

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دوفصلنامه

یافته‌های فقه قضایی

سال دوم • شماره چهارم • خزان و زمستان ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سرمدیر: دکتر محمدعیسی هاشمی

دبیر اجرایی: محمدعلی توحیدی

ویراستار: محمدعلی نظری

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: دکتر اسحاق عادل، دکتر عبدالخالق فصیحی، دکتر محمدعلی توحیدی، دکتر محمدحسن همتی، دکتر محمدعیسی عالمی (بصیر)، دکتر محمدعیسی هاشمی و محمدناصر واعظی.

• دوفصلنامه «یافته‌های فقه قضایی»، مقالات صاحب‌نظران، پژوهشگران و دانش‌پژوهان حوزه فقه و علوم قضایی را برای نشر می‌پذیرد.

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

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

تلفن: ۰۷۸۹۰ ۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://jf.miu.edu.af>

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 کند:
۵. عنوان مقاله: با فونت B Nazanin 16 و بولد (پررنگ) (Heading 1) با این فونت تعریف شود، مؤلف یا مؤلفان با فونت B Nazanin 12 پررنگ (Heading 3) 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 10).
- 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.
۶. در متن اصلی تیتورها و عناوین با فونت‌های زیر مشخص گردد:
- ✓ تیتور اصلی با فونت B Nazanin 14 و بولد (پررنگ) (Heading 2) با این فونت تعریف شود
- ✓ تیتور فرعی با فونت B Nazanin 12 و بولد (پررنگ) (Heading 3) با این فونت تعریف شود
- ✓ متن مقاله با فونت B Nazanin 13 معمولی تایپ شده باشد. (Normal) با این فونت تعریف شود

راهنمای تنظیم ساختاری مقاله علمی

۷. چکیده: عنوان چکیده با فونت B Nazanin 11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۵۰ تا ۳۰۰ کلمه و با فونت B Nazanin 11 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.
۸. 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 10) ایتالیک باشند.
۹. مقدمه: به ترتیب به بیان مسئله، سوال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، می‌پردازد.
۱۰. 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.
۱۱. 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 عبارت پردازی، آورده می‌شود.
۱۲. ارجاع‌دهی در متن باید به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد (مثال: توحیدی، ۱۴۰۰، ص ۵۴).
۱۳. منابع و مآخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند (مثال: توحیدی، محمدعلی، (۱۴۰۰)، تاریخ اسلام (۱)، کابل: انتشارات المصطفی (ص)).

فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعة المصطفی (ص) العالمية در افغانستان..... ۱
- سخن سردبیر..... ۳
- بررسی تطبیقی دفاع مشروع در حقوق جزای افغانستان و ایران..... ۵
عبدالحسین اخلاقی
محمد عیسی هاشمی
- بررسی تبعیت و عدم تبعیت احکام شرع از مصالح و مفاسد واقعی..... ۳۹
نجیب الله رجایی
- نشوز در فقه امامیه و حنفی با نگاه به قوانین افغانستان..... ۶۵
محمد کریمی
اسحاق عادل
نعمت الله نبوی
- نکاح مسیار..... ۹۱
احمد شاه خراسانی

پیام ریاست نمایندگی جامعة المصطفی (ص) العالمية در افغانستان

پیشرفت بشر، در زمینه‌های علم، فرهنگ، اخلاق و معنویت، مرهون تلاش‌ها و پژوهش‌های خستگی‌ناپذیر عالمان، قلم‌به‌دستان و اندیشه‌ورزانی است که به دور از انگیزه‌های خودپرستانه و سودجویانه، عمر پر برکت خویش را وقف پژوهش و کشف رازهای هستی نموده‌اند و هرگز ارزش والای حق و حقیقت‌جویی و گوهر گران‌بهای تقوی و فضیلت را به متاع دنیا ارزان نفروخته و دل پاک و تابناک خود را به جاه و مقام زودگذر نباخته‌اند. به همین جهت است که عالمان و اصحاب قلم در مکتب اسلام، ارج و منزلتی ویژه دارند و از دانشمندان و صاحبان اندیشه، بهترین تجلیل‌ها و تمجیدها به عمل آمده است.

در باب اهمیت قلم و اندیشه همین بس که در منابع معرفتی اسلامی مداد علما برتر از خون شهیدان و تکریم اندیشمندان، به عنوان وارثان انبیا الهی، در حکم احترام گذاشتن به خداوند و پیامبر قلمداد شده است. چراکه در چارچوب تفکر اسلامی، حیات برتر انسانی، در گرو اندیشه و ایمان است؛ لذا، فرزانه‌گانی که با قلم و اندیشه‌شان مشعل دانش و معرفت را فرا راه انسان‌ها برمی‌افروزد، حق عظیمی بر بشریت دارند و شایسته‌ترین ستایش‌ها و قدردانی‌اند.

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

امروزه یکی از ابزارهای کارآمد و مؤثر توسعه آموزش پژوهش‌محور، انتشار مجلات علمی است. به همین دلیل است که نشریات دانشگاهی به بخش جدایی‌ناپذیری از ساختار دانشگاه‌ها و مؤسسات تحصیلاتی عالی تبدیل شده‌اند. گروه‌های علمی دانشگاهی برای

پیشبرد مقاصد آموزشی و پژوهشی خود و به منظور توسعه دانش بشری، نشریه‌های علمی پژوهشی را تأسیس کرده و یافته‌های پژوهشی یا گزارش‌های آموزشی اعضای هیأت علمی خود را در آن منتشر می‌کنند.

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

در اینجا لازم می‌دانم از تمام همکاران و نویسندگانی که زمینه تحقق این مهم را فراهم آورده و بستر بسط معارف را گسترده‌اند، قدردانی کنم و برای همه عزیزان توفیقات روز افزون الهی را استدعا نمایم.

سخن سردبیر

در قرآن مجید بر لزوم عملی کردن درست احکام قضایی، بر اساس آنچه خداوند نازل کرده است، به دفعات تأکید شده است و در علم فقه، فقهای مسلمان با الهام از این دستور خداوند به تبیین و تشریح احکام قضا پرداخته و تأکید زیاد می‌ورزند کسانی که تصدی امر قضا را در محاکم اسلامی بر عهده می‌گیرند، ضمن آشنایی با آخرین تحولات که در عالم حقوق رخ می‌دهد، باید تسلط کافی بر منابع فقه اسلامی داشته باشند، به‌طوری که بتوانند با مراجعه به کتب و منابع فقهی احکام مربوطه را استخراج نمایند؛ زیرا علم فقه همه زمینه‌های زندگی اعم از اجتماعی، فردی، سیاسی، دینی و دنیوی انسان را در بر می‌گیرد و احکام و مقررات فقه اسلامی تضمین‌کننده نیازها و مصلحت فرد و جامعه است.

بنابراین، جایگاه و عظمت والای علم فقه و پیشرفت روزافزون ابعاد گوناگون حیات اجتماعی اقتضاء می‌کند که جنبه‌های گوناگون دانش فقه هر چه بیشتر مورد بحث و گفتگو قرار گیرند؛ در همین راستا دو فصلنامه «یافته‌های فقه قضایی» بر آن است تا با انتشار مقالات فقهی و حقوقی، به‌ویژه در حوزه فقه قضایی، به نیازهای روز جامعه با تکیه بر پشتوانه علمی پاسخ دهد و در زمینه انکشاف و توسعه علوم قضایی ورشد و بالندگی دانش فقه، سهم شایسته‌ای داشته باشد و حرکت این حوزه دانشی را به سمت جلو شتاب بیشتری بخشد.

در این شماره مقالات مفید و ارزشمندی از نویسندگان فرهیخته کشور به زیور طبع آراسته گردیده و تقدیم علاقه‌مندان و خوانندگان محترم دانش فقه و حقوق شده‌اند. امید می‌رود محققان ارجمند با ارسال مقالات علمی خود ما را در انجام رسالت دینی و ملی مورد تشویق قرار داده و یاری رسانند.

بررسی تطبیقی دفاع مشروع در حقوق جزای افغانستان و ایران

عبدالحسین اخلاقی^۱

محمد عیسی هاشمی^۲

چکیده

دفاع مشروع یک امر فطری و ذاتی است که در وجود همه انسان‌ها نهادینه شده است؛ اما قانون‌گذاران کشورها این دفاع را مختص به جان، مال، ناموس و عرض انسان دانسته و مدافع را مقید به در نظر گرفتن یک سری شرایطی نموده‌اند که در هنگام دفاع باید در نظر گرفته شوند. این شرایط در نظام‌های حقوقی دنیا و کشورهای مختلف، متفاوت و قابل تفکیک است. قانون‌گذاران کشورهای افغانستان و ایران، دفاع را در صورتی مشروع قلمداد کرده‌اند که در مقابل تجاوز به جان، مال، ناموس، عرض و آبروی شخص یا فردی دیگری واقع شود. البته در برخی موارد و به‌خصوص در مورد شرایط دفاع مشروع، میان قانون‌گذاران کشورهای فوق‌الذکر تفاوت‌هایی هم دیده می‌شود.

واژگان کلیدی: دفاع مشروع، حقوق جزای افغانستان، حقوق جزای ایران، شرایط دفاع مشروع، آثار دفاع مشروع.

۱. گروه فقه قضایی، دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص)، کابل، افغانستان.

۲. گروه فقه، مجتمع آموزش عالی فقه، جامعه المصطفی العالمية، کابل، افغانستان.

مقدمه

انسان به حکم غریزه، زمانی که احساس خطر کند، مقابله به مثل انجام می‌دهد و آن را نوعی حق برای خود می‌داند. هم‌چنین در زندگی اجتماعی و روابط انسانی در صورتی که مورد حمله و تهاجم ناعادلانه قرار گیرد ساکت نمی‌ماند، بلکه از خود دفاع می‌کند تا خطر را رفع نماید. این پدیده حقوقی که در نظام حقوقی کشورها دفاع مشروع نامیده شده است، در این نوشتار به صورت مفصل مورد بحث قرار می‌گیرد. دفاع مشروع از جمله مباحث اساسی در حقوق جزای عمومی است که به عنوان یکی از عوامل توجیه‌کننده جرم در اغلب نظام‌های حقوق جزایی و در برخی از کشورها و نظام‌ها به عنوان یکی از علل رافع مسئولیت جزایی مطرح است. امروزه تمام کشورها دفاع مشروع را به عنوان حق اساسی برای شخص در یک وضعیت خاص شناسایی نموده‌اند که در همچون وضعیتی شخص می‌تواند از خود دفاع نماید، بدون اینکه مرتکب هیچ‌گونه عمل غیرقانونی شده باشد. حتی در برخی موارد شخص ملزم شده است که از نفس خود یا از مال خود دفاع کند. دفاع مشروع در زمانی است که انسان هیچ راه دیگری جز دفاع برای نجات جان یا مال خود نداشته باشد. این دفاع تا مرحله‌ای قابل توجیه است که بیشتر از حمله متجاوز نباشد، در غیر این صورت دفاع مشروع تلقی نخواهد شد.

سؤالات اساسی که در این تحقیق به آن‌ها پرداخته می‌شود، عبارت‌اند از این که دفاع مشروع چیست و در چه شرایطی اعمال می‌شود؟ مبنای این پدیده حقوقی چیست؟ آیا دفاع مشروع به عنوان یک حق مطرح است یا اینکه انسان مکلف است در شرایط خاص از جان و مال خود دفاع نماید؟ لذا با توجه به قوانین کشورهای افغانستان و ایران این پدیده حقوقی مورد بحث و مطالعه قرار گرفته و سعی بر آن است که به سؤالات مزبور در فرایند این تحقیق پاسخ داده شود.

۱. تعریف و مفهوم کلی دفاع مشروع

دفاع مشروع ترکیبی از دو جز (دفاع و مشروع) است که نخست معنای لغوی هر کدام

ارائه می‌گردد و سپس معنای اصطلاحی دفاع مشروع مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۱-۱. معنای لغوی دفاع

در فرهنگ دهخدا، دفاع را چنین معنی کرده است: دفاع یعنی موج کلان از دریا، هر چیز عظیم که بدان مثل وی دفع می‌شود؛ چیزی کلان و عظیم که بدان، مثل خودش را دفع کنند؛ همچنین دفاع کردن به معنی دفع شر و دفع حمله کردن است (دهخدا، ۱۳۷۷، ذیل واژه دفاع).

در فرهنگ‌نامه معین، برای دفاع این معنی‌ها آمده است:

۱. دستبرد دشمن (انسان یا حیوان)، نگهداری کردن.

۲. نگهداری کردن و دور کردن.

۳. پاسخ طرف مقابل را دادن در هر دعوا.

۴. دفاع جنگی که مسلمانان با کافران کنند برای جلوگیری از حمله آن‌ها است (معین، ۱۳۸۹، ص ۱۵۴).

در فرهنگ‌نامه نفیسی، دفاع به معنای یکدیگر را راندن و دور انداختن از کسی آمده است و دفاع کردن به معنای دفع تجاوز کردن است (دهخدا، ۱۳۷۷، ص ۱۵۱۷).

در منابع دیگر دفاع را چنان معنی کرده است: دفع اگر با الی متعدی شود، به معنای دادن، برگرداندن و پرداختن است، مثل آیه شریفه: «فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نسا، آیه ۶)؛ یعنی اموال آن‌ها را به خودشان برگردانید؛ و اگر با «عن» متعدی شود، به معنای حمایت، یاری و دفاع می‌دهد؛ مانند آیه شریفه: «إِنَّ اللَّهَ يُدْفِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا» (حج، آیه ۳۸)؛ یعنی همانا خدا از اهل ایمان دفاع و حمایت می‌کند. در صورتی که به چیزی متعدی نشود، به معنای دور نمودن و کنار زدن است؛ مانند «ادْفَعْ بِالتِّي هِيَ أَحْسَنُ» (مومنون، آیه ۹۶)؛ یعنی بدی را به طریق نیکویی دفع کن. اما به طور کلی دفاع در لغت به معنی دور نمودن با استفاده از زور و خشونت است.

۱-۲. تعریف دفاع مشروع

الف) دفاع مشروع در فقه

کلمه دفاع در فقه دو نوع بیان شده است که نوع اول دفاع از اسلام و حوزه‌های آن و دومی دفاع از جان و سایر متعلقات خود می‌باشد. در قسم اول گفته؛ «اگر بلاد مسلمین و یا حدود و مرزهای آن تحت سلطه دشمن قرار گیرد به طوری که خوف آن رود که مرکز اسلام و مجتمع اسلامی از بین برود بر همه واجب است به هر وسیله‌ای که ممکن باشد از قبیل بذل مال و جان از کیان و عظمت اسلام دفاع نمایند». در قسم دوم دفاع بیان می‌دارد که؛ «اشکالی نیست در اینکه انسان حق دارد محارب و مهاجم و دزد و امثال آنان را از جان، ناموس و مال خود به هر نحوی که بتواند براند» (خمینی، بی‌تا، ص ۴۸۷).

ب) دفاع مشروع در حقوق

در تعریف حقوقی دفاع مشروع چنین آمده است:

۱. «شخص مورد تجاوز در صورت نداشتن وقت برای توسل به نیرو دولتی به منظور رفع تجاوز حق دارد به نیروی شخصی از ناموس و جان و مال خود دفاع کند این دفاع را دفاع مشروع نامند» (لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۳۰۳).

۲. دفاع مشروع یا دفاع قانونی عبارت است از توانایی بر دفع تجاوز قریب الوقوع و ناحقی که نفس، عرض، ناموس، مال و آزادی تن خود یا دیگری را به خطر انداخته است (اردبیلی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۷).

۳. دفاع مشروع عبارت است از دفع حمله ناحق نسبت به جسم و جان، مال، ناموس و عرض یا آزادی تن خود یا دیگری در چارچوب قانون (ولیدی، ۱۳۷۴، ص ۱۶۱). دفاع مشروع حق هر انسان به حفظ جان، مال، ناموس خود یا دیگری در موارد ضروری شناخته شده است.

با توجه به این تعاریف می‌توان گفت که دفاع مشروع زمانی می‌تواند انجام شود که خطر قریب الوقوع باشد و دیگر هیچ راهی برای خنثی کردن عمل مهاجم وجود

نداشته باشد. همچنین دفاع باید متناسب با حمله مهاجم باشد؛ یعنی به همان اندازه که خطر را دفع نماید دفاع صورت گیرد و دفاع نباید به قصد انتقام‌گیری و یا آزار و اذیت مهاجم باشد. از این جهت عمل دفاع مشروع در قوانین کشورها محدود به شرایط از جمله ضرورت و تناسب داشتن عمل مدافع با حمله مهاجم مقید گردیده است.

به صورت عموم در زندگی اجتماعی، افراد جامعه به صورت مستقیم حق دفاع از خود را ندارد جز در موارد استثنایی و در شرایط خاص، بلکه این مکلفیت بر عهده‌ی دولت است که باید از حقوق افراد جامعه دفاع کند. مثلاً؛ هیچ فردی حق ندارد که به هدف یا انگیزه تقاص و انتقام گرفتن خون پدر یا فرزند خود، قاتل را بکشد و در صورت انجام این فعل مجرم شناخته شده و مجازات خواهد شد؛ اما با توجه به گستردگی جوامع بشری و انسانی و علی‌رغم این که دفاع از افراد در هر شرایط و در همه جا توسط دولت امکان‌پذیر نیست و از طرف دیگر انسان طبیعتاً در مقابل خطر از خود عکس‌العمل انجام می‌دهد، لذا قانون‌گذاران کشورها و نظام‌های حقوقی دفاع مشروع را تحت شرایط و ضوابط خاص برای افراد در نظر می‌گیرد و افراد جامعه می‌توانند با استفاده از این حق در مقابل خطرات قریب‌الوقوع نسبت به جان، مال، ناموس،... این پدیده حقوقی را اعمال نمایند

با این استدلال که نفع اجتماعی ایجاب می‌کند در مواردی که جامعه و دولت نتواند جلوی ارتکاب جرم علیه کسی را بگیرد به خود وی اجازه داده شده که در مقابل اعمال مهاجم ایستادگی نماید. همچنین از پدیده دفاع مشروع در برخی از کشورها و سیستم‌های حقوقی تحت نام دفاع شخصی (private defence) نیز بحث شده است که در واقع همان دفاع مشروع خواهد بود که در تعریف آن چنین بیان می‌دارد: هرگاه علیه خود شخص یا اموالش جرمی واقع شود یا مورد تهدید قرار گیرد، آن شخص حق دارد با توجه به داشتن حالت ضرورت، می‌تواند برای دفع خطر متوسل به زور شده از حمله به خود و مالش جلوگیری نماید (داوید بارکیر، ۱۳۹۰، ص ۲۹۶).

در مجموع می‌توان گفت که دفاع مشروع را به عنوان یکی از اسباب و علل رافع مسئولیت (علل موجهه جرم یا علل رافع مسئولیت) تمام کشورهای دنیا و

سیستم‌های حقوقی مورد پذیرش قرار داده است؛ اما با توجه به متفاوت بودن فلسفه و مبانی دفاع مشروع در نظام‌های حقوقی گوناگونی که در جهان وجود دارد ناگزیر از تعاریف متعدد و متفاوت است. بدین ترتیب در سطور بعدی فلسفه و ماهیت حقوقی دفاع مشروع مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲. پیشینه دفاع مشروع

بشر در اعصار مختلف تاریخی در هنگام مواجه شدن با تجاوز، توسط افراد دیگر، برای نجات دادن و حفظ حیات و اموال خود، دفاع را لازم و حق مسلم خود دانسته و شروع یا اقدام به دفع تجاوز کرده است. لذا حق دفاع مشروع از کهن‌ترین و باسابقه‌ترین مسائل حقوق جزا به شمار می‌آید. موضوع دفاع مشروع یکی از پدیده‌های حقوق جزا است که در اکثر نظام‌های حقوقی از جمله روم، بابلی‌ها و همچنین در حقوق اسلام نیز این اصل یعنی دفاع در برابر تجاوز غیر مشروع تحت شرایطی محترم و مجاز اعلام شده و شخص مدافع را در چنین وضعیتی سزاوار سرزنش نمی‌دانستند (ناتری، ۱۳۹۰، ص ۱۰۵).

دفاع مشروع در نظام‌های حقوقی مختلف و در ادوار گوناگون تاریخی با عناوین متفاوتی مثل دفاع شخصی، دفاع قانونی، دفاع از خود و... از آن نام برده شده است. باوجود پذیرفته شدن این اصل در تمام نظام‌های حقوقی، در رابطه با مبانی مشروعیت آن میان تئوری‌پردازان علم حقوق اختلاف نظرهای دیده می‌شود، دانشمندان حقوق جزا برای توجیه دفاع مشروع نظرات متعددی را بیان نموده‌اند که بحث خواهد شد.

۳. تئوری‌های دفاع مشروع

۳-۱. نظریه حقوق طبیعی

برخی از دانشمندان علم حقوق برای توجیه دفاع مشروع به مفهوم حقوق طبیعی رجوع کرده‌اند و استدلال می‌نمایند که لازمه ادامه حیات برای بشر این است که از خود دفاع نماید، چون زندگی حق طبیعی و موهبت الهی است، پس طبیعتاً دفاع از

آن نیز لازم و ضروری است. این نظریه توسط سیسرون خطیب نامدار رم مطرح شده و سپس دیگران هم از آن حمایت کرده‌اند. سیسرون باور دارد که «دفاع مشروع یک قانون طبیعی است و نه مدنی و حق دفاع را طبیعت به بشر تفویض کرده است، نه آنکه بر اثر مقررات موضوعه به او اعطاء شده باشد» (شامبیاتی، ۱۳۸۷، ص ۳۲۹). بر اساس این نظریه هرگاه حقی از حقوق طبیعی باشد، دفاع از آن نیز حق طبیعی انسان است و حقی که طبیعی نباشد دفاع از آن نیز حق طبیعی نیست. این دیدگاه دفاع مشروع را فقط در دفاع از نفس پذیرفته و نسبت به اموال و سایر موضوعات نپذیرفته است که خالی از ایراد نیست. چون موضوع مرتبط با دفاع مشروع تنها نفس نیست، بلکه مال، ناموس و عرض هم از جمله موضوعاتی است که مشمول حق دفاع مشروع قرار می‌گیرد و دفاع از این موارد نیز بر اساس قوانین کشورها لازم و حق مسلم افراد دانسته شده است.

۲-۳. نظریه قرارداد اجتماعی

این نظریه توسط ژان ژاک روسو فیلسوف معروف فرانسوی مطرح شده، توجیه ایشان از حق دفاع به گونه‌ای دیگری است. روسو با تمسک به قرارداد اجتماعی به این باور است که انسان یک موجود اجتماعی است، باید در جامعه و با هموعان خود زندگی نماید و همچنین مکلف است که حقوق و مقرراتی که برای حفظ و بقای جامعه لازم است رعایت کند. این وظیفه و تکلیفی است که خود به خود به مجرد داخل شدن در جامعه و پذیرفتن عضویت آن به وجود می‌آید. در نتیجه می‌توان گفت به محض اینکه قرارداد اجتماعی نقض شد، فردی که حقوق و منافعش متضرر شده یا به خطر افتاده باشد، اختیار دارد یا اینکه مکلف است که از حقوق و منافع خود دفاع نموده و حق و عدالت را به وسایل مقتضی برقرار سازد (روسو، ۱۳۹۲، ص ۹۸-۱۰۶).

به نظر می‌رسد بر این نظریه هم اشکال وارد است. از این نظریه چنین استفاده می‌شود که دفاع مشروع را به عنوان وظیفه و تکلیف در نظر گرفته است تا به عنوان یک حق شناخته شده برای شخص مدافع. علاوه بر این فلسفه دفاع مشروع را در حقیقت دفاع از حقوق جامعه و حراست از منافع اجتماع دانسته است، حال آنکه

دفاع مشروع قبل از اینکه دفاع از حقوق جامعه و مردم باشد بیشتر حفظ حقوق فرد و حمایت از آن است.

۳-۳. نظریه تعارض دو حق

این نظریه در قانونی جلوه دادن دفاع مشروع مقرر می‌دارد؛ هرگاه دو حق چنان باهم در تعارض قرار گیرد که برای حفظ یکی از آن‌ها دیگری باید از بین برود، عقلاً و منطقاً باید حقی که دارای ارزش بیشتر است حفظ گردد. لذا حقی کسی که به صورت غیر قانونی و غیرمجاز مورد تجاوز قرار گرفته نسبت به حق شخص متعرض یا مهاجم بیشتر است، بنابراین باید مورد حمایت قانون قرار بگیرد. در همین زمینه هگل فیلسوف شهیر آلمانی در مقام توجیه دفاع مشروع و تشریح مبنای حقوقی آن چنین اظهار نظر می‌کند: «حمله نفی حق است و دفاع نفی حمله و در نتیجه دفاع اجرای حق است» (شامبیاتی، ۱۳۸۷، ص ۳۳۱).

ایراد یا اشکالی که به این نظریه وارد است این است که اصلاً دو تا حق وجود ندارد تا اینکه میان آن‌ها ایجاد تعارض شود، حمله مهاجم یا متعرض که حق نیست بلکه حمله او یک عمل غیرمجاز و خلاف قانون است. چون همه انسان‌ها از حق آزادی برخوردار است و می‌تواند آزادانه زندگی نماید هیچ‌کسی نمی‌تواند این حق را از ایشان سلب کند، هیچ‌کس در حالت عادی حق ندارد به دیگری تعرض نماید، اگر تعرض یا تجاوز کرد عمل غیرمجاز انجام داده باید در مقابل آن واکنش نشان داد و خطر را دفع کرد.

۳-۴. نظریه اجبار معنوی

طرفداران این نظریه معتقدند کسی که مورد تهدید یا حمله قرار می‌گیرد، به علت هیجان و اختلال اراده نمی‌تواند بر اعمال خود تسلط داشته باشد و مجبور می‌شود به ارتکاب جرم مبادرت ورزد (اردبیلی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۸). با توجه به این نظریه عمل مجرمانه به هنگام دفاع تغییر ماهیت نمی‌دهد، بلکه چون اراده از شخص مدافع زایل می‌شود، لذا عمل به او نسبت داده نمی‌شود به خاطر اینکه اراده و اختیار نداشته

است. از این جهت، معافیت مدافع از مجازات دلیل شخصی است تا نوعی.

این نظریه هم خالی از اشکال نیست، ممکن است در حالت دفاع از نفس قابل توجیه باشد، اما در سایر موارد مانند دفاع از جان یا مال دیگری مورد اقبال نخواهد بود، چون در این موارد شخص مدافع کاملاً از اختیار تام و اراده آزاد برخوردار است. توجیه دیگر هم وجود دارد و آن این است که حمله مهاجم یا متعرض در واقع آزادی را از شخص مدافع سلب می‌نماید، بنابراین چنانچه در این حال مدافع ناگزیر از ارتکاب جرمی باشد مقصر نیست (باهری، ۱۳۸۴، ص ۳۳۱).

بر این توجیه نیز ایراد قبلی وارد خواهد بود. با در نظر داشت، نظریه اجبار معنوی در واقع دفاع مشروع از زمره علل رافع مسئولیت جزایی دانسته می‌شود، حال آنکه اکثر کشورها و سیستم‌های حقوق جزایی دفاع مشروع را از زمره عوامل موجهه جرم تلقی می‌نمایند.

۳-۵. نظریه حقوق اسلام

بر اساس احکام اسلامی دفاع از نفس، مال و حریم به اندازه توانایی شخص است و مهاجمی که بر اثر دفاع مجروح یا کشته شود خونش هدر است (شامبیاتی، ۱۳۸۷، ص ۳۳۲). در قرآن کریم خداوند می‌فرماید: «اگر کسی به ناحق به شما حمله و تجاوز کرد با همان تجاوز پاسخ او را بدهید...» (بقره، آیه ۱۹۳).

شیخ طوسی در کتاب المبسوط فی فقه الامامیه، بابی را تحت عنوان «الدفع عن النفس» مطرح کرده و مسائل مختلف مربوط به دفاع مانند تأثیر دفاع در رفع مسئولیت جزایی از مدافع، تناسب دفاع با تجاوز، گستره دفاع مشروع و... را بیان نموده است و می‌فرماید: «دزد نیز محارب است، آنگاه که دزد به انسان حمله کند، شخص مجاز است با او مقابله کند و او را از خود دور سازد و اگر این دفاع منجر به کشته شدن دزد شود، بر وی قصاص و دیه نیست و خونش هدر است» (طوسی، ۱۴۷۶، ص ۷۵).

دفاع مشروع زمانی تحقق پیدا می‌کند که به قصد مهاجم مبنی بر حمله یا تعرض علم و آگاهی حاصل شود. همچنین شخص مدافع به هیچ عنوان نمی‌تواند از حد

نیاز و ضرورت بیشتر برای دفع خطر اقدام نماید، بر فرض که چنین عملی را مرتکب شد به همان تناسب مسئول بوده و مجازات خواهد داشت. در فقه اسلامی تناسب میان صدمه ناشی از دفاع و صدمه احتمالی حمله، شرط مشروعیت دفاع نیست، بلکه وجود «ضرورت اقدام دفاعی» برای احراز مشروعیت آن کافی است. علاوه بر این شدت و ضعف حمله مهاجم هم باید در عمل مدافع در نظر گرفته شود، به طور مثال؛ اگر شخص مدافع می‌تواند با ایراد جرح خطر را دفع نماید، حق کشتن مهاجم را به هیچ وجه نخواهد داشت. چنین بیان شده است که اگر حمله مهاجم یا متعرض را با سروصدا بتوان دفع کرد همین کافی بوده و باید همین کار را انجام داد (امام خمینی، بی تا، ص ۲۶).

در مجموع می‌توان اذعان داشت که دفاع مشروع در اسلام از عوامل تبرئه‌کننده است که هیچ‌گونه مسئولیت جزایی و مدنی به عهده شخص مدافع نخواهد گذاشت. امروزه در قوانین اکثر کشورهای اسلامی و سیستم‌های حقوق جزایی نیز به عنوان یکی از علل موجهه جرم مورد بحث بوده و قابل توجیه است. خود علل موجهه جرم یکی از اسباب تبرئه‌کننده است که باعث زایل شدن مسئولیت اشخاص می‌شود. به عبارت دیگر عوامل موجهه جرم عبارت از شرایط و اوضاع و احوال عینی است که وصف مجرمانه را از رفتاری که در شرایط عادی جرم است برداشته و صورتی غیر قابل سرزنش به آن می‌دهد (حبیب‌زاده، ۱۳۸۴، ص ۳۹).

به صورت کلی، اسباب تبرئه‌کننده دو نوع اند: یکی علل موجهه جرم که مصداق بارزشان دفاع مشروع، امر آمر قانونی و حکم قانون است. دومی هم علل معذورکننده است که مصداق بارزشان مستی، جنون و صغر است. اکثر نظام‌های حقوقی بین این دو نوع عامل تفکیک قائل شده‌اند. طوری که عوامل نوع اول آن‌ها ایند که رفتار زشت و ناپسند انسان را به رفتار خوب و پسندیده مبدل می‌سازد (صادقی، ۱۳۹۱، ص ۲۷۳).

