با عنوان «حریم ملک از دیدگاه فقه جعفری»، پایان نامه یکی از محصلان و دانشجویان جامعه المصطفی العالمیه (کشور ایران) است که کار مشابه آقای عبدالله شفایی را انجام داده است. سومین اثر یافت شده، پایان نامه یکی از محصلان و دانشجویان دانشگاه علامه طباطبایی (تهران) است که تحت عنوان «حق حریم در فقه و قانون مدنی با تأکید بر حریم خطوط انتقال برق» نگارش یافته و بیشتر به بررسی حق حریم در فقه جعفری و قانون مدنی ایران پرداخته است.

به رغم توجه گسترده فقه اسلامی به مسأله حق حریم، این موضوع در حقوق افغانستان کم‌تر بازتاب داشته است؛ در قانون مدنی، ماده و موردی تحت عنوان «حریم» یا «حق حریم» مطرح نگردیده و در قوانین اراضی و زمینداری نیز به آن توجهی نشده است. با این وجود، در «مقرره بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی» مسأله حریم

مطرح گردیده (وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی نمبر ۱۱۸۷) و در قانون مدنی نیز مصادیقی از حق حریم ذکر شده است (قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، ماده ۲۳۵۱).

۳. ارکان حق حریم

احکام و مسائل فقهی حقوقی همانند سایر مقوله‌های علمی دارای ارکان و عناصر می‌باشند و حق حریم نیز از این قاعده مستثنی نیست. با توجه به حقیقت حق حریم، برای آن، سه رکن قابل تصور است:

۱. موجودیت ملک رکن اول حریم می‌باشد و بدون وجود ملک یا «عقار»، حق حریم نیز وجود ندارد؛ زیرا حق حریم، تابع ملک و اموال غیر منقول است و صاحب ملک به تبع ملک خودش، صاحب و مالک حریم آن نیز می‌گردد.

۲. وجود اراضی و زمین‌های «موات» در اطراف ملک، رکن دوم حریم می‌باشد؛ بنا بر دیدگاه مذاهب فقهی، دو ملک مجاور هم نسبت به همدیگر فاقد حریم هستند و صاحبان دو ملک مجاور، حق تصرف در ملک یکدیگر را ندارند. (النووی الشافعی، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۳۵۰؛ نجفی، بی‌تا، ج ۳۸، ص ۴۹) به همین جهت، حق حریم برای یک ملک در صورت وجود اراضی و زمین‌های موات و غیر معمور در اطراف آن، قابل تحقق است.

۳. متوقف بودن انتفاع کامل از ملک به وجود حریم رکن سوم حق حریم را تشکیل می‌دهد؛ اگر صاحب یک ملک یا عقار در انتفاع تام و کامل از آن، به حریم نیازمند نباشد؛ مثلاً کاربری ملک به گونه‌ای باشد که استفاده از آن، متوقف بر وجود حریم نیست، در این صورت، لحاظ کردن حریم برای آن، خالی از فائده خواهد بود. با بیان ارکان و عناصر سه‌گانه حق حریم، تفاوت آن با حق ارتفاق نیز نمایان می‌گردد.

۴. حق حریم و حق ارتفاق

یکی از موضوعات فقهی که با حق حریم شباهت مفهومی دارد، «حق ارتفاق» است؛ همان‌گونه که حق حریم مربوط به «ملک» و «عقار» می‌باشد و در کمال انتفاع از آن،

تأثیرگذار است، حق ارتفاق نیز چنین نقشی بر عهده دارد. این تشابه مفهومی باعث گردیده که برخی در تعریف حریم کلمه ارتفاق را به کار گیرند و بعضی حقوق دانان نیز حق حریم را نوعی از حق ارتفاق بدانند و میان آن دو، رابطه عام و خاص مطلق برقرار سازد (کاتوزیان، ص ۲۳۵) اما با توجه به ارکان و عناصر این دو موضوع، نمی‌توان آن‌ها را یکی دانست، بلکه هریک دارای حقیقت متفاوت بوده و هرکدام مسأله‌ای جداگانه محسوب می‌شود. حق ارتفاق در اصطلاح فقهی و حقوقی به معنای حقی است که شخصی در ملک و عقار شخص دیگر دارد و انتفاع ملک صاحب حق، متوقف بر حق الارتفاق می‌باشد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۹، ص ۴۱۷؛ قانون مدنی افغانستان، ماده ۲۳۴۰) در بیان تفاوت حق حریم و حق ارتفاق، یادآوری نکات ذیل بایسته توجه است.

الف. بر خلاف حق حریم، حق ارتفاق با عنوان موضوع و مسأله فقهی، در متون کهن فقه دارای سابقه و پیشینه نمی‌باشد و به دلیل خودنمایی این مسأله در متون حقوقی جدید و هم‌چنین ضرورت‌های مصداقی آن، توجه فقیهان متأخر را به خود جلب نموده و در فقه نیز جایگاهی یافته‌است. البته باید خاطر نشان کرد که دلایل استنباط آن در فقه، موجود بوده‌اند.

ب. دو ملک مجاور و متصل به هم نمی‌توانند نسبت به یکدیگر حریم داشته باشند (النووی الشافعی، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۳۵۰) اما حق ارتفاق در این جا قابلیت جریان دارد؛ بلکه مجرای حق ارتفاق در این نوع موارد است؛ زیرا وجود دو ملک غیر منقول ذاتی، لحاظ شدن امتیاز برای یک ملک در ملک دیگری و تفاوت مالکان، ارکان و عناصر سه‌گانه حق ارتفاق را تشکیل می‌دهند. (لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۵-۲۶۶)

ج. حق ارتفاق، ملک ناقص محسوب می‌شود؛ یعنی در حق ارتفاق، صاحب حق، مالک عین نیست و تنها می‌تواند از برخی منافع آن بهره ببرد؛ (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۵، ص ۵۸۸) منافعی که انتفاع کامل از ملک صاحب حق، متوقف بر آن‌هاست؛ اما حق حریم، ملک ناقص نیست و صاحب حق، مالک هردو (عین و منفعت) می‌باشد. افزون بر آن، در حق ارتفاق، تصرف صاحب حق، دارای محدودیت است و باید در چارچوب

عقد و قراردادی که با صاحب ملک «مرتفق بها» دارد، شکل گیرد؛ در صورتی که حق ارتفاق بر پایه عقد و قرارداد نباشد، میزان تصرف صاحب حق، به عرف و اگذار می گردد. (مصطفی عدل، ۱۳۷۸، ص ۴۴)

۵. مبانی مشروعیت حق حریم

حریم املاک و عقارات غیر منقول به عنوان حق صاحبان آنها، دارای مشروعیت فقهی می باشد و بدون اجازه مالک، تصرف در حریم ملک جائز نیست. مشروعیت حق حریم به معنای عدم جواز تصرف دیگران در آن، مورد اتفاق فقیهان مذاهب اسلامی قرار دارد (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۵، ص ۵۶۴؛ کاسانی، ۱۹۸۲، ج ۶، ص ۱۹۵؛ الهیتمی، ۱۹۸۳، ج ۶، ص ۲۰۶؛ الحسینی العاملی، ۱۴۱۹، ج ۷، ص ۱۴) و منابع حقوقی نیز بر عدم جواز تصرف در حریم ملک، دلالت دارد. (وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی نمبر ۱۱۸۷، ص ۵) مشروعیت حق حریم بر سه مبنا (روایات نبوی، مالکیت مالک و دفع ضرر از آن) استوار گردیده است که می توان آنها را از منابع فقهی و حقوقی به دست آورد.

الف. روایات نبوی: دسته ای از روایات نبوی که به بیان حریم برخی اموال غیر منقول، به خصوص چاه و منابع آبی و تعیین محدوده حریم آنها پرداخته است، مبنا و پایه مهم برای مشروعیت حق حریم به شمار می رود. از پیامبر اسلام (ص) در باره حریم چشمه و انواع چاه چنین نقل شده است: «حَرِیمُ الْعَیْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ، وَحَرِیمُ بئرِ الْعَطْنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَحَرِیمُ بئرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعًا»؛ (التهانوی، ۱۴۱۵، ج ۱۸، ص ۱۴) حریم چشمه پنجصد ذراع، حریم چاه عطن (چاهی که با دست از آن، آب کشیده می شود) چهل ذراع و حریم چاه ناضح (چاهی که با شتر از آن، آب کشیده می شود) شصت ذراع است.

در باره حریم چشمه و چاه، روایات متعدد با الفاظ و تعبیرهای متفاوت از آن حضرت نقل گردیده اند (البغدادی الدار قطنی، ۲۰۰۴، ج ۵، ص ۳۹۳؛ ابن حنبل، ۱۹۹۸، ج ۲، ص ۴۹۴؛ موصلی الحنفی، ۱۳۵۶، ج ۳، ۷۸) و هم چنین در باره تعیین حریم درخت از آن حضرت نقل شده است. (الطبرانی، ۱۹۹۴، ج ۱۲، ص ۴۵۳؛ قزوینی، ۲۰۰۶، ج ۲،

ص ۸۳۱). در مجموع می‌توان گفت که روایات نبوی یکی از مبانی استوار مشروعیت حق حریم می‌باشد.

ب. ملکیت مالک: مانع اصلی در تصرف دیگران بر ملک مالک، ملکیت اوست؛ یعنی ملکیت مالک مبنای مشروعیت حرمت تصرف غاصبانه و متعدیانه دیگران بر ملک او می‌باشد؛ همچنانکه ملکیت سبب جواز تصرف مالک بر ملک است. (قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، ماده ۱۹۰۰) در مورد حریم نیز همین قاعده جاری است؛ چراکه حریم املاک به تبع ملکیت آن‌ها، ملک محسوب می‌شود (سرخسی، ۱۴۱۴، ج ۲۳، ص ۱۸۸) و تصرف غاصبانه و متعدیانه آن جائز نیست. (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۲، ص ۳۰۲) روایتی که از پیامبر اسلام (ص) نقل شده و برای اثبات مشروعیت حق حریم مورد استمساک قرار گرفته است، می‌تواند مؤید ادعای فوق باشد و از کانال ملکیت بر مشروعیت حق حریم دلالت کند و آن حدیث این است: «من أحيأ میتة فی غیر حق مسلم فهی له»؛ (نجفی، بی‌تا، ج ۳۸، ص ۳۴). یعنی اگر کسی زمین مواتی را که ملک و حق شخص مسلمان دیگری نیست، احیا کند، آن زمین مال او خواهد بود. ج. دفع ضرر و جلب منفعت: یکی از مبانی مشروعیت حق حریم، دفع ضرر از مالک و ایجاد توانایی و استطاعت وی در انتفاع از ملک، می‌باشد؛ زیرا بدون در نظر داشت حریم برای ملک، مالک یا نمی‌تواند از آن، منتفع گردد و یا انتفاع کامل برایش میسر نخواهد بود (النووی، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۳۴۸) و در نتیجه، ضرر متوجه مالک می‌گردد. متضرر شدن مالک، با مفاد روایت نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»، (الشربینی، ۱۹۹۴، ج ۲، ص ۳۰۷) سازگار نیست.

۶. مصادیق و محدوده حریم

یکی از بحث‌های مهم در حق حریم، بررسی مصایق حریم و محدوده آن در هریک از این مصادیق می‌باشد که برخی آن‌ها بر حسب اقتضائات زمان در عصر پیغمبر اسلام (ص) مورد توجه قرار گرفت و آن حضرت در باره آن‌ها حریم تعیین نمود. در منابع فقهی، موارد متعددی به عنوان مصادیق حریم مطرح گردیده که ویژگی مشترک آن‌ها، غیر منقول بودن است. این موارد عبارتند از: حریم چاه، حریم چشمه، حریم

قنّاء، حریم نهر، حریم درخت، حریم خانه، حریم زمین زراعتی، حریم قریه و حریم مصلی. (جمعی از مؤلفان، ۱۹۹۰، ج ۱۷، ص ۲۱۴-۲۲۰؛ النووی، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۸۱-۲۸۳)

در منابع حقوقی افغانستان، مصادیق حق حریم آن گونه که در فقه وجود دارد، احصاء نگردیده و تنها به حریم چشمه، حریم قنّاء یا کاریز و حریم نهر اشاره شده است؛ (وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی نمبر ۱۲۸۰، مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی - ماده اول، ص ۴) در قانون مدنی، حق مرور، حق مجرا و حق مسیل نیز ذکر شده است (قانون مدنی افغانستان، ماده ۲۳۵۱) و این سه مورد می تواند در حریم خانه، حریم زمین زراعتی و حریم قریه مطرح باشند؛ اما مواردی چون؛ حریم سدّ یا بند آب، حریم حوض یا «جهیل»، حریم دریا یا رودخانه و حریم لوله یا «پایپ» های آبرسانی در فقه مطرح نشده اند، ولی در قانون وجود دارند. (وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی نمبر ۱۲۸۰، ص ۴)

در باره تعیین محدوده حریم، به صورت کلی چهار دیدگاه فقهی شکل گرفته است؛ دیدگاه اول معیار تعیین محدوده حریم را مقادیر و اندازه های ذکر شده در روایات می داند و بر این نکته تأکید دارد که اندازه محدوده حریم در هریک از مصادیق، همان چیزی می باشد که در زبان روایات به آن، تصریح شده است و باید آن را تعبداً پذیرفت؛ مثلاً اگر در روایت، حریم چاه «عَطَن» چهل ذراع تعیین گردیده، (السرخسی، ۱۴۱۴، ج ۲۳، ص ۱۶۲) حریم این نوع چاه، در هر زمان و در هر مکان، چهل ذراع خواهد بود و حریم چاه «ناضح» که در روایت شصت ذراع تعیین شده است، (همان) حریم آن، همیشه و همه جا، شصت ذراع می باشد. در واقع، این دیدگاه بدون در نظر داشت عرف و احتیاجات و ضرورت های زمانی و مکانی، مقدار محدوده حریم را تعیین می نماید. مذهب فقهی حنفی، (الکاسانی، ۱۹۸۲، ج ۶، ص ۱۹۵؛ الزیلعی، ۱۳۱۳، ج ۶، ص ۳۶-۳۸) مذهب فقهی حنبلی (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۲، ص ۳۰۳) و همچنین بخش مهمی از فقیهان مذهب جعفری در زمره طرفداران این دیدگاه قرار می گیرند. (نجفی، بی تا، ج ۳۸، ص ۴۶).

دیدگاه دوم که به مذهب فقهی شافعی منسوب است، تعیین مقدار و اندازه حریم را به «عُرف» واگذار می‌کند و معیار و مرجعیت را در این زمینه به عُرف می‌دهد. (الشربینی، ۱۹۹۴، ج ۳، ص ۴۹۸-۵۰۱؛ الشیرازی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۲۴-۴۲۷) دیدگاه سوم نظرگاه فقیهان مالکی است که در تعیین اندازه و محدوده حریم، حاجت و ضرورت برای انتفاع از ملک را مد نظر قرار می‌دهد؛ یعنی به هر میزان که صاحب ملک برای انتفاع تام و کامل از ملک نیاز به حریم داشته باشد، به همان میزان برای ملک حریم تعیین می‌گردد (مالک بن انس، ۱۹۹۴، ج ۴، ص ۴۶۸؛ الصاوی المالکی، بی‌تا، ج ۴، ص ۸۸-۸۹؛ الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۲، ص ۳۰۳). دیدگاه چهارم که مربوط به بخشی از فقیهان فقه جعفری با محوریت ابن جنید اسکافی می‌باشد، با استناد به قاعد «لاضرر» دفع ضرر از ملک و مالک را معیار و ملاک تعیین اندازه حریم دانسته است؛ یعنی به هر اندازه که مسافت اطراف ملک سبب دفع ضرر از ملک و مالک گردد، به همان میزان، حریم تعیین می‌شود (فاضل مقداد، تنقیح الرائج، ص ۱۰۰). تعیین اندازه حریم بر معیار دفع ضرر، با مقادیر ذکر شده در روایات منطبق نخواهد بود؛ این دیدگاه بر این نظر است که اندازه‌های تعیین شده در روایات جنبه تمثیلی دارد و البته در زمان صدور روایات از مالک دفع ضرر می‌کرده است؛ اما با گذشت زمان و تغییر شرایط مکانی، مقادیر تعیین شده پاسخگو نبوده و نمی‌تواند از مالک دفع ضرر کند. (الخوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۳۹؛ بن مطهر حلی، المختلف، ج ۶، ص ۱۷۱-۱۷۲؛ محمد حسین آل کاشف الغطاء، تحریرالمجله، ج ۲، ص ۲۵۶).

اگرچه دیدگاه اول در تعیین اندازه حریم، با لسان روایات هم‌سخن است و از نظر آیین دادرسی و مقررات قضائی دارای ارجحیت بوده و بر اساس آن، رفع منازعات آسان‌تر صورت می‌گیرد؛ چراکه مقدار حریم در فقه تعیین گردیده و قاضی تنها وظیفه تطبیق آن را دارد؛ اما دیدگاه‌های دوم، سوم و چهارم می‌توانند مکمل همدیگر باشند و معیارهای سه‌گانه؛ «عرف»، «حاجت» و «دفع ضرر» در تعیین و تشخیص اندازه حریم با هم ترکیب گردد و دیدگاه واحدی را در مقابل دیدگاه اول شکل دهد که در تمام مصادیق و موضوعات حریم به تعیین مقدار بپردازد؛ یعنی باید عرف نظر دهد که برای

انتفاع تام و کامل از ملک چه مقدار حریم، نیاز و ضروری است تا به واسطه آن، دفع ضرر از ملک و مالک صورت گیرد. شکل‌گیری این دیدگاه، بحث فقهی حریم را دچار تحول گسترده خواهد کرد و دست کم، سه اثر مهم بر آن مترتب می‌گردد: ۱. مصادیق مستحدثه حریم مانند؛ حریم سدّ یا بند آب، حریم کانال‌های آبرسانی، حریم حوض یا جهیل و غیر آن که در فقه مطرح نشده‌اند ولی در قوانین وجود دارند، از نظر فقهی توجیه پذیر خواهند شد؛ ۲. لحاظ نمودن شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی در تعیین اندازه حریم، امکان‌پذیر خواهد شد؛ ۳. علاوه بر حکم تکلیفی (حرمت تعرض بر حریم ملک معمور)، حکم وضعی (ضمانت و جبران ضرر و خسارت وارده) نیز پوشش داده خواهد شد.

در این قسمت، محدوده حریم مصادیق مطرح شده در فقه با توجه به دیدگاه‌های مختلف فقهی و ملاحظات حقوقی، به صورت خلاصه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۶. حریم چاه

حریم چاه یا «البئر» از نخستین مواردی است که در بحث فقهی حریم مطرح گردیده و به دلیل ارتباط آن با ماده حیاتی (آب)، زودتر از موارد دیگر در عصر پیغمبر اسلام (ص) جلب توجه نمود. به همین دلیل، فقیهان مسلمان با جدیت بیشتر آن را بررسی نموده و مباحث حجیم‌تر فقهی در باره آن شکل گرفته است. در باره محدوده حریم چاه، نظرگاه واحدی وجود ندارد؛ فقیهان حنفی حریم چاه عَطْن (چاهی که از آن، با دست آب کشیده می‌شود) را از هر جانب، چهل ذراع تعیین نموده‌اند؛ اما در باره محدوده حریم چاه ناضح (چاهی که از آن با شتر آب کشیده می‌شود) دچار اختلاف گردیده‌اند؛ امام ابوحنیفه حریم چاه ناضح را همانند چاه عطن، چهل ذراع دانسته، اما سائر فقیهان حنفی، حریم چاه ناضح را شصت ذراع تعیین نموده‌اند؛ چراکه در روایت حریم چاه ناضح شصت ذراع تعیین شده است. (الدمشقی الحنفی، ۱۹۹۲، ج ۶، ص ۴۳۴؛ مجموعه من المؤلفین ۱۹۹۳، ج ۱۷، ص ۲۰۴).

