

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه‌ی علمی پژوهشی علوم انسانی

دانشگاه خاتم النبیین (ص)

معاونت پژوهش و فن آوری

سال چهارم، شماره هفتم، خزان ۱۳۹۸
(ویژه‌ی فقه و حقوق)

صاحب امتیاز: دانشگاه خاتم النبیین (ص)

مدیر مسئول: دکتر عبدالقیوم سجادی

سردبیر: حجت الاسلام و المسلمین دکتر سید عبدالطیف سجادی

اعضای هیئت تحریر:

دکتر عبدالطیف سجادی؛ عضو هیئت علمی دانشکده فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

دکتر عبدالعلی محمدی؛ عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

آیت الله دکتر سید مصطفی محقق داماد؛ عضو هیئت علمی دانشکده فقه و حقوق دانشگاه شهید

بهشتی، تهران

دکتر عبدالکریم اسکندری؛ عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

استاد عبدالبصیر نبی زاده؛ عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

دکتر علی احمد رضایی؛ عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

استاد محمد عیسی فهیمی؛ عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

دکتر قاسم علی صداقت؛ عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

دکتر عزیزالله فصیحی؛ عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

استاد خالق داد اسدی؛ عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

مترجم: عبدالبصیر نبی زاده

طراحی جلد: گرافیک ترنج

ویراستار و صفحه آرا: هادی مروج

آدرس: کابل، کارته چهار، سرک اول، دانشگاه خاتم النبیین (ص)

شماره تماس: ۰۷۸۷۷۰۰۷۰۰

Web: www.knu.edu.af

Email: info@knu.edu.af

هرگونه استفاده از محتویات فصلنامه، تنها با ذکر منبع مجاز است.

فهرست مطالب

معیارهای محکومیت کیفری و آثار آن با تأکید بر حقوق جزای افغانستان عبدالکریم اسکندری.....	۵
مالکیت معادن از دیدگاه فقه و حقوق (با تأکید بر فقه امامیه و حنفیه و حقوق ایران و افغانستان) عبداللطیف سجادی.....	۳۲
فهم دین و تجلی آن در حقوق عمومی از منظر مجتهد شبستری عبدالعلی محمدی.....	۶۵
نظارت اداری بر امور مالی و بودجه در نظم حقوقی افغانستان قاسم علی صداقت.....	۹۳
نگاهی به آرای فقهی راجع به حق مالکیت بر نشان‌های تجاری و صنعتی محمد عیسی فهیمی.....	۱۲۱
کاربرد علائم ژنتیکی و آزمایش دی‌ان‌ای، در اثبات جرم قتل، از منظر فقه اسلامی و حقوق افغانستان علی احمد رضایی.....	۱۴۵
مبانی قاعده منع تلقین دلیل به متخاصمین و ضمانت اجرای آن (در دادرسی اسلامی) خالق داد اسدی.....	۱۶۵

سخن نخست

انتخابات دارای فرایند مختلف بوده و برای اجرای آن نیازمند مدت زمان طولانی است. آخرین مرحله این فرایند پروسه شمارش آراء یا تبدیل نمودن آرای مردم به کرسی است. در کشور ما با تدوین و تصویب قانون اساسی، حکومت جمهوری اسلامی افغانستان نام‌گذاری گردیده و چنین پیش‌بینی شد تا جمهوری اسلامی با انتخابات صورت گیرد. در انتخابات ریاست جمهوری به‌صورت معمول یک نظام به‌عنوان نظام اکثریتی وجود دارد. به همین ترتیب در همه‌پرسی (Referendum) تنها از نظام اکثریتی استفاده می‌شود؛ زیرا شرکت افراد در همه‌پرسی، صرف به‌عنوان موافق یا مخالف است که از مجموع آرای آنان اکثریت به دست می‌آید. سخن ما، در مورد نظام انتخاباتی نیست. ما در پی پاسخ به این‌گونه سؤالات نیستیم که؛ برنده‌ی انتخابات کیست؟ چه کسی بیشترین رأی را به خود اختصاص داده؟ آیا تقلب صورت گرفته یا خیر؟ آیا می‌توانیم انتخابات به‌درستی رعایت شده یا نه؟ ما تردیدی نداریم که هرگاه تیم خاصی ۵۰٪ آرای به کار رفته در انتخابات را به دست آورد و نسبت به رقبای انتخاباتی خویش از آرای اکثریت برخوردار باشد، مطابق قانون اساسی کشور رئیس‌جمهور است.

سخن ما این است که آیا با توجه به مبانی اعتبار رأی اکثریت در یک کشور اسلامی این نوع اکثریت قابل قبول است و می‌تواند از مشروعیت برخوردار باشد؟ به عبارت دیگر آیا حکومتی که بر اساس رأی دو میلیون انسان شکل گرفته تا برسی میلیون انسان حکومت کند، در حالی که ۱۳ میلیون انسان واجد شرایط رأی در انتخابات شرکت





نکرده است، حکومت مشروع است؟ واقعیت آمیخته با حقیقت در افغانستان این است که؛ قدرت سیاسی همواره از مشروعیت رنج برده است و در شرایط کنونی نیز همین امر سبب گردیده که دولت‌سازی، ملت‌سازی و نهادسازی ناکام بماند و حکومت نتواند پایه‌های اقتدارش را از راه مشروع تحکیم ببخشد. در اصل شصت و یکم قانون اساسی کشور مقرر گردیده است؛ «رئیس‌جمهور با کسب اکثریت بیش از پنجاه فی صد آرای رأی‌دهندگان از طریق رأی‌گیری آزاد، عمومی، سری و مستقیم انتخاب می‌گردد... هرگاه در دور اول هیچ‌یک از کاندیدان نتواند اکثریت بیش از پنجاه درصد آرا را به دست آورد، انتخابات برای دور دوم در ظرف دو هفته از تاریخ اعلام نتایج انتخابات برگزار می‌گردد و در این دور تنها دو نفر از کاندیدانی که بیشترین آرا را در دور اول به دست آورده‌اند، شرکت می‌نمایند. در دور دوم انتخابات، کاندیدای که اکثریت آرا را کسب کند، رئیس‌جمهور شناخته می‌شود.» قانون روشن است؛ اما این قانون نمی‌تواند مشروعیت حکومت بیش از سی میلیون انسان را تضمین نماید؛ زیرا در یک کشور سی میلیونی، مشروعیت حقوقی حاکمیتی که با حضور دو میلیون انتخاب‌کننده زمام امور حکومت را به دست می‌گیرد، زیر سؤال است.

به نظر ما بدون تردید هم ضرورت مذهبی اقتضا دارد که در عصر غیبت حکومت با جمهور مردم است، هم قاعده شورا که مبتنی بر قرآن است مقتضی انتخاب حکومت توسط مردم است، هم جلوگیری از مفاسد، بی‌اعتدالی‌ها در جامعه و اختلال نظم و قانون چنین چیزی را می‌طلبد و هم بیعت و رضایت همه مردم، دخالت عموم مردم را در سرنوشتشان می‌طلبد؛ بنابراین، دولت وظیفه دارد زمینه انتخابات و مشارکت مردم در انتخابات را فراهم نماید و مردم وظیفه دارند در تعیین سرنوشتشان دخالت کنند. نقص قانون اساسی کشور این است که مشارکت عموم مردم یا لاقط غالب مردم را مورد توجه قرار نداده است. اگر حاکمی از طرق مشروع به قدرت نرسیده باشد، یا از قدرت به گونه‌ی مشروع استفاده نکند، حق حکومت کردن را نداشته و مردم حق می‌توانند قدرت او را سلب کنند.

مطابق قانون اساسی کشور، برای همه شهروندان واجد شرایط، به‌عنوان یک «حق» یا «تکلیف» شرکت در انتخابات را به رسمیت شناخته تا به‌صورت مستقیم در

اعطای قدرت و مسؤولیت به هیئت حاکمه، ایفای نقش کنند؛ اما زمینه یک اجماع غالبی (اکثریت) مردم را مورد توجه قرار نداده است که به نظر ما اساس مشروعیت حکومت در فرض عدم استقبال غالب شهروندان کشور با مشکل مواجه گردیده و کشور را به سمت بحران هدایت می کند. ما زمانی می توانیم زمینه مشارکت اغلب شهروندان کشور در انتخابات را فراهم سازیم که مبنای مشارکت در حکومت نژاد، قوم، قبیله، سمت و ولایت نباشد. بلکه مشارکت در انتخابات مبتنی بر مبانی حقوقی و شرعی و بر اساس ملت سازی صورت گیرد. در این صورت است که شرکت در انتخابات، نه فقط یک وظیفه اجتماعی و ملی خواهد شد، بلکه یک وظیفه شرعی، اسلامی و الهی تلقی خواهد شد و شکست در آن، شکست جمهوری اسلامی افغانستان شمرده می شود. در این صورت است که تمام مردم حفظ آن را از بزرگ ترین واجبات و فرایض می دانند. پیشنهاد ما برای رسیدن به این آرزو این است که سه نکته اساسی مورد توجه قرار گیرد.

۱) حکومت بر مبنای اسلام و مکتب، منافع علیای کشور و آنچه مصالح عموم مردم افغانستان محسوب می شود؛

۲) اصلاح اصل شصت و یکم قانون اساسی مبتنی بر مشارکت اکثریت مردم افغانستان در انتخابات؛

۳) جلوگیری از مداخلات عریان و ارباب مدارانه کشورهای بیرونی.

سردبیر



معیارهای محکومیت کیفری و آثار آن با تأکید بر حقوق جزای افغانستان

عبدالکریم اسکندری*

* پوهندوی (استادیار) دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه تهران، کادر علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل

چکیده

تضمین امنیت قضایی که دربرگیرنده‌ی تکالیف برای دولت‌ها و دستگاه عدالت قضایی است، یکی از مهم‌ترین زیرمجموعه‌های امنیت فردی، در برابر هیئت حاکمه و صاحبان قدرت محسوب می‌گردد. دستگاه متولی اجرای عدالت جزایی و تأمین کننده‌ی امنیت قضایی، زمانی می‌تواند عدالت و امنیت قضایی شهروندان را تضمین کند که مراجع عدلی و قضایی در اجرای وجایب قانونی خود به‌گونه‌ای رفتار کنند که به حقوق و آزادی‌های افراد لطمه‌ای وارد نشود و کرامت و حرمت انسان‌ها مورد تعرض قرار نگیرد. به همین منظور یک نظام کیفری شایسته باید متضمن اصولی باشد که معیارهای محاکمه عادلانه را تأمین نماید. علنی بودن محاکمه، رعایت عدالت و انصاف و در مجموع رعایت حقوق مظنون، متهم، مجنی علیه و مدعی حق العبد در فرایند دعوای کیفری از شاخصه‌های تضمین امنیت قضایی است. در نظر گرفتن معیارهای محکومیت کیفری مانند وجود دلایل کافی و معتبر برای احراز مجرمیت، موجه و مستدل بودن فیصله‌ها از راهکارهای است که اصول اساسی محاکمه را تضمین و در تثبیت عدالت جزایی مؤثر و راهگشا خواهد بود. در کنار اصول یاد شده در نظر گرفتن معیارهای قطعی و نهایی شدن احکام از دیگر ابزاری است که

می‌تواند در تضمین حقوق سهام‌داران جرم کمک نموده و از محاکمه و مجازات افراد بی‌گناه جلوگیری نماید. بدون تردید رعایت معیارهای محکومیت جزایی و هم‌چنین شاخص‌های قطعیت حکم در عین حال که خود از اصول دادرسی منصفانه است در تعقیب و مجازات مجرمان، هم‌چنین رعایت شأن و منزلت آنان در فرایند دعوایی کیفری مؤثر است.

واژگان کلیدی

امنیت قضایی، محکومیت کیفری، معیار صدور حکم، احراز مجرمیت، احکام قطعی و نهایی.



در فرایند عدالت جزایی، بعد از کشف جرم، تعقیب و تحقیق دوسیه‌ی جزایی، نوبت به صدور حکم می‌رسد. این مرحله به دلیل این که از یک سو برآیند و نتایج فعالیت‌های پلیس، خارنوال و قاضی است و از طرف دیگر تطبیق ضمانت اجرای قانونی را به دنبال دارد، از حساس‌ترین و مهم‌ترین مرحله فرایند عدالت کیفری محسوب می‌گردد؛ زیرا «طرفین دعوی بیش از این که عدالت در «روند دادرسی» را بخواهند، عدالت در «نتیجه» یعنی حکم قضایی را خواستارند؛ لذا اگر طرفین دعوا، بی‌عدالتی در روند محاکماتی را تحمل کنند بی‌عدالتی در محتوای رأی را که مقصد و مقصود آنان است تحمل نخواهند کرد» (باقری: ۱۳۹۴، ۷۹) از همین رو، باید توجه نمود که معیارهای صدور محکومیت کیفری چیست و با چه شرایط و ارکانی محکومیت جزایی لازم‌الاجرا شده و قطعیت پیدا می‌کند و محکومیت کیفری تابع چه اصول و قواعدی است؟ پاسخ به سؤال‌های فوق ایجاب می‌کند که معیار محکومیت‌های کیفری در دو حوزه‌ای صدور حکم و قطعی شدن آن با تکیه بر نظام حقوقی افغانستان مورد بررسی قرار گیرد.

۱. معیار صدور حکم

هر چند در مورد این که معیار صدور محکومیت کیفری چیست و حکم باید بر اساس چه معیارها و قواعدی صادر شود، در دانش اصول محاکمات جزایی، بحثی صورت نگرفته است، اما با توجه به قواعد رسیدگی، رعایت حقوق مظنون و متهم و پیامدهای مهم و تأثیرگذار محکومیت کیفری بر زندگی محکوم، می‌توان به معیارهای که در صدور حکم لازم است دست یافت. احراز مجرمیت به صورت شفاف، رعایت موازنه محاکمه عادلانه در تمام مراحل رسیدگی، مستند و مستدل بودن حکم و صدور آن از سوی مرجع صلاحیت‌دار قضایی، از مهم‌ترین معیارهای است که باید در صدور حکم رعایت شود. هریک از این معیارها به صورت فشرده مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱.۱. احراز مجرمیت

با توجه به اصل برائت و بی‌گناهی افراد،^۱ باید مجرمیت از طریق ادله قانونی و معتبر ثابت و احراز گردد و از طرف دیگر محکوم، مرتکب رفتاری شده باشد که بر اساس قانون ممنوع و مجازات برای آن پیش‌بینی شده باشد. «گارو» در این زمینه می‌گوید: «حکم به مجازات را مقام قضایی وقتی صادر می‌کند که متهمی را مرتکب جرم و مستوجب مجازات بداند. قضات مراجع کیفری، در هنگام صدور حکم محکومیت کیفری، دو وظیفه دارند: یکی تشخیص مجرمیت، زیرا مجازات به شرط احراز مجرمیت است و دیگری تعیین میزان مجازات بر حسب استحقاق». (گارو: ۱۳۴۴، ۸۰) یعنی قاضی علاوه بر این که با تجزیه و تحلیل دقیق ادله‌ی اثبات دعوا، مجرمیت را تشخیص می‌دهد و هیچ‌گونه شبهه‌ی برای او نسبت به بزه‌کار بودن متهم باقی نمی‌ماند، باید در مقام تعیین مجازات نیز با توجه به شخصیت مجرم، اوضاع و احوال حاکم بر جرم، مجازات و کیفری را تعیین نماید که بیشترین تأثیر را هم در جنبه حمایت از متهم و هم در راستای تربیت بزه‌کار داشته باشد. (صفاری: ۱۳۹۲، ۲۷۵)

احراز مجرمیت نیازمند سپری نمودن فرایند و یک عملیات فنی و تخصصی است. در مجموع تشخیص مجرمیت، متوقف بر شناسایی و دستیابی به امور ذیل است:

۱. موجودیت دلایل کافی مبنی بر اثبات جرم و رای هرگونه شک معقول، بدین مفهوم که هیچ‌گونه تردید و شک عقلایی مبتنی بر عدم مجرمیت و اتهام منسوبه در میان نباشد و جوانب قضیه برای خارنوال و قاضی کاملاً شفاف و روشن شود. در غیر این صورت هرگونه اقدام و حکمی که در مورد اتخاذ می‌گردد ناعادلانه و به دور از انصاف خواهد بود. «دلیل، وسیله‌ی اثبات واقعیت است و بنابراین، ادله‌ی اثبات در امور کیفری از اهمیت و ویژگی‌های خاصی برخوردار است. طرح دعوا از سوی قدرت عمومی علیه کسی که بی‌گناهی او به موجب اصل برائت مفروض است و محکوم کردن او به مجازات با توسل به هر «وسیله‌ای» با نام و عنوان «دلیل» پذیرفته نیست. چنین عملکردی نه فقط با موازین عدالت سازگاری ندارد بلکه توالی فاسد

۱. اصل ۲۵ قانون اساسی افغانستان برائت ذمه را حالت اصلی دانسته است که در جریان تمام مراحل محاکمه‌ی جزای اعتبار دارد.



آن در نهایت متوجه دستگاه عدالت کیفری و جامعه شده و به استناد شواهد تاریخی بی‌اعتمادی شهروندان به دستگاه قضایی و موجبات توسل آنان به انتقام خصوصی را فراهم خواهد آورد». (آشوری: ۱۳۸۵، ۲۳۱)

۲. رفتار مرتکبه منع قانونی و یا شرعی داشته باشد و اخلال در نظم عمومی ایجاد کرده و یا این که ضرر و زیانی بر فرد و یا افرادی وارد نموده باشد.

۳. اعمال ممنوعه‌ی قانونی بر اساس اراده و اختیار انجام شده باشد و هیچ‌گونه اکراه، اجبار و اضطراری در صدور آن نقش نداشته باشد و سرانجام این که متهم، عوامل توجیه‌کننده‌ی مانند دفاع مشروع، امر آمر قانونی و استعمال حق برای ارتکاب رفتار خلاف قانون نداشته باشد.

به عبارت دیگر وجود اسباب قانونی و معتبر برای تعقیب و تحریک دعوای جزایی و صدور حکم موجود باشد و در صورت که مسئولیت جزایی توسط یکی از عوامل رافع، ساقط و یا مشمول عوامل موجهه شده باشد، تعقیب دعوای جزایی و به دنبال آن صدور حکم مفهوم نخواهد داشت. در صورتی که قاضی در هنگام صدور حکم به این دو وظیفه‌ی خطیر (احراز مجرمیت و صدور مجازات متناسب)، توجه ننماید دو تالی فاسد دارد:

۱. امکان مجازات فرد بی‌گناه

یکی از پیامدهای منفی محکومیت کیفری، به‌ویژه زمانی که هدف سزا دهی مدنظر قرار می‌گیرد، کیفر شخص بی‌گناه است. «هارت»، معتقد است، امکان اجرای کیفر بر شخصی که گمان به بزه‌کار بودن وی داریم نیز وجود دارد. با توجه به نظر «فلچر»، هارت نیز امکان مجازات اشخاص بی‌گناه را پذیرفته است. (فلچر: ۱۳۸۴، ۵۴). در بسیاری موارد مشاهده می‌شود که اشخاص بی‌گناه، چون نمی‌توانند دلایل قانع‌کننده‌ای برای بی‌گناهی خود اقامه کنند، کیفر می‌شوند، حیثیت و حرمت آنان - که مورد توجه همه‌ی مکاتب حقوقی به‌ویژه مکتب حقوقی اسلام قرار گرفته است - ممکن است در جریان محکومیت کیفری به دلیل شکایت‌های واهی، تقصیر قاضی، تبانی شهود، شدیداً مخدوش و از حقوق و مشارکت اجتماعی، محروم شوند. در محکومیت افراد بی‌گناه عواملی متعددی دخالت دارد، مانند تبانی شهود،





حرفه‌ای بودن شکات، فساد اداری در دستگاه عدالت جزایی و غفلت و اشتباه قاضی؛ اما یکی از عوامل مؤثر، فشار افکار عمومی است. در برخی موارد، متصدیان عدالت جزای، اعم از پلیس و مقامات خارنوالی و محاکم، تحت فشارهای سیاسی، اجرایی یا افکار عمومی، ناگزیر به رسیدگی سریع و قاطعانه برای خاتمه دادن به یک قضیه می‌شوند. برای مثال در جرائم تروریستی یا خشونت‌بار، تجاوز به عنف، جرائم سازمان‌یافته و گروهی، این موارد شدت می‌یابد. در این گونه وضعیت‌های خاص، چون دست‌اندرکاران عدالت جزای، به دنبال آرام کردن مردم و ارضای احساس نفرت و انزجار آن‌ها هستند، ممکن است، عدالت، قربانی و دقت فدای سرعت شود و افراد بی‌گناهی مجازات شوند و یا افراد گناهکار، بیش از استحقاقشان کیفر گردند. (شیری: ۱۳۹۶، ۱۸۳)

در قوانین اصول محاکمات جزایی، سازوکارهای متعددی مانند استیناف خواهی، فرجام خواهی، اعاده دادرسی و تجدیدنظر برای جلوگیری از کیفر بی‌گناهان و اجرای صحیح عدالت پیش‌بینی شده است ولی در عمل، این سازوکارها به دلایل مختلفی، نتوانسته از کیفر بی‌گناهان در موارد گوناگون جلوگیری کند، لذا ضرورت دارد که از تدابیر دیگری، مانند عفو، آزادی مشروط، تعلیق کیفر، تعویق محاکمه و نظایر آن استفاده گردد تا در عمل هر روز شاهد کیفر بی‌گناهان بسیاری نباشیم و با اتخاذ خردمندانه‌ی راهکارهای جدید در نظام عدالت کیفری، شمار کیفر بی‌گناهان کاسته شود. اگر تدابیری برای حمایت از موقعیت افراد، بازگرداندن آنان به وضعیت ماقبل جنایی، تسهیل حضور آنان به دامن جامعه و محو پیشینه‌ی کیفری، پیش‌بینی نشود، افزون بر این که عوارض جبران‌ناپذیری بر متهم، مجرم و خانواده وی وارد می‌شود، سیمای عدالت کیفری مخدوش و میزان اعتماد مردم نسبت به دستگاه قضایی کاهش می‌یابد. این امر ایجاب می‌کند که باید روش‌های مهمی جایگزین کیفر، شناسایی، مبانی و پشتوانه‌های نظری و عملی آن‌ها واکاوی شده و زمینه‌ی اجرایی ساختن آن هموار گردد.

در عدالت جزای اسلام؛ بر کاهش اثر منفی کیفر احتمالی بی‌گناهان، تأکید فراوانی شده و راهبردهای بسیار جالب ارائه شده است، زیرا در نظام اسلامی، انسان از جایگاه بسیار برجسته و ممتازی برخوردار و دارای حرمت، منزلت و کرامت

ذاتی است. در منطق وحیانی اسلام، انسان با فطرت و سرشت پاک آفریده شده و ذاتاً موجود نیک‌اندیش، خیرخواه و با عقل و درایت است. در صورت خطا و لغزش می‌تواند گذشته منفی خود را جبران و مورد رحمت و دست‌گیری پروردگار واقع شود تا دوباره به حیات انسانی خویش بازگشته و اهلیت‌هایی را که از دست داده است، باز یابد: «بر اساس همین توجّه هدف‌دار اسلام به مجرم است که سعی می‌شود در جرائمی که جنبه‌ی الهی آن بر حق العبدی غلبه دارد حتی الامکان جرم ثابت نشود تا شخص فرصت کافی برای توبه داشته باشد. لذا شرایط اثبات جرم بسیار سنگین است و در جرائمی که جنبه‌ی خصوصی آن غلبه دارد، توصیه به عفو و مصالحه شده تا حتی الامکان مجازات به اجرا در نیاید. در مواردی که مصلحت جامعه اسلامی ایجاب کند، حاکم اسلامی می‌تواند مجرم را عفو کند. در حین اجرا نیز شرایط مختلفی از قبیل گرما و سرمای شدید، وضعیت جسمانی مجرم و کیفیت اجرای حکم و مانند آن، مورد توجّه و اهتمام نظام کیفری اسلام واقع شده است تا مبادا رنجشی بیش از رنج طبع مجازات بر مجرم وارد شود». (قیاسی و دیگران: ۱۳۸۵، ۳۳۹)

مهم‌ترین راهکارهای که به‌عنوان روش‌های جایگزین محکومیت کیفری، می‌تواند، آثار منفی آن را کاهش دهد، «قاعده درء، عفو، بزه پوشی، سخت‌گیری در اثبات جرم، اعاده حیثیت و توبه است». در اسلام به امام و حاکم توصیه شده است که بزه‌کاران را مورد عفو قرار دهند و تا حد امکان از اجرای کیفر صرف‌نظر کنند. پیامبر اکرم (ص) فرمودند: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يَخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ؛ تا آنجا که می‌توانید حدود را بر مسلمانان اجرا نکنید و اگر محملی برای رهایی آنان یافتید ایشان را رها سازید؛ زیرا اگر امام در عفو خطا کند، بسیار بهتر است از آن که در مجازات اشتباه نماید» (بن سوره: ۱۹۸۹، ۳۳)

حضرت امام باقر (ع) در این باره می‌فرماید: «الندامة على العفو افضل و ايسر من الندامة على العقوبة؛ پیشمانی بر عفو، با فضیلت‌تر و آسان‌تر از پیشمانی بر مجازات است». (کلینی: ۱۳۶۷، ۱۰۸) حضرت علی (ع) در نهج البلاغه می‌فرماید: «اولی الناس بالعفو، اقدرهم على العقوبة، سزاوارترین مردم در مورد عفو نمودن، قادرترین





آن‌ها بر کیفر است». (فیض الاسلام: ۱۳، ۹۹۳) یا در روایتی دیگر حضرت علی (ع) فرمودند: «اگر قاضی در عفو اشتباه کند، بهتر از آن است که در عقوبت و کیفر اشتباه کند» همه‌ی این سفارش‌ها برای این است که در اسلام انسان دارای کرامت است (لقد کرمانا بنی آدم) این کرامت اقتضای می‌کند که حرمت وی حفظ شود و بی‌گناه کیفر نبیند؛ در حال که کیفر حق امام و حکومت است و با اجرا نکردن کیفر در موارد شک و تردید، خلل و آسیبی به کسی وارد نمی‌شود. حکومت نبوی در سیاست جزایی، مبتنی بر کاربست‌های جایگزینی عدالت ترمیمی به جای عدالت کیفری دولتی است و متمایل به بدیل سازی واکنش‌های کیفری با روش‌های جبرانی و مدنی از طریق گروه‌های اجتماعی است. این سیاست به‌خوبی از شکل حکومت پیامبر (ص) در مدینه و انعقاد پیمان در سال‌های نخست حکومت قابل استفاده است، زیرا هیچ‌یک از مفاد این پیمان، شهروندان مدینه و مؤمنان را به دخالت در پاسخ‌دهی کیفری به جرم مجاز نمی‌کند، ولی پاسخ‌دهی به بزه یا کاربست‌های غیر کیفری و جبرانی - مدنی را به آن وامی‌گذارد. به‌عنوان نمونه می‌توان به اصل ۱۴ این پیمان اشاره کرد که بیان می‌دارد: هیچ مؤمنی نباید مؤمن دیگری را که کافری را کشته، بکشد و به هیچ کافری علیه مو من نباید کمک کند. (اکرمی: ۱۳۸۶، ۲۶-۲۹)

۲. صدور محکومیت ناکارآمد

دومین تالی فاسدی که از عدم دقت قاضی در مقام صدور محکومیت کیفری ناشی می‌گردد، اعمال مجازات و محکومیت‌های است که نه جنبه‌ی بازدارندگی دارد و نه منتهی به اصلاح و درمان می‌شود. گارسون می‌نویسد: تحمیل مجازات بر بزهکار دو هدف اساسی را دنبال می‌کند: یکی وادار کردن مجرم را به اصلاح از طریق توبه و ندامت، دیگری ایجاد کردن ارعاب در اجتماع؛ یعنی محکومیت و عقوبت باعث می‌شود تمامی کسانی که سعی دارند راه مجرم را بروند تغییر مسیر داده و راه راست و قانون‌پذیری را برگزینند. (گارسون: ۱۹۹۸، ۶۶) رسیدن به اهداف مهم محکومیت کیفری در صورتی است که قاضی با استفاده از روان‌شناسی قضایی، اوضاع و احوال حاکم بر جرم و مجرم و آثار جرم ارتکاب یافته، حکمی را صادر نماید که متناسب با رفتار ارتکاب یافته باشد و در نهایت منتهی به اصلاح و درمان مجرم شود. در بلژیک

سالیانی درازی است که اندیشمندان، روی منطق حقوق مطالعه می نمایند و به این نتیجه رسیده اند که برخلاف تصور و آنچه در قانون اساسی کشورها آمده است، منطق حقوق منطق ریاضی نیست و قضاوت محدود به این نمی شود که شما کبری قیاس را در قوانین شناسایی و صغری را هم احراز و آن کبری را در مورد صغری اجرا نمایید. (مانند این که مجازات قتل در قانون، اعدام است و این شخص قاتل است و لذا باید او اعدام گردد) منطق حقوق منطق خطابی است که قاضی هم اصحاب دعوا را قانع نماید و هم دادگاه بالاتر و هم وجدان خود را. (کاتوزیان: ۱۳۸۲، ۳۶۲)

۱.۲. رعایت انصاف و عدالت

یکی از معیارهای صدور حکم، ابتناء آن بر محاکمه عادلانه و منصفانه است. دادرسی منصفانه عبارت است از دادرسی منطبق بر تشریفات قانونی است به وسیله یک دادگاه عادل و بی طرف که حقوق اساسی و قانونی متهم در آن محترم شمرده شود (Garne): (۲۰۰۴، ۶۴۳) باوجود این که از دادرسی منصفانه در متون و اسناد بین المللی و منطقه ای تحت عنوان حقی از حقوق بنیادین بشر بسیار نامبرده شده، اما در اسناد مذکور تعریف مشخص و جامعی از آن بیان نشده و تنها به ذکر عناصر و تضمین های آن بسنده شده است.^۱ منصفانه بودن دادرسی یک مفهوم ابهام آمیز است. این ابهام به دلیل وجود دو رویکرد متضاد نسبت به اهداف و مبانی آیین دادرسی ایجاد می شود. از یک دیدگاه دادرسی منصفانه به طور صرف به حفظ توازن میان مصالح دولت و متهم می پردازد. «قاعده ی تساوی سلاح ها» برخاسته از این دیدگاه است در حالی که دیدگاه دیگر بر این اعتقاد است که باید منافع بزه دیده نیز مورد توجه قرار گیرد. بر اساس رویکرد اول، در شرایطی می توان حکم به منصفانه بودن محاکمه کرد که اصول و قواعد کلی یک نظام دادرسی مترقی بر جریان رسیدگی حاکم باشد و متهم در شرایطی کاملاً آزاد و در حالی که از تمامی تضمین های لازم برای دفاع برخوردار بوده

1. See human rights committee general comment 13; Para.5, Advisory Opinion of the Inter- American Court of Human Rights, OC-11/90, Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies, 10 August 1990, Annual Report of the Inter-American Court, OAS/Serl/V/III.23 doc.12, rev. 1991, at 44, para 24. (Quoted by Amnesty International, Fair Trial Manual, <http://www.Amnesty.org/ability/intca-m/fair-trial/fair-trial.htm>)





است، مورد محاکمه واقع شود. (امیدی: ۱۳۸۲، ۱۲۲) این تعریف مستفاد و مستنبط از مقررات اسناد حقوق بشری است با پذیرش اعلامیه جهانی حقوق بشر از سوی جامعه بین‌المللی در سال ۱۹۴۸، ماده ۱۰ اعلامیه، دولت‌ها را موظف کرد تا با متهم به عنوان یک انسان رفتار کرده و حقوق بشری وی را تضمین کنند. متعاقب آن در بند ۱ ماده‌ی ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز بر دادرسی منصفانه به عنوان حقی از حقوق متهم تأکید شد در میان اسناد منطقه‌ای حقوق بشری نیز می‌توان به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اشاره کرد که در ماده‌ی ۶ با بیان این که هر متهم حق دارد از دادرسی منصفانه برخوردار شود؛ حاکی از حمایت از حقوق متهم برای اجرای صحیح دادرسی منصفانه است. هم‌چنین دیوان اروپایی حقوق بشر در آرای متعدد خود بر این امر که حقوق دفاعی متهم از عناصر تشکیل دهنده‌ی یک دادرسی منصفانه است و نمی‌توان آن را از بدنه‌ی مشترک خود جدا کرد، تأکید کرده است. (امیدی: ۱۳۸۲، ۳۵۱) این اسناد اولاً و بالذات به منظور حمایت از حقوق افراد در برابر قدرت دولت‌ها تدوین شده‌اند. فرض کلی تدوین‌کنندگان اسناد مذکور این بوده است که دولت و دستگاه قضایی منسوب به آن در واکنش به وقوع جرم، برای حفظ حقوق خود و اجتماعی که از آن نمایندگی دارند، سعی بلیغ می‌کنند. پس آنچه محتاج حفظ و حمایت است، حقوق متهم است؛ زیرا وی در برابر دادگاه، از قدرتی به مراتب کمتر برخوردار است. از همین رو منصفانه بودن دادرسی در این اسناد با عطف توجه به حقوق متهم طرح و تشریح شده است. به بیان دیگر تلقی تدوین‌کنندگان اسناد حقوق بشر این بوده است که در دادرسی‌های کیفری موازنه‌ی قوا به نفع هیئت حاکمه به هم می‌خورد؛ بنابراین با طرح مسئله معیارهای منصفانه‌ی دادرسی به نفع طرف ضعیف از اطراف دادرسی کیفری، درصدد حفظ این توازن برآمده‌اند. انتقاد اساسی وارد بر تعریف فوق این است که مصالح قربانیان جرائم و به‌طور گسترده‌تر مصالح اجتماع در آن نادیده گرفته شده است؛ مفهوم دادرسی منصفانه باید به گونه‌ای باشد که مصالح همه‌ی افراد درگیر فرایند کیفری (اجتماع، متهم، بزه دیده و دولت) را پوشش دهد.^۱

1. See Bronitt, Simon H. Comparative perspectives on the fair trial principle: A flawed balance? Paper Given at the National Forum, Peaceful Coexistence: Victims' Rights In A Human Rights Framework, Rydges Capital Hill, Canberra, 16th

بر اساس رویکرد دوم، دادرسی منصفانه «دربردارنده‌ی مجموعه‌ای از اصول و قواعد است که برای رعایت حقوق طرفین در رسیدگی به دعوای آنان پیش‌بینی شده است». (یاوری: ۱۳۸۵، ۲۵۴) از دیدگاه طرفداران این رویکرد، بر اساس تعریف دوم، دادرسی منصفانه دو بخش دارد.

۱. اگر شهروندی مورد تعدی و تجاوز و یا ظلم و ستم قرار گرفت، باید بتواند آزادانه و بدون هیچ‌واهمه و مانعی به یک دادگاه صالح و مستقل و بی‌طرف مراجعه و درخواست احقاق حق و رفع ظلم نماید.

۲. چنانچه شهروندی در معرض اتهام قرار گیرد، باید بتواند در یک دادگاه مستقل و بی‌طرف آزادانه از خود دفاع کند. برای این دفاع نباید محدودیت خاصی وجود داشته باشد. (آخوندی: ۱۳۷۸، ۹) اگر ابزار و اندیشه‌ی دفاعی او مورد توجه قرار نگیرد و دلایل کافی و منطقی بر توجه اتهام وجود داشته باشد که برای دادرسان اقناع وجدانی به وجود آورد و در مقام صدور حکم محکومیت برآیند باید تنها، مجازات از پیش تعیین شده در قانون مورد حکم قرار گیرد و با رعایت «حیثیت و کرامات انسانی» اجرا شود. «به نظر می‌رسد رویکرد دوم امروزه انطباق بیشتری با مفهوم بسط یافته دادرسی منصفانه دارد، چون که در این رویکرد هم حقوق متهم و هم حقوق بزه‌دیده مورد حمایت قرار گرفته است و در نتیجه علاوه بر انطباق بر شاخص‌های دادرسی منصفانه به نحو مقرر در اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی، فواید و آثار آن نیز از حقوق متهم به حقوق زیان‌دیده تعمیم پیدا کرده است» (جلیل امیدی و...: ۱۳۸۷، ۲۷)

دو دیدگاه ارائه شده متنازع از همان رویکردهای متضاد در آیین دادرسی کیفری است. یکی الگوی کنترل جرم و دیگری الگوی دادرسی منصفانه. الگوی کنترل جرم، سرکوب رفتارهای مجرمانه را رسالت اصلی نظام عدالت کیفری می‌داند. هدف نهایی نظام عدالت کیفری در این الگو ایجاب می‌نماید که امنیت پایدار در جامعه هر چند با مجازات افراد بی‌گناه مستقر شود.

در الگوی دادرسی منصفانه، عملکرد اصلی دادگاه‌های کیفری، داوری بی‌طرفانه در تعارضات میان دولت و شهروندان است. گرچه تأمین امنیت در الگوی دادرسی





منصفانه نیز مهم است، اما این الگو قائل به برقراری امنیت از هر راه ممکن نیست؛ زیرا محور اساسی الگوی قانون‌مداری، حفظ حقوق اشخاص و احترام به آزادی‌های شهروندان است. بر اساس این الگو، نظام عدالت کیفری بر متهم برتری ندارد، بلکه برابری قضایی بر روابط دو طرف حاکم است. (قبانچی و...: ۱۳۹۱، ۱۶۷)

۱.۳. مستند و مستدل بودن حکم

یکی از معیارهای صدور حکم مستند، مستدل و موجه بودن آن است. فیصله‌ها باید بر اساس دلایلی که اتهامات مندرج صورت دعوا را ثابت سازد، استوار باشد. «محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می‌نماید، در فیصله ذکر نماید»^۱ مطابق ماده‌ی بیست و سوم قانون اجراءات جزای (۱۳۹۳): «محکمه دلایل اثبات و نفی را ارزیابی نموده، با در نظر داشت مراتب قوت و ضعف آن، حکم خود را مستند به دلایل مرجح قابل اعتبار قانونی صادر می‌نماید». «اگر آرا مستدل و مستند باشد مسلماً نقش توضیح دهنده و توجیه‌گرانه هم دارد. آرای که از چنان انشایی برخوردار است که می‌توان آن را به دلیل متن یکنواخت و فقدان توضیح و استدلال، بر روی هر پرونده یا خواست‌های گذاشت، اقرار به سست و بی‌بنیه بودن قضاوت است؛ حتی اگر نتیجتاً هم صحیح باشد و حق را به صاحب آن بدهد. مسلماً ترویج چنین روندی مردم را نسبت به صحت قضاوت مردد می‌سازد و احساس تضمین و امنیت قضایی را به خطر می‌اندازد». (باقری و...: ۱۳، ۱۵۰) اصل یک‌صد و بیست و نهم قانون اساسی مستقلاً به بیان این مهم پرداخته و مقرر داشته است: «محکمه مکلف است اسباب حکمی را که صادر می‌نماید، در فیصله ذکر کند» بدین ترتیب احکام محاکم باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. بنابراین، مستدل بودن رأی دادگاه‌ها یکی از قواعد اساسی آئین دادرسی است که در قانون اساسی و قانون عادی بیان شده است.

به موجب ماده ۶۱ قانون اجراءات جزایی و ماده ۱ و ۲ ق.م. افغانستان، رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصول باشد. در ماده ۲۴۷ و ۲۴۸ اصول محاکمات مدنی افغانستان نیز مقرر شده است که فیصله محکمه باید قانونی

۱. قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه (۱۳۹۲)، ماده ۱۲.

و مستدل باشد و قاضی محکمه نمی تواند فیصله خود را بدون استناد به دلایل صادر نماید. از همین رو، در نظام اسلامی قاضی دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع معتبر، حکم قضیه را صادر کند.^۱ مطابق ماده یکصد و سی ام قانون اساسی افغانستان، محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نماید که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید. با توجه به این اصول، قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند.

این تعابیر حاکی از آن است که مشروعیت نوع و میزان مجازات محدود به پیش بینی در قوانین مدونه نیست بلکه اگر در قوانین مدونه حکم یک موضوع نیامده باشد می توان به منظور پی بردن به حکم قضیه به منابع فقهی معتبر مراجعه کرد. هر چند در این که رجوع به منابع فقهی محدود به تشخیص حکم است یا برای تشخیص موضوع نیز می توان به منابع معتبر فقهی مراجعه کرد اختلاف است. بیان مقنن در قانون اساسی و مدنی و قانون اصول محاکمات، نص در محدود بودن این مراجعه برای تشخیص حکم است، هر چند شاید بتوان در رابطه با ماده ۱۳۰ قانون اساسی که می گوید: «هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد» و هم چنین با استفاده از ماده ۲ قانون مدنی افغانستان که می گوید: در صورتی که حکمی در قانون و یا فقه وجود نداشته باشد قاضی باید به عرف مراجعه

۱. ماده (۲) ق. م. در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق با اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می نماید؛ که عدالت را به بهترین وجه ممکن آن تأمین نماید.

ماده ۲ - در مواردی که حکمی در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید، مشروط بر این که عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد. در ماده ۶۱ قانون اجراءات جزایی موقت آمده است: فیصله شامل مطالب ذیل می باشد: ۱. هویت متهم، ۲. تعریف حقایق و جزئیات شامل اتهام نامه ۳. بیان خلص دلایل فیصله با اشاره به واقعیت های مشمول و احکام قانون مورد استناد.





نماید، این استفاده را نمود که مراجعه به منابع فقهی در رابطه با موضوعات نیز جایز است. به خصوص این که در بسیاری از موارد عرف مرجع تشخیص موضوعات است. هرچند پذیرش این امر چندان آسان نیست. البته توجه داشته باشیم که مطابق ماده ۱۳۰ قانون اساسی، قاضی در مراجعه به فقه برای حل موضوع، در برداشت فقهی خویش دو محدودیت را باید رعایت کند: برداشت فقهی قاضی مغایر با قانون اساسی نباشد، دیگری این که برداشت فقهی به نحوی باشد که عدالت را به بهترین وجه تأمین کند و به عبارت دیگر مغایر با عدالت نباشد.

بنابراین، انشای رأی مستند، مستلزم بررسی این امر است که چه ماده‌ای از مواد قانونی یا قاعده‌ی فقهی بر مسئله قابل اعمال است. تعیین قاعده‌ی قابل اعمال در نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت است. در نظامی مانند «کامن لو» که قواعد حقوقی، مستخرج از رویه‌های قضایی است این امر به صورت تنظیم قاعده از قضیه‌ی سابق تحقق می‌یابد اما در نظام حقوقی نوشته، مسئله، تشخیص ماده‌ی قانونی قابل اعمال بر قضیه است. برای تشخیص ماده‌ی قانونی قابل اعمال باید عناصر واقعه را شناخت و برای مشخص کردن عناصر و ارکان واقعه باید قاعده را پیدا نمود؛ در واقع ذهن قاضی باید میان این دو امر در رفت و برگشت باشد و چنین توانایی‌ای، روحی آماده برای قضاوت می‌طلبد. (صالحی را: ۱۳۸۸، ۱۰).

به موجب قانون اساسی و قوانین عادی، حکم دادگاه باید مستدل، مستند و موجه باشد. موجه بودن حکم به معنی مقبولیت عقلانی آن است. بدین معنا که استدلال محکمه که رأی بر آن متکی و به مواد قانونی یا قواعد حقوقی استناد شده است از نظر عقلی و منطقی قابلیت پذیرش داشته باشد؛ زیرا عقلایی بودن حکم صادره، از جهات موجه بودن حکم است. موجه بودن، نتیجه‌ی مستدل و مستند بودن است. اگر رأی دادگاه مستدل و مستند باشد موجه نیز خواهد بود. موجه بودن آرا و سایر قواعدی که گاه به دلیل اهمیت در قانون اساسی نیز پیش‌بینی شده‌اند یکی از روش‌های تضمین کننده‌ی امنیت قضایی است و ضرورت دارد که احکام دادگاه‌ها موجه باشد و بدون دلایل منطقی و قانونی حکم و یا قراری صادر نکنند. (آخوندی: ۱۳۷۹، ۵۴)

۴.۱. صدور حکم از مرجع صلاحیت‌دار

به موجب مقررات، مراجع صدور رأی کیفری باید صلاحیت صدور رأی کیفری را داشته باشند. صلاحیت کیفری عبارت است از شایستگی و اختیاری که به موجب قانون برای مرجع کیفری جهت رسیدگی به امور کیفری واگذار شده است. (آشوری: ۱۳۷۹، ۴۸) بنابراین نخستین مسئله‌ای که مراجع قضایی باید به آن پردازند بررسی صلاحیت خود جهت شروع به رسیدگی و اصدار حکم است و در صورتی که خود را صالح به رسیدگی ندانند موظف به اصدار قرار عدم صلاحیت‌اند. صلاحیت، تکلیف و حقی است که مراجع قضایی در رسیدگی به دعاوی و شکایات، به حکم قانون دارا می‌باشند. پیش‌بینی مراجع قضایی و دامن‌های صلاحیت آن‌ها، در قانون و منوط نمودن رسیدگی و صدور رأی مرجع قضاوتی به صلاحیت آن، بر لزوم قانونی بودن تشکیل و صلاحیت مراجع قضایی مندرج در اصول ۱۲۹، ۱۳۰، ۱۳۱ و ۱۳۲ قانون اساسی مبتنی است، بنابراین هر مرجع قضاوتی در صورتی می‌تواند و مکلف است به امری رسیدگی نماید که این امر به موجب قانون در حیطه‌ی صلاحیت آن قرار داده شده باشد. رعایت قواعد و اصول مربوط به صلاحیت به عنوان یکی از شاخصه‌های قانونی رأی متقن از سوی مرجع قضاوتی صادرکننده رأی، در قانون اساسی و قوانین عادی اعم از آیین دادرسی مدنی و کیفری مورد توجه قرار گرفته است که عدم رعایت قواعد مربوط به صلاحیت، موجب نقض آرا و بدون اثر شدن اقدامات مرجع قضایی غیر صالح خواهد شد. (باقری و...: ۱۳۹۴، ۱۶۴)

صلاحیت ناظر به نظم عمومی است. برخلاف امور حقوقی که در پاره‌ای از موارد اصحاب دعوا می‌توانند با توافق یکدیگر از صلاحیت مرجع خاص عدول کنند، در امور کیفری عدم رعایت قواعد و مقررات راجع به صلاحیت حتی با توافق یکدیگر تجویز نشده است. چرا که قوانین مربوط به صلاحیت از جمله قوانین آمره بوده و قلمرو آن را قانون تعیین می‌کند و کلیه مراجع قضایی اعم از تعقیب، تحقیق، رسیدگی و تجدیدنظر موظف به رعایت آن هستند (آشوری: ۱۳۷۹، ۴۹) و ضوابط چهارگانه‌ی محل وقوع، محل کشف، اقامتگاه و محل دستگیری را در تعیین صلاحیت محلی و هم‌چنین معیارهای چون موضوع اتهام (نوع جرم) و میزان مجازات به عنوان ملاک صلاحیت ذاتی در نظر بگیرند.





صلاحیت ذاتی بر اساس صنف، نوع و درجه ی محاکم تعیین می گردد. «از دیدگاه تطبیقی، صلاحیت ذاتی محاکم بر دو نظام استوار است. در نظام اول که آن را «نظام تعیین صلاحیت ذهنی» می نامند قانون گذار از دیدگاه نظری جرائم را بر حسب شدت و ضعف آن ها طبقه بندی کرده و برای رسیدگی به هر طبقه دادگاه خاصی را در نظر می گیرد... در نظام دوم که «نظام تعیین صلاحیت عینی» خوانده می شود قانون گذار به شیوه ی عینی به احصاء و ذکر جرائمی که در صلاحیت هر یک از دادگاه ها است می پردازد». (آشوری: ۱۳۷۹، ۷۲) شخصیت مرتکب (سن و سمت متهم) تعیین کننده ی صلاحیت شخصی است. نمونه ی بارز آن محاکم ویژه ی اطفال و محاکم مبارزه با جرائم سنگین است. طبیعی است که حکم صادره از مرجع فاقد صلاحیت بی اعتبار بوده حتی اگر از لحاظ محتوی درست صادر شده باشد.

بر پایه ی معیار فوق، اولاً، غیر قاضی حق صدور حکم را ندارد و ثانیاً، قضاتی که مردود از رسیدگی هستند و یا در حال تعلیق به سر می برند نمی توانند حکم به مجازات صادر کنند. هم چنین مراجع غیر کیفری نیز صلاحیت صدور حکم کیفری را ندارند. قاضی صالح عبارت از کسی است که با داشتن ابلاغ قضائی، مردود از رسیدگی نباشد؛ یعنی در امور دادرسی و تحقیق، بی طرفی کامل، یک اصل اساسی و مهم است. قاضی باید نسبت به شاکی، متهم و همه ی کسانی که در امر جزایی شرکت دارند بی طرف باشد و با رعایت کامل این اصل، وظایف خود را انجام بدهد. قاضی ممکن است به مناسبت تصدی مقام قضا واقعاً در هر حال بی طرفی را رعایت کند و هرگاه از نزدیکانش هم طرف دعوی باشد، از بی طرفی خارج نشود اما چون قانون گذار خواسته توهّم جانب داری هم برای اصحاب دعوی پیدا نشود، دادرسان و قضات را ملزم نموده است تا در موارد خویشاوندی و بستگی با اصحاب دعوی و یا ذینفع بودن در موضوع، از رسیدگی و تحقیق امتناع نماید و تصریح نموده که اصحاب دعوی هم می توانند آن ها را رد نمایند تا فضای قضاوت صاف و شفاف و پاک بماند و تصور جانب داری در هیچ فرضی مورد پیدا نکند. به همین دلیل قانون گذاران کشور های مختلف در این گونه موارد، مقرراتی لازم الرعایه وضع کرده اند. دیوان

اروپایی حقوق بشر در ارتباط با ضرورت بی طرفی قاضی بر مبنای دو ضابطه «عینی»^۱ و «ذهنی»^۲ شکایات و دادخواست‌ها را بررسی می‌کند: از دیدگاه عینی ویژگی‌های ساختاری و عملکردی دادگاه مدنظر قرار می‌گیرد؛ لذا در مواردی که ریاست محکمه با قاضی‌ای باشد که قبلاً نقش مستنطق را در قضیه ایفا کرده است بی طرفی دادگاه مخدوش اعلام می‌شود؛ اما از دیدگاه ذهنی وجدان قاضی به هنگام اتخاذ تصمیم مورد کنکاش قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر رفتار قاضی باید به گونه‌ای باشد که هر گونه تردید نسبت به جانب‌داری او را مرتفع سازد. (آشوری: ۱۳۷۹، ۱۵)

۲. معیار قطعیت حکم

محکومیت کیفری برای این که قابلیت اجرایی پیدا کند و بتواند آثار آن حکم بر محکوم علیه تحمیل شود باید قطعی شده باشد. «گارو» در این زمینه می‌نویسد: «هیچ مجازاتی اجرا نمی‌شود مگر آن که بر اثر حکم قطعی باشد؛ یعنی از دادگاه این مملکت صادر شده باشد و در نتیجه پژوهش و فرجام استوار شده یا مهلت‌های قانونی اعتراض و پژوهش و فرجام آن گذشته باشد و هیچ راهی برای تعلیق اجرا نداشته باشد» (گارو: ۱۳۴۴، ۵۰). هم‌چنین برای اجرای مجازات تبعی نیز محکومیت باید قطعی شده باشد. لذا باید بررسی شود که یک حکم کیفری چه زمانی قطعی است. تعریف و معیاری مشخص راجع به قطعیت حکم از سوی حقوق‌دانان ارائه نشده است. برخی قابلیت اجرای حکم را مناط و ملاک قطعیت آن می‌دانند یعنی برای این که بدانیم حکم قطعی است یا خیر انواع احکام لازم‌الاجرا و شرایط آن را بررسی و شناسایی نمود. برخی دیگر عدم قابلیت اعتراض را معیار حکم قطعی دانسته است. حکمی که در مراحل بدوی محکومیت صادر شده و جریان استیناف و تمیز را طی کرده، قطعی و لازم‌الاجرا شده است. (اسماعیلی: ۱۳۵۳، ۱۷) برخی هم معتقدند که حکم نهایی، حکم قطعی است. مطابق فقره ۹ از ماده ۴، کد جزا حکم، در موارد زیر قطعی است:

۱. طبق احکام قانون در محکمه ابتدائیه یا استیناف نهایی شده باشد.

۲. محکمه فرجام در مورد، حکم نهایی صادر نموده باشد.

1. objective
2. subjective





۳. ستره محکمه بعد از رسیدگی تجدیدنظر در مورد، حکم صادر نموده باشد.

۴. میعاد تقدیم شکایت یا اعتراض بر آن مطابق قانون منقضی شده باشد.

در مجموع می توان گفت که حکم قطعی، حکمی است که تمام مراحل مرافعه خواهی، فرجام خواهی و تجدیدنظر خواهی را طی کرده باشد و یا این که مواعد آن سپری شده باشد و یا حتی از ابتدا فاقد مهلت های مذکور برای استیناف طلبی و فرجام بوده باشد و جز از طرق فوق العاده قابل نقض نباشد.

با توجه به مطالب فوق، می توان سه معیار را برای قطعی شدن حکم ارائه داد:

۲.۱. قابلیت اجرا

یکی از معیارهای شناخت حکم قطعی از غیر قطعی، قابلیت اجرای حکم است. هر حکمی که قابلیت اجرا را داشته باشد قطعی است. (جعفری لنگرودی: ۱۳۸۲، ۳۲۴) در صورت که احکام مربوط به محکومیت کیفری قابل تطبیق و اجرا باشد، حکم قطعی خواهد بود. برای این که تشخیص دهیم حکم در چه مواردی لازم الاجرا است باید به قانون مراجعه نمود. ماده هفتاد و دوم قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه داشته است: «حکم صادره ی محکمه ی ابتدائیه در احوال ذیل قطعی است: ۱. در حالی که طرفین دعوا به حکم صادره قناعت نمایند. ۲. در حالی که میعاد استیناف طلبی بدون اعتراض یکی از طرفین منقضی گردد. ۳. در حالی که ارزش مدعی بها از یک صد هزار افغانی بیشتر نباشد. ۴. حکم به مجازات نقدی در جرم قباح یا مجازات نقدی الی پنجاه هزار افغانی در جرم جنحه، مشروط بر این که در قانون، مجازات حبس پیش بینی نشده باشد». مطابق ماده ی پنجاه و پنج همان قانون، قرارها و فیصله های محاکم استیناف در احوال ذیل قطعی و نهایی است: ۱. در حال قناعت طرفین دعوا به حکم صادره. ۲. در حال انقضای میعاد فرجام خواهی. ۳. در صورت که ارزش مدعی بها در قضایای مدنی، حقوق عامه و احوال شخصیه الی دوصدهزار و در قضایای تجارتی الی پنجصد هزار افغانی باشد. ۴. در صورت که ماهیت جرمی قضیه قباح یا جنحه باشد که در آن صرف مجازات نقدی حکم شده باشد.