بنابراین، باید دانست که دفاع مشروع به عنوان یکی از عوامل سلب‌کننده مسئولیت یا یکی از علل توجیه‌کننده جرم بوده که در صورت ارتکاب آن برای مرتکب هیچ‌گونه

مسئولیتی در پی نخواهد داشت. لذا در نوشتار بعدی این پدیده حقوقی در قوانین جزای کشورهای افغانستان و ایران مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۴. دفاع مشروع در قانون افغانستان و ایران

۴-۱. قانون جزای افغانستان

دفاع مشروع در قانون جزای افغانستان به صورت صریح و روشن تعریف نگردیده است، اما از ماده ۵۸ قانون جزا می‌توان تعریف مصداقی آن را دانست: «حق دفاع مشروع به شخص مورد تهدید اجازه می‌دهد تا از استعمال وسایل لازم به منظور دفاع از هر عمل جرمی که ضرر و یا خطر جانی و مالی را برای دفاع‌کننده و یا شخص دیگر تولید نماید استفاده کند».

در این رابطه، بند اول ماده ۵۹ قانون جزای افغانستان چنین بیان می‌دارد: «حق دفاع مشروع هنگامی موجود می‌گردد که دفاع‌کننده روی اسباب معقول و دلایل منطقی یقین نماید که خطر تجاوز بر مال، جان یا ناموس دفاع‌کننده و یا شخص دیگری متوجه است.» با بررسی ماده فوق چنین به دست می‌آید که قانون‌گذار افغانستان این سه مورد (جان، مال و ناموس) را به عنوان موضوعی که دفاع از آن تحت شرایط و اوضاع خاص مشروع است در قانون جزا بیان کرده است که در زیر بحث می‌شود:

۱. دفاع از جان: جان در حقیقت همان جسم و روان انسان است. هر نوع فعلی مانند قتل، ضرب و جرح در واقع تعرض و تجاوز به جان انسان محسوب می‌گردد. تجاوز به جان مشمول هردو نوع از اعمال است که خطر مستقیم برای حیات انسان ایجاد می‌کند و یا عملی که سلامت جسمانی انسان را تهدید می‌کند؛ بنابراین زمانی که جان انسان مورد حمله یا تهاجم قرار گرفت فرد می‌تواند از خود واکنش نشان داده و با در نظر داشت شرایط قانونی خطر را دفع نماید. در این صورت عمل‌شان قانونی بوده و هیچ‌گونه مسئولیت در پی نخواهد داشت. طوری که در منابع فقهی نیز آمده است: اگر کسی قصد تجاوز یا تعرض به جان دیگری را بکند، بر شخصی که مورد تعرض واقع شده واجب است که از تعرض جلوگیری کرده و از خود دفاع نماید (شهید ثانی،

۱۳۹۰، ص ۲۴۷).

۲. دفاع از مال: مال عبارت است از عین یا حقی که نزد مردم قیمت مادی داشته باشد (قانون مدنی افغانستان، ماده ۴۷۲). در مورد اینکه آیا در رابطه با جلوگیری از تجاوز به مال هم دفاع مشروع محقق می‌شود یا خیر اختلاف نظر است. برخی به این باور هستند که چون مال قابلیت جبران را دارد، پس دفاع مشروع در مقابل آن محقق نمی‌شود؛ اما قانون‌گذار افغانستان تعرض به مال را اعم از اینکه مال متعلق به مدافع یا غیر باشد، دفاع از آن را جایز و مشروع دانسته است. همچنین قانون‌گذار در رابطه با منقول یا غیر منقول بودن مال چیزی نگفته است، اما چون لفظ مال به صورت مطلق استفاده شده، لذا به نظر می‌رسد که شامل اموال منقول و غیر منقول می‌گردد. پس هرگاه اموال کسی اعم از منقول و غیر منقول مورد تهاجم یا حمله شخص دیگر واقع شود، دفاع از آن برای شخص مدافع با وجود شرایط لازم مشروع دانسته شده است. دفاع از مال در شرایط خاصی که در بند پنجم ماده ۶۱ آمده است را حتی اگر به قتل مهاجم بینجامد نیز مشروع دانسته است، البته در صورتی که سرقت از جمله جنایات باشد، نه هر نوع سرقتی. از نظر اسلام نیز دفاع در برابر تجاوز به مال، با رعایت شرایطی مشروع است (امام خمینی، بی تا، ۴۷۰).

۳. دفاع از ناموس: به نظر می‌رسد مراد از ناموس عصمت خانوادگی یا تمام اعضای خانواده و اشخاص وابسته به انسان باشد. در واقع می‌توان برای مفهوم ناموس دو معنا در نظر گرفت؛ معنای عام و عرفی شامل زنان و مردان خانواده و معنای خاص آن تنها شامل زنان خانواده و افراد وابسته به فرد است. نگارنده بر این باور است که مراد قانون‌گذار افغانستان به معنای عام کلمه خواهد بود. زمانی که این افراد مورد تعرض و تهاجم دیگری قرار گرفت فرد حق دارد که به دفاع از آن‌ها برخاسته و خطر یا تهدیدی که آن‌ها را هدف قرار داده است دفع نماید. به نظر می‌رسد که قانون جزای افغانستان در ارتباط با عرض و آبرو و همچنین آزادی تن چیزی را بیان نداشته که به مراتب مهم‌تر از سایر موضوعات مشمول دفاع مشروع است. طوری که آبروی انسان به مثابه خون انسان در منابع فقهی و دینی قلمداد شده است.

به نظر نگارنده اگر این موضوع هم در همان ماده قانونی در کنار سایر موضوعات مربوطه ذکر می شد، خوب تر بود. گر چند این موضوعات را می توان با مطالعه ماده ۲۴ قانون اساسی افغانستان دانست، طوری که مقرر می دارد؛ «آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می گردد، حدودی ندارد. آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف است». لذا با بررسی این ماده از قانون اساسی به خوبی می توان استدلال کرد که با توجه به عبارت «آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است» می توان استنتاج کرد که عرض و آبروی انسان هم از تعرض مصون بوده و نباید مورد تهاجم و تعرض شخص دیگر واقع گردد. اگر این دو پدیده مورد تعرض قرار گرفت می توان مثل سایر موضوعات مشمول در قلمرو دفاع مشروع که در سطور پیش بحث شد به دفاع برخاسته و با حفظ تمام شرایط مقتضی از خود عکس العمل نشان داد.

بنابراین به صورت کلی می توان اذعان داشت که قانون گذار افغانستان موضوع مورد تعرض دیگری یا موضوع مشمول دفاع مشروع را جان، مال، ناموس، عرض و آزادی جسم انسان دانسته است و زمانی که این موضوعات به صورت غیرقانونی مورد تعرض و تهاجم دیگری قرار گیرد، شخص می تواند برای نجات و حفظ این حقوق خود و یا شخص دیگر به دفاع برخاسته و با حفظ شرایط مقتضی حتی می تواند مهاجم را به قتل برساند. اما در رابطه با دفاع از جان، مال یا ناموس دیگری به صورت واضح بیان نشده که در چه شرایط و اوضاع می توان از دیگری دفاع کرد. آیا در صورتی که دیگری ناتوان باشد و طلب همکاری نماید یا اینکه نه در هر شرایط می توان دفاع کرد. قانون به صورت مطلق دفاع از دیگری را آورده لذا بدون اینکه کسی درخواست همکاری نماید می توان از آن دفاع کرد. البته در ارتباط با دفاع از دیگری، برخی فقهای امامیه، دفاع از نفس غیر را به شرط اینکه زانی به مدافع نرسد، بنا به اقوی واجب دانسته اند (ناتری، ۱۳۹۱، ص ۱۱۱)؛ و برخی دیگر به طور مطلق جایز می دانند؛ اما در خصوص دفاع از ناموس و مال دیگری نیز، دیدگاه تمامی فقهای

امامیه بر جواز است.

اما اینکه دفاع مشروع در مقابل موظفین سلطه عامه چگونه است ماده ۶۳ قانون جزای افغانستان مقرر می‌دارد: «دفاع مشروع در برابر موظفین سلطه عامه که وظایف خود را با حسن نیت انجام می‌دهند گر چند در جریان وظیفه از حدود صلاحیت قانونی خود تجاوز نمایند جواز ندارد، مگر در صورتی که خوف مرگ یا جراحات شدید ناشی از عمل آن‌ها به دلایل معقولی ثابت باشد». با توجه به این ماده قانونی، می‌توان گفت که قانون‌گذار افغانستان دفاع مشروع را در مقابل عملیاتی که موظفین سلطه عامه در راستای انجام وظایفشان انجام می‌دهد جایز ندانسته است، لذا کسی نمی‌تواند در مقابل عملیات آن‌ها اقدام به دفاع نماید؛ اما یک شرط وجود دارد و آن این است که عملیات موظفین سلطه عامه ایجاد خوف مرگ یا جراحات شدید را به بار نیاورد. در صورتی که عملیات آن‌ها ایجاد خطر مرگ یا جراحات شدید نماید شخص حق دارد که در مقابل آن‌ها به دفاع برخاسته و خطر را دفع کند. به نظر می‌رسد که قانون‌گذار افغانستان علاوه بر شرط قرار دادن ایجاد خوف مرگ یا جراحات شدید، مسائل چون تعرض به عرض و ناموس، اموال را هم ذکر می‌کرد خوب‌تر بود، چون این موارد در قانون ذکر نشده‌اند، حالا سؤال که به وجود می‌آید این است که اگر عملیات موظفین سلطه عامه باعث تعرض به ناموس یا اموال شخص شد چه باید کرد؟ در این صورت شخص می‌تواند به دفاع برآید یا اینکه فقط در همان دو موردی که در قانون ذکر شده می‌توان به دفاع برخاست.

در اینکه آیا بر اساس استعمال حق دفاع مشروع می‌توان مرتکب قتل عمد شد یا خیر، قانون‌گذار افغانستان در ماده ۶۱ قانون جزا مقرر می‌دارد: «قتل عمد به اساس استعمال حق دفاع مشروع جواز ندارد مگر اینکه به منظور دفاع در برابر یکی از اعمال آتی صورت گرفته باشد»:

- دفاع در برابر عملی که ایجاد خوف مرگ یا جراحات شدید نماید، مشروط بر اینکه خوف مذکور از اسباب معقول پیدا شده باشد.
- دفاع در برابر عمل زنا، لواطت و یا تهدید به آن.

- دفاع در برابر اختطاف انسان.
- دفاع در برابر عمل حریق عمدی یا تحدید آن.
- دفاع در برابر عمل سرقتی که به حکم قانون جنایت شناخته شده باشد.
- دفاع در برابر عمل دخول غیر مجاز از طرف شب به منزل مسکون و یا ملحقات آن.

با توجه به ماده مزبور استفاده می شود که قانون گذار افغانستان استعمال حق دفاع مشروع را در مصادیق فوق الذکر و لو اینکه به کشته شدن مهاجم بینجامد نیز پذیرفته است. البته در مورد اول یک شرط را نیز قرار داده و گفته است که خوف مذکور باید عقلاً احراز گردد، پس هرگونه خوفی را شامل نمی شود، لذا شخص مدافع هرگونه خوف خود را نمی تواند موجه قلمداد کند و مرتکب عملیات دفاعی بشود.

۴-۲. قانون مجازات اسلامی ایران

دفاع مشروع در حقوق موضوعه ایران در قانون مجازات اسلامی پیش بینی شده است. حقوق موضوعه در حقیقت ارتکاب اعمال یا رفتاری که در شرایط عادی جرم و مستوجب مجازات است را در هنگام دفاع جرم نمی داند و هیچ گونه مسئولیت اعم از جزایی و مدنی را بر آن بار نمی کند. در رابطه با دفاع مشروع قانون مجازات اسلامی در ماده ۶۱ مقرر می دارد: هرکس در مقام دفاع از نفس یا عرض و یا ناموس و یا مال خود یا دیگری و یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز فعلی و یا خطر قریب الوقوع عملی انجام دهد که جرم باشد در صورت اجتماع شرایط زیر قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود:

۱. دفاع با تجاوز و خطر متناسب باشد.
۲. عمل ارتكابی بیش از حد لازم نباشد.
۳. توسل به نیروی دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد و یا مداخله نیروی مذکور در رفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود.

تبصره: وقتی دفاع از نفس و یا ناموس و یا عرض و یا مال و یا آزادی تن دیگری

جایز است که او ناتوان از دفاع بوده و نیاز به کمک داشته باشد. با بررسی این ماده قانونی می‌توان استفاده کرد که موضوع تجاوز نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا کسی دیگر است که در صورت مورد تهاجم یا تعرض واقع شدن، باید از آن دفاع صورت گیرد. لذا این موارد در زیر بحث می‌گردد:

۱. دفاع از نفس: نفس به معنای تمامیت وجود فرد، متشکل از تن و روان است (نوربها، ۱۳۸۷، ص ۲۶۲). دفاع از نفس بدین سبب موجه است که چون دفاع از کلیه افراد که وظیفه دولت است، هر وقت و در هر مکان امکان ندارد. از طرف دیگر اینکه افراد در مقابل تجاوز که علیه شان قرار است صورت بگیرد منع شده به خاطر اقتدار دولت است که برای رفع تجاوز دارد، لذا هرگاه رفع تجاوز توسط دولت ممکن نباشد منع نمودن افراد از دفاع کار عقلی و منطقی نخواهد بود. بنابراین کسی که مورد تعرض قرار می‌گیرد مجاز است که با ارتکاب عمل مجرمانه از خود دفاع نماید و خطر ناشی از تعرض یا تهاجم به نفس خود را دفع نماید، خواه این خطر حیات او را تهدید کند یا فقط سلامت و تمامیت جسمی او را به مخاطره اندازد، چون در هر دو صورت نفس او مورد تهدید قرار گرفته و حفظ نفس مستلزم دفاع از آن خواهد بود. عقلی و منطقی هم هست که دفاع از نفس نه تنها در مقابل تجاوز مجرمانه‌ای که حیات انسان را تهدید می‌کند مشروع است، بلکه انجام آن عین عدالت نیز خواهد بود.

۲. منظور از تعرض به عرض هرگونه عملی است که حیثیت اجتماعی و عفت خانوادگی و شرافت اخلاقی شخص را جریحه‌دار کند (اردبیلی، ۱۳۸۷، ص ۲۰۵). به نظر می‌رسد اینکه عرض درواقع به معنای آبرو و حیثیت اجتماعی و خانوادگی شخص خواهد بود؛ لذا با توجه به این می‌توان گفت شخصی که در ملا عام مورد هتک حرمت دیگری قرار بگیرد، درواقع حمله به عرض او صورت گرفته و شخص مورد حمله می‌تواند بر اساس حکم قانون تحت شرایط لازم از عرض خود دفاع نماید.

۳. دفاع از ناموس: منظور از ناموس در حقیقت عفت خانوادگی (زنان خانواده و افراد وابسته) به انسان است. لذا تعرض یا تجاوز کردن به ناموس یک فرد به معنای لکه‌دار

کردن و هتک عفت شخص است. باید خاطر نشان کرد که «تعرض به ناموس» یا اعمال منافی عفت یک امر اعتباری است که قطعاً در یک جامعه با جامعه دیگر تفاوت دارد؛ مثلاً در اکثر کشورهای غربی بوسیدن زن اعم از اینکه مجرد باشد یا شوهردار یک عمل عادی و مطابق با عرف است، در حالی که چنین عملی در جوامع اسلامی منافی عفت محسوب شده و جرم تلقی می‌گردد.

۴. دفاع از مال: مال عبارت است از هر چیزی که ارزش اقتصادی، قابلیت تملک و خرید و فروش را داشته باشد. قانون‌گذار ایران دفاع از مال را نیز با در نظر داشت شرایط آن برای مدافع مشروع دانسته است. ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی مال را به صورت مطلق استعمال کرده است که ظاهراً شامل اموال منقول و غیر منقول می‌گردد چون در قانون مدنی ایران اموال دو نوع است منقول و غیر منقول (قانون مدنی ایران، ماده ۱۱). با توجه به این استفاده می‌شود که هرگاه کسی اموالشان اعم از اینکه منقول یا غیر منقول باشد تحت تجاوز یا تعرض دیگری قرار گیرد، شخص می‌تواند جهت دفع تعرض و تجاوز به دفاع از آن برخاسته و خطر را محو نماید، بدون اینکه مرتکبی جرم شده باشد. همچنین بر اساس ماده ۶۲۶ ق.م.ا در مورد هر فعلی که طبق قانون جرم بر مال محسوب می‌گردد و لو اینکه از مأمورین دولتی صادر گردد هرگونه مقاومتی برای دفاع جایز است. ایضاً در خصوص دفاع از مال غیر، وقتی عمل فرد دفاع مشروع محسوب می‌شود که حفاظت مال غیر به عهده مدافع باشد، یا اینکه مالک استمداد کرده باشد (تبصره ماده ۶۲۵ ق.م.ا).

۵. دفاع از آزادی فرد: منظور از آزادی فرد در واقع این است که تمام افراد همانطوری که آزادانه آفریده شده است، حق دارد که آزادانه زندگی کنند. بدین مفهوم که انسان حق دارد آزادانه رفت و آمد داشته باشد و در نقاط دلخواه خود اقامت نماید و کسی نتواند بدون دلیل موجه این آزادی را از ایشان سلب نماید. با توجه به این مبنا هرگاه کسی بدون دلیل قانونی و موجه آزادی فرد از او سلب گردد و یا در غیر موارد که قانون یا مقام صلاحیت‌دار دستگیری و توقیف افراد را مجاز دانسته باشد، مورد تعرض یا تهاجم قرار بگیرد، فرد می‌تواند برای حفظ آزادی فردی خود از دفاع مشروع استفاده نماید.

چون قانون‌گذار ایران در ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی، حمایت از آزادی فرد را در کنار سایر موارد مانند نفس، مال، ناموس و عرض قابل دفاع دانسته است؛ اما دفاع در مقابل مأمورین دولتی که در صدد سلب آزادی فرد برآمده‌اند جایز نیست.

در این باره ماده ۶۲ و ماده ۶۲۸ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «مقاومت در مقابل نیروهای انتظامی و دیگر نیروهای عدلیه در موقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند دفاع محسوب نمی‌شود ولی هرگاه اشخاص مزبور، از حدود وظیفه خارج شوند و حسب ادله و قرائن موجود خوف آن باشد که عملیات آن‌ها موجب قتل یا جرح یا تعرض به عرض، ناموس یا مال گردد در این صورت دفاع در مقابل آن‌ها نیز جایز است». با توجه به این ماده می‌توان گفت دفاع از آزادی فرد در مقابل نیروهای دولتی جایز نیست مگر اینکه آن‌ها از حدود وظیفه خود خارج شوند یعنی عمل آن‌ها بدون دستور قانون و در غیر موارد قانونی باشد و یا اینکه عملیات آن‌ها موجب قتل یا جرح یا تعرض به عرض، ناموس یا مال گردد که در این صورت دفاع در مقابل آن‌ها، مشروع بوده و جواز دارد.

حالا در مقام دفاع مشروع می‌توان مرتکب قتل عمد شد یا خیر؟ ماده ۶۲۹ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر می‌دارد؛ در موارد ذیل قتل عمدی به شرط آنکه دفاع متوقف به قتل باشد مجازات نخواهد شد:

- دفاع از قتل یا ضرب و جرح شدید یا آزار شدید یا دفاع از هتک ناموس خود یا اقارب.
- دفاع در مقابل کسی که در صدد هتک عرض و ناموس دیگری به اکراه و عنف برآید.
- دفاع در مقابل کسی که در صدد سرقت و ربودن انسان یا مال او برآید.

با تعمق در ماده فوق‌الذکر چنین استنتاج می‌گردد که قانون‌گذار ایران نیز قتل عمد را فقط در سه مورد که در بالا ذکر شد پذیرفته است؛ اما یک شرط بسیار مهمی قرار داده و آن این است که دیگر هیچ‌گونه راه نجات برای شخص وجود نداشته باشد جز قتل مهاجم. بر فرض که راه دیگری غیر از قتل ممکن باشد در این صورت شخص مدافع حق ندارد که طرف را به قتل برساند.

۵. شرایط تحقق دفاع مشروع

۵-۱. قانون جزای افغانستان

نظام‌های حقوقی دنیا و به‌ویژه نظام حقوق جزایی هر کشور با توجه به شرایط و اقتضائات حاکم بر آن و استنادات ملی و داخلی خویش می‌تواند شرایط ویژه و متفاوتی از سایر نظام‌ها و کشورها داشته باشد. در جهت موجه قلمداد کردن دفاع مشروع در این‌سطور به مطالعه دیدگاه قانون‌گذار افغانستان می‌پردازیم. ماده ۶۰ قانون جزای افغانستان مقرر می‌دارد که حق دفاع مشروع تحت شرایط آتی به وجود می‌آید:

۱. دفاع در برابر حمله و تعرض باشد: با در نظرداشت این نکته دفاع مشروع زمانی مورد پیدا می‌کند که حمله و تعرض توسط شخص دیگر به فعلیت رسیده و یا در شرف انجام باشد؛ یعنی کسی به بهانه‌ای قریب‌الوقوع بودن حمله یا تهاجم نمی‌تواند عمل دفاعی خود را موجه قلمداد نماید. به عبارت دیگر شخص زمانی می‌تواند عمل دفاعی خود را دفاع مشروع قلمداد نماید که مهاجم مقدمات تعرض یا حمله را آماده کرده و شروع به انجام آن کرده باشد. قوانین برخی از کشورها از جمله ایران حمله قریب‌الوقوع را هم از شرایط دفاع مشروع دانسته و زمانی که خطر قریب‌الوقوع واقعاً محرز شود شخص می‌تواند به مقابله برخاسته و از خود دفاع نماید.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار افغانستان درباره اینکه خطر قریب‌الوقوع را از شرایط دفاع مشروع ندانسته غفلت کرده باشد، چون فعلیت خطر و تجاوز، عمل مادی است که به دو صورت تحقق می‌یابد؛ یک: زمانی که خطر هنوز شروع نشده اما قریب‌الوقوع است. در این حالت معقول نیست و منطقی نیست که شخص مدافع منتظر بماند تا خطر واقع شود یا اینکه مهاجم شروع به تجاوز و تعرض نماید، بعد مدافع به دفاع برخیزد. چون در اینجا اثر دفاع در حقیقت جلوگیری از وقوع خطر است، باید همین‌که خطر قریب‌الوقوع احراز شد، به مقابله برخاسته و آن را دفع نماید. دوم: زمانی که مهاجم تعرض و تجاوز را شروع کرده باشد در این صورت مدافع فقط استمرار خطر و تجاوز را متوقف کرده نه اینکه خطر و تجاوز را دفع کرده باشد.

۲. دفاع متناسب با خطر تهدیدکننده باشد: از این عبارت به‌خوبی استفاده می‌شود که هدف قانون‌گذار این است که عمل شخص مدافع در مقام دفاع نباید شدیدتر از عمل ارتكابی مهاجم و یا خطر ناشی از تهدید متعرض باشد. همچنین باید خاطر نشان کرد که منظور از متناسب بودن دفاع با حمله این نیست که مثل قصاص عمل به‌مثل انجام شود یا در مقابل مال، مال مهاجم را مورد حمله قرار داد؛ زیرا ماده ۶۱ قانون جزا در بند پنجم صراحتاً اشعار می‌دارد که دفاع در برابر عمل سرقتی که به حکم قانون جنایت شناخته شده باشد می‌توان به قتل مهاجم دست زد. این نکته با دیدگاه اسلامی که بر اساس آن دفاع در مقابل هرگونه تعرض تا آنجا مورد تشویق قرار گرفته که شخص کشته شده در این راه مثل شهید دانسته شده است سازگاری دارد. (امام خمینی، بی‌تا، ص ۴۸۸).

در مسئله ۵ تحریرالوسیله هم آمده است که اگر بر مال یا مال عیال او هجوم برند برای او جایز است که به هر وسیله ممکن مهاجم را دفع کند هرچند به کشته شدن مهاجم بینجامد. متناسب بودن عمل مدافع با حمله مهاجم در اینجا بدین معنا است که عرف جامعه عمل ارتكابی مدافع را شدیدتر از عمل مهاجم نداند. به‌طور مثال اگر کسی تهدید به ضرب و جرح شود از سوی یک مهاجم، در این حالت مدافع حق ندارد برای دفع چنین خطری جز ایراد ضرب و جرح، مرتکب عملی شود که او را به قتل برساند و عملی خود را توجیه نماید به‌عنوان استفاده از حق دفاع مشروع. به قول شامبیاتی منظور از وجود تناسب میان دفاع و حمله این است که همواره دفاع باید هم سنگ و هم‌شان حمله بوده و نمی‌تواند از آن شدیدتر باشد، ولی به‌کارگیری هر عملی که در رفع هجوم مؤثر واقع گردد، هرچند که از شدت بیشتری برخوردار باشد، نامتناسب نخواهد بود (شامبیاتی، ۱۳۸۷، ص ۳۵۴).

۳. دفاع تنها وسیله دفع خطر باشد: بدین مفهوم است که شخص هیچ‌گونه راه خلاصی و نجات نداشته باشد، یعنی نه دسترسی به موظفین خدمات عامه داشته باشد، نه راه فرار داشته باشد جز اینکه باید عملیات دفاعی را انجام دهد. اگر بتوان خطر را به نحو دیگری بدون توسل به اشکال مجرمانه دفع کرد، دفاع مشروعیت ندارد (صدر

۱۳۸۶، ص ۱۷۱). به عبارت دیگر یک نوع حالت ضرورت پیش آمده که جز دفاع کردن از خود دیگر هیچ چاره‌ای ندارد. لذا بر اساس ماده ۶۲ قانون جزا اگر توسل به موظفین خدمات عامه جهت دفع خطر برای شخص ممکن باشد، در این صورت حق ندارد که به دفاع برخاسته و عمل ارتكابی خود را دفاع مشروع به حساب آورد. از آنجائی که دفاع از حقوق ملت و افراد جامعه بر اساس قانون وظیفه دولت دانسته شده است و دولت هم در هر شرایط و در هر زمان نمی‌تواند این عمل را انجام بدهد که در این صورت قانون حق دفاع مشروع را به انسان داده است. اما در موارد که امکان دسترسی به موظفین خدمات عامه باشد شخص بدون توجه به این امر خودسرانه اقدام به دفاع نماید، در حقیقت به قانون پشت پا زده و خود مرتکب یک عمل ضد اجتماعی شده است.

۴. هم‌زمان با حمله مقابل باشد: منظور این است دفاعی که صورت می‌گیرد نباید در مقابل حمله‌ای که قبلاً صورت گرفته و یا حمله‌ای که تا حالا انجام نشده بلکه نسبت به آینده انسان را تهدید می‌کند، صورت بگیرد. لذا اگر کسی در قبال حملاتی که قبلاً نسبت به جان، مال و... خودشان یا دیگری که صورت گرفته، مرتکب عملی گردد، درواقع درصدد انتقام جوی برآمده نه اینکه دفاع کرده باشد که این عمل مطابق قانون جرم است. مثلاً کسی که به خاطر کشتن مردی که قبلاً به ناموس او تجاوز کرده برآمده و او را بکشد، مرتکب قتل شده و قابل مجازات است چون در مقام انتقام جوی مرتکب قتل شده است. همین‌طور اگر کسی به خاطر تهدید یا خطر احتمالی و بعیدالوقوع که در آینده متوجه شخص می‌شود مرتکب عملی شود که بر اساس قانون جرم دانسته شده است، نیز قابل مجازات بوده و هیچ‌گونه دفاع مشروعی تلقی نخواهد شد. چون عمل او به نوعی پیشگیری از حمله مهاجم است که جایز نیست، چون امکان مراجعه به مقامات قانونی و قضایی هست (گلدوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۷۷).

۵. دفاع در برابر عمل خلاف قانون و غیر عادلانه باشد: یعنی تعرض و تجاوز مستوجب دفاع، باید خلاف قانون و غیر عادلانه باشد. بنابراین اگر ارتکاب عمل متجاوز یا

مهاجم به حکم قانون و امر آمر قانونی باشد، در این صورت نمی‌توان به استناد موارد دفاع مشروع مرتکب عملی مقابل آن شد. بدین مفهوم که شخص نمی‌تواند در مقابل اعمال قانونی که از سوی مقام صلاحیت‌دار دولتی بر اساس قانون صورت می‌گیرد به استناد حق دفاع مشروع موضع‌گیری نماید؛ اما در ارتباط به اینکه عمل مهاجم باید غیر عادلانه باشد بحث و جود دارد.

۶. دفاع‌کننده عمداً سبب ایجاد عمل جرمی طرف مقابل نشده باشد: بدین معنا شخصی که در مقام دفاع مشروع قرار دارد خود به صورت عمدی باعث ایجاد تعرض و حمله مهاجم نشده باشد. یا به عبارت دیگر علت تعرض مهاجم شخص دفاع‌کننده نباشد، مثل این که مهاجم را به گونه‌ای تحریک یا وادار به انجام جرم علیه خود کرده، سپس خود در مقابل آن به دفاع برخاسته که این از مصادیق دفاع مشروع نخواهد بود. به طور کلی تجاوز نباید معلول تحریک خود شخص مدافع باشد (گلدوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۲۲).

در نتیجه می‌توان اذعان داشت اگر کسی اولاً خود زمینه ایجاد یک جرم یا خلاف را فراهم نماید و بعد در هنگام تحقق آن فعل به دفاع از آن برآید مشمول دفاع مشروع نبوده بلکه خود در ایجاد جرم دخیل است.

۵-۲. قانون مجازات اسلامی ایران

در رابطه با شرایط دفاع مشروع قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز شرایطی را در نظر گرفته است که در ماده ۶۱ ق.م.ا.چنین مقرر می‌دارد: هرکس در مقام دفاع از... در برابر هرگونه تجاوز فعلی یا خطر قریب‌الوقوع عملی انجام دهد که جرم باشد در صورت اجتماع شرایط زیر قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود:

۱. دفاع با تجاوز و خطر متناسب باشد؛
۲. عمل ارتكابی بیش از حد لازم نباشد؛
۳. توسل به نیروی دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد و یا مداخله نیروی مذکور در رفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود.

به استناد این ماده دفاع در برابر تجاوز و یا خطر هنگامی واکنش مشروع قلمداد می‌شود که هم تجاوز و هم دفاع مطابق اوصاف مذکور واقع شود. بدین معنا که بعضی از این اوصاف و ویژگی‌ها را در فعل متجاوز و بعضی را در فعل مدافع باید دنبال کرد.

۶. شروط تجاوز

الف: تجاوز بالفعل یا خطر قریب الوقوع باشد؛ بدین معنا که قصد متجاوز مبنی بر حمله یا تعرض به جان، مال، ناموس و آزادی تن خود یا دیگری به مرحله عمل و واقعیت رسیده باشد. به عبارت دیگر باید برای مدافع علم و یقین پیدا شود که تجاوز به وقوع می‌پیوندد و این یقین مستند به دلایل منطقی باشد؛ بنابراین با ظن و گمان خطر یا تهدید را نمی‌توان قابل دفاع دانست. مثل تهدید لفظی یا تهدید به فعل که در آینده صورت می‌گیرد.

ب: تجاوز یا تعرض غیر قانونی باشد: حقوق دانان غیر قانونی بودن را به عنوان یکی از ویژگی‌های آن قلمداد کرده‌اند و گفته شده است که دفاع تنها در صورتی مشروع تلقی می‌گردد که در مقابل تجاوزی غیر قانونی صورت گیرد (صانعی، ۱۳۸۲، ص ۲۵۸). به عبارت دیگر دفاع مشروع زمانی معنا پیدا می‌کند که در مقابل تعرض خلاف قانون یا غیر عادلانه باشد.

