

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عدالت

ماهنامه تخصصی - حقوقی، سال بیست و سوم / شماره مسلسل ۲۲۰ / جوزا ۱۴۰۰

هیأت تحریر:

- ♦ قانون پوه محمد اشرف رسولی؛
- ♦ دکتور عید محمد احمدی؛
- ♦ دکتور محمد یوسف نیازی؛
- ♦ دکتور محمد تقی مناقبی؛
- ♦ پوهاند دکتور فضل رحیم بصیرت؛
- ♦ دکتور غلام حضرت برهانی؛
- ♦ دکتور سید جواد سجادی؛
- ♦ قانون مل محمد رحیم دقیق؛
- ♦ دکتور عبدالحسین رسولی؛
- ♦ دکتور مفتی محمد ولی حنیف؛
- ♦ حلیم سروش؛
- ♦ قانون یار عزت الله جویا.

صاحب امتیاز

وزارت عدلیه د. ج. ا. ا.

مدیر مسوول

حلیم سروش (آمر جریده رسمی و
مجله عدالت)

ویراستار

عبدالقیوم قیومی

دیزاین جلد

مرتضی کیمیل و کیلیان

امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

تیراژ چاپ: (۵۰۰) نسخه

قیمت این شماره (۶۷.۲) افغانی

ویب سایت: www.moj.gov.af

نشانی: ناحیه ششم، افشار دارالامان، سرک شهرک امید سبز، وزارت عدلیه، ریاست نشرات، مدیریت مجله عدالت

چاپ: مطبعه الهام نبی زاده

یادآوری به نویسندگان

- ۱) مقاله ارسالی کمتر از ۱۰ صفحه و بیشتر از ۲۵ صفحه تایپ شده A4 نباشد.
- ۲) اندازه قلم یا خط مقاله باید با فونت‌های فارسی دری، بین ۱۶-۱۴ باشد نه کوچک‌تر از آن.
- ۳) مقاله باید دارای چکیده، واژگان کلیدی، مقدمه، بدنه یا متن مقاله شامل (بحث و نتیجه‌گیری نهایی) و فهرست منابع باشد.
- ۴) چکیده باید به‌گونه‌ای نوشته شود که محتوای مقاله را به‌اختصار بیان کند.
- ۵) چکیده فارسی یا پشتوی مقاله (حداکثر ۱۵۰ کلمه) و واژگان کلیدی بین سه تا هفت واژه در اول مقاله آورده شود.
- ۶) ساختار بندنه مقاله باید با روش عددی تنظیم گردد و ارجاع‌دهی مقاله نیز در حدامکان درون‌متنی باشد.
- ۷) توضیحات و ارجاع به منابع در ارجاع‌دهی بیرون‌متنی و فهرست منابع مقاله به‌قرار ذیل آورده شود:
 - a. کتاب: نام و نام خانوادگی نویسنده/ نویسندگان، نام کتاب، نام مترجم، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار و شماره صفحه.
 - b. مقاله: نام و نام خانوادگی نویسنده، «عنوان مقاله در داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد و شماره صفحه.
 - c. سایت اینترنتی: نام و نام خانوادگی نویسنده، (تاریخ دریافت مطلب (از سایت)، «عنوان مطلب در داخل گیومه»، نام سایت اینترنتی و بالاخره آدرس کامل سند در سایت مزبور.
 - d. در صورت ارجاع‌دهی بیرون‌متنی نکات ذیل نیز رعایت گردد:
 - e. هرگاه به منبعی اشاره شود که قبلاً معرفی شده و تفاوتی حتا در صفحه مورداستفاده نداشته باشد، کلمه «همان» (یا در انگلیسی Ibid) آورده شود.
 - f. در صورتی که صفحه مورداستفاده تفاوت داشته باشد؛ کلمه «پیشین» (در انگلیسی op.cet) و صفحه مورداستفاده آورده شود.
- ۸) معادل لاتین نام‌های خارجی و اصطلاحات مورداستفاده در نوشته در پایین صفحه آورده شود.
- ۹) هرگاه مقاله ارسالی ترجمه باشد، نام نویسنده و منبع موردنظر ضروری است.
- ۱۰) نویسنده باید نام کامل، عنوان یا رتبه علمی‌اش را، همراه با نشانی دسترسی به وی، مثل شماره تلفن و یا آدرس ایمیل و غیره را با مقاله بفرستد.
- ۱۱) مسوولیت آرای نویسندگان به دوش خود آن‌ها می‌باشد.
- ۱۲) مجله در ویرایش مقاله آزاد است.
- ۱۳) مطالب ارسال شده پس فرستاده نمی‌شود.
- ۱۴) مقاله ارسالی نباید قبلاً در مجله یا سایت اینترنتی دیگری نشر شده باشد.

فهرست

مقاله‌ها

- ۴ ← عیوب اراده در عقود از منظر حقوق افغانستان ❖ محمدعلی امینی
- ۲۹ ← ضرورت تدوین قانون حمایت از خانواده در نظام حقوقی افغانستان ❖ سید احمد حسینی حنیف
- ۶۷ ← دفاع مشروع و جایگاه دفاع پیشگیرانه در حقوق بین الملل کیفری ❖ دکتر ذاکر حسین رضایی
- ۸۹ ← عوامل ناکارآمدی ساختار نظارت رسمی در پیشگیری از فساد... ❖ محمد ابراهیم مصون
- ۱۱۹ ← مطالعه تطبیقی در مورد علم قاضی ❖ خیرنوال دکتور غلام حضرت برهانی

گزارش‌ها

- ۱۵۴ ← تعهد دفتر همکاری‌های انکشافی آلمان بر دوام همکاری با افغانستان
- ۱۵۷ ← ریسان ۱۳ ریاست مرکزی وزارت عدلیه معرفی شده و به کارشان آغاز کردند
- ۱۶۰ ← فعالیت پوهنتون‌های بین‌المللی در کشور قانونی می‌شود
- ۱۶۲ ← دسترسی افغان‌ها به خدمات با کیفیت عدلی به تمام ولایات گسترش می‌یابد

عیوب اراده در عقود از منظر حقوق افغانستان

محمدعلی امینی^۱

چکیده

قوام و اثر بخشی عقود و قراردادها وابسته به اراده طرفین عقد است و بدون آن یا عقدی منعقد نمی گردد و یا معیوب می باشد. در برخی موارد، عواملی به وجود می آیند که سبب معیوب شدن اراده انجام دهنده عقد می گردند که از آنها به عیوب اراده یاد می کنند. سوال این است که عیوب اراده در حقوق افغانستان کدامها اند و چه آثار و پیامدهای حقوقی دارند؟ از بررسی مواد قانون مدنی افغانستان بدست می آید که «اکراه»، «اشتباه» و «تدلیس» از موارد عیوب اراده و رضا اند. هرچند قانونگذار میان عیوب اراده و عیوب رضا تفکیک قایل نشده، در حالی که برخی از این موارد مربوط به عیوب اراده بوده منجر به بطلان عقد می گردد و برخی دیگر مربوط به عیوب رضا بوده حق فسخ ایجاد می نماید.

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی

واژگان کلیدی: عقد، اراده، عیوب اراده، اکراه، اشتباه، و تدلیس.

مقدمه

عقود و قراردادها از کارآمدترین و پرکاربردترین بخش حقوق مدنی است؛ زیرا انسان در زندگی خود به ضرورت زندگی اجتماعی، پیمودن زندگیش وابسته به قراردادها می باشد. در هر روز معاملاتی انجام می گیرد و انسان، قراردادی را با دیگری می بندد. این قراردادها زمانی مورد احترام و دارای آثار حقوقی است که مسیر موازین حقوقی را پیموده و اعتبار قانونی به خود گرفته باشد.

برای ایجاد و اثر بخشی عقود و قراردادها، شرایط و اسبابی لازم است که بدون تحقق و وجود آنها، عقد و قرارداد یا موجود نمی گردد و یا حد اقل دارای نقص و عیب خواهد بود.

وجود اراده که طبق قانون مدنی افغانستان مرکب از رضایت و قصد است، از مهم ترین شرایط و در واقع از ارکان اصلی قراردادها است؛ چرا که هر عمل حقوقی و از آن جمله عقود و قراردادها به اراده آزاد انسانی وابسته است و به تعبیر حقوقدانان، وجود «قصد» سبب ایجاد قراردادها و وجود «رضا» سبب تأثیر آن تلقی می گردد.^۱

رضایت و قصد در صورتی که دارای شرایط طبیعی و قانونی خود باشند نقش خود را با وجود سایر ارکان و شرایط، به خوبی ایفا می کنند و موجب صحت و تأثیر قراردادها خواهند بود. اما همواره اینگونه نیست که قصد و رضای مورد نظر، دارای اعتبار و بدون نقص و عیب باشد، بلکه ممکن است برخی عوامل سبب معیوب شدن و یا بی اعتباری آنها گردد که از آن به عیوب اراده تعبیر می کنند و عمل حقوقی قرارداد نیز تحت تأثیر آن قرار می گیرد.

قبل از پرداختن به عیوب اراده و اموری که موجب اخلال عقد می گردد که در قانون مدنی به نام «عیوب رضا» از آن یاد شده است، ذکر این نکته نیز لازم است که در انعقاد قرارداد و

^۱ حسن ره پیک، حقوق مدنی، حقوق قراردادها، تهران: انتشارات خرسندی، چ دوم، ۱۳۸۷، ص ۷۴.

عقود، دو جنبه کاملاً مورد توجه قانونگذاران است: یکی توجه به مصلحت اجتماعی قرارداد که اقتضاء دارد قانونگذار جهت استحکام قراردادها مواردی را که سبب خلل پذیری قرارداد می گردد محدود نموده اصل را بر سلامتی و استواری قراردادها بگذارد. و دیگری توجه به سلامت و آزادی اراده افراد که اقتضاء دارد قانونگذار در مواردی که اراده متعاملین معیوب و معلول می گردد، ضمانت اجرایی در نظر بگیرد. جمع بین این دو قانونگذار را وا داشته است تا در مواردی که معیوب شدن اراده جدی و اساسی نیست اصل را بر صحت و پایداری عقد قرار داده، عیب موجود را مؤثر در عقد نداند ولی در مواردی که عیب و خلل موجود مهم و غیر قابل اغماض باشد، آن را موجب بطلان عقد یا قابل فسخ اعلام نماید.

قانونگذار افغانستان سه مورد را سبب معیوب شدن اراده دانسته و همه را تحت عنوان «عیوب رضا» آورده است؛ ولی باید توجه داشت که چنانچه بیان می شود، وجود اراده طبق قانون افغانستان مرکب از قصد و رضا هر دو می باشد و موارد عیوب اراده برخی بر روی رضا اثر گذاشته آن را معیوب می سازد و برخی دیگر قصد را هدف قرار داده از تأثیر اراده در تشکیل عقد جلوگیری می کند. به هر صورت این عدم تفکیک ناشی از تقلید قانونگذار ما از قانون مدنی فرانسه بوده است که قانونگذار آن کشور به علت عدم تفکیک رضایت و قصد، با تعبیر کلی عیوب رضا، از آن بحث نموده است. به هر حال مواد ۵۸۷-۵۵۱ ق.م. به بررسی «اکراه»، «اشتباه» و «فریب و غبن» به عنوان مصادیق عیوب اراده اختصاص یافته است که هر کدام جداگانه بررسی می گردد. پیش از آن مفهوم «اراده»، «قصد و رضایت» و «عیوب اراده»، مختصر توضیح داده می شود.

گفتار اول: توضیح مفاهیم

الف) مفهوم اراده

اراده در لغت به معنای خواستن، خواست، میل، قصد، تصمیم و گرایش آمده است.^۱ در اصطلاح نیز از معانی لغوی خود دور نمانده و به «نیروی پدید آورنده عقد» و «حرکت نفس به طرف کاری معین پس از تصور و تصدیق آن»^۲ تعریف شده است.

اراده رکن اصلی هر عقدی محسوب می شود. اما در این که اراده چیست و نحوه تشکیل آن چگونه است، اختلاف‌هایی میان حقوقدانان و قوانین کشورها به چشم می خورد. در برخی دیدگاه‌ها اراده یک امر بسیطی معرفی گردیده که صرفاً دارای یک جزء (رضا) می باشد ولی در دیدگاه دیگر اراده امر مرکبی است که از «رضا و قصد» تشکیل گردیده است. قانون مدنی افغانستان از دیدگاه دوم پیروی نموده و اراده را مرکب از رضا و قصد دانسته است. (ماده ۵۰۵ به رضائیت عاقد و بند ۲ ماده ۵۰۶ به قصد انشاء اشاره نموده است).

ب) مفاهیم رضایت و قصد

وجود اراده مرکب از رضایت و قصد است. رضا یعنی میل و رغبت باطنی به انجام یک کار. رضا یک امر درونی و ذهنی است.^۳ اما قصد عبارت از اراده انشاء یا مرحله اجرای تصمیم است.

برای این که حقیقت «وجود اراده» و همین طور مراحل مختلف رضا و قصد به خوبی روشن گردد، مراحل مختلفی را که معامله کننده و طرف قرارداد، برای اثبات وجود اراده، مثلاً خرید یک خانه، طی می کند مرور می کنیم.

^۱ محمد معین، فرهنگ معین، ج ۱، ص ۱۸۷.

^۲ سعید محسنی، اشتباه در شخص طرف قرارداد (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)، تهران: دانشگاه امام صادق،

چ اول، ۱۳۹۰، ص ۱۵۴.

^۳ وهبه الزهیلی، الفقه الاسلامیه و ادلته، ج ۴، ص ۳۰۶۳.

۱ - مرحله تصور یا خطوط: انجام یک قرارداد بدون تصور موضوع آن و مجسم ساختن همه ارکان و نتایج معامله امکان ندارد؛ چرا که بدون آگاهی، خواستی نمی‌روید. در این مرحله ابتدا تصویر داشتن یک خانه در ذهن خریدار نقش می‌بندد و قیمتی را که باید بپردازد، تصور می‌کند.

۲ - مرحله سنجش و تصدیق: در این مرحله خریدار به ارزیابی تصورات خود می‌پردازد و تصورات رنگارنگی را که در ذهن نقش بسته‌اند، مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌دهد و با برگزیدن یکی، فایده مند بودن آن را تصدیق می‌کند.

۳ - مرحله تصمیم‌گیری: در این مرحله خریدار آنچه را تصدیق نموده است، تصمیم به انجام آن می‌گیرد و نیروی وی جهت انجام یک عمل حقوقی به حرکت می‌آید.

این سه مرحله را که از تصور شروع و به مرحله تصمیم ختم می‌شوند «رضا» می‌گویند و رضا مراحلی است که هنوز اعلام نشده و امور ذهنی و باطنی است. در این مراحل صرفاً یک رضایت و آمادگی روانی برای ایجاد قرارداد در طرف عقد می‌باشد.

۴ - مرحله اجرای تصمیم: در این مرحله خریدار، تصمیمش را عملی می‌سازد و آنچه را مصمم بوده است به فعلیت می‌رساند. این مرحله را مرحله «قصد» یا «قصد انشاء» می‌نامند.

در نتیجه، در وجود اراده، همانطوری که رضا یعنی تصور، تصدیق و تصمیم‌گیری به انجام یک عمل حقوقی لازم است، قصد یا اجرای آن تصمیم نیز لازم است.^۱

^۱ برای توضیح بیشتر ر.ک: مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، صص ۱۳۱-۱۲۹، ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، صص ۲۱۵-۲۱۲، و سعید محسنی، پیشین، صص ۱۷۳-۱۴۵.

ج) مفهوم عیوب اراده

با توجه به آنچه بیان شد که اراده دارای دو جزء: رضایت و قصد است، عیوب اراده: اموری است که بر اوضاع و احوال خاص دلالت می کند و موجب بی اعتباری یا کم اعتباری قصد و رضا و به تبع آن عقد و قرارداد می گردد.^۱ طبق یک تقسیم کلی، اکراه و تدلیس مربوط به عیوب رضا بوده موجب فساد و کم اعتباری قرارداد می گردد ولی اشتباه در برخی موارد موجب فساد عقد و در برخی موارد دیگر، بطلان و بی اعتباری قرارداد را سبب می گردد.

گفتار دوم: موارد عیوب اراده

الف) اکراه

اکراه در لغت به معنای ناپسند داشتن، فشار، زور، بی میل، نفرت^۲ و وا داشتن به چیزی است که خوش ندارد. در اصطلاح حقوقی عبارت از فشار مادی یا معنوی نامشروعی است که به وسیله کسی به طرف معامله وارد گردد تا وی را وادار به انجام عمل نماید. یا «فشار غیر عادی و نامشروعی است که به منظور وادار ساختن شخص بر انشاء عمل حقوقی معین بر او وارد می شود».^۳ ماده ۵۵۱ ق.م نیز اکراه را تعریف می کند به «مجبور گردانیدن شخص، بدون حق، به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد خواه اکراه مادی یا معنوی باشد». اکراه مادی اکراهی است که به وسیله ضرب و جرح جسمی صورت گیرد و اکراه معنوی فشاری است که روح و روان طرف را بیازارد مانند تهدید به افشای اسرار زندگی.

^۱ سعید محسنی، پیشین، ص ۱۵۴.

^۲ علی اکبر دهخدا، لغتنامه دهخدا، واژه اکراه.

^۳ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ص ۴۹۵.

۱- انواع اکراه

اکراه به دو دسته تام و ناقص تقسیم می گردد

۱-۱- اکراه تام: طبق ماده ۵۵۳ ق.م «اکراه تام عبارت است از تهدید به خطر فاحش جسمی یا مالی». که قدرت و اختیار شخص را فاسد گرداند. مانند تهدید به کشتن و بریدن. این نوع اکراه «رضا را از بین برده اختیار را فاسد می گرداند» به این معنی که همان طوری که قبلاً بیان شد رضا عبارت از مراحل تصور، تصدیق و تصمیم گیری بود، در اکراه تام شخص اکراه شده چنین مرحله‌ای را طی نمی کند. هم چنین قصد یا همان مرحله اجرای تصمیم نیز فاسد و معیوب می گردد، به این معنی که میزان تهدید تا حدی است که سلب کلی قصد انشاء از اکراه شونده نمی گردد بلکه صرفاً عیب و خللی در آن ایجاد گردد، چرا که اگر قصد و اختیار کاملاً سلب گردد، عقد باطل بوده و شخص را مجبور می گویند نه مُکْرَه. ولی در اکراه چنان که حکمش توضیح داده می شود، عقد باطل نمی گردد بلکه فاسد می شود که اکراه شونده حق خیار فسخ را دارد.

با توجه به این توضیح، اشتباه قانونگذار نیز در تعریف اکراه روشن می گردد که اکراه را به اجبار و «مجبور گردانیدن» تعبیر نموده است، در حالی که اکراه و اجبار متفاوت اند؛ زیرا در اجبار سلب کلی از قصد انشاء است و «مجبور» هیچ اختیاری در انجام آن ندارد، و چون قصد منوط به وجود اختیار است، بالطبع امر اجباری، فاقد قصد است، به عنوان مثال فردی را به زور فیزیکی مجبور می کند که قراردادی از پیش تنظیم شده را امضاء نماید یا به اجبار انگشت او را گرفته و پای سندی می زنند. در حالی که در اکراه صرفاً رضایت نیست اما با اراده انشایی خود رابطه حقوقی را ایجاد می نماید، و قانون هم در ماده ۵۵۳ تصریح می دارد که در اکراه تام و ناقص رضایت وجود ندارد، ولی قصد و اختیار وجود دارد هرچند ناقص و فاسد است و یا هم ممکن است سالم باشد، که در اکراه تام، قصد، فاسد است و در اکراه ناقص قصد سالم می باشد. بنابراین، اکراه غیر از اجبار است و نباید این دو را همانند فرض نمود.

۲-۱- **اکراه ناقص**: اکراه ناقص عبارت است از تهدید به خطر غیر فاحش که رضا (یعنی همان مراحل تصور، تصدیق و تصمیم گیری) را از بین برده، ولی اختیار (قصد) را فاسد نمی گرداند.^۱

۲- شرایط اکراه

برای تحقق اکراه شرایط ذیل لازم است.

۲-۱- **عمل تهدید آمیز**: تحقق اکراه بستگی دارد به این که گفتار یا رفتار تهدید آمیز و هراس انگیز از جانب تهدید کننده نسبت به طرف قرارداد سر زند تا به رضا و تصمیم او بتازد و فضای عادی را برهم زند و وی را وادار به تشکیل معامله با حالت ناخوشایند نماید. پس اگر عمل تهدید آمیزی انجام نشده است، صرف خوف و ترس از کسی، موجب تحقق اکراه نمی گردد،^۲ مثل این که مالک خانه در برابر تقاضای اجاره دادن خانه که از سوی شخص شروری مطرح می شود، از عکس العمل نامساعد وی در برابر رد تقاضای مذکور بترسد و تحت تأثیر این ترس خانه را به او اجاره دهد، اکراه تحقق نمی یابد^۳ و یا اگر عملی همراه با خواهش و تمنا باشد اکراه صدق نمی کند. عمل تهدید آمیز ممکن است مستقیماً مربوط به جان، مال و آبروی اکراه شونده باشد مثل این که شخصی، دیگری را تهدید کند که اگر خانه اش را به او نفروشد، پذیرای شکنجه باشد، یا به مرگ تهدید گردد، یا تهدید گردد که خانه اش نابود خواهد شد یا آبرویش خواهد رفت و یا ممکن است تهدید و خطر مستقیماً متوجه والدین، همسر یا سایر محارم شخص بوده و طور غیر مستقیم متوجه خود شخص باشد، در هر دو صورت اکراه تحقق خواهد یافت. ماده ۵۵۵ ق.م.تصریح می کند: «تهدید به رسانیدن ضرر به والدین، همسر یا محارم شخص و یا تهدید به خطری که منافی حیثیت باشد، اکراه پنداشته شد، محکمه می

^۱ قانون مدنی، ماده ۵۵۳.

^۲ عبدالحسین شیروی، حقوق قراردادها، تهران: سمت، چ اول، ۱۳۹۶، ص ۶۲.

^۳ مهدی شهیدی، پیشین، ص ۱۷۶.

تواند با در نظر داشت حالات و کویف تهدید را ارزیابی نماید». طبق این ماده، هر نوع تهدیدی که بستگان شخص را متوجه گردد، موجب تحقق اکراه است اعم از این که جانی، مالی و یا عرضی باشد.

۲-۲- توانایی بر اجرای تهدید: شرط دوم این است که تهدید کننده قدرت و توانایی بر اجرای تهدید را داشته باشد و بتواند آنچه را با گفتار و رفتار تهدید آمیز بیان داشته عملی سازد. ماده ۵۵۷ ق.م بیان می دارد که: «اکراهی که رضا را از بین می برد وقتی اعتبار دارد که شخص تهدید کننده به اجرای عمل قادر بوده...». پس اگر تهدید کننده طرف را به چیزی تهدید نماید که قدرت بر انجام آن ندارد و در عین حال طرف بخاطر این تهدید معامله مورد نظر را انجام دهد، مثل این که پسر بچه‌ای، جوانی را تهدید نموده بگوید اگر فلان کار را نکشی ترا خواهم کشت، معامله صحیح بوده و شخص تهدید شده مُکَرَّه محسوب نمی گردد.

نکته دیگر در این مورد این که ممکن است در برخی موارد، طرف عقد شخصا اقدام به عمل اکراهی نکند، بلکه شخص دیگر و گماشته خود را برای این منظور استفاده نماید که در این صورت نیز هرگاه آن شخص توانایی انجام عمل اکراهی را داشته باشد، اکراه تحقق می یابد.^۱

۲-۳- هراس تهدید شونده: صرفاً عمل تهدید آمیز و توانایی تهدید کننده برای تحقق اکراه کافی نیست، بلکه اکراه در صورتی تحقق می یابد که تهدید در اراده تهدید شونده تأثیر نهد، هراسی در قلب وی ایجاد نماید و تعادل روانی وی را به لرزش کشاند تا در نتیجه فشار تهدید اقدام به تشکیل قرارداد نماید. پس اگر شخص تهدید شده نترس باشد، یا تهدید را جدی نگیرد یا توانایی دفع آن را بدون سختی داشته باشد و یا بداند که تهدید کننده توانایی انجام مورد تهدید

^۱ عبدالحسین شیروی، پیشین، ص ۶۴.

را ندارد، اکراه نیز تحقق نمی‌یابد.^۱ ماده ۵۵۷ تصریح می‌کند که «شخص تهدید شده وقوع اکراه را در صورت عدم اجرای موضوع تهدید به گمان غالب حتمی پندارد». پس اگر تهدید، هراسی در تهدید شده ایجاد ننموده و شخص تهدید شده هیچ موجی بر دل نیفکند و حالت عادی ذهنی و روانی وی نتکاند، اکراه محقق نمی‌گردد و اگر در چنین حالتی و بدور از ترس عقدی را منعقد کند به طوری که اگر اکراه نبود باز هم حاضر به بستن قرارداد بود، چنین عقدی خالی از عیب بوده و عقد منعقد شده صحیح می‌باشد.

البته ذکر این نکته لازم است که ایستادگی و مقاومت افراد در برابر تهدیدها همواره یکسان نیست، یک فرایند هراس انگیز ممکن است شخصی را دچار آشفتگی و هراس نماید به طوری که شمارش شب و روز را فراموش کند؛ ولی همان فرایند در برابر شخص دیگری همچون نسیم ملایمی باشد که توان تکان یک برگ زندگی وی را هم نداشته باشد. به همین دلیل است که در کارایی اکراه نباید وضع جسمی، روحی و روانی تهدید شونده را نادیده گرفت. چه بسا صاحب خانه‌ای، پیر زنی را که مستأجر اوست تهدید به اخراج از خانه نموده و بدین طریق مبلغی را از او قرض بگیرد، در حالی که چنین تهدیدی نسبت به شخص جوان دیگری هیچ تأثیری نداشته باشد. یا تهدیدی که از سوی یک شخص شرور و دارای سابقه سوء انجام می‌گیرد، در بسیاری از مردم مؤثر باشد، ولی در شخص جنایت کار و شرور دیگری که دارای سوابق سوء بیشتر و شخصیت مجرمانه و خطرناک‌تری است، بی تأثیر باشد.^۲ بر این اساس است که ماده ۵۵۶ ق.م.د در باره وضعیت روحی و جسمی تهدید شونده دارد که: «اکراه نظر به اشخاص، سن، حالت اجتماعی، اوصاف و اندازه تأثیر آن، من حیث شدت و خفت نوع تهدید، فرق می‌کند». و در ماده ۵۵۷ ق.م.د می‌افزاید اکراه وقتی اعتبار دارد که: «... شخص تهدید شده

^۱ همان.

^۲ مهدی شهیدی، پیشین، ص ۱۷۷.

وقوع اکراه را در صورت عدم اجرای موضوع تهدید به گمان غالب حتمی پندارد». طبق این ماده، ملاک تشخیص تأثیر اکراه، «گمان غالب حتمی» تهدید شونده می باشد.

۴-۲- نامشروع بودن تهدید: تهدید باید نامشروع و به تعبیر قانون مدنی در ماده ۵۵۱ «بدون حق» باشد. به تعبیر دیگر دلخواهانه باشد نه به حکم قانون. پس اگر طلبکار بدهکار خود را به شکایت از وی نزد محکمه تهدید نموده و بدین وسیله او را وادار کند که خانه اش را به رهن (ضمانت) طلبکار بدهد؛ یا اگر محکوم له (کسی که به نفعش حکم شده) محکوم علیه را تهدید کند که اگر محکوم به را نپردازد علیه او اجرائیه صادر خواهد کرد، اکراه تحقق نیافته، عقد صحیح خواهد بود.

۳- اثر اکراه

قراردادی که بر اثر اکراه به وجود آمده طبق ماده ۵۵۸ ق.م.صیحیح نمی باشد «هرگاه وقوع یکی از انواع اکراه در ابرام عقد ثابت گردد، عقد صحیح نمی باشد». طبق این ماده اثر اکراه «صحیح نبودن عقد» است. اما چنانچه در تقسیمات عقود در قانون مدنی آمده است، عقد از نظر صحت و عدم صحت به صحیح، فاسد و باطل تقسیم می گردد.

عقد صحیح عقدی است که ارکان و شرایط عقد کامل باشد. به تعبیر ماده ۶۹۰ قانون مدنی عقدی است که اصلاً (ذاتاً) و وصفاً (شرایط) مشروع باشد. «عقد صحیح که با انعقاد آن آثاری از قبیل احکام و حقوق مرتب می گردد، عقدی است که ذاتاً و وصفاً مشروع بوده، صیغه آن در مورد شی ای که قابلیت حکم آن را داشته و از شخص صاحب اهلیت صادر گردیده باشد، همچنان اوصاف آن صحیح و عاری از خلل بوده و مقرون به شرط فاسد کننده عقد نباشد». عقد باطل عقدی است که اصلاً و وصفاً نامشروع باشد. ماده ۶۱۳ قانون مدنی بیان می دارد: «عقد باطل عقدی است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد». مثل این که یکی از عاقدین فاقد اهلیت بوده یا مال مورد معامله (معقود علیه) متقوم نباشد. عقد فاسد عقدی است که

به تعبیر ماده ۶۲۰ قانون مدنی: «اصلا مشروع و وصفا غیر مشروع باشد». به این معنی که ارکان عقد کامل و تام باشد ولی عقد دارای صفتی باشد که قانونا منهی عنه قرار گرفته است.^۱

فایده تقسیم عقد به صحیح، باطل و فاسد این است که عقد صحیح منجر به ایجاد اثر و نتیجه حقوقی ای مقتضی گردیده و دارای آثار حقوقی است که قاعدتا از زمان تشکیل عقد پدید می آید؛ مانند انتقال مالکیت در عقد بیع که ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع محقق می گردد. عقد باطل دارای هیچ اثر حقوقی ناشی از قرارداد نمی باشد و گویا این که از آغاز عقدی برگزار نگردیده باشد؛^۲ اما عقد فاسد که اصلا مشروع بود و صرفا خللی در اوصاف آن وجود داشت فقط در صورتی می تواند ملکیت معقود علیه را افاده نموده صحیح گردد که قبض به رضایت مالک صورت گیرد.^۳

با توجه به توضیحات فوق، سوال این است که عقد اکراهی اگر صحیح نباشد یا باطل است یا فاسد، در اینجا^۴ منظور از عدم صحت، کدام یکی می باشد؟. قانونگذار در ماده ۵۶۰ ق.م. توضیح می دهد که منظور از عدم صحت، فساد عقد است نه بطلان آن و عقد اکراهی عقد فاسد است نه عقد باطل. «عقد شخص تهدید شده، به صورت فاسد منعقد می گردد، هرگاه بعد از رفع تهدید شخص تهدید شده طور صریح یا ضمنی به آن اجازه دهد، عقد صحیح می گردد». به این معنی که عقد اکراهی عقد فاسد است و عقد فاسد قابل اصلاح و تصحیح بوده، همچون مریضی است که قابل درمان می باشد که اگر پس از زوال اکراه، اکراه شده عقد را اجازه داد معامله صحیح و کامل بوده و دارای آثار قانونی خواهد بود؛ اگر نخواست می تواند از خیار فسخ استفاده نموده، عقد را فسخ نماید.

^۱ برای توضیح بیشتر احکام عقد صحیح، فاسد و باطل رک: قانون مدنی، مواد ۶۳۶-۶۱۳ و مواد ۶۹۸=۶۹۰.

^۲ قانون مدنی، ماده ۶۱۴: «عقد باطل اصلا منعقد نگردیده و افاده حکمی را نمی نماید، گرچه قبض صورت گرفته باشد»

^۳ همان، ماده ۶۲۱.

^۴ همان، ماده ۵۵۸.

ب) اشتباه (غلطی)

دومین مورد از عیوب اراده، «اشتباه» یا به تعبیر قانون «غلطی» است. در زبان عربی بیشتر از اصطلاح «غلط» یا «غلطی» بهره می‌گیرند و در زبان فارسی «اشتباه» معروف است. اصطلاح غلط زیاد تر در معنای اشتباه در فکر و منطق به کار می‌رود و در مقابل اصطلاح «صواب» قرار دارد و برخی هم با عبارت «أخطأ وجه الصواب»^۱ خواسته‌اند این کلمه را معنا کنند. از این رو «غلط» با «اشتباه» فرقی ندارند و معادل هم‌اند.

اشتباه را حقوقدانان تعاریف مختلفی ارائه نموده‌اند. برخی اشتباه را «تصور نادرستی که انسان از واقعیت پیدا می‌کند»^۲ دانسته‌اند ولی این تعریف، موضوع اشتباه را منحصر در شیء یا امر خاصی نمی‌داند و از این لحاظ نسبت به موضوع بحث (اشتباه در عقود و قراردادها) عام است. برخی دیگر، گفته‌اند: «اشتباه، تصور باطلی است که شخص نسبت به امری دارد و بسته به درجه و میزان قوت و ضعف آن در عقد تأثیر می‌گذارد».^۳ و برخی دیگر بیان داشته‌اند که: اشتباه به طور عموم تصور غلطی است که آدمی از واقعیت دارد و در بحث عقود و قراردادها تصور و توهم خلاف واقع است که سبب ایجاد قرارداد شده باشد».^۴

قانون مدنی افغانستان بر خلاف اکراه و فریب، تعریفی از اشتباه ارائه نداده است و مستقیم به بیان احکام و آثار آن پرداخته است. اشتباه هر چند در قانون مدنی، از موارد عیوب رضا محسوب گردیده است، اما اشتباه در برخی موارد قصد و اختیار را نشانه گرفته نه تنها سبب معیوب شدن رضا بلکه موجب از بین رفتن اختیار و قصد گردیده، بطلان عقد را نتیجه می‌دهد. به هر صورت تأثیر اشتباه بر عقد بر اساس بیان قانون مدنی (مواد ۵۶۲-۵۶۹) مختلف است، گاه

^۱ فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، ج ۳، تهران: نشر الثقافه الاسلامیه، بی تا، ص ۳۲۳

^۲ سید علی شایگان، حقوق مدنی، قزوین: انتشارات طه، چ اول، ۱۳۷۵، ص ۸۳

^۳ حسینقلی کاتبی، حقوق مدنی (عقود و تعهدات و الزامات)، تهران: انتشارات مدرسه عالی بازرگانی، چ اول، ۱۳۵۲،

ص ۵۱.

^۴ رک: حسین صفایی، ص ۸۷ و عبدالحسین رسولی، ص ۸۹.

قرارداد را باطل، زمانی عقد را فاسد و موجب خیار فسخ می گردد و در مواردی هم هیچ تأثیری بر عقد ندارد.

۱- اشتباه باعث بطلان عقد

در موارد ذیل اشتباه باعث بطلان عقد گردیده مانع انعقاد عقد می گردد.

۱-۱- **اشتباه در نوع عقد:** چنانچه تصور نادرستی در نوع عقد به وجود آید، به این معنی که مثلاً یکی از طرفین عقد، انشای عقد بیع نماید و دیگری به تصور هبه آن را قبول نماید، چنین عقدی از اساس تشکیل نگردیده از اساس باطل می باشد؛ زیرا اینجا هیچ گونه توافق اراده‌ها وجود ندارد، یک اراده بر عقد بیع تعلق گرفته و اراده دیگری بر عقد هبه (بند ۱ ماده ۴۹۷).

البته برخی از حقوقدانان، اشتباه در نوع عقد را که به اشتباه مانع موسوم است، خارج از بحث عیوب اراده دانسته اند، زیرا در این مورد باید اراده را معدوم دانست نه معیوب و اساساً اراده معاملی در آن معدوم است و نمی توان در مورد عیوب آن صحبت نمود.^۱

۱-۲- **اشتباه در جنس عقد:** منظور از جنس عقد ماهیتی است که موضوع عقد از آن پدید می آید و ماهیت موضوع تمام خصوصیات است که در چنین معنی‌ای دخالت دارد و موجب تمییز یک جنس از جنس دیگر می شود. چنانچه کسی شمعدانی از مس با پوشش نقره را به گمان این که از نقره خالص است خریداری نماید، یا گردن بندی را به تصور این که طلا است خریداری نماید در حالی واقعیت غیر از این باشد، یا آردی را به تصور این که آرد گندم است خریداری نماید بعداً معلوم شود که آرد جو بوده و انگشتی را به تصور این که از جنس طلای سفید است خریداری کند و سپس معلوم گردد که از جنس نقره بوده است، در این موارد عقد باطل است، زیرا اشتباه در جنس معقود علیه حکم معدوم را داشته و به سبب نبود محل عقدی

^۱ عبد الرزاق السنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۲۹۴.

که مشتری اراده اش بر آن تعلق گرفته، باطل می باشد. بند ۲ ماده ۵۶۲ ق.م نیز اشتباه در جنس معقود علیه را موجب بطلان عقد دانسته بیان می دارد که: «در صورت اختلاف جنس، عقد به مسمی تعلیق گرفته و نسبت عدم وجود مسمی عقد باطل شناخته می شود».

در صورت اشتباه در موضوع عقد که منجر به بطلان عقد می گردد، تفاوتی بین اشتباه یکی از طرفین عقد و یا اشتباهی که به وسیله طرفین ارتکاب می یابد، وجود ندارد و اگر هر دو طرف عقد هم در ماهیت موضوع عقد در اشتباه واقع شوند، عقد باطل خواهد بود هر چند که در این فرض توافق طرفین محقق باشد، زیرا طبق تحلیل ماده ۵۶۲ قانون مدنی، علت بطلان عقد در این مورد نبود موضوعی است که عقد بخاطر آن ایجاد شده است و توافق طرفین عقد با واقعیت مخایرت دارد.

۲- اشتباه باعث حق فسخ عقد

اشتباه در برخی موارد، موجب بطلان عقد نمی گردد، بلکه صرفاً برای شخص حق خیار فسخ ایجاد می کند که می تواند عقد را برهم زده فسخ نماید. اشتباه در صورتی موجب حق فسخ عقد می گردد که «اساسی» باشد. اما این که چه اشتباهی اساسی است، معیار اشتباه اساسی چیست و چگونه می توان آن را تشخیص داد؟ ماده ۵۶۴ ق.م بیان می دارد که: «هرگاه غلطی به اندازه فاحش باشد که عقد کننده در صورت وقوف بر آن از ابرام امتناع می ورزید، چنین غلطی اساسی پنداشته می شود». طبق این ماده، اشتباه زمانی اساسی خوانده می شود که اگر کسی در اشتباه نمی افتاد و متوجه آن می شد، حاضر به بستن قرارداد نمی گردید. مثل این که کسی اموالش را به شخص دیگری بدین اعتقاد که یکی از وابستگان وی است، هبه (هدیه) نماید، سپس معلوم گردد که در اشتباه بوده و بیگانه را به جای فامیلش اشتباه گرفته است، یا کسی ظرفی را به تصور این که عتیقه و آثار باستانی است خریداری نماید، بعد معلوم شود که ظرف خریداری شده آثار باستانی نیست، تمام هدف شخص از دادن هدیه تصور هم فامیلی با هدیه گیرنده بوده است و از خرید این ظرف، عتیقه بودنش بوده و اگر می دانست که فامیلش نیست یا ظرف عتیقه نیست، به هیچ وجه حاضر به خرید آن نمی شد. در این موارد اشتباه اساسی

است و برای شخص اشتباه کننده حق خیار فسخ ایجاد می کند که اگر خواست می تواند عقد را برهم بزند.

در مجموع در موارد ذیل، اشتباه اساسی بوده برای شخص حق خیار فسخ ایجاد می شود.

۱-۲- اشتباه اساسی در وصف جنس: گاه ممکن است اشتباه در صفت معقود علیه (جنس)

صورت پذیرد. بدین معنی که شخص جنسی را به تصور این که دارای وصف معین است خریداری نماید، ولی بعدا معلوم گردد که دارای آن صفت نیست، مثل خرید قالین بامیان که پس از معامله معلوم شود فرش مورد معامله بافت ایران بوده است، یا مثلا کسی زمینی را به تصور این که می شود آنجا خانه ساخت خریداری نماید، بعدا معلوم شود که ساخت منازل مسکونی در آنجا ممنوع است، یا مثل این که بایع ظرف عتیقه را به تصور این که بی ارزش است بفروشد، ولی بعدا معلوم شود که ظرف عتیقه بوده و آن را به قیمت ناچیزی فروخته است، در همه این مثالها برای شخص، حق خیار فسخ ایجاد می گردد و شخص می تواند از حق خیار فسخ استفاده نموده، عقد را برهم بزند و یا از آن استفاده نموده عقد را ابرام (انفاذ) نماید. بند ۲ ماده ۵۶۲ قانون مدنی نیز بیان می دارد: «در صورت اتحاد جنس و اختلاف وصف، عقد به مشارالیه تعلق گرفته و نسبت موجود بودن مشارالیه منعقد می گردد. در این حالت عقد کننده، نسبت عدم موجودیت وصف، در فسخ و ابرام عقد مخیر می باشد».

در حقوق فرانسه نیز این نوع اشتباه، موجب بطلان نسبی عقد است نه بطلان مطلق. به این معنی که سرنوشت معامله بدست اشتباه کننده قرار دارد که اگر بخواهد می تواند عقد را ابطال کند و اگر خواست می تواند ابرام نماید.^۱

۲-۲- اشتباه در وصف طرف معامله: اشتباه در صفت طرف قرارداد مثل مثالی که قبلا

ذکر شد: شخصی مبلغی را به دیگری به تصور این که یکی از نزدیکان وی است، هدیه می کند،

^۱ مهدی شهیدی، پیشین، ص ۱۷۰.

بعدا معلوم گردد که موهوب له (هدیه گیرنده) هیچ نسبتی با او ندارد. یا مثل این که مشتری تابلوی نقاشی را به تصور این که از فلان نقاش چیره دست و معروف است، با قیمت بالا خریداری نماید، بعدا متوجه شود که این تابلو اصلی نبوده بلکه تقلیدی از تابلوی اصلی است، یا مثلا شخصی جهت ساختن منزلش با کسی قرارداد انجینیری می بندد با این تصور که طرف فلان معمار معروف است، بعدا روشن می گردد که معمار صرفا تشابه اسمی با معمار معروف دارد، در این موارد چون شخصیت طرف قرارداد و اوصاف او علت عمده انعقاد قرارداد است، در صورت مخالفت وصف، برای شخص اشتباه کننده حق خیار به وجود می آید (ماده ۵۶۵ ق.م).