فقیهان حنبلی، با استناد به یک روایت، چاه را بر دو نوع تقسیم نموده‌اند: «البئر البدیء» (چاهی که از ابتدا حفر شده و تا هنوز تجدید نگردیده‌است) و البئر القدیمة

(چاهی که آبش خشک شده و بازسازی گردیده‌است). آنان حریم نوع اول را بیست و پنج ذراع و حریم نوع دوم را پنجاه ذراع تعیین کرده‌اند (المقدسی الحنبلی، ۱۹۶۸، ج ۵، ص ۵۹۳). فقیهان شافعی و مالکی، مقدار مشخصی را برای حریم چاه اعلام ننموده، بلکه نوع چاه و شرایط زمانی و مکانی و مقدار مورد احتیاج در ارتفاع از آن را در تعیین اندازه حریم، تأثیرگذار دانسته‌اند. (محمد بن احمد بن جزى الغرناطی، القوانين الفقهیه، ص ۳۴۴؛ النووی، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۳۸۳-۲۸۴). در مذهب فقهی جعفری، بنا بر دیدگاه مشهور فقیهان، حریم چاهی که به عنوان آبشخور استفاده می‌شود، چهل ذراع و چاهی که برای زراعت کاربرد دارد، شصت ذراع تعیین گردیده‌است. (نجفی، بی‌تا، ج ۳۸، ص ۴۱)

در حقوق افغانستان انواع چاه مورد توجه واقع نشده و برای چاه به صورت مطلق حریم تعیین شده است. البته جنس زمین اطراف چاه مد نظر قرار گرفته و حریم چاهی که در زمین سخت و «کم‌نفوذ» قرار دارد، دوصد و پنجاه متر و حریم چاهی که در زمین «پرنفوذ» واقع شده است، پنج‌صد متر تعیین گردیده‌است. (وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده نمبر ۱۲۸۰، مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده دهم).

۲-۶. حریم چشمه

حریم چشمه یا «العین الجاریه» نیز به دلیل اهمیت آن، در عصر پیغمبر اسلام (ص) مورد توجه واقع شده و از آن حضرت، روایاتی در این باره نقل گردیده‌است. دو مذهب فقهی حنفی و حنبلی در باره حریم چشمه دیدگاه واحد دارند و هر دو با استناد به حدیث نبوی، محدوده حریم چشمه را پنج‌صد ذراع تعیین نموده‌اند. (الزیلعی، ۱۳۱۳، ج ۶، ص ۳۶-۳۷؛ المقدسی الحنبلی، المغنی، ۱۹۶۸، ج ۵، ص ۵۹۳) اما دو مذهب فقهی مالکی و شافعی، تعیین محدوده حریم چشمه را به عرف واگذار نموده و معیار آن را عرف دانسته‌اند. (الدمشقی العثماني، بی‌تا، ص ۱۸۲)

مشهور فقیهان جعفری با توجه به نوع و جنسیت زمین، اندازه حریم چشمه را تعیین نموده‌اند؛ آن‌ها برای چشمه‌ای که در زمین سُست واقع شده است، هزار ذراع

حریم در نظر گرفته و حریم چشمه‌ای را که در زمین سخت قرار دارد، پنج‌صد ذراع دانسته‌اند. (الخوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۳۰) اگر طول ذراع به اندازه نیم متر باشد، دیدگاه حقوق افغانستان در باره حریم چشمه به دیدگاه مذهب جعفری نزدیک است؛ زیرا در آن، حریم چشمه‌هایی که در زمین‌های سخت و کم‌نفوذ قرار دارند، دو صد و پنجاه متر و حریم چشمه‌هایی که در زمین‌های سست و پرنفوذ واقع شده‌اند، پنج‌صد متر مقرر شده است. (مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده دهم)

۳-۶. حریم قنّاء

«قنّاء» کلمه عربی به معنای کانال و آبراهه‌ای است که در آن، چاه‌هایی به صورت متوالی حفر می‌گردد تا آب از یک مکان به مکان دیگر منتقل شود. (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۵، ص ۲۰۴) در واقع، قنّاء مجرا و کنال آب در زیر زمین است (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۵، ص ۵۶۶) که در فارسی به آن، کاریز می‌گویند. در باره مقدار حریم قنّاء، نص و روایت وجود ندارد. به همین دلیل، فقیهان حنفی در باره آن، دچار اختلاف و تشتت آراء گردیده‌اند؛ امام ابوحنیفه قنّاء را مانند نهر می‌داند و برای آن، قائل به حریم نیست. برخی فقیهان حنفی حریم قنّاء را به رأی امام و حاکم اسلامی واگذار کرده‌اند و بعضی دیگر، حریم دهنه قنّاء را مانند حریم چشمه دانسته، اما قبل از آن را به رأی حاکم اسلامی واگذار نموده‌اند. (جمعی از مؤلفان، ۱۹۹۰، ج ۱۷، صص ۲۱۶-۲۱۷).

حنبل‌ها حریم قنّاء را مانند حریم چشمه، پنج‌صد ذراع دانسته‌اند (همان) و فقیهان شافعی گفته‌اند: تا هر محدوده‌ای که حفر چاه در آن، باعث ورود آسیب به قنّاء گردد، حریم آن محسوب می‌شود. (النووی، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۸۳-۲۸۴) در فقه جعفری، حریم چشمه و قنّاء را یکی شمرده‌اند. لازم به یادآوری است که فقیهان جعفری برای چاه، چشمه و قنّاء دو نوع حریم تعیین نموده‌اند؛ محدوده‌ای که برای انتفاع از آن‌ها مورد احتیاج است و محدوده‌ای که اگر در آن، حفر چاه جدید و مانند آن، به منافع چاه، چشمه و قنّاء آسیب بزند. (محمد حسن نجفی، ج ۳۸، ص ۳۴) حقوق افغانستان نیز مانند فقه جعفری، حریم قنّاء و چشمه را به صورت مساوی مقرر نموده است. (مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده دهم)

۴-۶. حریم نهر

در باره تعیین اندازه حریم نهر نیز نص و روایت نقل نشده است. به همین دلیل فقیهان حنفی حریم نهری را که در زمین موات احداث شده است، به مقدار نیاز و احتیاج در لایروبی و سایر کارهای مرتبط با آن، در نظر گرفته‌اند. ولی ایشان در باره حریم نهری که در زمین معمور قرار گرفته است، دچار اختلاف شده‌اند؛ امام ابوحنیفه برای این نوع نهر، قائل به حریم نمی‌باشد؛ اما برخی دیگر، ضمن لحاظ کردن حریم برای آن، در تعیین اندازه حریم دچار اختلاف گردیده‌اند؛ ابو یوسف، به اندازه نصف بستر و محمد به اندازه تمام بستر نهر، برای آن، حریم تعیین کرده‌اند. (الزحلی، ۱۹۸۵، ج ۵، صص ۵۶۶-۵۶۷) شافعی‌ها و حنبلی‌ها، حریم نهر را به اندازه‌ای دانسته‌اند که از نظر عرف برای لایروبی نهر و سائر کارهای مرتبط با آن، کافی باشد. (البهوتی، ۱۴۰۲، ج ۴، ص ۱۹۲؛ النووی، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۸۳-۲۸۴)

فقیهان مالکی مقدار حریم نهر را آن اندازه تعیین کرده‌اند که انسان‌ها و حیوانات برای عبور و مرور در اطراف آن، دچار تنگنا نشوند. (مجموعه من المؤلفین، ۱۹۹۰، ج ۱۷، ص ۲۱۸) فقیهان جعفری محدوده‌ای را که برای ریختن گل و لای نهر و یا لایروبی آن کفایت کند، حریم نهر دانسته‌اند. (الخوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۳۰) حقوق افغانستان برای نهرها و کانال‌های آب، با نظرداشت ظرفیت جریان آب از آن‌ها، حریم تعیین نموده است؛ حریم نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آن، کمتر از ۱۵۰ لیتر در ثانیه است، یک متر می‌باشد؛ نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آن‌ها، ۱۵۰ لیتر یا دو متر مکعب در ثانیه باشد، دو الی سه متر حریم دارند؛ نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آن‌ها، دو تا پنج متر مکعب در ثانیه باشد، چهار تا پنج متر حریم دارند؛ نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آن‌ها، پنج تا ده متر مکعب در ثانیه باشد، شش تا هشت متر حریم دارند و نهرهایی که ظرفیت جریان آب در آن‌ها، ده تا پانزده متر مکعب در ثانیه باشد، هشت تا دوازده متر حریم دارند. (مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی، ماده پنجم، بندهای ۱، ۲، ۳، ۴، ۵ و ۶).

۵-۶. حریم خانه

خانه یا «الدار» در صورتی می‌تواند دارای حریم گردد که در کنار ملک یا خانه کسی دیگر واقع نشده باشد. خانه‌ای که اطراف آن را زمین موات احاطه کرده باشد، به اتفاق مذاهب فقهی دارای حریم می‌باشد و مقدار حریم به اندازه‌ای تعیین می‌گردد که انتفاع تام و کامل از خانه بر آن، متوقف باشد؛ بنابراین، محدوده‌ای که برای خاکروبه، آبرفت، برف‌پاک خانه و هم‌چنین عبور و مرور به خانه و سائر کارهای مرتبط به آن، مورد نیاز است، حریم خانه محسوب می‌شود. (مجموعه من المؤلفین، ۱۹۹۰، ج ۱۷، صص ۲۱۸-۲۱۹؛ الفیاض، ۱۴۰۱، ص ۱۴۶) در حقوق افغانستان برای خانه حریم تعریف نشده است؛ اما در قانون مدنی به حق مرور، حق مجرا و حق مسیل اشاره شده که می‌تواند در بحث حریم خانه مطرح باشد. (قانون مدنی افغانستان، ماده‌های ۲۳۵۱ و ۲۳۵۲)

۶-۶. حریم قریه

کلمه «قریه»، لغت عربی و به معنای دهکده، آبادی و جایی می‌باشد که تعدادی از مردم در آن ساکن هستند و زندگی می‌کنند. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۶۶۹). کلمه قریه در آیات متعدد قرآن کریم وارد شده است. (مثلاً در آیه ۱۱۲ سوره نحل، آیه ۱۳ سوره محمد، آیه ۸۲ سوره یوسف و آیه ۷۵ سوره نساء، کلمه قریه وارد شده است). اگرچه در باره حریم قریه، نص و روایت نقل نشده، اما حریم قریه در فقه مطرح گردیده و فقیهان مذاهب در باره آن، سخن گفته‌اند. حریم قریه مانند حریم خانه، مورد اتفاق مذاهب فقهی قرار دارد و معرکه آراء نمی‌باشد. (مجموعه من المؤلفین، ۱۹۹۰، ج ۱۷، ص ۲۱۹)

محدوده‌ای که اهل قریه برای چراگاه احشام، استحصال هیزوم، بازی و سرگرمی اطفال، راه‌ها و مسیرهای مواصلاتی، مجرای فاضلاب، دفن مردگان و سائر امورشان نیاز دارند، حریم قریه محسوب می‌شود و تعرض بر آن، جائز نیست. (الفیاض، ۱۴۰۱، ص ۱۴۷-۱۴۸) در حقوق افغانستان حریم قریه به صورت مستقل مطرح نشده، اما در قانون مدنی به حق مرور، حق مجرا و حق مسیل اشاره گردیده که می‌تواند با بحث

حریم قریه مرتبط باشد. (قانون مدنی افغانستان، ماده‌های ۲۳۵۱ و ۲۳۵۲)

۶-۷. حریم زمین زراعتی

در خصوص تعیین محدوده حریم برای زمین‌های زراعتی و کشاورزی نص و روایت خاصی وجود ندارد و از نظر فقهی، دو دیدگاه عمده در باره آن، مطرح می‌باشند: دیدگاه حنفی‌ها و دیدگاه فقیهان دیگر. فقیهان حنفی در باره حریم زمین زراعتی دیدگاه منسجمی ندارند؛ امام ابوحنیفه حریم این نوع زمین را محدوده‌ای دانسته که بعد از زمین قرار دارد و آب زمین به آن نمی‌رسد؛ اما ابویوسف صدای انسان را معیار تعیین محدوده حریم زمین زراعتی دانسته‌است؛ یعنی اگر انسان از متهی‌الیه زمین صدا بزند و صدایش به هر جا رسید تا آن نقطه حریم این زمین محسوب می‌شود. (مجموعه من المؤلفین، ۱۹۹۰، ج ۱۷، ص ۲۱۹)

فقیهان شافعی، حنبلی و جعفری محدوده حریم زمین زراعتی را بر اساس احتیاجات آن تعیین نموده‌اند؛ یعنی انتفاع و بهره‌برداری از زمین‌های زراعتی نیازمند محدوده‌ای است که در آن، ابزار کشاورزی نگهداری شود، آبرفت زمین در آن جریان پیدا کند، کود زمین در آن انبار شود و امورد دیگری که مرتبط با امور زمین است، در آن انجام گردد. (البهوتی، ۱۴۰۲، ج ۴، ص ۱۹۲؛ الفیاض، ۱۴۰۱، ص ۱۴۸-۱۴۹) در حقوق افغانستان حریم زمین زراعتی مطرح نگردیده، به غیر از آنچه که در قانون مدنی تحت عنوان؛ حق مرور، حق مسیل و حق مجرا، مورد اشاره قرار گرفته است. (قانون مدنی افغانستان، ماده‌های ۲۳۵۱ و ۲۳۵۲)

۶-۸. حریم درخت

در باره حریم درخت، دو نوع روایت و حدیث نقل شده است؛ نوع اول روایتی که حریم درخت را پنج ذراع می‌داند. (سنن ابی داود، ج ۴، ص ۵۳). و فقیهان حنفی با استناد به این روایت، اندازه محدوده حریم درخت را پنج ذراع تعیین نموده‌اند. (مجموعه من المؤلفین، ۱۹۹۰، ج ۱۷، ص ۲۱۸) نوع دوم، روایتی است که حریم درخت را به مقدار امتداد ریشه‌ها و همچنین ارتفاع شاخه‌های آن، تعیین نموده است و فقیهان حنبلی با استناد به این نوع روایت، حریم درخت را به اندازه امتداد ریشه‌ها و ارتفاع

شاخه‌های آن دانسته‌اند. (البهوتی، ۱۴۰۲، ج ۴، ص ۱۹۲).

فقیهان مالکی و برخی فقیهان جعفری، احتیاج و مصلحت درخت را معیار تعیین محدوده حریم درخت دانسته‌اند؛ یعنی درخت برای سالم ماندن و حراست آن از آسیب‌های جانبی و همچنین انتفاع و بهره بردن از آن، نیازمند محدوده خاصی است و این محدوده که به نظر عرف و کارشناسان تعیین می‌گردد، حریم درخت محسوب می‌شود. (الفیاض، ۱۴۰۱، ص ۱۴۸؛ الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۵، ص ۵۶۸) البته دیدگاه دیگری نیز به مالکی نسبت داده شده که آنان، حریم درخت خرما را ده تا دوازده ذراع تعیین نموده‌اند. (مجموعه من المؤلفین، ۱۹۹۲، ج ۱۷، ص ۲۱۸) مشهور فقیهان جعفری حریم درخت را به مقدار امتداد ریشه‌ها و شاخه‌های آن در آخرین حد رشد تعیین نموده و همچنین محدوده‌ای را که برای رفت و آمد مالک آن نیاز باشد، نیز جزء حریم درخت برشمردند. (نجفی، بی تا، ج ۳۸، ص ۳۴) در حقوق افغانستان بحثی تحت عنوان حریم درخت یافت نشد.

نتیجه‌گیری

آن‌چه پیرامون حق حریم و مشروعیت آن نگارش یافت، معطوف به ارکان حق حریم، مبانی مشروعیت آن، مصادیق و محدوده حریم می‌باشد که از منظر فقه اسلامی و حقوق افغانستان مورد بررسی قرار گرفت و نتایج ذیل به دست آمد:

۱. با نگاه و توجه به ارکان سه‌گانه حق حریم، تفاوت آن با حق ارتفاق نمایان می‌گردد و میان حق حریم و حق ارتفاق سه تفاوت عمده وجود دارد.

۲. روایات و احادیث، ملکیت مالک و جلب منفعت و دفع ضرر، مبانی مشروعیت حق حریم را تشکیل می‌دهند.

۳. مصادیق حریم، آن‌گونه که در فقه به صورت گسترده مطرح گردیده، در حقوق و قانون افغانستان مورد توجه واقع نشده و احصا نگردیده‌است. با این وجود، مصادیق مستحدثه حریم، از قبیل؛ حریم سد و بند آب، حریم حوض و استخر و مانند آن، در قانون ذکر شده، اما در فقه مطرح نگردیده‌اند.

۴. دیدگاه سنتی فقه در باره تعیین محدوده حریم، بیشتر بر معیار اندازه‌های ذکر شده در روایات است که با شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی منطبق نبوده و مصادیق مستحذته حریم را پاسخگو نیست. اگر چنانچه محدوده حریم با معیارهای؛ نظر عرف، احتیاج و ضرورت برای انتفاع و دفع ضرر از ملک و مالک، تعیین مقدار گردد، شرایط زمانی و مکانی رعایت گردیده و مصادیق مستحذته حریم نیز پوشش داده خواهد شد.

۵. در باره تعیین مقدار و اندازه محدوده حریم، مذاهب فقهی دچار اختلاف هستند و نظرگاه واحدی ندارند. قانون و حقوق افغانستان نیز در این خصوص، با آنان همخوانی چندانی ندارد.

منابع

الف. منابع عربی

۱. ابن حجر الهیتمی. احمد بن محمد (۱۹۸۳). تحفه المحتاج فی شرح المنهاج، قاهره: مکتبه التجاریه الکبری.
۲. ابن حنبل، ابو عبدالله احمد بن محمد (۱۹۹۸). مسند احمد بن حنبل، بیروت: عالم الکتب.
۳. ابن عابدين الدمشقی الحنفی، محمد امین (۱۹۹۲). رد المحتار علی الدر المختار، ج ۶، بیروت: دارالفکر.
۴. ابن قدامه الجماعلی المقدسی الحنبلی، عبدالله بن محمد (۱۹۶۸). المغنی، ج ۵، قاهره: المکتبه القاهره.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق). لسان العرب، ج ۱۲، بیروت: دار صادر.
۶. ابن نجیم المصری، زین الدین بن ابراهیم (بی تا). البحر الرائق شرح کنزالدقائق، ج ۸، بیروت: دارالکتب الاسلامی.
۷. ابو عبدالله محمد بن عبدالرحمن الدمشقی العثماني الشافعی (بی تا). رحمه الامه فی اختلاف الائمہ، تحقیق: ابراهیم امین محمد، بیروت: المکتبه التوفیقیه.
۸. البارعی الزیلعی الحنفی، عثمان بن علی بن محجن (۱۳۱۳ ق). تبیین الحقائق شرح کنزالدقائق، ج ۶، قاهره: مطبعه الکبری الامیریہ.
۹. البغدادی الدار قطنی، ابوالحسن علی بن عمر (۲۰۰۴). سنن الدارقطنی، بیروت: مؤسسه الرساله.
۱۰. البهوتی، منصور بن یونس بن ادريس (۱۴۰۲ ق). کشف القناع عن متن الإقناع، بیروت: دارالفکر.
۱۱. الجوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۷۶ ق). الصحاح، ج ۱۸، بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۲. الحسینی العاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۹ ق). مفتاح الکرامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۳. الحمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ ق). شمس العلوم، تحقیق: حسین بن عبدالله عمری، یوسف محمد عبدالله و مطهر بن علی اریانی، ج ۳، دمشق: دارالفکر.
۱۴. الخطیب الشربینی، محمد (۱۹۹۴ م). مغنی المحتاج، ج ۳، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۵. الخوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ ق). جامع المدارک، ج ۵، قم: انتشارات اسماعیلیان.
۱۶. الراغب الاصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ ق). مفردات الفاظ القرآن، بیروت: دارالقلم.
۱۷. الزحیلی، وهبه (۱۹۸۵ م). الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۵، دمشق: دارالفکر للطباعة و التوزیع و النشر.
۱۸. الزیلعی، جمال الدین أبو محمد عبد الله بن یوسف بن محمد (۱۹۹۷). نصب رایه لاحادیث الهدایه، بیروت: مؤسسه الریان للطباعة والنشر.
۱۹. السرخسی، محمد بن احمد ابوسهل (۱۴۱۴ ق). المبسوط، ج ۲۳، بیروت: دارالمعرفه.
۲۰. السمرقندی، محمد بن احمد ابوبکر علاءالدین (۱۹۹۴). تحفه الفقهاء، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۱. السیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن ابی بکر (۲۰۰۰). الحاوی للفتاوی، ج ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۲. الشربینی، محمد (۱۴۱۵ ق). الإقناع، بیروت: دارالفکر.
۲۳. الشیبانی، محمد بن حسن بن فرقد (بی تا). المبسوط، کراچی: اداره القرآن و العلوم الاسلامیه.
۲۴. الشیخ نظام و جماعه من علماء الهندیه (۱۹۹۱). الفتاوی الهندیه فی مذهب الامام الاعظم ابی حنیفه النعمان، ج ۵، بیروت: دارالفکر.
۲۵. الشیرازی، ابراهیم بن علی بن یوسف (بی تا). المذهب فی فقه الامام الشافعی، بیروت: بی نا.