شروط دفاع در ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی، شرایط ذیل را در نظر گرفته است:

الف: ضرورت دفاع: دانشمندان علم حقوق به این باوراند که زمانی فرد می‌تواند از مقررات کیفیات موجهه و عدم مسئولیت استفاده نماید که دفاع تنها راه چاره برای خلاصی یافتن از مهلکه باشد (محسنی، ۱۳۷۶، ص ۲۴۱). بدین مفهوم که انجام عملی که در شرایط عادی جرم است، تنها و تنها وسیله‌رهایی از تجاوز یا تعرض باشد. بدیهی است زمانی که کسی مورد حمله یا تهاجم دیگری قرار می‌گیرد حق دارد که از خود دفاع نماید؛ اما این حق زمانی مشروعیت دارد که بیش از حد ضرورت نباشد. بنابراین جایی که عمل دفاع بدون ضرورت باشد، دفاع مشروع تلقی نخواهد

شد.

قانون‌گذار ایران هم در بند ۲ ماده فوق‌الذکر بدین نکته اشاره کرده‌اند که: «عمل ارتكابی بیش از حد لازم نباشد». مثلاً: اگر کسی با زدن سیلی دیگری را مورد ضرب قرار بدهد، دیگری حق دارد که با سیلی از خود دفاع نموده و یا دست او را گرفته و مانع زدن او شود. ولی اگر از این حد تجاوز نماید و حمله‌کننده را به قتل برساند یا مجروح نماید از حد ضرورت تجاوز کرده است. همچنین در بند ۳ همان ماده مقرر می‌دارد: «توسل به نیروی دولتی بدون فوت وقت ممکن نباشد و با مداخله نیروی مذکور در رفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود». لذا از مفهوم مخالف این بند دانسته می‌شود که اگر توسل به نیروی دولتی بدون فوت وقت ممکن باشد و مداخله آن‌ها باعث رفع خطر و تجاوز گردد، دفاع ضرورت نمی‌یابد. علاوه براین، در بند ج ماده ۶۲۷ ق.م.ا.هم گفته شده که «توسل به نیروی دولتی یا هرگونه وسیله آسان‌تری برای نجات میسر نباشد».

درمجموع می‌توان گفت که اگر کسی به هر وسیله‌ای غیر از نیروی دولتی توسل جوید، بدون اینکه فوت وقت شود یا ضرری وارد آید، دفاع جایز خواهد بود. چون قانون‌گذار فقط اشاره به توسل به نیروی دولتی کرده و غیر آن‌ها را بیان نداشته است. ب: متناسب بودن دفاع با خطر یا تجاوز: شرط دیگری که برای دفاع در نظر گرفته شده، شرط تناسب دفاع با تجاوز است. بدین معنا که بین منافع متضاد، یعنی منافی که در نتیجه حمله به خطر افتاده یا از بین رفته و منافی که در راستای دفاع از بین رفته، لازم است که تناسب برقرار باشد و بر عهده مدافع است تا در پاسخ به تجاوز با توجه به اوضاع و احوال، پاسخی متناسب و معقول از خود نشان دهد (ناتری، ۱۳۸۷، ص ۱۲۴). این شرط هم در واقع مکمل شرط ضرورت است.

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا هدف از متناسب بودن دفاع با تجاوز، متناسب بودن در منافع است یا در ابزاری که به کار برده می‌شود و یا اینکه نه هر دو (هم در منافع و هم در ابزار). بحث تناسب بین منافع مورد تهدید بدین معنا است که بین منافی که در نتیجه تجاوز به خطر افتاده و آن میزان از منافع که در اثر فعل

دفاعی از بین می‌رود لازم است تناسب وجود داشته باشد. لذا بر اساس این نظریه در حملاتی که متوجه اموال فرد می‌شود، امکان توسل به دفاع کشنده وجود نخواهد داشت، چون حملاتی که بر اموال صورت می‌گیرد متناسب با کشتن فرد که محروم کردن از حق حیات است نیست. در نتیجه می‌توان گفت این‌گونه تناسب خالی از ایراد نیست. چون در برخی از موارد میزان منفعتی که در نتیجه حمله از بین خواهد رفت معلوم و مشخص نیست تا دفاع متناسب با آن صورت گیرد و از طرف دیگر در بعضی از موارد ممکن برای دفاع از یک خطر اندک، اقدام به دفاع شدید لازم آید که بدون آن دفع خطر ممکن نخواهد بود.

به نظر می‌رسد که چنین برداشتی از تناسب دفاع با تجاوز، مخالف با مبانی دفاع مشروع بوده و درواقع سبب محدودیت در دفاع از حقوق افرادی که مورد تعرض دیگری قرار می‌گیرد می‌شود. اما با توجه به بند ۱ ماده ۶۱ و ماده ۶۲۵ و بند ب ماده ۶۲۷ ق.م.ا.چنین استفاده می‌شود که هدف قانون‌گذار این است که فردی که مورد حمله یا تجاوز دیگری قرار گرفته است نباید عملی انجام دهد که از عمل مهاجم یا متجاوز بیشتر و شدیدتر باشد. به‌طور مثال؛ کسی که توسط مهاجم تهدید به ضرب و شتم شده باشد حق ندارد که مهاجم را جز ایراد ضرب و شتم مرتکب عملی دیگری علاوه بر آن بشود که باعث مرگ آن شود؛ بنابراین ارتکاب قتل مهاجم زمانی مشروع قلمداد می‌شود که نفس مدافع مورد تهدید قرار گرفته باشد.

ج: شرط سوم در رابطه با دفاع از جان، مال و ناموس، عرض و آزادی تن دیگری است. تبصره ماده ۶۱ ق.م.ا.دفاع از موارد فوق‌الذکر دیگری را منوط به ناتوانی شخص مدافع و نیاز داشتن او به کمک دیگری دانسته است. بر اساس این تبصره در هر شرایطی نمی‌توان درواقع از حقوق دیگری حمایت کرد به نام دفاع مشروع بلکه باید ناتوانی و نیاز داشتن به همکاری باید احراز شود. همچنین در رابطه با دفاع از مال غیر، کسی که مرتکب قتل یا ضرب و جرح می‌شود در صورتی عمل وی دفاع مشروع تلقی می‌گردد که شخص مدافع وظیفه حفاظت از آن مال را به عهده داشته بوده یا اینکه صاحب مال از وی استمداد کرده باشد، در غیر این صورت نمی‌توان عمل شخص را

دفاع مشروع دانست. (تبصره ماده ۶۲۶ ق.م.ا).

۷. اشتراکات و افتراقات قوانین افغانستان و ایران

قوانین فوق دارای نقاط اشتراک و افتراقی است که در زیر بحث می‌گردد:

الف: در اینکه حمله متعرض قریب الوقوع یا به فعلیت رسیده باشد، قوانین هر دو کشور اشتراک نظر دارند.

ب: در اینکه دفاع شخص مدافع متناسب با حمله یا تجاوز مهاجم باشد نیز اشتراک نظر هست.

ج: در اینکه دفاع تنها وسیله دفع خطر باشد فقط قانون‌گذار افغانستان این شرط را در نظر گرفته است که این می‌تواند از نقاط قوت قانون افغانستان باشد. با توجه به قانون افغانستان اگر کسی به غیر از دفاع راه دیگری مثلاً؛ فرار کرده بتواند و خود را نجات بدهد حق ندارد که به دفاع برخاسته و خطر را دفع نماید. حال آنکه قوانین ایران این شرط را ذکر نکرده‌اند. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا اگر شخصی مورد حمله یا تعرض دیگری قرار بگیرد در صورتی که راه دیگری برای دفع خطر یا نجات خود داشته باشد، می‌تواند به دفاع از خود برآید و مهاجم را به قتل برساند یا جرح وارد نماید یا خیر؟

د: هم‌زمان بودن دفاع با حمله را نیز قوانین افغانستان به عنوان شرط قرار داده که قانون‌گذار ایران صریحاً ذکر نکرده‌اند، اما می‌توان به گونه‌ای این شرط را از قانون مجازات اسلامی ایران نیز استفاده کرد، اما اگر به صورت صریح و شفاف مثل قانون‌گذار افغانستان به آن اشاره می‌کرد خوب‌تر بود.

ه: شرط دیگری که فقط قانون‌گذار افغانستان آن‌ها را در قانون ذکر کرده است، این است که دفاع‌کننده خود عمداً سبب ایجاد عمل جرمی طرف مقابل نشده باشد که بازهم قانون‌گذار ایران این شرط را در قانون ذکر ننموده‌اند. سؤال مطرح می‌شود که آیا شخصی که خود باعث تحریک شخص دیگر برای تعرض یا حمله نسبت به جان، مال، ناموس و عرض و آبروی خود می‌شود، در صورتی که تحت تهاجم آن شخص

واقع شد می‌تواند به دفاع برخاسته و عمل خود را دفاع مشروع قلمداد نماید یا خیر؟ چون خود سبب ایجاد خطر شده است.

و: در مورد دفاع از جان، مال، ناموس، عرض و آبروی خود که قانون هردو کشور اتفاق دارند، اما در دفاع از موارد فوق‌الذکر فرد دیگر، قانون‌گذار افغانستان کلمه دیگری را به صورت مطلق به کار برده و هرگونه شرط و شروطی برای آن در نظر نگرفته، لذا سؤالی که به وجود می‌آید این است که آیا در هر شرایطی می‌توان از دیگری دفاع کرد یا اینکه نه زمانی که از طرف شخص دیگری استمداد صورت گیرد یا اینکه ناتوان باشد، در این مورد قانون چیزی نگفته است. حال آنکه قانون‌گذار ایران دفاع از جان، مال، ناموس، عرض و آبروی دیگری را منوط به نیاز داشتن مدافع به کمک و یا اینکه شخص وظیفه حفاظت از مال او را به عهده داشته باشد و یا اینکه از ایشان استمداد شده باشد، در این صورت می‌تواند به دفاع از دیگری بپردازد و عمل‌شان هم دفاع مشروع تلقی می‌شود.

ز: با وجود اینکه قوانین هر دو کشور یکسری شرایطی را برای تحقق عمل دفاع مشروع در نظر گرفته است، اما یک نقد کلی و مهمی که به نظر می‌رسد بر این قوانین وارد باشد این است که هیچ‌گونه ضمانت اجرا، برای آن پیش‌بینی نکرده‌اند. سؤالی که در ذهن‌ها خطور می‌کند این است که آیا در صورت فقدان یکی از شرایطی که برای تحقق دفاع مشروع پیش‌بینی شده است، اصل دفاع مشروع مخدوش و در نتیجه عمل مدافع صورتی مجرمانه به خود می‌گیرد یا خیر؟ به طور نمونه؛ اگر مدافع، شخص متعرض را بدون رعایت شرایط مقرر از جمله، رعایت شرط تدریج یا تناسب به قتل برساند، مرتکب قتل عمد شده و مستحق مجازات قصاص است و یا اینکه نه وضعیتی دیگری دارد؟

۸. آثار دفاع مشروع

با در نظر داشت مباحث قبل که به صورت مفصل بحث گردید، دفاع مشروع به عنوان یکی از موارد توجیه‌کننده جرم شناخته شده که با تحقق تمام شرایط آن، فرد مدافع یا

کسی که مورد تهاجم دیگری قرار گرفته در صورت دفاع از خود و دفع تهاجم متحمل هیچ‌گونه مجازاتی نخواهد شد. در چنین حالت و وضعیتی، قانون‌گذار پاسخ دفعی و فوری فرد به تهاجم را که در شرایط عادی ممکن مشمول عناوین مجرمانه تلقی گردد، فاقد عنوان مجرمانه قلمداد می‌نماید. بنابراین عدم مسؤولیت و مجازات فرد مدافع در حالت دفاع از خود، ناشی از فقدان عنصر قانونی جرم است. لذا با تحقق آن واکنش فرد، تنها ظاهری مجرمانه داشته و از حیث قانون بر چنین واکنشی که در مقام استفاده از یک حق و یا انجام یک تکلیف صورت می‌گیرد، عمل مجرمانه اطلاق نخواهد شد.

باین حال، تحقق حالت دفاع مشروع و ثبوت آن نزد مدافع، به تنهایی برای سقوط مسؤولیت از عهده وی کافی نیست، بلکه باید و جود حالت دفاع مشروع را اثبات کند و تا زمانی که وجود حالت دفاع در صورت اقامه دعوی علیه مدافع ثابت نشود، مسؤولیت کامل دارد، زیرا قضاوت و داوری برحسب ظاهر است (ناتری، ۱۳۸۷، ص ۱۲۷). در مقام دعوا در حقیقت شخص مدافع مدعی محسوب می‌شود، چون مدافع مدعی این است که خطر از ناحیه مهاجم سرزده و در نتیجه، حق دفع مهاجم برای او تحقق یافته است و او از این حق خود استفاده کرده است. این ادعای است که برای اثبات آن نیاز به اقامه دلیل است. بدین معنا که مدافع برای اثبات این ادعا باید دلیل مستحکم و عقلایی بیاورد تا برای قاضی محرز شود که واقعاً عمل‌شان دفاع مشروع بوده است. از طرف دیگر دفاع مشروع نیز مانند سایر نهادهای حقوقی، نیازمند شرایطی است که بدون آن‌ها دفاع مشروع محقق نمی‌گردد.

قانون‌گذاران هر دو کشور (افغانستان و ایران) به شرایطی برای تحقق دفاع مشروع تصریح کرده است که اثبات آن‌ها به عهده مدافع گذاشته شده که در مباحث پیشین بررسی شد. این نشانگر این نکته است که صرف ادعای دفاع مشروع برای ثبوت آن کافی نیست، بلکه باید با دلایل عقلی و منطقی به منصفه اثبات برسد. با اثبات دفاع مشروع، بر اساس قوانین جزای کشورهای (افغانستان و ایران) فرد از مسؤولیت جزایی و مدنی مبرا می‌شود. بر اساس مقررات فقهی نیز فقها معتقدند که در وضعیت

دفاع مشروع، جان و مال مهاجم هدر است. در نتیجه می‌توان گفت اگر مدافع با در نظر داشت شرایط و ضوابطی که قانون‌گذار برای دفاع مقرر کرده‌اند، اقدام نماید هیچ‌گونه مسؤولیتی نخواهد داشت و لو اینکه ممکن است موجب زیان به مهاجم شود، چون لازمه اجرای حقی است که قانون به شخص داده و همگی آن‌ها مباح می‌دانند.

نتیجه‌گیری

همان طوری که در مقدمه هم ذکر شد، دفاع مشروع از موضوعات دیرینه‌ای است که در حقوق جزا به رسمیت شناخته شده است. این پدیده حقوقی در ادوار مختلف تاریخی حالت‌های متفاوت و به گونه‌های متعددی شناسایی و قلمداد می‌شده است، در قدیم آن را به‌عنوان یک حق طبیعی تلقی می‌کردند، نه قانون موضوعه و قراردادهای بشری، بعد از آن در یک دوره تاریخی، دفاع به یک حالت یا وضعیتی گفته می‌شد که موجب از بین بردن مجازات می‌گردید. بعداً در قرن هجده و نوزده دفاع به حالت ضرورت و به حالتی اکراه و اجبار شخصی تفسیر می‌شد، زیرا وقتی که خطر انسان را تهدید یا احاطه می‌نماید، درواقع انسان بی‌اختیار می‌شود، دیگر اراده ندارد و خود را کنترل کرده نمی‌تواند لذا مرتکب جرم می‌گردد که در حقیقت همان دفاع است. بر این تفسیر و تلقی از دفاع مشروع نیز ایرادی وارد شده مبنی بر اینکه این توجیه در مقابل دفاع از نفس تا جای درست، اما در مورد دفاع از شخص دیگر یا دفاع از مال صحیح نخواهد بود.

در عصر کنونی و در جدیدترین قوانین موضوعه بشری دفاع را عبارت از به کار بردن حقی می‌دانند که قانون آن را جایز بلکه شخص را مکلف به آن دانسته است؛ زیرا هر انسان حق دارد که از نفس خود حفاظت و حمایت نموده و از مال، ناموس و عرض و آبروی خود دفاع نماید.

از نظر مکتب اسلام هم که دینی مبتنی بر فطرت آدمی است، مبنای دفاع مشروع را استیفای حق حاکمیت یا تمامیت شخصی در برابر هرگونه تجاوزی قرار داده

است که در حقیقت سبب احقاق حق و حفظ نظم اجتماعی می‌گردد. به بیان دیگر از آنجا که حمایت از تمامیت جسمانی و مالی، ناموسی و عرض افراد از وظایف دولت و حکومت است، از طرف دیگر دولت هم در هر شرایط و در هر زمان و مکان ممکن نیست که به این وظیفه‌شان عمل نماید، لذا باید فرض کرد جایی که دولت نمی‌تواند به حمایت از این حقوق افراد و اشخاص بپردازد، خود شخص حق دارد که به دفاع از آن برآید و خطر را دفع نماید، چون حفظ جان و مال، آبرو، ناموس از وجایب انسانی است.

در حقوق جزای کشورهای افغانستان و ایران پدیده دفاع مشروع به عنوان یکی از علل موجهه جرم مورد بحث و مطالعه قرار می‌گیرد. علل موجهه جرم در واقع عملی را که انسان در شرایط و حالتی خاص که در قانون بیان گردیده مرتکب گردد، جرم تلقی نمی‌نماید. به عبارت دیگر عمل انسان را طوری توجیه قانونی می‌کند که مباح است، بنابراین اگر کسی مرتکب دفاع مشروع شد عمل‌شان جرم تلقی نمی‌گردد و شخص هیچ‌گونه مسئولیت جزایی و مدنی ندارد. دفاع مشروع زمانی تحقق می‌یابد که در مقابل تجاوز به جان، مال، ناموس، عرض و آبروی انسان و یا شخص دیگری باشد.

قانون‌گذار افغانستان در مواد (۵۸، ۵۹، ۶۱ و ۶۳) قانون جزا، دفاع مشروع، موضوع مورد تعرض و شرایط دفاع را بیان نموده است. قانون‌گذار ایران در مواد (۶۱، ۶۲ قانون مجازات اسلامی و از ماده ۶۲۵ الی ۶۲۹) قانون تعزیرات، دفاع مشروع، موضوع مورد تجاوز، شرایط تجاوز و دفاع را بیان کرده است. مباحث مربوط به دفاع مشروع و شرایط آن‌ها بیان نموده است. از بررسی کلی قوانین فوق‌الذکر استفاده می‌شود که دفاع مشروع از جمله علل موجهه جرم دانسته شده است.

قوانین هر دو کشور در اکثر موارد مشابه است، اما برخی افتراقاتی هم وجود دارد که عمده آن موارد به صورت گذرا یادآوری می‌گردد: اولاً در رابطه به موضوع دفاع مشروع قانون‌گذار ایران به صورت عام اذعان داشته که دفاع از حقوق خود یا دیگری که در واقع تمام حقوق انسان را شامل می‌شود، حال آنکه قانون‌گذار افغانستان و ایران

موارد دفاع مشروع را به صورت مشخص بیان داشته مثلاً؛ دفاع از جان، مال، ناموس، آبرو و عرض را حق مسلم انسان دانسته است. ثانیاً اینکه قانون گذار افغانستان و ایران قتل عمد را در برخی موارد در مقام دفاع مشروع جایز دانسته است، ثالثاً در بحث شرایط تحقق دفاع مشروع قانون گذار افغانستان یک شرط این را دانسته است که دفاع تنها وسیله دفع خطر باشد، اما قانون گذار ایران این شرط را ذکر نکرده اند، این می تواند خود نقدی بر قوانین این دو کشور باشد، رابعاً شرطی دیگری که باز هم تنها قانون گذار افغانستان ذکر کرده، اما قانون گذاران ایران یادآوری ننموده اند، این است که دفاع کننده خودش عمداً سبب ایجاد خطر یا حمله مهاجم نشده باشد که باز هم می توان گفت از نقاط قوت قانون جزای افغانستان است. در نتیجه می توان گفت که امروزه در اکثر کشورهای جهان و نظام های حقوقی دفاع مشروع از جمله عوامل موجهه جرم دانسته شده و مرتکب آن هیچ گونه برچسب جرمی ندارد. یا به عبارت دیگر عملی که در حالت عادی انجامشان جرم باشد در حالت دفاع از جان، مال، ناموس و عرض نه تنها که جرم تلقی نمی گردد بلکه مباح دانسته شده و شخص مدافع مورد تحسین است.

فهرست منابع و مآخذ

قرآن کریم

۱. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۸۷)، حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران: میزان، چاپ بیستم.
۲. امام خمینی، روح‌الله، (بی‌تا)، تحریر الوسیله، ج ۱، قم: موسسه مطبوعاتی دارالعلم.
۳. ایرج، گلدوزیان، (۱۳۸۵)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی (۱-۲-۳)، تهران: میزان، چاپ سیزدهم.
۴. ایرج، گلدوزیان، (بی‌تا)، دفاع مشروع و اعمال در حکم دفاع مشروع، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۰ و ۱۵۱.
۵. باهری، محمد، (۱۳۸۴)، نگرش بر حقوق جزای عمومی، تهران: مجد، چاپ دوم.
۶. برجی، یعقوب‌علی، (۱۳۸۴)، وجوب دفاع مشروع از نگاه فریقین، مدرسه آموزش عالی امام خمینی، شماره ۱۵.
۷. توحیدخانه، محمد‌صدر، (۱۳۸۶)، حقوق جزای عمومی افغانستان، کابل: مؤسسه ماکس پلانک.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۲)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ بیست و پنجم.
۹. حبیب‌زاده، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، مقایسه عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسؤولیت جزایی، فصلنامه مدرسه علوم انسانی، شماره ۳.
۱۰. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۸۶)، جنبه‌های مدنی و جزایی دفاع مشروع، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۳.
۱۱. داوید بارکییر و کولین پادفیلد، (۱۳۹۰)، (LAW MADE SIMPLE)، تهران: مجد، چاپ چهارم.
۱۲. ژان ژاک، روسو، (۱۳۹۲)، قرارداد اجتماعی، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: آگه.
۱۳. شامبیاتی، هوشنگ، (۱۳۸۷)، حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران: میزان، چاپ بیستم.

۱۴. شهید ثانی، (۱۳۹۰)، شرح اللمعه، ترجمه علی شیروانی، ج ۱۴، قم: موسسه انتشارات دار العلم.
۱۵. صانعی، پرویز، (۱۳۸۲)، حقوق جزای عمومی، تهران: طرح نو.
۱۶. طوسی، ابوجعفر، (بی تا) المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸.
۱۷. فرهنگ معین، فارسی به فارسی.
۱۸. قانون جزای افغانستان.
۱۹. قانون مجازات اسلامی ایران.
۲۰. قانون مدنی افغانستان.
۲۱. قانون مدنی ایران.
۲۲. محسنی، مرتضی، (۱۳۷۶)، دوره حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
۲۳. مقدم، احمد رحیمی، (۱۳۸۹)، دفاع مشروع در حقوق جزایی ایران و انگلستان، تهران: مجد، چاپ اول.
۲۴. میر محمد صادقی، حسین، (۱۳۹۱)، حقوق جزایی اختصاصی (جرائم علیه اشخاص)، تهران: میزان، چاپ دهم.
۲۵. ناتری، محمد ابراهیم شمس و سعید عبداللہ یار، (۱۳۹۱)، حالت ضرورت و دفاع مشروع، تهران: مجد، چاپ اول.
۲۶. نوربها، رضا، (۱۳۸۷)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: گنج دانش، چاپ یازدهم.
۲۷. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۷۴)، حقوق جزای عمومی، ج ۲، اورامان، چاپ سوم.

بررسی تبعیت و عدم تبعیت احکام شرع از مصالح و مفاسد واقعی

نجیب الله رجایی^۱

چکیده

تبعیت و عدم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، یکی از موضوعات مهم در اصول فقه است که پذیرش یا عدم پذیرش آن نتایج زیادی دارد. هدف این پژوهش، بررسی دیدگاه‌ها و استدلال‌هایی بوده است که در این زمینه مطرح گردیده‌اند. پرسش اصلی این بوده است که آیا احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد واقعی می‌باشند یا خیر؟ دیدگاه منسوب به اشاعره و دلایل آن و در مقابل دیدگاه مشهور عدلیه و ادله آن بیان شده‌اند. اشاعره تبعیت را انکار می‌کنند و برای افعال حسن و قبح ذاتی قائل نیستند. برعکس مشهور عدلیه احکام شرعی را تابع مصالح و مفاسد می‌دانند و به حسن و قبح عقلی قائل‌اند. در میان عدلیه گروه از علما در برابر دیدگاه مشهور، عمومیت مصالح و مفاسد موجود در متعلق احکام را نپذیرفته و معتقدند که گاهی ملاک در نفس جعل و حکم است. روش تحقیق تحلیلی-استنباطی است و داده‌ها به شیوه مطالعه کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده‌اند. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که تمام احکام فقهی، بدون استثنا تابع مصالح و مفاسد واقعی و نفس‌الامری‌اند.

کلیدواژه‌ها: احکام شرعی، ملاکات احکام، مصالح واقعی، حسن ذاتی افعال و مفاسد واقعی.

مقدمه

اسلام به‌عنوان یک دین جامع و فراگیر، احکامی دارد که فقه اسلامی را شکل می‌دهد و چارچوبی برای رفتار و عملکرد مسلمانان فراهم می‌کند. پرسشی که همواره در ذهن خطور می‌کند این است که آیا احکام شرعیه تابع مصالح و مفسد واقعی‌اند یا خیر؟

در این موضوع اصولی نگارنده با رویکرد کلامی درصدد آن است تا بداند که احکام شرعی، مجرد از مصالح و مفسد واقعی قبلی‌اند و یا شارع مقدس آن‌ها را طبق ملاک (مصالح و مفسد) وضع کرده است؟ علت آنکه بحث تبعیت احکام از مصالح و مفسد واقعی، بحثی کلامی است، این است که به حکیمانه بودن افعال تشریعی خداوند مربوط است. اصولاً این بحث به علت اهمیتش به‌عنوان یکی از ارکان انطباق اسلام با مقتضیات زمان به شمار آمده است.

دیدگاه‌هایی در این ارتباط مطرح می‌باشند که در حد ظرفیت، در این نوشتار بررسی شده‌اند. در ضمن نظریات مطرح شده، در مورد نقش و یا عدم جایگاه عقل در تشخیص مصالح و مفسد نیز مطالبی ارائه گردیده است.

سه دیدگاه مطرح شده‌اند که یکی دیدگاه نفی مطلق، دیگری اثبات مطلق و سومی هم نظریه اثبات و نفی محدود است. طبق دیدگاه نفی مطلق (نظریه منسوب به اشاعره) احکام شرع تابع مصالح و مفسد واقعی نیستند و بر اساس اهداف از پیش تعیین شده خداوند صادر نشده‌اند. در این صورت عقل در تشخیص مصالح جایگاهی ندارد؛ اما طبق دیدگاه کسانی که قائل به تبعیت احکام از مصالح و مفسد واقعی‌اند، عقل از جایگاه خاصی در تشخیص مصالح و مفسد برخوردار است، اگرچه در محدوده درک و شناخت آن اختلاف نظر وجود دارد.

۱. معنای مصلحت و مفسده

در کتب لغات، اصلاح واژه‌ای است که در مقابل افساد به کار می‌رود. در مورد مصلحت هم تعاریفی زیادی با عبارات مختلفی ارائه شده است که مقصود همه

یکی است. منظور از مصلحت سود و فایده گفته شده است که در نتیجه انجام دادن کار عاید انسان می شود.

در ادبیات فقهی و کلمات فقها نیز مصلحت به معنای منفعت به کار رفته است که شامل نفع دنیوی و اخروی می شود. چنانکه در پژوهشی به نقل از صاحب جواهر آمده است که «یفهم من الأخبار و کلام الأصحاب، بل ظاهر الكتاب أن جميع المعاملات وغيرها إنما شرعت لمصالح الناس وفوائدهم الدنيوية والأخروية مما تسمى مصلحة وفائدة عرفاً»؛ یعنی از اخبار و کلمات فقها، بلکه از ظاهر کتاب این طور فهمیده می شود که همه معاملات و غیر معاملات به منظور تأمین مصالح و فواید دنیوی و اخروی مردم؛ یعنی هرآنچه که به نظر عرف، مصلحت و فایده نام دارد، تشریح شده اند (احمری، ۱۳۸۹ به نقل از نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۲، ص ۳۴۴).

۲. پیشینه پژوهش

موضوع مورد بحث، مورد توجه بسیاری از پژوهشگران قرار گرفته و نظریات و دلایل شان مورد استدلال بوده است.

وطنی و حیدرزاده (۱۳۹۴)، در مقاله با عنوان «مبانی اعتبار مصلحت در استنباط حکم شرعی»، قاعده تبعیت احکام شرعی از مصالح و مفاسد واقعی را به عنوان یکی از مبانی اعتبار مصلحت دانسته اند. نتیجه این پژوهش این است که طبق قاعده تبعیت، تمام احکام شرعی دارای مصلحت پیشینی است؛ به این بیان که بنا بر یک نظر، متعلق احکام شرعی یا دارای قبح است یا دارای حسن و احکام شرعی طبق این حسن و قبح از طرف شارع صادر می شود. حال به این حسن و قبح، گاهی عقل آگاهی پیدا می کند و گاهی اطلاع نمی یابد. طبق این نظریه، جایگاه عقل در تشخیص مصالح و مفاسد کاملاً روشن شده است. بنا بر نظریه دیگر، مبتنی بودن احکام شرعی بر مصلحت، عمومیت دارد؛ ولی لازم نیست این مصلحت در متعلق احکام باشد، بلکه می تواند به تشریع الهی بازگردد؛ به این معنا که نفس تشریع این حکم مصلحت داشته باشد، گر چه در متعلق حکم، مصلحتی وجود نداشته باشد.

ثانیاً، بنا بر نظریه مقاصد شریعت، هر مصلحتی که حتمی بودن آن به واسطه عقل یا نصی معتبر احراز شود، جزء مقاصد شارع است؛ هرچند دلیل خاصی برای آن مصلحت وجود نداشته باشد. در این صورت توجه به مصالحی که منطبق با مقاصد شریعت می‌شود، می‌تواند تأثیر در مفاد نصوص شرعی داشته باشد و اگر تأثیری هم نداشته باشد، زمینه‌ای برای حضور عقل به عنوان یکی از ادله استنباط باز می‌کند.

ایازی (۱۳۸۹)، در کتاب ملاکات احکام، در بحث مبانی ملاکات احکام این موضوع را ضمن دوقول تبعیت احکام از مصالح و مفاسد و مخالفان تبعیت مورد بحث قرار می‌دهد.

عابدی (۱۳۷۶) در مقاله‌ای با عنوان «مصلحت در فقه» به بررسی ادله‌ی قائلین به تبعیت احکام از مصالح و مفاسد می‌پردازد و ضمن رد این ادله می‌گوید که ما منکر حسن و قبح اشیا نیستیم، ولی وجود حسن و قبح و مصلحت و مفاسد را در احکام قبول نداریم و احکام را تابع مصالح و مفاسد نمی‌دانیم.