پس اگر شخصی تعدادی فرش به دیگری بفروشد به این تصور که خریدار مثلا احمد است، بعد معلوم گردد که خریدار محمود بوده است، این اشتباه تأثیری در عقد نداشته و خللی در صحت و نفوذ عقد به وجود نمی آورد، چرا که شخصیت خریدار هیچ نقشی در معامله نداشته و سبب عمده انعقاد عقد محسوب نمی گردد.

۳-۲- اشتباه ناشی از قانون: گاه اشتباه ناشی از درک نادرستی است که شخص از حکم قانون دارد. مثل این که شخص وارثی نصیب خود را به دیگری هبه می کند به این تصور که یک چهارم است، در حالی که نصیب وی طبق قانون نصف بوده است، یا مثلا کسی به تصور این که قانونا مسئول است تعهد به جبران خسارت نماید، ولی بعدا معلوم گردد که به حکم قانون مسول نبوده است مانند پرداخت دین پسر توسط پدر، یا مثلا کسی بر اثر اشتباه در قانون برای فرزند طبیعی اش به تصور این که استحقاق میراث دارد، میراث بگذارد، بعد از رفع اشتباه روشن گردد که چنین فرزندی قانونا حق میراث ندارد؛ در این مثالها اشتباه موجب معیوب شدن اراده گردیده و به شخصی که به اشتباه افتاده، حق فسخ عقد داده می شود. ماده ۵۶۶ ق.م در این مورد مقرر می دارد که: «عقد به سبب غلطی در قانون وقتی قابل فسخ پنداشته می شود که شرایط غلطی در وقایع مربوط به عقد متحقق گردد، مگر این که قانون مخالف آن تصریح کرده باشد».

برای توضیح بیشتر این ماده ذکر این نکته لازم است که باید میان «اشتباه در قانون» و «جهل به قانون» تفاوت نهاد. در مورد دومی قاعده معروفی است که «جهل به قانون عذر نیست». این قاعده مربوط به مواردی است که قانون مربوط به قواعد آمره بوده و در راستای تأمین نظم و امنیت عمومی باشد مثلاً در موارد ارتکاب جرایم، ادعای جهل به قانون پذیرفتنی نیست و چنین فرض می‌گردد که تمام افراد به این قانون آگاه گردیده‌اند. اما در مواردی که قانون مربوط به نظم عمومی نیست مثل اشتباه در مثال‌هایی که ذکر شد و هیچ کدام ربطی به نظم و امنیت عمومی نداشت، امکان استناد به آن وجود دارد و می‌توان با استناد به اشتباه در قانون، عقد را فسخ نمود مگر مواردی را که قانون به طور استثنایی حتی اگر مخالف نظم عمومی نباشد، قابل فسخ نداند. مانند عقد صلح.^۱

نکته مهم دیگری که ذکر آن لازم است، این که طبق ماده ۵۶۳ قانون مدنی اشتباه کننده در صورتی می‌تواند ادعای فسخ عقد در موارد ذکر شده را نماید که «طرف مقابل وی نیز در عین غلطی واقع شده یا از غلطی واقف بوده و یا این که به سهولت می‌توانست بر آن واقف گردد». طبق این ماده برای ایجاد حق فسخ برای اشتباه کننده وجود یکی از این شرایط به صورت مانع الخلو لازم است.

الف) اشتراک در اشتباه: بدین معنی که طرفین عقد هر دو در اشتباه باشند و هر دو اعتقاد به اشتباه داشته باشند. مثل این که فروشنده و خریدار در عقد بیع هر دو با تصور این که ظرفی عتیقه است نسبت به خرید و فروش آن اقدام می‌کنند، در حالی که ظرف مزبور عتیقه نیست، در این صورت برای خریدار حق فسخ ایجاد می‌گردد.

ب) علم به اشتباه: به این معنی که طرف معامله کننده به اشتباه طرف دیگر عالم باشد و مثلاً با علم به این که ظرف مورد معامله عتیقه نیست، آن را به طرفی که در اشتباه است بفروشد.

^۱ عقد صلح مواد ۱۳۱۹-۱۳۲۱ ق.م.

ج) امکان کسب علم نسبت به اشتباه: به این معنی که طرف دیگر معامله هر چند عالم به اشتباه نباشد، ولی عرفاً بتواند به سهولت از اشتباه طرف دیگر آگاهی یابد.

دلیل ایجاد این شروط استناد به اصل ثبات و استحکام قراردادها است که اشتباه یک طرف عقد بدون دخالت و اشتباه طرف دیگر و یا بدون آگاهی یا امکان آگاهی وی، نمی تواند خللی در عقد ایجاد کند، چرا که با ثبات و استحکام قراردادها و معاملات منافات دارد. در مقابل، به نظر برخی حقوقدانان، اشتراک در اشتباه لزومی ندارد و اشتباه یک طرف نیز می تواند برای وی حق فسخ ایجاد کند، زیرا هر چند اصل ثبات قراردادها از اصول مسلم در عقود است، اما باید توجه داشت که این اصل در جایی جریان می یابد که دلیل جدی و مهمی مثل وجود اشکال در قصد اشتباه کننده در برابر آن وجود نداشته باشد؛^۱ عقد ترکیب دو اراده است و فساد هر یک باعث خلل در عقد می گردد و هر اشتباه مهمی، ولو مختص یکی از طرفین باشد، اراده او را که سلامت آن شرط تأثیرگذاری عقد است، مخدوش و معیوب می سازد.^۲ چنانچه در موارد دیگر نیز مثلاً هرگاه یکی از طرفین در قصد خود جدی نباشد و شوخی کند، هیچکس با استناد به اصل ثبات قراردادها، اطلاع یا شوخی دیگری را شرط نمی داند و اثبات جدی نبودن یک طرف کافی برای بطلان عقد می باشد. یا مثلاً در عقد اکراهی لزومی ندارد که طرف مقابل از اکراه مطلع باشد، و به صرف اثبات اکراه، در قرارداد حق فسخ ایجاد می گردد.

۳- اشتباه غیر مؤثر

در مواردی هر چند اشتباهی از جانب معامله کننده روی داده، اما تأثیری در استحکام و نفاذ عقد ندارد. طبق قاعده کلی، هر اشتباهی که نه مانع تحقق یافتن قصد و اختیار باشد و نه تأثیری در رضایت و توافق وارد آورده و عیب و ایرادی وارد آورد، از جمله این نوع اشتباه محسوب

^۱ برای توضیح دلایل مخالفان و موافقان رک: عبدالرزاق السنهوری، پیشین، صص ۵۱-۴۶.

^۲ سعید محسنی، پیشین، ص ۳۸۲.

می گردد.^۱ به تعبیر دیگر، مواردی است که قانون آن‌ها را مهم ندانسته، اصل را بر صحت عقد می گذارد. مثل اشتباه غیر اساسی که منجر به غبن فاحش نشود، اشتباه راجع به اوصاف غیر مهمی که وارد قلمرو عقد نشده باشد، اشتباه در هویت و شخصیت طرف قرارداد وقتی که شخصیت او علت عمده انعقاد عقد نباشد، و مثل اشتباه در حساب و اشتباه مادی که در قانون به آن توجه گردیده است. ماده ۵۶۷ ق.م.بیان می دارد که «غلطی حسابی یا مادی در صحت عقد تأثیر نداشته و تصحیح آن حتمی می باشد». اشتباه حسابی مثل این که شخص مجموع اموالی را که خریده ۴۵ هزار افغانی باشد و لی در هنگام محاسبه اشتباه صورت گیرد و ۵۴ هزار افغانی محاسبه گردد. اشتباه مادی یا همان اشتباه در نوشتن مثل این که کسی خانه را به مبلغ ۵۰۰۰۰ افغانی بخرد ولی در سند اشتباها ۵۰۰۰ افغانی نوشته گردیده و یک صفر کم گردد، در این موارد اشتباه غیر مؤثر بوده و تصحیح عقد حتمی می باشد.

ج) تدلیس

سومین عاملی که موجب معیوب شدن اراده می گردد، تدلیس یا فریب است.

۱- تعریف تدلیس

تدلیس در لغت به معنای گول زدن، اغفال کردن، فریب دادن، حيله و مکر آمده است. در اصطلاح حقوقی در یک تعریف، تدلیس عبارت از این است که یکی از طرفین عقد حيله‌ای به کار برد که مورد معامله را موافق طبیعی متعارف یا موافق رغبت و خواهش طرف دیگر نمودار نماید و از آنچه هست بهتر جلوه دهد، مثل ندوشیدن حیوان شیرده که بسیار شیرده به نظر برسد.^۲ طبق یک تعریف دیگر، تدلیس نمایاندن صفت کمالی است که وجود ندارد و یا پنهان کردن نقصی است که در مال موجود است.^۳ در تعریف دیگر، تدلیس عبارت نیرنگی است

^۱ روح الله آخوندی، اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در فرانسه و انگلیس، ص ۲۵۲.

^۲ محمد عبده بروجردی، حقوق مدنی، ص ۲۰۲ (به نقل از روح الله آخوندی، پیشین، ص ۴۸۰).

^۳ سید حسین صفایی، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ص ۲۹۱.

نامتعارف که از سوی یکی از دو طرف معامله، یا با آگاهی و دستکاری او، به منظور گمراه ساختن طرف دیگر به کار می رود و او را به معامله‌ای وا دار می سازد که در صورت آگاه بودن از واقع به آن رضایت نمیداد. در هر صورت، گوهر تدلیس «نیرنگ بازی» است که به طرف دیگر القا می شود. ماده ۵۷۰ قانون مدنی افغانستان در تعریف تدلیس که از آن به فریب یاد نموده است می گوید: « فریب عبارت از بکار بردن وسایل حيله آمیز قولی یا فعلی‌ایست که طرف مقابل عقد را به راضی شدن انعقاد عقد بکشاند، به نحوی که این وسایل اگر بکار برده نمی شد، رضایت وی در عقد به میان نمی آمد». مثل این که کسی مالش را به ویژگی‌هایی که واقعیت ندارد نمایش دهد.

پس فریب یا تدلیس وقتی است که شخص از وسایل فریب دهنده استفاده نموده، موجب فریفتن طرف دیگر گردد که اگر این کار را نمی کرد، رغبتی در جانب مقابل برای انعقاد عقد وجود نداشت.

هر چند اشتباه و فریب هر دو از عیوب اراده و در هر دو برداشت خلاف از واقع است اما چنان که یکی از نویسندگان به خوبی بیان داشته است تفاوت‌های مهمی باهم دارند.

اول این که فریب، استفاده از وسایل فریبنده توسط طرف مقابل، توهم و تصور خلاف واقع در ذهن فریب خورده ایجاد و سبب انعقاد عقد شده است، در حالی که در اشتباه منبع تصور خلاف واقع خود شخص است و کس دیگری در ایجاد توهم و تصور خلاف واقع نقش نداشته است.

دوم این که اثبات فریب آسان تر از اثبات اشتباه است. زیرا در فریب شخص فریب دهنده وسایل فریبنده را به کار می گیرد تا طرف مقابل را بفریبد؛ اما در اشتباه از طرف فروشنده کار عملی سر نزده است، بلکه تصور و خلاف واقع خود شخص سبب اشتباه او شده است.

و سوم این که در اشتباه، باید نفس خود را ملامت کند، چون تصور و توهم خلاف واقع خود شخص سبب اشتباه شده است، اما در فریب، شخص فریب خورده سزاوارتر به حمایت است، زیرا فریب او در نتیجه به کار گیری وسایل فریب کارانه طرف مقابل ایجاد شده است.^۱

تدلیس می تواند به صورت فعلی باشد مثل رنگ و روغن نمودن موتورسایکل کهنه و فروش آن به نام جدید و مثل ندوشیدن گاو جهت شیرده جلوه دادن آن، و می تواند به صورت قولی و گفتاری باشد مثل کالایی که به صد افغانی خریده بگوید به هزار افغانی خریده ام، و یا سلبی و سکوتی باشد مثل این که فروشنده در مورد عیبی که در مالش اطلاع دارد، سکوت نموده عیب را به مشتری نگوید، چنان که ماده ۵۷۳ ق.م می گوید: «فریب سلبی به محض کتمان حقیقت به وجود می آید». همه این موارد موجب تحقق تدلیس و فریب می گردد.

۲- شرایط تدلیس

تدلیس در جایی است که شرایط ذیل فراهم باشد.

۲-۱- استفاده از وسایل فریبنده: تحقق تدلیس به عمل فریبکارانه از سوی تدلیس کننده استوار است. طبق ماده ۵۷۰ ق.م تدلیس در جایی است که از وسایل و ابزار فریبنده استفاده شده و «به کار بردن وسایل حیله آمیز» باشد. پس اگر شخص اقدام به کار متقلبانه نکرده و یا از کار متقلبانه آگاه نبوده باشد، تدلیس تحقق پیدا نمی کند. البته همان طوری که ذکر شد سکوت نیز تدلیس تلقی می گردد، هرچند شخص کاری انجام نمی دهد اما به دلیل بیان نکردن حقیقت، مشمول حکم تدلیس است.

۲-۲- تأثیر فریب در طرف معامله: تدلیس زمانی موجب معیوبیت اراده می گردد که رفتار حیله آمیز و فریب کارانه تأثیری در طرف مقابله داشته، وی را به انجام معامله وا دارد. ماده ۵۷۰

^۱ عبدالحسین رسولی، قواعد عمومی قراردادها، ص ۱۰۲ و ۱۰۳.

در این مورد مقرر می‌دارد که استفاده از وسایل فریبکارانه طرف مقابل را به رضی شدن به انعقاد عقد بکشاند به نحوی که اگر این وسایل به کار برده نمی‌شد، رضایت وی در عقد به میان نمی‌آمد. پس اگر چنانچه استفاده از این وسایل متقلبانه تأثیری در رغبت شخص نداشته باشد، مثل این که شخص با آگاهی از واقعیت به انجام معامله بپردازد، عقد صحیح خواهد بود.

۲-۳- غبن فاحش: شرط دیگر تحقق تدلیس «غبن فاحش» است. غبن را به عدم تعادل ارزش ثمن و مثنی معنی کرده‌اند. این عدم تعادل زمانی موجب تحقق تدلیس می‌گردد که «فاحش» باشد به این معنی که کاملاً نامتعارف و از دید عرف گذشت ناپذیر باشد. توضیح این که غبن گاهی اندک و «یسیر» است یعنی تفاوت کمتری میان قیمت واقعی و قیمت فروخته شده وجود داشته قابل مسامحه و گذشت می‌باشد، این نوع غبن تأثیری در عقد ندارد؛ اما گاهی این تفاوت چنان است که غیر قابل گذشت و اغماض بوده تعادل ارزش دو عوض را کاملاً به هم می‌زند؛ چنین غبنی موجب تحقق تدلیس گردیده سبب معیوب شدن اراده می‌گردد. اما این که تشخیص معیار غبن فاحش از غیر فاحش چیست؟ قانون مدنی در ماده ۵۷۱ معیار غبن فاحش را ۱۵٪ اعلام نموده است که اگر تفاوت قیمت واقعی و قیمت به فروش رسیده ۱۵٪ یا بیشتر بود، غبن فاحش محسوب می‌گردد «غبن وقتی فاحش گفته می‌شود که تفاوت بین قیمت حقیقی مال در هنگام عقد و قیمتی که مال به فروش رسیده به ۱۵٪ یا بیشتر از آن بالغ گردد».

۳- اثر تدلیس

به موجب بند ۱ ماده ۵۷۱ ق.م. که می‌گوید: «هرگاه به سبب فریب یک طرف عقد، غبن فاحش متوجه طرف مقابل گردد، فریب خورده می‌تواند فسخ عقد را مطالبه نماید»، اثر تدلیس «حق فسخ عقد» است به این معنی که فریب خورده می‌تواند در صورت تمایل عقد را برهم زده فسخ نماید، در غیر آن عقد صحیح و نافذ خواهد بود.

نتایج

از آنچه بیان شد بدست می آید که:

۱- هرچند اکراه یکی از عیوب اراده محسوب گردیده و با تحقق آن عقد غیر نافذ می گردد، اما اکراه امری است استثنایی و بر خلاف اصل. ظاهر آن است که دو طرف عقد در ارزیابی مصالح خویش و انتخاب آزاد و مختارند. پس، مدعی وقوع اکراه باید وجود تهدید ناروا و اثر آن را در اراده خویش اثبات نماید. البته مدعی می تواند از همه دلایل برای اثبات آن استفاده نماید. به ندرت اتفاق می افتد که مدعی بتواند در این باره سندی ارائه کند یا از اقرار خود سود برد. در این دعوی، به طور معمول از اطلاع گواهان و شاهدان و به یاری اماره بایستی ارکان و شرایط اکراه را احراز کرد. به ویژه، برای تشخیص درجه اکراه و ملاحظه شخصیت و اخلاق مکره، قاضی ناچار است که به قرینه و اماره و ظاهر توسل جوید.

۲- اشتباه یا غلطی نیز یکی از اسباب معیوب شدن رضایت و قصد است، ولی بسیاری از اوقات ادعای اشتباهی متعارف و معقول می شود و لیکن احتمال صدق چنین ادعایی به هیچ وجه وجود ندارد و لذا در قبول چنین ادعایی باید سختگیری بیشتری شود. ادعای اشتباه در خصوص عیار یک دستبند طلا، اصالت یک تابلو فرش، قدمت و عتیقه بودن یک ظرف و مانند آن‌ها نوعاً معقول و متعارف است و لیکن احتمال صدق چنین ادعایی از جانب یک زرگر، هنرمند و عتیقه فروش، اساساً بی مورد است. بنابر این، هر اشتباه متعارفی لزوماً محتمل الصدق نیست.

۳- فریب یا تدلیس از آن جهت که کسی در انعقاد قرارداد فریب می خورد از روی اشتباه مبادرت به انجام آن می کند، شبیه به اشتباه است. تفاوت در این است که در فریب، اشتباه آگاهانه از سوی طرف دیگر عقد ایجاد می شود و لذا فریب می تواند مصداق بارز «اشتباه سببی» قلمداد گردد. به همین دلیل است که به شخصی که از روی اشتباه قرارداد منعقد نموده است، توصیه می شود که برای فسخ آن دعوایش را نه بر مبنای اشتباه خود بلکه در صورت امکان بر اساس فریب اقامه کند، چون در این صورت می تواند خسارت وارده بر خود را نیز

مطالبه نماید. علاوه بر آن که چنانچه بیان شد، اثبات فریب آسان تر از اثبات اشتباه است. زیرا در فریب شخص فریب دهنده وسایل فریبنده را به کار می گیرد تا طرف مقابل را بفریبد؛ اما در اشتباه از طرف فروشنده کار عملی سر زده است، بلکه تصور و خلاف واقع خود شخص سبب اشتباه او شده است.

منابع و مأخذ

- ۱- آخوندی، روح الله، اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلیس، تهران: دانشگاه امام صادق، چ اول، ۱۳۹۰.
- ۲- السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- ۳- حسینقلی کاتبی، حقوق مدنی (عقود و تعهدات و الزامات)، تهران: انتشارات مدرسه عالی بازرگانی، چ اول، ۱۳۵۲.
- ۴- ره پیک، حسن، حقوق مدنی، حقوق قراردادها، تهران: انتشارات خرسندی، چ دوم، ۱۳۸۷.
- ۵- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چ پنجم، ۱۳۸۰.
- ۶- سید علی شایگان، حقوق مدنی، قزوین: انتشارات طه، چ اول، ۱۳۷۵.
- ۷- صفایی، سید حسین، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۲.
- ۸- طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ج ۳، تهران: نشر الثقافه الاسلامیه، بی تا.
- ۹- عبدالحسین شیروی، حقوق قراردادها، تهران: سمت، چ اول، ۱۳۹۶.
- ۱۰- فرهنگ، محمد معین، فرهنگ معین، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، چ سوم، ۱۳۷۱.
- ۱۱- قانون مدنی، مصوب ۱۳۵۵.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ دوازدهم، ۱۳۹۳.
- ۱۳- محسنی، سعید، اشتباه در شخص طرف قرارداد (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)، تهران: دانشگاه امام صادق، چ اول، ۱۳۹۰.

ضرورت تدوین قانون حمایت از خانواده در نظام حقوقی افغانستان

سید احمد حسینی حنیف

چکیده

حقوق فامیل، از میان بیشتر از دوصد رشته حقوق، بیشترین توجه دولت‌ها و نهادهای اخلاقی و مدنی را به خود جلب کرده است. تدوین انبوه مقررات و قوانین حمایتی از خانواده در سطح منطقه اسلامی و بین‌المللی، تاسیس سازمان‌های منطقه‌ای و بین‌المللی حقوق زن و اطفال و خانواده و گفتگوهای فراوان علمی در این رابطه، موجب تدوین اسناد بین‌المللی فراوانی شده است، و تا حدی به اجرا نیز درآمده است. دولت جدید افغانستان تلاش دارد محور تلاقی حقوق دینی و مقررات و قوانین مدرن و مورد نیاز جدید کشور باشد، و حقوق فامیل یکی از عرصه‌های این تلاشها است. قانون احوال شخصیه، قانون جرایم و مجازات‌های ناظر به تخلفات اطفال، قانون محو و منع خشونت علیه زن و چندین مقرر و اصولنامه دیگر بخشی از این تلاش‌هاست.

قانون حمایت از خانواده، پیشنهاد جدیدی است که از سوی برخی حقوقدانان و قضات به دستگاه تقنینی کشور شده است. در این نوشته تلاش خواهد شد، ضرورت این قانون مغفول را یادآوری و روش تدوین آن را بیان گردد.

واژگان کلیدی: قانون حمایت از خانواده، سیاستگذاری حمایت از خانواده؛ تحولات حقوق خانواده، زوج، زوجة .

مقدمه

خانواده، بنیاد اجتماع و سلول جامعه جهانی محسوب می‌شود و مورد توجه خاص قانونگذار و نهادهای تقنینی بین‌المللی و داخلی است. مقررات حقوقی خانواده، یکی از کانون‌های توجه انسان در عصر جدید است، و حقوق خانواده در مسیر تحولات اجتماعی، متحول گردیده است. قانونگذار افغانستان، تلاش دارد که در عرصه حمایت خانواده و زنان موفقیتی در تاسیس، اداره و حل و فصل اختلافات خانوادگی داشته باشد. نظام حقوقی افغانستان، خانواده را یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین نهادهای اجتماعی، مورد توجه قرار داده است. قانون اساسی در ماده ۵۴ بیان می‌دارد: «خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد، و مورد حمایت دولت قرار دارد، دولت به منظور تامین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم را اتخاذ می‌کند.»

فرهنگ جهانی و تغییرات گسترده زندگانی جدید، خانواده را نیز دچار تحولاتی کرده است، خانواده معاصر با خانواده گذشته تفاوت‌هایی بنیادی دارد، از جمله:

۱- تغییرات زیادی در مناسبات و روابط درون و بیرون خانواده و والدین، و رابطه والدین با فرزندان و رابطه خانواده با خانواده جدیدی که به وجود می‌آید، به وجود آمده است. همچنین شیوه‌های همسرگزینی هم تغییر کرده و ازدواج یک امر فردی شده

است، و مناسبات زن و شوهر نیز تغییرات زیادی کرده است که مهم‌ترین آن‌ها اختلاط نقش‌ها است.

۲- دگرگونی‌های فرهنگی جهانی موجب کاهش همبستگی خانوادگی و بی‌توجهی به ارزشهای گروهی مؤثر افتاده‌اند. همدلی و یاری تا حدودی رنگ باخته است، و در مواقع اضطراری، حمایت‌های عاطفی و مالی کمتری از عضو در معرض آسیب یا آسیب دیده صورت می‌گیرد. خانواده به دلیل ضعف ارتباطات و کاهش همبستگی، قادر به ورود ثمربخش در زندگی آنان نیست.^۱

۳- کارکرد رسانه‌های جمعی به ویژه رسانه‌های شنیداری و غیر متعامل به دلیل کارکرد متنوع خود و ایجاد تغییرات پیوسته، بتدریج جای ارتباط بین فردی، از نوع چهره به چهره را گرفته و موجب شده است، فضای انفرادی، به جای فضای جمعی و عاطفی در خانواده حاکم شود؛ تا جایی که هر عضو خانواده، صرفاً در فضای فیزیکی مشترکی زندگی می‌کند، اما هیچ تعاملی با دیگران ندارند. نتیجه این می‌شود که افراد خانواده، به جای گفتگوی صمیمی با یکدیگر که می‌بایست به تقویت پیوندهای عاطفی و انسجام اعضای خانواده منجر شود، با ابزار الکترونیک ارتباط برقرار می‌کنند؛ ارتباطی که فاقد بار عاطفی، احساسی و هیجانی است. غلبه فرهنگ فردگرایی بیش از هرچیز در حس استقلال طلبی و فرار از تعهدات مؤثر بوده است. همین فرهنگ، زمینه کم شدن حس تعاون اجتماعی و پیوندهای گروهی را فراهم کرده است.

۴- کاهش روابط متقابل اعضای خانواده به دلیل گسترش وسایل ارتباط جمعی را باید نوعی "بحران عاطفی" در خانواده‌ها قلمداد کرد، چون اعضای خانواده دور هم جمع می‌شوند، ولی توجه آنان به چیز دیگری خارج از خانه است. بر اثر خودخواهی،

^۱ - حق شناس، جعفر، آسیب شناسی خانواده، (تهران، مرکز امور زنان و خانواده، چاپ اول، ۱۳۸۸)، ص ۳۲

محبوبیتها زایل میشود، یکرنگی و اتحاد از بین میرود و کانون خانوادگی بر اثر آن ویران می‌گردد.

مقررات افغانستان در حقوق خانواده عبارت است از قانون مدنی، قانون منع خشونت علیه زن و قانون رسیدگی به جرایم و تخلفات اطفال. این مقررات کافی برای خانواده نیست. تامین نیازهای مادی، روانی و اقتصادی، تنظیم رفتارهای جنسی، تولید مثل، ایجاد امنیت و آرامش، تامین سلامتی و بهداشت اعضای خانواده، حمایت و نگهداری از فرزندان و آشنا کردن آنها با بسیاری از هنجارها و ارزشها، نیازمند مکانیزم و مقرراتی فراتر است.

تدوین مقرراتی جامع برای حمایت از خانواده به نام قانون حمایت از خانواده در بسیاری از کشورها مرسوم شده است. برای افغانستان نیز چنین مقررات جامعی نیاز است. قانون حمایت از خانواده عرصه تلاقی مقررات اسلامی و قوانین مدرن برای ایجاد گشایش و استحکام خانواده افغان خواهد بود. قانون حمایت از خانواده ارزش-های فرهنگی و دینی و بومی کشور را تبدیل به قانون می‌نماید تا علاوه بر انتفاع عموم جامعه از این تاسیسات حقوقی، به این ارزشها، ارج نهاده شود و قانون نیز مورد احترام و مقبول مردم قرار گیرد.

بخش اول: حمایت‌های دولتی از خانواده و ضرورت تدوین قانون حمایت از

خانواده،

۱- ضرورت قانون حمایت از خانواده؛

قانون حمایت از خانواده، پیگیری حمایت از حقوق زنان، کودکان و حمایت از زیست و زندگانی مشترک آنها در ضمن تامین ثبات و تقویت بنیان خانواده است. تشکیل خانواده جزء حقوق اساسی هر فرد محسوب می‌شود و حاکمیت باید برای ایجاد، بقا، استحکام و جلوگیری از تلاشی و اضمحلال خانواده، قوانینی را وضع کند؛ قانون حمایت از خانواده، فقط مقررات حمایتی برای اجرای مقررات مدنی یا ضمانت

اجراهای مقررات مدنی نیست، بلکه ابر قانونی اخلاقی، اعتقادی، فکری، معنوی، ملی، و ... می‌باشد.^۱

قانون حمایت از خانواده، تنها حقوق نیست، بلکه آمیزه‌ای از حقوق، اخلاق، رسوم و عادات شکل گرفته در میان مردم، و قلمرو اراده و مقررات توافقی زوجین است. موضوع این قانون، انسان و روابط عاطفی و وابستگی‌های انسانی و معنوی زوجین است که تاسیس و اداره آن فقط در قالب قواعد حقوقی میسر نیست، و سیمای منطقی حقوق به تنهایی نمی‌تواند تنها تامین کننده نظم آن باشد. اخلاق مهم‌ترین پشتوانه حقوق خانواده است، و وجدان اخلاقی اعضای خانواده مهم‌ترین عنصر برای پایداری هر یک از آنها به حقوق و تکالیف متقابل می‌باشد. پس ضمانت‌های اجرایی اخلاقی را باید مد نظر قرار داد، اما حقوق خانواده هم علاوه بر ضمانت اجرای اخلاقی، نیازمند ضمانت اجرای حقوقی می‌باشد.

قانون حمایت از خانواده مسائل مربوط به فرهنگ و پیشرفت فرهنگی و سیاست های کلان فرهنگی خانواده مانند تولید مثل و ازدیاد جمعیت، کاهش نرخ طلاق و افزایش نرخ ازدواج پایدار، تحکیم و تعالی خانواده و ارتقای سطح فرهنگی و تربیتی اعضای خانواده را با رویکردی فقهی دنبال خواهد کرد.

اساس تفاوت قانون حمایت از خانواده با سایر قوانین، آزادی اراده زوجین و اولاد در خانواده است، آنها ملزم به اجرای عین قواعد مدون قانونگذار، همانند سایر مقررات نیستند، بلکه خانواده، مقررات مدون دولتی را پیشنهادی تلقی می‌کنند، و در بسیاری موارد خودشان اقدام به وضع قوانین و مقررات توافقی و ایجاد خلوت حقوقی و محیط آزاد در میان محدودیت‌های اجتماعی و شخصی قواعد حقوقی دولتی می‌کنند. زندگی اجتماعی بشر، اشخاص را ملزم کرده است که مقررات اجتماعی که اراده و اختیارات او

^۱ - صفایی، سید حسین و امامی، اسد الله، حقوق خانواده، ج ۱، ص هفت.

را محدود می‌کند، گردن نهد، و کردار و رفتارهای اجتماعی خود را ملایم طبع اجتماع و سایر اشخاص سازد، اما محیط و قلمرو خانواده از این قاعده مستثنی است، از قدیم مقررات خانواده (تدبیر منزل) از اجتماع (سیاست مدن) جدا بوده است.

دخالت ناشیانه و تحمیلی قانونگذار در اداره خانواده، فضایی پلیسی و قضایی در آن ایجاد خواهد کرد که بکلی فضای عاطفی و مقدس آن را نابود می‌کند و بعد نه شاهدی برای رفتارهای ناهنجار می‌توان آورد و نه ضابطه دقیقی برای ارزیابی سلوک همسران دست داد، چون همه چیز نسبی و عرفی و تابع شرایط مادی و معنوی زندگی خاص هر خانواده است.^۱

قانون حمایت از خانواده مقرراتی یک دست و یگانه نیست در جاهایی چهره حقوقی کاملتری دارد، مقررات حقوقی ناظر به زوجین که ناظر به عمل حقوقی است، قدری متفاوت با مقررات رابطه والدین با فرزندان است که آن واقعه حقوقی است، همچنین نسب، انفاق و ولایت و حضانت در زمره نهادهای حقوقی است که بوسیله قواعد امری احاطه و اداره می‌شود و تراضی در آن سهم کمتری دارد.

دولت و نهادهای حمایتی خانواده می‌بایست متولی تاسیس و اداره خانواده نباشد، چون خانواده مامنی است که به دلخواه اشخاص برای آرامش در زندگانی و فراهم شدن فرزند برگزیده شده است، قانون حامی اراده و مقاصد اشخاص باشد و شیوه‌های حمایتی فراتر از ذهن و توان آنها را تامین نماید.

اما احکام شریعت اسلام در مورد حقوق و تکالیف زوجین بیشتر توصیه‌ای است، یعنی طرفین عقد نکاح مجاز به تغییر و افزایش و یا کاهش آنها هستند. زوجین می‌توانند نفقه، تکالیف هر یک از طرفین را تعدیل کنند، یا بکلی حذف و یا بیفزایند. این صلاحیت عام تقنینی تفویضی از سوی شریعت اسلام و میدان داری اشخاص، نشان از

^۱ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، خانواده، ج ۱، ص ب.

احترام به اراده و توافق موسسان خانواده و انعطاف احکام دینی است. «نکاح مسیار» از جمله موارد قبول اراده زوجین است که در آن عموم تکالیف و حقوق متقابل زوجین در آن حذف شده است و از جانب فقه اسلامی معتبر شمرده شده است.

۲- سیاست‌گذاری‌های عمومی و حمایتی دولت از خانواده

اهمیت اجتماعی خانواده باید محرک قانون‌گذار در حمایت از آن باشد. حاکمیت باید برای ایجاد، بقا، استحکام و جلوگیری از تلاشی و اضمحلال خانواده، قوانینی را وضع کند؛ هر قاعده‌ای که قانون‌گذار در این باره می‌آورد، می‌تواند در تحکیم یا تضعیف آن مؤثر باشد. بنابراین، در زمینه خانواده، قانون‌گذار باید با احتیاط کامل عمل کند و از هر اقدامی که به تضعیف خانواده منتهی شود، بپرهیزد و در اصلاحات و نوع آوری‌های خود تثبیت خانواده را همواره مدنظر داشته باشد، بیشک قانونگذار باید به منافع هر یک از افراد خانواده، توجه کند؛ لیکن آن چه در درجه اول اهمیت قرار دارد، نفع خانواده به عنوان یک نهاد و واحد اجتماعی است و استحکام و حمایت از آن باید بیش از هر چیز مورد نظر باشد.

یکی از معضلات جدی جوامع در جهان از جمله جوامع اسلامی، بالا رفتن سن ازدواج، کاهش ازدواج و افزایش آمار طلاق است. برخی شاهدان عینی و اشخاص مقیم در اروپا نقل کردند که ازدواج در میان جوانان، کم اهمیت شده، و ارزش معنوی خود را از دست داده است، جوانان غربی معتقدند، وقتی ممکن است که از سوپر مارکت سرکوپه شیر خرید، چرا گاو در خانه نگاه داریم.^۱

سیاست گذاری عمومی،^۲ مشتمل بر هدف‌گذاری و اقداماتی است که از سوی دولت و سایر ارکان حکومتی در محدوده‌های فراتر از ظرفیت ساختارهای موجود انجام

^۱ - گفتگوی نویسنده با استاد سید اسدالله خلیل مقیم آلمان در دی ماه ۱۳۹۸ خورشیدی در مشهد مقدس.

^۲ - Public policy making

می‌شود. بنا بر این هنگامی که ساختارهای موجود، ظرفیت لازم را برای تاثیرگذاری- های مورد نظر نداشته باشند، حکومت‌ها وارد عرصه‌ی سیاست‌گذاری می‌شود، و این ورود بدان معنا نیز هست که باید منافع عامه مردم نیز تامین شود.¹ سیاست‌گذاری به هر کردار و کنش حکومتی‌ای اطلاق می‌شود که حیات عامه مردم را تحت تاثیر قرار می‌دهد.

برای سیاست‌گذاری نیازمند مباحث حقوقی و جامعه‌شناسی خواهیم بود تا واقعیات متنوع اجتماعی، فرهنگی، و حقوقی را دریافتی واقع‌بینانه داشته باشیم. نهاد خانواده در عرف ساختاری دارد، دولت برای حمایت بیشتر از آن نیازمند تقویت ساختارهای موجود و ظرفیت‌بخشی به آن‌ها است، در مواردی هم سیاست‌گذاری‌ها دولت ایجاد تحول در ساختارهای کهن و سنتی خانواده ایجاد خواهد کرد،

حکومت‌ها در شرایط معمول از ابزار قانون برای تأمین اهداف خود برخوردارند، و با این حال، همچنان از سیاست‌گذاری نیز به مثابه ابزاری متمایز بهره می‌برند، تفاوت قوانین و سیاست‌گذاری‌ها ناشی از وجود فاصله میان قوانین و واقعیات عملکرد حکومت است، به بیان بهتر، سیاست‌ها وضع می‌شوند تا حکومت بتواند از قوانین و ساختارهای پیش‌تر وضع شده؛ نتایجی منطبق با هدف‌گذاری‌های خود بگیرد.

قانون‌گذار در طراحی مقررات حاکم بر خانواده، باید به مصالح گوناگون اجتماعی، خانوادگی و فردی توجه داشته باشد و در سازش میان آن‌ها بکوشد. در این میان، مقررات شکلی ناظر بر رسیدگی به دعاوی خانوادگی و نیز اجرای احکام صادر شده از محکمه حائز اهمیت ویژه است؛ زیرا شایسته یا نامطلوب بودن مقررات حاکم بر مرجع رسیدگی‌کننده و شیوه رسیدگی در میزان اختلافات خانوادگی تأثیر مستقیم دارد. همچنین شرایط و نحوه اجرای احکام دعاوی خانوادگی و ضمانت اجرای

¹ - Darity, William. International encyclopedia of social sciences, The Gale group

پیش‌بینی شده برای آن در پیش‌گیری از تبعات اجتماعی ناشی از اجرای احکام مزبور یا ایجاد معضلات اجتماعی تأثیر دارد.

ایجاد پذیرش عمومی نسبت به سیاست‌ها، مهم‌ترین موضوع در ارزیابی مطلوبیت آنهاست، منطقی‌ترین سیاست‌هایی که در بخشی از شهروندان احساس عدالت، برابری و برخورداری از مزایای تغییر را بر نینگیزند، از اقبال عموم بازخواهند ماند، جامعه متشکل از گروه‌ها، اقشار و دسته‌بندی‌های متنوعی است که یک سیاست خوب باید در لحاظ تنوع و حتی تضاد آنها موفق باشد، به این معنا طراحی سیاست‌ها اقدامی ارزش‌محور است که بر احترام به ارزش‌های گوناگون موجود در جامعه مبتنی است.^۱

برای تشخیص بهتر مواردی که باید در تدوین سیاست‌ها مورد توجه قرار گیرد می‌توان از مقوله عقلانیت در سیاست‌گذاری سخن گفت، بر این مبنا، سیاست مطلوب واجد این خصوصیت خواهد بود که حوزه‌های متنوعی که در آنها منافع قابل تعریف-اند را در یک چارچوب عقلانی مورد ملاحظه قرار می‌دهد، این حوزه‌های فرهنگی، دینی، اخلاقی، حقوقی، سیاسی، اقتصادی، حرفه‌ای هستند و سیاست‌گذار باید به گونه‌ای اقدام به تدوین سیاست‌ها کند که مستعد رخداد تنش میان حکومت و شهروندان نباشد.

سیاست‌هایی که در جهت حمایت از نهاد خانواده تدوین می‌شود نیز باید از عقلانیتی بالا برخوردار باشد که متناسب با ابعاد گوناگون این نهاد اجتماعی است، خانواده، خاصه در کشوری اسلامی، وجهی دینی دارد که آن را باید بالاتر از قدر اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی محترم شمرد و مورد مطالعه قرار داد. شاید ضعف عقلانیت در عمده نظام‌های قانونگذاری کشورها مشهود باشد بسیاری از آنها از

^۱ - قلی‌پور، رحمت‌اله، غلام‌پور آهنگر، ابراهیم. (۱۳۸۹)، فرایند سیاست‌گذاری عمومی در ایران، تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۲۲.

اضطرار، ضرورت‌های جوامع خود را تبدیل به مقررات موقت صرفاً اقتصادی کرده است.

دولت در سیاست‌گذاری عمومی خود باید توجه خاص به نهاد خانواده داشته باشند، چون در ایجاد تحولات حقوقی که مستلزم بازنگری در مناسبات حقوقی است، بازنگر خود دولت خواهد بود، یعنی حوزه اقدام دولتی در آن بسیار قوی است، دولت در الگوی حیات خانوادگی محور سیاست‌گذاری و حتی اجرا خواهد بود، مثلاً دولت ایران با مشارکت در عرصه تسهیل اشتغال و ازدواج جوانان مثل تاسیس صندوق رفاه دانشجویان^۱ قادر گشت سیاست‌های تسریع ازدواج را به دورن مراکز آموز عالی ببرد.

۳- نقش قانون حمایت از خانواده در تامین هدف ازدواج و ایجاد سکون و

آرامش زوجین

رسیدن به آرامش مهمترین هدف ازدواج است. متون مقدس نیز بر این نگاه صحنه بلندی گذاشته است. آرامش را می‌توان احساس امنیت خاطر و نداشتن دغدغه نگران کننده، توصیف کرد و قانون باید مکانیزم «امنیت تأمین نیازها» را در ازدواج تضمین قانونی کند و راهکارهایی در جهت بهبود روابط انسانی و خانوادگی برای ایجاد روابط مناسبتر و زندگی آرامتر پیشنهاد کند. برای رسیدن به آرامش در زندگی لازم است: اولاً نیازهای همه اعضای خانواده در بستر خانواده تأمین شود؛ ثانیاً خانواده تأمین کننده همه نیازهای باشد که انتظار می‌رود در خانواده تأمین شود؛ ثالثاً تأمین نیازها توأم با احساس امنیت و اطمینان خاطر باشد. قانون در تأمین این فرایند نقش بسیار زیادی دارد.