۲۶. الصاوی المالکی، ابوالعباس، احمد بن محمد (بی تا) بلغه السالک لاقرب المسالک، ج ۴، بیروت: دارالمعارف.
۲۷. الطبرانی، سلمان بن احمد (۱۹۹۴). المعجم الكبير، قاهره: مكتبة ابن تيميه، دوم.
۲۸. الطوسي، محمد بن حسن (۱۴۰۱۷ ق). الخلاف، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۲۹. العثماني التهانوي، ظفراحمد (۱۴۱۵ ق). إعلاء السنن، كراچی: اداره القرآن و العلوم الاسلاميه.
۳۰. الغيتابی العینی الحنفی، ابو محمد محمود بن احمد (۲۰۰۰). البنايه شرح الهدايه، ج ۱۲، بیروت: دارالکتب العلميه.
۳۱. الفياض، محمد اسحاق (۱۴۰۱ ق). الاراضی، بغداد: المكتبة الوطنية.
۳۲. القرويني، ابو عبدالله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، بیروت: دارالفکر، بی تا.
۳۳. الکاساني، علاء الدين (۱۹۸۲). بدائع الصنائع فی ترتيب الشرائع، ج ۶، بیروت: دارالكتاب العربی.
۳۴. مالک بن انس (۱۹۹۴). المدونه الكبرى، بیروت: دارالکتب العلميه.
۳۵. مجموعه من المؤلفين (۱۹۸۳). الموسوعه الفقهيه الكويتيه، ج ۲، کويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.
۳۶. مجموعه من المؤلفين (۱۹۹۰). الموسوعه الفقهيه الكويتيه، ج ۱۷، کويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.
۳۷. محقق الحلی، نجم الدين جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). شرائع الاسلام، ج ۳، قم: مؤسسه اسماعيليان.
۳۸. الموصلى البلدحی الحنفی، عبدالله بن محمود (۱۳۵۶ ق). الاختيار لتعليل المختار، ج ۳، قاهره: مطبعة الحلبي.
۳۹. النجفی، شيخ محمد حسن (بی تا). جواهرالكلام، ج ۳۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۰. النووی الشافعی، محیی الدين ابو زکریا (۱۴۰۵ ق). روضه الطالبين و عمدہ المفتين، بیروت: المكتب الاسلامي.

ب. منابع فارسی

۴۱. مقررہ بستر و حریم منابع آب و تأسیسات آبی (۱۳۹۶). جریده رسمی، نمبر (۱۲۸۰).
۴۲. قانون مدنی افغانستان (بی‌تا). جریده رسمی (به ضمیمه تعدیلات سال‌های ۱۳۵۶ تا ۱۳۶۶)، نمبر (۱).
۴۳. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، تهران: انتشارات طه، ۱۳۷۸.
۴۴. جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه، قم: مؤسسه دارالمعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۴۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، ۱۳۸۸، ششم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۴۶. قانون تنظیم امور زمینداری (۱۳۹۶). جریده رسمی، نمبر (۱۲۵۴).



حمایت جزایی از حقوق کارگر در فقه و حقوق افغانستان

محمد عیسی هاشمی^۱

عطاالله عطایی^۲

۱. دکتری فقه قضایی، استاد دانشگاه بین المللی المصطفی (ص) - افغانستان. ایمیل: d.m.eisa.mohammadi@gmail.com
۲. ماستری فقه قضایی (نویسنده مسؤول)

چکیده

در این پژوهش، به بررسی حمایت از حقوق کارگر به عنوان حقوق طبیعی افراد در آموزه‌های اسلامی در فقه و حقوق افغانستان پرداخته شده و از زاویه‌های گوناگونی مثل رابطه کارگر و کارفرما بر مبنای اصل تعاون، روابط بدون بهرکشی، حقوق اجتماعی مساوی، ایجاد فرصت برابر برای انتخاب شغل مناسب برای افراد، ضرر و زیان‌های ناشی از کار، بیمه و تأمین سلامت کارگران، دستمزد و مزایای مناسب و... براساس آموزه‌های اسلامی مورد تحقیق و تبیین قرار گرفته و ضرورت نظارت و مداخله دولت در روابط کارگر و کارفرما و همچنین تأکید بر افضل بودن کرامت انسانی، به انضمام مطابقت بیشتر مواد قانون کار افغانستان با موازین فقه و از همه مهم‌تر، رفع تبعیض و از بین بردن فاصله بین حقوق کارگران و کارمندان و فاصله طبقاتی زندگی آنها با سایر اقشار اجتماع از طریق ایجاد قوانین یگانه که در برگیرنده تساوی حقوق کارگران و کارمندان بوده باشد، قرار گرفته است. این حمایت از کارگر به عنوان حقوق طبیعی افراد، در قوانین اساسی کشورها تجلی یافته، دین مترقی اسلام،

قرن‌ها پیش از به وجود آمدن مفهوم حقوق کار، با شناخت ارزش و اهمیت این امر، حقوق کار و کارگر را به رسمیت شناخته و البته بر خلاف دیدگاه مادیگرایان که کارگر را فقط ابزار می‌داند، اسلام کارگر را مجاهد فی سبیل الله می‌داند و برای کار و تلاش او علاوه بر ارزش‌های مادی، پاداش الهی نیز قائل است، مضاف بر اینکه در این مقاله به حمایت از حقوق کارگر در فقه و حقوق جمهوری اسلامی افغانستان در مقایسه آن با فقه امامیه و حنفیه پرداخته شده و زوایای تاریک و روشن این قضیه را واکاوی و بررسی کرده و در نهایت راه کارهای اساسی را جهت رفع تنگناها و نارسایی‌ها ارائه خواهیم داد.

واژگان کلیدی: حمایت، جزا، حقوق کارگر، فقه، حقوق

مقدمه

مسأله حقوق کارگر، همواره مورد بحث و بررسی و دقت نظر بوده است؛ زیرا این امر یکی از مهم‌ترین موضوعات و مسائل جامعه بشری به شمار می‌آید. در حقیقت، این مسأله جزو زیر ساخت‌های نظام اجتماعی است، از این رو، برای حل آن، تئوری‌ها، اصول و قواعد متعددی پدید آمده و قوانین زیادی وضع شده است. دین اسلام به دلیل این که یک نظام و برنامه الهی برای زندگی است، اهمیت و علاقه‌مندی فراوانی برای حل مشکل حقوق کارگر نشان می‌دهد. در ذیل به طور خلاصه، بحث خواهیم کرد که چگونه اسلام به موضوع کار و کارگر و تأمین حقوق توده‌های زحمتکش در جامعه، پرداخته است. با این حال با بررسی دیدگاه‌های فقهای اسلام در مورد شأن و منزلت و حقوق کارگر مخصوصاً از آن جهت که به عنوان اسلام شناس و فقه و رهبران جامعه، عملاً رهبری جامعه اسلامی را بر عهده داشتند و در شناخت رویکرد حکومت اسلامی به حقوق کارگر از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. حضرت علی (ع) از اصول و موازین دین مبین اسلام، از کار و تلاش در مسیر احیاء و آبادانی جامعه دریغ نکرده و مزارع و باغ‌های متعددی را احیاء و آباد کرد و در مدت امامت خویش نیز از کار غافل نگشت. لذا کار و کارگر از جایگاه رفیع و بلند برخوردار بوده و دولت و حاکمان باید برای حفظ و حرمت کارگر و حقوق آن‌ها تلاش ورزند.

حمایت جزایی از حقوق کارگر، در فرهنگ اسلامی، مایه استقلال، سربلندی، عزت، عظمت، قدرت و نشاط مسلمانان و دوام و بقای جامعه اسلامی دانسته شده و از اهمیت بسزای برخوردار است. در منابع اسلامی، آیات و روایات بسیاری در بیان اهمیت و ارزش کار و ارج نهادن به تلاش جهت تأمین معاش و کسب روزی حلال وجود دارد؛ از جمله در قرآن کریم در آیه ۳۹ سوره نجم می‌فرماید: «وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى».

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. حمایت

حمایت در لغت به معنای پشتیبانی، جانبداری، حفاظت، حفظ، دفاع، طرفداری، مدد، مظاهرت، نگهبانی، هواخواهی، هواداری و یاری می‌باشد (دهخدا، ۱۳۴۲، ج ۲،

ص ۱۲۳۲).

در فقه حمایت به گونه خاص تعریف نشده ولی آنچه که مترادف آن گرفته شده همین خفاره و تلجئه است که به معنای کمک و همکاری نمودن به قبیله یا گروهی صحرا نشین که جای ثابت نداشته باشند بیان شده است (خلیل، کتاب العین، ۱۴۰۵). به معنای تلجئه نیز گفته شده که در سه قرن اول هجری به عملی می‌گفتند که در آن فردی که دارای مقام و مرتبه اجتماعی پائین‌تری بود، دارایی و اموال خویش را به فردی در مقام و جایگاه بالاتر، می‌سپرد (خوارزمی، ج ۱، ص ۶۲).

۲-۱. مفهوم جزا

جزا در لغت به معنای پاداش، سزا، و مکافات، خواه در خیر باشد یا در شر، آمده است. عوض نیکی یا بدی نیز آمده است و همچنین به معنی پاداش نیکی و کیفر بدی دادن گرفتن، بخشیدن، یافتن، دادن و کردن بکار می‌رود (دهخدا، ج ۲، ص ۱۴۵۶). جزا در اصطلاح فقهی عبارت است از هر نوع عملی که در شرع ممنوع و دارای کیفر دنیوی، همچون حدّ، تعزیر، قصاص، دیه و کفاره و یا اخروی باشد؛ خواه در ارتباط با خود مجرم باشد، مثل ترک نماز و روزه و نوشیدن شراب و یا در ارتباط با دیگری، چون ضرب و جرح و کشتن کسی، لذا جزا در فقه مترادف کلمه معصیت بیان می‌شود (نجفی، معجم فقه الجواهر، ص ۴۷۸).

در اصطلاح حقوقی، جزا عبارت از رشته‌ای از حقوق عمومی است که حاوی قواعد و قوانینی می‌باشد که انواع جرم و اجرای مجازات را در کشور، تنظیم و تنسیق می‌کند و هدف آن جلوگیری از عملیاتی است که مخل نظم اجتماعی محسوب می‌شوند؛ و به دو قسمت حقوق شکلی جزا و حقوق ماهیتی جزاء گویند. (علی‌آبادی، حقوق جزا و قانون مجازات عمومی و حقوق جنائی، ج ۱، ص ۴۵).

۳-۱. مفهوم حقوق

حق در لغت به معنای راست و درست ضد باطل قرار می‌گیرد، حق به معنای راستی و درستی و حقیقت نیز می‌باشد، عدل و انصاف، نصیب، بهره و دست مزد، سزاوار و شایستگی، ملک و مال و همچنین حق از اسامی خداوند (ج) است که به

معنای اسلام و قرآن نیز بکار رفته است (راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، ص ۱۳۳۲). حق یک واژه عربی بوده و مفهوم ثبوت و وجوب را افاده می‌کند و اینک قرار ذیل از دیدگاه قرآن بیان می‌شود. حق به معنای وجوب آمده است. چنانچه خداوند (ج) می‌فرماید: «لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ» (یس، آیه ۷) هر آینه وعده عذاب ما بر اکثر آنان چون ایمان نمی‌آورند واجب و لازم گردید.

حق به معنای خاص فقهی، نوعی سلطه قراردادی است بر عین مانند حق تحجیر و رهن یا بر انسانی دیگر مانند قصاص و حضانت یا بر امری اعتباری مانند حق خیار در عقد است بر این اساس، حق نوعی ملکیت است که گاه از آن به ملکیت نارسیده تعبیر شده و همچنان که مالکیت بر منافع مرتبه‌ای ضعیف‌تر از ملکیت بر عین به شمار می‌رود (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۱۳). گاهی حق نزدیک به معنای لغوی تعریف شده یعنی هر امر ثابت یا به معنای هر چیزی که شارع جعل و وضع کرده است و مفاهیم مانند حکم، عین، منفعت و حق به معنای خاص را شامل می‌شود.

۴-۱. مفهوم کارگر

کارگر در لغت به معنای شاغل، کارکننده، کسی که رنج می‌برد و زحمت می‌کشد. در بند و بست کارها؛ و یا کسی که کاری انجام دهد (دهخدا، ص ۱۴۲۰). از این لحاظ، برخورداری از موارد حمایت کارگران که در قانون کار مقرر شده است، در درجه اول نیازمند تعریف کارگر و شناخت گستره مفهومی آن در قوانین مرتبط می‌باشد. به همین دلیل است که قانون کار به تعریف کارگر پرداخته و مفهوم کارگر را مورد تحلیل قرار داده است.

کارگر از لحاظ فقه و قانون به شخصی گفته می‌شود که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی، اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می‌کند (جعفری، ۱۳۷۶، ص ۲۰۳). با توجه به تعریف مذکور، می‌توان گفت هر کس کار می‌کند کارگر است؛ با این حال مفهوم کارگر در گذشته شامل افرادی می‌شد که به انجام کارهای عضلانی و جسمی همچون کشاورزی و باربری می‌پرداختند؛ اما در حال حاضر از نظر مفهومی کارگر کسی است که به انجام کار می‌پردازد و واژه کار

را می‌توان در مورد تمامی فعالیت‌های ارادی انسان به کار برد (طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۴۹۸).

۲. حمایت جزایی از حقوق کارگر در فقه امامیه

۲-۱. حمایت از آزادی کارگر برای برگزیدن کار

بخش اصیل آزادی بشر و مراعات اختیار و آزادی او در انتخاب شغل، شیوه‌های تحمیل و اجبار و بیگاری را محکوم می‌کند. اسلام رضایت فرد را در روابط اقتصادی لازم می‌شمارد: «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منکم»: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید؛ مگر اینکه تجارتی با رضایت شما انجام گیرد. درست است که هر انسانی باید کار کند، انتخاب نوع کار بنابر اصل آزادی انسان به رأی و اختیار او مربوط است. رسول خدا (ص) در نامه به عبدالله بن جحش تأکید کردند که کسی را با اکراه به کار وادار مکن (سبحانی، ۱۳۶۳، ص ۳۸۸).

در زمان خلافت علی (ع)، مردم یکی از مناطق اسلامی خدمت آن حضرت شرفیاب شدند و چنین عرضه داشتند در سرزمین ما نه‌ری است که گذشت زمان و حوادث روزگار آن را پر کرده و ما را از فوائد آن محروم نموده است. هرگاه دوباره آن نه‌ر کنده شود در آبادی سرزمین و رونق زندگی ما تأثیر بسزائی خواهد داشت. آن گاه از حضرت تقاضا کردند که به حاکم خود که در آن ناحیه فرمانروایی داشت، فرمان دهد تا از راه بیگاری گرفتن مردم و تحمیل به کار اجباری به حفر دوباره آن نه‌ر خراب شده اقدام بنماید. امیر مؤمنان (ع) چون درخواست ایشان را شنید، کمی فکر کرد و سپس نسبت به تجدید حفر نه‌ر ابراز علاقه نمود؛ ولی با موضوع بیگاری و کار اجباری با اینکه مورد علاقه درخواست کنندگان بود، موافقت نفرمود و نامه‌ای به این مضمون برای «قرطبه بن کعب» حاکم آن ناحیه نوشت: گروهی از حوزه مأموریت تو نزد من آمدند و گفتند که ایشان را نه‌ری است که متروک شده و اگر آن را حفر و استخراج کنند، سرزمین‌هایشان آباد خواهد شد و به پرداخت تمام مالیات و خراجشان قدرت خواهند یافت و درآمد بیت المال مسلمان‌ها از ناحیه ایشان فزونی خواهد گرفت. آن‌ها از من

درخواست کردند که نامه‌ای برای تو بنویسم تا آنان را به کار بگماری و به کندن نهر و تأمین هزینه آن مجبور سازی؛ لیکن «لست آری ان اجبر احدا علی عمل یکرهه»: من صحیح نمی‌دانم کسی را به کاری که دوست ندارد و دارم و به بیگاری و کار اجباری تحمیل نمایم (محمودی، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۳۵۹).

در حدیث معروف نبوی: «رفع عن امتی تسعه أشیاء الخطأ و النسیان و ما أکرهوا علیه...» (فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۷). نیز هرگونه عملی که بر اکراه و اجبار مبتنی باشد، فاقد اثر حقوقی و قانونی دانسته شده است. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان نیز به طور صریح به حمایت از حقوق و آزادیهای مربوط به کار و کارگر توجه نشان داده است. در اصل ۲۸ این قانون تصریح شده است که: هرکس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.

در ماده ۶ قانون کار تصریح شده است که: «اجبار افراد به کار معین و بهره‌کشی از دیگری ممنوع و مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها سبب امتیاز نخواهد بود و همه افراد اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و هر کس حق دارد شغلی را که به آن مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند». با مطالعه آرای امام خمینی نیز درمی‌یابیم که ایشان نه تنها قائل به آزادی افراد در انتخاب شغل بوده و این امر را جزو بدیهیات تلقی می‌کرده‌اند؛ بلکه حتی فراتر از این، حقوق صنفی قشر کارگر را نیز به رسمیت شناخته و چنین بیان کرده‌اند: «کارگران محروم و متدین، به آنها حق داده می‌شود که به هر شکل ممکن به دور هم جمع شوند و مسائل و مشکلات خود را بررسی کنند و در نتیجه دولت را در جریان مسائل خود قرار دهند و نیز از حقوق صنفی خود دفاع کنند» (امام خمینی، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۱۳۹). واضح است کسی که برای کارگر چنین حقوقی قائل است به طریق اولویت وی را در انتخاب شغل نیز محق می‌داند.

۲-۲. حمایت از به دست آوردن دریافت مزد متناسب کارگر

ماده ۳۵ قانون کار در تعریف مزد مقرر می‌دارد: «مزد عبارت است از وجوه نقدی یا غیرنقدی و یا مجموع آنها که در مقابل انجام کار به کارگر پرداخت می‌شود». از دیدگاه فقه اسلامی بر صاحب کار واجب است دستمزد عادلانه‌ای به کارگر پرداخت کند؛ اگرچه کارگر به دلیل اضطرار و یا جهل به ارزش کار خود به دستمزدی کمتر از ارزش عادلانه کارش راضی باشد. این حکم مفاد آیه ۸۵ از سوره اعراف در قرآن مجید است که می‌گوید: «و لا تبخسوا الناس اشیاءهم» (اشیای مردم را از ارزش نیندازید)؛ یعنی ارزش هر آنچه را متعلق به انسان است و او می‌تواند آن را در معرض نقل و انتقال قرار دهد به خود او بپردازد. این کلمه «اشیاء» از عمومی‌ترین مفاهیمی است که شامل هر گونه کار (کارهای فکری و کارهای عضلانی) و هر آنچه می‌تواند مفید باشد می‌شود؛ هم چنین وجوب پرداخت ارزش عادلانه کار شامل همه موارد است؛ خواه کارگر به قیمت عادلانه کار خود آگاه باشد یا نه و نیز وجوب پرداخت قیمت عادلانه کار شامل آن مواردی است که کارگر برای کار با دستمزد مقرر، مجبور یا مضطر شود و یا مورد اکراه قرار بگیرد. (علامه جعفری، ۱۳۷۶، ص ۲۰۳).

