





فصلنامه علمی-تحقیقی دانش حقوقی دانشگاه خاتم النبیین (ص)

سال اول، شماره اول، خزان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز: دانشگاه خاتم النبیین (ص)

مدیر مسئول: دکتر علی احمد رضایی

سرمدیر: دکتر قاسم علی صداقت

مدیر اجرایی: مرتضی حیدری

اعضای هیأت تحریر

دکتر خادم حسین حبیبی

دکتر سید عبداللطیف سجادی

دکتر صادق باقری

دکتر عبدالکریم اسکندری

دکتر علی اکبر گرجی ازندریانی

دکتر عید محمد احمدی

دکتر قاسم علی صداقت

دکتر محمد جلالی

رئیس دانشگاه شعبه غزنی دانشگاه خاتم النبیین (ص)

کدر علمی دانشکده فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)

کدر علمی دانشکده حقوق دانشگاه ابن سینا

کدر علمی دانشکده فقه و حقوق و معاون علمی دانشگاه خاتم النبیین (ص)

کدر علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ایران، تهران

کدر علمی و رئیس دانشکده حقوق دانشگاه ابن سینا

کدر علمی دانشکده فقه و حقوق و رئیس تحقیقات دانشگاه خاتم النبیین (ص)

کدر علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ایران، تهران

ویراستار محتوایی و فنی: دکتر قاسم علی صداقت

صفحه آرا و طراحی جلد: مجتبی احمدی

آدرس: دانشگاه خاتم النبیین (ص)، سرک دارالامان، کابل، افغانستان

شماره ی تماس: ۰۷۰۰۷۸۷۷۸۳۷۹+

E-mail: research.d@knu.edu.af

Web: srqjl.knu.edu.af

ISSN: 2957-5710

رهنمود تدوین مقاله

این رهنمود به منظور تدوین مقالات علمی و پژوهشی با استانداردهای معین مجله دانش حقوق تهیه و تدوین شده است و از این رو، مقاله باید دارای مشخصات ذیل باشد.

۱. مقالات تحقیقی، تالیفی، مستند و تحلیلی باشند؛
۲. مقالات قبلاً در هیچ مجله‌ای چاپ نشده و یا همزمان به مجله‌ی دیگری ارسال نشده باشند.
۳. عنوان دری، چکیده دری (حداقل ۲۰۰ حداکثر ۲۵۰ کلمه شامل هدف، روش و یافته‌ها) و کلیدواژه‌ها (حداکثر ۷ کلمه)؛
۴. عنوان انگلیسی، چکیده انگلیسی (حداقل ۲۰۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه شامل هدف، روش و یافته‌ها) و کلیدواژه‌ها (حداکثر ۷ کلمه)؛
۵. مقاله باید دارای مقدمه، متن (حداقل ۴۵۰۰ کلمه و حداکثر ۷۵۰۰ کلمه)، نتیجه‌گیری باشد؛
۶. مقدمه (حداکثر ۳ صفحه ۳۵۰ کلمه) باید شامل موارد ذیل باشد: بیان مسأله، سوال-های اصلی و فرعی، فرضیه‌ها؛ ضرورت و اهمیت، اهداف، نوآوری، نوع، پیشینه و ساختار تحقیق؛
۷. رفرنس بر اساس شیوه‌نامه استناددهی درون متنی باشد؛ (تخلص، سال و شماره صفحه)
۸. عنوان و چکیده انگلیسی (حداکثر ۲۵۰ کلمه شامل هدف، روش و یافته‌ها) و کلیدواژه‌ها (حداکثر ۷ کلمه)؛
۹. اسامی خاص و اصطلاحات لاتین در پاورقی ذکر شود؛
۱۰. عناوین اصلی و فرعی در بدنه (متن) مقاله با استفاده از حروف اعداد و به شکل زیر مشخص شوند:

- عناوین اصلی مقاله - به جز مقدمه و نتیجه - با حروف ابجد (الف، ب، ج، و ...)؛
- عناوین فرعی با اعداد تک رقمی (۱، ۲، ۳، ...)؛
- عناوین جزئی‌تر با اعداد ترکیبی دو و سه رقمی (۱-۱، ۱-۲، ۱-۳ و ... ۱-۱-۱، ۱-۱-۲، ۱-۲-۱، ۱-۲-۳، ۱-۱-۳ و ...).

۱۱. تمامی قواعد و استانداردهای نگارشی رعایت گردد؛

۱۲. نیم‌فاصله‌ها در مقاله رعایت شود. به عنوان مثال: می‌رود (صحیح) می‌رود (غلط)

۱۳. بین کلمات تنها یک فاصله باشد و فاصله‌های اضافه حذف شود. به عنوان مثال:

قانون. جزا (صحیح) قانون... جزا (غلط)

۱۴. فهرست منابع

- فهرست منابع در عناوین کلی به کتاب، مقاله، پایان نامه و اسناد داخلی و بین الملل تقسیم بندی شود؛
 - فهرست کتاب: تخلص، نام کوچک، (سال نشر) نام کتاب، جلد (نام و تخلص مترجم، اگر ترجمه باشد) محل نشر، انتشارات، نوبت چاپ؛
 - فهرست مقاله: تخلص، نام نویسنده، نام مقاله، (نام و تخلص مترجم، اگر ترجمه باشد) شماره مسلسل، سال نشر، صفحات مقاله در مجله؛
 - در صورتی که سند داخلی و یا بین المللی باشد، نام سند و سال تصویب حتما ذکر گردد؛
- یادآوری:

- از آنجا که احترام به حقوق پدیدآورندگان آثار علمی یکی از اصول راهبردی مجله است، نقض این حقوق توسط ارسال‌کنندگان مقالات، موجب رد مقاله خواهد شد؛
- سردبیر در تلخیص، اصلاح و ویرایش مقالات پذیرفته شده آزاد است.
- در صورت لزوم به روزرسانی اطلاعات مندرج در مقاله هنگام چاپ، نویسنده (گان) متعهد به انجام آن است (هستند).
- دفتر مجله مجاز خواهد بود مقالات چاپ شده را به صورت الکترونیکی نیز عرضه نماید.
- مسئولیت آراء و دیدگاه‌های ارائه شده در مقاله‌ها به عهده نویسندگان است و چاپ آن‌ها به معنی تأیید مطالب نیست.