علی دوست (۱۳۹۰) در مقاله‌ای با عنوان «تبعیت یا عدم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی»، ضمن طرح بحث تبعیت احکام از مصالح به صورت مستقل، پس از رد قول عدم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد و نفی تبعیت همه احکام از مصالح و مفاسد واقعی، نظریه خویش را مبنی بر تبعیت نسبی یا تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی در برخی موارد به اثبات می‌رساند.

عبداللهی نژاد، ربانی و جلال (۱۳۹۵) پژوهشی را تحت عنوان «تبعیت احکام از مصالح و مفاسد» انجام داده‌اند. در این مقاله، اقوال، ادله و نقد آن‌ها بررسی شده و قول تبعیت مطلق احکام از مصالح و مفاسد واقعی به اثبات رسیده است.

۳. دیدگاه‌ها

۱-۳. نظریه انکار

نخستین اندیشه در این رابطه، اندیشه انکار است که به اشاعره منسوب است. اشاعره از مسلمانان بر اساس مبانی خود احکام را تابع مصالح و مفاسد نمی‌دانند. این

نظریه، پیروان اندکی خارج از این گروه نیز دارد. اشاعره برای اثبات ادعای خود دلایلی عقلی و نقلی آورده‌اند که به گونه‌ی زیر توضیح داده می‌شوند.

الف) ادله عقلی

۱. نفی غرض مندی افعال خداوند؛ نمونه‌های از تصریحات بزرگان اشاعره بیان‌گر این است که اشاعره معتقدند که افعال خداوند معلل به غرض نبوده و غرضی را دنبال نمی‌کند. صاحبان این اندیشه مانند علی احمد بن حزم ظاهری، فخر رازی و غیره، قائل هستند که فاعلیت خداوند از استناد به علت منزه است و هیچ چیزی نمی‌تواند ذات خداوند، صفات و افعالش را مقید سازد. نیکو چیزی است که شارع نیکو بشمارد و زشت چیزی است که آن را شارع زشت بدارد.

علی احمد بن حزم ظاهری گفته است: ما هرگز معتقد به اینکه احکام برای انگیزه‌ای جعل شده است، نیستیم، مگر آنچه را که شارع به آن تصریح کرده است. علت و انگیزه از افعال و احکام خداوند منتفی است؛ زیرا علت جز در فعل مضطر نیست و اگر خداوند در مواردی برای افعال خود سبب ذکر نکرده بود، بر هیچ مسلمانی روا نبود که سبب را برای کار او ذکر کند (احمری به نقل از ابن حزم ظاهری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۴۲۲-۴۲۳). او در رد کسانی که به دلیل حکیم بودن خداوند برای افعال و احکام خداوند، غایتی چون تأمین مصالح بندگان فرض کرده‌اند، می‌گوید: این سخن ریشه هر کفری است، زیرا در آن، تشبیه افعال خداوند به افعال ما است! ما اگر خداوند را حکیم می‌دانیم، نه از استدلال و درک عقل است؛ بلکه از آن‌رو است که او خود را حکیم نامید و حکیم بودن خداوند نه از آن است که در کارها هدفی را دنبال می‌کند بلکه «حکیم»، اسم علم برای اوست نه وصف مشتق و دارای مفهومی معین (احمری، ۱۳۸۹).

همین‌طور فخر رازی، رعایت مصالح را در تکلیف انکار نموده و علت حسن تکلیف را «ربوبیت» خداوند و «عبودیت» بندگان می‌داند (رازی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۱۲۷).

هم‌چنین اشاعره می‌گویند که اگر افعال خداوند تابع مصالح و مفاسد باشد، معنایش این است که چیزی به عنوان غایت یا خیر اعلی داریم که بالاتر از خداوند

است و خداوند باید افعال خود را با آن تطبیق دهد و آن رعایت مصالح و مفاسد واقعی است. درحالی‌که ما خداوند را خیر اعلی و مقصد و غایت هر چیزی می‌دانیم، پذیرفتن مصالح و مفاسد واقعی در افعال خداوند به معنای آن است که چیزی بالاتر از خداوند نیز داریم. پس بهتر آن است که گفته شود افعال خداوند تابع مصلحت و مفسده نیستند، ولی ما چون خداوند را حکیم می‌دانیم از افعال او مصلحت و مفسده را انتزاع می‌کنیم؛ ما از این نظامی که خداوند متعال، این‌گونه آفریده است انتزاع کرده‌ایم که چه چیزی مصلحت است و چه چیزی مفسده و این را نظام احسن می‌گوییم. ما امروز می‌گوییم مصلحت، خوب و کمال آن است که انسان دو دست داشته باشد و داشتن سه دست یا یک دست مفسده است. ولی اگر خداوند تمام انسان‌ها را از روز اول چنین آفریده بود و موجودات نیز طوری بودند که نیازهای انسان با یک یا سه دست تنظیم و برآورده می‌شد، شاید آن روز قضایای برعکس امروز داشتیم (عابدی، ۱۳۷۶، ص ۱۷۴).

تحقیقات نشان می‌دهند که این اندیشه تنها به اشاعره اختصاص ندارد، بلکه از متأخرین معاصر و از غیر اشاعره نیز بر این باور اصرار دارند و در برخی اندیشه‌های معاصر قول عدم تبعیت در حد امکان مطرح شده است. مثلاً گفته شده است که «احکام شرع تنها و تنها تابع امر و نهی شرعی هستند و هیچ ضرورتی ندارد که بگوییم تمام اوامر و نواهی تابع مصالح و مفاسد هستند، بلکه ممکن است، در شرع، اوامر و نواهی داشته باشیم که تابع هیچ مصلحت و مفسده‌ای ظاهری و یا حتی واقعی نباشند، بلکه صرفاً تابع اعتبار و امر و نهی شارع مقدس باشند و لازم نیست که برای آن اعتبار شرعی، غرض و هدفی در نظر بگیریم و امر و نهی را معلول و تابع آن غرض بدانیم (خراسانی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۲۳۲).

۲. غرض‌مندی افعال خداوند به معنایی محدود دانستن و مقید ساختن اوست؛ اگر احکام شرع تابع مصالح و مفاسد باشد، از لازمه این تبعیت محدود کردن اراده خداوند و پذیرفتن نقص برای اوست، زیرا ناقص برای جبران نقص خود به ضابطه‌ها رو آورده و به خاطر جلب منفعت و دفع مفسد اقدام می‌نماید.

۳. نفی حسن و قبح ذاتی اشیاء؛ اشاعره حسن و قبح ذاتی اشیاء را انکار می‌کنند، آن‌ها معتقدند که اگر اوامر و نواهی خداوند را تابع حسن و قبح ذاتی اشیاء بدانیم، لازم می‌آید که اراده تشریعی خداوند متأثر از غیر شود و این با مقام الوهیت خداوند سازگاری ندارد (عبداللهی‌نژاد، ربانی و جلال، ۱۳۹۵).

از نظر اشاعره، عقل کوچک‌تر از آن است که حسن و قبح اشیاء را درک کند یا اصلح را از غیر اصلح تشخیص دهد. حتی فزاتر از این، می‌گویند کسانی که عقل را قادر بر درک حسن و قبح افعال می‌دانند، مشیت الهی را محدود ساخته، از حریت و آزادی او می‌کاهند؛ چون پذیرش داوری عقل در این موضوع موجب می‌شود که خداوند آنچه را که عقل حسن بداند، انجام دهد و آنچه را قبیح بداند، ترک کند. چه محدودیتی بالاتر و روشن‌تر از این؟ از نظر اشاعره برای حفظ اطلاق اراده الهی، چاره‌ای جز این نیست که بگوییم: حسن آن است که «ما حسنہ الشارع» و قبیح آن است که «ما قبحہ الشارع» (سبحانی، ۱۳۹۰، ج ۱-۲، ص ۲۲۹).

پس اشاعره کوشیده‌اند که با انکار غرض‌مندی افعال خداوند و حسن و قبح عقلی، تبعیت احکام شرع را از مصالح و مفاسد به گونه مطلق، نفی کنند. باور دارند که برای عقل حکمی نبوده و این شریعت است که حسن و قبح را به وجود می‌آورد؛ به آنچه در شرع مقدس امر شده است، نیکوست و از آنچه در شرع نهی شده است، زشت و ناپسند است. به عبارت دیگر قبل از اوامر و نواهی خداوند در افعال، منفعت و مفسده‌ای وجود ندارد و در غیر این صورت، اشکالاتی چون محدودیت اراده خداوند، تقیید ذات خداوند به غیر و نقص خداوند لازم می‌آید.

نقد ادله عقلی اشاعره

ادله عقلی اشاعره از سوی عدلیه نقد شده‌اند که به صورت فشرده توضیح داده می‌شود:

نقد دلیل اول اشاعره؛ عدلیه (امامیه و معتزله) معتقدند که خداوند در افعال خود دارای غرض است و دلایلی زیادی عقلی و نقلی ذکر کرده‌اند که درجای خودش بیان شده‌اند. عدلیه در برابر اشاعره می‌گویند که نه تنها غرض‌مندی افعال خداوند محال

نیست، بلکه امر لازم و واجب است، زیرا هر فعلی که دارای غرض و هدف معینی نباشد، در نزد عقلا عبث و بیهوده است و هر فعلی بیهوده، انجامش قبیح است. فعل قبیح برای خداوندی که حکیم است، محال است و چگونه ممکن است که از او فعل بیهوده سرزند. لذا در صورت انکار غرض مندی افعال خداوند، عبث و بیهودگی افعال پیش می آید و این با حکمت او منافات دارد.

معتزله می گویند که تعلیل افعال الله به غرض لازم و واجب است؛ چون خداوند حکیم است. خلاصه استدلال آن ها این طور بیان شده است که اگر افعال الهی معلل به اغراض نباشند، عبث لازم می آید. اینکه از خداوند کار عبث صادر شود، بالاتفاق منتفی است. پس اینکه افعال الهی هدفمند و دارای غرض است، امری لازم و واجب است. همچنین اگر افعال الهی غرض نداشته باشند، لازم می آید که فعل الهی تحقق پیدا نکند؛ چون داعی و انگیزه بنا بر قول به عدم تعلیل احکام، منتفی است (شبلی، ۱۴۰۱ق، ص ۹۸).

نقد دلیل دوم اشاعره؛ طبق دیدگاه عدلیه، این قول اشاعره که گفته اند «غرض مندی افعال الهی به معنای محدودیت بوده و نقص بر خداوند است»، نادرست است چون مصلحتی که در احکام مطرح است، به بندگان بر می گردد نه به خداوند و او بی نیاز مطلق است.

به علاوه، در مورد پرسشی که آیا انسان انتخاب گر، انتخابش را نسبت به انجام و یا ترک کاری، بر اساس داعی و انگیزه خاصی بر می گزیند و یا بدون هیچ مرجعی آن را انجام می دهد؟ اشاعره پاسخ می دهد که انسان بدون هیچ مرجعی آن را بر می گزیند. در این صورت عدلیه می گوید که ادعای اشاعره ترجیح بلا مرجح است که برخی متکلمین امتناع آن را بدیهی دانسته است.

نقد دلیل سوم اشاعره؛ منشأ مشکل در این است که اشاعره مقاله حسن و قبح اشیاء را مثل بسیاری از مسائل به خوبی تصور نتوانسته اند. پرسش اصلی این است که منشأ حسن و قبح، مصلحت و مفسده افعال چیست؟ بر اساس نگاه توحیدی در آموزه های دینی، منشأ حسن و قبح اشیاء بنا بر توحید در خالقیت، به اراده تکوینی

الهی است؛ لذا نظام عالم بر اساس نقشه علمی الهی خلق شده و خداوند بر اساس اراده تکوینی خویش که مبتنی بر صفات کمالیه است، این عالم و قوانین حاکم بر آن را خلق کرده و این طرح و نقشه و قوانین حاکم بر آن از سوی غیر خدا نیست تا گفته شود که اراده تشریعی الهی تابع غیر قرار گرفته است و این با خدایی خداوند سازگاری ندارد؛ بلکه حسن و قبح و مصالح و مفاسد در زندگی انسان مبتنی بر اراده تکوینی الهی و اراده تکوینی الهی هم تابع کمالات الهی است (ربانی گلپایگانی، ۱۳۹۰).

ب) دلایل نقلی اشاعره

اشاعره به برخی از آیات و گروهی از روایات برای اثبات دیدگاه خود استدلال کرده‌اند که در ذیل ذکر می‌شوند:

آیات مورد استدلال اشاعره

آیه اول) «لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ» (انبیاء، ۲۳)؛ یعنی از آنچه انجام می‌دهد بازخواست نمی‌شود، در حالی که آنان بازخواست می‌شوند. از دیدگاه اشاعره آنچه از آیه استفاده می‌شود این است که در افعال خداوند پرسش و سؤال نیست که چه مصلحت و ملاکی در افعال اوست و از این عدم پرسش کشف می‌شود که افعال خداوند تابع مصالح و مفاسد نمی‌باشند. از آنجایی که جعل احکام یکی از مصادیق فعل خداوند است، لذا مبتنی به ملاک (مصلحت و مفاسد) نیست.

آیه دوم) «فِظْلُمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا» (نساء، ۱۶۰)؛ یعنی به خاطر ظلمی که از یهود صادر شد و به خاطر بازداشتن زیادی آن‌ها از راه خدا، بخشی از چیزها (و خوراکی‌های) پاکیزه را که برای آن‌ها حلال شده بودند، بر آن‌ها حرام کردیم. از دید اشاعره این آیه نشان می‌دهد که «طیبات» باینکه مصلحت دارند، تحریم شده‌اند و این کاشف از این است که احکام (وجوب و حرمت مثلاً) از مصالح و مفاسد تبعیت نمی‌کنند، چون اگر تبعیت می‌کردند، نباید آنچه مصلحت داشته باشد، تحریم شود.

آیه سوم) «إِنَّمَا جُعِلَ السَّبْتُ عَلَى الَّذِينَ اخْتَلَفُوا فِيهِ وَإِنَّ رَبَّكَ لَيَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ

القیامه فیما كانوا فيه یختلفون» (نحل، ۱۲۴)؛ یعنی تحریم‌های روز شنبه برای یهود یک مجازات بود که در آن‌هم اختلاف کردند و پروردگارت روز قیامت در آنچه اختلاف داشتند، میان آن‌ها داوری می‌کند. مفاد آیه این است که صید ماهی در روز شنبه برای یهود حرام شده است، باینکه هیچ تفاوتی بین صید ماهی در روز شنبه و روزهای دیگر هفته نیست، تحریم صید ماهی در روز شنبه بیان‌گر این است که احکام تابع مصالح و مفاسد نیستند، چون اگر می‌بودند نباید در روز شنبه صید ماهی حرام می‌شد چراکه در صید ماهی بین روز شنبه و دیگر روزها تفاوتی نیست. از اینجا می‌فهمیم که احکام بستگی به اراده خداوند دارد (عابدی، ۱۳۷۶).

آیه چهارم) «وَمُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيِّ مِنَ التَّوْرَاتِ وَلِأَحِلَّ لَكُم بَعْضَ الَّذِي حُرِّمَ عَلَيْكُمْ وَجِئْتُكُم بِآيَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ فَأَتَّقُوا اللَّهَ وَاطِيعُونَ» (آل عمران، ۵۰)؛ یعنی آنچه را پیش از من از تورات بوده، تصدیق می‌کنم، چیزهایی را که (بر اثر ظلم و گناه) بر شما حرام شده بود، حلال می‌نمایم و نشانه‌های از سوی پروردگار برای شما آورده‌ام، از خدا بترسید و از من اطاعت کنید. در این آیه از قول حضرت عیسی^(ع) نقل شده که می‌فرماید: چیزهای را که برای شما حرام بوده‌اند، نسخ کرده و حلال می‌کنم. اگر احکام تابع ملاکات می‌بودند، نسخ ممکن نبوده و این‌گونه نمی‌شد که یک روزی چیزی حرام باشد و روز دیگر حلال.

آیه پنجم) «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَاثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا» (بقره، ۲۱۹)؛ یعنی در مورد شراب و قمار از تو سؤال می‌کنند، بگو که در آن دو گناه و زیان بزرگی است و منفعی (از نظر مادی) برای مردم در بردارد، ولی گناه آن‌ها از نفعش بیشتر است.

از این آیه می‌فهمیم که ممکن است چیزهایی دارای منفعت باشند ولی حرام، مثل شرب خمر که در آن‌هم گناه است و هم منفعت، باینکه دارای نفع است، ولی حرام قرار داده شده است. در نتیجه احکام تابع ملاکات نیست.

آیه ششم) «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» (بقره، ۲۷۵)؛ یعنی همانا بیع مثل ربا است و درحالی که خداوند بیع را حلال و ربا را حرام قرار داده

است. از این آیه می‌فهمیم که فرق دیگری بین بیع و ربا وجود ندارد و این خداوند است که یکی را حلال و آن دیگری را حرام نموده است. پس احکام تابع مصالح و مفاسد نیست، بلکه مربوط خداوند است.

نقد ادله قرآنی اشاعره

عدلیه از این دلایل نیز جواب داده‌اند که به شرح زیر ذکر می‌شوند:

نقد استدلال به آیه اول) نفی سؤال ممکن است به این جهت باشد که افعال خداوند بر اساس حکمت بود و گزاف نیست و به همین دلیل در آن‌ها سؤال راه ندارد و وقتی پای احتمال در میان آمد استدلال باطل می‌شود: «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

نقد استدلال به آیه دوم) نهایت چیزی که از آیه استفاده می‌شود، عدم مفسده در «طبیّات» است، لکن نفی تبعیت از احکام نمی‌کند، ممکن است که جعل تحریم در «طبیّات» ناشی از ملاک در نفس جعل باشد و تبعیت از ملاک مذکور کرده باشد. نقد استدلال به آیه سوم) نهایت چیزی که از آیه استفاده می‌شود این است که عقل ملاک تحریم صید ماهی در «روز شنبه» را درک نمی‌تواند، لکن ملازمه بین عدم درک عقل و عدم تبعیت احکام از ملاکات وجود ندارد.

نقد استدلال به آیه چهارم) این آیه بر مدعای اشاعره دلالت ندارد، چون بین التزام به تبعیت احکام از ملاک و نسخ تنافی و ناسازگاری که نیست، بلکه سازگاری و سازش است.

نقد استدلال به آیه پنجم) ممکن است در مقام ثبوت یک شیء نسبت به مجموع مکلفین دارای مفسده باشد و نسبت به شخص و فرد دارای مصلحت که در مقام جعل حکم، هردو در نظر گرفته شده و حکم به غالب می‌شود. پس صرف مصلحت و منفعت در یک شیء دلالت بر نفی تبعیت احکام از ملاک ندارد.

نقد آیه ششم) استفاد از آیه این است که ملاک (تحریم ربا و تحلیل بیع) برای عقل قابل درک نیست، اما ملازمه بین عدم درک عقل و عدم تبعیت احکام از ملاک وجود ندارد.

روایات مورد استدلال اشاعره

اشاعره برای اثبات دیدگاه خود به روایاتی نیز استدلال کرده اند که به طور کلی، آن روایات به سه دسته ذیل تقسیم گردیده اند:

دسته اول روایاتی اند که بر تفاوت دیه اعضای زن با مرد در صورت که از یک سوم دیه تجاوز نماید، دلالت دارند. آن ها استدلال می کنند که طبق روایات، در دیه بین اعضای زن و مرد تا یک سوم مساوی است و در صورت عبور از نصف دیه، دیه اعضای زن نصف دیه اعضای مرد است. احکام تابع ملاک نیست و اگر می بود، شارع این گونه دیه قرار نمی داد که اگر مردی سه انگشت زن را قطع نماید، سی شتر دیه بپردازد و اگر چهار انگشتش را قطع نماید، بیست شتر دیه دهد و حال آنکه قطعاً مفسده قطع چهار انگشت بیشتر از سه انگشت است.

دسته دوم روایاتی که دلالت دارند بر اینکه معامله با لفظی حرام می گردد و با لفظی دیگر حلال، به گونه که لفظ و کلام در تحریم و تحلیل و در صحت و بطلان معامله دخالت انحصاری دارد. اگر احکام تابع ملاکات باشند، معنا ندارد که با لفظ و کلام تغییر نمایند.

دسته سوم روایاتی چون «حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرام الی یوم القیامه» هستند که این گونه روایات استمرار احکام را می رساند و اگر احکام را تابع ملاکات بدانیم، باید از استمرارشان دست برداریم (عبداللهی نژاد، ربانی و جلال، ۱۳۹۵).

نقد ادله روایی اشاعره

نقد دسته اول: عقل ملاک و مناط را درک نمی تواند، اما ملازمه بین عدم درک عقل و نفی تبعیت احکام از ملاک وجود ندارد.

نقد دسته دوم: مراد روایات که با لفظ تحلیل و تحریم صورت می گیرد، نگاه به تحقق معاملات توسط لفظ خاص است و تنافی با تبعیت احکام از ملاک ندارد.

نقد دسته سوم: التزام به تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، دست برداشتن از استمرار حکم تا روز قیامت نیست، همان طور که اشاعره توهّم نموده است.

۳-۲. نظریه اثبات

این اندیشه در برابر اندیشه انکار است و صاحبان این دیدگاه معتقدند که احکام تابع مصالح و مفاسد واقعی اند. این دیدگاه گاهی به همه عدلیه و گاهی هم به مشهور عدلیه نسبت داده شده است. این‌ها از یک طرف «حسن و قبح عقلی» افعال را می‌پذیرند و از طرفی برای افعال خداوند غایت را ضروری می‌دانند (احمری، ۱۳۸۹). قائلان این دیدگاه (عدلیه) نیز برای اثبات ادعای خود به دلایل عقلی و نقلی استدلال کرده‌اند که در ذیل بیان می‌شوند:

الف) دلایل عقلی عدلیه

۱. در صورت عدم التزام به تبعیت احکام از ملاکات، لغویت جعل احکام لازم می‌آید. این دلیل مبتنی بر اثبات و پذیرش «حسن و قبح» عقلی است. عدلیه برای اثبات «حسن و قبح» عقلی دلایلی را ذکر کرده‌اند:

اولاً، حسن و قبح عقلی از بدیهیات است، چون علم داریم به حسن احسان و قبح ظلم، حتی از طرف کسانی که اعتقاد به شرع و دین ندارند.

ثانیاً، انکار حسن و قبح عقلی لازم دارد انکار حسن و قبح شرعی را؛ یعنی اگر حسن و قبح عقلی نداشته باشیم، باید حسن و قبح شرعی هم نداشته باشیم. پس هردو قسم حسن و قبح منتفی می‌شود.

ثالثاً، با انکار حسن و قبح عقلی باید تعاکس در امور اتفاقی جایز باشد؛ اگر حسن و قبح عقلی نداشته باشیم باید جایز باشد که تمامی امور که در نزد همه خوب است و یا بد است، برعکس شود؛ مثلاً اینکه همه می‌گویند عدالت خوب است، ظلم بد است، برعکس گردد و گروهی خوبی‌های را که همه قبول دارند را بد بگویند و بدی‌های مورد اتفاق را خوب و حال آنکه جایز نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۳۰۳). پس از اثبات حسن و قبح عقلی افعال، اگر احکام تابع ملاکات نباشد، سه فرض قابل تصور است که هر سه فرض در مورد شارع محال است و آن سه فرض عبارت‌اند:

• شارع از آن ملاکات خبر نداشته است.

- خبر داشته ولی عاجز از صدور حکم طبق آن بوده است.
- شارع علم بر ملاکات و قدرت تطبیق احکام بر ملاکات را دارد ولی تطبیق نمی‌کند.

همه این فروض سه‌گانه در مورد خداوند محال است؛ پس احکام باید تابع مصالح و مفاسد باشند و در غیر این صورت لغویت جعل احکام لازم می‌آید (عرب صالحی، ۱۳۹۴، ص ۲۱۳).

۲. هدف‌مندی افعال خداوند: انجام هر فعلی بدون هدف و غرض بیهوده و کار غیر حکیمانه است. خداوند حکیم که واجب‌الوجود است و وجودش هیچ نقصی ندارد، کار غیر حکیمانه نمی‌کند. هدف افعال خداوند استکمال خود خداوند نیست و او بی‌نیاز و غنی مطلق است، بلکه غرض افعالش استکمال بندگان است. پس غرض افعال به بندگان برمی‌گردد نه به خود خداوند (وطنی، حیدرزاده، ۱۳۹۴).

۳. ترجیح بلامرجح: اگر احکام تابع مصالح و مفاسد نباشند ترجیح بلامرجح لازم می‌آید، به این بیان که چرا باید شارع یک گزینه را وجوب، دیگری را استحباب و همین‌طور یکی را حرمت و آن دیگری را کراهت، بدون کدام علت خاصی انتخاب کند؟ چرا آن گزینه که استحباب است مثلاً، به‌عنوان گزینه وجوب انتخاب نشده و یا برعکس و هم‌چنین تمامی احکام خمسّه چرا این‌گونه انتخاب شده‌اند؟ اگر تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نباشد، این ترجیح بلامرجح است که محال است (علی‌دوست، ۱۳۹۰، ص ۱۵۶).

طلب حقیقی و الزام جدی و بعث واقعی امکان ندارد به چیزی تعلق بگیرد، مگر اینکه آن شیء ذاتاً یا به خاطر برخی وجوه و اعتبارات عارضی دارای خصوصیتی باشد که با غرض مولا از تعلق الزام به آن در توافق باشد وگرنه تعلق طلب به آن ترجیح بلامرجح است (خراسانی، ۱۴۰۷، ص ۱۳۵-۱۳۴).

دیدگاه عدم استحاله ترجیح بلامرجح

برخی بر این باورند که ترجیح بلامرجح محال نیست؛ آن‌ها می‌گویند معلول بدون

علت غایی ممکن نیست محقق شود؛ چون فعل همان طور که به علت فاعلی نیازمند است و تحقق آن بدون فاعل محال است، تحقق آن بدون غایت نیز محال است؛ اما در جایی که علت غایی وجود دارد و دو مصداقی که با یکدیگر تفاوتی ندارند هم وجود داشته باشد، در چنین جایی ترجیح بلامرجح مانعی ندارد؛ زیرا نه به علت فاعلی خدشه‌ای وارد می‌شود و نه به علت غایی. مثلاً کسی از درنده‌ای در حال فرار است در صورتی که به دوراهی برسد و هیچ کدام بر دیگری برتری ندارد یا فردی تشنه است و دو ظرف آبی که هیچ تفاوتی ندارند در اختیار اوست. در این موارد، خود یکی را انتخاب می‌کند. فاعل خود فرد است و غایت او نیز در مثال اول فرار از حیوان و در مثال دوم رفع تشنگی است. در چنین موارد دیگر انتخاب مورد، نیازمند به مرجحی نیست، بلکه همان غایت مشترک کافی است.

این اشکال از طرف قائلان به تفصیل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی یا تبعیت از مصلحت در جعل بیان شده است. آن‌ها می‌گویند ما دلیل عقلی نداریم که بگویید همه‌جا متعلق احکام دارای رجحان است؛ زیرا ترجیح بلامرجح در مورد شخص آن حکم مانعی ندارد. البته شارع مقدس حتماً از فعل خویش غایتی دارد و آن امتحان و اختبار بندگان است. علاوه بر این غایت مشترک و عام، در خود متعلق فعل نیز گاهی امر راجحی وجود دارد و گاهی هم امر راجح وجود ندارد، بلکه همان غایت عام در تشریع حکم کافی است و نیازی نیست که تک تک متعلقات دارای مصلحت و رجحانی باشد. بنابراین، دلیل عقلی بر تبعیت مطلق احکام از مصالح و مفاسد واقعی در دست وجود ندارد. نویسنده کتاب فقه و مصلحت این مطلب را به مرحوم خویی نسبت می‌دهد (علی دوست، ۱۳۹۰، ص ۱۷۳).

رد دیدگاه منکرین استحاله ترجیح بلامرجح

با تتبع در آرای فلسفی بزرگان، این مطلب قطعی است که ارباب این فن بر استحاله ترجیح بلامرجح قاطعانه ایستاده، سر سوزنی کوتاه نیامده‌اند. لذا در مورد مثال‌های مطرح شده از طرف منکرین می‌گوییم که در این مثال‌ها ما علت مرجح را؛ یعنی آن چیزی که موجب می‌شود که شخص به یک طرف به خصوص متمایل شود،

نمی‌شناسیم، نه اینکه اینجا مرجحی وجود ندارد. منکرین گمان کرده‌اند که انسان همیشه می‌تواند عللی را که موجب تعلق اراده به یک طرف می‌شود، تمیز دهد. درحالی‌که در علم النفس (روانشناسی) ثابت شده که هزاران عوامل نفسی در مرتبه شعور مخفی ما (ضمیر ناخودآگاه) در ترجیح اراده دخالت می‌کند که شعور ظاهر ما (ضمیر خودآگاه) به کلی از آن‌ها بی‌اطلاع است. پس این مثال‌های منکرین را نمی‌توان دلیل بر وقوع ترجیح بلا مرجح دانست (مطهری، بی‌تا، ج ۶، ص ۶۶۲).

ب) دلایل نقلی قائلین به تبعیت احکام از ملاک

قائلین به تبعیت احکام از ملاکات، علاوه بر دلیل اجماع، به برخی آیات و روایات استدلال کرده‌اند که بیان‌گر تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی‌اند:

۱. آیات

ظواهر بسیاری از آیات قرآن، بیان‌گر تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی است. ظاهر این آیات می‌رساند عناوینی مثل قسط، عدل، احسان و معروف، درواقع و نفس الامر دارای حسن بوده و خداوند نیز به چیزی که درواقع خوب باشد، امر می‌کند و از طرف دیگر، عناوینی مثل فحشا، منکر و خبیث، درواقع قبیح است و خداوند از آن‌ها نهی می‌نماید. به‌عنوان نمونه می‌توان به آیات ۲۸، ۳۳، ۱۵۷، ۲۹۲ اعراف و آیه ۹۰ سوره نحل اشاره کرد. ظاهر این آیات همان معنایی است که افراد بشر از عدالت و ظلم می‌فهمند و همان کارهای که نزد همگان معروف و یا منکر به شمار می‌روند؛ این‌ها مورد امر و نهی الهی‌اند (سبحانی، ۱۳۹۰، ص ۹۸). برخی آیات مورد استدلال در ذیل بیان می‌شود:

آیه اول: «قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ وَأَقِيمُوا وُجُوهَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَادْعُوهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ كَمَا بَدَأَكُمْ تَعُودُونَ» (اعراف، ۲۹)؛ یعنی بگو پروردگارم امر به عدالت کرده است و روی خویش را در هر مسجد (و به هنگام عبادت) به سوی او کنید. او را بخوانید و دین (خود) را برای او خالص نمایید و همان‌گونه که در آغاز شما را آفرید، باز می‌گردید.