بر این امر علاوه بر این آیه، می‌توان به حدیث «لا ضرر و لا ضرار» نیز استناد کرد که مبنای فقهی مسائل مهمی است. یکی از فقیهان معاصر در پاسخ به سؤالی مبنی بر اینکه: «کارفرمایی شخصی را به کار گماشته است و از بی اطلاع بودن کارگر نسبت به ارزش و مقدار حقوقش استفاده کرده و حقوق و مزد کمتر از نصف حقوق کارکنان هم ردیف او داده است؛ آیا کارفرما نسبت به مزد واقعی این کارگر مدیون است؟» چنین فتوا داده است که: «در فرض مرقوم کارگر حق مطالبه اجرت المثل کار و عمل خود را دارد و کارفرما باید اجرت المثل به او بدهد؛ مگر اینکه در ابتدای کار با هم توافق کرده باشند که با توافق و معلوم شدن مغبون بودن، کارگر خیار غبن دارد و با فسخ باز به اجرت المثل برمی‌گردد» (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۳۳۸).

در تحریرالوسیله نیز در فرض مغبون شدن شخص، خیار غبن را برای وی ثابت دانسته است. هم چنین ایشان درباره پرداخت حقوق عادلانه به کارگران چنین

مینگارند: کارفرمایانی را که حقوق کارگران را (به طور مناسب و کامل) نمی‌پردازند (باید) به تکالیف خود آشنا نمود تا خود را به رسیدگی مکلف بدانند و یا از صحنه خارج شوند... باید دستمزدها پس از رسیدگی به وضع کارخانجات افزایش یابد تا آنان از کمبودهای زندگی نجات یابند و مثل سایرین بتوانند در محیطی آزاد و مرفه زندگی کنند (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۳۳۸).

۳-۲. حمایت از تعیین حقوق قبل از شروع به کار

روایاتی می‌باشد که بر وجوب تعیین میزان دستمزد کارگر قبل از به کارگیری وی دلالت می‌کند. از پیامبر اسلام (ص) روایت شده است که فرمودند: «من کان يؤمن بالله و الیوم الآخر فلا یستعملن أجیرا حتی یعلم ما أجره» (طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۲۱۲). کسی که به خدا و روز قیامت ایمان دارد، کارگری را به کار نمی‌گیرد مگر اینکه (قبل از کار) مزد وی را تعیین کرده باشد. در روایت دیگری حضرت فرموده‌اند: «من استأجر أجیرا فلیعلمه أجره» (محدث نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ص ۲۹) هرکس کارگری را به کار بگیرد، باید میزان مزد وی را (قبل از کار) به او بگوید.

از امام صادق (ع) نقل شده است که: «نهی رسول الله (ص) أن یستعمل أجیر حتی یعلم ما أجرته» (ابن بابویه، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۱۰). پیامبر اسلام (ص) از به کارگیری اشخاص قبل از معین شدن اجرت آنان نهی فرمودند.

فقه‌های امامیه با توجه به احادیثی از این قبیل مشخص بودن مقدار حمایت و میزان اجرت را از شرایط صحت اجاره دانسته‌اند.

۴-۲. حمایت حق استفاده از تعطیلات و مرخصی‌ها

اصالت رشد و تعالی انسان و اولویت ارتقای معنوی از دید اسلام ایجاب می‌کند که هر فرد در عین اشتغال کامل برای تأمین زندگی، وقت و فرصت کافی برای خودسازی معنوی و سایر وظائف سیاسی اجتماعی نیز داشته باشد و با آموزش و آگاهی بیشتر و کسب مهارت و ابتکار به منظور رسیدن به توان بیشتر کاری و افزایش سطح بازدهی شغلی خویش، علم و توانایی و سایر فضائل انسانی را به میزان بالاتر در خود احیا و به کمال رساند. قرآن فدا کردن رشد و تکامل معنوی و فضائل انسانی به بهای اشیاع

تمایلات مادی را ایشار دنیا بر آخرت و مبادله آن دو می‌نامد: «بل تؤثرن الحیاء الدنیا و الآخره خیر و ابقى» (اعلی، آیه ۱۶). وقت و توان انسان متعلق به همه ابعاد نیازهای اوست.

به کارگیری این توان محدود در مورد بخش خاصی از نیازها ظلم به خویش و تعدی به حق خداست. از مهمترین نیازهای انسان و خواسته‌های خدا، خودسازی و تخلیق به اخلاق الله و تعلم و کسب توانایی بیشتر و ایجاد زمینه‌های مهارت و ابتکار و شرکت فعال در رفع نیازهای سیاسی و اجتماعی جامعه و مشارکت در رهبری کشور و حضور در صحنه‌های اجتماع و سنگرهای جهاد است. از پیامبر اکرم (ص) روایت شده است که هر کسی که کارگری را به کار می‌گیرد اگر از حضور وی در نماز جمعه جلوگیری کند گناه کار است؛ ولی هرگاه به او اجازه شرکت در نماز دهد در ثوابش شریک خواهد بود. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۹، ص ۱۰۵).

براساس آموزه‌های اسلامی در هیچ کاری افراط و تفریط پسندیده نیست. از حضرت علی (ع) روایت شده است که: «لا یری الجاهل إلا مفراطاً أو مفرطاً» (نهج البلاغه، حکمت ۶۷) هر فرد در زندگی خود علاوه بر کار به استراحت، خودسازی، فراگیری مسائل دینی و اجتماعی نیازمند است؛ از این رو طبق آموزه‌های اسلامی شایسته است اوقات زندگی هر کس مطابق نیازهای او، چون کار، استراحت، عبادت و تفریح تقسیم شود. امام خمینی در این باره می‌فرماید: قرآن مشتمل بر همه چیز است... همان طوری که آدم همه چیز است: معنویت دارد، مادیت دارد، ظاهر دارد، باطن دارد، قرآن کریم هم که آمده است این انسان را بسازد؛ همه ابعاد انسان را می‌سازد؛ یعنی کلیه احتیاجاتی که انسان دارد... اسلام... همه چیزهای انسان را می‌سازد؛ هم انسان را از حیث عقل می‌سازد؛ هم انسان را از حیث اخلاق و تهذیب اخلاق می‌سازد؛ هم انسان را از حیث ظاهر و آداب ظاهری می‌سازد؛ هم در همه اموری که انسان به آن احتیاج دارد، اسلام دخالت دارد؛ مثل حکومت‌ها نیست که فقط در امور مثلاً اجتماعی، سیاسی، دخالت داشته باشند (امام خمینی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۴۴۸).

۳. حمایت جزای از حقوق کارگر در فقه حنفیه

۳-۱. حمایت جزای از دستمزد عادلانه و متعارف

دستمزد و اجرت، همان نقطه اصلی و محوری در رابطه کارگر است. دستمزد را می‌توان این گونه تعریف کرد: مقدار مالی که مورد توافق دو طرف قرار گرفته است که کارفرما در ازای انجام دادن کاری به کارگر، پرداخت می‌کند. بنابراین، دریافت دستمزد حق قانونی کارگر است، به دلیل این که کارگر به خاطر اجرت و مزد کار می‌کند، مزد یک خواسته و مطلوب او است تا نیاز زندگی خود را برآورده سازد. در نتیجه، اجرت باید آبرومندانه، مناسب حال کارگر، غیرمجانمی و در قبال انجام کاری باشد تا نیازها و احتیاجات او را کفایت کند.

اجرت و دستمزد متعارف، آن است که کارگر بتواند با آن، زندگی قابل قبولی؛ از قبیل غذا، لباس و مسکن را تهیه بکند. از آیه قرآن؛ نیز می‌توان دستمزد متعارف را شناسایی و استنباط کرد، قرآن می‌فرماید: «إِنَّ لَكَ أَلَّا تَجُوعَ فِيهَا وَ لَا تَعْرَىٰ وَأَنَّكَ لَا تَظْمَأُ فِيهَا وَ لَا تَضْحَىٰ» (طه، آیه ۱۱۸) «برای تو، این است که در آن (بهشت)، گرسنه و برهنه نخواهی شد؛ و در آن، تشنه نمی‌شوی و حرارت آفتاب آزارت نمی‌دهد».

پیامبر خدا هم می‌فرماید: «أَطْعَمُوا الْخَدَمَ وَ الْعَبِيدَ وَ الْبُسُوهُم كَمَا هُوَ مَأْلُوفٌ» (البخاری، بی‌تا، ص ۳۸، حدیث شماره ۱۵). «به خدمتکاران و بردگان، آن گونه که در جامعه، معمول و رایج است، غذا و لباس بدهید.» حدیثی که پیش از این ذکر شد، تصریح می‌کند که کارفرما باید به کارگر یا خدمتکارش از غذایی که خودش می‌خورد، بخوراند و درست مثل آن لباسی را که خود، می‌پوشد، به او بپوشاند.

بنابراین، اجرت متعارف، حداقل دستمزدی است که نیاز را برآورده کند، به اضافه آن مقداری که طبیعت کار، آن را با توجه به کیفیت فنی تکنیکی، پیشرفت کار و تولید، سود و درآمد آن شغل، اقتضا می‌کند (که کارفرما باید به کارگر پاداش و جایزه بدهد). یک سری امکانات دیگری؛ مانند تسهیلات مسکن، درمان، آموزش، تفریح و... هم باید در کنار دستمزد، در اختیار کارگر قرار گیرد (علامه مفتی، ۱۳۹۵).

در حقوق کار، برای تعیین میزان دستمزد، دو سطح کاملاً متفاوت فرض می‌شود:

الف. حد اقل دستمزد؛ یعنی دستمزدی که نیازهای اولیه کارگر را برآورده کند.

ب. حد اکثر دستمزد، همان میزان ایده آل و کاملی است که در پرکردن شکاف و کم کردن فاصله سطح زندگی کارگر و کارفرما، تأثیر می‌گذارد. دستمزد واقعی، آن است که میان این دو حد قرار بگیرد و دستیابی به آن، از طریق تأثیر متقابل عرضه و تقاضا، نسبت رشد و توسعه اقتصادی، سطح آگاهی اخلاقی در جامعه اسلامی و میزان قدرت دولت صورت می‌گیرد.

۲-۳. حمایت جزای از تعیین دستمزد صریح

کارفرما نمی‌تواند، پیش از آن که مقدار و میزان مزد کارگر را تعیین کرده باشد و او با طیب خاطر به آن مزد، رضایت داده باشد، وی را استخدام نماید. همچنین کارفرما، مجاز نیست که با سوء استفاده از شرایط و موقعیت بد کارگر، او را مطلقاً از تعیین و اختصاص مزد معین و مورد رضایتش محروم نماید. پیامبر خدا (ص) از استخدام و به کار گماردن کارگر، پیش از تعیین و تثبیت مزد او، نهی کرده است (البیهقی، ۱۴۰۸، ج ۹، ص ۳۹). «انس» می‌گوید که رسول خدا (ص) به هیچ کارگری، مزد کم نمی‌داد (البخاری، بی‌تا، ج ۱، حدیث ۲۱۰۵). بنابراین، روشن است که دستمزد باید، معلوم و متعارف بوده و با رضایت کارگر، تعیین و مشخص شده باشد.

۳-۳. حمایت جزای در صورت عدم پرداخت مزد

به تأخیر انداختن دستمزد کارگر یا عدم پرداخت آن، به هیچ وجه جایز نیست. مفهوم سخن پیامبر (ص) نیز این مسأله را تأیید می‌کند که فرمودند: «إدفعوا أجره الأجیر قبل أن یجف عرقه» (ابن ماجه، بیهقی، ۱۴۰۹، ج ۹، ص ۴۱)، مزد کارگر را قبل از آن که عرقش خشک شود، بپردازید. همچنین در حدیث دیگری آمده است: «إن الله سوف یخاصم ثلاثة یوم القیامة... و الثالث هو الذی یتأجر الأجیر و یشغله کاملاً، ثم لا یدفع له أجره» (البخاری، بی‌تا، ص ۵۳۶، حدیث ۲۲۷۰) خداوند، در روز قیامت با سه گروه دشمنی خواهند کرد... و سومی آنها کسی است که کارگری را به کار می‌گیرد، او را کاملاً مشغول نموده و تمام وقتش را می‌گیرد. آن گاه مزد وی را نمی‌پردازد؛ بنابراین، در جامعه اسلامی به تأخیر انداختن پرداخت مزد کارگر یا عدم پرداخت آن به هر

بهبانهای که باشد، از آن منع شده است.

۴-۳. حمایت جزای از تحت فشار بودن کارگر

اسلام، همان طوری که از استثمار کارگر به شدت، نهی می‌کند؛ از تحت فشار قرار دادن او در کار یا به کارگماردن او در ساعات بیش‌تر و طولانی‌تر و یا وادار کردن وی به کاری که توانایی انجام آن را ندارد نیز نهی می‌کند. از پیامبر اکرم نقل شده است که فرمودند: «لا تحملوهم مایشق علیهم، فإن فعلتم فأعینوهم» (همان، حدیث ۲۲۸) «آنان را به چیزی که برایشان سخت و دشوار است، وادار نکنید، اگر چنین کردید، به آنان یاری رسانید.» از مفهوم این حدیث، چنین برمی‌آید که کارفرما باید در کارهای سنگین و طاقت فرسا، با افزایش ماشین آلات، وسایل و ابزارهای لازم و یا با اضافه کردن مزد به کارگر کمک نماید. در حدیث دیگری آمده که مضمون و محتوایش چنین است: بر کارفرما لازم است آنچه را که کارگر به آسانی از عهده انجام دادنش برمی‌آید، از او بپذیرد و استخدام او در کارهایی که به صحت و سلامتی وی ضرر می‌رساند، جایز نیست (ابن ماجه، ص ۴۱) به همین ترتیب، از حدیث فوق، استفاده می‌شود که هنگام استخدام کارگر باید توانایی او در انجام کار، سلامت و امنیت بهداشتی وی در جریان کار، مورد توجه قرار بگیرد. همچنان که ساعات کار باید مناسب باشد و به سلامت و امنیت بهداشتی و روانی کارگر، زیان و آسیب نرساند.

۴-۵. حمایت جزای از حقوق کارگر در صورت خسارات مالی

کارفرما حق ندارد که خسارت‌های غیر عمدی را که در جریان کار حادث می‌شوند، بر کارگر تحمیل کند. ابن حزم می‌گوید: جریمه یا مجازات کردن کارگر (فرق نمی‌کند که این کارگر شریک باشد، یا اجیر و کارگر روز مزد) به علت زیان و خسارتی که در جریان کار به تولید وارد کند، جایز نیست؛ مگر این که با شهادت شهود ثابت شود که او از روی عمد و قصد، خسارت وارد کرده است. در غیر این صورت، شهادت کارگر به همراه قسم، بربرأت و بیگناهی او پذیرفته می‌شود (ابن حزم الاندلسی، ۱۴۲۱، ج ۷، ص ۲۸)

فقیهان مسلمان، از جمله، امام ابوحنیفه و امام مالک اجماع دارند، براینکه که خدمتکار یا اجیر، در آن زمانی که به ازای مزد معینی کار می‌کند، به واسطه از بین بردن یا

خسارت وارد کردن به کالا و یا ابزار تولید، جریمه کردن او جایز نیست؛ مگر آنکه مدرک و دلیلی بر اقدام عمدی و ارادی او، براینکه امر به دست آید.

۳-۶. حمایت از پرداخت حقوق سالمندی کارگر

کسی که دوران جوانی اش را در کار سپری می‌کند، در پیری و سالمندی، مستحق دریافت مخارج و هزینه‌های زندگی خواهد بود و این امر، جزو حقوق اولیه او محسوب می‌شود. در این جا راه‌های متعددی وجود دارد که بیان کردن آنها به حسب شرایط پرداخت حقوق سالمندی، امکان پذیر است:

الف. تأسیس صندوق پس انداز جاری مطابق مقررات اسلامی

ب. پرداخت حقوق سالمندی باید با هماهنگی کارفرما و دولت صورت بگیرد. ممکن است، مشارکت کارفرما در به عهده گرفتن حقوق سالمندی، بخشی از آن صندوق را تشکیل بدهد و بخش باقی مانده را دولت تضمین می‌کند؛ به اختصاص بخشی از زکات چنان که دولت می‌تواند، مقدار زیادی از زکات را برای تأمین احتیاجات و نیازهای خانواده‌هایی که در فقر و تنگنا زندگی می‌کنند، یا کسانی که درآمد قابل ملاحظه‌ای برای جیره روزانه خود، در دوران پیری‌شان ندارند؛ اختصاص بدهد (ترمذی، ص ۳۴۲).

۳-۷. مسولیت دولت در قبال کارگر

در این جا دولت علاوه بر فراهم آوردن امنیت داخلی و دفاع در برابر تهدید خارجی، شماری از بخش‌های اقتصادی دولت را در زمینه برقراری عدالت و جلوگیری از بروز ناامنی و برقراری آرامش اختیارت آن قبل گسترش می‌دانند مانند:

۱. مسولیت دولت، در نظام اسلامی مطلق و غیر مقید است قسمیکه پیامبر (ص) می‌فرماید: «کلکم راع و کلکم مسول عن رعیتة فالامام راع و هو مسوول عن رعیتة...» ابن عقیل در الفنون گفته: مبنای عملکرد نظام سیاسی اسلامی احتیاط و دوراندیشی می‌باشد و هیچ پیشوای نیست که به آن اشاره نکرده باشد.

امام شافعی می‌گوید: سیاستی که موافق شرع نباشد پذیرفته نیست و نیز گفته: سیاست راهبردی است که به سبب آن انسان به سعادت و خوشبختی نزدیکتر و از تباهی فاصله می‌گیرند هرچند آن راهبرد را پیامبر وضع نکرده و وحی نباشد. اگر

منظور از عبارت «مگر با موافقت شرع» این است که مخالف شرع نباشد حرفی درستی است ولی اگر منظور این است که هیچ سیاستی پذیرفتنی نیست مگر شریعت آن را بیان نموده باشد، بیان نادرست و برخلاف عملکرد صحابه می باشد (قرضاوی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۱۴).

در زمان خلفا اقدامات مثل قتل و مثله کردن به وقوع پیوست که هیچ فرد آگاه به سنت پیامبر (ص) با آن مخالفت نکرد

و یا مانند اقدام عثمان (رض) در رابطه با سوزاندن مصحفها و سوزاندن ملحدان به دست علی (ع) در چاهها که در این رابطه می گفت: «هنگامی که با آن موضوع منکر مواجه شدم، آتشی برافروختم و قبر را صدا کردم» که آنان را در میان آتش اندازد و یا تبعید نصرین حجاج به دستور عمر (رض) که این خود گواهی براین ادعا می باشد. ابن قیم گفته: در این مقام باریک اندیشی و دشوار چه لغزشها و گمراهی هایی که به وقوع پیوسته است (قرضاوی، ج ۲، ص ۱۴).

تعدادی اظهار عجز نموده یعنی شریعت را در برآورده شدن مصالح بندگان، ناتوان دانستند و حدود اجرا نکردند و باعث از بین رفتن حقوق مسلمانان شدند و متجاوزین به حقوق مردم را گستاخ کردند لذا خود را نیازمند قوانین و برنامه های دیگران دیدند و به این ترتیب راه شناخت حقیقت و اجرای آن را بر خود بستند و تعدادی از امورات را که از نظر خود و دیگران به گونه قطع، حق و مطابق واقع بودند، به گمان اینکه با قواعد شریعت منافات دارند، به تعطیلی کشانیدند. به خدا سوگند که آن موارد با آنچه پیامبر خدا برای ما آورد منافات نداشت و اگر منافاتی موجود بود به اجتهاد آنها مربوط می گشت. آنچه آنها را به انحراف کشانید، نوعی کوتاه اندیشی در عدم آگاهی از واقعیتها و جایگاه هر یک از آنها بود. زمانی که حاکمان با اینگونه وضع روبرو شدند فهمیدن که با این اندیشه ها اداره امور مردم قابل تحقق نیست لذا به دنبال راهکارهای جدیدی رفتند که سبب به وجود آمدن مشکلات و تباهی های بی شماری شد که جبران و مقابله با آن، برای آنها ناممکن می شد و برای عالمان و آگاهان به حقایق شریعت هم مردم را از آن قوانینی و گرایش های غیر اسلامی نجات دهند

(قرضای، ج ۲، ص ۱۵).

