



گفتمان حقوق

دوره ۱۴، شماره ۱ (پیاپی ۲۷)،
بهار و تابستان ۱۴۰۴

زیر نظر

انجمن علمی حقوق،
جامعه المصطفیٰ العالمية

ویرایش و صفحه‌آرایی
پیرایش قلم

نشانی وبگاه

<https://ild.journals.miu.ac.ir>

تیراژ: ۱۰۰ نسخه

قیمت: ۱۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال

نشر: چاپخانه دیجیتال المصطفیٰ

نشانی

مشهد، بولوار شهید مدرس،
نیش مدرس ۱، طبقه هفتم،
جامعه المصطفیٰ العالمية،
معاونت پژوهشی

راه‌های ارتباطی

تلفن: ۰۵۱۳۲۲۱۱۸۲۱ (+۹۸)

نمابر: ۰۵۱۳۲۲۱۷۱۶۷ (+۹۸)

کد پستی: ۹۱۳۳۹۳۶۳۱۶

صاحب امتیاز: جامعه المصطفیٰ العالمية
محل انتشار: نمایندگی جامعه المصطفیٰ العالمية در خراسان
مدیر مسئول: روح‌الله سعیدی‌فاضل
سرمدیر: محمدرضا میرزایی

هیئت تحریریه

نایب‌علی اختری

یحیی حسین اکبری

مصباح خلیلی

عصت‌الله فرهنگ

فیروز محمدی

محمدرضا میرزایی

مه‌دی یوسفی

زمینه انتشار

این نشریه در زمینه موضوعات حقوقی منتشر می‌شود و درصدد است با ایجاد و بسط فضای علمی و پژوهشی نسبت به تحلیل، نقد و بررسی اندیشه‌های مطرح در حوزه قرآنی و طرح موضوعات و مسائل نو چاره‌اندیشی نموده و به چالش‌های فکری فراوری انسان امروز خصوصاً در جهان اسلام پاسخگو باشد.

دوفصلنامه تخصصی گفتمان حقوقی دارای مجوز نشر به شماره ۹۴/۷۵۷۷۸ از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است

تذکرات

آراء و دیدگاه‌های مطرح‌شده در این نشریه لزوماً بیانگر رأی و دیدگاه نشریه نیست.

نشریه در ویرایش آثار ارسالی آزاد است.

نقل هرگونه مطلب از این نشریه با ذکر منبع بلامانع است.

این نشریه در پایگاه نشریات جامعه المصطفیٰ العالمية (journals.miu.ac.ir) و پایگاه مجلات تخصصی «نورمگز» (www.noormags.ir) نمایه می‌شود.

فهرست مقالات

۳..... بررسی مبانی دفاع مشروع در فقه اسلامی و حقوق ایران

عوض کاظمی و محمدرضا میرزایی

۲۱..... بررسی مبانی فقهی و حقوقی میانجی‌گری کیفری

نایب‌علی اختری

۳۳..... بررسی فقهی حقوق مالکیت اراضی و مراتع، در فقه امامیه، خنیه و حقوق افغانستان

محمدضیا کریمی

۴۳..... بخش صحت طلاق در فقه امامیه و خنیه باریکورد تطبیقی در حقوق افغانستان و مقررات احوال شخصیه کشورهای اسلامی

یحیی هاشمی

۵۷..... چالش‌های سیاست جنایی مبارزه با فساد اداری در حقوق کیفری افغانستان

محمدنبی اخلاقی

۷۱..... جرایم علیه دست‌اندرکاران عدالت قضایی در حقوق کیفری ایران و افغانستان

حبیب‌الله صالحی

بررسی مبانی دفاع مشروع در فقه اسلامی و حقوق ایران

عوض کاظمی^۱ و محمدرضا میرزایی^۲

چکیده

دفاع مشروع، به‌عنوان یکی از موضوعات مهم در حقوق کیفری، به فرد اجازه می‌دهد در برابر خطر آنی و غیرقابل دفع، از خود یا دیگری دفاع کند بدون آن که متحمل مسئولیت کیفری یا مدنی شود. فقه اسلامی نیز با تأکید بر اصول عقلانی، اخلاقی و شرعی، این موضوع را تحت شرایط خاصی پذیرفته و برای آن ضوابط مشخصی تعیین کرده است. پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و بر پایه منابع کتابخانه‌ای، به بررسی مفهوم، مبانی، شرایط تحقق و حدود دفاع مشروع در فقه اسلامی و حقوق ایران پرداخته است. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که تحقق مشروعیت دفاع در فقه و حقوق، منوط به وجود خطر فعلی و قریب‌الوقوع، ضرورت در انجام دفاع، تناسب میان حمله و دفاع و فقدان راه‌حل جایگزین است. همچنین، قصد دفاع و عدم تجاوز از حدود شرعی در واکنش دفاعی، از جمله شرایطی است که در متون فقهی و حقوقی مورد تأکید قرار گرفته است. این مطالعه نشان می‌دهد که دفاع مشروع، در صورت تحقق شرایط لازم، معاف از مسئولیت کیفری بوده و در مواردی، آن را الزامی می‌داند.

کلیدواژه‌ها: دفاع مشروع، فقه امامیه، ضرورت، تناسب، مسئولیت کیفری، حقوق

۱. دکتری فقه قضایی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران.

۲. دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران.

مقدمه

دفاع از جان، مال، عرض و آزادی در برابر تجاوز، یکی از اصول پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی و اخلاقی جوامع بشری است. در فقه اسلامی نیز این نهاد با عنوان «دفاع مشروع» مورد توجه قرار گرفته و در مواردی خاص، نه تنها به عنوان یک حق، بلکه به عنوان یک تکلیف شرعی مورد شناسایی واقع شده است. با این حال، تعیین دقیق شرایط و ضوابط دفاع مشروع در منابع فقهی، به ویژه تمایز آن با مفاهیمی چون قصاص، دفع قبل از تحقق حمله و مجازات‌های شرعی، همواره محل تأمل و اختلاف نظر بوده است. سؤال اصلی این پژوهش این است که دفاع مشروع در فقه اسلامی و حقوق ایران تحت چه شرایطی مجاز شناخته می‌شود و چه معیارهایی برای تشخیص حدود آن وجود دارد؟

ضرورت پرداختن به این موضوع از آن روست که با توجه به جایگاه فقه در نظام حقوقی کشورهای اسلامی و تأثیر مستقیم آن بر تدوین قوانین کیفری، تبیین دقیق مفهوم دفاع مشروع از منظر فقهی می‌تواند زمینه ساز ارتقاء دقت در استنباط احکام و نیز جلوگیری از تفسیرهای نادرست یا موسع در مقام اجرا گردد. همچنین در فضای کنونی که ضرورت حمایت از افراد در برابر خطرات آتی با اصول حقوق بشر و عدالت کیفری درهم آمیخته است، بررسی مجدد این نهاد فقهی می‌تواند پاسخ گوی نیازهای نوپدید در عرصه قانون گذاری و قضاوت باشد.

این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر منابع کتابخانه‌ای است. در این راستا، با مراجعه به آیات قرآن کریم، روایات معتبر، دیدگاه‌های مشهور فقیهان امامیه و اهل سنت و تحلیل تطبیقی آن‌ها، تلاش شده است تا تصویری جامع و منسجم از مبانی، شرایط و حدود دفاع مشروع در فقه اسلامی و حقوق ارائه شود. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که فقه اسلامی با تکیه بر اصولی چون ضرورت، تناسب، فوریت و قصد دفاع، چارچوبی نسبتاً منظم و قابل تطبیق برای شناسایی مشروعیت دفاع فراهم آورده و در صورت تحقق این شرایط، نه تنها مدافع را از مسئولیت کیفری معاف می‌داند، بلکه در برخی موارد، دفاع را واجب شرعی معرفی می‌کند.

۱- تعریف دفاع مشروع

دفاع در لغت عبارت است از رفع به معنای ازاله و از بین بردن و به قوت دور نمودن. «آن را رفع کردم، یعنی دور کردم» (مقری، بی تا، ص. ۱۹۶؛ راغب اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۷۰؛ ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج. ۴، ص. ۳۶۹). در اصطلاح فقها، اختلاف با معنی لغوی آن ندارد و فقها آن را به معنای دفع دشمن از تسلط و مسلط شدن بر دماء، اعراض، اموال و شهرهای مسلمین جهت تعرض و... استعمال کرده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۳۸۰، ج. ۴، ص. ۲۸۸). تعریف دیگری نیز بیان شده که دفاع به معنای دفع کسی است که اراده اعتلا و تعدی بر او یا حریمش یا مالش را داشته باشد (شاهرودی، ۱۴۴۱ق، ج. ۴۴، ص. ۲۶۱).

قبل از بیان ادله مشروعیت دفاع، تذکر این نکته لازم است که فقها دفاع شرعی را به دو قسم تقسیم کرده‌اند: الف) دفاع شخصی، که دفاع از نفس یا دفاع از عرض یا دفاع از مال یا دفاع از غیر است و هر

کدام احکام خاص خود را دارند و حکم بعضی نسبت به بعضی دیگر فرق می‌کند. ب) دفاع جمعی یا جهات دفاعی است و آنچه در این اثر محور بررسی و تحلیل است، همان قسم اول می‌باشد.

هرگاه کسی بر نفس، مال، عرض و ناموس دیگران تعدی کند یا اینکه انسان تجاوز به نفس، مال و عرض غیر را مشاهده کند یا اینکه حیوانی بر شخصی حمله کند، لازم است دشمن را از خود دفع کند. البته دفاع به قدری باشد که گمان دفع برود؛ یعنی دفع به قدری لازم است که غالباً احتمال دفع داده می‌شود. این دفاع با این خصوصیت، از غیر هم لازم است و کسی که مورد تجاوز قرار گرفته است باید او را مورد حمایت قرار داد و از آن دفاع کند. مثلاً قافله‌ای که مورد حمله دزدان قرار گرفته‌اند، برای اهل غیرقافله لازم است که از قافله دفاع کنند.

گرچه فقها دفاع در برابر نفس، عرض و اموال را واجب می‌دانند، ولی شافعی در یکی از دو قول خود می‌گوید: دفاع واجب نیست و جایز است تسلیم شود و این قول ابواسحاق نیز است (شیخ طوسی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۳۴۶). علامه حلی در تذکره فرموده: دلیل این قول این است که عثمان بن عفان برای قتل، تسلیم شد، با اینکه قدرت دفاع را داشت؛ ولی علامه این قول را قبول نداشته و دلیل آن را رد می‌کند. زیرا فعل عثمان را حجت نمی‌داند (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج. ۹، ص. ۴۳۵).

۲- ادله مشروعیت دفاع شخصی در فقه و حقوق

ادله‌ای که فقها به آن استدلال کرده‌اند به چند دسته تقسیم می‌شود:

الف) آیات: یکی از ادله‌ای که در منابع فقهی امامیه و عامه به آن تمسک شده است، آیات است. شیخ طوسی در کتاب خلاف و سبزواری در مذهب/لا حکام به آیه شریفه ذیل استناد کرده‌اند: «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ...» (بقره ۱۹۵) یعنی خود را به دست خود، به هلاکت نیندازید (شیخ طوسی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۳۴۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۵، ص. ۱۰۱). استدلال به این آیه شریفه این است که اگر کسی خود را تسلیم متجاوز کند، در واقع نفس خود را در معرض هلاکت قرار داده است.

در برخی از کتب فقهی اهل سنت به این آیه شریفه استناد شده است: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ» (بقره ۱۹۴) یعنی هر کس به شما تجاوز کرد، همانند آن بر او تجاوز کنید و از خدا بپرهیزید (زیاده‌روی نکنید) و بدانید که خدا با پرهیزکاران است. در این آیه شریفه، امر به تقوا شده و این دلیل است که در دفاع، مماثلت، تدرج و شروع از مرحله خفیف‌تر لازم و ضروری است (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۵۲؛ شربینی، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۱۹۴). در تفسیر قرطبی، «اعتداء» را تجاوز معنی کرده است (قرطبی، ۱۴۰۵ق، ج. ۲، ص. ۳۶۰). این آیه اصل دفاع را در برابر متجاوز مشروعیت می‌بخشد، به‌خاطر فعل امر «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ». همچنین، شرط دفاع را بیان می‌کند که ما باید به تدریج و مراحل دفاع را رعایت کنیم و دلیل این شرط نیز، امر به تقوای خداوند است.

ب) روایات: از دیگر ادله‌ای که مورد استناد برای وجوب دفاع قرار گرفته، روایات است. در منابع فقهی به روایات زیادی استناد شده است که از باب اختصار، به ذکر چند حدیث اکتفا می‌کنیم. صنعانی از پیامبر



اسلام روایت کرده که فرموده: «کسی که مورد ظلم قرار بگیرد و به قتل برسد، شهید است.» این حدیث در سنن /ربعه و صحیح ترمذی هم ذکر شده است (صنعانی، ۱۳۷۹ق، ج. ۴، ص. ۴۰). حدیث دیگری را ابی هریره از رسول خدا (ص) روایت کرده که کسی نزد رسول خدا (ص) آمد و عرض کرد: مردی آمده و اراده اخذ مال مرا دارد. رسول خدا فرمود: مالت را نده. عرض کرد اگر با من مقاتله و جنگ کرد چه کنم؟ فرمود: با او بجنگ. عرض کرد که اگر مرا به قتل رساند چه می‌شود؟ فرمود: تو شهید هستی! اگر او به قتل رسید، خونس به هدر رفته است (صنعانی، ۱۳۷۹ق، ج. ۴، ص. ۴۰). روایت دیگر از غیاث بن ابراهیم از امام جعفر صادق (ع) و پدر بزرگوارشان نقل شده است که می‌فرمایند: هرگاه دزد وارد منزلت شد و قصد بی‌حرمتی به اهلت و اخذ مالت را دارد، اگر می‌توانی جلو او را بگیری، این کار را انجام بده و بعد فرمود: دزد، محارب است و با او مقاتله کن (حر عاملی، بی‌تا، ج. ۱۸، ص. ۵۴۳).

ج) اجماع: دلیل دیگری که برای وجوب دفاع مشروع در منابع فقهی بیان شده، اجماع است. مرحوم سبزواری در تهذیب /الاحکام، اجماع فقها و عقلا را از ادله وجوب دفاع دانسته است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۵، ص. ۱۰۱). علامه حلی و صاحب /جوهر نیز ادعای اجماع نموده‌اند (نجفی، بی‌تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج. ۹، ص. ۴۳۵). میرزا جواد تبریزی و حضرت امام خمینی ادعای عدم خلاف و اشکال نموده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۵۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۴۶۷). از فقهای عامه، کسانی که ادعای اجماع نموده‌اند، ابن تیمیه در کتاب /الفتاوی الکبیر و مجموع /الفتاوی (ابن تیمیه، ۱۴۰۸ق، ج. ۳، ص. ۵۵۳؛ ابن تیمیه، بی‌تا، ج. ۲۸، ص. ۵۳۹) و بکری دمیاطی در کتاب /عانة الطالبین می‌باشد (بکری دمیاطی، ۱۴۱۸ق).

د) عقل: از دیگر ادله‌ای که برای وجوب دفاع مشروع اقامه شده، عقل است که برخی از فقها به این دلیل تمسک کرده‌اند. شیخ طوسی در خلاف می‌گوید: «عقل اولیه حکم به وجوب دفع ضرر از نفس می‌کند؛ کسی که قدرت دارد و دفع ضرر از نفس نکند، مستحق مذمت است» (شیخ طوسی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۳۴۵). سبزواری در این مورد بیان داشته که وجوب دفاع شرعی نه تنها یک مسئله اجماعی است، بلکه عقلایی و حکم قطعی عقل است. زیرا این یک مسئله وجدانی است که نیاز به دلیل ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۵، صص. ۱۰۲-۱۰۱). همچنین از جمله کسانی که تمسک به دلیل عقل نموده‌اند، فاضل هندی است که فرموده: «عقل، حکم به وجوب دفع ضرر می‌کند» (فاضل هندی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۶۴۹). از دیگر کسانی که به عقل استناد کرده، محقق اردبیلی در مجمع /الفائدة و /البرهان است که فرموده: «دفاع، دفع ضرر ممکن از نفس است و این جایز، بلکه از نظر عقل و نقل واجب است.» همین طور صاحب ریاض نیز، وجوب دفاع را مستند به عقل نموده است (محقق اردبیلی، ۱۴۱۷ق، ج. ۱۳، ص. ۳۰۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۶، ص. ۱۶۲). در منابع فقهی عامه استناد به دلیل عقل نشده و تنها زحیلی، ادله وجوب دفاع شرعی را آیات کثیره و سنت معقول دانسته است (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۵۲).

با مراجعه به منابع حقوقی نیز، متوجه می‌شویم که مسئله دفاع مشروع، یکی از مسائلی است که مورد توجه حقوق دانان بوده و در قانون به آن اشاره شده است. مثلاً در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی آمده



است: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع با رعایت مراحل دفاع، مرتکب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود.»

این ماده، همراه با سه تبصره، موارد دفاع مشروع و شرایط آن را ذکر کرده است که بعضی از موارد دفاع و شرایط آن از نظر فقها مورد تأمل و بحث و بررسی است که در ادامه، موارد دفاع و شرایط آن و همچنین تأملات و ملاحظات فقها را بیان خواهیم کرد:

هرچه از آیات، روایات، اجماع و عقل به‌عنوان دلیل دفاع شرعی از نفس، عرض و مال بیان شد، در جایی است که خطر و ضرر به شخص یا دیگری ناحق باشد. ولی اگر خطر برحق و مشروع بود، مانند ادب‌کردن پدر فرزند خود را یا اقامه حدود و تعزیرات به دستور حاکم شرع، در این صورت دفاع معنی ندارد.

۳- شروط مشروعیت دفاع شخصی در فقه و حقوق

برای مشروعیت دفاع در فقه و حقوق، شرایطی بیان شده که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد:

الف) شرط عدم امکان خلاصی

یکی از شرایطی که برای دفاع مشروع در منابع فقهی آمده این است که: حفظ جان و حریم انسان بستگی به دفاع داشته باشد. چون برای حفظ جان و حریم، دفاع واجب است؛ ولی اگر توقف نداشت، مثل جایی که حفظ نفس و حریم با فرار حاصل شود، در این صورت دفاع واجب نیست (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۵۷). شهید ثانی در *مسالك* بیان داشته اگر سلامت با فرار امکان دارد و فرار، یکی از اسباب حفظ نفس است، این فرار واجب عینی است (شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج. ۱۵، ص. ۱۶؛ طباطبائی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۶، ص. ۱۶۲). همچنین سبزواری در *تهذیب الاحکام* و علامه در *تذکره* فرموده‌اند: «اگر دفع مهاجم به فرار کردن یا فراری دادن مهاجم از چنگ او امکان داشته باشد، نوبت به وجوب دفاع نمی‌رسد» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۸، ص. ۱۶۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج. ۹، ص. ۴۳۵). حضرت امام خمینی فرموده: «در صورتی که خلاصی از قتال به فرار و مانند آن امکان داشته باشد، این کار را بنابر احتیاط، باید انجام بدهد» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۴۶۸).

آنچه از کلام فقهای امامیه دریافت می‌شود، این است که فرار به‌صراحت از شرایط نبوده، ولی به‌طور کلی این مطلب را ثابت می‌کند که در فرض امکان خلاصی از دست مهاجم، فرار واجب است و فرقی ندارد که واجب عینی باشد یا تخییری. پس می‌توان نتیجه گرفت که فرار، یکی از شرایط دفاع مشروع در فقه اسلامی است. زحیلی در کتاب *الفقه الاسلامی* می‌گوید: «یکی از شرایط دفاع به‌صورت مقابله و دفاع این است که امکان دفع تعدی و تجاوز به طریق دیگر امکان نداشته باشد. ولی اگر راهی دیگر وجود داشت، مثل استغاثه به مردم؛ اگر این کار را نکرد و در مقام دفاع، مقابله کرد، متعدی محسوب می‌شود» (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۵۴). اگرچه ایشان برای طریق دیگر مثال به استغاثه زد، ولی این از باب مثال است و فرار نیز می‌تواند مصداق طریق دیگر برای مقابله باشد.



در کتاب *روضه‌الطالبین* که از کتب فقهی عامه است، بیان شده: «اگر برای کسی که مورد تعدی قرار گرفته، بر فرض که قدرت فرار یا پناه‌بردن به محل امنی یا التجا به گروهی امکان دارد و در اینکه مقاتله کند یا برای نجات خود از راه‌های مذکور استفاده کند، فقها دو قول را بیان کرده‌اند که اظهر و اصح، وجوب فرار است؛ برای اینکه او، مأمور به نجات جان‌اش است به ساده‌ترین راه...» (نووی، بی‌تا، ج. ۷، ص. ۳۹۳). در شرح کبیر آمده که: «با فرض امکان فرار خود و اهلش بدون مشقت، از دست مهاجم، جرح آن جایز نیست، چه رسد که قتل آن جایز باشد» (ابوالبرکات، بی‌تا، ج. ۷، ص. ۳۵۷).

اما اینکه فرار نتیجه‌بخش باشد یا نه؟ در اکثر منابع فقهی قید نشده، ولی این قید را دارد که «فرار امکان داشته باشد». ظاهراً این قید تقریباً همان نتیجه‌بخش بودن فرار را می‌رساند و به‌طور کلی می‌توان از فرمایش فقها نتیجه گرفت که در فرض امکان فرار، دفاع واجب نباشد. برخی از فقها متذکر این شرط نشده و سکوت کرده‌اند. ولی برای کسانی که متذکر شده‌اند، شرطیت آن محرز است.

اگرچه این شرط به‌صراحت در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی ذکر نشده، ولی در بند «ب» این ماده آمده که «دفاع مستند به قرائن معقول و خوف عقلایی باشد». این شرط را می‌توان از این بند استفاده کرد که اولاً، در صورت امکان فرار و خلاصی از چنگ متجاوز و مهاجم، قرینه معقول برای دفاع نیست و ثانیاً، در ذیل این بند آمده که خوف عقلایی باشد؛ با این قید، فرض امکان خلاصی و نجات از هجوم متجاوز از دایره دفاع مشروع خارج می‌شود. زیرا در این فرض، خوف عقلایی قابل تصور نیست و او می‌تواند خود را نجات بدهد. همچنین، این شرط از بند «ت» ماده قابل استفاده است که بیان داشته: «توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد...». این قید و شرط که برای مشروعیت دفاع بیان شده، در واقع می‌تواند بیان یکی از مصادیق و راه‌های تخلص و نجات از چنگال متجاوزین باشد و مصادیق زیادی برای تخلص و نجات از شر متجاوزین، مثل فرار، کمک‌خواستن و غیره قابل تصور است.

ب) شرط فعلیت تجاوز و خطر

شرط دوم این است که خطر تجاوز فعلیت داشته باشد. در کتاب *الدفاع الشرعی* بیان شده که امکان تصور ایجاد حالت دفاع وجود ندارد مادام که خطر وجود پیدا نکند. این یک امر معقول و مجمع‌علیه شرعی است (داود العطار، ۱۴۰۲ق، ص. ۱۲۷). فاضل هندی در *کشف‌اللاثام* فرموده است که: «شروع به دفاع واجب نیست مگر اینکه علم داشته باشد که متجاوز قصد جان یا مال یا حریم او را داشته باشد و یا ظن به امکان تسلط مهاجم در فرض عدم دفاع، عادتاً داشته باشد». این مطلب، فتوای علامه حلی در تذکره نیز هست. نهایت ایشان ظن به تعدی را علی‌الاقوی برای شروع دفاع شرعی کافی می‌داند (فاضل هندی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۶۵۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج. ۹، ص. ۴۳۵). صاحب *جوهر فعلیت تجاوز* را یک امر اتفاقی می‌داند (نجفی، بی‌تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵۶). حضرت امام خمینی می‌فرماید: «بعد از تحقق قصد مهاجم ولو به قرائن، دفاع بدون اشکال جایز است. ولی اگر ظن به تجاوز داشت یا احتمال تجاوز که موجب خوف باشد بود، در این دو صورت اگر احساس امنیت نماید، ظاهر عدم جواز دفاع است» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۴۶۹).

از فقه‌های عامه، ابن تیمیه در *الفتاوی الکبری* گفته: «شخصی که مورد تجاوز قرار گرفته، بدون شک شروع به مقابله و قتال جایز نیست؛ منظور این است که تا وقتی اجبار و اکراه بر قتال نشده، جایز نیست. ولی وقتی مجبور شد، شروع به قتال جایز است» (ابن تیمیه، ۱۴۰۸ق، ج. ۳، ص. ۵۵۳). زحیلی هم در فقه الاسلامی فعلیت اعتدا و تجاوز را از شرایط دانسته و تجاوز مؤجل و تهدید تنها را برای شروع مقاتله کافی نمی‌داند (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۵۳).

در قانون نیز، این شرط در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مطرح گردیده است که بیان داشته: «...در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع...» در بند «الف» همین ماده بیان داشته: «رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد» این عبارت نیز، شرط فعلیت تجاوز و خطر را می‌رساند. نکته‌ای که در اینجا قابل ذکر است این است که در بند «پ» همین ماده شرط دیگری مطرح گردیده است که می‌گوید: «خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد». این یک شرط جدید است که در منابع فقهی امامیه و عامه مطرح نشده است.

ج) شرط تدریجی مراحل دفاع

یکی از شرایط مشروعیت دفاع این است که دفاع‌کننده علیه مهاجم و متجاوز، اعتماد بر «الاسهل فالاسهل» و تدریج داشته باشد. مثلاً اگر خطر دشمن، با توجه و آگاه شدن از وجود صاحب منزل دفع شد، این کار را باید انجام بدهد ولو با سرفه نمودن باشد؛ یعنی حضور خود را از این راه ظاهر سازد. اگر دفع نشد، با فریادکشیدن، خطر او را دفع کند. در فرض عدم دفع، از دست خود کمک بگیرد و بعد اگر نشد، از عصا استفاده کند و اگر این راه‌ها نتیجه‌بخش نبود، از سلاح استفاده نماید و این ترتیب باید رعایت شود که از ساده‌ترین راه شروع گردد و به سخت و سخت‌تر منجر شود. این تدرج و مبارزه «الاسهل فالاسهل» را فقها فرموده‌اند، ولی این ترتیب در نصوص نیامده است و نص خاص ندارد (نجفی، بی‌تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵۱). این ترتیب از «الاسهل فالاسهل» را حضرت امام خمینی و محقق اردبیلی و فاضل هندی نیز، بیان فرموده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۴۶۸؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷ق، ج. ۱۳، ص. ۳۰۰؛ فاضل هندی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۶۵۱). در کتاب *اسس الحدود، تهذیب الاحکام و مسالک الافهام*، عین همان ترتیب و تعبیر که صاحب *جوهر* و دیگران بیان کرده‌اند، بیان شده است.

عده‌ای معتقدند که چنانچه کسی که مورد تجاوز قرار گرفت، اگر با فریاد دفع می‌شود، به همین اکتفا کند. مثلاً در جایی است که کسی دیگری در آنجا است؛ اگر فریاد بکشد و صدای او را بشنود، تا او را کمک کند. اگر دشمن با فریاد دفع نشد، از دست خود و چوب کمک بگیرد و اگر نشد، از سلاح استفاده کند (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۵۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۸، ص. ۱۵۹؛ شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج. ۱۵، ص. ۴۹). ابن‌ادریس در *السرائر* بیان داشته است که اگر متجاوز در حال روبه‌رو شدن با انسان بود و انسان از خود دفاع کرد و در نتیجه مهاجم به قتل رسید، خونس به هدر رفته و بر مدافع دیه و کفاره نیست. زیرا محسن است و خداوند فرموده: «ما علی المحسنین من سبیل» (توبه ۹۱). ولی اگر متجاوز پشت نمود به مدافع، دیگر



سنگ‌زدن و قتل آن جایز نیست. زیرا این کارها برای دفاع بود، ولی وقتی پشت کرد، ضرب و جرح آن جایز نیست. لذا اگر در حال روبه‌روشدن بر اثر ضربه، دست آن قطع شد و وقتی پشت نمود و بر اثر ضربه دیگر، دست دیگر او قطع شد، دست اولی دیه ندارد ولی دست دیگری قصاص یا دیه دارد (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج. ۳، ص. ۵۰۷).

تقریباً همان بیانی که فقهای امامیه در ترتیب دفاع دارند، همان بیان را در ترتیب فقهای عامه هم می‌توان دید. مثلاً در کتاب *روضه‌الطالبین* بیان شده: «فردی که مورد تعدی قرار گرفته، واجب است رعایت تدبیر و دفع «باهون فالاهون» را نماید؛ مثلاً اگر دفع مهاجم به کلام، فریاد و استغاثه به مردم امکان داشت، حق کتک‌زدن را ندارد. همین طور، اگر دفع به پرت‌کردنش در آب و آتش امکان داشت، نمی‌تواند او را کتک بزند». در آخر می‌گوید: «اگر دفع مهاجم جز با ضرب و شتم امکان نداشت، این کار را انجام بدهد ولی رعایت ترتیب را داشته باشد». مثلاً اگر با ضرب دست دفع می‌شود، از شلاق استفاده نکند؛ اگر با شلاق دفع می‌شد، از عصا استفاده نکند؛ در فرض امکان قطع عضو، هلاک‌نمودن وی جایز نیست (نووی، بی‌تا، ج. ۷، ص. ۳۹۲). در قانون نیز، این شرط از ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی قابل استفاده است که در این ماده قانونی آمده است: «... با رعایت مراحل دفاع، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورت اجتماع شرایط جرم محسوب نمی‌شود.»

د) شرط حرام بودن تجاوز و تعدی

زحیلی شرط دیگری را از حنفی‌ها بیان کرده که تجاوز حرام و موجب عقاب و کیفر باشد و بر این اساس، حق تأدیب از طرف پدر یا زوج یا معلم و فاعل جاری‌کننده حد شرعی، متصف به تجاوز نمی‌گردد (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۵۴). این شرط در منابع فقهی امامیه و عامه مطرح نگردیده و نیاز به ذکر این شرط هم نیست و اساساً شرط نیست. زیرا در بعضی از منابع فقهی آمده کسی ظالمانه مورد هجوم دزد یا غیر دزد قرار گرفت، دفاع واجب است (موسوی خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۴۶۷). در تهذیب/الحکام بیان شده که هر گاه قصد مهاجم برای ظلم محرز شد ولو به قرائن که موجب اطمینان می‌شود، دفاع واجب است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۸، ص. ۱۶۳). شهید ثانی فرموده: هر گاه دخول مهاجم در خانه به‌صورت غلبه باشد، صاحب خانه حق محاربه را دارد (شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج. ۱۵، ص. ۱۶). ابن‌قدامة حدیثی را از رسول خدا ذکر کرده که عنوان اعتدا و تجاوز مقید به غیر حق شده و فرموده: «کسی که مالش به غیر حق اراده شده، اگر مقاتله کرد و کشته شد، شهید است» (ابن‌قدامة، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۳۵۳).

در حقوق نیز، این شرط در چند بند از ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی آمده است: الف) «در صورتی که ارتکاب رفتار به حکم یا اجازه قانون باشد.» ب) «در صورتی که ارتکاب رفتار برای اجرای قانون اهم لازم باشد.» پ) «در صورتی که ارتکاب رفتار به امر قانونی مقام ذی‌صلاح باشد و امر مذکور خلاف شرع نباشد.» ت) «اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و مجانین که به منظور تأدیب یا حفاظت آن‌ها انجام می‌شود، مشروط به اینکه اقدامات مذکور در حد متعارف و حدود شرعی تأدیب و حفاظت باشد.»

این چند بند از این ماده قانونی به صراحت این شرط را می‌رساند؛ ولی گفته شد که در برخی از منابع فقهی عنوان تجاوز و اعتدا مقید به ظلم و غلبه شده بود که خود این شرط را بیان می‌کند و اشاره به این قید دارد. لذا نیاز نیست که به عنوان شرط مطرح باشد.

۴- موارد مشروعیت دفاع شخصی در فقه و حقوق

موارد معدودی است که کسی اگر مورد تعدی و تجاوز مهاجم قرار گرفته و باید از خود دفاع کند، این دفاع که محور اصلی این نوشتار است در چهار مورد صورت می‌گیرد: (۱) دفاع از نفس (۲) دفاع از عرض و حریم (۳) دفاع از مال (۴) دفاع از غیر که مورد اعتدا و تجاوز مهاجم قرار گرفته است.

الف) مشروعیت دفاع از نفس در فقه

یکی از مواردی که دفاع از آن برای شخص واجب است، نفس انسان می‌باشد که مورد تعدی و تجاوز متجاوز قرار گیرد که در آن، قصد جان انسان شود؛ دفاع واجب است به هر قدرت و توانی که امکان داشته باشد. اگرچه این دفاع، به جرح احتمالی یا قتل وی منجر شود. اکثر فقه‌های امامیه دفاع از نفس را واجب می‌دانند. فاضل هندی در کشف‌اللاثام بیان داشته که «دفاع از نفس و حریم واجب است و تسلیم حرام است». همین بیان را شیخ در خلاف هم دارد؛ ایشان قدرت داشتن بر دفاع را قید نموده است که به مقتضای این قید، وجوب دفاع در فرض قدرت است (فاضل هندی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۶۴۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۳۴۵).

شیخ جعفر کاشف‌الغطا، وجوب دفاع را مقید کرده به اینکه احتمال حصول سلامت باشد؛ اما اگر علم داشته باشد که در دفاع کشته می‌شود، با توجه به اینکه نتیجه جریان مقاتله، کشته‌شدن یا کشتن است، در این صورت دفاع مستحب است. در خاتمه قول به وجوب دفاع را هم در این فرض اشاره کرده و فرموده: «گاهی گفته می‌شود دفاع واجب است» (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق، ج. ۴، ص. ۲۹۲). علامه حلی در اینکه دفاع واجب است یا نه؟ فرموده: «حق در نزد ما وجوب دفاع است» (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج. ۹، ص. ۴۳۵).

صاحب‌جوهر وجوب دفاع را ظاهراً به قدر توان واجب می‌داند اگرچه بداند دفاع، مقاتله برای نفس و دفاع از آن یکی دو ساعت یا کمتر طول می‌کشد و قید غلبه ظن به سلامت لازم نیست، بلکه دفاع واجب است چه غلبه به سلامت باشد و یا نباشد (نجفی، بی‌تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵؛ نجفی، بی‌تا، ج. ۲۱، ص. ۱۶). این وجوب دفاع و لو با علم به قتل را حضرت امام خمینی هم فرموده و مرحوم آقای میرزا جواد تبریزی هم گفته در فرض که حفظ نفس متوقف بر دفاع باشد، در وجوب دفاع، تأملی نیست (موسوی خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۴۶۸؛ تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۵۹).

شهید ثانی وجوب دفاع را اقوی و تسلیم را در فرض امکان، جایز نمی‌داند (شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج. ۱۵، ص. ۵۰). سبزواری هم مانند بقیه فقه‌ها دفاع را واجب دانسته و اعتبار علم یا ظن بر غلبه را شرط نمی‌داند. وجوب دفاع در فرمایش محقق اردبیلی هم وجود دارد و شهید ثانی هم بر حسب قدرت بر دفاع، واجب



می‌داند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۸، ص. ۱۶۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷ق، ج. ۱۳، ص. ۳۰۰؛ عاملی، ۱۴۱۰ق، ج. ۹، ص. ۳۴۸).

تقریباً وجوب دفاع را اکثر فقهای امامیه فرموده‌اند، با این تفاوت که بعضی، وجوب دفاع را مطلق گفته‌اند و بعضی از فقها قید امکان دفاع را آورده بودند. بعضی هم قید قدرت بر دفاع و بعضی قید احتمال حصول سلامت در دفاع را مطرح کرده بودند. ولی به‌طور کلی می‌توان گفت که اصل وجوب دفاع مورد اتفاق اکثر فقها است. هرچند که ظاهر فرمایش آیت‌الله خویی «جاز له فادفع» دارد (موسوی خویی، ۱۹۷۵، ج. ۱، ص. ۴۲۱). اگر مراد ایشان از جایز، اقدام باشد که همان واجب است ولی احتمال جواز که تساوی الطرفین باشد هم هست. اگر قید جواز در دفاع از نفس مطرح گردد، اینجا وجوب را نمی‌رساند. ظاهراً معنایش این است که کسی که مورد تجاوز قرار گرفت، اگر خواست می‌تواند از خود دفاع کند و اگر نخواست، دفاع واجب نیست. یعنی، به‌نوعی جواز تسلیم را می‌رساند. چنان‌که جواز تسلیم، یکی از دو قول شافعی است (شیخ طوسی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۳۴۵) و این حرام است. زیرا قرار دادن نفس در معرض هلاکت بوده و مصداق آیه شریفه «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره ۱۹۵) است.

حنفی‌ها دفاع از نفس را جایز می‌دانند و واجب نمی‌دانند و قول این‌ها موافق با سنت است و فرق هم ندارد که متجاوز صغیر باشد یا کبیر یا مجنون. آن‌ها استناد کرده‌اند به حدیثی از پیامبر اسلام (ص) در مورد فتنه‌ها فرموده: «در خانه بنشین اگر می‌ترسی شعاع پراکندگی نور شمشیر تو را خیره کند و صورت خود را بپوشان و در فتنه‌ها عبد مقتول باش نه عبد قاتل» (ابن قدامه، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۳۵۳؛ زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۵۶). شافعی هم در یکی از دو قول خود، رأی به عدم وجوب داده است. ابن تیمیه، جهت اختلاف را دو روایت می‌داند که طبق مفاد یک روایت، دفاع واجب است و طبق روایت دیگر، دفاع واجب نیست (ابن تیمیه، ۱۴۰۸ق، ج. ۳، ص. ۳۵۵).