بر اساس نص صریح ماده ی ۱۴ قانون مذکور، کلیه ی آرای قطعی محاکم واجب التعمیل است مگر مواردی که حکم به مرگ شخص صادر شده باشد که تنفیذ آن

منوط به توشیح و منظوری رئیس جمهور است. این حکم بر گرفته شده از مفاد ماده‌ی ۱۲۹ قانون اساسی است که در آن چنین مقرر شده است: «تمام فیصله‌های قطعی محاکم، واجب التعمیل است مگر در حالت حکم به مرگ شخص که مشروط به منظوری رئیس جمهور می‌باشد». در قانون برخی از کشورهای دیگر از جمله لبنان و مصر نیز اجرای اعدام منوط به توشیح رئیس جمهور است. (حسنی: بی تا، ۹۸۱)

۲.۲. عدم قابلیت اعتراض

برخی از حقوق دانان گفته‌اند: «از نظر علمی و منطق خاص قضایی، حکم کیفری وقتی قطعی است که جز از طریق اعاده‌ی دادرسی قابل شکایت نباشد تعریف فوق بر این اساس مبتنی است که شکایت از احکام مهلت دارد چنانچه در مهلت قانونی، اعتراض نشود، حکم قطعیت می‌یابد؛ اما درخواست اعاده‌ی دادرسی مهلت خاص ندارد. هر وقت علتی که موجب اعاده‌ی دادرسی حادث گردد، ذینفع می‌تواند درخواست اعاده‌ی دادرسی نماید به این جهت در تعریف حکم قطعی، اعاده‌ی دادرسی را مستثنی می‌کنند» (آخوندی: ۱۳۷۴، ۱۸). البته بر اساس ماده‌ی ۳۶ قانون تشکیلات محاکم و صلاحیت قوه‌ی قضاییه مهلت تجدیدنظرخواهی در قضایای جزایی، حقوقی و تجارتی از تاریخ نشر حکم تا سه ماه است. صرفاً قضایای مربوط به حقوق عامه و هم چنین قضایایی که به ضرر صغار انجام یافته باشد از این موعد و حکم ذکر شده استثناء شده است.

۲.۳. نهایی شدن حکم

یکی از معیارهای تشخیص حکم قطعی از حکم غیر قطعی، نهایی شدن حکم است، بدین مفهوم اگر حکمی تمام مراحل و خواهی، پژوهش خواهی و فرجام خواهی را طی کرده باشد، قطعی است، اما اگر حکم در یکی از این مراحل قرار دارد و مهلت‌های مقرر در قانون برای اعتراض هم منقضی نشده باشد حکم غیر قطعی خواهد بود. منظور از حکم قطعی، حکمی است که راه اعتراض به طریق عادی نسبت به آن وجود نداشته باشد؛ زیرا اعاده دادرسی یک راه فوق العاده است و تا راه عادی گشوده باشد نوبت به راه فوق العاده نمی‌رسد. این ویژگی گاهی بدین صورت است که حکم، اساساً قطعی





و نهایی است و گاهی به خاطر آن است در مهلت مقرر نسبت به آن تجدیدنظرخواهی نشده است و گاهی به این خاطر است که راه های عادی طی شده و به نتیجه نرسیده است. (فتحی: ۱۹۸۲، ۸۰۵). بر اساس جز ۱۰ ماده ی ۵ قانون تشکیل و صلاحیت قوه ی قضاییه حکم قطعی: «حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضائی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهائی از لحاظ آثار یکی می باشد». هر حکمی نهایی را می توان گفت که قطعی است اما هر حکمی قطعی نهایی نیست؛ زیرا احکام در مرحله ی ابتدائیه و استیناف نیز در موارد خاص (قناعت طرفین دعوا و انقضای میعاد مراغه خواهی و فرجام خواهی) قطعی است در حالی که مراحل نهایی خود را طی ننموده است.

نتیجه

فرایند دعوای جزایی از مرحله کشف جرم، تعقیب مظنون و متهم به ارتکاب جرم شروع و با اصدار حکم و تنفیذ آن خاتمه می یابد. مطابق قانون اجراءات جزایی، مظنون و متهم به ارتکاب جرم در تمامی مراحل تعقیب عدلی از حقوق و امتیازاتی مانند حق تفهیم اتهام، حق سکوت، حق وکیل مدافع و در مجموع از حقوقی که یک محاکمه عادلانه را تضمین نماید، برخوردار می باشد. هرچند تمامی فرایند دعوای جزای مهم و در جریان رسیدگی باید امنیت قضایی افراد رعایت گردد، اما مهم ترین اساسی ترین مرحله پروسه ی تعقیب عدلی، اصدار حکم است. در این مرحله سرنوشت متهم به ارتکاب جرم معین می گردد. یا براءت حاصل نموده و دعوای جزایی علیه وی متوقف می شود و یا این که محکوم به کیفر شده و باید مجازات متناسب با جرم خود را تحمل نماید. از همین رو، احکام و فیصله های که صادر می شود (اعم از بی گناهی و یا مجرمیت) باید مستدل، منطقی و موجه و در برگیرنده ی معیارهای محکومیت کیفری باشد. این معیارها عبارت اند از: احراز مجرمیت بر اساس دلایل قوی و معتبر، ارتکاب رفتار ممنوعه ی قانونی و درخور مجازات، تعیین جزا و کیفرهای که در نهایت به اصلاح و بازپروری مجرم، منجر شود. بدیهی است در صورت که معیارهای گفته

شده در هنگام صدور حکم رعایت نگردد، پیامدهای منفی را به دنبال خواهد داشت که کمترین آن امکان مجازات افراد بی‌گناه و یا تعیین جزا و کیفرهای ناکارآمد خواهد بود؛ زیرا در صورت که صدور حکم و تعیین مجازات بر اساس احساسات، دلیل و یا دلایل نامعتبر و ظنی ابتدا یافته باشد؛ یا مجرمیت و رفتار ممنوعه‌ی قانونی درست تشخیص نمی‌گردد و یا این که کیفر و جزایی تعیین شده به اصلاح و تربیت بزهکار منتهی نخواهد شد. هر کدام باشد دستگاه عدالت جزایی را ناموفق جلوه داده و لطمه‌ی جبران‌ناپذیری را بر پیکر امنیت قضایی شهروندان وارد می‌سازد که خروجی آن عدم اعتماد مردم به حاکمیت، انتقام‌گیری و یا پنهان‌سازی جرائم خواهد بود.





فهرست منابع

الف) منابع فارسی

۱. امیدی، جلیل، دادرسی کیفری و حقوق بشر، مجلس و پژوهش، ش ۳۸، س ۱۰، تابستان ۱۳۸۲.
۲. امیدی، جلیل و سمیه نیکویی، تعریف و مبانی علنی بودن رسیدگی، فصلنامه‌ی مدرس علوم انسانی، دوره ۱۲، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷.
۳. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری ج ۲، تهران، سمت، چاپ هفتم، ۱۳۸۵.
۴. آخوندی، محمد، حق بهره‌مندی از محاکمه عادلانه، مجله حقوقی دادگستری، ش ۲۷، تابستان ۱۳۷۸.
۵. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری (اندیشه‌ها) جلد چهارم، چاپ اول، انتشارات اشراق، شهریور ۱۳۷۹.
۶. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، تهران، وزارت ارشاد، ج ۳، ۱۳۷۴.
۷. اکرمی، الهام، «سیاست جزایی اسلام؛ سزا دهی یا بازپروری؟»، نشریه‌ی تعالی حقوق، شماره‌ی ۶، ۱۳۸۶.
۸. باقری، یوسف و سهام صداقتی، شاخصه‌های رأی قوی و متقن، مجله‌ی قضاوت، ۱۳۹۴ ش ۷۹.
۹. بن سوره، محمد بن عیسی، سنن ترمذی، دارالاحیاء التراث، بیروت: جلد چهارم، ۱۹۸۹.
۱۰. جورج پی، فلچر، مفاهیم بنیادی حقوق کیفری، ترجمه‌ی سید مهدی سید زاده ثانی، با دیباچه از علی حسین نجفی ابرندآبادی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چ ۱، ۱۳۸۴: ۵۴.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۲.
۱۲. حسنی، محمود نجیب (بی‌تا) شرح قانون العقوبات القسم العام، ج ۲، بیروت، منشورات الحلبي.
۱۳. زراعت، عباس و دیگران، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ سوم، انتشارات فکر سازان، زمستان ۱۳۸۶.
۱۴. شیری، عباس، عدالت ترمیمی، تهران، چ ۱، نشر میزان ۱۳۹۶.

۱۵. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ اول، نشر میزان، پاییز ۸۰.
۱۶. صفاری، علی، مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، تهران، جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۱۷. صالحی راد، محمد، آیین نگارش آراء قضای، چاپ دوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
۱۸. فیض الاسلام، نهج البلاغه، نامه حضرت علی (ع) به مالک اشتر نخعی.
۱۹. فتحی سرور، احمد، الوجیز فی قانون الاجرائات الجنائیه؛ دارالنهضة العربیه، القاہرہ، ۱۹۸۲.
۲۰. قپانچی، حسام و حمیدرضا دانش ناری، الگوهای دوگانه‌ی فرایند کیفری (کنترل جرم و دادرسی منصفانه)، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، پاییز/ زمستان ۱۳۹۱، ش ۴
۲۱. قانون تشکیل و صلاحیت قوه‌ی قضاییه جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی وزارت عدلیه، ش ۹ نمبر مسلسل (۱۱۰۹) ۱۳۹۲.
۲۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۲.
۲۳. قانون اجراءات جزایی جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۳.
۲۴. قیاسی، جلال الدین، حمید دهقان و قدرت‌الله خسروشاهی، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، جلد اول، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، سهم عدالت در قضاوت، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲، زمستان ۱۳۸۲.
۲۶. کلینی، ابی جعفر، الکافی، پیشین، ج ۲: ۱۰۸، باب عفو، حدیث ۵.
۲۷. کد جزا (۱۳۹۶)
۲۸. گارو، رنه، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، ترجمه و تطبیق ضیاءالدین نقابت، تهران، ابن‌سینا، ۱۳۴۴.
۲۹. ملک اسماعیلی، عزیز الله، حقوق جزای عمومی، دانشگاه تهران، ۱۳۵۳.
۳۰. یآوری، ا...، حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی، (با نگاه به کنوانسیون اروپایی، حقوق بشر و رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر)؛ نشریه حقوق اساسی، س ۲، ش ۲.

(ب) منابع لاتین

31. Garne B. A; Black's law dictionary; Eighth Edition, U.S.A. Thomson, 2004.p: 643. 1.
32. 2. See human rights committee general comment13; Para.5, Advisory Opinion of the Inter- American Court of human Rights, oc-11/90, Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies, 10 August 1990, Annual Report of the Inter.



American Court, OAS/SerI/V/III.23 doc.12, rev.1991, at 44, para 24. (Quoted by Amnesty International, Fair Trial Manual, <http://www.Amnesty.org/ability/intca-m/fair-trial/fair-trial.htm>)

33. 3. See Bronitt, Simon H. Comparative perspectives on the fair trial principle: A flawed balance? Paper Given at the National Forum, Peaceful Coexistence: Victims' Rights In A Human Rights Framework, Rydges Capital Hill, Canberra, 16th November 2005.



مالکیت معادن از دیدگاه فقه و حقوق

(با تأکید بر فقه امامیه و حنفیه و حقوق ایران و افغانستان)

عبداللطیف سجادی*

*پوهنوال (استادیار) دکترای فقه و حقوق کادر علمی دانشکده ی فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

چکیده

مالکیت معادن یکی از مسائل مهمی است که به عنوان مالکیت عمومی مطرح است. در بدو نظر با توجه به اصل اولی چنین می نماید که وجود معادن در اراضی متعلق به اشخاص، ملک شخصی است؛ اما با شناخت دلایل، آرا و مبانی مالکیت به این نتیجه دست پیدا می شود که مالکیت معادن از نوع مالکیت عمومی است. مقتضای مالکیت عمومی آن است که تصرفات در معادن هم با اذن و اجازه حکومت اسلامی صورت گیرد و هم در راستای مصالح جمعی و منافع اجتماعی باشد. این پژوهش با مطالعات تطبیقی وسیع در حوزه فقه اسلامی و قانون (با تأکید بر فقه حنفی و جعفری و قوانین جمهوری اسلامی ایران و افغانستان) به این نتیجه می رسد که مالکیت معادن حتی در املاک شخصی و خصوصی از مالکیت عمومی است. مستند ما روایات داله بر انفال بودن معادن است. آن گونه که به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت از روایات استفاده می شود که معادن از اموال عمومی بوده و به عنوان مالکیت عمومی مطرح است و قواعد فقهی و حقوقی از جمله قاعده اهم و مهم و تقدیم اهم بر مهم، جلوگیری از اختلال نظام اجتماعی و نظم جامعه مساعد آن است که حکومت اسلامی باید با استملاک املاک شخصی در مقابل عوض مناسب، مالکیت عمومی را ترجیح

داده و از حق جامعه (با استخراج معادن و استفاده آن در راستای مصالح اجتماعی) حمایت کند.

کلیدواژه: «مالکیت»؛ «معادن»؛ «مالکیت معادن»؛ «گنج»؛ «انفال»

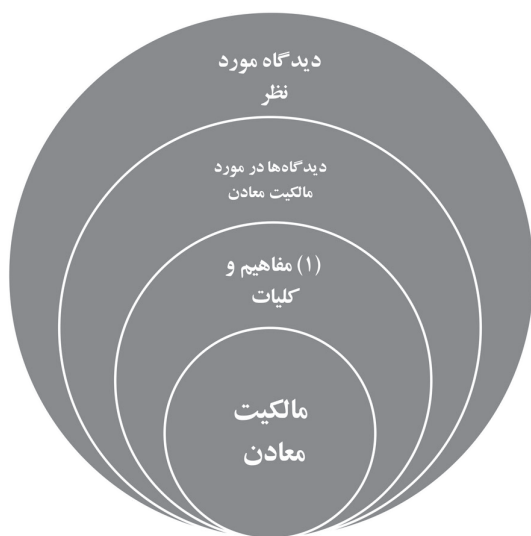


معادن به عنوان بزرگ‌ترین ثروت طبیعی، نقش اساسی در زندگی جامعه انسانی داشته و خواهد داشت. بنابر این، افزون بر اهمیت مطالعه‌ی تطبیقی در مورد آن، می‌باید از دو ضرورت یا دو هدف «گردآوری دیدگاه‌ها» و «گره‌گشایی دیدگاه‌ها» در فرایند ایجاد تعادل و آشتی میان فرهنگ دینی و نیازهای زمانه پرده برداشت:

۱- گردآوری دیدگاه‌های مذاهب فقهی در زمینه‌ی مالکیت معادن؛ درست است که گردآوری و دریافت دیدگاه‌های فقهی مذاهب اسلامی امکان‌پذیر است، ولی کنار هم نهادن نظریات و آرای مذاهب مختلف فقهی بر اساس موضوع پژوهش در یک مجموعه، هم مطالعه‌ی نظریات آنان را آسان‌تر و سهل‌الوصول می‌سازد و هم شناخت روشن‌تر از نظریه‌ی فقه برگزیده‌ی خود شخص، ارائه می‌کند؛ زیرا آگاهی‌ها در پرتو دیدگاه‌های دیگران (و نظریات پیروان مذاهب دیگر) واقعی‌تر، پسندیدنی‌تر و روشن‌تر می‌شوند.

۲- نمایانگری راه‌حل‌های مذاهب فقهی در زمینه‌ی مالکیت معادن؛ گردآوری دیدگاه‌ها در زمینه‌ی مالکیت معادن به ضرورت و هدف «چاره‌یابی‌ها» و «گره‌گشایی‌ها» از مسائل و مشکلات نظری (و احیاناً عملی) صورت می‌پذیرد. هرگاه نظریات، راه‌حل‌هایشان را پیرامون مالکیت معادن روبه‌روی هم نهند، اشتراکات و افتراقات هویداتر می‌شود و انگهی هم‌پهنای‌گزینش «درست‌ترین آموزه‌ی اسلامی» و «مناسب‌ترین گزینه برای فروشنکنی مشکلات زمانه» گسترده‌تر می‌گردد و هم قانون‌گذاران مسلمان می‌باید در «تصویب قوانین جدید» و «اصلاح قوانین موجود» از نظریات همه‌ی مذاهب اسلامی استفاده نمایند. بر همین اساس پژوهش موجود می‌کوشد مطالب مطلوب را در سه فصل ساختار دهد:





نمودار شماره ۱-۱

۱. مفاهیم و کلیات

برای ورود به گود تحقیق و ژرفای بحر بیکران پژوهش و بررسی پیرامون هر موضوعی، نیاز است تا یک سلسله مفاهیم و مباحث کلی مربوط به آن که از امور ضروری است، مورد بررسی و تحقیق قرار گیرد. به همین دلیل در اولین فصل این تحقیق به تعریف و توضیح مقوله‌های اصلی، تبیین کلمات کلیدی و مباحث کلی مرتبط با موضوع می‌پردازیم تا روزه‌های اصلی بحث مربوط به موضوع «مالکیت» که از مهم‌ترین و کامل‌ترین حقوق و هم‌چنین بحث مربوط به «مالکیت معادن» که از جنجالی‌ترین و بحث‌برانگیزترین مسائل است، معین، روشن و باز شود؛ زیرا یکی از مهم‌ترین مسائل قانونی که ارتباط ناگسستنی با اقتصاد بشر دارد، موضوع مالکیت است و مالکیت معادن بدون تردید یکی از مصادیق بسیار مؤثر و درآمدزای آن محسوب می‌شود.

۱.۱. مفاهیم

بسیار روشن است که بحث، کنکاش و غور در مورد مفهوم واژه‌های کلیدی بحث از مباحث مهم، اساسی و زیربنایی محسوب می‌شود؛ زیرا هم دارای معانی لغوی متعدد



است و هم در اصطلاحات متفاوتی از قبیل «فقه جعفری»، «فقه حنفی»، «قانون ایران» و «قانون افغانستان» دارای اطلاعات مختلف است. به همین جهت به عنوان یک ضرورت لازم است تا دیدگاه‌های مختلف صاحب نظران و ارباب لغت، مذاهب و مواد قانونی دو کشور فوق الذکر، هر چند به اجمال مطرح گردیده و دیدگاه مورد نظر که محور اساسی مباحث مربوط به این موضوع است، در این میان به صورت مبرهن و مستدل تبیین شود.

۱.۱.۱. مفهوم لغوی مالکیت

واژه «ملکیت» (property) در لغت مالک شدن و ملکیت به کسر میم مصدر ملک یملک به معنی إحتوا و فرو گرفتن چیزی، یا استیلا و دست یافتن بر چیزی و یا تسلط و چیره شدن بر چیزی است و آن صفتی است که از رابطه‌ی مالک و مملوک مثلاً؛ زید و مالی که در آن تصرّف می کند، انتزاع می شود. در فرهنگ فارسی راجع به معنی این کلمه آمده است؛ «مالکیت (ل یّ) [ازع.] (مص جع.) مالک بودن، مالکی. ضح - حقی است که انسان نسبت به شیئی دارد و می تواند هر گونه تصرّفی در آن بکند به جز آنچه مورد استثنای قانون باشد». به نظر ما رابطه‌ی که در ملکیت یا مالکیت میان مالک و مملوک وجود دارد، آن قدر مهم است که برای مالک زمینه هر گونه تصرّفات را فراهم می سازد. یکی از اهل لغت می گوید: «ملک به کسر، ضم و فتح میم، ملکه‌ی به فتح و ضم میم، ملکیت به کسر میم و مملکت در لغت، همه مصدر ملک یملک از باب ضرب به معنی مشتمل بودن بر چیزی، تسلط و استیلا بر آن است. ملک الشیء زمانی گفته می شود که بر آن مستولی گردیده و مسلط شود. ملک به کسر میم در عرف عام بیشتر بر مملوک اعم از اشیاء و اموال و ملک به ضم میم بر نفس استیلا اطلاق می شود. اسم فاعل آن مالک و صاحب مملوک مَلِک و مالک است». بعضی دیگر (ابن منظور: ۱۴۱۴، ۱۰/۴۹۲) از کتب لغت در معنی ملکیت گفته است: «ملکیت عبارت از فراگیری و احتوای چیزی و توانایی بر استبداد بر آن و تصرّف در آن است».

۱.۱.۲. مفهوم مالکیت در فقه حنفی و حقوق افغانستان

در اصطلاح فقهای اهل سنت برخی این موضوع را تحت عنوان «حق مالکیت» به صورت مضاف الیه حق مطرح کرده (قدری پاشا، محمد، مرشد الحیوان لمعرفة





احوال الانسان، در ۱۰۴۵ ماده) و سنه‌وری در تعریف «مالکیت تام» می‌گوید: «المَلِک التام عن شأنه أن يتصرّف به المالك تصرّفًا مطلقاً فيما يملكه عيناً و منفعةً و استغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة و بغلّتها و ثمارها و نتائجها و يتصرّف في عينها بجميع التصرفات الجائزة». (السنه‌وری: ۱۹۵۴، ۳۱/۱) «ملکیت تام» از شأنیت و موقعیتی برخوردار است که مالک به وسیله آن، بتواند در عین، منفعت و حاصل مملوک تصرّف نموده، از عین، منفعت، حاصل، میوه و نتیجه مملوک بهره‌مند شود و تمام انواع تصرّف جایز در عین مملوک را انجام دهد. با توجه به تعریفی که سنه‌وری ارائه کرده است، عناصر تشکیل دهنده «حق ملکیت» در فقه اسلامی عبارت‌اند از:

۱. انتفاع و سودبری از عین مملوک.
۲. بهره‌برداری از غله (حاصل و خرمن)، میوه و نتیجه (بزه و بچه) مملوک که همان استغلال است.
۳. تصرّف مجاز در عین مملوک.

زحیلی نیز در تعریف ملکیت می‌نویسد: «ملکیت و ملک رابطه‌ی است میان انسان و مال که مورد تأیید شرع قرار گرفته و مال را مخصوص انسان ساخته است، به گونه‌ی که هرگاه موانع تصرّف وجود نداشته باشد، می‌تواند هر نوع تصرّف انجام دهد. هم به این رابطه و هم به چیزی که مملوک است، ملک گفته می‌شود». بنابر این منظور از تعریف ملک در ماده ۱۲۵ المجله که می‌نویسد: «المَلِک مَا مَلَکَهُ الْإِنْسَانُ سَوَاءً كَانَ أَعْيَانًا أَوْ مَنَافِعَ» (المجلة: ۱۲۹۳، ۱۱) همان تعریفی است که از قول زحیلی (الزحیلی: ۱۴۰۵، ۵۶/۴) ارائه گردید. الزرقاء (متوفی ۱۴۲۰ هـ) از دانشمندان معاصر حنفی در زمره حقوق عینی از حق ملکیت نام برده و در تعریف آن می‌نویسد: «حق ملکیت از منظر فقهاء حقی است که به صاحب حق، سلطه بر چیزی می‌بخشاید و برای او ولایت و قدرت مطلقه جعل می‌کند و عطا می‌کند به او در آن، تمام انواع استفاده، بهره‌برداری و استهلاك را تا جایی که مستلزم ضرر به دیگران نباشد؛ بنابر این آزادی مالک مقید است به آنچه که مقتضی صیانت و نگهداری حق دیگران است». (الزرقاء: بی تا، ۳۳/۳) در این تعریف ملکیت مضاف‌الیه حق قرار گرفته و تعبیر به «حق ملکیت» متأثر از فقهای دیگر اهل سنت است. ابو مظفر اسعد

بن محمد نیشابوری کرابیسی (متوفی ۵۰۷ ه‍.ق) در کتاب الفروق می‌نویسد: «ملکیت عبارت است از مسلط بودن بر تمامی انواع تصرف». (النیشابوری الکرابیسی: بی‌تا، ۶۹۸/۲) قاضی محمد بن محمد بن نوح قابسی غزنوی (متوفی حدود ۶۰۰ ه‍.ق) در کتاب خود الحاوی القدسی می‌گوید: «والملک عبارة عن الاختصاص الحاجز». (القدسی: بی‌تا، ۵۱۵) ملکیت عبارت از اختصاص مانع است؛ یعنی جواز تصرف و اختصاص مالکیت به مالک و منع از تصرف دیگران. غزنوی می‌افزاید: «حلیت عبارت از آزادی در بهره‌برداری است و آن از دو طریق به دست می‌آید. یکی از راه «إحلال» و یکی از طریق «مالکیت» و آنچه از راه مالکیت حاصل می‌شود گویاتر و رساتر است؛ زیرا مالکیت قاطع شرکت است ولی إحلال قاطع شرکت نیست.» در کتاب هدایه ذکر شده است: «ملکه فملک التصرف فيه» (المرغینانی: بی‌تا، ۵۲/۳) چون مالک است، مالک تصرف در آن است. صدر الشریعه عبیدالله بن مسعود (متوفی ۷۴۵ ه‍.ق) در کتاب «شرح الوقایة فی مسائل الهدایة» در تعریف ملکیت می‌گوید: «ملکیت اتصال و ارتباط شرعی میان انسان و چیزی است که موجب آزادی تصرف مالک در مملوک گردیده و مانع از تصرف غیر مالک باشد». (صدر الشریعة: بی‌تا، ۱۹۶/۲) شریف علی بن محمد جرجانی (متوفی ۸۱۶ ه‍.ق) تعریف صدر الشریعه را با اندک اختلاف در تعبیر پذیرفته است. (الجرجانی: بی‌تا، ۲۰۴) کمال الدین محمد بن عبدالواحد معروف به «ابن همام» می‌گوید: «ملکیت توانایی است که شارع به‌عنوان آغازین گام بر تصرف آن را محقق و ثابت می‌کند». (الشوکانی، ۱۴۱۴: ۷۴/۵) علمای دیگری از دانشمندان حنفی از جمله قاضی عبدالنبی عبدالرسول احمد نکری در جامع العلوم معروف به «دستور العلماء» (القاضی النکری، ۱۹۷۵: ۰/۳) ابی‌المکارم در «شرح النقابة» و «حاشیة النفری علی التلویح» و ابن نجیم «قَالَ فِي فَتْحِ الْقَدِيرِ: الْمَلِكُ قُدْرَةٌ يَثْبُتُهَا الشَّارِعُ ابْتِدَاءً عَلَى التَّصَرُّفِ، فَخَرَجَ نَحْوَ الْوَكِيلِ (انْتَهَى)» (ابن نجیم: ۱۴۰۰، ۳۴۶/۱) و دیگران، مشابه تعاریف فوق‌الذکر را ارائه کرده‌اند.

البته تعاریفی از این قبیل شرح الاسم و توضیح مفاهیم است و نه تعریف جامع افراد و مانع اغیار (تعریف تام و کامل)؛ بنابراین نه اختلاف دانشمندان با توجه به سلاقی مختلف، دور از انتظار است و نه طرح اشکالات و ایرادات قرین انصاف است. فقهای





دیگری از اهل سنت نیز در مورد ملکیت تعاریفی ذکر کرده‌اند که برترین آنها از دیدگاه زحیلی این تعریف است؛ «الملک؛ اختصاص بالشئی یمنع الغیر منه و یمنک صاحبه من التصرف فیه ابتداء الا لمانع شرعی» (الزحیلی: ۱۴۰۵، ۵۷/۴) ما به خاطر اجتناب از اطناب در کلام، از ذکر آنها خود داری می‌کنیم. ما در این مورد دیدگاه خاص خود را داریم که در آینده مطرح خواهیم کرد.

۱.۱.۳. مفهوم مالکیت در فقه جعفری و حقوق ایران

«ملک»، «مالکیت» و «ملکیت» در اصطلاح فقهاء یک امر اعتباری قابل انشاء با لفظ و غیر لفظ است که با دقت در کلمات فقهاء بر چند وجه اعتبار می‌شود: وجه اول: اعتبار تسلط و چیرگی بر چیزی به منزله قدرت تکوینی بر آن و تصرف در آن چیز مثل اینکه بگویید: «اتومبیل را مالک شدم» و «اتومبیل را به شما تملیک کردم» که جواز تصرف از شئون این اعتبار است. وجه دوم: اعتبار نسبت و رابطه میان مالک و مملوک تا ملک همسان ابوت و زوجیت از مقوله اضافه و دارای دو طرف باشد. وجه سوم: اعتبار مشتمل بودن و فراگیری و محیط بودن بر چیزی؛ در این صورت ملکیت از مقوله جده خواهد بود و معنی ملکیت آن است که جسمی به جسم دیگر به گونه‌ی احاطه دارد که با انتقال محیط، محاط انتقال یابد. به ادعای اینکه گویا مالک به مال خود به گونه‌ی محیط است که با انتقال او مال نیز منتقل می‌شود. (مشکینی: بی‌تا، ۵۱۴) در اصطلاح فقهای امامیه تعاریف مختلفی ارائه گردیده است. صاحب جواهر می‌گوید: و تعاریفی را که از مجموع کلمات فقهای امامیه قابل استخراج است، می‌توان در سه تعریف گردآوری کرد. این سه تعریف را با توجه به مستندات و شواهد مطرح نموده و سپس به بررسی و غور می‌پردازیم تا تعریف غیر جامع و مانع (تعریفی که شامل همه افراد نبوده و غیر مصادیق را خارج نکند) مورد نقد و اشکال قرار گیرد.

۱.۱.۳.۱. تعریف «ملکیت» به سلطنت

محقق خویی (متوفی ۱۴۱۳ ه. ق) در تفاوت میان حق و حکم با ملکیت، به اعتباری بودن رابطه میان مالک و مملوک به نام «مالکیت» یا «ملکیت» قائل گردیده و آن را از احکام امضائی می‌داند. فقهای بزرگی مانند؛ شیخ مرتضی انصاری (۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ ه. ق)، سید محمد کاظم یزدی (۱۲۴۷ - ۱۳۲۸ ه. ق) و روح الله موسوی

خمینی (متوفی ۱۴۰۹ ه. ق) این سخن را پذیرفته‌اند. بنا براین یکی از امور اعتباری «ملکیت» یا «مالکیت» است که مرحوم خویی در تعریف آن، چنین می‌نویسد؛ «و معنی الملكية اعتبار إحاطة المالك بالمملوك ... و عليه فحقيقة الملكية إنما هي السلطنة و الإحاطة». (خویی: بی‌تا، ۴۴/۲) «ملکیت» یا «مالکیت» عبارت است از اعتبار تسلط و احاطه مالک نسبت به مملوک ... پس حقیقت «ملکیت» یا «مالکیت» همان سلطنت، احاطه و تسلط داشتن است.

سید یزدی (طباطبایی: ۱۴۱۶، ۵۸/۱؛ موسوی خمینی: ۱۴۱۶، ۱۳/۱)، باور دارند: «ملکیت» ذات سلطنت است، نه ارتباطی که ملزوم آن است. به نظر ما، در هر دو تعریف مزبور ملکیت همان سلطنت است و سلطنت در اثر اعتبار رابطه میان شخص و مال به وجود آمده است که هم در وجود و هم در بقاء به اعتبار خردمندان و عقلاء استوار است. بنا براین اسباب «ملکیت» نظیر؛ احیاء و حیازت و موارد دیگر از اسباب حقیقی نبوده، بلکه علت و سبب چیزی است که موضوع اعتبار اهل خرد قرار می‌گیرد.

۱.۱.۳.۲. تعریف «ملکیت» به دارایی

فقه‌های بزرگی از قبیل؛ میرزا محمد حسین نایینی معروف به محقق نایینی (۱۲۷۶ - ۱۳۲۸ ه. ق)، (غروی: ۱۴۱۳، ۱۲۶/۱)، ملا محمد کاظم خراسانی معروف به آخوند خراسانی (۱۲۵۵ - ۱۳۲۹ ه. ق) (خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۰۳)، شیخ محمد حسین بن محمد حسن اصفهانی معروف به محقق اصفهانی (۱۲۰۸ - ۱۳۶۱ ه. ق) (کمپانی اصفهانی: ۱۴۱۸، ۱۷/۱) و میرزا حبیب الله رشتی (رشتی، بی‌تا: ۸۵)؛ «مالکیت» را عبارت از واجدیت، دارا بودن و دارایی داشتن می‌دانند. این واجد بودن خارجی از مقوله جده است که با «ملکیت» اعتباری منافات ندارد. آخوند به اشتراک قائل است و از ظهور کلام ایشان استفاده می‌شود که مالکیت و ملکیت مورد بحث ما به همان معنی دوم است و حقیقت «ملکیت» آن است که زمام اختیار مال در دست مالک باشد.

۱.۱.۳.۳. تعریف ملکیت به رابطه میان مالک و مملوک

برخی از دانشمندان و فقهاء در تعریف «مالکیت» به رابطه و نسبت خاص میان مالک و مملوک قائل شده است. بدان معنی که رابطه مخصوص میان متمول و مال یا





مالک و مملوک موجب می‌شود تا بر اساس دیدگاه عرف و به حکم تبادل، مالک مستقلاً در مملوک تصرّف کند. شیخ انصاری (۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ ه. ق) می‌نویسد: «فإنّها نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه». (انصاری: ۹/۳) ملکیت نسبتی میان مالک و مملوک است و نیازمند طرف ثالث به نام «مملوک علیه» ندارد تا اتحاد «مالک» و «مملوک علیه» لازم آمده و به محال منجر شود. در عبارت شیخ انصاری دو واژه «حق» و «ملک» مطرح شده و در مورد اول می‌گوید: حق قدرت فعلی و دارای دو طرف («حق دار» و کسی که حق برای او است، «حق ده» و کسی که حق بر او است) می‌باشد و بدیهی است که در صورتی وجود خارجی پیدا می‌کند که دو شخص در خارج موجود باشد و در غیر آن محال است فرد واحد هم «من له الحق» و هم «من علیه الحق» باشد. در مورد دوم می‌گوید: «ملکیت» نسبتی میان مالک و مملوک است که در تحقق وجود خارجی به دو عنصر مالک و مملوک وابسته است. به این معنی که به «من یملك علیه» (= کسی که ملک علیه او باشد) نیاز نیست تا تصورش با یک شخص ممکن نباشد. رابطه میان مال و مالک به اندازه‌ی نزدیک است که در حدّ تساوی قابل تصوّر است هر چند این رابطه از باب تلازم و نه تساوی است. به همین جهت اموال را بر دو نوع تقسیم کرده‌اند.

- یکم: اموال خصوصی؛ منظور از اموال خصوصی هر مالی است که در اثر اسباب تملک شرعی یا کسب حق خاص، مخصوص افراد باشد.
- دوم: اموال عمومی؛ اموال عمومی از قبیل: خمس، زکات، خراج، انفال و جز اینها، به اموالی گفته می‌شود که در راستای مصلحت عمومی مورد استفاده قرار گیرد.

۱.۱.۴. مقایسه‌ی مفهوم مالکیت در حقوق ایران افغانستان

در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران آمده است؛ «فصل اول - در «مالکیت»» و ماده ۳۰ الی ماده ۳۹ این قانون، مربوط به موضوع «مالکیت» است. هر چند در مواد مختلف به صورت بسته و گریخته به برخی از ویژگی‌ها و عناصر تشکیل دهنده «مالکیت» اشاره شده است، اما تعریف مشخصی در مورد آن ارائه نگردیده که به نظر ما یکی از نقاط منفی این قانون به شمار می‌رود. نه تنها تعریفی ارائه نشده است بلکه

حتی با یک رنفرنس ارجاعی به جای دیگر این کار صورت نگرفته است. برخی از حقوق‌دانان به استناد ماده ۳۰ متن این قانون را با اندک اختلاف به‌عنوان تعریف مالکیت ارائه کرده که به نظر ما توجیه و جیهی ندارد. در تعریفی که گفته شد آمده است؛ «مالکیت حقی است که شخص نسبت به عین خارجی دارد و می‌تواند همه گونه تصرف در آن بنماید و هر گونه انتفاع از آن ببرد، مگر آنکه قانون استثناء نموده باشد». (امامی: بی‌تا، ۳۵/۱) در ماده ۳۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مقرر گردیده است؛ «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». این قانون به هیچ صورتی تعریف مالکیت شمرده نمی‌شود. البته اعمال حق تصرف ناشی از مالکیت، مشروط به آن است که منجر به زیان و ضرر دیگری نشود. این قید در ماده ۱۳۲ قانون مدنی ایران مطرح گردیده است: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد»؛ اما این ماده و ماده قبلی (مطلق و مقید) در قانون افغانستان یک‌جا و در یک ماده ذکر شده است که بعداً یادآوری می‌شود. مفهوم «مالکیت» در دو منبع اساسی قانون‌گذاری جمهوری اسلامی افغانستان قابل بررسی است. متأسفانه اشکالی که در مورد عدم وجود تعریف برای «مالکیت» در قوانین جمهوری اسلامی ایران مطرح شد، در قوانین کشور ما نیز وارد است. به این معنی که در قوانین افغانستان نیز ما به تعریف مدونی برای مالکیت دست پیدا نکردیم. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان به‌عنوان عالی‌ترین سند حقوقی کشور که در زمان حکومت حامد کرزی رئیس‌جمهوری انتقالی دولت جمهوری اسلامی افغانستان و در تاریخ ۲۲ قوس (آذر ماه) الی ۱۴ جدی (دی‌ماه) سال ۱۳۸۲ شمسی در ۱۲ فصل و ۱۶۲ ماده از طرف لویه جرگه (مجلس کلان) به تصویب رسید، در ماده ۹ این قانون «مالکیت» معدن را از آن دولت می‌داند؛ «معادن و سایر منابع زیر زمینی و آثار باستانی ملکیت دولت می‌باشند. حفاظت و اداره املاک دولت و طرز استفاده درست از منابع طبیعی و سایر املاک عامه توسط قانون تنظیم می‌گردد». بر اساس همین ماده قانونی است که وزارت معادن جمهوری اسلامی افغانستان به‌عنوان وزارت کلیدی و سکتوری در





عرصه‌های تفحص، اکتشاف، انکشاف، استخراج و پیروسی منرال‌ها و هایدروکاربن‌ها فعالیت می‌نماید و همچنان وزارت معادن مسئولیت حراست از مالکیت، حمل و نقل و بازاریابی منابع طبیعی را مطابق به قانون منرال‌ها و هایدروکاربن‌ها به عهده دارد. در کتاب سوم قانون مدنی افغانستان (حقوق عینی) که مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ شمسی در جریده رسمی شماره ۳۵۳ به چاپ رسیده و در سال ۱۳۸۸ شمسی تحت عنوان «مجموعه قوانین افغانستان» توسط وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان گردآوری و طبع شده است، هم اصل مالکیت و هم ساحه (= حد) آن به وضوح تعریف شده است: «ملکیت، حقی است که به مقتضای آن شیئی تحت اراده و تسلط شخص قرار می‌گیرد؛ و تنها مالک می‌تواند در حدود احکام قانون به استعمال، بهره برداری و هر نوع تصرف مالکانه در آن بپردازد». هر چند تعریف مزبور بعضی از قیودات تعریف را نادیده گرفته که آن را با چالش جدی مواجه می‌سازد اما اصل تعریف از یک آموزه حقوقی، در قانون امر خردمندانه و قابل قبول است. مشکل این تعریف آن است که به جامع و مانع بودن آن توجه صورت نگرفته است.

۱.۱.۵. تحلیل‌ها و نقدهای مفهوم مالکیت در حقوق ایران و افغانستان

به نظر ما اولاً؛ نمی‌توان مالکیت را مضاف الیه حق قرار داد؛ زیرا حق نوعی از ملکیت و مرتبه نازله آن است. دلیل ما بر اینکه مالکیت نباید مضاف الیه حق باشد این است که در مواردی که ملک و حق در حوزه‌های مخصوص به خود استعمال می‌شود و از دایره بحث ما خارج است، مشکلی وجود ندارد؛ اما هرگاه این دو واژه قرین هم‌دیگر و در حوزه مشترک (امور مربوط به مالکیت) اطلاق شوند، حق یک نوع از انواع ملکیت است. (ر.ک: طباطبایی: ۱۴۱۶، ۴/۴۶) و از اضافه حق به مالکیت، اضافه شیء به نفس شیء لازم می‌آید. با توجه به این که معنی ملکیت یک نوع اضافه خاص میان مالک و مملوک است و این اضافه خاص که لام ملک در مثل «السیارة للحسن» است، دلالت دارد که «السیارة» به «حسن» اضافه شده و در مالکیت حسن است. در اضافه ملکیت به مملوک، مضاف الیه (مملوک) بر دو قسم است. مملوک یا عین است و یا معنی و عرض است. هر یکی از دو قسم خود دارای اقسامی است که از مجموع آنها شش قسم تصور خواهد شد. تفصیل این سخن آن است که: اولاً؛ مملوک عین ملک

است که خود بر سه نوع می‌باشد؛ الف) عین خارجی مثل «سیّاره» که قایم به ذات خود است. ب) عین ذمّی یا عین در ذمّه مثل مبیع در بیع سلم و ثمن در بیع نسیه. ج) نه عین است و نه دین (مافی الذمه) است مثل حق جنایت و حق زکات. این دو قسم اخیر قایم به غیراند. ثانیاً؛ مملوک عرض و معنی است که این نوع نیز بر سه قسم است؛ یا ذمّی است مثل عمل کارگر اجیر که در ذمّه اش مملوک مستأجر است. یا یک امر قایم به غیر است و آن بر دو قسم است؛ الف) اموری از قبیل؛ منافع اعیان که اعتبار آنها متوقف بر اضافه به مالک نیست. ب) اموری از قبیل؛ حق خیار قایم به عقد، حق رهن قایم به عین مرهونه، حق تحجیر قایم به زمین، حق قصاص قایم به جانی و حق شفعه قایم به مبیع که بر اضافه به غیر متوقف است.

از آنجایی که حق خواه عین یا معنی باشد، به غیر خود تعلّق دارد و به گونه‌ی است که جز در فرض اعتبار ملکیت برای مالکش، قابل اعتبار نیست، دو قسم اخیر هر دو نوع حق است؛ اما چهار نوع دیگر (عین، منافع عین، عین در ذمّه و معنی در ذمّه) از دایره تعریف حق خارج است، با اینکه تعریف ملکیت تمام موارد شش‌گانه فوق‌الذکر را احتوا می‌کند. اضافه بر اشکال مذکور این دیدگاه در تبیین مصادیق ملکیت تنها به سه مصداق (عین، منفعت و استغلال (نماء) اشاره کرده و از موارد دیگر (مملوک ذمّی، معنی و حق) غفلت کرده است. بنا براین، تعریف جامع افراد نخواهد بود. اشکال سوم این است که ما در تحلیل و بررسی واژه حق در فقه و حقوق به دو معنی کاربردی حق؛ یکی حق به معنی توانستن یا مجاز بودن از لحاظ شرعی یا قانونی و دیگری حق به معنی امتیاز، قائل هستیم و در تحلیل معنی دوم دیدگاه ما این است که: «در این صورت واژه «حق» به کلمه بعد از خود اضافه می‌شود، مانند حق مالکیت یا حق تحجیر و مقصود از آن، نوعی امتیاز است، بر خلاف معنای اول. واژه «حق» در این کاربرد اولاً معنای «توانستن» ندارد، ثانیاً متعلّق آن از قبل در خارج وجود دارد، ثالثاً اضافه «حق» به کلمه بعدش بیانی است و مضاف و مضاف‌الیه یک چیز هستند. به طور مثال «حق مالکیت» به معنای حق مالک شدن نیست، بلکه به معنای امتیازی است که شرع یا قانون برای اشخاص وضع کرده و به رسمیت شناخته است، رابعاً «حق» به معنای دوم، موضوع حق به معنای اول است و به تعبیر دیگر از حق به معنای





دوم، یک یا چند حق به معنای اول ناشی می‌شود. به طور مثال از حق مالکیت، حق انتفاع مادی و حق انتقال عین و منفعت یا حق اعراض و امثال آن ناشی می‌گردد. در زبان فقهی و حقوقی از این توانایی یا امتیاز به «رابطه»، «اضافه» یا «نسبت» تعبیر می‌شود». بنابر این اگر حق به معنای امتیاز باشد و اضافه آن به مالکیت از باب اضافه بیانیه باشد، ما را یارای اشکال نبوده و چنین چیزی مورد پذیرش ما نیز خواهد بود؛ زیرا یکی از این دو واژه برای تبیین مفهوم دیگری است و در فرجام از عینیت و یگانگی حکایت می‌کند. البته ما ملتزم شدیم که حق رتبه نازله ملک است. اشکال ما بر تعریف مالکیت به سلطنت آن است که مالکیت جز در مورد خالق هستی که مالک حقیقی است و مالکیت تکوینی دارد، سلطنت نیست. بلکه صرف یک رابطه اعتباری است. با توجه به عناصر مالکیت، به نظر ما تعریف قابل قبول همان تعریفی است که از کلام سید یزدی استفاده می‌شود؛ مالکیت رابطه‌ای است اعتباری میان شخص (خواه حقیقی یا حقوقی) و میان مملوک که بر اساس آن، مالک می‌تواند هر نوع تصرف معقولی را که مایل باشد انجام دهد.

۱.۱.۶. مفاهیم مرتبط با موضوع

عنوان تحقیق حاضر «مالکیت معادن از دیدگاه فقه و حقوق (با تأکید بر فقه امامیه و حنفیه، حقوق ایران و افغانستان)» است. واژگانی که در این موضوع بیشترین کاربرد را دارد، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱.۶.۱. مفهوم معادن

اراضی مشتمل بر معادن یکی از منابع مهم و زیرساخت‌های مهم منابع مالی جامعه است که نیاز انسان‌ها را تأمین می‌کند. معدن (Mine) معادل مفعول مصدر میمی، اسم زمان و مکان، سه حرفی از باب «عدن» و جمع آن معادن است. در قرآن «جنات» به معنی باغ‌ها و «عدن» به معنی «توقف طولانی» است. (رعد/۲۳) در قانون بر معدن «کان»، «کانه»، «کانی» و «مواد معدنی» (= که در قانون معادن ایران آمده است) و «منرال» (= که در قانون معادن پیشنهادی افغانستان آمده است)، اطلاق شده است. در فارسی معادن همان جایگاه استخراج و محل بهره‌برداری و به دست آوردن جواهرات و اشیای گران قیمت از قبیل؛ نفت، گاز، طلا، نقره، مس، آهن،

اورانیوم، ذغال سنگ، سرب، روی، یاقوت، زیرجد، فیروزه، عقیق، جیوه، گوگرد، قیر، نمک و امثال آن است. در اصطلاح فقهای اهل سنت اختلاف وجود دارد. حنفیه که معدن، رکاز و کنز را دارای مفهوم واحد دانسته و در معادن خمس را واجب می‌داند، (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵) در تعریف معدن می‌گوید: «هر مالی است که زیر زمین دفن شده باشد، خواه آنچه زیر زمین مدفون است، از روزی باشد که زمین آفریده شده است یا از زمانی باشد که مردم دفن کرده است؛ اما رکاز هم معدن و هم کنز را شامل است». (الزحیلی: ۱۹۸۴، ۷۳/۴) ایشان در عین اینکه تفاوتی میان «معدن» و «کنز» دیده است اما آن را موجب امتیاز دو کلمه مذکور تا حدی که دو واژه «معدن» و «کنز» دو حقیقت متفاوت باشند، نمی‌داند. قانون‌گذار دو کشور جمهوری اسلامی ایران و جمهوری اسلامی افغانستان در اصل چهل و پنج و ماده نهم (به صورت لف و نشر مرتب) و قانون معادن افغانستان مصوب ۱۳۹۲/۳/۴ ش در بند ۱ ماده ۳ در مورد معدن به قانون‌گذاری پرداخته است. «معدن: محلی است که منرال‌ها در آن تثبیت گردیده و فعالیت‌های منرالی یا سایر فعالیت‌های مرتبط در آن صورت می‌گیرد. ساختمان‌ها، تأسیسات، دستگاه‌ها و تجهیزاتی که به منظور استخراج، پروسس و آماده سازی منرال‌ها در سطح و طبقات تحتانی زمین قرار دارد، شامل آن می‌باشد». در تعریف مزبور معدن را اسم مکان تلقی کرده و به مکان و جای معدن معنی کرده است. در حالی که مکان معدن، معدن نبوده بلکه زمینی است که معادن در آن جا قرار گرفته است. به همین دلیل نیاز به تعریف پدیده دوم (آنچه در این محل وجود دارد) پیدا کرده و ظاهراً کسانی که این قانون را تدوین کرده از آموزه‌های قانون اسلامی بی‌اطلاع بوده و در اثر ناآگاهی ناچار گردیده تا از کلمات مشابه غربی (= غیر از آموزه‌های حقوق اسلامی) استفاده نماید؛ بنابراین آنچه را به عنوان ذخیره نهفته در زمین یا در سطح آن است، به «منرال» (Mineral) که کلمه انگلیسی و به معنی ماده معدنی، کانی، آب معدنی و معدن است، تعبیر کرده است. به نظر ما تعریفی که در قانون افغانستان ذکر شده عاری از دقت علمی است؛ اما قانونگذار ایران در بند «ت» ماده ۱ قانون معادن ایران، معدن را چنین تعریف کرده است: «معدن: ذخیره معدنی است که بهره‌برداری از آن مقرون به صرفه باشد». در فقه امامیه کلمات فقهاء





متفاوت و اختلاف رأی میان آنها مشهود است. اغلب فقهای امامیه در تعریف معدن دو نوع تعبیر دارد؛ بعضی گفته‌اند: معدن چیز با ارزشی آفریده شده در زمین است که از آن خارج می‌گردد. (حایری: ۱۴۱۸، ۳۲۸/۵؛ حلی: ۱۴۲۰، ۴۳۴/۱؛ حلی: ۱۴۱۴، ۴۰۹/۵) آقای حکیم می‌نویسد: این تعریف به همه علمای امامیه نسبت داده شده است. (حکیم، ۱۴۱۴: ۴۵۵/۹) صاحب جواهر می‌نویسد: از نهاییه ابن اثیر، منتهی، تذکره و تحریر حکایت شده است که معدن چیزی است دارای ویژگی موجب ازدیاد منافع که اصل آن از زمین بوده و از آن استخراج می‌گردد. (النجفی، ۱۹۸۱: ۴۱۲/۸) برخی دیگر گفته‌اند: معادن از زمین استخراج می‌شود. (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۶۱۹/۲؛ عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۵۸/۱) به نظر ما کلمه استخراج یکی از فصول تعریف معدن است که نقش اساسی در تبیین مراد از معدن دارد و درست این است که مراد از معدن ذخایر و اموال با ارزشی است که از سنخ زمین نباشد. در روایات وارده از طریق امامیه و حنفیه نیز دلایلی برای اطلاق معادن به ذخایر و اموال معدنی وجود دارد. (السمرقندی: ۱۹۹۴، ۳۳۰/۱) با توجه به اینکه متعلق خمس اموال است و نه مکان آنها و در روایت معادن و کنوز متعلق خمس قرار گرفته (الطوسی: ۱۴۰۷، ۱۲۲/۴؛ صدوق: ۱۴۱۳، ۴۱/۲) نیز معلوم می‌شود که مراد از معادن اموال مرکوز در زمین است.

۱.۶.۲. مفهوم گنج

در مورد اینکه آیا کلمه «رکاز» و دَفینه (Buried treasure) و کلمه «کنز» و گنج (Treasure) با کلمه «معدن» سه مفهوم متفاوت و متباین است یا نسبت میان آنها تباین نیست بلکه تساوی و یا عام و خاص است؟ از دیدگاه جمهور این دو واژه متفاوت بوده و دارای دو حقیقت مختلف است. ابوحنیفه باور دارد که؛ نسبت میان این دو کلمه عام و خاص من وجه است. به این معنی که کلمه «رکاز» اعم و کلمه «معدن» اخص است. (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵: ۱۵۳/۱) به نظر ما کنز یا گنج واژه مستقلی است که در مقابل معدن و عدل آن است. در صحیح ابن ابی عمیر (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۹۴/۹) نقل شده است: خمس بر پنج چیز؛ بر گنج‌ها، معادن، غوص، غنیمت است و پنجمی را ابن ابی عمیر فراموش کرده است. در فقه حنفیه (الرومی البابرتی، بی تا: ۱۴۷/۳)

می‌گوید: مالی که از زمین استخراج می‌شود دارای سه قسم است؛ کنز (گنج و رکاز (آنچه در زمین مرکوز است). کنز اسم اشیائی است که اولاد آدم دفن کرده‌اند و معدن اسم آن چیزی است که خداوند متعال هم‌زمان با آفرینش زمین، در زمین آفریده است و رکاز اسم برای گنج و معدن هر دو است. با تأسی به محقق داماد به نظر ما نیز معدن، عنوان مستقل است و روایات از جمله روایت صحیح (حرّ عاملی، همان: ۴۹۴/۹) نیز دلالت دارد. محقق خویی از این روایت به صحیح تعبیر کرده است: (موسوی خویی: ۷۱/۲۵) دیگران به مرسله تعبیر کرده که مورد نقد ایشان است. (محقق داماد، ۱۴۱۸، ۱۴۹) زیرا تعبیر به «غیر واحد» مطابق ظهور عرفی کشف می‌کند که (مروی عنه) چند نفر معروف و مشهوری است که به خاطر وضوح نیازی به نام بردن از آنها نبوده است. (موسوی خویی: همان، ۱۰۸/۲۵) بنابر این، روایت صحیحی که متعلق خمس را بیان کرده است، دلالت دارد که؛ معدن، گنج، غوص، غنیمت و چیزی که ابن ابی عمیر فراموش کرده (در بعضی روایات به عنوان مال مخلوط به حرام مشخص شده است)؛ هر کدام به عنوان مستقل از متعلقات خمس است.

۱.۱.۶.۳. مفهوم انفال

بخش عمده‌ی اراضی جزء انفال بوده و در مالکیت دولت اسلامی است. در اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که اذعان گردیده انفال و ثروت‌های عمومی در اختیار دولت اسلامی است، به ۱۶ مورد و مصداق اشاره کرده است. این اصل از مالکیت دولت اسلامی سخن به میان نیاورده بلکه کلمه «در اختیار» اطلاق شده که اعم از مالکیت است. این یکی از اشکالاتی است که در بدو نظر توجه انسان را جلب می‌کند؛ زیرا بدون تردید انفال در مالکیت دولت است و قانون نباید از کلمات دارای اجمال استفاده نماید؛ اما ممکن است این اشکال را به دو دلیل برطرف کرد. یکی اینکه قانون‌گذار در صدد بیان مسأله فقهی حقوقی نبوده بلکه در راستای تعیین تکلیف استفاده از اموال مزبور قانون وضع کرده است؛ و دیگر اینکه: در اصل مزبور دو عنوان مباحات عامه و انفال ذکر شده که دیدگاه‌های فقهی در مورد آنها مختلف است. به این دو دلیل در متن قانون آمده است: «در اختیار حکومت اسلامی است» تا مطابق مصالح عمومی (چه به صورت بهره‌برداری مستقیم دولت یا با واگذاری به بخش‌های



خصوصی) از آنها استفاده شود. در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان ماده نهم با وضاحت بیشتر به مالکیت دولت نسبت به اموالی از جمله معادن تصریح کرده است. مرحوم شیخ مفید در کتاب مقنعه می‌نویسد: «انفال عبارت است از زمینی که بدون تاخت و تاز اسب و شتر فتح گردیده است، زمین‌های موات، ترکه‌های میتی که از میان بستگان و خویشاوندانش وارث ندارد، جنگل‌ها و نیزارها، دریاها، بیابان‌ها، معادن و چیزهای ارزشمند شاهان» (مفید: ۲۷۸) ما از شیخ تقلید نمی‌کنیم که در مسائل علمی قابل پذیرش نیست، لیکن تعبیر کسانی که مثل شیخ مفید (۴۱۳ هـ) قریب به عصر ائمه (ع) است، در تفسیر روایات و تصحیح متون آنها شایسته‌ی دقت و غور عمیق است. از روایات نظیر موثقه اسحاق بن عمار، روایت ابی بصیر، روایت داود بن فرق و دلایل عقلی استفاده می‌شود که انفال اموالی است که پس از نبی (ص) در مالکیت امام (ع) و حاکم عدل اسلامی بوده و مخصوص منصب امامت و حکومت (ریاست الهیه) است.

۱.۲. کلیات

در این فصل به مباحثی پرداخته می‌شود که برای تبیین و تنقیح موضوع بحث نقش موثر و اساسی دارد. بنا بر این، بصورت موجز به یکی دو مورد بسنده خواهد شد.