^۱ - اصلاح بندی از تبصره ۲ قانون بودجه ۱۳۸۶ که منجر به مشارکت ۵ میلیارد ریالی دولت در عرصه تسهیل اشتغال و ازدواج - صندوق رفاه دانشجویان مصوب ۱۳۷۱ خورشیدی

قانون‌گذار باید آنچه که در اجتماع مایه استحکام و قوت روابط زوجین و خانواده می‌شود را دریابد و برای تامین آن امور اندیشه و وضع مقررات نماید. برخی محققین در تحقیقی میدانی اوصاف ذیل را برای موفقیت خانواده‌ها پیشنهاد دارد. انتخاب مبتنی بر شناخت صحیح همسران از یکدیگر؛ کفو بودن با یکدیگر؛ نگرش صحیح نسبت به ازدواج و زندگی زناشویی، قبول نقشهای محوله و ایفای صحیح نقش، توجه و درک همسران نسبت به یکدیگر و همراه و همدلی همسران؛ دارا بودن اوصاف نیک اخلاقی همسران؛ خودخواه و منیت نداشتن، قناعت و شکرگزار بودن همسران، تأمین نیازهای عاطفی و جنسی یکدیگر؛ توجه به رشد اخلاقی و معنوی بعد از ازدواج؛ استقلال و آزادی حاصل از ازدواج؛ حامی و تکیه‌گاه بودن همسران؛ اعتماد به یکدیگر، انس و صمیمیت همسران، امنیت اقتصادی، فرزند، و ...^۱

۴- قانون داخلی و مقرات بین‌المللی حمایت از خانواده؛

خانواده به عنوان واحدی بسیار مهم از اجتماع و بخصوص روابط زوجین در جریان تحولات زمانه و در مسیر تحولات اجتماعی، متحول می‌شود، این امر می‌طلبد که برخی از احکام آن با رویکردی به عنصر مصلحت که از فروعات حکم عقل می‌باشد، تغییر یابد. قانون حمایت خانواده در برگیرنده تفکری جامع درباره موضوعات خانواده است. قوانین و اسناد بین‌المللی، نماینده و چهره فکری - فرهنگی غرب است، استفاده از آنها نیازمند دقت و ارزیابی مبانی فکری و فرهنگی مقررات آن است، این مقررات با ظهور در فضای فکری و فرهنگی غربی و با تبلیغ و ترویج هجمه عظیم رسانه‌های آنها و فشارهای سیاسی و دولتی به منظور تحمیل ارزش‌های خود بر جهان، جایگاه و

^۱ - شهره روشنی و همکاران، تجربه احساس آرامش زنان در زندگی زناشویی: مطالعه کیفی با رویکرد نظریه مبنایی، مطالعات زنان، دوره ۳، شماره ۲، سال ۱۳۹۴، صص ۶۱-۸۹.

موقعیت پیدا کرده است. به همین جهت قانون حمایت از خانواده، قابل نوسازی
تحمیلی به سبک غربی، همانند انبوهی از دیگر نهادهای اجتماعی نیست.
الگوی توسعه غربی خانواده، نمی‌تواند پاسخگوی دردها و نیازهای ما باشد و نمی-
تواند به توسعه یافتگی حقوق خانواده سرزمین‌های اسلامی بینجامد، باید دول مسلمان
به سوی سیاست توسعه درون‌زا روی آورند. چون هویت ملی، دینی، اجتماعی و
روحانی یک سرزمین اسلامی متفاوت از روش زندگی و مقررات خانواده بیگانه غربی
است. مثلاً در خانواده اسلامی انتظار فداکاری، خدمت به اعضای خانواده با امید
رضایت خداوند، اطاعت پذیری فرزندان از والدین به مثابه خداوندگار و ... وجود دارد،
اما حقوق به ساختن خانواده منظم و غیر متجاوز به حقوق یکدیگر قناعت دارد، و
اندک خانواده‌هایی است که در سایه مقررات حقوقی تسلیم تکالیف و تامین حقوق
طرفین خواهد بود و تن به برابری و عدالت خواهند داد.

تلاش دولت‌ها، نهادهای حقوق بشری و حقوق زن جهت رخنه کردن در مامن
ملکوتی و معنوی خانواده و وضع مقرراتی برای تاسیس و اداره آن بهبودی آن
نیانجامیده است.

۵- ماهیت مقررات قانون حمایت از خانواده،

قانون حمایت از خانواده چه نوع مقرراتی را پیش‌بینی می‌کند؟ قوانین به دو دسته
تقسیم می‌شود؛

۱- قوانینی که مقرراتی ایجاد حق و تکلیف افراد را در روابط با یکدیگر تعیین می-
کند، مثلاً بائع و مشتری در قرارداد بیع چه تکالیف و حقوقی دارند. در مورد حقوق
خانواده، قانون مدنی حقوق و تکالیف زن و مرد را بعد از انعقاد نکاح، معین می‌کند،
مثلاً به موجب عقد ازدواج، زن حق نفقه، حق مهریه دارد، حق اجرت‌المثل و ... دارد
و همچنین تکلیف به تمکین، حسن معاشرت با زوج و اقارب او و ... دارد. زوج نیز به
موجب عقد نکاح از حقوق و تکالیفی برخوردار خواهد شد. حقوقیون به این مقررات

که حقوق و تکالیف فرد را درون خانواده و اجتماع و با ارتباط با دیگران معین می‌کند، قوانین ماهوی یا مادی می‌گویند، مثل قانون مدنی، موجر و مستاجر، تجارت، چک، و ...

۲- قوانینی که راهکارها و سازوکارهای قانونی تضمین و حمایت حقوق مادی را معین می‌کند، مثلاً نحوه رسیدگی به اختلاف بین اشخاص، تعیین قانون حاکم، صلاحیت محکمه و قاضی، ضمانت اجرای مقررات ماهوی و ... را مشخص می‌کند. این قوانین را شکلی یا حمایتی یا مقررات اصول محاکمات (آیین دادرسی) می‌نامند که چهار قسم (مدنی، کیفری، تجاری و اداری) است. مقررات شکلی خانواده بخاطر اهمیت موضوع آن از آیین دادرسی‌ها جدا شده و قانون حمایت از خانواده نامیده شده است در حالی که آیین رسیدگی و دادرسی به دعاوی خانوادگی است.

این مفهوم از قانون حمایت از خانواده، مفهوم جدید و ناشی از ضرورت‌های برخی جوامع دیگر است، نه مفهومی عام، بنابر این ما می‌توانیم مفاهیمی فربه‌تری از قانون مذکور ارائه کنیم. این مقصودها حاصل نمی‌گردد مگر اینکه قانون جامعی از مقررات ماهوی و شکلی فراهم آورده شود. خانواده، نیازمند آیین دادرسی (قانون حمایت) تخصصی، و نه اختصاصی است، زیرا خانواده و حقوق آن بسیار مهم است. زوجین باید در محیطی آرام، امن، دور از نزاع و ترس و در آرامش زندگی کنند.

بخش دوم: حقوق و تکالیف نیازمند به حمایت در امور خانواده

خانواده نهادی حق و تکلیف‌زا است که آنها در استحکام خانواده لازم و در روابط زوجین ضرورت دارد. حقوق و تکالیف ناشی از خانواده از سه منبع تولید و توسعه پیدا خواهد کرد: ۱- شریعت اسلام که حقوق و تکالیف توصیه‌ای و پیشنهادی دارد، اگر اشخاص قبل عقد نکاح یا بعد آن بر خلاف آنها توافق نکنند و یا مقررات جایگزین، تعریف نکنند، این مقررات لازم الاجرا می‌باشد. ۲- توافق که زوجین در ضمن عقد یا بعد آن، با یکدیگر توافق خواهند کرد، ۳- عرف که توافق عام اشخاص در پذیرش

برخی مقررات لازم هر قرارداد است. ما در این بخش به حقوق و تکالیف شرعی و قانونی و مقررات عرفی نیازمند به حمایت دولتی و حاکمیتی خواهیم پرداخت. مقررات حمایتی از روابط، حقوق، تکالیف و اعمال خانواده را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

۱- حمایت‌های علی؛ مطابق مدل الگوی برخی نویسندگان، شرایط علی به حوادث یا وقایعی دلالت می‌کند که به وقوع یا رشد پدیده‌ای منتهی شود.^۱ این عوامل حمایتی، در تأمین نیازها به طور مستقیم عمل کرده و نقش تأمین‌گر دارند.

۲- حمایت‌های میانجی؛ شرایط کلی و وسیع‌تری هستند که بر چگونگی کنش/کنش متقابل اثر می‌گذارد و شامل زمان، فضا، فرهنگ، پایگاه اقتصادی، سطح تکنولوژی، شغل، تاریخچه و وقایع زندگی فرد می‌شوند.^۲ این عوامل حمایتی، در تأمین نیازها به طور غیرمستقیم عمل کرده و نقش تسهیل‌گر دارند. مقررات حمایتی مورد نظر باید:

الف) برای حمایتی بودن باید نیازهای همه‌ی اعضای خانواده در بستر خانواده تأمین شود. بنابراین زوجین که با تولد فرزندان عهده‌دار نقش جدید والدین نیز می‌شوند، باید اهتمام ویژه‌ای به شناخت ویژگی‌ها و نیازهای یکدیگر و فرزندان خود که برحسب تمایزاتی از قبیل جنس، سن، خصوصیات شخصیتی و اخلاقی، جایگاه و نقش در خانواده متفاوت است، داشته باشند تا از طریق شناخت هر چه بهتر بتوانند زمینه لازم را برای تأمین نیازهای یکدیگر و فرزندان در فضای امن خانواده فراهم نمایند. زیرا در فرهنگ دین خانواده مرکب از اجزای پراکنده‌ای که در کنار هم آمده باشند نیست، بلکه جمع یگانه و پایداری در پرتوی مودت و رحمت است و بر این اساس

^۱- استراس، آنسلم، و جولیت کوربین، اصول روش تحقیق کیفی: نظریه‌مبنایی، رویه‌ها و شیوه‌ها، ترجمه بیوک محمدی، (تهران، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۸۵)، ص ۱۰۱.

^۲- استراس، آنسلم، و جولیت کوربین، همان، ص ۱۰۴.

احساس آرامش هر یک از اعضای خانواده مستقل از دیگری نبوده و وابسته به احساس آرامش سایر اعضای خانواده است.

ب) برای حمایت بیشتر خانواده لازم است، خانواده تأمین کننده همه نیازهای باشد که انتظار می‌رود در خانواده تأمین شود. بنابراین توجه همسران به ابعاد مختلف نیازهای یک دیگر و فرزندان و تلاش برای بسترسازی مناسب برای تأمین همه جانبه-ی نیازهای اعضای خانواده اهمیت ویژه‌ی دارد. در این راستا زوجین باید ابعاد مختلف وجودی اعضای خانواده و تفاوت نیازها و انتظارات آنان را در نظر بگیرند، تا تأمین برخی نیازها با کم توجهی و اختلال مواجه نشود، و همهی اعضا در سایه تأمین همه نیازهایشان در بستر خانواده احساس آرامش کنند.

ج) برای ایجاد چتر کلان حمایتی بالای خانواده لازم است، تأمین نیازهای اعضای خانواده توأم با احساس امنیت و اطمینان خاطر باشد. به بیان دیگر، اعضای خانواده نسبت به تأمین نیازهایشان در خانواده آسودگی خاطر داشته باشند و با احساس عدم ثبات و امنیت در این زمینه مواجه نشوند. بنابر این نگرش و عملکرد زوجین و فرزندان باید به گونه‌ای باشد که همواره ایجاد کننده احساس امنیت و اطمینان خاطر برای اعضای خانواده در زمینه تأمین نیازهایشان باشد.

اکنون به مواردی از مقررات حمایتی در خانواده اشاره می‌شود.

۱- نگرش صحیح به ازدواج و انتخاب درست زوج؛ مشاوره‌های قبل از ازدواج این راه را بسیار هموار خواهد کرد. همچنین تصور و دیدگاه درست همسر نسبت به شخصیت و جایگاه زن در زندگی و اینکه آنها دو انسان هستند که به یکدیگر محبت دارند و اسباب ترقی روحی همدیگر را فراهم می‌کنند و زن برده و زرخرد نیست، تعادل انسانی زندگی را حفظ خواهد کرد. انتخاب همسر بر اساس معیارهای درست و شناخت دقیق از انتظارات و ویژگی‌های خود و همسر، از طریق فراهم آوردن زمینه لازم برای پاسخ دادن همسران به انتظارات و نیازهای یکدیگر در زمینه‌های مختلف در

امنیت و حمایت خانواده آینده نقش اساسی دارد. شناخت صحیح زوجین از یکدیگر موجب شناخت بهتر آنان از انتظارات و نیازهای یکدیگر شده و شناخت بهتر نسبت به نیازها نقش مهمی در تأمین نیازهای هر یک از زوجین توسط دیگری دارد.

همچنین تصور واقعی از زندگی مشترک و ازدواج، و فاصله گرفتن از آرمان‌ها و آرزوها خیالی، از اسباب استحکام و قوت خانواده می‌باشد، شناخت درست همسران از یکدیگر بعد از مدتی از زندگی مشترک، آنها را قادر خواهند ساخت که خواسته‌های یکدیگر را مدیریت کنند و نگرانی و واکنش‌های غیر قابل پیش‌بینی نداشته باشند.

۲- سن ازدواج، با توجه به دخالت شریعت و قانون، در سن ازدواج و احاله آن به
۱- اذن ولی، ۲- مصلحت طفل، ۳- تشخیص محکمه، لازم است که با نظر کارشناسان و استفاده از پژوهش‌های معتبر سن متناسب تعیین شود.

۳- خسارات ناشی از خواستگاری، اگر خواستگاری فاقد شرایط قانونی باشد و سبب خسارت مادی یا معنوی به طرف مقابل شود، قابل جبران است. عدم رعایت شرایط قانونی خواستگاری یا خواستگاری با سوء نیت، مسولیت مدنی یا کیفری در پی دارد. چون خواستگاری از زنی که فاقد شرایط حقوقی و شرعی است، ممکن است که ضرری را متوجه او کند، مثلاً خواستگاری از زن شوهردار، ممکن است ایجاد اختلاف میان زوجین کند. یا خواستگاری از زنی معتده، فرصت ازدواج مجدد او را با همسر قبلی اش سلب کند، یا خواستگاری از دختری که اهلیت و شرایط جسمانی ازدواج را ندارد، موجب فساد اخلاقی او شود. ضررهای فوق تابع مقررات مسولیت مدنی و ضمان است، بخصوص اینکه خواستگاری فاقد شرایط، در شریعت اسلام، حرام یا منع اخلاقی و انسانی (مکروه) شده است. از لحاظ کیفری خواستگاری بدون شرایط فقهی

یا قانونی تعرض به دیگری یا مزاحمت غیرقاتوتی تلقی می‌گردد که مستحق مجازات خواهد بود.^۱

۴- جبران خسارت انحلال رابطه نامزدی، زن در فرض انحلال نامزدی، مکلف به استرداد عین اموالی است که به قصد تادیه آثار مالی عقد نکاح مثل مهریه، به او داده شده است و در فرض عدم عین، مثل یا قیمت روز خرید آن قابل مطالبه است، مگر اینکه تلف آن ناشی از قوه قاهره یا تقصیر او باشد. مصارفی که در دوره نامزدی انجام می‌گیرد، گاهی به قصد ادای آثار مالی عقد نکاح است، این هزینه‌ها در فرض انحلال نامزدی، قابل مطالبه است، خواه انحلال نامزدی از سوی زن یا مرد یا توافق هر دو یا عوامل قهری یا مرگ باشد، چون تادیه اموال به قصد ایجاد عملی حقوقی بوده که ایجاد نشده است. ماهیت حقوقی این اموال پس از انحلال نامزدی در حکم ودیعه است.^۲

خسارت‌های معنوی ناشی از انحلال نامزدی در فرض فقدان دلیل موجه با رعایت دیدار و روابط مشروع در دوره نامزدی، متناسب با اوضاع و احوال عرف قابل جبران است. نامزدان در دوره نامزدی، با دیدار و صحبت با یکدیگر، از وضعیت شخصی، زندگی و اخلاق طرف مقابل اطلاع می‌یابند، و ممکن برای انعقاد و عدم انعقاد نکاح، آگاهی بیشتری لازم داشته باشند، حد این دیدارها و ارتباطات و میزان معلومات از طرف مقابل، احکام شریعت و عرف متدینان است. اما زیاده روی در روابط، ایجاد مسئولیت بیشتر می‌کند. در اکثر مواردی که دوره نامزدی طولانی می‌گردد، و نامزدان بدون توجه به احکام شرعی یا اخلاقی روابط فراتری از حد لازم را دارند، علایقی در نامه‌ها، عکسها، و ... به یکدیگر ابراز می‌گردد، انحلال نامزدی از سوی یکی از آنها، آثار

^۱ - صفایی، سید حسین و امامی، اسد الله، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۲۶.

^۲ - محمد فخر شافعی، شرح احکام الاحوال الشخصية للمسلمين و النصاری و اليهود، (دمشق، مؤسسة النوری، ۱۹۹۷

عیسی)، ص ۱۰۷

مخرب روحی - روانی را متوجه طرف دیگر می‌گرداند، حال اگر انصراف او بدون دلیل قانونی یا عذر موجه عرفی یا شرعی باشد، باید خسارات معنوی پیش آمده جبران گردد.^۱

۵- پذیرش نقش‌های محوله در خانواده و خلق و خوی نیک همسران، نقش‌پذیری واقعی، وظیفه‌شناسی، تعهد در امور خانواده و وفق دادن خود با انتظارات آن، اساس حمایت‌های داخلی و معنوی، و موجب استحکام و تقویت خانواده است، به عنوان نمونه تلاش زوج در زمینه مسئولیت اقتصادی او و تأمین هزینه‌های خانواده به احساس اطمینان خاطر و امنیت اعضای خانواده در زمینه تأمین نیازهای زیستی و در نتیجه آرامش آنان می‌انجامد.

ویژگی‌های اخلاقی اشخاص نیز در زندگی مشترک آنها اهمیت دارد، این خلیات مبارک علاوه بر تکامل شخصیتی انسان، موجبات استحکام و حمایت خانواده را نیز فراهم می‌کند. اوصافی همچون دارا بودن شخصیت آرام، صداقت و روراست بودن با یکدیگر، نجابت و پاکی فکر و رفتار، قدرشناس و قدردان بودن، مثبت‌گرا، قناعت بر داشته‌ها، احترام به شخصیت زوج، ایثار و خویش‌داری و از خود گذشتگی، خودخواهی و منیت نداشتن و ... اسباب سعادت و حمایت‌های معنوی خانواده است.

^۱ - برخی حقوق‌دانان عربی می‌نویسد: «انصراف از نامزدی، حق طبیعی نامزدان است، الزام به نکاح، با وجود عدم تمایل حداقل یکی از نامزدان موجب عقد اکراهی می‌گردد، و اکراه در عقد نکاح موجب ابطال آن است. از طرفی استعمال حق باید در محدوده عدم اضرار به دیگران باشد، اگر یکی از نامزدان عقد نامزدی را فسخ کند و انصراف او موجب اضرار به طرف مقابل گردد مسئول جبران آن می‌باشد. ضرر ناشی انحلال نامزدی ممکن است «مادی» یا «معنوی» باشد، چون اشخاص به همان سویه که متضرر مادی می‌شود ممکن است متضرر معنوی نیز گردد. ک. عبد الرحمن الصابونی، پیشین، ص ۵۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، چاپ چهاردهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲ خورشیدی، ص ۴۲: «خسارات قابل مطالبه محدود به زیانهای مادی نیست، در این زمینه خسارات واقعی در شکست روحی و صدمه‌های عاطفی است که عدالت نمی‌تواند از آنها چشم‌پوشد.»

اهمیت دادن زوجین به علایق، خواسته‌ها، انتظارات و نظرات یکدیگر از عوامل اصلی معاضدت در استحکام پایه‌های زندگی مشترک است، به عنوان نمونه توجه و اهمیت دادن همسران به خواسته‌های هم موجب احساس امنیت آنها در تأمین خواسته‌هایشان توسط همسر و در نتیجه آرامش می‌شود. سبک گذشته زندگی و نحوه تربیت همسران در خانواده‌های قبل، حامل برخی از این صفات نیک می‌باشد. همانطور که اثر پذیری شخصیت فرد از فضای خانواده بر نحوه تعاملات آینده موثر است، تصمیم به تغییر پذیری در فضای جدید نیز اهمیت دارد.

۶- مقرررات حمایتی از جهیزیه، جهیزیه اموال و وسایلی برای شروع زندگی است که بنا بر عرف برخی مکان‌ها، زوجه همراه خود به منزل مشترک یا شوهر می‌آورد. مالکیت آن مدام به زوجه است، و اجرت انتفاع زوجه و زوج از آن بر ذمه زوج است مگر اینکه انتفاع تبرعی آن از سوی زوج یا عرف غالب ثابت شود. جهیزیه ممکن است دارای سیاهه یا بدون سیاهه باشد.

تفاوت آن با وسایل عادی و شخصی زوجه،

الزام یا عدم الزام زوجه به آوردن جهیزیه در زندگی مشترک،

اختلاف در بقای جهیزیه و مسئولیت شوهر،

وضعیت انتقال و ارسال جهیزیه به منزل شوهر (مشترک)

و نحوه استرداد جهیزیه و مسائل حقوقی آن و صدور حکم جهیزیه و اجرای آن.

۷- حمایت از خانواده در شرایط ضمن عقد نکاح، شرایط ضمن عقد نکاح، پیش-بینی حقوق و تکالیف مغفول قانونی و یا نیازهای شخصی زوجین است که قانونگذار جبران آن را با نهاد شرط ضمن عقد پیش‌بینی کرده است، مثلاً زن می‌تواند در ضمن عقد نکاح، صلاحیت حضانت پدر را به خود منتقل کند یا در آن شریک مساوی یا شریک همراه با توافق باشد. همچنین امروزه بسیاری از دختران حق تحصیل، شغل، داشتن حق سفر و حق طلاق را در ضمن عقد نکاح درج می‌کنند تا در مواردی که

قانون حق را به مرد می‌دهد یا نیازمند موافقت مرد است، آنها به موجب این شروطی که در ضمن عقد نکاح گنجانده‌اند دارای حق باشند.

اما گاهی اوقات این نهاد به قدری فریه شده است که عرصه وسیعی از عدم حضور مقررات قانونی را نیز جبران می‌کند. البته قانون نباید نهاد شرط ضمن عقد را چندان مجال بدهد که تبدیل به رقیب گردن کلفتی در کنار او شود و از این ناحیه موجب تضییع حقوق و یا تحمیل شرایط غیر منصفانه در قرارداد شود، به همین جهت باید تبدیل برخی شروط ضمن عقد را به عنوان الزامات قانونی در قانون حمایت خانواده پی‌جویی کرد. باید از فرصت تجمع و روزآمد کردن قانون حمایت خانواده استفاده کرد و بر اساس مصلحت نظام و ارکان خانواده، سود جست و برخی از شروط ضمن عقد را به عنوان حقوق قانونی شناسایی کرد، تا از این طریق به اصل استحکام خانواده کمک اساسی شود.

۸- تأمین نیازهای عاطفی و رفتاری و معاضدت در زندگی و همراهی در کارهای مشترک خانواده، انسان خواه تنها و خواه در زندگی مشترک، نیازمند توجه و تأمین نیازهای عاطفی در رفتار و گفتار است. محبت و توجه زوجین به یکدیگر و تعریف از داشته‌های خلقی و خلقی و هدیه و سفارش به اینکه مراقب خود باشد، دل‌ها را می‌رباید و محبت را می‌افزاید، بخصوص قدردانی از توجه و محبت یکدیگر اهمیت زیادی برای از بین بردن برخی کاستی‌های زندگی دارد. احساس وجود متکای معتمد، اطمینان خاطر از داشتن مونس صمیمی در زندگی، بخصوص در سختی‌ها و مصیبت‌ها که بتوان به آن در همه شرایط تکیه کرد و او را پشتوانه‌ی سختی و مشکلات زندگی محسوب کرد، طوری که در شرایط خوب و سخت دل‌داری به یکدیگر بدهد و در حل مشکلات یکدیگر تلاش کند، آرامش‌زا و برای خانواده استحکام آور است. عموم انسان‌ها حتی در کارهای عادی زندگی مثل خرید، احساس نیاز به شخص همراهی که او را پشتوانی و همفکری کند، می‌نماید.

همچنین زوجین باید انجام کارهای مشترک و مربوط به زندگی مشترک را بی درخواست زوج، انجام دهد، زندگی در زمان حاضر بسیار پیچیده و حتی توقعات زوجین نسبت به گذشته تغییر کرده و در مواردی توسعه یافته است، بدون توجه زوجین امکان انجام همه امور میسر نیست، کوتاهی یکی از زوجین موجب اختلال زندگی مشترک و بسا انحلال رابطه زوجیت خواهد انجامید. در تحقیقات میدانی زنان، زیادی تاکید داشته است که باید همسر همراه و همگام بخصوص در شرایط سخت و دشوار پا به پای یکدیگر با هدفی مشترک زندگی کند تا آرامش خاطر و ثبات در زندگی خانوادگی استحکام یابد.

۹- کاهش مقدار مهریه و ضمانت اجرای تادیه آن، مهر مالی است که زن بر اثر ازدواج، مالک آن می‌گردد و مرد ملزم به دادن آن به زن است.^۱ امروزه میزان، نحوه پرداخت، و وصول مهریه با بحران‌های زیادی روبرو است. مشکل مهم اجتماعی مهریه در مورد مقررات ناظر به تعیین و پرداخت مهریه‌های سنگین و غیر قابل تادیه و غیر قابل تمکن از پرداخت، است، همچنین آیا راه درستی برای ایجاد محدودیت برای مقدار مهریه یا محدودیت برای بازپرداخت مهریه‌های سنگین و شیوه باز پرداخت مهریه برای اشخاص ناتوان از پرداخت جزئی یا ناتوان از پرداخت تمامی، وجود دارد، همچنین اشخاصی که در محکمه از پرداخت مهریه ادعای اعسار می‌کنند چه باید کرد. مهریه‌های سنگین گاهی بخاطر فضای عدم اعتماد کامل زوجین است، اما نباید غیر متعارف افزوده شود. مهریه‌های سنگین غصه بی‌درمان و چالش حقوقی معاصر است، تلاش‌های بسیاری برای حل این کلاف سر درگم انجام شده است. مهریه‌های سنگین که ناشی از جوگیری و بی‌توجهی به آثار حقوقی آن است، در مواردی منجر به دیون غیر قابل پرداخت و یا منجر به حبس و تادیه تمامی دارایی مرد شده است.

^۱ - صفایی سید حسن و همکاران، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۶۶.

برای این معضل راه‌هایی پیشنهاد شده است، از جمله:

۱- دریافت مالیات از مهریه‌های سنگین از زوجه؛ این مقررات نخست از وضع و توافق مهریه‌های سنگین جلوگیری محدودی خواهد کرد. ثانيا درآمدی برای دولت بوجود خواهد آمد که هر دو چیز مفیدی است.

۲- برخی استادان حقوق معتقد است اگر مهریه نقد باشد،^۱ و در موقع انعقاد نکاح ستانده شود، هم زوجه به سهولت مهریه خود را دریافت می‌کند و از سوی دیگر زوجی که بخواهد همسر خود را طلاق دهد با بهانه گیری‌های واهی زندگی را بر زوجه سخت نمی‌تواند تا او مجبور به بخشش مهریه شود، و همچنین باعث حذف مهریه‌های نامتعارف و خارج از عهده مرد می‌شود. فایده دیگر نقد بودن مهریه، جلوگیری از اعمال حق حبس^۲ جهت اخذ مهر است.^۳

تحدید مهریه به مقدار مشخص بر خلاف فقه است، در قرآن کریم مهریه از نظر کمی و زیاد، حد معینی ندارد و به تعبیر قرآن می‌توان قنطار (مال زیاد) باشد؛^۴ اما می‌توان بر اساس ضوابط معاملات برخی مهریه‌ها را باطل اعلان کرد، مثلا مهریه‌هایی که شخص توان فعلی و بالقوه برای پرداخت نداشته باشد،^۵

^۱ - نگارنده پیشنهاد می‌کند که مواد قانونی وضع شود که طبق آن مرد مهریه را نقدا در موقع انعقاد عقد به زوجه خود بدهد. (محمد رضا عباسی فرد و همکاران، تحولات و نوآوری‌های قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در مورد مهریه، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال نهم، ش ۱۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۶۴)

^۲ - حق حبس عملی است که ناچاری و متاع پنداری زوجه را به نمایش می‌گذارد.

^۳ - محمد رضا عباسی فرد و همکاران، تحولات و نوآوری‌های قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در مورد مهریه، مجله مبانی فقهی و حقوقی اسلامی، سال نهم، شماره ۱۸، ص ۵۷

^۴ - ان اردتم استبدال زوج مکان زوج و آیتیم احداهن قنطارا ... نسا آیه ۲۰.

^۵ - قانون احوال شخصیه افغانستان، پیش‌بینی کرده است، اگر مهریه در توان حال یا آینده زوج نباشد در حکم عدم تعیین مهر است. یعنی به مهرالمثل مراجعه خواهد شد. تشخیص اینکه مرد توان بالقوه پرداخت چنین مهری را دارد یا خیر با قاضی خواهد بود.

۱۰- محدودیت و کنترل ازدواج مجدد؛ تجربه و مطالعات به عمل آمده، اثبات کرده است که ازدواج دوم مؤثرترین عامل در سست گرداندن اساس و یا تلاشی خانواده اول است، تجویز و تسهیل در ازدواج دوم به نظر می‌آید، مانع استحکام خانواده شود. همچنین مشکلات از قبیل فرار دختران، افسردگی همسران اول و به خطا افتادن پسران، فساد و انحراف برخی زنان بی‌سرپرست، و ... را در پی دارد. اینکه مرد ملزم باشد برای ازدواج مجدد از محکمه اجازه بگیرد، دلیلی در شریعت ندارد. تعدد زوجات از حقوق مرد است مادامی که این حق از او در ضمن کدام قراردادی یا به نحوی قانونی از او سلب نشده است نمی‌توان او را ممنوع از ازدواج کرد، اما از طرف دیگر او پس از ازدواج مجدد، مکلف به تامین نفقه و رعایت عدالت در روابط زوجیت است. گرچند مقررات حمایت از خانواده ایران، پیش‌بینی کرده است که مرد برای ازدواج مجدد باید اقدام به اخذ اجازه از محکمه نماید. محکمه نیز در صورتی اجازه ازدواج مجدد صادر می‌نماید که توانایی مالی مرد و قدرت او را به اجرای عدالت را احراز کرده باشد. برای مردی که بدون اخذ اجازه از محکمه ازدواج کند، باید به جبران خسارت زوجه اول، یا رضایت به طلاق او تکلیف گردد.

محکمه اولین شرط ازدواج دوم را باید تادیه مهریه همسر اول، تعیین کند. این عامل بازدارنده‌ای از تعدد بیجای ازدواج دوم در مواردی خواهد شد. زنان، مهریه را پشتوانه‌ای برای خود می‌دانند و از ابتدا به تناسب ریسک ازدواج برای آن مقدار تعیین می‌کنند. از طرفی برخی اشخاص که قصد ازدواج دوم دارد، به هر نحوی ازدواج می‌کنند، روش‌های زیادی برای کار وجود دارد.

۱۱- توسعه و تضییق موارد فسخ نکاح؛ علیرغم شناسایی بیماری‌هایی افزون بر آن چه که در قانون ذکر شده است، با توجه به آن که برخی قضات اعتقاد به حصری بودن موارد مذکور را دارند، باید قانون‌گذار مطابق با اقتضائات روز، و با تجدیدنظر در شیوه قانونگذاری و استفاده از روش تمثیلی و ارجاع به کارشناس، نسبت به ذکر بیماری‌هایی از قبیل ایدز و... به عنوان موارد فسخ نکاح اقدام نماید، همچنین با هدف

استحکام خانواده و جلوگیری از تلاشی آن، باید برخی از بیماری‌های سنتی فسخ نکاح را به دلیل معالجه کامل آنان در حال حاضر، از ردیف موارد فسخ نکاح حذف نمود.

۱۲- محدودیت طلاق از سوی زوج؛ مرد نباید بتواند زن خود را بدون رعایت تشریفات خاصی طلاق دهد، اختیار مرد در خصوص مطلق بودن، موکول به رسیدگی محکمه و صدور گواهی عدم سازش شده است و ضمن آنکه در تقاضانامه صدور گواهی بایستی علل تقاضا به شکل موجه قید شود، بنابراین، اختیار مرد در خصوص طلاق محدود می‌گردد. اگر مرد تمایل به تداوم زندگی ندارد، و دلیل محکمه پسند هم ندارد باید ملزم به جبران خسارت گردد، چون محدود ساختن اختیار طلاق از سوی زوج، با مشکلات عدیده‌ای مواجه است. شریعت به زوج اختیار طلاق را بدون محدودیت داده است. فتوای قریب به اتفاق مراجع عظام تقلید شیعه برای طلاق جز شرایط عمومی اهلیت زوج و برخی شرایط اختصاصی برای زوجه هیچ شرط دیگری قایل نشده است.

اما پیش‌بینی محدودیت برای حق طلاق زوجه و لو زوجه دلیل محکمه پسند نداشته باشد، خلاف شرع است، شاید بتوان جبران خسارت یا تادیه کامل مهریه و سایر امور و حقوق مالی زوجه را از قبل نکاح مقدمه اطلاق اقدام طلاق از سوی زوج قرار داد.

۱۳- درخواست طلاق از سوی زن به دلیل عسر و حرج، زنان باید اجازه داشته باشند که در مواردی که دلایلی محکمه پسند دارند، تقاضای طلاق کنند، در صورت عدم دلیل باید جبران خسارت نماید، درباره طلاق باید تسهیلاتی برای زن به وجود آورده شود که بتواند به محکمه مراجعه کند، طرح دعوا کند و نارضایتی خودش را از شوهرش نشان دهد و ابراز کند و در پی این نارضایتی بتواند به حق طلاقش متوسل شود.

اگر دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، او می‌تواند از حاکم شرع، تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج ادعا شده ثابت شود، زوج مجبور خواهد شد که زوجه را طلاق دهد، در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع

طلاق داده می‌شود. عسر و حرج از واژگانی است که در قرآن کریم استفاده شده است، عسر به معنای سختی و دشواری، و حرج به معنای «ضیق» و «تنگی» است.^۱

قاعده عسر و حرج در چند جای برای زوج تسهیلات حقوقی ایجاد می‌کند، منشا آن ممکن از عوامل طبیعی باشد مثل اعتیاد غیر قابل تحمل زوج به مواد مخدر و الکل که جسم و روح فرد مبتلا در معرض تغییر و دگرگونی قرار گیرد، به طور قطع این اعتیاد به اساس خانواده خلل وارد می‌کند و ادامه زندگی همراه با عسر و حرج خواهد بود. همچنین هر عامل دیگری که خصوصیات اعتیاد با مشخصات فوق را داشته باشد، در زمره عوامل طبیعی ایجاد عسر و حرج خواهد بود. انواع مواد مخدر صنعتی جدید یا روان‌گردان‌ها که به مراتب از اعتیاد به مواد مخدر سنتی خطرناک‌تر و بنابر نظر متخصصین حتی با مصرف کوتاه مدت آن، جسم و روح فرد دچار فساد می‌شود و در برخی از انواع آن، حتی امکان ترک وجود ندارد، به منظور: ۱- بازدارندگی، ۲- به دلیل اقوی و خطرناک‌تر بودن اعتیاد به مخدر صنعتی و روان‌گردان‌ها، شایسته است این امر مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد و کلیه مواد مخدر و روان‌گردان‌ها که بر اساس نظر کارشناس موجب اخلال در زندگی شده و غیرقابل تحمل زوج دیگر باشد، مجوز طلاق باشد.

علت عسر و حرج زوج به خاطر این است که زوج قادر به رتق و فتق امور زندگی مشترک نیست، و نمی‌تواند، اساس زندگی خانوادگی را که نیاز به محبت و همکاری مشترک دارد، حفظ کند. پس اگر زوج مدعی باشد که اساس زندگی خانوادگی مختل شده است و شوهر رابطه اخلاقی و قانونی یا وی ندارد و از تفاهم و حسن معاشرت و تلاش در جهت حفظ کانون خانواده خبری نیست، و ادامه زوجیت غیر ممکن است، محق در درخواست خود می‌باشد.

^۱- انشراح، ۵-۶، طلاق آیه ۷، حج آیه ۷۸،

از دیگر عوامل عسر و حرج، عواملی است ناشی از وضعیت زوج، مثل ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید. و همچنین عقیم بودن زوج، اگر زوجه از حق فسخ خود به دلایلی، مثل امید به تداوی استفاده نکرده باشد، و در ادامه زندگی دچار محرومیت از فرزند گردد، مشقت ادامه زندگی در چنین شرایطی موجب عسر و حرج است، همین‌طور است اگر زوج مانع بارداری شدن زوجه شود.

از دیگر عوامل عسر و حرج، عواملی است ناشی از رفتار زوج است مثل ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد. از دیگر عوامل عسر و حرج، عواملی است ناشی از وقوع برخی حوادث پس از ازدواج است که موجب عسر و حرج می‌گردد، مثل حبس قطعی، طولانی مدت زوج، ترک زندگی مشترک از سوی زوج، غیبت طولانی شوهر، و ...، چون دوری از شوهر در مدت طولانی فلسفه مشترک را تضعیف می‌کند.

۱۴- دارایی مشترک، شریعت تکالیف و حقوق زوجین را مشخص کرده است، اما هر یک از زوجین گاهی خارج از تکالیف شرعی و قانونی و حتی قراردادی به اموری اقدام می‌کند که موجب افزایش اموال طرف مقابل و یا انجام تعهد طرف مقابل می‌گردد، گاهی انجام دهنده از مقررات شرعی یا قانونی آن امور بی‌اطلاع‌اند یا بخاطر ناچاری و تعطیل نشدن زندگانی مشترک و گاهی بخاطر اینکه عرف تقاضای انجام آن امور را می‌کند، انجام می‌دهد. آیا در عصر حاضر می‌توان دارایی‌های مکتسبه مرد را صرفاً حاصل تلاش وی دانسته و با یک جزم‌گرایی، او را مستحق تملیک تمام آن شمرد، اگرچه امروزه با شرط ضمن عقد دارایی‌های مکتسبه پس از ازدواج، تنصیف می‌شود، ولی اولی است با واقع‌نگری در قانون، پیش‌بینی چنین حقی برای زن صورت گیرد.

مثلاً در بسیاری موارد زن درآمد مستقلی ندارد؛ ولی تلاش او زمینه ساز تحصیل مال برای شوهر است، اکنون با توجه به آن که زن در منزل به کارهایی اهتمام می‌ورزد

که هیچ تکلیفی در قبال آن ندارد و اگر شوهر او را در داری مشترک سهیم نداند او نیز کارهای خانه که تکلیف او نسبت را با قصد تبرع انجام نمی‌دهد، بلکه به مناسبت رفق و مدارا، علاقه به خانواده و اعضای آن، این قبیل امور را در منزل عهده دار می‌شود.

۱۵- اجرت خدمات زوجه در زندگی مشترک؛^۱ اجرت؛ به اجرت‌المسمی و اجرت‌المثل تقسیم می‌شود. اجرت‌المسمی مقدار اجرتی است که در عقد بر آن توافق می‌شود، یا پرداخت آن مبلغ، در نزد طرفین عقد معین است.^۲ در تعریف اجرت‌المثل آمده است: اجاره‌بهایی است که پس از تمام شدن اجاره، از روی میزان اجاره نظایر آن معین شود.^۳

برای اجرت‌المثل، در کتب فقه به جهت وضوح آن تعریف خاصی آورده نشده است؛ ولی از مجموع فتاوا می‌توان برداشت کرد که اجرت‌المثل، اجرت متعارفی است که بدون تعیین از جانب طرفین عقد نسبت به عمل، بعد از انجام کار پرداخت می‌شود.^۴ اجرت‌المثل از حقوق مالی که در فقه شیعه و حقوق اسلام برای زوجه در نظر گرفته شده است، زوجه در هر زمانی که استحقاق دریافت اجرت‌المثل کارهایی را دارد که خارج از وظایف شرعی وی بوده است. در زمینه مبنای فقهی اجرت‌المثل ایام

^۱ - پور عبدالله، کبری و سرخ حصاری، فاطمه، مبانی فقهی و حقوقی اجرت‌المثل خانه‌داری و بررسی وظایف شرعی زوجه در فقه، (دوفصلنامه علمی - ترویجی فقه و حقوق خانواده (تدای صادق)، سال بیستم، پاییز و زمستان ۹۴، شماره ۶۳، ص ۶۹.

^۲ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمولوژی حقوق، (تهران، گنج دانش، ۱۳۸۵)، ص ۱۱.

^۳ - عمید، حسن، فرهنگ فارسی همید، (تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۲)، ج ۱، ص ۸۴.

^۴ - طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، (تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء آثار الجعفریه، ۱۳۷۸)، ج ۳، ص ۲۵۰. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، (بیروت، دار‌احیاء التراث، ۱۴۰۴)، ج ۲۷، ص ۳۳۶. یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی فیما تعم به البلوی، (قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق) ج ۲۰، ص

زوجیت می‌توان به قاعده احترام مال و عمل مسلم اشاره کرد. در تعریف این قاعده آمده است: مقصود از احترام مال مسلم، مصونیت آن از تصرف مجانی و تعدی بر آن است؛ بدین معنا که مال مسلمان محترم است و تعدی و تجاوز بر آن جایز نیست و اجرت آن باید پرداخت شود.^۱

در کتب مختلف فقه نیز آمده است که هرکس به دستور دیگری عملی را انجام دهد که دارای اجرت است و عامل قصد تبرع نداشته باشد، به اقتضای احترام عمل مسلم باید اجرت کار او را پرداخت کرد.^۲ در فرض انحلال رابطه زوجیت، تکلیف این کارهای چه خواهد شد؟ اصل اولیه این است که هر کس در قبال کاری که برای دیگری انجام می‌دهد، مستحق حق‌الزحمه قراردادی یا اجرت‌المثل قانونی یا عرفی یا شرعی است. مقررات ایران گفته است، زوجه استحقاق دریافت اجرت‌المثل کارهایی را که خارج از وظایف شرعی وی بوده و به دستور زوج انجام داده است؛ مشروط بر اینکه این امور را با قصد تبرع انجام نداده باشد و عرف نیز برای آنها اجرت در نظر گرفته باشد. دارد.

آنچه به دستور زوج انجام نداده است، ممکن بخاطر اجبار عرفی یا نیازهای زندگی انجام داده است، عرف در صورتی عمل شخص را فاقد حق‌الزحمه می‌داند که در حکم قاعده و قانون شده باشد، والا باید حق‌الزحمه عرفی آنرا تامین نماید. پس قانون باید این اعمال زوجه یا زوج را در فرض انحلال زوجیت مورد بررسی و تعیین تکلیف نماید.