ب) مشروعیت دفاع از نفس در حقوق

دفاع از نفس در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی بیان شده که می‌گوید: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری... مرتکب رفتاری شود... در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود...». این ماده قانونی به‌صورت مطلق وجوب دفاع از نفس را بیان کرده و هیچ‌گونه تفصیل داده نشده است. ولی در فقه از نظر شرط دفاع و اصل وجوب دفاع، مورد اختلاف است. مثلاً، برخی از فقهای امامیه قیود امکان دفاع یا قدرت دفاع یا احتمال حصول سلامت را شرط دانسته‌اند و برخی نیز وجوب دفاع را مطلق بیان کرده‌اند و برخی از مذاهب عامه، مثل شافعی‌ها، اصل وجوب را مقید کرده که متجاوز کافر باشد، برای اینکه تسلیم در برابر کافر ذلت است و نباید تسلیم شد. ولی اگر متجاوز مسلمان بود، دفاع واجب نیست. حنفی‌ها دفاع را جایز می‌دانند، جایز به‌معنای تساوی الطرفین است؛ یعنی می‌تواند دفاع کند یا نکند. با توجه به اختلاف فقهی در مسئله، این ماده قانونی از جهاتی مختلف اشکال دارد؛ مثلاً در قبال قیود فقهای امامیه در شرط وجوب دفاع و دیدگاه مذاهب عامه ساکت است.

ج) مشروعیت دفاع از عرض و ناموس در فقه

در وجوب دفاع شخص از عرض و حریم خود و در اینکه تسلیم جایز است یا نه؟ بین فقها اختلاف است. برخی از فقها قائل به وجوب دفاع از عرض و حریم شده‌اند، مثلاً حضرت امام خمینی فرموده: «دفاع از عرض و حریم مانند دفاع از نفس است». قبلاً بیان شد که دفاع از نفس را فقهای شیعه تقریباً به‌طور اتفاق واجب می‌دانستند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۴۷۱). علامه در قواعد و فاضل هندی در کشف‌اللاثام بیان داشته‌اند که دفاع از نفس و حریم واجب است و تسلیم در برابر مهاجم جایز نیست (علامه حلی، ۱۴۲۲ق، ج. ۳، ص. ۵۷۱؛ فاضل هندی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۶۴۹). مرحوم سبزواری در تهذیب‌الاحکام دفاع از عرض را واجب عینی می‌داند، البته در صورتی که قدرت بر دفاع داشته باشد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۸، ص. ۱۵۸، ج. ۱۵، ص. ۱۰۲). همچنین وجوب دفاع از ظاهر عبارت علامه حلی در تذکرة‌الفرقهاء هم استفاده می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج. ۹، ص. ۴۳۵). شهید ثانی در مسالک، وجوب دفع را در فرض امکان، اقوی دانسته است (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج. ۹، ص. ۵۰).

اما در مقابل این فقها، برخی دیگر از فقهای امامیه هستند که قائل به عدم وجوب دفاع از عرض و حریم شده‌اند. مخصوصاً در جایی که دفاع، منجر به قتل مدافع شود، یا به‌طور صریح فتوی به وجوب و عدم وجوب دفاع نداده و تقریباً می‌شود گفت توقف کرده‌اند. مثل صاحب‌جوهر که فرموده است: عرض و آبرو در نزد کسانی که در این مورد حساس هستند اهمیت دارد (یعنی مانع می‌شوند که عرضشان از بین برود). بله، اگر باندن در دفاع از عرض به قتل می‌رسد و مهاجم از او دفع نمی‌شود، در این صورت، قول به حرمت دفاع به‌خاطر حفظ نفس، احتمال دارد. احتمال نیز دارد که وجوب یا جواز دفاع را بگوییم، مثل دفاع از نفس (نجفی، بی‌تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵۵). صاحب‌ریاض تصریح به جواز تسلیم کرده در صورتی که ظن به هلاکت باشد و این به‌خاطر این است که حفظ نفس اولویت دارد نسبت به حفظ آبرو. این بیان را علامه در تحریر‌الاحکام و مجلسی اول در روضة‌المتقین نیز این بیان را دارد (طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۶، ص. ۱۶۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۲ق، ج. ۵، ص. ۳۸۶). میرزا جواد تبریزی، وجوب دفاع از عرض را ملحق به مال کرده و دفاع از مال را اکثراً واجب نمی‌دانستند (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۵۹).

ادله‌ای را که این فقها به آن‌ها استناد کرده‌اند، آیه ۱۷۳ از سوره بقره است که می‌فرماید: «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» (بقره ۱۷۳) یعنی آن کس که مجبور شود در موقع ضرورت برای حفظ جان خود از آن بخورد در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد گناهی بر او نیست. دلیل دیگر روایات متعدد است مثل روایتی که عمر زنی را به‌خاطر اینکه مرتکب زنا شده بود، می‌خواست حد بزند، ولی علی (ع) به‌جهت اینکه آن زن مجبور به زنا شده بود، او را رها کرد. همچنین زنی را نزد امیرالمؤمنین (ع) آوردند که با مردی مرتکب زنا شده بود. زن سوگند یاد کرد که در این کار اکراه شده و حضرت او را رها نمود (حر عاملی، بی‌تا، ج. ۱۸، صص. ۳۸۲-۳۸۴).

آنچه از دیدگاه فقهای امامیه دریافتیم، به نظر می‌رسد نظریه وجوب دفاع قوی‌تر است. اگرچه طرفداران این نظریه استناد به ادله نکرده‌اند، ولی دلیل قول دوم قابل‌خدشه است؛ زیرا آیه عام است و روایات این



باب در خصوص زنهاست که اکراه به زنا شده‌اند، ولی بحث ما عام است؛ علاوه بر زن‌هایی که عرض و حیثیتشان مورد تجاوز قرار گرفته، شامل مردها نیز می‌شود که حریمشان مورد هجومه واقع شده و خیلی مشکل است که تسلیم را اجازه کنیم و یا حداقل مثل صاحب جوهر توقف نماییم.

فقه‌های عامه اتفاق نظر دارند بر اینکه در جایی که عرض و حریم شخص مورد تجاوز قرار می‌گیرند، دفاع واجب است. زحیلی در کتاب *الفقه الاسلامی* بیان داشته: «هرگاه حیثیت و شرف زنی مورد تجاوز قرار گیرد، اتفاق فقها بر این است که در فرض دفاع از نفس برایش امکان داشته باشد، دفاع واجب است و ترک دفاع حرام می‌باشد و در ترک، نوعی تمکین است و اگر مهاجم بر اثر دفاع از بین رفت، خونش به هدر رفته است» (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۵۹). ابن قدامه در معنی بیان داشته: «در صورتی که دفاع از مال جایز باشد، مالی که بذل و اباحه آن جایز است؛ پس زنی که مورد تجاوز قرار گرفته، دفاع وی از نفسش به طریق اولی واجب است، با اینکه اباحه در نفس نیست و هرگاه این مطلب ثابت شد، بر زن واجب است که در صورت امکان از نفس خود دفاع کند. زیرا تمکین حرام و در ترک دفاع، نوعی تمکین است» (ابن قدامه، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۳۵۳). بیهوتی در *کشاف القناع* می‌گوید: «دفاع از حریم واجب است برای اینکه در حریم هم حق خودش است و هم حق خداوند که متجاوز را از فاحشه مانع شود» (بیهوتی، ۱۴۱۸ق، ج. ۶، ص. ۱۹۷). برخی دیگر از فقه‌های عامه دفاع از حریم و عرض را واجب دانسته‌اند، نهایت تحت عنوان دفاع از «بُضع» بعضی به طور مطلق گفته و بعضی دیگر قید کرده خوف از جان خود نداشته باشد و بعضی هم دفاع از مقدمات «بُضع» را مثل «بُضع»، واجب‌الدفاع دانسته‌اند (صنعانی، ۱۳۷۹ق، ج. ۴، ص. ۴۰؛ شربینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۱۹۹؛ زکریا انصاری، ۱۴۱۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۱؛ هندی، ۱۴۱۸ق، ج. ۴، ص. ۱۹۵).

دلیلی را که بر این مطلب ذکر کرده‌اند، روایتی است که احمد در مسند خود آورده و آن روایت این است که مردی زنی را مورد آزار و اذیت قرار داده بود و اراده نفسش را داشت و خانم از خود دفاع کرد؛ سنگی را به سمت او پرتاب کرد و کشته شد. عمر قسم یاد کرد که خانم ابداً دیه پرداخت نمی‌کند. زیرا هرگاه دفاع از مال جایز باشد، مالی که بذل آن جایز است، پس دفاع زن یا مرد از نفس و حفظ نفس از فاحشه، نفسی که اباحه آن جایز نیست، به طریق اولی واجب است (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۵۹). از عبارات کتب فقهی عامه دانسته شد که این مسئله مخالف ندارد و یک امر اتفاقی است، گرچه در تعبیر اختلاف بود و برخی قیودی را اضافه کرده بود، ولی اصل وجوب دفاع از عرض و حریم را همه قائل‌اند.

د) مشروعیت دفاع از عرض و ناموس در حقوق

دفاع از عرض و ناموس در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی بیان شده که می‌گوید: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری... مرتکب رفتاری شود... در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود:....». اگرچه این ماده قانونی دفاع از عرض و ناموس را مثل دفاع از نفس مطلق بیان کرده، ولی برخی از فقه‌های امامیه دفاع از عرض را جایز ندانسته و حرام می‌دانند و یا توقف کرده‌اند. مثلاً، صاحب جوهر بیان داشته: «در این صورت (دفاع از عرض)، احتمال دارد قول به حرمت دفاع به‌خاطر

حفظ نفس و احتمال نیز دارد که وجوب یا جواز دفاع را بگوییم، مثل دفاع از نفس (نجفی، بی تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵۵). صاحب ریاض، در صورتی که ظن به هلاکت باشد، تصریح به عدم جواز دفاع کرده و این به خاطر این است که حفظ نفس، اولویت دارد نسبت به حفظ عرض (طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۶، ص. ۱۶۵). در اینجا فرمایش صاحب جواهر ظاهر در توقف است و صاحب ریاض به جهت اهمیت مسئله نفس در قبال عرض و حریم، تصریح به عدم دفاع دارد. لذا این ماده قانونی از این جهت که حفظ نفس مقدم بر عرض است، اشکال دارد که متذکر آن نشده است.

ه) مشروعیت دفاع از مال در فقه

در فرضی که مال کسی مورد تجاوز قرار گرفت، در اینکه دفاع از مال غیر واجب است یا نه؟ تقریباً فقهای امامیه اتفاق دارند بر اینکه واجب نیست، با این قید که طوری نباشد که حیات انسان به آن بستگی داشته باشد. در کتاب جواهر بیان شده که: مال در فرضی که حفظ نفس به آن توقف ندارد، دفاع از آن واجب نیست و این یک امر است که مخالف ندارد بلکه علاوه بر نصوص، اجماع محصل و منقول بر عدم وجوب دفاع است حتی نه تنها واجب نیست، بلکه به خاطر اهمیت نفس، دفاع حرام است. قریب به همین بیان، مرحوم سبزواری در مذهب/لا حکام دارد که با احتمال قتل دفاع واجب نیست، بلکه بدون احتمال قتل نیز، تسلیم واجب است، چه رسد به اینکه انسان علم به قتل داشته باشد (نجفی، بی تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۸، ص. ۱۶۲). فاضل هندی در کشف/الثام گفته است: انسان می تواند از مال خود دفاع کند، آنطور که از جان خود دفاع می کند، اگرچه کم باشد، ولی دفاع واجب نیست؛ برای اینکه در مال مسامحه جایز است، ولی در جان و عرض جایز نیست. مگر اینکه انسان در صورت فقدان مال، به اضطراب و ضرورت قرار بگیرد که در این صورت دفاع عقلاً واجب است. عین این بیان را شهید در مسالک نیز دارد (فاضل هندی، بی تا، ج. ۱۰، ص. ۶۴۹؛ شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج. ۱۵، ص. ۵۰).

از دیگر کسانی که دفاع را واجب نمی دانند، علامه حلی در تذکره است. آقای شیخ جعفر کاشف الغطاء، دفاع از مال را مستحب می داند. مگر اینکه در فقدان مال، ظن به ترتب تلف داشته باشد (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج. ۹، ص. ۴۳۵؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج. ۴، ص. ۲۹۲). برخی از فقهای معاصر مثل مرحوم آقای خویی ترک دفاع از مال را جایز می داند و حضرت امام خمینی ترک دفاع را از باب احتیاط می داند و آقای جواد تبریزی، ظاهر عدم وجوب دفاع را می گوید (موسوی خویی، ۱۹۷۵، ج. ۱، صص. ۲۶۹، ۳۴۹؛ تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۵۹). کلام فقها مورد بررسی و ملاحظه قرار گرفت و معلوم شد که کسی وجوب دفاع در برابر مال را نگفته اند و همه به نوعی ترک دفاع را بیان کرده اند؛ نهایت با تعبیر مختلف مثل جواز ترک دفاع یا احتیاط در ترک دفاع است یا عدم وجوب دفاع و به طور کلی فرمایش صاحب جواهر که به خاطر اهمیت جان انسان، نه تنها واجب نیست، بلکه حرام است (نجفی، بی تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵۲) این فرمایش متین است. زیرا هیچ انسان عاقلی جانش را فدای مال نمی کند.

در منابع فقهی امامیه، علاوه بر اجماعی که در فرمایش صاحب جواهر بود، دلیل بر عدم وجوب دفاع در خصوص مال به نصوص استناد شده است که به ذکر دو روایت اکتفا می شود. الف) روایت اول از پیامبر



اسلام است که می‌فرماید: کسی که به دفاع از مالش کشته شود، به منزله شهید است و بعد در ذیل روایت می‌فرماید: اگر من بودم مال را رها می‌کردم و مقاتله نمی‌کردم (حر عاملی، بی‌تا، ج. ۱۸، ص. ۵۸۹). (ب) روایت دوم از ابی بصیر از ابی جعفر (ع) است در خصوص مردی که به خاطر مالش مقاتله کرده که حضرت می‌فرماید: رسول خدا (ص) فرمود: کسی که به خاطر مالش کشته شود، به منزله شهید است و بعد سؤال می‌شود که آیا مقاتله افضل است؟ می‌فرماید: اگر دفاع و مقاتله ترک شود مشکل ندارد ولی اگر من بودم دفاع و مقاتله را ترک می‌کردم (حر عاملی، بی‌تا، ج. ۱۸، ص. ۵۸۹).

محقق اردبیلی می‌فرماید: این روایت دلالت دارد بر جواز مقاتله برای مال و عدم وجوب حفظ مال توسط مقاتله، ولی افضل ترک مقاتله است، نه جواز مقاتله که مفاد روایت است (محقق اردبیلی، ۱۴۱۷ق، ج. ۱۳، ص. ۳۰۲). این روایت تنها جواز دفاع را می‌رساند که یک امر متساوی‌الطرفین است (جواز و عدم جواز مقاتله)، ولی ایشان این تساوی را قبول ندارد و ترک مقاتله را افضلیت داده است. این فرمایش ایشان تمام است، البته نه از جهت اینکه روایت صحیح نیست، بلکه برای این است که ذیل روایت همین افضلیت را می‌رساند.

جمهور فقهای عامه دفاع از مال غیر را جایز می‌دانند، فرقی هم ندارد که مال زیاد باشد یا کم؛ اما بعضی از فقهای عامه معتقدند عدم وجوب دفاع در صورتی است که مال کم باشد (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۶۲). تفصیل دیگری را شافعی‌ها داده‌اند که: اگر مال ذی‌روح نبود، دفاع از آن واجب نیست. زیرا اباحه مال به غیر جایز است؛ اما مالی که روح دارد، هرگاه مورد تعدی و قصد اتلاف دیگران واقع شود، دفاع از آن واجب است، البته مشروط به اینکه نسبت به جانس بیم نداشته باشد. لذا اگر کسی دید که حیوانش را اجنبی مورد اتلاف قرار داده، علی‌الاصح دفاع واجب است. علت آن این است که ذی‌روح احترام دارد (شرینی، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۱۹۵). نووی در کتاب روضه گفته دفاع از مال جایز است اگرچه کم باشد (نووی، بی‌تا، ج. ۷، ص. ۳۹۲). در فتح‌المبین بیان شده که دفاع از مال که روح ندارد واجب نیست (هندی، ۱۴۱۸ق، ج. ۴، ص. ۱۹۴). در حاشیه دهمسوقی ادعا شده که اگر نبود مال موجب هلاکت یا شدت اذیت صاحب شود، دفاع از آن واجب است. در غیر این صورت، دفاع واجب نیست. این یک مسئله اتفاقی است. صنعانی جواز دفاع از مال را استناد کرده به حدیث پیامبر (ص) که فرموده: کسی در دفاع از مال خود کشته شود شهید است. و گفته این حدیث در صحاح اربعه آمده و ترمذی آن را صحیح دانسته است. در ادامه می‌گوید: این حدیث دلیل جواز دفاع از مال است و این جواز، قول جمهور است. ابن‌قدامة هم از کسانی است که دفاع از مال را واجب نمی‌داند (صنعانی، ۱۳۷۹ق، ج. ۴، ص. ۴۰؛ ابن‌قدامة، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۳۴۸). فقهای عامه اکثراً جواز دفاع را گفته‌اند و جواز دفاع، وجوب را نمی‌رساند و خیلی کم از فقهای عامه هستند که وجوب دفاع را گفته باشند. اگر کسی قائل به وجوب دفاع باشد، آن هم بالتفصیل است. مثلاً جایی که مال، وسیله حیات و ضرورت زندگی صاحبش باشد که در این صورت دفاع از مال مثل دفاع از نفس می‌باشد و یا تفصیل داده شده بین جایی که مال، بی‌روح و ذی‌روح که این تفصیل زیاد قابل توجه نیست.



(و) مشروعیت دفاع از مال در حقوق

دفاع از مال در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی بیان شده که می‌گوید: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری... مرتکب رفتاری شود... در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود...». این ماده قانونی دفاع از مال را با وجود شرایطی، مطلق بیان کرده و فرق بین دفاع از نفس، عرض، ناموس و مال نگذاشته است؛ ولی وجوب دفاع از مال به طور مطلق که در این ماده بیان شده، مورد تأمل است و باید صور دفاع از مال تفصیل داده شود. مثلاً مال اگر طوری باشد که زندگی انسان بستگی به او دارد، در این صورت می‌توان گفت که دفاع واجب است. در غیر این صورت مشکل است که قاتل به وجوب دفاع شد. چنان که فقهای امامیه تقریباً اتفاق نظر دارند که دفاع از مال واجب نیست. این عدم وجوب دفاع، مستند به اجماع و نصوص است، اگرچه برخی دفاع را در صورتی واجب دانسته‌اند که حیات انسان بستگی به آن مال داشته باشد. همچنین، فقهای عامه دفاع از مال را جایز می‌دانند، نه واجب. پس این ماده قانونی خلاف فتوای فقها، اجماع، مستندات و ادله فقهی است.

(ز) مشروعیت دفاع از غیر در فقه

دین مقدس اسلام مؤمنین را تحریک و تحریص نموده بر اشاعه و تحقق تعاون در جامعه اسلامی. خداوند می‌فرماید: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى، یعنی در راه نیکی و پرهیزگاری با هم همکاری کنید» (مائده ۲). اگر انسان شاهد بود که کسی مورد تعدی و تجاوز قرار گرفت، در اینکه دفاع از آن واجب است یا نه، برخی از فقهای شیعه، این دفاع را واجب دانسته‌اند. البته تقریباً همه این قید را دارند که امنیت جانی داشته باشد. مثلاً مرحوم علامه در تحریر بیان داشته که: در فرض قدرت و امنیت جانی، دفاع از غیر واجب است. و عین این بیان را فاضل هندی دارد (علامه حلی، ۱۴۲۲ق، ج. ۵، ص. ۳۸۴؛ فاضل هندی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۶۴۹). میرزا جواد تبریزی، وجوب دفاع را از نفس غیر و مالی که اگر تلف شود، در حرج قرار می‌گیرد، بعید نمی‌داند (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۵۸). کاشف‌الغطا و صاحب‌جوهر وجوب دفاع را مقید به ظن به سلامت نموده‌اند (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق، ج. ۴، ص. ۲۹۲؛ نجفی، بی‌تا، ج. ۲۱، ص. ۱۶). سبزواری دفاع از نفس و مال غیر را در ردیف دفاع از جان، عرض و مال خود انسان قرار داده است. و تقریباً همین بیان را محقق اردبیلی در مجمع‌البرهان نیز دارد. صاحب‌جوهر در بخش حدود همین نظر دارد که دفاع از غیر مطلقاً واجب است و نظر علامه حلی و فاضل هندی که قید ایمنی از ضرر را شرط وجوب دفاع دانسته‌اند، مورد تأمل قرار داده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۸، ص. ۱۵۷؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷ق، ج. ۱۳، ص. ۳۰۰؛ نجفی، بی‌تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵۰). از گفته‌های فقهای دانسته شد که اصل وجوب دفاع، مسلم است. اما بعضی به صورت مطلق آورده‌اند و بعضی قید سلامت و یا ظن به سلامت را شرط نموده بودند و بعضی از فقها که اصلاً متذکر مسئله دفاع از غیر نشده‌اند. مانند حضرت امام خمینی در تحریر و شهید ثانی در *اللمعة الدمشقية* و مسالک‌الافهام.



دلایلی که بر این مطلب از برخی فقها اقامه شده عبارت‌اند از: (۱) آیه ۲ سوره مائده که در اول بحث ذکر شد. (۲) اصل است که این را هم صاحب‌جوهر و هم سبزواری گفته‌اند. (۳) اجماع و سیره عقلا که این دو تا را سبزواری بیان داشته است (نجفی، بی‌تا، ج. ۴۱، ص. ۶۵۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۸، ص. ۱۵۷). (۴) روایات متعدد، از جمله این روایت است که پیامبر اسلام (ص) می‌فرماید: کسی شنید مردی را که فریاد می‌زند و مسلمین را به یاری طلب می‌کند، ولی جواب او را نمی‌دهد، مسلمان نیست (حر عاملی، بی‌تا، ج. ۱۱، ص. ۱۰۸). حدیث دیگری از رسول خدا (ص) که می‌فرماید: کمک کردن تو ضعیف را بهترین صدقه است (حر عاملی، بی‌تا، ج. ۱۱، ص. ۱۰۸). و روایت دیگر از امیرالمؤمنین (ع) است که می‌فرماید: خداوند راضی است و دوست دارد عمل کسی را که وقتی می‌بیند عده‌ای مورد هجوم و حمله درنده‌ها و دزدها واقع شده‌اند، مورد حمایت و دفاع قرار می‌دهد (حر عاملی، بی‌تا، ج. ۱۱، ص. ۱۰۸).

دفاع از غیر، در فقه عامه تقریباً مورد اتفاق است. اگرچه در تعبیر برخی از فقها قید شده که: حامی امنیت جانی داشته باشد مثلاً زحیلی در *اللقه الاسلامی* دفاع از خانمی که مورد سوءنیت مرد اجنبی قرار گرفت واجب دانسته، اگرچه این منجر به قتل شود، ولی با دو شرط: الف) امکان دفاع باشد. ب) خطر جانی نداشته باشد. علت این دو شرط این است که اعراض از محرمات الهی است و راهی برای اباحه آن نیست و فرق نیز ندارد که عرض، مال شخصی دفاع‌کننده باشد یا از غیر آن (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۵، ص. ۷۵۹). ابن‌قدامة در معنی بیان داشته است: اگر نفس، مال یا ناموس دیگری مورد تعدی و تجاوز قرار گرفت، بر دیگری واجب است که از آن دفاع کند و اگر اهل قافله مورد هجوم واقع شدند، بر غیرقافله واجب است که از آن‌ها دفاع کند. زیرا اگر دفاع نشود و تعاون در کار نباشد، مال مردم از بین می‌رود و دزدها و قطاع‌الطریق تنها می‌مانند برای غارت مال مردم (ابن‌قدامة، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۳۵۳).

بعضی از فقهای عامه دفاع از غیر را در ردیف دفاع از خود شخص قرار داده و گفته: دفاع از نفس طرف، منفعت، «بُضع»، مقدمات «بُضع» و مال واجب است و فرقی ندارد که این‌ها مال دفاع‌کننده باشد یا غیرش و بعضی دیگر بیان داشته دفاع از غیر جایز است. همین‌طور دفاع واجب است از ذمی که مورد هجوم مسلمان قرار گرفته یا پسری مورد تعدی پدر واقع شده یا عیدی مورد تجاوز مولی خود قرار گرفته است و در خصوص «بُضع» هم گفته شده دفاع از آن واجب است فرق ندارد مربوط به خودش باشد یا غیرش (نووی، بی‌تا، ج. ۷، ص. ۳۹۲؛ زکریا انصاری، ۱۴۱۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۱؛ هندی، ۱۴۱۸ق، ج. ۴، ص. ۱۹۵؛ شربینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۱۹۹).

ادله‌ای که فقهای عامه استناد کرده‌اند، عبارت‌اند از: الف) آیه شریفه «فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (بقره ۱۹۴) یعنی هر کس به شما تجاوز کرد، همانند آن بر او تجاوز کنید و از خدا بپرهیزید و زیاده‌روی ننمایید. ب) دلیل دیگر، روایات است، یکی از این روایات فرمایش پیامبر (ص) است که می‌فرماید: برادرت را یاری کن ظالم باشد یا مظلوم (بخاری، ۱۴۰۱ق، ج. ۳، ص. ۹۸). یاری کردن مظلوم که معلوم است و یاری ظالم به این است که مانع شوی و جلوی ظلم آن را بگیری! این جلوگیری



از ظلم او، یاری کردن به اوست. روایتی دیگر از پیامبر (ص) است که می‌فرماید: کسی که در دفاع از جان، مال و اهلش کشته شود، شهید می‌باشد (سجستانی، ۱۴۱۰ق، ج. ۲، ص. ۴۳۰).

ح) مشروعیت دفاع از غیر در حقوق

مشروعیت دفاع از غیر، هم در ماده ۱۵۶ قانون مجازات است و هم در تبصره ۱ این ماده قانونی آمده و بیان داشته است که «دفاع از نفس، ناموس، عرض، مال و آزادی تن دیگری در صورتی جایز است که او از نزدیکان دفاع‌کننده باشد یا مسئولیت دفاع از وی بر عهده دفاع‌کننده باشد یا ناتوان از دفاع بوده یا تقاضای کمک نماید، یا در وضعیتی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.» اگرچه این ماده قانونی دفاع از غیر را در طی مراحل بیان کرده، ولی مجموع مراحل تقریباً همان وجوب دفاع مطلق را از غیر ثابت می‌کند و شاید مرحله‌ای نباشد که خارج از مراحل مذکور باشد. چنانچه فقهای امامیه و عامه اتفاق نظر بر وجوب دفاع از غیر را بدون قید مراحل و به‌طور مطلق دارند. گرچه برخی شرط کرده‌اند که اطمینان از سلامت برای دفاع‌کننده لازم است.

نتیجه‌گیری

بررسی دفاع مشروع در فقه اسلامی نشان می‌دهد که این مسئله، علی‌رغم شباهت‌هایی که با مفاهیم حقوقی دارد، از مبانی فقهی عمیق و قواعد روشنی برخوردار است. دفاع مشروع در فقه اسلامی، در صورتی پذیرفته می‌شود که چند شرط اساسی به‌صورت هم‌زمان تحقق یابد: نخست آنکه خطر، فعلی، قریب‌الوقوع و جدی باشد و امکان رجوع به مرجع قانونی یا گریز از موقعیت خطر، وجود نداشته باشد. دوم آنکه اقدام دفاعی به‌عنوان تنها راه برای دفع تجاوز ضرورت داشته و از حداقل ممکن فراتر نرود. سوم آنکه بین شدت تجاوز و شدت دفاع، تناسب نسبی برقرار باشد. چهارم آنکه شخص مدافع، با قصد دفاع و نه انتقام یا تعدی، وارد عمل شده باشد. پنجم اینکه تجاوز باید غیرقانونی و فاقد مجوز شرعی یا قانونی باشد.

در فقه اسلامی، مصادیق دفاع شخصی شامل دفاع از نفس، مال، عرض و حتی گاه دفاع از غیر (در صورت احراز شرایط مشابه) می‌شود. افزون بر آن، در برخی متون فقهی، دفاع از حریم عمومی و مصالح اجتماعی نیز ذیل عنوان دفاع مشروع قرار می‌گیرد، به‌شرط آنکه ضرورت و فوریت آن اثبات گردد. بنابراین، دفاع مشروع در فقه اسلامی با رعایت شرایط مشخص، نه‌تنها جایز، بلکه در برخی موارد واجب شمرده شده و فرد مدافع، در صورت رعایت ضوابط فقهی، از مسئولیت معاف خواهد بود. این چارچوب دقیق، ضمن حفظ امنیت فردی، از سوءاستفاده احتمالی از عنوان دفاع جلوگیری می‌کند و تعادلی میان حق دفاع و منع خشونت غیرمجاز برقرار می‌سازد.

منابع

قرآن کریم

- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. (بی تا). *المغنی*. بیروت: دارالکتب العربی للنشر و التوزیع.
- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۰۵ق). *لسان العرب*. نشر ادب الحوزة.
- ابوالبرکات. (بی تا). *شرح الکبیر*. دار إحياء الكتب الإسلامية العربية.
- انصاری، زکریا. (۱۴۱۸ق). *فتح الوهاب*. بیروت: دارالکتب العلمية.
- بخاری، محمد بن اسماعیل. (۱۴۰۱ق). *صحیح البخاری*. بیروت: دارالفکر.
- بکری دمیاطی، محمد بن اسماعیل. (۱۴۱۸ق). *إعانة الطالبین*. بیروت: دارالفکر.
- بیهوتی، منصور بن یوسف. (۱۴۱۸ق). *کشاف القناع*. بیروت: دارالکتب العلمية.
- تبریزی، میرزا جواد. (۱۴۱۷ق). *أسس الحدود و التعزیرات*. بی جا: بی نا.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (بی تا). *وسائل الشیعة*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- زحیلی، وهبة. (۱۴۱۸ق). *الفقه الاسلامی و أدلته*. دمشق: دارالفکر.
- سبزواری، عبد الاعلی. (۱۴۱۳ق). *مذهب الأحکام*. قم: مکتبه آیت الله سبزواری.
- سجستانی، سلیمان بن اشعث. (۱۴۱۰ق). *سنن أبی داود*. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- شربینی، محمد بن احمد. (بی تا). *الاقناع فی حلی ألفاظ أبی شجاع*. دارالمعرفة للطباعة.
- طباطبائی، سید علی. (۱۴۱۲ق). *ریاض المسائل*. قم: جامعة المدرسين.
- طریحی، فخرالدین. (۱۳۶۷ق). *مجمع البحرین*. نشر الثقافة الاسلامیة.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۲۳ق). *الخلاف*. بی جا: بی نا.
- عاملی، محمد بن مکی. (۱۴۱۰ق). *اللمعة الدمشقیة*. تهران: المکتبة الاسلامیة.
- علامه حلی. (۱۴۱۹ق). *تذکرة الفقهاء*. قم: مؤسسة إحياء التراث.
- علامه حلی. (۱۴۲۲ق). *تحریر الأحکام*. قم: مؤسسة الامام صادق (ع).
- فاضل هندی. (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام*. قم: جامعة المدرسين.
- قرطبی. (۱۴۰۵ق). *تفسیر قرطبی*. بیروت: دار إحياء التراث.
- کاشف الغطاء، شیخ جعفر. (۱۴۲۲ق). *کشف الغطاء*. قم: بوستان کتاب.
- مجلسی، محمدتقی. (بی تا). *روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*. بی جا: بی نا.
- محقق اردبیلی، احمد. (۱۴۱۷ق). *مجمع الفائدة و البرهان*. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- مقری فیومی، احمد بن محمد. (بی تا). *مصباح المنیر*. بی جا: بی نا.
- موسوعة الفقه الاسلامی. (۱۴۳۱ق). *نشر دائرة المعارف الفقه الاسلامی*.
- موسوی خمینی، روح الله. (بی تا). *تحریر الوسيلة*. قم: مکتبة العلمية الاسلامیة.
- موسوی خویی، ابوالقاسم. (۱۹۷۵). *مبانی تکملة المنهاج*. النجف الأشرف: مطبعة الآداب.
- نووی. (بی تا). *روضة الطالبین*. بیروت، لبنان: دارالکتب العلمية.
- هندی. (۱۴۱۸ق). *فتح المعین*. بیروت: دارالفکر.

بررسی مبانی فقهی و حقوقی میانجی‌گری کیفری

نایب‌علی اختری^۱

چکیده

میانجی‌گری کیفری به‌عنوان روش مسالمت‌آمیز حل‌وفصل اختلاف‌ها، به‌صورت نوین از نیمه دهه هفتاد قرن بیستم، به‌منظور ترسیم سیاست عدالت کیفری مشارکتی، انعطاف‌پذیر و کارآمد در حقوق کیفری پدید آمد و با اقبال بسیاری از کشورها همراه گردید. ده‌ها سند، توصیه‌نامه و قطع‌نامه منطقه‌ای و بین‌المللی آن را مورد تأکید قرار دادند. در ایران برای اولین بار به‌عنوان یک تأسیس جدید حقوقی در پاسخ به جرم، در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شد و سازوکار اجرایی آن در آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۵ تدوین گردید. از آنجا که نظام دادرسی اسلامی مبتنی بر اراده تشریعی الهی است که در کتاب و سنت تجلی یافته است، حل اختلافات و منازعات ناشی از پدیده مجرمانه از طریق احاله به میانجی‌گری از جهت مشروعیت، حدود و قلمرو اجرایی و تحقق اهداف و آثار آن اهمیت دارد. پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی به بررسی مبانی فقهی میانجی‌گری کیفری پرداخته و به این نتیجه دست یافته است که میانجی‌گری کیفری ریشه در انسان‌شناسی اسلامی دارد. با نگرش عمیق به مسئله احیا و اصلاح نفس از طریق ارائه الگویی تربیتی مطلوب و تغییر چشم‌انداز اخلاقی بزه‌کار در فرایند میانجی‌گری و احترام به کرامت و حیثیت انسانی او، به دنبال احیای ارزش‌های انسانی بزه‌کار است. نفوذ شرعی فرایند میانجی‌گری در قالب نهاد قاضی تحکیم و استحباب ترغیب اصحاب دعوی به سازش از سوی قاضی پرونده، تأکید بر مفاهیمی چون عفو و گذشت و اصلاح ذات‌البین با تشویق طرف‌های درگیر و آحاد جامعه به‌عنوان کنشگران فرایند حل‌وفصل، در منابع اسلامی بر اهمیت میانجی‌گری به‌عنوان روش مسالمت‌آمیز حل‌وفصل منازعات در نظام دادرسی اسلام دلالت دارد.

کلیدواژه‌ها: میانجی‌گری کیفری، اصلاح ذات‌البین، قاضی تحکیم، عفو و گذشت.

۱. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران.



مقدمه

میانجی‌گری کیفری به‌عنوان روش مسالمت‌آمیز حل‌وفصل منازعات و اختلافات سابقه طولانی در سنت‌ها و آیین‌های تاریخ اقوام مختلف دارد و به دوره‌های بسیار کهن بازمی‌گردد. به‌عنوان یک الگوی نوین از نیمه دهه هفتاد قرن بیستم، به‌منظور کاهش مراجعات و جلوگیری از تراکم پرونده‌ها در محاکم قضایی، کاهش هزینه‌های رسیدگی، تسهیل جریان عدالت کیفری، ترمیم خسارات مادی و معنوی بزه‌دیده، التیام و بهبود روابط انسانی و در نتیجه ترسیم یک سیاست عدالت کیفری مشارکتی و انعطاف‌پذیر و کارآمد در حقوق کیفری پدید آمد و در جستجوی آن است که ضمن ارائه تبیینی دیگر از نقش و جایگاه سهامداران عدالت کیفری، به احیای حقوق از دست‌رفته بزه‌دیده و ایجاد ساختار مشارکت‌پذیر و دارای ظرفیت گفت‌وگو برای شناخت عدالت و اجرای آن اقدام نماید و از مجرای تقویت روحیه گفت‌وگو و مشارکت به دنبال این است پاسخ‌های جدیدی به پدیده جنایی بدهد و ضمن فاصله گرفتن از روش رسیدگی سنتی بر عینیت یافتن مواجهه رودرروی بزه‌دیده و بزه‌کار و سایر سهامداران عدالت در امور کیفری تأکید دارد. این نهاد با اقبال بسیاری از کشورها همراه گردید. ده‌ها سند، توصیه‌نامه و قطع‌نامه بین‌المللی و منطقه‌ای به شکل مستقیم یا غیرمستقیم، مقوله حل‌وفصل اختلافات جنایی را از طریق میانجی‌گری مورد تأکید قرار داده‌اند. مؤسسات و نهادهای زیادی در اقصی نقاط دنیا به حل‌وفصل اختلافات از این طریق و عرضه خدمات میانجی‌گری می‌پردازند. میانجی‌گری کیفری در ایران. میانجی‌گری کیفری برای اولین بار به‌عنوان یک تأسیس جدید حقوقی در پاسخ به جرم، در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی گردید. سازوکار اجرایی آن نیز در آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۵ تدوین گردید. نظام دادرسی اسلام مبتنی بر اراده تشریعی الهی است که در بیان تشریعی الهی و سنت نبوی و ائمه هدی تجلی پیدا نموده است. حل اختلافات و منازعات ناشی از پدیده مجرمانه از طریق احاله به میانجی‌گری از جهت مشروعیت، حدود و قلمرو اجرایی و تحقق اهداف و آثار آن اهمیت دارد. پژوهش‌های انجام‌شده در این زمینه به مبانی فقهی میانجی‌گری کیفری نپرداخته‌اند. از این‌رو، این نوشتار با رویکرد توصیفی-تحلیلی به بررسی مبانی فقهی میانجی‌گری کیفری می‌پردازد.

۱- مفهوم میانجی‌گری کیفری

میانجی‌گری در لغت به معنی وساطت و پادرمیانی بین دو طرف متخاصم به‌منظور رفع اختلاف و ایجاد صلح و سازش آمده است و به پامردی و وساطت نزد قاضی (حاکم) به‌منظور عفو و بخشش خطای مجرم و گناهکار یا تخفیف در مجازات آن؛ نیز اطلاق می‌شود (دهخدا، ۱۳۷۷، ص. ۱۳، ۴۷۵). با اضافه به واژه کیفر - که به معنی عقوبت و جزا است - به وساطت و مداخله شخص ثالث میان افراد متخاصم به‌منظور رفع اختلاف و ایجاد صلح و سازش در موضوعات کیفری به کار می‌رود.