۱.۲.۱. پیشینه تاریخی مالکیت معادن

پیشینه تحقیق در مالکیت معادن از مقوله‌های فقهی - حقوقی و اشباه و نظایر آن، از قبیل؛ زوجیت، نه تنها هم‌زمان با ظهور دین مقدس اسلام بلکه پیش از اسلام و حتی هم‌زمان با خلقت بشر پا به زندگی اولاد آدم گذاشته و با انسان‌ها همراه و هم‌نوا بوده است؛ اما در مورد مالکیت معادن قدمت این چینی وجود ندارد. به همین دلیل در مورد مالکیت معادن کم‌تر تحقیق صورت گرفته و تحقیقات در این مسأله محدود به چند عنوان رساله و مقاله است. یکی از امتیازات مکتب اقتصادی اسلام آن است که به مالکیت دویا چندگانه ملتزم است بر خلاف نظام اقتصادی کاپیتالیسم و سرمایه‌داری غرب که خویشتن را در حصار مالکیت خصوصی و فردی منحصر می‌بیند و علیرغم سیستم اقتصادی کمونیسم و نظام اشتراکی شرق که خود را اسیر مالکیت اشتراکی کرده است. در نظام اقتصادی اسلام سه نوع مالکیت مطرح است که هیچ‌گاه یکی

اصل و دیگری استثنای متأثر از شرایط و مقتضیات زمانه نیست؛ و این سه نوع ملکیت که عبارت است از؛ ۱- مالکیت خصوصی ۲- مالکیت عمومی ۲- مالکیت دولتی که هر کدام دارای حدود و ثغور مخصوص به خود است که تفصیل آن، در مباحث مربوط به بحث اقتصاد اسلامی پیگیری شود.

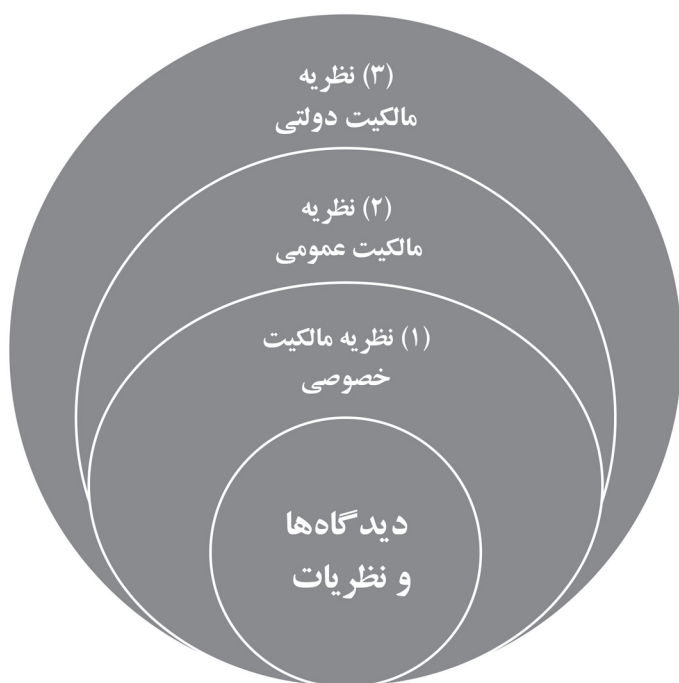
۱. ۲. ۲. انواع مالکیت

رابطه عمیق میان مال و مالک به عنوان ملکیت وجود دارد. این رابطه سرچشمه ابعاد عناوین «مالکیت» و مملوکیّت شده است. قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان در ماده ۴۸۱ مقرر کرده است: «اموال متعلق به ملکیت افراد، اموال خصوصی و اموالی که متعلق به ملکیت افراد نبوده و برای منافع و مصالح عامه تخصیص یافته باشد، اموال عامه پنداشته می شود». قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۸ اردیبهشت ماه ۱۳۰۷ نیز در ماده ۱۱ اقسام اموال را مطرح کرده و فصل سوم را به اموالی که مالک خاص ندارد، اختصاص داده است. یکی از تقسیماتی که غالب نویسندگان حقوق موضوعه، تقسیم حقوق مالی به: حقوق عمومی و حقوق خصوصی را پذیرفته، می نویسند؛ «تقسیم مقبول تر که پایه تقسیمات آکادمیک نیز هست تقسیم حقوق به دو رشته اصلی حقوق عمومی و حقوق خصوصی است» (رنجبری و بادامچی: ۱۳۸۷، ۱۵) مالکیت شخصی یا مالکیت خصوصی (Private ownership; Private property) که متعلق آن ملک خصوصی (Private estate) است، عبارت است از اینکه مملوک مرتبط با شخص یا اشخاص معینی باشد. مالکیت عمومی (Public property; Public title) که به ملک عمومی (Public property) تعلق می گیرد، عبارت است از اینکه: مملوک و ثروت مرتبط به عموم مسلمانان (= نه شخص و اشخاص معین) باشد. مالکیت دولتی (Title of the state) که به ملک دولتی (Government property) مربوط است، عبارت است از اینکه ملک به دولت اسلامی تعلق داشته باشد. در هر جامعه‌ی، چیزهایی هست که متعلق به شخص یا اشخاص نیست، بلکه متعلق به همه است. برخی از وجوه تمایز این چیزها که اموال عمومی و مالکیت مربوط به آنها مالکیت عمومی خوانده می شود، عبارت اند از اینکه؛ متعلق این نوع ملکیت ملک عمومی و ثرواتی است که به عموم مسلمین مربوط است،



اموال عمومی در راستای مصالح عمومی و منافع عامه قرار گرفته و مورد استفاده واقع می‌شود. اموال عمومی باید صرف کارهای «عام المنفعة» گردیده و در راستای مصالح عمومی مصرف گردد. اموال عمومی متعلق حق هیچ کسی قرار نمی‌گیرد. اگر اموال عمومی به همه مردم و کل جامعه به گونه‌ای تعلق داشته باشد که دولت بتواند مطابق اختیارات و وظایف خود در راستای مصالح عمومی و با رعایت آن مصالح، با خریدن و فروختن در آنها تصرف کند، مالکیت آن اموال را مالکیت دولتی می‌نامند. مالکیت آن‌ها، از آن دولت است و دولت می‌تواند اموال دولتی را در هر جا مصلحت داشته باشد، مصرف کند.

۲. دیدگاه‌ها در مالکیت معادن



نمودار شماره ۱-۲

یکی از مبنایی‌ترین سؤال و اساسی‌ترین پرسش این است که؛ آیا حق ملکیت و مالکیت نسبت به معادن از قبیل مالکیت فردی است و به اشخاص تعلق می‌گیرد یا

از قبیل مالکیت عمومی است؟ به عبارت دیگر؛ آیا معدن به صورت کل و مطلقاً جزء انفال است؟ یا به طور مطلق جزء انفال نبوده بلکه تنها در مواردی که در اراضی متعلق به امام علیه السلام و یا حاکم اسلامی از قبیل زمین موات استکشاف شود، از انفال محسوب می‌شود؟ در پاسخ این پرسش به بررسی دیدگاه‌ها و آرای فقهی و حقوقی راجع به «مالکیت معادن» پرداخته و به تبیین نظریات و آرای فقه امامیه، فقه حنفیه، قوانین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری اسلامی افغانستان بسنده خواهد شد. فقهای امامیه و حنفیه و همچنین حقوق‌دانان در مورد ملکیت معادن دیدگاه‌های دارند که در این مبحث مورد بررسی قرار می‌گیرد. در هر حال معادن یا در ملکیت خصوصی و فردی انسان است، یا در مالکیت عمومی است که خود بر دو نوع است. یا ملکیت امت است یا ملکیت دولت است.

۲.۱. نظریه مالکیت خصوصی معادن

در اکثر موارد این‌گونه ملکیت شایع است و آن این است که ملک یا در ملکیت مخصوص فرد است یا در ملکیت چند نفر به صورت اشاعه و اشتراک قرار دارد. در هر صورت عنصر «تسلّط» یا «سلطنت» ملاک اصلی این نوع مالکیت است. مالکیت خصوصی از امور فطری است و دین اسلام بر همین اساس مالکیت فردی را استوار نموده و انواع تصرّفات مالکانه را بر آن بنا نهاده است. یکی از فقه‌های زمانه می‌نویسد: «دین مقدس اسلام دین فطرت است و بر وفق فطرت، دستاورد هر کس را از آن خود او دانسته و بدین وسیله شور و عشق کار را در او تشدید نموده و در نتیجه استعدادهای نهفته‌ی او را وادار به فعالیت و ابتکار می‌نماید» (احمدی میانجی: ۱۴۲۴، ۲۳). هر چند این دیدگاه از زاویه اقتصادی و جنبه اقتصادی مالکیت توجه کرده، ولی از منظر حقوق می‌توان به مالکیت خصوصی به‌عنوان مالکیتی برخاسته از نهاد و درون ذات انسان عطف توجه نمود؛ زیرا خاستگاه اصلی مالکیت اعتباری و قراردادی در درون ذات و دل هستی انسان ریشه دارد. به همین دلیل طفلی که هنوز اهلیت تصرّف ندارد و تازه تکلم آموخته نیز شعار «مال من است» را بر زبان دارد. منظور از مالکیت خصوصی مالکیتی است که موجب اختصاص اموال، منافع و اشیاء به شخص یا اشخاص معین گردد. در قرآن و روایات (منابع اصلی حقوق اسلامی) این نوع مالکیت به وفور مورد

توجه قرار گرفته و از جایگاه مهم و روشن برخوردار است.

۲.۲. نظریه مالکیت دولتی معادن

ملکیت دولتی سلطنت شرعی است که برای دولت حق هیمنت بر جامعه و حق اقامه نظام عادلانه ایجاد می‌کند. اموالی از قبیل غنایم، خمس و انفال در ملکیت دولتی داخل بوده و از مصادیق مالکیت دولتی به شمار می‌روند. معادن خواه جامد و خواه مایع باشد، براساس آنچه در مذهب مالکیه مشهور است، جزء مالکیت دولتی است. دلیل این مدعا آن است که گاهی معادن توسط مردم شریر کشف می‌شود و اگر معادن در مالکیت امام نباشد، به فتنه و بی‌نظمی (هرج) منتهی خواهد شد. (الزحیلی: ۱۴۰۵، ۴۶۵۲/۶) هر چند طرح دیدگاه مالکیه در دایره موضوع بحث وارد نیست. ولی با توجه به استدلالی که صورت گرفته است، این دیدگاه لازم است مورد توجه قرار گیرد. دلیلی که فقه مالکیه بر دولتی بودن مالکیت معادن اقامه کرده حکایت دارد که دولتی بودن مالکیت بر مبنای حکم ثانوی بوده و از آنجایی که استکشاف معادن در فرض عدم مالکیت امام توسط افراد شریر به بی‌نظمی و هرج و مرج منتهی می‌گردد، باید این دیدگاه را پذیرفت که مالکیت معادن مالکیت دولتی است.

۲.۳. دیدگاه مالکیت عمومی معادن

آنچه مورد نظر این پژوهش است، اینکه؛ معادن از انفال است. پس مالکیت معادن عمومی بوده و در اختیار حاکم اسلامی است.

۳. مبانی و دلایل مالکیت عمومی معادن

مبنای رأی فقه حنفیه قاعده تبعیت در ملکیت است. بدان معنی که هر کس مالک اصل باشد، مالک فروعات نیز است. لذا با ملکیت زمینی که معدن در آن است، معادن نیز قابل تملک خواهد شد. (ابن قدامه: ۱۴۰۴، ۲۸/۳) زیرا موقعی که زمین وصف مملوکیت پیدا کرد، با تمام اجزایش مملوکیت دارد؛ بنابراین، هرگاه در ملک شخص باشد، مملوک او بوده و زمانی که در زمینی که برای دولت است باشد، در مالکیت دولت خواهد بود؛ و اگر در زمین غیر مملوک باشد، ملک کسی است که آنرا کشف و پیدا کرده است؛ زیرا در این صورت معادن به تبعیت زمین مباح می‌باشد. (الزحیلی: ۱۴۰۵،



۴۵۶۷/۶) محمد بن حسن شیبانی (۱۸۹هـ)، در کتاب «الاصل» (الشیبانی، ۱۴۳۳: ۴۴) این دیدگاه را تأیید نموده و روایتی قریب به مضمون این روایت نقل کرده است: «عقبه بن خالد» گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: از جمله احکامی که رسول خدا صلی الله علیه و آله فرموده آن است که معدن و چاه کهنه که حفرکننده‌ی معلومی ندارد و عجماء: (حیوانات زبان بسته و رها شده که صاحبی ندارند) جبار اند، (اگر موجب قتل کسی شدند، خون بر باد رفته و هدر است و کسی ضامن نیست و مراد به عجماء چهارپایان اهلی هستند و جبار به معنی هدر است که کسی غرامت آن را نمی‌کشد). (السیوری: ۱۴۳۱، ۳۷۹/۲) به نظر ما اگر دلیلی بر مالکیت عمومی معادن حتی به اطلاق وجود داشته باشد، اصول و قواعدی از این قبیل یارای مقاومت در برابر دلیل ندارد. در مباحث آتیه مورد بررسی قرار خواهد گرفت. یکی از روشن‌فکران اهل سنت که در سال ۱۹۴۴م کرسی تدریس مضمون شریعت اسلامی را عهده‌دار است می‌نویسد: «قیاس شریعت اسلامی با قوانین وضعی مع الفارق است؛ زیرا مقایسه میان زمین و آسمان، بشر و خالق بشر است. چگونه قیاس زمین با آسمان و مردم با خالق مردم امر عقلایی و خردمندانه باشد؟» (عوده، بی‌تا: ۲۹/۱) این دیدگاه حکایت از تفاوت مبنایی حقوق موضوعه و حقوق اسلامی دارد. بدان معنی که مبنای حقوق اسلامی اراده خالق مردم است.

۳.۱. مبنای مالکیت عمومی معادن

عده‌ای از فقهاء با اینکه معادن را از مشترکات می‌دانند، (اصفهانی: ۱۳۹۳، ۱۲۴/۳؛ خمینی: ۱۴۰۹، ۲ و ۲۲۰؛ صافی: ۱۴۱۶، ۳۷۰) مبنای مالکیت معادن را بر اساس مالکیت تبعی استوار نموده‌اند. شیخ می‌نویسد: «منفعت، مال صاحب عین است به تبعیت عین». (انصاری: ۱۴۱۵، ۲۷۶) سید می‌نویسد: «منافع تابع عین است؛ و عین هر گاه مملوک کسی باشد، به مقتضای قاعده، مالک منافع است». (طباطبایی، ۱۴۱۵: ۳۱۹) برخی دیگر از فقیهان می‌نویسد: «مبنای مالکیت شرعی انسان نسبت به کار و محصول کار و صنایع، مالکیت تکوینی اوست نسبت به عقل، فکر، اراده، عضلات و افعال خود» (منتظری: ۱۴۳۱، ۴۲۳/۲) یعنی بر همان اساسی که به لحاظ تکوین عقل، فکر و اندیشه خود را در اختیار دارد، نسبت به کار، محصولات کار و صنایع خود بر همان اساس مالکیت دارد.





بر مبنای قاعده تبعیت؛ (آنچه در زمین است از زمین است)، اگر معدن در زمینی قرار گرفته باشد که در مالکیت دولت است، بدیهی است که معدن به تبع زمینی که در آن واقع شده در مالکیت دولت می‌باشد. در این صورت تنها دولت است که حق هرنوع تصرف در معادن را داشته و به جز دولت، بدون اذن دولت حق تصرف در معادن را ندارد. در صورتی که معادن کشف شده در زمینی باشد که نه در ملک دولت است و نه در ملک شخص، هرکسی آنها را استخراج کند، ملک همان شخص است؛ زیرا معدن در زمین مباحی بوده که شخص یا دولت نسبت به آن حق مالکیت نداشته و معدن بر اساس قاعده تبعیت از زمین، مباح خواهد بود. به همین لحاظ هرکس از آن بهره‌برداری کند، مالک آن خواهد شد. در فرض دوم به‌عنوان حکم ثانوی و برای جلوگیری از هرج و مرج باید دولت تنظیم‌کننده اموال عمومی بوده و نحوه‌ی برخورداری از آن را مدیریت کند. در نتیجه بسیاری از مصادیق معادن یا مطابق ماده نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان در مالکیت دولت اسلامی است یا مطابق اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اختیار دولت اسلامی است. در هر صورت حقوق دولت درباره اراضی مورد بحث، تنها به صورت یک حق سیاسی و حکمرانی قابل تصور است که بر اساس فتوای شرعی قاعده احترام اموال قابل تطبیق است. حاکم اسلامی در مقام فتوا می‌گوید: «در وجوب مراعات احترام مال دیگری و حرمت تصرف در آن بدون اذن او، فرقی بین املاک اشخاص و اموال دولت نیست». (حسینی خامنه‌ی: ۱۳۲۴، ۴۸۰) اما به نظر ما مبنای حقوق اراده خالق هستی است و متعلق این اراده یا چیزی است که به قواعد حقوقی منتهی می‌شود (قواعد تأسیسی) یا قواعدی است که در میان بشر مرسوم است (قواعد امضائی)؛ بنابراین، باید دیدگاه قرآن در مورد مالکیت معادن مورد دقت قرار گیرد.

۲.۳. ادله‌ی مالکیت عمومی معادن

بررسی ادله‌ی مالکیت معادن در دو محور سلبی و ایجابی متصور است؛ زیرا برای اثبات مدعای مورد نظر باید ادله‌ی مخالف آن را پاسخ گفته و برای اثبات فرضیه مورد ادعا دلیل اقامه کرد؛ اما پیش از تبیین ادله‌ی موافق و مخالف به مودّای اصل اولی نیز اشاره می‌شود.

۳. ۲. ۱. اصل اولی در مالکیت معادن

در اینکه اصل اولی راجع به «مالکیت معادن» چیست؟ آیا مورد از موارد شبهه وجوبیه اذن حاکم اسلامی است، یا از موارد شبهه تحریمیه تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک است، یا از موارد شبهه موضوعی مالکیت است؟ با توجه به تعدّد موارد احتمالات شبهه، ممکن است دیدگاه‌های متفاوتی مطرح کرد؛ بنابراین، اگر رسیدن به حق در مورد «مالکیت معادن» از طریق دلیل امکان وصول نداشت یا با چالش‌ها و اشکالات جدی مواجه شد و ما نتوانستیم مالکیت دولتی را ثابت کنیم که در صورت اثبات آن، استخراج معادن موکول به اذن امام و حاکم اسلامی خواهد شد. یا نتوانستیم مالکیت عمومی را به اثبات برسانیم که در فرض اثبات آن، هر کسی برای احیا یا تحجیر آن سبقت گرفت مالکیت یا اولویت پیدا می‌کند، آیا اصل اولی در مسأله وجود دارد؟ یعنی اگر ادله شرعی ایجابی و سلبی قابل ارائه نبود، مقتضای اصل چیست؟ فقهای گذشته در این مورد بحث مستوفائی نداشته و معمولاً بحث معادن را در کتاب خمس مطرح کرده و می‌گویند: «وهو من الفرائض وقد جعلها الله تعالى لمحمد (ص) وذریته عوضاً عن الزکاة إکراماً لهم...» (طباطبایی یزدی: ۱۴۰۹، ۳۶۶/۲) خمس از فرائض است که خداوند به عنوان تکریم برای پیامبر و اولادش به جای زکات مقرر کرده است.

۳. ۲. ۱. اصل عدم مالکیت

ملکیت و مالیت و الفاظ مشابه آنها از معانی ذات اضافه است که بر اساس نظریه عرف و به حکم تبادر ذهن انسان‌ها، وجود و تحقق آنها به مالک و متمول (دارنده مال و ثروت‌مند) بستگی دارد و آن عبارت است از اختصاص و رابطه‌ی مخصوص میان مالک و مملوک که باعث سلطه مالک گردیده و بر تصرف آن بدون دخالت دیگری توانایی پیدا می‌کند. (نراقی: ۱۴۱۷، ۱۱۳) بنا براین درک و فهم معنی ملکیت و مالیت نه به شرع و نه به دلیل شرعی، بلکه به عرف مربوط است. دیدگاه ما در این مورد این است که ملکیت از احکام وضعیه‌ی است که در تحقق خود به قرارداد اجتماعی وابسته است. بدان معنی که اثبات آن به دلیل قابل قبول، حجت معتبر و تحقق وضع بستگی دارد. باید با دلیل قابل قبول ثابت شود که عرف، مالیت مال برای «احمد» را اعتبار و وضع کرده است و اثبات این حقیقت نیازمند دلیل قابل پذیرش و حجت مقبول





است. در مورد بحث ما؛ اینکه آیا معادن مال امام و حاکم اسلامی یا مال عمومی و یا مال شخصی اشخاص حقیقی است، نیازمند دلیلی است (ولو قاعده ید و تصرف که اماره مالکیت است) تا مالکیت او را اثبات نماید. پس اگر در «ملکیت معادن» تردید و شک پیدا شد (که مساوی تردید در مالکیت کسی نسبت به معادن است) اصل در اشیاء عدم ملکیت است. مرحوم نراقی در موارد تردید در ملکیت می گوید: «أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْأَشْيَاءِ عَدَمُ الْمِلْكِيَّةِ». (همان، ۱۱۴) اصل در همه چیز این است که ملک کسی نیست. دلیل این مدعا بنای فقهاء است و آن اینکه در تمامی مباحات عامه تا موقعی که سبب ملکیت تحقق نیافته، اصل عدم تملک جاری می کنند. در نتیجه استخراج معادن و تصرف در آن، نیازمند اذن حاکم نخواهد بود و مردم می توانند به استخراج آن مبادرت کنند.

۳. ۲. ۱. ۲. اصل براءت از تکلیف واجب

مقصود از براءت، تبرئه فرد از تکلیف است. بدان معنی که هرگاه در موردی از موارد تکلیف مردد (اعم از شبهه وجوبی یا تحریمی) براءت جاری شود، عهده شخص از آن تکلیف، مبرا و عاری است؛ و روش دانشمندان متخصص در علم اصول آن است که اصل براءت را بر اصول عملیه دیگر مقدم می دارند. احتمال دارد از این جهت اصل اولی جاری گردد که در مورد مالکیت معادن تردید حاصل شده که آیا مالکیت عمومی است و اشخاص حقیقی می توانند بدون اذن حاکم اسلامی با احیاء در آن تصرف نموده و به استخراج آنها اقدام کنند؟ زیرا از اموال عمومی است و تصرف در اموال عمومی بدون اذن حاکم اسلامی جایز بوده و ما تردید داریم که آیا اذن حاکم اسلامی واجب است یا خیر؟ و یا از اموال دولتی و مربوط به حاکم اسلامی است، برای استخراج، احیاء و تصرف معادن واجب است از حاکم اسلامی اذن بگیرند؟ چون مورد از موارد شبهه وجوبیه اذن حاکم است، اصل براءت جاری می شود؛ و نتیجه اصل براءت آن است که اذن حاکم شرع لازم نیست و به حسب اصل اولی اشخاص می توانند بدون اذن کسی به استخراج معادن اقدام کنند یا با حیات و احیاء در آن تصرف نمایند.

۳. ۲. ۱. ۳. اصل براءت از تکلیف حرام

احتمال دارد شبهه را از بُعد و زاویه دیگر مطرح کرد و آن اینکه چون «مالکیت

معادن» ممکن است از نوع مالکیت دولتی و مربوط به حاکم اسلامی باشد، تردید در حرمت و عدم حرمت استخراج معادن و تصرف در آنها پیدا می‌شود. در موارد شبهه حکمیه تحریمیه نیز جای اجرای اصل برائت است و اصل برائت دلالت دارد که استخراج معادن بدون اذن حاکم اسلامی حرام نبوده و جایز است. در هر صورت چه دیدگاه اول و دوم را بپذیریم و یا این دیدگاه را قبول کنیم، نتیجه در هر سه صورت جواز استخراج معادن بدون اذن دولت اسلامی است، ما از مبرهن ساختن آراء و نظریات مربوط به اصل اولی و نقد و نظر آنها که جز ثمره علمی نداشته و از ثمره عملی عاری است، غصّ بصر کرده و به این صورت از اطاله و اطناب در سخن جلوگیری می‌کنیم. لازم به ذکر است که اصل برائت در قوانین نیز مورد توجه جدی بوده و قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان در ماده ۲۵ و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۳۷ بر رسمیت آن تصریح کرده است.



فهرست منابع

قرآن کریم

الف) منابع فارسی

۱. احمدی میانجی، علی، مالکیت خصوصی در اسلام، در یک جلد، نشر دادگستر، تهران - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه.ق.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، تهران - ایران، ه.ق.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، صراط النجاة (محشی، شیخ انصاری)، در یک جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، قواعد فقهی و فقه استدلالی، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، اول، قم - ایران، ۱۴۱۴ ه.ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر: مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، تهران، گنج دانش، چ ۱۱، ۱۳۸۴.
۶. حسینی خامنه‌ای، سید علی بن جواد، أجوبة الاستفتاءات (فارسی)، در یک جلد، دفتر معظم له در قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه.ق.
۷. حسینی خامنه‌ای، سید علی، رساله اجوبة الاستفتاءات (فارسی)، انتشارات پیام عدالت، ایران، تهران، دهم، ۱۳۸۹ ش.
۸. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی (طاهری)، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۸ ه.ق.
۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، سؤال و جواب (للسید الیزدی)، در یک جلد، مرکز نشر العلوم الإسلامية، تهران - ایران، اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۰. مطهری، شهید مرتضی، فقه و حقوق (مجموعه آثار)، جلد ۲۰، قم - ایران، اول، ۱۴۲۰ ه.ق.
۱۱. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران - ایران، دوازدهم، ۱۴۰۶ ه.ق.
۱۲. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، وصیت، تحلیل فقهی و حقوقی، در یک جلد، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران - ایران، سوم، ۱۴۲۰ ه.ق.

۱۳. منتظری نجف آبادی، حسین علی، رساله استفتاءات (منتظری)، جلد ۲، قم - ایران، اول، ۱۴۳۱ ه.ق.

۱۴. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج ۱، مؤسسه عروج، تهران - ایران، سوم، ۱۴۰۱ ه.ق.

۱۵. موسوی خمینی، سید روح الله، استفتاءات (امام خمینی)، ج ۳، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، پنجم، ۱۴۲۲ ه.ق.

۱۶. میرزای قمی گیلانی، ابو القاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات (للمیرزا القمی)، جلد ۴، مؤسسه کیهان، تهران - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.

ب) منابع عربی

۱۷. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الأصول - قم، ایران، اول، ۱۴۰۹ ق.

۱۸. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، کتاب القضاء (للآشتیانی ط - الحدیثة)، جلد ۲، انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی قدس سره، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ ه.ق.

۱۹. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحقائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، جلد ۱۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۵ ه.ق.

۲۰. ابن براج طرابلسی، قاضی، عبد العزیز، المذهب (لابن البراج)، جلد ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۶ ه.ق.

۲۱. ابن حنبل، احمد بن محمد، مسند الامام احمد بن حنبل (۱۶۴-۲۴۱ه)، تحقیق؛ شعيب الارنؤوط، عادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بیروت، لبنان، ۱۴۱۶ه.

۲۲. ابن درید، محمد بن الحسن بن درید أبوبکر، جمهرة اللغة، تحقیق؛ رمزی منیر یعلبکی، دار العلم للملایین، بیروت، لبنان، ۱۹۸۷م.

۲۳. ابن عابدین: حاشیة ابن عابدین، حاشیة رد المحتار علی الدر المختار علی شرح الشيخ علاء الدین محمد بن علی الحصکفی (۱۰۲۵ - ۱۰۸۸ ه = ۱۶۱۶ - ۱۶۷۷ م) لمتن «تنویر الابصار»، تحقیق عبدالمجید طعمة حلبی، ج ۳ و ۴ دار المعرفة، بیروت، لبنان، ط ۳، ج ۶، ۱۴۳۲ = ۲۰۱۱ م.

۲۴. ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة موفق الدين أبي محمد (۶۲۰ه)، المغنی، دار الفکر، بیروت، لبنان، الاولى، ۱۴۰۴ ه، ۱۹۸۳ م.

۲۵. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدين، محمد بن مکرم، لسان العرب، سوم، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزيع - دار صادر، بیروت - لبنان، ۱۴۱۴ ه.ق.

۲۶. ابو عیسی محمد بن عیسی بن سورة (المتوفی ۲۷۹ه)، سنن الترمذی، تحقیق؛ احمد





- شاکر و فؤاد عبدالباقي، تصحيح؛ صدقي محمد جميل العطار، ج ۲، دارالفكر، بيروت، لبنان، ۱۴۲۹-۱۴۳۰ هـ = ۲۰۰۹ م.
۲۷. اصفهانی، سيد ابو الحسن، وسيلة النجاة (مع حواشی الگلپایگانی)، ۳ جلد، چاپخانه مهر، قم - ايران، اول، ۱۳۹۳ هـ.ق.
۲۸. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امين، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج ۱، کنگره جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۲۹. البروجردی، الشيخ مرتضی، مستند العروة الوثقی - كتاب الخمس، (محاضرات السيد ابوالقاسم الموسوی الخویی)، المطبعة العلمية، ايران، قم، ۱۳۶۴ ش.
۳۰. البيهقي، ابوبکر احمد بن حسين بن علی بن موسی، السنن الكبرى، دارالکتب العلمية، الثالث، ۱۴۲۴ هـ.
۳۱. الجوينی، عبدالملک بن عبدالله بن يوسف (۴۱۹-۴۷۸ هـ)، نهاية المطلب فی دراية المذهب، ج ۳، حققه: عبدالعظيم محمود الديب، دار المنهاج، المملكة السعودية، جدة، الطبعة الاولى، ۱۴۲۸ هـ/۲۰۰۷ م.
۳۲. حائري، سيد علی بن محمد، رياض المسائل (ط - الحديثة)، ج ۵، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۳۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة، ۳۰ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۳۴. حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، تذكرة الفقهاء (ط - الحديثة)، ج ۵، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۳۵. حلی، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدي، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، ج ۱، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۳۶. حلی، محقق، نجم الدين، جعفر بن حسن، المعتبر فی شرح المختصر، ج ۲، مؤسسه سيد الشهداء عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۳۷. دارقطنی، علی بن عمر، سنن الدارقطنی، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ۱۴۱۴ هـ.
۳۸. الرومی البابرتی، محمد بن محمد بن محمود، اکمل الدين ابو عبدالله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين (المتوفی ۷۸۶)، العنايه شرح الهدايه، دارالفكر، بيروت، لبنان، بی تا.
۳۹. الزحيلي، الدكتور وهبة، الفقه الاسلامی وادلته، دمشق، ج ۴، دار الفكر للطباعة والتوزيع و النشر، دمشق، سوریه، ط ۲: ۱۴۰۵ هـ = ۱۹۸۴ م.
۴۰. الزرقاء، مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام، ج ۳، دارالفكر، طبعة سادسة، بی تا، بی جا.

٤١. الزيلعي الحنفي البارعي، فخر الدين عثمان بن علي بن محجن (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: ١٠٢١ هـ) المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الأولى، ١٣١٣ هـ.
٤٢. سلاّر ديلمى، حمزة بن عبد العزيز، المراسم العلوية و الأحكام النبوية، در يك جلد، منشورات الحرمين، قم - ايران، اول، ١٤٠٤ هـ ق.
٤٣. السمرقندى، أبو بكر علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد (المتوفى: نحو ٥٤٠ هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
٤٤. السنهورى، الدكتور عبدالرزاق احمد السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى (دراسة مقارنة بالفقه الغربى)، ج ١، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربى، ط ١، ١٩٥٤ م.
٤٥. سيستانى، سيد على حسينى، قاعدة لا ضرر ولا ضرار (للسيستانى)، در يك جلد، دفتر آية الله سيستانى، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق.
٤٦. سيف الدين من اعضاء شورى الدولة، السيد خليل أمين الفتوى، أحمد جودت ناظر المعارف، أحمد خالد القاضى بدارالخلافة العلية، السيد أحمد الحلوى رئيس محكمة التمييز الثانى، السيد أحمد خلوصى رئيس مجلس التدقيقات الشرعية و مجلس انتخاب الحكام، عبد الستار معاون مميّز الإعلانات الشرعية، عمر حلمى مستشار مفتش الأوقاف، المجلة، اربخ الإزادة السنية فى ٢٦ شعبان المعظم سنة ١٢٩٣ هـ.
٤٧. السيورى، جمال الدين ابو عبد الله المقداد بن عبد الله (المتوفى ٨٢٦ هـ ق)، كنز العرفان فى فقه القرآن، ج ١، التحقيق: محمد القاضى و محمد الساعدى، المجمع العالمى للتقريب بين المذاهب الاسلامية، ايران، طهران، الطبعة الثانية، ١٤٣١ هـ ق - ٢٠١٠ م.
٤٨. الشيبانى، محمد بن الحسن (١٨٩ هـ)، الاصل، ج ٢، تحقيق و دراسة: الدكتور محمد بويونوكال، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.
٤٩. صافى گلپايگانى، لطف الله، هداية العباد (للفافى)، در يك جلد، دار القرآن الكريم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق.
٥٠. صدوق قمى، محمد بن على بن بابويه، من لا يحضره الفقيه، ج ٢، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، دوم، ١٤١٣ هـ ق.
٥١. طباطبايى حكيم، سيد محسن، مستمسك العروة الوثقى، ج ١، مؤسسة دار التفسير، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ ق.
٥٢. طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم، العروة الوثقى (للسيد اليزدى)، جلد ٢، مؤسسة الأعلمى للمطبوعات، بيروت - لبنان، دوم، ١٤٠٩ هـ ق.
٥٣. الطوسى، شيخ الطائفة الامام ابى جعفر محمد بن الحسن، النهاية فى مجرد الفقه و





- الفتاوی، در یک جلد، دار الکتب العربی، بیروت - لبنان، دوم، ۱۴۰۰ ه.ق.
۵۴. الطوسی، شیخ الطایفة الامام ابی جعفر محمد بن الحسن، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۷ ه.ق.
۵۵. الطوسی، شیخ الطایفة الامام ابی جعفر محمد بن الحسن، تهذیب الأحکام، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق.
۵۶. طوسی، محمد بن حسن، الفهرست، موسسه نشر اسلامی، ایران، قم، ۱۴۱۷ ق.
۵۷. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱ و ۱۲، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۵۸. عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی، قاعدة لا ضرر (لأغا ضیاء)، در یک جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۵۹. العسقلانی، ابوالفضل شهاب الدین، احمد بن علی بن حجر، تلخیص الحبیر فی تخریج احادیث الکبیر، مؤسسة قرطبة، ۱۴۱۶ ه.
۶۰. عوده، عبدالقادر، التشريع الجنایی مقارنا بالقانون الوضعی، بیروت، دارالکتب العربی، بی.تا.
۶۱. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۶۲. فضل الله، سید محمد حسین، فقه الشریعة، دارالملاک، الطبعة الثالثة، ۱۴۲۳ ه - ۲۰۰۲ م.
۶۳. القشیری، أبوالحسین مسلم بن الحجاج (۲۶۱ ه)، صحیح مسلم، تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفکر، بیروت، لبنان، الثانية، ۱۳۹۸ ه ۱۹۷۸ م.
۶۴. قمی، سید تقی طباطبایی، مبانی منهاج الصالحین، منشورات قلم الشرق، اول، قم، ایران، ۱۴۲۶ ه.ق.
۶۵. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی (ط - دار الحديث)، دار الحديث للطباعة و النشر، قم - ایران، اول، ۱۴۲۹ ه.ق.
۶۶. کمپانی اصفهانی، محمد حسین، حاشیة کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحديثة)، ۵ جلد، أنوار الهدی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۶۷. محقق داماد یزدی، سید محمد، کتاب الخمس (للمحقق الداماد)، در یک جلد، تقریر: عبد الله جوادی آملی، دار الإسراء للنشر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۶۸. المرغینانی، علی بن أبی بکر بن عبد الجلیل (۵۹۳ ه)، الهدایة شرح البدایة، - مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده- مصر.
۶۹. مظفر، محمود بن محمد حسن، إحياء الأراضی الموات، در یک جلد، المطبعة العالمية، قاهره - مصر، اول، ۱۳۹۲ ه.ق.

۷۰. مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعة (للشيخ المفيد)، در یک جلد، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمة الله عليه، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۷۱. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیلة، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
۷۲. موسوی خمینی، شهید، سید مصطفی، الخيارات (للسید مصطفی الخمينی)، ج ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۷۳. موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع (للإمام الخمينی)، جلد ۳، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران - ایران، اول، ۱۴۲۱ ه.ق.
۷۴. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۵ و ۳۰، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۷۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، معجم رجال الحديث و تفصيل طبقات الرجال، دار الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع، الرابعة، بيروت، لبنان، ۱۴۰۹ ق.
۷۶. الموصلي الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثاني، تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان - ۱۴۲۶ هـ - ۲۰۰۵ م.
۷۷. نجاشی، احمد بن علی، رجال النجاشی، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۷۸. النجفی، الشیخ محمد حسن (م ۱۲۶۶ ه.ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۱۶، دار إحياء التراث العربی، بيروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ ه.ق = ۱۹۸۱ م.
۷۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ ه.ق.
۸۰. النسائی، سنن النسائی (بشرح الحافظ جلال الدين السيوطی و حاشية الأمام السندی)، تصحيح: الشیخ حسن محمد المسعودی (المدرس بالقسم العالی بالأزهر)، ج ۵، دار الكتاب العربی، لبنان، بيروت، بی تا.
۸۱. المجلة الأحكام العدلية - فقه المعاملات فی مذهب الحنفی، با عنایت: بسام عبدالوهاب الجائی، بيروت، دار ابن حزم، ط ۱: ۲۰۰۴ م.

فهم دین و تجلی آن در حقوق عمومی از منظر مجتهد شبستری

عبدالعلی محمدی *

* پوهاند (استاد) دکترای حقوق عمومی، کادر علمی دانشکده‌ی فقه و حقوق، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل

چکیده

سیاست‌ورزی از موضع ایمان، یا ایمان آوردن از موضع انسان سیاسی، مسئله بنیادین جامعه اسلامی است. از این رو، فهم دین در جهان مدرن، مستلزم پیش‌فرض‌هایی است که دین‌داری در عصر مدرن را برای انسان متدین تسهیل می‌گرداند. مدرنیته با زیر سؤال بردن هرگونه اتوریته و نفی گذشته، وضعیتی را پدید آورده است که نقد مستمر در آن، پیوسته فضاهایی را به وجود می‌آورد که در اغلب برای افراد، قابل پیش‌بینی نیست. انسان متدین، برای حفظ سنت دینی خود، ناگزیر است به قرائتی از دین بپردازد که در آن، جمع بین دین و مدرنیته ممکن باشد. مجتهد شبستری برای تحقق این خواست، قرائت انسانی از دین را پیشنهاد می‌کند. قرائت انسانی از دین، گوهر دین را تجربه‌ی دینی می‌داند و پیام آن را معنا بخشی به زندگی و این فرصت را فراهم می‌سازد که فرد دین‌دار از موضع انسان سیاسی که در دامن قدرت دنیوی زندگی می‌کند، به ایمان رو بیاورد و به این طریق، سیاست‌ورزی، به مثابه‌ی تدبیر زندگی شمرده شده و در صورت همراه شدن با قیود اخلاقی و حدود معنوی، مصداق عمل صالح خواهد بود. از این سخن می‌توان فهمید که قرائت انسانی، جایگاه دین را نسبت به سیاست، برتر و بلکه منتقد سیاست تعریف می‌کند؛ در حالی که در قرائت رسمی و اسلام تاریخی، سیاست زدگی و حکومتی شدن دین به‌وفور قابل مشاهده

است. فهم دین در اندیشه شبستری برخاسته از اراده و اندیشه‌ی آزاد است. در این ساحت، هر نظام و ساختار سیاسی و اجتماعی که بهتر بتواند زمینه‌ی آزادی اراده و اندیشه را فراهم نماید، عقلانی‌تر و برای تجربه‌ی دینی مناسب‌تر ارزیابی می‌گردد که چنین نظامی عادلانه‌تر هم خواهد بود.

کلیدواژه: حقوق عمومی، سیاست‌ورزی، ایمان، حکومت و سیاست، فهم دین، قرائت رسمی، قرائت انسانی



انسان به عنوان اشرف آفریده‌ها دارای ابعاد وجودی پیچیده و مزایای روحی و روانی بی‌مانند است که سایر آفریده‌ها و موجودات از آن‌ها بی‌بهره هستند؛ پیچیدگی وجود انسان و راز و رمزدار بودن هستی او، از جمله موجب طرح مسئله نیاز بشر به دین یا دینی بودن انسان است. مطالعه و بررسی وضعیت جوامع بشری و تحلیل زوایای پیدا و پنهان زندگی بشر نشان می‌دهد نیاز به دین یک امر بنیادی است؛ قرائن فراوانی دلالت بر این دارند که انسان‌ها به نحو اجتناب‌ناپذیری دینی هستند. (پترسون و دیگران: ۱۳۷۹، ۱۷) به‌راستی دین چیست و چه اکسیری در آن نهفته است که هیچ‌چیزی نمی‌تواند، به‌خصوص در برآوردن نیازهای روحی بشر، جایگزین آن گردد؟ کارکرد دین چیست؟ پیام دین چیست و قلمرو آن تا کجاست؟ آیا محدود به امور اخروی و معنوی و در نتیجه، امور فردی است یا نسبت به مسائل اجتماعی و رابطه فرد با دیگران نیز سخن و نظری دارد؟ این‌ها و مانند آن پرسش‌هایی است که همواره مطرح بوده طیف وسیعی از دیدگاه‌ها و نظریات دانشمندان، فلاسفه و نویسندگان در مورد دین بر محور همین پرسش‌ها، شکل گرفته است.

علی‌رغم اختلاف میان صاحب‌نظران و نویسندگان، به نظر می‌رسد آنچه میان تمام اندیشمندان تقریباً مورد اتفاق است این که انسان بدون دین، زندگی آرام و معناداری نخواهد داشت. آرامش روحی و روانی و معنابخشی به زندگی انسان کمترین و شاید مهم‌ترین نقش و کارکرد دین باشد. پذیرش نقش دین با هر گستره، در واقع، بیانگر وجود ربطی یا حداقل، نیاز انسان به متافیزیک است که در جای خود نگرش اساسی در مورد هست و حیات انسان را نیز بازمی‌تاباند. از این‌رو، مفهوم دین از مسائل مهم و اساسی زندگی بشر است؛ حل این مسئله و پرداختن به آن از ضرورت بنیادی برخوردار می‌باشد. به همین ملاحظه، پژوهش حاضر به‌منظور تحقیق در مفهوم دین بر اساس دیدگاه‌های دانشمند معاصر آقای دکتر محمد مجتهد شبستری شکل گرفته و بر آن است تا با مطالعه و بررسی نظریات ایشان درباره مفهوم دین، تجلیات آن را در حقوق عمومی بیان نماید؛ حقوق عمومی در کل، قواعد و مقررات حاکم بر قدرت و ساختار آن است و از همین رو، فهم و تبیین به‌ویژه قلمرو دین و گسترش آن به امور



اجتماع، از موارد به شدت بحث برانگیز و مورد مناقشه فراوان است. به این ترتیب، ابتدا پیش فرض های فهم دین و سپس، گونه های قرائت از دین و در نهایت، تجلیات دین در عرصه حقوق عمومی از منظر مجتهد شبستری مورد بحث و بررسی قرار می گیرد.

۱. پیش فرض های فهم دین

فهم سنتی از دین ظاهراً در جهان مدرن با مشکلات و اشکالاتی مواجه است که کمترین پیامد آن ناتوانی و ناکارآمدی در حل نارسایی ها و رفع کاستی هاست. چه باید کرد تا دین را بنا بر مقتضیات جهان معاصر و در چارچوب لوازم دنیای مدرن فهمید؟ از مطالعه و بررسی دیدگاه های مجتهد شبستری به دست می آید که فهم دین در جهان مدرن، مستلزم پیش فرض هایی است که می توان انتظار داشت کارآمدی دین را در مواجهه با جهان جدید به همراه داشته باشند. مجتهد شبستری به عنوان نظریه پردازی که تلاش دارد از موضع روشنفکری به دین بنگرد و کارآمدی آن را در جهان مدرن به اثبات برساند، برای فهم دین در جهان مدرن، سه مسئله را به عنوان پیش فرض یا اصل موضوعی مسلم می انگارد و قرائت های مختلف از دین را بر این اصول مبتنی می داند؛ این اصول عبارت اند از: هرمنوتیک فلسفی، دموکراسی و حقوق بشر که در این مبحث به ترتیب و اجمال، به عنوان درآمدی بر فهم دین از منظر مجتهد شبستری مورد اشاره قرار می گیرند.

۱.۱. هرمنوتیک فلسفی

زبان دین از مسائل اختلافی میان متکلمان و فیلسوفان دین است و مهم ترین نکته در این رابطه، معناداری زبان دین می باشد. اگر بتوان دین را یک خط ارتباطی میان خدا و بشر ترسیم نمود، پرسش این است که برقراری رابطه میان این دو طرف و گفت و گو میان خدا و انسان با چه زبانی صورت می گیرد؟ به عبارت دیگر، میان خدای نامتناهی و نامحدود و انسان متناهی و محدود، چه زبانی می تواند مفاهیم ایجاد کند تا هم ذات نامتناهی از کاربرد مفاهیم محدود مصون باشد و هم موجود متناهی بتواند با حریم نامحدود مرتبط گردد؟ (پترسون و دیگران: ۱۳۷۹، ۲۵۲-۲۸۲)

علاوه بر آن، دین امروزه یک امر تاریخی و جاری در زمان است؛ نقطه آغاز یا پیدایی

آن، مواجهه پیامبر اکرم (ص) با امر قدسی، تلقی پیام دین و ابلاغ آن به انسان‌ها بوده است. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۹۴-۹۲ و ۹۰-۹۹) به این ترتیب، آنچه در اختیار ماست، متونی است که باید از آن‌ها و از طریق آن‌ها پیام دین را به دست آوریم؛ متونی که در آغاز، گفتار بوده به مرور ایام به نوشتار تبدیل شده است. این گفتار در زمان معین، با زبان معین، در مکان معین و خطاب به مخاطبان معین صادر شده است. سخن اما در فهم این متون است و به باور مجتهد شبستری، فهم روان و عاری از تکلف آن‌ها تنها با روش هرمنوتیک فلسفی ممکن است. هرمنوتیک با این‌که ریشه به دوران باستان می‌دواند، اما نوع جدید و فلسفی آن محصول اندیشه‌های فلسفی دو قرن اخیر است که در اوایل قرن نوزدهم، شلایر ماکر (۱۷۶۸-۱۸۳۴) آن را مطرح نمود.

هرمنوتیک فلسفی را به دو دسته اعم و اخص تقسیم می‌کنند؛ در هرمنوتیک فلسفی به معنای اعم که بیشتر با شلایر ماکر شناخته می‌شود، بر فهم مطلق متون و جلوگیری از سوء فهم تکیه و تأکید می‌گردد. شلایر ماکر هرمنوتیک را از روش فهم متون مقدس به روش فهم مطلق متون ادبی تبدیل نمود. «به عقیده وی هرمنوتیک روشی است برای پرهیز از سوء فهم؛ سوء فهمی که از فاصله‌ی زمانی میان مفسر و متن و از تأثیرگذاری تاریخ، سنت و فرهنگ بر روی مفسر سرچشمه می‌گیرد و این تأثیرگذاری، موجب تحمیل ذهنیت مفسر بر متن می‌شود. حال هرمنوتیک با ارائه قواعد فهم و تفسیر، از این خطا و سوء برداشت ممانعت می‌نماید و ما را به نیت و ذهنیت واقعی مؤلف نزدیک می‌کند. (بیات و دیگران: ۱۳۸۱، ۵۸۰) اما در هرمنوتیک فلسفی به معنای اخص که بر محور اندیشه‌های گادامر می‌چرخد، آنچه دارای اهمیت بنیادین دانسته می‌شود فرایند تحقق فهم است. در این معنا از هرمنوتیک به صحت و سقم یا درستی و نادرستی فهم و تفسیر توجه نمی‌شود. (بیات و دیگران: ۱۳۸۱، ۵۸۴) از دید گادامر ذهن مفسر آکنده از عقاید، معلومات، مفروضات، انتظارات، پرسش‌ها، پیش‌فرض‌ها و پیش‌فهم‌هاست که زاویه‌ی نگرش یا افق فهم وی را تشکیل می‌دهند؛ این افق همواره در حال حرکت است. از این‌رو، بایسته است تا افق‌ها به واسطه‌ی هرمنوتیک با هم ترکیب شوند؛ زیرا افق فهم مفسر و افق متن به دو زمان متفاوت تعلق دارند. (بیات و دیگران: ۱۳۸۱، ۵۸۶-۵۸۷)



از منظر مجتهد شبستری «هرمنوتیک فلسفی به این منظور به وجود آمد که نابسامانی و خلأ منطقی و عقلی موجود در باب تفسیر و تأویل را پر کند و به‌طور کلی فهمیدن را مشغله‌ی علمی گرداند.» (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۱) زیرا در گذشته با این که قواعدی برای تفسیر و تأویل متن وجود داشت اما این قواعد، دستوری بودند و تنها مبنای نظری آن این بود که واژه‌ها به حقیقت وجود اشیا و ذوات خارجی دلالت می‌کنند و قواعد ثابت و معین دستور زبان، وسیله‌ی فهم آن معناها هستند. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۲)؛ اما در قرن هجدهم با تبدیل شدن زبان به یک موضوع پیچیده و نشو و نمای فلسفه‌های زبانی، معنا هم بساطت خود را از دست داد و نظریه‌های متفاوتی در باب چیستی معنا شکل گرفتند که در هیچ کدام، معنا عبارت از واقعیات خارجی نیست. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۳)

به‌علاوه نظریه تاریخی بودن زبان اثر مهمی بر فهم و تفسیر متون نهاد و بر اساس آن، هرگونه فهم و تفسیر از یک دیدگاه با یک پیش‌فرض یا پیش‌فهم لزوماً متفاوت، صورت می‌گیرد که به‌طور طبیعی موجب تعدد و تفاوت معانی متن می‌گردد. در نتیجه، یک متن واحد می‌تواند معناهای متفاوت داشته باشد. سرانجام این که هرمنوتیک فلسفی بر تغییر معنای «معنا» و مطرح شدن چیزی به نام متن مبتنی است. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۴-۱۸)

۲.۱. دموکراسی

دموکراسی از مفاهیم سهل و ممتنع است که با برداشت‌ها، تلقی‌ها، تفسیرها و نهایتاً تعریف‌های گوناگون مواجه می‌باشد؛ این تفاوت‌ها بیش از آن که به جوهره و ماهیت این مفهوم وابسته باشد، متغیر وابسته نوع رویکردها و نگرش‌ها؛ همانند نگرش‌های لیبرالیستی، مارکسیستی، اسلامی و غیر آن به دموکراسی است که مطابق هریک از این‌ها، دموکراسی معنا و مفهومی ویژه می‌یابد که با معنای آن در نگرش دیگر متفاوت است. (بیات و دیگران: ۱۳۸۱، ۲۷۶-۲۸۰) دموکراسی در فلسفه سیاسی، مشروعیت آفرین تلقی گشته مردم را در تمشیت امور خود و نظارت بر حکومت، ذی حق و توانا می‌داند؛ به‌طوری که حکومت فاقد دموکراسی و مشارکت سیاسی مردم، فاقد مشروعیت به حساب می‌آید. دموکراسی به قول «پوپر» سازوکاری

از نظام سیاسی تلقی می‌گردد که به‌وسیله آن می‌توان حکومت‌های نامطلوب و دیکتاتور را به زیر کشید. (بیات و دیگران: ۱۳۸۱، ۲۷۱-۲۷۱)

به لحاظ کارکرد نیز، دورویکرد عمده نسبت به دموکراسی وجود دارد که بر اساس یکی، دموکراسی در موقعیت یک ارزش و مطابق دیگر، در جایگاه یک روش قرار می‌گیرد. ارزش دانستن، دموکراسی را مکتبی فکری جلوه می‌دهد که بر اصول و مبانی خاصی بنیاد نهاده شده و در واقع، خود تعیین کننده معیارها و ضوابط شکل‌گیری نظام سیاسی و تعریف کننده مسیر حرکت آن به حساب می‌آید و بنابراین، انتخاب اکثریت به‌عنوان مبنای مشروعیت، درست و عقلانی و کاشف از خیر واقعی و مصلحت عمومی جامعه شمرده می‌شود. در حالی که روش دانستن، دموکراسی را سازوکار موفق مدیریتی و مکانیزم مفید توزیع قدرت سیاسی معرفی می‌کند که قابلیت انطباق و ظرفیت انعطاف نسبت به ارزش‌های گوناگون حاکم بر جوامع مختلف بشری را خواهد داشت. (بیات و دیگران: ۱۳۸۱، ۲۸۰-۲۸۶) از دید مجتهد شبستری، دموکراسی یک پدیده‌ی سیاسی - اجتماعی جدید و یک شکل و شیوه‌ی حکومت در مقابل شکل و شیوه‌ی حکومت‌های دیکتاتوری است؛ وی دموکراسی را در مقام یک روش مورد توجه قرار می‌دهد که در سرزمین‌های مختلف با آداب و رسوم و عقاید و فلسفه‌های ویژه‌ی هر قوم و ملت انطباق می‌یابد و درصدد تغییر آن‌ها برنمی‌آید. آنچه دموکراسی را از دیکتاتوری ممتاز و متمایز می‌گرداند، گردش پیوسته‌ی قدرت و حاکمان است؛ ارکان تثویک آن را آزادی‌های اساسی همانند آزادی بیان و تبلیغ، آزادی اجتماعات، آزادی دین و مذهب، آزادی انتخاب و تشکیل احزاب و غیر آن تشکیل می‌دهد؛ ارزش‌ها و اخلاق ویژه دارد که بر محور تحمل و مدارا دور می‌زند و بر اساس آن، کثرت‌گرایی از اصول مهم دموکراسی به شمار می‌رود. به این ترتیب، اگر نظامی حق حیات سیاسی احزاب، گروه‌ها، قرائت‌ها و برداشت‌ها را نپذیرد و مجال فعالیت به آن‌ها ندهد؛ آزادی‌های فردی را در زمینه‌های مختلف زندگی اجتماعی و سیاسی نادیده بگیرد، نمی‌تواند ادعای دموکراسی یا مردم‌سالاری داشته باشد. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۳۷-۱۴۵؛ ۱۳۹۰، ۱۷ و ۱۰۸-۱۱۷)

۳.۱. حقوق بشر

حقوق بشر از عوامل اساسی آزادی جوامع بشری از سلطه ستم و سیطره استبداد است و در عین حال، از مسائل مهم و بحث برانگیز در جهان کنونی محسوب می‌شود. جهانیان با افکار و آرای مختلف به حقوق بشر نگریده و آن را از منظرهای متفاوتی مورد مطالعه و بررسی قرار داده‌اند. مجتهد شبستری حقوق بشر را همان حقوقی می‌داند که در اعلامیه جهانی حقوق بشر مندرج است. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۸۱؛ ۱۳۹۰: ۲۲۳-۲۲۶؛ کدیور: ۱۳۸۸، ۸۹) که می‌توان آن‌ها را در سه اصل کلی و عمومی به این قرار خلاصه نمود: آزادی فکر و عقیده و بیان فکر و عقیده، مساوات همه‌ی انسان‌ها در حقوق و تکالیف، مشارکت همه‌ی انسان‌ها در ساختن زندگی اجتماعی. در آن اعلامیه این سه اصل کلی برای تمام انسان‌ها اعم از متدین و غیر آن با هر دین و نژاد و فرهنگی به رسمیت شناخته شده و انسان از آن نظر که انسان است این حقوق و آزادی‌ها برای وی پیش‌بینی شده است. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۲۰۱-۲۲۹) از دید وی، حقوق بشر اصول و قواعد منظمی است که رابطه‌ی افراد هر جامعه را با یکدیگر و با دولت و نیز روابط انسان‌ها و ملت‌ها را در صحنه بین‌المللی با یکدیگر تنظیم می‌کند. به باور ایشان، حقوق بشر معیار نخستین و اصلی برای تنظیم رابطه‌ی اجتماعی انسان‌ها و ملت‌ها با یکدیگر در جهان معاصر است. (مجتهد شبستری، ۱۳۹۰: ۱۹۹-۲۰۰)

شبستری با طرح این دیدگاه که مفاهیم و معانی اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر از لوازم مدرنیته است، بر این نظر اصرار می‌ورزد که هر جا مدرنیته وارد شده باشد و از جمله، هر جا دولت مدرن شکل گرفته باشد، چاره‌ای جز پذیرفتن اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر به منظور حفظ حرمت ذاتی افراد در برابر قدرت دولت جدید وجود ندارد. بنابراین، چون جوامع اسلامی حداقل با قبول دولت مدرن، به استقبال مدرنیته رفته‌اند، نمی‌توانند بدون قبول اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، حرمت ذاتی انسان‌ها را در برابر این دولت حفظ نمایند؛ این مسئله زمانی تشدید می‌گردد که راه بازگشت به حکومت سنتی نیز به روی این جوامع بسته است. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۸۵-۱۸۶)



۲. گونه‌های قرائت از دین

هرچند ممکن است قرائت‌های مختلف و متفاوتی از دین وجود داشته باشد یا بتوان قرائت‌های متمایزی از دین ارائه نمود که به‌طور منطقی مترتب بر نوع نگرش به رابطه‌ی دین و انسان است. شبستری بر اساس مطالعات آکادمیک و بررسی‌های عینی در تاریخ حکومت اسلامی (اسلام تاریخی) به‌ویژه در ایران، دو قرائت بسیار متمایز از هم را مطرح می‌کند که از آن‌ها با عنوان قرائت رسمی و قرائت انسانی از دین یاد می‌کند. به این ترتیب، در این مبحث، این دو قرائت از دین را بر اساس دیدگاه‌های ایشان از نظر می‌گذرانیم.