در مقابل نیز گروه تندرو وجود داشت و هرچه راکه با حکم خدا و رسول منافات داشت، رد می‌کردند. منشأ به وجود آمدن هر دو گروه به اشکال در شناخت آنها از دستور خدا و رسول و آنچه در قرآن نازل شده مربوط می‌شد. چون که خداوند پیامبرانش را فرستاد و همراه آن‌ها کتاب‌هایش را نازل نمود تا مردم عدالت را برپا داشته و عدالتی که آسمان‌ها و زمین به آن استوارند؛ بنابراین هر جا نشانه‌های از عدالت به هر طریقی آشکار شود همان شریعت و دین الهی است. آئنی که بر دیگر مذاهب جهان خوب است و نسبت به ضرورت ایفای حقوق کارگر ارزش قائل هستند این حدیث پیامبر (ص) است: «أعطوا الاجیر أجره قبل أن یجف عرقه» (همان) قبل از این که عرق کارگر خشک شود، مزد او را بپردازید. طبق این حدیث دولت باید مملکت را اداره نماید و در برابر دستمزد اینگونه خدمات را ارائه دهند و به آنان اجازه ندهد بیش از مبلغ تعیین شده از مردم مزد دریافت دارند و از آن طرف هم اجازه نخواهد داد که مردم به آنان ظلم و ستم روا دارند و مزد کمتری پرداخت کنند.

ابن تیمیه می‌گوید: این‌گونه قیمت‌گذاری واجب است، البته این قیمت‌گذاری در کارها است. منظور از دست مزد و یا اجرت تهاتری که فقها به آن پرداخته‌اند اجرت و مزد عادلانه است که هر کس در برابر کار خدمتی که ارائه می‌دهد دریافت می‌دارد. البته با رعایت تمامی شرایط و عواملی که در تعیین ارزش آن ارائه شده و با تعیین اجرت مناسب ارتباط دارد، به نوع که نه در حق کارگر ظلم و ستم اجحاف شود و نه در حق کارفرما. در این رابطه فقهای اسلام در ابتدای دوره تابعین به کارگزاران دولت اجازه می‌دادند که هنگامی ضرورت و نیاز برای نرخ گذاری کالاها اقدام کنند، با وجود این که روایت شده است رسول اکرم در عصر خود از قیمت گذاری جلوگیری می‌کردند و حتی هنگامی که قیمت کالاها بی‌رویه افزایش می‌یافت، مردم از پیامبر درخواست می‌کردند تا با قیمت گذاری کالاها موفقت کنند اما ایشان مخالفت می‌کردند. (همان، ص ۱۷).

۴. حمایت جزای از حقوق کارگر در حقوق افغانستان

۴-۱. حقوق و امنیت اجتماعی کارگران

برای اینکه جایگاه سکتورهای غیر رسمی در اقتصاد افغانستان و بازار کار زیاد ارزشمند است، دولت مجبور است تا مزد را در سراسر کشور مشخص کند که در شرایط فعلی جهت بلند بردن سطح اقتصادی ارزشمند بوده و دولت را کمک می‌کند تا وظایف سکتور غیر رسمی تحت قانون کار در آورد. مشخص کردن معیار برای حد اقل مزد به عنوان اصل مهم به منظور نگهداشت کارگران تلقی می‌گردد. حکومت افغانستان قسمی که در قانون اساسی ذکر گردیده، طوریکه در کنوانسیون ۱۰۰ سازمان جهانی کار تصویب گردیده است، دراز مدت اقدامات روی دست می‌گیرد که شرایط مناسب برای تعیین نمودن و عملی نمودن حد اقل مزد به وجود آید. دولت به تعهدش برای بهبود بخشیدن شرایط اقتصادی هم شهریان به مرور زمان مزد کارمندان را زیاد می‌کند. حکومت افغانستان اقداماتی جدید روی دست خواهد گرفت که محیط کاری مصون و مناسب در تشکیلات اقتصادی ایجاد گردد با پالیسی‌هایی منسجم مصونیت و صحتی کار که به اساس آن قوانین ملی تغییر کرده و اداره ملی مقرر تأسیس گردد که نظارت از عملی شدن آن نماید دولت قوانین را ایجاد، نافذ و بر حسب ضرورت تغییر داده تا کارگران بتوانند از حق انجمن‌سازی و فعالیت دسته‌جمعی ایشان استفاده کنند. دولت به منظور انکشاف گفتمان اجتماعی چوکات‌ها و میکانیسم سه جانبه را ترویج می‌بخشد. در سطح ملی، دولت شورای ملی کارگران افغانستان را تأسیس می‌کند که توسط آن دولت، کارگران، نهادهای تجارتی و اجتماعی تلاش خواهد نموده تا در عرصه حل مسائل مرتبط به کارگران و انکشاف ملی و سائر مشکلات و چالش‌های که کشور دچار آن است همکاری نماید (فصلنامه کار و امور اجتماعی، شماره بیستم، زمستان ۱۳۹۸).

۴-۲. امنیت شغلی کارگران

پدیده امنیت شغلی بعد از اعتراضات و اعتصابات زیادی کارگران و به دلیل محدود کردن کارفرمایان از حقشان به وجود آمد که تاکنون اکثر کشورها آن را پذیرفته است. به

نحوی که بیان شد، امنیت شغلی یک نوع حمایت قانونی از کارگر در مقابل کارفرما می‌باشد، ولی زمان امنیت شغلی تحقق پیدا می‌کند که روابط کارگر و کارفرما دارای ثبات باشد به نحوی که این رابطه با سهولت و اندک نا ملایمات قطع نشود. بدین معنی که چگونگی پایان یافتن رابطه کارگر و کارفرما مبهم و غیر معین و توأم با عدم جبران خسارات نباشد. در قانون کار رابطه کارگر با کارفرما به نحوی تنظیم شود که کارفرما هر وقت اراده کرد، کارگر را اخراج نتواند، اخراج کارگر توأم با مصائب قانونی برای کارفرما باشد در غیر این صورت «امنیت شغلی» برای کارگران وجود ندارد (حکیمی، مقاله حقوق و امتیازات کارگران در قانون کار).

در این باره باید گفت که کارگر دارای اراده آزاد می‌باشد، او می‌تواند آزادانه توافق کند، قرارداد که بین کارگر و کارفرما ایجاد می‌شود. مبین اراده آزاد آن‌ها است و در قرارداد امتیازات برای کارگر در نظر گرفته می‌شود که در این حالت اتهام ظلم به کارگر قابل توجیه نیست، باید گفت: با توجه به محدودیت کار، کارفرما نظر و خواست خود را به کارگر تحمیل می‌کند، زیرا کارگر مجبور به دریافت کار است و کارفرما از این حالت اجبار کارگر به خوبی مطلع می‌باشد. با اینکه کارگر با اراده آزاد به انجام کار اقدام می‌کند، ولی اراده کارگر در انتخاب شرایط قرار داد کار، آزاد نبوده، بلکه شرایط قرار داد تحت اوضاع بیکاری قرار گرفته و به کارگر تحمیل شده است. در این حالت است که کارگر نیاز به حمایت قانونی پیدا می‌کند.

به این صورت نبود قرارداد منصفانه و درست میان کارگر و کارفرما سبب گشته که کارگران اغلب از امنیت شغلی برخوردار نباشد و کارفرمایان هر زمان بر اساس نیازمندی خویش می‌توانند کارگر دیگری را استخدام و کارگر قبلی را اخراج نمایند این برخورد، مخالف قانون کار افغانستان بوده در حالیکه قانون گفته که قرارداد میان کارگر و کارفرما در صورتی به حالت تعلیق در می‌آید که کارگر به عسکری باشد یا به وظایف انتخاباتی مشغول شود، یا حوادث غیر مترقبه به وقوع بپیوندد و یا به آموزش برود. به اساس قانون کار افغانستان، کارفرما موظف است، در صورت بروز حادثه، کارگر را به بیمارستان منتقل و هزینه‌ای تداوی او را فراهم کند و در صورت که

امکان مداوای او در داخل افغانستان فراهم نباشد باید به خارج از این کشور فرستاده شود و تمام هزینه سفر و تداوی کارگر بر عهده کارفرما است (قانون کار افغانستان، ماده نود و یکم).

در قانون کار کشور تاکید شده که در صورت بروز اختلاف میان اداره و کارگر، این اختلاف از طریق کمیسیون حل اختلافات اداره و در مرحله بعد از طریق کمیسیون عالی حل اختلافات وزارت کار، رفع می شود و در غیر آن از سوی دادگاه ذیصلاح حل و فصل می گردد (کار افغانستان، ماده هشتاد و نهم).

۳-۴. حمایت جزای کارگر در برابر حوادث محیط کار

از بخش های چالش زای دیگر برای کارگران حوادث در محیط کاریشان می باشد. کارگران متأسفانه بدون داشتن هیچ وسیله ایمنی مانند طناب، کلاه و غیره بر فراز یک ساختمان بلند دارای مشلات اساسی است که صاحب کار موظف است وسایل ایمنی کارگرس را فراهم نماید، نبودن محیط مرفع برای کارگران همواره منجر به مرگ و یا معیوبیت کارگران می گردد؛ اما قانون کار افغانستان به صراحت بیان می دارد که صاحب کار موظف به تأمین شرایط صحی و ایمنی کار، و وسایل و فن آوری جهت جلوگیری از حوادث مرتبط به کار و تولید هستند و تأمین شرایط حفظ سلامت جهت محافظت کارگران از امراض ناشی از کار نیز وظایف آنان است، قانون در باره ایمنی کارگران و کارمندان آمده که مسول اداره موظف به قواعد فنی ایمنی، حفظ سلامت محیط تولید، آتش نشانی، عرضه خدمات اولیه طبی و سایر قواعد حفاظت کار را به صورت مداوم به کارکنان آموزش دهد (قانون کار افغانستان، ماده یکصد و هفتم).

۳-۴. تعیین مجازات متخلفین در برابر حقوق کارگر

در جامعه مترقی ضمانت اجرای یک قانون از الزامات قانون گذاری می باشد، به خصوص در زمینه روابط کارگر و کارفرما شدت عمل بیشتری به خرج می دهد. متأسفانه در قانون کار افغانستان این نوع ضمانت اجرای وجود نداشته و ضمانت اجرای در قانون کار یک پدیده حقوقی که بر اساس اندیشه حمایت از کارگر ایجاد شده است و حقوق کار در اکثر کشورهای جهان جایگاهی را به خود اختصاص داده، ممکن در این

زمینه انتقاد شود که مجازات حق متخلفین از قانون است، متخلفین مطابق قانون جزا مجازات خواهد شد، در اینجا باید گفت که هدف از بیان این مطلب انکار مجازات مطابق قانون جزا نیست ولی در قانون جزا کدام حکم صریح در مناسبات بین کارگر و اداره یا کارفرما وجود نداشته و در واقع با در نظر نگرفتن ضمانت اجرای در امور کارگری، اصل قانونی بودن جرم و مجازات در رابطه بین کارگر و کارفرما، نادیده گرفته شده است، زیرا برخلاف اصل عدالت و انصاف است که حقی به دلیل نبودن یا مبهم بودن قانون ضایع شود، از این رهگذر، بدون شک کارگر بیشترین زیان را خواهد دید، زیرا کارگران همیشه در نقطه ضعف قرار دارند (قانون کار، جریده رسمی، شماره ۷۹۰، سال ۱۴۲۰).

در مناسبات کارگری، وقتی کارگر مدعی و اداره مدعی علیه قرار می‌گیرد، تصور کلی بر این است که اداره قابل مجازات نیست. متأسفانه این امر یک واقعیت است که در قانون کار، در زمینه مجازات اداره کدام حکم به ملاحظه نمی‌رسد؛ اما بر خلاف تصور کلی، اکثر کشورهای مرفعی از این امر غافل نیستند؛ مثلاً ماده ۱۸۴ ق. کار ایران بیان می‌دارد: در کلیه مواردی که تخلف از ناحیه اشخاص حقوقی باشد، اجرت المثل کار انجام شده و طلب و خسارت باید از اموال شخصی حقوقی پرداخته شود، ولی مسئولیت جزایی اعم از حبس، جریمه نقدی و یا هر دو حالت متوجه مدیر عامل یا مدیر مسئول شخصیت حقوقی است که تخلف به دستور او انجام گرفته است و کیفر در باره مسئولین مذکور اجرا خواهد شد (قانون کار ایران، ۱۳۸۳).

نتیجه‌گیری

۱. از بحث‌های گذشته، چنین نتیجه گرفته می‌شود که در مکتب اسلام، حقوق کارگر به طور کامل به رسمیت شناخته شده است و هر چیزی که به پیشرفت اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، روحی و بدنی طبقه کارگر، کمک و یاری نماید؛ بر اجرا و انجام آن تلاش می‌کند. تأمین و حمایت از حقوق کارگران، مستلزم تأسیس انجمن‌ها و اتحادیه‌ها می‌باشد.

۲. در فقه امامیه حقوق کارگر مجموعه مقررات حاکم بر روابط کارگر و کارفرما و

با هدف تنظیم روابط هر دو دانسته‌اند اما جای شک نیست که این شاخه از حقوق در داخل خود ماهیتی حمایتی داشته و جایگاه نابرابر کارگر و صاحبکار از حیث ثروت، قدرت و فرصت که بشر به تجربه دیده و به اندیشه‌ها فهمیده که لزوم حمایت از کارگران را به مقوله جدی و ضروری تبدیل نموده است.

۳. اگر به دیدگاه فقهای حنفی تعمق شود معلوم می‌شود که کار و سرمایه همانند روح و جسم، یک کل را تشکیل می‌دهند. روح، یعنی کار اصل است؛ و جسم، یعنی سرمایه هم وابسته به آن است. نظم، سیستم، آهنگ، حیات و تحرکی که در سرمایه موجود است، رابطه تنگاتنگی با کار دارد و دراین میان کارگر نقش اساسی در کار و سرمایه است و حمایت از کارگر نقش اساسی در اسلام دارد.

۴. جمهوری اسلامی افغانستان قوانین و مقررات را تحت ایجاد قوانین کار و امور اجتماعی، برای ایجاد و سهولت کار و کارایی و حمایت از کارگران در نظر گرفته است قسمی که این قوانین از طرف اداره کار و کارگری به وجود آمده است یک سند ملی بوده حمایت دولت را در قبال دارد.

بنابراین، از این که آزادی توده‌های زحمتکش به دست سرمایه داران، مورد استثمار و سوء استفاده قرار می‌گیرد از مدافعان راستین و حقیقی آنها تقاضا می‌شود که برای اجرای احکام شریعت اسلام و حمایت از حقوق این طبقه مظلوم دست به کار شده و از حقوق آن‌ها دفاع نمایند.

منابع

۱. ابن ماجه، بیهقی، (۱۴۰۹) ف سنن الکبری، ج ۹، کتاب اجاره.
 ۲. ابومحمد علی بن احمد بن سعید بن حزم الاندلسی، (۱۴۲۱)، المحلی بالآثار، بیروت، دارالفکر.
 ۳. ابی عبدالله محمد بن اسماعیل البخاری، (بی تا)، صحیح بخاری.
 ۴. حکیمی، اسماعیل، مقاله حقوق و امتیازات کارگران در قانون کار،
 ۵. جعفر، سبحانی، (۱۳۶۳)، فروغ ابدیت، قم، نشر دانش اسلامی.
 ۶. الحافظ ابی بکر احمد بن الحسین، (۱۴۰۸)، البیهقی، السنن الکبری، ج ۹، کتاب اجاره.
 ۷. منتظری، حسینعلی، (بی تا)، رساله استفتائات، قم، نشر اندیشه اسلام، ج ۲.
 ۸. علامه مفتی، خدائظر، (۱۳۹۵)، محمود الفتاوا براساس فقه حنفی، زاهدان، دارلعلوم زاهدان.
 ۹. خمینی، روح الله، (۱۳۸۶) تحریر الوسیله، ج ۴، قم، موسسه مطبوعات.
 ۱۰. حرعاملی، محمد بن حسین، (۱۴۰۹) وسائل الشیعه، قم، موسسه آل البيت (ع).
 ۱۱. محمد باقر، محمودی، (۱۳۷۶)، نهج السعاده فی مستدرک نهج البلاغه، تهران، ورازت فرهنگ.
 ۱۲. محمد بن علی بن بابویه، (۱۳۶۸)، من لایحضر الفقه، ج ۴، قم، کتابخانه مرعشی.
 ۱۳. محمد تقی، بهجت، (۱۴۲۸)، استفتائات، ج ۴، قم، دفتر آیت الله بهجت.
 ۱۴. محمد تقی، علامه جعفری، (۱۳۷۶)، رسائل فقهی، قم، موسسه آل البيت (ع).
 ۱۵. محمد محسن، فیض کاشانی، (بی تا)، مفاتیح الشرایع، ج ۲، قم، کتاب خانه مرعشی.
 ۱۶. میرزا حسین، محدث نوری، (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل، بیروت، موسسه آل البيت (ع).
 ۱۷. یوسف، قرضاوی، (۱۳۸۹)، دیدگاهی فقهی معاصر، مترجم: احمد نعمتی، تهران، نشر احسان.
- قوانین
۱. فصل نامه کار و امور اجتماعی، شماره بیستم، زمستان ۱۳۹۸.

۲. قانون کار ایران، تدوین جهانگیر منصور، سال ۱۳۸۳.

۳. قانون کار، جریده رسمی، شماره ۷۹۰ سال ۱۴۲۰.

۴. ماده نود و یکم قانون کار افغانستان.

۵. ماده هشتاد و نهم قانون کار افغانستان.



سياست جنایي تقنینی افغانستان در قبال جرائم اتباع خارجی

دکتر عبدالخالق فصیحی^۱

احمد ضیا علمیار^۲

۱. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، عضو هیئت علمی دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان.

۲. ماستری حقوق جزام و جرم‌شناسی (نویسنده مسؤول)

چکیده

سیاست جنایی تقنینی به عنوان همه راهکارها، تدابیر و اقدامات کیفری سرکوب‌گرانه و پیش‌گیرانه است که قانونگذار به منظور تأدیب و توبیخ بزهکاران و نیز پیشگیری از وقوع جرم و انحراف، در چوکات قوانین موضوعه مدون؛ پیش‌بینی می‌کند. پژوهش حاضر پیرامون جرائم اتباع خارجی در پرتو قوانین افغانستان برای فهم روی‌کرد سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم اتباع خارجی، شناسایی خلاءهای قوانین، نقاط ضعف کشش‌گران و بیان راهکارهای مبارزه با بزهکاران و جلوگیری از تردد بی‌رویه اتباع خارجی به داخل کشور است. پژوهش به روش تحلیلی و توصیفی با رویکرد جمع‌آوری داده‌ها از طریق کتاب‌خانه‌ها و مصاحبه‌ها و کسب معلومات از کارشناسان و اساتید اهل فن و مسئولین بعضی از اداره‌های درگیر با قضایای جرائم اتباع خارجی، انجام یافته است. یافته‌های تحقیق، نشان می‌دهد که موقعیت جغرافیایی کشورمان باعث شده است تا کشورهای خارجی با استفاده از شهروندان فرصت‌طلب و سودجوی داخلی، افغانستان را محل و پایگاه مبارزه با رقبای سیاسی و اقتصادی‌شان قرار دهند. این امر موجب می‌شود تا در کنار افراد و اشخاص داخلی، اتباع خارجی نیز بدون رعایت قواعد مرزی، در کشور حضور یافته و دست به اعمال بزهکارانه بزنند و به علت مصلحت‌های سیاسی، تبعیض‌های بی‌مورد، مجازات هم نشوند.