در اصطلاح فرایند سه‌طرفه‌ای است که در آن سعی می‌شود فارغ از تشریفات معمول در فرایند کیفری فضایی ایجاد شود که بزه‌دیده و بزه‌کار، در صورت لزوم سایر اشخاص جامعه که از جرم متأثر می‌شوند، با

مشارکت اختیاری ترجیحاً در محیط و زمان مناسب طی گفت‌وگوهای متقابل به صورت مستقیم یا در صورت لزوم غیرمستقیم با حضور شخص یا اشخاص بی طرف به نام میانجی، به منظور پایان دادن به مشکلات و عواقب ناشی از ارتکاب جرم و ترمیم خسارت مادی و معنوی وارده بر بزه دیده و التیام در بهبود روابط انسانی، به حل و فصل مسائل برخاسته از حادثه مجرمانه می پردازند (صادقی، ۱۳۷۳، ص. ۷).

فرایند میانجی‌گری ممکن است به صورت جامعه‌ای به ابتکار خود جامعه مدنی و مردم با الهام از الگوهای معمول در عرف و فرهنگ عامه بدون مداخله و نظارت مقام قضایی (رضادانا، ۱۳۸۴، ص. ۱۵۴) یا به صورت جامعه‌ای همراه با نظارت قضایی یا درون تشکیلاتی - میانجی‌گری پلیسی - قضایی با دو روش مستقیم و غیرمستقیم انجام شود (عباسی، ۱۳۸۲، ص. ۸۵). فرایند میانجی‌گری در هر مرحله از دادرسی امکان پذیر است، اعم از مرحله تحقیقات مقدماتی، مرحله تعقیب و مرحله دادرسی با فرض قبول درجه‌ای از مسئولیت توسط بزه کار و نیز بعد از محکومیت و حتی در مرحله اجرای مجازات با مشارکت اختیاری بزه دیده و بزه کار نیز ممکن است (قسمت الف ماده ۱ آیین نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۵).

۱-۱- میانجی‌گری کیفری در نظام عدالت کیفری

میانجی‌گری به عنوان یکی از سازوکارهای دیرین حل و فصل منازعات از طریق روش مسالمت آمیز و غیرقضایی سابقه طولانی در سنت‌ها و آیین‌های تاریخ اقوام مختلف دارد و به دوره‌های بسیار کهن بازمی گردد (مالدار، ۱۳۹۶، ص. ۹۶). اما به صورت نوین از نیمه دهه هفتاد قرن بیستم، نظام عدالت کیفری را تحت تأثیر قرار داد. کشور کانادا به عنوان کشور پیشگام در زمینه تجارب میانجی‌گری تلقی می شود. به دنبال آن میانجی‌گری کیفری با سرعت زیادی در آمریکا و اروپا رشد نمود. در کشورهای نیوزلند، استرالیا، ژاپن، آفریقای جنوبی نیز به خوبی شناخته شده و به اجرا درمی آید (غلامی، ۱۳۸۲، ص. ۴۷). امروزه میانجی‌گری تجربه‌های مختلفی در عمل دارد؛ در آمریکا میانجی‌گری کاملاً خارج از نظام کیفری توسط انجمن‌های مردمی صورت می گیرد. در اروپا میانجی‌گری بیشتر در چارچوب دستگاه عدالت کیفری صورت می پذیرد (دلماش مارتی، ۱۳۹۵، ص. ۷۹). در حقوق انگلیس مؤسسه میانجی‌گری به عنوان یک مؤسسه پلیس محور، اقدام به میانجی‌گری می نماید. در نروژ و بلژیک هیئت‌های میانجی‌گری کیفری تمرکز عمده‌ای بر بزه کاری اطفال دارند (جانی پور و قریب، ۱۳۹۶، ص. ۲۳۹).

میانجی‌گری در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی نیز موضوع ده‌ها سند، توصیه نامه و قطع نامه قرار گرفته است که هر کدام به شکل مستقیم و غیرمستقیم مقوله حل و فصل اختلافات جنایی را از طریق میانجی‌گری مورد تأکید قرار داده‌اند. به عنوان نمونه، می توان به توصیه نامه شورای اروپا در مورد میانجی‌گری خانوادگی، در ژانویه ۱۹۹۸ و توصیه نامه این شورا برای استفاده از روش میانجی‌گری در پرونده‌های کیفری در سال ۱۹۹۹ (شیری، ۱۳۸۵، ص. ۲۲). قطع نامه «توسعه میانجی‌گری و قواعد عدالت ترمیمی در دستگاه عدالت کیفری» شورای اقتصادی - اجتماعی سازمان ملل در سال ۱۹۹۹ و اعلامیه اصول اساسی استفاده از برنامه‌های عدالت ترمیمی در قلمرو کیفری مصوب ۲۰۰۲ این سازمان اشاره کرد (نیاسر، ۱۳۸۸، ص. ۲).



مؤسسات و نهادهایی زیادی امروز در اقصی نقاط دنیا به حل و فصل اختلافات از این طریق و عرضه خدمات میانجی‌گری می‌پردازند (عباسی، ۱۳۸۲، ص. ۹۰).

۱-۲- میانجی‌گری کیفری در نظام دادرسی جمهوری اسلامی ایران

میانجی‌گری به‌عنوان یکی از روش‌های مسالمت‌آمیز حل منازعات و اختلافات، به‌صورت جامعه‌ای سابقه طولانی در سنت‌ها و آیین‌های تاریخ اقوام مختلف ایران دارد. آیین فضل، نحوه و خون‌بس نمونه‌های بارز آن است (رضوی‌فرد، مرادقلی و ضرغامی، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۹). در قانون اصول محاکمات جنایی مصوب ۱۳۹۱، به قضات دادگاه توصیه شده است که در مواردی که امکان برقراری صلح وجود دارد، کوشش و جهد لازم را در زمینه اصلاح ذات‌البین انجام دهند. شورای حل اختلاف نیز به‌منظور ایجاد فرهنگ صلح و سازش در جامعه به‌عنوان یکی از موارد صلاحیتی خود سعی در مذاکره به‌منظور دستیابی به صلح و سازش بین طرفین در جرائم قابل‌گذشت می‌نماید (شاهرخی، ۱۳۸۵، ص. ۱۸). همچنین واحدهای صلح و سازش مستقر در برخی دادگستری و دوایر مشاوره و مددکاری مستقر در برخی کلانتری‌ها عملاً به‌منظور ایجاد صلح و سازش بین مرتکبان و بزه‌دیدگان در جرائم قابل‌گذشت تلاش می‌کنند (درویشی و جلیلیان، ۱۳۹۴، ص. ۲۰۱). عنوان میانجی‌گری کیفری با اقتباس از حقوق فرانسه برای اولین بار در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، پیش‌بینی شد. بر اساس مواد ۱ و ۸۲ این قانون، مقام قضایی که رسیدگی پرونده را بر عهده دارد، در جرائم تعزیری ۶، ۷ و ۸ که مجازات آن‌ها قابل تعلیق هستند، در مرحله دادرسی، با اعطای مهلت برای حصول سازش، با توافق طرفین دعوی، پرونده را به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه برای میانجی‌گری ارجاع دهد و سازوکار اجرایی آن نیز در آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۵ تدوین گردید.

۲- مبانی میانجی‌گری کیفری

نظام دادرسی اسلام مبتنی بر مبانی فقهی است که وجود و تحقق میانجی‌گری کیفری را به‌عنوان یک روش مسالمت‌آمیز در حل و فصل اختلاف‌ها و منازعات جزایی ایجاب می‌نماید.

۲-۱- انسان‌شناسی اسلامی

در بینش اسلامی انسان کرامت و حرمت ذاتی دارد و این کرامت و حرمت ذاتی از این جهت است که او از «آزادی اراده و اختیار، قدرت تعقل و تفکر» و «وجهه و نفخه الهی» برخوردار است. در آیات و روایات زیادی به کرامت ذاتی انسان تصریح شده است. «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...» (اسراء، ۷۰). ما فرزندان آدم؛ انسان بما هو انسان را گرامی داشته‌ایم. مفسران و عالمان در تفسیر این آیه، وجه کرامت انسان را به این دانسته‌اند که انسان از قوه تعقل و تفکر، نطق و قدرت تمیز و وجهه و نفخه الهی برخوردار است (طریحی، ۱۳۹۵، ص. ۱۵۲). یعنی انسان به لحاظ طبیعت روحانی و معنوی خود با کائنات و هستی پیوستگی دارد. این رابطه بسیار مهم و با ارزش از آیه شریفه «فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَ نَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ» (حجر، ۲۹)

استفاده می‌شود. نسبت روح به خدا در این آیه یک نسبت تشریفی است؛ یعنی یک روح گران‌قدر و پر شرافت در انسان دمیده شده است (شیرازی، ۱۳۷۴، ج. ۱۷، ص. ۱۲۸). این کرامت و شرافت انسان چیزی نیست که با ارتکاب جرم و جنایت بر خود یا دیگران زایل شود؛ زیرا وقتی خداوند با فرشتگان در مورد قرار دادن خلیفه در زمین سخن می‌گوید، فرشتگان به پرسش و اعتراض روی می‌آورند: «قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ». خداوند در پاسخ می‌فرماید: «قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ» (بقره ۳۰). پاسخ خداوند بیانگر این حقیقت است که مقام ذاتی و جانشینی و خلافت الهی، با افعال از قبیل فساد و خونریزی نفی نمی‌شود. در واقع آنچه در معرض سرزنش قرار می‌گیرد، وجود انسان نیست بلکه رفتار و فعل است که از او سر می‌زند (ابن عربی، بی‌تا، ص. ۱۵۷). بدین جهت است که تجاوز و تعدی به یک انسان و سلب حیات مادی و معنوی از وی به منزله تعدی و تجاوز به همه انسان‌ها تلقی شده است. احیای او به منزله احیای همه انسان‌ها است (مائده ۳۲). احیای انسان در منابع روایی و فقهی به مفاهیم چون ارشاد و هدایت انسان و نجات از فساد و گمراهی، جبران و ترمیم همه‌جانبه (مادی، روانی، عاطفی) انسانی و نیز نجات فرد از مرگ حتمی به کار رفته است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۲، ص. ۲۱۰).

اطلاق احیا و ترمیم همه شیوه‌ها و روش‌های مختلف احیا و ترمیم را در بر می‌گیرد. احیای بزه‌کار گاهی از طریق اعاده حیثیت و حقوق اجتماعی به وی صورت می‌گیرد. گاهی احیای بزه‌کار از طریق عفو و بخشش و نکشتن او صورت می‌گیرد که مصداق بارز آن عفو جانی توسط اولیای دم در قتل عمد است. گاهی احیای بزه‌کار از طریق فرایند تعلیم و تربیت صورت گیرد که در نتیجه آن طرز تفکر و اندیشه بزه‌کار و اعمال و رفتار وی اصلاح گردد و به صورت شهروندی مطیع قانون درمی‌آید. زمانی هم احیای بزه‌کار از طریق ایجاد حس شرمساری در او صورت می‌گیرد؛ که پشیمانی و تلاش برای جبران آثار زیان‌بار جرم از جمله نشانه‌های این نوع احیا و تحول درونی است. احیای بزه‌دیده در این است که کلیه خسارات وارده بر او اعم از خسارات مادی، روانی و عاطفی ترمیم و جبران شود. در مواردی که امکان جبران و ترمیم این خسارت‌ها از طرف بزه‌کار وجود ندارد، باید جامعه و دولت در این راستا تلاش نماید.

بر این اساس، اسلام نگرش عمیق به مسئله احیا و بازتوانی و جایگاه والای احیای نفس و اصلاح و درمان بزه‌کار و بزه‌دیده دارد که ریشه در انسان‌شناسی اسلامی دارد. انسان‌شناسی اسلامی از این جهت می‌تواند مبنای میانجی‌گری کیفری قرار گیرد که میانجی‌گری کیفری به دنبال احیای ارزش‌های انسانی و ترمیم روابط مختل‌شده انسانی بزه‌کار با بزه‌دیده است. میانجی‌گری کیفری از یک سو، با ایجاد شرم واقعی در بزه‌کار و تغییر چشم‌انداز اخلاقی او و ارائه الگویی تربیتی مطلوب در جریان فرایند میانجی‌گری و از همه مهم‌تر احترام به کرامت و حیثیت انسانی بزه‌کار و جلوگیری از الصاق برچسب مجرمیت به وی، موجبات احیای قابلیت‌های انسانی او را فراهم می‌کند. از سوی دیگر، میانجی‌گری کیفری در صدد ترمیم کلیه خسارت‌های وارده به بزه‌دیده است تا در فرایند میانجی‌گری خسارت‌های وارده بر بزه‌دیده را جبران نماید و تجربه‌های تلخ بزه‌دیدگی را از بزه‌دیده بزدايد و او را از خطر بزه‌دیدگی مجدد نجات دهد و برایش



امنیت خاطر روانی فراهم نموده و از انزوا و افسردگی اجتماعی بزه‌دیده ممانعت به عمل آورد تا عدالت واقعی که احیاکننده بزه‌دیده است برای او به ارمغان آورد.

۲-۲- اصلاح ذات‌البین

یکی از برنامه‌های مهم و مؤکد در دین اسلام در مقابله با اختلاف‌های حقوقی از جمله اختلاف‌های کیفری — که فراتر از یک دستور اخلاقی است — اصلاح ذات‌البین است و در آیات و روایات متعددی به آن پرداخته شده است که نشان از اهتمام دین مقدس اسلام به این برنامه مهم است (حسینی، ۱۳۷۸، ص. ۵). در آیات قرآن هم طرفین اختلاف و منازعه به سازش و مصالحه توصیه و سفارش شده است (بقره ۱۷۸؛ مائده ۴۵؛ شوری ۴۱ و ۴۲) و هم افراد جامعه اسلامی موظف‌اند در جهت رفع منازعه و اختلاف برادران دینی خود تلاش نمایند و از طریق گفت‌وگو و مذاکره بین آنان آشتی برقرار کنند (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج. ۹، ص. ۲۲۰). زیرا بزه‌دیده و بزه‌کار به علت وجود خصومت، کمتر امکان شروع به مذاکره و مصالحه را دارند. ممکن است بدون میانجی‌گری فرد مصلح حاضر به صلح و مصالحه یکدیگر نشوند، یا پس از پیش‌قدم‌شدن نتوانند به توافق و آشتی و سازش برسند. در این صورت، دیگر مسلمانان که نفوذ و توانایی اصلاح بین آن‌ها را دارند، وظیفه دارند که با اقدامات میانجی‌گری و مذاکره بین آنان سازش برقرار کنند (نجفی ابرندآبادی و همکاران، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۳).

در روایات نیز با تعابیر مختلف بر اهمیت اصلاح ذات‌البین تأکید شده و انجام آن از مسلمانان درخواست شده است. از اصلاح ذات‌البین به عنوان صدقه، یعنی کمک و یاری به مردم و افراد نیازمند یاد شده است، بلکه دوست‌داشتنی‌تر از صدقه به پول قلمداد شده است (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۸، ص. ۴۳۹). برتر از روزه و نماز (نهج‌البلاغه، نامه ۴۷، ص. ۳۶۲) از مصادیق کار نیک، تقوا دانسته شده و در کنار امر به معروف قرار گرفته است. مسلم است که وقتی بین بزه‌دیده و بزه‌کار صلح و آشتی برقرار می‌شود، بزه‌کار خود را فردی مطرود از جامعه نمی‌یابد و احساس همبستگی با جامعه اطراف خود می‌کند که همین امر باعث پیشگیری از ارتکاب مجدد بزه به وسیله او می‌شود. بزه‌دیده نیز با مصالحه و آشتی با بزه‌کار احساس آرامش پیدا می‌کند، خود را بازنده تلقی نمی‌کند و از رنج، درد و نگرانی او کاسته می‌شود. به این جهت اسلام به ایجاد صلح بین مردم و رفع کدورت‌ها و دشمنی‌ها اهمیت می‌دهد و آن را در شرایطی برتر از نماز و روزه می‌داند و بعد از انجام واجبات برترین و بهترین کار معرفی می‌کند. برای اقدام به اصلاح بین مردم حتی اطمینان از حصول نتیجه لازم نیست و صرف تلاش و کوشش در جهت رفع خصومت، کدورت و اختلاف بین مردم، فی‌نفسه ممدوح بوده و برای آن پاداش و ثواب فراوان مقرر شده است (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۸، ص. ۴۴۱). برای ایجاد صلح و دوستی و انجام اصلاح می‌توان از بیت‌المال مسلمین هزینه کرد (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۸، ص. ۴۴۰).

البته اصلاح و ایجاد صلح و آشتی باید در سایه عدالت و بازگرداندن حق هر کس به او صورت گیرد و همراه با جبران و ترمیم خسارت‌های وارد شده باشد. «فَإِنْ قَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ

يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ» (حجرات، ۹). بر این اساس، در فرایند اصلاح ذات‌البین، متجاوز (بزه‌کار) باید خسارات وارد شده بر ستم‌دیده (بزه‌دیده) را ترمیم و جبران کند. در سایه اصلاح ذات‌البین، علاوه بر اینکه خسارت‌های وارد شده بر بزه‌دیده جبران می‌شود، از نظر روانی و عاطفی هم احساس امنیت و آرامش خاطر می‌کند (نجفی ابرندآبادی و همکاران، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۳).

با توجه به جامعیت و همگانی بودن وظیفه اصلاح ذات‌البین، علاوه بر اعضای جامعه، مقامات رسیدگی‌کننده و قضات نیز مخاطب آیات و روایات هستند. بدین ترتیب اصلاح ذات‌البین بر هر سه نوع از میانجی‌گری؛ جامعه‌ای، جامعه‌ای با نظارت قضایی و درون‌سیستمی قابل تطبیق است. همچنین از جهت انجام فرایند اصلاح ذات‌البین، روش مستقیم و غیرمستقیم را شامل می‌شود. همچنین منعی ندارد که امر اصلاح ذات‌البین به شخص حقوقی که توانایی انجام آن را دارند، واگذار شود.

۲-۳- نهاد قاضی تحکیم

یکی از مفاهیم و نهادهای دیگری که از لحاظ شرعی نفوذ میانجی‌گری، حل‌وفصل اختلافات از این طریق مورد تأکید قرار گرفته است، نهاد قاضی تحکیم است. نهاد قاضی تحکیم یک نهاد اجتماعی مقبول عرف و شرع است که از پیشینه‌ای به وسعت تاریخ حقوق و حتی قبل از صدر اسلام برخوردار است. در قالب شکل‌های متنوع اجتماعی، چهارچوب‌های ویژه خود را یافته و همانند استوانه‌ای قوی در بستر تاریخ حقوق و دعاوی قد برافراشته است (مؤسسه دآوری و تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۸، ص. ۶۲). بررسی نهاد تحکیم، شرایط و قلمرو آن نشان می‌دهد که نهاد تحکیم مفهوم عام‌تر از میانجی‌گری دارد و دارای ماهیت دوگانه: قضایی و غیرقضایی است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج. ۴۱، ص. ۱۱). در ماهیت غیرقضایی، مطابقت تام با میانجی‌گری کیفری دارد؛ زیرا داور در ماهیت غیرقضایی نهاد تحکیم در ایجاد صلح و سازش میان طرفین و تقریب موضعشان تلاش می‌کند و با پیشنهاد فرمول سازش، دعوی را خاتمه می‌دهد (نساء، ۳۵). اساس اعتبار رأی و نظر داور در ماهیت غیرقضایی نهاد تحکیم، توافق اصحاب دعوی است. اگر یکی از اصحاب دعوی مخالفت کند، دیگر نظر داور اعتبار ندارد. در میانجی‌گری نیز اساس حل‌وفصل دعوی، توافق طرفین دعوی است که با رضایت طرفین در فرایند میانجی‌گری حاصل می‌شود.

در ماهیت غیرقضایی نهاد تحکیم، شرط اجتهاد محل بحث نیست، بلکه هر فردی عاقل، بالغ و مختار که توانایی لازم در ایجاد صلح و سازش را داشته باشد، از فامیل طرفین دعوی و یا غیر آن باشد، می‌تواند به‌عنوان داور و مصلح انتخاب شود. در فرایند میانجی‌گری کیفری نیز هر شخص حقیقی یا حقوقی که توانایی و مهارت لازم را در ایجاد صلح و سازش میان طرفین دعوی داشته باشد، می‌تواند به‌عنوان میانجی‌گر در فرایند میانجی‌گری مشارکت نماید.

بر این اساس، می‌توان گفت نفوذ شرعی میانجی‌گری کیفری، در ماهیت غیرقضایی نهاد تحکیم مورد تأکید قرار گرفته است. از این جهت نهاد تحکیم می‌تواند مبنای میانجی‌گری قرار گیرد.



۲-۴- ترغیب اصحاب دعوی به میانجی‌گری از سوی قاضی پرونده

ترغیب و تشویق اصحاب دعوی به صلح و سازش از سوی قاضی پرونده، یکی دیگر از مبانی فقهی میانجی‌گری کیفری - به‌خصوص میانجی‌گری با نظارت قضایی - محسوب می‌شود که مورد تأکید بسیاری از متون فقهی قرار گرفته است. شایسته است قاضی رسیدگی به پرونده پیش از صدور حکم، اصحاب دعوی را به سازش و حل‌وفصل دوستانه اختلاف ترغیب نماید. در برخی موارد - مثلاً در جایی که قاضی در منصب قضا نصب شده اما خودش به عدم عدالت خویش آگاه است - ترغیب و ارجاع طرفین دعوی به صلح و سازش از سوی قاضی پرونده واجب شمرده شده است (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱، ص. ۲۶۳). در کتب فقهی بر استحباب دعوت اصحاب دعوی به صلح و سازش از سوی قاضی پرونده به آیات قرآن از جمله عموم آیه ۱۱۴ سورة نساء (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۸، ص. ۴۱۸)، آیات امر به معروف و ظاهر آیه ۲۲۴ بقره (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۳۳۴) و روایات مانند صحیح هاشم بن سالم از امام باقر (ع) (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۲، ص. ۲۰۹)، روایت حاکی از کیفیت قضاوت پیامبر (ص) در تفسیر منسوب به امام عسکری (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۷، ص. ۲۴۰) استدلال شده است. این امر زمینه مناسبی برای میانجی‌گری ایجاد می‌کند که از طریق ترغیب اصحاب دعوی به اتخاذ اقدامات داوطلبانه که خارج از گردونه رسیدگی‌های رسمی به حل و قطع دعاوی می‌پردازند، دنبال می‌شود. این انعطاف‌پذیری برخاسته از مبانی عقیدتی و مذهبی است که از امتیازات آیین دادرسی اسلامی به شمار می‌آید (حسینی، ۱۳۷۸، ص. ۸).

۲-۵- تأکید بر عفو و گذشت

آیات متعدد در قرآن ضمن صیانت از امنیت جامعه و عدم تخری جانبیان و بزه‌کاران و به رسمیت شناختن حق بزه‌دیده در تقاضای اعمال مجازات بزه‌کار در برابر ظلم و تعدی که روا داشته است، به‌طور مکرر بزه‌دیده را تشویق و توصیه به گذشت از مجازات می‌کند. گذشت از مجازات را روش شایسته، ادای احسان (بقره ۴۵)، کفارة گناهان (مائده ۴۵)، بهتر از مجازات و دارای اجر و پاداش عظیم (شوری ۴۰) و امر مهم و پرارزش می‌داند. در روایات نیز عفو و گذشت از گناه و مجازات بزه‌کار مورد تأکید قرار گرفته است. از آن به‌عنوان سبب عزت انسان (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۲، ص. ۱۰۸)، بهترین خصلت اهل دنیا و آخرت (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۲، ص. ۱۰۹)، صدقه‌ای که پاداش آن بهشت است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۲، ص. ۱۰۸) یاد شده است.

بررسی آیات و روایات متضمن تأکید بر عفو و گذشت نشان می‌دهد که در تعدی و تجاوز علیه اشخاص جامعه و نقض حقوق اشخاص، سرنوشت مجازات متجاوز، یعنی بزه‌کار، به دست ستم‌دیده، یعنی بزه‌دیده، است که می‌تواند اقدام به مجازات نماید یا با توافق با بزه‌کار در فرایند میانجی‌گری مشارکت نماید و از این طریق از مجازات بزه‌کار گذشت نماید. بهتر شمردن عفو و گذشت از مجازات در آیات فوق، ارجحیت حضور در فرایند میانجی‌گری را از حضور در محاکم رسمی نشان می‌دهد؛ زیرا در فرایند میانجی‌گری علاوه بر اینکه خسارات وارده بر بزه‌دیده جبران می‌شود، بزه‌دیده از هزینه‌ها و رنج و تبعات نامطلوب حاصل از



ورود به جریان رسیدگی‌های خشک و رسمی رهایی می‌یابد. بزه‌کار نیز از ناحیه بزه‌دیده و شاکی در معرض گذشت قرار می‌گیرد. زیرا بزه‌دیده با حضور در جلسه‌های گفت‌وگو از عوامل و انگیزه بزه‌کار در ارتکاب بزه، ندامت و پشیمانی وی آگاه می‌شود و در جهت یافتن راه‌حلی برای رفع اختلاف به‌طور فعال مشارکت می‌کند. با توافقات صورت‌گرفته و نظر مساعد بزه‌دیده و مجریان میانجی‌گری، ضمانت‌اجراهای کیفری را محدود و مضیق می‌کند.

نتیجه‌گیری

میانجی‌گری کیفری به‌عنوان روش مسالمت‌آمیز حل‌وفصل منازعات، در نظام دادرسی اسلام ریشه در انسان‌شناسی اسلامی دارد که با نگرش عمیق به مسئله احیا و اصلاح نفس به دنبال احیای ارزش‌های انسانی و ترمیم روابط مختل‌شده انسانی بزه‌کار با بزه‌دیده از طریق ایجاد شرم واقعی در بزه‌کار و تغییر چشم‌انداز اخلاقی او و ارائه الگویی تربیتی مطلوب در جریان فرایند میانجی‌گری و از همه مهم‌تر احترام به کرامت و حیثیت انسانی بزه‌کار، موجب احیای قابلیت انسانی و اصلاح بزه‌کار می‌گردد. با ترمیم و جبران خسارات بزه‌دیده در فرایند میانجی‌گری، عدالت واقعی را که احیاکننده بزه‌دیده است به ارمغان می‌آورد. تأکید بر مفهوم اصلاح ذات‌البین و تشویق طرف‌های درگیر به صلح و آشتی از یک سو؛ تشویق و دعوت آحاد افراد جامعه برای مشارکت در فرایند اصلاح ذات‌البین به‌عنوان کنشگران فرایند حل‌وفصل اختلاف ناشی از ارتکاب بزه، از سوی دیگر، بر اهمیت روش مسالمت‌آمیز حل‌وفصل منازعات در نظام دادرسی اسلام دلالت دارد. جواز و مشروعیت میانجی‌گری کیفری به‌عنوان روش مسالمت‌آمیز حل‌وفصل اختلافات از طریق نهاد قضایی تحکیم نیز مورد تأکید قرار گرفته است. بررسی نهاد تحکیم، شرایط و قلمرو آن نشان می‌دهد هرچند نهاد تحکیم در ماهیت قضایی خود تفاوت مهم و اساسی با میانجی‌گری کیفری دارد؛ اما در ماهیت غیرقضایی خود مطابقت تام با میانجی‌گری کیفری دارد.

ترغیب و تشویق اصحاب دعوی به صلح و سازش از سوی قاضی پرونده، یکی دیگر از مبانی فقهی میانجی‌گری کیفری، به‌خصوص میانجی‌گری با نظارت قضایی، محسوب می‌شود. ترغیب طرفین دعوی به صلح و سازش زمینه مناسبی برای میانجی‌گری ایجاد می‌کند تا طرفین دعوی با اتخاذ اقدامات داوطلبانه و خارج از گردونه رسیدگی‌های رسمی در فرایند میانجی‌گری مشارکت نمایند. تأکید بر عفو و گذشت بزه‌دیده در تعدی و تجاوز علیه اشخاص جامعه و نقض حقوق اشخاص، بیانگر سرنوشت مجازات بزه‌کار به دست بزه‌دیده است که می‌تواند اقدام به مجازات نماید یا با توافق با بزه‌کار در فرایند میانجی‌گری مشارکت نماید و از این طریق از مجازات بزه‌کار گذشت نماید. بهتر شمردن عفو و گذشت از مجازات در آیات قرآن، پسندیده بودن حضور در فرایند میانجی‌گری را از حضور در محاکم رسمی نشان می‌دهد؛ زیرا در فرایند میانجی‌گری علاوه بر اینکه خسارات وارده بر بزه‌دیده جبران می‌شود، بزه‌دیده از هزینه‌ها و رنج و تبعات نامطلوب حاصل از ورود به جریان رسیدگی‌های خشک و رسمی رهایی می‌یابد. بزه‌کار نیز از ناحیه بزه‌دیده و شاکی در معرض گذشت قرار می‌گیرد.



منابع

- قرآن کریم.
نهج البلاغه.
- ابن عربی، محی‌الدین. (بی‌تا). *فصوص الحکم*. بیروت: دارالکتب العربی.
- اعظمی، محسن. (۱۳۹۶). بررسی مقررات حاکم بر فرایند میانجی‌گری کیفری با تأکید بر قانون جدید آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴). *مجله علمی تخصصی علوم انسانی/اسلامی*، ۲۳.
- تبریزی، جواد بن علی. (بی‌تا). *أسس القضاء و الشهادة*. قم، ایران: دفتر مؤلف.
- جانی‌پور، مجتبی؛ قریب، رخساره. (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی قلمرو معیارهای اعمال میانجی‌گری کیفری در حقوق ایران، انگلیس و بلژیک. *پژوهش‌نامه حقوق کیفری*، ۸(۱)، ۲۳۹.
- حسینی، سید محمد. (۱۳۷۸). نقش میانجی‌گری در فصل دعاوی و پاسخ‌دهی به نقض هنجارها. *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۴۵(۸۳۴).
- درویشی، بابک؛ جلیلیان، محمدرضا. (۱۳۹۴). میانجی‌گری کارآمدترین روش جایگزین حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی. *تحقیقات حقوقی آزاد*، ۲۷.
- دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۷). *لغت‌نامه دهخدا*. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- دلماش مارتی، میری. (۱۳۹۵). *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی*. (علی حسین نجفی ابرندآبادی، مترجم). نشر میزان.
- رضادانا، امیر. (۱۳۸۴). *جلوه‌های عدالت ترمیمی در نظام کیفری ایران* [پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی]. دانشگاه تهران (پردیس قم)، قم.
- رضوی‌فرد، بهزاد؛ مرادقلی، حسین؛ ضرغامی، سیروس. (۱۳۹۵). بررسی آثار ترمیمی اجرای مراسم خون‌صلح؛ مطالعه موردی در آستان کرمانشاه. *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۰(۹۴)، ۲۱۹.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). *نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیة/العراق*. قم، ایران: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
- شاهرخی، حسین. (۱۳۸۵). حقوق جزا: میانجی‌گری؛ اندیشه‌ای قضا زدایانه. *اصلاح و تربیت*، ۵۳.
- شیرازی، ناصر مکارم. (۱۳۷۴). *تفسیر نمونه*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- شیری، عباس. (۱۳۸۵). فرایندهای عدالت ترمیمی. *مطالعات پیشگیری از جرم*، ۱(۱)، ۲۲.
- صادقی، محمدهادی. (۱۳۸۴). قضا زدایی در حقوق جزای اسلامی. *مجله تخصصی الهیات و حقوق*، ۱۵(۱۵ و ۱۶).
- طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۵ق). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*. بیروت، لبنان: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طریحی، فخر الدین. (۱۳۹۵ق). *مجمع البحرین*. (سید احمد حسینی، تحقیق). تهران: المکتبة المتروویه.
- عاملی، حرّ، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة*. قم، ایران: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- عباسی، مصطفی. (۱۳۸۲). عدالت ترمیمی، دیدگاه نوین عدالت کیفری. *پژوهش حقوق و سیاست*، ۵(۹)، ۸۵.

- عسگری نیاسر، مسعود. (۱۳۸۸). نقش قاضی و پلیس در میانجی‌گری کیفری [پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی]. دانشگاه تربیت مدرس، تهران.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف‌الشیعه فی احکام‌الشریعه. قم، ایران: دفتر انتشارات اسلامی. غلامی، حسین. (۱۳۸۲). عدالت ترمیمی اصول و روش‌ها. دانش/انتظامی، ۵(۴)، ۴۷.
- قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲. (افغانستان).
- آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری، مصوب ۱۳۹۵. (افغانستان).
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). کافی. تهران، ایران: دارالکتب الاسلامیه.
- گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی. (۱۴۱۳ق). کتاب القضاء (للکلبایگانی). قم، ایران: دار القرآن الکریم.
- مالدار، محمدحسن. (۱۳۹۶). میانجی‌گری، عدالتی بنا نهاده شده بر مبنای قراردادی سه‌جانبه. اندیشمندان حقوق، ۱۳(۱۳)، ۹۶.
- متقی، علی بن حسام‌الدین. (۱۴۰۹ق). کنز العمال، فی سنن الاقوال والافعال. (بکری حیانی، تحقیق). بیروت: مؤسسه الرساله.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ و همکاران. (۱۳۸۷). اصلاح ذات‌البین و نظریه عدالت ترمیمی. فصل‌نامه مدرس علوم/انسانی، ۱۲(۳)، ۱۹۳.

بررسی فقهی-حقوقی مالکیت اراضی و مراتع، در فقه امامیه، حنفیه و حقوق افغانستان

محمدضیا کریمی^۱

چکیده

این مقاله به منظور بررسی مالکیت اراضی موات و مراتع در افغانستان، در فقه امامیه، حنفیه و حقوق افغانستان به رشته تحریر درآمده است. بررسی مبانی فقهی-حقوقی اراضی موات و مراتع در کشور افغانستان امروزه نیاز مبرم جامعه به حساب می‌آید. بحث در این مورد برای برطرف کردن مشکلاتی که بین دهنشینان و کوچی‌ها وجود دارد، از ضروریات است. در این تحقیق که به صورت کتابخانه‌ای انجام گردیده است، مبانی فقهی-حقوقی اراضی موات از منظر فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان مورد بحث قرار گرفته است. نتایج حاصل از این نوشته، قابل استفاده برای توده مردم، وکلای مدافع، حقوق دانان و شیوه‌های علمی-حقوقی مناسب برای حل و فصل دعاوی مذکور می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: اراضی موات، مالکیت، فقه، حقوق مدنی، حقوق افغانستان

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران.



مقدمه

مردم مناطق مرکزی افغانستان با توجه به کثرت جمعیت، کمبود زمین، سردسیربودن «اکثر مناطق»، صعب‌العبور و کوهستانی بودن محل زندگیشان، جهت گذران زندگی با مشکلات متعدد مواجه هستند. در این میان، هجوم کوچی‌ها به مناطق مرکزی، مشکلات باشندگان محلی را دوچندان کرده است. رسیدن به اراضی موات و مراتع این مناطق، تصرف و تسخیر آن‌ها از طبیعت خدادادی این مناطق، جزو اهداف کوچ کوچی‌ها به این مناطق است. بهره‌وری از اراضی موات و مراتع همواره نزاع بین انسان‌ها را به همراه داشته و دارد و چه‌بسا در طول تاریخ سبب نزاع‌های گوناگون بین افراد بوده است.

اراضی موات و مراتع افغانستان نیز از این قاعده مستثنا نیست. در این میان، پدیده کوچی و کوچی‌گری، مشکل اراضی موات و مراتع افغانستان را در مقایسه با بسیاری از نقاط دیگر، پیچیده‌تر ساخته است. در دنیای کنونی، با توجه به رشد روزافزون جمعیت از سویی و سهل‌المؤونه‌بودن تصرف اراضی موات و مراتع از سوی دیگر، ایجاب می‌کند مسئله از دیدگاه فقه و حقوق افغانستان مورد کاوش قرار گیرد. فقه و قانون به‌مثابه دو عنصر مهم در جهت تعیین خط‌مشی زندگی انسان‌ها، عهده‌دار تبیین حق استفاده از اراضی موات و مراتع، در عین حال تنها گزینه‌ای برای حل اختلافات بر سر حق انتفاع و مالکیت از این نوع اراضی می‌باشد. نوشته پیش‌رو مصمم است مسئله را از منظر فقه و قانون افغانستان به‌نحو منصفانه بررسی نماید.

مفاهیم

۱- اراضی موات

۱-۱- موات در لغت

ابن اثیر در تعریف موات گفته است: زمین موات زمینی است که در ملکیت احدی نباشد (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ج. ۱، ص. ۴۷۱). زبیدی نیز زمین موات را چنین تعریف کرده است: زمین موات به زمینی گفته می‌شود که سابقه زرع و آبادانی نداشته باشد و تحت ملکیت کسی نباشد (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۱۳۹). زمین موات در لسان العرب چنین تعریف شده است: زمین موات زمینی است که زراعت و آباد نشده باشد و تحت ملکیت کسی هم قرار نگرفته باشد (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج. ۲، ص. ۹۳). مجمع البحرین هم آن را چنین تعریف کرده است: موات به ضم میم و به فتح آن، به چیزی گفته می‌شود که روح ندارد، همچنین بر زمین اطلاق می‌شود که مالک نداشته باشد و به خاطر تعطیل بودن، یا نیزار بودن، یا به جهت دوری از آب، قابل استفاده نباشد (طریحی، ۱۴۰۸ق، ج. ۴، ص. ۳۷۴).

۲-۱- اراضی موات در اصطلاح فقه و حقوق

الف) فقه امامیه: صاحب جواهر آورده است: زمین موات زمینی است که به جهت غیرقابل استفاده بودن، قابل انتفاع نباشد. این غیرقابل استفاده بودن یا به خاطر قطع شدن آب باشد یا به جهت نیزار بودن یا موانع دیگر (نجفی، ۱۳۸۵، ج. ۳۸، ص. ۹). تعریف مرحوم امام خمینی درباره زمین موات: زمین موات زمینی است

که از آن نفع برده نمی‌شود. این نفع نبردن خواه به خاطر قطع شدن آب باشد، خواه به جهت استیلای آب یا ریگ یا سنگ‌ها باشد، یا به خاطر نیازار بودن، پیچیده‌شدن نی یا سنگ بر آن زمین، یا موانع دیگر باشد (خمینی، ۱۳۹۱، ج. ۱، ص. ۶۶۱).