فهرست

- برابری فرصت و منع تبعیض در استخدام و اشتغال در اسناد بین‌المللی کار ۱
دکتر قاسم علی صداقت
- بررسی جزای نقدی در کود جزای افغانستان ۲۷
دکتر عبدالکریم اسکندری
- حق بر محاکمه عادلانه جزایی از منظر اسناد بین‌المللی، فقه و قوانین افغانستان ۵۱
داکتر عیدمحمد احمدی
- جرم‌زدایی در سیاست جنایی اسلام و قوانین افغانستان ۷۳
نوروزعلی اعتمادی
- حق آموزش زن در اندیشه فقهای اسلامی ۸۹
محمد رضا معرفت
- مطالعه تطبیقی سیاست جنایی تقنینی علیه بزهکاری کودکان و نوجوانان در قوانین افغانستان و اسناد
بین‌المللی ۱۰۵
حسن‌علی مؤذن زادگان صدیقه سادات حسینی
- کشف واقع در دادرسی از دیدگاه اسلام با نگاهی به حقوق فرانسه ۱۲۷
خالق‌داد اسدی
- مشروعیت حکومت دینی در فقه سیاسی با تأکید بر دیدگاه آیت الله محسنی^(ره) ۱۵۱
محمدعلی اخلاقی

بنام خداوند جان و خرد

سخن نخست

دانش حقوق در بخش حقوق اسلامی و عرفی در کشور نیاز به توسعه و بهبود وضعیت دارد؛ زیرا عوامل مختلف موجب عقب ماندگی این رشته شده است که جای بحث آن در اینجا نیست. بدین رو، نهادهای علمی - تحقیقی در راستای تضمین کیفیت و بهبود وضعیت آثار علمی - تحقیقی صلاحیت اصلی و اساسی دارد که اجرای آن کارکردهای متنوع دارد و از جمله به دانش بنیان شدن فعالیت‌ها مختلف اجتماعی و فردی کمک شایان می‌کند. از سوی دیگر پاسخ به پرسش‌ها و مسایل روز نیازمند پژوهش روشمند در این رشته و زیر مجموعه‌های آن است که نیازهای روز را برآورده سازد. وانگهی تحقیقات بومی با موضوعات بسیار ریز و خرد، نیاز اساسی کشور است که نباید از آن غفلت نمود. این مهم نیز در پرتو مقالات علمی - تحقیقی به خوبی برآورده خواهد شد. اما تمامی مسایل یادشده نیازمند بسترسازی علمی و جا افتادن فرهنگ تحقیق است که از این جهت نیز رسالت نهادهای علمی را بسیار سنگین می‌سازد.

دانشگاه خاتم النبیین^(ص) و دانشکده فقه و حقوق در راستای کارویژه‌های یادشده با عنایت به کارکردهای گوناگون، بر آن شده است که مجله دانش حقوق را با توجه به معیارهای وزارت تحصیلات عالی راه اندازی نماید تا شاید بتواند کمک هر چند اندک خود را در راستای برآورده شدن نیازهای اساسی کشور در عرصه دانش حقوق و کارکردهای آن به جامعه علمی کشور ارائه نماید. بدین رو اثر حاضر را خدمت جامعه علمی کشور تقدیم می‌نماید و امید است که از طریق ایمیل رسمی دانشگاه و سایت رسمی مجله دست اندرکاران مجله را از انواع راهنمایی و نقد ارزیابی محروم نسازید. در ضمن مجله از تحقیقات معیاری و استندرد نویسندگان و محققان کشور استقبال خواهد نمود.

دکتر قاسم علی صداقت

سر دبیر

برابری فرصت و منع تبعیض در استخدام و اشتغال در اسناد بین‌المللی کار

قاسم‌علی صداقت*

تاریخ دریافت ۱۴۰۲/۶/۱۴

تاریخ پذیرش ۱۴۰۲/۷/۲۵

چکیده

حق بر منع تبعیض و لزوم برابری فرصت از حقوق بنیادین بشری است و تبعیض در کار یعنی هر گونه تقدم، ترجیح و محرومیت بر پایه‌های غیر معقول و منطقی که برابری فرصت و رفتار برابر در استخدام و اشتغال را آسیب زده یا از بین ببرد. شاخص تبعیض پویایی اجتماعی در دو نوع خود یعنی درون نسلی و فرانسلی است. حذف تبعیض در استخدام و اشتغال از استانداردهای مهم حقوق بین‌المللی کار است که در انواع مختلف آن باید از سوی کشورها به تدریج محو گردد. از سوی دیگر رفتارهای متفاوت روا از نظر اسناد بین‌المللی کار نیز مشخص شده است که در محدوده تبعیض در کار قرار نمی‌گیرد و از طرفی تبعیض دارای آثار و پیامدهای است که نباید از آنها غفلت کرد. استانداردهای بین‌المللی کار در عرصه‌های یادشده با شیوه تحلیلی - توصیفی در این نوشتار تحلیل و ارزیابی شده است.