۱.۲. قرائت رسمی از دین

مراد از قرائت رسمی از دین، همان نگرش غالب و سنتی در جهان اسلام است که طی قرون متمادی، معیار عمل دین‌داران و مبنای نظر اغلب دانشمندان و صاحب‌نظران مسلمان بوده است. این قرائت در میان شیعه و سنی مورد قبول نهادهای رسمی مذهبی است و سراسر مباحث فقهی، کلامی و تفسیری آکنده از مباحث و مسائل آن می‌باشد. قرائت رسمی مشخصاتی دارد که موجب سیطره آن در اجتماع گردیده است؛ چنان که خروج از چارچوب تعریف شده با برخورد شدید پاسخ داده می‌شود یا التزام نظری و عملی به قرائت رسمی و تفسیر ناشی از آن، موجب سعادت و نجات تلقی می‌گردد. (احمدی: ۱۳۸۴، ۵۶). شبستری هم در پیشگفتار کتاب «نقدی بر قرائت رسمی از دین» می‌گوید در کشور ما [ایران] منظور از قرائت رسمی از دین، قرائتی است که از تربیون‌های رسمی یا نیمه‌رسمی ابلاغ می‌شود؛ صداوسیما، اکثر خطبه‌ها و پیش‌خطبه‌های نمازهای جمعه، اکثر روزنامه‌ها و نشریات وابسته به حکومت، سخنرانی‌های ایام رسمی و غیررسمی در نهادهای حکومتی و امثال آن از این تربیون‌ها هستند.

۱.۱.۲. ویژگی‌های قرائت رسمی

از بیان‌ها و اظهارنظرهای مجتهد شبستری در موارد متعددی به دست می‌آید که ایشان برای قرائت رسمی، این ویژگی‌ها را مدنظر دارد:

۱. فقهاتی - حکومتی بودن؛ به این معنا که طرفداران این قرائت در بیان نسبت





اسلام به مثابه‌ی یک دین با سیاست و حکومت، از زبان فقهی استفاده نموده و همانند عرصه‌ی عبادات به تعیین تکلیف مؤمنان در این باب می‌پردازند.

۲. تکلیف‌مداری؛ به این معنا که حوزه‌ی سیاست و حکومت نیز همانند حوزه‌ی عبادات و اعمال عبادی، مشمول احکام شرعی حرمت و جواز و رعایت آیین و آداب ویژه است.

۳. نفی تکثر قرائت و هرمنوتیک؛ از منظر طرفداران قرائت رسمی، اسلام دارای نظام‌های ثابت و تعریف شده در عرصه‌های مختلف زندگی است؛ به‌طوری‌که مجالی برای برداشت‌ها و قرائت‌های مغایر نمی‌ماند.

۴. داشتن پیش‌فهم‌ها و پیش‌فرض‌های خاص در فهم دین از جمله، قضایای مربوط به احکام را حقیقی و نه خارجی دانستن. (احمدی: ۶۰-۹۰؛ مجتهد شبستری، ۱۳۹۰: ۱۱-۵۵)

قرائت رسمی از دین به باور مجتهد شبستری، مبتنی بر دو مدعای نامدلل و ناصواب است. این مدعاها عبارت‌اند از: (۱) اصرار بر این‌که اسلام به‌عنوان یک دین، دارای نظام‌های سیاسی، اقتصادی و حقوقی برآمده از علم فقه است که در همه عصرها می‌توان با آن‌ها زندگی کرد. (۲) اصرار بر این‌که وظیفه‌ی حکومت در میان مسلمانان اجرای احکام اسلام است. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۱۱ و ۳۰-۳۵) نتیجه این اصرارها از یکسو محدود شدن آزادی‌ها و از سوی دیگر، تعیین شکل و وظایف حکومت از طریق فتاوی فقهی است. به همین ملاحظه، قرائت رسمی از منظر مجتهد شبستری دچار بحران شده و در اثر این بحران زندگی دیگر نمی‌تواند یک «پیام دینی» باشد. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۳۱)

۲. ۱. ۲. عوامل بحران قرائت رسمی

قرائت رسمی بنا به عوامل و دلایلی دچار بحران گردید؛ این عوامل و دلایل از دید مجتهد شبستری در سه محور خلاصه می‌گردد: معارضه با دموکراسی، اعمال و ترویج خشونت و بی‌اعتبار شدن مبانی فلسفی قرائت رسمی.

۲. ۱. ۲. ۱. معارضه با دموکراسی

دموکراسی از دید مجتهد شبستری همان دموکراسی رایج در جهان کنونی و

مبتنی بر اصول و مؤلفه‌هایی است که تعیین کننده بودن رأی و رضایت مردم نسبت به حکومت و گردش حکام از آن جمله است. بر این اساس، ادعای زندگی در پرتو نظام‌های ثابت و از پیش تعیین شده‌ی اسلامی به‌خصوص در عرصه‌ی سیاست و اجتماع، اصالت آرا و خواست مردم برای تعیین نظام‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی جامعه و ابتدای مشروعیت سیاسی هیئت حاکمه را بر رأی و رضایت مردم نفی می‌کند. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۳۲-۶۵) این در حالی است که در عصر مدرنیته تأسیس نظام‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی مستلزم یک انتخاب است؛ این انتخاب میان حق و باطل یا میان درست و نادرست نیست بلکه یک انتخاب از میان انتخاب‌های متعدد ممکن است که هر کدام برای خود دلایلی دارند. انتخاب یک نظام نه به نحو قطعی و مسلم بلکه بنا بر ترجیح دلایل آن بر دلایل سایر نظام‌ها خواهد بود؛ انتخاب هم در ذات خود چیزی است که نمی‌توان نوع معینی از آن را به کسی تکلیف کرد. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۶۲-۶۳). زبان تکلیف ممکن است میان مردم عادی بتواند موجی ایجاد کند اما به‌یقین نسبت به نخبگان و آگاهان جامعه کارساز نخواهد بود و در نهایت اگر تکلیف‌گران با استفاده از احساسات و عواطف بخواهند یا بتوانند توده‌ها را به حرکت درآورند، نتیجه آشکار آن جدایی نخبگان از توده‌ها و سرانجام از دولت و گروه حاکم است. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۶۴)

۲.۲.۱. اعمال و ترویج خشونت

یکی از شاخص‌های عمده و اساسی جهان مدرن، تساهل و تحمل است. بر این اساس، هرگونه حرکت سرکوبگرانه و سیاست انحصارگرایانه، مغایر با این ارزش بنیادی بشری در عصر حاضر است. از منظر مجتهد شبستری اصرار بر این که وظیفه‌ی حکومت اجرای احکام اسلام است، پوششی است برای جلوگیری از انتقاد و مسؤولیت‌خواهی ملت از دولتمردان؛ به عبارت دیگر، هرگاه وظیفه حکومت اجرای احکام اسلام تلقی شود، تالی فاسد آن این است که جلو انتقاد و ارزیابی عملکرد حکومت و حکام گرفته می‌شود. به این ترتیب، سیاست و حکومت قدسی پنداشته و حرمت حکام با حرمت دین همسان می‌گردد.

پیامد ناخواسته و ناخجسته‌ی این مدعا که «وظیفه حکومت، اجرای احکام اسلام



است» این است که حکومت متولی تام‌الاختیار فرهنگ جامعه گردد و بر اساس آن، حکومت وظیفه‌ی فرهنگ‌سازی را بر عهده خواهد داشت. این در حالی است که دولت در جوامع بشری منشأ و مظهر قدرت است نه فرهنگ؛ فرهنگ‌سازی وظیفه‌ی متفکران است نه سیاست‌مداران و قدرتمندان. در نتیجه، اگر دولت متصدی فرهنگ جامعه باشد، دموکراسی به مذب‌فرستاده می‌شود و مجال و فرصتی برای طرح آرا و دیدگاه‌های رقیب و منتقد باقی نمی‌ماند. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۳۳-۳۵ و ۶۹-۷۶) و سرانجام، ممکن است هر انگشت انتقاد با تیغ انتقام بریده شود.

۲.۱.۲. بی‌اعتبار شدن مبانی فلسفی

قرائت رسمی از دین بر مبانی و پیش‌فهم‌هایی استوار است که با توجه به تحولات جهان مدرن و تغییرات چشم‌گیری که در الگوها و پارادایم‌ها به وجود آمده است، نمی‌توان به استواری و استحکام آن مبانی امیدوار بود. تک‌منبعی دانستن معرفت انسان (سنجش تمام معرفت‌ها با معرفت دینی)، فرا تاریخی و فرا اجتماعی دانستن زبان و از جمله زبان عربی، معقول و نظام‌مند بودن تاریخ، نادیده گرفتن هرمنوتیک و اصرار بر فهم و تفسیر واحد از متون دینی، اصرار بر اثبات برهانی یک حقیقت واحد و سرانجام، عدول از روش فلسفی - عرفانی به روش کلامی و تکیه بر اعتباریاتی همانند حسن و قبح عقلی در مباحث نبوت از مبانی قرائت رسمی هستند که در جهان مدرن دیگر اعتبار لازم را ندارند. (مجتهد شبستری، ۱۳۹۰: ۳۷-۳۸) سرانجام به این نتیجه می‌رسیم که قرائت رسمی از دین، دچار بحران شده و این بحران‌زدگی به این معناست که این قرائت دیگر نمی‌تواند یک پیام دینی باشد و اهداف معنوی خود را برآورده نماید. قرائت دینی باید پیام معنویت، آزاد شدن از زندان‌های روزمره انسانی، فراروی به‌سوی حقیقت‌نهایی متعال و خلاصه پیام آزادی و کمال درونی و معنوی بدهد. قرائتی که از یک طرف به عدم مشارکت در سرنوشت اجتماعی دعوت می‌کند، از طرف دیگر خشونت را تئوریزه می‌کند و از جانب سوم فاقد اعتبار علمی است، نه تنها پیام معنوی نمی‌دهد بلکه راه وصول به معنویت را هم مسدود می‌نماید. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۳۱-۳۲)

۲.۲. قرائت انسانی از دین

به یقین، دین گرایی یک امر اجتناب ناپذیر و از سوی دیگر، قرائت رسمی از دین با بحران مواجه است. این وضع ایجاب می کند قرائتی از دین ارائه شود که بتواند پیوند انسان را با دین در عصر مدرن حفظ کند. از نگاه مجتهد شبستری دین را از دو منظر می توان مطالعه کرد: «از منظر خدا به انسان» و «از منظر انسان به خدا». در حالت نخست، خدا دین را تعریف می کند و در این تعریف مشخص می کند که از انسان چه می خواهد؛ اما در حالت دوم، انسان دین ورزی می کند و با رقم زدن سرگذشتی ویژه برای خود به خدا رو می آورد. ایشان از گونه ی دوم به «قرائت انسانی از دین» تعبیر می کند که در این فراز به زمینه ها و ویژگی های آن می پردازیم.

۲.۲.۱. زمینه های قرائت انسانی

اگر بخواهیم زمینه های قرائت انسانی از دین را مرور نماییم، ناگزیر بایستی آن ها را در ورود به مدرنیته و در درون آن جست و جو کنیم. چالش اساسی و مهمی که فرا روی قرائت سنتی از دین قرار دارد و موجب بحران زدگی و ناکارآمدی آن می شود، همین عامل است؛ زیرا در ورود به مدرنیته، شاهد تغییر الگو و پارادایم نظری و عملی هستیم. در این وضعیت، پارادایم های موجود در عرصه ی شناخت و معرفت، توان پاسخگویی به پرسش های جدید را ندارند. عناصر معرفتی مدرنیته و نظام حقوقی مدرن بیش از همه برای مسلمانان و جامعه اسلامی، چالش برانگیز و مسئله ساز هستند. عناصر معرفتی مدرنیته، مستلزم جابجایی در پارادایم های شناخت از مرجعیت سنتی به عقل خودبنیاد می باشد و نفس تفکر، موضوع شناخت قرار گرفته است؛ هم چنین نظام حقوقی مدرن، مستلزم تغییر در نظام حقوقی دینی با توجه به چهار محور اساسی: هدف قانون، مبنا و منبع قانون، روش استخراج و مرجع صالح قانون گذاری می باشد. (راسخ: ۱۳۸۶، ۱۷-۲۲)

از منظر مجتهد شبستری نیز ورود در مدرنیته برای انسان متدین اعم از یهودی و مسیحی و مسلمان، مهم ترین چالش محسوب می گردد؛ زیرا مدرنیته وضعیتی است که در آن، تجربه ی تقدیری و اتوریته نفی شده و زیر سؤال می رود. انسان در عصر مدرن مثلاً با قانون، سیستم و نهاد قدیمی به دلیل ناکارآمدی، نمی تواند زندگی کند





و نیاز به جایگزینی دارد. این جابجایی که با نفی اتوریته همراه است، امکان انتخاب را برای انسان فراهم می‌کند. از سوی دیگر، انسان متدین نه به‌طور مطلق می‌تواند مدرنیته را نفی کند؛ چون در متن و بطن آن زندگی می‌کند و نه می‌تواند آن را بپذیرد؛ زیرا در مدرنیته نفی اتوریته نهفته است و برای انسان متدین ممکن نیست که با نفی تمام اتوریته‌ها، به کتاب مقدس همانند یک متن عادی و به پیامبران الهی همانند یک انسان معمولی بنگرد. در واقع، ورود در مدرنیته موجب شده روش زندگی مسلمانان به‌صورت بنیادی تغییر نماید. در این روش، دو عامل «توسعه» و «پیشرفت» از دید شبستری بیش از همه نقش اساسی دارد و موجب تحولات و دگرگونی‌های حتی غیرقابل پیش‌بینی می‌گردد. در زندگی اجتماعی جدید، اراده‌ی نیرومند انسان برای کشف افق‌های جدید و بهتر زندگی کردن، محوریت می‌یابد و از این‌رو، نمی‌توان با تکیه و تأکید بر حلال و حرام فقهی به مصاف مشکلات و مسائل رفت. زندگی جدید مستلزم سازوکارهای مدیریتی برخاسته از علوم جدید و مبتنی بر ارزش‌های سیاسی - انسانی عصر حاضر است.

از این جهت، برای رهایی از این بن‌بست، کوشش‌هایی به‌منظور بازسازی دینی صورت می‌گیرد تا در پرتو آن بتوان میان دین‌داری و مدرن بودن آشتی داد. این بازسازی زمانی بیشتر احساس می‌گردد که انسان متدین در رد و قبول مدرنیته به‌طور مطلق نمی‌تواند تصمیم بگیرد. به‌علاوه، نظر به این که مدرنیته دارای مراحل و مراتب است، کار بازسازی هم تا حدی آسان می‌گردد. از این منظر، مدرنیته، مدرنیته هر سنتی است و شکل واحدی هم ندارد. مدرنیته در حقیقت، یک وضعیتی در زندگی انسان است که جانشین وضعیت دیگر می‌شود. به همین ملاحظه، مدرنیته در جاپان دقیقاً همانی نیست که در غرب وجود دارد. هم‌چنین، نمی‌توان مدعی شد که مدرنیته در جهان اسلام نیز عین همان مدرنیته در غرب خواهد شد. به این ترتیب، قرائت انسانی از دین به‌منظور حفظ سنت دینی در عصر مدرن و برای حل چالش مدرنیته در جامعه‌ی اسلامی ارائه می‌گردد. پس ورود در مدرنیته و زیستن در آن، زمینه طرح قرائت انسانی از دین را فراهم می‌نماید. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۳۰-۳۷ و ۵۰-۵۲؛ ۱۳۹۰، ۱۱-۲۰)

۲.۲.۲. ویژگی‌های قرائت انسانی

قرائت انسانی از دین از دید مجتهد شبستری دارای خصوصیات و ویژگی‌هایی به این قرار است:

۱. هرمنوتیک فلسفی: همان‌گونه که یادآوری شد، هرمنوتیک فلسفی به این منظور به وجود آمد که بتواند مشکل فهم و تفسیر متن را حل نماید و آن را یک مسئله و مشغله‌ی علمی گرداند. از دید شبستری معنای هر متن یک واقعیت پنهان است که باید به‌وسیله‌ی تفسیر برملا و آشکار شود؛ درست است که دلالت متن بر معنا با مکانیزم قواعد دلالت ارتباط دارد ولی آنچه کار دستگاه دلالت را ثمربخش می‌سازد، تفسیر است که از مفسر ناشی می‌شود. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۹، ۱۵-۲۸۷) از منظر ایشان آنچه مسلمانان امروزه فاقد آن‌اند، هرمنوتیک فلسفی به‌منظور ارائه یک فهمیدن قابل قبول و عقلانی و قابل دفاع از کتاب و سنت است. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۷)

۲. نقدپذیری مداوم: نظر به این که معنای متن هیچ‌گاه به‌طور کامل و قطعی به دست نمی‌آید، همواره راه فهم‌ها و تفسیرهای جدید از متن باز است. تفسیر متن از دید شبستری سه وظیفه‌ی انتقادی دارد: یکی تعیین نسبت میان متن و مفسر یا معنایی که تصور می‌شود از متن به دست آید. دوم، امکان تفسیرهای متعدد از متن است و سوم، تعیین مستدل معنای موردنظر. به این ترتیب، هر مفسری در تفسیر هر متنی این سه وضعیت را خواهد داشت و در نتیجه، استدلال هر کدام، دلایل دیگری را رد یا نقض خواهد نمود. علاوه بر این، اصل اختلاف‌نظر در مورد معنای متن، دلیل روشنی بر روشن نبودن معنای متن است و این اختلاف‌نظر به‌طور عمده از پیش فهم‌ها و پیش‌فرض‌های مفسر نشئت می‌یابد. در نتیجه، قرائت انسانی از دین همواره در معرض نقد و ارزیابی است. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۹، ۲۸۹-۳۰۲)

۳. تجربه دینی: شبستری تجربه‌ی دینی را اساس دین می‌داند و به‌منظور حفظ سنت دینی، سه گونه قرائت از آن را در مغرب زمین مورد توجه قرار داده با شالیر مآخر هم‌نوایی می‌کند که در عصر مدرن تمام نیروی انسان مدرن در کشف و تصدیق وجود تجربه‌ی امر قدسی، نابود نمی‌شود و در نتیجه، برای انسان مدرن این امکان فراهم





است که تجربه ی دینی و حقانیت آن را فهم نماید. از دید شبستری در روش مآخر، سنت دینی به سان رودخانه ای است که تجربه های دینی در آن شناورند. انسان مدرن باید ببیند که در آغاز ظهور یک دین چه اتفاق افتاده و پس از آنچه روی داده است. به این ترتیب، وی با کمک تجربه ی دینی دیگران از صدر تاکنون، توانایی تجربه ی دینی می یابد. در این روش، اساس کار تجربه ی خود انسان است؛ پس هرگونه اتوریته کنار گذاشته می شود. انسان به فهم و تجربه ی خودش متکی است اما به منظور استفاده از تجربه های موجود در سنت دینی به سراغ تجربه ها می رود و از آن ها نیرو گرفته شکوفا می گردد. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۳۷-۴۷)

۴. بازسازی، بازخوانی و بازیابی حقیقت پیام دین: سؤال برجسته و مهم این است که پیام دین در عصر حاضر چیست؟ می توان این سؤال را این گونه نیز مطرح نمود که با توجه به نیاز بشر به دین، انتظار بشر از دین در عصر مدرن چیست؟ پاسخ این پرسش از دیدگاه های مختلف فرق می کند و هر یک از صاحب نظران بر حسب مبنای مورد قبول خویش به آن پرداخته است. (احمدی: ۱۳۸۴، ۳۱۱-۳۸۶)؛ اما از دید شبستری، پیام دین در عصر حاضر، عبارت از معنا یافتن انسان با خداست؛ معنادهی به زندگی انسان با خدا در زمان کنونی، پیام دین است. گوهر دین از منظر شبستری، رهیافت انسان به خداوند است؛ دین گونه ای تجربه و سلوک معنوی است که سالک آن حضرت حق را وجهی همت خود قرار می دهد. وی رسیدن به این خواست را از طریق تجربه ی دینی ممکن می داند که در فراز قبلی به آن اشاره شد. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۲۵ و ۱۰۱-۱۲۰). به این ترتیب، می توان گفت انسان امروز از دین معنویت می خواهد و معنویت به هیچ حادثه تاریخی بستگی ندارد. (ملکیان: ۱۳۸۷، ۱۹۵)

بنابر این می توان گفت قرائت انسانی از دین بر این مبنا استوار است که از کجا شروع کنیم؟ از خدا یا انسان؟ اگر از انسان شروع کنیم، آن چه بحث می کنیم با هر عنوانی، انسانی خواهد بود. به باور شبستری، ممکن است خداوند و آن امر قدسی برای انسان وضوح کامل نداشته باشد، از این رو، انسان ترجیح می دهد از خود شروع کند؛ زیرا خودش برای خودش وضوح کافی دارد. در این معنا، انسان واجد توانایی تجربه ی دینی می گردد و با همین تجربه آغاز می کند اما در انسان متوقف نمی ماند؛

زیرا فرض بر آن است که در تجربه‌ی دینی، واقعیت‌هایی متعالی تجربه می‌شوند که فراتر از انسان هستند. از نگاه شبستری، در این قرائت هم مدرنیته به رسمیت شناخته می‌شود و هم در بطن مدرنیته از تجربه‌ی دینی سخن به میان می‌آید؛ بدون این که مدرنیته نادیده گرفته شود یا تقلیل یابد. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۴۶-۴۷)

به بیان دیگر، از دید شبستری، دین دارای سه سطح متمایز است؛ سطح اعمال و شعائر، سطح باورها و عقاید و سطح تجربه‌ی دینی. دو سطح نخست از تجلیات و مظاهر سطح تجربه هستند و اساس دین همین تجربه‌هاست؛ زیرا احیای دین در گرو احیای ایمان است و ایمان در صورتی احیا می‌گردد که شخص دین‌دار مجذوب یک مرکز خطاب شود؛ بتواند آن خبر و خطاب را بشنود. دین اعتقاد نیست؛ اعتقاد گزاره‌های قابل صدق و کذب است که ایمان شخص را بیان می‌کند و در مرتبه‌ی دوم قرار دارد. به همین ملاحظه، در متون تأکیدی بر اعتقاد نمی‌گردد بلکه ایمان مورد تأکید است. به این جهت، دین در صورتی احیا می‌شود که ایمان؛ یعنی همان اهتمام مجذوبانه و عطف توجه به مرکز خطاب احیا شود. بر این اساس، فراهم کردن شرایط لازم برای شنیدن خطاب، احیای ایمان است و نخستین و شاید مهم‌ترین شرط لازم برای شنیدن، احساس خلأ معنوی در زندگی است؛ اما اگر انسان در مادیات غرق شود، این خلأ احساس و در نتیجه ایمان احیا نخواهد شد. ایمان، رویارویی مجذوبانه انسان با خداوند است و زمانی این رویارویی مجذوبانه با خدا پدید می‌آید که اندیشه‌ی آدمی نیز از اسارت هر دگما آزاد باشد. در این صورت می‌توان گفت، دین به منزله‌ی تجربه‌های ایمانی هم‌چنان پابرجاست و کمتر از گذشته حضور ندارد. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۲۳-۴۲ و ۱۱۷-۱۲۰؛ ۱۳۸۴، ۹۱-۱۲۴)

از منظر شبستری، سنت دینی رودخانه‌ای است که از جایی سرچشمه گرفته و بعد از هر سرزمینی که گذشته چیزی بر آن افزوده شده و پس از چهارده قرن به دست ما رسیده است؛ سنت دینی در اسلام با مواجهه‌ی پیامبر با خدا، تلقی و ابلاغ پیام خدا آغاز یافته است. معنای این سخن آن است که احیای دین در گرو همان توجه به خطاب و دل دادن به آن است که موجب ایمان می‌گردد؛ بنابراین، اگر بخواهیم ایمان بیاوریم باید وارد همین رودخانه شویم که سنت دینی در آن جاری است. بخشی



از این سنت دینی متونی است که امروزه به طور مکتوب در اختیار ماست؛ متونی که در آغاز، صورت گفتاری داشته و جزء فرهنگ شفاهی آن روز بوده است. تبدیل گفتار به نوشتار، خود پیامدهایی دارد که ممکن است ظرافت‌های لازم را از بیان تجربه محو نماید. آیا ما از چندین بار خواندن و درنگ در قرآن می‌توانیم فضایی را احساس نماییم که رسول اکرم (ص) از خواندن قرآن برای مخاطبان خود ایجاد می‌کرد. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۹۴-۹۸) پیامبر با خواندن قرآن و تجربه‌ی امر قدسی به فهم توحیدی از جهان می‌رسید؛ زیرا پیام دینی قرآن، توحید است؛ یعنی موحدانه نگرستن و موحدانه زیستن که از عقیده‌ی صرف به خدای یکتا فراتر است. به همین ملاحظه، پرسش مهمی که فراروی متفکران مسلمان قرار دارد این است که در جهان کنونی چگونه می‌توان موحدانه زیست. (مجتهد شبستری، ۱۳۸۴). ظاهراً در پاسخ به همین پرسش است که برخی متفکران می‌گویند «الهیات ما به سویی خواهد رفت که در آن، معنویت بر تدین به معنای خاص خود غلبه خواهد کرد. به تعبیر دیگر، مسلمانان به تبع جریان فکری حاکم بر جهان، روز به روز بیشتر فهم خواهند کرد که لبّ دین یک نوع اخلاق عرفانی و عمیق است و می‌روند به سمت این که مبانی نظری این اخلاق عرفانی و عمیق را تحکیم نمایند.» (ملکیان: ۱۳۸۷، ۱۹۵)

۳. تجلی دین در حقوق عمومی

حقوق عمومی مجموعه قواعد و مقرراتی است که تأسیس و تمشیت امور اقتدار مرکزی در جامعه سیاسی را بر عهده دارد. به بیان روشن‌تر، مقررات حقوق عمومی مربوط به حکومت، حاکمیت و دولت است. (مارتین: ۱۳۸۸، ۱۱-۱۹) بنابر این، پرسش اساسی و تعیین کننده این است که دین با حقوق عمومی به معنای پیش گفته، چه نسبتی دارد؟ این پرسشی است که مباحث فراوان و دامنه‌داری را به خصوص در کلام، فلسفه و فقه موجب شده و معرکه‌ای از آرا پدید آورده است. مجتهد شبستری اما از نگاه متفاوت به قضیه می‌نگرد؛ وی نه به دین حداکثری قائل است و نه به سکولاریزم. او ایمان گراست. (بیات: ۱۳۸۱، ۶۳-۷۱) و دغدغه‌ی اصلی و اصولی‌اش، حفظ گوهر ایمان است و از این رو، در رابطه با نظام و ساختار سیاسی و اجتماعی بر این نکته تأکید می‌کند که باید دید کدام ساختار سیاسی و کدام بافت قدرت و شکل حکومت، بهتر

می‌تواند زمینه آزادی اندیشه و اراده‌ی انسان را فراهم نماید تا در پرتو آن، به ایمان دست یابد و پیوند انسان و خدا تحکیم گردد. در این مبحث می‌کوشیم این مسئله را از منظر ایشان به‌طور خلاصه در دو محور، مورد مطالعه قرار دهیم.

۱.۳. دین‌داری و سیاست‌ورزی

شبستری با تفکیک میان دو قرائت متفاوت و متمایز از دین، جوهره یا اساس دین را تجربه‌ی دینی و پیام آن را معنا بخشی به زندگی انسان‌ها می‌داند که در پرتو آن، انسان ایمان عملی و موحدانه زیستن را تجربه می‌کند. شبستری در بحث از نسبت دین یا ایمان و سیاست، به‌طور کلی دو خط فکری متمایز را نظر به دو قرائت متفاوت از دین، مطرح می‌کند. وی این بحث را با این پرسش ادامه می‌دهد که آیا ما به‌عنوان اعضای جامعه از موضع ایمان، سیاست بورزیم یا از جایگاه انسانی که با سیاست زندگی می‌کند، ایمان بیاوریم؟ از منظر شبستری، سیاست‌ورزی از موضع ایمان، انسان قرون وسطایی اما ایمان آوردن از موضع انسان سیاسی، انسان مخاطب رسول اکرم (ص) را به تصویر می‌کشد. به باور شبستری، در جهان اسلام برخلاف مسیحیت، دو قدرت متمایز دنیوی (بشری - عقلایی) و دینی (کلیسا/ قدرت متجسم الهی) وجود نداشت؛ در زمان پیامبر و پس از ظهور اسلام، تنها همان قدرت دنیوی و زمینی وجود داشت و به همین ملاحظه، مسلمانان پس از رحلت پیامبر یک حکومت دنیوی اما با روش بیعت و رنگ دینی به وجود آوردند. به همین ترتیب، مفاهیم مربوط به حکومت، عدل، قسط، شورا، بیعت، قضاوت و امثال آن در قرآن و سیره در همان معنای عرفی و دنیوی به کار می‌رفت و حقیقت شرعیه نداشتند. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۵۶). از این‌رو، ایشان می‌گوید انسان مخاطب پیامبر اکرم (ص) کسی است که از موضع انسان سیاسی، ایمان می‌آورد. چنین انسانی، سیاست را یک امر کاملاً زمینی و دنیوی می‌داند و می‌خواهد از همین منظر، به خدا و پیامبر او که پیام خدا را برایش بازگو می‌کند، ایمان بیاورد.

مطابق مبنا و دسته‌بندی وی، سیاست‌ورزی از یک منظر، وظیفه و تکلیف مؤمنان و همانند سایر اعمال انسان مؤمن، مقدمه برای هدف اصلی دانسته می‌شود که همانا تقرب به خداوند است. در این برداشت، مؤمن از آن رو سیاست‌ورزی می‌کند که این





امر او را در انجام تکلیف و کسب رضایت و تقرب به خدا یاری می‌رساند. به همین ملاحظه، در نظام اجتماعی و اقتصادی یا حتی سیاسی اگر کاستی و نابسامانی هم وجود داشته باشد، اگر به هدف اصلی یعنی حفظ ظواهر دینی جامعه آسیبی نرسد، ایرادی ندارد. مسؤولان امور و فرمان‌روایان نیز اگر احساس نمایند این نابسامانی‌ها موجب برهم خوردن ظواهر دینی در جامعه نمی‌گردد، به‌سادگی از کنار آن خواهند گذشت و تلاشی در جهت رفع و اصلاح آن‌ها نخواهند کرد.

اما در برداشت دیگر، سیاست یک مطلوب ذاتی و دارای اصالت است؛ این اصالت به این معناست که مشارکت سیاسی یکی از پدیده‌های ممدوح خلقت و یک نوع تدبیر زندگی خویش است. این تدبیر، استفاده از یک حق است و نه عمل به وظیفه. از این منظر، قرآن دارای تعلیمات سیاسی و نه نظریه سیاسی دانسته می‌شود؛ هر چند قرآن به انسان‌شناسی و اظهار نظر در مورد انسان می‌پردازد و با وجود اینکه نظریه سیاسی مترتب بر انسان‌شناسی است اما به معنای تبیین یک نظریه سیاسی نیست. به همین ترتیب، تعلیمات کلی و اخلاقی سیاسی در متون دینی و قرآن، معنای از پیش تعیین شده ندارند که بتوان آن‌ها را در هر شرایط و اوضاعی قابل تطبیق دانست، بلکه این تعالیم نظر به واقعیت‌ها و شرایط عینی معنا می‌یابند.

سیاست اگر اصالت داشته باشد و همانند اعمال طبیعی انسان، تمتع حلال شمرده شود، در این فرض، برخی از صفات جمال خدا تجلی یافته و نظام خلقت، کمال خواهد یافت. در این حالت، ضرورتی ندارد که بر اسلامی بودن شکل حکومت و مطابقت آن با اصول ارزشی مستفاد از کتاب و سنت اصرار ورزیم؛ آن‌چه در این برداشت تعیین‌کننده و دارای اهمیت دانسته می‌شود، ناسازگار نبودن شکل حکومت با آن اصول ارزشی است که تشخیص آن‌هم لزوماً بر عهده‌ی علمای دین نیست و مردم ملزم به تبعیت و تقلید از آنان در این امر نمی‌باشند. به همین منوال، قانون در جامعه‌ی اسلامی، حکم شرعی محسوب نمی‌شود تا مخالفت با آن گناه و مستوجب عقوبت اخروی باشد؛ بلکه قانون یک تعهد عقلانی برای حفظ نظم و امنیت جامعه است که پیامد نقض و نادیده گرفتن آن، مجازات دنیوی است و بس. (مجتهد شبستری:

۱۳۸۴، ۶۴-۸۹؛ ۱۳۸۹، ۶۷-۷۵ و ۹۴-۱۰۲؛ ۱۳۸۴، ۱۵۸)

بر اساس این برداشت، دغدغه‌های کلامی مسلمانان تغییر می‌کند و به جای رفع نگرانی از عقوبت اخروی و آبادی خانه آخرت برای انسان مؤمن، به ساختن زندگی دنیایی و رفع نگرانی از گرسنه ماندن و رهایی از بیماری و فقر و فلاکت این جهانی خواهد پرداخت. در این صورت، کلام مسلمانان به یک معنا سکولار خواهد شد؛ یعنی بیشتر به این خواهد پرداخت که دین برای زندگی این جهانی ما چه خواهد کرد. وقتی کلام این جهانی شود، به انسان، طبیعت انسان و حقوق انسان توجه می‌شود و از این رو، کلام جدید دهه‌های آینده ما به صورت بسیار جدی، کلام حقوق بشر خواهد بود. (ملکیان: ۱۳۸۷، ۱۹۶) در نتیجه، سیاست در این فرض زمینی باقی می‌ماند و به اخلاق دینی و معنوی مقید می‌گردد و در واقع، سیاست از مصادیق عمل صالح محسوب می‌شود. (مجتهد شبستری: ۱۳۸۴، ۱۵۵-۱۵۷)

۳.۲. تغییر پارادایم

هرچند تاریخ جوامع بشری آکنده از تحولات گوناگون است اما مهم‌ترین تحول تاریخ بشر، مدرنیته است که طی چند قرن اخیر در مغرب زمین روی داد و می‌رود که تمام جوامع بشری را درنوردد. شاخص‌ترین اثر مدرنیته در زندگی انسان، تغییر پارادایم‌هاست که هم در عرصه تفکر و هم در عرصه ارتباطات و سازمان‌دهی اجتماعی اثر آن مشهود و ملموس است. به همین ملاحظه، هم چنان‌که قبلاً یادآوری شد، چالش اساسی فرا روی مسلمانان، رویارویی با مدرنیته است. در این رویارویی آن‌چه بیش از همه در خصوص موضوع مورد بحث جلب توجه می‌کند، ساختار حکومت و نظام حقوقی حاکم بر جامعه است. از منظر شبستری در گذشته پرسش این بود که «چه کسی باید حکومت کند؟» فقها و متکلمان مسلمان با همین پیش فرض به سراغ منابع و متون دینی می‌رفتند و جواب لازم را به دست می‌آوردند که حکومت از آن خداست؛ اما در شرایط کنونی این پرسش مطرح است که «چگونه باید حکومت کرد؟» این پرسش ناظر به صفات و خصایص حاکم نیست تا بتوان با ردیابی آن‌ها در متون دینی به حاکم موردنظر دست یافت؛ بلکه این پرسش ناظر به سازمان حکومت آن‌هم در جوامع پیچیده و چندلایه کنونی در عصر مدرن است. شبستری معتقد است پرسش از چگونگی و سازمان حکومت را نمی‌توان به کتاب و

سنت عرضه نمود و پاسخ لازم را به دست آورد.

زیرا تمدن سازی، جامعه سازی، حل مشکلات زندگی، معنا کردن اخلاق و عدالت و تأسیس نهادهای حافظ عدالت و اخلاق که مربوط به مشکلات زندگی دنیایی بشر است، کار و وظیفه‌ی انسان است نه خدا. از سوی دیگر، نباید انتظار داشت که نیازهای زندگی این جهانی بشر هم مشمول هدایت از غیب باشند. چون تاریخ زندگی بشر گواهی می‌دهد که جوامع انسانی به‌طور ذاتی متحول است و نمی‌توان برای بقا و تکامل آن‌ها، چارچوب‌ها و مکانیزم‌های ثابت، تعریف و منظور نمود. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۱۰۴-۱۰۱ و ۳۶۰).

به‌علاوه، از منظر شبستری احکام شرعی علی‌رغم این که در عرصه‌ی عبادات و معاملات توانسته عقلایی بودنشان را حفظ نمایند اما در عرصه‌ی سیاسات، نظر به مسائل دنیای مدرن در این زمینه، نمی‌توان از عقلایی بودن آن‌ها دفاع کرد. مثلاً پرسش اصلی در زمینه جرم و مجازات این است که با کدامین سیستم جزایی و قضایی می‌توان از وقوع و تکرار جرم جلوگیری کرد؛ به وجدان اخلاقی جامعه پاسخ داد و عدالت را تأمین نمود؟ هم‌چنین در باب حکومت و سیاست این پرسش‌ها مطرح است که چگونه باید حکومت کرد تا از عواقب و مضار تمرکز قدرت جلوگیری شود؟ سازمان‌دهی سیاسی و اجتماعی عادلانه چگونه به دست می‌آید؟ آیا دموکراسی به‌عنوان کارآمدترین شکل حکومت برای تحقق عدالت در جوامع صنعتی و نیمه‌صنعتی امروز است؟ با مراجعه به فتاوا و نظریات فقهی که همگی مستند به کتاب و سنت و نصوص دینی هستند به این نتیجه می‌رسیم که هیچ‌کدام پاسخ این پرسش‌ها نیستند. بلکه با دقت در کتاب و سنت و علم فقه به شواهد آشکاری دست می‌یابیم که نشان می‌دهد نصوص مربوط به سیاسات با فرهنگ و واقعیت‌های اجتماعی و سیاسی عصر نزول در ارتباط بوده و در صدد تنظیم عادلانه و اخلاقی همان واقعیت‌ها بوده است. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۱۶۱-۱۸۳؛ ۱۳۸۴، ۱۶۶-۱۶۹)

به همین ترتیب راجع به نظام حقوقی حاکم بر جامعه باید گفت که پیش از ورود تمدن جدید و توسعه، زندگی مردم مسلمان تابع شرایط طبیعی محیطی و عرف و عادات و رسوم بود که این‌ها نیز طبیعی تلقی می‌شدند. در این شیوه‌ی زندگی



احکام فقهی علاوه بر نقش معنوی، از نظر اجتماعی هم مؤثر بود؛ به این ترتیب که تعیین تکلیف افعال اختیاری افراد مسلمان در زندگی اجتماعی، حفظ نظم و رفع اختلاف‌های مردم از طریق عمل به همین احکام صورت می‌گرفت. به بیان دیگر، در این شیوه زندگی با حلال و حرام فقهی هم زندگی روزانه ادامه می‌یافت و هم فرمان خداوند مورد اطاعت واقع می‌شد؛ اما در شرایط کنونی، مسلمانان نیز روش جدید زندگی را پذیرفته‌اند که به‌طور کلی با زندگی گذشته آن‌ها متفاوت است. (مجتهد شبستری: ۱۳۹۰، ۱۲-۱۳) در شیوه‌ی زندگی گذشته، نه قانون ضرورت داشت و نه ضرورتی برای تأسیس نهادهای خاص وضع و اجرای قانون احساس می‌شد؛ احکام شرعی در این رابطه با هدف، منبع، روش استخراج و مراجع ویژه برای اداره امور جامعه کافی و کارآمد تلقی می‌گشت اما در دوران مدرن، با اعتبار عقلانی قانون برای برقراری نظم و مدیریت جامعه، در هدف، مبنا و منبع قانون هم تحول پدید آمد؛ روش استخراج آن نیز، عقلانی و عقلایی گشت و مرجع صالح برای وضع آن هم قوه‌ی قانون‌گذاری متشکل از نمایندگان منتخب مردم معرفی شد. به این ترتیب، نظام حقوقی مدرن، جایگزین و جانشین نظام حقوقی دینی گردید. (راسخ: ۱۳۸۶، ۱۸-۲۲) در نهایت به این نتیجه می‌رسیم که تغییر الگوها در عصر مدرن، موجب تحول در نظام حقوقی و سیاسی سنتی گردید و این تغییر و تحول به‌نوبه‌ی خود، ناکارآمدی و بی‌کفایتی نظام‌ها و تعالیم فقهی محدود به زمان گذشته را به نمایش گذاشت.

جمع‌بندی و نتیجه

با توجه به آن‌چه در این نوشتار بیان شد به این جمع‌بندی می‌رسیم که:

۱. فهم دین در جهان مدرن، مستلزم پیش‌فرض‌هایی است که با مفروض انگاشتن آن‌ها به قرائتی از دین می‌توان دست یافت که دین‌داری در عصر مدرن را برای انسان متدین تسهیل می‌گرداند. این پیش‌فرض‌ها عبارت‌اند از: هرمنوتیک فلسفی، دموکراسی و حقوق بشر.
۲. قرائت رسمی از دین به دلیل مواجهه‌ی مسلمانان با مدرنیته و اصرار بر برخی مدعاهای بدون پشتوانه منطقی، دچار بحران گردیده است؛ بحران‌زدگی قرائت رسمی را می‌توان در معارضه‌ی آن با دموکراسی، نقض حقوق بشر و بی‌اعتباری

مبانی فلسفی آن جست‌وجو نمود.

۳. مدرنیته با زیر سؤال بردن هرگونه اتوریته و نفی گذشته، وضعیتی را پدید آورده است که نقد مستمر در آن، پیوسته فضاهایی را به وجود می‌آورد که در اغلب برای افراد، غیرقابل پیش‌بینی است. انسان متدین نه به‌طور مطلق می‌تواند مدرنیته را تأیید کند و نه می‌تواند آن را رد نماید. از این‌رو، برای این که بتواند سنت دینی خود را هم‌چنان محفوظ نگاه دارد، ناگزیر است به قرائتی از دین بپردازد که در آن، امکان جمع بین این دو وجود داشته باشد. مجتهد شبستری برای تحقق این خواست، قرائت انسانی از دین را پیشنهاد می‌کند. قرائت انسانی از دین در پاسخ به مدرنیته و به‌منظور حفظ سنت دینی ارائه می‌گردد. این قرائت با عنایت به هرمنوتیک فلسفی، متون دینی را نظر به زمانه و زمینه (Text/Context) تفسیر می‌کند و به این طریق، معانی و مفاهیم از پیش تعیین شده را در متون دینی نفی می‌نماید. تفسیر هرمنوتیکی این امکان را فراهم می‌کند تا مسائل همراه با نقد مداوم، در ظرف واقع مورد بررسی و تحلیل قرار گیرند.

۴. قرائت انسانی از دین، گوهر دین را تجربه‌ی دینی می‌داند و پیام آن را معنا بخشی به زندگی؛ پیام دین در این قرائت، همواره از طریق تجربه‌ی دینی با کمک تفسیر هرمنوتیکی و نقد مداوم، بازسازی، بازخوانی و احیا می‌شود. احیای دین به احیای ایمان است و معنویت، گوهر گمشده‌ای است که تنها در گوهر دین می‌توان به آن دست یافت.

۵. قرائت انسانی از دین این فرصت را فراهم می‌سازد که فرد دین‌دار از موضع انسان سیاسی که در دامن قدرت دنیوی زندگی می‌کند، به ایمان رو بیاورد و به این طریق، سیاست‌ورزی همانند یک عمل طبیعی دیگر، به مثابه‌ی تدبیر زندگی شمرده شده و در صورت همراه شدن با قیود اخلاقی و حدود معنوی، مصداق عمل صالح خواهد بود؛ به عبارت دیگر، انسان متدین و سیاسی در باب حکومت و سیاست به دین - داوری نهایی می‌پردازد؛ یعنی باید ببیند کدام شکل حکومت بهتر می‌تواند شنیدن سخن خداوند و سایر تجربه‌های دینی را تسهیل کند. در گام بعدی، وقتی نوع عقلانی حکومت انتخاب شد، برنامه‌ها و سیاست‌های



حکومت را از موضع ایمانی مورد نقد قرار دهد. از این سخن می‌توان این‌گونه فهمید که قرائت انسانی، جایگاه دین را نسبت به سیاست، برتر و بلکه منتقد سیاست تعریف می‌کند. این در حالی است که در قرائت رسمی و اسلام تاریخی، سیاست زدگی و حکومتی شدن دین به‌وفور قابل مشاهده است.

۶. فهم دین در اندیشه شبستری برخاسته از اراده و اندیشه‌ی آزاد است. در این ساحت، هر نظام و ساختار سیاسی و اجتماعی که بهتر بتواند زمینه‌ی آزادی اراده و اندیشه را فراهم نماید، عقلانی‌تر و برای تجربه‌ی دینی مناسب‌تر ارزیابی می‌گردد و به‌طور طبیعی، چنین نظامی عادلانه‌تر هم خواهد بود.

فهرست منابع

۱. احمدی، محمدامین، انتظار بشر از دین، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۴.
۲. بیات، عبدالرسول و دیگران، فرهنگ واژه‌ها، قم، موسسه اندیشه و فرهنگ دینی، ۱۳۸۱.
۳. پترسون، مایکل و دیگران، عقل و اعتقاد دینی، ترجمه: احمد نراقی و ابراهیم سلطانی، تهران، طرح نو، ۱۳۷۹.
۴. راسخ، محمد «مدرنیته و حقوق دینی» در نامه مفید، ۶۴، ج ۳، ش ۲، ۱۳۸۶.
۵. کدیور، محسن، حق الناس؛ اسلام و حقوق بشر، تهران، انتشارات کویر، ۱۳۸۸.
۶. لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، تهران، نشر نی، ۱۳۸۸.
۷. مجتهد شبستری، محمد، ایمان و آزادی، تهران، طرح نو، ۱۳۸۴.
۸. مجتهد شبستری، محمد، تأملاتی در قرائت انسانی از دین، تهران، طرح نو، ۱۳۸۴.
۹. مجتهد شبستری، محمد، تئوری قرائت نبوی از جهان، تنظیم فرشاد نوروزی، انجمن احیایان فلسفه‌ی نو.
۱۰. مجتهد شبستری، محمد، نقدی بر قرائت رسمی از دین، تهران، طرح نو، ۱۳۹۰.
۱۱. مجتهد شبستری، محمد، هرمنوتیک، کتاب و سنت، تهران، طرح نو، ۱۳۸۹.
۱۲. ملکیان، مصطفی، مشتاقی و مهجوری، تهران، نشر نگاه معاصر، ۱۳۸۷.

نظارت اداری بر امور مالی و بودجه در نظم حقوقی افغانستان

قاسم علی صداقت*

* پوهندوی (استادیار) کادر علمی دانشکده فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل

چکیده

مسائل مالی به دلیل تأثیراتی که بر مسائل مختلف دارد و شاهرگ حیاتی انواع توسعه و پیشرفت به حساب می آید، نظارت بر آن از اهمیت خاص برخوردار است. از این رو، انواع نظارت اداری در تحقیق حاضر بر امور مالی ارزیابی شده است و به پرسش های معین در زمینه ی انواع نظارت اداری، رویکردها و خروجی نظارت اداری جواب داده شده است. همین طور نقاط قوت و ضعف نظارت اداری درون سازمانی، برون سازمانی و نظارت سلسله مراتبی در مصادیق نظارت رئیس جمهور، وزرا، اداره کنترل و تفتیش داخلی و نظارت اداره عالی تفتیش ارزیابی شده است. در این تحقیق نظارت اداری در دو مصداق اداره کنترل و تفتیش داخلی و اداره عالی تفتیش از منظر تخصصی و مسلکی به صورت کلی مثبت تلقی شده است، از اما از نظر خروجی و کارگزار، انواع نظارت اداری در نظم حقوقی افغانستان منفی تلقی شده است. در آینده نزدیک نیز خروجی نظارت اداری در انواع مختلف چشم اندازی خوبی ندارد.

واژگان کلیدی: نظارت اداری، نظارت اداره کنترل و تفتیش داخلی، اداره عالی تفتیش، امور مالی و بودجه، انواع نظارت



نظارت مطلوب و مناسب بر اجرای قانون همانند قانون مناسب در بخش اقتصاد دولتی بسیار مهم است و به همین دلیل قانون بودجه از مهم‌ترین موضوعات حقوق مالی است؛ چرا که قانون خوب به‌تنهایی نمی‌تواند کارساز باشد و بدون ضمانت اجرا صرفاً نوشته‌ای روی کاغذ خواهد بود. از سوی دیگر بنا به دلیل یادشده نظارت بر بودجه از سیستم نامتمرکز پیروی می‌کند. سیستم نامتمرکز با توجه به اهداف و پیامدهای سیاسی و حقوقی لازم و ضروری است. نظارت به دلیل اهمیت باید نامتمرکز باشد و نهادهای مختلف باید بر بودجه نظارت می‌کند تا اطمینان لازم از درست مصرف شدن بودجه حاصل شده و از حیف و میل اموال عمومی پیشگیری شود. به همین خاطر نظارت بر بودجه تابع مکانیزم‌های متنوع نظارتی است. با عنایت به مطلب یادشده در این نوشتار از انواع نظارت اداری بر بودجه در نظم حقوقی افغانستان بحث خواهیم نمود بنابر این پرسش‌های معین از قبیل نظارت اداری بر بودجه چگونه است و چه نهادهای این نوع نظارت را اعمال می‌کند؟ به‌اضافه پاسخ به پرسش‌های یادشده کارایی و کارآمدی نظارت اداری بر بودجه نیز از مسائلی است که در این تحقیق مدنظر خواهد بود و فرضیه تحقیق بر آن است که از نظر مقررات نظارتی ما مشکل کمتر داریم و اما از نظر کارگزاران اجرای نظارت بر بودجه، چالش‌های جدی وجود دارد که باید برای آن راه‌حل ارائه کرد. در این نوشتار دو نهاد که نظارت اداری درون‌سازمانی (اداره کنترل و تفتیش داخلی) و برون‌سازمانی (اداره عالی تفتیش) بر بودجه را به عهده دارند، موضوع بحث خواهد بود و رویکردهای مختلف نظارت در آن دو بررسی خواهد شد و همین خروجی نظارت در عمل هم مدنظر ما خواهد بود. وانگهی خروجی نظارت اداری در این تحقیق مدنظر خواهد بود که در وضعیت فعلی بسیار ضعیف تلقی شده است.

بودجه نوعی برنامه‌ریزی مالی است و سندی است که در یک قسمت آن هزینه‌های عمومی برآورد می‌شود و در قسمت دیگر آن منابع لازم جهت تأمین این مخارج پیش‌بینی می‌گردد. بودجه دولت به‌صورت مرسوم و متداول، برای دوره‌ای یک ساله پیش‌بینی می‌شود و به عبارت دیگر هزینه و درآمدهای دولت و موارد مصرف آن برای یک سال مشخص می‌شود.

نظارت بر بودجه عبارت از «مجموعه اقداماتی است که به منظور تطبیق عملیات با برنامه و جلوگیری از انحرافات عملیات مالی دولت نسبت به هدف‌های تعیین شده در برنامه و تصحیح انحرافات احتمالی، صورت می‌پذیرد.» (امامی: ۱۳۸۴، ۱۷۲) در اصطلاح حقوق عمومی نظارت به معنای کنترل قدرت و جلوگیری از سوءاستفاده از قدرت است و عبارت از کنترل و بررسی اقدامات یک مقام یا نهاد حکومتی از سوی مقام یا نهاد حکومتی دیگر که غایت آن حصول اطمینان از باقی ماندن اقدامات یادشده در حدود وثوق قانونی است. (راسخ: ۱۳۹۰، ۲۱) در ماده سوم قانون اداره عالی تفتیش آمده است: «تفتیش: عملیه‌ی بازرسی منظم و عینی معاملات، عملکردها، صورت حساب‌ها، گزارشات تفتیش داخلی طرز العمل‌های مالی و حسابداری، سیستم اطلاعات و معلومات الکترونیکی و سایر اسناد است، جهت حصول اطمینان از صحت آن‌ها با صورت حساب‌های مالی مراجع مندرج ماده‌ی پنجم این قانون.» نظارت فرایندی برنامه‌ریزی شده است که طی آن مجموعه اطلاعات مربوط به یک مجموعه جمع‌آوری و مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد تا میزان انطباق عملکرد یا مغایرت عملکرد (هست‌ها) با هدف‌ها، برنامه‌ها، قانون‌ها، ضابطه‌های حاکم بر آن مجموعه تشخیص داده شود و در نهایت پیشنهادهای لازم برای حذف مغایرت‌های و اصلاح عملکردها برنامه ارائه گردد و قانون‌شکنان به نهادهای عدلی و قضایی معرفی گردند.