(ب) فقه حنفی: وهبه زحیلی در تعریف زمین موات چنین گفته است: «زمین موات زمینی است که خالی از آب و آبادانی باشد، و هیچ کسی مالک آن نباشد و کسی از آن نفع نبرد» (زحیلی، ۲۰۰۸، ج. ۳، ص. ۷۵۴). صاحب کتاب فتاویٰ الهندیه فی مذهب الحنفیه در تعریف زمین موات چنین گفته است: زمین موات زمینی است که خارج از بلد باشد، تحت ملکیت کسی نباشد و کسی حق خاصی بر آن نداشته باشد. پس زمین داخل بلد اصلاً موات به حساب نمی‌آید. همچنین زمین‌هایی که خارج بلد هستند، اما جزء مرافق بلد محسوب می‌شود و اهل بلد به آن احتیاج دارند، چراگاه حیوانات اهل بلد باشد یا به هیزم آن نیاز داشته باشد، زمین موات نمی‌باشد. حتی امام حق اقطاع و واگذاری آن زمین را به کسی ندارد (جمع از علماء هند، ۲۰۰۹، ج. ۵، ص. ۴۴۲). طبق نظر فقهای حنفی، موات بر زمین اطلاق می‌شود که دارای شاخصه‌های ذیل باشد:

۱- خارج بلد باشد.

۲- جزء مرافق و مورد نیاز اهل بلد نباشد؛ لذا اگر زمین خارج بلد باشد و مورد نیاز اهل بلد باشد، موات محسوب نمی‌شود.

۳- هیچ فردی حتی امام حق تصرف در اراضی‌ای که مورد نیاز اهل قریه است را ندارد.

۳-۱- مفهوم اراضی موات در قانون

در قانون افغانستان، عنوان مستقلی به اسم زمین موات پیش‌بینی نشده است، اما در قانون علف‌چر مصوب ۱۳۴۹، ماده دوم، دشت‌ها، تپه‌ها، کوه‌ها و دامنه‌های آن‌ها، جبه‌زارها، دو طرف دریاها، ساحات جنگلی که دارای پوشش از نباتات علوفه‌ای و بوته‌ای باشد و جهت خوراک مواسی استفاده شده بتواند، علف‌چر شناخته شده است (قانون علف‌چر مصوب ۱۳۴۹، ماده دوم).

در قانون مدنی / ایران آمده است: اراضی موات، زمین‌هایی است که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آن‌ها نباشد (قانون مدنی، ماده ۲۸). همچنین در قانون زمین شهری، زمین موات، زمینی را می‌داند که سابقه عمران و احیا نداشته باشد (قانون زمین شهری، ماده ۳، مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲).

در قانون مصوب ۱۴۲۱ق (دوران حاکمیت قبلی طالبان) نیز نسبت به آنچه در قانون علف‌چر مصوب ۱۳۴۹ ذکر شده، تغییر به چشم نمی‌خورد. منتهی علف‌چر را به عامه و خاصه تقسیم کرده است که طبق جزء نهم ماده دوم قانون تنظیم زمین‌داری، حریم قریه‌ها و شهرها جزء علف‌چر خاص محسوب می‌شود و زمین‌هایی که حریم قریه‌ها و شهرها نباشد، علف‌چر عام شمرده شده است (قانون علف‌چر و مرعی مصوب ۱۴۲۱ق، ماده ۲). قوانین علف‌چر و قانون تنظیم امور زمین‌داری گرچه سخن از تعریف اراضی موات به میان نیاورده‌اند، اما بیان مصادیق علف‌چر در این قوانین شامل اراضی موات هم می‌شود.



۲- مرتع

۲-۱- مرتع در لغت

لغت‌شناسان مرتع را به چراگاه که جمع آن به مراتع بسته می‌شود، معنی کرده‌اند. طبق معنی فرهنگ فارسی عربی‌المورد، مرتع بر چراگاه و علفزار اطلاق می‌شود (بلبکی، ۱۳۷۰، ج. ۱، ص. ۹۶۱). صاحب معجم الوسیط نیز همین معنی را از مرتع ارائه داده است. در لسان‌العرب در تعریف مرتع چنین آمده است: «والمرتع لا یكون إلا فی الخصب والسعة» مرتع به جای وسیعی گفته می‌شود که دارای پوشش گیاهی باشد (ابن منظور، ۱۹۸۸، ج. ۵، ص. ۱۳۲). در لغت‌نامه دهخدا چنین آمده است: «مرتع، چراگاه، سبزه‌زاری که بهائیم در آن می‌چرد و چراگاهی که در آن آب و علف بسیار باشد» (دهخدا، ۱۳۷۳، ج. ۱۲، ص. ۱۸۲).

۲-۲- مرتع در فقه اسلامی

با توجه به اهمیت مراتع در جهت تأمین مایحتاج و حیات انسان‌ها، فقها بحث مراتع را از جهات مختلف مورد بحث قرار داده‌اند که در ضمن بحث‌های آتی از جنبه‌های مختلف مورد بحث قرار خواهد گرفت. آنچه مسلم است، تعریف فقها از مراتع و اراضی موات متفاوت است؛ لذا اکثر فقها در بیان مفهوم اراضی موات، کلمه «عدم انتفاع از آن اراضی» را ذکر نموده‌اند، حال آنکه مراتع زمین‌هایی است که طبق تعاریف مذکور، قابل انتفاع و بهره‌وری است. پس این مسئله واضح است که از نظر تعریف، اراضی موات و مراتع ماهیتاً با هم متفاوت هستند. طبیعتاً این تفاوت ماهوی، تفاوت احکام را به دنبال خواهد داشت؛ لذا فقها تقسیم‌بندی اراضی و بحث مراتع را جدا از زمین‌های موات ذکر نموده‌اند (انصاری، ۱۳۸۰، ج. ۴، ص. ۱۲).

۲-۳- مرتع در حقوق

در قانون افغانستان، زمین مرعی به زمین گفته می‌شود که دارای پوشش نباتات علوفه‌ای، نی و بوته‌های طبیعی می‌باشد و غرض چرانیدن موادی مطابق احکام قانون مورد استفاده قرار می‌گیرد (فرمان تقنینی، قانون تنظیم امور زمین‌داری، ماده سوم، بند ۵۷، شماره ۱۲۵۴، مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۴). همین مصداق در قانون ایران با توضیح بیشتر نیز ذکر شده است (میرزایی، ۱۳۹۰، ج. ۱، ص. ۴۳۰).

مبانی فقهی حقوقی مالکیت اراضی موات و مراتع

زمین از حیث خاستگاه اصلی بشر (طه ۵۵)، عهده‌دار تأمین نیازهای حیاتی انسان‌ها، بلکه تمام موجوداتی است که در دل خویش جا داده است؛ به‌نحوی که سخاوتمندانه از آغاز خلقت تا امروز، منابع خود را در اختیار بشر قرار داده، و از آیندگان نیز دریغ نخواهد کرد. منتهی دسترسی بشر برای استفاده از این نعمت الهی بر اساس مکان و زمان متفاوت است. این ثابت است که انسان‌ها در طول حیات شان بر روی زمین، علی‌رغم تلاش برای تصرف بیشتر زمین و راه‌اندازی جنگ‌های خونین به این مقصود، از دسترسی به بخش‌هایی وسیع از این نعمت بی‌منت، بی‌نصیب مانده‌اند. تاکنون قسمت‌هایی از زمین کماکان مصونیت

خود را از دست‌رسی انسان‌ها حفظ کرده است. بشر هنوز نتوانسته است تمام کرهٔ خاکی را تحت سلطهٔ خویش درآورد.

از طرفی، واضح است که بخش‌هایی از زمین گاه تحت سلطهٔ بشر قرار گرفته، ولی انسان‌ها به هر دلیلی نتوانسته‌اند تسلط همیشگی خود را بر آن اراضی تثبیت سازند؛ لذا ناگزیر، حاکمیت خود را بر اراضی تحت سلطهٔ خویش از دست داده‌اند. این تنوع‌پذیری زمین، بر اساس دست‌رسی بشر از سوی و اقسام مختلف زمین در جهت به دست آوردن منافع از آن از سوی دیگر، سبب شده است که زمین در فقه اسلامی و حقوق، مباحث مختلفی را از زاویه‌های مختلف به خود اختصاص دهد. از این جهت است که دانستن مبانی مالکیت و منافع اراضی از منظر فقه و حقوق، حائز اهمیت تلقی می‌گردد (انصاری، ۱۳۸۰، ج. ۴، ص. ۱۲).

۱- مبانی فقهی مالکیت اراضی موات و مراتع در فقه امامیه

موات بالاصاله بر زمین‌هایی گفته می‌شود که مالک خاص و سابقهٔ آبادانی نداشته باشد (روحانی، ۱۳۷۶، ج. ۴، ص. ۳۴۰). بنابراین اگر زمینی که فعلاً مالک داشته باشد یا ثابت گردد که در گذشته دارای مالک بوده، موات گفته نمی‌شود و طبیعتاً احکام زمین موات را نخواهد داشت. بدون شک، مالکیت زمین ابتدا از آن خداوند است (اعراف ۱۲۸)، ولی خداوند حکیم استفاده از زمین را به بندگان و واگذار کرده است. این واگذاری بدین معنی نیست که بندگان، بدون در نظر گرفتن قواعد مالکیت و تصرف، به خواست خودشان هر نوع تصرف در هر زمان و مکان، به شکل افسارگسیخته انجام دهند. بدین منظور، در نظام اسلامی برای استفاده از اراضی و نحوهٔ تملک زمین، قواعدی وضع گردیده است تا بتوان عدالت را در مالکیت و انتفاع از این نعمت الهی مراعات کرد و از سوی دیگر، جلوگیری از نزاع‌ها و خشونت‌های احتمالی گرفته شود. لذا یکی از مباحث مهم که در رابطه با زمین‌های موات وجود دارد، بحث مالکیت آن اراضی است. بدین معنی که حق مالکیت اراضی موات بالاصاله از آن کیست؟

با نگاهی به فقه شیعه، در می‌یابیم در فقه شیعه، مالکیت اراضی موات بالاصاله از آن امام (علیه السلام) است. این ادعا به نحوی است که شیخ اعظم برای اثبات آن، ادعای عدم خلاف و اجماع کرده است (خویی، ۱۳۷۸، ج. ۳، ص. ۳۲۰). علامه حلی در این باره می‌نویسد: زمین موات بالاصاله مختص امام است، کسی دیگر حتی در صورت احیا کردن، بدون اذن امام مالک نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۷ق، ج. ۲، ص. ۲۶۷). فقهای شیعه برای اثبات این مدعا به دلایل متعدد تمسک جسته‌اند. یکی از دلایل فقها در این رابطه، دانستن این اراضی جزء انفال است. دانستن مالکیت این نوع اراضی برای امام در نزد فقهای اهل تشیع، این است که آن‌ها زمین‌های موات بالاصاله را جزو انفال می‌دانند (خوانساری، ۲۰۱۰، ج. ۲، ص. ۱۳۳).

۲- مبانی فقهی اراضی موات و مراتع در فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت، تقسیم‌بندی زمین موات با فقه شیعه متفاوت است؛ لذا در فقه اهل سنت، زمین به صورت ذیل تقسیم‌بندی شده است:



الف) زمین‌هایی که قابلیت احیا را ندارد: چنین اراضی مسلماً مورد بحث هم قرار نمی‌گیرد، چون به‌واسطه عدم تقبل احیا، بحث احیای آن عملاً منتفی است.

ب) زمین‌هایی که قابلیت احیا را دارد: چنین زمین‌هایی به اتفاق علما، احیا و تملک آن جایز است. وهبه زحیلی در این‌باره چنین آورده است: «زمینی که اثر عمارت در آن نباشد و از طرفی ملک کسی هم نباشد، به‌واسطه احیا قابلیت تملک را دارد. همچنین زمینی که مالک داشته باشد و مالکش هم شناخته شده باشد، مادام که مالکیت صاحب زمین قطع نشده باشد، به اتفاق علما مال صاحبش است، و احیای آن جایز نیست» (زحیلی، ۲۰۰۸، ج. ۵، ص. ۴۲۴).

ج) زمین‌هایی که بعد از تملک به‌واسطه احیا، به حال خود رها شده، به‌نحوی که به‌صورت موات درآمده است. شافعی و حنبله گویند این اراضی را با احیا نمی‌توان مالک شد. آنان برای اثبات مدعایشان به دو دلیل تمسک جسته‌اند: (الف) احادیثی که اجازه احیای اراضی موات را داده، مقید به غیرمملوک بودن آن اراضی شده است؛ (ب) زمین جزء اموال است: همان‌طور که سایر اموال با ترک کردن مالکیت آن زایل نمی‌شود، زمین هم نباید به خاطر رها کردن مالکیتش زایل شود (مقدسی، بی‌تا، ج. ۵، ص. ۵۶۴). اما در فقه حنفی، ابویوسف گفته است این نوع زمین‌ها، اگر مالکش را به‌عینه نشناسد، به‌واسطه احیا مالک می‌شود. البته در صورتی که زمین از قریه دور باشد، به‌نحوی که صدای بلند از منتهی‌الیه قریه به آن زمین نرسد. ولی محمد، یکی دیگر از فقهای حنفی می‌گوید: «اگر ملکیت در اسلام بوده، چنین زمینی موات حساب نمی‌شود. در فرض عدم شناخت مالک زمین مربوط به عامه مسلمین است. بلکه شرط عدم ارتفاق اهل قریه باید مراعات شود» (زحیلی، ۲۰۰۸، ج. ۵، ص. ۴۲۴).

د) زمین‌هایی که آثار ملکیت در زمان قدیم، در دوران جاهلیت بر آن قابل مشاهده باشد: چنین اراضی طبق نظر مذاهب اربعه مال احیاکننده است (همان مدارکی که در بالا از اهل سنت ذکر شد). دلیلی که بر این مدعا اقامه نموده‌اند، عدم حرمت ملکیت بر آن زمین‌ها است.

ه) زمین‌هایی که در اسلام تحت ملکیت مسلمان یا ذمی غیرمعین بوده، به‌نحوی که فعلاً مالک آن مشخص نیست: چنین زمین‌هایی را طبق نظر حنفیه و مالکیه، با احیا می‌توان مالک شد. برای این ادعا به دو دلیل تمسک جسته‌اند: (الف) عموم اخبار که در مشروعیت احیای زمین‌های موات وارد شده است؛ (ب) چنین اراضی، موات است و هیچ قومی حق مالکیت بر آن را ندارد، پس شبیه زمین‌هایی که مالکیت کسی بر آن جریان نیافته است، است (زحیلی، ۲۰۰۸، ج. ۵، ص. ۴۲۵). بنا بر فقه شافعی، چنین اراضی مربوط به امام است. چون چنین زمین‌هایی به نظر شافعی، مال ضایع است؛ لذا امور آن از قبیل حفظ تا پیدا شدن مالک آن، یا فروش و نگه‌داشتن قیمت آن، همه مربوط به امام است (شرینی، ۲۰۱۱، ج. ۲، ص. ۴۴۷).

اما بنا بر فقه حنبلی، چنین زمین‌ها را نمی‌توان با احیا مالک شد. چون چنین زمین‌هایی جزء «فیء» محسوب می‌شود و بر مصالح مسلمین باید مصرف شود (زحیلی، ۲۰۰۸، ج. ۵، ص. ۴۲۵).

دیدگاه فقهای حنفی در لزوم و عدم لزوم اذن امام برای احیای زمین موات، متفاوت است. به عقیده ابوحنیفه، اذن امام در احیای زمین موات لازم است. در کتاب هدیه در این‌باره چنین آمده است: «و ان احیا

بغیر اذنه لم یملکه عند ابی حنیفه رحمه الله» (مرغینانی، ۲۰۰۴، ج. ۳-۴، ص. ۳۸۳). بنا بر رأی ابوحنیفه، احیای زمین موات بدون اذن امام سبب ملکیت محیی نمی‌شود. دلیلی که ابوحنیفه برای این فتوا ارائه کرده است، تمسک به روایتی است که در این باب ذکر نموده است. در حدیث مذکور حضرت چنین فرموده است: «لیس للمراء الا ما طابت نفس امامه به» (بیهقی، ۱۹۹۱، ج. ۹، ص. ۸). بدون رضایت امام چیزی برای مرد نیست. ولی به نظر ابویوسف، اذن امام در احیای زمین موات لازم نیست. دلیل ابویوسف نیز حدیث «من احیا ارضا میتا فهوله» (شقیطی، بی‌تا، ج. ۲۴۱، ص. ۲) می‌باشد. دلیل دوم که ابویوسف اقامه کرده، سبق ید است. ایشان در این باره می‌فرماید: «ولانه مال مباح سبقت یده الیه فیملکه کما فی الحطب والصيد» (مرغینانی، ۲۰۰۴، ج. ۳-۴، ص. ۳۸۳). زمین موات مال مباح است. شخص محیی نسبت به احیای آن سبقت گرفته، در نتیجه مالک آن زمین می‌شود.

از مطالب بالا روشن شد که حکم اراضی موات در فقه اهل سنت مختلف است:

الف) طبق مذهب اهل سنت، اراضی‌ای که قابلیت احیا را ندارد، از بحث خارج است.

ب) زمین‌هایی که قابلیت احیا را دارد: چنین زمین‌هایی که قابلیت احیا را دارد اگر نشانی از عمارت در آن نباشد، با احیا می‌توان مالک شد. اما اگر مالکیت شخص اول قطع نشده باشد، مربوط به همان شخص اول است. زمین‌هایی که احیا شده ولی فعلاً به صورت موات درآمد است، طبق نظر فقه حنبلی و شافعی، کسی حق احیای چنین اراضی را ندارد و هنوز ملکیت احیاکننده بر این زمین باقی است.

اما در فقه حنفی، چنین زمینی به شرطی که جزو مرافق اهل بلد نباشد، دو نظریه وجود دارد. نظریه اول: چنین اراضی را با احیا می‌توان مالک شد. نظریه دوم: اگر ملکیت در اسلام بوده در فرض ترک محیی اول و عدم شناخت او، زمین مال عموم مسلمین است.

اما اراضی‌ای که آثار ملکیت در آن از زمان قبل از اسلام قابل مشاهده باشد، چنین اراضی به نظر همه مال احیاکننده است. در باب لزوم اذن امام در احیای اراضی دو نظریه در فقه حنفی وجود دارد:

الف) اذن امام شرط است چون دلیل داریم که رضایت امام را لازم می‌داند.

ب) اذن امام شرط نیست زیرا این اراضی جزو اشیای مباحه است. در تصرف اشیای مباحه اذن امام لازم نیست.

۳- مبانی مالکیت منافع اراضی موات و مراعات در حقوق و قانون افغانستان

طبق ماده شش قانون زمین شهری، کلیه زمین‌های موات شهری در اختیار دولت جمهوری اسلامی است (قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲). گرچه در این ماده قانونی سخن از احیای زمین موات دیده نمی‌شود، اما به وضوح بیان شده است که اراضی موات شهری در اختیار دولت است. از طرفی از ادبیات استفاده شده در متن قانون (چون در الفاظ به کار گرفته شده در تدوین قانون عمدتاً از کلمه واگذاری استفاده شده است) استفاده می‌گردد که احیا در صورتی تحقق پیدا می‌نماید که دولت طبق قانون، زمین را به شخص حقیقی یا حقوقی واگذار نماید. به عنوان مثال، در ماده بیست قانون نحوه واگذاری و احیای



اراضی، تصریح شده است که واگذاری اراضی موضوع این قانون به وزارتخانه‌ها... طبق آیین‌نامه‌ای خواهد بود که به‌وسیله وزارت کشاورزی و عمران روستایی تهیه و به تصویب هیئت وزیران می‌رسد (قانون نحوه واگذاری و احیاء اراضی مصوب ۱۳۵۸/۶/۲۵، ماده ۲۰).

در قانون افغانستان، بنا بر تعریفی که از زمین موات گردیده است (چون در بند دوازده از ماده سه قانون تنظیم امور زمین‌داری در تعریف زمین غیرزراعتی، آمده است: زمین غیرزراعتی: زمین بکر (موات) و بایر است که تحت بهره‌برداری زراعتی قرار نگرفته باشد)، چنین زمین‌هایی جزء زمین‌های دولتی به حساب می‌آید. سپس در بند پنجاه و سوم ماده سه همان قانون راجع به تعریف زمین‌های دولتی چنین آمده است: زمین‌های ذیل دولتی شناخته می‌شود (زمین‌های باغی... زمین لکمی، بکر و بایر، دشت‌ها، تپه‌ها، دامنه کوه‌ها، جبه‌زار، جنگل‌زار... و سایر زمین‌هایی است که در دفاتر دولتی ثبت شده باشد و یا در نتیجه سروی و تصفیه، به حیث زمین دولتی تثبیت گردد (قانون تنظیم امور زمین‌داری، ماده سه، مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۴). آنچه از بندهای ماده سه قانون مذکور استفاده می‌شود، احیای اراضی موات بدون اجازه یا واگذاری دولت محقق نمی‌گردد.

نتیجه‌گیری

این پژوهش به منظور بررسی مالکیت اراضی موات و مراتع در افغانستان با تأکید بر آرای دادگاه‌های محلی در مورد ادعای کوچی‌ها، در فقه امامیه، حنفیه و حقوق افغانستان به رشته تحریر درآمده است. با توجه به تحقیقی که این مقاله به آن پرداخته است، به نتایج ذیل دست پیدا نموده است: زمین موات به عقیده لغویین بر زمین گفته می‌شود که دارای شاخصه‌ای چون عدم سابقه زرع، آبادانی، عدم ملکیت کسی و عدم نفع آن، باشد. در اصطلاح فقهای شیعی، موات بر زمین اطلاق می‌شود که به هر دلیل قابل انتفاع و تحت ملکیت کسی نباشد. به عقیده فقهای احناف، موات زمینی است که دارای مشخصات ذیل باشد: الف - خارج بلد باشد، ب - ملک کسی نباشد، ج - حق خاص کسی بر آن زمین نباشد. علاوه بر آن، جزء مرافق، چراگاه و محل تهیه هیزم اهل بلد نباشد. اراضی داخل بلد، مرافق و چراگاه‌ها قطعاً موات حساب نمی‌شود. همچنین امام حق اقطاع و واگذاری چنین اراضی را ندارد. با عنایت به مفهوم کوچی در لغت و اصطلاح، دریافتیم، کوچی به معنی کوچ‌رو، اقسام مختلفی دارد. طبق این تعریف، کوچی در افغانستان به محلی و فرامحلی قابل دسته‌بندی است و هر کدام دارای شاخصه‌های مختص به خودشان است.

بیان نظام حقوقی-قانونی مالکیت اراضی زراعی از جمله مسائلی است که مورد بررسی قرار گرفته است. در این قسمت بیان شده است که مالکیت افراد بر زمین دایر بر طبق قانون محترم شمرده شده است. آنچه مورد بحث است، زمین‌هایی است که تحت ملکیت شخصی کسی نباشد. لذا ایجاد مزارعه بر زمین‌های شخصی تابع شرایطی است که در فقه و قانون بیان شده است.

اما زمین‌هایی که مالک شخصی ندارد، اگر جزء زمین‌های عمومی باشد، مربوط به عموم مردم است. هیچ کسی حتی دولت حق تصرف در آن را ندارد. چنین اراضی‌ای طبق قانون قابل واگذاری نیست. بنابراین زمین‌ها قابلیت واگذاری را دارد که شرایط شش‌گانه مندرج در قانون را داشته باشد.

منابع

- قرآن کریم.
نهج البلاغه.
- ابن اثیر، ابوالسعدات. (۱۹۶۹). *جامع الاصول*. (بشیر عیون، تحقیق). بیروت: مکتبه الحلوانی، دارالفکر.
- ابن اثیر. (۱۳۶۴). *النهایه فی غریب الحدیث*. ج. ۱. قم: مؤسسه اسماعیلیان للطباعه والنشر والتوزیع.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد. (بی تا). *المعنی*. ج. ۵. بیروت: عالم الکتب.
- ابن منظور. (۱۹۸۸). *لسان العرب*. ج. ۵، ص. ۱۳۲. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن منظور. (۱۴۰۵ ق). *لسان العرب*. ج. ۲. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- احمدسیاح. (۱۳۹۰). *فرهنگ جامع نوین*. ج. ۳. (المنجد، ترجمه). تهران: انتشارات اسلام.
- انصاری، مرتضی. (۱۳۸۰). *مکاسب*. ج. ۴. قم: لجنه تحقیق تراث الشیخ الاعظم.
- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی. (۱۳۸۸). *دانش نامه حقوق خصوصی*. ج. ۳. تهران: انتشارات جنگل.
- بیهقی، ابوبکر. (۱۹۹۱). *معرفه السنن والاثار*. ج. ۹. دمشق: دار الفقیه.
- الحسینی زبیدی، مرتضی. (۱۴۱۴ ق). *تاج العروس*. ج. ۳. بیروت: دارالفکر.
- خوانساری، سیداحمد. (۲۰۱۰). *جامع المدارک*. ج. ۲. بیروت: مؤسسه التاریخ العربی.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۳). *لغت نامه دهخدا*. تهران.
- روحانی، سید محمد صادق. (۱۳۷۶). *منهاج الفقاهه*. ج. ۴.
- روحي البعلبکی. (۱۳۷۰). *فرهنگ فارسی عربی*. ج. ۱. تهران: امیرکبیر.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۲۱ ق). *تحریر الاحکام الشرعیه*. ج. ۴. قم: مؤسسه امام صادق.
- سید علی. (۱۴۳۱ ق). *ریاض المسائل*. ج. ۵. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- شرینی، شمس الدین محمد. (۲۰۱۱). *معنی المحتاج*. ج. ۲. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- شهید الثانی، زین الدین بن علی. (۱۳۷۷). *مسالك الافهام*. ج. ۱۲. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- علامه حلی، یوسف ابن المطهر. (۱۴۱۷ ق). *قواعد الاحکام*. ج. ۲. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- فرمان تقنینی، قانون تنظیم امور زمین داری، (ماده ۳، بند ۵۷، شماره ۱۲۵۴). (۱۳۹۵). (افغانستان).
- فهیمة ملکزاده. (۱۳۹۵). *دانش نامه حقوق خصوصی مدنی*. ج. ۴. تهران: انتشارات مجد.
- قانون تنظیم امور زمین داری، ماده ۳. (۱۳۹۵). (افغانستان).
- قانون زمین شهری، ماده ۳. (۱۳۶۶). (افغانستان).
- قانون علفچر، ماده دوم. (۱۳۴۹). (افغانستان).
- قانون نحوه واگذاری و احیاء اراضی. (۱۳۵۸). (افغانستان).
- مرغینانی، برهان الدین ابی الحسن علی بن ابی بکر. (۲۰۰۴). *الهدایه*. ج. ۳-۴. بیروت: دار احیاء تراث العربی.
- معین، محمد. (۱۳۸۰). *فرهنگ فارسی معین*. ج. ۴. تهران.
- میرزایی، علیرضا. (۱۳۹۰). *قوانین و مقررات اراضی*. ج. ۱. تهران: انتشارات بهنامی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۸۵). *جواهر الکلام*. ج. ۳۸. تهران: دارالکتب اسلامی.

سنجش صحت طلاق در فقه امامیه و حنفیه با رویکرد تطبیقی در حقوق افغانستان و مقررات احوال شخصیه کشورهای اسلامی

یحیی هاشمی^۱

چکیده

طلاق به عنوان عمل حقوقی، مستلزم تحقق شرایط خاصی برای صحت و اعتبار است که در فقه امامیه، فقه حنفیه و قوانین مدنی کشورهای اسلامی به ویژه افغانستان تفاوت‌هایی دارد. این پژوهش که به روش تحلیلی-توصیفی و با هدف بررسی شرایط صحت طلاق از منظر فقه (امامیه - حنفیه)، حقوق افغانستان و مقررات مربوط به احوال شخصیه کشورهای اسلامی انجام یافته، مجموعه این شرایط را در سه گروه دسته‌بندی می‌نماید؛ صیغه طلاق باید با الفاظ خاص و منجز به گونه‌ای واقع شود که دلالت صریح بر وقوع طلاق داشته باشد. بلوغ و عقل از شروط قطعی است که تمامی صاحب‌نظران آن را در جانب زوج لحاظ کرده‌اند اما نسبت به احراز قصد و اختیار، تردیدهایی ابراز شده است. وجود رابطه زوجیت دائم، پاک بودن زن از حیض و نفاس، عدم وقوع واقعه در دوره پاکی و تعیین شخص، از شروط اصلی مطلقه در فقه امامیه محسوب می‌شود. اما فقه حنفیه به جز رابطه زوجیت سایر شرایط را دارای اثر تعیین‌کننده نمی‌داند. در خصوص شرایط طلاق، قوانین افغانستان و به ویژه قانون احوال شخصیه اهل تشیع با فقه امامیه همسویی بیشتری دارد، در حالی که مقررات دیگر کشورهای اسلامی تحت تأثیر فقه اهل سنت تدوین یافته است. این بررسی نشان می‌دهد که تفاوت‌های فقهی نقش تعیین‌کننده‌ای در تنظیم مقررات طلاق در کشورهای اسلامی ایفا می‌کند و شناخت این تفاوت‌ها برای تضمین صحت و اعتبار طلاق اهمیت فراوان دارد.

کلیدواژه‌ها: طلاق، صحت طلاق، فقه امامیه، فقه حنفیه، حقوق افغانستان، شاهد عادل، صیغه طلاق

۱. دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران.



مقدمه

آموزه‌های دینی، پیمان زناشویی را امری مقدس شناخته و حفظ و استمرار آن را، سنگ‌بنای اولیه تحکیم نظام خانواده، تربیت صحیح فرزند و تداوم نسل‌ها به حساب آورده است؛ از این‌رو از طلاق که به معنای گسست این پیوند آسمانی می‌باشد، به عنوان امری منفی و حلال میغوض که تا امکان دارد باید از آن دوری جست، یاد شده است. از سوی دیگر، انسان‌ها دارای طبیعت‌ها، اغراض، خواست‌ها، توانایی‌ها و ظرفیت‌های متفاوت می‌باشند؛ این تفاوت‌ها ممکن است زمینه شقاق و ناسازگاری بین زوجین را فراهم نموده و ادامه زندگی مشترک را با درد، رنج و مشقت همراه سازد که این خود فسادهای بیشتری را سبب می‌گردد. از این‌رو با وجودی که اسلام تدابیر مختلفی را برای پیشگیری از طلاق سنجیده و توصیه نموده است، اما در صورتی که تداوم زندگی مشترک ناممکن گشته و یا به یک بحران تبدیل گردد، طلاق را امر مباح و به عنوان آخرین چاره در راستای مصالح طرفین، تجویز نموده است تا هر یک از زوجین با استفاده از آن بتوانند زندگی خود را از نو سامان داده و در جا و شکل دیگر به آرامش و آسایش برسند.

در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که برای اینکه طلاق صحیح واقع شود چه شرایطی باید موجود باشد؟ این نوشتار در پی آن است که شرایط صحت طلاق را از منظر فقه (امامیه و حنفیه) و حقوق افغانستان مورد مطالعه قرار دهد و در موارد لزوم، برای اتقان مطلب و فربه‌تر شدن بحث، از مقررات حقوقی دیگر کشورهای اسلامی نیز شواهد و مستندات ا ارائه نماید و یا دیدگاه متفاوتی را نشان دهد.

برای تحقق عینی طلاق به عنوان یک عمل حقوقی، وجود شرایطی ضروری است. این شرایط برخی مربوط به ماهیت طلاق بوده، برخی مربوط به شکل صوری آن و برخی هم مربوط به طلاق‌دهنده و طلاق‌گیرنده می‌باشد. در ادامه به بررسی این شرایط می‌پردازیم.

۱- شرایط ایقاع طلاق

طلاق یک عمل حقوقی یک‌طرفه (ایقاع) است. این عمل حقوقی باید با شرایط خاصی انجام پذیرد تا طلاق واقع گردد. شرایط ایقاع طلاق عبارت است از:

۱-۱- وجود دو شاهد عادل مرد

بر مبنای فقه امامیه، وجود دو نفر مرد عادل در هنگام اجرای صیغه طلاق که صیغه طلاق را بشنوند، یکی از چهار رکن («شاهد»، «صیغه طلاق»، «طلاق‌دهنده» و «مطلقه») طلاق می‌باشد. قانون احوال شخصیه افغانستان در ماده ۱۴۲، اشهاد را یکی از شرایط صحت طلاق محسوب کرده است و در ماده ۱۴۶ مقرر می‌دارد: «صیغه طلاق باید به حضور دو مرد عادل که آن را استماع کنند، جاری شود. هرگاه بعد از اجرای صیغه طلاق، معلوم گردد که هر دو یا یکی از شهود عادل نبوده، طلاق باطل است...». این مطلب در فقه امامیه تحت عنوان «اشهاد» و «حضور عدلین» مورد بحث قرار گرفته و بر لزوم آن به عنوان شرط، تأکید شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۹، ص. ۱۱۱).

ادله‌ای که فقهای امامیه برای لزوم اشهاد اقامه کرده‌اند عبارت‌اند از:

الف) آیه ۲ سوره مبارکه طلاق که می‌فرماید: «وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ» (طلاق، ۲). در هنگام طلاق دو نفر شاهد عادل حاضر کنید. اگرچه احتمال دارد این آیه مربوط به اشهاد در رجوع باشد ولی روایاتی وجود دارد که آیه را اختصاص می‌دهد به اشهاد در طلاق.

ب) روایات: روایات در این باب زیاد وارد شده است. مضمون همه این روایات آن است که طلاق بدون اشهاد طلاق نمی‌باشد.

ج) اجماع: علمای امامیه اجماع دارند بر اینکه طلاق باید در حضور دو نفر شاهد عادل اجرا گردد تا اثر لازم را داشته باشد (مرتضی، ۱۴۱۵ق، ج. ۱، ص. ۲۹۹).

اما فقه حنفیه همانند دیگر مکاتب فقهی اهل سنت، حضور دو نفر مرد برای استماع صیغه را جزء شرایط صحت طلاق قلمداد نکرده است (طهطاوی، ۱۴۲۴ق، ص. ۹۸) و آیه شریفه‌ای که در این مورد آمده است را مربوط به باب رجوع می‌دانند (عسقلانی، ۱۳۷۹ق، ج. ۳، ص. ۱۸۲). قانون مدنی افغانستان هم در انتهای ماده ۱۵۰ حضور شهود را در طلاق با عبارت: «در صحت رجوع حضور شهود شرط نمی‌باشد» نفی می‌کند.

۲-۱- کیفیت شهادت

برای صحت وقوع طلاق صرف حضور دو شاهد کافی نیست، بلکه باید این دو شاهد به‌طور هم‌زمان در مجلس طلاق حضور داشته باشند، زوجه مطلقه را (ولو اجمالاً) بشناسند و صیغه طلاق را استماع نمایند (بحرانی، بی‌تا، ج. ۲۵، ص. ۲۴۷). همچنین این دو شاهد مطابق نظر فقها باید مرد باشند. قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان در رابطه با مرد بودن این دو نفر شاهد، حکمی ندارد و بنابراین شاهد گرفتن زن هم درست است. اما چون این قانون از فقه امامیه گرفته شده است و با توجه به اتفاق نظر فقهای شیعه درباره لزوم مرد بودن این دو شاهد (علامه حلی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۵۴)، احتمال دارد که منظور قانون‌گذار از شهود در اینجا صرفاً شهود مرد باشد. همچنین شهود باید عادل باشند. منظور از عدالت در اینجا عدالت ظاهری است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۹، ص. ۱۱۳) و عدالت ظاهری یعنی اینکه شخص مرتکب گناه کبیره نشود و اصراری بر ارتکاب صغیره نداشته باشد و کار خلاف شأن نیز از او سر نزند. مستند حکم لزوم عدالت شهود، علاوه بر اجماع (مرتضی، ۱۴۱۵ق، ج. ۱، ص. ۲۹۹)، آیه شریفه «وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ» (طلاق، ۲). و (بر طلاق آن‌ها) دو مرد مسلمان عادل گواه گیرید. و نیز روایات متعددی است که در این خصوص وارد شده است (عاملی، بی‌تا، ج. ۲۲، ص. ۲۸).

۳-۱- اجرای صیغه طلاق

طلاق ایقاع است و با اراده مرد بر رها نمودن زن، محقق می‌شود. موافقت یا عدم موافقت زن و یا اطلاع او لازم نیست و بدون این‌ها نیز طلاق واقع می‌شود. اما به شرط آنکه طلاق با صیغه طلاق واقع گردد. این صیغه چیست؟ و چه شرایطی دارد؟ قانون مدنی افغانستان بدون اینکه صیغه خاصی پیشنهاد کند، طلاق را عبارت از انحلال رابطه زوجیت «با الفاظی که وقوع طلاق صراحتاً از آن افاده شده بتواند» می‌داند. قانون



احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان راجع به صیغه طلاق توضیحات بیشتری ارائه می‌کند. مطابق بند ۱ ماده ۱۴۳ این قانون: «در صیغه طلاق باید عبارت یا جمله‌ای که تعیین‌کننده زوجۀ در طلاق باشد، قبل از کلمه «طالق» استفاده شود، (مانند زوجتی طالق)». بند ۲ این ماده می‌گوید: «صیغه طلاق در صورت امکان به لفظ عربی واقع شود، در غیر آن از الفازی که صریح در طلاق باشد، استفاده شود». و بند ۴ این ماده نیز لزوم منجز بودن صیغه طلاق را یادآور شده و «تعلیق آن به جز شرایط صحت طلاق و امری معلوم» را موجب بطلان طلاق تلقی نموده است.

اما مطابق نظر فقها طلاق باید با صیغه یا الفازی واقع گردد که از ناحیه شارع به ما رسیده باشد و تا شارع عبارتی را برای تحقق این منظور به ما پیشنهاد نکند، ما نمی‌توانیم جملات و یا عباراتی را برای این منظور از نزد خود ابداع نموده و آثار طلاق را بر آن بار نماییم.