واژگان کلیدی: تبعیض و برابری فرصت، استخدام، تفاوت‌های روا، کنوانسیون‌های

بین‌المللی کار، استانداردهای بین‌المللی کار

* ریاست تحقیقات دانشگاه خاتم النبیین (ص) دکترای حقوق عمومی و پژوهشگر

تبعیض در یک شکل یا چندین شکل هر روز در دنیای کار اتفاق می‌افتد. از آنجایی که هر انسان آزاد به دنیا می‌آید و در کرامت و حقوق مساوی‌اند، تبعیض به خودی خود خصوصیت تحقیر کنندگی را دارد و مغایر با کرامت انسانی است. توزیع برابر فرصت‌های شغلی و منابع مولد و دسترسی برابر زنان و مردان با نژاد، ریشه‌ای قومی و مذهبی متفاوت به رشد بالا و ثبات سیاسی کمک می‌کند. اعلامیه‌ی فیلادلفیا مقرر نموده است: تمامی انسان‌ها بدون توجه نژاد، قومیت و عقیده حق دارند که سلامت جسمی و ترقی روحی خود را در پرتو آزادی، کرامت انسانی و امنیت اقتصادی و برابری فرصت پیگیری نمایند. سازمان بین‌المللی کار در موضوع تبعیض در کار، دو هدف را دنبال می‌کند: ۱. حذف تبعیض در رفتار و ۲. ارتقای برابری فرصت. (Nicolas Valticos & Geradold Von Potobsk, 2005, P 118.)

از زمان تأسیس سازمان در سال ۱۹۱۹ مسایل بنیادین آن مسأله‌ی تبعیض بوده است. اساسنامه‌ی سازمان بین‌المللی کار مزد برابر در برابر کار با ارزش برابر را به رسمیت شناخته است. آزادی انتخاب شغل یا حق بر کار که هدف کنسوانسیون کار اجباری تضمین آن است، زمانی که اشخاص در معرض تبعیض باشند، بی‌معنا خواهد بود، چرا که فرصت آن‌ها را برای پیدا کردن کار محدود خواهد نمود یا آنان را در وضع نامساعد در ارتباط با شرایط کار قرار خواهد داد. پس صرفاً پیش‌بینی آزادی انتخاب شغل و منع کار اجباری کافی نیست تا کار اجباری نباشد، بلکه باید تبعیض در استخدام و اشتغال هم نباید باشد تا آزادی انتخاب شغل محقق شود و گرنه برخی چاره ندارند جز تن دادن به مشاغل خاص و سطح پایین و چیره شدن عده‌ای دیگر بر مشاغل سطح عالی با درآمدهای بالا. تبعیض به خودی خود ماهیت تحقیر کننده دارد و ناسازگا با کرامت انسانی است. تبعیض در سطح ملی باعث افزایش تنش میان گروه‌های اجتماعی خواهد که خود علامت تبعیض است. تبعیض در سطح بین‌المللی در حوزه‌های مختلف صلح را در معرض خطر قرار خواهد داد. از این جهت تبعیض‌زدایی و کاهش آن در همه‌ی حوزه‌ها از جمله حوزه‌ی کار امر حیاتی و ضروری برای عرصه‌ی داخلی و بین‌المللی است. تحقق این مهم نیازمند راهکارهای گوناگون از جمله راهکارهای هنجاری است که استندردهای بین‌المللی کار یکی از راهکارهای هنجاری است که البته از سایر ابعاد یعنی غیر حقوقی هم نباید غافل شد و باید آن‌ها را در هم آمیخت تا به حل یک مشکل انسانی کمک نماید. از این رو، عدم تبعیض و برابری فرصت و رفتار در حوزه‌های استخدام و اشتغال یکی از راهکارهای مناسب هنجاری است که به تضمین عدالت، صلح، امنیت، کار شایسته، جهانی‌سازی عادلانه‌ی اقتصاد کمک می‌کند. در نتیجه برای روشن شدن زوایای این راهکار



به پرسش‌های ذیل باید پاسخ داده شود: ماهیت تبعیض در کار و استخدام چیست؟ محدوده و قلمرو آن چیست؟ بر اساس آن کدام اقدامات ممنوع و کدام اقدامات مجاز است؟ آثار و پیامدهای آن چیست؟ تبعیض در حوزه‌ی کار بر چند قسم است؟ هدف نوشتار پاسخ به پرسش‌های یادشده از دیدگاه حقوق بین‌الملل کار در گام نخست و با رویکردهای دیگر در قدم بعدی است. رویکرد دومی به دلیل بنیادی بودن بحث تبعیض است که ناگزیریم برای حل برخی مسایل علاوه بر رویکرد حقوقی از رهیافت‌های فلسفی، اخلاقی و جامعه‌شناختی نیز استفاده نماییم. ضرورت و اهمیت این تحقیق ناشی از تضمین کرامت انسانی است و صیانت از کرامت انسانی کارگر مستلزم حذف تبعیض و تأمین برابری فرصت در استخدام و اشتغال و رفتار و سلوک برابر در روابط کار است. علاوه بر این حق بر منع تبعیض و لزوم برابری فرصت از جمله حقوق بنیادین بشر است.

الف) مفهوم و ماهیت تبعیض و برابری فرصت و شاخص آن

برابری فرصت و رفتار در حوزه‌ی کار و شغل، به‌عنوان استندرد مهم کار، نیازمند نبود تبعیض است و گام نخست در این راستا، شناخت مفهوم عدم تبعیض است که خود نیازمند شناخت تبعیض است. از سوی دیگر، از لازمه‌ی اجرای شدن یک استاندارد، تشخیص بود و نبود آن در یک جامعه و روی دست گرفتن یک سلسله راهبردها و سیاست‌های کلان برای رفع تبعیض، شناخت دقیق مفهوم آن و نوع برداشت از آن است.