اهداف نظارت بر اساس نوع بودجه‌بندی می‌تواند بسیار متفاوت باشد؛ تطبیق عملیات و اقدامات دولت با بودجه با هدف تشخیص انحراف و عدم انحراف دولت از بودجه مصوب و تعیین انحراف و عدم انحراف دولت از هدف‌های تعیین شده و هم‌چنین معرفی متخلفان به مراجع قضایی و شبهه قضایی و مجازات آنان. اهدافی که در قانون اداره عالی تفتیش پیش‌بینی شده است نیز بسیار عالی و ایده‌آل است: «۱ تحقق عواید و مصارف بودجه ادارات دولتی؛ ۲. مطابقت فعالیت‌های مالی و حسابداری ادارات دولتی و سایر مراجع که پول یا دارائی عامه را در اختیار داشته و یا از آن استفاده می‌نمایند با احکام اسناد تقنینی؛ ۳. شفافیت در حساب دهی ادارات دولتی و سایر مراجعی که پول یا دارائی عامه را در اختیار داشته و یا از آن استفاده می‌نمایند؛



۴. حراست از دارایی های عامه از طریق کنترل و تفتیش؛ ۵. حصول اطمینان از مؤثریت، کارایی و اقتصادی بودن فعالیت های سایر نهادهایی که وجوه عامه را در اختیار دارند و یا از آن استفاده می کنند؛ ۶. شناسایی فعالیت های غیرقانونی، غیر مؤثر، غیرمفید و غیراقتصادی و سایر فعالیت های نادرست مالی، حسابداری و اقتصادی و پیشنهاد اصلاح نواقص آن ها.» (قانون اداره تفتیش، ۱۳۹۱ ماده ۲) همان گونه که از قانون اداره عالی تفتیش پیدا است، نظارت اداره ی عالی تفتیش، اهداف چندگانه را نام برده است و از این رو، نظارت باید با رویکردهای مختلف صورت گیرد.

نظارت بر بودجه را می توان از زاویه های متعدد و مختلف تقسیم بندی کرد و شیوه تقسیم بندی به زاویه دید و اهمیت آن بستگی دارد: تقسیم بندی نظارت بر اجرای بودجه ممکن است برحسب وقوع زمان نظارت باشد که از این نظر از سه نوع نظارت مقدماتی، در حین اجرا و نهایی می توان نام برد. نظارت یا قبل از اجرایی شدن یک برنامه است و یا در حین و یا بعد از اجرای برنامه ای خاص. از این بُعد نظارت بر اجرای بودجه را می توان به نظارت قبل از اجرای بودجه، حین اجرای بودجه و بعد از اجرای تقسیم کرد. ممکن است نظارت و کنترل، از حیث ماهیت سازمان های که نظارت و کنترل را به عهده دارند، مورد بررسی قرار داد که از این منظر، به نظارت اداری، قضایی و پارلمانی می توان اشاره نمود و یا همین تقسیم بندی را در قالب نظارت و کنترل مالی، قضایی و سیاسی می توان عنوان کرد؛ اما در این نوشتار صرفاً نظارت اداری بر بودجه و امور مالی مورد بحث خواهد بود؛ یعنی نظارت اداره کنترل و تفتیش داخلی و نظارت اداره عالی تفتیش.

الف) نظارت اداری درون سازمانی

در این نوع نظارت، نظارت شونده و نظارت کننده هر دو در یک سازمان قرار دارند. نظارت شدید است و ضمانت اجرایی آن ها هم به آسانی قابل اعمال است. خروجی این نوع نظارت علاوه بر معرفی به نهادهای عدلی و قضایی، ابطال، اصلاح و تعلیق یک عمل می تواند باشد.

۱. نظارت سلسله مراتبی

در این نوع نظارت چند چیز دیده می‌شود: ۱. سازمان‌ها و اشخاص مرکزی نسبت به واحدهای وابسته خود اعمال می‌کند؛ ۲. نظارت و رابطه مبتنی بر تبعیت است؛ ۳. نظارت کننده و شونده دارای شخصیت حقوقی واحد است؛ ۴. روابط طولی یا عمودی است؛ و ۴. نظارت شونده به عنوان واحد متمرکز نیز حق شکایت بسیار محدودی بر ضد سازمان و اشخاص مرکزی دارند. (موسی‌زاده، ۱۳۷۸: ۹۳) خروجی این نوع نظارت می‌تواند اصلاح، تعلیق و ابطال یک عمل، عزل و نصب و اعمال مجازات اداری می‌تواند باشد. (موسی‌زاده، ۱۳۷۸: ۹۳-۹۴)

۱.۱. نظارت رئیس‌جمهور

نظارت رئیس‌جمهور بر قو مجریه از مصادیق نظارت اداری از نوع سلسله مراتبی است. به همین خاطر در قانون اساسی در ماده ۷۷ بیان شده است: «...وزراء از وظایف مشخصه‌ای خود نزد رئیس‌جمهور و ولسی جرگه مسؤولیت دارند.» و در ماده ۷۱ قانون اساسی آمده است که: «حکومت متشکل است از وزرا که تحت ریاست رئیس‌جمهور اجرای وظیفه می‌نماید...» از این باب نیز رئیس‌بر فعالیت مالی وزرا باید نظارت نماید. از این رو، رئیس حق عزل و نصب مقامات عالی اداری را دارد. (قانون اساسی، ماده ۶۴)

نظارت رئیس‌جمهور بر قدرت اجرایی و وزرا نیز مطلوب نبوده است. به‌رغم حیف‌ومیل اموال عمومی موارد کم دیده شده است که رئیس‌جمهور مقامات عالی را به دلیل حیف‌ومیل اموال عمومی یا مصرف نکردن درست بودجه عزل کرده باشد. بیشتر عزل و نصب‌های مقامات عمومی دلیل سیاسی داشته تا حقوقی و اداری. از طرفی رئیس‌جمهور مسؤول اجرایی قانون اساسی و مراقبت آن است و از این جهت در امور مالی و بودجه باید ریاست‌جمهور پاسخگو باشد و این پاسخگویی مستلزم نظارت بر امور مالی و بودجه است؛ اما در حوزه مراقبت از اجرای مواد قانون اساسی در امور مالی هر دو رئیس‌جمهور ناکام بوده است. نه‌تنها رئیس‌جمهور نظارت مؤثر اداری بر اجرای بودجه و امور مالی ندارد که خود ناقض قواعد مالی و اصول بودجه است.



عزل و نصب مقامات عالی بر اساس خروجی نظارت اداری نیست که مبتنی بر شایستگی یا تخلفات اداری باشد؛ زیرا وزرا و سایر مقامات عالی بر اساس وعده های انتخاباتی یا بر اساس روابط انتخاب می شوند تا ضوابط و عزل مقامات عالی نیز همین وضعیت را دارد.

۲.۱. نظارت وزرا

وزیر در حوزه مصرف بودجه وزارتخانه ای در برابر پارلمان مسؤول و پاسخگو است و از لازمه ای آن نظارت بر امور مالی بودجه بر مأموران و کارمندان وزارتخانه خود است و گرنه نمی تواند به صورت مناسب و شایسته پاسخگو باشد. بر دخل و خرج باید نظارت کند تا بتواند در برابر مقام مافوق خود جواب بدهد.

بر اساس بند ۴ و ۶ ماده ۷۵ قانون اساسی شورای وزیران مسؤولیت حفظ دارایی های عامه را دارد و باید به شورای ملی در ختم سال مالی درباره امور انجام شده و پروگرام های عمده سال مالی جدید گزارش ارائه نماید و در نتیجه باید بر زیر مجموعه خود نظارت داشته باشد تا بتواند پاسخگو باشد. بدون حق نظارت بر زیر مجموعه خود، مسؤولیت و پاسخگویی معنا ندارد.

ب) نظارت اداره کنترل و تفتیش داخلی (درون سازمانی)

بر طبق اصلاحیه ماده شصت و یک قانون اداره امور مالی مصارف عامه، نظارت بر امور مالی هر وزارتخانه و اداره به عهده اداره کنترل و تفتیش داخلی آن است. (فرمان رییس جمهور، ۱۳۹۱ ماده ۱) در حالی که بر طبق ماده شصت قانون اداره امور مالی و مصارف عامه این وظیفه به عهده ای اداره کنترل تفتیش بود که در وزارت مالیه ایجاد شده بود؛ یعنی در ساختار وزارت مالیه اداره کنترل و تفتیش وجود داشت که صلاحیت آن بررسی مالی و امور حسابی تمام ادارات دولتی بود. طبعاً این نوع نظارت از قسم نظارت برون سازمانی بود. چون حوزه صلاحیت آن شامل تمام ادارات دولتی بود. (قانون اداره امور مالی، ۱۳۸۴ ماده ۶۱) که با صدور فرمان تقنینی اصلاحیه ماده ۶۱ قانون اداره امور مالی و مصارف عامه در حوزه نظارت درون سازمانی قرار گرفت. در نتیجه بر اساس اصلاحیه یاد شده نظارت بر امور مالی به اداره کنترل و تفتیش

داخلی وزارتخانه‌ها و اگذار شده است. این موضوع از یک طرف از حجم کار وزارت مالیه کاسته و واقعاً وزارت مالیه نمی‌توانست تمامی ادارات دولتی را کنترل و تفتیش نماید اما واگذاری این امر به اداره کنترل و تفتیش داخلی ادارات مشکلات نظارت اداری درون‌سازمانی را با خود دارد.

۱. صلاحیت‌های اداره کنترل و تفتیش داخلی

صلاحیت‌های اداره کنترل و تفتیش داخلی در حوزه امور مالی بسیار متنوع است که در ذیل آمده است:

۱. اجرای منظم تفتیش و بررسی فعالیت‌های مالی و اقتصادی واحدهای تحت اثر مستقیم وزارت‌ها و ادارات ۲. رهنمایی و تنظیم فعالیت‌های ادارات داخلی در سیستم وزارت‌ها و ادارات.

۳. تنظیم پیشنهاد درباره تکامل امور کنترل و تفتیش در سیستم وزارت‌ها و ادارات.

۴. مساعدت می‌تودیک و عملی با ادارات تفتیش داخلی واحدهای تحت اثر در سیستم وزارت‌ها و ادارات.

۵. بر اساس نتایج تفتیش و بررسی، ترتیب پیشنهاد جهت ارتقای مؤثریت تولید، تقلیل قیمت تمام شد محصولات، استفاده بهتر از قوای بشری، سرمایه ثابت ذخایر مالی و جنسی، تأمین حفاظت ملکیت‌ها، جلوگیری از مصارف غیرضروری، استفاده غیرمعقول از دارایی‌ها و تفتیش دسپلین دولتی.

۶. ترتیب فهرست مکمل واحدهای تحت اثر وزارت و اداراتی که اداره تفتیش داخلی در آن‌ها فعالیت مالی و اقتصادی را تفتیش و بررسی می‌نماید.

۷. تفتیش و بررسی فعالیت‌های مالی و اقتصادی تصدی‌ها، ادارات و مؤسسات دولتی مطابق پلان و نظر به لزوم دید اداره و اوامر مقامات مافوق خارج پلان.

۸. تعمیل بررسی‌های موضوعی از مسائل جداگانه فعالیت‌های مالی و اقتصادی، بررسی از تطبیق تصامیم و پیشنهادات تفتیش قبلی.

۹. به اساس تحلیل و ارزیابی نتایج تفتیش و بررسی، ارائه پیشنهاد جهت رفع نواقص تشخیص شده و کنترل از تطبیق آن.



۱۰. اتخاذ تصمیم قانونی برای جلوگیری از اجراات غیرقانونی ادارات و مؤسسات در جریان تفتیش.

۱۱. مطلع ساختن عاجل مقام ذیصلاح از تخلفات و اجراات غیرقانونی تشخیص شده.

به هر حال اداره کنترل و تفتیش داخلی برحسب وظیفه کنترل یک ساله را دارد و در نهایت باید آن را گزارش دهد. این گزارش سال مالی گذشته به حکومت در ظرف شش ماه بعد از ختم سال مالی باید ارائه گردد. گزارش باید حاوی مسائل ذیل باشد: «۱. تصدیق اجراات محاسبوی مبالغ مندرج در صلاحیت‌های بودجوی؛ ۲. پیشنهاد وضع جریمه مطابق به احکام قانون.» (قانون اداره امورمالی، ۱۳۸۴ ماده ۵۹) البته (قانون اداره امورمالی، ۱۳۸۴، ماده ۵۹ بند ۳) این گزارش باید تقدیم شورای ملی گردد و بعد از آن جهت معلومات عامه باید نشر گردد.

یکی از جی‌های نظارت اداره کنترل و تفتیش داخلی جبران خساره و تعقیب عدلی است. (مقرره اداره و کنترل تفتیش...، ماده ۲۲) هم‌چنین ناظران در جریان کنترل و نظارت با اتخاذ تصمیماتی از اجراات غیرقانونی ادارات و مؤسسات پیشگیری نمایند؛ (مقرره اداره کنترل و... ماده ۷ بند ۲) چنانکه در ماده ۱۶ مقرره اداره کنترل و تفتیش داخلی آمده است: «مفتشین در جریان تفتیش با آمرین مراجع تحت تفتیش تدابیر لازم جهت رفع تخلفات و جبران خساره وارده اتخاذ می‌نمایند.»

۲.۱. استقلال اداره کنترل و تفتیش داخلی

استقلال اداره کنترل و تفتیش داخل در برابر وزیر و آمر اداره محل تردید است؛ زیرا در ماده ۴ مقرره اداره و کنترل تفتیش داخلی مقرر شده است: «آمر اداره تفتیش داخلی از اجراات اداره تفتیش داخلی وزارت و یا اداره در سیستم وزارت در برابر وزیر و یا آمر اداره مسؤولیت دارد.» و هم‌چنین در ماده سوم مقرره اداره کنترل و تفتیش داخلی آمده است: «ادارات تفتیش داخلی به حیث واحد تشکیلاتی مستقیماً تحت اثر وزیر و آمرین ادارات دولتی فعالیت می‌نماید.» یا در ماده دوازدهم مقرره اداره کنترل و تفتیش داخلی آمده است: «تفتیش و بررسی در هر مورد به هدایت کتبی وزیر و یا آمر اداره که مستقیماً اجراات ادارات تفتیش داخلی را رهبری

می‌نماید اجرا می‌گردد.» این وضعیت در اساس نباید مشکل ایجاد نماید، اما شرایط و ظرفیت‌های افغانستان به گونه‌ای است که آمر نمی‌تواند استقلال و بی‌طرفی خود را حفظ کند و این وضعیت در کل ادارات دولتی محسوس و مشهود است.

به صورت کلی، حسابرسی داخلی نوعی فعالیت اطمینان‌بخش و مشاوره‌های مستقل و بی‌طرفانه است. البته در اینجا مفهوم استقلال، استقلال از واحدهای عملیاتی است چرا که قرار است نسبت به عملکرد آن‌ها گزارش نماید اما نسبت به مدیران ارشد قوه مجریه که از طرف آن‌ها منصوب می‌شوند و در سطح دولت، وابسته و داخلی محسوب می‌شود. (خدابخشی: ۱۳۹۴، ۵۳-۶۶ و ۵۷)

آشنایی نظارت‌کننده و شونده و روابط اداری نزدیک آن‌ها می‌تواند از جدی بودن نظارت کاسته و حتی زمینه تبانی و تفاهم را به آسانی فراهم نماید. به خصوص که تعصب سازمانی ممکن است که مانع نظارت جدی در امور مالی شود. از سوی دیگر نبود بی‌طرفی و استقلال شخص ناظر و وابستگی آن به قوه مجریه و تأثیرپذیری از مدیران مافوق خود می‌تواند نظارت را ناکارا سازد. وانگهی معیارهای دقیق قانونی و قضایی به احتمال زیاد در نظارت اداری رعایت نمی‌شود؛ زیرا نظارت قضایی باید مستدل و مستند باشد که نظارت اداری در عمل لزوماً این گونه نیست.

۳.۱. نقاط قوت

مقام ناظر در این نوع نظارت در زمینه مسائل اداری آشنایی، تخصص و مهارت دارد که این عوامل با عنایت به پیچیدگی مسائل اداری بسیار تأثیرگذار بر نظارت مفید است. موضوعات یادشده در مقایسه با نظارت سیاسی و قضایی از نقاط قوت آن به حساب می‌آید؛ چرا که قاضی و نمایندگان پارلمان با مسائل ریز اداری در امور مالی آشنایی لازم را ندارند و طبعاً بر موضوع نظارت اشراف لازم را نخواهند داشت. بدیهی است اشخاص که شناخت درست از موضوع نظارت نداشته باشند، توان انجام نظارت مؤثر و مفید را به صورت مستقیم نخواهند داشت. در این نوع نظارت ناظر علی‌القاعده با مسائل پیچیده امور اداری و مالی آشنا است و در این حوزه باید دارای تخصص باشد و خود از نزدیک مسائل را تحلیل و ارزیابی نماید که خود نقطه قوت محسوب خواهد شد. به هر حال مفتش اداره کنترل و تفتیش داخلی می‌تواند از نزدیک با چشمان باز

و آشنا با مسائل، نظارت را اجرایی نماید.

۲. نظارت اداره عالی تفتیش (برون سازمانی)

اداره عالی تفتیش یا بررسی از نهادهای ملی است که از نظر ساختاری وابسته به هیچ از قوای سه گانه نیست و حوزه صلاحیت آن ها صرفاً اموری مالی و بودجه است و فلسفه وجودی آن اعمال نظارت اداری برون سازمانی و تخصصی است. اداره یادشده جز نهادهای مستقل است. از نظر قانون، اداره یادشده، عالی ترین مرجع تفتیش امور مالی دولت است. (قانون اداره عالی تفتیش، ۱۳۹۱، ماده ۴)

۱.۲. استقلال اداره عالی تفتیش

اداره عالی تفتیش از نظر ساختاری، اداری و امور مالی مستقل است و تابع هیچ یک از قوای سه گانه نیست. در پیشنهاد و مصرف بودجه خود مستقل است و از نظر اداری و ساختاری وابسته به هیچ از قوای سه گانه یا دیگر نهاد دولتی نیست. صرفاً رئیس اداره عالی تفتیش از سوی رئیس جمهور منصوب می شود و معاون آن با پیشنهاد رئیس اداره عالی تفتیش و منظوری رئیس جمهور تعیین می گردد (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۷) که البته این موضوع از نظر حقوقی در جامعه نسبتاً سالم ایرادی از بعد استقلال در پی ندارد. شرایطی که برای عزل ریاست اداره عالی تفتیش در قانون پیش بینی شده است (قانون اداره عالی تفتیش ماده ۸) مغایر با استقلال آن نیست و مدت تصدی هم کافی است. (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۷)

۲.۲. گستردگی قلمرو نظارت

اداره عالی تفتیش محدوده ای نظارت وسیع و گسترده دارد و هر نهادی که به نحوی از بودجه عمومی استفاده یا آن را در اختیار داشته باشد، تحت نظارت این اداره خواهد بود. (قانون اداره عالی تفتیش، ۱۳۹۱، ماده ۵) از این رو، حتی بخش خصوصی را از نظر مالی هم تواند نظارت کند، در صورتی که از بودجه عمومی استفاده کند یا آن را در اختیار داشته باشد. نهادهای دولتی از تشکیلات ریاست جمهور گرفته تا کوچک ترین اداره دولتی مشمول صلاحیت نظارتی مالی اداره عالی تفتیش است. از نظر حوزه و قلمرو صلاحیت مشکل ندارد و تمامی نهادها قابل نظارت مالی از سوی

اداره با شرایط یادشده می‌باشد.

۳.۲. تخصصی و مسلکی بودن نظارت

مقصود از تفتیش: «تفتیش: عملیه‌ی بازرسی منظم و عینی معاملات، عملکردها، صورت حساب‌ها، گزارشات تفتیش داخلی، طرزالعمل‌های مالی و حسابداری، سیستم اطلاعات و معلومات الکترونیکی و سایر اسناد است، جهت حصول اطمینان از صحت آن‌ها با صورت حساب‌های مالی مراجع مندرج ماده‌ی پنجم این قانون.» (قانون اداره عالی تفتیش، ۱۳۹۱، ماده ۳ بند ۱) با عنایت به تعریف یادشده نظارت اداره عالی تفتیش و مفتشان آن جنبه تخصصی و مسلکی دارد و مفتش باید حتماً به صورت فنی و تخصصی با مسائل مالی، حسابداری و قواعد مالی آشنا باشد. نظارت اداره عالی تفتیش در میان نهادهای ناظر اداری، نهایی است و مرجع دیگر حق نظارت ندارد مگر با دستور رئیس‌جمهور. (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۲۰)

۳.۴. صلاحیت‌های مفتش

مفتش: کارکن خدمات ملکی است که طبق احکام قانون به حیث عضو اداره‌ی عالی تفتیش مقرر و یا در مورد خاص با در نظر داشت تخصص و تجربه از بیرون اداره توظیف و صلاحیت تفتیش به وی تفویض شده باشد و در عین دارای صلاحیت‌های ذیل است:

۱. انجام بی طرفانه و مسئولانه‌ی وظایف طبق احکام این قانون؛
۲. بررسی تمام اسناد، دفاتر، صورت حساب‌های مالی، گزارشات، مدارک، مهرها، اسناد بهادار، معلومات الکترونیکی و سایر اسناد مرجع تحت تفتیش و مرتبط به آن، گرچه توسط تفتیش داخلی بازرسی شده باشد؛
۳. ارائه‌ی مشوره‌ها و سفارشات قانونی طور واضح، صریح، موجز و مدلل به مراجع تحت بازرسی جهت تنظیم و اداره‌ی بهتر امور مالی و حسابی. شناسایی تخلفات مالی و حسابی مراجع تحت بازرسی و مرتکبین آن؛
۴. ارجاع تخلفات مورد تفتیش به خارنوالی در ولایات در صورتی که تعقیب عدلی را ایجاب کند، ارائه گزارش آن به اسرع وقت به رئیس اداره عالی تفتیش. عدم افشای

معلوماتی که در جریان تفتیش حاصل می‌نماید؛

۵. بازرسی عینی از چگونگی تهیه و تدارک، حفظ، توزیع و استفاده از اجناس، وسایط و سایر اشیاء و دارائی‌های با ارزش جهت تأمین کاربرد مؤثر آنها؛

۶. بررسی عملکرد از لحاظ اطمینان کیفیت کار. چالش جدی که اداره عالی نظارت فقدان کارگزاران مناسب و هم‌چنین نبود شعب کافی در سراسر کشور است. اداره کنترل تفتیش داخلی همکار این اداره محسوب می‌شود اما به دلیل آنکه اداره مستقل از بخش تحت نظارت خود نیست نمی‌تواند همکار خوب نظارتی باشد.

عدم توان و ظرفیت لازم در نهادهای نظارتی در افغانستان خیلی آشکار و هویدا است؛ چرا که وقتی ستره محکمه در برابر ریاست جمهوری و تشکیلات آن نظارت مؤثر را انجام دهد که از نظر اقتدار قابل مقایسه با اداره عالی تفتیش نیست، نمی‌توان از اداره عالی تفتیش انتظار داشت که به صورت کارآمد و مؤثر بر نهادهای عالی حکومتی از جمله ریاست جمهوری و تشکیلات آن داشته باشد.

خروجی نظارت اداره عالی تفتیش چیزی نیست که بتوان به آن امید بست. چنانکه در بررسی‌های که در سال ۱۳۹۶ از هشت وزارت خانه این اداره انجام داده است اصلاً به نتیجه بازرسی اشاره نشده است و این که چه اقداماتی را انجام داده است. (فصلنامه تفتیش، شماره اول: ۱۳۹۶، ۹) یا در بررسی حساب قطعیه دولت نیز به کدام نتیجه خاص اشاره نشده است. (فصلنامه تفتیش، شماره اول: ۱۹) این در حالی است که اداره عالی تفتیش مکلف به نشر گزارش سالانه خود می‌باشد و باید از تمامی اقداماتی خود یک گزارش جامعه تهیه و در اختیار مردم قرار دهد. (قانون اداره عالی تفتیش ماده ۸ بند ۶) از سوی دیگر در مواردی این اداره گزارش داده است، مراجع قضایی و عدلی به وظایف خود عمل ننموده‌اند و هزاران پرونده در خارنوالی انبار شده است. هر چند افکار عمومی منتظرند تا افراد متهم شده در گزارش رسانه‌ها مورد پیگرد و تحقیق عدلی و قضایی قرار بگیرند؛ اما به نظر می‌رسد که نهادهای مسؤول در عرصه مبارزه با فساد از جمله اداره عالی تفتیش، خارنوالی و ستره محکمه در زمینه بررسی اسناد افراد متهم کوتاهی می‌کنند. از نظر ساختاری این اداره در ولایات چند ریاست ساحوی محدود دارد که نمی‌تواند حوزه صلاحیت خود را به خوبی پوشش دهد و به



تعداد کافی مفتش داشته باشد.

۳. رویکردهای نظارت اداری بر امور مالی

همان گونه که نظارت امور مالی از سیستم نامتمرکز پیروی می کند و چند نهاد آن را به عهده دارد، نظارت و تفتیش نیز با رویکردهای چندگانه امروزه مرسوم و رایج است؛ یعنی رویکرد واحد نمی تواند به نتایج خوب و مناسب بیانجامد و از این رو در اکثر کشورها از جمله افغانستان رویکردهای مختلف پیش بینی شده است. این موضوع به خوبی از اهدافی اعلامی ماده سوم قانون اداره عالی تفتیش، قابل استنباط است. از محتوای گزارش های که اداره عالی تفتیش از تفتیش عملکرد ادارات دولتی، به خوبی پیدا است که تفتیش عملکرد با رویکردهای مختلف انجام شده است. (<https://sao.gov.af/dr>)

از اهدافی که در صدر این گزارش مربوط به وزارت اقتصاد آورده شده است و همین طور پرسش های مطرح شده به خوبی حاکی چندگانگی رویکرد تفتیشی است. (اداره عالی بررسی، گزارش بررسی عملکرد وزارت اقتصاد، عملکردها سال ها ۱۳۹۳ - ۱۳۹۵، ۱ و ۱۳) در صدر گزارش یادشده به رویکرد اقتصادیت، مفیدیت و مؤثریت اشاره شده است. (اداره عالی بررسی: ۱)

با عنایت به قانون اداره عالی تفتیش، نظارت بر امور مالی از سوی اداره عالی تفتیش باید با رویکردها و منظرهای مختلف انجام شود. در ماده دوم قانون اداره عالی تفتیش اهداف چندگانه را اعلان نموده است و به خوبی پیداست که تمامی موارد یاد شده باید در بازرسی مدنظر باشد. ۱. تحقق عواید و مصارف بودجه ادارات دولتی؛ ۲. مطابقت فعالیت های مالی و حسابداری ادارات دولتی و سایر مراجع که پول یا دارائی عامه را در اختیار داشته و یا از آن استفاده می نمایند با احکام اسناد تقنینی؛ ۳. شفافیت در حساب دهی ادارات دولتی و سایر مراجعی که پول یا دارایی عامه را در اختیار داشته و یا از آن استفاده می نمایند؛ ۴. حراست از دارایی های عامه از طریق کنترل و تفتیش؛ ۵. حصول اطمینان از مؤثریت،

کارایی و اقتصادی بودن فعالیت های سایر نهادهایی که وجوه عامه را در اختیار دارند و یا از آن استفاده می کنند؛ ۶. شناسایی فعالیت های غیرقانونی، غیرمؤثر،

غیرمفید و غیراقتصادی و سایر فعالیت‌های نادرست مالی، حسابداری و اقتصادی و پیشنهاد اصلاح نواقص آن‌ها. (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۲)

۳.۱. تخصصی بودن

از جمله نکات قابل دقت در نظارت اداره عالی تفتیش و کنترل و تفتیش تخصصی بودن آن است که برخلاف نظارت سیاسی و قضایی که این‌گونه نیست. چنانکه در قانون کنترل و تفتیش آمده ماده ۳ آمده است: «مفتش: مأمور مسلکی است که امور کنترل و تفتیش را انجام می‌دهد.» یا در قانون اداره عالی تفتیش ماده ۳ بند ۲ آمده است: «مفتش: کارکن خدمات ملکی است که طبق احکام قانون به حیث عضو اداره‌ی عالی تفتیش مقرر و یا در مورد خاص با در نظر داشت تخصص و تجربه از بیرون اداره توظیف و صلاحیت تفتیش به وی تفویض شده باشد.» به همین خاطر از شرایط مفتش آن است که سند لیسانس به بالاتر داشته باشد و اقتصاد و حقوق بر بقیه مقدم است و تجربه کاری باید در امور مالی و حسابداری دست کم به مدت ۵ سال باید داشته باشد. (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۶، بند ۲ و ۳) بدیهی است که در این نوع کنترل دقت زیاد باید وجود داشته باشد.

۳.۲. رعایت قانون

اصل حاکمیت قانون از اصول مسلم حقوق مدرن است که قدرت را محدود به قانون ساخته و هیچ‌کسی فراتر از قانون نخواهد بود. بر مبنای اصل حاکمیت قانون است نظریه‌ای (intra vires) و (ultra vires) در حقوق اداری شکل گرفت و بر اساس آن‌ها تخلفات اداری معنا و مفهوم پیدا می‌کند. از این‌رو، یکی از رویکرد در نظارت اداری بر امور طبعاً بحث رعایت و عدم رعایت قانون در امور مالی بودجه است که بسیار اهمیت دارد که در نظر فرایندی و همین‌طور نظارت قضایی نیز جایگاه بسیار برجسته دارد. از این‌رو، رویکرد دیگر در تفتیش رعایت قانون و مقررات است و مقصود از قانون در این جای معنای عام آن مدنظر است. این رویکرد در قوانین مختلف و گزارشات اداره عالی تفتیش وجود دارد. چنانکه در یکی از پرسش‌های اداره عالی تفتیش از وزارت اقتصاد در امور تدارکات آمده است: «آیا قوانین، مقررات، قواعد و دساتیری که

سیستم تدارکاتی وزارت را مدیریت می‌نماید، با نظر داشت اصول اساسی اقتصادیت، موثریت و مفیدیت در تمام خریداری‌ها و تدارکات اجرا گردیده است، یا خیر؟» (اداره عالی بررسی، ریاست بررسی عملکرد و محیط‌زیست، بررسی عملکرد وزارت اقتصاد، سال‌های ۱۳۹۳-۱۳۹۵، ۱۳) یا در قانون اداره عالی تفتیش یکی از اهداف آن در ماده ۳ بند ۶ شناسایی فعالیت‌های غیرقانونی ذکر شده است. یا در قانون کنترل و تفتیش داخلی در ماده ۱۱ بند ۲ آمده است: «۲- بازرسی از رعایت قوانین مالی و اقتصادی نافذ کشور در ترتیب تشکیل و بودجه ادارات.» یا در ماده ۱۵ بند ۷ همان قانون آمده است: «تقدیم پیشنهادات عاجل به اداره‌ی کنترل و تفتیش در مورد کارکنان و اشخاصی که با سوءاستفاده و مصارف غیرقانونی، تخلف ورزیده‌اند.»

نظارت با رویکرد رعایت قانون موجب خواهد شد که تخلفات مالی ادارات دولتی مشخص گردد؛ زیرا قانون بودجه و سایر قوانین امور مالی پیشاپیش همه‌چیز را به‌ویژه عمل و بودجه‌ای آن را مشخص نموده است. در نظارت با این رویکرد باید دقت صورت گیرد که قانون رعایت شده یا خیر؟ در صورت عدم رعایت قانون ممکن است که تخلف و جرم محقق شده باشد که قابل تعقیب عدلی و قضایی است و نهادهای اداره کنترل و تفتیش داخلی و اداره عالی تفتیش مکلف به معرفی افراد ناقض قانون هستند در صورتی که تخلف و یا جرمی احتمالاً اتفاق افتاده باشد. خروجی نظارت با رویکرد قانون اساسی باید در صورت وقوع تخلف و جرم به یکی از ضمانت اجرای اداری، کیفری و مدنی منتهی گردد و گرنه نظارت خروجی نخواهد داشت. پس هدف تفتیش با رویکرد رعایت قانون مشخص شدن قانونی بودن عملکردهای مالی دولت و برخورد با کسانی است که منطبق با قانون رفتار ننموده‌اند.

۳.۳. بهره‌وری، کارآیی و کارآمدی

بودجه‌ای را که نهادهای دولتی به مصرف می‌رسد باید اقتصادی باشد؛ یعنی در هزینه‌ها صرفه‌جویی شود و بهره‌وری در استفاده از بودجه وجود داشته باشد و مصرف بهینه باشد. از طرفی به تناسب بودجه مصرفی اهداف نیز محقق گردد و کیفیت اهداف نیز از اهمیت زیاد برخوردار است. این رویکردها در قوانین کشور پیش‌بینی شده است. چنانکه در قانون کنترل و تفتیش در ماده ۱۱ آمده است: «۳- بازرسی عواید، مصارف



و استفاده بهتر از دارایی ها ۴. بازرسی اجراءات ادارات تفتیش داخلی به منظور هم آهنگی در کار، مؤثریت و تکامل فعالیت آن ها» یا در ماده ۱۵ قانون یادشده آمده است: «۱۱. کنترل محصولات تولیدی در عملیه (پروسه) تولید، اندازه گیری های امتحانی تطبیق کار، مطابق پلان و کنترل کیفیت.» یا در قانون اداره عالی تفتیش یکی از رویکردهای تفتیش «۸. بررسی عملکرد از لحاظ اطمینان کیفیت کار» یادآوری شده است. (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۱۱) یا در ماده ۳ قانون اداره عالی تفتیش آمده است: «۵ - حصول اطمینان از مؤثریت، کارایی و اقتصادی بودن فعالیت های سایر نهادهایی که وجوه عامه را در اختیار دارند و یا از آن استفاده می کنند ۶- شناسایی فعالیت های غیرقانونی، غیر مؤثر، غیر مفید و غیر اقتصادی و سایر فعالیت های نادرست مالی، حسابداری و اقتصادی و پیشنهاد اصلاح نواقص آن ها.»

طبیعی است که در نظارت اداری که تخصصی و مسلکی است کارایی و کارآمدی هر دو مدنظر است و به هر دو باید توجه شود. هم باید تشریفات اداری رعایت گردد و هم نتیجه حاصله مهم است؛ زیرا از یک طرف عدم رعایت تشریفات اداری خود تخلف محسوب می شود و مراحل و فرایند به همین خاطر مهم است و عامل اصلی تشریفات اداری یک سری مصالح اساسی که بر اساس آن ها تشریفات اداری در نظر گرفته شده است. از طرفی بودجه ما عملیاتی است و دست کم باید دید در عمل چه مقدار از کارها انجام شده است و چه میزان انجام نشده است. میزان بودجه برای عمل معین اختصاص یافته است و باید آن عمل انجام شده باشد و گرنه بدان معنا خواهد بود که اموال عمومی حیف و میل شده است. کیفیت عمل انجام شده از نظر استندردهای رایج نیز بسیار مهم است و گرنه پیامدهای بسیار منفی زیاد دارد؛ از قبیل خطر جانی، سرعت استهلاک، نیاز به ترمیم در مدت زمان کم بعد از ساخت و غیره.

۴. نظریه های ساختار - کار گزار و نظارت اداری بر امور مالی

پرسشی که در این قسمت باید به آن پاسخ داده شود این است که در افغانستان از میان دیدگاه های که درباره ی ساختار - کار گزار ابراز شده است، کدام یک مناسب است؟ با توجه به شرایط موجود تأکید بر کدام رویکرد و دیدگاه باید باشد؟ از میان رویکردهای سه گانه در حوزه ساختار کار گزار باید تعامل ساختار کار گزار

را مورد توجه قرار دارد که از دیدگاه گیدنز مورد قبول است. در علم حقوق نمی‌توان رویکرد کارگزار محور را اصلاً قبول کرد، چرا که بسیاری از قواعد نظارت و تشریفات آن پیشاپیش تعیین شده است. در رویکرد کارگزار محور، کارگزار در واقع، بازیگری است که خود را محکوم به پذیرش چارچوب‌های ساختار نمی‌بیند و به‌منظور ایجاد تغییر تلاش می‌کند. (قنبرلو: ۱۳۷۸، ۳۵۳)

علم حقوق از این منظر با عنایت به مفاهیم و اصول حقوقی، به دیدگاه ساختاریابی گیدنز نزدیک است؛ زیرا که رویکرد ساختار محور، برآیندی کل‌گرایانه (Holistic) از تعمیم‌گرایی قانون‌مدار (Nomologicalism) در علوم اجتماعی مورد حمایت است. تعمیم‌گرایی از پاسخ مثبت به سؤال «آیا همه مشابه همدیگرند؟» حمایت می‌کند. مطابق این رویکرد، قوانین علمی، شکل عام دارند و علوم اجتماعی برای اینکه واقعاً علمی باشد، نیازمند کشف قوانین عام و به‌تبع آن، صورت‌بندی پیش‌بینی‌هایی درباره برخی رفتارهای انسانی هستند. (قنبرلو، ۱۳۷۸: ۳۵۰-۳۵۱) هم کارگزار و هم ساختار در آن مهم است. از یک طرف ما اصل حاکمیت قانون و تشریفات اداری را داریم که ساختارهای از پیش تعریف شده‌اند و در اختیار کارگزاری به نام مفتش نیست و مسیر نظارت را با دقت تمام مشخص نموده است. هم‌چنین میان مقامات ناظر سلسله‌مراتب اداری وجود دارد و به‌ویژه این موضوع در اداره کنترل و تفتیش داخلی بیشتر خود را نشان می‌دهد. از سوی دیگر مفتش در کنار صلاحیت‌های اجباری دارای یک سلسله صلاحیت‌های اختیاری است که به او قدرت مانور و مدیریت مناسب نظارت و تفتیش را می‌دهد. در قانون هم انعطاف‌پذیری وجود و در برخی مسائل جزئی دست مفتش باز است.

اما روی این نکته باید دقت نمود که بیشترین ایرادات در افغانستان متوجه عامل و کارگزار است، گرچه ساختارهای حقوقی هم خالی از ایراد نیست اما عدم تربیت درست کارگزار و چالش‌های آن موجب شده است که ساختار مناسب سودی چندانی برای ما نداشته باشد. چهل سال جنگ و ویران شدن زیرساخت‌های اخلاقی و انسانی را در آستانه نابودی سوق داده است به گونه‌ای که حتی ساختارهای دینی هم در این کشور شکست‌خسته شده و کسی به آن وفادار نیست چه رسد به ساختارهای حقوق مدرن.





بنابر این در این برهه زمانی از تاریخ در همه حوزه‌ها از جمله حوزه نظارت مالی ما نیازمند تأکید بر سلامت‌سازی و سالم‌ماندن کارگزاران هستیم. کارگزاران نظارت اداری بر بودجه اکثراً دچار مشکل است از شخص اول مملکت گرفته تا مفتشان اداره کنترل و تفتیش داخلی و اداره عالی تفتیش. وزرا و مقامات عالی که فساد مالی و پول‌شویی را مرتکب شده‌اند، عزل یا محاکمه شدند؟! رئیس‌جمهور چه مقدار در مبارزه با فساد مالی و بودجه‌ای جدی بوده و اراده سیاسی محکم و مبرم از خود نشان داده است؟! از این‌رو، ساختارهای حقوقی نظارت اداری بر بودجه در مقایسه با کارگزاران چالش‌های کمی برخوردار است. کارگزاران نظارت در سطح کلی و از جمله نظارت اداری بر امور مالی خود بخش از مشکل‌اند و در نتیجه هزینه و پیامد حیفاومیل درآمد ملی زیاد نیست تا افراد را وادار به دوری از آن نماید و یکی از عوامل اصلی آن چالش کارگزار است. جمله معروف کرزی را همه دیگر می‌دانند که مرتکبان فساد مالی را تشویق به سرمایه‌گذاری در افغانستان می‌کرد. «آقای کرزی به شکلی مافیای اقتصادی و مالی را حمایت می‌کرد و این چیز پوشیده‌ای هم نبود. او در یکی از سخنرانی‌های گفته بود که این افراد به جای این که پول‌های دزدی خود را در کشورهای دیگر به مصرف برسانند بهتر در داخل افغانستان کار کنند و ساختمان و ویلا بسازند. این به گونه‌ای بومی کردن و اهلی کردن فساد در کشور می‌تواند پنداشته شود. وقتی نگاه افراد بلندپایه به مسئله فساد چنین باشد، بدون شک نمی‌توان از نتایج مبارزه با آن سخن گفت. فساد مالی و اداری در افغانستان چنان گسترده است که حتا برای اجرای یک کار کوچک هم باید رشوه پرداخت و این یعنی سونامی خاموش و آرامی که می‌تواند روزی جامعه را از اساس متلاشی کند.» (سونامی فساد مالی و اداری در افغانستان، ۱۳۹۴، ۱۶ جوزا ساعت ۴: ۲۵) این نوع نگرش کسی است که مسؤول مبارزه فساد مالی و نظارت بر بودجه است.

۵. خروجی نظارت‌های مالی-اداری

خروج نظارت در افغانستان به گرایش به صفر دارد؛ چرا که اگر نظارت‌های دقیق و کارآمد اعمال می‌شد صدها نفر به خصوص در سطوح مقامات عالی باید محاکمه و از مقام خود عزل و روانه زندان می‌شدند. از سوی دیگر نظارت‌های اعمال شده به کاهش

فساد اداری کمک ننموده است. وضعیت امور مالی تغییر و بهبود هم نداشته است. نظارت بر پول‌شویی و بلوکه کردن دارایی افراد هم زمانی که تنش‌های سیاسی به وجود آمده جدی شده است و از سر خیرخواهی حاکمیت قانون و مبارزه با فساد نبوده است. ارکان استراتژی مبارزه با فساد اداری سه چیز است که هر سه در افغانستان عملاً وجود ندارد؛ یعنی اجرای قانون، مقررات اداری و مجازات مقامات فاسد دولتی. با نگاهی با گزارش‌های اداره عالی تفتیش خروجی که بعد بازدارندگی داشته باشد و اشخاص و افراد نزد مراجع قضایی و عدلی معرفی شده باشند کمتر دیده می‌شود. اداره عالی تفتیش، مجموعه گزارش‌های عملکرد وزارتخانه‌ها چنانکه در جمع نظارت بر تدارکات وزارت دفاع در نهایت به عدم مؤثریت اشاره اما اینکه مبالغی حیف و میل شده است و باید به مراجع قضایی و عدلی معرفی شود سخنی به میان نیامده است. در صفحه ۲۲۲ این گزارش آمده است: همچنان نظر به ملاحظه اسناد، مصاحبه‌ها و معلومات ارائه شده، با وجود موجودیت طرز العمل‌ها، رهنمودها و قوانین در خصوص امورات تدارکاتی، علل و علائم ذیل نیز باعث گردیده است که قوانین متذکر به گونه مکمل و مؤثر تطبیق نگردد تا اهداف مطلوب وزارت دفاع ملی را برآورده سازد.

- ضعف در درک قوانین و مقررات.

- عدم موجودیت متخصصین و کارمندان مسلکی.

- نگرانی‌های امنیتی.

بناءً با در نظر داشت ملحوظات و یافته‌های تفتیش چنین نتیجه‌گیری می‌گردد که

سیستم تدارکات وزارت محترم

دفاع ملی از مؤثریت خاص برخوردار نمی‌باشد.» (اداره عالی تفتیش، آمریت

تفتیش عملکرد محیطی... ۱۳۹۳-۱۳۹۵: ۲۲۲) (<https://sao.gov.af/dr>)

از ویژگی‌های برجسته قواعد حقوقی و گزاره‌های قانونی ضمانت اجرایی آن‌ها است که هرگاه نقض می‌شوند باید ناقض با ضمانت اجرای بیرونی روبرو گردد و گرنه با قواعد اخلاقی تفاوت نخواهد کرد. ضمانت اجرا هم جنبه تنبیهی و مجازاتی دارد و هم جنبه بازدارندگی و ضمانت اجرا موجب خواهد شد که هزینه‌های ارتکاب تخلفات و جرائم بالا باشد و در جامعه که متخلف و مجرم مجازات نشود بر تعداد آن‌ها افزوده



خواهد شد و مجرمان و متخلفان حاشیه امنی خواهند داشت و باعث عبارت دیگران هم نخواهد شد. در جامعه‌ای با مرتکبان و متخلفان برخورد قانون صورت نگیرد میزان جرم و تخلف قطعاً کاهش پیدا خواهد کرد.

از حدود ده گزارش عملکرد که اداره عالی تفتیش در سایت خود گزارش نموده است و دیده نشده است اشخاص مشخص مسؤول قلمداد شده و یا به نهادهای اداری و قضایی معرفی شده باشند، در حالی که مفتشان و رئیس اداره عالی تفتیش ضابط قضایی محسوب می‌شوند. به عنوان مثال گزارش عملکرد وزارت فواید عامه در بخش اعمار سرک بامیان ۹۶ در سال ۱۳۹۴ هرچه دیده می‌شود واژه مشاهده و سفارش است اما کدام ارجاع به مراجع عدلی و قضایی یا اداری دیده نمی‌شود. این در حالی است که تخلفات متعدد از سوی شرکت‌های طرف قرارداد دیده شده است. (اداره عالی تفتیش، آمریت تفتیش عملکرد و محیطی، سال ۱۳۹۴، یافته‌های تفتیش مربوط به پروژه نمره (۴۲۰۰۲۲) AFG ساختمان سرک کوتل اونی الی مرکز بامیان صفحات، مختلف سایت اداره عالی تفتیش) اکثر گزارش‌های اداره عالی در سال ۹۳-۹۵ به همین منوال است. یا در گزارش سال ۱۳۹۵ فقط یک مورد احاله به خارنوالی دیده می‌شود که در متن گزارش آمده است: «ه: قضایای احاله شده به اداره لوی خارنوالی: اداره عالی بررسی در جریان بازرسی‌های امور سال مالی ۱۳۹۵ و برخی سال‌های دیگر، موارد سوءاستفاده و حیف و میل دارایی عامه را در برخی ادارات در مرکز و ولایات نیز تثبیت نموده که خساره وارده در تعداد ۱۹ دوسیه جمعاً مبلغ ۱۸۱،۱۶۰،۴۲۵ (افغانی مقدار) ۲۰۷۷ (لیتر تیل دیزل را احتوا می‌نماید، قضایای متذکره به خاطر طی مراحل عندالموقع بعد از تحلیل و ارزیابی جهت تحقیق به لوی خارنوالی ارسال گردیده است. نوت: جزئیات آن در (بخش ششم این گزارش قابل ملاحظه است). (اداره عالی بررسی گزارش بررسی رعایت قوانین و مقررات، مصارف سال مالی ۱۳۹۵، ص ۴۳۴) این بدان معنا است که در سایر امور تخلف قابل ارجاع وجود نداشته است و این کجا قابل قبول است کشوری که از نظر فساد مالی رتبه اول و دوم را دارد؛ یعنی در طی یک سال مالی فقط همین ۱۹ مورد قابل ارجاع آن مربوط تیل قابل ارجاع به خارنوالی بوده است. یا در گزارش سال ۱۳۹۴ آمده است: «ه:



قضایای احاله شده به اداره لوی خارنوالی اداره عالی بررسی در جریان بازرسی‌های امور سال مالی ۱۳۹۴ و برخی سال‌های دیگر، موارد سوءاستفاده و حیف و میل داریی عامه را در برخی ادارات در مرکز و ولایات نیز تثبیت نموده که خسارت وارده در تعداد ۱۰ دوسیه (دوسیه جمعاً مبلغ) ۶۸۵۷۵۹۱۹ افغانی و ۲۰۸۰۱۷۳ دالر را احتوا می‌نماید، قضایای متذکره به خاطر طی مراحل عندالموقع بعد از تحلیل و ارزیابی جهت تحقیق به مقام محترم اداره لوی خارنوالی ارسال گردیده است. نوت: جزئیات آن در بخش ششم این گزارش قابل ملاحظه است.» (گزارش اداره عالی بررسی، پیرامون تفتیش رعایت قوانین و مقررات (مصارف) سال ۱۳۹۴، گزارش شماره ۳، سال ۱۳۹۶، ص ۴۶۴). اگر وضعیت این‌گونه باشد ما از نظر فساد وضعیت بسیار خوب داریم که ۱۰ دوسیه قابل ارجاع در کل یک سال وجود داشته است در حالی که در کشورهای پیشرفته و کمتر دچار فساد مالی این مقدار دوسیه قطعاً قابل ارجاع به نهادهای عدلی و قضایی وجود دارد. در گزارش سال ۱۳۹۰ اداره عالی تفتیش اصلاً بخش به نام قضایای قابل احاله به خارنوالی وجود ندارد. یا گزارش سال ۱۳۸۹ اصلاً گزارش نیست. چرا که در حد یک صفحه است یعنی یک سال مالی با موضوعات متعدد و گزارش در حد یک صفحه؟!

تازه در خارنوالی همین تعداد پرونده ارسال تلنبار می‌شود و رسیدگی صورت نمی‌گیرد و خود خارنوالی هم از نظر عامل و کارگزار مشکلاتی دارد. به‌عنوان مثال آقای لودین رئیس وقت اداره عالی مبارز با فساد اداری، خارنوالی را متهم می‌کند که به دوسیه مقام‌های بلندپایه که ارسالی رسیدگی نمی‌کند این اداره دوسیه‌های ارسالی را فاقد دلیل و سند می‌داند که قابل رسیدگی قضایی باشد. (لودین: لوی خارنوالی در قسمت بررسی دوسیه‌ها بی‌توجهی می‌کند دوشنبه ۷ حوت ۱۳۹۱،

(http://www.dailyafghanistan.com/national_detail.php?post_id=۱۲۷۰۶۶)

لوی خارنوالی مدعی العموم است و باید خود به کشف سند و مدرک اقدام کند تا احیاناً اگر جرم اتفاق افتاده باشد، مجرم مجازات شود.

بنابر این خروج نظارت اداره عالی تحت عنوان رعایت قوانین و مقررات بسیار ضعیف و نامنطبق با شرایط افغانستان است. این موضوع سه حالت دارد یا مقدار فساد



مالی در افغانستان کم است یا ارزیابی درست نشده است یا در نهاد تفتیش فساد وجود دارد که به احتمال زیاد سومی باشد. با این وضعیت مشخص می‌شود که در افغانستان کارگزاران نهادهای نظارتی مشکل دارند و تا این معضل حل نشود هیچ ساختاری مشکلی را حل نمی‌تواند.

نتیجه‌گیری

نظارت اداری بر امور مالی در افغانستان با کاستی‌های جدی روبرو است. خروجی نظارت چیزی قابل توجه نیست و تقریباً می‌توان آن را هیچ تلقی کرد. هدف نظارت مجازات مجرم مجازت و تنبیه متخلف است و باید نظارت خروجی مشخص داشته باشد و برای بازدارندگی نیز نظارت به خروجی مشخص نیاز دارد. از طرفی نظارت باید به کاهش فساد مالی کمک نماید، در حالی این پیامد را نظارت نداشته است. وانگهی در چارچوب نظریه ساختار - کارگزار بیشترین مشکل را کارگزاران نظارت اداری بر امور مالی دارد؛ زیرا از شخص اول مملکت گرفته تا مفتشان اداره کنترل و تفتیش داخلی از وارستگی لازم برخوردار نیستند و یکی از دلایل عدم خروجی مناسب برای نظارت همین موضوع است. از این‌رو، ما نیازمند اعمال انضباط‌های جدی بر ناظران هستیم و از طرف برای آینده به برنامه جدی فرهنگی و تربیت نیروی مناسب برای نظارت داریم و از اساس باید باورها و رفتارها تغییر نمایید. از سوی دیگر نظارت درون‌سازمانی از نظر تخصصی، مسلکی و آشنایی با مسائل اداری، شیوه مناسب است که در افغانستان از این جهت نیز به دلیل انتصابات و استخدام مشکل داریم. هم‌چنین از منظر استقلال با مشکل جدی روبرو است. از سوی دیگر نظارت‌کننده و نظارت شونده در نظارت سلسله‌مراتب و نظارت اداری درون‌سازمانی زمینه فساد و تبانی را به‌آسانی فراهم می‌سازد و این امر در جامعه بیمار مثل افغانستان زمینه‌ای آن بسیار فراهم است. نظارت اداری برون‌سازمانی (در اینجا اداره عالی تفتیش) با چالش‌های کمبود دفاتر ساحوی، کارگزاران ناوارسته و عدم خروجی مناسب روبرو است. نکته پایانی آن است که در افغانستان افراد یک جایگاه یا درک نمی‌کنند یا به لوازم آن ملتزم نیستند و به سمت به‌عنوان یک طعمه و فرصت نگاه می‌کنند تا یک مسئولیت و محل خدمت و حتی از این جهت مقامات



عالی نیز درجه اول نیز می‌لنگند حرمت جایگاه خود را حفظ نمی‌کنند و افراد فاسد اطراف آن‌ها را گرفته و مقامات عالی گویا از آن خبر ندارند؟!



فهرست منابع

الف) کتاب

۱. امامی، محمد، کلیات حقوق مالی نشر میزان، تهران، چاپ اول ۱۳۸۴.
۲. رضا موسی زاده، حقوق اداری، تهران، نشر میزان و دادگستر، چاپ دوم پاییز ۱۳۷۸.
۳. محمد راسخ، تعادل و نظارت در نظام حقوق اساسی، چ دوم، تهران: انتشارات دراک. ۱۳۹۰.

ب) مقاله

۴. هادی خدابخشی، لزوم نظارت قبل و حین خرج در نظام بودجه‌ریزی مبتنی بر عملکرد، شماره‌های ۱ و ۲ فروردین و اردیبهشت ۱۳۹۴.
۵. اداره عالی تفتیش، آمریت تفتیش عملکرد و محیطی، گزارش بازرسی عملکرد وزارت دفاعی ملی، ۱۳۹۳-۱۳۹۵.
۶. اداره عالی تفتیش، آمریت تفتیش عملکرد و محیطی، سال ۱۳۹۴، یافته‌های تفتیش مربوط به پروژه نمره (۴۲۰۰۲۲) AFG ساختمان سرک کوتل اونی الی مرکز بامیان صفحات، مختلف سایت اداره عالی تفتیش
۷. ارگان نشراتی اداره عالی تفتیش آمریت اطلاعات و ارتباط عامه، فصلنامه تفتیش شماره اول، سال ۱۳۹۶.
۸. اداره عالی بررسی، ریاست بررسی عملکرد و محیط‌زیست، بررسی عملکرد وزارت اقتصاد، سال‌های ۱۳۹۳-۱۳۹۵.
۹. سونامی فساد مالی و اداری در افغانستان / تحلیلی از ماندگار، زمان انتشار: ۱۶ جوزا، ۱۳۹۴ | ساعت: ۲۵: ۰۴.
۱۰. عبدالله قنبرلو، بررسی رویکردهای سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران از منظر مسئله کارگزار - ساختار، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال یازدهم، شماره دوم، تابستان ۱۳۷۸، شماره مسلسل ۴۰.

ج) قانون

۱۱. قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، مصوب ۳/۲۳/۱۳۸۴.
۱۲. قانون اداره عالی تفتیش، ماده دوم، مصوب ۹/۱۰/۱۳۹۱.
۱۳. مقررہ اداره و کنترل تفتیش داخلی
۱۴. ماده یک فرمان رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد تعدیل ماده شصت و یکم قانون

اداره امور مالی و مصارف عامه، ۱۳۹۱/۹/۶، جریده رسمی، ش.م. ۱۰۹۵؛ ۱۰۳۹۱/۲۰.