از مجموع تعاریف فوق به خوبی نتیجه‌گیری می‌شود که عمل انسان نیز ارزش اقتصادی دارد و مورد داد و ستد (اجاره اشخاص) قرار می‌گیرد. با اعتقاد به ارزش

^۱ - مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد، (تهران، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق)، ص ۱۷.

^۲ - الخویی، السید ابوالقاسم، المستند فی شرح العروه الوثقی، ج ۳۰، ص ۱۱۲.

اقتصادی عمل انسان، این مسأله در قوانین متعدد مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است.

مهمترین خدمات زوجه به زوج عبارتند از:

۱- خدمت زن به شوهرش در زمینه لباس، پخت نان و طبخ غذا و مانند آن واجب نیست و انجام امور منزل از حقوق زوج بر زوجه نیست. البته اگر این کار را شرعاً تبرعی انجام دهد، کار نیکویی است.^۱ بنابراین می‌توان گفت انجام امور داخلی منزل عرفاً موظف به و در فقه جزو تکالیف واجب زن به شمار نیامده است، گرچه اخلاقاً این امور انجام می‌شود، و اگر نشود، به معنای نادیده گرفتن عرف و اخلاق نیست.

۲- شیر دادن زن به طفل مشترک، در خصوص شیر دادن به طفل، فقها بر این عقیده‌اند که ارضاع کودک وظیفه زن نیست، اگر مردی دارای فرزند شود و نتواند همسر خود را به شیر دادن طفل وادار کند، بهتر است که مادر شیر دهد، ولی ملزم به آن نیست و می‌تواند از این بابت اجرت دریافت کند. البته فقها بیان کرده‌اند اگر این شیر دادن منحصر در مادر باشد و نتوان از طفل دفع ضرر کرد در این صورت واجب می‌شود. این وجوب هم به دلیل حفظ نفس محترمه است.^۲

^۱ - مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، احکام النساء، (کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق)، ص ۴۲.

سیستانی، سید علی، المسائل المنتخبه، (بیروت، موسسه المنار، ۱۴۱۳ق)، ص ۴۲.

^۲ - مفید بغدادی، محمد بن محمد بن عکبری، همان، ص ۴۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوز فی فقه

الامامیه (قم، المکتبه المرتضویه لإحياء آثار الجعفریه، ۱۳۷۸)، ج ۳، ص ۲۳۹. فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن،

کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام (قم، انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶)، ج ۷، ص ۵۴۵.

شیرازی زنجانی، سید موسی، کتاب النکاح، (قم، موسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۱۹)، ج ۲۵، ص ۷۹۱۸.

با ملاحظه منابع فقهی معلوم می‌شود که اجرت شیر دادن را اگر فرزند مالی داشته باشد، از مال او قابل مطالبه می‌داند نه از دارایی پدر؛ مگر در صورت اعسار فرزند و توانایی پدر که در این صورت پرداخت اجرت بر عهده پدر خواهد بود.^۱

۳- حضانت فرزند، حضانت واجب است، یعنی هر کدام از زوجین که دارای شرایط حضانت باشد، بر او واجب می‌شود و در صورت قبول وی، حضانت از دیگری ساقط می‌شود.^۲ حتی گفته‌اند که وجوب حضانت به دلیل ضرورتش امری بدیهی است و فقهای متقدم و معاصر هم بر آن اتفاق نظر داشته‌اند.^۳ در حق یا حکم بودن حضانت میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد؛ زیرا بعضی از فقها حضانت را حق محض می‌دانند که در نتیجه مادر می‌تواند آن را اسقاط کند و حتی مطالبه اجرت کند.^۴ و برخی دیگر قائل به حکم بودن حضانت هستند. در نتیجه والدین ملزم به حضانت هستند و این حضانت قابل اسقاط نیست.^۵

برای حل این تهافت، برخی نویسندگان حقوقی، به نکته‌ای بدیع اشاره کرده است: حضانت در ذات خود ولایت، منسب و وظیفه‌ای شرعی است که قبول آن در استحقاق والدین است. در تعریف منسب گفته شده است که منسب، حق به معنی وظیفه و مسؤولیت است، نه حق به معنای سلطه. در واقع، منسب امتیاز و شایستگی است که شارع آن را در بحث حضانت در استحقاق والدین دانسته است. حال ایشان می‌توانند از این موقعیت استفاده کنند و به دنبال تصدی آن، به انجام وظایف و اموری که به حفظ و

^۱ - سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، (بیروت، موسسه المنار، ۱۴۱۳ق)، ج ۲۵، ص ۲۷۲.

^۲ - شیرازی، قدرت الله انصاری، و پژوهشگران، موسسه احکام الاطفال و ادلتها، (قم، مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ق)، ج ۱، ص ۳۰۷.

^۳ - شیرازی و پژوهشگران، همان، ج ۱، ص ۳۱۳.

^۴ - نجفی، محمد حسین، همان، ج ۳۱، ص ۲۸۴. شبیری زنجانی، همان، ج ۲۵، ص ۷۹۷۶.

^۵ - شیرازی و پژوهشگران، همان، ج ۱، ص ۳۱۶.

رشد کودک می‌انجامد، مشغول شوند. پس حضانت منسب و ولایتی است که دارای اساس حق و امتیاز است.^۱

مطابق این دیدگاه، حضانت نه مانند چیزی است که قانون آن را حق و تکلیف می‌داند و نه مانند دیدگاهی است که معتقد است حضانت حکم است؛ بلکه حضانت یک حق و منسب است. نتیجه حق و منسب بودن این است که نه مانند حکم است که هر اسقاط و انتقالی در آن ممنوع باشد و نه مانند حق است که هر اسقاط و انتقالی در آن صحیح باشد. بلکه هر انتقال یا اسقاط مشروط به استحقاق و مصلحت طفل خواهد بود.^۲ حق و منسب بودن حضانت، مانع دریافت اجرت از سوی مادر نیست. در صورتی که مادر این منسب را بر عهده بگیرد، می‌تواند اجرت دریافت کند؛ همان‌طور که در رضاع با قبول رضاع و انجام آن می‌تواند اجرت دریافت کند.^۳

۴- تربیت فرزند: تربیت به ویژه تربیت فرزند است که دین مقدس اسلام برای آن ارزش بسیار بالایی قائل است، مغفول مانده و کتاب جامع فقهی که در آن از احکام تربیت طفل و مسؤولیت والدین در این زمینه سخن به میان آورده باشد، نمی‌یابیم. تنها در خلال مباحث فقه برخی مصادیق آن مانند تربیت در زمینه عبادات مانند نماز و روزه بیان شده است. تربیت همیشه زیر مجموعه حضانت قرار می‌گیرد. فقها در تعریف حضانت، آن را ولایت و سلطنت بر تربیت طفل می‌دانند؛ یعنی در کلام فقها حضانت اعم از تربیت است.^۴ در این که تربیت واجب است یا خیر، در فقه به طور مستقل به

^۱ - مکارم شیرازی، ناصر، همان، ج ۶، ص ۱۴۲.

^۲ - پورعبدالله، کبری، حق و منسب بودن حضانت و آثار حقوقی آن، دو فصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره ۵۵، سال ۱۳۹۲، ص ۱۴.

^۳ - پور عبدالله، همان، ص ۱۶.

^۴ - فاضل هندی، همان، ج ۷، ص ۵۴۹.

بحث تربیت پرداخته نشده است تا بتوانیم به طور دقیق به این سؤال پاسخ دهیم، اما می‌توان از کلام فقها در باب حضانت و ابواب دیگر وجوب تربیت را نیز ثابت کرد.^۱ حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا ادله وجوب تربیت شامل مادر هم می‌شود یا خیر؟ گفته شده است که وجوب تربیت شامل پدر و مادر هر دو می‌شود و میان این دو تفاوتی نیست؛ زیرا خطاب‌های قرآن قوانین کلی هستند که شامل همه افراد می‌شود مگر آن که استثنا شده باشد و ما در این زمینه استثنایی نداریم. دیگر این که احکام مربوط به اطفال یا تنها مختص پدر است مانند نفقه، یا مختص مادر است مانند رضاع. مابقی احکام مشترک میان هر دو است، و اگر اگر تنها مختص پدر بود، حتماً به آن تصریح می‌شد.^۲

اما اجرت بر تربیت، چون فقها حضانت را ولایت و سلطنت بر تربیت طفل می‌دانند؛ یعنی در واقع حضانت را اعم از تربیت می‌دانند. در نتیجه همان مباحثی که در اجرت بر حضانت مطرح می‌شود، در اینجا نیز مطرح می‌شود.

۱۶- شرایط تادیه حق الزحمه خدمات زوجه، اگر اقدام عامل، به امر استیفاء کننده یعنی منفعت برنده باشد، و نه اقدام خود سرانه، الزام به پرداخت اجرت المثل خواهد شد.^۳ پس اگر در این موارد دستور زوج وجود داشته باشد، زوج ملزم به پرداختن اجرت المثل خواهد شد. در زندگی زناشویی به طور قطع درخواست زوج از زوجه به انجام امور فوق هست، بدون انجام خدمات فوق از سوی زوجه زندگی مشترک قابل اداره نیست. اینکه زن تقاضای اجرت المثل می‌کند، کارها با قصد تبرع نیز نبوده است. بخصوص که در دعوی بین تبرع و عدم آن، اصل عدم تبرع است. و زن در حین انجام خدمات در زندگی مشترک یک شرط در ذهن دارد که اگر مرد او را از اموال خود

^۱ - شیرازی، قدرت‌الله انصاری و پژوهشگران، همان، ج ۳، ص ۲۹۴.

^۲ - شیرازی، قدرت‌الله انصاری و پژوهشگران، همان، ج ۳، ص ۳۱۸.

^۳ - کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، (وقایع حقوقی)، (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷) ص ۲۴۷.

محروم کرد و نسبت به خدماتی که در زندگی مشترک انجام داده است، بی حق دانست، حق الزحمه این کارها را بستاند. روحیه زنان فعلی با گذشته بسیار متفاوت است.

قانونگذار ایرانی با ذهنیت حمایت از شیوه سنتی زندگی زوجین و فشار افکار عمومی زنان، مقرراتی را با هدف حق خواهی زنان، وضع کرده است، موضوع عدم قصد تبرع زن را در کارهای خانه اختراع کرده است، و تاکید دارد زن حق دریافت حق الزحمه خدمات خود را در داخل خانه دارد به شرطی که قصد تبرع نداشته باشد و به امر زوج انجام داده باشد.

اگر دعوی تبرع و عدم تبرع مطرح شود در صورتی که هیچ کدام دلیل محکمه پسند نداشته باشد، اصل عدم تبرع است. اینکه گفته شده است، ظاهر در زندگی زوجین و محبتی که در میان آنها وجود دارد، قصد تبرع از سوی زن است. باید گفت، این ظاهر مقید به رابطه عاطفی طرفینی است، اگر در آینده کشف شود که زوج منفعت خود را مقدم بر رابطه عاطفی زوجیت دانسته است، زوجه نیز در آن خدمات، از منفعت خود نمی‌گذرد. خدمات زن در دوران زوجیت با مشکل دیگری روبه رو می‌شود و آن شرط ضمنی عرفی است. به این صورت که کارکردن تبرعی زوجه در زندگی زناشویی به صورت یک شرط ضمنی در ازدواج است.^۱ بخصوص اینکه ظاهر زندگی الان با گذشته تفاوت کرده است، رابطه های زوجیت الان بیشتر حقوقی است تا عاطفی.

۱۷- حمایت از نسب و دعاوی آن، حقوق اهل تشیع مانند سایر کشورها، طفل متولد در زمان زوجیت را ملحق به شوهر می‌داند و برای احراز این امر که طفل در اثر

^۱ - هدایت نیا، فرج الله، حقوق مالی زوجه (اجرت المثل، نحله، و تعدیل مهریه)، (تهران، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵)، ص ۸۲.

نزدیکی زن و شوهر به وجود آمده است از حداقل و اکثر حمل یاری می‌گیرد.^۱ لذا برای اثبات همه آثار حقوقی نسب، صرف رابطه خونی کافی نیست؛ تنها در صورتی که شارع و قانونگذار حدوث این رابطه را تحت شرایطی مورد تأیید قرار دهد، می‌توان گفت نسب، ثابت و برقرار گشته است. به همین دلیل حتی در مواقعی که رابطه خونی و ژنتیک مسلم است و تردیدی در آن نیست، نمی‌توان لزوماً حکم به وقوع نسب شرعی و قانونی داد؛ مانند مواردی که زن و مردی قبل از عقد نکاح، با هم ارتباط داشته و صاحب فرزندی شوند؛ این طفل بی‌گمان از منظر آزمایش ژنتیک منتسب به این زن و مرد است؛ اما دارای نسب قانونی نیست و همه آثار حقوقی نسب بر وی مترتب نمی‌گردد. مع ذلک از آنجا که رابطه خونی شرط لازم برای برقراری نسب شرعی محسوب می‌شود، بررسی ارزش و اعتبار این گونه آزمایش‌ها از دیدگاه حقوقی اهمیت می‌یابد.

جدیدترین، پیشرفته و دقیق‌ترین آزمایش برای احراز رابطه نسب، DNA است. برخی نویسندگان بطور کلی اظهاراتی در خصوص ارزش آزمایش داشته‌اند؛ یکی از آنها براین باور است که مصادیق اماره، موارد مرتبط با کارشناسی نیست؛ یعنی دی ان ای نمی‌تواند اماره باشد؛ زیرا ظن بلکه قطعیت صد در صد، آور نیست.^۲ در مقابل، برخی بر این نظرند که قراین و امارات قطعی همانند کارشناسی‌های دقیق و علمی مانند دی ان ای در ردیف امارات و ادله ظنی هستند. زیرا اعتماد قاضی بر قول متخصص، به دلیل این که قطع کارشناس به دادرس منتقل نمی‌گردد، موجب ظن معتبر است و اماره محسوب می‌گردد.^۳ البته متخصصان این رشته به احتمال خطا در آزمایش‌های ژنتیکی اذعان دارند و آن‌ها را قطعی نمی‌دانند؛ پس به طریق اولی این آزمایش‌ها نمی‌توانند برای قاضی یقین و قطعیت ایجاد کنند. به همین دلیل، در این پرونده‌ها از علم قاضی

^۱ - کاتویان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۲، ص ۱۳.

^۲ - قرجه‌لو، علیرضا، امارات قضایی در حقوق کیفری ایران و انگلیس، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۹، ص ۴۷۰.

^۳ - کریمی، عباس، تبیین منطقی دلیل قضایی، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۶، ش ۴، ص ۲۰۲.

صحبت می‌شود. به نظر می‌رسد در رویه قضایی آزمایش DNA در جهت اثبات رابطه نسبی با وجود قراین و محتویات پرونده، غالباً برای قضات ایجاد علم می‌کند و تمایل به اعتبار آن دارند؛ به ویژه در مواردی که در راستای تحقق نسب مشروع و شرایط اماره فراش است.

اثبات یا نفی نسب، آثار حقوقی فراوان مالی و غیرمالی دارد که باعث شده این موضوع در شمار یکی از مباحث مهم فقهی و حقوقی قرار گیرد. اثبات آثار حقوقی نسب به دو موضوع بستگی دارد: یکی موضوع بیولوژیک و دیگری موضوع حقوقی. حمایت از حقوق کودکانی که در خانواده متولد و دارای نسب مشروع هستند و حفظ حرمت خانواده‌ها ایجاب می‌کند که نسب طفل نیاز به اثبات نداشته باشد و نفی آن نیز به سادگی پذیرفته نشود. تنها راه معقول در چنین مواردی استفاده از اماره های قانونی است.

۱۸- اهدای جنین، یکی از معضلات رو به افزایش دنیای معاصر، ناباروری زوجین است که یکی از راه حل‌های موجود استفاده از مقررات اهدای جنین است. برای اهدای جنین شرایط و مراحل لازم است و همین‌طور برخی مدارکی که باید به تأیید پزشک مورد اعتماد قوه قضائیه (طب عدلی) برسد. درخواست اهدای جنین و بررسی وجود شرایط لازم و در نهایت صدور مجوز برای آن با محکمه احوال شخصیه است.

فقه و حقوق نیازمندی‌های اطفال در زندگانی مدنی و اجتماعی را به دو مجموعه کلان گروه‌بندی کرده است، یک مجموعه با نهاد ولایت و جایگزین‌های آن (وصایت و قیمومت) و دیگری توسط نهاد حضانت، تامین و اداره می‌شود. قانونگذار متولیان این دو نهاد را با رعایت احکام شریعت و توصیه‌های فقهی تعیین کرده است، اما نیازها دنیای جدید و تغییراتی که در ارتباطات جامعه به وجود آمده است، بازنگری و تغییراتی را در مقررات سنتی می‌طلبد.

۱۹- تاسیس محکمه اختصاصی خانواده و تعدد قضات در آن؛ یک‌کاسه شدن دعاوی خانوادگی، با آنهمه اهمیت این نهاد با دعاوی عمومی مدنی و تراکم کار در

محاكم عمومی، و تنوع موضوعات مورد رسیدگی در این محاکم، علاوه بر اینکه بدور از یک رسیدگی اختصاصی صحیح است و قضات توان علمی این رسیدگی‌ها را ندارند، آشفته‌گی ذهنی و فکری برای قضات ایجاد خواهد کرد و در نهایت رسیدگی به دعاوی و حل و فصل اختلافات خانوادگی تبدیل به یک اقدامات نه چندان با اهمیت در شان خانواده خواهد شد.

قضات محاکم خانواده باید از تخصص کامل در امور خانواده و تجربه لازم برخوردار باشد. عدم تخصص و اشراف قضات به مباحث خانواده و دعاوی آن، و فقدان تجربیات تخصصی و حرفه‌ای مفید و کافی در این ارتباط، موجب بروز و ظهور مشکلات متعدد حقوقی، قضایی، اداری و اجرایی در روند رسیدگی به دعاوی خانوادگی خواهد شده و هزینه‌های کلانی نیز بر مردم و دولت وارد خواهد کرد.

از جمله آثار تاسیس محکمه اختصاصی خانواده کوتاهی زمان رسیدگی به دعاوی خانواده، است. مهمترین هدف قانون حمایت خانواده، تحکیم مبانی خانواده و جلوگیری از افزایش اختلافات خانوادگی به ویژه طلاق است. فشارهای اقتصادی و اجتماعی و روانی موجود در جامعه از عوامل مهم طلاق به‌شمار می‌آیند، کاهش آمار طلاق، با دشوارتر و طولانی‌تر کردن آن نیست، بلکه روند قانونی آن باید معقول و معتدل باشد، طولانی گشتن آن بیشتر به زیان زنان خواهد بود، چرا که آنان باید محدودیت‌هایی را که قانون برای زنان شوهردار تعیین می‌کند، سال‌ها پس از تصمیم به طلاق نیز همچنان تحمل کنند، تا رأی قطعی صادر شود. گاهی مفاسد اخلاقی و عقیدتی فراوانی از این ناحیه به زنان نحمیل خواهد کرد.

۲۰- تعدد قضات محکمه خانواده و لزوم حضور قاضی زن در تشکیل محکمه خانواده، محاکم خانواده باید با سه قاضی تشکیل جلسه بدهد و به دعاوی به صورت شورایی رسیدگی و به صورت رای اکثریت اصدار حکم نمایند تا رسیدگی‌ها تخصصی و عمیق‌تر گردد. دستگاه عدلی- قاضی باید الزام گردد که در عرض حداقل پنج سال آینده شرایط را فراهم کند.

قضاوت جدید، متفاوت با قضاوت شرعی است. در قضاوت جدید، قاضی به نظر و اجتهاد خود در فقه شریعت اسلام عمل نمی‌کند، او کارشناسی است که تلاش دارد حکم مواردی را که به او ارجاع شده است، در قانون نوشته شده، پیدا کند، و محاکم بالاتر، کارشناسان خبره‌تر در قانون است که می‌توانند تشخیص قاضی بدوی را نقد و نقض کنند. با این وصف، التزام به مرد بودن قاضی که در فقه مطرح شده است، ضرورت ندارد.

تبعیض جنسیتی علیه زنان در شغل قضاوت موجب خواهد شد که دادخواهی زنان سخت‌تر شود، چون زن در محاکم از جمله محکمه خانواده باید با چهار مرد طرف باشد که یکی از این مردان هنوز شوهر او است و سه مرد دیگر در مقابلش نشسته و به قضاوت می‌پردازند، این وضعیت از نظر روانی اثر نامطلوب خواهد داشت. دلیری در برابر حضور زنان در قضاوت بخصوص محاکم، امری ناستوده و نا ضروری به نظر می‌رسد، زیرا یکی از دو طرف دعوا، زن است که با همجنس خود بهتر می‌تواند مسائل مخفی را در میان بگذارد.

لزوم حضور قاضی زن در محاکم خانواده، با فقه، مخالفتی ندارد، چون در روند سه محکمه بودن قضاوت، صدور حکم او با نظارت قاضیان واجد شرایط است، و پس از صدور حکم، به قضاوت واجد شرایط عرضه می‌گردد و آنها مهر تأیید یا نقض بر چنین حکمی می‌گذارند، در نهایت این حکم، در حقیقت همان حکم قاضی واجد شرایط است و تنها مقدمات آن را داوران فراهم کرده‌اند. در مقام مشاوره‌ی قضایی بودن و فراهم بودن مقدمات قضاوت، مرد بودن شرط نیست و زنان می‌توانند برای پیشبرد قضاوت در صدور حکم به مردان قاضی کمک‌های شایسته‌ای کنند.

نتیجه گیری

خانواده، در زمره حساس‌ترین نهادها در رابطه با تغییرات است و دگرگونی‌های عمیق اجتماعی، تغییرات وسیعی در آن به وجود آورده است که می‌توان به تغییر در

ارزشها و هنجارها، تغییر در ساختار و شکل خانواده، فردگرایی و فردیت محوری و گسترش بحران عاطفی اشاره کرد. ، فقه و قوانین فقهی در تمدن اسلامی، یکی از مهم-ترین عواملی است که توانسته هویت مستقل فرهنگی به خانواده بدهد.

سیاست‌های کلان فرهنگی خانواده میتوان به تولید مثل و ازدیاد جمعیت، کاهش نرخ طلاق و افزایش نرخ ازدواج پایدار، تحکیم و تعالی خانواده و ارتقای سطح فرهنگی و تربیتی اعضای خانواده اشاره کرد که قوانین فقهی نقش بسزایی در توسعه هرکدام از آنها ایفا می‌کند.

قانون‌گذار در تدوین قانون حمایت از خانواده، باید به مصالح گوناگون اجتماعی، خانوادگی و فردی توجه داشته باشد و در سازش میان آنها بکوشد. این قانون اهداف بلندی دارد که عبارتند از:

- ۱- کاهش مشکلات قواعد شکلی حقوق خانواده به ویژه برای زنان و اطفال،
- ۲- کاهش اطلاع دادرسی در دعاوی خانوادگی،
- ۳- تخصصی نمودن رسیدگی به دعاوی خانوادگی؛ رسیدگی تخصصی در دادگاه خانواده در صورتی انجام خواهد شد که قضات، وکلا و همه ارکان این دادگاه تخصص در موضوع خانواده داشته باشند،
- ۴- رفع ابهام، تعارض و خلا از قوانین و مقررات کنونی خانواده، توجه بیشتر به سلامت جسمانی زوجین و فرزندان و نیز گسترش موارد
- ۵- لزوم ثبت مسائل مربوط به نکاح و انحلال،
- ۶- کاستن از ضمانت اجرای حمایتی ویژه نسبت به مهریه‌های نامتعارف،
- ۷- تشدید حمایت کیفری از افراد واجب‌النفقة،
- ۸- توجه ویژه به مسائل مالی و حق ملاقات در تصمیمات قضایی مربوط به طلاق و غیر آن،
- ۹- اعطای نقش به مراکز مشاوره خانوادگی در جریان دعاوی مربوط به طلاق
- ۱۰- جهت حمایت از زن مناسب است که قانونگذار اجازه بدهد که زوجه دعاوی خانوادگی را در محکمه محل اقامت خود، طرح مند.

دفاع مشروع و جایگاه دفاع پیشگیرانه در حقوق بین الملل کیفری

دکتر ذاکر حسین رضایی

چکیده

حقوق بین الملل کیفری شاخه از حقوق بین الملل است که به جنبه جزایی آن می پردازد. دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفری از جمله مصادیق علل رافع مسئولیت کیفری تلقی می گردد. اما در حقوق داخلی دفاع مشروع یکی از مصادیق علل موجهه جرم می باشد. تعیین ملاک و معیار برای تفکیک عوامل موجهه جرم از علل رافع مسئولیت کیفری در حقوق بین الملل کیفری امر اجتناب ناپذیر است. زیرا آثار هر یک از دو نهاد حقوقی متفاوت اند.

وقوع تجاوز، ضرورت، فوریت، تناسب، عدم مداخله شورای امنیت و عدم نقض قواعد آمره بین المللی از جمله شرایط دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفری می باشند. برخی ها خطر قریب الوقوع را نیز از جمله شرایط دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفری اضافه می کند. یعنی کشور مورد تهدید، قبل از وقوع حمله مسلحانه، می

تواند در مقام دفاع، اقدام به تهاجم علیه کشور مورد اشاره نماید. درمقابل برخی حقوقدانان بر این باورند که وجود خطر و فعلیت آن جزء شرایط اساسی دفاع مشروع می باشد، احتمال وقوع حمله و خطر برای کشور مورد تهدید، حق دفاع پیشگیرانه را به وجود نمی آورد. نگارنده با استفاده از محتوای ماده ۵۱ منشور ملل متحد، بر این باورند که اصل بر فعلیت خطر و تجاوز است، مگر اینکه دولت دفاع کننده، تحقق خطر قریب الوقوع را بصورت متعارف اثبات و توجیه کنند.

کلید واژه ها: دفاع مشروع، دفاع پیشگیرانه، عوامل موجهه جرم، علل رافع مسئولیت جزایی، حقوق بین الملل کیفری

مقدمه

حقوق کیفری بین الملل و حقوق بین الملل کیفری در عمر کوتاه خود که شاید به یک قرن هم نرسد، مورد توجه حقوقدانان بین المللی قرار گرفته است. و با شکل گیری دادگاههای موردی پس از جنگ جهانی دوم، توجه حقوقدانان به این رشته از حقوق بین الملل افزایش یافته است. امروزه با تأسیس دادگاه بین المللی کیفری، حقوق بین المللی کیفری به رشته ای جدید و پر اهمیت تبدیل شده است که قلم فرسایی حقوقدانانی را که دغدغه صلح و امنیت بین المللی را دارند، بیشتر از پیش می طلبد. حقوق بین الملل کیفری در مباحث خود بیش از همه به حقوق داخلی وام دار بوده و به نظر می رسد مبانی و مفاهیم خود را از حقوق داخلی کشورهای متمدن اخذ نموده است. چراکه از یکطرف، حقوق کیفری داخلی کشورها، مقدم بر حقوق بین الملل کیفری بوده و این امر مسلم و بدیهی است که معتقد باشیم حقوق بین الملل کیفری در بیان اسلوب و قواعد اساسی خود از ذخیره تقنینی حقوق داخلی کشورها بهره مند گردیده است. از طرف دیگر، پاراگراف ج ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین الملل کیفری تصریح می دارد که: «در هر موردی که اساسنامه دیوان در آن موضوع خاص ساکت بوده و معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین الملل نیز حکمی در آن مورد

صادر نکرده باشند، اصول عمومی حقوق که توسط دیوان از قوانین نظامهای حقوقی جهان استخراج شده باشد، قابل اجرا خواهد بود.» با این وجود حقوق بین الملل کیفری تأسیسات حقوقی نظیر علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم را از همدیگر تفکیک نکرده است. طورمثال، اساسنامه دیوان بین المللی کیفری طی مواد ۳۱ الی ۳۳ به شش عامل معافیت از مسئولیت جزایی که شامل جنون، مستی، دفاع مشروع، اکراه، اضطرار، اطاعت از دستور مافوق و اشتباه می گردد اشاره نموده است. بدین معنا که در حقوق بین الملل کیفری، عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری تحت یک عنوان و آن هم عوامل رافع یا مانع مسئولیت کیفری آمده است. درحالیکه لزوم تفکیک این دو تأسیس حقوقی بر کسی پوشیده نبوده و هر دو تأسیس حقوقی دارای پیامد و آثار حقوقی متفاوتی می باشند. طورمثال، در علل رافع مسئولیت کیفری، معاون و شریک جرم هر یک مسئول اقدامات خود در قبال وقوع جرم می باشد. برعکس در عوامل موجهه جرم فرض وجود معاون و شریک جرم، بخاطر اینکه فعل اصولاً غیر قانونی نیست، منتفی است. باوجود اینکه دفاع مشروع یکی از اصول هفتگانه حقوق بین الملل به شمار می رود اما در حقوق بین الملل کیفری بعنوان مصداق علل رافع مسئولیت کیفری تلقی شده است.

یکی از شرایط اساسی استفاده از حق دفاع مشروع وقوع تجاوز است. یعنی باید تجاوزی صورت بگیرد تا به منظور مقابله با آن استفاده از دفاع مشروع مجاز باشد. لذا اصطلاح دفاع مشروع و تجاوز لازم و ملزوم یکدیگر می باشند. بدین معنا که اقدام به عمل تجاوز کارانه از طرف یک دولت، حق دفاع مشروع را برای دولت دیگر به وجود می آورد. اما اینکه تجاوز باید فعلیت داشته باشد یا همینکه خطر قریب الوقوع باشد، بحث دفاع مشروع مطرح می گردد یا خیر بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. عبارت دیگر، برخی حقوقدانان نظیر والداک^۱، استون^۱، باوت^۲، دفاع پیشگیرانه را بعنوان

^۱ . Waldock.

صور دفاع دانسته و از آن طرفداری می کند. در مقابل برخی حقوقدانان همچون براونلین^۳ و لامبرتی^۴ به بنابر دلایلی که بعداً خواهد آمد، مخالف تئوری توجیه دفاع مشروع پیشگیرانه است.

نگارنده در این تحقیق تفاوت حقوق کیفری بین الملل و حقوق بین الملل کیفری را مشخص کرده و فرق علل رافع مسئولیت جزایی و عوامل موجهه جرم را بیان می کند و در نهایت جایگاه دفاع پیشگیرانه را در حقوق بین الملل کیفری مورد بحث و بررسی قرار می دهد. طوریکه، در گفتار یکم، مفاهیم حقوق بین الملل کیفری، عوامل موجهه جرم و دفاع مشروع تعریف می گردد و در گفتار دوم، دفاع پیشگیرانه و جایگاه آن در حقوق بین الملل کیفری بشرح ذیل مورد بحث و بررسی قرار می گیرد.

گفتار یکم: تبیین مفاهیم

در این گفتار به تعریف مباحث مقدماتی و کلی تحقیق که شامل حقوق بین الملل کیفری، علل موجهه جرم، دفاع مشروع و پیشگیرانه است، پرداخته ایم. طوریکه در جزء یکم، حقوق بین الملل کیفری را تعریف و در جزء دوم، علل موجهه جرم در حقوق بین الملل کیفری را تبیین و در نهایت در جزء سوم، دفاع مشروع که یکی از مصادیق علل رافع مسئولیت کیفری در حقوق بین الملل کیفری است را بشرح ذیل مورد بحث و بررسی قرار می دهیم.

1 . Stone.

2 . Bowett.

3 . Brownline.

4 . Lambertzendari.

جزء یکم: تعریف حقوق بین الملل کیفری

قبل از پرداختن به تعریف حقوق بین الملل کیفری باید توجه داشت که حقوق کیفری بین الملل را نباید با حقوق بین الملل کیفری خلط نمود. بدین معنا که حقوق کیفری بین الملل، شاخه ای از حقوق جزای داخلی است که به جنبه بین المللی آن می پردازد. بدین معنا که در این رشته ای از حقوق تأکید بر گسترش صلاحیت تقنینی و قضائی یک کشور مطرح می گردد اما حقوق بین المللی کیفری، « شاخه ای از حقوق بین الملل است که به جنبه جزایی آن می پردازد ». ^۱ یعنی تأکید بیشتر بر اعمال صلاحیت اساسنامه دیوان بین المللی کیفری و دیوان بین المللی کیفری دارد.

جزء دوم: تعریف علل موجهه جرم

علل موجهه جرم یا اسباب اباحه عبارت از عوامل عینی است که با تأثیر بر عنصر قانونی جرم در شرایط و اوضاع و احوالی خاص باعث می شوند که قانونگذار آن فعل را مباح دانسته و حتی در مواردی ارتکاب آنرا از سوی افراد، لازم و ضروری تشخیص دهد. ^۲

در حقوق داخلی، علل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری ^۳ از همدیگر متفاوت هستند ^۴ اما چنین تفکیکی در حقوق بین الملل کیفری به چشم نمی خورد. ^۱

^۱. رضایی، ذاکر حسین، جزوه حقوق جزای بین الملل ۱، دانشگاه رهنورد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۱۳۹۹، ص ۲ الی ۵.

^۲. افشین پور، مصطفی، بررسی تطبیقی علل موجهه جرم در حقوق بین الملل کیفری و نظام حقوقی ایران، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، سال ۱۳۸۹، ص ۱۰.

^۳. علل رافع مسئولیت کیفری عبارت عواملی هستند که به علت وجود علل ذهنی و روانی، مرتکب را بی تقصیر و غیر قابل مجازات می دانند. نک: شکری، رضا و سیروس، قادر، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، تهران، انتشارات مهاجر، سال ۱۳۸۱، چاپ اول، ص ۱۱۸.

^۴. جهت کسب اطلاعات بیشتر، نک؛ رضایی، ذاکر حسین، جزوه حقوق جزای عمومی ۲، دانشگاه بلخ، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۱۳۹۸، ص ۲۰.

بعنوان مثال، اساسنامه دیوان بین الملل کیفری طی مواد ۳۱ الی ۳۳ به شش عامل معافیت از مسئولیت کیفری که شامل جنون، مستی، دفاع مشروع، اکراه، اضطراب، اطاعت از دستور مافوق و اشتباه می گردد، اشاره کرده است. این درحالی است که دفاع مشروع و اطاعت از دستور مافوق از جمله مصادیق عوامل موجهه جرم تلقی می گردد. برعکس در حقوق بین الملل کیفری عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری تحت یک عنوان و آن هم عوامل رافع یا مانع مسئولیت کیفری آمده است. اما در مورد اینکه چرا تا کنون در حقوق بین الملل کیفری به این تمایزات اشاره ای نگردیده است، حقوقدانان نظریات مختلفی را در این خصوص بشرح ذیل مطرح نموده اند.

برخی بر این باور اند که چون در کشورهای کامن لا بین علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم تفکیکی آنچنانی وجود ندارد و این دیدگاه باعث شده است که در حقوق بین الملل کیفری نیز چنین تمایزی مطرح نشود. زیرا کشورهای کامن لا خود را به تقاضای اعلام مسئولیت متهم از سوی دادگاه، محدود می کند، بنابراین، در دادرسی های بین المللی نیز دادستان ها و دیوانهای بین المللی به صدور حکم در مورد مسئولیت متهم یا در مورد اینکه او مستحق استناد به علل رافع مسئولیت کیفری هست اکتفاء می کنند.^۲

درمقابل برخی از حقوقدانان بر این باور اند که اثری خاصی بر این تفکیک و تمایز بار نیست و در واقع این تفکیک بی فایده است. چراکه یک عمل تنها بدین دلیل نادرست است که قانون برای آن مسئولیت قائل شده است. بنابراین، اگر برای عملی

^۱. Bantekas, I, Nash, S, International Criminal Law, Laondon, 2003, Cavandish Publication, p. 128.

^۲. کسسه، آنتونیو، حقوق کیفری بین المللی، ترجمه اردشیر امیر ارجمند، حسن پیران و زهرا موسوی، تهران، انتشارات جنگل، سال ۱۳۸۷، چاپ اول، ص ۲۷۷.

خاص مسئولیت وجود نداشته باشد، منطقاً نمی توان آنرا نادرست دانست.^۱ حال آنکه در حقوق کیفری داخلی بر عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری آثار خاصی بار است و نمی توان پذیرفت که بر این تقسیم بندی ها در حقوق بین الملل کیفری اثری بار نشود. چراکه از یکطرف، در علل رافع مسئولیت کیفری معاون و شریک جرم هریک مسئول اقدامات خود در قبال وقوع جرم معاف از مجازات هستند اما در عوامل موجهه جرم، فرض وجود معاون و شریک بخاطریکه فعل اصولاً غیر قانونی نیست، منتفی است. از طرف دیگر، در علل رافع مسئولیت کیفری، هر اقدامی که مجنی علیه فعل مجرمانه معاف از مجازات، از باب دفاع مشروع انجام دهد، مجاز است، مشروط بر اینکه آن اقدام مطابق ضوابط دفاع مشروع انجام گیرد. برعکس در مورد فعلی که فاقد جنبه مجرمیت یا عوامل موجهه جرم است، دفاع مشروع مجنی علیه آن فعل، جایز نیست. بخاطریکه فعل مورد بحث را باید از ابتدا قانونی در نظر گرفت، درحالیکه دفاع مشروع زمانی مجاز است که با تجاوز غیر قانونی دیگر مقابله شود. همینطور، در مورد معافیت از مجازات، مباشر جرم ممکن است مسئول پرداخت غرامت بابت خسارت ناشی از تخلف خود شود اما اگر فعل فاقد جنبه مجرمیت تشخیص داده شود، چنین تعهدی مطرح نمی شود، چراکه فعل غیر قانونی تلقی نمی شود. بنابراین، همانطوریکه ملاحظه شد، لزوم تفکیک بین عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری در حقوق بین الملل کیفری بر کسی پوشیده نمانده است و باید گفت که آثاری که بر هریک از عناوین علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم در حقوق داخلی بار است، در حقوق بین الملل کیفری نیز همین آثار به قوت خود باقی خواهند بود و این تعدد آثار بیش از پیش ما را به لزوم تمایز بین این دو عنوان در حقوق بین الملل کیفری رهنمون می سازد. اما به نظر می رسد، مبنای عدم تمایز بین عوامل موجهه

^۱. مستقیم، بهرام و طارم سری، مسعود، مسئولیت بین المللی دولت با توجه به تجاوز عراق به ایران، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال ۱۳۷۷، چاپ اول، ص ۱۴۱.

جرم و علل رافع مسئولیت کیفری در حقوق بین الملل کیفری از این حقیقت ناشی می شود که حقوق بین الملل کیفری همچون نهالی است که از عمرش زمان چندانی نمی گذرد، درحالیکه حقوق داخلی همچون درخت کهنسالی است که شاخ و برگ بسیار دارد و به همین دلیل است که در حقوق داخلی مفاهیم مشابه از یکدیگر تفکیک شده و بر هر عنوان اثر خاصی بار است و گذشت این روند در حقوق بین الملل کیفری نیاز به سپری شدن زمان و بحث و تدقیق فراوان در این حوزه می باشد. حال سوال مطرح می شود که اگر در شرایط کنونی، مواد مرتبط به علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم در اساسنامه دیوان بین الملل کیفری را بر طبق معیارهای حقوق داخلی شرح و تفسیر نمایم، چنین تمایزی مبتنی بر ملاک و معیارهای حقوق داخلی از پشتوانه قانونی برخوردار است یا خیر؟

قبل از ارائه پاسخ دقیق به این سوال باید گفت که باتوجه به پیشینه شکل گیری حقوق بین الملل کیفری که تدقیق و تفحص در آن از حوصله این تحقیق خارج است، بیانگر آن است که حقوق بین الملل کیفری به نوعی گرده برداری از حقوق داخلی کشورها است و در بیان مفاهیم و شکل بندی اصول و اسلوبهای خود از حقوق داخلی کشورها استفاده نموده است.^۱ بعبارت دیگر، حقوق بین الملل کیفری چکیده اندیشه حقوقدانان داخلی کشورها و قوانین آنها است که همگام با روند جهانی شدن حقوق کیفری، در معاهدات و اساسنامه های بین المللی که مبنای بحث پیرامون حقوق بین الملل کیفری می باشد، نمود یافته است. بنابراین، اساسی ترین مبنا و پشتوانه قانونی برای تمایز عناوین علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم که حقوق داخلی کشورها ارائه داده اند، پاراگراف ج ماده ۲۱ اساسنامه دیوان بین الملل کیفری است که مقرر می دارد: «در هر موردی که اساسنامه دیوان در آن موضوع خاص ساکت بوده و

^۱. افشین پور، مصطفی، بررسی تطبیقی علل موجهه جرم در حقوق بین الملل کیفری و نظام حقوقی ایران، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، گروه حقوق، سال ۱۳۸۹، ص ۳۰.

معاهدات قابل اجرا و اصول و قواعد حقوق بین الملل نیز حکمی در آن مورد صادر نکرده باشند، اصول عمومی حقوق که توسط دیوان از قوانین نظامهای حقوقی جهان استخراج شده باشد قابل اجرا خواهد بود.^۱ بدین معنا که اساسنامه دیوان بین المللی کیفری پذیرفته است که در موارد سکوت قانون به اصول عمومی حقوق کیفری داخلی کشورها مراجعه گردد. لذا با این توضیحات به نظر می رسد که در مورد تفکیک بین عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری نیز اساسنامه اجازه رجوع به قوانین داخلی کشورها را داده است و اینکه ما نیز مبنای تمایز بین این دو مفهوم را معیارهای حقوق داخلی بدانیم در حقوق بین الملل کیفری نیز به نوعی از پشتوانه قانونی برخوردار است. اما از آنجایی که بررسی تمامی مصادق علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم در این تحقیق مقدور نیست، نگارنده سعی نموده است به بررسی دفاع مشروع و صور مختلف دفاع مشروع از جمله دفاع پیشگیرانه بعنوان عوامل موجهه جرم در حقوق جزای بین الملل بشرح ذیل بپردازد.