تبعیض عبارت است از هرگونه تفاوت، محرومیت و تقدم بر پایه‌ای نژاد، رنگ، جنس، مذهب، عقاید سیاسی، تبار ملی نسبت قومی یا سوابق اجتماعی که بر از بین رفتن یا صدمه دیدن فرصت‌ها یا رفتار برابر در حوزه‌ی استخدام و شغل تأثیر گذار باشد (کنوانسیون شماره ۱۱۱، ماده ۱)

این تعریف داری سه عنصر اساسی است: ۱. عنصر ماهوی: وجود تفاوت، ترجیح و محرومیت بدون مبنای منطقی؛ ۲. عوامل غیر منطقی که تفاوت در رفتار و نابرابری فرصت به موجب آن‌ها شکل می‌گیرد. ۳. موضوعاتی که ناشی از تفاوت، ترجیح و محرومیت می‌شود؛ یعنی از بین رفتن یا صدمه دیدن فرصت‌ها یا رفتار برابر (M. Humblet, International Labour Organization 2001, First Edition 2002) در میان عناصر سه‌گانه عامل و انگیزه‌های نقش اساسی را در ممنوعیت تبعیض ندارد و این عوامل هم حالت حصری ندارد و مهم غیر منطقی بودن آن‌ها است؛ اما آنچه اساسی است، عنصر ماهوی اول است که هر گونه تفاوت، ترجیح و محرومیت در کار و استخدام است با وصف این‌که

مؤثر بر از بین رفتن یا آسیب دیدن فرصت یا رفتار برابر باشد که در واقع عامل سوم پیامد تبعیض است و با این وصف تبعیض ممنوع خواهد بود. به عبارت دیگر انگیزه‌ی تبعیض هر چه باشد مهم نیست و آنچه مهم است تفاوت، محرومیت و ترجیح بدون دلیل منطقی در حوزه‌ی استخدام و اشتغال است؛ یعنی انگیزه‌های نادرست منحصر به موارد یادشده در کنوانسیون شماره‌ی ۱۱۱ نیست. به عبارت دیگر ۱. عنصر ماهوی: وجود تفاوت، ترجیح و محرومیت در استخدام و اشتغال؛ ۲. عوامل نا موجه و غیر معقول سه وضعیت یادشده، (حالت حصری ندارد) هر عامل نا موجه و غیر معقول و ۳. پیامدها: از بین رفتن فراصت برابر یا آسیب دیدن آن یا از بین رفتن رفتار برابر یا آسیب آن.

با استناد به تأثیر تفاوت، ترجیح و محرومیت بر فرصت و رفتار برابر، تعریف پیامدهای عینی را به‌عنوان معیار به کار برده است. بنابراین، تعریف هم شامل تبعیض مستقیم و هم غیر مستقیم خواهد شد. تبعیض غیر مستقیم به وضعیت ظاهرا بی طرفانه، قانون و رویه‌ای مربوط است که در واقع منجر به رفتار نابرابر با اشخاص به دلیل مشخصات معین خواهد شد. تبعیض غیر مستقیم هنگامی اتفاق می‌افتد که شرط، معیار و رفتار یکسان نسبت به همه اعمال می‌شود؛ اما منجر به یک صدمه‌ی شدید و غیر مستقیم بر اشخاص می‌شود به دلیل ویژگی‌های معین یا اشخاصی که به طبقه‌ی خاص تعلق دارند با ویژگی‌های معین از قبیل جنیست، قوم، مذهب، نژاد و غیره... که دقیقاً مرتبط با اقتضائات ذاتی یک شغل نیست.

مفهوم برابری فرصت در برداشت ماهوی عبارت از وضعیتی است که در آن هر شخص بتواند تمامی استعدادهای خود را پرورش داده و شکوفا نمایند، بدون توجه به شرایط اصلی تولد و بچگی شان و جایی که دورنمای اقتصادی شخص به سختی از طریق توانایی و شخصیت او تعیین می‌شود؛ (Fred Argy, 2006, p. 1) یعنی در واقع فرصت به قبل بر می‌گردد. عامل نابرابری فرصت چیزی است که خارج از اختیار شخص است. تساوی فرصت به مفهوم ماهوی به عوامل خطر و موانع به اوایل سال‌های بچگی مرتبط است. هم‌چنین در برداشت ماهوی از شایسته‌سالاری را در بردارد که شایسته‌سالاری در این برداشت به گذشته و به قبل از شروع رقابت در بازار کار بر می‌گردد. (Ibid, p.2) در واقع بود و نبود فرصت را باید در گذشته جست‌وجو کرد. به این معنا که برابری فرصت به مفهوم ماهوی نه تنها به دنبال تضمین انتخاب برای مشاغل عالی باید مبتنی بر شرایط عینی باشد، بلکه تمامی اشخاص در گذشته و زودتر باید در زندگی خود فرصت داشته باشند که صلاحیت و شرایط را برای مشاغل عالی به دست آورند. پس بنابراین، به فرصت‌ها در سراسر زندگی باید نگاه شود نه در یک برهه‌ای زمان خاص از قبیل زمان استخدام یا ارتقای شغلی.



از طرفی در این برداشت از برابری فرصت، دولت باید فعالانه مداخله نماید تا تضمین دهد که در زمان بچگی شهروندان به خاطر فقدان بهداشت والدین، شأن و قدرت از دسترسی به توانایی آموزش ناروا بازداشته نشوند و به عنوان افراد بالغ، شهروندان از طریق عدم دسترسی به آموزش کافی یا ارتقای مهارت، دسترسی کمزنگ به بهداشت و مسکن، یا دسترسی ناچیز به شبکه‌ها از دسترسی به استعدادهای کاری خود محروم نشوند.