آیه دوم: «قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَ مَا بَطَّنَ وَ الْإِثْمَ وَ الْبَغْيَ بِغَيْرِ

الْحَقُّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنْزَلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ» (اعراف، ۳۳)؛ بگو خداوند تنها اعمال زشت را حرام کرده است، چه آشکار باشد و چه پنهان، هم چنین گناه و ستم به ناحق را و اینکه چیزی را که خداوند دلیلی برای آن نازل نکرده، همتای خداوند قرار دهید و چیزی را که نمی دانید به او نسبت دهید. آیه سوم: «الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنْزِلَ مَعَهُ ۙ أُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ» (اعراف، ۱۵۷)؛ یعنی همان کسانی که از فرستاده (خدا) پیامبر اُمی (و درس ناخوانده) پیروی می کنند، پیامبری که صفاتش را در تورات و انجیلی که به صورت مکتوب در نزدشان است، می یابند که آن ها را به معروف دستور می دهد و از منکر باز می دارد. اشیاء پاکیزه را برای آن ها حلال می شمرد و ناپاکی ها را تحریم می نماید. بارهای سنگین و زنجیرهایی را که بر آن ها بود (از دوش و گردن شان) بر می دارد. پس کسانی که بر او ایمان آوردند و او را یاری کردند و از نوری که با او نازل شده پیروی نمودند، تنها آنان رستگاران اند. آیه چهارم: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ» (نحل، ۹۰)؛ یعنی خداوند به عدل و احسان فرمان می دهد و هم چنین به بخشش به نزدیکان و از فحشاء و منکر و ستم، نهی می کند و به شما اندرز می دهد شاید متذکر شوید.

با توجه به آیات که ذکر شدند و آیاتی دیگری که ذکر آن ها در این نوشتار نمی گنجد، دو مطلب فهمیده می شود:

الف) آنچه را که خداوند و پیامبرش به آن امر می کنند، دارای مصلحت واقعی و آنچه را که نهی می کنند، داری مفسده واقعی است.

ب) هر چیزی که معروف است، مورد امر شارع قرار می گیرد و هر چیزی که منکر و قبیح است، مورد نهی شارع است؛ یعنی اثبات کننده قاعده اصل ملازمه (كُلَّمَا حَكَّمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَّمَ بِهِ الشَّرْعُ) است و به دنبال آن تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی را

اثبات می‌نمایند (عبداللهی نژاد، ربانی و جلال، ۱۳۹۵).

هم‌چنین آیات زیادی وجود دارد که دلایل انجام متعلق احکام و آثار آن‌ها را بیان می‌کنند؛ به‌طور مثال قرآن کریم بعد از فرمان به اقامه نماز، می‌فرماید: «إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ» (عنکبوت، ۴۵)؛ اثر نماز این است که انسان را از فحشاء و منکر باز می‌دارد. از نظر قرآن کریم طبیعت نماز گوهری است که «مصلحت جلوگیری از امور زشت و ناپسند» بر آن مترتب می‌شود. همین‌گونه قرآن «آماده شدن زمینه تقوا در روزه‌دار» (بقره، ۱۸۳). «سامان یافتن امور مردم» (مائده، ۹۷) و «پاک شدن زکات دهندگان از رذایل و پرورش یافتن آن‌ها با صفات پسندیده» (توبه، ۱۰۳) را فلسفه و حکمت الزام به روزه، حج و زکات می‌خواند؛ چنانکه مفسده موجود در برخی از گناهان مانند پلیدی شراب و قمار و بت پرستی و ازلام (نوع بخت آزمایی) را فلسفه امر به اجتناب از آن امور می‌شمارد (علی دوست، ۱۳۸۸، ص ۱۵۷).

از آیات فوق به درستی استفاده می‌شود که احکام تابع مصالح و مفاسدند که مربوط به بندگان می‌باشند.

۲. روایات

روایاتی زیادی وجود دارند که به مصلحت و مفسده در متعلق احکام، قبل از تعلق حکم به آن‌ها دلالت می‌کنند که به چند نمونه اشاره می‌شود:

- از جمله روایاتی که مورد استناد قرار گرفته است، روایت معروف و متواتر نبوی است که حضرت رسول اکرم (ص) در حجه الوداع فرمودند: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ مَا مِنْ شَيْءٍ يُقَرِّبُكُمْ مِنَ الْجَنَّةِ وَيُبَاعِدُكُمْ مِنَ النَّارِ إِلَّا وَقَدْ أَمَرْتُكُمْ بِهِ وَمَا مِنْ شَيْءٍ يَقَرِّبُكُمْ مِنَ النَّارِ وَيُبَاعِدُكُمْ مِنَ الْجَنَّةِ إِلَّا وَقَدْ نَهَيْتُكُمْ عَنْهُ»؛ ای مردم به آنچه شما را به بهشت نزدیک و از جهنم دور می‌نماید، امر نمودم و از آنچه شما را به جهنم نزدیک و از بهشت دور می‌سازد نهی کردم.

این حدیث مبارکه که تواتر معنوی دارد، از مهم‌ترین دلایل در اثبات تبعیت احکام از ملاک است. در این حدیث شریف در کارها و افعال بندگان قبل از امر و نهی،

و جوب و حرمت، اثر و خصوصیتی مطرح گردیده است که اثر برخی آن‌ها عبارت از نزدیک کردن به بهشت و دور کردن از جهنم و اثر برخی دیگر، دور کردن از بهشت و نزدیک کردن به جهنم است و این چیزی جز همان مصالح و مفاسد نفس‌الامری و آثار وضعی انجام این افعال نیست (علی دوست، ۱۳۸۸، ص ۱۵۷-۱۵۸).

- در نامه امام علی^(ع) به امام حسن مجتبی^(ع) آمده است که «فَإِنَّهُ لَمْ يَأْمُرْكَ إِلَّا بِحَسَنِ وَلَمْ يَنْهَكَ إِلَّا عَنْ قَبِيحٍ» (نهج البلاغه، نامه ۳۱)؛ یعنی خدای متعال تو را جز به آنچه نیکوست امر و جز از آنچه ناپسند است، نهی نکرده است.

این روایت، وصیت امام علی^(ع) به فرزندش امام حسن^(ع) است که به خوبی از این فرمایش امام فهمیده می‌شود که قبل از تعلق امر و نهی، متعلق احکام دارای حسن و قبح ذاتی است.

- فی فقه الرضا^(ع) قال «انَّ الله لم يبيح أكلاً ولا شرباً إلا لما فيه المنفعة والصلاح ولم يحرم إلا فيه الضرر والتلف والفساد»؛ خداوند هیچ خوردنی و آشامیدنی را مباح نکرد، مگر اینکه نفع و مصلحت در آن بود و هیچ چیزی را حرام نکرد مگر اینکه در آن ضرر و نابودی و فساد وجود داشت (نوری، ۱۴۰۷، ج ۱۶، ص ۱۶۵).

به این ترتیب گویا ترین نصوص وجود دارند که برای افعال بندگان خدا، حکمت، مصلحت و فلسفه بیان می‌نمایند و با مطالعه و دقت در آن‌ها می‌یابیم که احکام تابع مصالح و مفاسد واقعی‌اند.

اختلاف دیدگاه بین عدلیه

دیدگاه عدلیه همان‌گونه که ذکر شد، در مقابل دیدگاه اشاعره قرار دارد، اما در بین پیروان این دیدگاه اختلافاتی وجود دارد؛ یکی از اختلافات در این است که آیا احکام، همیشه تابع مصالح و مفاسد واقعی موجود در متعلقات احکام است و یا در خود احکام و جعل احکام؟

نظر مشهور و معروف امامیه و عدلیه این است که احکام، تابع ملاک موجود در متعلق احکام است که در دیدگاه عدلیه (دیدگاه اثبات تبیین) دلایل عقلی و نقلی این نظریه مفصلاً ذکر گردید. به علاوه می‌توانیم به عنوان نمونه، قول خداوند متعال

را شاهد بر این مدعا ذکر نماییم که می‌فرماید «وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَ سَاءَ سَبِيلًا» (اسراء، ۳۲)؛ در این آیه از زنا نهی کرده است، به دلیل اینکه مفسده دارد، یعنی مفسده در نفس زنا است که متعلق حکم است و هرکس مرتکب آن گردد خود را در مفسده انداخته است.

در مقابل نظر مشهور، جماعتی از علما نظر دیگری دارند که در برخی پژوهش‌ها نظر آن‌ها به‌عنوان دیدگاه سوم در تبعیت و عدم تبعیت احکام از ملاکات، بررسی شده است. این دسته نظر مشهور را قبول ندارند و ملتزم‌اند که احکام، می‌توانند تابع ملاک موجود در خود احکام باشند نه متعلق احکام؛ مانند اوامر و نواهی امتحانی شارع مقدس که فقط به‌قصد امتحان یا انقیاد و اطاعت مکلف صادر می‌شود. آن‌ها که در رأس‌شان محقق خراسانی قرار دارد تبعیت احکام را از مصالح و مفاسد موجود در متعلق احکام به‌طور فی‌الجمله می‌پذیرند و اما عمومیت آن را قبول ندارند و می‌توانیم دیدگاه آن‌ها را دیدگاه تفصیلی بنامیم.

آخوند خراسانی در خصوص احکام ظاهری که با اصول عملیه ثابت می‌شود، قائل است که مصلحت در متعلق این احکام وجود ندارد، بلکه در خود احکام است (خراسانی، ۱۳۸۴، ص ۲۵۱). محقق خویی نیز بین احکام تکلیفی و احکام وضعی، تفاوت قائل می‌شود. در احکام وضعی، از قبیل ملکیت و زوجیت، با توجه به اینکه حکم به اعیان خارجی تعلق می‌گیرند، مصلحت در جعل این‌هاست نه در متعلق‌شان (غروی تبریزی، ۱۴۱۰، ص ۴۵).

پیروان نظریه غیر مشهور، دلایلی را ذکر کرده‌اند که برخی در ذیل ذکر می‌شوند: خداوند می‌فرماید: «وَمَا جَعَلْنَا الْقِبْلَةَ الَّتِي كُنْتَ عَلَيْهَا إِلَّا لِنَعْلَمَ مَنْ يَتَّبِعُ الرَّسُولَ» (مائده، ۹۷)؛ این آیه شریفه مصلحت را در متعلق نمی‌داند، بلکه مصلحت را در خود جعل می‌داند که امتحان الهی باشد. این‌گونه قرآن فلسفه قبله قرار گرفتن بیت المقدس قبل از قبله قرار گرفتن کعبه را امتحان‌بندگان در پیروی از رسول‌الله (ص) می‌داند و هر حکمت دیگری از جمله وجود مصلحت در نفس توجه و استقبال به‌سوی بیت المقدس را نفی می‌کند (علی دوست، ۱۳۹۰، ص ۱۷۰).

برخی از روایات، امتحان اولین و آخرین را حکمت انتخاب مکانی به نام کعبه و تعظیم و زیارت آن معرفی کرده‌اند (علی دوست، ۱۳۹۰، ص ۱۷۰). درباره دلیل مذکور گفته می‌شود که دلیل انتخاب کعبه، امتحان اولین و آخرین انسان‌ها بوده است و در خود کعبه مصلحتی نیست.

در برخی روایات نیز هرچند تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی و موجود در متعلق، نفی نشده و از این جهت نمی‌توان این نصوص را از نصوص مخالف تبعیت قلمداد کرد؛ اما به دلیل تأکید برای امری چون امتحان بندگان به عنوان فلسفه احکام و عدم اشاره به وجود مصالح یا مفاسد در متعلق اوامر و نواهی می‌توان این روایات را در مسیر نفی تبعیت مطلق دانست (علی دوست، ۱۳۹۰، ص ۱۷۱).

آیاتی مانند آیه (۱۶۰) سوره نساء که خداوند «طبیات» را بر بنی اسرائیل حرام فرمود یا آیه (۱۶۳) سوره بقره که صید ماهی در روز شنبه حرام شده بود را طبق این نظریه قابل تحلیل می‌دانند و می‌گویند که علت تحریم اعمال بنی اسرائیل است نه وجود زیان و مفسده در خود آن غذاها (علی دوست، ۱۳۹۰، ص ۱۷۰).

نقد دلایل نظریه غیر مشهور عدلیه

۱. مأموریه در اوامر امتحانیه انجام بعض مقدمات است و نفس انجام مقدمات دارای مصلحت است. پس در اوامر امتحانیه متعلق و مأموریه واقعی، همان مقدمات بوده و ملاک هم در همان مقدمات است.

۲. اوامر امتحانیه تظاهر به خواستن چیزی است، ولی مولا در واقع آن را نمی‌خواهد. از نظر علما چنین امری قبیحی ندارد؛ چون همه عقلا بر حسن این کار به خاطر وجود برخی مصالحی که در آن متصور است اتفاق نظر دارند. پس در اوامر امتحانی، نه طلبی و نه اراده‌ای است (شعرانی، ۱۳۷۳، ص ۲۰۹).

۳. در اوامر امتحانیه، مصلحت در نفس سلوک عبد است (عرب صالحی، ۱۳۹۴، ص ۲۲۶).

۴. هم‌چنین بر رد نظریه دوم استدلال شده است که: اولاً این نظر مخالف با ظاهر نصوص و ادله است که در دیدگاه دوم مطرح گردیدند. ثانیاً اگر مصلحت و مفسده

در نفس جعل باشد، با تحصیل ملاک امر ساقط می‌شود و نیازی به انجام متعلقات احکام در خارج نیست و این لازم قابل قبول نیست.

نتیجه‌گیری

در ارتباط تبعیت و یا عدم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی دیدگاه‌های مخالف و مختلف وجود دارند که در حد ظرفیت در این نوشتار مورد بررسی قرار گرفته و طرح نظریاتشان و نیز دلایل هر کدام ذکر گردید. بر اساس دیدگاه انکار تبعیت، ملاک، امر و نهی شارع است و احکام شرعی تابع اعتبار و جعل خداوند می‌باشند. طبق نظر اثبات تبعیت، از قبل در متعلقات احکام مصالح و مفاسدی واقعی وجود دارند و احکام شرعی تابع آن ملاکات می‌باشند، این نظریه مشهور عدلیه است که برخی دیگری از علما از این میان، عمومیت وجود ملاکات را در متعلقات احکام نمی‌پذیرند و می‌توانیم دیدگاه آن‌ها را به عنوان دیدگاه سوم در این مسئله مطرح نماییم؛ اما اینکه جایگاه عقل در این سه دیدگاه چگونه ارزیابی می‌شود، با توجه به ادله و استدلالات این نظریات؛ نظریه انکار، جایگاهی برای عقل در درک مصالح و مفاسد قائل نیست، چون برای افعال مصالح و مفاسد ذاتی قائل نیست تا بحث کنیم که آیا عقل ملاکات را درک می‌تواند و یا خیر.

آنچه در دیدگاه دوم و نیز دیدگاه سوم دیده می‌شود، گزینه انکار درک عقل منتفی بوده و حد و اندازه برای درک عقل مسلم است. بر این اساس، دیدگاه‌های دوم و سوم معتقدند که عدم درک عقل دلیل بر عدم وجود ملاک در افعال نمی‌شود تا گفته شود که افعال ذاتاً حسن و قبح ندارند و تبعیت احکام از ملاکات منتفی است.

به نظر آنچه از دقت در این دیدگاه‌ها، ادله و نقدها به دست می‌آید این است که تمام احکام فقهی، بدون استثنا تابع مصالح و مفاسد واقعی و نفس‌الامری‌اند، چون از یک طرف دلایل دیدگاه انکار تبعیت رد شده‌اند و از طرف دیگر در اینکه ترجیح بلامرجح محال است و استثنای پذیر هم نیست، فلاسفه به طور قاطع از این قاعده دفاع کرده و آن را امری مسلّم و قطعی می‌دانند. به علاوه ظواهر آیات زیادی نیز بیان‌گر

تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی است.

فهرست منابع و مآخذ

قرآن کریم

نهج البلاغه

۱. احمري، حسين، ابو محمد علي بن احمد بن حزم، (۱۳۸۹)، تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامي، سال ۳، شماره ۵.
۲. احمري، حسين، (۱۳۸۹)، تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامي، سال ۳، شماره ۵.
۳. ايازي، سيد محمد علي، (۱۳۸۹)، ملاکات احکام، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامي، چاپ دوم.
۴. الرازي، فخرالدين محمد، (۱۴۱۲)، المحصول في علم الاصول الفقه.
۵. خراساني، محمد کاظم، (۱۴۰۷)، فوايد الاصول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي.
۶. خراساني، محمد کاظم، (۱۳۶۴)، كفاية الأصول، تهران: كتابفروشي اسلاميه.
۷. رباني گليپايگاني، علي، (۱۳۹۰)، تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، سايت مدرسه فقاها: Ehia.ir.
۸. سبجاني، جعفر، (۱۳۹۰)، حسن و قبح عقلي، ج ۱-۲، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۹. سبجاني، جعفر، (۱۳۹۰)، فرهنگ عقايد و مذاهب اسلامي، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ سوم.
۱۰. شبلي، محمد مصطفي، (۱۴۰۱)، تحليل الاحکام، بيروت: الطباعه والنشر.
۱۱. شعراني، ابوالحسن، (۱۳۷۳)، المدخل الى عذب المنهل في اصول الفقه، قم: الهادي.
۱۲. عابدي، احمد، (۱۳۷۶)، مصلحت در فقه، فصلنامه نقد و نظر، سال سوم، شماره ۴.
۱۳. عابدي، احمد، (۱۳۸۷)، مصلحت در فقه، نقد و نظر، شماره ۱۲.

۱۴. عبداللهی نژاد، عبدالکریم، محمدحسین ربانی و قربان جلال، (۱۳۹۵)، تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، فصلنامه مطالعات معرفتی در دانشگاه اسلامی، سال بیستم، شماره ۳.
۱۵. عرب صالحی، محمد، (۱۳۹۴)، روش شناسی حکم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۶. علامه حلی، (۱۴۱۳ ق)، کشف المراد، قم: النشر الاسلامی، چاپ چهارم.
۱۷. علی دوست، ابوالقاسم، (۱۳۸۸)، فقه و مصلحت، تهران: سازمان انتشارات و پژوهشگاه فرهنگ اندیشه اسلامی.
۱۸. علی دوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۰)، فقه و مصلحت، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه.
۱۹. غروی تبریزی، میرزاعلی، (۱۴۱۰ ق)، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، قم: آل البيت.
۲۰. مطهری، مرتضی، (بی تا) مجموعه آثار، نرم افزار نور.
۲۱. نوری، میرزاحسین، (۱۴۰۷)، مستدرک الوسائل، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام الاحیاء التراث.
۲۲. وطنی، امیر و علیرضا حیدرزاده، (۱۳۹۴)، مبانی اعتبار مصلحت در استنباط حکم شرعی، فصل نامه مطالعات معرفتی در دانشگاه اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۴.

نشوز در فقه امامیه و حنفی با نگاه به قوانین افغانستان

محمد کریمی^۱

اسحاق عادل^۲

نعمت الله نبوی^۳

چکیده

عوامل متعددی از قبیل بخل، کسالت، خودخواهی، عدم مسئولیت‌پذیری موجب می‌شود که زوجین به آسانی نتوانند حقوق یکدیگر را تأمین کنند. قرآن کریم هنگام بروز اختلاف بین زوجین با بیان عمل به اصولی تربیتی مثل احسان، معروف، صلح، مودت و رحمت ابتدا به مدارا و سازگاری بین طرفین توصیه می‌کند و سپس در صورت به وجود آمدن اختلاف راه‌حل‌های آن را بیان می‌کند. از جمله اختلافاتی که از آن در قرآن سخن به میان آمده، نشوز زوجین است. نشوز از مباحث مهم فقه و حقوق خانواده است که در قرآن کریم ریشه دارد و در چند آیه کلمه نشوز به کار رفته است. در قوانین افغانستان، در قانون احوال شخصیه اهل تشیع، در فقه ۴ ماده ۱۴۳ و ماده ۱۴۴ نشوز فقط درباره زوجه استعمال شده است. اما در این تحقیق ثابت شده است که نشوز تنها از طرف زن نیست، بلکه از طرف مرد نیز ممکن است رخ دهد. نشوز، ناسازگاری و کراهت زوجین نسبت به یکدیگر است که اگر ناسازگاری و بی‌میلی از هردو طرف باشد شقاق نامیده می‌شود. به میان آمدن نشوز در کانون خانواده، ناشی از عواملی است؛ مثل بیرون رفتن زن بدون اذن شوهر و امتناع زن از اطاعت شوهر و برعکس خودبینی و عدم مشورت مرد در امور خانوادگی نیز گاهی سبب بروز نشوز و ایجاد اختلاف بین زن و شوهر می‌شود. راه‌های علاج آن را که قرآن بیان نموده است عبارت‌اند از وعظ، هجر و ضرب (خفیف)؛ و در صورتی که نشوز دوطرفه باشد تعیین حکمین یگانه راه‌حل آن است.

واژگان کلیدی: نشوز، فقه امامیه، فقه حنفی، قوانین افغانستان.

۱. گروه فقه قضایی، دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان، کابل.

۲. گروه فقه قضایی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعة المصطفی (ص) العالمية، کابل، افغانستان.

۳. گروه جزا و جرم‌شناسی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعة المصطفی (ص) العالمية، افغانستان، کابل.

مقدمه

هدف ازدواج تشکیل نهادی به نام خانواده است که نخستین و بنیادی ترین نهاد در جامعه است. صلاح جامعه وابسته به سلامت این نهاد است و هر آنچه که در تحکیم پیوند این نهاد و ایجاد صمیمیت زوجین مؤثر است باید در تقویت آن حداکثر کوشش به عمل آید و بالعکس هرآن چه که موجب سستی این کانون مقدس شود، باید با آن مبارزه نمود.

در قرآن کریم در رابطه با ازدواج و تشکیل خانواده و نحوه زندگی و برخورد آن ها باهم دستوراتی داده شده که با مراجعه به آن دستورات، اهمیت خانواده روشن می گردد؛ از جمله خداوند در قرآن کریم می فرماید: «و از نشانه های قدرت اوست که برای شما از جنس خودتان همسرانی آفریده تا با ایشان آرامش یابید و میان شما دوستی و مهربانی نهاد در این عبرت هایی است برای مردمی که تفکر می کنند» (روم، ۲۱).

بخش مهمی از تعالیم و احکام اسلام در زمینه تنظیم حقوق و روابط متقابل اعضای خانواده است. خانواده کانون مهر و محبت است، با این وجود؛، برخی ناسازگاری ها و منازعات بین زوجین پیش می آید که نیاز به رسیدگی، اصلاح و احیاناً اتخاذ تصمیمی سرنوشت ساز دارد. قرآن کریم موارد تخلف و ناسازگاری هریک از آنان را به عنوان «نشوز» مورد توجه قرار داده و چاره اندیشی و تدبیرهای مناسب هر مورد را تبیین فرموده است.

نشوز یکی از مفاهیم کلیدی قرآن کریم و روایات فقهی در حوزه مسائل خانوادگی است؛ به طوری که می توان بروز آن را سرآغاز رخداد انشقاق و فروپاشی خانواده دانست، لذا پرداختن به نشوز، عوامل ایجادکننده، عوامل رفع و مقابله با آن اهمیت وافری دارد. با توجه به نکات یادشده، در این مقاله به مفهوم نشوز، انواع نشوز، اسباب نشوز، مراحل و علاج نشوز در فقه امامیه، فقه حنفی و قوانین افغانستان پرداخته خواهند شد.

۱. نشوز مرد و موارد آن از نظر فقه امامیه، حنفی و قوانین

یکی از مسائلی که جنبه فقهی و قانونی آن دارای اهمیت است بحث ناسازگاری و کراهت زوجین نسبت به یکدیگر است که از آن به نشوز تعبیر می‌شود. تحقق نشوز هر یک از مرد و زن در فقه امامیه و حنفی و قانون آثار و تکالیف خاصی را ایجاد می‌کند. تشخیص تحقق نشوز مرد و زن و این که نشوز به چه اموری محقق می‌شود و راه حل‌ها و علاج آن کدامند، نخست از منظر فقه امامیه مورد بررسی قرار می‌گیرد. نشوز به طور کلی سه قسم است: نشوز مرد، نشوز زن و نشوز مرد و زن که این نوع سومی در قرآن کریم بنام «شقاق» یاد شده است.

خداوند در قرآن کریم می‌فرماید «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (نساء، ۱۲۸)؛ هرگاه زوجه احساس کند که شوهرش بنای اعراض دارد، مانعی ندارد که برای حفظ حریم زوجیت از پاره‌ای از حقوق خود چشم‌پوشی کند و یا هم صلح نمایند. با توجه به قداست خانواده و لزوم حفظ آن، در اولین گام در مقابل -نشوز زوج، موضوع صلح و ترغیب به آن مطرح می‌گردد. البته صلح و سازشی که باید بین زوجین مستقر باشد از صلح و سازشی که میان دو همکار و دو شریک یا دو دوست وجود دارد، بسیار متفاوت است. در اینجا صلح و سازشی که میان پدران و مادران و فرزندان باید برقرار باشد مدنظر است (مطهری، ۱۳۷۶).

برخی از علمای شیعه، تعریف نشوز را با بیان مشترک در مورد زوج و زوجه مطرح کرده‌اند و آن را «خروج یا سرکشی زن یا شوهر از حقوق واجب یکدیگر که مصداقی از خروج از فرمانبری خداوند است» دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۲، ص ۹۱).

۱-۱. موارد نشوز مرد در فقه امامیه

در فهم نشوز زوج باید دانست که تکالیف واجب وی نسبت به زوجه، شامل چه مواردی است. بر اساس آراء فقها این موارد عبارت‌اند از:

الف) انفاق زوجه: فقهای امامیه معتقدند «نفقه همسر دائم که بر شوهر لازم است عبارت است از طعام دادن و پوشانیدن لباس و تهیه مسکن و لوازم زندگی و سایر

چیزهایی که به حسب شأن برای زن لازم است؛ از قبیل اجرت حمام، لوازم نظافت و مزد حجامت در صورت لزوم و پول درمان حتی نسبت به امراض صعب‌العلاج (حلی، ۱۴۱۰، ص ۵۸۹). بر اساس آراء فقها، علاوه بر تکلیف انفاق زوجه، تکالیف مالی دیگری نیز در پی عقد نکاح بر عهده زوج خواهد آمد، مانند اجرت‌المثل کارهای منزل، اجرت شیردهی، مهریه و نحله، اما هیچ‌یک از این موارد در نشوز مرد وجود ندارند و زوج به خاطر امتناع از پرداخت آن‌ها مستحق تعزیر نبوده و یا اجبار به طلاق زوجه نمی‌شود.

ب) ادای حق قسم و مواقعه: بر اساس فقه، حق قسم یا بیتوته در صورت تعدد زوجات بر زوج واجب است، ولی در مورد مواقعه یا مضاجعت آمده است، زوج حق ندارد بیش از چهار ماه آمیزش جنسی با همسرش را ترک کند. امتناع زوج از ادای این تکالیف موجب تحقق نشوز وی و ضمانت اجرای آن مانند مورد حق نفقه‌ای زوجه است. در این مورد ادعای انفاق نظر همه اصحاب امامیه شده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ص ۶۶-۶۷). شیخ طوسی موارد نشوز مرد را در دو مورد عدم نفقه و عدم پاسخ دعوت به فراش، بیان نموده است.

۱-۲. نشوز مرد و موارد آن از نظر فقه حنفی

ناسازگاری و کوتاهی شوهر در انجام وظایف و رعایت نکردن حقوق همسرش، ممکن است کانون خانواده را سرد و یا منهدم سازد. قرآن کریم در باره این موضوع و راهکار مناسب آن فرموده است: «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (نساء، ۱۲۸)؛ و اگر زنی از طغیان و سرکشی یا اعراض شوهرش بیم داشته باشد مانعی ندارد باهم صلح کنند (وزن یا مرد از پاره حقوق خود به خاطر صلح صرف نظر نماید) و صلح بهتر است.

آیه فوق دلالت صریح بر نشوز و سرکشی مرد دارد چنانچه از کلمه (من بعلها نشوزا) دانسته می‌شود و همچنین الله (ج) در این آیه شریفه می‌فرماید که زن می‌تواند با شوهر خود در صورت به میان آمدن نشوز صلح نماید و از حقوق خویش صرف نظر کند و زندگی را با او در صورت امکان ادامه دهد. مسلم است که این صلح

نباید موجبات ظلم و ظلم‌پذیری را نه از طرف مرد و نه از طرف زن فراهم آورد. در این نوع از خوف نشوز، مرد با استفاده از حق طلاق خود می‌تواند زن را طلاق دهد؛ زن هم برای حفظ علقهٔ زوجیت و حفظ کانون خانواده طبق آیه شریفه، مجاز دانسته شده است که به حسب تشخیص ضرر و حجم ضرری که در اثر مطلقه شدن بر او عارض می‌شود، می‌تواند با صلح نسبت به حق نفقه یا حق قسم با همسر خود باقی بماند و کانون خانواده را حفظ نماید؛ یعنی او در مقایسه بین طلاق و از دست دادن حق نفقه یا قسم، ضرر کمتر را بر ضرر بیشتر ترجیح می‌دهد (شراره، ۱۴۱۸، ص ۳۴۸). در حقیقت خوف و ترس در اینجا به این معناست که زن برای جلوگیری از به خطر افتادن امنیت و آرامش خود در اثر فروپاشی کانون خانواده، ترجیح می‌دهد با شوهر خود مصالحه کند.

از منظر علمای احناف، نشوز مرد عبارت از نفرت مرد از زن و اذیت رساندن بر وی است (نجیم، ۱۴۱۸، ص ۷۶). فقهای اهل سنت و جماعت موارد نشوز در مرد را در فقه حنفی به دو نوع تقسیم نموده است.

الف) نشوز قولی: شامل موارد ذیل می‌شود: این نوع نشوز شامل ترک کلام با همسرش، مخاطب قرار دادن وی با الفاظ زشت، عیب‌جویی از وی، گمان بد بر وی را شامل می‌شود.

ب) نشوز فعلی: عبارت است از انجام اعمال متجاوزانه و ظالمانه؛ مانند کتک زدن، قصد ضرر رساندن، امتناع از نفقه (کشاف القناع، ۱۴۰۲، ص ۵-۲۱۳). مردی که چنین اعمال را انجام دهد مرتکب نشوز می‌شود.

۳-۱. نشوز مرد در قوانین افغانستان

در قوانین افغانستان تعریف واضح از نشوز مرد نشده است. در قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۱۹ فقط امتناع زوج از تأدیه نفقه را بیان نموده و از نشوز مرد سخنی به میان نیاورده است: «هرگاه زوج از ادای نفقه امتناع ورزد یا تقصیر وی در آن ثابت گردد، محکمه باصلاحیت زوج را با ادای نفقه مکلف می‌گرداند». در ماده ۱۸۳ تنها ضرر زوج در معاشرت با زوجه را ذکر نموده است: «هرگاه زوجه از معاشرت با زوج

ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید». در ماده ۱۹۴ غیاب مرد را در مدت سه سال بدون عذر از موارد مطالبه تفریق دانسته است: «هرگاه زوج مدت سه سال یا زیاده از آن بدون عذر معقول غایب گردد در صورتی که زوجه از غیاب وی متضرر شود می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید» (قانون مدنی افغانستان، ماده ۱۹۴-۱۸۳). از سیاق مواد قانون مدنی فهمیده می‌شود که موارد نشوز مرد عبارت‌اند از امتناع از دادن نفقه، ضرر از طریق معاشرت، غیبت بیش از سه سال بدون عذر معقول.