آنچه را که علمای شیعه به‌عنوان صیغه طلاق پذیرفته و طلاق را با آن واقع ساخته‌اند، جملات: «أنت طالق»، «زوجتی طالق»، «هی طالق»، «هذه طالق»، «فلانة طالق» و یا هر عبارتی که تعیین‌کننده زوجۀ بوده و قبل از واژه «طالق» بیاید (علامه حلی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۵۳). استفاده از مشتقات واژه «طالق» به‌جای «طالق» را عموماً علما نپذیرفته‌اند (همان)، ولی شیخ طوسی گفته است که اگر از واژه «مطلقه» استفاده کند و قصد ایقاع طلاق در زمان حال را بنماید، طلاق واقع می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۵، ص. ۲۵). اما طلاق به‌وسیله الفاظ کنایی را علمای شیعه جایز نمی‌دانند (قاضی ابن‌البراج، ۱۴۰۶ق، ج. ۲، ص. ۲۷۶).

فقه حنفی الفاظ مستعمل در طلاق را به دو دسته الفاظ صریح و کنایه تقسیم می‌کند. الفاظ صریح الفازی است که لغتاً و یا عرفاً در طلاق به کار رود مثل واژه طلاق و مشتقات آن. به کار بردن این الفاظ چه با نیت و چه بی‌نیت، مفهوم طلاق را محقق خواهد نمود (طهطاوی، ۱۴۲۴ق، ص. ۹۵). قانون مدنی افغانستان در بند ۲ ماده ۱۳۹ همین شکل از طلاق را مورد تصریح قرار داده است: «طلاق با الفاظ صریحی که در عرف معنی طلاق را افاده کند، بدون نیت واقع می‌گردد».

الفاظ کنایی الفازی است که هم می‌تواند مفید معنای طلاق باشد و هم قابلیت حمل معانی دیگر را داشته باشد مثل عبارات: «أنت بائن»، «أمرک بیدک»، «ألحقی بأهلك»، «إذهبی»، «أخرجی»، «خلیه»، «بریه»، «بتله»، «اعتدی»، «استبرئی رحمک»، «أنت واحده» و مانند این‌ها. الفاظ کنایی وقتی مفهوم طلاق را می‌رسانند که با نیت انجام شود (جزیری، ۱۴۲۷ق، ج. ۴، ص. ۲۴۵).

راجع به اینکه صیغه طلاق لزوماً باید به زبان عربی باشد و یا زبان‌های دیگر نیز می‌توانند تحقق‌بخش مفهوم طلاق باشند، در فقه شیعه دو نظر ابراز شده است:

الف) مشهور فقهای شیعه قائل‌اند به اینکه در صورتی که طلاق‌دهنده توانایی اجرای صیغه به زبان عربی را داشته باشد، اجرای طلاق به زبان غیر عربی جایز نیست (حلی، ۱۴۱۱ق، ج. ۲، ص. ۶۷۶).

ب) نظر دیگر آن است که اجرای صیغه طلاق علاوه بر زبان عربی با هر زبان دیگر صحیح است ولی به شرط آنکه عبارات و کلماتی بیان شود که مرادف با صیغه (أنت طالق) و رساننده معنی و مفهوم دقیق آن باشد (طوسی، بی‌تا، ص. ۵۱۱). راجع به امکان اجرای صیغه طلاق با کتابت و یا اشاره، مشهور فقهای شیعه

گفته‌اند: اجرای صیغه طلاق با نوشتن توسط شخصی که توانایی تکلم را دارد، باطل و بی‌اثر می‌باشد اما اگر طلاق‌دهنده توانایی تکلم ندارد و یا غایب است، در این صورت می‌تواند قصد انشای طلاق را با نوشتن ابراز نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج. ۹، ص. ۷۰).

فقه حنفی هم طلاق با کتابت و با هر چیزی که بر پایان علقه زوجیت دلالت نماید را قابل قبول دانسته است؛ قطع نظر از اینکه طلاق‌دهنده توانایی بر تکلم داشته باشد یا خیر (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج. ۷، ص. ۳۶۹). قانون مدنی افغانستان نیز به تبعیت از همین دیدگاه فقه حنفی در بند ۱ ماده ۱۳۹، طلاق با لفظ، با کتابت و با اشاره را مشروع و قانونی اعلام نموده است؛ متن بند یادشده چنین است: «زوج می‌تواند به صورت شفوی و یا تحریری زوجۀ خود را طلاق نماید. هرگاه زوج فاقد این دو وسیله باشد، طلاق به اشارات معموله که صراحتاً معنی طلاق را افاده نماید، صورت گرفته می‌تواند.» همین حکم را قانون احوال شخصیه سوریه در بند ۱ ماده ۸۷ مقرر نموده است.

۴-۱- منجز واقع شدن طلاق

یکی دیگر از شرایط ایقاع طلاق آن است که طلاق باید منجز و بدون قید و شرط باشد و نه معلق و مشروط به شرطی. ماده ۱۴۳ قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان در بند ۴ مقرر می‌نماید: «صیغه طلاق باید منجز باشد، تعلیق آن به جز شرایط صحت طلاق و امری معلوم، باطل است.» بر طبق گفته فقهای امامیه، طلاق معلق، یا معلق به شرط است و یا معلق به صفت. منظور از «شرط» امری است که ممکن الوقوع بوده و در آینده وقوع و عدمش مساوی باشد مثل اینکه بگوید: «أنت طالق إن جاء زيد» که طلاق را معلق به آمدن زید نماید. و منظور از «صفت» امری است که در وقت طلاق وجود ندارد اما در آینده وقوع آن قطعی می‌باشد مثل اینکه بگوید: «أنت طالق إن طلعت الشمس» که طلاق را بر طلوع خورشید معلق نماید. تعلیق طلاق با هر دو قسمش باطل است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج. ۳، ص. ۳۱۰). اما فقه شیعه تعلیق طلاق به شرایط صحت، مثل اینکه طلاق زن را به نبود وی در حالت قاعدگی که از شرایط صحت طلاق است، معلق نماید و یا به امری معلوم معلق کند، صحیح دانسته و معتقدند که این گونه تعلیق خدشه‌ای در طلاق به وجود نمی‌آورد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج. ۶، ص. ۱۶). فقه حنفی طلاق معلق را با شرایطی پذیرفته است (طهطاوی، ۱۴۲۴ق، ص. ۱۰۱).

۲- شرایط طلاق‌دهنده

برخی از شرایط طلاق، شرایطی است که مربوط به طلاق‌دهنده می‌باشد؛ ما ابتدا شرایط طلاق‌دهنده را بر مبنای فقه امامیه و حنفیه و حقوق مدنی افغانستان مورد مطالعه قرار می‌دهیم و سپس مقررات احوال شخصیه دیگر کشورهای اسلامی را به شکل تطبیقی مرور می‌نماییم:

۱-۲- شرایط طلاق‌دهنده در فقه و حقوق افغانستان

قانون‌گذار افغانستان در جریان تدوین مقررات مربوطه، به تبعیت از فقه شرایط طلاق‌دهنده را به دقت مورد ملاحظه قرار داده است؛ قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان در ماده ۱۴۴ این شرایط را احصاء نموده



است. مطابق بند ۱ این ماده: «طلاق دهنده باید بالغ، عاقل، مختار و قاصد به لفظ و مفهوم صیغه طلاق باشد.» لحاظ همین چهار شرط در طلاق دهنده از مواد ۱۳۷، ۱۳۸ و ۱۴۱ قانون مدنی افغانستان نیز استفاده می‌شود. بر این اساس، شرایط طلاق دهنده عبارت‌اند از:

۲-۱-۱-۲- بلوغ

طلاق وقتی صحیح است که علاوه بر وجود شرایط ایقاع طلاق، طلاق دهنده باید به «بلوغ» شرعی رسیده باشد (زحیلی، ۱۴۳۳ق، ج. ۸، ص. ۳۵۱). بلوغ شرعی در پسران بر اساس فقه امامیه، تکمیل ۱۵ سال قمری می‌باشد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۲، ص. ۲۸۳). پس اگر کسی کمتر از ۱۵ سال قمری سن داشته باشد و اقدام به طلاق همسر خود نماید، طلاق او باطل بوده و بی‌اثر خواهد بود. فقه امامیه در تأیید این حکم علاوه بر اجماع به روایات متعددی استناد کرده‌اند که در آن‌ها طلاق غیربالغ، ناجایز، بی‌اعتبار و بی‌اثر خوانده شده است (نجفی، ۱۹۸۱، ج. ۳۲، ص. ۴).

فقه حنفیه نیز بلوغ را شرط صحت طلاق شمرده است (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج. ۴، ص. ۲۵۳) و در توجیه این نظر به روایتی از پیامبر (ص) استناد کرده (طهطاوی، ۱۴۲۴ق، ص. ۹۰) و افزون بر آن گفته‌اند: طلاق برای طلاق دهنده خالی از ضرر نیست و غیربالغ اجازه ایراد ضرر به خود را ندارد؛ ضمن آنکه طلاق از تصرفاتی است که نیاز به عقل و ادراک کامل دارد و غیربالغ فاقد چنین یک عقل و ادراکی است (ابن عابدین، ۱۴۲۳ق، ج. ۳، ص. ۲۶۹). بنابراین شخصی که به بلوغ شرعی نرسیده است، نمی‌تواند همسر خویش را طلاق دهد حتی اگر این طلاق با اجازه ولی یا قیم صورت گرفته باشد، زیرا طلاق امر شخصی است و خود شخص باید مستقلاً درباره آن تصمیم بگیرد.

نکته قابل ذکر در اینجا آن است که از آنجایی که فقها بلوغ را از شرایط صحت طلاق محسوب کرده‌اند، لذا طلاق زن توسط ولی کودک بدون اذن او صحیح نخواهد بود. همچنین ولی کودک نمی‌تواند همسر او را از طرف وی طلاق دهد چه این ولی پدر، یا جد پدری و یا حاکم شرع باشد. مستند این حکم علاوه بر اجماع، روایت: «الطلاق بيد من اخذ بالساق» است که طلاق را به صورت یک قاعده، منحصر در صلاحیت شوهر (من اخذ بالساق) می‌نماید. طلاق توسط وکیل به وسیله دلیل خاص از تحت این قاعده بیرون شده است اما طلاق به وسیله ولی همچنان در تحت شمول قاعده باقی است (زحیلی، ۱۴۳۳ق، ج. ۸، ص. ۳۵۱).

۲-۱-۲- عقل

یکی دیگر از شرایط طلاق دهنده «عقل» است. وجود شرط عقل در طلاق دهنده مورد اتفاق فقهایی امامیه و حنفیه است (طهطاوی، ۱۴۲۴ق، ص. ۹۰). بنابراین طلاق شخص مجنون (چه اطباقی و چه ادواری در دوره جنون)، صحیح نمی‌باشد (نوو، بی‌تا، ج. ۶، ص. ۲۲). زیرا عقل وسیله فکر کردن و معیار تکلیف است که در مجنون وجود ندارد. به علاوه طلاق از تصرفاتی است که قصد می‌خواهد و مجنون نمی‌تواند چنین قصدی داشته باشد (بدران، بی‌تا، ص. ۳۱۳). بنابراین اگر شخص مجنون بخواهد همسر خود را طلاق دهد، این کار توسط ولی او (پدر یا جد پدری) انجام خواهد پذیرفت و اگر ولی ندارد، حاکم شرع و یا نماینده

او از جانب مجنون طلاق را جاری می‌نماید (حلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۳، ص. ۵۷۹). اما مجنون ادواری در دوره افاقه می‌تواند همسر خود را طلاق دهد. قانون احوال شخصیه اهل تشیع در بند ۲ ماده ۱۴۴، وصی و قیم مجنون را نیز صلاحیت طلاق می‌دهد: «ولی قهری، وصی و قیم می‌توانند، با اثبات مصلحت مجنون دائمی به پیشگاه محکمه، زوجۀ او را طلاق دهند.»

در مورد سفیه ماده ۱۳۷ قانون مدنی افغانستان طلاق سفیه را با عبارت ذیل می‌پذیرد: «طلاق هر زوج عاقل و بالغ واقع می‌گردد، گرچه زوج سفیه یا مریض غیرمختل‌العقل باشد.» قانون احوال شخصیه اهل تشیع نیز در بند ۳ ماده ۱۴۴، طلاق زوجۀ توسط شوهر سفیه را جایز می‌شمارد ولی آثار مالی این طلاق را به عهده ولی سفیه می‌گذارد.

۲-۱-۳- قصد

طلاق‌دهنده در حین ادای عبارات و صیغه طلاق باید قصد داشته باشد یعنی بداند که چه می‌گوید و کلمات و صیغه طلاق را آگاهانه انتخاب نماید؛ از معنی و مفهوم الفاظ و عباراتی که بر زبان جاری می‌کند، آگاه باشد، در اجرای صیغه جدی بوده و از آثار و نتایج آن کاملاً مطلع باشد. پس برای تحقق قصد، طلاق‌دهنده هم باید قصد لفظ را داشته باشد و هم قصد معنی و مفهوم لفظ را. بنابراین اگر طلاق‌دهنده معنی و مفهوم دیگری را در ذهن داشته باشد و اشتباهاً صیغه طلاق را بر زبان براند، طلاق واقع نگردیده است. همچنین اگر مفهوم طلاق را قصد داشته باشد ولی برای تحقق آن اشتباهاً لفظ دیگری غیر از صیغه طلاق را بر زبان جاری کند، باز طلاق واقع نمی‌گردد. طبیعی است که اگر شخص الفاظ مخصوص طلاق را بر زبان براند ولی نه قصد لفظ را داشته باشد و نه قصد معنی را، در این صورت هم، طلاق واقع نخواهد شد.

قصد یا نیت طلاق از شروطی است که فقهای امامیه روی آن توافق دارند (بحرانی، بی‌تا، ج. ۲۵، ص. ۱۶۶). اما فقهای عامه معتقدند اگر الفاظی که طلاق‌دهنده مورد استفاده قرار می‌دهد، صریح در طلاق باشد، قصد و نیت لازم نیست (زحیلی، ۱۹۸۵، ج. ۷، ص. ۳۶۶). اما اگر وی برای اجرای طلاق از الفاظ کنایات استفاده می‌کند، باید قصد و نیت طلاق هم داشته باشد تا طلاق واقع گردد (زحیلی، ۱۹۸۵، ج. ۷، ص. ۳۶۷). مستند نظر علمای امامیه علاوه بر اجماع علما، روایاتی است که به‌صورت عام قصد را شرط اعمالی می‌داند که دارای اثر حقوقی و شرعی است. مثل: «لا عمل إلا بنية»، و «إنما الأعمال بالنیات» (عاملی، بی‌تا، ج. ۶، ص. ۵). به فرض که مراد از نیت، قصد اجرا و انجام عمل باشد و نه خصوص نیت تقرب. افزون بر این روایاتی زیادی در خصوص طلاق وارد شده که نیت را شرط انجام صحیح طلاق می‌داند مثل روایت هشام بن سالم از امام صادق (ع) که فرمودند: «طلاق واقع نمی‌شود مگر اینکه طلاق‌دهنده قصد و اراده طلاق را داشته باشد» (عاملی، بی‌تا، ج. ۱۵، ص. ۲۸۶). قانون احوال شخصیه اهل تشیع به تبعیت از فقه امامیه، در بند ۱ ماده ۱۴۴ قصد را شرط صحت طلاق تلقی نموده است، این در حالی است که قانون مدنی افغانستان که از فقه حنفی پیروی نموده، در طلاق با الفاظ صریح، نیت را شرط صحت نمی‌داند. متن بند ۲ ماده ۱۳۹ قانون مدنی چنین است: «طلاق با الفاظ صریحی که در عرف معنی طلاق



را افاده کند، بدون نیت واقع می‌گردد.» اما در طلاق با الفاظ کنایی نیت را لازم و شرط صحت طلاق اعلام نموده است.

در صورتی که قصد را شرط صحت طلاق بدانیم، اگر پس از اجرای صیغه طلاق زوج مدعی شود که بدون قصد و از سر اشتباه صیغه طلاق را اجرا کرده است، اینجا با توجه به اینکه نیت و قصد یک امر درونی و غیرقابل اثبات یا رد علمی است، آیا می‌توان ادعای زوج را پذیرفت و حکم به بطلان طلاق داد؟ فقها در این رابطه دو گروه شده‌اند؛ جمعی گفته‌اند: ادعای زوج پذیرفته می‌شود زیرا قصد امر قلبی است و وجود و عدمش صرفاً از ناحیه طلاق‌دهنده مشخص می‌گردد. بنابراین در صورت تردید در وجود قصد، حرف طلاق‌دهنده در این خصوص پذیرفته می‌شود. به علاوه در صورت شک در وجود قصد، اصل عدم قصد است (نجفی، ۱۹۸۱، ج. ۳۲، ص. ۱۸). گروه دیگر معتقدند: از آنجایی که افعال و اقوال فاعل عاقل و مختار از روی قصد واقع می‌شود، طلاق انجام‌شده صحیح است و ادعای یادشده غیرقابل قبول می‌باشد (بحرانی، بی‌تا، ج. ۲۵، ص. ۱۶۶). برخی از حقوق‌دانان قول دوم را قوی‌تر تلقی نموده‌اند زیرا ظاهر حال انسان عاقل و مختاری که در حضور دو نفر شاهد عادل و با رعایت شرایط، همسر خود را طلاق می‌دهد ظهور در این امر دارد که از روی قصد این کار را انجام داده است و حالا که طلاق‌دهنده مدعی عدم قصد است، باید ادعای خود را ثابت کند و الا طلاق به صحت خود باقی خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۴۰۰)، اما مشهور فقها قول اول را پذیرفته و ادعای طلاق‌دهنده مبنی بر عدم قصد را قابل پذیرش دانسته‌اند. قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان در بند ۵ ماده ۱۴۴ در این رابطه به شرح ذیل تفصیل قائل شده است: «هرگاه زوج بعد از اجرای صحیح صیغه طلاق و بعد از اتمام عده، ادعا نماید که قاصد نبوده، ادعای او قابل سمع نمی‌باشد، مگر در زمان عده رجعی ادعای وی قابل سمع است.»

۲-۴-۱- اختیار

شرط چهارمی که برای طلاق‌دهنده لازم است، «اختیار» و رضایت وی در طلاق است. بنابراین اگر طلاق‌دهنده از روی اکراه همسر خود را طلاق دهد، چنین طلاقی باطل بوده و فاقد اثر حقوقی و شرعی می‌باشد. در بطلان طلاق شخص مکره فقهای امامیه اجماع داشته و هیچ اختلافی با هم ندارند. افزون بر اجماع یادشده، نصوص موجود هم به صورت عام بر بطلان و بی‌اثر بودن هر عملی که از روی اکراه واقع گردد، دلالت دارند مثل حدیث رفع و هم به صورت خاص روایاتی که در باب طلاق اکراهی وارد شده است، چنین طلاقی را ناصحیح و فاقد اثر اعلام داشته است مثل روایت زراره از امام باقر (ع) که وقتی از ایشان راجع به طلاق شخص مکره سوال شد، در جواب فرمودند: «طلاق چنین شخصی طلاق نیست» (عاملی، بی‌تا، ج. ۲۲، ص. ۸۶). و یا روایت عبدالله بن الحسن از امام صادق (ع) که فرمودند: «طلاق در حال اکراه صحیح نیست... طلاق صحیح طلاقی است که از سر اراده انجام شود بدون اینکه اکراهی در میان باشد و یا اضطرار شخص را وادار به آن نماید» (عاملی، بی‌تا، ج. ۲۲، ص. ۸۷).

فقه‌های امامیه که اختیار را شرط صحت طلاق دانسته‌اند و طلاق اکراهی را باطل تلقی نموده‌اند، برای تحقق این اکراه شرایط ذیل را لازم شمرده‌اند:

(الف) اکراه‌کننده، مکره را به امری تهدید نماید که انجام آن در توان اکراه‌کننده باشد.
(ب) راه فرار از آسیب برای اکراه‌شونده وجود نداشته باشد مثل اینکه اکراه‌کننده تهدید کند که: «اگر زنت را طلاق ندهی تو را به قتل می‌رسانم». اکراه‌شونده هم به اصطلاح نه دست ستیز داشته باشد و نه پای گریز.

(ج) اکراه‌شونده علم و یا ظن قوی داشته باشد به اینکه اگر تسلیم خواسته اکراه‌کننده نشود، خطر جدی متوجه جان، مال و یا آبروی او یا خانواده و کسانش خواهد شد (نجفی، ۱۹۸۱، ج. ۳۲، ص. ۱۱). این شرایط در بند ۴ ماده ۱۴۴ قانون احوال شخصیه اهل تشیع مورد تأکید قرار گرفته است.

از ائمه مذاهب اربعه امام مالک، شافعی و احمد بن حنبل، هم‌نظر با فقه امامیه، طلاق شخص مکره را باطل دانسته‌اند (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج. ۷، ص. ۳۶۷) و برای این بطلان، یکی به «حدیث رفع» استناد کرده‌اند که مورد استناد فقهای شیعه نیز بود؛ از دیگر دلایل، عدم فتوای صحابه به صحت طلاق شخص مکره است (شوگانی، بی‌تا، ج. ۷، ص. ۲۲). افزون بر این شخص مکره اگرچه صیغه طلاق را بر زبان می‌راند اما او قصد طلاق ندارد بلکه قصد دفع ضرر از خود را دارد. بنابراین وی اختیاری در اجرای طلاق ندارد (بدران، بی‌تا، ص. ۳۱۶). اما امام ابوحنیفه و پیروانش، طلاق شخص مکره را صحیح دانسته‌اند زیرا شخص مکره از سر قصد، صیغه طلاق را بر زبان جاری ساخته است اگرچه راضی به اثر مترتب بر صیغه طلاق نبوده است و این عدم رضایت مانع وقوع طلاق نخواهد شد، همچنان که در هاذل چنین است و علمای مذاهب اربعه اتفاق نظر دارند بر اینکه عدم رضایت هاذل به وقوع طلاق، مانع تحقق طلاق با صیغه‌ای که به شکل لهو و هزل بر زبانش جاری شده، نمی‌گردد. به‌علاوه این گروه از فقها به روایتی از پیامبر (ص) تمسک کرده‌اند که ضمن آن در مبحث نکاح، طلاق و رجوع، جد و هزل هر دو، جد تلقی شده‌اند (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج. ۷، ص. ۳۵۴). قانون مدنی افغانستان در این رابطه از نظر جمهور فقها تبعیت کرده و در ماده ۱۴۱، طلاق شخص «مکره» را در کنار اشخاص «مجنون»، «نائم»، «معتوه»، «مختل‌العقل» و «مدهوش»، فاقد اعتبار تلقی نموده است.

۲-۲- شرایط طلاق‌دهنده در احوال شخصیه کشورهای اسلامی

قوانین مربوط به احوال شخصیه کشورهای اسلامی نیز به تبعیت از فقه و نیز برای اینکه طلاق درست واقع گردد، شرایطی را در طلاق‌دهنده، لحاظ کرده‌اند. قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۳۶، «بلوغ»، «عقل»، «قصد» و «اختیار» را در طلاق‌دهنده شرط نموده است.

قوانین احوال شخصیه کشورهای عربی، وجود قصد در طلاق‌دهنده را از شرایط صحت طلاق محسوب نکرده‌اند و این به دلیل تبعیت قوانین یادشده از فقه اهل سنت می‌باشد که قصد را صرفاً در صورتی شرط می‌دانست که طلاق‌دهنده در اجرای طلاق از الفاظ کنایی استفاده کند و در صورت استفاده از الفاظ صریح،



چنین شرطی لازم نبود. در مورد سه شرط دیگر، قوانین برخی کشورها هر سه شرط را آورده است مثل قانون احوال شخصیه سودان که در بند ۱ ماده ۱۳۴ «عقل»، «بلوغ» و «اختیار» را در طلاق‌دهنده شرط می‌داند. و نیز قانون احوال شخصیه یمن که در ماده ۶۰ همان سه شرط را در طلاق‌دهنده لازم می‌شمارد. قانون احوال شخصیه امارات در ماده ۱۰۱ صرفاً عقل و اختیار را در طلاق‌دهنده شرط می‌داند، گویی این قانون، بلوغ را مفروض گرفته است. قانون احوال شخصیه فلسطین در مواد ۱۳۳ و ۱۳۴ علاوه بر بطلان طلاق شخص «صغیر»، «مجنون» و «مُکره»، طلاق افرادی که به سبب «مستی»، «غضب» و یا هر چیز دیگر فاقد تمیز گردیده است را باطل اعلام داشته است. قانون احوال شخصیه اردن هم در بند الف ماده ۸۸، طلاق افراد «مُکره»، «مدهوش»، «معتوه»، «سکران»، «مغمی‌علیه» و «نائم» را باطل دانسته است. قانون احوال شخصیه عثمانی هم ضمن مواد ۲۱۸-۲۱۷ و ۲۲۰ طلاق افراد «مجنون»، «سکران»، «نائم»، «معتوه» و «مختل‌العقل» را باطل می‌داند.

۳- شرایط مطلقه

یکی از ارکان طلاق، وجود مطلقه است؛ از آنجایی که فقه و حقوق اسلامی طلاق را در اختیار مرد قرار داده است، برای صحت وقوع آن قصد و رضایت و یا اهلیت زن شرط نمی‌باشد. با این حال مطلقه هم باید شرایطی داشته باشد تا طلاق درست واقع گردد. وجود این شرایط در فقه امامیه و حنفیه تا حدودی متفاوت ظهور یافته است. از این‌رو ما ابتدا این شرایط را در فقه امامیه جست‌وجو می‌کنیم سپس در فقه حنفیه به تفحص شرایط یادشده می‌پردازیم، در ادامه موضع حقوق افغانستان را در این خصوص مرور می‌کنیم و در نهایت مقررات احوال شخصیه برخی از کشورهای اسلامی را برای انطباق مطالعه خواهیم نمود:

۳-۱- شرایط مطلقه در فقه امامیه

فقه امامیه این شرایط را به شرح ذیل برشمرده است:

الف) وجود علقه زوجیت: اولین شرط در این راستا آن است که بین زن مطلقه و مرد طلاق‌دهنده باید رابطه زوجیت برقرار باشد و الا اگر مرد، زن اجنبیه‌ای را طلاق دهد، هیچ اثری بر این طلاق، مترتب نخواهد شد (حلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۳، ص. ۵۸۱).

ب) دائم بودن عقد ازدواج: شرط دوم آن است که ازدواج به‌صورت دائمی منعقد شده باشد. بنابراین زنی که با عقد موقت به زوجیت درآمده است، با پایان مدت و یا بذل آن، جدایی حاصل می‌شود و در واقع طلاق در اینجا همان بذل مدت و یا انقضای آن خواهد بود (نجفی، ۱۹۸۱، ج. ۳۲، ص. ۲۸).

ج) پاک بودن زن از حیض و نفاس: یکی دیگر از شرایط مطلقه، پاک بودن وی از حیض و نفاس در حین اجرای صیغه طلاق است. این شرط وقتی معتبر است که اولاً: زن مدخوله باشد. ثانیاً: حامله نباشد. و ثالثاً: شوهرش نزد او حضور داشته باشد. و اگر یکی از این سه شرط مفقود باشد یعنی زن مدخوله نباشد و یا حامله باشد و یا شوهرش نزد او حضور نداشته باشد، طلاق چنین زنی جایز و صحیح است حتی اگر او در حال حیض باشد (حلی، ۱۴۰۹ق، ج. ۳، ص. ۵۸۱).

د) وقوع طلاق در طهر غیر مواقعه: مطابق این شرط، صحت طلاق نه تنها منوط به پاک بودن زن از حیض و نفاس است بلکه در این دوره از پاکی، نباید بین شوهر و زن مواقعه یا عمل زناشویی اتفاق افتاده باشد. البته این شرط مربوط به زنی است که بالغ است و حامله و یا یائسه هم نیست و اگر زن صغیره، حامله و یا یائسه باشد، طلاق وی در هر حال صحیح است (حلی، همان).

ه) تعیین مطلقه: زن مورد طلاق باید مشخص و معین باشد. از این رو اگر شخصی که چند همسر دارد و با گفتن: «زوجتی طالق» بخواهد یکی از آنها را طلاق دهد، صحیح نیست زیرا مشخص نشده که منظور کدام یک از زن‌ها بوده است بلکه باید زن را با نام و یا با اشاره و یا با نیت، معین نماید (مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص. ۳۱۵).

۲-۳- شرایط مطلقه در فقه حنفی

اما فقه حنفی همانند سایر مذاهب اهل سنت، به جز زوجیت در مطلقه شرط دیگری را معتبر نمی‌شناسد. البته در همین یک شرطی که فقه حنفی در مطلقه لحاظ کرده است نیز تفاوت آشکاری با فقه امامیه وجود دارد؛ چه اینکه فقه حنفی زوجیت را اعم از حقیقی و حکمی می‌داند، یعنی همچنان که زوجۀ حقیقی را می‌توان طلاق داد، زوجۀ ای که به طلاق رجعی طلاق داده شده و یا به طلاق بائی که مکمل طلاق سوم نیست، طلاق داده شده را نیز قبل از انقضای عده، می‌توان طلاق داد (ابوزهره، ۲۰۰۰، ص. ۲۹۲). این در حالی است که در فقه اهل تشیع زوجۀ ای که به طلاق بائن مطلقه شده اصلاً قابل طلاق شدن مجدد نیست و زوجۀ ای هم که به طلاق رجعی مطلقه شده، صرفاً بعد از رجوع قابل طلاق مجدد می‌باشد. طلاق زن در حال حیض و یا نفاس و یا در طهر مواقعه را فقه حنفی حرام می‌داند اما همانند فقه شیعه باطل و فاقد اثر نمی‌داند (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج. ۷، ص. ۴۲۶).

۳-۳- شرایط مطلقه در قوانین افغانستان و مقررات احوال شخصیه کشورهای اسلامی

قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان از پنج موردی که فقه امامیه برای مطلقه شرط دانسته است، مورد اول، سوم و چهارم را در ماده ۱۴۵ شرط صحت طلاق بیان کرده است، شرط دوم یعنی دائمی بودن ازدواج، با توجه به بحث‌هایی که در پارلمان کشور در هنگام تصویب این قانون راجع به نکاح موقت صورت گرفت (و در نتیجه تمام مواد و موارد مربوط به ازدواج موقت از این قانون حذف گردید)، مفروض تلقی گردیده است، همچنین شرط پنجم در این قانون نیامده است، به نظر می‌رسد این شرط هم مفروض تلقی شده باشد زیرا وقتی صحبت از طلاق زن است، این زن معین و مشخص است و طلاق زن نامعین و نامشخص بی‌معنی خواهد بود.

قانون مدنی افغانستان راجع به مطلقه، تنها زوجیت را شرط دانسته است و این زوجیت هم طبق ماده ۱۳۶ این قانون می‌تواند زوجیت حقیقی و یا مطلقه به طلاق رجعی باشد اما مطلقه به طلاق بائن را قانون مدنی افغانستان قابل طلاق مجدد نمی‌داند.



قوانین احوال شخصیه کشورهای عربی در مورد شرایط مطلقه، مطابق فقه حنفی و سایر مذاهب اهل سنت حکم نموده‌اند (ماده ۲۲۳ قانون احوال شخصیه عثمانی و ماده ۱۳۵ قانون احوال شخصیه فلسطین). با این حال قانون احوال شخصیه فلسطین در ماده ۱۳۹ طلاق در حال حیض و نفاس و نیز طلاق در طهر موافقه را بدعی و مطابق با فقه امامیه، باطل اعلام نموده است. همچنین قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی هماهنگ با فقه شیعه در ماده ۱۰۲ طلاق در عده را لغو و بی‌اثر دانسته است.

نتیجه‌گیری

طلاق به عنوان یک ایقاع حقوقی، نیازمند تحقق مجموعه‌ای از شرایط ماهوی و شکلی است که صحت و اعتبار آن را تضمین می‌کند. مطالعات تطبیقی ما حول این شرایط نشان می‌دهد که فقه امامیه و مقررات حقوقی افغانستان، وجود دو شاهد عادل برای استماع صیغه طلاق، صیغه منجز با الفاظ خاص و شرایط بلوغ، عقل، قصد و اختیار طلاق‌دهنده را از ارکان اساسی صحت طلاق شمرده است. در مقابل، فقه حنفی حضور شاهد برای استماع صیغه را شرط صحت طلاق نمی‌داند و در برخی شرایط از قصد و اختیار نیز تفسیر متفاوت ارائه می‌نماید. همچنین فقه امامیه با تأکید بر زوجیت، پاکی از حیض و نفاس و سایر موارد، شرایط جامعی را برای زن مطلقه مطرح می‌نماید در حالی که فقه حنفی، به جز زوجیت شرط دیگری را در مطلقه معتبر نمی‌شناسد. این تفاوت نگرش راجع به شرایط مطلقه در قانون احوال شخصیه اهل تشیع با خاستگاه فقه امامیه و قانون مدنی افغانستان با منشأ فقه حنفی به روشنی انعکاس یافته و در مقررات احوال شخصیه دیگر کشورهای اسلامی با گرایش‌های فقهی متفاوت نیز نمود می‌یابد.

این اختلافات نشان‌دهنده تنوع برداشت‌های فقهی و حقوقی از موضوع طلاق بوده و ضرورت توجه دقیق قانون‌گذاران به مبانی فقهی موجود و مقتضیات اجتماعی هر جامعه در تنظیم مقررات طلاق را خاطر نشان می‌سازد تا ضمن حفظ حقوق و مصالح طرفین در فرایند طلاق، از بروز اختلافات حقوقی و آسیب‌های خانوادگی ناشی از آن، جلوگیری شود. در نهایت پیشنهاد می‌شود که پژوهش‌های آینده به بررسی تأثیر عملی این تفاوت‌ها در نظام‌های حقوقی و اجتماعی کشورهای اسلامی پرداخته و راهکارهایی برای هماهنگی بیشتر قوانین ارائه کنند.

منابع

قرآن کریم.

ابن عابدین. (۱۴۲۳ق). حاشیه رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار. ریاض: دار عالم الکتب.
ابن نجیم المصری، زین الدین بن ابراهیم. (۱۴۱۸ق). البحر الرائق شرح کنز الدقائق. (شیخ زکریا عمیرات، تحقیق).
بیروت: دارالکتب العلمیه.

ابوزهره، محمد. (۲۰۰۰). الاحوال الشخصیه. قاهره: دارالفکر العربی.
بدران، ابوالعینین. (بی تا). الفقه المقارن للاحوال الشخصیه. بیروت: دارالنهضة العربیه.
جزیری، عبدالرحمن. (۱۴۲۷ق). الفقه علی المذاهب الاربعه. قاهره: دار الآفاق العربیه؛ بیروت: دارالکتب العلمیه.
عاملی، حرّ، محمد بن حسن. (بی تا). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه (الاسلامیه). (عبدالرحیم ربانی،
تحقیق). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

حصفکی، علاءالدین. (۱۴۱۵ق). الدر المختار شرح تنویر الابصار. بیروت: دارالفکر.
حلی، ابن ادریس. (۱۴۱۱ق). السرائر. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
زحیلی، وهبه. (۱۴۰۵ق). الفقه الاسلامی وادلته. دمشق: دارالفکر.
زحیلی، وهبه. (۱۴۳۳ق). الفقه الاسلامی و القضايا المعاصره. دمشق: دارالفکر.
سرخسی، شمس الدین. (۱۴۰۶ق). المبسوط. بیروت: دار المعرفه.
سمرقندی، علاءالدین. (بی تا). تحفه الفقهاء. بیروت: دارالکتب العلمیه.
مرتضی، شریف. (۱۴۱۵ق). الاتصار. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
شوگانی، محمد بن علی بن محمد. (بی تا). نیل الاوطار من احادیث سید الاخبار. ج. ۷. بیروت: دارالجلیل.
شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. (سید محمد کلاتر،
تحقیق). قم: انتشارات داوری.
شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی. (۱۴۱۳ق). مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف
الاسلامیه.

صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله. (۱۳۸۷). حقوق خانواده. ج. ۱. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
طهطاوی، علی احمد. (۱۴۲۴ق). تنبیه الابرار باحکام الخلع و الطلاق و الظهار. بیروت: دارالکتب العلمیه.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۵). تهذیب الاحکام. قم: دارالکتب الاسلامیه.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. (محمدتقی کشفی، تحقیق). تهران: مکتبه المرتضویه.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۷ق). الخلاف. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. قم: انتشارات قدس.
عاملی، حرّ، محمد بن حسن. (بی تا). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه (الاسلامیه). (عبدالرحیم ربانی،
تحقیق). بیروت: دار احیاء التراث العربی.



عسقلانی، ابن حجر. (۱۳۷۹ق). *سبل السلام*. ج. ۳. مصر: شرکت مکتبه و مطبعه مصطفى البابي.
 علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۲ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
 علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (بی تا). *تحریر الاحکام*. مشهد: مؤسسه آل البيت.
 فخرالمحققین (ابن العلامه)، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*. ج. ۳. قم: المطبعه العلمیه.

قاضی ابن البراج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). *المهذب*. ج. ۲. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
 کاسانی، علاءالدین ابوبکر بن مسعود. (۱۴۰۹ق). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع*. کوئته، پاکستان: المکتبه الحبیبه.
 محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۶). *تحلیل فقهی حقوق خانواده*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
 نجفی، محمدحسن. (۱۹۸۱). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*. ج. ۳۲. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 نووی، محیی الدین بن شرف. (بی تا). *روضه الطالبین*. ج. ۶. (شیخ عادل احمد عبد الموجود و شیخ علی محمد معوض، تحقیق). بیروت: دارالکتب العلمیه.

چالش‌های سیاست جنایی مبارزه با فساد اداری در حقوق کیفری افغانستان

محمدنبی اخلاقی^۱

چکیده

فساد اداری یکی از چالش‌های بزرگی است که آسیب جدی به نظام سیاسی و اقتصادی کشور وارد می‌سازد. با روی کار آمدن دولت جدید و ایجاد حکومت مردمی و مبتنی بر دموکراسی، در پسا طالبان، فساد اداری به صورت چشمگیر و قابل توجه در پرتو سرازیر شدن کمک‌های کشورهای خارجی، رشد نموده است. این در حالی است که به وضوح مشاهده می‌شود سیاست جنایی در برخورد با مجرمین اداری از ابزار لازم و جنبه‌های بازدارندگی برخوردار نبوده و قوانین موجود در این زمینه پوشش لازم و مناسب را ندارد. به صورت کلی سیاست جنایی افغانستان در مبارزه با فساد اداری با چالش‌های مختلف ماهوی و شکلی مواجه می‌باشد. تخصص نداشتن وضع‌کنندگان سیاست جنایی، ضعف و ابهام در قوانین، فقدان ضابطه‌مندی در جرم‌انگاری‌ها، چالش‌های کیفرگذاری و عدم مناسبت کیفرها با رفتار جرمی، فقدان ضابطان آموزش‌دیده و حرفه‌ای، خلأ قوانین شکلی و دادرسی، فقدان قضات متخصص و محاکم اختصاصی از جمله شاخصه‌ها و چالش‌های بزرگی است که مبارزه علیه فساد اداری را دشوار و غیرممکن ساخته است.