این امکان وجود داد که وجود فرصت برابر را در جامعه از طریق پویایی اجتماعی اندازگیری شود. پویایی اجتماعی به آسانی و فراوانی اشاره دارد که از طریق آن‌ها مردم در سلسله مراتب اجتماعی در طول زندگی خود و میان نسل‌ها بدون توجه به تفاوت سوابق و شروع فرصت‌ها حرکت کنند. اندازگیری پویایی اجتماعی هم در پرتو فرانسوی و هم میان نسلی انجام می‌شود. هر دو نوع اندازگیری مرتبط با برابری فرصت است؛ اما هر دو اندازگیری خیلی متفاوت‌اند.

پویایی میان نسلی حرکت اشخاص بالغ را در بالا و پایین سلسله مراتب مشاغل و درآمدها در نسل واحد نشان می‌دهد. این شیوه دنبال می‌شود تا مشخص گردد که کدام موقعیت اشخاص یا درآمدها در این دوره‌ی زمانی تغییر کرده‌اند. پویایی میان نسلی معمولاً از طریق میانگین گیری درآمدها در یک دوره‌ی زمانی کوتاه مدت همانند یک دهه اندازگیری می‌شود. این نوع اندازگیری یک معیار مهم اجتماعی است؛ بدان خاطر که درآمد تأثیر عمده بر رضایت‌مندی از زندگی و خرج کردن برای تحصیل و بهداشت دارد.

اما پویایی فرانسوی تأثیرات آن‌ها منحصر به دوران بچگی نیست. به علاوه برخی این نظر را دارند که بالا رفتن پویایی درآمد به سادگی ناشی از تغییرات ساختاری و اقتصادی است که در اقتصاد به هر کسی اجازه می‌دهد که خوشبختی خود را بهبود ببخشد. در گذشته تغییرات در ساختارهای اقتصادی شامل مواردی از این قبیل بود: تغییر منابع از ارزش بالا به ارزش پایین صنعتی؛ افزایش مشارکت زنان در عرصه‌ی کار و کاهش کلی بیکاری. (Ibid, P. P.2-3)

ادبیات جهانی راجع به پویایی اجتماعی به مفهوم وسیع، پویایی درآمد، تحصیل و مشاغل را پوشش می‌دهد. این برداشت برآمده از دل این ادبیات، بستگی دارد به آنچه که باید اندازگیری شود که معمولاً متناقض است؛ اما سرنخ‌های می‌توان به دست آورد. حتا در کشورهای مدرن نتایج به دست آمده از تحقیقات راجع به برابری فرصت با استفاده از دو شیوه‌ی یادشده مردم را متعجب نموده است که در ایالات متحده و انگلستان برابری فرصت پایین است. حتا برابری فرصت در دو کشور یادشده بسیار پایین‌تر از کشورهای سوئد و سوئیس یعنی کشورهای با دموکراسی اجتماعی است. با وجودی که در دموکراسی‌های لیبرال

با اقتصاد بازار آزاد برابری فرصت باید بیش تر باشد با عنایت به نوع نظام سیاسی و اقتصادی، یعنی هر دو از پیشگامان اقتصاد لیبرالی و تغییر ساختاری اند.

تحصیل از مهم ترین شیوه‌هایی است که در آن خط و مشی‌های اجتماعی بر پویایی اجتماعی تأثیرگذار است؛ یعنی مشارکت وسیع در عرصه‌ی تحصیل، سایر عرصه‌ها را متأثر می‌سازد. امکانات وسیع در عرصه‌ی تحصیل موجب خواهد شد که بر معیار فرانسلی بر اموری زیاد تأثیرگذار باشد. اگر گروهی در چند از تحصیل محروم نگهداشته شوند، خواه برنامه‌ریزی شده یا غیر برنامه‌ریزی عمدا یا غیر عمدی به هر حال، فرصت‌های آینده از آن‌ها به دلیل عدم دانش و تخصص گرفته خواهد شد.

در آمریکا این اتفاق افتاد که آمریکایی‌های تحصیل کرده برای تحصیل فرزندان خود سرمایه‌گذاری سنکین کردند؛ اما افزایش متناسب از سوی دولت در هزینه کردن برای مکاتب عمومی و تحصیلات دوره‌ی متوسط وجود نداشت. در نتیجه مردمان با وضعیت اقتصادی پایین مشارکت پایین داشتند؛ (Ibid, P. 9) یعنی فرصت‌های زیادی از آن‌ها به دلیل فقر و عدم آموزش گرفته شد.

طبق بند ب پارگراف یک ماده‌ی ۱ کنوانسیون ش ۱۱۱ تبعیض منحصر به تفاوت، ترجیح و محرومیت بر پایه‌ی عوامل یادشده منحصر نیست، بلکه هر گونه تفاوت، ترجیح و محرومیت را شامل خواهد شد که از سوی اعضای کنوانسیون بعد از مشوره با سازمان‌های کارگری و کارفرمایی و دیگر نهادهای مناسب در نظر گرفته شود. از این‌رو، تفاوت، ترجیح و محرومیت مبتنی بر عوامل یادشده حالت انحصاری ندارد.