جزء سوم: تعریف دفاع مشروع

مسئله دفاع مشروع مسئله تازه و جدیدی نیست، بلکه از همان ابتدایی که بشر خود را شناخته ناگزیر بود در قبال حمله دیگران از خود دفاع و متجاوز را به هر ترتیب که ممکن است از خود براند و حتی همین مقاومت شرط اولیه حیات و بقا بشر بوده است. جوامع متمدن دنیای قدیم نیز با الهام از این گزینه اولیه دفاع، مقرراتی در این زمینه وضع نمودند و دفاع از جان و مال را از تعقیب و مجازات معاف دانستند. در قوانین یونان قدیم، در الواح دوازده گانه روم قدیم، در شریعت یهود و سائر قوانین دنیای قدیم مقرراتی در این خصوص وجود داشته است.^۲ همینطور از لحاظ تحول تاریخی حقوق

^۱. Rome Statute of the International Criminal Court.

^۲. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی (مسئولیت کیفری)، جلد سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۶، چاپ اول، صص ۲۱۳ الی ۲۱۴.

کیفری، دفاع مشروع باقی مانده یک سیستم کیفری مبتنی بر انتقام خصوصی است. اساسی ترین دلالتی که دفاع را مشروعیت می بخشد بر می گردد به اینکه، دفاع از جمله حقوق طبیعی انسان اند، دفاع به منزله اثبات حق است، دفاع از حقی حمایت می کند که دارای اهمیت بیشتری است^۱ و دفاع باعث رفع خطر می گردد. یعنی درست است که قاعداً اجرای عدالت و وظیفه اجتماع است نه حق اشخاص ولی در مورد دفاع مشروع، چون از یکطرف دولت نتوانسته از خطری که متوجه یکی از افراد اش گردیده به موقع جلوگیری کند و از طرف دیگر به علت ناگهانی بودن آن خطر، مجال توسل به قوای دولتی نیز نبوده است، بنابراین، منطقاً و اخلاقاً بایستی به شخص تهدید شده حق داد که از خود رفع خطر کند و همینطور، اعطای این حق علاوه بر آنکه به نفع شخص مزبور است از جهت آنکه عمل متعرض را که موجب بر هم زدن نظم جامعه نیز خواهد گردید، خنثی می سازد و از حق و منفعت جامعه هم حمایت می کند. در نهایت، کسی که مورد تهدید قرار گرفته است در اثر غریزه حفظ حیات دچار چنان اضطراب و هیجانی می شود که اراده اش معلول و مختل می گردد و در این حال است که دست به ارتکاب قتل یا هر جرم دیگری می زند. بنابراین، در صورتی که مبنای مشروعیت دفاع مشروع را فقدان اراده و اختیار و یا متزلزل بودن آن نزد دفاع کننده بدانیم و او را در اعمال مجرمانه ای که انجام می دهد مختار و آزاد و قاصد ندانیم، طبیعتاً عمل مجرمانه فاقد عنصر معنوی جرم خواهد بود و به آن جرم اطلاق نخواهد شد.

در تعریف دفاع مشروع آمده است که: «دفاع مشروع حقی است قانونی که شخص با توسل به آن می تواند در موقعیتی ضروری و با رفتاری به ظاهر مجرمانه، تجاوزی قریب الوقوع یا بالفعل و نا روا را که نفس، آزادی تن، ناموس، مال او یا دیگری را

^۱. پیمانی، ضیاء الدین، تفضیل قواعد دفاع مشروع در حقوق جزای ایران، تهران، انتشارات دانشگاه ملی، سال ۱۳۵۷، چاپ اول، ص ۳۷.

مورد تهدید قرار داده را دفع نماید».^۱ اما بند ج پاراگراف ۱ ماده ۳۱ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری دفاع مشروع را چنین تعریف می‌نماید: «کسی که به طور منطقی برای دفاع از خود یا شخص دیگری (یا در مورد جرایم جنگی از اموالی که برای حیات وی یا شخص دیگر و یا انجام یک مأموریت نظامی ضروری بوده است)، در برابر استفاده قریب الوقوع و غیر قانونی از زور (با روشی متناسب با درجه وجود خطر برای خود یا دیگری یا اموال حمایت شده) اقدام کند».^۲ یعنی برای اینکه دفاع مشروع محسوب شود، فرد متهم باید به طور معقولی برای دفاع از خود یا شخص دیگری یا در مورد جنایت جنگی دفاع از اموالی که برای بقای آن شخص یا شخص دیگری حیاتی باشد یا اموالی که برای انجام مأموریت نظامی ضروری باشد بر آمده باشد. این دفاع باید در مقابل یک توسل قریب الوقوع و غیر قانونی به زور انجام گرفته و با میزان خطری که متوجه آن شخص یا شخص دیگری یا اموال مورد حمایت عمل است، متناسب باشد.^۳

شرایط دفاع مشروع در حقوق داخلی قرار ذیل اند:

یکم: دفاع باید در مقابل تعرض مجرمانه اعمال گردد. بنابراین، دفاع در مقابل تعرضات قانونی و عادلانه به هر نحویکه باشد جایز و مشروع نیست.

دوم: دفاع بایستی در مقابل تعرض فعلی اعمال شود. یعنی تعرضی که در مقابل آن دفاع جایز است تعرضی است که فعلیت و واقعیت داشته باشد.

^۱. شمس ناتری، محمدابراهیم و عبدالله یار، سعید، دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن، فصلنامه مطالعات حقوقی، سال دوم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۴.

^۲. see: Ibid, Rome Statute.

^۳. گیتی شبایزری، کریانگ ساک، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه: حسین آقایی جنت مکان، تهران، انتشارات جنگل، سال ۱۳۸۷، چاپ دوم، ص ۲۱۰.

سوم: دفاع باید به منظور جلوگیری از وقوع تعرض اعمال گردد. بنابراین، یکی از شرایط دفاع اینست که اعمالی که انسان به قصد و به عنوان دفاع انجام می دهد بایستی به منظور جلوگیری از وقوع تعرض اعمال گردد.

چهارم: دفاع باید علیه مباشر تعرض اعمال گردد. یعنی دفاع فقط بر ضد اشخاصی جائز و مشروع خواهد بود که شخصاً و مستقیماً فاعل تجاوز و تعرض شناخته شود.

پنجم: دفاع ضرورت داشته باشد. طبق قاعده الاسهل فالاسهل یعنی اینکه اگر مهاجم با تذکر و اخطار دفع شود باید به آن اکتفا شود. اگر با فریاد و تهدید ترسناک دفع شود باید به همان اکتفا شود. زیرا اگر مدافع بتواند از راه مسالمت آمیز و بدون اعمال زور از تهدید رهایی یابد اما تقصیر غیر معقولی انجام دهد دیگر نخواهد توانست به دفاع مشروع به عنوان یکی از عوامل موجهه جرم استناد نماید.¹

ششم: دفاع باید متناسب با تجاوز و خطر باشد. یعنی اعمالی که بعنوان دفاع واقع می شوند با شدت تعرضی که خوف آن می رود تناسب داشته باشد. این شرط را می توان مکمل شرط ضرورت دانست. چراکه اگر برای دفاع ضرورتی وجود نداشته باشد، مسلماً دفاع به هر نحوی که اعمال گردد واجد شرط تناسب نیز نخواهد بود. برای درک تفاوت میان تناسب و ضرورت می توان از تناسب میان مقاومت و شدت حمله کمک گرفت.

هفتم: یکی دیگر از شرایط دفاع مشروع این است که دفاع برای رد تجاوز و خطری که ناشی از تحریک خود شخص مدافع است اعمال نشده باشد. طورمثال، اگر الف وارد خانه ب گردد و ب برای دفاع از مال خود به قصد ایراد صدمه به سوی او حمله ور گردد و الف در مقام دفاع از جان خود اقدام به ایراد ضرب و جرح شخص ب کند، دفاع او هرچند واجد شرایط ضرورت و تناسب دفاع باشد، اما از آنجاییکه وقوع آنها

¹. Herring, Jonathan, Criminal Law(Text, Cases and Materials), 2004, Oxford Publication, p.612.

ناشی از تحریک خود او بوده است، یک چنین دفاعی مشروع و از تعقیب قانونی معاف نخواهد بود.

هشتم: شرایط دیگر دفاع مشروع توجیه پذیر بودن دفاع است. بدین معنا که امکان توسل به نیروهای امنیتی و دولتی بدون فوت وقت ممکن نباشد.

نهم: تجاوز قریب الوقوع یا فعلیت داشته باشد. منظور از فعلیت داشتن تقارن زمانی بین حمله و دفاع است. طورمثال، کسی با چوب یا چاقو به دیگری حمله ببرد. حال آنکه منظور از خطر قریب الوقوع زمانی است که تجاوز به حد فعلیت نرسیده است اما به نحوی است که هر گونه اقدام دیگری برای مدافع به غیر از دفاع، غیر ممکن است. بنابراین، در دفاع استفاده زود هنگام و دیر هنگام ممنوع است.

دهم: تجاوز باید غیر قانونی باشد. عبارت دیگر، حمله یا تعرض باید بر خلاف قانون باشد. بنابراین، مقاومت در برابر قوای امنیتی و انتظامی در مواقع که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع محسوب نمی شود.

یازدهم: تجاوز باید مخاطره آمیز باشد. مدافع باید خود را در معرض خطر ببیند تا بتواند دفاع کند. طورمثال، کسی به سمت دیگری تیر اندازی کند و در مدافع به طور معقول این احساس به وجود آید که خطر تیر اندازی ادامه دارد و رفع نشده است.

دوازدهم: یکی دیگر از شرایط دفاع، عمدی بودن تعرض است. یعنی دفاع در برابر جرم عمدی جایز است و ارتکاب جرایم غیر عمدی که عنصر روانی آن خطاست توجیه گر عمل عمدی دفاع نمی باشد. بنابراین، اگر کسی با دیگری به غیر عمد تصادف کند، عمل متقابل که ضرورتاً عمدی است دفاع محسوب نمی شود.

اما شرایط دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفی با اندک تفاوت عبارتند از:

یکم: یکی از شرایط اساسی استفاده از حق دفاع مشروع، وقوع تجاوز است. یعنی باید تجاوزی صورت بگیرد تا به منظور مقابله با آن استفاده از دفاع مشروع مجاز باشد.

دوم: شرط دیگر از شرایط اساسی برای استفاده از حق دفاع مشروع در حقوق بین الملل کیفری ضرورت است. ممکن است بعضاً امکان توسل به راههای مسالمت آمیز وجود داشته باشد ولی ممکن است طی مراحل صلح آمیز زمان زیادی را نیازمند باشد و در این فرصت مهاجم از وجود ثمرات تجاوز خود بهره مند گردد.

سوم: شرط دیگری که هنگام انجام دفاع مشروع رعایت آن الزامی است، حفظ تعادل و تناسب است. بدین معنا که اقدامات متخذه به منظور اعمال حق دفاع مشروع نباید بیشتر از آنچه که برای دفع حمله یا از بین بردن حمله ضرورت دارد، صورت گیرد و پس از رفع احتیاجات دفاعی قطع شود.^۱

چهارم: یکی دیگر از شرایط استفاده از حق دفاع، شرط عدم دخالت سازمان ملل متحد است. زیرا در ماده ۵۱ منشور ملل متحد آمده است که حق دفاع مشروع تا موقعی که شورای امنیت اقدامات لازم را برای حفظ و تأمین امنیت بین المللی به عمل نیاورده است، مجاز می باشد.^۲ البته بدیهی است که صرف اتخاذ تصمیم از طرف شورای امنیت، حق دفاع مشروع را منتفی نمی سازد، بلکه اقدامات متخذه از طرف شورای باید کفایت خود را ظاهر سازد و باعث دفع تجاوز گردد.

پنجم: فوریت نیز یکی دیگر از شروط دفاع مشروع در حقوق جزای بین الملل است. عبارت دیگر، برای استفاده از حق دفاع مشروع، ضرورت موقعی وجود خواهد

^۱. خسروی، علی اکبر، حقوق بین الملل دفاع مشروع، تهران، انتشارات فرهنگی آفرینه، سال ۱۳۷۳، چاپ اول، صص ۲۳۹ الی ۲۷۳.

^۲. در صورت وقوع جمله مسلحانه علیه یک عضو ملل متحد تا زمانیکه شورای امنیت اقدام لازم برای حفظ صلح و امنیت بین المللی را به عمل آورد هیچیک از مقررات این منشور به حق ذاتی دفاع از خود خواه فردی یا دسته جمعی لطمه ای وارد نخواهد کرد. اعضاء باید اقداماتی را که در اعمال این حق دفاع از خود به عمل می آورند فوراً به شورای امنیت گزارش دهند. این اقدامات به هیچ وجه در اختیار و مسئولیتی که شورای امنیت بر طبق این منشور دارد و به موجب آن برای حفظ و اعاده صلح و امنیت بین المللی و در هر موقع که ضروری تشخیص دهد اقدام لازم به عمل خواهد آورد تاثیری نخواهد داشت (ماده ۵۱ منشور ملل متحد).

داشت که اقدام به دفاع و استفاده از زور به منظور مقابله با تجاوز فوریت داشته باشد. یعنی دفاع باید بلافاصله پس از وقوع حمله آغاز شود.^۱

ششم: یکی دیگر از شرایط استفاده از حق دفاع مشروع، شرط عدم نقض قواعد آمره بین المللی است.^۲ یعنی دولت نمی تواند مغایر با تعهدات ناشی از یک قاعده آمره حقوق بین الملل عام اقدام نماید و در صورت اقدام، فعل دولت رافع وصف متخلفانه نخواهد بود.

در پایان لازم است که واضح گردد اینکه آیا دفاع تنها وسیله دفع خطر است یا اینکه مقاومت در برابر متعرض و سرکوبی متجاوز نیز جایز و مشروع اند؟ طور مثال، فردی مورد حمله قرار گرفته و امکان فرار وی موجود است. بنابراین، آیا فرد مذکور با توسل به فرار از وقوع خطر و تعرض جلوگیری کند یا اینکه بایستد و اقدام به دفاع کند. در این خصوص دو رویکرد از سوی حقوقدانان مطرح شده است:

رویکرد نخست: برخی بر این باورند که حتی در صورت امکان فرار، دفع تعرض و مقاومت در برابر متعرض جایز و مشروع خواهد بود. یعنی در جایی که منافع حیاتی فردی در معرض خطر است، بایستی اجازه داده شود که شخص در مورد خطر مصلحت خود را تشخیص داده و برای حفظ جان و مال و ناموس خود بهترین و مناسب ترین راه را انتخاب کند.^۳ بنابراین، امکان فرار به دلایلی نظیر اینکه در هیچ یک از مقررات موضوعه به چنین فرضی اشاره نکرده است که فرار در مقابل مهاجم به قرار

^۱. البته این بدین معنا نیست که حتماً ظرف چند روز پس از شروع حمله آغاز گردد. چراکه انتقال امکانات و تجهیزات مدت زمانی لازم دارد ولی این زمان باید تحت شرایط مربوط توجه گردد. نک: محمدعلی پور، فریده، دفاع مشروع در حقوق بین الملل، تهران، انتشارات مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، سال ۱۳۷۹، چاپ اول، ص ۱۰۲.

^۲. see: article 26 of Draft Articales on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries 2001, adopted by the International Law Commission at sixty-third session in 2001 and submitted to the General Assembly as a part of the Commission report covering the work of that session A/66/10.

^۳. پیمانی، ضیاء الدین، پیشین، ص ۲۱۲.

و دفاع در مقابل او مرجح است و اینک به مصلحت جامعه هم نمی باشد که افراد در صورت امکان دفاع و سرکوبی متجاوز، میدان را در مقابل عناصر متجاوز خالی کنند و از این طریق آنها را گستاخ تر کنند. همینطور، از آنجایی که یکی از وظایف هیأت حاکمه و قوای دولتی سرکوبی و مجازات فرد متجاوز و بزهکار است که به نیابت از طرف جامعه اعمال می دارد و در اجرای این وظیفه اجتماعی، امتناع از سرکوبی متجاوز و خالی کردن میدان تجاوز به وسیله فرار، هیچ وقت به عنوان یکی از طرق انجام این وظیفه اجتماعی در استقرار نظم جامعه و حفظ حقوق افراد پیش بینی نشده است.

رویکرد دوم: برخی معتقدند که دفاع مشروع در مواقعی است که ارتکاب جرم تنها وسیله رهایی از حمله باشد. لذا چنانچه مشخص شود، مدافع طریق دیگری غیر از ارتکاب جرم داشته است، عمل او دفاع مشروع محسوب نمی گردد. بعبارت دیگر، در صورتیکه وسائل و طرقی همچون، امکان دفع خطر از طریق خلع سلاح کردن مهاجم، محبوس کردن وی، امکان توسل به مأموران دولتی و قوای امنیتی، امکان استمداد از دیگران و امکان فرار، موجود باشد، مقاومت کردن و سرکوبی متجاوز ممنوع می باشد.^۱

رویکرد سوم: نگارنده بر این باورند که اصل بر دفع خطر است مگر اینکه فرد مدافع تشخیص دهد که واقعاً تجاوز مزبور با دفع خطر کارساز نبوده و احتمال وقوع چنین تجاوز در آینده محتمل است، می تواند در برابر فرد متجاوز مقاومت کند و اقدام به سرکوبی وی نمایند. طورمثال، اگر فرد متجاوز دارای سابقه جرمی بوده یا اینکه با فرد مدافع مشکل قبلی و کینه دیرینه دارد و احتمال دارد که در آینده بازهم از سوی وی مورد تجاوز قرار گیرد، فرد مدافع می تواند در چنین حالات و سائر اوضاع و احوال و شرایط اقدام به سرکوبی و مقاومت در برابر وی نمایند.

^۱. افراسیابی، محمد اسماعیل، حقوق جزای عمومی، جلد یکم، تهران، انتشارات فردوسی، سال ۱۳۷۷، صص ۲۴۸ الی

گفتار دوم: دفاع پیشگیرانه در حقوق جزای بین الملل

دفاع مشروع در حقوق بین الملل بیشتر ناظر بر دفاع مشروع یک دولت در مقابل تهاجم دولت دیگر است. این درحالی است که در اساسنامه دیوان بین الملل کیفری دفاع مشروع هم ناظر بر دفاع مشروع شخصی است و هم دفاع مشروع جمعی که یک دولت در مقابل تهاجم دولت دیگر انجام می دهد را شامل می گردد. بنابراین، دفاع مشروع صورت های مختلف را شامل می شود. اما از لحاظ اقدام زمانی، گاه دولت ها بخاطر حمایت از جمعیت، قلمرو و حاکمیت بصورت بالفعل اقدام به دفاع می نماید اما بعضاً قبل از وقوع حمله در مقام دفاع اقدام می کند. دلایل و شرایط نوع اول دفاع مشروع در حقوق جزای بین الملل همانند مواردی است که قبلاً در حقوق داخلی مورد بحث و بررسی قرار گرفت. اما در مودر نوع دوم دفاع مشروع که می توان آنرا تحت عنوان دفاع پیشگیرانه یا پیش دستانه یاد کرد و ذیلاً در طی دو جزء طوریکه در جزء یکم، دفاع پیشگیرانه را تعریف و در جزء دوم انواع و حالات دفاع پیشگیرانه را بررسی می نمایم.

جزء یکم: تعریف و ماهیت دفاع پیشگیرانه

در تعریف دفاع پیشگیرانه در حقوق جزای بین الملل آمده است که «دفاع پیشگیرانه حالتی را در بر می گیرد که کشور مورد تهدید قبل از وقوع حمله مسلحانه از سوی کشور تهدید کننده در مقام دفاع اقدام به تهاجم علیه کشور مورد اشاره بنماید».^۱ آنچه که در این دسته از دفاع مهم و جالب است این می باشد که حمله مسلحانه از سوی کشور تهدید کننده به وقوع نپیوسته است و استناد کشور مورد تهدید برای حمله ای پیش دستانه، احتمال حمله ای قریب الوقوعی است که در فرض مذکور می رود.

^۱. افشین پور، مصطفی، پیشین، ص ۶۸.

جزء دوم: انواع حالات دفاع پیشگیرانه

در این باره دو حالت کلی را می توان در نظر گرفت: حالت نخست حالتی است که شواهد متقاعد کننده ای نه صرفاً مبتنی بر خطر یا تهدید بالقوه، بلکه مبنی بر حمله ای قریب الوقوع وجود دارد و بنابر آن احتمالاً حمله ای صورت می گیرد و در این حالت دولت می تواند به دفاع مشروع پیش دستانه اقدام کند. زیرا «در گزارش ۲ دسامبر سال ۲۰۰۴ میلادی سازمان ملل آمده است که دبیر کل پیشنهاد می کند که ماده ۵۱ منشور ملل متحد بایستی دوباره بازنویسی و مجدداً تفسیر گردد به گونه ای که قلمرو از پیش تعیین شده اشد گسترش یابد. این گسترش قلمرو باید اقدامات بازدارنده در مقابل تهدیدات قریب الوقوع را در بر گیرد».^۱ حالت دوم این است که دولتی که یک بار مورد حمله مسلحانه قرار گرفته و در حال حاضر شواهد آشکار و دلایل متقاعد کننده ای مبنی بر آمادگی دشمن برای حمله مجدد وجود دارد. در این حالت نیز گفته اند نیازی نیست که دولت قربانی منتظر وقوع حمله مسلحانه دیگری بماند و می تواند به دفاع مشروع پیش دستانه متوسل گردد.^۲

جزء سوم: رد یا قبول دفاع پیشگیرانه

در باره اینکه در حقوق بین الملل کیفری دفاع پیشگیرانه به عنوان یکی از صور دفاع مشروع و در مرتبه بعدی به عنوان یکی از مصادیق علل موجهه جرم پذیرفته شده است یا خیر دو دیدگاه کلی وجود دارد. عده ای از حقوقدانان دفاع پیشگیرانه را قبول دارند. در مقابل عده ای دیگر مخالف تئوری توجیه دفاع مشروع پیشگیرانه هستند.

^۱. همان، ص ۶۸.

^۲. موسوی، فضل الله و حاتمی، مهدی، دفاع مشروع پیش دستانه در حقوق بین الملل، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۵، شماره ۷۲، صص ۳۰۵ الی ۳۱۳.

استدلال طرفداران دفاع مشروع پیشگیرانه این است که در عصر موشک و سلاح های اتمی و روشهای پیچیده کشف و شناسایی، بیهوده و خود نابود کردن است اگر از این فرضیه دفاع شود که یک کشور در حالی که کاملاً از جنبه ویران کننده وسائل تخریبی به کار گرفته شده آگاه است و باید منتظر این باشد تا حمله صورت گیرد.^۱ عبارت دیگر، در عصر تسلیحات مدرن و فوق مدرن و چند کاره، دیگر بسیار خنده دار است که خود را در یک حالت انتظار انفعالی قرار دهیم. از اینروست که طرفداران دفاع پیشگیرانه استدلال می کنند که آسیب بالقوه ای برخی از تهدیدات نظیر تروریستهای مسلح به سلاح های هسته ای آنقدر شدید است که کسی نمی تواند منتظر بماند تا این خطر دور از ذهن به خطری قریب الوقوع بدل شود. از اینرو وجود خطر قریب الوقوع در کنار سائر شروط دفاع مشروع مثل ضرورت، فوریت و تناسب به عنوان شرایط دفاع مشروع تلقی می گردد.

در مقابل برخی بر این باورند که وجود خطر و فعلیت آن جزء شرایط اساسی و غیر قابل انکار دفاع مشروع می باشد و احتمال وقوع حمله و خطر برای کشور مورد تهدید، حق دفاع پیشگیرانه را به وجود نمی آورد. زیرا لزوم وقوع حمله مسلحانه برای اعمال دفاع مشروع باتوجه به ماده ۵۱ منشور ملل متحد، رویه قضائی و عملکرد غالب دولتها محرز است و در بسیاری از پیمانهایی که دفاع مشروع را پیش بینی کرده اند، شرط وقوع حمله مسلحانه درج شده و استنادات نادر برخی از دولتها به دفاع مشروع پیش دستانه توسط اکثریت دولتها رد شده است. طورمثال، سازمان ملل متحد استدلال اتحاد جماهیر شوروی سابق مبنی بر اینکه وجود پایگاه های آمریکایی در قلمرو مجارستان برای اقدامات خرابکارانه علیه شوروی استقرار یافته و از اینرو حمله به پایگاه های مذکور را یک نوع دفاع مشروع پیشگیرانه تلقی کرده بود، رد کرده است.^۲

^۱. ساعد، نادر، حقوق بین الملل معاصر (نظریه ها و رویه ها)، تهران، انتشارات خرسندی، سال ۱۳۸۷، چاپ اول، ص ۵۸.

^۲. همان، ص ۸۵.

نگارنده، از عبارت «در صورت حمله مسلحانه» ماده ۵۱ منشور ملل متحد برداشت می‌شود که اصل بر فعلیت خطر و تجاوز است، مگر اینکه دولت دفاع کننده، تحقق خطر قریب الوقوع را بصورت متعارف اثبات و توجیه نماید. زیرا از یکطرف، امکانات اطلاعاتی و امنیتی کنونی امکان پیش بینی حمله از سوی دولتهای دیگر را فراهم آورده است. از طرف دیگر، با عنایت به گستردگی خسارات جنگهای امروزه که بعضاً جبران ناپذیر نیز می‌نماید، در صورتیکه که خطر حمله از سوی دولت متخاصم به اندازه ای قریب الوقوع باشد که وقوع حمله را مسلم بنماید، امکان حمله ابتدائی بعنوان تمسک به دفاع پیشگیرانه از سوی کشور مورد تهدید، توجیه پذیر خواهد بود.

نتیجه گیری و پیشنهادات

حقوق جزای بین الملل بیشتر در صدد توسعه صلاحیت قوانین جزایی داخلی کشورها در خارج از مرز آن کشور است. بنابراین، تأسیس حقوقی علل رافع مسئولیت جزایی و عوامل موجهه جرم از همدیگر تفکیک شده است. اما تأسیس حقوقی مزبور در حقوق بین الملل جزا که بیشتر در صدد اعمال احکام اساسنامه دیوان بین الملل جزایی است، از همدیگر تفکیک نشده و هر دو تحت عنوان عوامل معافیت از مسئولیت جزایی مطرح است. بدین معنا که مصادیق عوامل معافیت از مسئولیت جزایی در حقوق بین الملل جزا شامل، جنون، مستی، دفاع مشروع، اکراه، اضطرار، اطاعت از دستور مافوق و اشتباه می‌گردد. بنابراین، مفهوم دفاع مشروع بعنوان علل رافع مسئولیت جزایی در حقوق بین الملل جزا بحث بر انگیز بوده و دقیق نمی‌باشد. چراکه هر دو تأسیس حقوقی دارای آثار و پیامدهای متمایزی از همدیگر بوده و هیچگاهی نمی‌توان تأسیسات حقوقی مذکور را یکی دانست. از اینرو به نظر می‌رسد در حقوق بین الملل جزا لازم است که باتوجه به معیارهای حقوق داخلی چنین تمایزی بین این عناوین صورت گیرد. اما در سائر موارد باتوجه به صراحت پارگراف ج ماده ۲۱ اساسنامه دیوان

بین المللی کیفری، رعایت قواعد و اصول حقوق داخلی در حقوق بین الملل جزا مانع قانونی ندارد.

هرچند درخصوص جایگاه دفاع مشروع پیشگیرانه یا پیش دستانه تاکنون دو نظریه در خصوص قبول و رد آن مطرح شده است اما نگارنده بر این باورند که اصل بر فعلیت خطر و تجاوز است، مگر اینکه دولت دفاع کننده، تحقق خطر قریب الوقوع را بصورت متعارف اثبات و توجیه نماید. چراکه امروزه امکانات اطلاعاتی و امنیتی دولتها را قادر می سازد که تجاوز از سوی دولتها را پیش بینی کند و همینطور، با عنایت به گستردگی خسارات جنگهای امروزه که بعضاً جبران ناپذیر نیز می نماید، در صورتیکه که خطر حمله از سوی دولت متخاصم به اندازه ای قریب الوقوع باشد که وقوع حمله را مسلم بنماید، امکان حمله ابتدائی بعنوان تمسک به دفاع پیشگیرانه از سوی کشور مورد تهدید، توجیه پذیر خواهد بود.

فهرست مطالب

الف) فارسی

- ۱- افراسیابی، محمد اسماعیل، حقوق جزای عمومی، جلد یکم، تهران، انتشارات فردوسی، سال ۱۳۷۷.
- ۲- افشین پور، مصطفی، بررسی تطبیقی علل موجهه جرم در حقوق بین الملل کیفری و نظام حقوقی ایران، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، سال ۱۳۸۹.
- ۳- پیمانی، ضیاء الدین، تفضیل قواعد دفاع مشروع در حقوق جزای ایران، تهران، انتشارات دانشگاه ملی، سال ۱۳۵۷، چاپ اول.
- ۴- خسروی، علی اکبر، حقوق بین الملل دفاع مشروع، تهران، انتشارات فرهنگی آفرینه، سال ۱۳۷۳، چاپ اول.
- ۵- رضایی، ذاکر حسین، جزوه حقوق جزای بین الملل ۱، دانشگاه رهنورد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۱۳۹۹.
- ۶- _____ جزوه حقوق جزای عمومی ۲، دانشگاه بلخ، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۱۳۹۸.

- ۷- ساعد، نادر، حقوق بین الملل معاصر(نظریه ها و رویه ها)، تهران، انتشارات خرسندی، سال ۱۳۸۷، چاپ اول.
- ۸- شکری، رضا و سیروس، قادر، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، تهران، انتشارات مهاجر، سال ۱۳۸۱، چاپ اول.
- ۹- شمس ناتری، محمدابراهیم و عبدالله یار، سعید، دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن، فصلنامه مطالعات حقوقی، سال دوم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۹.
- ۱۰- کسسه، آنتونیو، حقوق کیفری بین المللی، ترجمه اردشیر امیر ارجمند، حسن پیران و زهرا موسوی، تهران، انتشارات جنگل، سال ۱۳۸۷، چاپ اول.
- ۱۱- گیتی شیایزری، کریانگ ساک، حقوق کیفری بین المللی، ترجمه: حسین آقایی جنت مکان، تهران، انتشارات جنگل، سال ۱۳۸۷، چاپ دوم.
- ۱۲- محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی(مسئولیت کیفری)، جلد سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۶، چاپ اول.
- ۱۳- محمدعلی پور، فریده، دفاع مشروع در حقوق بین الملل، تهران، انتشارات مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، سال ۱۳۷۹، چاپ اول.
- ۱۴- مستقیمی، بهرام و طارم سری، مسعود، مسئولیت بین المللی دولت باتوجه به تجاوز عراق به ایران، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال ۱۳۷۷، چاپ اول.
- ۱۵- موسوی، فضل الله و حاتمی، مهدی، دفاع مشروع پیش دستانه در حقوق بین الملل، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۵، شماره ۷۲.

ب) خارجی

- 1- Bantekas, I, Nash, S, International Criminal Law, Laondon, 2003, Cavandish Publication.
- 2- Herring, Jonathan, Criminal Law(Text, Cases and Materials), 2004, Oxford Publiction.
- 3- Draft Articales on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries 2001, adopted by the International Law Commission at sixty-third session in 2001 and submitted to the General Assembly as a part of the Commission report covering the work of that session A/66/10.
- 4- Rome Statute of the International Criminal Court.
- 5- Charter of the United Nations.

عوامل ناکارآمدی ساختار نظارت رسمی در پیشگیری از فساد مالی در ایران و افغانستان

دکتر سید محمود میر خلیلی^۱

محمد ابراهیم مصون^۲

چکیده

فساد مالی در ایران و افغانستان به صورت گسترده وجود دارد. پاسخ‌هایی برای مهار این فرایند در هر دو کشور داده شده است، اما موفقیت قابل قبول نداشته و نظارت هم چنان عقیم مانده است. نظارت و فساد مالی دو موضوع مرتبط بهم و لازم و ملزوم هستند؛ تجربه کشورهای مختلف به شمول افغانستان و ایران نشان می‌دهد که ضعف نظارت در دستگاه اجرایی منتج به بروکراسی ناسالم شده و زمینه فساد مالی را بوجود می‌آورد.

^۱ - دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی پردیس فارابی دانشگاه تهران، شماره تماس: (۰۰۹۸۹۱۲۸۱۴۶۳۱۱)

Email: mirkhalili@ut.ac.ir

^۲ - دانشجوی دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی پردیس فارابی دانشگاه تهران، شماره تماس: (۰۷۹۱۸۱۶۴۳۰)

Email: Masoun_48@yahoo.co

داخلی (۰۷۹۱۸۱۶۴۳۰)

وانگهی فسادمالی ضمن ایجاداختلال امنیت روانی جامعه، توسعه پایدار را دچارمشکل می کند؛ اکنون پرسش این است که چه عواملی باعث ناکارآمدی نظارت رسمی بر پیشگیری از فساد مالی در ایران و افغانستان شده است؟ تحقیق حاضر که به روش تحلیلی و توصیفی و با ابزار کتابخانه ای صورت میگیرد با نگاه حقوقی و اجتماعی به منظور معرفی این عوامل، فاکتور های مؤثر در عدم موفقیت ساختار نظارت رسمی بر پیشگیری از فساد مالی در ایران و افغانستان را به بررسی می گیرد. یافته های تحقیق نشان می دهد که عوامل عمده مؤثر بر عدم کارآیی نظارت رسمی عبارت اند از: عدم تسلط لازم و کامل در سطح کلان کشوری، تزلزل در روی کرد قانون گذاری، ناتوانی قوه قضائیه، نبود سیستم مالیاتی شفاف و یک دست، وابستگی مالی نهادهای نظارتی، عدم توانایی کنش گران جامعه مدنی و کمک های جهانی.

کلید واژه: فساد مالی، نظارت رسمی، شفافیت، کنش گران اجرایی، پیشگیری.

مقدمه

فساد مالی در جوامع مختلف همواره از چالش های بزرگ فراروی توسعه بوده است. فساد در ابعاد مختلف باعث ایجاد بحران های متفاوتی در حوزه اقتصاد، اخلاق عمومی، اعتماد جمعی و بحران مشروعیت می گردد. در میان انواع فساد، فساد مالی از مهمترین انواع آن است که تبعات آن بی اعتمادی و نارضایتی عمومی را همواره در پی خواهد داشت. نهادهای نظارتی به طور عمومی به عنوان یک مدل از کنترل دولت بر ادارات در بسیاری از کشور ها نقش بسیار مثبتی در مبارزه با فساد مالی داشته اند. درافغانستان اما وضعیت بدین گونه نیست، نهادهای نظارتی و ادارات به یک پیمانه در فساد غرق هستند. با توجه به چهاردهه بحران و نابسامانی در کشور و مخصوصاً سرازیر شدن حجم بالایی از پول و امکانات در سال های اخیر و نبود برنامه منظم برای مصرف درست این پول ها، فساد در انواع مختلف، در ادارات دولتی، نهادهای نظارتی و کلاً قوای سه گانه تشکیل دهنده حکومت در

افغانستان نهادینه شده است. در جمهوری اسلامی ایران اگرچه به یمن ثبات و امنیت دوام دار شرایط به آشفتگی افغانستان نیست و وضعیت بهتری نسبت به آن کشور وجود دارد، اما با توجه به این که جمهوری اسلامی از جمله کشورهای درحال توسعه به شمار می رود، شواهد آشکاری وجود دارد که هنوز حاشیه امنی برای این کشور در زمینه فساد مالی بوجود نیامده است.

موارد پیش گفته، ضرورت تحقیق در این حوزه را مشخص می کند. معمولاً برای حل مشکلات ابتدا باید مشکل شناسایی گردیده و ابعاد متفاوت ماهوی آن بررسی گردد. بررسی ناکارآمدی نظام های نظارت رسمی به ما کمک می کند تا چرایی ناکارآمدی این نظام به گونه علمی تبیین گردیده و راه حل های مناسب ارائه گردد. در این مقاله با رویکرد حقوقی و اجتماعی عوامل مؤثر بر ناکارآمدی فرایند پیچیده نظارت بر مفاسد مالی در دو نظام قضائی مختلف (ایران و افغانستان) را مقایسه نموده و به دنبال کشف راه حل می باشیم. اما به دلیل دشواری بررسی همه ابعاد، تنها نظارت های رسمی بررسی می گردد، و نظارت های غیر رسمی، مثل نظارت های عمومی و رسانه ای، مورد بحث نمی باشد. و از نظارت های رسمی نیز تنها کاستی های قوانین نظارتی، سازمان های رسمی ناظر بر مفاسد مالی و کارگزاران این سازمان ها را آسیب شناسی خواهیم کرد. مقایسه نیز تنها شامل آسیب های نظارتی مرتبط با این دو نظام حقوقی می باشد.

۱ - مفاهیم

الف) مفهوم نظارت و بازرسی

نظارت در لغت به معنای مراقبت، نگرستن، دیدن و همچنان مراقبت در انجام کاری، و مراقبت در در اجرای امور (دهخدا، معین) آمده است و واژگانی هم چون بازرسی، کنترل، تفتیش، بررسی و... نیز مترادف این کلمه به کار رفته است، معادل

انگلیسی آن چون: Control, Stewardship, Supervision, Monitoring, overseeing, inspection (اخوان کاظمی، ۱۳۹۱: ۳۱) می باشد.

در مفهوم اصطلاحی با توجه به اینکه واژه نظارت از جمله واژه های پر کاربرد در بسیاری از زمینه ها می باشد بر همین مبنا، متخصصین در هر رشته از منظر و دیدگاه خود، نظارت را تعریف و مورد تحلیل قرار داده اند. در این میان شاید این تعریف که نظارت: «عبارت است از سنجش و اصلاح عمل کرد برای بدست آوردن این اطمینان که هدف های سازمان و طرح های اجرایی آن با کامیابی به انجام رسیده است.» (کونتز و هم کاران، ۱۳۸۵: ۳۸۸) به آنچه که رویکرد ما در مقاله حاضر است نزدیکی بیشتری داشته باشد. هم تراز با واژه نظارت البته با اندکی تفاوت واژه بازرسی است که در لغت به معنای تفتیش و واری کردن آمده است و در اصطلاح حقوق جزایی به اقداماتی گفته می شود که مأمورین ذی صلاح حسب مجوز یا دستور مقام قضایی در جهت کشف آلات و ادله جرم و نیز اموال حاصله از جرم با رعایت موازین شرعی و قانونی در منزل و مخفی گاه متهمین و مظنونین به ارتکاب جرم معمول می دارند. (شاملو، احمدی ۱۳۸۰: ۹۰) در این میان نظارت رسمی، نظارتی است که از طرف مراجع مسئول و به صورت قانونی صورت می گیرد. در صورتی که اعمال نظارت بر فرد از سوی همکاران، ارباب رجوع و در کل جامعه صورت بگیرد نظارت غیررسمی است.

ب) مفهوم فساد و فساد مالی

فساد به لحاظ لغوی در معانی همچون تباه شدن، متلاشی شدن از بین رفتن، و هم چنان فتنه و آشوب و لهو و لعب به کار برده شده است. این مفهوم از مفاهیم کهن مطرح در علوم اجتماعی است که در سالهای اخیر توجه جرم شناسان را نیز به خود معطوف کرده است. از دیدگاه محققان علوم اجتماعی، فساد از جمله پارادایم هایی محسوب می شود که تعریف آن نیازمند ایجاد یک الگوواره و چارچوب مفهومی از این موضوع است. (محمد فرجیها و حسین جوادی، ۱۳۹۳: ۲۴۵) بر مبنای تعریف بانک

جهانی، فساد عبارت است از: سوء استفاده از اختیارات دولتی برای کسب منافع شخصی (بانک جهانی ۱۹۷۷) مضافاً اینکه کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان یافته در بند ۱ ماده ۸ فساد را عبارت می داند: «از وعده اعطاء پیش نهاد یا اعطای امتیاز غیر قانونی به یک مقام عمومی به طور مستقیم یا غیر مستقیم، برای خودش یا برای فردی یا نهادی دیگر به قصد واداشتن آن مقام یا خود داری از انجام عملی که در راستای وظایف رسمی اش لازم است انجام دهد. همچنین درخواست یا پذیرش غیر قانونی از سوی یک مقام به طور مستقیم یا غیر مستقیم، برای خود یا فرد یا نهاد دیگری به قصد انجام یا خود داری از انجام عملی در راستای وظایف رسمی در ازای آن.»

آنچه که مبرهن است، آنست که ارئه تعریف جامع و کامل از فساد امری دشوار به نظر می رسد، با این وجود، برخی با ارائه این تعریف که فساد عبارت است از سوء استفاده از مقام و قدرت به امانت داده شده در جهت منافع شخصی، (جعفرپور صادق، الهام و اعظم عدالتجو: ۱۳۹۲: ۵۷-۷۹) معتقدند با واقعیت نزدیکی بیشتری دارد. در این میان فساد مالی و اقتصادی که در دسته بندی های فساد، در سطح کلان آن جای می گیرد عبارت است از تمامی رفتاری هایی که به هر نحوی دلالت به سوء استفاده مرتکب، از قدرت مورد امانت خود می نماید. با این توضیح که فساد در ابعاد کلان که از آن به فساد یقه سپیدان یاد می شود دارای خصوصیات متمایزی از فساد در سطح خرد است که معمولاً از آن به عنوان فساد یقه آبی ها تعبیر می شود. (فرجیها و جوادی: ۱۳۹۳: ۲۴۶) به بیانی دیگر فساد مالی عبارت است از: «کلیه رفتارها و سوء رفتارهایی که موجب اختلال در نظم اقتصادی یا عمل کرد بهینه مراکز اقتصادی در مقیاس های مختلف، از واحدهای کوچک گرفته تا اختلال در اقتصاد کشور می گردد.» (عباس زادگان، ۱۳۸۱: ۱۳۸۳) بطور خلاصه مراد از فساد مالی در این مقاله هرگونه سوء استفاده و بدست آوردن منابع ارزش مند از طرق غیر پذیرفته شده است.