کلیدواژه‌ها: سیاست جنایی، فساد اداری، چالش‌های سیاست جنایی، افغانستان، انواع فساد اداری.

۱. دانش‌پژوه دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران.



مقدمه

فساد اداری یکی از پرچالش‌ترین پدیده‌های عصر حاضر می‌باشد که با وجود آن عرصه‌های مختلف حیات بشری و نظام‌های سیاسی دچار چالش‌های گسترده می‌گردد. نهادهایی که شاخص فساد اداری را ارزیابی کرده‌اند، حاکی از فساد گسترده و سیستماتیک در کشور است. به‌طوری که مقامات بلندپایه دولتی از وزرا تا رئیس‌جمهور به این امر اعتراف نموده‌اند. فساد انبوه و چشمگیر در ادارات دولتی آثار و پیامدهای مخربی در عرصه‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی به وجود می‌آورد. از بی‌اعتمادی شهروندان تا فروپاشی نظام سیاسی و چالش بزرگ اقتصادی و انواع معضلات اجتماعی در کشور را در پی دارد. در راستای چالش‌ها و معضلات ناشی از فساد اداری، ضرورت ایجاد می‌کند که دولت و نهادهای قضایی از طریق سیاست جنایی مناسب و کاربردی، علیه فساد اداری واکنش نشان دهند. سیاست جنایی حاکم نسبت به فساد اداری دچار چالش‌هایی است که بر اساس آن نمی‌توان در راستای ریشه‌کن‌سازی فساد اداری مبادرت کرد.

مفهوم‌شناسی سیاست جنایی و انواع آن

الف- تعریف سیاست جنایی

اصطلاح سیاست جنایی در کشورهای غربی، برای نخستین بار بیش از دو سده پیش توسط حقوق‌دانان آلمانی از جمله آنسلم فون فویرباخ (Anselm Von Feuebach) در سال ۱۸۰۳ و کلایشرود (Kleinschrod) در قالب واژه Kriminalpolitik وارد ادبیات حقوق کیفری شد (کریستین لازرر، ۱۳۹۰، ص. ۳۳). بعد از آن دانشمندان دیگر مانند خانم دلماس مارتی و اندیشمندان دیگر قلم رانده‌اند. به‌صورت کلی سیاست جنایی را پژوهشگران به سیاست جنایی موسع و سیاست جنایی مضیق دسته‌بندی کرده‌اند که در ذیل به تعریف، تجزیه و تحلیل هرکدام از آن‌ها پرداخته شده است.

۱- تعریف مضیق

فویرباخ از اولین صاحب‌نظران سیاست جنایی است که از سیاست جنایی تعریف مضیق ارائه نموده است و معتقد است که سیاست جنایی پاسخ‌ها و واکنش‌های سرکوب‌گرانه دولت به جرم است. سیاست جنایی «مجموعه شیوه‌های سرکوب‌گرانه‌ای است که دولت با توسل به آن‌ها علیه جرم واکنش نشان می‌دهد» (کریستین لازرر، ۱۳۷۵، ص. ۹). بر اساس این تعریف سیاست جنایی همان پاسخ‌های کیفری، قهرآمیز و تنبیهی به جرم است که دولت به نمایندگی از جامعه در قبال مجرمان اعمال می‌کند. فون لیست یکی از پژوهشگران دیگری است که در تعریف سیاست جنایی می‌نویسد: «سیاست جنایی مجموعه منظم اصولی است که دولت و جامعه با توسل به آن‌ها مبارزه علیه بزه و بزه‌کاری را سازمان‌دهی می‌نماید» (ملازمیان، ۱۳۸۷، ص. ۳۴).

در این تعریف جرم و بزه کار محور تعریف قرار گرفته است و اصولاً دارای دو نکته اساسی است. اولاً فون لیست به پیشگیری بزه و جرم از طریق برنامه و روش‌های جامعه‌مدار و دولت‌مدار معتقد است و ثانیاً سیاست جنایی را شامل روش‌های سرکوب‌گرانه دولت در قبال بزه کار هم می‌داند. به عبارت دقیق‌تر سیاست جنایی مجموعه اصول منظم پیشگیری جرم و پاسخ‌های سرکوب‌گرانه نسبت به بزه کار است.

دون دیو دووایر (Donnedieu de Vabres) فرانسوی در کتاب خود تحت عنوان *سیاست جنایی دولت‌های اقتدارگر/اوتوریتار* معتقد است که سیاست جنایی یک هنر است و موضوع آن کشف شیوه‌های مبارزه علیه جرم می‌باشد. مشخص است که دووایر و محققان تا اواسط قرن بیستم از سیاست جنایی تعاریف مضیق ارائه کرده‌اند و سیاست جنایی را تنها به واکنش‌ها و پاسخ‌های دولتی و جامعی نسبت به بزه و بزه کار می‌دانند (ملازمیان، ۱۳۸۷، ص. ۳۴).

۲- تعریف موسع

پس از اواسط قرن بیستم و پس از جنگ‌های جهانی اول و دوم اندیشمندان و محققان دیگری، در مفهوم و تعریف سیاست جنایی نظریه‌پردازی کرده‌اند و سیاست جنایی را کاملاً دچار تحول کردند. بعد از ظهور مکاتب فلسفی، سیاست جنایی، دیگر تنها به معنای واکنش‌های سرکوب‌گرانه به جرم نیست، بلکه شامل روش‌های غیرسرکوب‌گرانه و رفتارهای دیگری مانند انحراف و کج‌روی هم به عنوان پدیده‌ای ضد اجتماعی در تحت عنوان مباحث سیاست جنایی جا می‌گیرد.

سیاست جنایی نوین و در مفهوم موسع به استفاده از تمامی روش‌ها و ابزارها خصوصاً روش‌های مبتنی بر جبران خسارت و میانجی‌گری به جای استفاده صرف از روش‌های سرکوب‌گرانه و استفاده از مشارکت اجتماعی در مبارزه و پیشگیری از بزه کاری می‌باشد.

از دیدگاه انریکو فری سیاست جنایی «مجموعه روشمند اصول مبتنی بر مطالعه علمی منشأهای جرم و آثار کیفر که بر اساس این اصول دولت باید از طریق مجازات‌ها و نهادهای مشابه علیه بزه کاری مبارزه کند» (کریستین لازرژ، ۱۳۷۵، ص. ۳۴).

مارک آنسل بنیان‌گذار مرکز پژوهش‌های سیاست جنایی پاریس، در سال ۱۹۷۴ از مفهوم موسع سیاست جنایی دفاع کرد. از دیدگاه او «قلمرو سیاست جنایی کاربرد نظام کیفری و نظام پیشگیری در مقابله با بزه کاری را شامل می‌شد؛ یعنی سازمان‌دهی عقلانی مبارزه علیه جرم بر اساس یافته‌های جرم‌شناختی» (آنسل، ۱۳۷۵، ص. ۲۸).

خانم دلماس مارتی در ادامه فرایند تحول و گذار سیاست جنایی از مفهوم مضیق به موسع می‌نویسد: «سیاست جنایی شامل مجموعه‌ای از روش‌ها می‌شود که هیئت اجتماع با توسل به آن‌ها پاسخ‌ها به پدیده مجرمانه را سازمان می‌بخشد» (دلماس مارتی، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۴). بدین ترتیب سیاست جنایی مترادف با جنبه‌های نظری و عملی اشکال مختلف کنترل اجتماعی (جرم و انحراف) متجلی می‌شود. در این دیدگاه حقوق کیفری مانند هسته اصلی یا محل قوی‌ترین فشار و تنش در سیاست جنایی حضور بسیار محسوسی



خواهد داشت لیکن ابزارهای کیفری در قلمرو سیاست جنایی دیگر تنها نیستند، روش‌های غیرکیفری مانند ضمانت‌اجراهای اداری غیرسرکوب‌گرانه (پیشگیری، جبران، ترمیم خسارت و میانجی‌گری) و گاه روش‌های غیردولتی (شیوه‌های غیرسرکوب‌گر افراد شبه‌نظامی خصوصی، اقدام‌های اعتراضی از نوع اقدامات سازمان عفو بین‌الملل) وجود دارد که می‌توان گفت اجتماع مردمی و جامعه مدنی در این فرایند نقش کلیدی و چشمگیری دارد.

سیاست جنایی موسع هم شامل جنبه‌های عملی و کاربردی حقوق کیفری است و هم شامل جنبه‌های عملی و اجرایی دیگر اشکال کنترل اجتماعی پدیده مجرمانه، همچون حقوق اداری، اقدامات پیشگیری، طریق جبران خسارات بزه‌دیدگان و میانجی‌گری کیفری برای اجتناب از صدور کیفرخواست. به علاوه بعضی اقدامات در این مفهوم منبعث از جامعه مدنی است و از خود مردم سرچشمه می‌گیرد، مثلاً اقدامات سرکوب‌گرانه شبه‌نظامیان یا گروه‌های فشار یا اقدامات انضباطی، تشکل‌های صنفی که علیه اعضا به کار می‌برند. به عبارت دیگر کلیه تدابیر و مقرراتی که در تشکل‌های غیردولتی برای تنظیم روابط اعضا با مدیریت حفظ منافع صنفی و حرفه‌ای تنظیم و اعمال می‌شود در چارچوب سیاست جنایی قرار می‌گیرد (دلماز مارتی، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۴).

بنابراین سیاست جنایی بعد از گذار جامعه قرن بیستم دچار دگرگونی و تحول ژرف شد؛ علاوه بر پاسخ‌های دولتی و سرکوب‌گرانه، شامل یک سری روش‌های پیشگیری غیرکیفری و روش‌های جامعه‌مدار را هم در شمول خود قرار داد. انحراف و کج‌روی از واژه‌های جدید و اساسی است که در گذار و تحول سیاست جنایی در قلمرو سیاست جنایی نوین جا گرفته است.

ب: انواع سیاست جنایی

سیاست جنایی به انواع مختلف انشعاب می‌یابد. سیاست جنایی تقنینی به معنای واکنش علیه رفتار مجرمانه و انحراف از طریق قانون خواهد بود. در سیاست جنایی قضایی بازتاب واکنش‌های جمعی و دولتی از طریق نهادهای قضایی اعمال می‌گردد. در سیاست جنایی مشارکتی واکنش‌های جمعی با ابزارهای کیفری و غیرکیفری به صورت جمعی و مشارکتی بازتاب می‌یابد.

۱- سیاست جنایی تقنینی

سیاست جنایی تقنینی مجموعه‌ای از تدابیر سرکوب‌گرانه و غیرسرکوب‌گرانه در واکنش علیه بزه کار است که در قانون تجلی پیدا می‌کند و برای آن ضمانت‌اجراهایی در نظر گرفته شده است. سیاست جنایی تقنینی ضمن آنکه صلاحیت قانونی دارد، معیار و مبانی انواع دیگر آن بوده و بیانگر اصول کلی حاکم بر نظام کیفری یک جامعه می‌باشد. این نوع سیاست جنایی گاهی بر عمل منحرفانه یا مجرمانه تکیه دارد و گاهی نیز بر شخصیت مباشر و مرتکب آن عمل مجرمانه و انحراف تأکید دارد (لارژر، کریستین، ۱۳۸۷، صص. ۹۶-۹۴). سیاست جنایی تقنینی مبتنی بر شخص بزه کار یا منحرف است و با این دیدگاه، قانون، زمانی مبتنی بر سیاست جنایی است که ضمانت‌اجرای کیفری، کنترل اجتماعی را برای هموار نمودن راه بازگشت

بزه‌کاران و منحرفان در جامعه میسر سازد. در این حال ممکن است مجازات و به‌طور کلی ضمانت‌اجرا، حتمی و قطعی نبوده و با جرم ارتكابی نیز تناسبی نداشته باشد، زیرا آنچه مهم است، شخصیت مجرم و منحرف است نه عمل ارتكابی (فائزه عظیم‌زاده اردبیلی و ساره حسابی، ۱۳۹۰، ص. ۱۲۰).

۲- سیاست جنایی قضایی

سیاست جنایی قضایی به مفهوم دقیق‌تر آن مجموعه روش‌ها و تدابیری است که در تصمیم‌گیری‌های محاکم و نهادهای قضایی منعکس بوده است. به عبارت دیگر پس از آنکه قانون‌گذار، سیاست جنایی خود را در قالب قوانین و مقررات پیاده کند، این قوانین و پیام‌های قانون‌گذار به‌صورت‌های متفاوتی درک و پذیرفته می‌شود. قانون به تبیین اصول کلی نظام کیفری پرداخته، تفسیر و تطبیق آن را در موارد خاص به قضات محاکم واگذار نموده است. این امر یعنی روح بخشیدن به الفاظ خشک و بی‌روح قوانین و فعلیت بخشیدن به آن‌هاست. بدین ترتیب «سیاست جنایی قضایی یعنی سیاست جنایی تقنینی آن طور که مورد برداشت، تفسیر و عمل قضات قرار می‌گیرد» (قیاسی، ۱۳۸۵، ص. ۲۹).

۳- سیاست جنایی مشارکتی

یکی از انواع دیگر سیاست جنایی، سیاست جنایی مشارکتی است. در سیاست جنایی مشارکتی، معیار، نقش مؤثر جامعه مدنی و آحاد شهروندان در واکنش علیه بزه و بزه‌کار است. در سیاست جنایی مشارکتی، مشارکت عامه مردم است و این مسئله به کارایی آن می‌افزاید. شرکت دادن عموم مردم در سیاست جنایی افزون بر رفع دل‌نگرانی مشروع در جهت بالا بردن کارایی آن به‌معنای این است که امروزه پیشگیری و سرکوب بزه‌کاری از جمله اموری هستند که به همه افراد جامعه مربوط می‌شوند (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ص. ۱۱).

ج: تعریف فساد اداری

۱- تعریف حقوقی

در ادبیات حقوق دانان، واژه فساد ابتدا دسته‌بندی گردیده است و سپس انواع آن به بررسی و تحلیل گذاشته شده است. به‌عنوان نمونه در تعریف فساد مالی آمده است: «فساد مالی عبارت است از سوء استفاده از قدرت تفویض شده در جهت منافع شخصی اعم از اینکه در بخش خصوصی باشد یا دولتی. فساد سیاسی عبارت است از به کارگیری اختیار پیوند یافته با فرمانروایی (حاکمیت) از سوی کارمندان دولت برای بهره‌های شخصی غیرقانونی» (توران، توسلی‌زاده، ۱۳۹۱، ص. ۲۶).

در تعریفی دیگر از فساد آمده است: «فساد سوء استفاده از قدرت عمومی، برای منفعت خصوصی.» «فساد سوء استفاده از منصب عمومی برای منفعت شخصی» (دادخدایی، ۱۳۹۰، ص. ۳۱). برخی نوشته‌اند: «فساد مالی عبارت است از سوء استفاده از قدرت تفویض شده در جهت منافع شخصی اعم از اینکه در بخش خصوصی باشد یا دولتی. در مفهوم دقیق‌تر فساد مالی که فساد سیاسی را هم در بر دارد، دارای سه خصیصه



است. نخست اینکه تخطی از قوانین و مقررات است. نظیر وقتی که مدیران عمومی از مقام خود برای تحصیل امتیازهای شخصی سوء استفاده بکنند. دوم آنکه مناسبات فسادآمیز به تحصیل امتیازهای مادی منجر شود؛ نظیری وقتی که شخصی با پرداخت پول باعث شود که تصمیمی عمومی به نفع او اتخاذ گردد.

به این ترتیب فساد صورتی از تأثیر و نفوذ پول بر امور سیاسی است. سوم آنکه فساد معمولاً با معاملات و مبادلات پنهانی همراه است» (لیپست، سیمور مارتین و دیگران، ۱۳۸۳، ص. ۱۰۰۹).

فساد به‌ویژه اگر به‌صورت سازمان‌یافته و در سطح گسترده تحقق یابد، می‌تواند بیانی از ناامنی در داخل و بی‌اعتباری در سطح بین‌المللی را به همراه داشته باشد؛ فساد مناسبات دولت و مردم را در جامعه به شدت تخاصمی و تقابل‌طلبانه می‌کند.

دولتی که عناصری از آن فاسد و رشوه‌ستانند می‌کوشد حقایق از دید مردم پوشیده بماند و مردمی که به هر حال از آن واقعیت‌ها باخبر می‌شوند بیشتر و بیشتر به حکومت بی‌اعتماد می‌شوند. بی‌اعتمادی مردم به حکومت، مشروعیت آن را کاهش می‌دهد و در نتیجه توان دولت در پیش بردن سیاست‌ها را به شدت تضعیف می‌کند. فساد گسترده سرمایه اجتماعی را تخریب می‌کند و مانع از انباشت آن می‌شود. فرسایش تدریجی سرمایه اجتماعی در جامعه، تصمیمات جمعی را پر هزینه و وفاق ملی در آن را دشوار و چه‌بسا غیرممکن می‌کند (خضری، ۱۳۸۴، ص. ۵۱۶).

۲- تعریف قانونی

در ماده ۲ قانون پیشگیری از فساد گرنادا مصوب سال ۲۰۰۷ چنین تعریف شده است: «هر رفتار غیرقانونی و غیرمجاز شخص برای به کارگیری نفوذش در اداره یا به دست آوردن سود برای خود یا دیگری که ناسازگار با وظایف قانونی، یا حقوق دیگران باشد که شامل ارتشاء، تقلب و جرایم مرتبط با آن‌ها می‌گردد» (خضری، ۱۳۸۴، ص. ۵۱۷).

در قانون مبارزه علیه ارتشاء و فساد اداری افغانستان، قانون‌گذار چنین بیان می‌دارد: «فساد اداری، عمل خلاف قانون است که توسط کارکنان دولتی و سایر مأمورین خدمات عامه به مقصد حصول اهداف و منافع شخصی و یا گروهی به اشکال ذیل صورت می‌گیرد: اختلاس و غدر، سرقت اسناد، اتلاف اوراق و اسناد رسمی، تجاوز از حدود و صلاحیت قانونی، استفاده از امکانات دولتی و اوقات رسمی در امور شخصی، امتناع و استنکاف از وظیفه بدون عذر قانونی، کتمان حقیقت، جعل و تزویر اسناد، وانمود ساختن صلاحیت اجرا و یا امتناع از اموری که وظیفه مأمور خدمات عامه نباشد، اخذ هر نوع تحفه به‌منظور اجرای کار در امور مربوط، تعلل بی‌مورد در اجرای وظیفه محوله، رویه سوء مأمورین خدمات عامه در برابر افراد، تطمیع، سفارش، التماس غیرقانونی و واسطه‌شدن، دخیل ساختن ملاحظات قومی، منطقه‌ای، مذهبی، لسانی، حزبی، جنسی و شخصی در انتخاب و استخدام» (قانون مبارزه با ارتشاء و فساد اداری افغانستان، ماده ۳).

بر اساس تعریف قانون مبارزه با ارتشاء و فساد اداری افغانستان، بیان چند نکته ضروری و حائز اهمیت است:

اولاً: تعریف ارائه شده از فساد یک تعریف نسبتاً کلی و عام به نظر می‌رسد، زیرا جمله «به منظور حصول اهداف» عام و گسترده است. ممکن است غرض از ارتکاب فساد، اهداف شخصی در کار باشد، ممکن است هدف از ارتکاب فساد، اهداف گروهی دنبال شود و ممکن است هدف از ارتکاب فساد، ایجاد اختلال به نظام اقتصادی و سیاسی کشور باشد. البته احتمال سوم در متن صریح ذکر نشده است. ثانیاً: مصادیقی که از فساد در ذیل ماده شمرده است، شامل همه انواع جرایم با محوریت موضوع مالی می‌شود. جرایم علیه اموال، جرایم مالی و جرایم اقتصادی در زیرمجموعه مصادیق ارائه شده قرار خواهد گرفت.

د: انواع فساد اداری

۱- فساد اداری سیاه

کاری که از نظر توده‌ها و نخبگان سیاسی منفور است و عامل آن باید تنبیه شود. برای مثال می‌توان گفت که دریافت رشوه برای نادیده گرفتن استانداردها و معیارهای ایمنی در احداث مسکن و مسائل خطرناک از این نوع فساد اداری هستند (فرامرزی و بلالی، ۱۳۸۰، ص. ۲۲).

۲- فساد اداری خاکستری

فسادی است که از نظر اکثر نخبگان منفور است اما توده‌های مردم در مورد آن بی‌تفاوت هستند. مثلاً کوتاهی کارمندان در اجرای قوانینی که در بین عموم از محبوبیت چندانی برخوردار نیستند، کمتر الزام به اجرای آن دارند و فردی به غیر از نخبگان سیاسی به مفید بودن آن‌ها معتقد نیست (قائمی و گنجی، ۱۳۹۰، ص. ۱۳).

۳- فساد اداری سفید

عملی که ظاهراً مخالف قانون است اما اکثر اعضای جامعه، نخبگان سیاسی و اکثر مردم عادی آن را آن قدر مضر و بااهمیت نمی‌دانند که خواستار تنبیه عامل آن باشند. مثال گویای فساد اداری سفید، چشم‌پوشی از نقض مقرراتی است که در اثر تغییرات اجتماعی و فرهنگی ضرورت خود را از دست داده‌اند؛ استفاده از کامپیوتر در کشورهایی که قبلاً ممنوعیت داشته، از این نوع می‌باشد (فرامرزی و بلالی، ۱۳۸۰، ص. ۲۳).

چالش‌های تقنینی سیاست جنایی در مبارزه با فساد اداری

الف: چالش‌های ماهوی

۱- تخصص نداشتن طراحان و وضع‌کنندگان سیاست جنایی

یکی از چالش‌های اساسی که فراروی مبارزه با فساد اداری در حوزه سیاست جنایی تقنینی وجود دارد، متخصص نبودن وضع‌کنندگان قانون و پدیدآورندگان سیاست کیفری است. بسیاری از افرادی که به‌عنوان نماینده در پارلمان کشور ایفای نقش می‌کنند نسبت به داده‌های حقوقی و رهیافت‌های جرم‌شناختی و قانون‌گذاری بیگانه‌اند و نسبت به حقوق کیفری و شناخت‌شناسی پاسخ‌های کیفری در قبال پدیده‌های مجرمانه اداری تخصص ندارند. این در حالی است که فرایند تقنین، جرم‌انگاری پدیده‌های مجرمانه و



کیفرشناسی مناسب در قبال آن‌ها نیازمند درک و فهم ابعاد مختلف جرمی و عوامل مختلف آن مانند علل اقتصادی، روانی، ساختاری، شخصیتی، اجتماعی، جنسیتی، سیاسی، وراثت، ژنتیک، کروموزوم‌ها و... می‌باشد. به وضوح باید به این نکته تأکید نمود که کارایی پارلمان کشور در کیفیت نمایندگان و تقنین می‌باشد نه در کمیت آن‌ها، در حالی که هم پارلمان هم دولت به مشکل تولید قوانین و مقررات در عرصه فساد اداری مبتلا می‌باشند.

به این ترتیب نمایندگان پارلمان کشور و سایر افرادی که در مراحل مختلف تدوین و نگارش قانون ایفای وظیفه می‌نمایند، فاقد تخصص‌اند و قوانینی که در حوزه‌های مختلف از جمله مبارزه با فساد اداری وضع می‌گردد نیز در پیشگیری و کنترل فساد اداری فاقد کارایی کاربردی می‌باشد.

۲- فقدان معیار و ضابطه در جرم‌انگاری‌ها

یکی از شاخصه‌هایی که فرایند مبارزه با فساد اداری را در حوزه تقنین با چالش‌های قابل توجه، مواجه می‌سازد، فقدان ضابطه و معیار در جرم‌انگاری فساد اداری است. معیار و ضابطه درست و مشخص می‌تواند عدالت کیفری و میزان تأثیرگذاری مبارزه با فساد را به‌نحو بهتر تأمین نماید.

با توجه به اینکه فضای اقتصادی حاکم در افغانستان زمینه و بستر گرم جرایم اقتصادی و فساد را فراهم نموده است، (آشفته‌گی بازار، نابرابری‌ها، ملاحظات سیاسی، جرایم بانکی، فساد اداری، عدم مقررات کاربردی ماهوی و شکلی، فساد اقتصادی، فقدان ثبات اقتصادی و سیاسی بخشی از اموری است که باعث کاهش اعتماد عمومی، کاهش سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت و ناکارآمدی نظام اقتصادی گردیده است) سیاست جنایی افغانستان در قبال آن فاقد مقررات مدون و به‌روز هستند. از لحاظ ماهوی دارای مشکلات و چالش‌های بنیادین می‌باشد. عدم تعریف و عدم ارائه ضابطه دقیق، چالش‌های مفهومی، واکنش‌ها و مجازات‌های غیرمتناسب و نبود معیار و ضابطه قانونی از جمله چالش‌های ماهوی است که فرایند مبارزه با سیاست‌گذاری تقنینی را با چالش مواجه نموده است.

به این ترتیب قانون‌گذاران در راستای جرم‌انگاری پدیده‌های فسادزا در اداره‌های مرکزی و محلی ضابطه مشخصی از فساد اداری ارائه دهند تا ابهاماتی که در سایه فقدان ضوابط به وجود آمده است، ابهام‌زدایی شده و مبارزه با فساد اداری از حالت انفعالی خارج شده و از جنبه کاربردی و تأثیرگذاری برخوردار گردد. ابهام در قوانین سبب تفسیرهای قضایی مختلف شده و تطبیق یکسان قانون را با چالش مواجه می‌سازد. در واقع قانون‌گذار باید در فرایند تقنین در حوزه فساد اداری به چند نکته ذیل پاسخ منطقی و درخوری داشته باشد:

- در میان علل‌های مختلف پدیده‌های مجرمانه، علل اصلی جرم را دریابد و سپس در فرایند کیفرگذاری متناسب با آن واکنش‌های کیفری و غیرکیفری عملیاتی نماید.
- بزه‌دیده و بزه‌دیدگان را شناسایی نموده و بفهمد که رفتار ارتكابی به چه شخصی صدمه و آسیب زده است.

- میزان ضررهای اقتصادی و اجتماعی ناشی از فساد اداری را ارزیابی نماید و با توجه به میزان صدمه و ضررهای آن به کیفرگذاری بپردازد.

۳- جرم‌انگاری‌های ناقص

موضوع عدم جرم‌انگاری و یا جرم‌انگاری ناقص در مبارزه با فساد اداری به‌ویژه در قوانین کیفری سابق یکی از چالش‌هایی بود که آسیب جدی در نظام سیاسی و اقتصادی کشور وارد کرده بودند. برخی رفتارهای مجرمانه مثل سوء استفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی کارکنان دولتی در قوانین کیفری پیش از کود جزا جرم‌انگاری نشده بود، در حالی که این رفتارها مثل ارتشاء و اختلاس مطابق با کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد از جمله جرایم مربوط به فساد اداری است (کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، مواد ۱۸ و ۲۰). در قانون جزای مصوب ۱۳۵۵ این رفتارها جرم‌انگاری نشده است. هرچند در جزء ۱۱ ماده ۴ قانون نظارت بر تطبیق استراتژی مبارزه با فساد اداری افزایش غیرقانونی دارایی از جمله مصادیق فساد اداری بیان شده است اما به دلیل تعریف و تعیین عناصر و مجازات آن و ارجاع به قانون جزا و عناصر مجرمانه سوء استفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی کارکنان دولتی مطابق با کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد نبود. هرچند مقررات مربوط به سوء استفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی از جمله مقررات الزامی کنوانسیون نیست. این نقص سیاست جنایی واکنشی کشور در مبارزه با فساد اداری به‌ویژه در زمینه سوء استفاده از نفوذ و افزایش غیرقانونی دارایی، را به چالش کشیده و تعقیب قضایی مرتکبان را دشوار نموده است. اما این رفتارها در کود جزا جرم‌انگاری شده است. فصل سوم، باب چهارم آن به جرم‌انگاری سوء استفاده از نفوذ اختصاص یافته است. ماده ۳۹۹ صراحتاً مواردی را بر شمرده است که فاعل آن مرتکب جرم سوء استفاده از نفوذ شده است.

در خصوص ارتشاء، اختلاس و جرایم در حکم اختلاس که مهمترین مصادیق فساد اداری است، جرم‌انگاری‌ها به‌صورت ناقص صورت گرفته است و چه‌بسا برخی رفتارهایی که در پرتو فناوری و ارتباطات در ادارات صورت می‌گیرد جرم‌انگاری نشده و یا کیفرگذاری‌های موجود متناسب با جرم ارتكابی پیش‌بینی نشده است. و مهمتر اینکه تمرکز بیش‌ازحد بر مجازات صورت گرفته است بدون اینکه از راهکارهای پیشگیرانه مانند شفاف‌سازی مالی و اداری سخن به میان بیاید.

۴- چالش‌های کیفرگذاری و مجازات‌شناختی

واکنش‌ها و پاسخ‌های کیفری و سرکوب‌گرانه در مبارزه با فساد اداری از اهمیت بنیادین برخوردار است. واکنش‌های کیفری مناسب و کیفرگذاری‌هایی که با توجه به یافته‌های جرم‌شناسانه و علل شناختی پدیده‌های مجرمانه صورت می‌گیرد، در فرایند پیشگیری و کنترل فساد اداری تأثیرگذار است. این در حالی است که در مصادیق مختلف فساد اداری مانند رشوه، اختلاس، سوء استفاده از نفوذ و تصاحب اموال دولتی این ملاک و معیارها با توجه به متخصص نبودن قانون‌گذاران رعایت نشده است. زیرا واکنش‌ها و مجازات‌هایی که مثلاً در مورد اختلاس در نظر گرفته شده است حبس‌های طولانی‌مدت یا مجازات‌هایی



است که نسبت به رفتار ارتكابی تناسب ندارد. و همچنین حبس‌های طولانی‌مدت با توجه به داده‌های جرم‌شناسی نه‌تنها که از جنبهٔ اصلاحی و بازدارندگی برخوردار است، بلکه هزینه‌های گزاف و هنگفتی بر نظام اقتصادی کشور تحمیل می‌کند.

در مادهٔ ۷۳۴ کود جزا در واکنش علیه اختلاس اموال فرهنگی دولت آمده است: «هرگاه مسؤول یا محافظ، اثر تاریخی یا فرهنگی را اختلاس نماید، به حبس طویل محکوم می‌گردد.» بر اساس مادهٔ ۱۴۷ این قانون، مدت حبس طویل بیش از ۵ سال تا ۱۶ سال در نظر گرفته شده است. مدت مذکور اگرچه از لحاظ شدت کیفری دچار مشکل نیست ولی از لحاظ جنبه‌های اصلاحی و تأثیرگذاری در فرایند پیشگیری جرم، با چالش مواجه است. و بهتر بود مقتن از جزاهای نقدی که در تقابل با انگیزه‌های مرتکبان قرار دارد و دقیقاً هزینه‌های انجام رفتار مجرمانه را بالا می‌برد، پیش‌بینی می‌کرد. موارد بسیاری نیز در سایر مصادیق فساد اداری مشهود است که در این جا، با توجه به ظرفیت محدود نوشتار، قابل بحث و بررسی نیست.

ب: چالش‌های شکلی

۱- فقدان ضابطان حرفه‌ای و متخصص

در مباحث شکلی و فرایند دادرسی فساد اداری با توجه به اینکه مرتکبان و بزه‌کاران در فرایند ارتکاب جرم، هوشمندانه و تخصص‌گرایانه عمل می‌کنند، ضابطان قضایی و مأموران کشف و تعقیب در فرایند تحقیقات مقدماتی نیازمند ابزارهای علمی، تخصص و مهارت می‌باشند. این در حالی است که این شاخصه‌ها و ملاک‌ها نه از سوی قانون‌گذار افغانستان در راستای استخدام ضابطان قضایی و پلیس کشف جرم، محور توجه قرار گرفته است و نه پلیس کشف جرم و مقامات مسؤول در فرایند تحقیق و تعقیب عملاً از این ویژگی برخوردارند. برای نمونه می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- ضعف در روش‌های کشف جرم: نهادهای تحقیقاتی (مانند پلیس و نهادهای ضد فساد) فاقد ابزارهای مدرن برای ردیابی مالی، نظارت الکترونیک و بررسی پرونده‌های پیچیدهٔ فساد هستند.
- نقص در حفظ ادلهٔ دیجیتال: بسیاری از مدارک فساد (مانند اسناد بانکی، ایمیل‌ها و مکاتبات رسمی) به‌راحتی قابل دستکاری یا نابودی هستند و سیستم قضایی افغانستان توانایی حفظ و تحلیل آن‌ها را ندارد.
- وابستگی به اعتراف اجباری: در برخی موارد، مقامات قضایی به‌جای تکیه بر شواهد مستند، از اعترافات تحت فشار استفاده می‌کنند که اعتبار قانونی پرونده را زیر سؤال می‌برد.
- مبارزه با فساد اداری و فساد که در فضای پنهانی و دور از انظار عمومی، پشت درهای بسته و در یک عمل کاملاً هوشمندانه صورت می‌گیرد، دشوار و غیرممکن است. برای اینکه بتوان در مبارزه با آن فائق آمد، در مراحل کشف و تحقیقات مقدماتی مأموران آموزش‌دیده و ضابطان حرفه‌ای را گسیل و استخدام کرد، که دوره‌های خاص آموزش در این عرصه را فرا گرفته باشند.



- دلایل و مدارک جرم، معمولاً در مراحل اولیه جرم در صحنه جرم یافت می‌شوند و از آنجا که فساد اداری در پشت درهای بسته و پشت میزها صورت می‌گیرد و دسترسی به آن‌ها دشوار و ناممکن می‌باشد، کشف آن توسط ضابطان معمولی کشفی و غیرآموزش‌دیده غیرممکن است. لذا بایستی سیاست تقنینی در مبارزه با این پدیده، چالش‌های موجود را چالش‌زدایی نموده است و در سیاست خود دگرگونی‌های جدی و کاربردی به وجود بیاورند.

۲- فقدان قانون کاربردی در حوزه دادرسی

با توجه به اینکه فساد اداری در سایه جهانی شدن و فناوری‌های مدرن عصری امروز دچار دگرگونی‌های حیاتی شده است، سیاست شکلی نیز هم‌زمان در قبال آن لزوم به‌روزرسانی و اصلاحات اساسی دارد. در مورد فساد اداری و جرایم اقتصادی سیاست جنایی شکلی ویژه و اختصاصی از ضروریات کشور است. با توجه به اینکه ارتکاب فساد اداری دارای ویژگی‌های خاص و منحصر به خود می‌باشد، آیین دادرسی و فرایند کشف و تحقیقات مقدماتی نیز متناسب با آن طراحی و به‌روز گردد.

روش‌هایی که در کشف فساد اداری بایستی عملیاتی و اجرا گردد، عبارت از گردآوری اطلاعات از طریق ابزارهای الکترونیکی و استفاده از تکنولوژی‌های روز در راستای کشف جرم، نظارت الکترونیکی از طریق بانک‌ها و مؤسسات مالی و یا ثبت مکالمات، حرکات و یا فعالیت‌های اشخاص مظنون در اماکن، منازل خصوصی و محلات عامه یا ثبت محتویات، مکالمات و ارتباط اشخاص مظنون و متهم از طریق تلفن، کامپیوتر، اینترنت یا سایر وسایل مخابراتی و تکنولوژی اطلاعاتی و گردآوری اطلاعات در مورد مکان، منبع، زمان، تاریخ، اندازه، مدت مکالمات و نوع ارتباط آن‌ها در کشف فساد اداری، است.

روش دیگری که در مورد کشف و تحقیقات فساد اداری مهم به نظر می‌رسد دام‌گستری است. یعنی در راستای کشف و تحقیقات بیشتر جرم، شخصی را اعم از افسر پلیس یا مأمور ضبط قضایی با مسؤولیت افسر به‌شرط آموزش‌های لازم و اخذ گواهی صلاحیت، به نزد افرادی در مظان فساد اداری رفته و با جلب اعتماد آن‌ها خود را به‌عنوان معاون یا شریک جرم یا دریافت‌کننده اموال مجرمانه وانمود می‌سازد، با این اهداف که با اطلاعات مورد نیاز برای تحقیقات اولیه یا تحقیقات مقدماتی دسترسی حاصل شود. و همین‌طور برای تحقیقات بیشتر می‌توان از گسیل مخبران در میان گروه بزه‌کار، دوربین‌های مدار بسته و استفاده از سیستم‌های هوشمند و استفاده از نظریات کارشناس جرایم اقتصادی به عمل آورد.

۳- فقدان قضات متخصص و محاکم اختصاصی

یکی دیگر از چالش‌های بزرگ سیاست جنایی افغانستان در مبارزه با فساد اداری، فقدان قضات متخصص و محاکم اختصاصی است. با توجه به اینکه در فرایند رسیدگی به فساد اداری با اشخاص حرفه‌ای و مقامات عالی‌رتبه مواجه می‌باشیم، قضات در مراحل مختلف رسیدگی بایستی از استقلال و تخصص کافی برخوردار باشند، تا بتوانند نسبت به جرم ارتكابی واکنش درست و مناسب را انجام دهند.



قضات رسیدگی کننده چه در فرایند تحقیقات مقدماتی و چه قضات اجرای احکام، نه تنها که در حوزه فساد اداری تخصص ندارند بلکه بسیاری آن‌ها دارای مدارک لیسانس حقوق و سایر رشته‌های مرتبط نیستند. فقدان قضات متخصص در دستگاه قضایی باعث می‌شود که فساد اداری نه تنها روند کاهشی را داشته باشد، بلکه به صورت روزافزون افزایش پیدا می‌کند.

قاضی و کارمند در خصوص موضوع مورد بررسی باید دوره آموزشی یا در ارتباط با افراد مرتکب باید متخصص باشند تا از شاکی و مشتکی عنه جلوتر بوده و بهتر بتوانند در امر کشف، رسیدگی و پیشگیری از فساد اداری مؤثر واقع شود و مناسب است در این مورد از تجارب افراد کارشناس و قضات تجربه‌دهنده استفاده به عمل آید.