۱۵. قانون اساسی، مصوب ۱۳۸۲

۱۶. قانون کنترل و تفتیش داخلی

د) سایت‌ها

17. <https://af.shafaqna.com/FA/47401>

18. http://www.dailyafghanistan.com/national_detail.php?post_id=127066

19. <https://sao.gov.af/dr>



نگاهی به آرای فقهی راجع به حق مالکیت بر نشان‌های تجاری و صنعتی

محمد عیسی فهیمی*

* پوهنیار (استادیار) ماستر فقه و شرعیات، کادر علمی دانشکده فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل

چکیده

افزایش حجم مبادلات تجاری، رقابت شرکت‌ها در تولید محصولات کیفی و مرغوب‌تر، تنوع محصولات تجاری موجب پیدایش نام و نشان تجاری کالاها و فرآورده‌های صنعتی شد؛ به گونه‌ای که مصرف‌کننده کالا مبادرت به خرید اجناس و محصولاتی می‌نماید که نام و نشان تجاری شرکت خاص را با خود داشته باشد نام و نشانی که محصول با آن معروف و گره زده شده و آوازه‌ای نیک یافته است. خصوصیت بارز این علائم و نمودها ایجاد تمایز میان محصولات و تولیدات شرکت و موسسه‌ای خاص با سایر شرکت‌ها و مؤسسات و محصولات مشابه است بر علاوه تضمین رقابت سالم تجاری و کیفیت و مطلوبیت کالا از مهم‌ترین علل استفاده از نشانه‌های تجاری به شمار می‌روند. اهمیت نام و نشان‌های تجاری در مبادلات موجب پیدایش مباحث حقوقی فراوانی در این باره گردید که بحث کلان مالکیت فکری و به تبع آن بحث از پدیده مالکیت علائم صنعتی و تجاری به عنوان زیرشاخه‌های آن از جمله مباحث دشوار حقوقی در این زمینه است. همه‌ی نظام‌های حقوقی حمایت از حقوق مالکیت فکری و به دنبال آن حق مالکیت بر علائم صنعتی و تجاری را مورد توجه و مقررات و قوانینی را در این زمینه وضع نموده‌اند. در فقه اسلامی نیز کلیت حق مالکیت بر علائم

مزبور به رسمیت شناخته شده، هر چند که در منشأ چنین حقوق و برخی جزئیات آن اختلاف نظرهایی دیده می‌شود؛ بنابراین شرعیت حق مالکیت این علائم و نمودها و مالیت آن‌ها با جوهی قابل اثبات و از نظر فقهی امری پذیرفته شده به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: نشان، تجاری، صنعتی، حق، مالکیت.



گسترش دامنه فعالیت‌های تجاری، رقابت شرکت‌ها و مؤسسات تجاری در بازاریابی، ارائه محصولات و جلب توجه مصرف‌کنندگان، امکان جعل و تقلب و سوءاستفاده از نشانه‌های تجاری و در نتیجه اضرار به صاحبان و مالکان اصلی نشان‌های تجاری لزوم رعایت «حق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی» را بیش از قبل الزامی نموده است. در همین راستا کشورهای بسیاری قوانینی را به هدف حمایت از مالکیت فکری - معنوی و گونه‌های مختلف آن و از جمله حمایت از علائم تجاری و صنعتی وضع نموده‌اند؛ زیرا در عصر «جهانی‌شدن اقتصاد» نشان‌های تجاری تنها ابزار ادامه حیات و شناسایی هویت شرکت‌ها و تمایز دهنده محصولات آن‌ها در میدان رقابت‌های تجاری است. پیچیدگی در روش‌های فعالیت‌های تجاری، تفکیک و ایجاد تمایز محصولات شرکت‌ها و مؤسسات صنعتی و تجاری از همدیگر با استفاده از علائم و نشانه‌ها، «تأثیر هرگونه نوسان اقتصادی در یک گوشه از جهان بر دیگر اقتصادها» لزوم حمایت قانونی و همه‌جانبه از علائم تجاری را بیش از پیش نمایان می‌سازد. نقض حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی با هر روشی که صورت گیرد به خاطر اثرات سوئی که بر مبادلات تجاری و ایراد آسیب‌هایی که بر صاحبان اصلی این علائم وارد می‌کند؛ در نظام‌های حقوقی مشتمل بر مسئولیت مدنی و از نظر کیفری نیز جرم تلقی شده و در مواردی مجازات سنگین نیز برای متخلفان در نظر گرفته شده است. در نظام حقوقی اسلام (فقه) بحث مالکیت فکری و معنوی به صورت عام و بحث از علائم تجاری و صنعتی به طور خاص از موضوعات مستحدث و نوظهور فقهی و در سالیان اخیر در برخی آثار فقهی مطرح گردیده است. یافته‌های آرای فقها به صورت اجمال نشان‌دهنده‌ی پذیرش مالکیت فکری و معنوی و در ضمانان مالکیت صنعتی و تجاری به استناد اصول و قواعد عام موجود در شریعت اسلامی است. نوشتار پیش رو می‌کوشد در خصوص حق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی گزارش مختصری از آرای فقها را در این زمینه ارائه دهد.



۱. پیشینه بحث

پیدایش مقوله‌ی مالکیت علائم صنعتی و تجاری و اصطلاحات مرتبط به آن، به دنبال بحث حقوق مالکیت فکری - معنوی مطرح و از دستاوردهای پیشرفت علمی و صنعتی غرب به شمار می‌رود. پیشرفت‌های علمی و وسایل ارتباطی جوانب گوناگون زندگی بشری و از جمله فعالیت‌های تجاری و امور مرتبط بدان را دستخوش تغییر قرار داد و اثراتی را بر فعالیت‌های تجاری بر جای نهاد (بوطی: ۱۴۲۲، ۲۲۶). برخی سابقه بحث از مالکیت صنعتی را به اروپای باستان و سال‌های ۵۱۰ ق. م، ارجاع داده و از رسم آنان برقرار دادن نشانه‌ای جهت شناسایی و حتی کیفیت اشیای ساخته شده در کارگاه مبدأ به عنوان رسمیت و پذیرش حق بر علامت صنعتی و تجاری دران زمان یاد نموده‌اند و وجود علائمی در کارگاه‌های زرگری و طلاکاری در قرون وسطی را ادامه چنین گرایشی دانسته‌اند.

در قرون اخیر ورود مالکیت صنعتی و تجاری را به قانون «ونیزی» ۱۹ مارس ۱۴۷۴ م و بهتر از آن به فرمان‌های حمایتی «ژان» پادشاه فرانسه منتسب می‌دانند. تلاش‌های مشهود و اثر بخش در این زمینه به سال ۱۸۸۳ م مربوط می‌شود که فعالیت‌های زیادی برای جهانی نمودن مقررات مالکیت علائم صنعتی (مارک) صورت گرفت و منجر به تفاهم‌های بین المللی و از جمله کنوانسیون پاریس در سال ۱۸۸۳ م شد و البته اندکی پیش از آن قانون مربوط به علائم به تاریخ ۲۳ ژوئن ۱۸۷۵ وضع شده بود که دران حق انحصاری بهره‌گیری از علائم و تشریفات مربوط به انتشار علائم پیش‌بینی شده بود (شمس: ۱۳۹۶، ۱۰ - ۱۷). بدین ترتیب حق مالکیت صنعتی و تجاری در نظام حقوقی کشورها مورد حمایت واقع شد و امروزه هر کشوری قوانینی را در راستای حمایت از این حقوق وضع و پذیرفته‌اند.

۲. تعریف علائم صنعتی و تجاری

علائم صنعتی و تجارتی غالباً به عنوان واژگان مترادف و به انگلیسی Mark Trade نامیده می‌شود. علامت تجارتی به مثابه یک اسم عام، برای معرفی کالاهای مختلف یک تجارتخانه به کار می‌رود در صورتی که علامت صنعتی برای مشخص کردن نوعی از محصول به کار می‌رود؛ مثلاً ممکن است کارخانه‌ای دارای یک علامت تجارتی باشد

که داروهای مختلفی را که هر کدام علامت صنعتی به خصوصی دارند، به بازار عرضه کند با وجود تفاوت علامت صنعتی و تجارتي در عمل و اصطلاح این دو واژه غالباً به جای یکدیگر به کار می‌روند (همان، ۲۹). ویژگی مهم علامت صنعتی و تجارتي متمایز سازی محصول و خدمات یک شرکت، در مقایسه با محصولات و خدمات شرکت‌های دیگر است این علائم متمایز کننده که بسیار هم متنوع و در اشکال و کلمات مختلف هستند در حقیقت ابزارهای هستند؛ که برای تشخیص محصولات، خدمات شرکت‌ها از یکدیگر در یک بازار به کار گرفته می‌شوند و به نام «مارک» و «ارم» و... یاد می‌شود و ممکن است به شکل کلمات، امضا، حروف، رموز، نقوش و... یا هر چیزی دیگری که بتواند فرآورده‌های صنعتی، تجارتي را متمایز سازد وجود داشته باشد. (ابراهیم الموسی: ۲۰۱۵ م، ۳۷۸)

در تعریف مارک و ارم گفته شده: «نشانه‌ای است مشخص کننده که می‌تواند روی محصول قرار گیرد یا همراه با ارائه خدمات یا بازاریابی محصول مطرح شود. کاربرد آن آگاه سازی مردم در رابطه با مبدأ صنعتی یا تجاری یا خدمات است در واقع این گونه علائم به طور غیر مستقیم ضمانتی هستند برای کیفیت، چرا که مصرف کننده انتظار دارد از کالا و خدمات همراه با علامت تجاری کیفیت و استاندارد پویایی را دریافت کند». (شمس: همان، ۳۱)

۳. کارکردهای علائم تجاری

استفاده از علائم تجاری و حق مالکیت آن کارکردهای متنوعی دارند و عمدتاً به این موارد اشاره می‌کنند. کنترل منشأ یا کیفیت محصول و خدمات، وسیله‌ی تضمین اصلیت و مرغوبیت محصولات، ابزاری برای بازاریابی و تبلیغات و ارائه تصویری از محصولات بنگاه‌های تجاری، تمایز نهادن میان یک کالا از کالاهای مشابه، جلب تعداد بیشتری از مشتریان و مصرف‌کنندگان، تسلط بر رقابت کالاها و به عنوان استراتژی رقابتی به هنگام عرضه محصول و خدمت نوین توسط شرکت مالک علامت از مهم‌ترین کارکردهای علائم تجاری می‌توان نام برد. (همان: ۳۲ و ۳۵؛ و زحیلی: ۱۴۳۰، ۵۸۸)



۴. تفاوت مالکیت صنعتی و تجارتي با مالکیت ادبی- هنری

با این که حقوق مالکیت فکری دارای دو شاخه ادبی و صنعتی است (حکمت نیا: ۱۳۸۶، ۴۷). تفکیک دقیق و تعیین مرز میان این دو شاخه از حقوق مالکیت فکری و معنوی (حقوق مالکیت صنعتی و تجارتي- مالکیت ادبی و هنری) تا حدودی دشوار به نظر می‌رسد در وجه تمایز این دو شاخه از حقوق مالکیت فکری گفته شده «حقوق مالکیت صنعتی در سطح ملی توسط دولت‌ها و گاه به واسطه سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای سازمان‌دهی می‌شود؛ اما مالکیت بر آثار ادبی و هنری جدای از دخالت دولت بلافاصله به دنبال آفرینش اثر به وجود می‌آید در مالکیت صنعتی گواهی‌نامه‌ی ثبت است که حق مالکیت را برای آفریننده اثر به وجود می‌آورد و به وی اجازه می‌دهد در صورت تقلب و کپی‌برداری به محاکم ذی صلاح شکایت کند. (شمس: همان، ۲۸) برخی در وجه تمایز این دو گفته‌اند مالکیت صنعتی عموماً اهداف و ماهیت فنی و صنعتی دارند و شامل حق اختراع، مدل‌های سودمند، طرح‌ها و مدل‌های صنعتی، علائم تولیدی یا تجارتي، علائم خدماتی، نام‌های تجارتي، نشانه‌های منشأ و نام اصلی و همین‌طور مقابله با رقابت ناسالم است ولی مالکیت ادبی دارای طبیعت و گرایش زیباشناسی و فاقد اهداف فنی و صنعتی و شامل حقوق مؤلف، هنرمند، اجراکنندگان آثار صوتی و... هدف حمایت از فعالیت‌ها و آفریده‌های زیباشناسانه است (همان: ۲۲ و ۲۳).

قابلیت پیوند برخی از مسائل به هر دو شاخه حقوق مالکیت ادبی و هنری- صنعتی و تجارتي تفکیک این دو شاخه مهم حقوق مالکیت فکری را با تردید و دشواری مواجه نموده است مثلاً حقوق مربوط به نرم‌افزارها و برنامه‌های کمپیوتری میان این دو شاخه در نوسان است از این که این آفریده‌ها مربوط به زبان هستند باید در ردیف آثار ادبی و هنری قرار گیرند و از این جهت که ماهیت آن‌ها بیشتر فنی است باید در ردیف آثار صنعتی و تجاری قرار گیرند یا طراحی و مدل‌های صنعتی می‌توانند از دو نوع حمایت ادبی و هنری و حقوق مؤلف و می‌توانند در چارچوب مالکیت صنعتی مورد حمایت قرار گیرند. (همان: ۲۳ و ۲۴)



۵. جایگاه فقهی مسئله مورد بحث

پیش از بحث در زمینه حقوق مالکیت صنعتی و تجارتی ضروری است نگاه کلی به بحث مالکیت فکری در فقه داشته باشیم که بحث کنونی ما بدان وابسته است در متون فقهی سالیان اخیر بحث از مالکیت فکری به صورت عام و زیرشاخه‌های آن به صورت خاص از مباحث جدید فقه قلمداد می‌شود. (زحیلی: ۱۴۲۹، ۱۱۳)، فقهای معاصر ضمن اذعان به نوظهوری بحث در ضمن بررسی‌های فقهی به صورت موردی به این مسئله توجه نموده‌اند و تحت عناوینی مانند «حکم مصنفات فیه» «حق تألیف» «حق ابتکار» «اسم تجاری» «علامت تجاری» «حق ابداع» «حق ادبی» و... در ضمن مباحث «عقود» و «معاملات مالی» راجع به این موضوع توجه نشان داده‌اند که در دو بخش ذیل به گزارش آرای برخی از آن‌ها پرداخته می‌شود.

۵. ۱. دیدگاه فقه‌های اهل سنت

از میان فقه‌های اهل سنت دیدگاه استاد مصطفی زرقا در این خصوص بیشتر مورد توجه قرار گرفته است وی تحت عنوان «حق ابتکار» از نوع سوم حقوق مالی نام برده که نه در ضمن حق مالی عینی و نه در حق شخصی مندرج نیست و می‌نویسد «نوعی سومی از حقوق مالی، اقتصادی، فرهنگی جدیدی وجود دارد که قوانین موضوعه و تفاهات بین‌المللی آن را تنظیم و برخی از حقوقدانان به نام «حقوق ادبی» از آن یاد نموده‌اند مانند حق مخترع، حق مؤلف و هرگونه تولید و محصولی که نتیجه و اثر ابتکار فنی و صنعتی است تمام این افراد حق دارند که آنچه را اختراع و تولید نموده‌اند منتسب و ملک خودشان دانسته و از منافع مالی که از طریق نشر و گسترش آن‌ها به دست می‌آورند بهره ببرند و از همین نمونه علائم متمایز کننده‌ای صنعتی و عناوین تجارتی و امتیاز صدور نشریات و... را با شرایط و محدودیت‌هایی که قوانین محلی و توافقات بین‌المللی پذیرفته است می‌توان نام برد».

وی افزوده که این نوع حقوق زائیده‌ی عوامل مدنی و اقتصادی جدید و در قوانین قدیمی شناخته شده نیست این نوع حق نه از حقوق عینی شمرده می‌شود زیرا مستقیماً به شیء مادی معین ارتباط نمی‌یابد و نه از حقوق شخصی زیرا صاحب حق هیچ تکلیف خاصی را بر شخص معین دیگر نمی‌تواند تحمیل کند بلکه غرض از





پذیرش این نوع حق تشویق اختراع و ابتکار بوده تا افرادی تلاش و اختراع و ابتکاری را انجام دهند و مطمئن باشند که منافع اختراع و ابتکار اختصاص به خود آنان داشته و از سوی استفاده کنندگان نتایج ابتکار و تراوشات فکری، آنان مورد حمایت قرار می گیرند زرقا به استناد مصالح مرسله این نوع حقوق مالی را قابل توجیه دانسته و تعبیر «حقوق ابتکار» را به جای «حقوق ادبی» ترجیح می دهد به دلیل این که نام «حقوق ادبی» محدودیت دارد و با بسیاری از افراد این نوع نمی سازد؛ مانند علائم متمایزکننده ای تجاری، ابزارهای صنعتی ابتکاری، عناوین محل های تجارتي که ارتباطی به ادب و تراوش محصول فکری ندارد اما عنوان حق ابتکار هم شامل حقوق ادبی، مانند حق مؤلف و هم شامل امتیاز صدور نشریات و روزنامه ها و هم شامل حق هنرمند نسبت به اثر هنری او و هم شامل حقوق صنعتی و تجارتي است که به نام مالکیت صنعتی یاد می شود، مانند حق مخترع ابزار، حق مبدع علامت فارقه و مبتکر عنوان تجاری که مشهور شده و جلب اطمینان نموده است. (حائری: ۱۴۲۳، ۱۵۸ و ۱۵۹)

۵. ۲. دیدگاه فقهای شیعه

در آثار فقهی فقهای معاصر شیعه در برخی کتب فتوایی و همین طور در برخی کتاب های فقهی استدلالی بحث از مصادیق مالکیت فکری به میان آمده استاد کاظم حائری و جعفر سبحانی از زمره کسانی هستند که این بحث را در آثار استدلالی شان مورد توجه قرار داده اند حائری پس از نقل سخنان پیشین زرقا و استناد وی را به مصالح مرسله برای توجیه حق مالی ابتکار نپذیرفته و به جای اصل مصالح مرسله اصل ولایت فقیه را جای گزین نموده و معتقد است که ولی فقیه هر زمان مصلحت جامعه را در سطحی تشخیص دهد که جامعه را ملزم به پذیرش و رعایت این نوع حقوق نماید می تواند در جهت تثبیت این نوع حقوق اعمال ولایت نماید بدین ترتیب فقیه می تواند طبع و نشر تألیف شخصی را بدون اذن مؤلفان تحریم نماید که در این صورت مؤلف می تواند در برابر اجازه طبع تألیف کتابش پولی را دریافت بدارد و اگر بدون اذن و رضایت مؤلف کتاب طبع گردد باید قیمت حق طبع به مؤلف پرداخت گردد و این همانند پرداخت مالیات بر مردم است که بر اساس اصل ولایت فقیه لازم می گردد اما اگر ولی امر از اعمال صلاحیت خود برای تثبیت این حقوق چشم ببوشد آیا امکان

اثبات این حقوق در فقه اسلامی وجود دارد یا نه؟ سؤالی است که استاد حائری خود مطرح ولی پاسخی ارائه نکرده است. (حائری، ۱۵۹)

۶. شرعیت حق مالکیت بر نشان تجاری، صنعتی

در کتب فقهی برای اشاره به مسئله مورد بحث بیشتر از عنوان «اسم تجاری» استفاده شده اسم و نام تجاری اصطلاحی است که برای تعبیر از ارم تجاری، عنوان محل تجاری و خصوصیت محل تجاری به کار می‌رود ارم تجاری امروزه همان مارک ثبت شده است که بیانگر نوعی خاص از جنس است که آن را از باقی اجناس متمایز می‌سازد عنوان محل تجاری نامی است که محل تجاری به مرور زمان به آن نام شهرت یافته به گونه‌ای که آن محل تجاری با همین نام اعلان شده مشهور و عینیت و تجسم یافته است خصوصیت محل تجاری یعنی مکان و موقعیتی که در اثر طرح و تلاش صاحب محل موقعیت ویژه‌ای پیدا نموده است از میان کاربردهای مزبور مقصود از اسم تجاری ارم تجاری ثبت شده است که موجب تمایز جنس از بقیه اجناس در بسیاری از خصوصیات است و نیز مقصود نام تجاری محلی است که در مروران مسمی شده است. (ابراهیم الموسی، ۳۷۸)

معنای سوم نام تجاری که امروزه به نام سرقفلی یاد می‌گردد شامل بحث مانمی باشد سرقفلی اصطلاحی است که علاوه بر پرداخت قیمت یا اجاره زمین مبلغی در برابر امتیاز و اهمیتی که یک موقعیت تجاری دارد پرداخت می‌گردد آنچه تحت نام تجاری و نشان تجاری راجع به آن بحث می‌شود همان دو معنای نخست است (بوطی، ۱۱۳) و مقصود از حق همان اختصاص و انحصار نسبت به یک شیء است با این توضیح سؤال این است که تعریف حق به رابطه‌ای میان تاجر و ارم و مارکی را که او برای کالای خود انتخاب نموده منطبق است یا خیر؟ و آیا تاجر می‌تواند شرعاً به صورت انحصاری از این مارک استفاده به گونه‌ای که دیگران شرعاً جواز حق استفاده از ارم را نداشته باشند؟ جواب پرسش مزبور این است که هدف استفاده از ارم و نام تجاری حداکثر معرفی کالایی است که تنها سازنده و مبتکران به صورت انحصاری و متمایز می‌تواند آن را با کیفیت عالی ساخته و از طریق ارم و مارک از کالاهای مشابه تمایز دهد و رابطه موجود میانان کالای صنعتی و اسم و نشان انتخابی در حقیقت همانند رابطه‌ای است





که میان نویسنده و افکار علمی او وجود دارد که نویسنده مستقلاً به ابداعان افکار پرداخته است و همان گونه که نسبت افکار به پدیدآورنده آن حق شرعی غیرقابل انکار و دست درازی است نتیجه تلاش های صنعتی نیز حق شرعی بوده و تجاوز بران ناروا و جواز ندارد با این تفاوت که مؤلفات و آثار علمی معمولاً به دلیل نوشتن اسامی مؤلفین آن ها غیرقابل تقلب و کسی نمی تواند خود را جای نویسنده معرفی نماید ولی کالاهای صنعتی به مجرد ورود در بازار نسبتش با کارخانه ای که ساخت کالا دران انجام شده قطع می گردد پس ارم و مارک تجاری ثبت شده همانند ذکر و ثبت نام مؤلف بر کتاب است ارم و مارک تجاری نشان دهنده حقی برای صاحب صنعت و ابداع بوده و در عرف تجاری از حقوق اکتسابی صاحب صنعت شناخته می شود و حق همان گونه که به اعیان مادی تعلق می گیرد به تلاش های معنوی و توان و قدرت ابداعی مربوط به افکار و صنایع نیز تعلق می گیرد. (ابراهیم الموسی، ۳۸۰)

فایده به رسمیت شناختن چنین حقی برای پدیدآورنده صنعت دوا امر می تواند باشد نخست برای تاجر از این جهت که کالای او با استقبال فراوان مواجه و باعث سودآوری بیشتر و تأثیرگذاری تاجر در عرصه ای تجارت است فایده دومان برای مصرف کننده است از این جهت که راه دستیابی او را به کالای کیفی مطلوب او را هموار می سازد و هرگاه عرف حاکم بر تجارت چنین حقی را بپذیرد می توان گفت که منشأ ثبوت این حق شرعی عرف است زیرا عرف می تواند مرجع اساسی در تثبیت حقوق شرعی باشد و نتیجه آن که نام و مارک تجاری امتیاز و حق انحصاری برای صاحب کالا به شمار می آید. (بوطی، ۱۱۶ و ۱۱۷)

۷. دلایل شرعی بودن حق مالکیت بر علائم صنعتی و تجاری

برای اثبات مشروعیت حق مالکیت بر علائم صنعتی و تجاری وجوهی بیان شده اند صلاحیت بسیاری از این وجوه برای اثبات چنین امری از سوی برخی فقها مورد تردید واقع شده که در ذیل به تبیین وجوه ارائه شده و مناقشه ای صورت گرفته راجع به آن ها اشاره می شود.

۱.۷. ارتکاز عقلایی

ارتکاز عبارت است از رسوخ مفهومی خاص در ذهن همه یا اکثر و یا گروهی از مردم و در مورد بحث ارتکاز بدین معناست که تمام عقلای عالم افراد را برخوردار از حق مالکیت بر علائم صنعتی و تجاری می‌دانند و مانعی هم از پذیرش این مفهوم وجود ندارد. ارتکاز عقلایی با این ایراد روبرو است که ارتکاز جدید بوده و در زمان پیشوایان دینی سابقه ندارد و عدم رد ارتکاز نمی‌تواند دلیل بر امضا و تأیید آن باشد برخی ارتکاز عقلایی را در مورد مالکیت معنوی و به تبعان مالکیت بر علائم صنعتی و تجاری را بر توسعه در مصادیق مرتکزات دیگر عقلایی قیاس نموده و گفته‌اند همان گونه که ارتکاز عقلا در مورد مملکت حیات که در زمان معصوم تنها مصادیق خارجی و بیرونیان حیات، حیات‌زی بود که با دست صورت می‌گرفت و امروزه حیات‌ها با ابزارهای جدید صنعتی صورت می‌گیرد و حیات با ابزارهای جدید صنعتی هم می‌تواند از اسباب مملکت باشد و عدم رد می‌تواند دلیل بر امضایان باشد در بحث مورد نظر نیز ثبوت حقوقی مانند حقوق ادبی یا ابتکار نوعی توسعه در مصادیق ارتکازات عقلایی بوده و با عدم رد می‌توان این ارتکاز را پذیرفت.

این قیاس پذیرفتنی نیست و عدم رد دلیل امضا و تأیید ارتکاز نمی‌تواند باشد جز با این توجیه که توسعه در مصادیق ارتکاز توسعه در خود ارتکاز نیست بلکه توسعه در مصادیق ارتکاز و یافتن مصادیق جدیدی برای قضیه مرتکزه است (حائری، ۱۶۰). توضیح: مناشی و بنیادهای اولیه ملکیت اعتباری در ارتکاز عقلا دو چیز است یکی حیات و دیگری عمل و ساخت حیات موجب ملکیت اشیای منقول و عمل و ساخت موجب ملکیت اشیای غیرمنقول همانند احیاء و تعمیر زمین، حفر چاه‌های آب و امثال آن است عمل و ساخت اختصاص به اشیای غیرمنقول مادی ندارد بلکه در بسیاری از امور معنوی و از جمله تألیف کتاب که مؤلف پدیدآورنده شخصیت معنوی یعنی شخصیت تئوری و نظری و انتزاعی کتاب است نیز تحقق می‌یابد زحمت پدیدآوری کتاب و کار تألیف کتاب و رنج و زحمتان به مراتب قوی‌تر و شدیدتر از احیای زمین و حفر چاه آب و... است به خصوص در مواردی که کار روی کتاب محدود به تألیف، تبویب، جمع‌آوری و ترتیبان نشده بلکه ابداعات و ابتکارات جدیدی در کار است که





توسط کتاب آفریده می‌شود آنچه در ذهن عقلا رسوخ و ارتکاز یافته مملکت عمل و ساخت است که شامل ساخت و آفرینش امور معنوی هم است نهایتان که امور معنوی در زمان‌های متأخر به وجود آمده و در زمان معصوم نبوده‌اند و این یعنی توسعه در مصداق و تطبیق نه در اصل ارتکاز.

این توجیه نیز درست نیست زیرا این نوع کارها و آفرینش‌های معنوی ولو در سطح محدود و پایینان در زمان معصوم هم وجود داشته دران زمان نیز تألیفات و ابداعات مترقیانه در مقایسه با آن زمان رواج داشته ولی ارتکازی در مورد مالکیتان آفریده‌ها از ناحیه مؤلف و مبدع وجود نداشته و حداقل در وجود چنین ارتکازی در آن زمان تردید است شاید علت نبود چنین ارتکازی نبود آگاهی از نیاز برای به رسمیت شناختن و اعتبار ملکیت معنوی بوده است زیرا دران زمان زمینه برای سوءاستفاده از امر نظری و تئوریک نبود زیرا طبع و نشر و تقلید فنون و صناعات به این اندازه گسترده نبود اعتبار و به رسمیت شناختن ملکیت معنوی نیاز جدیدی می‌باشد که در اثر تکامل ابزارها، گسترش امکانات، باز شدن درهای فراوان سوءاستفاده است.

۲.۷. ملکیت انسان نسبت به اعمال، عهده‌ها، جوارح و اعضاء و نتایج اعمالش ملکیت اعتباری نیست بلکه ملکیت تکوینی است بدین معنا که انسان تکویناً بر اعمال، رفتار و... خود سلطنت دارد و عقلاً هیچ نیازی به جعل و به رسمیت بخشیدن به سلطه اعتباری در این موارد نمی‌بیند و سلطه تکوینی را در این موارد کافی می‌داند و همین ملکیت تکوینی موضوع حق اختصاص و اولویت انسان بران اعمال و نتایج است و نیازی به استدلال به ارتکاز عقلایی نیست تا شک به ثبوت این ارتکاز در زمان معصوم داشته باشیم بلکه باید به روایاتی استدلال نمود که بر عدم جواز تصرف در مال غیر بدون اذن غیر دلالت دارند. وقتی اولویت انسان در مقایسه با نتایج اعمال او ثابت شود مثلاً وجود تئوریک و نظری کتاب از نتایج صاحب کتاب است و کتاب تکویناً مملوک است نه اعتباراً و تصرف در کتاب مانند چاپان بدون اجازه صاحبان تصرف در مال غیر و به حکم روایات نهی شده است.

ایراد وارده بر دلیل مزبور این است که ما روایات ناهی از تصرف در مال غیر بدون اجازه مالکان را قبول داریم ولی نسبت به ملکیت تکوینی باید گفت مقصود از ملکیت

تکوینی، سلطه تکوینی انسان بر خود اعمال است نه نتایج اعمال که تکوینا جدای از انسان و خارج از انسان است مثلاً وضعیت کتاب به معنای وجود نظری و تئوری پس از ایجادان توسط مؤلف و عینیت یافتن در قالب کتاب خارجی مانند نسبت خانه‌ای بنا یافته به سازنده و بنایان است هم چنان که صاحب‌خانه بر خانه سلطنت تکوینی ندارد مؤلف کتاب هم نسبت به کتاب سلطنت تکوینی نداشته و هر دو نیاز به سلطنت اعتباری ارتکازی دارند و وقتی سخن به ارتکاز برسد همان محذور قبلی برمی‌گردد.

۳.۷. دلیل سوم اولویت انسان نسبت به عمل و نتایج عملش امری عقلی است نه یک امر صرفاً ارتکازی عقلایی و انسان نسبت به عمل و نتایج عمل خود در مقایسه با سایر مردم اولویت دارد نه نسبت به خداوند متعال و شریعت اسلامی. (همان، ۱۶۳)، بلی اگر حکمی در شریعت رسیده باشد که انسان در برابر بهره‌گیری دیگران از عمل و نتایج عملش تسلیم شود انسان باید تسلیم گردد و وصول چنین حکمی باعث تغییر موضوع می‌گردد زیرا آنچه را عقل درک نموده اولویت انسان نسبت به عمل و نتایج عملش است و این منافات با بهره‌گیری و استفاده دیگران بر اساس حکم رسیده از شریعت ندارد زیرا در قبال شریعت اولویتی نیست پس بهره‌گیری دیگران از عمل و نتایج عمل انسان نیازمند وجود حکم شرعی است و چنین حکم شرعی یافت نشده و در نتیجه موضوع حکم عقلی به قوت خود باقی و استفاده دیگران از نتیجه اعمال تألیفی یا فنی و مانند آن ناشی از حکم شرعی نبوده و انسان به حکم عقل بر اعمال و نتایج اعمال خود بر دیگران اولویت دارد.

پاسخ این دلیل این است که حکم عقل راجع به اولویت انسان نسبت به عمل و نتایج عملش را تا زمانی که از سوی شرع حکمی در مورد استفاده دیگران از عمل و نتایج عمل انسان نرسیده قبول داریم اما این سخن در مورد سلطه تکوینی بر اعمال است اما در دایره نتایج اعمال حکمی غیر از حکم عقلا و ارتکاز آنان نیست و دوباره استدلال به همان وجه اول برمی‌گردد که عدم تمامیتان به اثبات رسید.

۴.۷. استدلال به قاعده لاضرر و لاضرار استفاده دیگران از نتایج عمل مؤلف، هنرمند و... اضرار به آنان و قاعده مزبور ایراد ضرر به غیر را نفی می‌کند. استدلال به این قاعده نیز ناتمام است زیرا اضرار در بحث اموال و حقوق معنایش سلب و گرفتن حق





و مال است. سلب مال و حق در صورتی معنا دارد که مال و حق و صاحب مال و حق بودن ثابت شده باشد و این آغاز سخن است که حقوق معنوی حق شمرده می‌شوند یا نه، اگر حق بودن امور معنوی ثابت و مسلم باشد دیگر نیازی نیست که با استناد به قاعده لاضرر در صدد اثبات حق بودن آن باشیم و اثبات حق بودن پیش از قاعده لاضرر به همان دلیل اولی که ارتکاز عقلایی باشد، برمی‌گردد که ناتمام به نظر رسید.

۵.۷. معاملاتی که بر این حقوق واقع می‌شوند معاملات عقلایی هستند و اطلاق اوفو بالعقود و سایر اطلاقات و عمومات آن را شامل می‌شود جواب این دلیلان است که دلالت اوفو بالعقود و هر اطلاق دیگری بر صحت عقد مورد قبول است اما پس از ثبوت مالیت و حق بودن امری چون اطلاقات بدون تردید شامل مواردی است که از نظر شریعت داخل در ملک عاقد و حق او باشد پس اگر حق و مال بودن امری از نظر عقلایی ثابت باشد عقد نیز از صحت عقلایی برخوردار است نه از صحت شرعی جز با استفاده از ارتکاز که همان وجه اول است اما اگر مال و حق بودن شئی شرعاً ثابت شده باشد، معامله از صحت شرعی برخوردار است و در صورت شک در حق و مال بودن امری استدلال به اوفو بالعقود تمسک و استدلال به عام در شبهه‌ای مصداقیه است که بحث فنی خود را دارد. (همان، ۱۶۵)

فقه‌های اهل سنت نیز در فتاوایشان پس از بحث و بررسی دیدگاه‌ها و نظرات متخصصان در موضوع حقوق معنوی به ابراز نظر شرعی در این باره پرداخته و گفته‌اند اسم تجاری، عنوان و علامت تجاری، تألیف، اختراع، ابتکار از حقوق اختصاصی صاحبان این عناوین بوده و در عرف معاصر دارای ارزش مالی و اعتدای بر این حقوق جایز نیست این نظر در مجمع فقه اسلامی سازمان کنفرانس اسلامی در جده مورد تصویب قرار گرفته است (علی جمعه، محمد و دیگران: ۱۴۳۰، ۴۲۵) در فتاوای فقه‌های شیعه نیز عناوین و نام تجاری از حقوق اختصاصی مالکان آن‌ها دانسته شده و لذا در پاسخ سؤال آمده «آیا عناوین و نام‌های تجاری فروشگاه‌ها و شرکت‌ها مختص مالکان آن‌هاست به طوری که دیگران حق نام‌گذاری فروشگاه‌ها و شرکت‌های خود را به آن نام‌ها ندارند؟ به عنوان مثال فردی فروشگاهی به نام خانوادگی اش دارد آیا فرد دیگری از همان خانواده حق دارد فروشگاه خود را به آن اسم نام‌گذاری کند؟ و

آیا فردی از خانواده‌های دیگر حق نام‌گذاری فروشگاه خود را به آن اسم دارد؟ جواب در مفروض سؤال اشکال ندارد لکن غیر خانواده باید تحصیل اجازه نماید». (مدنی تبریزی: ۱۳۸۸، ۳۷۰)

۸. مالیت اسم تجاری

پس از اثبات حق شرعی بودن نام و نشان تجاری در ضمن حق بودن مالکیت فکری برای صاحبان سؤال این است که آیا این حق دارای ارزش و منفعت مالی است و آیا حق مالی است؟ دیدگاه‌ها در این خصوص متفاوت اند که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود.

۸.۱. برخی از علمای احناف حق ابتکار و تألیف و... را با این که از منافع می‌دانند معتقدند که منافع مالیت نداشته و باید مجانا بذل شوند و قابل معاوضه مالی نبوده گرفتن عوض در برابران جایز نیست. (زحیلی، ۵۹۰)، این گروه مالیت اشیا را در گرو دو عنصر امکان حیازت و احراز و امکان انتفاع عادی و عرفی یک شیء می‌دانند از این رو اشیایی را که امکان حیازت و احراز ندارند مانند امور معنوی از قبیل علم و شرف و اشیای را که امکان انتفاع از آن‌ها وجود ندارد یا به خاطر ضرری که دارد مانند گوشت مردار و غذای مسموم و فاسد و یا به خاطر ناچیز بودن آن مانند دانه گندم اموال گفته نمی‌شوند زیرا مال یعنی چیزی که دارای ویژگی محسوس و مادی باشد منافع و حقوق بر این اساس اموال گفته نمی‌شوند بلکه ملک گفته می‌شوند زیرا منافع و حقوق ذاتاً امکان حیازت ندارند و هرگاه موجود شوند از بقا و استمرار برخوردار نبوده تدریجاً به وجود آمده و از بین می‌روند و لذا حقوق صرف مانند حق شفعه، حق حضانت، حق ولایت و حق مدعی نسبت به تحلیف خصم و حق زن در قسم و... قابل معاوضه نیستند زیرا این حقوق را شرع برای دفع ضرر از صاحبان حق پذیرفته است و آنچه برای دفع ضرر ثابت شده است قابلیت مصالحه و معاوضه را ندارند.

حقوقی هم وجود دارند که اصالتاً برای صاحبانش ثابت است نه برای رفع ضرر مانند حق ولی مقتول در قصاص قاتل و حق زوج در بقای عقد ازدواج و استمرار زوجیت در این نوع حقوق گرفتن عوض و معاوضه مالی جایز است و لذا ولی مقتول می‌تواند حق قصاص خود را در مقابل گرفتن مال از قاتل و زوج در برابر گرفتن مال از زوجه (عوض خلع) از حق خود کوتاه آمده و ازدواج را فسخ نماید و از همین حقوق





قسم دوم است حق ارتفاق، حق شرب، حق مسیل که معاوضه مالی بر آن‌ها جایز است زیرا این حقوق برای صاحبان از اول شرعاً ثابت است و کوتاه آمدن از این حقوق در برابر گرفتن مال میان مردم متعارف است.

حق ملکیت ادبی - هنری، صنعتی، (حقوق معنوی) و از جمله فروش نام تجاری و پروانه تجاری از همین قسم دوم هستند این نوع حق برای صاحبان فقط برای دفع ضرر ثابت نشده بلکه این حق از ابتدا و در اثر تلاش و زحمت صاحب نام تجاری به وجود آمده پس حق صاحب نام تجاری حق اصیل و معاوضه مالی بران جایز است به خصوص که عرف عام معاوضه مالی و گرفتن عوض را در برابر این حق پذیرفته است، همان‌گونه که پروانه و جواز کسب دارای ارزش مالی در بین مردم است زیرا دست یافتن به جواز کسب بدون تلاش‌های پیگیر و مداوم و پرداخت عوارض برای دولت امکان ندارد پس پروانه و جواز کسب ملک صاحبان جواز است و چون ملک آنان است این نوع حقوق قابل معاوضه مالی است. (همان، ۵۹۱)

۲.۸. فقهای متأخر احناف امکان حیازت و احراز و عینیت مادی را از مقومات مالیت اشیا نمی‌دانند و در تعریف مال، مال را به هر چیزی اطلاق و به کار می‌برند که تحت قیمت‌گذاری قیمت گذار قرار می‌گیرد این تعریف می‌رساند که هر آنچه میان مردم دارای قیمت و منفعت باشد شرعاً مال محسوب می‌شود زیرا قیمت مالی داشتن مستلزم منفعت است و میان مردم متعارف نیست که چیزی را قیمت‌گذاری کنند که منفعتی نداشته و معامله بران صورت نمی‌گیرد.

۳.۸. جمهور از فقهای مالکیه و شافعیه و دیگران حق تألیف، حق ابداع و ابتکار و سایر حقوق معنوی را قابل معاوضه مالی دانسته‌اند؛ زیرا در اصطلاح جمهور مال به هر چیزی گفته می‌شود که عرفاً دارای قیمت مالی است و بر متلف ضمان است این سخن هم شامل اعیان و هم منافع و هم سایر امور معنوی و حقوق است به دیگر سخن هر آنچه تحت ملکیت داخل می‌باشد مالیت دارد؛ زیرا حقوق تماماً بر اساس ملک استوار است جوهر حق اختصاص و اختصاص جوهر ملک و حقیقتان است و چون حقوق از قبیل ملک است پس حقوق از اموال است زیرا مال مرادف ملک است (البته ترادف مال و ملک قابل خدشه است که مورد بحثان نیست). (همان، ۵۹۳)

۹. دلایل مالیت نام و نشان تجاری

۹.۱. اسم تجاری در میان مردم دارای قیمت و ارزش است زیرا مردم نسبت به کالایی که اسم تجاری خاص را با خود دارد گاهی چندین برابر قیمتی را نسبت به نمونه‌های دیگری که این اسم را ندارند پرداخت می‌کنند و واقعیت هم این است که استقبال و استفاده مردم از یک جنس یا پرهیز از مصرف کالایی نقش مهمی در قیمت جنس ایفا می‌کند (ابراهیم الموسی، ۳۸۲)، به خصوص با در نظر داشت این نکته که مالیت اشیاء به رغبت عقلایی مردم نیز بستگی دارد. (برجی، ۴۶۳)

۹.۲. اسم تجاری قابلیت ملک و اختصاص دارد بدین معنا که اسم تجاری نتیجه تلاش و ابداع صاحبان نام بوده و نسبت نام تجاری به صاحبان همانند نسبت کتاب به مؤلفان است و صرف همین نسبت در ثبوت حق ملکیت کافی است.

۹.۳. نام تجاری باعث ایجاد منفعت ظاهری است هم برای تاجر و هم برای مصرف‌کننده برای تاجر از این جهت که از ضیاع حقوق او جلوگیری و اقبال مردم به محصول او افزایش یافته و سودآوری بیشتر برای او دارد، برای مصرف‌کننده از این جهت که راه دستیابی به اجناس با کیفیت را برای او هموار می‌سازد، پس خصوصیت مالیت در نام تجاری موجود و شرایط آن مطابق معیار جمهور فقها موجود است (ابراهیم، ۳۸۲) و برخی افزوده‌اند که در امور تجارتی منفعتی بزرگ‌تر از این نیست که نام تجاری با استقبال مردم به خاطر مرغوبیت، کیفیت و استحکامی که در کالا وجود دارد مواجه شود. (توفیق، بوطی: ۱۴۲۲، ۲۲۹)

۹.۴. نام تجاری چون در مورد محصولات تولیدی خاص علمیت یافته کاربران از سوی افراد دیگر فریب و گول زدن مردم است زیرا این اسم تجاری هم در نزد مردم و هم در نزد ادارات خاص پس از ثبت نام تجاری به صورت رسمی بر فراورده‌های معروف و نوع متمایز محصولات دلالت دارد و به کار بردن نام بر محصولات دیگر فریب، حقه‌بازی و غرر است که از عیوب اراده در عقد است. (همان، ۲۳۱)

۹.۵. صاحب نام تجاری زحمات فراوان مادی برای ثبت نام تجاری تحمل نموده تا نام انتخابی او اعتبار رسمی یابد و برای شهرت نام تجاری برگزیده از ابزارهای مشهور تبلیغاتی کار گرفته است و لذا عناصر لازمی که به نام تجاری ویژگی مالی دهد موجود





است، جز این که نام تجاری عین قائم به ذات نیست پس شرعاً مانعی ندارد که با نام تجاری معامله اموال شود و به همین جهت برخی مالیت اسم تجاری را پس از ثبت رسمی و به اصطلاح احراز آن تشبیه به نیروی برق و گاز نموده اند که آن ها در گذشته از اموال محسوب نمی شدند؛ چون هم از اعیان قائم به ذات نبودند و هم جمع آوری آن ها در توان مردم نبود اما امروزه از گرامی ترین و با ارزش ترین اموال محسوب شده و جمع آوری آن نیز ممکن است. (همان، ۲۳۲)

۹.۶. قواعد فقهی «الغنم بالغرم» و «الخراج بالضمان» اقتضاء دارد که انسان مسئولیت قول و عمل خود را بپذیرد و در نتیجه انسان در آنچه ابداع و اختراع نموده حق دارد.

۹.۷. ابداع و آفرینش ذهنی اصل و اساس وجود وسایل مادی مختلف و اختراعات گوناگون است که دارای ارزش مالی هستند پس اصلاً آن که همان آفریده ذهنی باشد در برخورداری از صفت مالیت اولویت دارد (زحیلی، ۵۹۳) و نکته آخر این که مجمع فقه اسلامی در دور پنجم خود در کویت در دسامبر ۱۹۸۸ پس از مباحثات فراوان فیصله نموده که اسم تجاری، عنوان تجاری، علامت تجاری، تألیف، اختراع و ابتکار حقوق اختصاصی مالکان آن ها است و در عرف معاصر دارای قیمت مالی است و مردم برای آن ها مالیت قائل هستند این حقوق شرعاً هم پذیرفته و تجاوز بر این حقوق جایز نیست. (جیزانی: ۱۴۲۹، ۳/ ۱۳۰)

۱۰. بیع (خرید و فروش) نام و نشان تجاری

چنانچه یادآوری شد نام تجاری و علامت تجاری (مارک) از اموال و در صورت ثبت از اموال محرز تلقی می گردند و بیع هم مطابق تعریف مشهور مبادله مال در برابر مال است بر این اساس خرید و فروش نام تجاری صحیح است چون از مالیت برخوردار است و نیز گذشت که اسم تجاری حامل ارزش مادی هم برای تاجر و هم برای مصرف کننده است و لذا معاوضه و خرید و فروش اسم تجاری و مارک تجاری جایز است زیرا از حقوق مالی قابل معاوضه است در فیصله مجمع فقه اسلامی کویت نیز معاوضه و خرید و فروش اسم تجاری، عنوان تجاری، علامت تجاری در برابر دریافت عوض به شرط انتفای غرر، تدلیس و غش تجویز شده است به دلیل این که، این حقوق مالیت دارند. (جیزانی، همان)

۱۱. شرایط خرید و فروش نام و نشان تجاری

در بیع نام و نشان تجاری بر دو شرط عمده تأکید شده است:

۱.۱۱. مشتری اسم تجاری باید از عوامل و عناصر تشکیل دهنده که امکان در اختیار و تصرف داشتن آن‌ها وجود دارد و در چتر حواس قرار می‌گیرند و چیزهای که برای فروشنده نام تجاری را قیمت بخشیده است آگاهی داشته باشد مانند تجهیزات و مواد اولیه و...

۱.۱۲. از طریق ابزارها و وسایل موجود اعلان صورت گیرد که از این پس در پوشش این نام و نشان کالاهایی غیر از تولیدات گذشته به تولید می‌رسد و مالک جدید نام و نشان تجاری تلاش دارد تا حد امکان محصولات را در سطح تولیدات گذشته و بلکه بهتر از آن در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهد بدون این اعلان انتقال نام و علامت تجاری سبب نیرنگ و حقه‌بازی نسبت به مصرف‌کنندگان است که حرام بوده و به هیچ‌وجه جایز نیست با رعایت این معیارها مانعی از فروش نام و نشان تجاری نیست (توفیق، بوطی، ۲۳۲ و ۲۳۳).

۱۲. روش معامله نام و نشان تجاری

برای خرید و فروش نام تجاری دو راه وجود دارد:

۱.۱۲. قراردادی میان صاحب نام تجاری و شرکت تجاری دیگری به یکی از دو صورت منعقد می‌گردد یکی به این صورت که شرکت صاحب نام تجاری به عهده می‌گیرد تا متخصصین و مهندسين خود را در اختیار شرکت دیگری جهت ساخت کالایی معروف قرار دهد و متخصصان و مهندسان برای شرکت دیگر کالاهایی را با همان ویژگی‌ها و مزایای که در کارخانه اصلی می‌ساختند بسازند صورت دوم که بایع و صاحب نام تجاری متعهد می‌گردد که کارآموزی و تمرین و تجارب عملی خود را با شرکت مشتری نام تجاری شریک نموده تا مشتری با عوامل استحکام و مرغوبیت کالا آشنایی حاصل نموده و محصولاتی را با ویژگی کارخانه اصلی تولید نماید در این صورت عقد بر «تخصص» واقع می‌شود این روش مشروع و عقد صحیح است و چنین عقدی یا عقد بیع است منتهی عقد بیعی که با شرایط محدود کننده همراه است و یا عقد جعاله است که مشتری با بایع پرداخت مبلغی معینی را در برابر نام تجاری و



تقدیم متخصصان توافق نموده‌اند.

۲۰۱۲. روش دوم این است که مشتری نام تجاری را خریداری می‌کند بدون کدام تعهدی از سوی فروشنده مانند در اختیار قرار دادن متخصصان یا اسرار صنعتی در این نوع معامله فروشنده از امتیاز نام تجاری که برای کالای خود به ثبت رسانده کوتاه آمده و به مشتری می‌فروشد مشتری با خرید این نام از شهرت گسترده و محبوبیت نام تجاری در جهت ترویج کالای خود استفاده می‌کند. این روش برخلاف روش اول که محل عقد تخصص و خبرویت و انتقال متخصصان بود محل عقد نام تجاری است که این نام پیوسته با کالای اصلی ارتباط دارد ولو این نام و آرم از کالاهای اصلی جدا و به کالاهای مشابه دیگری برچسب زده شوند معامله بر اسم تجاری به روش دوم از اشکال عقود غرری و تدلیس محسوب می‌شود که از نظر شریعت جواز نداشته و مورد نهی پیامبر (ص) است زیرا بدون تردید اگر مردم از حقیقت قضیه مطلع شوند هرگز این نوع کالا را ابتیاع ننموده و نام و نشان تجاری به همراه آن کالا را ساختگی و تقلبی می‌دانند چون مردم در موقع خرید کالا را به این گمان خریداری می‌کنند که همان ویژگی‌های اصلی را داشته باشند. (ابراهیم، ۳۸۳-۳۸۶)

مقصود از غرری بودن معامله عدم اطمینان به حصول عوض یا آنچه غالباً مقصود از عقد است می‌باشد البته غرر انواعی دارد که فاحش‌ترین و خطرناک‌ترین نوعان غرر حصولی است مانند فروختن پرنده در هوا و ماهی در دریا و... خرید نان و نشان تجاری به روش دوم اگر مشتمل بر غرر وجودی نباشد از غرر حصولی خالی نیست زیرا احتمال عدم حصول و دست نیافتن به عوض قوی‌تر از احتمال حصول و دست یافتن به عوض است و واضح است که در خرید نام تجاری آنچه مشتری بدان دست می‌یابد صرفاً همان نام و آرم است اما مرغوبیت و کیفیت که به آرم و علامت تجاری قدر و قیمت بخشیده هم چنان در خبرویت فروشنده باقی است. (بوطی، ۱۲۳)

جمع‌بندی

مطالب و توضیحات گذشته نشان می‌دهد که علی‌رغم تردیدهای جسته و گریخته‌ای که در مورد حق یا مالیت نام و نشان‌های صنعتی و تجاری ابراز شده حق مالکیت بر نشان‌های صنعتی و تجاری یک حق معتبر، رسمی و پذیرفته شده و مورد حمایت



شریعت است و حقی است اختصاصی، انحصاری و دارای ارزش مالی هرگونه تعدی به این حقوق ممنوع و مانند تعدی بر هر چیزی یا حق مادی عینی، تعدی به حق شرعی دیگران است و حرمت شرعی دارد و چون شرعاً حق محسوب می‌شود معاوضه و مبادله آن با رعایت ضوابط و معیارهای فقهی جایز و منعی ندارد و خصوصیات ملک شرعی که عبارت از اختصاص، ممنوعیت تجاوز دیگران و جریان معامله و معاوضه عرفی است در این مورد موجود است نمادهای صنعتی و تجاری به دلیل خاصیت «تمایز بخشندگی» و نقشان در ترویج کالا و بازاریابی مطابق عرف حاکم از قیمت مالی برخوردار و شرعاً هم قابلیت تملک دارند از همین رو استفاده و بهره‌برداری از چنین نشانه‌ها حق انحصاری صاحبان این علائم و بهره‌گیری دیگران بدون اجازه غیرمجاز و شرعاً تجاوز به حقوق به رسمیت شناخته شرعی دیگران است.



فهرست منابع

۱. ابراهیم الموسی، عبدالله، فضايا فقهيه فى العائلات المالىه المعاصره، چاپ اول ۲۰۱۵ م منشورات الحلبي الحقوقيه، بيروت - لبنان
۲. برجى، يعقوب على، فقه العقود المالىه، چاپ دوم ۱۳۹۴ ش، مركز بين المللى ترجمه ونشر المصطفى، قم-ايران
۳. بوطى، محمد توفيق رمضان، البيوع الشائعه، ۱۴۲۲ هـ دار الفكر المعاصر، بيروت -لبنان
۴. بوطى، محمد سعيد رمضان، فضايا فقهيه معاصره، چاپ اول، ۱۴۳۰ هـ، دار الفارابى دمشق -سوريه
۵. جيزانى، محمد بن حسين، فقه النوازل، چاپ سوم ۱۴۲۹ هـ، دار ابن الجوزى قاهره -مصر
۶. حائرى، سيد كاظم، فقه العقود، چاپ دوم، ۱۴۲۳ هـ، شريعت قم -ايران
۷. حكمت نيا، محمود، مبانى مالكيت فكرى، چاپ دوم، ۱۳۸۶ ش، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامى تهران -ايران
۸. زحيلي، وهبه، المعاملات المالىه المعاصره، چاپ دوم، ۱۴۳۰ هـ، دار الفكر دمشق -سوريه
۹. شمس، عبدالحميد، حقوق مالكيت بر علائم تجارى وصنعتى، چاپ سوم، ۱۳۹۶ ش، سمت تهران -ايران
۱۰. على جمعه، محمد، و... موسوعه فتاوى المعاملات المالىه، چاپ اول، ۱۴۳۰ هـ، دار السلام قاهره -مصر
۱۱. مدنى تبريزى، يوسف، المسائل المستحدثه، چاپ دوم ۱۳۸۸ ش، دفتر معظم له، قم -ايران

کاربرد علائم ژنتیکی و آزمایش دی‌ان‌ای، در اثبات جرم قتل، از منظر فقه اسلامی و حقوق افغانستان

علی‌احمد رضایی*

*پوهنمل (استادیار) و کادر علمی دانشکده فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل

چکیده

کاربردهای فناوری ژنتیک و آزمایش دی‌ان‌ای (DNA)، یکی از پدیده‌های نوظهور علمی است؛ که به حوزه‌های فقه و حقوق نیز کشیده شده است؛ و امروزه یکی از پیشرفته‌ترین روش‌های کشف جرم، محسوب می‌گردد. فقہیان مذاهب اسلامی در زمینه برخی از جرائم مانند؛ قتل و آسیب‌های بدنی و هم‌چنان تعیین و نحوه محاسبه دیه و ارث، نقش اثباتی علائم ژنتیکی را، پذیرفته‌اند. در حقوق افغانستان، هرچند آزمایش‌های دی‌ان‌ای، در مقایسه با کشورهای دیگر مورد استفاده وسیع در کشف جرم قرار ندارد. ولی در اصول اجرائات جزای از سوی قانون‌گذار، تحت عنوان؛ امارات و قرائن، علائم ژنتیکی و بیولوژی و هم‌چنان ارزیابی و معاینات تخصصی، به‌عنوان یکی از ادله اثبات جرم، معرفی گردیده است.

کلیدواژه‌ها: علائم ژنتیکی، دی‌ان‌ای، ادله اثبات جرم قتل، فقه اسلامی، حقوق

افغانستان.

با توجه به تحولات بزرگ و گسترده‌ای که در عرصه‌های مختلف زندگی بشر از یک‌سو و پیشرفت‌های سریع علوم و فناوری دستگاه‌های انتقال اطلاعات و دسترسی آسان به شبکه‌های جهانی و پیامدهای مثبت و منفی آن از سوی دیگر و ارتقای دانش مجرمان و پیچیدگی روز افزون جرائم از جهت سوم، بحث از آزمایش‌های دی‌ان‌ای و علائم ژنتیکی که نقش بسیار مؤثری در کشف، اثبات جرائم و شناسایی مجرمین دارند، ضروری می‌نمایند.