واژگان کلیدی: سیاست جنایی تقنینی، افغانستان، ورود غیرقانونی، جرائم اتباع خارجی.

مقدمه

سیاست جنایی تقنینی به عنوان همه راهکارها، تدابیر و اقدامات کیفری سرکوب‌گرانه و پیش‌گیرانه است که قانونگذار به منظور تأدیب و توبیخ بزهکاران و نیز پیش‌گیری از وقوع جرم و انحراف، در چوکات قوانین موضوعه مدون؛ تسجیل می‌کند. یکی از موضوعات جدید و قابل بحث سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم اتباع خارجی است. تحولات اجتماعی در سطح ملی و بین‌المللی و پیامدهای حقوقی ناشی از آن، حتا جوامع مدرن و توسعه‌یافته را تحت تأثیر قرار داده است؛ افغانستان که مبدأ و مرکز قاچاق مواد مخدر، انسان و آثار باستانی می‌باشد؛ بیشتر از کشورهای دیگر در معرض خطر جرائم ارتكابی از سوی اتباع خارجی قرار دارد؛ بنابراین ضرورت ایجاب می‌نماید تا با رویکرد دقیق و موشکافانه‌ای در حوزه سیاست‌گذاری جنایی تقنینی پیرامون جرائم اتباع خارجی، تصمیمات کاربردی مؤثر اتخاذ گردد، اما همان‌گونه که سیاست جنایی تقنینی، در رویکرد علمی در سطح جهان یک رشته جوان می‌باشد؛ در افغانستان، به ویژه در قبال جرائم اتباع خارجی کاملاً یک تحقیق جدید و بی سابقه می‌باشد.

نظام حقوقی کشور نشان می‌دهد که رویکرد قوانین افغانستان در قبال جرائم اتباع خارجی بیشتر کلی و کیفری و تنبیه محور بوده است تا به شکل خاص، مصلحانه و پیش‌گیرانه آن، اما تطبیق قانون در مراحل محاکماتی نه تنها از یک‌نواختی برخوردار نبوده بلکه به علت چیرگی سیاست سلیقه‌ای حاکم بر آن، تبعیض‌ها، تعصب‌ها، نا امنی‌ها و عدم حاکمیت دولت بر قلمرو سرزمینی و جغرافیایی کشور، اغلب با چالش‌ها و ناکامی‌ها همراه بوده است.

۱. مفاهیم

از آنجا که تعاریف اساس مفروضات، نظریه‌ها و نظریه پردازی‌ها قرار می‌گیرند، بحث پیرامون اصطلاحات در هر حوزه علمی و ارائه تعریف یا چهارچوب مشخص از مفاهیم مرتبط با آن حوزه علمی ضرورت پیدا می‌کند. مقاله حاضر نیز با درک این ضرورت برای به دست دادن زبانی مشترک و نیز زمینه چینی برای ورود به اصل بحث

اقدام به ارائه تعریف از سیاست جنایی نموده است.

۱-۱. مفهوم سیاست جنایی از منظر اندیشمندان غربی

(الف) مارک آنسل؛ وی، در مقاله نسبتاً مفصل خویش در ۱۹۷۵، سیاست جنایی را توأماً «علم مشاهده و مطالعه» و «هنر، فن یا راهبرد اصولی و نظام یافته واکنش ضد جرم» دانسته است (لازرژ ۱۳۹۲، ۱۴).

(ب) مری دلماس مارتی: یکی دیگر از دانشمندان فرانسوی که در واقع می توان او را ادامه دهنده مشی علمی و اندیشه آنسل دانست، در سال ۱۹۸۳ تعریفی جامع تر ارائه می دهد: «مجموعه شیوه ها و روش هایی که هیأت اجتماع با توسل به آن ها، پاسخ های به پدیده جنایی (مجرمانه) را سازمان می بخشد» (دلماس مارتی ۱۳۹۸، ۱۰۳) که از آن می توان، مفهوم موسع سیاست جنایی را به دست آورد.

۲-۱. مفهوم سیاست جنایی از منظر اندیشمندان شرقی

(الف) جلال الدین قیاسی؛ وی، سیاست جنایی را کلیه تدابیری می داند که در مقابله با جرم و انحراف توسط دولت و جامعه اتخاذ می شود (قیاسی ۱۳۸۴، ۴۰).

(ب) نجفی ابرندآبادی. وی به ادامه فرایند مفهوم سیاست جنایی و تذکر تعریف های دانشمندان غربی در صفحه ۱۷ درآمدی بر سیاست جنایی، به این تعریف می پردازد که: «سیاست جنایی کلیه اقدام های سرکوب گرانه (کیفری و غیرکیفری) و پیش گیرانه با ماهیت های مختلف می شود که دولت و جامعه مدنی هریک به صورت مستقل و یا با مشارکت سازمان یافته یکدیگر، از آن ها در قالب روش های مختلف به منظور سرکوبی بزهکاری و بزهکاران و نیز پیش گیری از بزهکاری و انحراف استفاده می کنند». در جای دیگر این گونه به تعریف موسع از سیاست جنایی می پردازد: «سیاست جنایی یک تأمل و تفکر معرفت شناسانه درباره پدیده مجرمانه، درک این پدیده و وسایلی است که برای مبارزه بر ضد رفتارهای حاکی از انحراف یا بزهکاری به اجرا گذاشته می شود؛ سیاست جنایی یک راهبرد (استراتژی) حقوقی و اجتماعی، مبتنی بر گزینه های سیاسی، برای پاسخ دهی همراه با واقع بینی به مسائل ناشی از پیش گیری و سرکوب پدیده مجرمانه در معنای وسیع آن است» (لازرژ، پیشین).

حال با در نظر داشت تعاریفی که از سیاست جنایی صورت گرفت، می‌توان گفت که سیاست جنایی تقنینی عبارت است از: همه راهکارها، تدابیر و اقدامات کیفری سرکوب‌گرانه و پیش‌گیرانه که قانونگذار به منظور تأدیب و توبیخ بزهکاران و نیز پیشگیری از وقوع جرم و انحراف، در چوکات قوانین موضوعه مدون تسجیل می‌کند. در اینجا لازم به تذکر است که مقنن، نقش نهادهای عالمان دینی در مساجد و منابر و نیز خُلق‌خوش عالمان اخلاق که با نصایح و بیم و امیدهاشان، نبض و نقش الزام‌های درونی و وجدانی را بیدار و زنده نگه‌می‌دارند و در پیش‌گیری از ارتکاب بزه و بزه‌کارشدن افراد جامعه، بسیار مؤثر می‌باشد؛ نباید نادیده بگیرد، زیرا از قبل گفته‌اند: «قانون ترجمان اخلاق است».

۲. وضعیت حقوقی اتباع خارجی

برای بیان و تفهیم سیاست جنایی در قبال جرائم اتباع خارجی، لازم است تا وضعیت حقوقی اتباع خارجی بیان گردد و تدابیری که در این رابطه توسط مقنن اتخاذ گردیده شناسایی شود؛ یعنی این که مشخص شود که جایگاه و موقف یک شخص بیگانه در چارچوب حقوقی کشور چیست؟ زیرا روی دیگر سکه حقوق و امتیازها تکالیف است که شخص ملزم به رعایت و احترام به آن می‌باشد. در این مبحث به شناسایی وضعیت حقوقی اتباع خارجی که ناشی از یک سلسله اصول ملی و بین‌المللی است، خواهیم پرداخت.

۲-۱. اصل آزادی ورود و اقامت بیگانه

در مقدمه کنوانسیون مرتبط به وضع پناهندگان ۲۸/جون/۱۹۵۱، خطاب به کشورهای متعاقد چنین اشعار می‌دارد: «طرف‌های معظم متعاقد! نظر به این که منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر که در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ به تصویب مجمع عمومی رسیده است، این اصل را مورد تاکید قرار داده‌اند که کلیه افراد بشر باید بدون تبعیض از حقوق بشری و آزادی‌های اساسی برخوردار گردد...». ماده ۱۳ اعلامیه حقوق بشر در این مورد بیان می‌دارد:

«الف. هرکس حق دارد که در داخل هرکشوری آزادانه عبور و مرور نماید و محل

اقامت خود را انتخاب نماید.

ب. هرکس حق دارد هرکشوری از جمله کشور خود را ترک نماید یا به کشور خود بازگردد.

دولت جمهوری اسلامی افغانستان نیز در رابطه به تضمین حقوق و آزادی‌های اتباع خارجی، مطابق قانون اساسی مکلف شناخته شده است (قانون اساسی ۱۳۸۲، ماده ۵۷)؛ اما مطابق ماده ۵۹ قانون اساسی، «هیچ شخص نمی‌تواند با سوء استفاده از حقوق و آزادی‌های مندرج این قانون اساسی، برضد استقلال، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی عمل کند»؛ که واژه تعبیه شده «هیچ شخص»، عمومیت و اطلاق بر هر شخص اعم از اتباع داخلی و خارجی را بیان می‌دارد. همین‌طور ماده ۳۵ قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی، نیز بیان می‌دارد: «تبعه خارجی که مطابق احکام این قانون داخل قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان می‌شود، از حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی مطابق قانون برخوردار می‌گردد». بناءً دیده می‌شود که اتباع خارجی از حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی محدود شده در چوکات قوانین نافذ برخوردارند، نه به صورت مطلق و بدون قید و شرط آن.

۲-۲. اصل شناختن حداقل حقوق برای بیگانگان

در رابطه به حداقل حقوق برای بیگانگان، نظر واحد و اصول قبول شده که مورد اجماع جامعه جهانی باشد وجود ندارد بلکه هر دولت متناسب به طرز تفکر و اصول و قواعد اخلاقی و باورهای دینی و ایدئولوژیکی مربوط به همان کشور و شرایط تسجیل شده در قوانین داخلی‌شان، برای بیگانگان، حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی قائل می‌شوند؛ اما برخی از دانشمندان علم حقوق «کوشش فراوان کرده‌اند تا میزان حداقل حقوق بیگانگان را به صورتی مشخص در آورند مثلاً وردروس (Werdross) اتریشی آن را به صورت ۵ ماده پیشنهاد کرده است که شامل مطالب زیر می‌باشد: شناختن حقوق خصوصی لازم برای ادامه زندگی، احترام به شخصیت افراد از جمله آزادی شخص، احترام به حقوق مکتسبه بیگانگان، احترام مسکن، احترام به حق مراجعه به دادگاه‌های کشور، حمایت بیگانگان از اعمالی که موجب زیان مالی و جانی برای آن‌ها

می‌باشد» (ارفع نیا ۱۳۸۲، ۲۲۴).

در اعلامیه اسلامی حقوق بشر مصوب ۱۴ محرم ۱۴۱۱ قمری مطابق با ۱۵ مرداد ۱۳۶۹ در ماده ۱۲ چنین مشعر است: «هر انسانی بر طبق شریعت حق انتقال و انتخاب مکان برای اقامت در داخل یا خارج کشورش دارد و در صورت تحت ظلم قرار گرفتن می‌تواند به کشور دیگری پناهنده شود؛ و بر آن کشور پناهنده واجب است که با او مدارا کند تا این که پناه‌گاهی برایش فراهم شود. با این شرط که علت پناهندگی به خاطر ارتکاب جرم طبق نظر شرع نباشد».

در ماده ۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز در این رابطه آمده است که: «هر کس حق دارد که شخصیت حقوقی او در همه جا به عنوان یک انسان در مقابل قانون شناخته شود». این ماده بیان‌گر برابری شخصیت انسانی اتباع بیگانه با اتباع داخلی کشورهاست؛ اما طوری که تاریخ نشان می‌دهد و در این تحقیق، دریافت شد اتباع خارجی به لحاظ حقوقی، در ادوار تاریخی، وضعیت ثابتی نداشته‌اند؛ اما قدم به قدم تا اکنون وضعیت به نفع اتباع خارجی تغییر نموده که اکنون با توجه به کنوانسیون‌ها، اعلامیه‌ها و سایر اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها، وضعیت مشخص‌تری دارند و از حقوق آزادی‌های لازم برخوردارند. کشور ما نیز از این سیر تاریخی برای کاروان حقوقی اتباع خارجی بی‌بهره و جدا نبوده است و سیاست تقنینی در آیین قوانین اساسی ادوار گذشته تا حال، گواه زنده‌ای برای این مدعاست.

۲-۳. پروتکل مربوط به وضع پناهندگان

سند بین‌المللی دیگری که در رابطه به حقوق پناهندگان وجود دارد، پروتکل مربوط به وضع پناهندگان مورخ ۳۱ ژانویه ۱۹۶۷، می‌باشد که «در پروتکل فوق به محدودیت‌های زمانی و جغرافیایی موجود در کنوانسیون پناهندگان از بین رفته است» (فارسیان مطلق ۱۳۹۲، ۳۵). دولت جمهوری اسلامی افغانستان، به این پروتکل نیز ملحق شده است، اما با وجودی این که چندین سال پیش از طرح قانون در امور پناهندگان سخن می‌رفت تا کنون عملاً چنین چیزی به چشم نمی‌خورد. به همین علت تعداد بیشتری از اتباع خارجی که درخواست پناهندگی داده‌اند تا اکنون جز

یک یا دو مورد، کسی سند پناهندگی دریافت ننموده است. اکثر این اشخاص اتباع جمهوری اسلامی ایران می باشند (per.euronews.com 22-10-2019). این امر باعث شده است که اتباع خارجی، مطابق ماده ۱۳ قانون کار؛ به نسبت نداشتن تذکره تابعیت، نتوانند در اشتغال برخی از شغل ها استخدام شوند، زیرا اشخاصی که اتباع خارجی را بدون داشتن تذکره تابعیت، استخدام نمایند، وفق صراحت ماده ۹۰۲ کد جزا «تحت عنوان ارائه معلومات نادرست و استخدام شخص بدون داشتن تذکره تابعیت، به حبس قصیر، محکوم می گردند».

۳. وضعیت جرم شناختی و جرم انگاری جرائم اتباع خارجی

افغانستان به دلیل احراز موقعیت خاص جغرافیای سیاسی که در مجاورت با کشورهای به هم مرتبط و متصل همانند چین، تاجکستان، ازبکستان، ترکمنستان، ایران و ... با داشتن برخی از اشتراکات فرهنگی، مذهبی، زبانی و غیره با موجودیت منابع و ذخایر بکر انرژی طبیعی، وضعیت منحصر به فردی را به وجود آورده که از دیرزمان تا کنون توجه کشورهای زیادی را به خود جلب نموده است که در طول تاریخ رقابت های ابر قدرت های جهان و کشاکش ها و دست درازی های کشورهای منطقه را نیز در خود شاهد بوده که بیشتر به عنوان عروس هزار داماد مطرح شده و هرکس به زعم خود با آن یار بوده و برای مطلب خویش با آن دلبری نموده است که هنوز هم در محراق توجه کشورهای جهان، منطقه و همسایه قرار دارد. در این مبحث در آغاز وضعیت جرم شناختی اتباع خارجی، طی گفتار اول مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت و سپس طی گفتار جداگانه به جرم انگاری جرائم اتباع خارجی در سیاست تقنینی خواهیم پرداخت:

۳-۱. وضعیت جرم شناختی اتباع خارجی

طوری که وضعیت کشورهای جهان مطالعه و ملاحظه می گردد، برخی از کشورها با کمبود نیروی فعال انسانی و برخی دیگر از کشورها با ازدیاد نفوس جوان و رو به رشد، اما با اقتصاد ضعیف و عدم موجودیت فرصت های شغلی مناسب و یا وضعیت خراب امنیتی و بحران های سیاسی مواجه اند که این امر سبب فرار نیروی های جوان

کشورهای با اقتصاد و امنیت ضعیف و درگیر جنگ و نا امنی به آغوش کشورهای توسعه‌یافته و دارای صلح و امنیت که تا حدودی پذیرای آنان می‌باشند، مهاجرت و پناهندگی را یک امر حتمی در سرنوشت حیات دنیایی این افراد که در جستجوی زندگی راحت و توأم با رفاه و آسایش بیشتر اند، رقم زده‌است؛ اما از جانب دیگر رقابت‌های گوناگون اقتصادی، سیاسی، نظامی، فرهنگی و ... با وجود باندها و سازمان‌های مافیایی و فرصت طلبی‌های شبکه‌های استخباراتی که در سطح منطقه و جهان وجود دارند و در صورت عدم توجه و سهل‌انگاری نیروهای امنیتی و مسئولین ذی‌دخل در موضوعات سیاسی و استخباراتی، باعث خواهد شد که کشور مهاجرپذیر با انواع مشکلات و اقسام چالش‌ها و بحران‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، نظامی و ... از رهگذر ورود بدون برنامه و بی‌رویه مهاجرانِ اتباع بیگانه مواجه می‌شوند.

اگر مسئولان امنیتی، نظامی و سیاسی کشور، نتوانند کنترل مرزها و سرحدات زمینی و هوایی کشور را تحت تسلط خویش درآورند، وضعیت امنیتی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و اجتماعی بدتر از حالت موجود خواهد شد و مردم شاهد وضعیت‌های وخیم‌تری ناشی از جرائم اتباع خارجی خواهند بود؛ زیرا حتا کسانی که در قالب نیروهای ناتو و کمک‌کننده به دولت جمهوری اسلامی افغانستان وارد کشور شده بودند، جرائم بی‌شماری را علیه شهروندان بی‌گناه افغان مرتکب شدند که در برخی از رسانه‌ها شنیده شد که نیروهای نظامی استرالیایی به کشتن ۳۹ تن از اتباع بی‌گناه افغان در سال‌های ۲۰۰۵ تا ۲۰۱۵ متهم و ۱۹ تن آنان به نقل از رسانه‌های جمعی داخلی و خارجی توسط دولت آن کشور بازداشت شدند (تلویزیون تمدن، ساعت ۱۵ و ۵۰ دقیقه). این درحالی‌ست که نظامیان سایر کشورها از جمله آمریکایی‌ها نیز عملاً مرتکب چنین جرایمی شده‌اند، اما توسط پیمان‌ننگین امنیتی و مصئونیت قضایی آن کشور با جمهوری اسلامی افغانستان که بر مبنای آن، جمهوری اسلامی افغانستان حق محاکمه و مجازات سربازان آن کشور را ندارد که این موضوع عدالت قضایی را قربانی برنامه‌های سیاسی-اقتصادی نموده و استقلال و حاکمیت کشور را تحت شعاع قرارداد و تیغ تکفیر و اتهام مخالفان افراطی را نسبت به دولت جمهوری اسلامی افغانستان به

عنوان یک دولت دست نشانده جری تر ساخته است.