برابری فرصت در نقطه‌ی مقابل جامعه‌ی طبقاتی قرار دارد. در جامعه‌ی طبقاتی گماردن اشخاص در یک موقعیت از طریق تولد، ثابت است. گاهی اطفال موقعیت اجتماعی را از طریق والدین خود به دست می‌آورند. پویایی اجتماعی در جامعه‌ی طبقاتی امکان‌پذیر است؛ اما پروسه‌ی که از طریق آن پذیرش در سطح مختلف سلسله مراتب مشاغل، تنها به روی برخی افراد گشوده است که از آوان تولد به یک طبقه‌ی اجتماعی خاص وابسته باشد. بر عکس زمانی که برابری فرصت امر غالب باشد؛ گماشتن افراد در یک موقعیت در سلسله مراتب اجتماعی از طریق برخی انواع روندهای رقابتی مشخص خواهد شد و تمامی اعضای جامعه مجازند که در این رقابت با شرایط مساوی شرکت نمایند. در جامعه‌ی طبقاتی دسترسی به مشاغل و درآمد مبتنی بر رقابت و صلاحیت نیست، در حالی که در جامعه‌ی غیر طبقاتی عکس این قضیه صادق است. قصد و نیت به هیچ عنوان عنصر تبعیض نیست که حتماً عامل



تبعیض باید قصد و نیت تبعیض را داشته باشد. (M. Humblet 2002 P. 65) و از منظر ماهیت تبعیض اصلاً نیاز به شناسایی عامل تبعیض هم نیست و باید در هر حال از جامعه برداشته شود. از این رو، اگر اقداماتی انجام شود که پیامدهای مد نظر تعریف را داشته باشد، فاعل اقدام خواه قصد تبعیض را داشته باشد یا نداشته باشد، تبعیض محسوب شده و ممنوع است و تبعیض مبتنی بر نیت اقدامات تبعیض آمیز نیست.

معضل تبعیض مبتنی بر خاستگاه و ریشه‌های اجتماعی به شکل خیلی شدید، هنگامی ظاهر خواهد شد که اعضای جامعه به طبقات متفاوت تقسیم شوند که برخی طبقات به انواع خاص از مشاغل دسترسی نداشته باشند. از این جهت مبارزه با خاستگاه آن بسیار مهم است. در ماده‌ی ۱ کنوانسیون حذف اشکال تبعیض نژادی آمده است: در این میثاق واژه‌ی «تبعیض نژادی» به معنای هر گونه تفاوت، محرومیت، محدودیت یا امتیازی بر مبنای نژاد، رنگ، اصل و ریشه‌ی ملی یا قومی که به منظور لغو کردن و یا آسیب رساندن به شناسائی و برخورداری و اجرای تساوی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سایر زمینه‌های مربوط به زندگی عمومی تلقی می‌شود.

در کنوانسیون یادشده در ماده‌ی پنجم فقره‌ی (ه) آمده است: برخورداری از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به‌ویژه ۱. برخورداری از کار، انتخاب آزاد شغل، داشتن شرایط مطلوب و عادلانه‌ی کار، حمایت در مقابل بیکاری، حق دستمزد برابر برای کار برابر و داشتن پاداش و حق الزحمه‌ی مطلوب و عادلانه ۲. حق تشکیل و پیوستن به اتحادیه‌های کارگری.

هدف برابری فرصت کاری، تضمین این موضوع است که اشخاص استعدادهای خود را به‌طور کامل بتوانند پرورش دهند و زمان و نیروی خود را در جای اختصاص دهند که بالاترین مزد را دارد. هدف اصل برابری در رفتار، تضمین این نکته است که بابت اجرایی کار، مزدی که داده می‌شود باید مبتنی بر میزان تولید و شایستگی باشد و به شرایط کار و استخدام اشاره دارد؛ از قبیل: حقوق مساوی در پرداخت و امنیت شغلی. (International Labour Organization 2011, P. 16) به عبارت دیگر گاهی ممکن است که یک فرصت کاری از افراد گرفته شود که تبعیض مستقیم نیست؛ اما از نظر کنوانسیون ۱۱۱ هیچ فرقی ندارد که تبعیض در کار مستقیم باشد یا غیر مستقیم. گاهی ممکن است که در هنگام استخدام رسماً افراد در شرایط برابر با آن‌ها رفتار نا برابر شود یا در هنگام تصدی، مزد نامساوی داده شود؛ اما گاهی به یک سلسله تمهیدات قبلی ممکن است که فرصت از برخی گروه‌های اجتماعی گرفته شود. همانند آموزش نامساوی میان گروه‌های اجتماعی یا کارآموزی برخی گروه اجتماعی و



محروم کردن گروه دیگر، بدون دلیل عقلی و منطقی. بدیهی است که گروه اول در مشاغل خاص به دلیل دانش لازم و کارآموزی به کار گرفته خواهد شد و گروه دوم به دلیل اقتضای ذاتی از دسترسی به شغل به خودی خود محروم خواهد شد. شرط کردن تجربه‌ی کاری در شرایط کاملاً نا عادلانه، بدان معنا یک گروه قومی عمداً از برخی مشاغل دور نگهداشته شوند و بعداً برای به کارگیری آنها در آن مشاغل تجربه‌ی کاری شرط شود، نیز تبعیض غیر مستقیم است. در ظاهر قواعد (از قبیل لزوم تجربه‌ی کاری) بر همگان یکسان اعمال می‌شود؛ اما به دلیل فراهم نبودن فرصت قبلی تبعیض خواهد بود. محرومیت قبلی موجب یک فرصت کاری نابرابر شده است. از این رو، محرومیت قبلی که مانع از شکوفایی استعداد یک گروه اجتماعی شده است در واقع تبعیض در حوزه‌ی کار شده است که پیامد آن یک مسأله‌ی عینی به نام عدم برابری در فرصت است و در اثر عدم آموزش یک گروه قومی، یک فرصت از آنها گرفته شد. دور نگهداشتن یک اقلیت قومی از آموزش‌های علمی و کاربردی به خودی خود منجر به فرصت‌سوزی خواهد شد و زمینه‌ی استخدام آنان در مشاغل خاص از بین خواهد رفت و این خود تبعیض است و باید از بین برود.