ج) پیشگیری

پیشگیری از جرم از اصطلاحات حقوق جزا بوده و در معنای وسیع خود شامل اقدامات کیفری و غیرکیفری مانند: پیشگیری وضعی و اجتماعی که برای ختنی کردن عوامل ارتکاب جرم و کاهش بزه کاری می‌شود. موریسکوسن، جرم شناس کانادایی، پیشگیری را چنین تعریف می‌کند: «مجموعه اقدام‌ها و تدابیر غیر قهرآمیز که با هدف خاص مهار جرم، کاهش احتمال جرم، کاهش وخامت جرم، و پیرامون علل جرایم اتخاذ می‌شود.» (ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۳۸)

با توجه به تاریخ و شیوه‌های مبارزه بشر با پدیده جرم، جرم‌شناسان پیشگیری از جرم را به دو گونه پیش‌گیری کیفری و پیشگیری غیرکیفری تقسیم کرده‌اند، اصطلاح پیشگیری از جرم در معنای وسیع خود شامل اقدامات کیفری و غیرکیفری برای ختنی کردن عوامل ارتکاب جرم و کاهش بزه کاری می‌شود ولی در مفهوم مضیق پیش‌گیری فقط تدابیر غیرکیفری را شامل می‌شود. (معظمی، ۱۳۸۶: ۹۳) مراد از پیشگیری در این مقاله نیز هر اقدام کیفری و غیر کیفری است که مانع شکل‌گیری فساد مالی در جامعه است.

۲- سازمان‌های نظارت رسمی در ایران و افغانستان

بدون تردید انجام هیچ‌فعالیتهای در یک جامعه، مؤثر نخواهد بود مگر اینکه نظارت و کنترل مستمر و لازم در آن انجام گردد. با کمک نظارت است که فعالیت و تلاش در راستای رشد و شکوفایی جامعه قرین توفیق خواهد شد. مهم‌ترین دلیلی که سازمانهای نظارت را ضروری می‌سازد این است که پیش‌بینی‌های مسئولین در نهادهای مختلف دولتی و غیردولتی با درصدی خطا هم‌راه است و برای رفع این خطاها و به هدف اصلاح رفتارها و کج‌روی‌ها در هر جامعه نهاد نظارتی پیش‌بینی می‌شود. نگاهی به سازمان‌های نظارتی در ایران و افغانستان بدون تردید ما را در دسترسی به هدف مقاله بهتر یاری خواهد رساند.

الف) سازمان های نظارت ایران

اصل ۴۹ قانون اساسی ایران، همه نهادهای مربوطه و به خصوص نظام قضایی این کشور را مکلف به مبارزه و برخورد جدی با فساد مالی نموده است. با توجه به مجموع مواد قانون اساسی ایران در این زمینه به ویژه اصل ۹۰، اصل ۵۴، اصل ۵۵ و اصل ۱۷۴ قانون اساسی این نکته به دست می آید که قانون گذار ایران بحث نظارت را در هر سه قوه به شکل جداگانه مطرح نموده است.

یک: سازمان های نظارتی قوه مقننه: سازمان های ناظر قوه مقننه عبارتند از: ۱ - دیوان محاسبات: دیوان محاسبات که به آن (دادگاه مالی) نیز گویند، نهادی است که کنترل و نظارت مستمر مالی را در ایران به منظور پاسداری از بیت المال از طریق حساب رسی، رسیدگی به تخلفات مأمورین ذیربط دولتی، رسیدگی به موجودی حساب و کتاب و کنترل عملیات و فعالیت های مالی کلیه وزارت خانه ها، مؤسسات، شرکت های دولتی و دستگاه های که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می کند به عهده دارد. براساس اصل ۵۵ قانون اساسی ایران دیوان محاسبات به کلیه حساب های وزارت خانه ها و مؤسسات دولتی رسیدگی و یا حسابرسی می نماید. ۲ - کمیسیون اصل ۹۰ مجلس نیز از جمله نهادهای ناظر قوه مقننه به شمار میرود که بر مبنای اصل ۹۰ قانون اساسی ایران مسئول اعمال کنترل و نظارت مؤثر عملیات مالی دولتی است. و به همین منظور کمیته اختصاصی را با هدف رسیدگی به شکایات مردم در زمینه تخلفات مالی دولتی ایجاد نموده است. این کمیسیون تلاش می کند تا با نظارت، بررسی و تطبیق مصوبات دولت با قوانین و مقررات، از فساد مالی جلوگیری نماید.

دو) سازمان های ناظر قوه مجریه: سازمان های ناظر قوه مجریه عبارت اند از:

۱ - وزارت امور اقتصاد و دارایی: قوه مجریه وظیفه ای مهم نظارت و کنترل امور مالی را به وزارت امور اقتصادی و دارایی واگذار نموده است. مهم ترین وظایف این وزارت عبارتند از بررسی امور ثبت و دریافت کلیه درآمدهای استانها در چارچوب

قوانین و مقررات مربوطه، نظارت بر حسن انجام وظایف محوله کارمندان و کارگزاران، تهیه آمارهای دریافتها و پرداخت های خزانه معین جهت ارائه به اداره کل خزانه، ایجاد هماهنگی، راهنمایی و نظارت بر حسن وظایف ذی حسابی ها نسبت به مسائل دولت و نظارت لازم به منظور اعزام بازرسی یا سایر مأمورین ذیصلاح به منظور رسیدگی به مسائل مربوط به حفظ و حراست، استفاده صحیح و تهیه و نگهداری حساب اموال دولت. مسئولین وزارت اقتصاد به دلیل وجود ذیحساب، وظایف و مسئولیت های که دارد و بخصوص نظارت مستمری که این سازمان هنگام خرج و هزینه به عمل می آورد می تواند عامل مهم بازدارندگی فساد مالی به حساب آید. (صالحی غلام رضا، ۱۳۹۱: ۱۶۳)

۲ - وزارت اطلاعات: وزارت اطلاعات نهاد مربوط قوه مجریه بوده وظیفه ذاتی این سازمان مقابله و کشف شبکه های فساد مالی، تأمین امنیت و کمک به نظام، تصمیم سازی و سیاست گذاری از طریق ارائه اطلاعات و داده های ارزیابی شده و تحلیل به موقع و سریع دقیق است. مهم ترین کارکرد وزارت اطلاعات تأمین امنیت، فعالیت اطلاعاتی و موضوعات امنیتی و به دست آوردن آگاهی های لازم از وضعیت دشمنان خارجی و داخلی به منظور پیش گیری و مقابله با توطئه آنان علیه جمهوری اسلامی ایران است. اما در کنار این موضوع مهم، مقابله با فساد مالی و اداری یکی از وظایف مهم دیگر این نهاد است. از این رو این وزارت در کنار فعالیت های امنیتی رسالت مبارزه علیه فعالیت های نامشروع، فساد مالی و اداری را نیز به عهد دارد. (همان، ۱۳۹۱: ۱۷۳)

سه) سازمان ناظر قوه قضائیه: سازمان های ناظر قوه قضائیه عبارت است از: سازمان بازرسی کل کشور:

سازمان بازرسی کل کشور نهادی است که زیر نظر قوه قضائیه فعالیت نموده و وابسته به همین قوه است. این سازمان وظیفه نظارت و بازرسی مستمر تمام وزارت خانه ها و ادارات و انجام بازرسی های فوق العاده و اعلام موارد سوء استفاده

امور مالی را به عهد داشته و موظف است که تمام وزارت خانه ها و دستگاه های دولتی قوانین را به نحو درست اجرا نماید. و برای حسن انجام کار مسئولین مربوطه می توانند تذکرات پیش گیرانه را به کارمندان و کارگزاران ادارات مختلف ارائه داده و بانظارت دقیق و پیوسته و مراقبت های قانونی اجازه ندهند که حسن جریان کار به مخاطره بیفتد. بنابر این وظیفه ذاتی این سازمان مبارزه مستمر با فساد مالی و اداری در تمام دستگاه ها و موسسات دولتی است و در صورت مشاهده تخلف این نهاد حق دارد که گزارش را به دستگاه قضایی اطلاع رسانی نموده و دستگاه مربوطه طبق قانون متخلفین را به مجازات های قانونی برساند.^۱

علاوه بر سازمان های نظارتی فوق، دستگاه های ناظر دیگر نیز در ایران وجود دارد که در ذیل به آنها فقط اشاره می شود : ۱- مجمع تشخیص مصلحت نظام ۲- شورای نگهبان ۳- دیوان عدالت اداری ۴- مؤسسات و ادارات حساب رسی و خدمات مدیریت بخش های دولتی ۵- هیأت های امنای دانشگاه ها و موسسه های خیریه و عمومی ۶- نهادهای قیمت گذاری و تعدیل قیمت ها ۷- مقامات تشخیص مالیات ۸- تعزیرات حکومتی ۹- تشکیلات تأمین اجتماعی ۱۰- شورای اقتصاد ۱۱- مؤسسه های حساب رسی بخش خصوصی. (رمضانپور، ۱۳۸۷: ۲۱ و ۲۲)

ب) سازمان های نظارتی افغانستان

بر اساس ماده ۷۵ قانون اساسی افغانستان مسئولیت مبارزه با هر نوع فساد مالی و اداری به قوه مجریه واگذار شده است. در واقع جهت تطبیق قانون اساسی، این کشور کمیسیون را پیش بینی کرده که توسط رئیس قوه مجریه اعضای این کمیسیون انتخاب و به تأیید ولسی جرگه (نمایندگان مجلس) می رسد.^۲

^۳ - اصل ۱۷۴ قانون اساسی ایران.

^۴ - ماده ۱۵۷ قانون اساسی افغانستان.

یک: اداره عالی نظارت

با توجه به ضرورت و پیش بینی قانون اساسی افغانستان، در سال ۲۰۰۸ سازمان نظارتی بنام «اداره عالی نظارت» در افغانستان ایجاد شد. هدف از تأسیس این نهاد تطبیق قوانین، کنترل و نظارت بر تمامی دستگاه ها، سازمان ها و ادارات دولتی و هم چنین جمع آوری فرم ثبت دارایی های مقامات عالی رتبه دولت است. بطور خلاصه اتخاذ تدابیر جهت نظارت بر تطبیق استراتژی و مبارزه علیه فساد اداری در تمامی اداره ها، مراقبت از اجرای اداره ها، ارزیابی از تطبیق تدابیر اتخاذ شده در امر اصلاح اداره، تأمین شفافیت در اجرای اداره ها جهت اطمینان از حساب دهی، ایجاد اداره و مدیریت سالم عام المنفعه بر مبنای صداقت شغلی و مسئولیت حساب دهی، حراست از ملکیت های دولتی، شخصی و تحکیم، تعمیم حاکمیت قانون از وظایف اصلی اداره عالی نظارت است.^۱

دو: شورای عالی حاکمیت قانون: در سال ۲۰۱۶ رئیس جمهور افغانستان نهاد نظارتی دیگری را بنام شورای عالی حاکمیت قانون و مبارزه علیه فساد اداری تأسیس کرد. ریاست این شورا عالی را رئیس جمهور به عهده داشته و اعضای آن مرکب از معاون دوم رئیس جمهور، رئیس اجرائیه، قاضی القضاة، لوی سارانول (دادستان کل) و چندین وزیر دیگر هستند. وظیفه شورا عالی تطبیق قوانین، اصلاح و تقویت نظام عدلی و قضایی مبتنی بر حاکمیت قانون ایجاد مرکز عدلی قضایی، مبارزه مؤثر قاطع و همه جانبه علیه انواع فساد مالی و اداری و بررسی پیش نویس برنامه مبارزه با فساد است. این شورا دارای چندین کمیته است که یکی از این ها کمیته عدلی و قضایی است و مهم ترین وظایف این کمیته عبارت است از نظارت و پیشرفت برنامه ملی، اصلاحات عدلی و قضایی و هم کاری با مرکز عدلی و قضایی است.^۲

^۱ - ماده ۲ قانون نظارت بر تطبیق استراتژی مبارزه با فساد اداری افغانستان.

^۲ - روزنامه اطلاعات روز (روزنامه افغانستان) ۳۱/۵/۱۳۹۵

سه: ولسی جرگه (پارلمان) افغانستان: قانون اساسی افغانستان هرچند که مسئولیت نظارت برفساد مالی واداری را بیشتر بر دوش قوه مجریه گذاشته ولی دربرخی موارد، وظیفه مبارزه با جرم و فساد را به قوه مقننه نیز سپرده است. مثلاً چنانچه یک سوم ازاعضای پارلمان خواستار محاکمه ی رئیس و یا یکی ازاعضای ستره محکمه (عالی ترین ارگان قضایی افغانستان) براساس اتهام به جرم ناشی ازاجرای وظیفه یا ارتکاب جنایت شوند و پارلمان با اکثریت دوسوم کل اعضا اتهام را تصویب کند، متهم از وظیفه عزل و موضوع به محکمه خاص محول می گردد. تشکیل محکمه و طرزعمل آن توسط قانون تنظیم می گردد.^۱

مضافاً اینکه سازمان های ذیل نیز جزء نهادهای نظارتی درافغانستان به شمار می روند: کمیسیون خدمات ملکی و واحد استخبارات مالی افغانستان ، اداره عالی تفتیش و اداره عالی بازرس.

۳ - عوامل موثر بر عدم کارآیی سیستم نظارت رسمی بر پیش گیری از فساد مالی افغانستان کشوری است توسعه نیافته و جهان سومی، کشوری که در طول بیش از چهاردهه جنگ و خون ریزی تمامی زیر ساخت های اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی آن یا به کلی ویران شده و یا اینکه آسیب جدی بر پیکره آن ها وارد گردیده است. جمهوری اسلامی ایران اگرچه وضعیت افغانستان را تجربه نکرده است، با این وجود اما، قرار داشتن آن در ردیف کشورهای جهان سومی و درحال توسعه عمده ترین مشابهتی است که میان این کشور و افغانستان وجود دارد، مسئله ای که بستر ساز عوامل مختلف در راستای عدم کارآمدی نظام نظارتی در مبارزه با فساد مالی است. به بخشی از این عوامل اشاره می گردد:

^۱ - ماده ۱۲۷ قانون اساسی افغانستان

۱ - عدم تسلط لازم و کامل در سطح کلان کشوری: بر مبنای ارزیابی دیدبان بین

المللی شفافیت در سالهای اخیر شاخص فساد در افغانستان و ایران همواره رتبه بلندی را در سطح دنیا به خود اختصاص داده است. به نحوی که افغانستان با فراز و فرودها در سالهای اخیر جزء ۱۰ کشور فاسد در جهان و ایران نیز در رتبه های ۲۹ تا ۳۱ قرار داشته است.^۱

تورم ساختار اداری و اجرایی یا به تعبیر دیگر بزرگ بودن دولت، خود یکی از عوامل تأثیرگذار بر گسترش فساد مالی است. به هر اندازه که دولت بزرگ باشد، به همان پیمانۀ بودجه بیشتری نیاز است و به همان اندازه که بودجه بیشتر وارد دولت شود، احتمال فساد نیز به همان مقدار افزایش می یابد. در واقع گستردگی دولت باعث گستردگی حیطه اختیارات شده و مقامات سیاسی در سطح وسیعی دارای اعمال قدرت و نفوذ می شوند. شواهد نشان داده که گستردگی وظایف، بی تردید باعث ایجاد رانت و امکانات فساد آمیز دیگر خواهد شد. (جعفر پور، عدالت جو، ۱۳۹۲: ۷۵-۷۹) شاید از مهم ترین فاکتورهای تأثیر گذار در بحث فساد مالی در کشورهای جهان سومی اغلب عدم موجودیت و یا حد اقل کم رنگ بودن مقوله دولت - ملت باشد، در این کشورها نظریه های نوین سیاسی از جای گاه مطلوبی برخوردار نیستند و چه بسا که اصلاً برخوردار نبوده اند، این خود بستر ساز ظهور مشکلات جدی در ساختارسازی و نهاد سازی می گردد. عدم مقبولیت متقابل میان دولت و ملت در جهان سوم در کشورهایی مثل افغانستان سبب آن گردیده که دولت تلاش بورزد تا در همه امور دخالت و اشراف کامل خود را حفظ نماید و اجازه جولان را حتی به بخش های خصوصی که شاید بتوانند به نحو مطلوب تری از عهده مسئولیت برآیند ندهد و تمام مسئولیت ها را که بدون تردید بر گستردگی مسئولیت های دولت می افزاید یک تنه بر دوش کشد. این

^۱<https://www.isna.ir/news/95110604175/>

دایره وسیع از مسئولیت، موجب نیاز کاذب و استخدام کارکنان برای تصدی وظایف محول شده به دولت می شود.

این مسئله سبب جذب افراد فاقد تخصص و تعهد، با حمایت و برای رضایت از مقام های ارشد در سطوح مختلف به خدمت دستگاه دولتی گمارده می شوند. و از طرفی این رویکرد نابخردانه، عواقبی هم چون کاهش مدیریت سالم، نصب افراد نامناسب، بی دانش و نامتعهد در پست های مهم و حساس، عدم ثبات در ساختارها، عدم رعایت شایسته سالاری در تقرررها و عزل و نصب ها، عدم رعایت در اهلیت کاری و درجه تحصیل، معافیت زورمندان در برابر ضمانت اجراهای قانون، ارتقای قارچ گونه ی رتبه های اداری و دولتی و حیف ومیل و به غارت بردن اموال عمومی و بیت المال به نفع شخصی و... را در پی خواهد داشت. (برهانی، ۱۳۹۵: ۱۶)

بر اساس گزارش یکی از خبرگزاری های معتبر در افغانستان (روزنامه افغانستان) در خصوص میزان تحصیلات کارمندان دولت آمارهای جالبی وجود دارد که نشان می دهد تقریباً بیش از نیمی از کارمندان دولت دارای سواد کافی برای پست های مدیریتی نیستند. این همان نیروهای مازاد یا ضعیف است که به بدنه دولت راه یافته اند.

طبق گزارشات اداره مرکزی احصائیه نزدیک به ۲۶۸ نفر دکترا در بین کارمندان دولت وجود دارد. این یعنی تنها ۰.۰۶ درصد جمعیت کارمندان دارای مدرک دوکتورا می باشد. ۴۸۰۴ نفر دارای مدرک ماستری (کارشناسی ارشد) (نزدیک به ۱.۲ درصد جمعیت کارمندان کشور)، ۵۵۱۵۷ نفر دارای مدرک لیسانس (نزدیک به ۱۳.۷ درصد جمعیت کارمندان کشور)، ۲۲۷۳۰۵ نفر دارای مدرک پایین تر از لیسانس (حدود ۵۷ درصد کارمندان دولتی) و ۱۲۲۵۵ نفر مدارک آنها معلوم نیست که حدود ۳ درصد کل کارمندان دولتی را تشکیل می دهند.^۹ مضافاً اینکه ساختار شدیداً متمرکز^۱ دولت در این

^۹ - شنبه ۱ سنبله ۱۳۹۹ - احمد محمدی

http://www.dailyafghanistan.com/opinion_detail.php?post_id=153752

کشور سبب گردیده تا نتواند بر تمام سازمان های دولتی در تمام جغرافیای خود نفوذ سازمانی خود را حفظ کند. به همین دلیل در بسیار موارد ممکن است دولت به دلیل عدم نظارت سازنده بر سازمان های زیر مجموعه خود اصلاً از فساد در لایه های حکومتی مطلع نباشد و یا اینکه نتواند مانع آن بشود. بنابراین این وضعیت به خودی خود بسترفساد مالی را می گستراند. به تعبیر برخی از نویسندگان «همان طور که نچشیدن عسل یا زهری که بر سر زبان است غیر ممکن است، برای یک کارمند دولت هم غیر ممکن است که لاقط به مقدار کمی هم که شده از درآمد کشور سوء استفاده نکند.» و یا اینکه «همان طور که در مورد ماهی شناور در آب نمی توان مشخص کرد که آیا از آب دریا می نوشد یا خیر در مورد کارمند دولت هم نمی توان مشخص نمود که آیا از بیت المال می دزدند یا خیر.» (زاهدی، ۱۳۸۷: ۱۲) در جمهوری اسلامی ایران به یمن ثبات حاکم اگرچه وضعیت به نابسامانی افغانستان نیست، اما به نظر میرسد گستردگی دولت زمینه ساز بروز عواملی همچون عدم توجه به اصل شایسته سالاری و عدم استفاده از کارکنان توان مند در پست ها و مسولیت های دولتی، موجودیت بورکراسی شدید و کاغذپرانی های اداری، نبود سیستم مکافات و مجازات قابل قبول و متناسب با فعالیت افراد و موجودیت رابطه مندی به جای اصل ضابطه مندی در مناسب و مسولیت های دولتی، گردیده است. (جعفریه و حبیب الله طاهر پورکلانتری، ۱۳۹۴: ۱۹-۴۳) مضافاً اینکه عدم شفافیت نظام اداری و عدم شفافیت اقتصادی، نظیر عدم شفافیت در گردش پول و کالا، از عوامل مؤثر در گسترش فساد مالی در این کشور به شمار می روند. (جمالی اسگویی و همکاران، ۱۳۹۹: ۳۳-۵۸)

^{۱۰} مشخصه دولت های متمرکز بر خلاف دولت های فدرال، این است که تمام تصمیم های مربوط به تمام جغرافیای سیای کشور در مرکز گرفته می شود.

بنابراین به هر پیمان‌ه که بتوان از حجم دولت کاست و آن را کوچک تر ساخت به همان مقدار می توان در کاهش بودجه اقداماتی را انجام داد که در نهایت می توان با نظارت مستمر و مؤثر سبب کاهش فساد در درون دولت گردید.

دولت الکترونیک بهترین گزینه برای دست یابی به چنین هدفی است. با توجه به عدم امکان تغییر اطلاعات در دولت الکترونیک، شفافیت در امور خدماتی از مزایای آن به شمار می رود، چرا که شهروندان می توانند به اطلاعات دسترسی پیدا کنند و نهادهای نظارتی نیز موفق تر نسبت به گذشته از عهده مسئولیت خطیر خود بدر خواهند آمد.

۲- تزلزل در روی کرد قانون گذاری

یکی از ویژگی های بارز محیطی که در آن فساد مالی رخ میدهد، اختلافی است که بین قوانین رسمی و غیر رسمی حکومتی در بخش دولتی پیش می آید، اگرچه همه کشور ها نیاز به سطوح یکسانی از قوانین ضد فساد مالی ندارند. افغانستان پس از طالبان کوشیده است تا جایگاه خود را به عنوان عضو متعهد جامعه جهانی باز یابد، بر همین مبنا جامعه جهانی در طول بیست سال گذشته تلاش ورزیده تا در شکل دهی یک ساختار نظام مند و جدید این کشور را هم کاری نماید. آنچه که در طول سالیان گذشته از سوی کشورهای کمک کننده به افغانستان مورد تأکید قرار داشته شفافیت در عرصه های مختلف اجرائات حکومتی به ویژه در عرصه چگونگی مبارزه با فساد مالی و اداری از سوی این کشور بوده است. با این وجود اما به نظر می رسد که قانون گذاری در افغانستان با واقعیت های تاریخی و جامعه شناختی، آن چنان که باید سنخیت ندارد. (برهانی، ۱۳۹۵: ۱۸) بدیهی است قوانینی که حق خرید، فروش و یا تولید محصولی را به یک فرد یا گروهی از افراد خاص اختصاص می دهند و در کنار آن قوانینی که به نوعی مبهم و دارای شکاف هستند، زمینه را برای اختلاس، ارتشا،

رانت خواری و ... فراهم می کند، خود نمونه هایی از فساد است.^۱ این نوع از فساد سبب گردیده تا مبارزه علیه فساد و نظارت بر آن دچار سکتگی و در پاره ای از امور، خود زمینه ساز بروز و گسترش فساد باشد. در کشورهایمانند افغانستان و ایران قوانین ضعیف، توجیه کننده اعمال فساد آمیز شده و امکان برخورداری شخصی از منافع موجود در درون ساختار را فراهم می کند. به عنوان مثال در افغانستان تعدادی از مقام های بلند پایه که از امکانات دولتی زیادی برخوردار هستند و فرایند مزاییده خصوص سازی پروژه های کلان را طراحی کردند خود از افرادی اند که مانع تقویت بخش خصوصی می شوند و این خواست خود را پوشش قانونی می دهند. (برهانی، ۱۳۹۵: ۱۸) در جمهوری اسلامی ایران اگرچه وضعیت بهتری شاید در ظاهر داشته باشد، ولی به نظرمی رسد که در این کشور به نوعی با تورم قوانین روبرو هستیم به نحوی که انباشت قوانین نوعی سردرگمی برای مجریان آن را به همراه داشته است. وانگهی ضعف مبانی نظری در نظارت و ایجاد ساختارهای سنتی براساس اعتماد به افراد، ذهنی گرایی و دوری از عینیت گرایی از چالش های اصلی فرا روی سیستم قانونگذاری در این کشور می باشد. بدیهی است که عدم شفافیت و تعدد قوانین (قوانین زیاد، تناقض در قوانین، ابهام در قوانین)، منفذهایی برای کارکنان عالی رتبه و نیز رده پایین و فرصت طلب پدید می آورد تا با سوء استفاده از آنها و فرار از قوانین بتوانند به حیات خود ادامه دهند و در نهایت فساد مانند دژی محکم و تسخیر ناپذیر در ساختار دولتی کشورهای جهان سوم باقی بماند. (حسینی هاشم زاده و همکاران، ۱۳۹۳: ۸۷) اگر چه به صورت قطع نمی توان گفت که عاملی مشخص در فساد نقش بیثیری ایفا می کند ولی یقیناً فساد در جایی بروز خواهد کرد که نظام قانون گذاری در آن ضعیف عمل نماید. لذا اگر این ضعف در نظام قانون گذاری مهار و از

^۱<https://donya-e-eqtasad.com/%D8%A8%D8%AE%D8%B4->

میان برداشته نشود و ریشه آن به صورت یک سیستم ناخوشایند ریشه بدواند و مردم در این چارچوب مجبور به تبعیت بشوند دیگر انگیزه ای برای مبارزه با فساد باقی نخواهد ماند و عملاً نهاد های نظارتی کارایی خود را از دست خواهند داد.

از عمده ترین فاکتور های مؤثر در جهت غلبه بر تزلزل در رویکرد قانون گذاری و نظارت مؤثر می تواند بهره گیری از تجارب کشور های مختلف و استفاده از معیارهای بین المللی منعکس شده در کنوانسیون های بین المللی باشد.^۱ بی تردید در کنار موارد پیش گفته مواردی همچون جامع بودن قانون گذاری در مورد فساد هم به لحاظ مباحث ماهوی و هم به لحاظ شکلی باید در نظر گرفته شود. بدین معنا که هم مصداق های فساد به صورت کامل جرم انگاری شود و هم از نظر شکلی قوانین سخت گیرانه اعمال شود. مضافاً اینکه باید به مراحل پیش از ارتکاب جرم و اجرای دقیق مقررات به وسیله مجریان توجه جدی صورت پذیرد تا زمینه ارتکاب فساد فراهم نشود و همچنان برای مراحل پس از ارتکاب جرم نیز باید تدابیر کیفی شدیدی پیش بینی شود. (عالی پور، ۱۳۸۶: ۲۱۸) و مهمتر آن که؛ امکان اجرای قوانین در عمل و تأثیر آن در راستای مقابله با فساد، شرط اساسی است؛ چرا که در صورت عدم اجرای قانون طبیعتاً تصویب آنها نیز فایده چندانی نخواهد داشت. (پاپ، ترجمه فریادی، ۱۳۸۵: ۲۱۹) بنابراین ساده سازی محیط قانونی با حذف قوانینی که هم پوشانی دارند، اطمینان از وجود قوانین با تضمین های بازدارنده در مقابله با تخلف رشوه مسئولان دولتی، اطمینان از وجود اجرای اثر بخش قوانین ضد پول شویی، اطمینان از وجود قوانین که متخلفان دریافت رشوه تحت تعقیب مقامات ذی صلاح قرار گیرند، (هاشم زاده و همکاران، ۱۳۹۳: ۹۳-۹۴) راه بردهایی است که سیستم قانون گذاری می تواند متکی به آن ها باشد و نهادهای نظارتی نیز به صورت کاربردی تر عمل نمایند.

^{۱۲} نمونه بارز آن کنوانسیون بین المللی مبارزه با فساد می تواند باشد.

برای جلوگیری از تزلزل در قانون گذاری در راستای مقابله با فساد، باید دو روی کرد تدابیر پیشگیرانه قبل از ارتکاب جرم و تدابیر کیفری پس از ارتکاب جرم در دستور کار قانون گذاری باشد. به این منظور روی کرد قانون گذاری تکمیلی به منظور ایجاد ضمانت اجراهای کیفری و مدنی و اجرایی برای اسناد بین المللی و یا سایر مقرراتی که دارای ضمانت اجرا نیستند،^۱ رویکرد قانون گذاری اصلاحی با هدف تغییر و اصلاح قوانین و مقررات کیفری سابق که در زمینه فساد پیش بینی شده اند و روی کرد قانون گذاری ابتدایی به قصد پیش بینی مقررات جدید و پیشرفته در مبارزه با فساد، می تواند مهم ترین تأثیر را در پیش گیری از فساد مالی داشته باشد. (عالی پور، ۱۳۸۶: ۲۱۲-۲۱۴)

۳ - ناتوانی دستگاه قضایی

پرواضح است که اقتدار دستگاه قضایی و سلامت آن مهم ترین عامل در راستای پیشگیری از فساد مالی به شمار می رود. در غیر آن، دستگاه قضایی ازدو جنبه توان تأثیر گذاری عمیق و پایدار را بر عدم موفقیت فرایند ضد فساد دارد: اول، کوتاهی این دستگاه در رسیدگی به تخلفات، عامل جری شدن مرتکبان فساد خواهد شد. دوم، فاسد بودن عناصر قضایی که با اعمال نفوذ در رسیدگی ها و افراد آلوده یا عدم رسیدگی به پرونده ها، بخشی از زنجیره کارکنان فساد را تشکیل می دهند. (ربیعی، ۱۳۸۳: ۷۲)

بسیاری از نهاد های حقوقی به دلیل ضعف نظام های قضایی در قسمت مهار فساد توفیق چندانی ندارند. به این معنا که در نگاه مثبت، در فرایند قضایی دادستانهایی هستند که به اجرای قوانین سخت گیرانه تمایلی ندارند و اعمال قوانین سهل گیرانه تری را نسبت به مجرمان می پسندند و در مقابل هم دادستان هایی هستند که اطلاعات لازم را برای متهم فاش، و یا به گونه دیگری رشوه دریافت می کنند تا جریان دادرسی

^{۱۳} - به طور مثال فرمان رهبر جمهوری اسلامی ایران در زمینه مبارزه با فساد مالی (۱۳۸۰)

را به سمت تبرئه متهم منحرف سازند. (پاپ، ترجمه فریادی، ۱۳۸۵: ۲۳۵) بر همین اساس راه بردهایی هم چون ارتقای مبتنی بر شایستگی، اجرای استانداردهای اخلاقی، روش های انتصابات بی طرفانه، استقلال و پاسخ گویی قضات، نظارت قضایی، کارآمدسازی، اصلاح و بهبود روش های اداری، وجود مجازات ها و تنبیهات بازدارنده و رسیدگی قضایی مناسب عمده مواردی است که سیستم قضایی باید متکی به آن باشد. (هاشم زاده و همکاران، ۱۳۹۳: ۹۳-۹۵)

در افغانستان از عمده ترین عوامل مؤثر بر افزایش فساد مالی و عدم کارایی نظام نظارتی را شاید بتوان در ناکارآمدی دستگاه قضایی این کشور دانست. بر مبنای قانون اساسی افغانستان ۹ عضو شورای دادگاه عالی افغانستان باید از سوی رئیس جمهور تعیین و برای کسب رأی اعتماد به مجلس نمایندگان معرفی شوند. این بدان معناست که وابستگی مالی و ترس ناشی از این روی کرد، استقلالیت لازم را از قوه قضائیه که در کنواسیون بین المللی مبارزه با فساد به عنوان یکی از اصول راه بردی مبارزه با فساد محسوب می شود را سلب می نماید. به نحویکه دستگاه قضایی در بسیاری از موارد باید خواست و حکم خود را همسو و موافق با رئیس قوه مجریه صادر نماید. بدون تردید این نوع اقدامات خود مانع جدی بر سر راه مبارزه با فساد می تواند باشد به ویژه آنکه مقابله با فساد مالی به خودی خود نیازمند اقتدار قضایی و کارآمدی این دستگاه می باشد.

جرم انگاری بیش از حد و تکلیف فوق العاده به دستگاه قضایی برای حل و فصل کلیه دعاوی و اختلافات مردم و نهاد های دولتی با یک دیگر و با مردم از جمله علل و عوامل مهم جرایم ارتكابی قضات به ویژه اشتباهات قضایی می باشد که موجب تغایر و تفاوت تصمیم ها و آرای قضایی می شود مضافاً اینکه بی ثباتی قوانین شکلی دادرسی خود می تواند عاملی مؤثر در ایجاد ضعف در سیستم قضایی در ایران به شمار آید. (کاوه زاده، ۱۳۹۵: ۸)

پرواضح است که نظام قضایی برای اجرای عدالت از جایگاه ویژه ای برخوردار است و باید در راستای اعتماد سازی میان خود و مردم پلی محکم ایجاد نماید تا بتواند مشروعیت لازم خود را بدست آورد. عدم اعتماد افکار عمومی به نهادهای قضایی تلاش ها برای مهار فساد را خنثی خواهد نمود. مواردی همچون طولانی شدن روند رسیدگی، هزینه بر بودن روند رسیدگی و بی عدالتی در روند رسیدگی و وابستگی مالی عواملی است که حرکت نظام قضایی را به سمت عدالت، بطی و متوقف خواهد ساخت.

۴ - وابستگی مالی نهادهای نظارتی

یکی از عوامل ناکار آمدی دستگاه نظارتی در ایران و افغانستان وابستگی مالی نهاد های نظارت کننده به سازمان های نظارت شونده است. چالش های ساختاری نظارت در سازمانهای نظارتی را بایستی از مهمترین چالش های یادشده در نظارت مؤثر دانست. در حال حاضر منابع سازمانی اعمال از منابع مالی و نیروی انسانی در دستگاههای نظارتی از شرایط لازم نظارتی برخوردار نیستند. (حسینی، موسوی بایگی، ۱۳۹۰: ۱۳۹) وجود چنین وضعیتی فرهنگ نظارت پذیری را با چالش جدی روبرو می سازد.

در افغانستان با توجه به سیستم متمرکز قدرتی حاکم بر آن عملاً نهادهای نظارتی تمامی بودجه و امکانات خود را مبتنی بر فرمان رئیس قوه مجریه بدست می آورند. این چالش ساختاری سبب گردیده که دست دستگاههای نظارتی در بسیاری از موارد کوتاه گردد. به طور مثال وزارت مالیه افغانستان با صدور دستوری به راحتی می تواند به تمام مجموعه های زیردست خود مانع نظارت ارگان کشفی و نظارتی گردد. به نوعی این وضعیت باعث شده که چنین سازمان هایی مصونیت هایی را با تکیه بر واژه محرمانه برای خود به منظور رهایی از نظارت قائل شوند.

در جمهوری اسلامی ایران نیز این چالش ساختاری وجود دارد، برای مثال اداره کل بازرسی استان وقتی بر استانداری (ولایت) یا سازمان های تحت حمایت آن نظارت می کند و تخلفات آن ها را پیگیری می کند، ممکن است در بودجه اداری خود که پرداخت حقوق کارکنان و امور جاری است با وقفه و کسری مواجه شود. چون این استانداری است که باید بودجه نهادهای استان از جمله نهادهای ناظر بر خود مانند اداره کل بازرسی را توزیع کند.

بنابراین باید تمهیداتی جدی به منظور رفع این چالش و استقلال مالی نهادهای نظارتی از سوی نظام های حقوق هر دو کشور در نظر گرفته شود تا نهاد نظارتی بدون دغدغه و تردید بتواند امر نظارت خود را به صورت مطلوب به اكمال برساند.

۵- کمک های جهانی

این فاکتور مشخصاً تأکید بر وضعیت افغانستان پس از طالبان دارد. بدون تردید بخشی بزرگ از چالش و فساد اقتصادی ریشه در میلیارد ها دلاری دارد که از سوی جامعه جهانی به ویژه بین سالهای ۲۰۰۱ تا ۲۰۱۱ به منظور مشارکت و مساعدت برای ساخت زیربنای افغانستان، به این کشور سرازیر گردیده است. عدم مدیریت درست و سازنده و عدم درک صحیح از شرایط افغانستان و مصرف بخش عمده ای از این کمک ها از مجراهای نهادها و سازمان های بین المللی بدون نظارت جامع که عمدتاً نیز با اهداف خاصی متولی امور مصرفی می گردیدند، سبب گسترش فساد مالی بوده است. آمار های موجود مبین این مسئله هستند که اگر دولت افغانستان اراده جدی در راستای مبارزه با فساد مالی را دارد باید بسیار جدی تر از گذشته و نظارت مؤثر مواظب هزینه شدن کمک ها در افغانستان باشد به ویژه آنکه تحقیقات در افغانستان نشان می دهد که

فساد مالی در این کشور روند صعودی داشته و مشکلات بانک های بزرگ این کشور ریشه در همین مسئله دارد.^۱

بر بنیاد اطلاعات وزارت مالیه یا دارایی افغانستان، بیش از نصف کمک های یاد شده (۵۱٪) در بخش امنیت و متباقی آن در سایر عرصه ها نظیر ایجاد زیربناها و تقویت نظام کشاورزی و غیره هزینه گردیده است. (ویبسایت رسمی وزارت مالیه افغانستان) این رقم در واقع مبلغی هنگفت و چشم گیری است که اگر در قسمت مصرف آن با برنامه ریزی دقیق تر، نظارت عمیق تر و توجه بیشتر کار صورت می گرفت مطمئناً وضعیت امنیتی و زیربنای اقتصادی و کشاورزی، از آنچه امروز شاهد آن هستیم، به مراتب بهتر و قوی تر و پیش رفته تر می بود. از جانب دیگر، برنامه ریزی درست و دقیق دولت افغانستان در راستای مصرف پولهای کمک شده، میتواند بخش بزرگی از بیکاری را که مایه نا امنی و بی ثباتی کشور دانسته می شود تا حد ممکن حل کند. اما با گذشت نزدیک به دو دهه از آغاز روند سرازیر شدن حجم عظیمی از کمک های جامعه جهانی به افغانستان، هنوز هم شاهد بی کاری تعداد کثیری از شهروندان این کشور هستیم که این افراد چاره ای جز پیوستن به صفوف مخالفین مسلح دولت و یا مهاجرت و ترک وطن را ندارند و راه حلی برای معضل بی کاری و عدم اشتغال شان نمی یابند. (وحیدی فردوسی، عبدالهادی، سید جاوید نجفی زاده، ۱۳۹۷: ۶)

۶- عدم نظام مالیاتی شفاف و یک دست

مواردی همچون نبود سیستم نظارتی قوی، پیچیدگی قوانین و مقررات و عدم شفافیت استانداردها، ارتباط مستمر مردم و مسئولان مالیاتی، فرهنگ سازمانی ضعیف و تغییر ناپذیر، روحیه کاری و تعهد شغلی پایین، عدم وجود سیستم های تشویقی مناسب،

^{۱۴} - رهین: ۱۳۸۱/۵/۵ روزنامه افغانستان، کابل

چشم پوشی از تخلفات کارگزاران خاطی، کاهش حقوق و دست مزد و فشار اقتصادی ناشی از تورم، قدرت و اختیار زیاد مدیران و... بخشی از دلایلی است که سیستم مالیاتی را فساد آلود می سازد. (امیری، کیانی نژاد، ۱۳۹۲: ۶۳) به اعتقاد (رز-اکرمن) «یک نظام مالیاتی فاسد که به سود برخی گروه ها و به زیان دیگران است می تواند تلاش هایی را که برای قرار دادن یک کشور بر پایه نظام مالی سالم صورت می گیرد نابود کرده و اصلاحات را بی اعتبار سازد. (اکرمن، ۱۳۸۵: ۳۶) بر مبنای محاسبات و تحلیل های نظری دولت ها هم واره تمایل دارند تا پول بیشتر خرج کنند و در مقابل افراد جامعه مایل به پرداخت مالیات کم تر هستند و دولت لازم است به خواسته های افراد جامعه جامه عمل بپوشاند. از این رو دولت برای تحت تأثیر قرار دادن افکار عمومی، مخارج عمومی انجام میدهد. اما مخارج عمومی، در زمان های معمولی یک روند افزایشی تدریجی دارد و در مواقع غیر عادی، مانند جنگ، کساد و قحطی، روند افزایش مخارج عمومی تسریع می یابد. بنابراین دولت برای تأمین افزایش مخارج عمومی، مجبور است سطح مالیات را افزایش دهد. این افزایش تنها در دوران غیر عادی مورد قبول مردم است. (دهمرد و هم کاران، ۱۳۹۱: ۵۸)

افغانستان شاید از محدود کشور هایی باشد که نظام مالیاتی در آن نظام مند و باثبات نیست. فرار مالیاتی، تعیین نرخ مالیاتی گوناگون، دخالت گروه های زورمند و خودسر در بندرهای تجارتي و عدم توانایی دولت در مهار آن ها، خود زمینه فساد گسترده مالی و سرازیر شدن پول هنگفت به جیب شخصی افراد را فراهم آورده است. به نظر می رسد جمهوری اسلامی ایران نیز در این زمینه مشکلاتش کمتر نسبت افغانستان نباشد.