در فرایند کشف علمی جرائم که عمدتاً بر علوم تجربی متکی است، دلایل فیزیکی^۱ (دلایل مادی و حسی)، از اهمیت به‌سزایی برخوردار می‌باشند. لذا اگر چنانچه از محل وقوع جرم مدارکی همچون؛ خون، اسپرم، ذرات پوست و یا سایر بافت‌های بدن پیدا شود از طریق مقایسه بین دی‌ان‌ای نمونه مشکوک با دی‌ان‌ای مظنونین مشخص خواهد شد که مربوط به کدام آن‌ها می‌باشد. بنابر این بحث از علائم ژنتیکی و دی‌ان‌ای را در زمینه‌ی اثبات جرم قتل، پس از مفهوم شناسی، از منظر فقه اسلامی؛ شیعه و اهل سنت و حقوق افغانستان مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱. تعریف مفاهیم

۱.۱. مفهوم ژنتیک

ژنتیک یا علم وراثت یکی از رشته‌های علوم زیستی است که موضوع آن، مطالعه پدیده‌هایی است که توسط آن‌ها خصوصیات یا صفات جانداران از والدین به فرزندان به ارث می‌رسد. علاوه بر این، ژنتیک اساس شباهت‌ها و تفاوت‌ها را توضیح می‌دهد.

۱. دلایل مادی در مقایسه با دلایل نظری در احقاق حق و تأمین عدالت کیفری است. از دیدگاه این بحث؛ (کشف علمی جرم)، دلایل را می‌توان به دو دسته متمایز از هم تقسیم نمود. ۱. دلایل مادی یا شواهد عینی؛ همانند آثار انگشت، خون، اسپرم، مو، اسلحه، گلوله، پوکه، دست خط، امضا و غیره. این‌گونه دلایل قابل لمس، مشاهده، ارائه و استناد بوده و رد و انکار آنها غیرممکن است. ۲. دلایل نظری؛ همانند اقرار، شهادت، قسم و این قبیل دلایل قابل لمس و مشاهده و ارائه نیستند و اثبات واقعیت آنها مشکل است. از سوی دیگر، به تجربه ثابت شده که این دسته از دلایل بعضاً تحت تأثیر انگیزه‌های مالی، محرک‌های عاطفی و روانی، تهدید و ارباب، تطمیع، فراموشی، کینه، حسد، کم‌هوشی، بیماری و غیره قرار گرفته و واقعیت‌ها روشن نشده است. (نجابتی، مهدی، پلیس علمی، صص ۸-۱۰)

موضوع علم ژنتیک، انتقال، بیان و تکامل ژن‌ها است. ژن‌ها به مولکول‌هایی که کارکرد تکوین و خصوصیات ظاهری موجود زنده را کنترل می‌کنند، گفته می‌شود. (نایب‌زاده، ۱۳۹۸، بخش دانش و زندگی)

بدن انسان، بالغ بر ۱۰۰ تریلیون سلول دارد که نسخه‌های مشابهی شامل تمامی اطلاعات ژنتیکی فرد در تک‌تک آن‌ها وجود دارد و با دانش ژنتیک، چنانچه تنها یک سلول در اختیار باشد از روی اطلاعات آن می‌توان هویت فرد را تشخیص داد. دانش ژنتیک در مسائل گوناگون، از جمله، ردیابی مجرمان بسیار پرکاربرد است.

به‌طور عمده، اثر ژنتیکی برای اثبات مجرمیت یا عدم مجرمیت یک متهم به کار می‌رود. این روش به‌سادگی امکان‌پذیر است؛ زیرا علائم ژنتیک می‌تواند از هر بافت و عضو زیستی که شامل تعداد کافی سلول باشد، صورت بگیرد، این تعداد کافی سلولی می‌تواند در هر جایی یافت شود: مقدار اندکی خون خشک، بزاق، اسپرم، قطعات بسیار ریز پوست و یا حتی ریشه مو. در عمل، تشخیص هویت ژنتیک زمانی امکان‌پذیر است که متهم قبلاً در صحنه جرم حضور داشته باشد و سلول‌های وراثتی وی با سلول‌های وراثتی به دست آمده در صحنه جرم قابل تطبیق باشد، در این صورت اگر هر دو یکسان باشند مجرمیت فرد مظنون با سایر قرائن، محرز خواهد شد، ولی در صورتی که سلول‌های وراثتی با سلول‌های به دست آمده در صحنه جرم یکسان نباشد، باید در مجرمیت وی تردید نمود.

با این حال و به‌طور کلی زمانی که متهم در صحنه جرم نبوده باشد و یا اینکه وی در صحنه حضور داشته ولی آثار بیولوژیکی از خود به‌جا نگذاشته باشد، نمی‌توان از تکنیک تشخیص هویت ژنتیکی استفاده نمود و باید به سراغ دیگر روش‌های اثباتی رفت.

نکته اساسی در تشخیص هویت ژنتیک آن است که ژن‌های هیچ دو نفری به هم شبیه نیست بر اساس این اصل که محتوای ژنتیک افراد شبیه هم نیست دو استثنا وجود دارد: استثنای اول مربوط به دوگانه‌های همسان است که منشأ تک تخمی دارند. استثنای دوم که البته هنوز بر اساس اطلاعات رسمی وجود خارجی نیافته است لکن به لحاظ علمی و تئوری هیچ مانعی جهت عملی شدن آن وجود ندارد، مسئله همانندسازی انسان است.



۱.۲. مفهوم دی‌ان‌ای

در تعریف این پدیده گفته شده است؛ دی‌ان‌ای، از دورشته مارپیچ مانند که ساختار ژنتیکی انسان را تشکیل می‌دهد ساخته شده است. این طرح‌ها یا نقشه‌های زیستی از طریق ژن‌ها و از والدین به فرزندان منتقل می‌شوند و در تمامی سلول‌های بدن وجود داشته و جزئی از ذات هر سلول به‌شمار می‌رود. (محمد رأفت عثمان، ۱۹۸۹، م، ص ۱۹۹)

بدن انسان و دیگر موجودات زنده از واحدهایی به‌نام سلول ساخته شده است هر سلول خود از چندین بخش متفاوت تشکیل شده که هسته یکی از این بخش‌ها است و درون آن محتوای ژنتیک وجود دارد وقتی سلول در حال تقسیم نیست محتوای ژنتیک به‌صورت رشته‌های باریک و درهم تنیده‌ای دیده می‌شود و توده‌ای را تشکیل می‌دهند که کروماتین نام دارد وقتی سلول برای تقسیم آماده می‌شود هر کدام از رشته‌های کروماتین همانندسازی می‌کنند؛ و کروموزوم مضاعف شده را تشکیل می‌دهند. کروموزوم از رشته‌های باریک و بسیار بلندی به نام DNA از جنس نوکلئیک اسید و پروتئین به‌نام هیستون ساخته شده است. (شهریار، ۱۳۸۱، ص ۱۰۱)

۲. نقش علائم ژنتیکی و DNA، در اثبات جرم قتل از نظر فقه امامیه

از آنجا که اثر بیولوژیک هر فرد مختص او است و چنانچه در صحنه جرم آثاری بر جای مانده باشد. می‌توان از طریق پردازش آن به هویت صاحب آن پی برد به همین جهت امروزه اطلاعات ژنتیکی، یکی از دقیق‌ترین ابزارهای تشخیص هویت و از مهم‌ترین عوامل بیومتریک محسوب می‌شود.

علائم ژنتیکی در نگاهی برخی از فقیهان و هم چنان در قانون جنائی در اثبات انواع متعدد جرم به‌کار می‌رود؛ مانند جرائم زنا و اغتصاب (تجاوز جنسی)، سرقت، قتل، قطع و جرح اعضا یا از بین بردن منافع آن‌ها و هم چنان در تعیین و شیوه محاسبه دیه وارش.

۱.۲. کاربرد علائم ژنتیکی در جرائم قتل و تعیین روش محاسبه دیات

از مهم‌ترین موارد کاربرد فن‌آوری علائم ژنتیکی، جرائم قتل و جرح و سرقت است



در صورتی که هرگونه اثری از جانی در صحنه جرم به جا مانده باشد و همین طور در جرائم انتحاری با توجه به اینکه در جرائم انتحاری مجرم هم زمان با ارتکاب جرم یا پس از آن خودش را منفجر می کند غالب کشورها به ویژه انگلیس از این فناوری زیاد در این زمینه استفاده می کند.

در مورد اثبات قصاص بر اساس علائم ژنتیکی، فقهای امامیه طبق تحقیق انجام گرفته نظر صریح و واضحی دریافت نشده ولی از آنجا که در تشخیص علت مرگ مشکوک یا جرح و ضرب و همین طور در مورد میزان دیه و خسارت وارده بر مجنی علیه جز با نظریه «اهل خبره» یا کارشناس، ممکن نیست. (محقق، ۱۳۴۹، ص ۲۴۳) می توان نتیجه گرفت که با معاینات بیولوژی باقی مانده در صحنه جرم نیز می توان جانی را پیدا کرد و در صورت مطابقت، او را محکوم به قصاص یا پرداخت دیه و ارش حسب موارد، نمود.

۲.۲. تشخیص امکان بازگشت «عقل»، در مورد جنایت بر عقل

مطابق نظر فقهای امامیه، دیه عقل در صورت زوال دائمی و کامل، برابر و مساوی با دیه نفس است؛ یعنی دیه کامل؛ زیرا عقل منفعت واحد است و مطابق قاعده: «هر عضو واحد بدن انسان، دارای دیه کامل است»، عقل نیز دارای یک دیه کامل است. ولی اگر جنایت وارده منجر به نقصان عقل شده باشد، موجب ثبوت ارش خواهد شد. (حر عاملی، ۱۱۰۴ ق، ص ۳۶۵)

اما اگر در مورد زوال کامل یا ناقص عقل تردید وجود داشته باشد در این صورت قصاص ثابت نخواهد بود. بلکه مطابق روایتی باید یک سال صبر کرد تا معلوم گردد عقل برمی گردد یا خیر. اگر چنانچه عقل برنگشت، باید دیه مجنی علیه پرداخته شود و اگر قبل از انقضای این مدت دیه پرداخت شده باشد و بعداً عقل برگردد، دیه گرفته شده، مسترد می شود. (حر عاملی، ۱۱۰۴ ق ص ۳۶۶)

به نظر می رسد انتظار یک سال برای اینکه عقل برمی گردد یا خیر، موضوعیت ندارد، چنانچه «اهل خبره» گواهی دهند که عقل امکان ندارد برگردد، دیه کامل ثابت می شود ولو هنوز یک سال سپری نشده باشد. پس بنابراین هرگاه از طریق قرائنی مانند علائم ژنتیکی که مفید علم و اطمینان هستند، برنگردد، نیز جنایت ثابت می شود.



۲.۳. در مورد جنایت بر حس شنوایی

محقق حلی و دیگران، در این مورد نیز معتقدند: اگر در اثر جنایت، هردو گوش آسیب ببیند و از طریق «اهل خبره»، عدم بازگشت حس شنوایی تأیید گردد. موجب دیه کامل خواهد بود ولی اگر امید به بازگشت داشته باشند و مدتی را تعیین کنند تا انقضای آن مدت باید صبر کنند. در صورتی که شنوایی برنگشت، دیه مستقر می‌شود. (محقق حلی، ۵۹۴، ۱۳۴۹)

با توجه به فرموده محقق حلی، استفاده می‌شود که تشخیص بازگشت شنوایی و عدم آن، باید کارشناس و «اهل خبره»، اظهار نظر نمایند. پس معلوم می‌شود که وجود قرائن مانند نظر کارشناس و یا علائم ژنتیکی که وضعیت مجنی علیه را مشخص نماید، دارای اعتبار شرعی است و می‌توان مطابق آن حکم شرعی را ثابت کرد.

۲.۴. در مورد حس بینایی

اگر در اثر جنایت، بینایی هر دو چشم مجنی علیه نابینا گردد؛ و پس از مهلت تعیین شده بینایی برنگردد یا ناقص برگردد. جانی به پرداخت دیه کامل و یا ارش و حکومت محکوم می‌گردد. برای تشخیص از دست دادن بینایی در صورت ادعای مجنی علیه، نظر «اهل خبره» راهگشا خواهد بود. (محقق حلی، ۱۳۴۹، صص ۵۸۱-۲۵۱)

چنانچه ملاحظه می‌شود برای تشخیص بازگشت بینایی و عدم آن، نظر «اهل خبره» معیار است. از اینجا نیز نتیجه گرفته می‌شود که فقها برای تشخیص بازگشت حس بینایی نیز نظر کارشناس و قرینه مفید علم را معتبر دانسته‌اند و علائم ژنتیکی نیز در جایی که برای قاضی علم و اطمینان را به وجود آورد، برای اثبات جنایت و مجازات متناسب، قابل اعتبار خواهد بود.

۲.۵. در مورد تعیین ارش بر جنایت

یکی دیگر از موارد استفاده از علائم ژنتیکی، ارجاع به نظر و تشخیص «اهل خبره»، تعیین میزان ارش و حکومت است. فقهای امامیه، در مورد جنایت «مادون النفس»، اعم از قطع و جرح اعضاء یا سلب منافع، در عوض دیه، ارش را به عنوان مجازات مجنی علیه، مشخص کرده‌اند. قابل یادآوری است که از جمله مهم‌ترین قواعد حاکم

بر دیات قاعده ارش و حکومت است که از آن با عبارتهای مختلف هم چون «کُل ما لا تقدیر له ففیه الارش» تعبیر می شود. گرچه نسبت به موارد و مصادیق ارش میان فقهای شیعه و اهل سنت و حتی بین فقهای هر گروه، اختلاف عقیده وجود دارد، اما در اصل این قاعده، اختلاف نیست و می توان گفت این قاعده یکی از مسلمات فقه اسلامی و مورد اجماع فقهای مذاهب اسلامی است.

فقهای امامیه اصطلاح، ارش را در مورد جنایت بر مادون نفس معنا کرده اند و با تحقق شرایط؛ وقوع جنایت، جنایت بر مادون نفس، جنایت موجب نقصان گردیده باشد و دیه آن در شرع معین نشده باشد، مجرم را محکوم به پرداخت ارش می کنند. (حرّ عاملی، ۱۴۱۶، ۱۰۴)

در حالی که فقهای اهل سنت بیشتر واژه ارش را به معنای دیه جنایت بر مادون نفس دانسته اند. چنانچه وهبه الزحیلی از دانشمندان اهل سنت در کتاب الفقه الاسلامی وادلته، اظهار می دارد که محاسبه ارش یا حکومت از طریق اظهار نظر «اهل خبره» در این فن، برای حاکم امکان پذیر است. (زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، ص ۵۷۰۲). اعم از آن که مقدار آن در شرع معین شده باشد و یا معین نشده باشد و از این رو ارش را به دو قسم، ارش مقدّر و ارش غیرمقدّر تقسیم نموده اند؛ (کاشانی ۱۴۱۸ ق، ۲۰۹؛ شیرازی، ۱۴۱۰: ۹۲۰ - ۹۲۱ و ۹۲۶) و برای ارش غیرمقدّر، گاه واژه حکومت را نیز به کار برده اند؛ مثلاً کاشانی می نویسد: «و اما الذی یجب فیه ارش غیر مقدّر و هو المسمی بالحکومة»؛ (کاشانی، ۱۴۱۸ ق، ۲۱۰).

به عبارت دیگر، فقهای اهل سنت در صورتی که بخواهند برای دیه جنایت غیرمعین، واژه ای را به کار ببرند، این واژه عبارت است از «حکومت» و یا «ارش غیرمقدّر» و هیچ گاه دیده نشده که واژه ارش را به طور مطلق و بدون هیچ قیدی به کار برده و از آن دیه جنایت غیرمعین را اراده نمایند.

۱. ۵. ۲. شیوه محاسبه ارش و حکومت در فقه امامیه

بسیاری از فقیهان امامیه فرموده اند؛ راهی محاسبه ارش این است که اولاً مجنی علیه را مملوک فرض کنیم و سپس صحیح و معیّب آن را قیمت گذاری نموده و هر نسبتی که بین صحیح و معیّب به دست می آید را مبنای تعیین مقدار ارش از دیه نفس





مشخص کرد. چنانچه آیت الله خویی فرموده است که تعیین ارش با نظر حاکم است که با مراجعه به دو نفر عادل از اهل خبره به دست می آید. (خویی، ۱۸۷۶، ص ۲۶۶). اکثر فقهای امامیه گفته اند که می بایستی مجنی علیه را عبد فرض نمود و آنگاه صحیح و معیب او را قیمت گذاری کرد و هر نسبتی که میان تفاوت صحیح و معیب با صحیح، به دست می آید، به همان نسبت از دیه نفس به عنوان ارش تعیین گردد. به نظر آیت الله خویی (ره)، ارش را به نظر حاکم پس از مراجعه به دو نفر عادل از «اهل خبره» است؛ و آیت الله مکارم، نیز معتقد است تعیین ارش با کارشناس مورد اعتماد است. ولی برخی از فقها مانند مرحوم خوانساری، معتقدند که تعیین ارش از طریق صلح و تراضی صورت می گیرد. در نهایت نظر شیخ طوسی (ره)، در برخی موارد برای تعیین ارش، از شیوه اول ولی در مورد کسی که موهای سرش به وسیله آب جوش از بین رفته می گوید: «به رأی و نظر امام» است. (شیخ طوسی، ۱۴۱۶، ق، ص ۲۷)

ارزیابی فقهای امامیه از شیوه های تعیین ارش و حکومت

برخی از فقیهان امامیه نسبت به روش های محاسبه ارش و حکومت مخالفت کرده اند؛ و نسبت به شیوه اول: از معایب عمده اش این است که اولاً به دلیل برچیده شدن نظام برده داری چنین شیوه عملی نخواهد بود در نتیجه این امر مستلزم عدم وجود ارش در آن مورد خواهد بود؛ و ثانیاً هیچ آیه ای از قرآن و روایتی از معصومین (علیهم السلام) و اجماعی از سوی فقیهان بر مشروع بودن آن وجود ندارد. چنانچه آیت الله خویی می فرماید: روایت و اجماع بر اصل مشروعیت ارش دلالت دارد نه بر عبد فرض کردن مجنی علیه. (خویی ۱۹۷۶، ص ۲۶۷).

و اما نسبت به روش دوم که مرحوم آیت الله خویی فرمود که نحوه محاسبه رجوع به نظر حاکم است که به کمک شهادت دو نفر عادل به عنوان اهل خبره می باشد. مورد تائید اکثریت فقهای امامیه و اهل سنت نیز می باشد.

و اما نظر مرحوم خوانساری که از یک سو روش اول را مورد نقد قرارداد از سوی دیگر به روش سوم یعنی صلح و تراضی نظر داد. وی باور دارد در جایی که دیه مشخص نشده باشد احتمال دارد ارشی در کار نباشد لذا در این گونه موارد که دیه معین نشده و

قاعده ارش هم ثابت نیست باید با مصالحه و تراضی مشکل را خاتمه داد. (خوانساری، ۱۳۶۴، صص ۲۱۲-۲۳۲)

و نسبت به شیوه مورد نظر شیخ طوسی که نظر امام و حاکم را در حل و فصل دعوی پسندیده بود مستند دیدگاه خود را بیان نکرده است. شاید منظورش این باشد تعیین میزان ارش با حاکم است؛ زیرا اوست که دعوا را حل و فصل می نماید.

سرانجام پس از بیان روش های تعیین ارش و نقد و ارزیابی آن ها می توان گفت این فقیه است که مطابق مصالح موجود شیوه صحیح را معین می کند؛ زیرا قاعده ارش به عنوان حکم ظاهری و دلیل فقهاتی است چنانچه دیه برخی از جنایات از سوی شارع معین نشده است. طبیعی خواهد بود که شیوه محاسبه ارش نیز مشکوک باشد و دلیل خاصی بر شیوه های مطرح شده وجود نداشته باشد.

بنابراین مناسب ترین شیوه در تعیین محاسبه ارش و حکومت همان رجوع به اهل خبره خواهد بود؛ زیرا سیره عقلایی نیز در تشخیص موضوعات مبهم رجوع به نظریه کارشناس است و چون شارع مقدس با این بنای عقلایی مخالفتی نکرده می توان رضایت شارع را نیز به دست آورد که اعتبار نظر کارشناس در تعیین ارش و حکومت مورد تأیید می باشد و به همین منطق علائم ژنتیکی نیز در جای خودش دارای ارزش و اعتبار خواهد بود.

۲.۵.۲. شیوه های محاسبه ارش و حکومت در فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت در مجموع سه روش برای تعیین ارش دیده می شود که شاید بتوان گفت بازگشت برخی از آن ها به یک امر است.

الف - عبد انگاری: بیش تر فقهای سنی برای تعیین حکومت از شیوه عبد انگاری مجنی علیه استفاده کرده اند.

از کلام فقهای حنفی چنین استفاده می شود که این روش را اولین بار طحاوی بیان کرده است. کاشانی در بدایع الصنایع می گوید: «و اما تفسیر حکومت در صورتی که جانی و مجنی علیه هر دو حر باشند، طحاوی رحمه الله گفته است که مجنی علیه با فرض این که عبد است و جنایتی بر او وارد نشده و عبد است و جنایت بر او وارد شده قیمت گذاری می شود و سپس نسبت میان دو قیمت سنجیده می شود و از دیه به





همان نسبت گرفته می‌شود» (کاشانی ۱۴۱۸ ق، ۲۱۳). هم‌چنین شافعی در کتاب الام؛ (شافعی، ۱۴۱۹: ۶۹۷) و ابن قدامه در سه کتاب المقنع، عمدة الفقه و الکافی فی فقه، ابن حنبل به این شیوه اشاره کرده‌اند؛ (ابن قدامه، ۱۴۱۹: ۱۰۵۷ - ۱۰۳۰ و ۱۱۳۱).

ب - مقایسه نمودن با نزدیک‌ترین جنایت دارای دیه معین: برخی فقهای حنفی روش دیگری را بیان کرده‌اند و آن این‌که: در مورد جنایتی که دیه معین ندارد، برای تعیین حکومت آن باید دید که جنایت مزبور به کدام جنایت که دیه معین دارد، نزدیک‌تر است و آنگاه مقدار حکومت را تعیین نمود. کاشانی می‌نویسد: «سرخی گفته است این جنایت به نزدیک‌ترین جنایاتی که دیه معین دارند سنجیده می‌شود در نتیجه دو نفر پزشک عادل بررسی می‌کنند و مقدار آن را به دست می‌آورند» (کاشانی، ۱۴۱۸: ۲۱۳).

مرغینانی نیز در تبیین نظر کرخی در کتاب هدایه می‌گوید: «آنچه دیه معین ندارد به آنچه دیه معین دارد برگردانده می‌شود» (مرغینانی، ۱۴۱۹: ۲۵۶).

ج - اجتهاد و نظر حاکم: مالک عقیده دارد تعیین ارش و حکومت به نظر حاکم بستگی دارد و او است که مقدار حکومت را تعیین می‌کند. البته او نمی‌گوید حاکم مقدار حکومت را با عبدانگاری یا قیاس به جنایات مقدّره و یا طریق دیگر تعیین می‌کند. (مالک، ۱۴۱۹: ۳۲۴، ۳۲۶، ۳۲۸، ۳۲۹، ۳۳۸)

ارزیابی فقهای اهل سنت از شیوه‌های تعیین ارش در این قسمت به تبیین نظریات فقهای اهل سنت درباره شیوه‌های محاسبه ارش می‌پردازیم. تذکر این نکته لازم است که ارزیابی شیوه سوّم در کلام ایشان دیده نمی‌شود.

در زمینه شیوه اول یعنی عبدانگاری، دو نکته قابل تذکر است، یکی مشروعیت این شیوه و دیگر کارایی آن. اما درباره مشروعیت این روش بحث چندانی در میان فقهای اهل سنت دیده نمی‌شود و قائلین به آن، شرعی بودنش را مسلّم گرفته‌اند. بلی، برخی فقها مثل شیرازی می‌گویند چون تنها راه شناختن مقدار نقصی که در اثر جنایت حاصل شده است، قیمت‌گذاری شخص مجنی علیه است، از این‌رو چاره‌ای جز عبدانگاری نیست؛ (شیرازی، بی تا ۹۴۷).

صاحب بدایع الصنایع وجه این کار را آن می‌داند که قیمت در عبد، مثل دیه در حرّ است و از این جهت این شیوه می‌تواند کمک زیادی به تشخیص مقدار دیه بنماید؛ (کاشانی، ۱۴۱۸: ۲۳۱) و عمرانی علت را آن می‌داند که چون حرّ در جنایاتی که دیه معین دارد برای عبد اصل و ملاک است، عبد نیز برای حرّ در جنایاتی که دیه معین ندارد، اصل می‌باشد؛ (عمرانی، ۱۴۲۳: ۴۹۰).

اما درباره کارائی آن باید گفت علاوه بر آن که این شیوه در زمان حاضر به علت عدم وجود نظام بردگی قابل اجرا نیست؛ (زحیلی، ۱۴۱۸: ۵۷۶۸)، گاه باعث می‌شود که مقدار حکومت به اندازه و یا بیش از دیات مقدّر باشد در حالی که شدت جنایت کمتر از جنایتی است که دیه آن مقدّر است؛ مثلاً در مورد جراحت موضعه نصف عشر دیه کامل یعنی پنج شتر لازم است. حال اگر جراحتی کمتر از این وارد شود اگر به شیوه اوّل عمل کنیم ممکن است برای این جراحت، بیش از پنج شتر لازم باشد؛ بنابراین باید به شیوه دوم عمل کرد، به این معنا که چون این جراحت کمتر از موضعه است، حکومت وارش آن، در حدود دیه موضعه باید سنجیده شود؛ (سرخسی، ۱۴۱۲: ۸۷) فقهای حنفی که هر دو روش طحاوی و سرخسی را ذکر کرده‌اند، به نقل این دو شیوه بسنده کرده و نگفته‌اند آیا نقد سرخسی بر شیوه عبدانگاری وارد است یا خیر. علاوه بر این که روشن نیست کدام شیوه، شیوه پذیرفته شده است.

۳. نقش علائم ژنتیکی و دی‌ان‌ای در اثبات جرم قتل، از نظر فقهای اهل سنت

در جرم قتل هرگاه آثار خون بر لباس‌های متهم یافت شود و از طریق آزمایش‌های علائم ژنتیکی DNA ثابت شود که خون روی لباس متهم از بقایای خون مقتول است یا اثر انگشت متهم بر اسلحه‌ای که در جرم قتل استفاده شده به اثبات رسد یا سگ پلیسی اثری از آثار مقتول را پس از استشمام بر مقتول اثبات کند و شخص متهم را از میان مجموعه‌ای از افراد بیرون کشد یا از طریق دوربین‌های مدار بسته و یا سایر وسایل ثبت‌کننده ثابت شود که متهم اعتراف به قتل مجنی علیه نموده است آیا برای قاضی جایز است که حکم به قصاص متهم نماید بر اساس قرینه‌ای از قرائن مذکور و یا قرائن مشابه آن؟

فقهای اهل سنت در پاسخ این سؤال دو دیدگاه دارند.





۳.۱. دیدگاه جمهور

فقه‌های احناف، مالکی، شافعی، حنابله و غالب فقه‌های جدید معتقدند که محکوم نمودن متهم و مجازات نمودن او به قصاص بر اساس قرائن و علائم ژنتیکی جایز نیست ولی در صورت موجود بودن این قرائن به قسامه پناه می‌برند... (حسنی محمود ۱۳۸۸، ص ۶۴۲)

۳.۱.۱. دلایل و مستندات دیدگاه نخست

الف) سنت: در احادیث آمده که دعوای قتل فقط از دو طریق قابل اثبات هست؛ دو شاهد و دیگری از طریق قسامه در صورتی که دو شاهد موجود نباشد. این احادیث اثبات قتل را به وسیله علائم ژنتیکی نفی می‌کند؛ زیرا راه اثبات جرم قتل را منحصر در شاهدین و قسامه نموده‌اند. (حسنی محمود، ۱۳۸۸، ص ۶۴۳)

نقد استدلال به حدیث فوق: حدیث مورد نظر دلالت بر انحصار ندارد که دعوای قتل فقط و فقط از طریق دو شاهد به اثبات می‌رسد؛ بنابراین حدیث دلالت ندارد که قرینه‌ای مانند علائم ژنتیکی، نمی‌توانند از دلایل اثبات جرم قتل باشد. (رافت، ۱۹۸۹ ق، ص ۲۸۹)

ب) دلیل عقلی: وجود نمونه‌ای بیولوژیکی یا اثری از سلول‌های شخص خاص در صحنه ارتکاب جرم لزوماً معنایش این نیست که صاحب آن نمونه بیولوژیکی فاعل حقیقی جرم است به گونه‌ای که بتوان آن را مورد مجازات قرار داد. در مسئله «دما» همانند حدود باید احتیاط نمود حتی احتیاط در دماء از احتیاط در حدود اولویت بیشتری دارد. پس همان گونه که حدود با وجود شبهات از بین می‌رود قصاص نیز با شبهه باید از بین برود و قرائن و علائم ژنتیکی در بسیاری از موارد با این ابهامات روبرو است و این ابهامات باعث شبهه می‌شود و قصاص با شبهه از بین می‌رود. (سیوطی، بی تا، ص ۱۲۳).

۳.۲. گروهی دیگری از فقها معتقدند که قصاص را می‌توان به واسطه قرائن و علائم ژنتیکی در صورتی که قرائن قوی باشد اثبات نمود و نیازی به قسامه نیست. (ابن فرس، ۱۳۹۸، ص ۲۱۴؛ ابن فرحون مالکیبی تا، ص ۶۴۴)

۱. ۲. ۳. دلایل و مستندات این نظریه

الف) روایات و احادیث، حدیثی است در مورد قتل ابی جهل در جنگ بدر توسط دو فرزند «عزراء» که هر کدامشان ادعای قتل ابی جهل را داشتند. پیامبر (ص) وجود اثر خون را بر شمشیر هردو، دلیل بر اشتراک هردو در قتل ابی جهل دانست و فرمود: «هردوی شما ابی جهل را به قتل رساندید». (بخاری، بی تا، ج ۳، ص ۱۱۴۴). از این که در این حدیث بر تحلیل آثار بیولوژیکی استوار است مانند خون و غیر آن، دلالت دارد که قضاوت بر اساس نتایج علائم ژنتیکی در جرائم قتل نیز جایز است و این حدیث دلیل بر مشروعیت قضاوت به وسیله قرائن از جمله علائم ژنتیکی نیز است.

نقد استدلال: پیامبر (ص) حکمش در اینکه قتل ابی جهل توسط دو نفر به نام «معاذ بن عزراء» و «معاذ بن عمر» و بن جموح صورت گرفته تنها بر اساس اثر خون تنها نبوده بلکه هم بر اساس اثر خون و هم بر اساس اقرار آن دو نفر بوده و حدیث دلیل می شود بر اینکه قرائن یا علائم ژنتیکی به تنهایی برای حکم قتل کافی نیست. بلکه باید دلایل تقویت کننده دیگری در کنار این قرائن و علائم باشد و این همان کاری بود که پیامبر (ص) انجام داد. (حسنی محمود، ۸۸۱۳، ص ۶۴۷)

ب) دلیل عقلی: نکول از سوگند در مورد جرائم تجاوز بر اعضاء عقلا دلیل بر این است که نکول کننده یا به جرم اقرار نموده است یا اینکه جان خود را برای تحمل مجازات آماده و اجازه داده است؛ و الا باید برای دفع ضرر از خودش سوگند یاد می نمود. پس نکول از قسم، علامت این است که جرم را مرتکب شده است در نتیجه با وجود علائم ژنتیکی نیز قضیه همین گونه خواهد بود. (حسنی محمود، ۱۳۸۸، ص ۶۴۸)

نقد استدلال: قضاوت به نکول در مسائل مربوط به دماء، قضاوت به وسیله یک قرینه ضعیف است؛ زیرا همان گونه که احتمال می رود خودداری مدعی علیه از سوگند به خاطر احتراز و پرهیز از سوگند دروغ باشد این احتمال هم وجود دارد که امتناع او از سوگند به خاطر جلوگیری از سوگند راست باشد و اعتماد بر قرینه ضعیف در مسائل دماء که احتیاط بیشتری را می طلبد جایز نیست. (عطوه، بی تا، ص ۵۴).

ج) علائم ژنتیکی: علائم ژنتیکی در حفظ امنیت و ثبات افراد و جامعه و حفظ





ضروریات پنج گانه که از جمله آن ها حفظ «نفس» است مساعدت و کمک می کند؛ و نادیده گرفتن این علائم در این زمینه به ضایع شدن حقوق افراد زیادی منجر می گردد؛ و مجرمین را در رسیدن به آرزوهای مجرمانه شان کمک می کند. در حالی که این برخورد، با مقاصد شارع حکیم که جلب مصلحت و دفع مفاسد و حفظ جان ها و بازداشتن مجرمین باشد نمی سازد. پس برای رسیدن به مقاد شریعت ایجاب می کند که به علائم ژنتیکی نیز توجه شود. (ابن رفاعی، ۱۳۱۴، ص ۴۹۱).

نقد استدلال: محکوم نمودن متهم به قصاص، بر اساس نتایج علائم ژنتیکی با آنچه در فقه اسلامی ثابت شده که احتیاط در دماء باشد نمی سازد و با آنچه در شریعت ثابت شده که راه های اثبات این جرائم را به خاطر شبهه محدود نموده نیز سازگاری ندارد؛ و اتفاقاً احتمال شبهه در جرائم قصاص موجود است مانند این احتمال که ممکن است متهم در مکان حادثه به خاطر ضرورتی تصادفاً عبور نموده باشد. (عطوه، بی تا، ص ۵۴).

۳.۳. نظر برگزیده

دیدگاه جمهور که نباید به قرینه و علائم ژنتیکی در قصاص به قضاوت پرداخت نظر درست تری به نظر می رسد؛ زیرا قرائن دلالتشان واضح نبوده و به همین خاطر گرفتن جان مردم و قصاص نمودن آن ها را بر اساس قرینه و علائم ژنتیکی، نمی توان تجویز کرد؛ زیرا در این قرائن شبهه است و قصاص با شبهه از بین می رود. (سیوطی، بی تا، ص ۱۲۴).

هر چند بعضی از علمای معاصر معتقدند که اگر قرینه از قرائن قاطعه باشد به گونه ای که با وجود آن قرینه کمترین شک برای انسان باقی نماند، می توان چنین قرینه ای را از وسایل اثبات جرائمی مانند قتل و قصاص دانست؛ مانند موردی که آثار انگشت متهم بر روی چاقویی باشد که آن در جرم قتل استفاده شده است. یا کارشناسان و آگاهان به صورت قطعی حکم کنند که این آثار انگشت متهم به قتل است. (حسنی محمود، ۱۳۸۸، ص ۶۴۸). ولی این سخن و نظر محل تأمل و چندان مسلم نیست؛ زیرا امکان درد. شخصی، انسان مقتولی را بیابد که در جسم او چاقویی وجود دارد که به واسطه آن چاقو به قتل رسیده است ولی این شخص را آن چنان هول و هراسی فرا گرفته باشد

که برای بیرون نمودن چاقو از جان مقتول، آثار دست او بر چاقو چاپ شده باشد. (رأفت، ۱۹۸۹، ۲۹۰). جمع‌بندی از مطالب فوق این خواهد بود که فقهای اهل سنت نیز از قرائن مانند علائم ژنتیکی نمی‌توانند عبور کنند و کاملاً نادیده بگیرند.

نتیجه‌گیری

۱. سرانجام با بررسی دیدگاه فقهای امامیه و اهل سنت از یکسو و از سوی دیگر قوانین حقوقی افغانستان، در مورد نقش و کاربرد علائم ژنتیکی و دی‌ان‌ای در اثبات جرم قتل و اعضاء به نتایج ذیل دست خواهیم یافت:

۲. واقعیت این است که عمل نمودن بر اساس قرینه‌ی مانند علائم ژنتیکی و آزمایش‌های دی‌ان‌ای، چیزی است که از آن چاره نیست و کم پیدا می‌شود عالمی از علماء که این‌ها را به‌صورت کلی و درست ردّ نمایند. حتّی عالمانی که صراحتاً قرائن را به‌عنوان دلیل صالح برای بنای احکام نپذیرفته‌اند؛ اما در بسیار از موارد، مطابق قرائن عمل نموده‌اند. جستجو در کتاب‌های فقهی نشان می‌دهد که مسائل بی‌شماری هستند که فقهای مذاهب اربعه مطابق قرائن عمل نموده‌اند. (رأفت، ۱۹۸۹، ۶۸۰).

۳. نظر مشهور فقهای امامیه در زمینه‌های اثبات قتل و جنایت بر اعضاء از قبیل قطع و جرح و ازاله منافع، برای قرائن قطعی‌ی مانند علائم ژنتیکی و آزمایش‌های دی‌ان‌ای، ارزش اثباتی قائل‌اند.

۴. در جهت تعیین و روش محاسبه دیه و ارش نیز قرائن و علائم ژنتیکی. آزمایش‌های تخصصی را معتبر دانسته‌اند.

۵. در جمع‌بندی میان دیدگاه‌های فقهای اهل سنت، نیز جایگاه قرائن مانند علائم ژنتیکی و آزمایش‌های تخصصی هم چون دی‌ان‌ای، برجسته و قابل اعتبار و اعتماد، تشخیص می‌گردد.

۶. حقوق کیفری افغانستان در قالب قانون کود جزائی، اصول اجرائات جزایی و سایر قوانین، به گونه روشن‌تر، علائم ژنتیکی و بیولوژی و دیگر قرائن قطعیّه، از جمله‌ی دلایل اثبات جرم به‌ویژه جرائم نفس و اعضاء، دانسته شده است.





فهرست منابع

۱. قرآن کریم، ترجمه: ناصر مکارم شیرازی...
۲. آمدی، علی بن محمد، الأحكام فی اصول الاحکام، قاهره: مؤسسه الحلبي و الشركاء، ۱۴۱۸.
۳. ابن حجر، عسقلانی، فتح الباری، قاهره: دار الاديان لتراث، ۱۴۰۸.
۴. ابن رشد اندلسی، محمد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، چاپ اول، ریاض: مكتبة نزار، ۵۹۵ ق.
۵. ابن رفاعي، احمد بن علی بن احمد، البرهان المؤيد، دمشق: مكتبة الحلواني، ۱۳۱۴.
۶. ابن قدامه، موفق الدين عبدالله، المغنی علی مختصر الخرقی فی الفقه الحنبلي، چاپ اول، بیروت: دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۸...
۷. ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر، اعلام الموقعین عن رب العالمین، بیروت: المكتبة العصرية، ۱۳۴۸.
۸. ابن ماجة قزوینی، محمد بن یزید، سنن ابن ماجة، دار احیاء الکتب العربیة، ۲۰۱۰.
۹. ابوالقاسم، احمد، الدلیل الجنای و دوره فی الاثبات جرائم الحدود والقصاص، ریاض: المركز العربی للدراسات الامنیة والتدريب، ۱۹۹۳.
۱۰. ابن نجیم حنفی، زین الدین، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸.
۱۱. -----، الاشباه والنظائر، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۵.
۱۲. ابی داود سجستانی، سلیمان بن اشعث، سنن ابی داود، بیرت: دار الفکر، ۱۳۱۴.
۱۳. ابن فرس، عبدالمنعم بن محمد الحنفی، الاحکام القرآن، بنغاری: دار الجماهریه، ۱۳۹۸.
۱۴. ابن فرحون مالکی، ابراهیم بن علی، تبصرة الاحکام فی الاصول الاقضية ومناهج الاحکام، چاپ اول، بیروت: دار الکتب العلمیه، بی تا.
۱۵. احمد بن حنبل، احمد بن محمد، المسند، بی جا: مؤسسه الرساله، ۲۰۰۱.
۱۶. بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، لاهور: ناشرون قرآن، بی تا.
۱۷. بدخشی، محمد بن الحسن، شرح البدخشی، منهاج العقول، علی منهاج الوصول (قاضی بیضاوی)، بیروت: دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۵.
۱۸. ترمذی، محمد بن عیسی بن سوره بن موسی بن ضحاک، سنن ترمذی، بتحقیق و شرح،



- احمد محمد شاکر، قاهره: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۹۵.
۱۹. ترهونی، محمد احمد ضو، حجية القرائن في الاثبات الجنائي، چاپ اول، مصر: جامعه قاريونس، ۱۹۹۳.
۲۰. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، تحقيق: مؤسسة آل البيت (ع) لاحياء التراث، ۱۱۰۴.
۲۱. حسام، احمد، البصمة الوراثية و حجيتها في الاثبات الجنائي و النسب، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۱۰.
۲۲. حسني محمود عبدالدايم عبدالصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات، اسكندرية: دار الفكر الجامعي، ۲۰۱.
۲۳. خوانساري، احمد، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، مصحح: علي اكبر غفاري، مكتبة الصدوق، تهران، ۱۳۶۴ ش.
۲۴. خوئي، سيد ابوالقاسم، التنقيح في شرح العروة الوثقى (كتاب الطهارة) قم: انصاريان، ۱۴۱۸.
۲۵. -----، مباني تكملة المنهاج، چاپ اول، نجف: مطبعة العلميه، ۱۹۷۶.
۲۶. زحيلي، محمد، وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية: في المعاملات المدنية و الاحوال الشخصية، دمشق: مكتبة دارالبيان، ۱۴۱۴.
۲۷. سرخسي، محمد بن احمد بن ابی سهل شمس الدين، المبسوط في الفقه الحنفي، بيروت: دار المعرفة، ۱۳۸۸.
۲۸. سلامه، مأمون محمد، الاجرائيات الجنائية في التشريع المصري، مصر: دار النهضة العربية لنشر والتوزيع، ۲۰۰۸.
۲۹. سيوطي، عبدالرحمن بن ابی بكر، الاشباه والنظائر، دمشق: مطبوعات مجمع اللغة العربيه، بی تا.
۳۰. شناوي، عبد العزيز محمد، البصمة الوراثية و حجيتها في الاثبات الجنائي جرائم (الزنا و الاغتصاب، السرقة و القتل، اثبات النسب و نفيه)، قاهره، بی نا، ۲۰۱۰.
۳۱. شوکانی، محمد بن علی، نیل الاوطار، الطبعة الاولى، مصر: دار الحديث، ۱۴۱۳.
۳۲. شيخ طوسي، محمد بن حسن، التهذيب الكلام، قم: نور وحي، ۱۳۸۶.
۳۳. صنعاني، محمد بن اسماعيل، سبل السلام، مصر: محمد علي صبيح، ۱۳۰۵.
۳۴. عتيق، سيد محمد سعيد، «نظرية عامة لاثبات موجبات الحدود، دليل علمي در اثبات جرم»، رساله دکتري، دانشکده حقوق، دانشگاه عين الشمس، قاهره، ۱۹۹۳ م.
۳۵. عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الاسلامي، بی جا: مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع، ۱۹۸۹.

٣٦. عطوه، عبدالعال احمد، مدخل الى السياسة الشرعية، (كتاب الكترونيكي)، رياض. بي تا.
٣٧. قانون اصول اجرائات جزائي، وزارت عدليه افغانستان، جريدة رسمي، كابل. ١٣٤٤.
٣٨. قانون اصول محاكمات مدني افغانستان، جريدة رسمي، وزارت عدليه، كابل، ١٣٦٧.
٣٩. قانون جزائي افغانستان، وزارت عدليه، جريدة رسمي، كابل، ١٣٥٥.
٤٠. مرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بي تا، لبنان.
٤١. مصطفى، محمود محمود، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات، مجلة، الجنائية القومية، ج ١١، بي تا.

مبانی قاعده منع تلقین دلیل به متخصصین و ضمانت اجرای آن (در دادرسی اسلامی)

خالق داد اسدی *

* پوهنبار (استادیار) دانشجوی دوره‌ی دکترای حقوق

چکیده

تلقین دلیل به یکی از متخصصین یک اصطلاح فقهی در باب قضا است؛ و منظور از آن این است که قاضی در جریان دادرسی به یکی از طرفین دعوا دلیل یاد دهد تا بر طرف دیگر غلبه پیدا کند. این عمل از نظر اکثر فقهای امامیه حرام می‌باشد؛ اما این که مبانی این حرمت و نیز ضمانت اجرای آن چیست؟ در این پژوهش پاسخ داده شده است.

کلیدواژه: قاضی، تلقین دلیل، تحصیل دلیل و ارشاد جاهل

یکی از مباحث مهم در نظام دادرسی مبتنی بر فقه، بحث تلقین دلیل از سوی قاضی به یکی متخاصمین می‌باشد که در کتاب قضا تحت عنوان «آداب قضاوت» مورد بحث قرار گرفته است.

آداب قضاوت در اسلام از نظر حکم به چهار قسم قابل تقسیم‌اند که عبارت‌اند از: الف. آداب مستحب: ۱. قاضی باید وقت حضور خود را در دادگاه به طریق مطمئن به اطلاع مردم برساند؛ ۲. دادگاه را در فضای وسیع به صورت علنی تشکیل دهد تا دسترسی مردم به او آسان شود؛ ۳. قبل از هر چیز از حال زندانیان و سبب زندانی شدن آن‌ها آگاه گردد.

ب. آداب مکروه: ۱. قضاوت در حال غضب، گرسنگی و تشنگی؛ ۲. قاضی در حین قضاوت خود را عبوس نشان دهد و یا بیش از اندازه گشاده‌رو باشد.

ج. آداب واجب: ۱. رعایت عدالت و مساوات در سلام گفتن، نشستن و سخن گفتن و توجه به طرفین؛ ۲. در آغاز به اظهارات مدعی گوش دادن

د. آداب حرام: ۱. تلقین دلیل به یکی از متخاصمین ۲. راهنمایی وی بر نحوه استدلال؛ ۳. ترغیب و تزهید شاهد در شهادت؛ ۴. سوگند دادن منکر بدون استحلاف (درخواست) از سوی مدعی.

تلقین دلیل با توجه به تعاریف فقها، عبارت از این است که «قاضی در جریان دادرسی به یکی از طرفین دعوا دلیل و یا هرآن چیزی یاد دهد تا بر طرف مقابل خود غلبه پیدا کند». این عمل از نظر اکثر فقهای امامیه حرام است و در فقه، به عنوان یک قاعده فقهی در نظام دادرسی اسلامی قابل بحث می‌باشد؛ اما این که مبانی و ضمانت اجرای این قاعده چیست، هنوز پاسخ روشن داده نشده است.

در این تحقیق در پاسخ به سؤال فوق، سعی گردیده که قاعده «منع تلقین دلیل» از جوانب مختلف قضیه (مفهوم مصادیق، استثنائات، مبانی و ضمانت اجرا) ضمن دو گفتار مورد بررسی قرار بگیرد. در گفتار یک مفهوم و مصادیق و استثنائات بحث می‌شود و در گفتار دوم باره مبانی و ضمانت اجرا.



گفتار یک: مفهوم و مصادیق تلقین دلیل

در این گفتار، نخست مفهوم تلقین دلیل و فرق آن با مفاهیم مشابه دیگر بررسی و سپس مصادیق و نیز استثنائات آن بیان خواهد شد.

بند یک: مفهوم تلقین دلیل و مقایسه آن با مفاهیم مشابه

الف. مفهوم تلقین دلیل

واژه تلقین، مصدر متعدی (از فعل لَقَّن) به معنی در دهان نهادن، یاد دادن، فهماندن، مطلبی را زبانی گفتن و نیز وادار کردن شخصی را به گفتن کلامی (معین، ۱۳۷۵: ج ۱، ص ۱۱۳۳). از این عنوان در باب‌های طهارت، تجارت، لعان، اقرار و قضا سخن رفته است. (هاشمی شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶: ج ۲، ص ۶۲۶)

اما تلقین دلیل یک اصطلاح فقهی در باب قضا است و عبارت از این است که قاضی در دادگاه به یکی از متخاصمین دلیل و بیانی را بیاموزد تا بر طرف مقابل خود غلبه پیدا کند. (خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۴۰۹)

ب. مقایسه تلقین دلیل با مفاهیم مشابه

در کنار تلقین دلیل، ما با اصطلاحات مشابه دیگری از قبیل هدایه الدلیل (راهنمایی دلیل)، تحصیل دلیل و تَعْتِیْ الشَّاهِد مواجه هستیم که جهت روشن شدن مفهوم تلقین دلیل، مقایسه کردن آن اصطلاحات مشابه دیگر لازم به نظر می‌رسد.

۱. مقایسه تلقین دلیل با راهنمایی دلیل

برخی از فقها مانند علامه حلی در تحریر اصلاً از واژه «راهنمایی» نام نبرده ولی برخی دیگر مانند شیخ طوسی در مبسوط (ج ۸، ص ۱۵۰) هر چند از دو واژه «تلقین دلیل» و «راهنمایی» در کنار هم ذکر کرده و هر دو را حرام دانسته‌اند ولی مثال‌های جداگانه برای آن‌ها بیان نکرده، اما برخی دیگر مانند فاضل هندی در کشف اللثام (ج ۱۰، ص ۵۳) و امام خمینی در تحریر الوسیله (ج ۲، ص ۴۰۹) علاوه بر تفکیک واژه‌های مزبور، برای هر کدام مثال‌های جداگانه هم ذکر کرده‌اند.

صاحب مفتاح الکرامه برای این دو واژه فرق ظریفی قائل شده که این گونه بیان کرده است:



الف) تلقین با لفظ است و راهنمایی اعم (از لفظ و اشاره)؛ ب) تلقین در مجلس حکم است و راهنمایی اعم؛ ج) تلقین با لفظ مخصوص است و راهنمایی اعم. (حسینی، بی تا: ج ۱۰، ص ۳۴)

۲. مقایسه تلقین دلیل با تحصیل دلیل

اصطلاح «تلقین دلیل» برگرفته شده از فقه اسلامی است. ولی اصطلاح «تحصیل دلیل» (در حقوق) به گفته برخی از اساتید حقوق، ریشه در حقوق لائیک و غربی دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۴۴۶) برخی از نویسندگان حقوق، ظهور این اصطلاح را نتیجه‌ی ترکیب دو قاعده اروپایی و فقهی می‌دانند و می‌گویند: از یک سو، در حقوق دادرسی مدنی اروپا اصلی با عنوان «اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی» (dispositif) وجود دارد که در حقوق اثبات اصل دیگری از آن مشتق شده که به طور ایجابی «اصل ارائه دلیل توسط اصحاب دعوا» و به طور سلبی «اصل بی اثری دادگاه» (neutrality) خوانده شده است. از سوی دیگر، در فقه اسلامی که منبع الهام بخش حقوق ایران نیز بوده است، اصطلاحی وجود دارد با عنوان «تلقین دلیل»؛ بنابراین، اصطلاح «تحصیل دلیل» در حقوق عرفی ایران نتیجه ترکیب قاعده (اروپایی) «بی اثری دادگاه» از بالا و قاعده (فقهی) «منع تلقین دلیل» از پائین است.

این که تحصیل دلیل چیست؟ گفته شده است: «هر دلیلی که ارائه آن از وظائف مدعی باشد اگر او آن را به دادگاه اظهار نکند و قاضی ارتجلاً به نفع مدعی دلیلی را که از وظائف مدعی است مستند رسیدگی به نفع مدعی قرار دهد، عمل قاضی را در این وضع، تحصیل دلیل گویند». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ج ۲، ص ۱۱۵۳)

با توجه به این معنا، فرق تلقین دلیل با تحصیل دلیل در این است که در تحصیل دلیل، دادرس خود به سراغ دلیل می‌رود؛ اما در تلقین دلیل یکی از طرفین دعوا را به سراغ دلیل می‌فرستد. لیکن برخی دیگر از حقوق دانان تحصیل دلیل را اعم از تلقین دلیل مصطلح در فقه می‌دانند. (همان)

۳. مقایسه تلقین دلیل با تعتعه الشاهد

تعتعه در لغت یعنی کسی را به مشقت و اضطراب انداختن و در کلام مردد ساختن به نحوی که موجب لکنت او شود و عاجز از ادای آن گردد (شرتونی، ۱۴۰۳: ص ۵۰۰: ق: ۵۰۰)

ج ۱، ص ۷۷)؛ اما اصطلاح ترکیب تعتعه الشاهد، یک اصطلاح فقهی در باب قضا و به معنای دخالت کردن قاضی در گواهی گواه است؛ یعنی قاضی با داخل کردن سخنانی در کلام شاهد هنگام ادای شهادت، موجب می‌گردد شاهد از گفتار خود و اراده‌ای که داشته منصرف شود و یا هنگامی که گواه از گواهی دادنش هنوز فارغ نشده، قاضی سخنی بگوید تا شاهد آن را متمم شهادت خود قرار دهد و طوری در شهادتش مندرج نماید که به‌وسیله این سخن، شهادتش مفید یا مسموع و یا مردود گردد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه.ق: ج ۱۳، ص ۴۱۷)

پس فرق تلقین دلیل با تعتعه الشاهد در این است که تلقین مربوط به طرفین دعوا و تعتعه نسبت به شاهد است ولی از نظر حکمی، هر دو عمل در دادرسی اسلامی بر قاضی حرام می‌باشد.

بند دو. مصادیق و استثنائات تلقین دلیل

الف. مصادیق تلقین دلیل

در کلمات فقها برای تلقین دلیل، مصادیق مختلفی ذکر شده‌اند؛ و جامع‌ترین بیان برای ذکر مصادیق تلقین دلیل، کلام علامه حلی در تحریر است که می‌فرماید: و لا يجوز له أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، مثل أن يريده الإقرار فيلقنه الإنكار، أو اليمين فيلقنه النكول، أو النكول فيجزئه على اليمين، أو يحس من الشاهد بالتوقف، فيحرّضه على الشهادة، أو يكون مقدما على الشهادة فيزهد عنها، أو يأمر أحد الخصمين بالكلام. (علامه حلی، ۱۴۲۰ ه.ق: ج ۵، ص ۱۲۸)

طبق این بیان، مصادیق تلقین عبارت‌اند از: ۱. تلقین انکار به کسی که قصد اقرار دارد؛ ۲. تلقین نکول از قسم به کسی که قصد قسم خوردن دارد و یا برعکس، ترغیب به قسم اگر قصد نکول دارد؛ ۳. ترغیب و تزهید شاهد به ادا یا انصراف از شهادت؛ ۴. امر کردن یکی از متخاصمین به آغاز کردن صحبت (البته اگر هر دو مدعی باشند) علاوه بر مصادیق فوق، مصادیق دیگری نیز، در کلمات فقها از جمله مرحوم نراقی در الحاشیه علی الروضه البهیه (ص ۴۹۳) و مرحوم شیخ طوسی در مبسوط (۱۳۸۷: ج ۸، ص ۱۵۰) نام برده شده که عبارت‌اند از: ۱. تلقین کردن مدعی به دعوی جزمی (تا دعوی وی مسموع واقع شود) و یا به دعوی ظنی (تا به او ردّ یمین نشود)؛





۲. تلقین کردن مدعی علیه به انکار اصل قرض وقتی می‌خواهد جواب به ادا بدهد تا نیاز به اقامه بینه (بر ایفای آن) نداشته باشد.

ب. استثنائات تلقین دلیل

برخی از فقها با وجود پذیرش ممنوعیت تلقین دلیل، سه مورد را از شمول تلقین دلیل ممنوع خارج و استثناء کرده که عبارت‌اند از:

۱. تلقین دلیل در حقوق الله

قلمرو ممنوعیت تلقین دلیل به یکی از طرفین دعوا، حوزه حقوق الناس است؛ اما در حقوق الله، به استناد جریان «ماعر بن مالک» جایز دانسته شده است؛ زیرا در این قضیه، وقتی ماعر بن مالک اعتراف به زنا کرد، پیامبر (ص) او را به صورت غیرمستقیم تلقین به انصراف از اقرار کرد و فرمود: لعلک قبلت (طوسی، همان، ج ۸، ۱۵۰). هم‌چنین در قضاوت‌های امیرالمؤمنین علی (ع) مشاهده می‌شود که وقتی کسی اقرار به فحشاء می‌کرد، آن حضرت به انحاء گوناگون تلاش می‌کرد اقرار کامل تحقق پیدا نکند. (شیخ شوشتری، ۱۴۲۱ ه.ق: ص ۲۵)

شاید دلیل این مسئله، رأفت شارع نسبت به بندگان و بنای وی بر استار این گونه جرائم باشد. از این‌رو، در باب حدود ما قاعده معروف داریم که «حدود، با شبهه دفع می‌شود».