نکته‌ای که نباید از آن در تعریف تبعیض غفلت کرد و می‌تواند یک امر بنیادین در تبعیض باشد، آن است که تفاوت بر پایه‌ی شرایطی خارج از کنترل انسان، امر غیر اخلاقی و غیر عقلانی است؛ اما تفاوت بر پایه‌ی اموری که در اختیار انسان بوده و مبتنی بر تلاش، کوشش و عمل اختیاری؛ اخلاقی و عقلانی است؛ مثلاً: تفاوت به خاطر قومیت و جنسیت که امری غیر عقلانی و غیر اخلاقی است؛ اما تفاوت بر اساس میزان تلاش و نمره‌ای که افراد کسب می‌کنند، کاملاً عقلانی و اخلاقی است. یا محل تولد و والدین، نژاد معیار تفاوت باشد نادرست است؛ زیرا در اختیار شخص نیست.

ب) انواع تبعیض

برای روشنی بیش‌تر جنبه‌های تبعیض سه رویکرد اصلی برای دسته‌بندی تبعیض به‌طور خلاصه ارائه می‌شود که به شناخت بهتر جنبه‌های تبعیض کمک می‌کند: ۱. طبق‌بندی بر اساس گونه؛ ۲. طبقه‌بندی بر اساس زمینه و ۳. طبقه‌بندی بر اساس فضای شکل‌گیری؛ اما باید دقت نمود که طبقه‌بندی بر اساس عامل و زمینه نمی‌تواند یک دسته‌بندی مناسب باشد. آنچه تحت عنوان تبعیض قومی، مذهبی، نژادی، زبانی، جنسیتی و غیره یاد می‌شود نوع تبعیض نیست بلکه عامل آن است و عامل تبعیض بیانگر نوع تبعیض نیست.



۱. تبعیض مستقیم و غیر مستقیم

مستقیم معمولاً به شکل تبعیض نهادینه می‌باشد. تبعیض نهادینه به روش‌ها یا کار شیوه‌هایی گفته می‌شود که در یک شرکت، نهاد و حتی جامعه در کل به شکل ساختاری ایجاد شده‌اند تا منجر به تأثیرات تبعیض‌آمیز شود. تبعیض نهادی می‌تواند به شکل ارادی و غیرارادی صورت گیرد. نمونه بارز «تبعیض نهادینه شده» که در این صورت از اصطلاح تبعیض نهادینه شده استفاده می‌شود، نظام تبعیض نژادی آپارتاید در آفریقای جنوبی وجود داشت.

تبعیض هنگامی مستقیم است که قانون، مقررات و سیاست‌ها به‌صراحت کارگران را به خاطر جنس، نژاد، باور سیاسی، عقاید مذهبی و غیره.. محروم یا در وضع نامساعد قرار دهد. یا تبعیض مستقیم در جای اتفاق می‌افتد که به شکل مستقیم با شخصی رفتار به نسبت نامساعد صورت گیرد و قواعد، رویه‌ها و پالیسی‌های افراد معین را به دلیل تعلق به گروه خاص محروم و یا برتری می‌دهد. (Pham Trong Nghia, June 2010, P. 298)

تبعیض غیر مستقیم به اندازه‌ی مستقیم آشکار نیست و می‌تواند اغلب از قبل برنامه‌ریزی نشده باشد. از نظر حقوقی تبعیض غیر مستقیم هنگامی اتفاق می‌افتد که مقرر، ضابطه و یا رویه بر گروه از کارگران یا متقاضیان کار، مساویانه اعمال شود؛ اما می‌تواند با تحمیل محرومیت خاص بر اشخاص دارای مشخصه‌ی مشترک مؤثر باشد در مقایسه با سایر افرادی که دارای فاقد ویژگی یادشده در گروه‌اند و استخدام‌کننده قادر به توجیه آن نباشد. A CAS, (2017. P. 15) به عبارت دیگر تبعیض غیر مستقیم هنگامی اتفاق می‌افتد که تفاوت، رویه و ضابطه‌ای ظاهراً بی‌طرفانه مردم را بر پایه‌ی گرایش‌های قومی، نژادی، جنسیتی، مذهبی، باور و زبانی محروم سازد. (Stealing Bread And Sleeping Beneath Bridges, 2018, p. 2.) به عبارت سوم تبعیض غیر مستقیم به وضعیت، مقررات و رویه‌های به‌ظاهر بیطرف اشاره دارد که در واقع به رفتارهای نابرابر نسبت به اشخاص با ویژگی‌های خاص منجر می‌شود. تبعیض غیر مستقیم هنگامی اتفاق می‌افتد که شرایط، رفتار و ضابطه‌ی یکسان نسبت به هر کس اعمال شود؛ اما در نتیجه‌ی تأثیر ناگوار به صورت نامناسب بر کسانی به دلیل ویژگی‌ها خاص بگذارد یا بر افرادی به دلیل تعلق به طبقه‌ی اجتماعی با ویژگی‌های خاص تأثیر نامطلوب بگذارد^۱ و تأثیر نامطلوب از قبیل قوم، نژاد، مذهب و دقیقاً نامرتب با اقتضائات ذاتی یک

^۱ به‌عنوان مثال: تجربه‌ی کاری شرط و بر همگان به یک سان اعمال شود؛ اما در شغل مد نظر به دلیل نابرابری فرصت ممکن است تعدادی از افراد تجربه‌ی کاری نداشته باشند به دلیل قومیت، مذهب، نژاد، باور سیاسی و غیره. در این صورت تبعیض

شغل باشد. (ILO, Geneva, 1996, P. 13.) تبعیض غیر مستقیم هنگامی اتفاق می‌افتد که رویه‌ها و قواعد ظاهر بیطرفانه بر تعدادی از یک گروه خاص تأثیر منفی بگذارد بدون توجه به آن‌که شرایط یک شغل دارند یا ندارند. یک نمونه از تبعیض غیر مستقیم تبعیض در آموزش است که محرومیت از انواع آموزش باعث عدم دسترسی به مشاغلی می‌شود که نیازمند تخصص، تجربه و مهارت خاص است. چون تصدی مشاغل نیازمند آموزش علمی و کاربردی است که افراد فاقد آن به خودی خود از آن مشاغل محروم خواهند بود.