آنگونه که از نتایج بر می آید نابسامانی قانونی به عنوان اولین و مهم ترین آسیب وارده بر نظام مالیاتی محسوب می گردد. ابهام، عدم ثبات و تورم منابع فوقانونی (بخشنامه های مالیاتی) درکنار سیاست کیفری نامتناسب و غیرمنطقی از جمله آسیب های قانونی در نظام مالیاتی ایران به شمار می آیند. از سوی دیگر فقدان تمکین مؤدیان

مالیاتی یا تمکین ناقص و نامناسب آنها از دیگر صدمات و چالش‌های موجود در نظام مالیاتی ایران می‌باشد. (ولیدی، و هم کاران: ۱۳۹۵: ۳۷-۵۸)

بنابراین هر دو نظام مالیاتی مورد مطالعه، با چالش‌های تقریباً شبیه به هم روبرو هستند. معافیت‌های پنهانی مالیاتی و معوق شدن بدهی‌های مالیاتی به ویژه برای مؤدیان بزرگ و شرکت‌های وابسته به دولت، اخذ مالیات اشخاص در مقدار بسیار بالا و افزایش بی‌رویه و چندین برابر شدن مالیات که در چنین وضعیتی امکان تبانی بین مأمور وصول مالیات و مؤدی را افزایش قابل ملاحظه ای خواهد داد. و همچنان عدم نظارت مستقیم و تمهیدات لازم بر گلوگاه‌های فرار مالیاتی خود چالشی جدی است. اگرچه برخی روش‌ها و شیوه‌های فرار مالیاتی همچون: عدم ثبت فروش و درآمد در دفاتر و یا ناقص ثبت کردن آن از طریق خریداران ساختگی و جعلی و یا کد اقتصادی اشخاص دیگر، حساب‌سازی، ثبت خرید کالا و دارایی در حساب هزینه، ثبت هزینه‌های مستقیم خرید و یا واردات کالا در حساب هزینه‌های جاری، متورم کردن مبالغ مندرج در فاکتورهای خرید و هزینه‌هایی از طریق تبانی با مشتری، دست‌کاری در اندازه‌گیری کالا (کم‌فروشی) و.... شناسایی شده‌اند ولی این مسئله را نباید از نظر دور داشت، زمانی که قواعد نظارتی به درستی و دقیق تعریف نشده، به راحتی می‌تواند وسیله درآمد عاملین نظارتی باشد. قطعاً رشوه دادن به مأمور وصول مالیات از هزینه کردن برای پرداخت مبلغ واقعی مالیات ارزان‌تر است. بنابراین اختیار تصمیم‌گیری شکافی تسهیل‌کننده فساد در رابطه با قواعد نظارتی و عاملین نظارتی است. (جلیلی، خوشدلی، ۱۳۹۷: ۵-۸)

۷- عدم توانایی لازم کنشگران جامعه مدنی

فلسفه وجودی جامعه مدنی در همه کشورها مردمی ساختن هر چه بیشتر دولت و همچنان نظارت مؤثر بر فعالیت‌های دولتی در همه عرصه‌هاست. به همین منظور دولت‌ها هم‌واره به نوعی از فعالیت‌های مدنی در هراس به سر می‌برند چراکه

تخلف آن‌ها سبب خواهد شد که افکار عمومی از طریق فعالین مدنی آگاه و اعتراضاتی را نیز در جهت اصلاح در پی داشته باشد.

از نظر نباید دور داشت که آزادی‌های مدنی، شامل رسانه‌های گروهی آزاد و مستقل، آزادی بیان و تشکل اجتماع، با فساد هم بستگی منفی دارند. اگر چه هیچ نظام سیاسی مبرا از فساد را نمی‌توان یافت، اما بین میزان فساد، مردم‌سالاری و سطح توسعه یافتگی یک رابطه وجود دارد. به این معنا که هر چه سطح توسعه یافتگی بالاتر و میزان دخالت و مشارکت مردم در تعیین سرنوشت و نحوه مدیریت جامعه بیش‌تر باشد، به همان نسبت فساد قابلیت بروز کم‌تری می‌یابد. جانستون (۲۰۰۰) نیز تأکید می‌کند که کنترل بیش از حد شهروندان باعث کاهش اعتماد آنها و افزایش فساد می‌شود. اگرچه فساد در جوامع دارای آزادی مطبوعات نیز وجود دارد، اما باید گفت آزادی مطبوعات و مردم‌سالاری این تضمین را می‌دهد که در صورت وقوع، فساد پنهان نمی‌ماند؛ از این رو این افشاگری‌های می‌تواند از رشد و گسترش فساد جلوگیری کند. (دهم‌رده و هم‌کاران، ۱۳۹۱: ۵۶)

افغانستان در طول بیست سال گذشته شاهد اثر گذاری چشم‌گیر فعالیت‌های مدنی بنا بر دلایلی معلوم نبوده است. عمده‌ترین دلیل هم نوعی موجودیت استبداد در دولت‌های جهان سومی است. چراکه در چنین دولت‌هایی فعالیت مدنی نوعی رقابت با دولت محسوب می‌شود و به همین خاطر اجازه فعالیت گسترده و نظارتی را به آنان نمی‌دهند. در جمهوری اسلامی ایران نیز نگاه تاریخی به مسئله فعالیت‌های جامعه مدنی همواره با فراز و فرودهایی روبرو بوده است. ضعف تاریخی جامعه مدنی در ایران از یک سو و توجیه دولت مطلقه با دلایلی چون ضرورت توسعه اقتصادی از سوی دیگر، موجب غلبه مطلق‌گرایی بر مشروطه‌گرایی شده است. (بشیریه، ۱۳۸۲: ۵۷۷) محدودیت در طول دوره تاریخی و حتی در تاریخ معاصر و کم‌رنگ بودن نهاد‌های مدنی، عدم احاطه خودتشکل‌های مدنی در میان پیروان و زیرمجموعه‌های آنان و نظارت و کنترل شدید دولت بر فعالیت کنش‌گران مدنی شاید از جمله عوامل مهم

در زمینه عدم کارایی چندان نهادهای مدنی بوده است. (اشرف، ۱۳۷۷: ۴۱) مضافاً اینکه دلیل آن که روی کرد غالب در ایران نوعاً رویکرد دینی است به همین علت دو دستگی میان پذیرش و عدم پذیرش جامعه مدنی همواره وجود داشته است بر همین مبنی تعدادی را بر این باور است که جامعه مدنی با دین در شاخص ها و مؤلفه های بسیاری متمایز است و از این رو، پیاده شدن آن در جامعه دینی غیرعملی است. در مقابل اما برخی بر هماهنگی میان سازگارهای جامعه دینی با جامعه مدنی تأکید می رزند و معتقدند که بین مؤلفه های دین و جامعه مدنی نکات اشتراک زیادی را می توان برشمرد. (سبزه ای، ۱۳۸۹: ۲۱۱) لذا با توجه به آنچه گفته آمد، نظارت و اصلاح رفتاری دولت از سوی جامعه مدنی در کشورهایی مثل ایران و افغانستان با چالش های جدی روبرو است. چرا که در این کشورها قدرت سیاسی متمرکز از طریق کنترل حکومت بر منابع قدرت، فرهنگ سیاسی غیر مدنی و تفکر حاکم به لحاظ اعتقادی بر این دو کشور سبب آن گردیده که جامعه مدنی همواره از جایگاه نامعلومی برخوردار باشد. (بشیری، ۱۳۸۲: ۹۱، ۶۹۳، از غندی، ۱۳۷۶: ۴۰۲-۴۰۷) البته این مسئله را نیز نباید از نظر دور داشت که عواملی مانند فقر اقتصادی و علمی، خاست گاه فرهنگی و هنجاری و عدم مسئولیت پذیری مردم در ایجاد و دوام فساد نقش مهمی را در چنین جوامعی ایفا می نمایند.

نتیجه گیری

نظارت حاکمیت بر ماموران و کارگزاران خود از مهم ترین و ضروری ترین انواع نظارت به شمار می رود. مسئله فرایند نظارت بر مفساد مالی، دارای ابعاد پیدا و پنهان است. ابعاد این مسئله دارای جنبه ای فردی و اجتماعی، فرهنگی و -محیطی می باشد. جنبه فردی و شخصیتی آن دارای ابعاد احساسی، فکری، ارزشی و هنجاری است. بعد احساسی نظارت بر فساد مالی نیازمند اراده بسیار قوی، چشم پوشی از منافع شخصی و باد آورده و به جان خریدن ریسک های زیاد می باشد که به دلایل

منفعت‌گرایی، عدم آگاهی و تخصص هم‌واره دچار مشکل است. در برخی موارد کارگزاران نه تنها یاری رسان نظارت بر فساد مالی نیستند، بلکه مانعی برای آن محسوب می‌شوند. یافتن راه حل نیز مستلزم تربیت نیروی انسانی، جای‌گزینی نیروهای کارآمد، تأمین منابع و فرهنگ‌سازی است و تحقق این امور منوط به اراده جدی و بسترهای اجتماعی مناسب می‌باشد. در بعد فکری، نظارت بر مفاسد مالی نیازمند شناخت عمیق از فساد، باندهای فساد، منافع جمعی و منافع کوتاه مدت و بلند مدت جامعه است، در غیر این صورت نمی‌توان کارگزار مناسبی برای نظارت بر مفاسد مالی بود. بعد ارزشی، مشروط به چنان تعهد عمیقی است که از یک سو از ارزش‌ها چشم‌پوشی نکند و از سوی دیگر بعضی ریاضت‌ها و دشواری‌ها را بپذیرد. بعد هنجاری، به قوانین و سنن جامعه پای‌بند باشد، تا بتواند با تبه‌کارترین، شرورترین و خطرناک‌ترین افراد مبارزه و رفتار آنها را کنترل کند. بعد اجتماعی، امکانات اقتصادی، علمی، تکنولوژیکی، مدیریت کارآمد، حاکمیت مقتدر، فرهنگ مناسب و روابط اجتماعی سالم مورد نیاز هستند. پس بطور کلی بدون بستر اجتماعی مناسب و سازمان‌های قدرت‌مند و مقتدر نمی‌توان بر مفاسد مالی نظارت کرد، چرا که در مفاسد مالی باندهای فساد و منافع کلان وجود دارد. بدون جامعه سالم، متخصص و حرفه‌ای امکان مبارزه با مفاسد مالی وجود ندارد. در حوزه پیشگیری نیز در صورتی که عطف توجه جدی در راستای ایجاد قوانین و مقررات اعم از پیشگیرانه و کیفی نشود، نمی‌توان امید چندانی برای مقابله کاربردی با پدیده فساد مالی داشت.

استفاده از دولت الکترونیک در امر نظارت خود به عنوان بازوی توانمند در راستای شفافیت و جلوگیری از مفاسد مالی می‌تواند مطرح باشد. مضافاً اینکه نباید دست از تلاش جدی برای ایجاد ساختار نظارتی مستقل بدون هیچگونه وابستگی به ویژگی وابستگی مالی به نهاد های نظارت شوند، برداشت.

در صورتی که توجه به استانداردهای دقیق و تعیین معیار برای تشخیص درستی یا عدم آن، به عنوان بخش مهم از فریند نظارت در ستور کار قرار داشته باشد، بی تردید

می تواند تأثیر مطلوبی بر اصلاح امور و در نتیجه جلوگیری از اتلاف و تضییع اموال و منافع دولت و حقوق عمومی داشته باشد.

منابع کتب:

- ۱- ابراهیمی، شهرام، جرم شناسی پیش گیری، جلد اول، بنیاد حقوقی میزان، تهران، ۱۳۹۰.
 - ۲- اخوان کاظمی، بهرام، نظارت در نظام اسلامی، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱.
 - ۳- ازغندی، مجموعه مقالات تحقق جامعه مدنی در انقلاب اسلامی، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۷۶.
 - ۴- برهانی، غلام ربانی، «رویکرد چند نهادی به پیشگیری از مفاسد اداری در افغانستان»، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد افغانستان، پاییز، ۱۳۹۵.
 - ۵- بشیریه، حسین، عقل در سیاست: سی و پنج گفتار در فلسفه، جامعه شناسی و توسعه سیاست، انتشارات: نگاه معاصر، ۱۳۸۲.
 - ۶- ربیعی، علی، زنده باد فساد، تهران: سازمان چاپ و انتشارات فرهنگی و ارشاد اسلامی، چاپ اول. زاهدی، شمس، ۱۳۸۳.
 - ۷- شاملو احمدی محمد حسین، «فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی»، اصفهان: چاپ اول، نشر دادیار. ۱۳۸۰.
 - ۸- صالحی غلام رضا، «راهبرد های مبارزه بافساد اداری»، چاپ دوم، جاودانه جنگل، حقوقی. ۱۳۹۱.
 - ۹- عباس زادگان محمد، «فساد اداری»، تهران، دفتر پژوهشهای فرهنگی، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
 - ۱۰- کونتز، هرولد، اچ ویریچ، سیریل او دانل، «اصول مدیریت»، ترجمه سید امین الله علوی، محمد علی طوسی، اکبر مهدویان، جلد ۲، انتشارات: موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، ۱۳۸۵.
 - ۱۱- نرگسی محمود رمضانپور «مبانی نظارت و بازرسی»، انتشارات پلک، ۱۳۸۷.
 - ۱۲- الوانی سید مهدی، مدیریت عمومی، چاپ سی و هفتم، نشر نی، ۱۳۸۸.
 - ۱۳- الوانی، سید مهدی، ویژگی های نظام کارآمد نظارتی، مجموعه مقالات دومین همایش نظارت و بازرسی، ۱۳۸۰.
- مقالات:
- ۱۴- اشرف، احمد، «نظام صنفی، جامعه مدنی و دموکراسی در ایران»، فصلنامه گفتگو، شماره ۲۴، زمستان، ۱۳۷۷.
 - ۱۵- امیری، کیومرث، الهام کیانی نژاد(۱۳۹۲) «سلامت و راهبردهای پیشگیری از فساد در نظام مالیاتی»، مجله اقتصادی، شماره های ۱ و ۲ فروردین و اردیبهشت، صفحات ۶۱-۶۸، ۱۳۹۲.

- ۱۶- پاپ، جرمی (۱۳۸۵) «پارلمان و قانونگذاری علیه فساد»، ترجمه مسعود فریادی، نشریه مجلس و پژوهش، س سیزدهم، شماره ۵۲، ۱۳۸۵.
- ۱۷- پور یخدانی حسن، مهدی زارع، و علیرضا، «آسیب شناختی فساد اداری کارکنان دولت»، سومین همایش بسترهای فساد مالی و اداری در نظام حقوقی ایران با رویکرد اصلاح و توسعه نظام حقوقی، میبد، ۱۳۹۵.
- ۱۸- جعفرپور صادق، الهام، اعظم عدالتجو، «فساد مالی و راه کارهای پیشگیری از آن»، فصل نامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، دوره شیشم، شماره ۲۲ زمستان، ۱۳۹۲.
- ۱۹- جعفریه، زهرا سادات، حبیب الله طاهر پورکلاتتری، «شناسایی عوامل موثر بر پیشگیری از تمایل بر وقوع تخلفات مالی در سازمان امور مالیاتی کشور»، فرایند مدیریت و توسعه، دوره ۲۸، شماره ۲ پیاپی ۹۲، ۱۳۹۴.
- ۲۰- جلیلی، محدثه، فاطمه خوشدلی، «گزارش راهبردی: شفافیت در نظام مالیاتی ایران» مرکز بررسی های استراتژیک ریاست جمهوری، کدگزارش: ۱۷۹-۹۷، اسفند، ۱۳۹۷.
- ۲۱- جمالی اسگویی، سید جمال، احمدبخشایشی اردستانی و میر قاسم بنی هاشم (۱۳۹۹) «اقتصاد سیاسی فساد در جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و هفتم، شماره یکصدویکم، بهار، ۱۳۹۹.
- ۲۲- حسینی هاشم زاده، داود، لیلی حبیبی، مهدیه آقاجعفری «بررسی علت های قانونی- قضایی فساد و ارزیابی وضعیت راهبردهای قانونی- قضایی برای مبارزه با فساد»، فصلنامه نظارت و بازرسی، سال هشتم شماره ۲۸، ۱۳۹۳.
- ۲۳- حسینی، سیدحسین، سید علی موسوی بایگی «نهادی های نظارتی حاکم بر قراردادهای مالی دولتی و چالش های آن»، دو فصلنامه اقتصاد پولی (دانش و توسعه سابق) سال اول، شماره ۱، بهار و تابستان، ۱۳۹۰.
- ۲۴- دهمرده، نظر، محمد علی زاده، سمیرا زیدی زاده، «بررسی اثر اندازه دولت بر فساد؛ با تأکید بر نقش دموکراسی در منطقه منا»، مجله اقتصاد و توسعه منطقه ای سال نوزدهم، دوره جدید شماره ۴، نیمه دوم، ۱۳۹۱.
- ۲۵- السادات «فساد اداری در کشور های در حال توسعه»، چهارمین اجلاس بازرسان کل آسیا (آمیودزمان) تهران، سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۸۷.
- ۲۶- سبزه ای، محمد تقی، «بررسی و تحلیل جامعه شناسی تطبیقی رویکردهای ایرانی و غربی به جامعه مدنی»، فصلنامه علوم اجتماعی، دوره ۲۱، شماره ۶۵، تابستان، ۱۳۹۸.
- ۲۷- عالی پور، حسن «فساد: موقعیت سنجی قانونی، ضرورت سنجی تقنینی»، نشریه مجلس و پژوهش، س چهاردهم، ش ۵۸، ۱۳۸۶.
- ۲۸- فرجیها، محمد، حسین جوادی «مطالعه جرم شناختی تخلفات و فساد اداری در کارکنان سازمان های فرهنگی- تفریحی شهرداری اصفهان»، (فصلنامه علمی- پژوهشی رفاه اجتماعی، دور چهاردهم، شماره ۵۴، ۱۳۹۳).

- ۲۹- قاهر دوست، علیرضا، حمید رضا یزدانی، سیدمحمد رضا ناصر زاده (۱۳۹۴) «بررسی چگونگی تأثیر حقوق و دستمزد بر کاهش فساد اداری و مالی»، فصلنامه مطالعات منابع انسانی، سال پنجم، شماره پانزدهم، بهار، ۱۳۹۴.
- ۳۰- کاوه زاده، مژگان «آسیب شناسی ساختار نظام قضایی ایران با تأکید بر آسیب شناسی قوانین»، سومین همایش بسترهای فساد مالی و اداری در نظام حقوقی ایران با رویکرد اصلاح و توسعه نظام حقوقی، میبد، ۱۳۹۵.
- ۳۱- معظمی، شهلا، «پیشگیری جرم شناختی»، فصلنامه پژوهشی تحلیلی و آموزشی مجد (حقوقی)، سال اول، تابستان، شماره اول، ۱۳۸۶.
- ۳۲- نجفی زاده، سید جاوید، عبدالهادی وحیدی فردوسی «قراردادهای پیمانکاری در افغانستان؛ عامل توسعه یا منشاء فساد»، فصلنامه تحقیقات، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷.
- ۳۳- ولیدی محمد صالح، علی نجفی توانا و سید مهدی احمدی موسوی «آسیب شناسی نظام مالیاتی ایران و تبیین علل موثر در بروز آسیب ها»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۵، دوره ۸۰، شماره ۹۶ - شماره پیاپی ۹۶ زمستان.

مطالعه تطبیقی در مورد علم قاضی

خیرنوال دکتور غلام حضرت برهانی

چکیده

در حقوق و دعاوی و همچنین احکام صادره از محکمه عبارت علم قاضی اغلب شنیده می‌شود؛ یعنی آن چیزی که موجب آگاهی و علم به آن موضوع در قاضی می‌شود که بتواند بر اساس عدالت و انصاف و آگاهی رأی صادر نماید در واقع اگر فردی علیه دیگری دعوی را طرح کند باید برای ادعای خود و برای اثبات آن دلایل و مستنداتی ارائه نماید و اگر این مدارک و دلایل باعث شود که قاضی بتواند در مورد موضوع علم و آگاهی و یا یقین کسب نماید و بتواند رأی صادر کند عنوان علم قاضی بر آن اعمال می‌گردد که در واقع قاضی برای صدور رأی باید علم و یقین به موضوع داشته باشد و این علم با توجه به ادله که به محکمه ارائه می‌شود به دست می‌آید که هم در دعاوی حقوقی و هم جزای نیاز به ارائه آن دلایل و مستنداتی است که موجب علم قاضی بشود تا رأی مقتضی را صادر نماید از این رو، سخن در این است که آیا حاکم شرع می‌تواند در مقام قضاوت، به قرائن و شواهد علمی، از رهگذر رجوع

به علم قاضی به مثابه دلیل اثباتی استناد نماید؟ دلایل اعتبار علم قاضی یا عدم حجیت آن و دامنه استناد به علم و حدود وسعت آن تا کجاست؟ اسباب تحصیل علم و ملاک رجوع به آن از دیدگاه حقوق و فقه، چه خواهد بود؟ از این جهت، شایسته خواهد بود تا زوایای علمی بحث به نحو جامع و متقن، تکمیل گردد تا پیکره تحقیق حاضر، از خلال پاسخ به پرسش‌های فوق، توالی مطالب مورد نظر را در برداشته باشد، ابتدا دیدگاه و ادله فقها در حجیت علم قاضی و اختلاف نظریات ایشان بررسی می‌شود، سپس جمع‌بندی و نتیجه دیدگاه برگزیده پایان‌بخش این مقال خواهد بود.

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

مقدمه

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

جواز استناد قاضی به علم شخصی خود در مقام صدور حکم یکی از مسائل دیرینه و پر سابقه فقهی است که امروز خود مسئله‌ساز شده و مورد ابتلای دستگاه قضایی است. ادله اثبات در امور جزای در نظام آیین دادرسی‌ها رکن اساسی پرونده مطروح نزد قاضی را تشکیل می‌دهد. چراکه طبق اصل ۲۵ قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان: «برائت ذمه حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم‌علیه قرار نگیرد، بی‌گناه شناخته می‌شود.» و همچنان اصل ۳۷ ایران: «اصل بر برائت است و

هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.» اصل برائت جزء اصول خدشه‌ناپذیر در نظام‌های جزای است که جز با فراهم آوردن و ارائه ادله کافی و واجد ارزش اثباتی و تحصیل شده از طرق مشروع و قانونی، علیه فرد یا افراد متهم به ارتکاب جرم قابل نقض نیست، علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا در نظام‌های حقوقی معاصر به خصوص در نظام قضایی اسلام از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است که این نماد در مواد ۱۰۵، ۱۲۰ و ۱۲۸ ق م ا به صورت کلی و در مواد ۱۹۹ و ۲۳۱ به شکل خاص در امر سرقت و قتل پیش‌بینی شده است. نوشتار حاضر آنچه در ارتباط با علم قاضی مطرح می‌شود اطلاعات عمومی یا دانش قضایی نوعی نیست زیرا انتخاب قضات از بین اشخاصی که اطلاعات و دانش مزبور را دارند برای این است که آن را در قضاوت به کار گیرند به بیان دیگر این علم لازمه قضاوت است و چنین علمی برای وی مفروض است و حتی بر وی تکلیف است که نسبت به آن (قضات) عالم باشد بلکه محل بحث در اینجا علمی است که قاضی بر اساس ادله قانونی موجود در پرونده (اقرار، شهادت، اماره قضایی و...) با لحاظ توان اثباتی می‌آورد. بناء بعد از بحث و بررسی به این نتیجه خواهم رسید که در حقوق جزای برخی کشورهای اسلامی، علم قاضی در صورتی معتبر و قابل استناد است که در اثر مطالعه پرونده و اوضاع و احوال و قرائن موجود در پرونده برای وی حاصل شود و علمی که قاضی، خارج از پرونده به دست می‌آورد فاقد اعتبار و حجیت قضایی خواهد بود.

تعریف علم قاضی

علم در لغت به معنی دانستن و دانش است و علم قاضی از نظر فقهی به معنی یقین و اطمینان است که آن را علم عادی هم نامیده‌اند؛ و در امور قضائی و علم حقوق، علم عادی حجت است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۵۶۳) و یا علم قاضی در اصطلاح عبارت است از معرفت قاضی در احراز و انتساب بزه به متهم از طرق عینی و محسوس

و یا ذهنی، علم قاضی زمانی معتبر است که عینی، ملموس و قابل کنترل در مراجع تجدیدنظر باشد. (شاملو احمدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۱۴-۳۱۵) وقتی در بحث قضا سخن از علم پیش می آید دو نوع علم متبادر به ذهن می رسد:

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

۲- علم قاضی نسبت به موضوع مورد نزاع و واقعیت مورد مناقشه؛ این علم ممکن است در نتیجه تجربیات و مطالعه علوم و... با یک سلسله استنادات یا از طریق مطالعه پرونده و توضیحات و ادله طرفین برای قاضی حاصل شود. در مباحث علمی از علم، مفهوم دوم مورد نظر است. اصولاً ادله اثبات دعوی از مظاهر و تجلیات علم عادی می باشد. در اصول فقه، منظور از علم، قطع مقابل ظن است و حقیقت آن چیزی جز انکشاف واقع و حقیقت به طور کامل و تمام نیست. قطع حالتی نفسانی است که در آن امری برای شخص معلوم می شود و در مقابل ظن، شک و احتمال قرار دارد؛ به عبارت دیگر قطع، جزمی است که در آن احتمال خطا و خلاف داده نمی شود. (بیهقی، ۱۳۷۶: ۱۰۶) اما در فقه و حقوق، رسیدن به این علم که هیچ مجهولی در آن نماند، منظور نیست؛ بلکه علم عادی و متعارف است که در حقوق وسیله حل و فصل و ترافع دعاوی قرار می گیرد.

پس در حقوق جزای فعلی که غالباً بر اساس موازین حقوق اسلام تدوین یافته است، هر چند که به صراحت تنها ماده ۱۰۵ ق م ا علم قاضی به نحو عام می تواند برای اثبات تمامی جرائم، حق الله و جرائم ناظر به حق الناس و به طور خاص، به عنوان یکی از ادله اثبات در برخی از جرائم مورد استناد قرار گیرد، لیکن مقنن در هیچ یک از مواد مزبور و سایر مواد قوانین جزای تعریفی از علم قاضی ارائه نداده است. تنها یکی از حقوقدانان با تبعیت از مفاهیم و منابع حقوق اسلام تعریفی از علم قاضی ارائه داده

است که می‌تواند تعریف موردقبول حقوق جزای فعلی تلقی شود. به نظر ایشان، منظور از علم قاضی، علمی است که مبتنی بر یقین یا اطمینان وی در انتساب یا عدم انتساب بزه به متهم باشد.

علم عادی و متعارف

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

اهمیت علم قاضی

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

مبانی علم شخصی قاضی

- ۱- ادله قانونی بخصوص امارات قضائی؛
- ۲- اموری که از طرف مقنن، جزء ادله نیامده ولی برای قاضی یقین‌آور است. این علم ممکن است در نتیجه تجربیات و مطالعه جامعه‌شناسی و یا یک سلسله

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

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

ویژگی‌های علم قاضی

۱- متعارف بودن طرق تحصیل علم: علمی معتبر است که از راه‌های متعارف و معمول فراهم آمده باشد نه از راه‌های غیرعادی مانند مکاشفه و الهام یا علوم غریبه نظیر: جفر، رمل، خواب مصنوعی، هیپنوتیزم، سحر جادو و... یعنی علم قاضی باید از طریق به‌دست آمده باشد که مردم نوعاً از آن طریق، تحصیل علم می‌کنند و به آن ترتیب اثر می‌دهند. به هر حال اگر علم به طریق متعارف برای قاضی حاصل شود، موجبی برای نقض حکم صادره در مراحل بالاتر وجود ندارد و چنانچه حصول علم به نحو متعارف نباشد، حکم صادره قابل نقض در محاکم بعدی خواهد بود.

۲- ضرورت ذکر منشأ پیدایش علم در رأی: دومین شرط بسیار مهم برای امکان تمسک قاضی به علم خود این است که باید مستند علم خود را ذکر کند. ماده ۱۰۵ ق م ا نیز برای امکان تمسک قاضی قطعی علم آور هستند. این قرائن ممکن است در قالب

نظریه کارشناس، تسامح و استفاضه مفید علم (که از ناحیه انجام تحقیقات محلی یا معاینه محل به دست می‌آید)، اخبار عادل واحد (در مواردی که تعدد مشهود لازم است) اقرار به کمتر از حد مقرر، اقرار در نزد قاضی تحقیق و در مراحل تحقیقات مقدماتی باشند. اگرچه در ماده ۱۰۵ ق م ا که اعتبار علم قاضی را در اثبات جرائم به نحو عام پیش‌بینی کرده است، ولی تحصیل علم از طریق غیر مشروع به صراحت منع شده است، لیکن نظر به اینکه وفق صراحت ماده مزبور، قاضی باید مستند علم خود را در پرونده ذکر کند و از آنجا که مطابق اصول و قواعد آیین دادرسی، مستند علم باید به‌طور متعارف و مشروع کسب شده باشد، توسل به ابزار نامشروع و غیرقانونی برای تحصیل علم، فاقد اعتبار و حجیت قضایی است.

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

تبصره: تحقیق در جرائم منافی عفت ممنوع است مگر در مواردی که جرم مشهود باشد یا دارای شاکی خصوصی بوده که مورد اخیر توسط قاضی دادگاه انجام می‌گیرد.

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

^۲ ماده ۴۳ ق آ ک مصوب سال ۱۳۷۸.

از مفاد مواد مزبور و تبصره آن می‌توان استنباط کرد که راه‌های اثبات جرائم منافی عفت فاقد شاکی خصوصی در غیر موارد جرائم مشهود که موجب خدشه به نظم عمومی است، صرفاً اقرار و بینه با لحاظ تعداد و شرایط و خصوصیات مقرر امکان‌پذیر است و علم قاضی نمی‌تواند موجب اثبات جرم باشد.

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

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

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

۲- حکم قاضی در غیر عقوبت الله تعالی باشد.

۳- بینه (شهود) به خلاف علم قاضی نباشد. (عطوه، بی تا: ۲۹، رملی، ۱۴۰۴، ج ۱: ۲۵۹ و ۲۶۰ و شرفاوی، ۱۳۳۴، ج ۲: ۴۹۵)

حجیت علم قاضی از منظر فقهی

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

- ۱- بعضی مطلقاً قائل به جواز عمل به علم شده‌اند و معتقدند که قاضی غیر معصوم نیز مانند امام معصوم در همه دعاوی و جرائم، اعم از حق‌الله مانند شرب خمر، زنا و حق‌الناس نظیر قصاص می‌تواند به استناد علم خویش قضاوت کند.
- ۲- بعضی دیگر معتقدند که قاضی مطلقاً نمی‌تواند مطابق علم خود قضاوت کند و تنها طریق اثبات دعوا، اقرار، بینه و سوگند است.
- ۳- گروهی دیگر بین حق‌الله و حق‌الناس تفصیل قائل شده‌اند و معتقدند که علم قاضی در حق‌الله حجت است نه در حق‌الناس.
- ۴- نظر گروهی دیگر نیز تفصیل است ولی عکس نظر پیشین: «قاضی می‌تواند در حق‌الناس به علم خود استناد کند نه در حق‌الله» و این قول ابن‌ادریس است.

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

نظر مشهور بین فقهای امامیه حتی ادعایی اجماع از نظر اول است یعنی علم قاضی چه در حق‌الله و چه در حق‌الناس اعم از امور کیفری و امور مدنی حجیت دارد و فقهای معاصر نیز به تبعیت از مشهور فقهای امامیه در ذیل کتاب قضا تحریرالوسیله خویش می‌فرمایند: «يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه من دون بينة أو اقرار أو حلف في حقوق الناس و كذا في حقوق الله تعالى، بل لا يجوز له الحكم بالبينة إذا كانت مخالفة لعلمه أو خلاف من يكون كاذباً في نظره، نعم يجوز له عدم التصدي للقضاء في هذه الصورة مع عدم التعيين عليه.» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، مسئله ۸: ۱۰۱)

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

۱- در رأیی امام ابوحنیفه (رح) اگر موضوع در حد خالص برای خداوند متعال باشد مانند حد زنا، شرب خمر و حد سرقت، قاضی مجاز به استفاده از علم خود نیست اما اگر موضوع ناظر به حق‌الناس باشد مانند حد کذف یا اموال و عقودی که مقصود از

آن‌ها مال است یا در غیر اموال همچون نکاح و طلاق و دیت، قاضی می‌تواند به علم خود حکم کند. اگر شخصی پیش از تصدی امر قضا، عالم به حادثه باشد، یا بعد از تصدی به امر قضاوت در محلی غیر از حوزه قضایی خود نسبت به موضوعی علم و آگاهی یابد، یا در محلی قاضی بوده و به موضوعی نیز عالم باشد و سپس عزل شود و پس از مدتی مجدداً ابلاغ قضایی دریافت کند حکم نمی‌تواند البته اگر علم در زمان ولایتش و یا در محل آن ولایت حاصل نماید باز حکم کرده می‌تواند.

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

۳- مذهب حنبلی نیز قاضی نمی‌تواند مطلقاً به علم خود قضاوت کند مگر در جرح و تعدیل؛ اختلافی در این نیست که قاضی مجاز است به واسطه اقرار و شهادت در دادگاه حکم صادر کند و هنگامی که بشنود با دو شاهد نیز می‌تواند به علم خود عمل کند زیرا از موضع تهمت خارج است یا متفی است اما حکم به علم در غیر آنچه شنیده یا دیده است قبل از تصدی قضاوت یا بعد از آن، جایز نیست. چنانچه گفته‌اند: لا یجوز للقاضی أن یقضی بعلمه لا فی الحدود ولا فی غیرها، لا فیما علمه قبل تولیته

القضاء ولا بعده و هذا ما يراه شريح و الشعبي و مالك و أكثر أصحابه و إسحاق بن راهويه و أبو عبيد و هو قول للشافعي يعد غير قوي عند الشافعية و هذا الرأي أيضاً ظاهر المذهب في فقه الحنابلة. (يعمرى مالكي، ٢٠١١، ج ١: ٥٠٢-٥٠٣؛ ابن قدامه، ١٣٨٨، ج ١١: ٤٠٠ و ابن مودود موصلی، ١٣٥٦، ج ٢: ١٢١)

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

بررسی ادله عدم اعتبار و عدم حجیت علم قاضی

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

١- هشام بن حکم از امام صادق (رح) است که فرمود: قال رسول الله (ص): «انما افضى بينكم بالبينات والایمان و بعضکم الحن بحجته من بعض فايما رجل قطعت له من مال اخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعاً من النار.» (حر عاملی، بی تا، ج ١٨: ٧٠) و یا ما روی عن أم سلمة أن النبي (صلى الله عليه و سلم) قال: «إنما أنا بشر و إنکم تختصمون إلی و لعل بعضکم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأفضى بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعاً من النار.» (شوکانی، ١٩٣٨، ج ٩: ١٨٥) و همچنان رسول الله (ص) می فرماید: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئاً فَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ.» (سجستانی، بی تا، ج ٣: ٣٢٨) من طبق شواهد و سوگند میانتان دآوری می‌کنم، زبان استدلال برخی از شما نسبت به بعضی دیگر، قوی تر (ألحن^١ ای ابلغ، افسح، ابطن و

^١ ألحن أي: أظن بها و يجوز أن يكون معناه أفصح تعبيراً عنها و أظهر احتجاجاً حتى يخيل أنه محق و هو في الحقيقة مبطل، قال الشوكاني: و الأظهر أن معناه أبلغ كما وقع في رواية الصحيحين أي: أحسن إيراداً للكلام.

اظهرتر) است پس اگر من بر اساس استدلال کسی، بخشی از اموال برادر مسلمانم را به او بدهم (ولی در واقع حقی وی نباشد) همانا با این حکم، قطعه‌ای از آتش برایش فراهم کرده‌ام.

در تفسیر عسکری از حضرت علی (رض) نقل کرده است: کان رسول الله (ص) يحکم بين الناس بالبينات والایمان فی الدعای، فکثرت المطالبات و المظالم فقال: ایها الناس انما انا بشر وانتم تختصمون و لعل بعضکم الحن بحجته من بعض و انما اقصی علی نحو ما اسمع منه فمن قضیت له من حق اخیه بشيء فلا یاخذ به فانما اقطع له قطعه من النار. (حر عاملی ۲۷: ۲۳۳، کلینی، ج ۷: ۴۱۵، عسکری، ۱۴۰۹: ۶۷۳ و ۳۷۶ حر عاملی، ج ۱۸: ۱۶۹) ولی این روایت از نظر سند اعتباری ندارد و گفته‌اند این روایات به مقتضای مفهوم حصر، حجیت قضایی علم شخصی قاضی را، نفی می‌کند. این استدلال از چندراه، مورد مناقشه قرار گرفته است:

- ✓ ذکرشی نفی ماعدا را نمی‌کند و دلالت بر حصر منافاتی ندارد.
- ✓ از ناحیه اقرار و یا شهادت یک شاهد و سوگند مدعی، مطلب قابل نقض است، چون این دو خصوصیت در روایت ذکر نشده‌اند، باوجوداینکه هیچ اشکالی در این نیست که در امر قضاوت به یک شاهد و سوگند، استناد شود، هر پاسخی که در مورد این دو داده شود، عیناً همان پاسخ از سندیت علم هم خواهد بود.

۲- معتبره داود بن فرقد است که گفت: «سمعت ابا عبدالله، ان اصحاب رسول الله (ص) قالوا لسعد بن عباده ارایت لو وجدت علی بطن امراتک رجلا ما کنت صانعا به؟ قال: کنت اضربه بالسيف، قال: فخرج رسول الله (ص) فقال، ماذا یا سعد؟ فقال سعد: قالوا: لو وجدت علی بطن امراتک رجلا ما کنت صانعا (تصنع) به؟ فقلت اضربه بالسيف، فقال یا سعد: فکیف بالاربعه الشهود؟ فقال: یا رسول الله بعد رأی عینی و علم الله ان (انه) قد فعل؟ قال: ای والله بعد رأی عینک و علم الله ان (انه) قد فعل، ان (لان)

الله جعل لكل شيء حدا و جعل لمن تعدى ذلك الحد حدا»^۱ (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۳، عاملی، ۱۳۹۶، ج ۲۸: ۱۴ و ۱۷ و کلینی، ۱۳۹۳، ج ۷: ۱۷۴)

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

مورد دلالت حدیث، هر چند علم شوهر است نه علم قاضی ولی این روایت وجود چهار شاهد را ملاک ثبوت زنا قرار داده است، نه ملاک آنکه شوهر بتواند بر کسی که با همسرش زنا کرده است حد جاری کند؛ بنابراین مقتضای روایت این است که عمل زنا جز با شهادت چهار شاهد ثابت نمی‌شود و در این مسئله، شوهر و قاضی یکسان هستند؛ و اینکه، نه علم شوهر و دیدن او و نه علم خدا به فعل زنا و نه هیچ چیز دیگری، در اثبات زنا اثری ندارند، بلکه تنها راه ثبوت زنا، وجود چهار شاهد است، مؤید این دلالت، تعبیری است که در نقل روایت برقی از علی بن حسن رباط آمده است که پیامبر فرمود: «یا سعد فاین الشهداء الذین قال الله...؟» (حر عاملی، بی تا، ج

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

۱۷: ۴۳) این مطلب به آیه کریمه‌ای اشاره دارد که در اثبات زنا نزد حاکم، وارد شده است، چنان‌که ذیل روایتی که ابن رباط آن را نقل کرده، شاهد بر این معناست آنجا که فرمود: «خداوند گناهی را که کمتر از چهار شاهد بر آن گواهی دهند بر مردم پوشیده گردانده است». حاصل آنکه: ظهور روایت در این است که راه ثبوت زنا، شهود چهارگانه است و غیرازآن و کمتر از آن تعداد، در ثبوت زنا اعتباری ندارد و این اطلاق شامل علم قاضی هم می‌شود.

۳- روایت ابن عباس (رض) که گفت: «ان رسول الله حين لاعن بين العجلاني و امراته قال: كانت حبلی فقال: و الله ما قربتها منذ عفرنا^۱ قال: و كان زوجها خمس الساقين و الذراعين اصهب الشعر و كان الذي رميت به ابن السحماء قال: فولدت غلاما اسود احلی جعدا اعبل الذراعين قال: فقال ابن شداد بن الهاد لابن عباس: «اهی المرثه التي قال النبي (ص) لو كنت راجما بغير بينه لرجمتها قال: لا، تلك امرأه قد اعلنت فی الاسلام» او «كانت تظهر السوء فی الاسلام» او «كانت تظهر فی الاسلام الشر» او «كانت تظهر الشر فی الاسلام» با اختلاف نقلی. (قزوینی، ۲۰۰۶، ج ۲: ۸۵۵، فاضل نراقی، ج ۱۷: ۴۳ و طبرانی، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۰: ۲۹۵)

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

^۱ العفران سقی النخل بعد ان یرک من السقی بعد الابار بشهرین.

می نمودم وی گفت: نه او زنی بود که در اسلام علناً کار ناپسند انجام می داد. با عبارات مختلف نقل شده.

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

۴- ما روی عن ابی بکر الصدیق (رض) أنه قال: لو رأیت حدا علی رجل لم أحد حتی تقوم البینه. (شوکانی، ۱۹۳۸، ج ۹: ۱۹۸)

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

۶- روایت حمزه بن ابی حمزه است از پدرش از جدش که گفت: امیرالمؤمنین (ع) فرمود: «احکام المسلمین (جميع احکام المسلمین) علی ثلاثه، شهادة عادله او یمین قاطعه او سنه ماضیه من ائمه الهدی علیهم السلام او سنه جاریه مع ائمه الهدی.» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۹۰) تمام احکام مسلمانان سه دسته اند: گواهی عادلانه، یا سوگندی قاطع و یا شیوه ای عملی از ائمه (علیهم السلام).

این روایت با آنکه در کافی و تهذیب و خصال آمده است، از نظر سند ضعیف است. چون در سلسله سند آن ابی جمیل کذاب (مفضل بن صالح)، وجود دارد هم چنین تمام رجال سند بعد از ابی جمیل ناشناخته اند و وجود بزنی در سند نیز، سودی ندارد، زیرا بودن بزنی در سند برای توثیق کسی مفید است که مستقیماً از او نقل کرده باشد نه با واسطه.