۲. نشوز زن و موارد آن در فقه امامیه و فقه حنفی

۱-۲. نشوز زن و موارد آن از نظر فقه امامیه

دومین قسم نشوز از جانب زنان است که نسبت به شوهران ناسازگاری پیشه کنند؛ یعنی نشوز زن این است که از خانه شوهر بدون اجازه خارج بشود و اگر در خانه هم باشد از اطاعت شوهر عصیان کند. این قسم نشوز نیز در قرآن کریم ذکر شده است: «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (نساء، ۱۲۸)؛ هرگاه کراهت و نافرمانی از طریق زوجه باشد به ترتیب وعظ و اندرز، فاصله انداختن در بستر و در نهایت تنبیه بدنی مقرر گردیده است. البته تعارض تنبیه با کراهت زن، حدود و ثغور تأدیب و اینکه آیا زدن تعزیر است یا نوعی نوازش و اظهار محبت و در صورت تعزیر بودن اجرای آن بر عهده زوج است یا بر عهده حاکم، مباحثی هستند که در جای دیگر باید به بررسی آن‌ها پرداخته شود.

با عنایت به تعریف بیشتر فقها نشوز زوجه، محقق شدن یا نشدن آن به فهم حدود اطاعت زن از همسر بستگی دارد. در این باره در میان فقها امامیه اختلاف نظر وجود دارد. آراء آن‌ها را می‌توان در دو دسته کلی جای داد:

الف) دیدگاه اول: در یک دیدگاه نشوز به طور کلی با اطاعت نکردن و طغیان

زن از شوهر محقق می‌شود و نشوز زوجه به اندازه اوامر و نواهی شوهر دانسته شده

است. برخی از فقها این دیدگاه را به صراحت رد کرده‌اند و آن را خلاف شرع می‌نامند. صاحب جواهر در این باره می‌نویسد: «نظر کسانی که معتقدند نشوز زن عبارت است از هرگونه سرکشی و تنفر، مطابق با شرح نیست. لذا بدزبانی زن و یا خودداری وی از خدمت همسر و برآوردن نیازهایی که ربطی به بهره‌وری جنسی ندارد، جزء مصادیق نشوز نیست، زیرا هیچ‌یک از این کارها بر زن واجب نیست» (نجفی، ۱۴۰۸، ص ۲۰۰-۲۰۱).

به نظر می‌رسد این دیدگاه علاوه بر این که توسط ادله قرآنی و روایی تأیید نمی‌شود، رویکردی نامعقول در روابط زوجین به شمار می‌آید و با غایات خلقت زن از دیدگاه اسلام در تضاد است. چراکه روابط زوجیتی را از حالت متقابل، به حالت یک‌سویه مبدل می‌سازد.

ب) دیدگاه دوم: مطلق اطاعت از همسر مطرح نیست و نشوز زوجه، خودداری از تمکین کامل از همسر و ترک آنچه را که به تمکین باز می‌گردد (ازالۀ منفرات و خروج از منزل در صورت تنافی با حق استمتاع زوج) شامل می‌شود (حلی، ۱۴۱۰، ص ۲۰۰).

۲-۲. نشوز زن و موارد آن از نظر فقه حنفی

صاحب ردالمختار می‌گوید: بیرون شدن زن از خانه شوهرش بدون کدام دلیل و حقی نشوز می‌باشد و این تعریف جامع به نظر نمی‌رسد چراکه یک سبب از اسباب نشوز در آن ذکر شد و آن بیرون شدن زن از خانه شوهر بدون حقی و امام زیلعی گوید: ناشز به زنی گفته می‌شود که بدون اجازه شوهر از خانه بیرون شده و مانع هم‌بستری همسرش شود و این تعریف شامل‌تر است و بر اسباب نشوز زن صدق می‌کند (الحصکفی، ۱۳۸۶هـ - ۱۹۶۶م، ص ۵۷۶). از سخنان فقهای احناف درباره نشوز به دست می‌آید که خروج زن از خانه بدون اجازه شوهر زمانی نشوز محسوب می‌شود که شوهر نتواند او را به خانه برگرداند و همچنین امتناع زن از هم‌بستر شدن با شوهر موجب تحقق نشوز می‌گردد.

نشوز مرد و زن (شقاق)

معنای شقاق: معنی لغوی شقاق اختلاف و دشمنی ورزیدن است (راغب، ۱۴۰۴ق، ص ۲۹۷). مفهوم شقاق در برخی موارد نشوز و ناسازگاری دوجانبه است یعنی از طرف مرد و زن است. قرآن کریم در این مورد فرموده است «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» (نساء، ۳۵)؛ و اگر از تفرقه و جدایی میان آن دو (زن و شوهر) بیم داشته باشید یک داور از خانواده شوهر و یک داور از خانواده زن انتخاب کنید (تا به کار آنان رسیدگی کنند) اگر این دو داور تصمیم به اصلاح داشته باشند الله (ج) به توافق آن‌ها کمک می‌کند زیرا الله (ج) دانا و آگاه است. هرچند در متن آیه شریفه عنوان نشوز ذکر نشده اما سیاق آیه و قرار گرفتن آن پس از آیه نشوز مؤید این مفهوم است. علاوه بر آن در روایات و متون فقهی عنوان نشوز دوجانبه ذکر شده است. برخی از فقها شقاق را هم نشوز از جانب زن و هم از جانب مرد یا آن را اختلافی می‌دانند که بین زوجین اتفاق افتاده و به مرحله مشکلی رسیده است؛ یعنی حال زن و شوهر به بدگویی و زدن و پاره کردن لباس انجامیده و زوج هم نه با زن صلح کرده و نه او را طلاق می‌دهد. زن هم نه حق مرد را می‌دهد و نه فدیة برای طلاق خلع می‌دهد. منظور شقاق در آیه، همین مورد اخیر است (طوسی، ۱۳۷۸، ص ۳۳۹).

اسباب نشوز زن از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و قوانین افغانستان

الف: اسباب نشوز زن از نظر فقه امامیه

اسبابی که باعث نشوز زن می‌شود عدم تمکین است؛ یعنی نافرمانی و عدم اطاعت از شوهر در حقوقی که بعد از عقد نکاح به آن تعلق می‌گیرد در اموری که لازمه یک زن صالحه است و حقوق که شوهر بر او دارد اگر نافرمانی نمود از جمله ناسازگاری محسوب می‌شود. بنابراین هرگاه زن در اموری که اطاعت شوهر بر وی لازم است کوتاهی نماید ناسازگار به حساب می‌آید و ناشزه گفته می‌شود. (معین، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۱۱۴۲).

مصادیق نشوز زوجه

پیش از ورود به بحث مصادیق نشوز زوجه، پرداختن به این امر که آیا اصولاً زمان و مکان می‌تواند بر نشوز تأثیرگذار باشد یا خیر، ضروری به نظر می‌رسد. برای رسیدن به پاسخ این پرسش، لازم است ابتدا این مسئله بررسی گردد که آیا نشوز، ثابت است و به حسب شرایط و تحولات جوامع، قابل تغییر نیست یا آن‌که از جمله اموری است که به حسب نیازهای جدید و به تناسب شرایط و مقتضیات زمان، تغییر پذیر است؟

نیازهای بشر دو گونه است: ثابت و متغیر. در سیستم قانون‌گذاری اسلام، برای نیازهای ثابت، قانون ثابت و برای نیازهای متغیر، قانونی متغیر وضع شده است. نظام عبادات، یکی از وجوه ثابت شریعت اسلامی است که کمتر از تحول و تطور جوامع انسانی تأثیر می‌پذیرد. در مقابل، معاملات و عقود، انعطاف‌پذیر و متحرک هستند و با تغییر و تحول در روابط اجتماعی و مدنی، تغییر می‌یابند (صدر، ۱۴۰۳ق، ص ۷۰۳). به‌علاوه، مباحثی چون ارث، نکاح، طلاق و... نیز می‌توان در شمار قوانین متغیر به حساب آورد. تمکین در معنای عام، حسن معاشرت زن با همسر خود و اطاعت از وی در حدود قانون و متعارف است. زن با این اطاعت، درواقع، اطاعت امر خداوند متعال را کرده است و عمل او به‌نوعی، عبادت محسوب می‌شود.

۱. عدم تمکین زوجه در امر زناشویی

تمکین خاص، به معنای پاسخ‌گویی به نیازهای جنسی هر یک از زوجین، وظیفه‌ای مشترک است؛ البته میزان و حدود آن نسبت به هر کدام متفاوت است. تمکین از جانب زوجه که موضوع بحث حاضر است، عبارت از نزدیکی جنسی با شوهر است که زن باید همیشه برای آن آماده باشد مگر آنکه مانع شرعی یا عقلی وجود داشته باشد. در متون فقه، بحث تمکین و نشوز، ضمن بحث از نفقه، مهر و قسم، مطرح شده و به گونه مجزا مورد بررسی قرار نگرفته است. محقق در شرایط در تعریف تمکین که به‌نوعی نقطه مقابل نشوز است، چنین اظهار می‌کند که تمکین کامل آن است که زن، مانعی بین خود و مرد به وجود نیاورد؛ بدین معنی که زمان و مکانی را پیشنهاد

نکند. پس اگر خود را در برخی زمان‌ها و برخی مکان‌ها که بهره‌گیری جنسی در آن امکان دارد، در اختیار مرد قرار دهد، تمکین تحقق نمی‌یابد (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ص ۲۹۱)؛ اما نکته دیگری که در این خصوص لازم است مورد توجه قرار گیرد، آن است که تمایل زوجین به برقراری ارتباط، باید دوجانبه باشد؛ در مواردی که زن، به دلایل مختلف، میل به برقراری رابطه با همسر نداشته باشد، نمی‌توان به‌طور مطلق، حکم به نشوز وی نمود؛ بنابراین، در ابتدا باید علت عدم تمکین بررسی گردد. در بسیاری از موارد، عدم تمکین زوجه ملازمه با نشوز وی ندارد و تنها در مواردی باید زن را ناشزه اطلاق کرد که با وجود گرایش به برقراری رابطه و نبود مانع، با قصد ایداء همسر از آن امتناع می‌ورزد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۰، ص ۳۱۱).

۲. خروج زوجه از منزل بدون اذن زوج

در خصوص محدوده این حق زوج، دو نظریه در فقه وجود دارد که به شرح آن خواهیم پرداخت:

۱. از ظاهر کلمات بسیاری از فقها استفاده می‌شود که این حق، مطلق است و زوجه موظف است در هر صورت از همسر خود، اذن خروج از منزل بگیرد، مگر در مواقعی که ضرورت ایجاب می‌کند از منزل خارج شود ولو بدون اذن. شهید ثانی، در این خصوص چنین می‌گوید: «از حقوق زوج بر زوجه، عدم خروج از منزل بدون اذن زوج است؛ ولو جهت دیدار نزدیکان، حتی عیادت بیماران و تدفین اموات ایشان» (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ص ۳۰۸).

۲. عدم خروج از منزل، مقید است به جایی که موجب نشوز یا مزاحم حق زوج باشد. به اعتقاد صاحب جواهر، سفر زوجه بدون اذن زوج، سفر حرام است اگر مصداق نشوز باشد از این امر، چنین استفاده می‌شود که خروج از منزل، زمانی حرام است که از باب نشوز باشد؛ بنابراین، وقتی سفر بدون نشوز، حرام نباشد، خروج از منزل به طریق اولی حرام نخواهد بود. از جمله فقهای که این قول را پذیرفته‌اند، آیت‌الله خویی است. ایشان می‌گویند که دلیلی بر حرمت مطلق خروج بدون اذن زوج وجود ندارد و این امر، به جایی است که موجب نشوز و منافای حق خروج باشد و احتمال

دارد منظور از این خروج در بعضی روایات - به حسب قراین - خروجی باشد که بازگشتی در آن نیست، به گونه‌ای که مصداق نشوز است ... بنابراین، خروج بدون اذن او در زمان غیبت زوج - برای سفر و حبس و غیره - جهت کارهایی مانند خارج کردن زباله‌ها، دیدار خویشاوندان یا زیارت امام حسین، با پوشش مناسب و حفظ دیگر جهات، از مواردی است که دلیلی بر حرمت آن اقامه نشده است. ظاهراً فقهای معاصر، تحت تأثیر کلام صاحب جواهر هستند و در بین ایشان، پایه‌های مسئله متزلزل شده است. به نظر می‌رسد، اگر خروج زن از منزل، هیچ‌گونه منافاتی با حق استمتاع زوج نداشته باشد و خروج هم برای امر جایزی باشد، نیاز به اذن ندارد (موسوی، ۱۳۸۱، ص ۲).

۳. موارد استثنائیه از حکم لزوم اجازه زوج

اول: انجام واجبات. در مورد حج واجب، ادای دیون و امانت، صله رحم به مقدار واجب، و به طور کلی واجباتی که نیاز به خروج از منزل دارد، اذن شوهر لازم نیست، یکی از واجبات، صله رحم است و معنای عرفی آن این است که فرد، قطع رابطه با پدر و مادر و خویشان نکند و در حد عرفیات جامعه ارتباط داشته باشد. شاید بتوان گفت در عرف، عیادت والدین، شرکت در مجالس عزا و حتی مراسم عروسی، جزئی از صله رحم است؛ لذا ارتباط باید به گونه‌ای باشد که عرفاً قطع رحم بر آن صدق نکند و روشن است که دو عنصر زمان و مکان، تأثیر بسیاری در این امر دارند. از دیگر واجبات، یادگیری احکام دینی است و معمولاً ادای آن نیازمند خروج از منزل و حضور در اماکن تعلیمی مانند حوزه علمیه، دانشگاه و مجالس وعظ و خطابه در مسجد است؛ حال اگر زن از خروج منع شود، بسیاری از واجبات از او فوت خواهد شد.

دوم: ضروریات زندگی و دفع عسر و حرج. خروج از منزل جهت تهیه وسایل مورد نیاز و ضروری زندگی یا مراجعه به پزشک و...، نیازمند اذن زوج نیست و در این گونه موارد، چنانچه شوهر اذن نیز ندهد، می‌تواند خارج شود و دلیل آن، قاعده لاضرر است. مورد دیگری که در زمان حاضر می‌توان به آن اشاره کرد، جایی است که زن در اثر ماندن طولانی مدت در منزل به جهت عدم اذن به خروج از جانب زوج، دچار

اختلالات روحی - روانی و بیماری‌هایی نظیر افسردگی گردد؛ این امر، موجب عسر و حرج و خلاف «عاشروهن بالمعروف» است و ادله استیذان از آن انصراف دارد. باید توجه داشت مصادیق ضروریات زندگی، در زمان‌ها و مکان‌های گوناگون، متفاوت است و این امر با توجه به شرایط مختلف فرهنگی و اجتماعی و عرف‌های گوناگون تعیین می‌شود و لذا موارد جواز خروج از منزل بدون نیاز به اذن زوج نیز تحت تأثیر آن تغییر می‌یابد (امام خمینی، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۴۸۰).

سوم: شرط ضمن عقد. چنانچه زوجه، ضمن عقد نکاح، شرط ادامه تحصیل یا اشتغال در خارج از منزل نموده باشد، شرطی مشروع بوده و خلاف مقتضای عقد نیست و باید بدان عمل شود و بدیهی است که لازمه چنین اموری، خروج از منزل است و در این موارد، نیازی به اذن زوج در خروج نیست.

چهارم: نهی زوج از باب اضرار. مواردی که زوج با عدم اذن خروج از منزل، قصد اذیت و آزار زوجه را دارد، مشمول قاعده کلی لزوم استیذان نمی‌شود و ادله، مخصوص جایی است که شوهر، یک غرض عقلایی و منطقی دارد نه برای انتقام‌گیری و ایراد ضرر.

ج: اسباب نشوز زوجه از نظر فقه حنفی

اسبابی که باعث نشوز و ناسازگاری زن با شوهر می‌شود، نافرمانی و عدم اطاعت زن در حقوقی است که بعد از عقد نکاح به شوهر تعلق می‌گیرد. همه فقهای حنفی اتفاق دارند، در اموری که لازمه یک زن صالحه است و حقوقی که شوهر بر او دارد اگر نافرمانی نمود از جمله ناسازگاران محسوب می‌شود و مستحق تأدیب می‌شود بنابراین هرگاه زن در اموری که اطاعت شوهر بر روی لازم است کوتاهی نماید ناسازگار به حساب می‌آید و ناشزه می‌شود که در این بحث چندین مورد از اسباب نشوز زن از نظر فقه حنفی بیان می‌شود. (الزیلعی، ۱۴۱۸، ص ۳۰۴).

امتناع از هم‌بستری در خانه شوهر سبب ناسازگاری نمی‌شود، زمانی می‌توان زن را ناشزه و ناسازگار محسوب کرد که امتناع از هم‌بستری با مرد در خانه زن باشد و اگر

در خانه مرد این حادثه اتفاق افتد زن ناسازگار محسوب نمی‌شود؛ و علت را این چنین بیان کردند مادامی که زن در خانه شوهر است به مثابه یک محبوس یا بندی به حساب می‌آید. مرد می‌تواند که به رضایت یا به اکراه خواسته‌های خود را برآورده سازد؛ پس زن ناسازگار به حساب نمی‌رود. زمانی می‌توان آن را نافرمان گفت که این امتناع در خانه خود زن صورت پذیرد، چون ممکن است شرم و حیا مانع شده باشد. احناف بر این باورند که اگر زن همسرش را از هم‌خوابی و هم‌بستری منع کرد ناشزه شمرده می‌شود؛ زیرا تسلیمی که موجب نفقه است، معنی‌اش چنین است که زن خود را کاملاً در اختیار مرد بگذارد، زمانی که هیچ مانعی از هم‌بستری و کام‌جویی نباشد (الزلیعی، ۱۴۱۸، ص ۳۰۴).

۱. ممانعت زن از کام‌جویی همسرش در هم‌خوابی

علماء اتفاق دارند که زن اگر کاری را انجام می‌دهد که همسرش به لذت نمی‌رسد و لو که موقتاً هم باشد، این فعل آن در حکم نشوز قرار گرفته و شوهر می‌تواند او را تأدیب و تنبیه نماید. در حاشیه ابن عابدین چنین آمده است: اگر زن توانایی آرایش و زینت را داشت، ولی خود را برای همسرش آرایش نکرد، شوهرش می‌تواند او را تنبیه کند. همچنین اگر از جنابت غسل نکرد و از خانه بدون ضرورت بیرون شد و اجابت همسرش را برای هم‌خوابی در حین پاکی قبول نکرد و فرزندانش را به جای نصیحت لت و کوب کرد و یا آن‌ها را دشنام داد و لباس‌هایشان را پاره کرد، همه این‌ها در حکم کارهایی شمرده می‌شود که شوهر می‌تواند همسرش را تنبیه کند. و علامه ابن عابدین چنان ادامه می‌دهد تا اینکه می‌گوید اصل این است که هر گناه و معصیتی برای آن حدی تعیین نشده، شوهر می‌تواند همسرش را تنبیه نماید. امام خرشی در حاشیه‌اش می‌نویسد: برای مرد جواز دارد که همسرش را از خوردن هر چیزی که بوی بد و زشت می‌دهد منع کند، مانند: سیر، پیاز تا زمانی که خودش از آن‌ها نخورد و اگر خورد نمی‌تواند او را منع کند (الخرشی، ج ۴، ص ۱۹۱).

در شرح الصغیر چنین ذکر شده است: هیچ زنی اجازه روزه گرفتن نفلی و یا انجام حج و عمره را تا زمانی است که شوهرش به او احتیاج دارد، ندارد (الدردیر، ج ۱،

ص ۷۲۳).

رملی در نه‌ایة المحتاج می‌نویسد: مرد در حقوقی که متعلق به خود اوست می‌تواند همسرش را تنبیه کند، مانند نشوز؛ و در حقوق متعلق به الله تا زمانی که حقی را باطل یا نقض نکند، نمی‌تواند او را تنبیه کند. در حاشیه شروانی آمده است: معنی قول رملی این است که زمانی که چیزی از حقوقش را پایمال نکند، مانند اینکه زن شراب بنوشد و به از سبب نوشیدن شراب برای شوهر تنفر و انزجار دست دهد و بوی شراب از لذت هم‌خوابی‌اش بکاهد، می‌تواند او را بزند؛ می‌تواند او را بزند در صورتی که زدن به حالش فایده داشته باشد، در غیر این صورت حق زدن ندارد (الشروانی، ج ۱۱، ص ۵۴۰).

۲. امتناع زن از همراهی شوهر در سفر یا نقل مکان به خانه‌ای دیگر

اگر شوهر از همسرش بخواهد که با او به سفر برود، و یا به خانه دیگری نقل مکان کنند، در صورت امتناع و نپذیرفتن این امر توسط همسر، آیا این کار او نافرمانی محسوب می‌شود یا خیر؟ این امتناع دو صورت دارد:

صورت اول: اگر در امتناع خود از سفر یا انتقال حق به جانب باشد، مانند اینکه امتناع می‌ورزد تا اینکه مهر معجل‌اش را بگیرد، ناشزه شمرده نمی‌شود؛ زیرا بر زن لازم نیست که قبل از دریافت مهر معجل، خود را تسلیم شوهر کند. و هم‌چنین اگر شوهر از همسرش خواست که تا به زمین یا خانه مغضوبه برود و زن امتناع ورزید در چنین موردی ناسازگار شمرده نمی‌شود؛ زیرا نافرمانی‌اش بجا و حق است و فرمان‌پذیری از شوهر در چنین موردی واجب نیست (الکسانی، ۱۴۱۸ هـ - ۱۹۹۷ م، ص ۱۲۹).

صورت دوم: اگر امتناع یا نافرمانی زن از شوهر در همراهی با سفر یا نقل مکان کردن از مسکنش به حق نبود و شوهر مهر معجل‌اش را پرداخته بود یا اینکه مهر مؤجل به تأخیر پرداخت می‌شد و هم‌چنین امتناع ورزید از اینکه در خانه و مسکن شوهر باشد وجود تمام شرایط شرعی را باهم داراست. در این صورت ناشزه شمرده می‌شود (ابن الهمام، ۱۳۱۶ هـ، ج ۳، ص ۳۲۴).

۳. بیرون آمدن زن از خانه شوهر

بیرون آمدن زن از خانه شوهر دو حالت دارد:

حالت اول: اینکه بیرون آمدن زن به غیر از اجازه شوهر و بدون کدام عذر شرعی باشد. فقهای حنفی این را یادآور شدند که بیرون شدن زن از خانه شوهر بدون اجازه و به غیر از کدام عذر شرعی سبب ناسازگاری زن می‌شود. چون حقوقی را که باید مراعات می‌نمود و بدان‌ها اهمیت می‌داد کم‌ارزش شمرده و پشت پا زده است. از مقتضیات نکاح، ماندن در خانه شوهر است... و در نصوص کتب احناف این چنین ذکر شده است. در حاشیه ردالمختار آمده است: شرعاً زن زمانی ناسازگار گفته می‌شود که از خانه شوهر بدون اجازه وی بیرون شود؛ در کتاب بحرالرائق آمده است: مرد صلاحیت تنبیه زن را دارد، در صورتی که بدون عذر شرعی و اجازه شوهر بیرون از خانه رفته باشد، اما اگر عذر شرعی داشت شوهر نمی‌تواند او را تنبیه کند (ابن نجیم، ۱۴۱۳ق - ۱۹۹۳ م، ص ۸۲).

فقها برای اثبات مدعای خود دلایلی از قرآن کریم و سنت نبی کریم (صلی الله علیه وسلم) می‌آورند. اول از قرآن کریم: (وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى) (الحزاب، ۳۳)؛ و در خانه‌هایتان بنشینید و آرام گیرید (و بی حاجت و ضرورت از منزل بیرون نروید) و مانند دوره جاهلیت پیشین با آرایش و خودآرایی بیرون نیایید، امام قرطبی می‌گوید: معنای این آیه مبارکه چنین است که زن می‌بایست در خانه بماند، اگرچه خطاب این آیه زنان پیامبر (صلی الله علیه وسلم) بودند ولیکن این امر زنان دیگر را نیز شامل است (القرطبی، ۱۴۰۷ هـ - ۱۹۸۷ م، ص ۱۱۷). در تفسیر سید قطب^(ح) آمده است: این فرموده الله^(ع) «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ» از وقر یقر گرفته شده که به معنای استقرار و قرار گرفتن به کار می‌رود و معنای این امر چنین نیست که زنان مطلقاً از خانه بیرون نشوند، بلکه این اشاره باریکی است بر اینکه خانه در حیات و زندگی اصل و اساس است و غیر از خانه استثناء است که گاهی پیش می‌شود. یعنی اینکه وقتی نیاز به حاجتی شد، حاجتش را برآورده نماید و بعد به خانه برگردد (قطب، ۱۴۱۲ هـ - ۱۹۹۲ م، ص ۱۱۷).

از تعریف‌هایی که از نشوز بیان شد درمی‌یابیم که فقه‌های حنفی بیرون شدن زن از خانه شوهرش را بدون اجازه او نشوز می‌دانند، مگر در حالاتی که عذر مشروع داشته باشد.

۴. کار کردن زن بیرون از خانه به خاطر امرار معاش

آیا بیرون رفتن زن از خانه برای کار کردن نشوز به حساب می‌آید یا خیر؟

از نظر احناف: شوهر می‌تواند خانمش را از رفتن به کار مادامی که ضروریات خانواده‌اش کفایت زندگی‌شان را می‌کند، منع نماید؛ چون بدون اجازه رفتن به کار گویی عدم احترام به حق شوهر بوده و رعایت نمودن حق شوهر بالای زن از جمله واجبات است وقتی می‌تواند به کار برود که اجازه شوهر را داشته باشد و یا اینکه شوهر زن خویش را در تنگنا قرار دهد؛ و یا اینکه نفقه‌اش را پرداخت نکند پس در این صورت بدون اجازه شوهر می‌تواند که برای امرار معاش از خانه بیرون رفته کسب معاش نماید. شوهر اختیار دارد که همسرش را از وظیفه‌اش باز دارد هر نوع وظیفه که باشد قابلگی، شویندگی و غیره هر نوع وظیفه که باشد، اگر با وجود نارضایتی شوهرش به وظیفه‌اش ادامه داد ناشزه شمرده شده تا مادامی که از خانه بیرون باشد (ابن عابدین، ص ۶۰۳). امام سرخسی صریحاً بیان داشتند که بایستی زن به خانه باشد و برایش اجازه نیست که از خانه بیرون شود، چون آن‌ها ضعیف‌اند و یا کار کردنشان در اجتماع باعث فتنه می‌شود (السرخسی، ج ۵، ص ۱۸۵).

از اقوال فقها چنین برداشت می‌شود که آن‌ها بین هیچ وظیفه فرق نگذاشتند ولو که از وظایف ضروری برای جامعه باشد مثل قابلگی و طبابت با بیرون شدنش بدون اجازه شوهر ناشزه شمرده می‌شود زیرا حق شوهرش فرض عین است و وظیفه فرض کفایه، مسلماً فرض عین بر فرض کفایه مقدم است. علاوه بر این: نفقه زن بر شوهرش واجب است و هیچ نیازی نیست که او به خاطر وظیفه از خانه بیرون شود لذا با بیرون شدن زن به خاطر کار، دیگر شوهر حقی ندارد که همسرش از او اطاعت کامل را ببرد چون مایحتاج خود را خودش تأمین می‌کند؛ اما اگر نفقه همسرش را نمی‌داد زن می‌تواند برای به دست آوردن نفقه‌اش بیرون شود و کار کند و تجارت

نماید و شوهرش هیچ حقی ندارد که منع نماید.

د: اسباب نشوز زن در قوانین افغانستان

در قوانین موضوعه هم بعضی موارد است که سبب نشوز زن دانسته شده که قرار ذیل است: قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۶۲ چنین ذکر نموده است (هرگاه زوجه بدون عذر شرعی و قانونی از ادای وجایب شرعی و قانونی زوجیت امتناع ورزد مستحق نفقه نمی‌شود) (قانون مدنی افغانستان ماده ۱۶۲). آنچه از مواد قانون مدنی افغانستان دانسته می‌شود اینکه تنها یک سبب اسباب نشوز زن را که عبارت از امتناع از وجایب شرعی و قانونی زوجیت است بیان نموده است. از بیان اسباب نشوز زن به این نتیجه می‌رسیم که اسباب را که فقه‌های امامیه و حنفی آن‌ها سبب نشوز زن دانست و قرن‌ها قبل به شرح آن پرداخته‌اند قوانین موضوعه امروزی هم به آن مهر تأیید گذاشته و آن اسباب را مطابق و موافق باب فقه ذکر نموده‌اند.

ه: اسباب نشوز مرد از نظر قوانین افغانستان

در قوانین موضوعه هم بعضی موارد است که سبب نشوز مرد دانسته شده که قرار ذیل است قانون مدنی افغانستان: قانون مدنی فقط یک سبب از اسباب نشوز مرد را ذکر نموده است که قرار ذیل است ماده ۱۱۹ چنین مشعر است «هرگاه زوج از ادای نفقه امتناع ورزد و یا تقصیر وی در آن ثابت گردد محکمه باصلاحیت زوج را با ادای نفقه مکلف می‌گرداند» (قانون مدنی افغانستان ماده ۱۱۹). آنچه از مواد قانون مدنی افغانستان دانسته می‌شود اینکه تنها یک مورد سبب نشوز مرد را ذکر نموده که عبارت از امتناع از نفقه زوجه است.

آثار نشوز در فقه امامیه، فقه حنفی و قوانین افغانستان

الف: آثار نشوز در فقه امامیه

نفقه همسر دائم که بر شوهر لازم است عبارت است از طعام دادن و پوشانیدن لباس و تهیه مسکن و لوازم زندگی و سایر چیزهایی که به حسب شأن برای زن لازم است از قبیل اجرت حمام لوازم نظافت و مزد حجامت در صورت لزوم و پول دارو و درمان

حتی نسبت به امراض صحب العلاج (حلی، ۱۴۱۰، ص ۵۸۹).

ب: آثار نشوز از منظر فقه حنفی

نشوز از جمله آفت‌های شمرده شده که آثار آن باعث انهدام نظام خانواده و حیات مشترک زوجین می‌شود و بر نظام اجتماعی تأثیرات منفی دارد؛ و آثاری که بر نشوز مرتب می‌شود حق قیام زوج در تأدیب همسرش و دومین تأثیر آن سقوط نفقه زن ناشزه است که در این مطلب بیان می‌شود برای زن ناشزه نه نفقه است و نه هم مسکنی این قول از مذهب احناف است دلایل مذهب احناف: دو چیز را دلیل گرفتند. اجماع که این دلیل را رملی (ره) در کتاب النهایه (الرملی، ۱۳۱۶ هـ، ص ۲۰۵)؛ و ابن همام در فتح القدیر (ابن الهمام، ۱۳۱۶، ص ۳۳۴) نقل کرده است دلیل عقلی را ذکر کردند نفقه عوض است از اجازه دادن زن شوهر را برای هم‌بستری و کام‌جویی، یا هم عوض است برای نگه‌داشتن زن به خاطر هم‌بستری و انگیزه‌هایش به این دلیل که نفقه زن قبل از تسلیم کردن وسیله هم‌بستری نیست و هرزمانی که شوهر نفقه را قطع کرد زن می‌تواند خود را از بهره بردن او جلوگیری کند و یا اگر زن خود را ابتدا از بهره بردن او خودداری کرد شوهر می‌تواند نفقه را قطع نماید اما در صورتی که از زن برایش فرزندی بود نفقه فرزند بر او واجب است چونکه به خاطر معصیت و نافرمانی زن حق فرزند ساقط نمی‌شود (ابن الهمام، ۱۳۱۶، ص ۳۳۴).