۲-۳. جرم انگاری جرائم اتباع خارجی

جرم انگاری «در برخی از فرهنگ‌های حقوقی، اعلان مجرمانه بودن عملی است که تا پیش از این وصف مجرمانه نداشته است» (مجیدی ۱۳۸۶، ۳۶-۳۷). از جانب دیگر به لحاظ جرم‌شناختی، «جرم انگاری یا جرم تلقی کردن قانونی فعل و یا ترک فعل، فرایندی است که به وسیله آن رفتارهای جدید، به موجب قوانین کیفری مشمول قانون جزا می‌شوند» (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی ۱۳۷۷، ۷۶). لذا جرم انگاری، به اقدام تقنینی قانون‌گذار در راستای حفظ ارزش‌ها و هنجارهای اساسی جامعه اطلاق می‌شود که بر مبنای ملاک‌ها و معیارهای پذیرفته شده، یک سری باید‌ها و نباید‌های رفتاری را که به نفع جامعه است، با ضمانت اجراهای کنترلی مشخص می‌نماید. این اقدامات تقنینی اغلب کلی، عام و مطلق است که هر فرد از افراد موجود در جامعه را شامل می‌شوند، اما گاهی نسبت به مصادیقی مشخص و در رابطه به موضوع و موردی خاصی که برخی از افراد را شامل می‌شود و عده دیگر را در بر نمی‌گیرد، به منصفه ظهور می‌رسد. اتباع خارجی نیز از مصادیق خاص است که برخی از کنش‌های آنان جرم تلقی شده و موجب شمول قواعد ناشی از اقدامات تقنینی قانون‌گذار در موارد خاص، می‌شوند. برای این است که تبعه خارجی برای تردد، مکلف به اخذ و تمدید ویزه از ادارات ذی‌ربط در داخل و خارج از کشور، قبل از هفت روز، پیش از تاریخ سفر و یا قبل از انقضای تاریخ ویزه شده است (قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی ۱۳۹۴، مواد ۲۳ و ۲۴). البته دارندگان پاسپورت سیاسی که براساس توافقات دوجانبه یا چند جانبه یا رویه بالمثل با جمهوری اسلامی افغانستان، رفع ویزه نموده‌اند از این امر مستثنا اند (همان، ماده ۲۵). اتباع خارجی که وارد قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان، می‌شوند، مکلف به ارائه اسناد لازم مسافرت به مأمورین ذی‌ربط دخولی و خروجی، می‌باشند (همان، ماده ۳۳)، حتا آن عده از اتباع خارجی که برای مشاهده‌های علمی (همان، ماده ۳۷) وارد قلمرو افغانستان می‌شوند، مکلف به هماهنگی برنامه‌ای سفری خویش با اداره‌های ذی‌ربط امنیتی و فرهنگی، می‌باشند (همان، ماده ۳۶). همچنان در

صورتی که با ویزه ورودی کار وارد می‌شوند، مکلف‌اند در ظرف ۴۸ ساعت به اداره مرتبط به کاراش، اطلاع دهند (همان، ماده ۴۰)، در صورتی که اتباع خارجی مقیم در جمهوری اسلامی افغانستان، محل اقامت‌شان را تغییر می‌دهند، مکلف‌اند در خلال مدت ۲۴ ساعت قبل از ترک محل، مسئولان ذی‌ربط را در جریان قرار دهند (همان، ماده ۳۴).

دیده می‌شود، همه اتباع خارجی که با رعایت احکام قانون وارد قلمرو افغانستان می‌شوند، از حق سیاحت و گشت و گذار آزادانه برخوردار بوده و دید و بازدیدشان از هر نقطه مجاز محسوب می‌شود (همان، ماده ۴۲)، مگر اینکه «قیودی بر ورودشان» (همان، ماده ۶۵) از طرف مراجع مربوط وضع شده باشند و یا اتباع خارجی، برای پیاده نمودن اهداف مغرضانه و مخربانه همچون «دعوت و تبلیغ غیراسلامی، اخلال امنیت، ولگرد، مضر و مریض از جانب اداره‌های رسمی، ممنوع‌الخروج» شناخته‌شده باشند (همان، ماده ۴۳).

همان‌گونه که دیده‌شد، همه تردها و اقامت اتباع خارجی، باید بر مبنای قانون و اجازه مأمورین ذی‌صلاح انجام یابد در غیر آن استفاده از مفاهیم و نیز منطوق مواد قانون متذکره، همه تردها و اقامت‌های‌شان غیرقانونی بوده و مشمول مواد مربوط به پیگرد و مجازات خواهند بود (همان، ماده ۵۱).

۴. مکلفیت‌های اتباع خارجی

طوری که متذکر شدیم، قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان با لحاظ نمودن احکام و قواعد حقوق بین‌الملل به عنوان یکی از منابع حقوقی در هنگام تسوید سندهای تقنینی (قانون طرز طی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی، جزء ۱ ماده ۳، مواد ۴، ۸ و ۱۸)، مبنای تضمین حقوق و مکلفیت‌های اتباع خارجی بوده و در رعایت حقوق و تعیین حدود و چارچوب‌های رفتاری آنان، معیار و مَحَك تشخیص باید‌ها و نباید‌های آنان می‌باشد و نیز برای پالیسی‌سازان و مدبران سیاست تقنینی قوه مقننه، مبنای تسوید و تصویب قوانین عادی، طرز‌العمل‌ها و مقرره‌های وضعی‌شان بوده و همین‌طور دستورالعمل مسئولین و مأموران دولتی نسبت به تخلفات رفتاری اتباع

خارجی، نیز می‌باشد.

طبق قوانین داخلی همه کشورها از جمله کشورما و قواعد و اسناد و رویه بین‌الملل، ورود و خروج اتباع یک‌کشور در کشورهای دیگر متضمن داشتن اسناد و مدارک لازم مربوط همانند پاسپورت، شناس‌نامه و ویزه می‌باشد. این درحالی‌است که باید ورود و خروج از مسیرها و معبرهای قانونی و ترانزیتی مشخص شده هوایی و زمینی صورت گیرد، در غیر این صورت عبور و خروج اتباع خارجی غیرقانونی پنداشته شده و در صورت عدم داشتن عذر موجه قابل پیگرد عدلی و مجازات قانونی شناخته خواهند شد.

۱-۴. ورود و خروج قانونی یا داشتن پاسپورت و سند مسافرت

طبق جزء ۲ ماده ۳ قانون پاسپورت، سند مسافرت، عبارت از: «سند رسمی است که در حالات خاص برای اتباع کشور به منظور بازگشت آن‌ها به وطن توسط نمایندگی‌های سیاسی یا قونسل‌های افغانستان در خارج، یا برای اتباع خارجی که کشور متبوع‌شان در داخل افغانستان نمایندگی سیاسی یا قونسل‌های یا حافظ منافع نداشته باشد طبق احکام این قانون و مقررات بین‌المللی بعد از تأیید وزارت امور خارجه از طرف وزارت امور داخله، صادر می‌گردد». همچنین جزء ۷ ماده ۳ قانون اقامت اتباع خارجی در جمهوری اسلامی افغانستان، سند مسافرت را با کمی تفاوت، تعریف نموده است.

با توجه به تعریف فوق، فهمیده می‌شود که اتباع خارجی باید در رابطه به عبور و مرورشان، مجوز رسمی داشته باشند تا به وسیله آن، هم خود آنان از ناحیه بازجویی و تفحص به مشکل و اتلاف وقت دچار نشوند و هم مسئولین سرحدی کشور دچار تردید و وسوسه شناخت نشوند. در غیر آن وفق صراحت مواد ۳۳ و ۳۵ قانون پاسپورت، عبور و مرور غیرقانونی بوده و مرتکب آن مورد تعقیب و پیگرد عدلی - قضایی قرار خواهد گرفت.

۴-۲. التزام اتباع خارجی به اخذ ویزه

امروزه هر شخصی که عزم سفر از یک کشور به کشوری دیگری را داشته باشد، مکلف است که برچسب یا استیکری را که به نام ویزه یاد می‌گردد، در پاسپورت خویش

الصاق نماید. مطابق ماده ۲۳ قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در جمهوری اسلامی افغانستان «تبعه خارجی متقاضی ویزه، مکلف است درخواست مطالبه ویزه را هفت روز قبل از تاریخ سفر، به ادارات ذی ربط در خارج و داخل کشور ارائه نماید». در صورتی که متقاضی در خارج از افغانستان باشد، وفق صراحت ماده ۲۴ قانون فوق، مکلف است چنین عمل نماید: «تبعه خارجی متقاضی سفر به جمهوری اسلامی افغانستان مکلف است در خارج طبق تعامل و مقررات بین‌المللی، توافقات دو یا چند جانبه یا رویه بالمثل از نمایندگی‌های سیاسی یا قونسلی افغانی و در داخل، از ادارات ذی ربط وزارت امور داخله ویزه اخذ نماید».

۴-۳. رعایت قوانین و ارزش‌های ملی

اتباع خارجی بعد از ورودشان به کشوری، ملزم‌اند تا به قوانین نافذه کشور و ارزش‌ها و رسوم پسندیده آن جامعه احترام قائل شده و اوامر و احکام قوانین نافذه را رعایت نمایند (مقررہ استخدام اتباع خارجی در ادارات افغانستان، ماده ۴). قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان در ماده ۵۶: «پیروی از احکام قانون اساسی، اطاعت از قوانین و رعایت نظم و امن عامه را وجوبه تمام مردم افغانستان» دانسته است. لذا از مفهوم این ماده قانون فهمیده می‌شود که اتباع خارجی، به صورت اولی مکلف به اطاعت از اوامر و احکام قانون و ملزم به رعایت نظم و امن عامه می‌باشد، چرا که قانون، نظم و امن عامه از مهمترین و وثیق‌ترین پیمان‌های است که جامعه بشری را به زندگانی توأم با سعادت، صلح، صفا، سلامتی و آرامش، رهنمون می‌شود. هرگاه مواد قانون مورد بی‌اعتنایی قرارگیرد و نظم جامعه مخدوش گردد و امنیت آن نقض شود، آناارشی، هرج و مرج، بی‌بند و باری، وحشیگری و بدعت‌های غیر انسانی در جامعه حاکم خواهد شد و عزت و شرافت مردمان نجیب جامعه دست‌خوش امیال و هرزه‌گری یک تعداد از اوباش و ارازل خواهند شد.

۵. پاسخ‌های واکنشی (پاسخ‌های دولتی شامل حبس، جزای نقدی، اخراج)

با توجه به قوانین اساسی کشورها، مبانی حاکمیت و نظام سیاسی جوامع بر مبنای قانون اساسی که یکی از مهم‌ترین اسناد حقوقی و سیاسی کشورها می‌باشد، شکل

می‌گیرد. اهداف قانونگذار از وضع و تصویب احکام جزایی، ایجاد نظم، تحکیم ثبات و پایداری ارزش‌ها و تأمین امنیت اساسی جامعه می‌باشد. نظام جمهوری اسلامی افغانستان که بعد از چندین دهه جنگ و ناامنی و بی‌ثباتی که بدون شک دست‌های محرک بیرونی در تحریک مسئولین داخلی و به بحران رفتن نظام سیاسی کشور انجامید و بر علاوه نقض حقوق اساسی اتباع داخلی به صورت آشکارا صورت گرفت و منجر به نابودی و قتل آنان و نیز غارت اموال‌شان شد، بسیاری از اتباع خارجی اشتراک‌کننده در هر دو طرف جنگ نیز نابود و به خاک و خون کشانیده شدند و همه تأسیسات و زیربنای کشور نیز نابود و به یغما برده شدند که این همه ناشی از عدم تدابیر زعیمان، مسئولان و شخصیت‌های سیاسی، فرهنگی و علمی کشور و نیز فقدان یک سیاست تقنینی جامع و فراگیر که ممثل حقوق اساسی همه اقشار و آئینه تمام و کمال حاکمیت ملی و مشارکت همه جانبه اتباع افغانستان باشد، بوده است.

ضعف‌ها و نارسایی‌های فوق باعث این شد که سرحدات و مرزهای سیاسی کشور بدون درب و پنجره از لحاظ حقوقی و امنیتی شود و اتباع خارجی که در پی اهداف شوم سودجویانه گوناگون‌شان بودند که تحقق آن‌ها، با نقض حقوق اساسی و سیاسی جامعه افغانستان و نیز به یغما بردن آثار باستانی تمدنی و فرهنگی کشور و نیز ترویج قاچاق انواع مواد مخدر و مهاجران و انسان، همراه بوده است، بدون رعایت اصول و نزاکت‌های منطقه‌ای و بین‌المللی به صورت فوج فوج و گروه گروه وارد کشور شوند و در مختل ساختن امنیت داخلی و خارجی و سقوط جایگاه حقوقی - سیاسی افغانستان نقش فعال و مؤثر و محرک داشته باشند که الی اکنون تأثیرات آن باقی و حضور اتباع خارجی به ویژه در ساحات خارج از کنترل دولت و در میان نیروهای مخالف دولت جمهوری اسلامی افغانستان، به صورت آشکار قابل لمس می‌باشند.

از میان قواعد و مقررات موجود مهمترین قانون در رابطه به حقوق اتباع خارجی، قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی و مقررہ استخدام اتباع خارجی در ادارات افغانستان، مندرج جریده رسمی ۸۵۸ مورخ ۱۳۸۴/۴/۳۰، می‌باشد؛ اما به لحاظ کیفری و تعیین مجازات به شکل ماهوی آن، کد جزای افغانستان، منتشره جریده رسمی ۱۲۶۰

مورخ ۲۵ ثور ۱۳۹۶، می‌باشد که در ماده ۱۶، در خصوص دایره شمول و قلمرو حاکمیت‌اش، تحت عنوان «ساحه تطبیق قانون از حیث مکان» چنین می‌فرماید: «احکام این قانون بر هر تبعه افغانستان، شخص بدون تابعیت یا هر تبعه خارجی که در قلمرو کشور مرتکب جرم شود، تطبیق می‌گردد».

در مورد این‌که تطبیق و تنفیذ این قانون، بر هر شخص دارای تابعیت، بدون تابعیت و اتباع خارجی که در قلمرو افغانستان (شامل هوا، دریا و ...) مرتکب جرم شوند، محاکم صلاحیت‌دار، دادگاه‌های افغانستان محسوب می‌شوند، چقدر عملی و با واقعیت‌ها و توانایی‌های دولت جمهوری اسلامی افغانستان، تطابق و همخوانی خواهد داشت، موضوع جداگانه است؛ اما به لحاظ گسترش و توسعه ارتباطات و فناوری و پیشرفت وسایل حمل و نقل و نیز تسریع روند تفاهم و پلانگذاری‌ها از راه دور و تشریک تصمیم‌ها توسط وسایل الکترونیکی، این امکان را فراهم نموده که ممکن هر روز جرایمی در کشور توسط اتباع بیگانه و یا خارج از کشور، توسط آنان علیه اتباع کشور و یا منافع حیاتی و اساسی جامعه، اتفاق بیفتد که به همین سبب قانون‌گذار افغانستان نیز به تبعیت از اصول صلاحیت‌های «حقوق جزای بین‌الملل» که تحت عنوان صلاحیت اعمال قوانین کیفری در داخل قلمرو حاکمیت (اصل صلاحیت سرزمینی) و در خارج از قلمرو حاکمیت (براساس رابطه تابعیت یا اصل صلاحیت شخصی و اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه) و صلاحیت اعمال قوانین کیفری در خارج از قلمرو حاکمیت براساس ماهیت جرم، مورد بحث و بررسی قرار گرفته و صلاحیت‌های کشورها را مشخص نموده است، تدابیری را برای مجازات این‌دست از بزه‌کاران، سنجیده و هر نوع «عمل جرمی یا نتیجه جرمی» که در قلمرو افغانستان، توسط هر شخصی اتفاق بیفتد، صلاحیت اعمال قوانین کیفری را توسط محاکم خویش دارد.

دیده می‌شود که هر شخصی که مرتکب جرم گردد اعم از این‌که اتباع داخلی باشد یا خارجی، دادگاه صلاحیت‌دار، دادگاه‌های افغانستان و قانون حاکم نیز قانون افغانستان خواهد بود؛ اما در رابطه به جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی، قانون‌گذار افغانستان در مواد ۲۳۸ و ۲۴۰ کد جزا، برخی از جرائم را نسبت به مرتکب آن جرم‌انگاری نموده

است، طوری که اگر تبعه جمهوری اسلامی افغانستان، آن جرائم را انجام دهند، تحت عنوان خائن ملی و اگر تبعه خارجی، مرتکب آن جرائم گردد، به صفت جاسوس مورد پیگرد و مجازات قرار خواهند گرفت. بناءً با توجه به موارد و معضل‌های یادشده به پاسخ‌های واکنشی در چوکات و چارچوب سیاست تقنینی کیفری، در این گفتار خواهیم پرداخت:

۵-۱. مجازات ورود و اقامت غیر مجاز اتباع خارجی (حبس، جزای نقدی و اخراج)

با تأسف باید اذعان کرد که جنگ‌ها و نا امنی‌های متوالی چندین ساله در کشور، باعث شده است تا اتباع خارجی به عنوان سرمایه‌گذار و توریست، از افغانستان دیدن نکنند، زیرا توجه اتباع خارجی به عنوان توریست و تاجر و سرمایه‌گذار، زمانی جلب خواهد شد که جان و مال آنان محفوظ و امنیت‌شان تضمین شده باشد و ارزش‌های انسانی و اجتماعی در جامعه حاکم و مستقر باشند. هرچند، این ارزش‌ها با مداخله جامعه جهانی و اجلاس بن، داشت از یأس و ناامیدی مردم افغانستان تبدیل به امید و زندگی بهتر می‌شد، اما دیری نگذشت که بازهم هیولای سیاه ناامیدی و جهل، جان دوباره گرفت و ترس و وحشت و ترور آغاز شد.

در حالی که حفظ ارزش‌های (همانند استقلال و حاکمیت ملی و استقرار ثبات، آسایش و نظم جامعه) زمانی ممکن خواهد شد که امنیت سرحدات و شهرهای کشور تأمین و از جانب مسئولان ذی‌ربط تضمین شده باشد، در غیر آن، جمهوری اسلامی افغانستان که یکی از فقیرترین، ناامن‌ترین و فاقد زمینه‌های شغلی-صنعتی می‌باشد، برای اتباع خارجی، جز، کسانی که برای وارد ساختن برخی از کالاهای تجارتي، مشارکت در برخی از اداره‌های دولتی و خصوصی، آن‌هم در چارچوب تشکیلات نظامی و یا به دعوت برخی از شرکت‌های خصوصی و فنی که به صورت قانونی و موقت وارد کشور شوند، کسی دیگر، چندان تمایلی برای ورود و اقامت ندارند، مگر این که در چند سال اخیر، اتباع برخی از کشورهای همسایه به ویژه جمهوری اسلامی ایران که به هدف کسب پناهندگی در کشورهای اروپایی و یا صنعتی، در جمهوری اسلامی افغانستان مقیم شده‌اند و درخواست کسب تابعیت داده‌اند که تا اکنون به علت عدم

قانون خاص در امور پناهندگان، جز چند مورد محدود که از جمله می‌توان به سعدی خالیدی باشنده اقلیم کردستان ایران اشاره نمود، اولین شهروند خارجی‌ای که در سال ۱۳۹۱ در زمان ریاست جمهوری حامد کرزی با دستور وی، تابعیت افغانستان را کسب نموده که بیش از بیست سال می‌شود با زن و فرزندش در افغانستان زندگی می‌کند و تذکره الکترونیکی اخذ نموده است.

کسی یا کسانی دیگری قادر به کسب تابعیت و اخذ شناسنامه نشده‌اند که برای متقاضیان کار اتباع خارجی که وفق هدایت ماده ۱۵ قانون ثبت احوال و نفوس دولت جمهوری دموکراتیک افغانستان، مکلف به اخذ شناسنامه می‌باشند و در صورت عدم اخذ شناسنامه، واجد استخدام شناخته نمی‌شوند و نمی‌توانند شامل کارشوند (قانون طرح ثبت احوال نفوس ۱۳۹۳، جز ۶ ماده ۳۴)، دچار مشکلات می‌باشند. در صورتی که استخدام کننده، شخص بدون تذکره تابعیت را استخدام نمایند مطابق هدایت جزء ۱ ماده ۹۰۲ کد جزا به مجازات «حبس قصیر»، محکوم می‌گردد.

بعضی از اتباع خارجی که تعدادشان زیاد نیست به صورت انفرادی نیز مورد شناسایی، تعقیب و پیگیری قرار گرفته‌اند. این افراد شامل کسانی نیز می‌شوند که به صورت غیرقانونی و قاچاق به کشور وارد شده و مطابق هدایت مواد قانون مشمول مجازات می‌گردند، مگر این که در مورد الزامیت‌شان اسناد و مدارک قانونی وجود نداشته باشد. در این خصوص ماده نهم مقرر استرداد مظنونین و متهمین و انتقال محکومین به حبس، چنین صراحت دارد:

۱. هرگاه تبعه خارجی به اتهام ورود غیرقانونی دست‌گیر شود، در صورتی که اسناد و مدارک مبنی بر الزامیت قانونی وی وجود نداشته باشد، ارگان‌های امنیتی طبق رویه معمول آن‌را اخراج می‌نمایند.