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

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

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

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

ادعای آنان که این ادله از قاضی در مقام قضاوت و اجرای حدود الهی، انصراف دارند، پذیرفتنی نیست، زیرا هیچ سبب برای این انصراف وجود ندارد، روایات تصریح دارند به عام بودن این حکم (جایز نبودن شهادت بدون وجود چهار شاهد) برای مقام مرافعه و داوری، با در نظر گرفتن شهود؛ و قاضی نیز از این لحاظ همانند شهود است و تفاوتی میان شهود عادل و قاضی وجود ندارد. علاوه بر این در لسان روایات، شدت و تأکید به‌روشنی پیداست و حکمت این حکم بلکه علت آن این است که خداوند اراده فرموده بر گناهان پوشش بگذارد و گناهی که کمتر از چهار شاهد بر آن باشد، بر

مسلمانان پوشیده بماند، و نیز لسان روایات گویای آن است که وجود چهار گواه، موضوعیت دارد و روشن است که در این نکته تفاوتی میان قاضی و غیر قاضی نیست.

۸- روایتی کلینی از علی بن ابراهیم از محمد بن عیسی از یونس است که گفت: «استخراج الحقوق باربعة وجوه، شهادة رجلین عدلین، فان لم یكونا رجلین عدلین فرجل و امراتان، فان لم تکن امراتان فرجل و یمین المدعی، فان لم یکن شاهد، فالیمین علی المدعی علیه فان لم یحلف ورد الیمین علی المدعی، فهو واجب علیه ان یحلف و یاخذ حقه، فان ابی ان یحلف فلا شیء له.» (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸: ۱۷۶)

دستیابی به حقوق به چهار گونه ممکن است، یکی به گواهی دادن دو مرد عادل، اگر دو مرد عادل نبودند یک مرد و دو زن و اگر دو زن و یک مرد نبودند، یک مرد و یک سوگند مدعی و اگر شاهدی وجود نداشت باید مدعی علیه سوگند یاد کند و اگر او سوگند یاد نکرد و سوگند را به مدعی برگرداند، بر او واجب است که سوگند بخورد و حق خویش را بستاند و اگر از سوگند یاد کردن خودداری کرد، چیزی به او تعلق نمی‌گیرد.

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

۹- روایات متعدد بلکه فراوانی که در باب زنا وارد شده و دلالت دارد که معیار ثبوت زنا، شهود چهارگانه است و تا زمانی که چهار شاهد گواهی ندهند، هیچ زن و

مردی، سنگسار نشده و تازیانه نمی‌خورند، از قبیل: صحیح حلبی از امام صادق که فرمود: حد الرجم ان یشهد اربع انهم راوه یدخل و ینخرج. (طوسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۳) و معتبره ابی بصیر که گفت امام صادق فرمود: لایرجم الرجل و المرأه حتی یشهد علیهما اربعه شهداء علی الجماع و الایلاج و الاخراج کالمیل فی المکحله. (مجلسی، بی تا، ج ۷۶: ۵۴)

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

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

بررسی ادله اعتبار و حجیت علم قاضی

۱- علاوه‌بر این در خصوص اثبات علم قاضی در اسلام، آیات و روایاتی وجود دارد که می‌توان از آن‌ها استناد نمود مانند: وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ. (المایده: ۳۸) و آیه: الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَ لَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ وَ لِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ. (النور: ۲)

از این دو آیه چنین استنباط می‌شود که خطاب در عبارات فاقطعوا و فاجلدوا به حکام و متصدیان امر قضاء است. حکم به قطع ید و اجرای تازیانه را موقوف بر ثبوت

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

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

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

برخی به آیات شریفه‌ای استناد کرده که دلالت بر لزوم حکم قاضی از حیث منطوق و مفهوم طبق آنچه خداوند نازل کرده است می‌نماید؛ و آن آیات عبارت‌اند از: *إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا*. (النساء: ۱۰۵) *وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ. وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ. وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ... وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ* سنَّ اللَّهُ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ. (المائدة: ۴۲، ۴۸، ۴۷، ۴۵، ۴۴)

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

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

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

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

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

مصدق کسی باشد که به ظلم و ستم و غیر حق، حکم کرده است، بلکه با قانون قضاوت و داوری و کیفیت آن، مخالفت ورزیده است.

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

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

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

از این روایت استفاده می‌شود که قضاوت بر اساس علم و صحت آن نزد پیامبران امری مفروغ عنه بوده است و اگر علم و اطلاعی وجود نداشته و چون موارد علم و اطلاع غالباً نادر و کم اتفاق می‌افتد و در اکثر مواردی که محل ابتلا برای قضاوت آن‌ها بوده علم به قضیه نداشته‌اند، لذا با نگرانی سؤال می‌کرده‌اند که چگونه قضاوت کنیم؟ که تعبیر این است (کیف اقضی بما لم تر عینی و لم تسمع اذنی) مستفاد از این عبارت

این است که اگر دیده بودم یا شنیده بودم که جای سؤال نبود و قضاوت می‌کردم؛ اما با توجه به اینکه به چشم ندیده و به گوش نشنیده‌ام، یعنی علم ندارم چگونه قضاوت کنم؟ خداوند می‌فرماید: با بینه و قسم قضاوت را تمام کنید که این ظهور دارد بر اینکه استناد به بینه و قسم در صورت فقدان علم برای قاضی است و وقتی که علم وجود داشته باشد جایی برای تمسک به بینه و قسم نیست.

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

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

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

۶- تمسک به مرفوعه برقی از امام صادق که فرمود: «القضاء اربعة، ثلاثة في النار و واحد في الجنة، رجل قضی بجور و هو يعلم فهو في النار و رجل قضی بجور و هو لا يعلم فهو في النار و رجل قضی بالحق و هو يعلم فهو في الجنة». (کلینی، ۱۳۹۳، ج ۷: ۵۷۷)

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

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

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

اگر امام ملاحظه کرد کسی زنا می‌کند یا شراب می‌نوشد بر او واجب است که بر آن شخص حد جاری کند و باوجود دیدن نیازی به شاهد ندارد، زیرا امام امین خدا میان

مردم است و اگر دید فردی دزدی می‌کند باید او را از آن کار نهی کند و بگذرد و ترک کند. گفتم: چگونه؟ فرمود: زیرا اگر حق خدا باشد، بر امام واجب است آن را اقامه نماید و اگر حق مردم است، مربوط به خود مردم است.

آنچه در روایت وارد شده این است که «الواجب علی الامام اذا نظر الی رجل یزنی او یشرب الخمر ان یمیم علیه الحد» و این تعبیر به قرآنی که بعد از آن آمده، ظهور در امام معصوم نزد اهل شیعه دارد، چون تعلیل شده که: «لانه امین الله فی خلقه» و این وصف در لسان روایات نزد ایشان از ویژگی‌های معصومین است، به همین دلیل مشهور فقها امامیه از این روایت، همین را فهمیده‌اند و روایت را دلیل بر نفوذ علم امام قرار داده‌اند؛ اما از ظاهر روایت چنین چیزی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا این روایت از روایاتی است که بالصراحه دلالت دارد بر اینکه قاضی در حقوق الله و حقوق الناس می‌تواند به علم خودش عمل کند مثل زنا و یا شرب خمر می‌فرماید: قاضی مکلف است به استناد به علم خودش حکم دهد و اقامه حد کند بدون اینکه احتیاج به بینه داشته باشد و اما در مورد حق الناس می‌فرماید قضاوت باید بعد از مطالبه ذی‌حق باشد. معنی مطالبه ذی‌حق این نیست که قاضی نمی‌تواند به استناد علم خود قضاوت کند، بلکه مراد این است که در حق الناس قضاوت چه به استناد علم باشد یا بینه یا اقرار نیاز به مطالبه ذی‌حق دارد و بعد از مطالبه ذی‌حق قضاوت صحیح است.

۸- اقوی بودن علم قاضی بر بینه و اقرار: صاحب جواهر چنین بیان فرمودند: «علم قاضی از بینه‌ای که اراده کشف واقع از آن می‌شود قوی‌تر است.» ظاهر منظور صاحب جواهر این است، وقتی که بینه در مقام قضاوت و صدور حکم حجت باشد بدیهی است که اعتبار آن به جهت کاشفیت و طریقیست است نه اینکه به صورت موضوعیت و صفیت باشد بنابراین علم قاضی به لحاظ اعتبار و حجیت سزاوارتر است زیرا کاشف بودن علم قاضی و طریقیست آن به واقع قوی‌تر از بینه‌ای است که در موضوع قضاوت و صدور حکم کاشف شمرده می‌شود. نیز صاحب جواهر می‌فرماید: «قضاوت نکردن قاضی بر طبق علم شخصی مستلزم فسق او یا استنکاف از صدور حکم است که هر دو

آن جایز نیست به طور نمونه هنگامی که مردی زوجه خود را سه بار در محضر قاضی طلاق می دهد و سپس آن را انکار می کند ادعای مرد همراه با سوگند وی قبول می شود درحالی که اگر قاضی برخلاف علم خود طبق سوگند مرد، به تسلیم زوجه به مرد را حکم کند فسق او ثابت می شود و در غیر این صورت استتکاف بی جهت از صدور حکم لازم می آید.» وی بازمی فرماید: «قضاوت نکردن قاضی بر طبق علم شخصی، مستلزم عدم وجوب انکار منکر و عدم وجوب اظهار حق در صورت امکان ابراز و صدور حکم بر طبق آن است درحالی که فرض اول باطل است پس فرض دوم متعین است توضیح اینکه در صورتی که قاضی علم به بطلان ادعای یکی از دو طرف دعوی داشته باشد، اگر بازداشتن از باطل بر او واجب نباشد فرض اول یعنی عدم وجوب انکار منکر و عدم وجوب اظهار حق لازم می آید و در غیر این صورت مطلوب موردنظر یعنی قضاوت کردن قاضی بر طبق علم شخصی جهت اظهار حق و انکار منکر ثابت می شود.» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۸)

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

۹- دلیل بر اعتبار علم قاضی اجماع است: اولین و مهم ترین دلیل قائلان به حجیت علم قاضی، ادعای اجماع برخی فقهای امامیه است از جمله: سید مرتضی چنین می آورد: «به درستی که امام و حکام می توانند به علم خود در جمیع حقوق و حدود بدون استثناء قضاوت کنند و فرقی نمی کند که علم قاضی در زمان قضاوتش حاصل شود یا پیش از

آن.» (علم‌الهدی، ۱۳۸۰: ۲۳۷) سید مرتضی در خصوص مخالفت ابن جنید و این انتقاد که با مخالفت او اجماع محقق نمی‌شود، بیان می‌نماید که در این مسئله اختلافی میان امامیه وجود ندارد؛ اجماع امامیه در این قضیه مقدم بر نظر ابن جنید می‌باشد و مخالفت ابن جنید به نوعی تمسک به رأی و اجتهاد است. وی به صحت ادعای خود به آیه «الزانی و الزانیه فاجلدوا کل واحد منهما مائه جلد» و «السارق و السارقه فاقطعوا یدیهما» متوسل می‌شود، با این توضیح که آیات مذکور بر این دلالت دارند که امام یا قاضی چه قبل از قضاوت و چه بعد از آن علم و آگاهی نسبت به ارتکاب اعمال فوق از جانب شخص بیابد، واجب است که اجرای حدود نماید. به عقیده وی دو آیه مذکور بر مورد علم قاضی حمل می‌شود، نه بر مورد شهادت و اقرار؛ چراکه هرگاه کسی اقرار به محارم فوق کند یا بر آن شهادت دهند، نمی‌توان مرتکبان را زانی و سارق دانست، بلکه اجرای حدود در این موارد به لحاظ اتباع از حکم شرع است. زناکار و سارق واقعی کسی است که اعمال مذکور را در عالم خارج متحقق کرده باشد و قاضی نیز به آن علم حاصل نماید. (علم‌الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱)

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

به وقوع بزه داشته باشد، ضرورتی ندارد بنا بر آنچه نقل کردیم منتظر اقامه بینه و یا اقرار جرم بماند.» (طوسی، بی تا، ج ۲: ۲۵۷) ابن ادریس در خصوص علم قاضی می‌گوید که حکم قاضی بر طبق علمش به‌طور مطلق در حقوق الناس جایز است، نه در حقوق الله. محقق حلی می‌گوید: «بر امام واجب است که مطلقاً در حقوق الهی و مردم بر طبق علم خودش قضاوت کند. ولی برای غیر او در عمل به علم در حقوق الناس و حقوق الله دو قول وجود دارد.» (محقق حلی، ۱۴۱۰: ۲۵۷) او در شرایع نیز چنین آورده است: «امام می‌تواند مطلقاً به علم خود قضاوت کند و غیر امام نیز می‌تواند بر اساس علم خود در حقوق الناس قضاوت کند و حکم صادر کند؛ اما در حقوق الله دو قول وجود دارد؛ قول صحیح‌تر این است که در آن دو هم بر طبق علم خود حکم کند و در تمام این موارد جایز است حکم ندهد بدون اینکه شاهدهی باشد که حکم دادن او را مشاهده کند.» (محقق حلی، بی تا، ج ۱: ۲۷۱) شهید اول در لمعه می‌گوید: «قاضی اگر عالم و آگاه به حق باشد به علم خود حکم می‌کند و اگر عالم به حق و واقع مورد نزاع نباشد از مدعی، بینه می‌خواهد.» و در کتاب حدود می‌آورد که: «حاکم به علم خود اقامه حد می‌کند. همچنین در حقوق مردم حد باشد یا تعزیر، فرقی نمی‌کند، جز آنکه در حقوق مردم، پس از درخواست آنان است.» (عاملی، ۱۳۹۶: ۸۰ و ۲۳۷) محقق سبزواری در کفایه الاحکام در باب قضا می‌گوید: «امام بر طبق علم خود به‌طور مطلق حکم می‌کند و أشهر در غیر امام، جواز حکم بر طبق علم به‌طور مطلق است.» سید علی طباطبایی درباره حجیت علم غیر معصوم می‌گوید: «دو نظر عمده در این خصوص وجود دارد که أظهر و أشهر آن مثل مورد معصوم، قائل به امکان و جواز هستند، بلکه عموم فقهای متأخر موافق این نظر هستند. علاوه بر آنکه صریح انتصار و خلاف و غنیه و نهج الحق و ظاهر سرائر، دلالت بر وجود اجماع امامیه بر این مطلب دارد و این اجماع حجت و دلیل قاطع ماست.» (طباطبایی، ۱۳۹۵، ج ۱: ۴۷۹) صاحب جواهر می‌گوید: «در میان اصحاب ما اختلافی در اینکه امام مطلقاً در حقوق الله و حقوق الناس می‌تواند بر طبق علمش حکم نماید، وجود ندارد. در انتصار و غنیه و ایضاحات و نهج

الحق و غیره بر آن اجماع قائم شده است و آن حجت بلامنازع است.» وی اضافه می‌نماید: «غیر از امام، جمله قضات می‌توانند در حقوق الناس بر طبق علم خود داوری کنند و در حقوق الهی، فقها بر دو قول‌اند که اصح القولین جواز قضا و حکم طبق علم در حقوق الهی است و در انتصار و غنیه و محکی خلاف و نهج الحق و سرائر بر این مطلب اجماع شده است.» (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴: ۸۶)

از مجموعه این ادله، آیات و روایات چنین استفاده می‌شود که علاوه بر اینکه حجیت برای علم ذاتی است و علم قاضی برای او حجت است مثل سایر کسانی که علم به موضوع پیدا می‌کنند، قاضی می‌تواند به استناد علم خود قضاوت کند و حکم بدهد یعنی در حقیقت علم قاضی یکی از طریق اثبات دعوی است که قاضی بر اساس آن حکم می‌کند؛ زیرا وقتی قاضی علم پیدا کرد که زید مرتکب سرقت شده عنوان واقعی سارق را بر او منطبق می‌بیند و می‌گوید: هذا سارق و از طرفی خود را مخاطب به خطاب فاقطعوا می‌داند.

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

و ایقاعات و در باب نکاح و طلاق و در باب وصیت، وقف و اثبات نسب و غیره جریان دارد.

بررسی اعتبار علم قاضی در حقوق برخی کشورها

ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه مقرر می‌دارد: «قاضی حق دارد که رأس به هر شیوه تحقیقی که قانوناً پذیرفته شده دستور دهد.» این قاعده، بیانگر اصلی است که در سال‌های اخیر توسط بسیاری کشورها پذیرفته شده هر چند اختلافاتی چند نیز میان آن‌ها موجود است. (Daloz: p.467)

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

به‌طور کلی می‌توان گفت که در اکثر سیستم‌های حقوقی، قضات از اختیارات وسیع برای کشف حقیقت امور مطروحه برخوردار شده‌اند و این ناشی از این اندیشه است که قضات، تماشاگری منفعل نیستند بلکه وظیفه کشف حقیقت را دارند. البته این به مفهوم پذیرش جهانی این اختیارات نیست؛ چنانکه هنوز در آلمان، اسپانیا، ترکیه و ژاپن پذیرفته نشده است. بعلاوه نباید تصور نماییم که پذیرش این قواعد، مرز میان اختیارات قضات و اختیارات طرفین دعوا را به‌طور کلی زیر رو کرده است. با قوانین جدید، قضات از حیث طرح موضوع، اقامه دلایل و دفاع جانشین طرفین دعوی نگشته‌اند. چنانکه ماده ۷ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه مقرر می‌کند که: «قضات نمی‌توانند بر مبنای اموری که در دعوی مطرح نگردیده حکم صادر نمایند. مع‌هذا قضات می‌توانند در میان اموری که طرفین مطرح می‌نمایند به مواردی متوسل شوند که طرفین دعوی آن را در دفاع از خود بکار نبرده‌اند. حتی در قوانین کشورهای امریکای لاتین که اختیارات وسیع برای قضات قائل شده است، آنان نمی‌توانند جانشین طرفین دعوی در تحمل بار دلیل گردند، بلکه هرگاه باوجود تحقیقاتی که مورد درخواست طرفین قرار می‌گیرد، تردیدهایی در خصوص عناصر تشکیل دهنده دعوی یا دفاع وجود

داشته باشد، قضات وارد عمل می‌شوند.» نقش تکمیلی و نه جانشینی قضات از آن روست که اینان از موضع ثالث بی‌طرف که به‌وسیله کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین اساسی مورد تأکید قرار گرفته است، خارج نشوند. (پیمانی، ۱۳۳۶: ۰۰؛ جعفر لنگرودی، ج ۴: و مهر پور، ۱۳۶۰: ش ۱۴۹ و R.Perrot, 1994: P404)

نتیجه‌گیری

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

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

- همه فقهای امامیه به‌غیر از ابن جنید در خصوص عمل امام معصوم طبق علمش متفق‌علیه هستند و اجماع دارند؛ اما در مورد غیر معصوم اعتقاد به حجیت علم قاضی مشکل است، لذا مدرک قرار دادن اجماع فقها به‌عنوان دلیلی روشن بر اعتبار علم قاضی مخدوش و قابل مناقشه بوده و نمی‌تواند حجت تام باشد. (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۴۰: ۸۸ و علم‌الهدی، ۱۳۸۰: ۲۴۱)

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

- باید میان رسیدگی‌های مدنی و کیفری قائل به تفکیک شویم. هرچند سیر تحول رسیدگی‌های به‌سوی اعطای اختیارات وسیع به قضات است و در نظام حقوقی پیروی از دیدگاه‌های فقهی با حاکمیت اعتبار علم قاضی این تمایل را تقویت می‌کند، اما این بدان معنا نیست که قانون‌گذار قضات را جانشین اصحاب دعوی دانسته و قاعده منع تحصیل دلیل را به کناری نهاده باشد. مطلوب قانون‌گذار از یک‌سو خارج نمودن قضات

از وضعیت یک تماشاگر صرف، پذیرش نقشی تکمیلی برای آنان و تکیه بر نظام اقناع وجدانی است و از سوی دیگر قضات با اندیشه حفظ «اصل بی طرفی» در استفاده از اختیارات خود محتاط‌اند. در رسیدگی‌های کیفری وضع به گونه‌ای دیگر است و آنچه موضوعیت دارد، کشف حقیقت و علم قاضی نسبت به وقایع دعواست. قانون‌گذار علم ناشی از مشاهدات شخصی قاضی را به رسمیت می‌شناسد و رسیدگی به جرائم و صدور حکم را بر اساس دلایل فوق، وظیفه قضات می‌داند؛ علاوه بر آنکه در نظام حقوقی ایران حجیت نامحدود علم قاضی بنا بر نص ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی طرفداران بسیار دارد.

- علمی که برای قاضی حجت است و می‌تواند راه استناد آن قضاوت نماید علمی است که از طریق متعارف برای او حاصل شده باشد، یعنی طریقی که نوع مردم از آن طریق علم حاصل می‌کنند و بر طبق آن ترتیب اثر می‌دهند؛ اما اگر از طریق خواب دیدن یا تفأل زدن یا رمل و اسطرلاب علم حاصل کردن این‌ها علم حاصل از طریق متعارف نیست. بلی اگر از راه تحقیقات علم برای وی حاصل شود می‌تواند معتبر باشد. - قاضی که علم برای او معتبر است فرق نمی‌کند مجتهد مطلق باشد یا غیر مجتهد مأذون در قضاوت؛ زیرا ادله اعتبار علم برای قاضی اطلاق دارد و هر دو مورد را شامل می‌شود و دلیلی برای تمیید وجود ندارد.

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

- در صورتی که قاضی موضوعی را نزد او مطرح است علم به آن دارد و واقع امر را می‌داند چه در امر حقوقی باشد یا جزائی لکن بینه برخلاف او شهادت می‌دهند یا منکر برخلاف آنچه او عالم است قسم یاد می‌کنند یا اقرار و اعتراف برخلاف او می‌کند، در تمام این موارد قاضی موظف است به علم خود عمل کند و بینه و اقرار و قسم در مقابل علم قاضی هیچ ارزش و اعتباری ندارد و یا انتظار نماید تا عدل و فسق شهود

ظاهر گردد و یا موضوع را به قاضی دیگر محول نماید که این نیز یک قول امام شافعی (رح) بوده است تا از تهمت نجات یافته و مورد سوءاستفاده قرار نگیرد.

منابع و مأخذ

✓ قرآن کریم

الف) فارسی

- ۱- پیمانی، ضیاءالدین، (۱۳۳۶)، دلایل قضایی در حقوق انقلابی فرانسه، تهران: نشر خرمی، چاپ اول.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۷)، دایره المعارف علوم اسلامی / دانشنامه حقوق، ج ۴، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- ۳- خامنه‌ی، سید محمد، (۱۳۸۲)، علم قاضی، چاپ اول، تهران: انتشارات تک.
- ۴- شاملو احمدی، محمدحسین، (۱۳۸۰)، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزائی، ج ۱، اصفهان: دادیار.
- ۵- عظیمی، محمد، (۱۳۸۸)، ادله اثبات دعوا، ج دوم، تهران: انتشارات میزان.
- ۶- گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۴)، ادله اثبات دعوا، ج ۲، تهران: نشر میزان.
- ۷- مدنی، جلال‌الدین، (۱۳۷۸)، آیین دادرسی کیفری، ج ۱ و ۲، تهران: پایدار.

ب) عربی

- ۸- ابن قدامه، عبدالله بن احمد بن محمد، (1388 هـ ۱۹۶۸ م)، المغنی، ج ۱۱، مصر: مکتبه القاهره.
- ۹- ابن مودود موصلی، عبدالله بن محمود بن مودود، (۱۳۵۶ هـ ۱۹۳۷ م)، الاختیار لتعلیل المختار، ج ۲، قاهره و بیروت: الحلبي / دارالکتب العلمیه.
- ۱۰- بخاری، محمد بن اسماعیل، (۱۴۰۷ ق ۱۹۸۷ م)، الجامع الصحیح، قاهره: دارالشعب، چاپ اول، حدیث رقم (۲۲۱۱).
- ۱۱- بیهقی، احمد بن الحسین، (۱۳۷۶)، تاج المصادر، تهران: انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
- ۱۲- حر عاملی، محمد بن حسن، (بی‌تا) و سائل الشیععه، ج ۳، ۱۸، ۲۷ و ۱۷، قم: موسسه آل‌البیت.
- ۱۳- رأفت عثمان، محمد، (۱۴۱۵ هـ ۱۹۹۴ م)، النظام القضائی فی الفقه الإسلامی، ج ۱، الناشر: دار البیان الطبعة: الثانية.
- ۱۴- رملی، محمد بن احمد، (۱۴۰۴ ق ۱۹۸۴ م)، نهایی المحتاج الی شرح المنهاج، ج ۸، بیروت: دارالفکر.
- ۱۵- سجستانی، سلیمان بن الأشعث، (بی‌تا)، سنن أبی داود، ج ۳، بیروت: دار الکتب العربی.
- ۱۶- شرقاوی، عبدالله بن حجازی، (۱۲۳۴ ق)، حاشیه الشرقاوی علی التحریر، ج ۲، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ۱۷- شوکانی، محمد بن علی بن محمد، (۱۹۳۸ م)، نیل الاوطار، ج ۹، مصر، اداره الطباعة المنيرة و مصطفى البانانی الحلبي.

- ۱۸- طباطبایی، علی بن محمدعلی، (۱۳۹۵)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، ج ۱، قم: النشر الاسلامی، نشرالجماعه المدرسین.
- ۱۹- طبرانی، سلیمان بن احمد، (1404 ق ۱۹۸۳ م)، المعجم الكبير، ج ۱۰، قاهره: دار إحياء التراث العربی.
- ۲۰- طوسی، محمد بن الحسن بن علی، (بی تا)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۲، بیروت: دار الکتب العربی.
- ۲۱- طوسی، محمد بن حسن، (1386)، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۲- عاملی، محمد بن مکی، (۱۳۹۶)، اللمعه دمشقیه، تهران: انتشارات مجد.
- ۲۳- عاملی، شیخ حر، (۱۳۹۱)، وسایل الشیعه در مقدمات حدود، ج ۲۸، تهران: اسلامیه.
- ۲۴- عطوه، عبدالعال احمد، (بی تا)، محاضرات فی علم القاضی و القرائن و غیرها، سعودی: دراسات العلیا/ جامعہ الامام محمد بن سعود الاسلامیه.
- ۲۵- علم الهدی، علی بن حسین، (1380 ش)، الانتصار، قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.
- ۲۶- فاضل نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵ ق)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
- ۲۷- قزوینی، محمد بن یزید، (۲۰۰۶)، سنن ابن ماجه، قاهره: دار إحياء الكتب العربیه.
- ۲۸- قشیری نیشابوری، مسلم بن الحجاج، (۱۳۳۸)، الجامع الصحیح، ج ۳، کتاب الأفضیة، باب قضیة هند حدیث رقم (۱۷۱۴)، بیروت: دار الجیل بیروت + دارالأفاق الجدیدة.
- ۲۹- کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۹۳)، اصول الکافی، باب اصناف القاء ج ۷، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ ۴.
- ۳۰- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، (بی تا)، بحار الانوار، ج ۷۶، بیروت: مؤسسه الوفاء.
- ۳۱- محقق حلّی، جعفر بن الحسن بن یحیی، (1410 ق)، المختصر النافع، تهران: مؤسسه البعثة.
- ۳۲- محقق حلّی، جعفر بن محمد، (بی تا) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۱ و ۴، تهران: انتشارات استقلال.
- ۳۳- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد، (۱۳۸۱)، کفایه الاحکام، قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.
- ۳۴- المنسوب الی الامام العسکری، (۱۴۰۹ ق)، تفسیر الامام العسکری، قم: مؤسسه الامام المهدی.
- ۳۵- موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، ج ۱ و ۲، قم: دارالعلم.
- ۳۶- نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۹)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۰، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ ۳.
- ۳۷- یعمری مالکی، محمد بن فرحون، (۲۰۱۱ م)، تبصره الحکام، ج ۴، دار العالم الکتب للنشر و التوضیح.

ج) مقالات

- ۳۸- خرسندیان، محمدعلی، (۱۳۸۳)، «بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق»، شیراز، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۲۱، شماره ۲، شماره مسلسل ۴۱.
- ۳۹- مهر پور، حسین، (۱۳۶۰)، «قضاوت در اسلام»، تهران: نشر عرفان، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۹.

۴۰- مهر پور، حسین، (۱۳۷۳)، «سرگذشت تعزیرات»، مجله کانون وکلا، دوره دوم، ۴۸، ۱۴۹ - ۱۴۸.

د) قوانین و لوایح

۴۱- قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲.

۴۲- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸.

۴۳- قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۷۸.

۴۴- قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه

۴۵- قانون دادرسی مدنی ایتالیا و برزیل.

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

۴۷- قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۷۸.

ه) لاتین و سایت

48- LesPovoirsD'office de geCivil xJxPvoirs .Daloz.No vea

49- R.Perrot .Institutions judiciaires .ed .paris.۱۹۹۴

50- <https://ghadianloo.blogspot.com/۱۵/۰۱/۱۳۸۸/post-۲۱۷>

تعهد دفتر همکاری‌های انکشافی آلمان بر دوام همکاری با افغانستان



وزارت عدلیه و دفتر همکاری‌های انکشافی آلمان (GIZ) در افغانستان، موافقت‌نامه اجرایی همکاری‌های تخنیکی را به منظور افزایش دسترسی به عدالت، افزایش آگاهی حقوقی شهروندان به ویژه زنان و بهبود وضعیت نهادهای عدلی امضا کردند. این موافقت‌نامه امروز سه‌شنبه، ۴ جوزا توسط قانون‌پوه فضل احمد معنوی، وزیر عدلیه و آقای برنند میسر اشمیت، رییس پروژه حمایت از حاکمیت قانون دفتر

همکاری‌های انکشافی آلمان به امضا رسید. بر بنیاد این توافق‌نامه، دولت آلمان متعهد شده است تا دولت افغانستان را به ارزش ۴.۵ میلیون یورو در راستای حاکمیت قانون، دسترسی شهروندان به عدالت، افزایش آگاهی حقوقی شهروندان به ویژه زنان در ولایات شمالی کشور، تقویت موثریت ادارات وزارت عدلیه و بهبود وضعیت نهادهای عدلی و پولیس بر اساس قانون اساسی، کمک نماید.

وزیر عدلیه هنگام امضای این موافقت‌نامه با اظهار قدردانی از همکاری‌های دولت آلمان و دیگر کشورهای همکار افغانستان گفت که امضای این موافقت‌نامه به این معنا است که با وجودی که نیروهای نظامی بین‌المللی از افغانستان بیرون می‌شوند؛ اما همکاری‌های جامعه جهانی ادامه دارد و در کنار افغانستان هستند.

او افزود که افغانستان اکنون در عرصه‌های مختلف به خصوص عرصه نظامی پیشرفت‌های خوبی دارد و قوای امنیتی ما از لحاظ کمی و کیفی در سطح بهتری قرار دارد. به بیان او، افغانستان حالا باید مسوولیت‌های خود را هم در بخش نظامی و هم در بخش ادارات ملکی بر عهده بگیرد.

آقای معنوی گفت: «در عرضه خدمات به مردم باید جدی‌تر عمل کنیم و تعهد ما به مردم افغانستان این است که نسبت به گذشته به ویژه در بخش حاکمیت قانون تلاش بیشتر می‌کنیم. امیدوار هستیم که بعد از این مصمم‌تر عمل کنیم و دسترسی مردم به عدالت بیشتر شود.»

او تصریح کرد که بر بنیاد توافق‌نامه، همکاری‌های آلمان در بخش دسترسی مردم به ویژه زنان به عدالت و حاکمیت قانون با وزارت عدلیه تا سال ۲۰۲۳ ادامه پیدا می‌کند و پس از آن نیز همکاری‌ها قطع نخواهد شد.

در همین حال، رییس حمایت از حاکمیت قانون دفتر همکاری‌های آلمان با اشاره به همکاری‌های این کشور با افغانستان گفت که اکنون افغانستان شاهد انکشاف‌هایی در بخش نظامی و سیاسی است و تصمیم وزارت خارجه آلمان این بوده که با خروج نیروهای خارجی، به همکاری‌هایش در بخش‌های مختلف با افغانستان ادامه دهد.

وی اضافه کرد که بحث حاکمیت قانون یک موضوع جهانی است تا با آن حقوق همه افراد به صورت یکسان تامین شود و آنها فرصت داشته باشند تا حق خود را از دولت‌ها و حکومت‌ها مطالبه کنند.

آقای اشمیت گفت که ما در بخش تامین حقوق زنان به ویژه در بخش‌های دوردست افغانستان نیز کار می‌کنیم و موافقت‌نامه‌ی که امروز امضا می‌شود، همکاری‌های دو جانبه را میان وزارت عدلیه و دفتر همکاری‌های آلمان تنظیم می‌کند که امیدواریم در قسمت تطبیق آن موفق شویم.

در موافقت‌نامه دفتر همکاری‌های آلمان با وزارت عدلیه، افزایش سی درصدی رسیدگی به قضایای حقوقی که یک طرف آن خانم‌ها باشد، تهیه طرح‌های انکشافی برای ریاست‌های عدلیه و اجرای آن، تهیه و نشر شرح قوانین مربوط به زنان و ارتقای ظرفیت کارکنان ادارات حقوق به منظور رسیدگی بهتر به قضایا به عنوان شاخص تعیین شده است.

منبع: آمریت مطبوعات

ریسان ۱۳ ریاست مرکزی وزارت عدلیه معرفی شده و به کارشان آغاز کردند



سه شنبه: ۱۸ جوزا ۱۴۰۰

ریسان ۱۳ ریاست مرکزی وزارت عدلیه از سوی معینان مالی و اداری، مسلکی و امور اجتماعی وزارت عدلیه به کارمندان ریاست‌های مربوطه معرفی گردیدند. بر بنیاد این حکم، عزیزه عدالت‌خواه، رییس پیشین ریاست عمومی مساعدت‌های حقوقی به حیث رییس فرجام‌خواهی و تجدید نظر، امان‌الله احمدزی، رییس پیشین ریاست عمومی حقوق به حیث رییس عدلیه شهری، احمد مسیح حامی، رییس پیشین

دیپارتمنت قوانین بین‌الملل و حقوق بشر به حیث رییس هماهنگی امور ولایات و آثار الحق حکیمی رییس عمومی انسجام وزارت عدلیه تعیین شده‌اند.

همچنین فرید احمد خیشکی، رییس پیشین عدلیه زابل به حیث رییس شهری حقوق کابل، سیف الرحمن بلال، رییس پیشین عدلیه هرات به حیث رییس عدلیه ولایت کابل، مسعود احمد عزیز، عضو مسلکی ریاست عمومی قضایای دولت به حیث رییس قضایای دولت شهر کابل، شاهد آریا آمر پیشین مساعدت‌های حقوقی به حیث رییس مساعدت‌های حقوقی شهر کابل، ذبیح الحق عنابی، عضو مسلکی پیشین ریاست عمومی قضایای دولت، به حیث رییس نظارت، تنفیذ و تطبیق احکام قطعی محاکم و عبدالحکیم لطیفی عضو مسلکی ریاست ترجمه به حیث رییس دیپارتمنت قوانین بین‌الملل و حقوق بشر ریاست عمومی انتستیتوت قانونگذاری و تحقیقات علمی حقوقی تعیین شده‌اند.

عبدالله عبدالله مشاور پیشین امور تقنینی و حقوقی به حیث رییس منابع بشری، نعمت الله حیات، رییس قضایای مالی، اداری و تجارتي به حیث رییس مساعدت‌های حقوقی فرجام خواهی و تجدید نظر در ریاست عمومی فرجام خواهی و تجدید نظر و سید صهب سجدی رییس قضایای املاکی به حیث رییس قضایای دولت در ریاست فرجام خواهی و تجدید نظر مقرر شده‌اند.

عبدالمجید غنی‌زاده، معین مسلکی وزارت عدلیه در مراسم معرفی روسای این ریاست‌ها مسوولیت جدید آن‌ها را تبریک گفته و با اشاره به اصلاحات ساختاری در این وزارت گفت که رییسان جدید مکلف‌اند که در راستای بهبود امور مربوطه با صداقت و ایمان‌داری تلاش کنند.

او مبارزه با فساد و رسیدگی سریع به مشکلات مردم را از اولویت‌های کاری آنان خواند و گفت که رهبری وزارت خواهان اجراءات شفاف است و فساد در ادارات قابل قبول نیست.

دکتر زکيه عادلې، معين امور اجتماعي وزارت عدليه نيز در سخنراني اش، ضمن تېريکي سمت‌هاي جديد اين رييسان، گفټ که اصلاحات ساختاري بخشي از اصلاحات جدي در اين وزارت است. او افزود که روساي جديد بايد در پيشبرد کار شان تعهد جدي داشته باشند.

وي به نوسازي سيستم‌هاي کاري در ادارات به خصوص در بخش انسجام، ثبت و بررسي جمعيت‌ها و احزاب سياسي تاکيد کرد و نيز گفټ که کند کاري در هيچ بخش قابل قبول نيست.

در اين مراسم شماري از روساي تازه تعيين شده وزارت عدليه نيز صحبت کردند و ضمن سپاسگزاري از اعتماد رهبري وزارت عدليه و دولت جمهوري اسلامي افغانستان تعهد کردند در راستاي بهبود کارها و ايجاد سهولت براي مردم از هيچ نوع تلاش دريغ نمي‌کنند.

معين مالي و اداري، معين امور اجتماعي و معين مسلکي وزارت عدليه همچنين اين رييسان را در دفاتر کاري شان براي کارمندان رياست‌هاي مربوطه معرفي کردند.

منبع: آمريت مطبوعات

فعالیت پوهنتون‌های بین‌المللی در کشور قانونی می‌شود



کمیته موظف حل مشکلات قانونی فراراه ایجاد و فعالیت پوهنتون‌های بین‌المللی در کشور در جلسه‌ای با اشتراک قانون‌وال عبدالمجید غنی‌زاده، معین مسلکی وزارت عدلیه روی قانونی‌سازی فعالیت این پوهنتون‌ها از طریق تدوین یک سند تقنینی، بحث و گفتگو کردند.

در این جلسه که روز چهارشنبه، ۲۶ جوزا به صورت آنلاین برگزار شد، همزمان عبدالنواب بالاگرزی، معین علمی وزارت تحصیلات عالی، عبدالحبیب خُدران معین

مالی وزارت مالیه، معاون ریاست حقوق و معاهدات وزارت امور خارجه و معاون ریاست فرهنگی و اجتماعی ریاست عمومی اداره امور ریاست جمهوری نیز شرکت داشتند.

اعضای کمیته روی تدوین سند تقنینی جهت ایجاد پوهنتون‌های بین‌المللی در کشور، شخصیت حقوقی پوهنتون‌های بین‌المللی، موضوعات مالی آنان، ایجاد تسهیلات و تسریع پروسه و نهایی‌سازی تفاهم‌نامه دو جانبه میان افغانستان و کشور ترکیه به خاطر ایجاد پوهنتون مشترک بین‌المللی مولانا جلال‌الدین محمد بلخی در کشور و سایر پوهنتون‌های مشابه بحث و تبادل نظر کردند.

معین مسلکی وزارت عدلیه در این نشست گفت که این وزارت به زودی کار روی طرح قانون پوهنتون‌های بین‌المللی را آغاز کرده و پس از تهیه مسوده، آن را با اعضای کمیته و ادارات مرتبط شریک می‌سازد. به گفته او، این قانون به هدف ایجاد تسهیلات لازم برای فعالیت پوهنتون‌های بین‌المللی در افغانستان طرح خواهد شد.

وی از اعضای کمیته خواست تا پس از دریافت مسوده قانون، نظریات شان را درباره آن با وزارت عدلیه شریک کنند تا در طرح گنجانده شده و طرح جهت طی مراحل قانونی به نشست کابینه ارایه شود.

در این نشست همچنین تصمیم اتخاذ شد که تفاهم‌نامه ایجاد پوهنتون مشترک انائیه افغان - ترک زیر نام مولانا جلال‌الدین محمد بلخی به زودی در رابطه به توضیح مصئونیت اجتماعی و معافیت محصولات گمرکی با جانب کشور ترکیه شریک گردد و بعد از توافق غرض تایید به نشست کابینه جمهوری اسلامی افغانستان ارایه شود.

اعضای کمیته درباره چگونگی مسایل مالیاتی پوهنتون‌های بین‌المللی در کشور و ایجاد تسهیلات در این بخش نیز بحث و گفتگو نمودند.

منبع: آمریت مطبوعات

دسترسی افغان‌ها به خدمات با کیفیت عدلی به تمام ولایات گسترش می‌یابد



گل محمد گلزی معین مالی و اداری وزارت عدلیه با صندوق وجهی حمایت از حاکمیت قانون در افغانستان (LOTFA)، در باره چگونگی هماهنگی بیشتر میان وزارت عدلیه و دفتر برنامه انکشافی سازمان ملل متحد در راستای تطبیق برنامه‌های مرتبط به دسترسی به عدالت و حاکمیت قانون در افغانستان به صورت آنلاین گفتگو کرد.

این گفتگو روز دوشنبه، ۱۰ جوزا صورت گرفت و در آن خانم هیروکو مسی، مسوول صندوق وجهی حمایت از حاکمیت قانون در افغانستان از گسترش ارایه مساعدت‌های حقوقی پروژه دسترسی افغان‌ها به خدمات با کیفیت عدلی در سراسر کشور خبر داد.

معین مالی و اداری وزارت عدلیه ضمن قدردانی از کمک‌های برنامه انکشافی سازمان ملل متحد با دولت و مردم افغانستان، از آمادگی این وزارت در جهت برنامه‌ریزی و اجرای موثر پروژه‌ها از طریق صندوق وجهی حمایت از حاکمیت قانون، اطمینان داد.

گفتنی است که پروژه دسترسی افغان‌ها به خدمات با کیفیت عدلی پیش از این ۲۱ ولایت کشور را تحت پوشش خویش قرار می‌داد.

مسوول صندوق وجهی حمایت از حاکمیت قانون در افغانستان همچنین گفت که وزارت عدلیه در طرح و عملی شدن برنامه‌های ۵ سال آینده این صندوق نقش مستقیم دارد.

برنامه انکشافی سازمان ملل متحد که صندوق وجهی حمایت از حاکمیت قانون بخشی از آن است، وزارت عدلیه را از طریق پروژه دسترسی افغان‌ها به خدمات با کیفیت عدلی، در بخش‌های مساعدت‌های حقوقی، مدرن‌سازی روند قانون‌گذاری، قضایای دولت و حمایت از حقوق بشر همکاری می‌کند.

منبع: آمریت مطبوعات