ج: آثار نشوز در قوانین افغانستان

همان طوریکه در فقه با وجود اختلاف بیان شد که یکی آثار مرتب بر نشوز سقوط حق نفقه زوجه است قانون هم در این زمینه سقوط نفقه ناشزه را یکی از آثار مرتب بر نشوز دانسته که قرار ذیل بیان می‌شود. در قانون مدنی افغانستان در حالات ذیل زوجه مستحق نفقه نمی‌گردد.

۱. زوجه بدون اجازه زوج یا به غیر مقاصد جایز از مسکن خارج گردد.
۲. زوجه با امور زوجیت اطاعت نداشته باشد.
۳. مانع انتقال زوجه به مسکن زوج موجود باشد (قانون مدنی افغانستان ماده ۱۲۲).

مراحل و علاج نشوز

الف: علاج نشوز زن در قوانین افغانستان

در قوانین موضوعه برای علاج زن ناشزه قسمیکه فقه اسلامی راه حل ها و علاج و مراحل آن ها با معنی تعاریف و کیفیت اجرا آن طبق موازن شرعی ذکر نموده است موجود نیست تنها قوانین موضوعه ضرب را برای شوهر جهت تأدیب همسرش به خاطر نافرمانی و عدم اطاعت به عنوان راه علاج از نشوز ذکر نموده که قرار ذیل است. قوانین موضوعه جمهوری اسلامی افغانستان در مورد ضرب زن توسط شوهر نه تنها که سکوت نموده بلکه در قانون منع خشونت علیه زن بدون هیچ قیدی ضرب زن را توسط شخص مشمول جرم شمرده و ضرب زن را خشونت علیه زن عنوان نموده که موارد این قانون قابل نقد هستند (شخص که زن را مورد لت کوب قرار دهد ولی منجر به جراحت یا معلولیت وی نگردد حسب احوال وی به حبس قصیر که سه ماه بیشتر نباشد محکوم می گردد). موارد نقد این ماده این است که کلمه شخص را ذکر کرده که در آن شوهر هم داخل است و لت کوب را هم بدون قید ذکر نموده یعنی به هر سبب که زن مورد لت کوب قرار گیرد ولو که ناشزه هم باشد کوبنده آن مجازات می شود از این ماده دانسته می شود که اگر شوهر همسر خود را به خاطر نشوز و نافرمانی آن طبق دستور قرآن تأدیب نماید از نظر این قانون مورد مجازات قرار داده می شود که این مخالفت صریح با نص قرآن و سنت است. (قانون منع خشونت علیه زن، ماده ۲۳).

ب: مراحل و علاج نشوز زن

الله عزوجل برای زوج اجازه داده است که در وقت خوف نشوز زن را تأدیب نماید اما این اجازه به گونه تسلط و تحقیرانه نیست آن گونه که بعضی ها فکر می کنند بلکه صرف برای هدف اصلاح و تهذیب است آن ها وفق ضوابط تعیین شده از طرف شرح که این ضوابط دارای مراحل ذیل است.

۱. موعظه: اولین راه کار، پند و اندرز است؛ زیرا انسان موجودی است عقلانی و منطقی. اگر مرد در رفتارش متوسل به خشونت و کج خلقی نشود، قطعاً موعظه وی

مؤثر بوده و نیازی به مراحل دیگر نخواهد بود. چنانچه در مراتب امر به معروف و نهی از منکر نیز دستور، چنین است و در اولین برخورد، پند و اندرز سفارش شده است؛ چراکه مدارای شایسته در همه احوال و گفتار نیکو، در غالب موارد، مؤثر بوده و فرد را به رفتار شایسته می‌کشاند. (فاضل مقداد، ۱۴۲۵ ق، ص ۲۱۱).

۲. **هجر:** راه‌کار دوم، کناره‌گیری از بستر زن است؛ در مورد «هجر فی المضاجع»، چند احتمال وجود دارد (فاضل مقداد، ۱۴۲۵ ق، ص ۲۱۱). با زن مجامعت نکند، در رختخواب رویش را از وی بگرداند و در یک رختخواب با او نخوابد؛ اما اولی آن است که در این خصوص، باید به عرف رجوع کرد و ملاک را آن چیزی قرار داد که در مورد زن مفید حجرات است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ص ۳۵۴).

۳. **ضرب:** آخرین راه‌کار برخورد با نشوز زوجه، به بیان قرآن کریم، «اضربوهن» است. شیخ طوسی، معتقد است که این ضرب، ضرب تأدیب است؛ همان‌گونه که کودکان را تنبیه می‌کنند. ایشان از عده‌ای نقل می‌کند که ضرب، با چوب مسواک باشد و از بعضی دیگر نیز نقل می‌کند که با منديل ملفوف یا دره باشد نه با سیاط یا چوب (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ ق، ص ۳۳۸). شهید ثانی نیز بعد از نقل این مطلب که ضرب با چوب مسواک باشد، این‌گونه بیان می‌کند که شاید حکمت آن، این است که زن گمان کند شوهر، قصد ملاعیه و مزاح دارد و الا در عمل از تأدیب و اصلاح بعید است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ص ۳۵۷).

راه‌حل و علاج نشوز مرد

چنانچه قرآن عظیم‌الشان نشوز زن را معالجه نموده و برای آن راه‌حل‌های را بیان کرده برای نشوز مرد نیز راه‌حل‌ها را بیان نموده تا حقوق زوجه نیز تأمین شود و از خوف و اعراض که از عاقبت نشوز شوهر دارد جلوگیری شود؛ و برای زوجه مؤمنه و عاقله و صالحه لازم است که برای علاج نشوز زوج خود موارد را در نظر به گیرد.

۱- راه‌حل و علاج نشوز مرد از نظر فقه امامیه

مطابق آیه ۱۲۸ سوره مبارک نساء اولین اقدامی که زوجه در مقابل اعراض زوج

می‌تواند انجام دهد. دعوت وی به صلح و آشتی است. فقها عمدتاً این موضوع را تحت عنوان عقد صلح مورد نظر قرار داده‌اند و به اذعان صاحب جواهر بر این معنا، اجماع منقول و محصل وجود دارد. صاحب ریاض بر جواز عقد صلح در مورد نشوز زوج نیز تصریح کرده است. اما در کنار این دستور اخلاقی مواجهه با نشوز زوج، راه کارهای دیگری نیز دارد. به طور کلی در آراء فقها در موضوع مواجهه با نشوز زوج، بر چهار مرحله با اختلاف نظر تأکید شده است.

اول: زوجه حق مطالبه حقوق واجبش و حق وعظ زوج را دارد (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۱، ص ۲۰۷-۲۰۸).

دوم: چنانچه وعظ مؤثر نیفتد، زوجه می‌تواند امرش را نزد حاکم برد و حاکم می‌بایست زوج را در راستای تحقق امساک به معروف - به ادای حقوق زوجه الزام کند. در مورد تکلیف زوج به اتفاق زوجه به طور خاص، حاکم حق دارد از مال مرد، زوجه را انفاق کند ولو با فروش اموال غیر منقول (عقار) مرد در صورتی که چاره‌ای جز آن نباشد.

سوم: چنانچه مراحل قبل مؤثر واقع نشد، حاکم به دلیل ارتکاب زوج به معصیت، می‌تواند وی را تعزیر کند (موسوی، ۱۴۰۷، ص ۳۰۶). لذا اگر مرد بداخلاقی کند و به زن با کتک زدن و یا رفتار دیگری اذیت و آزار رساند، حاکم او را از این کار نهی می‌کند و اگر مرد دوباره همان رفتار را انجام داد، حاکم به مقداری که تشخیص دهد او را تعزیر می‌کند.

چهارم: پس از تعزیر زوج و با اصرار وی بر نشوز، دادگاه او را به طلاق ملزم می‌کند و در صورت استنکاف از طلاق در راستای تحقق تسریع به احسان رأساً زوجه را طلاق می‌دهد (خویی، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۸۲).

۲. راه حل و علاج نشوز مرد از نظر فقه حنفی

برای زوجه صلاحیت داده شده که برای از بین بردن نشوز شوهرش موارد ذیل را در نظر بگیرد.

۱. زوجه از تمام ذکاوت و هوشیاری و لطف مهربانی اخلاق و افعال نیکو در وقت خوف

- و اعراض شوهر خود استفاده نماید تا سبب برگشت شوهر از نشوز شود.
۲. شوهر خود را بر اخلاق و رفتار پسندیده نصیحت کند و برایش از حسن معاشرت که وجیه دینی و مسئولیت شرعی است یادآوری نماید.
۳. سومین راه جلوگیری از نشوز مرد این است که زن از بعضی حقوق خود مثل تقصیر در نفقه و بخشش قسمت از مهر در مقابل شوهر تنازل نماید و صلح نماید (شراره، ۱۴۱۸، ص ۳۱۸).

در این نوع از خوف نشوز، مرد با استفاده از حق طلاق خود می‌تواند زن را طلاق بدهد. زن هم برای حفظ علقه زوجیت و حفظ کانون خانوادگی طبق آیه شریفه (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) (نساء، ۱۲۸)

مجاز دانسته شده به حسب تشخیص ضرر و حجم ضرری که از مطلقه شدن بر او عارض می‌شود، به تواند با صلح نسبت به حق نفقه یا حق قسم در کابین همسر خود باقی بماند و کانون خانواده را حفظ کند؛ یعنی او در مقایسه بین طلاق و از دست دادن حق نفقه یا قسم ضرر کمتر را بر ضرر بیشتر ترجیح داده و به عبارت دیگر مراعات اهم در مقابل مهم کرده است (شراره، ۱۴۱۸، ص ۳۱۸).

در حقیقت، خوف ترس در اینجا به این معناست که زن برای جلوگیری از امنیت و آرامش خود بر اثر فروپاشی کانون خانواده ترجیح می‌دهد با شوهر خود مصالحه کند.

نتیجه‌گیری

این تحقیق به منظور روشن شدن ابعاد نشوز در فقه امامیه و حنفی با نگاه به قوانین افغانستان انجام شده است در این تحقیق یافته‌های ذیل به دست آمد:

۱. دانستیم که نشوز عبارت از ناسازگاری و کراهت زوجین و امتناع زوجین از حقوق واجب خویش بر یکدیگر است.
۲. در خوف نشوز و شقاق هر یک از زن و مرد با توجه به رهنمودهای قرآنی زوجین فقط به دفع ضرر پیشگیری از آن می‌پردازند و وقتی نشوز دوطرفه یا شقاق حاصل شود

حکمین به رفع ضرر اقدام می‌کند.

۳. نشوز زوجین ضابطه مشترکی دارد و آن امتناع از عمل به وظایف زوجیت است بر این اساس، مرد نیز مانند زن به وصف نشوز متصف می‌گردد؛ و برای علاج آن هم راه‌حل‌های را معین نموده تا از ضیاع حقوق زن و تعدی بر آن جلوگیری شود.

۴. مفهوم نشوز و راه‌حل‌های علاج آن قسم که در فقه امامیه و حنفی به صورت گسترده و وسیع بررسی تعریف و بیان شده در قوانین وضعی افغانستان این چنین موجود نیست که این دلالت بر جامعیت فقه و برتری و فضیلت فقه امامیه و حنفی بر قوانین وضعی افغانستان است.

۵. ضرب وارده در قرآن کریم برای تمام زنان نیست بلکه برای نوع معین از زن‌ها است که عبارت از زن ناشزه و نافرمان است و آن هم بعد از بکارگیری وعظ و هجراست.

۶. مقصود از علاج نشوز تأدیب و تهذیب است نه انتقام تحقیر و توهین زن.

۷. خداوند تعالی حق علاج و تأدیب را برای شوهر داده چون که شوهر از سلوک و رفتار و طبیعت زن نسبت به غیر آگاه‌تر است و در صورت تجاوز از این حق مورد مأخذه الله^(ج) قرار می‌گیرد.

۸. و بر زوج لازم است که اسباب نشوز و اختلاف را ریشه‌یابی نماید و بشناسد و عجلولانه تصمیم نگیرد ممکن بعضی اسباب باشد که خودش سبب آن شده و باعث نشوز زوجه‌اش شده و در صورتی که چنین باشد از آن به پرهیزد و دوری نماید.

منابع و مأخذ

قرآن کریم

۱. آلوسی، شهاب الدین محمود، (۱۴۲۹ق)، روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم والسبع المثانی، بیروت: دار احیا التراث العربی.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن الهمام، کمال الدین، محمد بن عبدالواحد السکندری، (۱۳۱۶)، شرح فتح القدير على الهدایه، بیروت: دار صادر.
۴. ابن کثیر، اسماعیل بن کثیر القرشی، (۱۴۱۴)، تفسیر القرآن العظیم، دمشق: دار الاحیاء، الرياض: دار اسلام.
۵. ابن نجیم، زین الدین ابراهیم بن محمد مصری الحنفی، (۱۴۱۸)، البحر الرائق شرح كنز الدقایق فی فروع الحنفیه. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۶. امام خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۰ق)، تحریر الوسیله، النجف الاشرف: مطبعه الاداب.
۷. جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۸۹)، تسنیم، چاپ دوم، قم: مرکز نشر اسراء.
۸. خویی، سید ابو القاسم، (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، قم: مدینه العلم.
۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۰۴)، المفردات القرآن، بیروت: دارالعلم.
۱۰. شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفيه، چاپ سوم.
۱۱. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۰۳)، الفتاوی الواضحة وفقاً لمذهب اهل البيت^(ع)، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، چاپ هشتم.
۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

۱۳. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله سیوری حلی، (۱۴۲۵)، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم: انتشارات مرتضوی.
۱۴. قانون احوال شخصیه اهل تشیع، جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی وزارت عدلیه، ۱۳۸۸ ه.ش.
۱۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی وزارت عدلیه، ۱۳۸۲.
۱۶. قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی وزارت عدلیه، ۱۳۸۴.
۱۷. قانون منع خشونت علیه زنان جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی وزارت عدلیه، ۱۳۸۸.
۱۸. القرطبی، محمد بن احمد الانصاری، (۱۴۰۷)، الجامع الاحکام القرآن، بیروت: دار الکفر.
۱۹. قطب، سید محمد، (۱۴۱۲)، فی الظلال القرآن، بیروت-القاهره: دار الشروق طبع ۱۷.
۲۰. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۲۹)، الکافی، قم: دارالحديث للطباعة والنشر.
۲۱. مطهری، مرتضی، (۱۳۷۶)، نظام حقوق زن در اسلام، تهران: صدرا.
۲۲. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۰۷ق)، تحریر الوسیله، بیروت: سفارة الجمهوریه الاسلامیه ایرانیه.
۲۳. حلی (محقق)، جعفر بن حسن، (۱۴۰۳ق)، شرائع الاسلام فی المسائل الحلال و حرام، تهران: استقلال.
۲۴. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع اسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.

نکاح مسیار

احمدشاه خراسانی^۱

چکیده

ازدواج مسیار، نوعی ازدواج دائمی است که در سال‌های اخیر در برخی از کشورهای اسلامی رواج یافته است. در این نوع ازدواج، شرط می‌شود تا زن حق نفقه، مسکن و میت خویش را برای شوهر ببخشد و شوهر مختار است، هرگاه بخواهد نزد همسر می‌رود. مشروعیت و جواز ازدواج مسیار، یکی از مباحث اختلافی میان فقها است. با توجه به عمومات و اطلاقات آیات و روایات، دیدگاه اکثر فقهای معاصر، بر مبنای اصل جلیت، اصل اباحه، اصل آزادی اراده زوجین، مشروعیت اسقاط حق، سیره عقلا، عدم دلیل بر حرمت آن و نیاز مبرم جامعه، این عقد جایز است. در این تحقیق تلاش شده است که موضوع با دقت بیشتری مورد بررسی قرار گیرد. پژوهش حاضر، در مقام جمع‌آوری اطلاعات از نوع روش تحقیقات کتابخانه‌ای بوده و در مقام پردازش داده‌ها، توصیفی، تحلیلی و تطبیقی میان آرای فقها و استنباطات مواد قانون مدنی است. یافته‌های تحقیق نشان‌دهنده آن است که ازدواج مسیار دارای تمام شرایط و ارکان ازدواج دائم است و برخی از آثار ازدواج دائم را با توافق زوجین مورد تنازل قرار می‌دهند که این تنازل هیچ خللی در ارکان عقد ایجاد نمی‌کند. ازدواج مسیار موردپذیرش اکثر فقهای معاصر اهل سنت قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: ازدواج، مسیار، حقوق زن، نفقه، میت، مسکن.

۱. گروه فقه قضایی، دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان، کابل.

ایمیل: Ahmadshah.khurasani009@gmail.com

مقدمه

تشکیل نهاد مقدس خانواده یکی از نیازهای اساسی جامعه است و به همین دلیل خانواده همزاد با تاریخ بشر است. آنچه نهاد خانواده را پی‌ریزی میکند، علقه ازدواج است. عقد ازدواج دارای انواعی است که از جمله آن‌ها ازدواج مسیار است. ازدواج مسیار از جمله عقود است که سابقه طولانی در فقه ندارد و اندکی از افراد جوامع اسلامی بدان مبادرت ورزیده‌اند. نکاح مسیار از جمله ازدواج‌های است که بیشتر میان عرب‌ها رایج بوده و این عقد میان فارس‌تبارها از پیشینه‌ای قابل ملاحظه‌ای برخوردار نیست، لذا بیشتر علما و همه مردم عوام غیر عرب با این اصطلاح آشنایی ندارند (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۵۳).

در شریعت اسلام، ازدواج صحیح آن است که تمام ارکان و شرایط عقد ازدواج در آن رعایت گردد. برخی اوقات اتفاقاتی رخ می‌دهد که عقد ازدواج با خلل‌های مواجه می‌شود که این خلل‌ها، متعلق به ارکان، شرایط و آثار ازدواج است که برخی از آن‌ها باعث بطلان، پاره‌ای از آن‌ها سبب فساد و عده‌ای موجب عدم نفوذ عقد ازدواج می‌گردند. تلاش می‌شود که نشان داده شود نکاح مسیار در فقه اهل سنت و حقوق افغانستان چه حکمی دارد. بنابراین، پرسش‌های که در این تحقیق به دنبال پاسخ آن هستیم عبارت‌اند از این که شرایط و ارکان ازدواج صحیح کدامند؟ دیدگاه فقهای معاصر و قانون مدنی افغانستان در باره حکم نکاح مسیار چیست؟ نقاط اشتراک و افتراق ازدواج موقت با مسیار کدامند؟

۱. تعریف مفاهیم

۱-۱. ازدواج

ازدواج واژه عربی است که به معنای انضمام (به هم پیوستن) به کار می‌رود و به معنای نزدیکی، جمع، پیوستن، وطنی، عقد، موصلت و نکاح نیز به کار رفته است (معین، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۳۵).

فقهای حنفیه ازدواج را چنین تعریف نموده‌اند: «ازدواج عبارت از عقدی است که

افاده ملک متعه می‌کند»؛ یعنی موجب می‌شود که زن و شوهر بتوانند از همدیگر استمتاع جنسی بکنند. سایر فقها نیز تقریباً تعریف مشابه از ازدواج ارائه کرده‌اند: «ازدواج عقدی است متضمن اباحت استمتاع جنسی از زن به صورت مباشر، مشروط بر این که زن محرم نسبی، رضاعی و سببی نباشد» (زحیلی، ج ۶، ص ۶۵). در قانون مدنی افغانستان ازدواج چنین تعریف شده است: «ازدواج عقدی است که معاشرت زن و مرد را به قصد تشکیل فامیل مشروع گردانیده، حقوق و واجبات طرفین را به وجود می‌آورد (ق.م. افغانستان، ماده ۶۰).

۱-۲. مسیار

کلمه مسیار بر وزن مفعال صیغه مبالغه و از ریشه سیر به معنای راه رفتن روی زمین است (راغب اصفهانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۷). نظر یوسف قرضاوی در مورد ریشه لغوی مسیار این است که این کلمه نخست در کشورهای خلیج رواج یافته و شاید به معنای مرور به زوجه یا سیر به سوی وی است و ازدواجی است با همان ارکان و شرایطی که نکاح دائمی دارد، با این تفاوت که زن از برخی حقوق خود مانند نفقه، مسکن و قسم «نوبت شب» صرف نظر و گذشت می‌کند». گذشت از حقوق زن برای زن جایز است (بخاری، بی تا، ج ۲، ص ۲۵۹۳). وجه تسمیه این ازدواج آن است که شوهر غالباً در دیدارهای روزانه به دیدن زوجه می‌رود.

۲. پیشینه ازدواج مسیار

برخی از فقها، ازدواج مسیار را پدیده نوظهور دانسته‌اند که ابتدا در منطقه‌ی تمیم عربستان سعودی به وقوع پیوسته و سپس در سایر کشورها گسترش یافته است، اولین کسی که این موضوع را مطرح نموده است فهد الغنیم بوده است. (پاک‌نیت، ۱۳۹۳، ص ۱۱). عده‌ای دیگر، ازدواج مسیار را دارای سابقه تاریخی دانسته و در این زمینه به برخی از متون فقهی استناد کرده‌اند، از جمله: ابن قدامه در مغنی آورده است: «مردی که در ازدواج با زنی شرط نماید در هفته یک شب نزد وی باشد یا در ازدواج دیگری شرط کند که در هر ماه ۵ الی ۱۰ درهم برای زوجه خود نفقه بدهد یا شرط

نماید روزهای مشخصی از ماه به ملاقات وی رود، جایز است» (ابن قدامه، بی تا، ج ۷، ص ۴۵۰). هرگاه این ازدواج به ثبت برسد رسمی و اگر ثبت نشود، عرفی است و بیشتر مواقع، در عربستان سعودی، امارات و دیگر کشورهای عربی انجام می شود (قرضاوی، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۳۵۳).

۳. ارکان ازدواج

ارکان جمع رکن بوده و عبارت از عناصر اساسی ازدواج است که در صورت فقدان آن عقد ازدواج باطل می گردد.

ارکان ازدواج از دیدگاه فقههای اهل سنت عبارت اند از: ۱- عاقدین (زوجین)؛ ۲- صیغه (ایجاب و قبول) که اعم از تلفظ کردن، نوشتن یا اشاره افراد کر و لال است (زحیلی، همان، ص ۶۰). ارکان عقد نکاح، نزد احناف همان صیغه عقد (ایجاب و قبول) است (کاسانی، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۳۱۷). ماد ۶۶ ق.م. افغانستان که برگرفته از فقه حنفی است مقرر می دارد: «عقد ازدواج ایجاب و قبول صریح که فوریت و استمرار را افاده کند بدون قید وقت در مجلس واحد صورت می گیرد». به موجب این ماده ارکان نکاح فقط ایجاب و قبول است که در نکاح بسیار رعایت گردیده و افاده استمرار را می کند.

۴. شرایط صحت ازدواج در قانون مدنی

ماده ۷۷ ق.م. افغانستان در خصوص شرایط صحت عقد ازدواج چنین مقرر می دارد: «برای صحت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است:

۱. انجام ایجاب و قبول صحیح توسط عاقدین یا اولیاء یا وکیل شان؛
۲. حضور دو نفر شاهد با اهلیت؛
۳. عدم موجودیت حرمت دائمی و یا موقت بین ناکح و منکوحه».

هرگاه در نکاح بسیار شرایط فوق رعایت گردد، نکاح صحیح است. مهم نیست که اسم آن را چه بگذاریم، مهم این است که ارکان و شرایط عقد ازدواج در آن وجود

دارد (قرضاوی، ۱۳۸۹، ص ۳۵۰).

۴-۱. مقاصد ازدواج

در مورد مقصد ازدواج خداوند می‌فرماید: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقُرُونَ» (روم، ۲۱). هدف اصلی شارع مقدس از ازدواج؛ تسکین نفس بر اساس مودت و رحمت، تشکیل خانواده، حفظ سلامت عاطفی و روحی زوجین، توالد و بقای نسل، استقرار، سازگاری و اطمینان زوجین و قصد دوام و همیشگی بودن ازدواج است (شاطبی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۹۶). در شریعت اصل بر حقایق است نه بر نام‌ها و عنوان‌ها؛ چنانکه فقها بیان می‌دارند: «الْعَبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي وَ لَيْسَتْ لِلْأَلْفَاظِ وَالْمَبَانِي» (ژوبل، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۴۳)؛ در عقدها، اهداف و مقاصد معتبرند، نه واژگان و نام‌ها. به نظر می‌رسد که اهداف ذکر شده در نکاح مسیار نیز قابل تحقق است.

۴-۲. دیدگاه فقها در مورد ماهیت ازدواج مسیار

شکی نیست که مسیار از موضوعات مستحدثه است و در کتاب‌های فقهی قدیمی چنین اصطلاحی به چشم نمی‌خورد؛ اما فقها و حقوقدانان معاصر آن را این‌گونه ترسیم و تبیین نموده‌اند: «مسیار ازدواجی است که در آن مرد و زن عقد شرعی با تمام ارکان و شرایط می‌بندند و فقط زن، از برخی حق و حقوق خود مانند نفقه، مسکن و قسم صرف‌نظر می‌کند» (تمیمی، ۱۴۱۸، ص ۱۰).

وهبة الزحیلی می‌نویسد: «مسیار ازدواجی است که با ایجاب و قبول، شهادت شهود و حضور ولی، بین مرد و زن منعقد می‌شود و زن از حقوق مادی خود مانند مسکن، نفقه و فرزندان که به دنیا می‌آورد و برخی حقوق معنوی مانند حق قسم و هم‌وابستگی صرف‌نظر می‌کند. در این ازدواج زن قبول می‌کند که مرد فقط گاهی به او سر بزند و این عقد طبق توافق طرفین می‌تواند به صورت علنی و مخفی و سری باشد و در این ازدواج نسب و ارث حفظ می‌شود؛ اما زن در خروج از منزل آزاد است، چون که شرط نفقه وجود ندارد و اطاعت زن از مرد زمانی واجب است که شوهر نفقه

پرداخت کند» (پاک‌نیت، ۱۳۹۳، ص ۱۲۹).

شیخ عبدالله بن منیع عضو هیئت علمای سعودی و قاضی مکه می‌نویسد: «مسیار ازدواجی است که همه ارکان و شرایط ازدواج در آن وجود دارد، این ازدواج با ایجاب و قبول و با شرایط معروف مانند رضایت طرفین، ولایت، شهادت و کفایت صورت می‌گیرد، در آن مهریه مورد توافق وجود دارد و برای صحت آن باید موانع ازدواج نباشد. بعد از انعقاد عقد تمامی حقوق مترتب بر عقد زوجیت از جهت نسب، ارث، عده، طلاق، مباح بودن رابطه قرابت، سکونت و نفقه ثابت می‌شود؛ درحالی‌که زوجین توافق می‌کنند که زوجه حق نفقه و میت ندارد و شوهر هر زمان بخواهد به دیدار همسر خود می‌آید» (تمیمی، ۱۴۱۸، ص ۱۵).

به نظر می‌رسد، زنانی که مشکل مادی مانند مسکن و نفقه ندارند و یا به دلیل بی‌سرپرست بودن، بیوه بودن، بالا رفتن سن، مُطلَّقه بودن، خانم‌های که تمایل به زندگی مشترک ندارند، زنان مسنی که هنوز ازدواج نکرده‌اند، زنانی که دارای ثروت و امکانات مادی بوده و فقط دنبال یک همراز، همسر و همسفر می‌باشند، خانم‌های که نیاز عاطفی دارند، این زنان از حق نفقه، میت و مسکن صرف‌نظر کرده و شوهر را به توافق و رضایت مختار می‌گذارند تا هر وقت میسر شد با وی ملاقات کند. این ازدواج تمام شرایط و ارکان عقد نکاح شرعی از قبیل گواه، مهر، ثبوت نسب و کلماتی برای دوام نکاح را دارد و در این نوع عقد، زوجین توافق می‌کنند که زن در خانه والدین یا خانه خود بماند و تقاضای مسکن، نفقه و حق قَسَم از شوهر را ننماید. در برخی موارد هم این ازدواج از جانب مردانی است که فقیر بوده یا ازدواج مجدد سبب مشکلات با همسر اول آنان می‌شود و یا مسافرت‌های تجاری دارند، ناگزیر ازدواج مسیار می‌کنند که در آن هیچ مانع شرعی دیده نمی‌شود.

۵. حکم ازدواج مسیار

۵-۱. حکم ازدواج مسیار از منظر قرآن

اطلاق و عموم آیات مربوط به نکاح دائم مانند: «فانکحوا ما طاب لکم من النساء»

(نساء، ۳)، به صراحت حلیّت ازدواج مسیار قابل استنباط است؛ زیرا که نکاح مسیار با طیب خاطر، میل، رغبت و خوشی انجام می شود. همچنان خداوند می فرماید: «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» در آیات ۲۰ به بعد سوره نساء شارع مقدس، زنانی که ازدواج با آن ها حرام است نام برده است که ازدواج مسیار جزء آن ها نیست، پس دلیلی از دیدگاه قرآن بر منع و حرمت ازدواج مسیار وجود ندارد. همچنین خداوند فرموده است: «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (نساء، آیه ۱۲۸)؛ و اگر زنی از شوهر خویش بیم ناسازگاری یا روی گردانی داشته باشد، بر آن دو گناهی نیست که از راه صلح با یکدیگر، به آشتی گرایند؛ زیرا که همانا سازش بهتر است. ابن کثیر در تفسیر این آیه می گوید: «اگر زن ترسید که شوهرش از او جدا شود یا اعراض کند می تواند از حقوقش مانند نفقه، لباس، هم بستر شدن و امثال آن ها در مقابل شوهرش تنازل کند و شوهرش می تواند آن را بپذیرد و هیچ کدام از زن و مرد در این مورد گناهکار نیستند» (ابن کثیر، ذیل ۱۲۸، سوره نساء). از منطوق این آیه حکم جواز تنازل به خوبی قابل استنباط است.

در مورد مهر زنان قرآن کریم می فرماید: «فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» (نساء، آیه ۴)؛ اگر زنان با رضایت چیزی از مهریه خود را به شما بخشیدند آنان را حلال و گوارا مصرف کنید. همچنین در جای دیگر می فرماید: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ» (نساء، آیه ۲۴)؛ یعنی نیست بر شما گناه، در آنچه با یکدیگر راضی شده اید. برخی ها معتقدند که این آیه در شأن حضرت سوده بنت زمعه همسر پیامبر نازل گردید است (قرضاوی، ۱۳۸۹، ص ۳۵۴).