۲. هرگاه تبعه خارجی در کشور متبوع خویش مرتکب جرم گردیده و به صورت غیرقانونی به افغانستان فرار نموده باشد، وزارت خارجه درمورد، براساس اصول استرداد مجرمین اقدام می‌نماید (جریده رسمی (۱۲۵۶) مورخ ۱۳۹۶/۲/۲)؛ اما با وجود آن‌که برخی از اتباع خارجی که حامل پاسپورت، ویزه یا سایر اسناد مسافرت، باشند

و غیر از نقاط مشخص شده مرزی داخل قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان گردند، این عمل‌شان مخالف احکام قانون بوده و مستوجب پیگرد عدلی و قضایی، شناخته می‌شوند (قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی، ماده ۵۳)، اما یک تعداد از اتباع خارجی که مجنی‌علیه قاچاق انسان واقع شده‌اند و به صورت غیرقانونی وارد کشور شده (قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، ماده بیست و یکم)، از اسناد تزویر شده مسافرت یا تذکره تابعیت استفاده می‌نمایند و یا اقامت غیرقانونی داشته باشند، از تعقیب عدلی معاف می‌باشند (کدجزا، ماده ۵۱۸).

۲-۵. مجازات عبور دهندگان اشخاص غیر مجاز از مرز

در رابطه به این‌که چه افراد و اشخاصی به ارتکاب فعل فراهم‌سازی یا عبور اشخاص غیرمجاز، از مرز به داخل کشور مبادرت می‌ورزند، به جرأت می‌توان گفت که قاچاقبران انسان یا مهاجران، زیرا که این عمل یکی از اعمال حرفوی و مافیایی می‌باشد و در توان هر شخص عادی نبوده و کسانی که تجربه چنین کاری را نداشته باشند، جرأت و جسارت لازم را نخواهند داشت، مگر در بسا مواردی که افراد و اشخاص ساکن در هم‌جواری مرزها یا به قول معروف سرمرزی‌ها که به علت بلد بودن راه‌های عبور و مرور، دست به چنین کاری زنند، اما اغلب قاچاقبران، متشکل از همین افراد و اشخاص سرمرزی به خاطر موقعیت سکونت‌شان، است.

کد جزای افغانستان نیز در ماده ۵۲۱ تحت عنوان «جرم قاچاق مهاجران»، این اعمال را جرم انگاری نموده است.

با وجود آن‌که قانون جزای کشور در مورد مرتکبان جرائم و مجازات آن‌ها، غالباً به صورت کلی و عام حکم نموده است، اما در برخی از جرائم دیده می‌شود که کد جزای افغانستان در رابطه به جرائم اتباع خارجی تحت عنوان «جرائم مسافرت و اقامت و مجازات آن» و «عبور و مرور از سرحدات»، میان مرتکبان داخلی و اتباع خارجی تفکیک قائل شده و نسبت به اتباع خارجی که به هدف پیوستن به گروه‌های مخالف دولت و یا اعمال تروریستی وارد کشور شوند، رویکرد سخت‌گیرانه‌تری را اختیار نموده و در ماده ۸۸۰ چنین اشعار می‌دارد:

(۱) تبعه خارجی که بدون داشتن پاسپورت، ویزه یا سند مسافرت از سرحدات کشور عبور و مرور نماید، علاوه بر حبس قصیر یا جزای نقدی از بیست هزار تا شصت هزار افغانی با رعایت احکام قانون، به اخراج از کشور نیز محکوم می‌گردد.

(۲) هرگاه شخص مندرج فقره (۱) این ماده، به هدف پیوستن به گروه‌های مسلح مخالف دولت یا انجام فعالیت‌های تروریستی از سرحد به همکاری سایر اشخاص عبور نموده باشد، عبور کننده و اشخاصی که با وی همکاری نموده‌اند، به مجازات مندرج فقره (۴) ماده ۲۷۷ این قانون، محکوم می‌گردند.

براساس هدایت این قانون، اتباع خارجی که در قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان وارد می‌شوند در صورتی که مرتکب اعمال تروریستی شوند، وفق صراحت فقره ۵ ماده ۲۷۷، به حبس دوامدار درجه ۱، محکوم می‌گردد. درحالی که اگر یکی از اعضای سازمان تروریستی داخلی همان جرم را انجام دهد به حبس طویل محکوم می‌گردد، مگر این که تشکیل دهنده سازمان تروریستی، نظارت کننده و یا رهبری آن را به عهده داشته باشد.

دیده می‌شود که عبوردهندگان، به هر نحوی که زمینه تسهیل یا سفر اشخاص غیرمجاز را در قلمرو کشور فراهم نمایند مطابق مواد متذکره مستوجب مجازات تعیین شده شناخته می‌شود؛ اما اگر اشخاص یادشده که برای انجام اعمال تروریستی وارد کشور گردند، اتباع داخلی باشند، طبق فقره ۴ ماده ۲۷۷ کدجزا، به حبس طویل محکوم می‌گردند، اگر عبور کننده از جمله اتباع خارجی باشد و برای اعمال تروریستی وارد کشور شده باشند، به حبس دوام درجه یک محکوم به مجازات خواهند شد. هرگاه زمینه ورود یا تسهیلات لازم برای ورود اتباع خارجی غیرمجاز؛ به سبب تعلل یا اهمال موظف خدمات عامه، فراهم شده باشد، موظف خدمات عامه به حبس متوسط تا دو سال (کدجزا، ماده ۵۲۶)، مجازات خواهد شد؛ اما ممکن است این اشکال مطرح شود که در مواد کدجزا تفاوت میان اتباع خارجی مجاز (منظور کسانی نیستند که با داشتن پاسپورت و روادید قانونی سفر می‌نمایند) و غیرمجاز، به وضوح بیان نشده است، به گونه مثال در ماده ۵۲۴ تحت عنوان «معافیت مجازات مهاجر قاچاق

شده»، می‌فرماید: «مهاجر قاچاق شده به علت ورود یا اقامت بدون مجوز قانونی در کشور، مورد تعقیب عدلی قرار نمی‌گیرد». منظور از مهاجران اگر کسانی باشند که همانند اتباع افغانستان که به اثر جنگ‌های داخلی و تجاوز خارجی‌ها در افغانستان، به کشورهای همسایه مهاجر شده باشند، معلوم است که موضوع «اظهر من الشمس است»، طوری که در دهه هفتاد شمسی برخی از اتباع تاجکستان به ولایت کندز مهاجر شده بودند؛ اما هرگاه اتباع خارجی که توسط اتباع داخلی یا خارجی از مرزها به داخل کشور عبور داده می‌شوند و برای ارتکاب اعمال تروریستی و قاچاق مواد مخدر و یا برای انجام فعالیت‌های اعمال ضد منفعت عامه، موظف می‌شوند و خساره‌های هنگفتی را به دولت و جامعه تحمیل می‌سازند و در صورتی که گرفتار شوند و مدارک کافی هم برای اثبات جرائمشان وجود نداشته باشد، خود را مهاجر قلم‌داد می‌کنند و از زیر بار مسئولیت جزایی فرار می‌کنند و پس از آن، مجدداً به فعالیت‌های مخربانه شان ادامه می‌دهند. درحالی که مجنی علیه قاچاق شده در صورتی که توسط مسئولین کشف و ضبط شناسایی نشوند، مکلف‌اند به نزدیکترین مرکز پلیس امنی، مراجعه نموده و یا به نحوی از انجا اطلاع دهند.

۳-۵. مجازات مربوط به جعل اسناد سجلی از ناحیه اتباع خارجی

طوری که یادآوری گردید و قاعده نیز وجود دارد، از اوصاف قانون عام بودن و کلی بودن آن است که با توجه به آن هر شخص و یا اشخاصی (اعم از این که اتباع داخلی باشد یا خارجی) که مرتکب نقض مواد مندرج آن گردد، مستوجب مجازات، شناخته شده است، اما با آن‌هم در سیاست جنایی تقنینی افغانستان در برخی از موارد معدود، تفکیک میان اتباع داخلی و خارجی در مجازات جرم ارتكابی قائل شده است. طوری که نسبت به اتباع خارجی با رویکرد سخت‌گیرانه‌تری برخورد صورت می‌گیرد. مثلاً در رابطه به جرائم تروریستی (کدجزا، ماده ۲۷۷) و «اموال ستراتیژیک» که حسب احوال برای مرتکب آن در فقره اول حبس متوسط و طولی که کمتر از ده سال نباشد، پیش‌بینی شده، اما برای مرتکب تبعه خارجی مجازات حبس دوامدار درجه ۲ در نظر گرفته شده است (همان، ۳۲۷)؛ اما در سایر جرائم تفاوتی میان بزه‌کار داخلی

و خارجی قائل نشده است.

قانون (طرح) ثبت احوال نفوس، نیز با همین رویکرد تصویب و تحت عنوان «موارد تعقیب عدلی» در ماده ۳۴ ده مورد را جرم‌انگاری نموده و مرتکب را حسب احوال مطابق احکام قانون مورد تعقیب عدلی شناخته است.

با توجه به موارد ماده فوق که به صورت عام بیان شده و مشمول اتباع داخلی و خارجی می‌گردد، اما با تمرکز به قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در جمهوری اسلامی افغانستان که قانون خاص است و موارد جزایی را به قانون ذی‌ربط آن ارجاع می‌دهد، استنباط می‌گردد که موارد فوق مشمول اتباع خارجی نیز می‌شود. مثلاً در ماده ۵۲ قانون مزبور که تحت عنوان «تحریف اسناد مسافرت» تسجیل یافته‌است، چنین صراحت دارد: «۱. تبعه خارجی که با پاسپورت یا اسناد تزویر شده یا تقلبی مسافرت، داخل قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان گردد، طبق احکام قانون تحت تعقیب عدلی قرار می‌گیرد. ۲. هرگاه تبعه خارجی، ویزه و سایر اسناد مسافرت را که از طرف ادارات ذی‌ربط جمهوری اسلامی افغانستان به وی صادر می‌شود، تغییر یا تحریف نماید، طبق احکام قوانین نافذ کشور، تحت تعقیب عدلی قرار می‌گیرد».

کد جزای کشور نیز به عنوان قانون نافذ جزایی در ماده ۹۰۱ تحت عنوان «جرائم ثبت احوال نفوس» چنین اشعار می‌دارد:

(۱) شخصی که مرتکب یکی از اعمال ذیل گردد، به حبس متوسط بیش از سه سال، محکوم می‌گردد:

۱. اخذ مکرر تذکره تابعیت با تغییر مندرجات هویت ثبت شده.

۲. سوء استفاده از تذکره تابعیت به نفع خود یا دیگری.

۳. شکستادن یا خراب نمودن قصدی تذکره تابعیت. دیده می‌شود که در صورت جعل، تزویر و تغییر مندرجات هویت ثبت شده توسط شخص مرتکب خواه تبعه خارجی باشد یا داخلی، حبس متوسط بیش از سه سال، در نظر گرفته شده است؛ اما زمانی که مأمور ثبت احوال نفوس به صورت مشخص برای اتباع خارجی که نتوانسته‌اند تابعیت افغانستان را به صورت قانونی کسب نمایند، تذکره ترتیب نماید، وفق هدایت فقره دوم

مزبور «به حداکثر مجازات جرم تزویر مندرج این قانون محکوم می‌گردد».

همچنان کدجزا در ماده ۴۳۷ تحت عنوان «مجازات تزویرکننده» برای مرتکب جرم تزویر حبس متوسط پیش‌بینی نموده است. این مجازات در صورتی است که جرم ارتكابی به منظور ارتكاب جرائم تروریستی صورت نگرفته باشد، اما اگر جرم ارتكابی به منظور جرائم تروریستی اتفاق افتاده باشد، وفق هدایت فقره دوم ماده مزبور با رعایت ماده ۲۷۸ این قانون مجازات می‌گردد؛ اما با آن‌که موضوعات زیادی جرم انگاری گردیده و متجاوزان و ناقضان مواد مرتبط را مورد پیگرد عدلی و مجازات قرار داده‌اند، باز هم در رابطه به ارتكاب جرائم ناشی از جعل و دریافت تذکرة‌های تابعیت به صورت غیرقانونی، مواردی زیادی وجود دارد که هنوز هم در کشور به وفور مشاهده می‌شود. چنان‌چه در یک گزارش که در تاریخ ۳۰ جوزای ۱۳۹۶ برابر با ۲۰ جون ۲۰۱۷ ساعت ۱۴:۱۵ تحت عنوان «درحالی‌که در بعضی ولایات، خود افغان‌ها نمی‌توانند به‌آسانی تذکرة تابعیت اخذ نمایند؛ اما در بعضی ولایات دیگر، خارجی‌ها به هدف اخذ اقامت در اروپا و دیگر کشورها تذکرة تابعیت به دست می‌آورند» توسط آژانس خبری پژواک تهیه و پخش گردیده است و در آن با چندتن از مسئولین خدمات عامه و شهروندان کشور نیز مصاحبه انجام داده‌اند؛ نشان‌گر آن‌است که اتباع خارجی، تذکرة تابعیت افغانستان را خواه به صورت جعلی و یا با تبانی با برخی از مسئولین و شهروندان کشور، دریافت می‌نمایند و از آن در جهت رسیدن به اهداف‌شان از جمله در نا امنی کشور و دریافت تابعیت کشورهای اروپایی استفاده می‌کنند و یکی از نمونه‌های بارز آن، یک تبعه ایرانی بود که تذکرة تابعیت افغانستان را دریافت کرده بود و در عربستان سعودی دستگیر و زندانی شد (<https://www.pajhwok.com/dr/journalist>).

«در این بخش؛ یک تعداد باشندگان هرات بر این باوراند که عدم کنترل مرزها باعث شده که بعضی از اتباع کشورهای همسایه، به هدف دریافت اقامت در کشورهای اروپایی، از تذکرة تابعیت افغانستان استفاده کنند» (همان).

اما مطابق برخی از مواد قوانین نافذ جمهوری اسلامی افغانستان استثناء برای مهاجر قاچاق شده و مجنی‌علیه تبعه خارجی، وجود دارد (قانون مبارزه با قاچاق

انسان و قاچاق مهاجران، ماده ۲۱). مثلاً مجنی علیه در حالات ذیل مورد تعقیب عدلی قرار نمی‌گیرد:

ورود غیرقانونی درکشور.

اقامت غیرقانونی درکشور.

داشتن یا استفاده از اسناد تزویرشده تابعیت (سندشناسایی).

در حالت مندرج اجزای (۲ و ۳) ماده یازدهم این قانون.

در صورت ارتکاب عمل جرمی بر وی تحمیل گردیده باشد.

نتیجه‌گیری

سیاست جنایی تقنینی عبارت است از: همه راهکارها، تدابیر و اقدامات کیفری سرکوب‌گرانه و پیش‌گیرانه که قانونگذار به منظور تأدیب و توییح بزهکاران و نیز پیشگیری از وقوع جرم و انحراف، در چوکات قوانین موضوعه مدون تسجیل می‌کند. رویکرد سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قوانین کشور طوری تعبیه شده که نسبت به حقوق و آزادی‌های اتباع خارجی، متناسب و موازی به حقوق و اسنادهای مدون بین‌المللی به ویژه اعلامیه جهانی حقوق بشر، در جهت مثبت آن بوده و درحالیکه از یک‌طرف، برای آنان حقوق و آزادی‌های مشروع قائل شده است، از جانب دیگر، آنان را مکلف به اطاعت از قوانین نافذه نیز دانسته است. این درحالیست که بر مبنای ماده سوم قانون اساسی ۱۳۸۲، رفتار و آزادی‌های اتباع خارجی، نباید مخالف معتقدات و احکام دین مبین اسلام باشد. دیده می‌شود که اتباع خارجی از حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی محدود شده در چوکات قوانین نافذ برخوردارند، نه به صورت مطلق و بدون قید و شرط آن.

هر شخصی که مرتکب جرم گردد اعم از اینکه اتباع داخلی باشد یا خارجی، دادگاه صلاحیت‌دار، دادگاه‌های افغانستان و قانون حاکم نیز قانون افغانستان خواهد بود؛ اما در رابطه به جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی، قانونگذار افغانستان در مواد ۲۳۸ و ۲۴۰ کد جزا، برخی از جرائم را نسبت به مرتکب آن جرم‌انگاری نموده است، طوری که

اگر تبعه جمهوری اسلامی افغانستان، آن جرائم را انجام دهند، تحت عنوان خائن ملی و اگر تبعه خارجی، مرتکب آن جرائم گردد، به عنوان جاسوس مورد پیگرد و مجازات قرار خواهند گرفت.

در نتیجه برای دستیابی به یک سیاست جنایی تقنینی مطلوب، باید ضعف‌ها (اعم از سیاسی، سمتی، سلیقه‌ای و ...) و نارسایی‌های قانونی، اجرایی و قضایی از سوی دولت مردان از بین برود و سرحدات و مرزهای سیاسی کشور، به لحاظ حقوقی و امنیتی بهبود داده شوند و دستگاه امنیتی در داخل و خارج مرزها جایگاه حقوقی و قانونی و اجرایی را حفظ نموده و نقش فعال داشته باشند. چرا که هدف قانونگذار از وضع و تصویب احکام جزایی ایجاد نظم و تحکیم ثبات و پایداری ارزش‌ها و تأمین امنیت اساسی جامعه می‌باشد.

منابع

۱. ابرندآبادی نجفی، علی حسین و حمید، هاشم‌بیگی (۱۳۷۷)، دانشنامه جرم شناسی، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
۲. ارفع‌نیا، دکتر بهشید (۱۳۸۲)، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد اول، پنجم، بی‌جا، انتشارات بهتاب.
۳. دلماس مارتی، می‌ری (۱۳۹۸) نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، با برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چهارم، تهران، نشر میزان.
۴. فارس‌یان مطلق، مهین، (۱۳۹۲)، سیاست جنایی ایران در قبال جرائم خاص اتباع خارجی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه فردوسی مشهد.
۵. قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۸۵)، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۶. لازرژ، کریستین (۱۳۹۲)، درآمدی بر سیاست جنایی، با برگردان، مقدمه و دیباچه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چهارم، تهران، نشر میزان.
۷. مجیدی، سید محمود (۱۳۸۶)، جرائم علیه امنیت، تهران: نشر میزان.
۸. هاشمی، سید حبیب (دلو/ بهمن ۱۳۹۷)، کسب تابعیت در نظام حقوقی افغانستان، عدالت، ۱۹۲.
- اعلامیه‌ها، قوانین، مقرره‌ها:
۹. اعلامیه اسلامی حقوق بشر مصوب ۱۴ محرم ۱۴۱۱ قمری مطابق با ۱۵ مرداد ۱۳۶۹.
۱۰. اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸.
۱۱. جریده رسمی (۱۲۵۶) مورخ ۱۳۹۶/۲/۲.
۱۲. پروتکل مربوط به وضع پناهندگان مورخ ۳۱، ژانویه ۱۹۶۷.
۱۳. قانون اساسی ۱۳۸۲.
۱۴. قانون پاسپورت.

۱۵. قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران.
۱۶. قانون ثبت و احوال نفوس دولت جمهوری دموکراتیک افغانستان.
۱۷. قانون طرح ثبت احوال نفوس منتشره جریده رسمی ۱۱۵۴ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۵.
۱۸. قانون طرز طی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی
۱۹. قانون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران).
۲۰. قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی.
۲۱. کد جزا.
۲۲. مقررہ استخدام اتباع خارجی در ادارات افغانستان، مندرج جریده رسمی ۸۵۸ مورخ ۱۳۸۴/۴/۳۰
- منابع الکترونیکی:
۲۳. تلویزیون تمدن.
24. <https://www.pajhwok.com/dr/journalist/> جوزای ۳۰ تاریخ ۱۳۹۶ برابر با ۲۰ جون ۲۰۱۷ ساعت ۱۵:۱۴
25. 2. per.euronews.com 22-10-2019.
26. Cours de L'Acadomic de droit international به نقل از دکتر بهشید ارفع نیا