چالش دیگری که در سیاست جنایی افغانستان به وضوح قابل مشاهده است، افتراقی نبودن محاکم در مبارزه با فساد اداری است. به عبارت دیگر در مبارزه علیه فساد اداری بایستی سارنوالی و محاکم ویژه و اختصاصی ایجاد گردد تا بتواند در قبال این پدیده چالش برانگیز به سرعت و اختصاصی به مبارزه بپردازد. ویژگی‌های خاص فساد اداری، آثار زیان بار و مخل آن باعث شده است، که اکثر دولت‌ها، نهادهای قضایی و دادگاه‌های کیفری، قضات و ضابطین متخصص و آموزش دیده‌ای را برای رسیدگی به این جرایم، اختصاص دهند. در نتیجه یکی از راهکارهایی که می‌تواند سیاست جنایی را در قبال پدیده‌های مختلف مجرمانه اقتصادی، قوی و پاسخ‌گو نماید، اقدام به تشکیل دادگاه‌های اختصاصی و ویژه است.

۴- چالش‌های اجرایی و نظارتی

- نهادهای ضعیف ضد فساد: نهادهایی مانند کمیسیون مستقل مبارزه با فساد اداری با کمبود منابع، نفوذ سیاسی و عدم همکاری نهادهای دیگر مواجه هستند.
- فقدان سیستم نظارت مؤثر: مکانیزم‌های نظارتی مانند بازرسی‌های مستقل، سیستم‌های گزارش‌دهی شفاف و حفاظت از گزارشگران فساد ضعیف است.
- نقش منفی گروه‌های قدرت: زورمندان سیاسی، اقتصادی و نظامی با استفاده از نفوذ خود مانع رسیدگی به پرونده‌های فساد می‌شوند.

نتیجه‌گیری

با توجه به پژوهش انجام شده پیرامون چالش‌های سیاست جنایی مبارزه با فساد اداری در حقوق کیفری افغانستان به این نکته مهم دست می‌یابیم که سیاست جنایی افغانستان در مبارزه با فساد اداری دچار چالش‌ها و معضلات مختلف می‌باشد. رشد قابل توجه فساد اداری و یا عدم بازدارندگی و کارایی قوانین موجود، ناشی از ناکارآمدی و ضعف سیاست جنایی است. یافته‌های میدانی و داده‌های پژوهشی در این مورد بیانگر همین شاخص عملی و نظری است. فساد اداری در کشور به عنوان یک معضل بزرگ بر سر راه توسعه سیاسی و اقتصادی قرار دارد و چالش‌های بزرگی در عرصه‌های سیاسی و اقتصادی و کارایی نظام سیاسی به وجود آورده است.

بنابراین حکومت و دستگاه قانون‌گذاری و اجرایی کشور بایستی با تدابیر و استراتژی‌های مناسب و طرح سیاست جنایی کاربردی در مبارزه با فساد اداری در درون اداره‌ها، اقدامات لازم را انجام دهد تا چالش‌های موجود و مهملک در حوزه سیاست و اقتصاد، چالش‌زدایی گردد. در اولین گام تقنینی سیاست جنایی کارا، باید مسؤولان حوزه تقنین و نمایندگان پارلمان از بین افراد متخصص، حرفه‌ای و آموزش‌دیده در وضع قانون و مقررات گماشته شوند. قانونی بیشترین تأثیر در بازدارندگی پدیده‌های مجرمانه اقتصادی اداری را دارد که بر اساس قواعد جرم‌شناسانه و با در نظر داشتن علل‌شناختی و عامل انگیزشی مرتکبان، وضع و تصویب می‌گردد. لذا باید قانون‌گذاران و مسؤولان اجرایی قوانین از افرادی شایسته و متخصصین در حوزه‌های جرم‌شناسی و کیفرشناسی انتخاب گردند، تا بتوانند سیاست جنایی مناسب و لازم را در مبارزه با فساد اداری طراحی و عملیاتی نمایند و چالش‌های موجود، چالش‌زدایی گردد.



منابع

- اخلاقی نویان، محمدنبی. (۱۳۹۸). حقوق جزای اقتصادی افغانستان. کابل: نشر واژه.
- آنسل، مارک. (۱۳۷۵). دفاع اجتماعی. (محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، مترجمان). تهران: انتشارات دانشگاه.
- توران، توسلی‌زاده. (۱۳۹۱). پیشگیری از جرایم اقتصادی. تهران: انتشارات جنگل.
- خضری، محمد. (۱۳۸۴). تحلیل نهادی فساد اداری. فصل‌نامه مطالعات راهبردی، ۸(۳)، ۵۱۶-۵۱۷.
- دادخدایی، لیلا. (۱۳۹۰). فساد مالی-اداری و سیاست جنایی مقابله با آن. تهران: نشر میزان.
- دلماش مارتی، میری. (۱۳۸۷). نظام‌های بزرگ سیاست جنایی. (علی حسین نجفی ابرندآبادی، مترجم). تهران: میزان.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه؛ حسابی، ساره. (۱۳۹۰). سیاست جنایی و تطور مفهومی آن. مجله تعالی حقوق، ۱۵(۱۵)، ۱۲۰.
- فرامرز، داود؛ بلالی، اسماعیل. (۱۳۸۰). بررسی نظری مسئله فساد اداری. مجله حقوق دادگستری، ۳۷(۳۷)، ۲۲-۲۳.
- قائم، محمدحسن؛ گنجی، رحیم محمد. (۱۳۹۰). فساد اداری و روش‌های اصلاح آن. مجله دادرسی، ۸۹(۸۹)، ۱۳.
- قیاسی، جلال‌الدین. (۱۳۸۵). مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی. قم: پژوهشگاه فرهنگ اسلامی.
- قانون جزای افغانستان، ۱۳۵۵. (افغانستان).
- قانون مبارزه با ارتشاء و فساد اداری افغانستان، ماده ۳. (افغانستان).
- قانون نظارت بر تطبیق استراتژی مبارزه با فساد اداری، ماده ۴، جزء ۱۱. (افغانستان).
- کریستین لازرژ. (۱۳۷۵). سیاست جنایی. (علی حسین نجفی ابرندآبادی، ترجمه). تهران: مؤسسه نشر یلدا.
- کریستین لازرژ. (۱۳۹۰). درآمدی بر سیاست جنایی. (علی حسین نجفی ابرندآبادی، برگردان). تهران: نشر میزان.
- کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، مواد ۱۸ و ۲۰. (۲۰۰۳). (سازمان ملل متحد).
- لیبست، سیمور مارتین و دیگران. (۱۳۸۳). دایره‌المعارف دموکراسی (ج. ۲). (کامران فانی و نورالله مرادی، سرپرست ترجمه). تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه.
- معاونت آموزش قوه قضائیه. (۱۳۸۷). سیاست جنایی تقنینی ایران در جرایم اقتصادی. تهران: انتشارات جاودانه.
- ملازمیان، مسعود. (۱۳۸۷). سیاست جنایی تقنینی ایران در جرایم اقتصادی. تهران: انتشارات جاودانه.

جرایم علیه دست‌اندرکاران عدالت قضایی در حقوق کیفری ایران و افغانستان

حبيب‌الله صالحی^۱

چکیده

عدالت قضایی از مهم‌ترین جلوه‌های عدالت اجتماعی است. همان اندازه که اجرای عدالت به‌واسطه دست‌اندرکاران اجرای عدالت قضایی لازم است، نبود موانع بر سر راه اجرای عدالت قضایی نیز ضروری است. از جمله موانع سر راه عدالت قضایی، تهدیدات علیه دست‌اندرکاران اجرای عدالت قضایی است. برای برطرف کردن این مانع باید قانون‌گذاران، امنیت قضات و دیگر اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی را تأمین نمایند. تحقق این مهم زمانی به‌وجه احسن و مطلوب میسر می‌گردد که قانون‌گذاران فصل و مواد مستقلى، راجع به جرایم و تهدیدات علیه اشخاص دست‌اندرکار در عدالت قضایی اختصاص داده، کیفیات مخففه و مشدده مهم را برای حسن اجرای عدالت به تصویب برسانند. بر اساس یافته‌های این مقاله، قانون‌گذار افغانستان در تحقق این هدف، قدمی جلوتر از قانون‌گذار ایران حرکت کرده است. فصل مجزایی، راجع به موانع تطبیق عدالت قضایی اختصاص داده و به جزئیات جرم تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی پرداخته است؛ اما قانون‌گذار ایران جرم تهدید را به‌صورت عمومی و کلی مورد نظر قرار داده و توجه خاصی به تهدیدات علیه عدالت قضایی نداشته است. این مقاله به‌صورت توصیفی-تحلیلی نگارش شده است و یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد که در هر دو نظام کیفری خلأها و نواقص قانونی در این راستا وجود دارد. قانون افغانستان در جرم تهدید به تفاوت ابزار و وسایل مورد استفاده توجه نکرده است و قانون ایران از توجه خاصی به جرم تهدید علیه اجرای عدالت قضایی غفلت ورزیده است.

کلیدواژه‌ها: عدالت، قضا، امنیت، اجرای عدالت، قضات، مجنی‌علیه، شهود، اهل خبره.

۱. دانش‌پژوه دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران.



مقدمه

اصل عدالت، همواره از جمله مفاهیم ارزشی و بلند آرمانی، در حیات اجتماعی بشریت بوده است. چه آنان که به این اصل باورمند و ملتزم بوده‌اند و چه آنان که جزو ستمگران بوده‌اند، حداقل در زبان و شعار خود از پای‌بندی به این اصل دم می‌زنند.

عدالت در تمام ادیان، مکاتب و حکومت‌ها طرف‌دار داشته و عملکرد و رفتار اشخاص و دول با این شاخص مورد نقض و ابرام واقع می‌شده است. امروزه نیز در حوزه حقوق کیفری اندیشمندان تلاش‌های چشمگیری در تألیفات و مقالات خویش انجام داده‌اند و بر تحقق عدالت پافشاری می‌کنند.

یکی از راه‌های رسیدن به عدالت، ساختار نظام قضایی عادلانه و باورمند به عدالت است. تمام تلاش‌های عدالت کیفری در عدالت قضایی ثمر داده و به بار می‌نشینند. چنان که ممکن است نبود مقتضی (چون عدم باورمندی و نداشتن تزکیه نفس در قضات و ضابطین قضایی) تحقق عدالت را ناممکن سازد، وجود موانع نیز اجرای عدالت را سخت و چه‌بسا ناممکن می‌سازد. یکی از موانع بر سر راه عدالت، تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی است. این اشخاص چنان که در متن جامعه نیازمند امنیت هستند، در فرایند عدالت قضایی نیز باید امنیتشان تأمین شود. درهم‌تنیدگی زندگی نوین و رواج فرهنگ شهرنشینی و گسترش جرایم سازمان‌یافته و مافیایی، تحقق عدالت را سخت کرده است.

مجرمین دخیل در باندهای سازمان‌یافته و مافیایی امروزه اگر قدرت و مهارت برتر از حکومت‌ها و پلیس نداشته باشند، دست‌کم برابر با آن‌ها هستند. وجود مجرمین خطرناک می‌طلبد که قانون‌گذاران امنیت قضات، شهود، بزه‌دیدگان و دیگر اشخاص دخیل در اجرای عدالت قضایی را به‌طور خاص تأمین نمایند. بنابراین در فرض نبود امنیت، قضات و ضابطین قضایی یا جان بر سر نی ستم بدهند و عدالت را اجرا کنند یا عدالت را فدای منافع شخصی چون حفظ جان، مال و شرف خود و خانواده خود نمایند.

سوالی که باید دنبال پاسخ آن باشیم این است که نظام حقوقی کیفری ایران و افغانستان در قبال جرایم علیه عدالت قضایی و تهدید اشخاص دست‌اندرکار در عدالت قضایی چه اقدامی انجام داده است؟ چه خلأهای کاربردی و راهبردی در عدالت کیفری و به تبع آن در عدالت قضایی وجود دارد و چه راهکارهایی قابل پیشنهاد و اجرا هستند؟

۱- مفهوم‌شناسی

۱-۱- عدالت

الف) تعریف عدالت:

عدالت در لغت: به معنای برابری آمده است. معانی: مثل، فدیة و ضد جور از مصادیق معنای اول است. عدل و عدول به معنای میل و ظلم نیز به کار رفته است (قرشی‌بنایی، ۱۴۱۲ق، ص. ۳۰۱). عدل و عدل هم آمده است؛ اولی در امور که با بصیرت و عقل درک می‌شود به کار می‌رود مثل احکام شرعیه و قوانین

عادلانه؛ دومی در مورد اموری که با حواس درک می‌شود مثل واحدهای اندازه‌گیری کیل، وزن، کیلو و... (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۵۵۱). عدل به معنای تساوی در مقدار و وزن و عدل به معنای جایگزین به غیرهم‌جنس نیز آمده است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ص. ۳۹۶).

عدالت در اصطلاح: در اصطلاح علوم مختلف برداشت‌های متفاوت از عدالت بیان شده است. برخی عدالت را «مساوات» می‌دانند و عده‌ای عدالت را «دادن حق به صاحب حق» می‌دانند. از طرفی در مورد خاستگاه عدالت بحث‌های عمیق میان علما وجود دارد. برخی آن را فطری و برخی اکتسابی دانسته‌اند.

(ب) انواع عدالت:

در دسته‌بندی عدالت، مکاتب مختلف شیوه‌ها و معیارهای متفاوتی را بیان کرده‌اند. علمای اخلاق عدالت را به فردی و اجتماعی تقسیم کرده‌اند. عدالت فردی همان تعادل قوای نفسانی تحت اداره عقل است و عدالت اجتماعی میوه و ثمره عدالت فردی است. وقتی انسان رابطه قوای نفسانی خود را با مدیریت عقل به تعادل و سامان رساند، باید روابط و رفتار خود را در محیط خانواده و اجتماع نیز متعادل بسازد بلکه رفتار چنین انسانی در تعامل با دیگران به‌طور اتوماتیک حسنه و عادلانه خواهد شد (جوادی آملی، ۱۳۹۱، صص. ۱۶۵-۱۶۴).

جامعه‌شناسان و فیلسوفان غربی فقط عدالت اجتماعی را در آثارشان مورد بررسی و دسته‌بندی قرار داده‌اند: عدالت یا طبیعی است و یا قانونی. به اعتبار دیگر عدالت یا توزیعی است و یا اصلاحی؛ از حیث دیگر عدالت یا قانونی است یا اخلاقی (جوادی آملی، ۱۳۹۱، صص. ۱۶۸-۱۶۶). برخی عدالت را به الهی و غیرالهی تقسیم کرده‌اند. عدالت الهی: ۱- تکوینی ۲- تشریعی ۳- جزایی. عدالت غیرالهی: ۱- فردی ۲- اجتماعی، عدالت اجتماعی: ۱- سیاسی ۲- قضایی ۳- اقتصادی برشمرده است (گرایلی، بی‌تا، بی‌جا).

۱-۲- عدالت قضایی

چنان‌که از تعاریف عدالت دریافت شد، عدالت از منظر مکاتب مختلف و با پسوندهای متفاوت، مفاهیم متفاوتی را تبارز می‌دهد. یکی از دسته‌بندی‌های عدالت با ترکیب و پسوند قضا، عدالت قضایی می‌باشد. برای این مفهوم از عدالت نیز تعاریف مختلف از سوی حقوق‌دانان ایراد شده است. «عدالت قضایی بدان معناست که اگر افراد جامعه انسانی از حیث انسانیت و حقوق انسانی مساوی بودند، باید در مقام قضا نیز مساوی بوده و حقی که مورد تجاوز قرار گرفته استیفا و هیچ ملاحظه اعتباری و ارزشی مورد توجه قرار نگیرد» (عزیزی و مهدوی ثابت، ۱۳۹۷، ص. ۲۵۷). «کلیه افراد و اشخاص جامعه به‌طور یکسان و بدون تبعیضات ناشی از وضعیت طبقاتی یا موقعیت اجتماعی یا وضعیت عقیدتی و سیاسی به‌طور یکسان از خدمات قضایی دادرها و دادگاه‌ها استفاده نمایند» (آقایی، ۱۳۹۰، ص. ۱۶). «اعمال و اجرای ضوابط و مقررات مربوط به قوانین شکلی و ماهوی نسبت به اشخاص به‌صورت یکسان» (پورمظفر، ۱۳۸۹، ص. ۱۵). به‌طوری که قابل ملاحظه است، هرکدام از این تعاریف در حد وسع و فهم گوینده خود، مفهومی از «عدالت قضایی» برای ما القا و تبیین می‌دارد. چون در تعاریف شرح‌الاسمی هدف توضیح و تبیین لفظی به



لفظی روشن‌تر نزد مخاطب است دیگر موضعی برای نقد و نقاش جامع الافراد و مانع الاغبار بودن تعریف باقی نمی‌ماند.

برای روشن شدن مفهوم عدالت قضایی لازم است که نسبت این واژه با واژگان «عدالت کیفری»، «عدالت حقوقی» و «امنیت قضایی» بررسی شده و از خلط‌شدن مفاهیم و مصادیق این‌ها با همدیگر جلوگیری شود.

عدالت کیفری در مرحله تقنین راجع به وضع قانون عادلانه و از تناسب بین مجازات و رفتار مجرمانه و زبان وارده علیه جامعه و افراد بحث می‌کند و عدالت قضایی راجع به صدور حکم و اجرای آن مطابق عدالت کیفری و رعایت تمام شیوه‌ها و اصول دادرسی در صدور و اجرای حکم و مجازات بحث می‌کند. به این ترتیب، باید گفت عدالت کیفری مربوط به مرحله وضع قانون و عدالت قضایی مربوط به صدور و اجرای حکم مطابق قانون است (آقای، ۱۳۹۰، ص. ۱۸؛ نجارزادگان و مسعودیان، ۱۳۸۹، ص. ۳۵).

عده‌ای می‌گویند عدالت جزایی سه مرحله دارد: مرحله وضع قانون عادلانه، صدور حکم عادلانه و اجرای حکم عادلانه. در حالی که پرواضح است مرحله صدور و اجرای حکم داخل عدالت قضایی است و نه داخل عدالت کیفری (آقای، ۱۳۹۰، ص. ۱۸). به این ترتیب، عدالت قضایی وقتی محقق می‌شود که قانون عادلانه باشد یعنی ممکن نیست عدالت قضایی بدون قانون عادلانه تحقق یابد، هرچند با وجود قانون عادلانه ممکن است عدالت قضایی نقض شود چنان که امکان دارد اجرا شود.

عدالت حقوقی اعم از عدالت قضایی است و در واقع مفهوم وسیعی از واقعیت‌های قانونی، اجتماعی و روانی که مراحل تقنین، اجرا و تفسیر قانون را در بر می‌گیرد، شامل می‌شود. به این ترتیب، عدالت حقوقی فراتر از عدالت قضایی، کیفری و حتی عدالت سیاسی و عمومی است. با این توضیح باید گفت عدالت قضایی در بطن عدالت حقوقی جا دارد و یکی از اقسام آن است (نجارزادگان و مسعودیان، ۱۳۸۹، ص. ۳۵). در تعریف امنیت قضایی گفته شده است: «اطمینان خاطری است که بر اساس آن افراد در جامعه‌ای که زندگی می‌کنند نسبت به حفظ جان، حیثیت و حقوق مادی و معنوی خود بیم و هراسی نداشته باشند. یا امنیت قضایی عبارت است از کیفیت مناسب عملکرد دادگاه‌ها در به‌کار بستن ضمانت‌های اجرای قانون، به‌ترتیبی که شهروندان را قبل از نقض قوانین و تعهداتشان، از آن عمل باز دارد» (محدث و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۲۱۰). ممکن است در تعریف امنیت قضایی این تعریف را بگوییم: «امنیت قضایی عبارت است از اعتماد و اطمینان شهروندان به سیستم قضا و دست‌اندرکاران تابع آن در حفظ و حراست از تمامی حقوق مادی و معنوی‌شان در مقابل مجرمین قبل از تحقق جرم». به این ترتیب، می‌توان گفت امنیت قضایی قبل از تحقق جرم معنا پیدا می‌کند ولی عدالت قضایی بعد از تحقق جرم در مرحله دادرسی اعم از صدور و اجرای حکم.

برخی امنیت قضایی را این طور تعریف نموده‌اند: «عدالت قضایی، عملکرد صحیح، به‌هنگام و بدون تبعیض سیستم قضایی جهت رسیدن به اهداف تعریف شده و اطمینان عمومی نسبت به این عملکرد»

(محدث و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۲۱۱). از این تعریف این گونه استنباط می‌شود که امنیت قضایی مفهوم مشابه به عدالت حقوقی است که عدالت کیفری و قضایی را در بر می‌گیرد.

۲- جرایم علیه عدالت قضایی

در تعریف جرایم علیه عدالت قضایی گفته شده است: «مجموعه رفتارهایی است که به منظور ایجاد مانع در جریان عدالت قضایی و در دوره‌های مختلف زمانی حتی قبل از شکل‌گیری فرایند دادرسی نسبت به جرم اصلی یا حق تضییع شده تا مرحله اجرای حکم، قابل ارتکاب بوده و توسط مقنن با تصریح به ضمانت اجرای کیفری اعلام شده است» (عزیزی و مهدوی ثابت، ۱۳۹۷، ص. ۲۵۹).

از توضیحاتی که در دایره عدالت قضایی بیان شده‌اند، راجع به جرایم علیه عدالت قضایی در قالب تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی باید گفت: «جرم تهدید، رفتار مجرمانه علیه تمامیت جسمانی، مالی و حیثیتی مقامات قضایی، شهود، مطلعان، زه‌دیده و یا بستگان آنان به منظور به تعطیلی کشاندن فرایند دادرسی در عدالت قضایی، است».

۲-۱- تعریف تهدید

تهدید در لغت به معنای ترساندن و بیم دادن، ارعاب و تخویف آمده است (فراهیدی، بی‌تا؛ راغب اصفهانی، بی‌تا؛ ابن‌منظور، بی‌تا). در اصطلاح به معنای «ارعاب یا ترساندن دیگری برای انجام آنچه وی می‌خواهد» (یکرنگی، ۱۳۸۹، ص. ۷۸). «تهدید عبارت است از مجموعه اقدامات کتبی و یا شفاهی که شخص به عمل می‌آورد تا دیگری را بر خلاف میل باطنی خود وادار به ارتکاب عمل مجرمانه بنماید، به نحوی که اگر از ارتکاب به این عمل امتناع ورزد احتمال خطر جانی یا مالی یا افشای اسرار یا نسبت دادن اموری که موجب هتک شرف می‌شود برای تهدید شده زیاد باشد و این خطر به حدی باشد که با توجه به وضعیت وی از جمله وضعیت نسبی، شخص تهدید شده قادر به مقابله با آن نباشد» (آقایی، ۱۳۹۰، ص. ۳۴). «اعلام قصد ایراد صدمه غیرقانونی به تمامیت جسمانی یا مالی یا آبرو و یا حیثیت اشخاص و یا بستگان نزدیک ایشان را تهدید گویند» (رحیمی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۷۸). عده‌ای گفته‌اند: «تهدید در اصطلاح عبارت است از توسل به اعمال فشار بر دیگری که باعث ارتکاب جرم گردد» بیان شده است (ساریخانی و موسوی، ۱۴۰۰، ص. ۱۹۶).

به طوری که ملاحظه می‌شود در تعاریف فوق سعی شده است مفهومی از تهدید به مخاطب القا بشود. برخی با اجمال و برخی با تفصیل به تبیین مفهوم تهدید پرداخته‌اند. از آنجایی که در این موارد تعریف حقیقی به صورت حد و رسم لازم نیست برای تقریب به ذهن و روشن شدن آن، راجع به مفهوم تهدید تا حدودی مفید است.

با وجود این، ممکن است تهدید را این طور تعریف نمود: تهدید عبارت است از بیم دادن و ترساندن به جان، مال و حیثیت افراد، از سوی فرد قادر به انجام عمل مورد تهدید؛ بر خلاف حق و قانون، به گونه‌ای که فرد مورد تهدید توانایی مقابله با آن را نداشته باشد.



به این ترتیب، در تعریف فوق چندین عنصر لازم است تبیین شود: (۱) بیم و ترس باید در مورد چیزی باشد که برای فرد مهم باشد مثل جان، مال معتنا، آبرو و شرف اجتماعی، پس اگر تهدید به گرفتن دانه گندم از اموال یا گرفتن ناخن از جان وی نماید یا بازگو کردن چیزی را که همه می‌دانند، تهدید نیست؛ (۲) کسی که شخصی را به امور مهم تهدید می‌کند باید توانایی انجام عمل مورد تهدید را داشته باشد تا تهدیدی که رافع مسئولیت جزایی است صدق نماید. بنابراین اگر یک پیرمرد فرتوت، جوانی برومند و رشیدی را تهدید نماید که اگر پنج کیلو گوشت گوسفند از مغازه شخص الف برایم نیاوری، تو را حسابی تنبیه خواهم نمود، این را کسی تهدید نمی‌گوید. (۳) این تهدید باید خلاف قانون و حق باشد. اگر ضابط قضایی یا پلیس دستور ضبط اموال یا دستگیری شخصی را داشته باشد و او را تهدید به تحویل اموال یا تسلیم شدن خودش نماید ولی او تمکین نکند، آسیب به وی برسد، موضوع تهدید محقق نشده است. (۴) شخص مورد تهدید توان جسمی یا فرصت اطلاع دادن به پلیس یا کمک خواستن از دیگران را نداشته باشد در غیر این صورت تهدیدی صورت نگرفته است.

۲-۲- انواع تهدید

برای تهدید اقسام زیر بیان شده است و این تقسیمات به لحاظ رویکرد خاصی از مفهوم و موضوع تهدید صورت گرفته است.

الف) اقسام تهدید به اعتبار مفهوم:

تحقق مفهوم تهدید علیه شخصی به دو اعتبار قابل فرض است. گاهی تهدید به صورت صریح بیان می‌شود مثلاً رودررو با الفاظ تهدیدآمیز یا از طریق مکاتبه یا از طریق تماس، طرف را مبنی بر اضرار جانی، مالی و حیثیتی نسبت به خود یا یکی از بستگان نزدیک وی، موجبات رعب و تخویف وی را فراهم می‌آورد. گاهی به صورت ضمنی بیان می‌شود (الی احمد، ۱۳۹۷، ص. ۴۶). در این فرض اعمال و رفتار مجرم به گونه‌ای است که نمایانگر تهدید علیه مجنی علیه است. مثلاً مجرم یا بستگان و یا رفقای وی، مجنی علیه را در راه رفتن به سوی دادگاه با یک مانور جاده‌ای با ماشین، زیر گلولی یکی از خودشان چاقو می‌گذارد یا روی شقیقه‌اش کلت می‌گذارد و به سوی مجنی علیه اشاره می‌نمایند، یعنی که اگر بخواهی به دادگاه بروی و یا به پلیس خبر دهی، خودت یا فرزندت را این چنین به قتل خواهیم رساند (یکرنگی، ۱۳۸۹، ص. ۸۰؛ آقایی، ۱۳۹۰، ص. ۳۶).

ب) اقسام تهدید به اعتبار موضوع:

گاهی تهدید را به اعتبار موضوع آن مورد دسته‌بندی قرار می‌دهند؛ در این فرض گاهی تهدید علیه جان و تمامیت جسمانی فرد صورت می‌گیرد، گاهی علیه آبرو و تمامیت معنوی فرد صورت می‌گیرد و گاهی علیه اموال و دارایی‌های افراد جامعه صورت می‌پذیرد. در آینده راجع به این بخش مفصل‌تر پرداخته خواهد شد (یکرنگی، ۱۳۸۹، ص. ۸۰؛ آقایی، ۱۳۹۰، ص. ۳۶).

ج) اقسام تهدید به اعتبار ساده و مرکب بودن:

تهدید گاهی ساده است. در این قسم تهدید مجرم خواسته دیگری ندارد. مثلاً رئیس اداره‌ای کارمندی را مرتب تهدید به اخراج یا افشای اسرار او می‌نماید. گاهی تهدید همراه با درخواستی است. مثلاً مردی زن خود را مورد آزار و اذیت قرار داده است و او به دادگاه شکایت کرده است و اکنون او را به پس‌گرفتن شکایتش تهدید می‌نماید (یکرنگی، ۱۳۸۹، ص. ۸۰).

(د) اقسام تهدید به اعتبار عدالت قضایی:

گاهی تهدید فقط علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی است یعنی تهدید صورت می‌گیرد که در فرایند اجرای عدالت، اخلاقی ایجاد شود تا باعث تعطیلی و انحراف در تحقق عدالت گردد. گاهی تهدید علیه دیگر اشخاص صورت می‌گیرد یعنی قبل از ورود به فرایند قضایی اتفاق می‌افتد (یکرنگی، ۱۳۸۹، ص. ۸۰).

آنچه به موضوع این مقاله مرتبط است تهدید قسم اول است. تهدید به معنای دوم در عدالت کیفری مورد بحث قرار می‌گیرد نه در عدالت قضایی.

(ه) تهدید به اعتبار مادی و معنوی:

تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی، مانند اکراه و اجبار رافع مسئولیت کیفری به مادی و معنوی قابل تقسیم خواهد بود. منشأ تهدید مادی فشار قوایی است که عنان اختیار را از انسان سلب و مقهور قوای دیگر می‌سازد. ممکن است این فشار از درون نشئت گیرد یا از برون؛ به این اعتبار به تهدید درونی و برونی قابل تقسیم است؛ مثلاً طرف‌داران مجرم فرم گذشت از شکایت را پر کرده و اثر انگشت شاکی را به اجبار در زیر آن فشار داده و موجب آزادی فرد مجرم را فراهم می‌آورند. یا قبل از شکایت شاکی را در جایی محبوس کرده تا زمینه فرار متهم فراهم شود (اردبیلی، ۱۳۹۱، ج. ۲، صص. ۹۵-۹۳).

منشأ تهدید معنوی وقتی است که تحت سلطه احساسات، ترس، وحشت و یا هیجان شدید صورت گیرد که اختیار از کف فرد بیرون شود. در این فرض نیز تهدید به تهدید درونی و برونی قابل تقسیم است، مثلاً شخصی را تهدید نماید که از شکایت صرف‌نظر نماید (همان).

۲-۳- مراحل تهدید

این طور نباید تلقی شود که جرم تهدید، علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی، فقط در مرحله دادگاه و محاکمه قابل تحقق است، بلکه این جرم در تمام مراحل تعقیب عدلی و فرایند عدالت قضایی از مرحله کشف و تحقیق گرفته تا مرحله دادرسی و حتی بعد از دادرسی در مرحله اجرای حکم قابل تحقق است.

قانون‌گذار افغانستان از آنجایی که جرم علیه اجرای عدالت قضایی را در فصل مستقل و جداگانه‌ای جرم‌انگاری کرده است، به‌طور مشخص به جرم تهدید علیه اشخاص یادشده، در تمام مراحل پرداخته است چنان‌که در بند ۴ ماده ۴۶۱ کود جزا می‌نویسد: «استعمال قوه یا تهدید یا ارباب در مراحل تعقیب عدلی



به منظور مداخله در اجرای وظایف رسمی قاضی، سارنوال، مأمور ضبط قضایی، وکیل مدافع، اهل خبره در ارتباط به ارتکاب اعمالی که در این قانون جرم شناخته شده باشد».

در قانون ایران راجع به جرایم علیه اجرای عدالت قضایی به خصوص جرم تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت کیفری اشاره‌ای به خصوصی ندارد. لذا این تعمیم قابل استفاده نیست. هرچند در ماده ۶۶۹ تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ تهدید به معنای عام را جرم‌انگاری کرده است که هم شامل تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی می‌شود و هم شامل دیگر اشخاص. عمومی این ماده هر نوع تهدیدی، نسبت به هر شخصی را در هر مرحله‌ای در بر می‌گیرد اما بدون تفاوت بین اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی و دیگران.

۴-۲- اشخاص مورد تهدید

در فرایند عدالت قضایی، از ابتدای طرح شکایت شاکی یا اقدامات پلیس گرفته تا اجرای حکم، اشخاص زیادی درگیر می‌باشند چنان‌که در بند ۴ ماده ۴۶۱ کود جزای افغانستان بدان‌ها اشاره رفته است: «... قاضی، سارنوال (دادستان)، مأمور ضبط قضایی، وکیل مدافع و اهل خبره...» از اشخاص مورد تهدید در اجرای عدالت قضایی محسوب شده‌اند.

۴-۲-۱- تهدید مقامات قضایی

تحقق اجرای عدالت قضایی در گرو وجود امنیت قضایی است. همان اندازه که نبود امنیت قضایی توسط مقامات قضایی در عدم رعایت اصول و مبانی دادرسی عادلانه باعث سلب اطمینان شهروندان از نظام قضایی می‌شود (محدث و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۱۶۰). نبود امنیت و عدم حمایت کافی از مقامات قضایی در اجرای عدالت، باعث تزلزل پایه‌های کلبه عدالت می‌گردد. یکی از مواردی که عدالت قضایی را به چالش کشانده و از صراط مستقیمش منحرف می‌سازد، تهدیدات علیه مقام قضایی از سوی مجرم و باندهای حامی و خانواده اوست.

قضات همان اندازه که در اجرای عدالت به تزکیه و پاکی نفس نیاز دارند، به امنیت جانی، مالی و حیثیتی خود و خانواده‌شان نیز نیاز دارند. به این ترتیب، تحقق هدف این چنین مهم، توجه ویژه سیاست‌گذاران کیفری را می‌طلبد که حمایت از قضات را به‌طور ویژه و خاص مورد جرم‌انگاری قرار داده و تهدیدات علیه این بخش از جامعه را متفاوت‌تر از تهدیدات علیه افراد دیگر مورد توجه قرار داده و تهدیدات علیه این اشخاص را در زمره کیفیات مشدده قرار دهند. زیرا امروزه چون گذشته قاضی به‌عنوان مقام دولتی از یک سو و متهم از سوی دیگر به‌صورت ساده و بسیط مطرح نیست بلکه موارد و پرونده‌هایی یافت می‌شود که قاضی با یک باند دارای تشکیلات برتر یا برابر با دولت طرف می‌شود که در این مواقع جان و مال و خانواده قضات با خطر جدی مواجه است. لذا نیازمند حمایت مضاعف است چون در اینجا هم اجرای عدالت و هم حفظ جان قاضی به‌حیث یک نیروی کارآمد که رویش هزینه جامعه صرف شده است، برای دولت اهمیت بسزایی دارد (یکرنگی، ۱۳۸۹، ص. ۹۰). اگر حمایت درخور صورت نگیرد، قاضی ناچار از انتخاب



یکی از این دو امر است یا عدالت را فدای منافع شخصی کرده داشته‌های خود را نجات دهد یا عدالت را اجرا و جانش را فدا نماید که هر کدام برای امنیت قضایی و دولت هزینه سنگینی را تحمیل می‌نماید. در راستای رسیدن به این هدف والا، حقوق کیفری افغانستان یک قدمی جلوتر از حقوق کیفری ایران است. مقنن ایران در ماده ۶۶۸ و ۶۶۹ کتاب تعزیرات، جرم تهدید را به‌صورت عام مورد توجه قرار داده است: «هرگاه کسی دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی یا مالی و یا به افشای سری نسبت به خود یا بستگان او نماید، اعم از اینکه به‌این واسطه تقاضای وجه یا مال یا تقاضای انجام امر یا ترک فعلی را نموده یا ننموده باشد به مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه یا زندان از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد.» «هرکس با جبر و قهر یا با اکراه و تهدید دیگری را ملزم به دادن نوشته یا سند یا امضا یا مهر نماید و یا سند و نوشته‌ای که متعلق به او سپرده به او می‌باشد را از وی بگیرد به حبس از سه ماه تا دو سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.»

قانون‌گذار ایران به جرم تهدید از جهات مختلف توجه نموده است و هرچند در مواردی از کیفیات مشدده هم دانسته است اما به تهدید علیه قضات توجه خاصی مبذول نداشته است. در جایی تهدید را شرط تحقق جرم دانسته است (ماده ۶۹۴ ق.م.ا). در جایی از کیفیات مشدده بیان داشته است (بند ۵ ماده ۶۵۱ ق.م.ا). در جایی باعث سلب مسؤولیت کیفری دانسته است (بند ۳ ماده ۱۹۸ ق.م.ا).

مقنن افغانستان در بند ۴ ماده ۴۶۱ کود جزا با صراحت به این مورد پرداخته است: «اعمال ذیل ممانعت از تطبیق عدالت شناخته می‌شود: ... ۴- استعمال قوه یا تهدید یا ارباب در مراحل تعقیب عدلی به‌منظور مداخله در اجرای وظایف رسمی قاضی... در ارتباط به ارتکاب اعمالی که در این قانون جرم شناخته شده است.»

۲-۴-۲- تهدید شهود و بزه‌دیدگان

خداوند متعال در مورد اهمیت ادای شهادت و قباحث کتمان شهادت می‌فرماید: «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ أِثْمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ» (بقره ۲۸۳). ادای شهادت را کتمان نکنید. هر کسی شهادت را کتمان نماید، نشان‌گر قلب گناه‌کار اوست، هرچند خداوند از دانستنی‌های شما آگاه است. یا در حدیثی از رسول مکرم اسلام راجع به اهمیت ادای شهادت و قباحث کتمان شهادت چنین وارد شده است: «پیامبر خدا (ص) می‌فرماید: هر که شهادتی را کتمان کند، یا شهادتی دهد که خون مسلمانی را پایمال کند، یا مال مسلمانی را از بین ببرد، روز قیامت در حالی آورده شود که چهره‌اش تاریک است و ظلمت آن، تا جایی که چشم کار می‌کند، کشیده شده است و در صورتش خراش‌هایی است و مردمان او را به‌نام و نسب می‌شناسند» (بحرانی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱، ص. ۵۶۶).