۵-۲. حکم ازدواج مسیار در روایت

در منابع روایی آمده است: «وَيَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَهَبَ لِنَفْسِهَا لِبَعْضِ ضَرَائِرِهَا» (ابی الخیر، بی تا، ج ۹، ص ۵۲۵)؛ یعنی برای زن جایز است تا حق بیتوته و شب تیر کردنش را برای انباغ (شریک زندگی و هوو) خویش، هبه و بخشش نماید. عروه بن زبیر از عایشه (رض) روایت می کند که سوده بنت زمعه (رض)، دومین همسر پیامبر (ص)

بعد از خدیجه^(رض)، حق روز تیر کردن خویش را برای عایشه^(رض) بخشید و پیامبر هم پذیرفتند: «عن عائشة أنَّ سودة بنت زمعة وَهَبَتْ يَوْمَها لِعائِشَةَ وَكَانَ النَّبِيُّ^(ص) يَقْسِمُ لِعائِشَةَ بِيَوْمِها وَ يَوْمِ سودة متفق علیه» (مسلم، بی تا، ج ۱، ص ۴۷۲)؛ از عایشه روایت است که سوده بنت زمعه حق روز تیر کردن خویش با پیامبر را به عایشه بخشید و پیامبر از آن پس روزی که نزد سوده می‌رفت را نزد عایشه می‌رفت. قبول حضرت پیامبر، دلالت بر این می‌کند که زوجه حق دارد، از حقوق خود مانند میت، نفقه و... تنازل نماید (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۵۲۵). از حق قسمی که پیامبر^(ص) با همسرانش داشتند استنباط می‌شود که همسر، حق تنازل از حق خویش را برای شوهر دارد، این حق تنازل امری است که در نکاح مسیار مطرح است، در نتیجه ازدواج مسیار با این خصوصیت جایز است.

۳-۵. حکم ازدواج مسیار در قانون مدنی افغانستان

قانون‌گذار قوانین موضوعه افغانستان موادی را در خصوص نکاح مسیار به وضوح تبیین ننموده است؛ اما از منطوق و روح مواد قوانین به خصوص قانون مدنی افغانستان جواز و مشروعیت این عقد قابل استنباط است؛ به عنوان مثال ق.م.ا در ماده ۶۰ اذعان می‌دارد: «ازدواج عقدی است که معاشرت زن و مرد را به قصد تشکیل خانواده مشروع گردانیده، حقوق و واجبات طرفین را به وجود می‌آورد». طبق این تعریف نخست ازدواج را عقد معرفی نموده و در قدم دوم، ازدواج موجب حلیت معاشرت زن و مرد و تشکیل فامیل می‌گردد که ازدواج مسیار عین این مقاصد را در بردارد و سوم اینکه برای هریک از طرفین زن و مرد حقوق و تکالیفی را پیش‌بینی می‌کند که این حقوق عبارت‌اند از نفقه، مسکن، البسه و غیره. در نکاح مسیار با شرط ضمن عقد، سه مصداق اول در نکاح مسیار موجودند که مورد تنازل زوجه قرار می‌گیرد. بر اساس ماده ۶۶ قانون مدنی افغانستان، «ازدواج، در صورت تعلیق آن به شرط غیر محقق، یا مضاف ساختن آن به زمان آینده، عقد شده نمی‌تواند». ماده مزبور ازدواج معلق به شرطی را که قابلیت تحقق نداشته باشد، غیر صحیح می‌پندارد و منطقی هم هست؛ مثلاً شخصی با خانمی شرط می‌کند که با تو ازدواج می‌کنم مشروط بر اینکه هر شش ماه یک فرزند پسر

برایم به دنیا بیاورید؛ این شرط غیرقابل تحقق است و این عقد باعث پیوند زناشویی شده نمی‌تواند؛ اما از مفهوم مخالف این ماده استنباط می‌شود که ازدواج به شرطی که قابلیت تحقق را داشته باشد صحت دارد که معمولاً در ازدواج مسیار که در آن شرط می‌شود تا مرد مکلف به پرداخت نفقه، مسکن و میت نباشد؛ این شرط قابلیت تحقق را دارد.

همچنان، ماده ۶۸ ق. م مقرر می‌دارد: «هرگاه در عقد ازدواج شرطی گذاشته شود که مخالف قانون و اهداف ازدواج باشد، عقد صحیح و شرط باطل پنداشته می‌شود». از بیان این ماده صحت ازدواج مسیار به صراحت دانسته می‌شود؛ زیرا فرض کنید عقد ازدواج مسیار مخالف قانون و اهداف ازدواج است که همانا شرط ضمن عقد برای نپرداختن نفقه، مسکن و میت باشد، در چنین فرضی بازهم فقط شرط باطل است؛ اما عقد ازدواج مسیار صحت دارد.

ماده ۸۸ قانون مدنی گویای جواز شرط ضمن عقد نکاح است، ماده مزبور اشعار می‌دارد: «زن می‌تواند هنگام عقد ازدواج شرط گذارد که اگر زوج وی مخالف احکام مندرج مانند ماده (۸۶) این قانون با زن دیگر ازدواج کند، صلاحیت طلاق به او انتقال داده می‌شود، این شرط وقتی اعتبار دارد که در وثیقه نکاح درج شده باشد». طلاق که حق مسلم مرد است، به موجب این ماده در ضمن شرط نکاح، قانون اجازه انتقال آن را به زن داده است، پس نفقه، مسکن و میت هم که حق مسلم زن است، جواز دارد تا ضمن عقد مسیار به مرد انتقال داده شود.

همچنان ماده ۱۰۳ ق. م. اشعار می‌دارد: «زوجه بالغه که سن ازدواج قانونی را تکمیل نموده باشد، می‌تواند در حالت صحت و رضای خود مهری را که نقداً تعیین شده باشد، کلاً و یا قسمی از ذمه زوج ساقط نماید...». هنگامی که قانون‌گذار برای زوجه صلاحیت سقوط مهریه یا بخشش آن را بر زوج مجاز دانسته است، پس بخشش و سقوط حق نفقه، مسکن و میت زوجه بر زوج را به طریق اولی صحیح می‌پندارد.

یکی از اصول مهم و قابل‌پذیرش نظام‌های حقوقی دنیا اصل آزادی اراده است

که حتی اکثر کشورها منبع حقوق‌شان همین اصل و مبنا است، به موجب این اصل اعطای آزادی و اختیار به مردم برای منعقد نمودن قرارداد آن گونه که خود آنان می‌خواهند، بهترین ابزار برای برقراری رابطه‌ای عادلانه و مفید بشمار می‌رود؛ زیرا که تعهد تحمیلی ممکن است ناعادلانه باشد (حیاتی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۲). بر مبنای حکم همین اصل که به آزادی اراده زوجین مبتنی است، ازدواج بسیار صحیح است. ماده ۴۴ ق.م افغانستان نیز در این خصوص تصریح می‌نماید: «آزادی حق طبیعی انسان است، هیچ کس نمی‌تواند از آن تنازل نماید». بر اساس این حق، ما می‌توانیم اعمالی را که مخالف شرع و قانون نباشد مانند نکاح بسیار اجرا نماییم.

۴-۵. ازدواج بسیار نزد فقها

الف) موافقان

۱. شیخ عبدالعزیز بن باز، مفتی سابق اهل حجاز در مورد نکاح بسیار می‌فرماید: «لَا حَرَجَ فِي ذَلِكَ إِذَا اسْتَوْفَى الْعَقْدَ الشَّرْطَ الْمَعْتَبَرَ شَرْعاً وَ هِيَ وَجُودُ الْوَلِيِّ وَ رِضَا الزَّوْجَيْنِ وَ حُضُورُ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ عَلَى أَجْرَاءِ الْعَقْدِ وَ سَلَامَةُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْمَوَانِعِ، لِعُمُومِ الْقَوْلِ النَّبِيِّ (ص) (أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنَ الشَّرْطِ أَنْ تَوْفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ)؛ یعنی هرگاه عقد نکاح، واجد شرایط معتبر شرعی باشد، مشروط بر اینکه وجود ولی، رضایت زوجین، حضور دو شاهد عادل بر اجرای عقد سالم (خالی بودن) زوجین از موانع نکاح باشد، ازدواج بسیار اشکالی ندارد (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۵۴)؛ دلیل دیگر موافقان این روایت است: «المسلمون على شروطهم» (عسقلانی، بی‌تا، ج ۴، ص ۵۸۹)؛ مسلمانان بر شروطی که در عقود می‌کنند، وفاداری کنند. شیخ عبدالملک در این زمینه می‌گوید: «فإن اتفق الزوجان على إن المرأة تبقى عند أهلها أو على إن القسم يكون لها نهائراً أو في أيام معينة أو ليالٍ معينة فلا بأس بذلك بشرط إعلان النكاح و عدم إخفائه» (شیخ عبدالملک، بی‌تا، ص ۱۱۲)؛ اگر زن و شوهر توافق کردند که زن در مسکن پدر خود زندگی کند، یا توافق کردند که فقط مرد روزهای معین یا شب‌های معینی به خدمت و دیدار همسر خویش آید، باکی نیست، مشروط بر اینکه نکاح‌شان علنی و بدون اخفا صورت گیرد.

۲. یکی دیگر از قائلین بر جواز نکاح مسیار، شیخ عبدالعزيز بن عبدالله آل الشيخ، مفتی عام عربستان سعودی و رئیس هیئت علماء بزرگ و رئیس مباحث علمی و اداره ارشاد آن کشور می‌فرماید: «إِنَّ هَذَا الزَّوْاجَ جَائِزٌ إِذَا تَوَفَّرَتْ فِيهِ الْأَرْكَانُ وَالشُّرُوطُ وَالْعَلَانُ الْوَاضِحُ وَذَلِكَ حَتَّى لَا يَقْعَانَ فِي تَهْمَةٍ؛ يَعْنِي أَيْنَ اِزْدَوَاجَ جَائِزٌ اسْتِ، مَشْرُوطٌ بِرَ اَيْنَكِه اِرْكَانُ وَ شُرُوطُ عَقْدِ نِكَاحٍ رَا دَارَا بَاشَدُ وَ بِه صُورَتِ وَاضِحِ اِعْلَامِ گَرْدَدُ تَا مَبَادَا زَوْجِیْنِ دَر مَعْرَضِ اِتِّهَامِ قَرَارِ گِیرَند.

۳. شیخ یوسف محمد، عضو هیئت افتا و دعوت و عضو ارشاد مملکت سعودی گفته است: «الزَّوْاجُ الشَّرْعِيُّ هُوَ مَا تَمَّ فِيهِ اِرْكَانُهُ وَ شُرُوطُهُ وَ اَمَّا اِلِشْتِرَاطُ بَتْنَازْلِ الْمَرْأَةِ عَنْ حَقِّهَا فِي النِّفْقَةِ وَ الْقَسَمِ فَهُوَ شَرْطٌ بَاطِلٌ وَ الزَّوْاجُ صَحِيحٌ وَ لَكِنْ لِلْمَرْأَةِ بَعْدَ الزَّوْاجِ اَنْ تَسْمَحَ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّهَا وَ ذَالِكُ لَا يَخَالِفُ الشَّرْعَ»؛ یعنی؛ نکاح مسیار شرعی است، زیرا تمام ارکان و شرایط عقد شرعی در آن وجود دارد، ولی اشتراط تنازل زن از حق نفقه و قسم شرطی باطل است

۴. دکتر یوسف قرضاوی در مقدمه کتاب زواج مسیار می‌فرماید: «وقتی من فتوای جواز نکاح مسیار را دادم غوغای در کشورهای حوزه خلیج فارس و اطراف آن بر پاشد، ولی ما باید، حکم خدا را بگوییم».

همچنان دکتر قرضاوی تصریح می‌نماید: «فقیه باید حُکَمِ خدا را بگوید، من تشویق به نکاح مسیار نمی‌کنم، ولی اگر از حکم آن، از من سؤال کنند، می‌گویم، حلال است و حلال خدا را حرام نمی‌کنم؛ چون دلیل بر حلیت دارم و هیچ دلیلی بر حرمت ندارم» (قرضاوی، ۱۳۸۹، ص ۳۴۷).

۵. هنگامی که برای شیخ محمد سید طنطاوی از علماء الازهر و مفتی مصر، ازدواج مسیار را تعریف می‌کنند و می‌گویند در این ازدواج تمام ارکان و شرایط نکاح وجود دارد؛ لیکن در آن شرط می‌شود که زوج به ادای حقوق واجب زوجه ملتزم نباشد، می‌گوید: «مَادَامَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ، الْعَقْدُ صَحِيحٌ شَرْعاً وَ تَمَّ اِلْتِفَاقٌ عَلٰی عَدَمِ الْوَفَاءِ بِحَقُوقِ الزَّوْجَةِ وَ هِيَ رِضَا بِذَلِكَ، فَلَا بَأْسَ» (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۵۵).

۶. دکتر وهبة الزحیلی، رئیس بخش فقه اسلامی دانشکده شرعیات دانشگاه دمشق نیز

از قائلین به اباحه نکاح مسیار می‌باشد، وی گفته است: «الأصل في العقود الشرعية ومنها الزواج هو الإباحة فكل عقد استوفى أركانه و شرايطه الشرعية كان صحيحاً و مباحاً، مالم يتخذ جسراً أو ذريعة الى الحرام، و ليس في المسيار قصد حرام...»؛ یعنی اصل در عقود از جمله عقد نکاح اباحه است، هر عقدی که واجد ارکان و شرایط شرعی عقد باشد، صحیح و مباح خواهد بود، در نکاح مسیار قصد ارتکاب حرام نیست ... (سلیمان اشقر، ۱۴۲۵، ص ۱۷۷-۲۶۰).

۷. شیخ دکتر نصر فرید واصل، مفتی مصر؛ شیخ عبدالله بن منیع از علماء سعودی و قاضی محکمه تمیز مکه مکرمه؛ شیخ ابراهیم، بن صالح الخضری قاضی محکمه عالی ریاض؛ شیخ عبدالله، بن عبدالرحمن الجبرین از علماء سعودی؛ دکتر احمد الحجی الکردی از علماء کویت؛ دکتر محمود ابولیل؛ دکتر نعمان عبدالرازق سامرائی؛ شیخ عبدالملک المطلق نویسنده کتاب ازدواج مسیار؛ شیخ عرفان بن سلیم العشا حسونه دمشقی مؤلف کتاب ازدواج مسیار و تعداد دیگر از فقها و دانشمندان عرب‌زبان، از جمله قائلین بر جواز نکاح مسیار می‌باشند که از آوردن دلایل و نظریاتشان در این نوشته به دلیل عدم اطاله کلام خودداری صورت گرفته است (بیگدلی، ۱۳۸۹، صص ۵۷-۶۲).

بنابراین، از جمع دیدگاه‌های فقها دانسته می‌شود که اکثر نزدیک به کل فقهای اهل سنت قائل بر جواز نکاح مسیار می‌باشند و دلیل‌شان این است که تمام ارکان و شرایط نکاح دائم و صحیح از قبیل خواستگاری، مهر، ایجاب و قبول، ثبوت نسب فرزند، طلاق و عده برای آن ثابت است، حقوقی مانند نفقه، مسکن و میت نیز برای زن تعلق می‌گیرد که خودش با توجه به صاحب حق بودن، از حق خویش برای شوهر صرف نظر و بخشش می‌کند.

ب) مخالفین

عده‌ای از علمای اهل سنت مانند شیخ محمد ناصر الدین البانی، دکتر علی قره‌داغی، ابراهیم فاضل الدبو، دکتر جبر الفضیلات، دکتر محمد زحیلی، دکتر عبدالله الجبوری، دکتر سلیمان الأشقر، محمد عبد الغفار الشریف، دکتر محمود سرطاوی و اسامه عمر

سلیمان الأشقر، قائل بر حرمت وعدم جواز نکاح مسیار هستند. حاصل کلام و ادله آنان بر تحریم قرار ذیل است.

۱. مخالفت با مقتضای عقد

آن‌ها معتقدند که مقتضای عقد نکاح این است که در آن، نفقه، میت و مسکن باشد؛ در حالی که در نکاح مسیار از این حقوق تنازل صورت می‌گیرد که در واقع این شروط متضمن مخالفت با مقتضای عقد است.

پاسخ این دیدگاه: مخالفت با مقتضای عقد دلیل بر فساد آن عقد شده نمی‌تواند؛ به‌عنوان مثال شخصی برای خود موتری (ماشین) جهت استفاده شخصی خریداری می‌کند، در حالی که آن را به خانه آورده مورد استفاده قرار نمی‌دهد، آیا متوقف ساختن موتر که مقتضای اصلی استفاده از آن بوده است، می‌تواند دلیل بر بطلان عقد باشد؟ اگر این چنین حکم وجود داشته باشد که زندگی بشر متلاشی و از هم گسیخته می‌شود.

۲. عدم تحقق اهداف شرع

دلیل دیگر مخالفین آن است که ازدواج اسلامی با اهداف متعدد اجتماعی، فردی و دینی از قبیل تشکیل خانواده، ایجاد مودت و رحمت، سکون بین زن و شوهر، تربیت اولاد صالح، توالد و تناسل تشریع شده است که این اهداف با ازدواج مسیار مُحَقَّق نمی‌شود و آنچه در صحت عقد معتبر است، صورت ظاهری عقد و وجود ارکان و شرایط ظاهری آن نیست؛ بلکه ملاک مقاصد شرع از عقد است، بدین‌سان، بیع وقت نماز جمعه، بیع سلاح با وجود فتنه، بیع انگور برای تولید شراب و امثال آن مباح نیست، در حالی که صورت ظاهری عقد با تمام ارکان شرایط او جمع می‌باشند (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۶۵).

پاسخ این دیدگاه: عدم تحقق برخی از مقاصد نکاح که هدف شارع است، دلیل بر عدم جواز آن نیست و فراهم نشدن همه اهداف این عقد، از درستی آن جلوگیری نمی‌کند؛ بلکه آن را مخدوش خواهد کرد، قاعده این است که «ما لایدرک کله لایترک کله» آنچه همه آن به دست نمی‌آید، پس لازم نیست تا همه آن ترک گردد.

به‌عنوان مثال، یکی از مقاصد نکاح بقای نسل است درحالی‌که نکاح با زن نازا و یائسه و مرد عقیم جایز است، هرچند که مقصد شرع که همانا بقای نسل است تأمین نمی‌گردد (قرضاوی، ۱۳۸۹، ص ۳۵۵).

همچنین، عدم جواز عقود مانند عقد سلاح یا عدم کار در هنگام نماز جمعه، به جهت وجود نص خاص است؛ نه به جهت عدم تأمین مقاصد شریعت و برای عدم نکاح بسیار هیچ نصی وجود ندارد.

۳. مخالفت با کتاب الله

حجت دیگر مخالفین استنباط از حکم آیه شریف است: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» (سوره نساء، آیه ۳۴)؛ مردان بر زنان سُلطه دارند و مضافاً این سُلطه ناشی از نفقه‌ای است که به زنان می‌دهند و این سُلطه در ازدواج بسیار وجود ندارد و زن از همسرش در ورود و خروج به منزل اطاعت نمی‌کند و با شوهرش اعتبار قائل نیست که این امر مخالف با کتاب الله است.

پاسخ این دیدگاه: بحث قوام بودن مرد، حکمت ازدواج است، نه علت تا سبب فساد نکاح گردد؛ به‌عنوان مثال اگر مرد فقیری با زن ثروتمندی نکاح کرد و یا مردی در اثر حادثه‌ای دو پای خویش را از دست داد که زن نفقه شوهر را تأمین می‌کرد، نکاح آن‌ها باطل است؟ هرگز چنین نیست.

۴. اهانت به شخصیت زنان

نکاح بسیار سبب می‌شود که به شخصیت و کرامت زنان خدشه وارد شود و زنان از این طریق تبدیل به کالای کم‌قیمت و ابزاری برای بهره‌کشی‌های جنسی شده و مورد ظلم و ستم و استفاده مردان قرار گیرد.

پاسخ به این دیدگاه: شکی نیست که اشباع کردن غریزه جنسی یک نیاز جدی مردان و زنان است؛ درحالی‌که بسیاری از اشخاص توانایی ازدواج با زنان باکره را ندارند و ناگزیر به گناه کشانده شوند و با نکاح بسیار می‌توانند دوری از مفاسد اخلاقی نموده و موجب حفظ کرامت و شخصیت انسانی زن و مرد گردد و خداوند

متعالم زوجین را به منزله لباس برای همدیگر پنداشته و می‌فرماید: «هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ» آنان لباس شما و شما لباس آنان هستید، این مرد وزن مکمل همدیگر هستند و پیامبر ازدواج را نصف ایمان خوانده است (قرضاوی، ۱۳۸۹، ص ۳۵۶).

۵. مخالفت با طبیعت نکاح

ازدواج مسیار با طبیعت نکاحی که در اسلام آمده است مغایر است؛ زیرا که در نکاح مسیار اکثراً آن را از همسر، اقوام و اقارب مخفی نگه داشته و کتمان می‌کنند؛ در حالی که نظر و دستور شارع مقدس به اعلان نکاح است. (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۶۶). حتی فقهای مالکیه گفته‌اند: «اگر بر شاهدان ازدواج شرط کنند که پنهان کاری داشته باشند و مسئله را به کسی نگویند، آن ازدواج باطل است».

پاسخ این دیدگاه: اعلان نکاح یک امر مسنون است و حتی برخی‌ها آن را مستحب می‌دانند، نه واجب و ترک آن در عقد مسیار خللی وارد نمی‌نماید. آنچه از مذهب مالکیه نقل شده است به زمانی برمی‌گردد که به شاهدان هنگام عقد نکاح سفارش شود که موضوع را به کسی نگویند، ولی اگر این سفارش بعد از نکاح رخ دهد به عقد نکاح زیانی نخواهد رساند؛ زیرا که عقد درست انجام شده است (قرضاوی، ۱۳۸۹، ص ۳۶۰).

۶. زمینه‌ساز فساد و ارتکاب محرمات

صاحبان هوا و هوس، افراد ضعیف‌النفسی هستند که زنان را از این طریق بازیچه قرار می‌دهند و یا برخی از خانم‌ها از این طریق مرتکب و وسیله روابط نامشروع و حرام می‌شوند و برای فرار از مجازات در پیشگاه قانون و نهادهای عدلی قضایی استناد به ازدواج مسیار می‌کنند.

یا اینکه بعضی مواقع نکاح مسیار از ابتدا به نیت طلاق صورت می‌گیرد، زیرا که افراد غالباً در مسافرت‌های سیاحتی، تفریحی، تحصیلی، تجاری، مأموریتی و غیره اقدام به ازدواج مسیار می‌کنند و از همان ابتدا قصدشان این است که در پایان سفر، تحصیل، تجارت و مأموریت زوجه را طلاق بدهند که نکاح به نیت طلاق نزد اهل

سنت حرام است (قرضاوی، ۱۳۸۹، ص ۶۸).

پاسخ این دیدگاه: سوءاستفاده افراد ضعیف‌النفس و هوس‌باز و بیماران اخلاقی نمی‌تواند دلیل بر بطلان نکاح مسیار باشد؛ زیرا هر قانون و حکمی ممکن است مورد سوءاستفاده افراد قانون‌گریز قرار گیرد، این قانون‌ستیزی سبب مخالفت با اصل قانون و تعطیل شدن آن نمی‌شود.

همچنین، هرچند برخی از فقها نکاح به نیت طلاق را به ظاهر دائمی و در باطن موقت و شبیه متعه می‌دانند، اما نکاح به نیت طلاق را اکثر فقها صحیح می‌دانند. اگرچه از لحاظ اخلاق ناپسند است و باید گفت که این طور نیست که همه کسانی که نکاح مسیار می‌کنند، قصد طلاق را دارند (نووی، ۱۳۳۴، ج ۲، ص ۲۲۴).

ج) اصحاب توقف

بعضی از علماء‌الازهر و اساتید دانشگاه‌های سعودی، مانند شیخ محمد صالح بن عثیمین و دکتر عمر بن سعود العید در مورد حکم نکاح مسیار توقف و سکوت اختیار کرده و ابراز نظر ننموده‌اند و گفته‌اند که این موضوع نیاز به تحقیق و تدقیق بیشتری دارد (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۶۸).

۶. مقایسه ازدواج مسیار با ازدواج موقت

روشن است که میان ازدواج موقت و مسیار با وجود اندک نقاط اشتراک، افتراقات فراوانی وجود دارد (قرضاوی، ۱۳۸۹، ص ۳۵۸).

۱-۷. افتراقات

از لحاظ انحلال عقد: جدایی زوجه و زوج در ازدواج دائم و مسیار به گونه‌های ذیل صورت می‌گیرد: طلاق، خلع، فسخ، تفریق «متارکه قضایی»، لعان و ایلاء؛ اما جدایی زوجه از زوج در ازدواج موقت به گونه فسخ عقد، بذل مدت و انقضای مدت نیز صورت می‌پذیرد.

• **طلاق:** طلاق یکی از موارد انحلال عقد ازدواج دائم یا مسیار است؛ اما ازدواج

موقت بدون طلاق با انقضای مدت پایان میابد.

• لعان: لعان یکی از موارد انحلال ازدواج مسیار است؛ اما در ازدواج موقت ملاعنه نیست.

• ایلاء: در ازدواج دائم یا مسیار ایلاء وجود دارد برعکس ازدواج موقت (حنیف، ۱۳۹۴، صص ۶۳-۷۰).

از لحاظ زمان: ازدواج مسیار متکی به یک زمان مشخص نیست، بلکه دائمی است؛ اما ازدواج موقت برای یک مدت معین در برابر اجرت مشخص منعقد می‌شود.
از لحاظ میراث: زوجین در ازدواج مسیار از همدیگر میراث می‌برند، درحالی‌که ازدواج موقت مشمول این حکم نیست.

از لحاظ تعدد ازواج: در ازدواج دائم با توجه به آیه ۳ سوره نساء جمع بیش از چهار زن حرام است؛ اما طبق دیدگاه مشهور فقهای امامیه ممنوعیت جمع بیش از چهار زن مخصوص عقد دائم و مسیار است؛ اما در ازدواج موقت هیچ‌گونه محدودیتی نیست.
از لحاظ مهر: به موجب حکم آیه ۴ سوره نساء پرداخت مهریه در نکاح دائم و مسیار جزء آثار عقد بوده و زن می‌تواند کل یا قسمتی از مهریه را برای شوهر خود بخشش نماید؛ درحالی‌که پرداخت مهر در ازدواج موقت از جمله ارکان عقد ازدواج محسوب می‌گردد.

۷-۲. اشتراکات

از جمله نقاط اشتراک میان نکاح موقت و مسیار می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود.
در خصوص اشتراکات ازدواج مسیار و موقت می‌توان به عدم تأمین نفقه، عدم تأمین مسکن و عدم اخذ اجازه زوجه از زوج در بیرون شدن از منزل اشاره نمود.
قابل ذکر است که میان ازدواج عرفی و مسیار رابطه عموم و خصوص من وجه است، ازدواج عرفی همان ازدواج شرعی ثبت نشده و غیررسمی است که بدان ازدواج عادی گویند؛ اما ازدواج مسیار، گاهی ثبت نمی‌شود که عرفی محسوب گردیده و اگر ثبت شود، رسمی تلقی می‌شود.

نتیجه گیری

ازدواج بسیار عقدی است که با ارکان و شرایط ازدواج دائم حق تمتع جنسی زن و مرد را از همدیگر مشروع می گرداند، هرچند مورد اختلاف اندکی از فقها است، ولی درواقع همان نکاح دائم است که تمام ارکان و شرایط نکاح دائم را دارد، نه تنها که دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد، بلکه علاوه بر اصل حلیت، اصل اباحه، اصل آزادی اراده زوجین، عموم و اطلاقات آیات، روایات، استنباط از مواد قانونی و دیدگاه اکثر فقها مبتنی بر صحت آن است، هرچند که شباهت های ظاهری اندکی با نکاح موقت دارد.

اسقاط حقوق زوجیت در نکاح بسیار غالباً با شرط ضمن عقد و به صورت شرط فعل نه شرط نتیجه، عدم مطالبه حق است، نه ترک تکلیف که هیچ مشکلی در نکاح بسیار ایجاد نمی کند؛ زیرا آنچه منافی شرع است، اسقاط تکلیف است، نه اسقاط حق. شرط تنازل برخی از حقوق زوجیت مانند گذشتن یا بخشیدن نفقه، مسکن و قسم، هرگز مخالف مقتضای عقد نکاح نیست.

به نظر می رسد به موجب اصل حلیت، اصل اباحه، قاعده تسلیط، اطلاق و عمومات آیات پیرامون ازدواج، ماده ۶۰ قانون مدنی افغانستان و اینکه هیچ دلیلی بر منع و یا حرمت آن نیست و رعایت موازین ارکان، شرایط و آثار آن با نکاح دائم، نکاح بسیار صحیح و جایز است.

فهرست منابع و مآخذ

قرآن کریم

۱. ابن قدامه، ابی محمد بن احمد بن محمد، (بی تا)، المغنی، ج ۷، دار الکتب العربی.
۲. اسامه، عمر سلیمان اشقر، (۱۴۲۵)، مستجدات فقهیه، دار النفائس، اردن، چاپ دوم.
۳. الراغب الاصفهانی، ابی القاسم الحسین بن محمد مفضل، (۱۴۰۴)، المفردات فی غریب القرآن، نشر الکتاب، چاپ دوم.
۴. الشیخ عبدالملک، بن یوسف بن محمد المطلق، (بی تا)، حکم زواج المسیار، ریاض: دار ابن لبون.
۵. ابن الحجر العسقلانی، الامام الحافظ شهاب الدین، (بی تا)، فتح الباری، شرح صحیح البخاری، ج ۴، بیروت: دار المعرفة.
۶. بیگدلی، محرم علی، (۱۳۸۹)، ازدواج مسیار و ازدواج موقت، تهران: فردوسی، چاپ اول.
۷. بخاری، ابو عبدالله محمد بن اسماعیل، (بی تا)، صحیح البخاری، انتشارات حقانی.
۸. تمیمی، احمد، نکاح المسیار، (۱۴۱۸)، مجله الاسرة، شماره ۴۶، هلند.
۹. پاک نیت، ربابه، (۱۳۹۳)، بررسی تطبیقی نکاح موقت و مسیار در اهل سنت، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه پیام نور.
۱۰. حنیف، حفیظ الله، (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی ازدواج موقت و مسیار، پایان نامه دوره لیسانس، هرات: پوهنځی حقوق و علوم سیاسی.
۱۱. حیاتی، علی عباس، (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، چاپ ششم.
۱۲. شاطبی، ابراهیم، (بی تا)، الموافقات فی اصول الشریعه، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۳. کاسانی، ابوبکر بن مسعود، (۱۴۲۴)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۴، بیروت: دار الکتب العلمیه.

۱۴. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، (۱۳۸۷)، الفروع من الکافی، ج ۲، تهران: دار الکتب الاسلامی، چاپ ششم.
۱۵. قانون احوال شخصیه افغانستان، مصوب ۱۳۸۸.
۱۶. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵.
۱۷. قرضاوی، یوسف، (۱۳۸۹)، دیدگاه‌های فقهی معاصر، ج ۴، ترجمه احمد نعمتی، تهران: احسان.
۱۸. مسلم بن الحجاج، ابی الحسین، (۱۳۹۷)، الصحيح المسلم مع شرح الكامل اللنووی، ج ۱، قندهار: نشر صداقت.
۱۹. معین، محمد، (۱۳۸۸)، فرهنگ فارسی معین، تهران: انتشارات ذهن آویز، چاپ سوم.
۲۰. هیئت ناروی برای مهاجرین، (N.R.C)، (۱۳۹۲)، رهنمای حقوق خانواده در افغانستان، کابل: نشر گرافیک برتر.
۲۱. یحیی بن ابی الخیر بن سالم، (بی تا)، البیان فی مذهب الامام الشافعی، ج ۹، دار المنهاج.