۲. تلقین دلیل به ذی حق

برخی از فقها، مثل صاحب جواهر در صورت علم قاضی به واقع و حق بودن یکی از طرفین دعوا، تلقین دلیل را به وی جایز دانسته و معتقد است که تلقین دلیل در چنین فرضی از مصادیق، معاونت بر بر محسوب می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق: ج ۴۰، ص ۱۴۴). امام خمینی نیز از موافقان با این نظر در تحریر است و می‌گوید: در صورتی که قاضی بداند حق با یکی از طرفین دعوا است، قاضی می‌تواند به او تلقین دلیل کند و یا نحوه احتجاج و استدلال کردن را آموزش دهد تا بر طرف مقابل غلبه پیدا کند. (بی‌تا: ج ۲، ۴۰۹)

لیکن برخی دیگر مثل مرحوم نراقی در مستند الشیعه تلقین دلیل را مطلقاً حرام می‌دانند چه قاضی علم به واقع داشته باشد و یا نداشته باشد؛ زیرا تمام مصادیق تلقین

دلیل را منافات با تسویه می‌دانند. (۱۴۱۵ ه. ق: ج ۱۷، ص ۱۱۷)

۳. ارشاد الجاهل

مفهوم ارشاد عام است علاوه بر معنی تعلیم، شامل تبلیغ، اعلام، تذکر و یادآوری هم می‌شود. از نظر حکمی، ارشاد جاهل (اعم از غافل و ناسی) نسبت به احکام شرعی (مانند وجوب نماز) واجب است، ولی نسبت به موضوعات میان فقها اختلاف می‌باشد؛ اما اکثر فقها ارشاد به موضوع را (جز در اموری که مورد اهتمام جدی شارع می‌باشند مانند جان، عرض و ناموس) واجب نمی‌دانند (هاشمی شاهرودی و دیگران، همان، ج ۱، ص ۳۵۷؛ مصطفوی، ۱۴۱۷: ج ۱، ص ۳۵۷).

حال، در باب قضا در صورتی که یکی از طرفین دعوا، جاهل به مسائل قضایی برای اثبات و استیفاء حق خود باشد، برخی از فقها تلقین دلیل را از باب ارشاد جاهل جایز دانسته‌اند که مصادیق مختلفی را شامل می‌شود، از قبیل:

۱) تلقین تحریر صحیح دعوا به مدعی جاهل

یکی از شرایط سماع (پذیرش) دعوا، طرح صحیح آن است. از باب مثال، مدعی وقتی دعوی خود را طرح می‌کند در صورتی این دعوا مسموع و قابل پذیرش است که دعوی خود را به صورت قطعی و یقینی طرح کرده باشد نه از روی شک و احتمال. هم‌چنین خواسته (مدعی به) باید معلوم باشد نه مجهول، لذا مدعی وقتی دعوی خود را در دادگاه بیان می‌کند، باید توضیح لازم را در اطراف خواسته خود بدهد.

حال، اگر مدعی نسبت به طرح صحیح دعوا جاهل باشد، برخی از فقها تلقین تحریر صحیح دعوا را به وی جایز می‌دانند و از استدلال «فتح باب منازعه» بر حرمت تلقین دلیل، این‌گونه جواب می‌دهند که هیچ اشکالی در فتح باب منازعه در صورتی که موجب ابطال حقوق مردم نشود، وجود ندارد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ه. ق: ج ۱۲، ص ۵۴) و بلکه برعکس، عدم تلقین دلیل در چنین شرایطی موجب ابطال حقوق مردم می‌شود. (محقق حلی؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ ه. ق: ج ۱۲، ص ۵۴)

اما شیخ طوسی تلقین طرح دعوا به مدعی جاهل را جایز نمی‌داند به این دلیل که طرح کردن دعوا از حقوق مربوط به شخص مدعی محسوب می‌گردد و تلقین آن از سوی قاضی باعث شکسته شدن قلب و یا ناراحتی طرف دیگر خواهد شد (طوسی،





۱۳۸۷ ه.ق: ج ۸، ۱۵۶). صاحب کتاب ریاض المسائل نیز استدلال برخی از متأخرین در جواز تلقین به مدعی جاهل (به تحریر دعوا) را در صورتی که قاضی علم به واقع داشته باشد، این گونه ردّ می‌کند: در چنین فرضی اصلاً نیازی به تلقین دلیل نیست، بلکه قاضی می‌تواند از همان ابتدا به علم خود عمل کند. (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ ه.ق: ج ۱۵، ص ۵۸)

لکن نظر مختار این است که تلقین تحریر صحیح دعوا به مدعی جاهل، چون ربطی به اصل دعوا ندارد، علی القاعده اشکال ندارد به خصوص که عدم تلقین تحریر صحیح دعوا در چنین فرضی که مدعی نسبت به آن آشنایی ندارد، موجب ابطال حقوق وی می‌شود.

۲) آگاه کردن مدعی جاهل در استفاده از حق خود

بر اساس قاعده‌ی «البینه علی المدعی...»، کسی که مدعی حقی است، باید ادعای خود را اگر خواسته باشد با اقامه‌ی بینه و دلیل به اثبات برساند؛ اما اگر بینه نداشته باشد، او حق دارد که از إحلاف (سوگند دادن) منکر استفاده نماید. حال اگر او از داشتن چنین حقی، بی‌اطلاع باشد، قاضی موظف است او را در استفاده از حق سوگند آگاه نماید؛ یعنی در چنین مواردی، قاضی باید در ابتدا به مدعی بگوید: تو حق داری منکر را سوگند دهی (خمینی، همان: ج ۲، ص ۴۱۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ ه.ق: ج ۲، ص ۱۶۵)؛ و آنگاه اگر او خواست از حق خود استفاده نماید، منکر را سوگند می‌دهد.

۳) تعلیم احکام شرعی

صاحب جواهر بار د استدلال بعضی‌ها بر حرمت تلقین دلیل که آن را موجب فتح باب منازعه می‌دانند، می‌گوید: فتح باب منازعه نمی‌تواند مقتضی حرمت تلقین باشد، به‌ویژه اگر این عمل تحت عنوان تعلیم آموزه‌ها و مسائل شرعی قرار بگیرد (نجفی، همان: ج ۴۰، ص ۱۴۴)؛ زیرا تلقین دلیل در قالب تعلیم احکام شرعی منافات با بی‌طرفی قاضی ندارد و آنچه مورد اشکال می‌باشد، تلقین دلیل (ی) است که سبب عدم تسویه بین طرفین دعوا شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ ه.ق: ج ۲، ص ۳۵۰)

گفتار دو. مبانی و ضمانت اجرای قاعده منع تلقین دلیل

در گفتار دوم، ضمن دو بند مبانی و ضمانت اجرای قاعده منع تلقین دلیل به بررسی گرفته می‌شود. در بند نخست مبانی قاعده مزبور بحث می‌شود و در بند دوم ضمانت اجرای آن.

بند یک. مبانی منع تلقین دلیل

در نظام دادرسی اسلام، تلقین متخاصمین ممنوع است و حرمت آن از چنان شهرتی برخوردار است که بعضی بر آن ادعای اجماع کرده و برخی دیگر از آن به‌عنوان یکی از مسلمات نام برده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق: ج ۲۷، ص ۵۳؛ سنگلجی، ۱۳۸۴: ص ۲۹۱). منتهی برخی از کلمه «لایجوز» استفاده کرده، می‌گویند: ولایجوز له این یلقن احد الخصمین ما فیه ضرر علی خصمه (علامه حلی، ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۴۳۰)؛ اما برخی دیگر کلمه «یحرّم» را به کار برده، می‌گویند: یحرّم علی القاضی أن یلقن أحد الخصمین... (مقدس اردبیلی، همان: ج ۱۲، ص ۵۴)

حال، مبانی فقهی این قاعده چیست؟ اصول و قواعد کلی‌ای که می‌توانند به‌عنوان مبانی قاعده‌ی «منع تحصیل دلیل» مطرح و توجیه‌کننده الزام ناشی از این قاعده باشند، عبارت‌اند از:

الف. عدالت (بی‌طرفی) در دادرسی

اصل عدالت و «بی‌طرفی» قاضی یکی از اصول مهم دادرسی عادلانه است. در کتاب‌های فقهی از این اصل، با عنوان «التسویه بین الخصمین» نام برده شده که شامل موارد و رفتارهای حتی اخلاقی (و اعم از آیین دادرسی) می‌شود. بر اساس این اصل، قاضی، باید بی‌طرفی عینی خود را در روند دادرسی و اصدار حکم حفظ نماید و هیچ‌گونه مداخله جانب‌دارانه در دعوا که باعث تفوّق و غلبه‌ی یکی از طرفین دعوا بر طرف دیگر گردد، نداشته باشد. آیات و روایات زیادی هم در این زمینه وجود دارد که آوردن آن‌ها خارج از حوصله این بحث می‌باشد (ر.ک: ص: ۲۶؛ نساء: ۵۸ و ۱۰۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۷، ص ۲۱۴). امام علی (ع) نیز وقتی در دعوای خود با آن مرد نصرانی (بر سر یک زره) شاهی بر ادعای خود نداشت و قاضی محکمه حکم به نفع نصرانی صادر کرد، فرمود: رسم قضا همین است. (قربانی، بی‌تا ص ۱۷۸)



یکی از مصادیق بارز بی‌طرفی عینی قاضی، پرهیز نمودن وی از تلقین دلیل و یاد دادن کیفیت استدلال به یکی از طرفین دعوا در جریان دادرسی است؛ زیرا این کار منافات با بی‌طرفی (و تسویه بین الخصمین) در جریان دادرسی دارد (نراقی، ۱۴۱۵ ه.ق: ج ۱۷، ص ۱۱۷)؛ و موجب می‌شود که احتمال پیروزی یکی از طرفین دعوا، بیش از طرف دیگر گردد. به همین دلیل یکی از فقها با اشاره به این نکته، می‌گوید: «در باب تلقین خصمین، دلیل خاصی (از آیه و روایت) جز مسئله‌ی عدالت نداریم... و قاضی باید به هردو طرف دعوی با چشم مساوی نگاه کند» (مکار شیرازی، ۱۴۲۴ ه.ق: ج ۲، ص ۷۲)؛ زیرا یکی از آثار مهم بی‌طرفی قاضی و نگاه مساوی داشتن وی (به طرفین دعوا)، این است که باعث می‌شود طرفین دعوا به حکم او اعتماد نمایند و نزاع خاتمه پیدا کند. (موسوی اردبیلی، ۱۴۳۴ ه.ق: ج ۲، ص ۹)

ب. عدم اضرار به غیر

در اسلام، ضرر زدن به غیر تحت هر عنوانی باشد، ممنوع است. به همین دلیل، در بیان برخی از فقها، تصریح گردیده که تلقین دلیل (به یکی از طرفین دعوا)، از آن جهت حرام است که باعث ضرر طرف دیگر می‌شود: «لایجوز أن یلقن أحد الخصمین مافیة ضرر علی خصمه...» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه.ق: ج ۱۳، ص ۲۲۹؛ حلی، ۱۴۲۰ ه.ق: ج ۵، ص ۱۲۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ ه.ق: ج ۴، ص ۷۱)؛ جایز نیست که به یکی از دو خصم آنچه به ضرر دیگری است تلقین شود.

طبق این بیان، مبنای ممنوعیت تلقین دلیل، عنوان ضرر است، پس هر آنچه مشمول این عنوان گردد، ممنوع است؛ و بدون شک، تمام مصادیقی که برای تلقین دلیل ذکر شده، از عوامل ایجاد ضرر برای یکی از طرفین دعوا می‌باشند؛ زیرا موجب ضعف و ناتوانی وی در استدلال و استفاده از دلایل خود خواهد شد. صاحب کتاب معین الحکام نیز با اشاره به این استدلال، می‌گوید: لایلقن احدهما حجه لآنه متی اعان احدهما یضعف الآخر فیعجز عن الأداء بحجته (طرابلسی، بی‌تا: ج ۱، ص ۲۱)؛ یعنی قاضی نباید به یک طرف دعوا، دلیل و حجت تلقین کند؛ زیرا این کار کمک به اوست و موجب می‌گردد طرف دیگر در اقامه‌ی دلیل خود عاجز و ناتوان گردد.

از این‌رو، برخی از فقها تلقین دلیل به یکی از طرفین دعوا را چون موجب توقف

حق وی می‌شود، ظلم (طوسی، همان: ج ۸، ص ۱۵۰)، برخی خیانت (حسینی، همان: ج ۱۰، ص ۳۴) و برخی دیگر نیز تضییع حق و ترویج باطل تلقی کرده‌اند. (اردبیلی، همان: ج ۱، ص ۴۱۴)

ج. رفع نزاع و سدّ باب منازعه

اخوت و برادری در اسلام یک اصل انکارناپذیر است. قرآن در آیات زیادی بر «اصلاح ذات البین» تکیه کرده و در صورت بروز اختلاف، دستور بر حل فوری آن از طریق صلح و سازش داده است (آل عمران: ۱۰۲؛ انفال: ۱؛ حجرات: ۹ و ۲؛ نساء: ۱۲۸). بر همین اساس، برخی از فقیهان، سدّ باب منازعه و فصل خصومت را یکی از اهداف قضا و نصب قاضی در این سمت مهم می‌دانند و آنچه را که در تنافی با این هدف بوده باشد و احیاناً باعث گشوده شدن باب منازعه گردد مانند تلقین دلیل و راهنمایی یکی از طرفین بر وجوه استدلال در دعوا، جایز نمی‌دانند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ج ۱۰، ص ۵۳؛ شهید ثانی، همان: ج ۱۳، ص ۴۲۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۴، ص ۷۱). به نظر می‌رسد این استدلال نیاز به اصلاح دارد و این گونه نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا اولاً قاضی صرفاً برای رفع خصومت نیست به خصوص در امور حسبی که علی الغالب نزاعی وجود ندارد، لذا قاضی در این گونه امور، عنوان مشاور و نگهبان حقوق عمومی را دارد؛ و ثانیاً گشودن باب نزاع در صورتی متصور است که قاضی به هر دو طرف دعوا تلقین دلیل و راه احتجاج و استدلال کردن یاد دهد نه به یک طرف.

بنابراین، بهتر است که مبنای «سدّ باب منازعه» را این گونه تبیین کرده، بگوییم که دادرسی نباید در فرایند دادرسی دست به عمل تلقین دلیل بزند؛ زیرا تلقین دلیل و راهنمایی، اگر به یک طرف دعوا صورت بگیرد، این خروج از جاده بی‌طرفی و اصل یکسان‌نگری قاضی به طرفین دعوا می‌باشد و قاضی با این کار خود نسبت به طرف دیگر، خیانت کرده است؛ اما اگر نسبت به هر دو طرف دعوا انجام بگیرد تا مساوات رعایت گردد، در این صورت، باعث ادامه نزاع خواهد شد. (حسینی، همان: ج ۱۰، ص ۳۳)

د. عدم جواز اعانت بر اثم و امر به منکر

برخی از فقها، تلقین دلیل به یکی از متخاصمین را از یک زاویه‌ی دیگر تحلیل کرده





و با اعتقاد به حرام بودن تمام مصادیق تلقین دلیل، آن را اعانت بر اثم و امر به منکر دانسته‌اند. (نراقی، همان: ج ۱۷، ص ۱۱۷)

فرق اثم و منکر: «اثم» (گناه)، به معنای مخالفت با امر خداوند است؛ خواه فعل باشد یا ترک فعل (محقق داماد، ۱۳۹۰: ج ۴، ص ۱۷۹)؛ اما «منکر» به معنای چیزی است که عقل و شرع آن را بد می‌شمارد (طبرسی، ۱۳۶۰: ج ۴، ص ۱۹۳)، لذا به گناهان و خطاها از آن جهت منکرات می‌گویند که عقل و وجدان آدمی از آن‌ها بیزار است و به آن‌ها رضایت نمی‌دهد (مدرسی، ۱۳۷۷: ج ۱۴، ص ۲۱۷). از نظر نسب اربع، میان «اثم» و «منکر» عام و خاص مطلق است؛ زیرا هر منکری گناه است ولی هر گناهی، منکر نیست؛ زیرا مُنکر در جایی صدق می‌کند که شخص، در عین حال که عالم به آن است (و تکلیف بر او منجز شده) بر استمرار آن اصرار می‌ورزد. (خمینی، همان: ج ۲، ص ۴۷۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ ق.ج ۳، ص ۲۸)

حال، با توجه به معنی اثم و منکر، تحصیل دلیل در جایی از موارد اعانت بر اثم محسوب می‌شود که قاضی صرفاً یکی از طرفین دعوا را تشویق به امر خلاف شرع نماید؛ مثلاً مدعی علیه را که می‌خواهد جواب به ادای دین بدهد، بگوید: هر کس جواب به ادا بدهد، باید آن را اثبات کند ولی مُنکر چنین الزامی ندارد؛ و به این ترتیب، او را تشویق به انکار اصل دین کند؛ اما امر به مُنکر، در جایی صدق می‌کند که قاضی با وجود این که می‌داند مدعی ادعای یقینی دارد، او را امر به ادعای ظنی نماید (تا به او ردّ یمین نشود)، یا با این که می‌داند بدهکار است، او را امر به انکار اصل قرض کند (تا ملزم به اقامه بینه نشود) و یا در حالی که می‌داند، مُدعی به برای مدعی مجهول است، او را امر به تعیین مدعی به کند؛ و از سوی دیگر، خود مدعی هم بدانند که انجام چنین کاری که به او امر شده، خلاف شرع است.

بند دو. ضمانت اجرای قاعده منع تلقین دلیل

در فقه ضمانت اجرای صریح و مستقیم در رابطه با خصوص قاعده منع تلقین دلیل پیش‌بینی نشده ولی با توجه به شمول و تطبیق بعضی از معیارهای دارای ضمانت اجرا بر قاعده مزبور، می‌توان این ضمانت اجرا را بر قاعده منع تلقین دلیل نیز مترتب دانست؛ بنابراین، در بحث از ضمانت اجرای فقهی قاعده‌ی «منع تلقین دلیل»، ما با

دو نوع ضمانت اجرا روبرو هستیم: ضمانت اجرای که ناظر به شخص قاضی هستند و ضمانت اجرای که مربوط به حکم وی می‌شوند.

الف. ضمانت اجرای ناظر به شخص قاضی

منظور از ضمانت اجرای که ناظر به شخص قاضی می‌باشد، طبعاً عواقب و پیامدهایی هستند که ممکن است در اثر نقض قاعده منع تلقین دلیل، متوجه جسم، شغل و دارایی وی شوند که به طور کلی عبارت‌اند از:

۱. مجازات

در فقه تا جایی که نگارنده تحقیق کرده است، مجازات خاصی نسبت به قاضی‌ای که در قبال وظیفه قضایی خود مرتکب قصور یا تقصیر می‌گردد، پیش‌بینی نگردیده و از این جهت، موضوع دارای ابهام است؛ ولی سؤالی که در اینجا قابل طرح است و پاسخ به آن می‌تواند تا حدودی ابهام را بر طرف کند، این است که آیا از نظر تکلیفی، عمل تلقین دلیل، حرام است یا مکروه؟

همان‌طوری که قبلاً گفته شد، اکثر فقها تلقین دلیل را حرام دانسته؛ منتهی برخی از آن‌ها برای بیان این مقصود از کلمه «لایجوز» استفاده کرده و برخی دیگر کلمه صریح (یحرم) را در این باب بکار برده‌اند.

حال در فرضی که ما قائل به حرمت این عمل شویم، باید بگوییم که بر اساس قاعده‌ی «التعزیر لکل عمل محرم»، قاضی قابل تعزیر خواهد بود؛ زیرا تعزیر بر اساس دیدگاه بسیاری از فقها از اختیارات حاکم اسلامی است که می‌تواند مرتکب هر نوع عمل حرام (اعم از کبیره و صغیره) را متناسب با نوع عمل او و مصالحی که خود تشخیص می‌دهد به مجازات برساند و یا حق دارد که با توجه به شرایط و مقتضای زمان و مکان، برخی از رفتارها را (اعم از رفتار شخصی، اجتماعی و قضایی) که صلاح بداند، تحت عنوان تعزیرات حکومتی جرم‌انگاری نموده و برای آن‌ها مجازات در نظر بگیرد، از قبیل توبیخ، جریمه مالی، شلاق و زندان. (غلامی، ۱۳۹۱: ۱۷۳؛ انصاری و دیگران، ۱۳۸۵، ۹۴)

از سوی دیگر، قاضی در اثر ارتکاب این عمل حرام قضایی (تلقین دلیل)، وصف عدالت خود را از دست می‌دهد و با از دست دادن وصف عدالت، دیگر آن صلاحیت





لازم را برای قضاوت کردن نخواهد داشت و از مقام قضایی خود عزل می‌شود؛ زیرا در نظام قضایی اسلام، ملاک و اساس قضاوت، عدالت است و قاضی باید تلاش کند جریان دادرسی را به سمت اجرای عدالت سوق دهد. چنان‌که آقای جوادی آملی با استناد به آیه شریفه «یا ایّها الذین آمنوا کونوا قوّامین بالقسط» (نساء: ۱۳۵)، می‌گوید: «در عدالت قضایی نه تنها قائم به عدل بودن برای قاضی کافی نیست، بلکه او باید قوّام باشد. قوّام صیغه مبالغه و به این معنا است که هرگز خطر جور و ستم و احتمال بی‌عدالتی از ناحیه قاضی به کسی وجود نداشته باشد حتی اگر متهمان در محکمه قضایی، یهودی، مسیحی و از پیروان مذاهب دیگر باشد». (جوادی آملی، ۱۳۹۰: ص ۱۵۵)

بنابراین، منصب قضا بر اساس آیه شریفه «انّ الله یأمرکم ان تؤدّوا الامانات الی اهلها و اذا حکمتکم بین الناس ان تحکموا بالعدل» (نساء: ۵۸)، امانت است و قاضی حق ندارد با رفتاری ناعادلانه همچون تلقین دلیل به یکی از طرف دعوا و ترجیح وی بر طرف دیگر، به این امانتی که متولّی آن است خیانت کند و الا از این منصب، سلب صلاحیت گردیده و به‌صورت قهری منعزل خواهد شد و این یک نوع مجازات است.

۲. مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی در ادبیات به‌صورت‌های مختلفی تعریف شده که ماحصل همه آن‌ها یک چیز است و آن ملزم بودن شخص به جبران ضرر و زیانی است که در نتیجه عمل او دیگری وارد شده است. در فقه، هرچند واژه مسئولیت به کار نرفته ولی مباحثی مربوط به مسئولیت مدنی به‌عنوان بخشی از ضمان قهری در لسان فقها مطرح شده که خود زیر مجموعه‌ای از مفهوم کلی «ضمان» است که کاربرد فراوان دارد و دارای جایگاه ویژه در حقوق اسلامی می‌باشد.

بر اساس «قاعده‌ی لاضرر» (که یکی از مبانی فقهی مسئولیت مدنی است)^۱، در فقه، در دو جا از مسئولیت مدنی سخن گفته شده که یک مورد آن عام است (شامل قاضی و غیر قاضی می‌شود) و مورد دیگر آن در خصوص قاضی می‌باشد.

۱. مبانی دیگر مسئولیت مدنی در فقه، عبارت‌اند از: قاعده‌ی اتلاف، قاعده‌ی تسبیب، ضمانید و ضمان غرور

مورد عام: بر اساس، یکی از دیدگاه‌های فقهی در مورد «قاعده‌ی لاضرر»^۱ مراد از قاعده مزبور این است که در اسلام، ضرر غیر متدارک (ضرری که جبران نشود) وجود ندارد؛ یعنی در واقع، شارع مقدس خواسته که با این حکم، افراد را ملزم به جبران ضرر نماید (مراغی، ۱۴۱۷ ه.ق: ج ۱، ص ۳۲۰). در فقه نیز، فروعاتی مطرح شده که تنها وجود رابطه سببیت (استناد عرفی) برای اثبات این مسئولیت، کافی است و نیازی به عنصر تقصیر نیست و به گفته برخی از نویسندگان اگر در جایی هم صحبت از تقصیر شده، برای احراز رابطه سببیت است نه به عنوان مبنای مسئولیت (باریکلو، ۱۳۸۸: ص ۵۵). در نتیجه، هر کس موجب ضرر و زیانی نسبت به غیر بشود، باید درصدد جبران برآمده و آن را تدارک نماید.

حال، تطبیق قاعده‌ی «لاضرر» بر مانحن فیه این است که اگر چنانچه تلقین دلیل توسط قاضی به یکی از طرفین دعوا، موجب ضرر طرف مقابل، گردد و او را در موقعیت ضعف قرار دهد که نتواند حقانیت خود را به اثبات برساند، در این فرض، قاضی بر اساس «قاعده‌ی لاضرر» ملزم به جبران ضرر او خواهد بود؛ چون او با این حکم خود، موجب اضرار وی گردیده است و ما نظیر این مسئله را در باب شهادت کذب هم داریم که اگر چنانچه شاهد با شهادت کذب خود، باعث ضرر مشهود علیه شود، ضامن جبران خسارت او خواهد بود. هم‌چنین، در باب اجرای حد، در صورتی که اجرای

۱. این که مراد از قاعده لاضرر، چیست؟ نظریات مختلفی مطرح شده که معروف‌ترین آن‌ها چهار نظریه است: الف) نفی حکم تکلیفی (اراده نهی از نفی): بر اساس این نظریه، آنچه از مفاد این قاعده فهمیده می‌شود، حرمت ضرر زدن است (فتح الله اصفهانی (شیخ الشریعه)، قاعده لاضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۲۶)؛

ب) نفی ضرر غیر متدارک: یعنی در اسلام ضرر غیر متدارک (و غیر قابل جبران)، وجود ندارد (سید میر عبد الفتاح مراغی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه.ق، ج ۱، ص ۳۲۰)؛

ج) نفی حکم ضرری: یعنی در اسلام حکم ضرری جعل نشده است. در نتیجه، هر حکم (تکلیفی یا وضعی) که از ناحیه شارع صادر گردد، اگر مستلزم ضرر باشد، برداشته می‌شود. (شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ه.ق، چاپ سوم، ج ۲، ص ۴۶۰)؛

د) نفی حکم به لسان نفی موضوع: یعنی از طریق نفی موضوع، حکم ضرری نیز نفی گردیده است، نظیر جمله «لاشک لکثیر الشک». (آخوند خراسانی، کفایه الاصول، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۳۸۸، چاپ چهارم، ج ۳، ص ۱۶۰ به بعد).



حد بر طبق موازین شرعی صورت نگیرد و شخص حدّ خورده خسارت ببیند، مجری حدّ، ضامن می‌باشد.

مورد خاص: فقها در دو صورت از ضمان (مسئولیت مدنی) شخص قاضی سخن گفته و بر اساس دعوای خسارت، علیه او را پذیرفته‌اند:

صورت نخست این که محکوم علیه، مدّعی عدم صحت حکم قاضی می‌شود به این دلیل که قاضی اهلیت قضاوت نداشته یا حکم صادره در چارچوب موازین دادرسی نبوده و یا قاضی به دلیل کذب شهود و یا سوگند ناروا، مرتکب خطای در حکم گردیده باشد:

«ادعی المحکوم علیه عدم صحة الحكم إما لعدم أهلية الحاكم أو عدم وقوعه عن میزان الفصل أو خطأه لعلم المدعی علیه بکذب الشهود أو فجور الیمن. فلا یخفی أن طرف مثل هذه الدعوی إما نفس الحاكم أو المحکوم له، فعلى الأول فاما ان یکون الغرض من هذه الدعوی إثبات الغرامة على الحاكم و اما أن یکون الغرض ابطال فصله المنشأ لانتقال المال الى المحکوم له ظاهراً، کی یترتب علیه إلزام الحاكم الثانی برد المال الى المحکوم علیه بالحکم الأول. فإن کان الغرض من توجیه الدعوی الى الحاكم تغريمه فلا إشکال فی سماعها مطلقاً، کان فی البین بینة أم لا» (آقا ضیاء عراقی، بی تا: ص ۵۰)؛ یعنی محکوم علیه، ادعا کند که حکم صادره صحیح نمی‌باشد به دلیل این که حاکم اهلیت نداشته یا حکم مطابق موازن نبوده و یا حاکم به دلیل کذب شهود و یا ناروا بودن سوگند در حکم خود خطا کرده است. مخفی نماند که طرف این دعوا یا خود حاکم است و یا محکوم له و در صورت اول، غرض از این دعوا یا اثبات غرامت بر حاکم است و یا نقض حکم وی که باعث شده مال ظاهراً به محکوم له منتقل گردیده است. پس اگر غرض از این دعوا غرامت حاکم باشد، هیچ اشکالی در شنیدن این دعوا وجود ندارد، چه بینه‌ای در میان باشد یا نباشد.

واژه «میزان الفصل» (موازن دادرسی)، در عبارت فوق، عام است هم مقررات ماهوی را شامل می‌شود و هم شکلی را. پس در صورتی که قاضی در جریان رسیدگی، موازین دادرسی را رعایت نکند؛ از باب مثال، برای یکی از طرفین دعوا ابتدا تحصیل دلیل و سپس بر اساس آن، اقدام به اصدار حکم نماید، این عمل می‌تواند از موجبات



ادعای عدم صحت حکم صادره (به دلیل عدم رعایت موازین دادرسی) باشد و در نتیجه، محکوم علیه می‌تواند علیه قاضی دعوای خسارت نماید، مگر این که تحصیل دلیل از روی عمد نبوده و یا با هدف احقاق حق صورت گرفته باشد.

صورت دوم، جایی است که قاضی در صدور حکم خود دچار اشتباه یا تقصیر در اجتهاد و مقدمات قضا شده باشد. در چنین فرضی، اگر چنانچه دعوا در قتل یا قطع باشد، حاکم ضامن است مگر این که محکوم له در دعوای خود ظالم بوده و خودش مباشر در قتل یا قطع باشد که در این صورت، خود او قصاص می‌شود (زیرا مباشر اقوی از سبب است). اما در صورتی که دعوا در مال باشد و مال تلف شده باشد، در این صورت، ضمان بر عهده حاکم است. بلی، اگر محکوم له در دعوای خود ظالم بوده باشد، در این صورت، محکوم علیه مخیر است بین رجوع به محکوم له و رجوع به حاکم». (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴ ه.ق: ج ۲، ص ۲۹)

به نظر می‌رسد که صدور حکم بر اساس تلقین دلیل نیز، یکی از موارد تقصیر قاضی در مقدمات قضا می‌باشد. پس از این جهت، می‌تواند موجب ضمان (و مسئولیت مدنی) قاضی شود.

ب. ضمانت اجرای ناظر به حکم قاضی

از آنجایی که قاضی مانند سایر افراد بشر همواره در معرض لغزش و اشتباه می‌باشد، ممکن است تصمیمات قضایی اشتباه و یا غرض آلود بگیرد و لذا راهکار بازبینی مجدد رأی او از طریق شکایت، یک امر معقول و منطقی به نظر می‌رسد تا از یک سو، اصلاح تصمیم مورد شکایت را ممکن سازد و از سوی دیگر، قاضی را وادار کند که با دقت لازم و در چارچوب رعایت اصول و مقررات دادرسی، موجبات اصدار یک حکم عادلانه را فراهم نماید.

بنابراین، منظور از ضمانت اجرای ناظر به حکم قاضی در واقع، راهکار قانونی مقابله با اثر وضعی حکم صادره از طریق اعتراض (در قالب تجدیدنظر خواهی) و نقض حکم می‌باشد.

الف. تجدیدنظر خواهی

هرچند، در نظام قضایی اسلام، اصل بر یک مرحله‌ای بودن رسیدگی است؛ زیرا





رأی قاضی جامع الشرایط، مثل فتوای مجتهد از احترام و اعتبار خاصی برخوردار است؛ اما در عین حال، مرحله‌ی ثانوی دادرسی به نام «تجدیدنظرخواهی» و هم‌چنین نقض حکم در مواردی، پیش‌بینی شده و حتی در آغاز تاریخ اسلام نیز وجود داشته است. به‌عنوان مثال: نقل شده است که امیرالمؤمنین علی (ع) هنگامی که در یمن قضاوت می‌کرد، فرمود: من در میان شما قضاوت می‌کنم اگر رضایت داشتید، دعوا خاتمه می‌یابد؛ ولی اگر راضی نبودید، نزد رسول خدا بروید تا بین شما قضاوت کند. چون امام (ع) قضاوت کرد، آنان راضی نشدند و در ایام حج نزد پیامبر (ص) آمدند، اقامه‌ی دعوا کردند و از کیفیت و نتیجه‌ی قضاوت علی (ع) و نیز عدم رضایت خود گفتند. پیامبر خدا (ص) سخنان آنان را شنید، سپس فرمود: حق همان است که علی گفته است (دانش، ۱۳۹۱: ص ۷۳۱).^۱ هم‌چنین خود امیرالمؤمنین (ع) در برخی از موارد، قضاوت شریح قاضی را مورد تجدیدنظر قرار داده است. (کلینی، ۱۴۰۷: ج ۷، ص ۳۷۳-۳۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷: ج ۶، ص ۳۱۷؛ صدوق قمی، ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۲۵)

در فقه نیز تجدیدنظرخواهی از احکام صادره در موارد زیر مورد بحث قرار گرفته و فقها قائل به جواز آن شده‌اند:

۱. محکوم‌علیه، ادعا می‌کند قاضی در حکم خود دچار خطا (اشتباه) شده یا در مقدمات حکم خود مرتکب تقصیر گردیده و مطابق موازین رسیدگی نکرده است؛ مثل این که شهود پرونده فاسق بوده باشند (طباطبایی یزدی، همان: ج ۲، ص ۳۰-۲۹).
۲. ادعا می‌کند قاضی صلاحیت صدور حکم را (به دلیل فسق و یا نداشتن اجتهاد) نداشته است. (همان)

۳. ادعا می‌کند در صدور حکم به او ظلم شده است.

در بیان برخی از فقها قبول دعوای تجدیدنظرخواهی در این مورد اخیر، واجب دانسته شده و آمده است: لیس علی الحاکم تتبع حکم من کان قبله لکن لو زعم المحکوم علیه أن الأول حکم علیه بالجور (لفساد اجتهاده و نحوه) لزمه النظر فیه. (محقق حلی، همان: ج ۴، ص ۶۸)

۱. نقل از: سمیر عالی، نظریه الدوله و آدابها فی الاسلام، ص ۶۴.

بنابراین، تجدیدنظر در حکم قاضی از نظر حکم تکلیفی به سه صورت تقسیم می‌شود: ۱) عدم وجوب تجدیدنظر؛ ۲) عدم حرمت تجدیدنظر؛ ۳) وجوب تجدیدنظر به ادعای محکوم علیه به این که بر او ظلم شده است، بدون این که از او بر چنین ادعایی بی‌نه طلب شود.

بر وجوب تجدیدنظر (در فرض سوم) و عدم لزوم طلب بی‌نه از مدعی صدور حکم ظالمانه، این گونه استدلال شده که هیچ دلیلی بر عدم سماع چنین ادعایی وجود ندارد، پس مشمول اطلاق دلیلی می‌شود که دلالت بر قبول هر دعوا از مدعی آن دارد؛ و آنگاه قاضی (پس از رسیدگی مجدد)، اگر حق بود می‌پذیرد و اگر باطل بود، رد می‌کند. (آشتیانی، ۱۴۲۵ ه.ق: ج ۱، ص ۱۸۵)

حال بحث در این است که آیا تلقین دلیل از سوی قاضی به نفع یکی از طرفین دعوا، می‌تواند یکی از موجبات تجدیدنظر خواهی حکم قاضی باشد و یا اصلاً ربطی به حکم صادره ندارد؟

پاسخ: با توجه به این که یکی از موجبات لزوم تجدیدنظر در حکم صادره، ادعای ظالمانه بودن حکم از سوی محکوم علیه است، این ادعا ممکن است به استناد دلایل گوناگون مطرح شود، از جمله این که:

محکوم علیه ادعا می‌کند که قاضی مرتکب اخذ اقرار و یا شهادت اجباری شده و یا موازین شکلی دادرسی عادلانه نبوده مثلاً بدون درخواست مدعی، منکر را قسم داده و یا با خروج از مرز بی طرفی به طرف مقابل او تلقین دلیل کرده است. طبیعی است که موازین شکلی قضاوت و نحوه جریان دادرسی بر نوع صدور حکم نیز تأثیر می‌گذارد و اگر چنانچه جریان دادرسی و مقدمات صدور حکم عادلانه نباشد، حکم صادره نیز عادلانه نخواهد بود. پس از این نظر، حکم صادره قابلیت تجدیدنظر خواهی خواهد داشت.

ب. نقض حکم

در نظام قضایی مبتنی بر فقه، همان طوری که حکم صادره در بعضی از موارد، قابل تجدیدنظر خواهی می‌باشد، در شرایطی نیز، قابل نقض می‌باشد، لیکن نقض حکم (برخلاف آنچه در نظام حقوقی مطرح است)، مستلزم اعتراض و تجدیدنظر خواهی





قبلی نیست. بلکه فقها در برخی از موارد، نقض حکم قاضی را جایز دانسته، هر چند که آن حکم، قبلاً مورد تجدیدنظر خواهی قرار نگرفته باشد. هم چنین در نظام قضایی مبتنی بر فقه، قاضی در مقام تجدیدنظر می تواند هر حکمی که معلوم شود خطا و اشتباه بوده، آن را نقض کند (چه خودش آن حکم را صادر کرده باشد یا قاضی دیگر) و حکم جدیدی را که می داند حق است صادر نماید (فخر المحققین، ۱۳۸۷ ق. ۵: ج ۴، ص ۳۲۰؛ علامه حلی، همان: ج ۳، ص ۴۳۳). در حالی که در نظام حقوقی عرفی، خود قاضی صادر کننده حکم، نمی تواند حکمش را نقض کند، بلکه قاضی صادر کننده رأی هرگاه متوجه اشتباه خود شود باید مستدلاً پرونده را به دادگاه تجدیدنظر ارسال دارد. دادگاه یاد شده با توجه به دلیل ابرازی، رأی صادره را نقض و رسیدگی ماهوی خواهد کرد. (ق.آ.د.م: ۳۲۷)

خلاصه این که با توجه به کلمات فقها، حکم قاضی در شرایط و موارد ذیل، قابل نقض می باشد:

۱) مغایرت حکم با نص یا خبر متواتر یا خبر واحد صحیح و یا اجماع؛ ۲) در صورت خطای دادرس و رضایت طرفین دعوا به تجدید دعوا و یا مخالفت حکم با دلیل علمی یا دلیل اجتهادی ای که در آن مجال برای اجتهاد نباشد؛ ۳) در صورت مخالفت حکم صادره با حکم واقعی یا عدم اجتهاد و تفحص کافی قاضی در موضوع؛ ۴) محکوم علیه گمان کند که قاضی اول بر او حکم به جور کرده است؛ ۵) در صورتی که قاضی صادر کننده حکم صلاحیت رسیدگی و اصدار حکم نداشته، مثلاً فاقد وصف اجتهاد یا عدالت بوده است یا حکم او مغایرت با ضروری فقه داشته باشد به طوری که اگر خود قاضی هم متوجه شود، از حکم خود برمی گردد (آشتیانی، همان: ج ۱، ص ۱۸۴؛ شهید اول، ۱۴۱۷ ق. ۵: ج ۲، ص ۷۶؛ نجفی، همان: ج ۴۰، ص ۹۷؛ امام خمینی، همان، ج ۲، ص ۴۰۶؛ علامه حلی، همان: ج ۱۴۱۳ ق. ۵: ج ۳، ص ۴۳۳).

از موارد فوق آنچه قابلیت تطبیق بر بحث ضمانت اجرای «تلقین دلیل» دارد، مورد چهارم و پنجم است. با این بیان که: فرض بر این است که تلقین دلیل به یکی از طرفین دعوا، با بی طرفی قاضی منافات دارد و در صورتی که وی عاقدانه و بدون دلیل موجب، دست به چنین اقدامی بزند، قطعاً عدالت خود را از دست خواهد داد و به تبع

آن، صلاحیت رسیدگی نیز ندارد؛ و آنگاه، حکمی هم که بر این اساس صادر نماید، ظالمانه بوده و قابل نقض می‌باشد.

استفتائی هم که در این خصوص از یکی از مراجع تقلید صورت گرفته، مؤید همین دیدگاه است:

سؤال: ... در باب قضا، یکی از اقداماتی که قاضی از آن منع شده است تلقین دلیل به یکی از متخاصمین است ... حال اگر قاضی به این مسئله توجه ننموده و بر اساس این گونه اقدامات، حکم صادر نماید، اثر وضعی این حکم چگونه است؛ صحیح است یا باطل و در صورت بطلان، آیا در برابر خسارتی که ناشی از این حکم متوجه یکی از متخاصمین می‌شود، مسئولیت مدنی هم دارد یا خیر؟

پاسخ: «... تلقین و کمک قاضی به یکی از طرفین دعوا جایز نیست و در صورتی که قاضی توجه به این امر دارد، عدالت او مخدوش می‌شود و حکم او نافذ نیست و اگر خسارتی از این حکم حاصل شود، متوجه قاضی است ولی اگر بدون توجه این کار را کرده، کار خلافی انجام شده، ولی حکم چنان چه طبق موازین باشد، باطل، نیست».^۱

نتیجه

تلقین دلیل به یکی از متخاصمین از سوی قاضی چون منافات با مبنای عدالت و بی‌طرفی قاضی دارد، هم دارای حکم تکلیفی حرمت می‌باشد و هم دارای ضمانت اجرای کیفری و مدنی از قبیل مجازات، عزل از مقام قضایی، مسئولیت مدنی، نقض حکم، لکن در عین حال، این قاعده مطلق نیست، بلکه در مواردی استثناء پذیرفته و تلقین دلیل جایز گردیده است مانند تلقین دلیل در حقوق الله، یا فرض ذی حق بودن یکی از متخاصمین و یا به منظور ارشاد جاهل و تعلیم احکام شرعی.

۱. استفتاء توسط نگارنده از آیت الله مکارم شیرازی. تاریخ استفتاء: ۹۶/۸/۱، شماره ثبت ۶۲۰۲۰۹.



فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن، کتاب القضاء، قم، انتشارات زهیر، ۱۴۲۵ ه.ق.
۲. خراسانی (آخوند خراسانی)، محمدکاظم، کفایه الاصول، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۳۸۸، چاپ چهارم.
۳. اردبیلی (مقدس اردبیلی)، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ه.ق.
۴. ابن ادریس، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۵. انصاری (شیخ انصاری) مرتضی، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ه.ق، چاپ سوم.
۶. انصاری، قدرت الله و دیگران، تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.
۷. اصفهانی (شیخ الشریعه)، فتح الله، قاعده لاضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.
۸. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ه.ق.
۹. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، چاپ دوم.
۱۰. بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، تهران، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق، ج ۳.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرة المعارف علوم اسلامی قضایی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱، چاپ سوم.
۱۲. -----، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱، چاپ دوم.
۱۳. حسینی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (چاپ قدیم)، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۴. جوادی آملی، عبدالله، ادب قضا در اسلام، قم، اسراء، ۱۳۹۰.
۱۵. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ه.ق.

۱۶. ----- قواعد الاحكام فى معرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامى، وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۷. حلى (محقق حلى)، جعفر بن حسن، شرايع الاسلام، مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۸ ه.ق، چاپ دوم.
۱۸. حلى (فخرالمحققين)، محمد بن حسن، ايضاح الفوائد، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۳۸۷ ه.ق.
۱۹. حائرى، طباطبايى، سيد على، رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۸ ه.ق.
۲۰. حر عاملى، محمد بن حسن، تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعه، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ه.ق.
۲۱. خمينى، سيد روح الله، تحرير الوسيله، قم، مؤسسه مطبوعاتى دارالعلم، بى تا.
۲۲. سبزواري، سيد عبد الاعلى، مهذب الاحكام، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ه.ق، چاپ چهارم.
۲۳. سنگلجى، محمد، قضا در اسلام، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، چاپ چهارم، ص ۲۹۱
۲۴. سرور، دانش، حقوق اساسى افغانستان، كابل، مؤسسه تحصيلات عالى ابن سينا، ۱۳۹۱.
۲۵. شرتونى، سعيد، اقرب الموارد، قم، مكتبه آيت الله العظمى مرعشى نجفى، ۱۴۰۳ ه.ق.
۲۶. شوشترى، محمدتقى، قضا امير المؤمنين على بن ابى طالب (ع)، تهران، پژوهشگاه علوم انسانى و مطالعات فرهنگى، ۱۴۲۱ ه.ق، چاپ سوم.
۲۷. صدوق قمى، محمد بن على بن بابويه، من لايحضره الفقيه، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ ه.ق، چاپ دوم.
۲۸. طوسى (شيخ طوسى)، محمد بن حسن، المبسوط فى فقه الاماميه، تهران، المكتبه المرتضويه لأحياء الآثار الجعفريه، ۱۳۸۷ ه.ق، چاپ سوم.
۲۹. -----، تهذيب الاحكام، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ ه.ق.
۳۰. الطرابلسى، على بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام، دار الفكر، بى تا.
۳۱. طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم، تكملة العروة الوثقى، قم، كتاب فروشى داورى، ۱۴۱۴ ه.ق.
۳۲. طبرسى، فضل بن حسن، مجمع البيان، تهران، ترجمه: مترجمان، انتشارات فراهانى، ۱۳۶۰.
۳۳. عاملى (شهيد اول)، محمد بن مكى، الدروس الشرعيه فى الفقه الاماميه، قم، جامعه مدرسين، ۱۴۱۷.



۳۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق.
۳۵. عراقی (آقا ضیاء)، علی کزازی، کتاب القضاء (تقریرات: میرزا ابوالفضل نجم آبادی)، قم، مؤسسه معارف اسلامی، امام رضا (ع)، ۱۴۲۱ ه.ق.
۳۶. غلامی، علی، «سازوکارهای اجرای قاعده التعزیر لكل عمل محرم»، نشریه علمی-پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره چهارم، بهار-تابستان ۱۳۹۱، ص ۲۰۴-۱۷۳.
۳۷. کلینی، محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق، چاپ چهارم.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح (۶ جلدی)، قم، مدرسه امام علی بن ابیطالب، ۱۴۲۴ ه.ق.
۳۹. مراغی، سید میر عبد الفتاح، العناوین الفقهیّه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.
۴۰. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۵، چاپ دهم.
۴۱. مصطفوی، سید محمد کاظم، مائة قاعدة فقهیه معنا و مدرکا و موردا، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷.
۴۲. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
۴۳. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه القضاء، قم، مؤسسه النشر لجامعه المفید، ۱۴۳۴ ه.ق، چاپ سوم.
۴۴. مدرسی، سید محمد تقی، تفسیر هدایت، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۷.
۴۵. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق.
۴۶. نراقی، احمد بن محمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۵ ه.ق.
۴۷. - - - -، الحاشیه علی الروضه البهیّه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۵ ه.ق.
۴۸. هاشمی شاهرودی و دیگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ه.ق.

of will and thought would be considered more rational and more appropriate to the religious experience, and such a system would be more just.

Keywords

Public Law, Policy Making, Faith, Government and Politics, Understanding Religion, Formal Reading, Human Reading

Understanding religion and its manifestation in public law from the perspective of Mojtabeh Shabestari

Dr. Abdolali Mohammadi

Abstract

Politics from the standpoint of faith, or believing from the standpoint of political man, is a fundamental issue in Islamic society. Understanding religion in the modern world, therefore, requires presuppositions that facilitate religiosity in the modern age for religious people. By questioning any authority and negation of the past, modernity has created a situation in which continuous criticism continually creates spaces that are often unpredictable for individuals. In order to preserve its religious tradition, a religious man has to read a religion in which a combination of religion and modernity is possible. To fulfill this demand, Mojtabeh Shabestari proposes a human reading of religion. The human reading of religion considers the essence of religion to be a religious experience and its message gives meaning to life and provides an opportunity for the faithful to believe in the political man's position in the domain of worldly power, and thus, to make politics. It is regarded as the plan of life, and if it is accompanied by moral restraint and moral boundaries, it will be a good example of action. It can be understood from this that human reading defines the position of religion as superior to politics, but also to critics of politics, while in official reading and in historical Islam, the politicization and rule of religion is abundantly visible. Understanding religion in Shabestari thought is based on free will and thought. In this context, any political and social system and structure that would better provide the ground for freedom



فصلنامه‌ی علمی پژوهشی علوم انسانی دانشگاه خاتم النبیین (ص)
سال چهارم، شماره هفتم، خزان ۱۳۹۸ (ویژه‌ی فقه و حقوق)



A Look at Jurisprudence on the Trademark and Industrial Property Right

Mohammad Eisa Fahimi

Abstract

Increasing the volume of trade, competitiveness of the company for the production of quality and more sophisticated products, the diversification of the commercial products gave rise to the brand name of industrial goods and products, so that the consumer buys goods and products that have the brand name of the particular company. That product has been famously groomed and gained a good reputation. The hallmark of these trademarks is the distinction between company-specific product and company-specific products and with other companies and similar products. In addition to ensuring healthy business competition, product quality and reliability are the most important causes of trademark use, the importance of brand names and trademarks. There has been a lot of legal debate about how big intellectual property and consequently the discussion of the phenomenon of trademark ownership as its subdivisions are difficult legal issues in the field. All the legal systems to protect intellectual property rights and to pursue industrial property rights. The Islamic jurisprudence has also recognized the totality of the right to property under these laws, although there are divergent rights as well as some details of the disagreement, so the right to ownership of these marks and their inappropriate effects and regulations are also recognized. It seems accepted.

Keywords

trademark, trade, industrial, right, ownership.

Administrative oversight of finance and budget in the Afghan legal order

Dr. Qasim Ali Sadaqat

Abstract

Financial issues are important because of the impact they have on various issues and the critical driver of all kinds of development. Therefore, the types of administrative supervision in the present study have been evaluated on finance and specific questions regarding the types of administrative supervision, approaches and outputs of administrative supervision have been answered. The strengths and weaknesses of inter-agency, inter-agency and hierarchical administrative oversight are also assessed in the context of the oversight of the President, ministers, the Internal Audit Bureau and the Supreme Audit Office. In this study, administrative oversight in the two instances of the Internal Audit and Audit Office has been generally considered to be positive from a professional and professional point of view, but in terms of output and practice, the types of administrative oversight in the Afghan legal system have been negatively viewed. In the near future, the output of administrative oversight in different types is not good.

Keywords

Administrative Supervision, Supervision of Internal Audit, Supervision of Audit, Finance and Budget, types of Supervision

Application of Genetic Symptoms and DNA Testing to Proof of Murder from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Afghan Law

Dr. Ali Ahmad Rezaey.

Abstract

Applications of Genetic Technology and DNA Testing is one of the emerging phenomena of science. It has also been extended to the fields of jurisprudence and law. It is nowadays one of the most advanced methods of crime detection. Jurisprudents of the Islamic religions have acknowledged the positive role of genetic symptoms in certain crimes such as murder and bodily harm, as well as determining and calculating blood money and Arsh. In Afghan law, however, DNA testing is not widely used in crime discovery compared to other countries. , Has been introduced as one of the proofs of crime.

Keywords

Genetic Signs, DNA, Proof of Murder, Islamic Jurisprudence, Afghan Law.

return for appropriate remuneration.

Keywords

“Ownership”; “Mines”; “Mining Ownership”; “Treasure”;
“Anfal”

Mining Ownership from the Jurisprudence and Law Perspective (Emphasizing on Imamieh and Hanafi Jurisprudence s and Iranian and Afghan Laws)

Dr. Abdul Latif Sajjadi

Abstract

Ownership of mines is one of the important issues that is considered as public ownership. At first glance, according to the first principle, it appears that the existence of mines on private lands is personal property. But by understanding the reasons, the ideas and the principles of ownership, one can come to the conclusion that the ownership of the mines is a public property. Public ownership requires mining to be carried out both with the permission and permission of the Islamic State and in the interests of community and social interests. This study concludes with extensive comparative studies in the field of Islamic jurisprudence and law (with emphasis on Hanafi and Ja'fari jurisprudence and the laws of the Islamic Republic of Iran and Afghanistan) that mining is publicly owned, even in private and private property. Our documentaries are indicative of the decline of mines. As will be discussed in detail, traditions are used in which the mines are public property and are public property and have jurisprudential and legal rules, including important and important rule and important, preventing disturbance of social order and community order. It is fitting that the Islamic State should prefer public ownership and the protection of the right of society (by mining and using it for the sake of social interests) by acquiring personal property in

verdict while being fair to the principles of prosecution and punishment of criminals, as well as their dignity and dignity, are effective in criminal proceedings.

Keywords

Judicial security, criminal conviction, criteria for sentencing, conviction, definitive and final sentences.



Criteria of Criminal Sentence and its Effects with Emphasis on Afghan Penal Law

Dr. Abdul Karim Eskandari

Abstract

Ensuring judicial security, which encompasses the duties of governments and the justice system, is one of the most important subsystems of individual security before the governing body and the holders of power. The Criminal Justice Administration and the Provider of Judicial Security can guarantee the justice and judicial security of citizens when their judicial and judicial authorities act in a manner that violates the rights and freedoms of individuals. Do not enter and do not compromise human dignity. To that end, a proper penal system must include principles that meet the criteria of a fair trial. Publicity of the trial, respect for justice and fairness, and overall respect for the rights of suspects, defendants, defendants against and claimants in criminal proceedings are among the safeguards of judicial security. Consideration of criminal conviction criteria, such as the existence of sufficient and credible reasons for conviction, justification and reasoning of judgments, is one of the ways that guarantees the basic principles of a trial and will be effective in establishing criminal justice. In addition to the principles mentioned above, defining criteria and finalizing sentences is another tool that can help guarantee the rights of crime shareholders and prevent the trial and punishment of innocent people. Undoubtedly, observance of the criteria of criminal conviction as well as the criteria of certainty of the

Principles of Non-Indication of Reason to the Parties to the Claim and its Guarantee (In Islamic Jurisprudence).

Dr. Khaliqdad Asadi

Abstract

Indicting reason is one of the warrants of a jurisprudential term in the judiciary. And that is, the judge is going to give one of the parties a reason to overcome the other during the hearing. This practice is forbidden to most Imamate jurists. But what are the basics of this sanctity and the guarantee of its implementation? This research has been answered.

Key words

Judge, Reason Induction, Receiving Reason, and Ignorant Guidance.

Contents

Understanding religion and its manifestation in public law from the perspective of Mojtabeh Shabestari

Dr. Abdolali Mohammadi 192

A Look at Jurisprudence on the Trademark and Industrial Property Right

Mohammad Eisa Fahimi 193

Administrative oversight of finance and budget in the Afghan legal order

Dr. Qasim Ali Sadaqat 194

Application of Genetic Symptoms and DNA Testing to Proof of Murder from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Afghan Law

Dr. Ali Ahmad Rezaey..... 195

Mining Ownership from the Jurisprudence and Law Perspective (Emphasizing on Imamieh and Hanafi Jurisprudence s and Iranian and Afghan Laws)

Dr. Abdul Latif Sajjadi..... 197

Criteria of Criminal Sentence and its Effects with Emphasis on Afghan Penal Law

Dr. Abdul Karim Eskandari 199

Principles of Non-Indication of Reason to the Parties to the Claim and its Guarantee (In Islamic Jurisprudence)

Dr. Khaliqdad Asadi..... 200