ادای شهادت از سوی افراد یک جامعه متهمان نشان‌دهنده تعالی معنویت و انسانیت در آن جامعه است. از سوی دیگر در بسیاری موارد اقامه قسط و عدالت نیازمند بیان شهادت و گواه است زیرا یکی از راه‌ها و ادله اثبات دعوا شهادت و گواهی دادن است. انسان‌ها همیشه یا همه ابنا‌ی بشر آرمان‌گرا نیستند که خود



را فدای جامعه و اهداف متعالی الهی و انسانی نمایند. هرچند این امور مهم است اما در کنارش تأمین امنیت جان، مال و خانواده‌اش نیز در درجه اول اهمیت است. به این ترتیب، باید متولیان امر از هویت شهود حفاظت و حراست نمایند.

در اینجا نیز مثل حمایت از قضات می‌طلبید که قانون‌گذاران کیفری بحث تهدید و مخاطرات علیه شهود را مجزا با حدت و شدت بالاتری مورد جرم‌انگاری قرار دهند. در این مورد نیز قانون‌گذار افغانستان بحث حمایت از شهود در برابر تهدیدات بزهکاران را به‌طور خاص مورد توجه قرار داده است. در ماده ۴۶۱ راجع به جرایم مانع از تطبیق عدالت، یکی از موارد این جرایم را تهدید شهود و بزه‌دیده دانسته، می‌نویسد: «۱- استعمال قوه یا تهدید یا ارعاب مجنی علیه یا شاهد یا وعده، پیشنهاد و یا پرداخت منفعت خلاف قانون به آن به‌منظور تحمیل ادای شهادت دروغ یا امتناع از ادای شهادت یا مداخله در شهادت». قانون‌گذار ایران در اینجا نیز قانون خاصی ندارد. فقط چنین جرایمی به استناد مواد ۶۶۸ و ۶۶۹ قابل مجازات و تعقیب است. بحث از شاهد در نظام کامن‌لا و نظام‌های رومی-ژرمن و دینی متفاوت است. در کامن‌لا شاهد هم شامل شاهد مصطلح و به‌معنای خاص می‌شود و هم شامل بزه‌دیده و مجنی علیه می‌شود. در کامن‌لا شاهد یعنی کسی که از وقوع واقعه و حادثه جرمی خبر دهد فرق ندارد از بزه‌دیدگی خود خبر دهد یا از بزه‌دیدگی دیگران خبر دهد. اما در نظام دینی و رومی-ژرمن شاهد کسی است که به‌حیث ناظر حوادث و اتفاقات جرمی یا کارشناس پرونده، مبادرت به ارائه اطلاعات و گزارشات کارشناسی خود می‌نماید (یکرنگی، ۱۳۸۹، ص. ۸۰).

به‌هرحال حمایت از بزه‌دیده، بسان حمایت از قضات و شهود، در برابر جرایم تهدیدآمیز لازم و نیاز مبرم امنیت قضایی و عدالت قضایی است. توجه به این نیاز وقتی اهتمام بیشتر را نشان می‌دهد که به‌طور خاص و مجزا مورد عنایت سیاست‌گذاران کیفری هر نظام واقع گردد. چنان‌که از اشارات به مواد و فقرات قانون مجازات اسلامی ایران و کود جزای افغانستان در فوق ملاحظه گردید مقنن افغانستان به حمایت کیفری از بزه‌دیده در مقابل تهدیدات واکنش خاص داشته است و مقنن ایران تفکیک بین بزه‌دیدگان تهدید قائل نشده است و همگان را در یک سطح تحت حمایت کیفری قرار داده است.

۲-۴-۳- تهدید سایر اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی

از دیگر اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی که نیازمند حمایت ویژه کیفری هستند و ممکن است بزه‌دیده جرم تهدید واقع شوند؛ وکیل مدافع، مترجم، کارشناس (پزشک قانونی)، اطلاع‌دهنده یا ارائه‌کننده مدارک و معلومات مرتبط به جرم باشند. در این خصوص نیز کود جزای افغانستان در ماده ۴۶۱ در بند ۲ و ۴ خود از این اشخاص نام برده و حمایت کیفری ویژه‌ای مقرر کرده است و قانون‌گذار ایران بسان مقامات قضایی، شهود و بزه‌دیدگان از سایر اشخاص درگیر عدالت قضایی نام نبرده بلکه همگان را یکسان تحت حمایت مواد ۶۶۸ و ۶۶۹ قرار داده است.

۲-۵- عناصر جرم تهدید

در هر جرمی وجود عناصر سه‌گانه لازم و ضروری است. بنابراین تحلیل مواد قانونی راجع به جرم تهدید می‌طلبد که عناصر این جرم بررسی شود.

۲-۵-۱- عنصر قانونی

در کود جزای افغانستان عنصر قانونی جرم تهدید شماره‌های ۱، ۲ و ۴ بند ۱ ماده ۴۶۱ است. در قانون مجازات اسلامی ایران مواد ۶۶۸ و ۶۶۹ کتاب تعزیرات است.

۲-۵-۲- عنصر روانی

از آنجایی که این جرم هم در قانون ایران و هم در قانون افغانستان از جمله جرم‌های عمدی است عنصر معنوی این جرم، عمد می‌باشد. به این ترتیب، تحقق این جرم به‌صورت شبه‌عمد یا خطای محض قابل تحقق نیست. پس عنصر معنوی این جرم مطابق کود جزای افغانستان هم دارای سوء نیت عام است و هم سوء نیت خاص. سوء نیت عام همان علم و اراده به ارتکاب جرم است و سوء نیت خاص اخلاف در فرایند اجرای عدالت به‌منظور تحمیل ادای شهادت دروغ، یا امتناع از ادای شهادت یا مداخله در شهادت یا ممانعت از ارائه مدارک و معلومات یا ممانعت از صدور حکم، می‌باشد. اما مطابق قانون جزای ایران فقط سوء نیت عام تصور دارد چون جرم تهدید را جداگانه مورد توجه قرار نداده است.

۲-۵-۳- عنصر مادی

(الف) عمل فیزیکی:

عمل فیزیکی مجرم در این جرم مطابق ماده ۴۶۱ کود جزای افغانستان استعمال قوه، تهدید یا ارعاب علیه یکی از اشخاص درگیر در اجرای عدالت است. مطابق مواد ۶۶۸ و ۶۶۹ قانون مجازات اسلامی ایران عمل فیزیکی مجرم، جبر و قهر یا اکراه و تهدید بیان شده است. فرق ندارد مجنی علیه چه کسی باشد.

(ب) شرایط اوضاع و احوال:

مطابق ماده فوق در کود جزای افغانستان برای تحقق جرم تهدید شرایط زیر بیان شده است: ۱- مداخله در وظایف مراجع عدلی و قضایی از طریق زور و تهدید صورت گیرد. اگر با استدعا و التماس در وظایف مقامات فوق مداخله نماید، مصداق این ماده قرار نمی‌گیرد. ۲- مداخله در اجرای عدالت در تمام مراحل آن منظور است لذا فقط شامل دادرسی و محاکمه نمی‌شود حتی بعد از محکوم شدن نیز قابل تحقق است. مثلاً مجرم محکوم به حبس شده، در زندان به‌سر می‌برد. وکیل مدافع وی را با تهدید و اکراه از دفاع کردن از حقوق متهم باز می‌دارد. همین‌جا نیز جرم تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی یا «مداخله در وظایف مقامات عدلی و قضایی» تحقق یافته است. ۳- تهدید علیه مقامات عدلی و قضایی در اینجا زمانی مصداق این جرم واقع می‌شود که او در راستای اجرای وظایف رسمی خود باشد. به این ترتیب، اگر فردی با قاضی یا دادستان (سارنوال) مشکل شخصی داشته باشد وی را تهدید نماید مصداق این جرم واقع نمی‌شود. ۴- تحقق جرم تهدید علیه اشخاص درگیر در عدالت، فقط علیه اشخاصی که در این ماده ذکر



شده است تصور دارد مثل قضا، دادستان (سارنوال)، مأمور ضبط قضایی، وکیل مدافع، مترجم، کارشناس و اهل خبره. پس این جرم علیه سایر اشخاص مقامات قضایی تصور ندارد.

(ج) نتیجه مجرمانه:

جرم تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی، از جمله جرم‌های مطلق بوده نیاز به حصول نتیجه مجرمانه خاصی ندارد. هرچند سوء نیت خاص دارد اما سوء نیت خاص وابسته به نتیجه خاص نیست. این مطلب هم از ماده ۴۶۱ کود جزا و هم از ماده ۶۶۹ قانون مجازات قابل استفاده است، هرچند ذیل ماده ۶۶۹ قانون مجازات اسلامی ایران «اعم از اینکه به‌این واسطه تقاضای وجه یا مال یا تقاضای انجام امر یا ترک فعلی را نموده یا ننموده باشد» به این مطلب صراحت دارد. اما تهدید در ماده ۶۶۸ قانون مجازات چون جرم مرکب از اعمال تهدید و گرفتن سند یا دیگر موارد مذکور در ماده است از جمله جرم‌های مقید محسوب می‌شود نه جرم مطلق.

۲-۶- ماهیت جرم تهدید

به‌طوری که ملاحظه شد، جرم‌های تهدید علیه اشخاص فوق در زمره جرم‌های مطلق به حساب می‌آید، یعنی صرف مجرم، خانواده یا باند‌های حامی وی یکی از اشخاص منظور این مواد را تهدید نمایند، جرم مورد نظر واقع شده ولو اخلاص در اجرای عدالت قضایی رخ نداده باشد. چنان‌که در فوق تذکر داده شد جرم تهدید موضوع ماده ۶۶۸ قانون مجازات اسلامی جرم مقید است. این جرم فقط با فعل مثبت قابل تحقق است به این ترتیب، با ترک فعل تحقق نمی‌یابد.

۲-۷- مجازات جرم تهدید

بین قانون افغانستان و ایران چنان‌که در تفکیک و عدم تفکیک جرم تهدید علیه عدالت قضایی از سایر تهدیدات تفاوت وجود دارد؛ در مجازات مجرمین این جرم نیز تفاوت مشهود است. در قانون افغانستان علاوه بر اینکه این حوزه را به‌طور خاص جرم‌انگاری کرده است که نشان از رویکرد خاصی در مجازات دارد، به حالت‌های مشدده و مخففه مجازات نیز توجه ویژه داشته است. اما در قانون ایران، این دقت و جزئیات مد نظر قرار نگرفته است.

در قانون ایران به‌طور مطلق آمده است که تهدید و اکراه یا جبر و قهر علیه شخصی اعمال شود، مطابق ماده ۶۶۸ از سه ماه تا دو سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود: «هرکس با جبر و قهر یا با اکراه و تهدید دیگری را ملزم به دادن نوشته یا سند یا امضا یا مهر نماید یا سند و نوشته‌ای که متعلق به او سپرده به او می‌باشد را از وی بگیرد به حبس از سه ماه تا دو سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد». مطابق ماده ۶۶۹ مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه و حبس از دو ماه تا دو سال علیه او اعمال خواهد شد: «هرگاه کسی دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی یا مالی یا به افشای سری نسبت به خود یا بستگان او نماید، اعم از اینکه به‌این واسطه تقاضای وجه یا مال یا تقاضای انجام یا

ترک فعلی را نموده یا ننموده باشد به مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه یا زندان از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد».

در کود جزای افغانستان مجازات جرم تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی را با در نظر گرفتن معیارهای خاصی دسته‌بندی کرده است. اگر مجرم، صرفاً تهدید نماید و در عمل اخلال در فرایند عدالت قضایی ایجاد نشود، یک‌گونه مجازات می‌شود. اگر تهدید خود را عملی نماید، گونه‌ای دیگر مجازات می‌شود. اگر مرتکب جرم تهدید، در جرایم تروریستی باشد مثلاً فردی پلیس را تهدید نماید که فلان جرم تروریستی را تعقیب ننماید، گونه‌ای دیگر مجازات می‌شود و اگر این مجرم از مقامات و مأمورین خدمات عامه باشد مجازات دیگری دارد.

۸-۲- موضوع تهدید

جرم تهدید وقتی مصداق دارد که راجع به موضوعات صورت بگیرد که برای بزه‌دیده مهم است. اهمیت موضوع تهدید به تشخیص عرف بستگی دارد. بنابراین زمانی شخص به دلیل جرم تهدید قابل تعقیب عدلی است که از نظر عرف رفتار یا گفتار شخص متهم تهدید تلقی شود و از نظر عرف با ملاحظه احوال و شرایط تهدیدکننده و تهدیدشونده، تهدید عملی باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۸، ج. ۳، ص. ۳۸۵). از جمله موضوعاتی که هم در تهدید عمومی و هم در تهدید راجع به اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی، مطرح شده است، جان، مال و حیثیت شخص بزه‌دیده یا یکی از بستگان وی است.

۸-۲-۱- تهدید علیه جان

ماده ۴۶۱ کود جزای افغانستان که به جرم تهدید علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی پرداخته است، صرفاً از «واژه تهدید» استفاده کرده و متعلق تهدید را مشخص نکرده است. شاید علتش این باشد که موضوع مورد تهدید را در ماده ۶۲۳ بیان کرده است و این ماده هم به مفاد آن ماده ارجاع داده شده باشد. در بند ۱ این ماده می‌نویسد: «شخصی که دیگری را به ارتکاب جنایت علیه نفس... کتباً تهدید نماید ... به حبس طویل محکوم می‌گردد، مشروط به اینکه تهدید توأم با مطالبه یک شیء یا اجرای یک فعل یا امتناع از آن باشد». در بند ۲ تهدیدی را که با مکتوبی خالی از اسم فرستنده یا منسوب به یک جمعیت موهوم باشد، به عین مجازات بند ۱ محکوم می‌نماید.

ماده ۶۶۹ قانون مجازات اسلامی ایران نیز یکی از موضوعات مورد تهدید را تهدید علیه جان شخص بزه‌دیده می‌داند: «هرگاه کسی دیگری را به هر نحو تهدید به قتل ... نماید به مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه یا زندان از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد».

۸-۲-۲- تهدید علیه شرف و آبرو

به شرح فوق‌الذکر، ماده ۴۶۱ موضوع جرم ممانعت از تطبیق عدالت را بیان نکرده است و ماده ۶۲۳ در بند ۱ خود یکی از موضوعات جرم تهدید را شرف و حیثیت بزه‌دیده دانسته است: «یا تهدید به استناد امور



مخل شرف یا افشای آن باشد به حبس طویل محکوم می‌شود». قانون مجازات اسلامی ایران در همان ماده نیز به این موضوع اشاره دارد.

۳-۸-۲- تهدید علیه اموال

به شرح ایضاً تهدید علیه اموال در هر دو قانون مورد اشاره قرار داده شده است. نکته‌ای که در قانون مجازات اسلامی ایران مورد اشاره واقع شده است که در قانون افغانستان، نه در تهدید عام و نه در تهدید خاص (مانع از تطبیق عدالت) بدان پرداخته نشده است؛ مفاد ماده ۶۶۸ قانون مجازات اسلامی است. در این ماده به الزام کردن بزه‌دیده به دادن نوشته یا سند یا امضا یا مهر چه مال خودش باشد و چه از کسی نزد وی به امانت باشد، مورد توجه واقع شده است. از آنجایی که این امور به قرینه ماده ۶۶۹ تحت مفهوم مال داخل نیست پس می‌شود گفت موضوع چهارم مورد تهدید، این موارد می‌باشد.

۲-۹- محدوده تهدید

بزه‌دیده جرم تهدید می‌تواند بزه‌دیده مستقیم یا غیرمستقیم باشد. بزه مستقیم آن است که به‌طور مستقیم از رهگذر یک رفتار مجرمانه دچار آسیب جسمانی، روانی، عاطفی یا اقتصادی گردیده باشد؛ بزه‌دیده غیرمستقیم آن است که به‌طور مستقیم از رفتار مجرمانه متضرر نشده است بلکه به‌واسطه متضرر شدن دیگری متضرر محسوب می‌شود. به این ترتیب، جرم تهدید می‌تواند علیه خود شخص باشد یا علیه یکی از بستگان وی باشد که در نتیجه می‌تواند هر کدام بزه‌دیده مستقیم و غیرمستقیم نسبت به همدیگر محسوب شود (یکرنگی، ۱۳۸۹، ص. ۸۰). یعنی یک زمان فردی شخصاً مورد تهدید واقع می‌شود، پس خودش بزه‌دیده مستقیم و بستگان وی بزه‌دیده غیرمستقیم خواهد بود. یک زمان فردی را به‌واسطه صدمه زدن به دیگری مورد تهدید قرار می‌دهد که در این صورت خود بزه‌دیده غیرمستقیم و بستگانش بزه‌دیده مستقیم خواهد بود.

۳-۹-۱- تهدید علیه خود شخص

هم در قوانین ایران و هم در کود جزای افغانستان به این مورد تصریح شده است. کود جزای افغانستان در ماده ۶۲۳ خود در بند ۱ مصداق تهدید مشدد را علیه نفس، مال و شرف شخص متصور دانسته و مستحق مجازات حبس طویل می‌داند. در ماده ۶۶۹ قانون مجازات اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲ نیز تهدید علیه جان، مال و شرف طرف محقق دانسته و به جزای تا ۷۴ ضربه شلاق و حبس از دو ماه تا دو سال حبس محکوم می‌دارد. کود جزای افغانستان در جرم تهدید به‌طور خاص که مانع از تطبیق عدالت و علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی صورت می‌گیرد، به موضوعات و محدوده جرم تهدید اشاره نکرده است لذا ناچاریم آن مواد (۴۶۱ به بعد را) ناظر به ماده ۶۲۳ بدانیم، هرچند این ماده به لحاظ ترتیب متأخر از ماده مذکور است اما این موضوع اشکال ایجاد نمی‌کند.

۲-۹-۲- تهدید علیه بستگان شخص

ملاک در تهدید این است که شخص را وادار به تمکین نماید. این مقصود ممکن است با تهدید در یکی از موضوعات جان، مال و حیثیت خود شخص یا کسی که برای شخص مهم است محقق شود. راجع به تهدید بستگان شخص هم در کود جزا و در قانون مجازات اسلامی مورد اشاره واقع شده است. فقط تفاوتی که وجود دارد در این است که در قانون ایران از واژه «بستگان» استفاده کرده است و قانون افغانستان از واژه «غیر» استفاده کرده است. این احتمال دارد که از واژه غیر برداشت وسیع‌تری بشود نسبت به واژه بستگان. لذا بر اساس قانون ایران اگر فردی غیر از بستگان نسبی یا سببی‌اش مورد تهدید واقع شود، نمی‌تواند او را بزه‌دیده تهدید دانست مثلاً رفیقش را به گروگان گرفته است یا مال و آبروی رفیقش را به‌مخاطره انداخته است که اگر فلان اقدام و عملی را انجام ندهی، تهدید خود را عملی خواهم نمود.

بر اساس قانون افغانستان این تعمیم قابل استفاده است لذا واژه غیر شامل رفیق فرد هم می‌شود، هرچند واژه «غیر» هر کسی غیر از خود شخص را در بر می‌گیرد اما این واضح است که فقط کسی مراد و منظور است که تهدید او باعث متأثر شدن شخص مورد نظر بشود و گرنه یک بیگانه‌ای را تهدید نماید، به این شخص هیچ انگیزه‌ای ایجاد نمی‌شود که تهدید مجرم را اجرا نماید (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۸، ج. ۳، ص. ۳۷۸).

۲-۱۰-۱- ویژگی‌های تهدید

تهدید به‌طور عام یا تهدید علیه عدالت قضایی در صورتی جرم محسوب خواهد شد که جامع شرایط مقرر در قانون باشد. به این ترتیب، هر تهدید جرم نیست بلکه وقتی جرم است که شرایط مطرح در ذیل را دارا باشد.

۲-۱۰-۲- غیرقانونی بودن

تهدید باید غیرقانونی باشد. بنابراین، این سؤال ممکن است ایجاد شود که مگر تهدید قانونی هم داریم؟ بله تهدید می‌تواند قانونی باشد. مثلاً شخصی مجرم از صحنه جرم در حال فرار است و پلیس طبق قانون، برای متوقف شدن وی به شلیک کردن تهدید می‌نماید یا شاکی شخصی مجرم را به طرح شکایت در دادگاه و کشاندن وی به پای میز محاکمه تهدید می‌نماید یا شخص مدافع مهاجم را به زدن وی در صورت عملی کردن تهاجمش تهدید می‌نماید. همه این موارد تهدید است اما قانونی و جرم نیست (رحیمی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۱۰۶).

۲-۱۰-۲- صریح بودن

تهدید مستقیم باشد یا غیرمستقیم، باید صریح باشد. بنابراین اگر رفتاری از متهم سر زند که صراحت در تهدید ندارد نمی‌توان آن را جرم دانست مثلاً فردی با «نقاشی کردن حالت شلیک به شخص تهدیدشونده» او را تهدید نماید. مثلاً این نقاشی را سر راه وی قرار دهد یا شبانه وارد خانه وی اندازد. در ضمن آن نامه‌ای



مبنی بر درخواستی هم ارسال نماید، نمی‌توان گفت مرتکب جرم تهدید شده است و باید به جزای مقرر محکوم شود (رحیمی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۱۰۴).

۲-۱۰-۳- ایجاد رعب و وحشت

تهدید مجرمانه آن است که در شخص مورد تهدید ترس و وحشت ایجاد نماید. اگر تهدید طوری باشد چنین حالتی ایجاد نکند، نمی‌توان جرم دانست مثلاً بگوید اگر ماشینت را ندهی پسرت را در راه مدرسه با چاقو خواهیم زد و این شخص بدون ترس و دل‌هره بگوید «خوب، دیگه چی».

پس باید تهدید در فرد تهدیدشونده ترس و رعب ایجاد نماید. رعب هم باید این اوصاف سه‌گانه را داشته باشد و هر رعبی تهدید مجرمانه محسوب نمی‌شود: ۱- نخست فرد مورد تهدید واقعاً ترسیده باشد. ۲- دوم این ترس به‌طرز معقول و متعارف ایجاد شود. ۳- سوم این ترس پایدار باشد (رحیمی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۱۰۱).

۲-۱۰-۴- قریب‌الوقوع بودن

تهدید از نظر مخاطب و تهدیدشونده باید طوری تلقی شود که اگر به خواسته مجرم و تهدیدکننده تمکین نکنم، تهدیدش را عملی خواهد کرد. منظور از قریب‌الوقوع بودن این نیست که تهدید در همان لحظه اعمال شود بلکه توانایی اعمال او در تهدیدکننده برای تهدیدشونده مشاهده شود؛ لذا قریب‌الوقوع بودن با ترس متعارف و واقعی رابطه مستقیم دارد (رحیمی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۱۰۵).

۲-۱۰-۵- عمدی بودن

از دیگر ویژگی‌های جرم تهدید این است که به‌صورت عمدی صورت پذیرد. بنابراین این جرم به‌صورت خطا و شبیه خطا قابل تحقق نیست. هرچند در قانون ایران و افغانستان این جرم از جرم‌های مطلق است اما در قانون ایران به‌صرف سوء نیت عام اکتفا شده است (ماده ۶۶۹) ولی در قانون افغانستان در تهدید عام مثل قانون ایران است (ماده ۶۲۳) اما در تهدید علیه عدالت قضایی سوء نیت خاص که همان به تعطیلی کشاندن اجرای عدالت باشد نیز ملحوظ داشته شده است (ماده ۴۶۱).

۲-۱۱- ابزار تهدید

جرم تهدید از جمله جرم‌هایی است که تحقق آن وابسته به وسیله‌ای خاصی نیست. ملاک در تکون یافتن این جرم تحقق مفهوم تهدید است، این مفهوم می‌تواند با هر وسیله‌ای محقق شود. تهدید می‌تواند گفتاری، رفتاری و نوشتاری باشد.

قانون‌گذار ایران در ماده ۶۶۹ با صراحت بیان می‌دارد که این جرم به‌وسیله‌ای خاصی مقید نیست چنان‌که قابل ملاحظه است: «هرکس دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی یا مالی و یا به افشای سری نسبت به خود یا بستگان او نماید...» کلمه «به هر نحو» بیانگر عدم تقید به وسیله‌ای خاصی است. اما در برخی جرایم، تحقق جرم تهدید را مقید به وسیله‌ای خاصی کرده است مثل ماده ۶۱۷: «هرکس به‌وسیله چاقو و یا هر نوع اسلحه دیگر تظاهر یا قدرت‌نمایی کند یا آن را وسیله مزاحمت

اشخاص یا اخاذی یا تهدید قرار دهد یا با کسی گلاویز شود در صورتی که از مصادیق محارب نباشد به حبس از شش ماه تا دو سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد». چنان‌که ملحوظ نظر قرار گرفت در این ماده جرم تهدید به وسیله خاص مثل انواع سلاح سرد و گرم جداگانه جرم‌انگاری و به وسیله خاص مقید شده است.

ماده ۶۰۷ نیز تهدید مقید به وسیله‌ای خاصی را بیان می‌دارد: «هرگونه حمله یا مقاومتی که با علم و آگاهی نسبت به مأمورین در حین انجام وظیفه آنان به عمل آید، تمرد محسوب می‌شود و مجازات آن به شرح ذیل است: ۱- هرگاه متمرّد به قصد تهدید اسلحه خود را نشان دهد حبس از شش ماه تا دو سال. ۲- هرگاه متمرّد در حین اقدام دست به اسلحه برد حبس از یک تا سه سال. ۳- سایر موارد حبس از سه ماه تا یک سال. تبصره: اگر متمرّد در هنگام تمرد مرتکب جرم دیگری هم بشود به مجازات هر دو جرم محکوم خواهد شد».

در مواد ۴ و ۵ قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند، نیز تهدید مقید به وسیله‌ای خاص به چشم می‌خورد. در اینجا مقنن تهدید مخاطب را مقید به استفاده از آثار مبتذل و مستهجن که از وی تهیه شده، دانسته است. در ماده ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ و ماده ۷۴۳ تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، جرم تهدید با استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی را جرم‌انگاری کرده است.

با وجود این، مناسب بود که قانون‌گذار ایران جرم تهدید را در حالات و موارد خاص با در نظر گرفتن کیفیات مخففه و مشدده در ضمن تبصره یا مواد مستقل به صورت عام جرم‌انگاری می‌کرد (رحیمی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۹۸).

قانون‌گذار افغانستان در مواد عدیده‌ای از کود جزا به جرم تهدید در موارد مختلف پرداخته ولی در هیچ کدام تحقق این جرم را مقید به وسیله‌ای خاصی نکرده است. در ماده ۵۷، ۳۵۴، بندهای ۱ و ۴ ماده ۴۶۱، مواد ۶۲۳ تا ۶۲۶، ماده ۴۲۳ و ماده ۴۱۴ از کلمه «تهدید» استفاده کرده است.

۳- حمایت کیفری از دست‌اندرکاران عدالت قضایی در اسناد بین‌المللی

اسناد فراملی مثل کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با جرایم سازمان‌یافته موسوم به کنوانسیون پالرمو ۲۰۰۳ و اساس‌نامه دادگاه کیفری بین‌المللی به حمایت از دست‌اندرکاران عدالت قضایی جرم تهدید علیه آنان را جرم‌انگاری کرده‌اند. در بند ۱ ماده ۴ اساس‌نامه دادگاه، دول عضو را مکلف به توسعه جرم‌انگاری جرایم علیه عدالت قضایی نموده است: «هر دولت عضو موظف است در مورد مجازات جرایم علیه سلامت تحقیقات، قوانین جزای خود را توسعه دهد یا رسیدگی‌های قضایی خود را به جرایم علیه اجرای عدالت که در این ماده به آن اشاره شده و در قلمرو آن دولت توسط یکی از اتباع آن ارتکاب یافته است تعمیم دهد». کنوانسیون پالرمو در بند ۱ ماده ۳۲ خود به دول عضو توصیه می‌کند: «هر کشور عضو بر اساس نظام حقوقی داخلی خود و در چارچوب امکانات خود اقدامات مقتضی را اتخاذ خواهد نمود تا از شهود و



کارشناسانی که در خصوص جرایم احراز شده بر اساس این کنوانسیون شهادت می‌دهند و در صورت اقتضا اقارب و سایر اشخاص نزدیک به آن‌ها در مقابل تلافی یا تهدید بالقوه حمایت مؤثر به عمل آورد». ایران در سال ۱۳۸۷ به کنوانسیون پالرمو ملحق شد و این کنوانسیون به تصویب مجلس ایران رسیده و اکنون در حکم قانون ایران است اما به اساس‌نامه دیوان هنوز ملحق نشده است. بر فرض الحاق ملزم به جرم‌انگاری جرایم علیه عدالت قضایی است. افغانستان به این اسناد پیوسته است و در سال ۲۰۰۳ به اساس‌نامه دیوان کیفری ملحق شد. به این ترتیب، جرایم علیه عدالت قضایی را هم مورد عنایت سیاست کیفری خویش قرار داده است. حقوق‌دانان ایرانی نیز توصیه می‌نمایند که هم به حکم توصیه اسناد بین‌المللی و هم به حکم ضرورت چالش‌های فراروی اشخاص درگیر در عدالت قضایی، جرم‌انگاری این حوزه به‌طور خاص از مبرمات حمایت کیفری از اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی است (یکرنگی، ۱۳۸۹، ص. ۸۲). مقنن ایران در دو مورد جرم تهدید را به‌طور مستقل جرم‌انگاری کرده است، یکی ماده ۵۰ قانون جرایم نیروهای مسلح و ماده ۶۰۷ قانون مجازات اسلامی ولی راجع به تهدیدات علیه اشخاص درگیر در اجرای عدالت کیفری چنین اقدامی از خود نشان نداده است.

نتیجه‌گیری

زندگی اجتماعی بشر در سایه درخت بلندقامت عدالت، مزه و لذت پیدا می‌کند و این درخت شاخه‌های متعددی دارد که یکی از شاخه‌های آن تأمین عدالت در اجرای قضاوت است. امکان دارد که جرایمی چون تهدیدات علیه اشخاص دخیل در اجرای عدالت در همین جا نیز مانع از تحقق عدالت گردد لذا نیازمند حمایت و سیاست‌گذاری است. بشر در هر جا و زمانی نیازمند تأمین عدالت و امنیت است و مردم افغانستان و ایران نیز از این اصل مستثنا نیستند و این انتظار وجود دارد که عدالت قضایی در نظام کیفری‌شان به‌وجه احسن تأمین شود.

با توریق کتب سیاست کیفری این دو کشور، گام‌هایی راجع به تأمین عدالت کیفری و مبارزه علیه جرایم تهدیدکننده امنیت اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی، به چشم می‌خورد؛ اما با وجود شاخصه‌های مبرز، دچار خلأها و نواقص تقنینی هستند. قانون‌گذار ایران اصلاً از اختصاص دادن مواد و فصل مستقل به جرایم علیه اجرای عدالت قضایی غفلت ورزیده است و این نشانگر عدم توجه به اهمیت حفظ امنیت اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی است. هرچند تهدید را به‌صورت عمومی جرم‌انگاری کرده است، اهمیت تأمین عدالت در این موضوع به دلیل حساسیتش توجه ویژه می‌طلبد. قانون‌گذار افغانستان در راستای نیل به این هدف قدم بلند و به‌جایی برداشته است و این اقدامی نیک در تحقق هرچه بیشتر عدالت محسوب می‌شود، اما از توجه به ابزارهای به کار رفته در اعمال تهدید که قطعاً به‌لحاظ اثرگذاری تفاوت دارد، غفلت ورزیده است.



پیشنهادهات

سیاست‌گذاری کیفری به سبک مرسوم امروزی در دنیا، بر اساس نقد و پیشنهادات دکترین حقوق و محققان این رشته، بسان سایر جوانب سیاست‌گذاری‌های جامعه بشری؛ شکل گرفته و هر روز به رشد و بالندگی می‌افزاید. به این ترتیب، در اینجا نکاتی به سیاست‌گذاران کیفری مورد نظر، تذکر داده می‌شود.

۱- قانون‌گذار ایران هم به حکم حسن هرچه بیشتر اجرای عدالت و هم به حکم توصیه‌های اسناد بین‌المللی چون ماده ۴ کنوانسیون پالرمو ۲۰۰۳ که در ۱۳۸۷ توسط مجلس ایران به تصویب رسیده و حکم قانون را یافته است؛ باید توجه ویژه‌ای راجع به تأمین امنیت اشخاص درگیر در اجرای عدالت قضایی در قبال جرایم محتمله چون تهدید این اشخاص از خود نشان دهد. ضرورت جامعه هم می‌طلبد که به این مهم عطف توجه شود زیرا موارد زیادی به‌طوری که در متن مذکور است از قضات و دادستان‌ها و همکارانشان در این راستا در نهادهای مختلف قضایی جانشان را از دست داده و مورد ترور واقع شده‌اند.

۲- در زمانی که این مقاله نوشته شده است، از حاکمیت مجدد امارت اسلامی (طالبان) بر کشور افغانستان حدود چهار سال و اندی می‌گذرد. از آنجا که قوانین غنی افغانستان در این زمان منسوخ واقع شده است، سخن گفتن از نقایص جزئی در حمایت از دست‌اندرکاران اجرای عدالت قضایی سالبه به انتقای موضوع است؛ اما با وجود این، پیشنهادی دیگر به حاکمان فعلی افغانستان پیشکش می‌گردد تا شاید مفیدفایده واقع گردد.



منابع

- قرآن کریم.
- آقایی، قاسم. (۱۳۹۰). *جرایم علیه عدالت قضایی در مرحله دادرسی*. دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۱). *حقوق جزای عمومی*. ج. ۲. انتشارات میزان.
- بحرانی، یوسف. (۱۴۱۶ق). *البرهان فی تفسیر القرآن*. ج. ۱. بنیاد بعثت.
- بخشی‌زاده اهری، امین. (۱۳۹۲). *محتشای قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*. انتشارات عصر اندیشه.
- پورمظفر، مرتضی. (۱۳۸۹). *تحلیل فقهی-حقوقی جرایم علیه عدالت قضایی در مرحله اجرای حکم*. دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- جمعی از نویسندگان. (۱۳۹۸). *شرح کود جزای افغانستان*. ج. ۲ و ۳. کابل.
- رحیمی، محمدمهدی و همکاران. (۱۳۹۷). *جرم تهدید در حقوق کیفری ایران و آمریکا*. فصل‌نامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ۶(۶)، ۷۸-۱۰۶.
- ساریخانی، عادل؛ موسوی، سید حیدر شاه. (۱۴۰۰). *موانع ثبوتی عدالت قضایی در اسلام، حقوق کیفری افغانستان و فرانسه*. فصل‌نامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۱(۱)، ۱۹۶.
- کود جزای افغانستان. (۱۳۹۶).
- محدث، محسن و همکاران. (۱۳۹۸). *امنیت قضایی در مرحله دادرسی در حقوق کیفری و روبه قضایی و چالش‌های فرارو*. پژوهش‌نامه نظم و امنیت/انتظامی، ۱۲(۴)، ۲۱۱-۱۶۰.
- نजारزادگان، فتح‌الله؛ مسعودیان، مصطفی. (۱۳۸۹). *بررسی تطبیقی جرایم علیه عدالت قضایی از دیدگاه قرآن و حقوق کیفری ایران*. فصل‌نامه تخصصی پژوهش‌های میان‌رشته‌ای قرآن کریم، ۳(۳)، ۳۵.
- الی‌احمد، عمر. (۱۳۹۷). *جرایم علیه عدالت قضایی در نظام کیفری عراق با مطالعه تطبیقی در نظام کیفری فرانسه و ایران*.
- یک‌رنگی، محمد. (۱۳۸۹). *جرایم علیه اجرای عدالت قضایی*. تهران: انتشارات خرسندی.

Table of Contents

An Examination of the Foundations of Legitimate Defense in Islamic Jurisprudence and Iranian Law / 3

Avaz Kazemi and Mohammadreza Mirzaei

An Analysis of the Jurisprudential and Legal Foundations of Criminal Mediation / 21

Nayeb-Ali Akhtari

A Jurisprudential-Legal Study of the Ownership of Lands and Pastures in the Imami, Hanafi Schools and Afghan Law / 33

Mohammad Zia Karimi

Assessing the Validity of Divorce in Imami and Hanafi Jurisprudence with a Comparative Approach in Afghan Law and the Personal Status Regulations of Islamic Countries / 43

Yahya Hashemi

Challenges of Criminal Policy in Combating Administrative Corruption in Afghan Criminal Law / 57

Mohammad Nabi Akhlaqi

Crimes Against the Administrators of Judicial Justice in the Criminal Law of Iran and Afghanistan / 71

Habibullah Salehi



Legal Discourses

Vol. 14, No. 1 (Issue 27),
Spring & Summer 2025

Under the supervision of:
Scientific Association of Law,
Al-Mustafa University

**Language Editor &
Page Designer**
Pirayeshe Qalam Services

Website
<https://ild.journals.miu.ac.ir>

Print run: 100 copies
Price: 1,000,000 IRR
Printed by: Al-Mustafa
Digital Printing House

Address
Research Department,
Al-Mustafa International
University, Shahid
Modarres 1, 7th Floor,
Shahid Modarres Blvd.,
Mashhad, Iran

Phone: (+98)51-32211821
Fax: (+98)51-32217167
Postal Code: 9133936316

Publisher: Al-Mustafa International University
Place of Publication: Al-Mustafa International
University, Khorasan

Director-in-Charge: Ruhollah Saeedi Fazel
Editor-in-Chief: Mohammadreza Mirzaei

Editorial Board:
Nayeb-Ali Akhtari
Yahya-Hossein Akbari
Mesbah Khalili
Ehsatollah Farhang
Firooz Mohammadi
Mohammadreza Mirzaei
Mahdi Yousefi

Aims & Scope

This journal is devoted to publishing scholarly works in the field of legal studies. It seeks to foster an academic and research-oriented environment aimed at analyzing, critiquing, and examining prevailing ideas within the Qur'anic domain. Furthermore, the journal endeavors to introduce new topics and issues, providing thoughtful insights and solutions to the intellectual challenges confronting contemporary humanity, particularly within the Islamic world.

Academic Accreditation

This journal is a biannual specialized publication licensed under No. 75778/94 by the Ministry of Culture and Islamic Guidance of the Islamic Republic of Iran.

Disclaimers and Permissions

The views expressed in this journal do not necessarily reflect those of the editorial board.

The journal reserves the right to edit all submitted manuscripts.

Content from this journal may be reproduced with proper citation.

Indexing & Abstracting:

This journal is indexed in the Al-Mustafa Journals Database (journals.miu.ac.ir) and Noor Specialized Journals Database (noormags.ir)