اثبات تبعیض غیر مستقیم ممکن است کمی دشوارتر از اثبات تبعیض مستقیم باشد. برای اثبات تبعیض کارگران یا متقاضیان کار باید نشان دهند که اساساً چگونه آن‌ها محروم شده‌اند یا می‌توانستند محروم باشند. آنها باید نشان دهند که اجرای مقرر، رویه یا ضابطه به صورت نامناسب سایر کارمندان یا کاندیدای یک شغل را با همان مشخصه محروم کرده یا می‌توانسته محروم کند؛ (A Cas Working Fore Everyone, Equality 2017, P.15) یعنی نظیر این تبعیض در مورد سایر کارمندان و متقاضیان با وضعیت مشابه اتفاق افتاده یا می‌تواند اتفاق بیفتد.

۲. تبعیض روا و ناروا

اما تبعیض همیشه جنبه منفی ندارد و در معنای دومش مثبت است. در این معنا، تبعیض، اعطای امتیازاتی است به گروهی که در این یا آن حوزه ضعیف واقع شده‌اند. سیاستی که در حمایت از معلولین، زنان و اقوام و اقلیت‌ها... در پیش گرفته می‌شود، باید بر این محور قرار گیرد که از یک سو تبعیضات منفی از بین رود و از سوی دیگر تبعیضات مثبت به نفع افراد فوق یادشده لحاظ شود.

در برخی حوزه‌ها نظیر ناتوانی، در اقلیت بودن و درماندگی مهم‌ترین عنصر برای تحقق برابری، تبعیض مثبت یا اقدامات جبرانی است. جک دانلی در خصوص الزام به عدم تبعیض به بحث مدارا و حمایت برابر پرداخته و بیان می‌کند که مدارا، مستلزم تحمیل نکردن ناتوانی‌ها به افراد و متضمن یک تصمیم سیاسی اصولی در مورد عدم تحمیل سختی‌ها و مشقات بر افرادی است که به لحاظ اجتماعی مدت‌ها مطرود مانده‌اند، حمایت برابر، مستلزم تلاش‌های فعال برای تضمین برخورداری اعضای گروه‌های غیر برخوردار از حقوق برابر است که رسماً واجد آن هستند. حمایت برابر در اشکال قوی‌تر آن، اقدام مثبت و حتا با برخی از انواع تبعیض معکوس در پی آن است که اعضای گروه‌های مورد نظر، به ادغام و جذب کامل حقوقی و

غیر مستقیم اتفاق خواهد افتاد و اشخاص به دلیل نبود تجربه‌ی کاری محروم خواهد شد و بنا به دلایلی که باشد، عامل آن هم نبود فرصت عنوان شده است.



سیاسی جامعه نائل آیند. تبعیض مثبت سعی دارد با اصلاحاتی منطقی و منصفانه، فرصتی حقیقی برای غلبه بر زیان‌ها و آسیب‌های ساختاری که در خدمات‌رسانی به گروه‌های تحت حمایت ایجاد شده است، فراهم آورد؛ بدون آن‌که هیچ تبعیض غیر قانونی رخ دهد. در واقع تبعیض روا به مفهوم واقعی تبعیض نیست بلکه فرصت برای افراد و اشخاص در معرض تبعیض در گذشته است. از این رو، میان تبعیض غیر مستقیم و حمایت از گروه‌های خاص بنا به دلایل معقول و منطقی باید فرق گذاشت. گروه‌های که در گذشته عمداً از یک سری مشاغل دور نگهداشته شده‌اند. اگر به حالت به نسبت برابر یا سایر گروه‌های برخوردار برسند، نیازمند حمایت و دستگیری است که بدان تبعیض مثبت گویند.

۳. تبعیض سازمان‌یافته

تبعیض سازمان یافته پدیده‌ای است که در انواع کارکردهای یک سازمان، قانون و قواعدی به کار گرفته شده در محیط کار جاسازی شده باشد. آشکارا تأثیرات این نوع تبعیض بسیار قابل توجه است، اگر از قانون، مقررات اجرایی، خط و مشی، رویه، کارکردهای سازمان‌ها یا الگوی‌های اجتماعی ناشی شده باشد.

۴. تبعیض فردی و نهادی

تبعیض نهادی عبارت از خط و مشی‌های حاکم بر یک سازمان قومی، نژادی و جنسیتی و رفتار اشخاصی است که این نهادها را کنترل و خطی و مشی‌ها را اجرا می‌کنند، که این خط مشی‌ها پیش‌بینی شده‌اند که رفتار متفاوت نسبت به اقلیت‌های قومی، جنسیتی و نژادی اعمال شود یا تأثیر آسیب‌زا بر آن‌ها بگذارند. (Fred L. Pincus, Etc., Published 2000, P. 1.)

در هر دو تبعیض فردی و نهادی قصد آسیب و صدمه وجود دارد؛ اما سطح رفتار یک مقدار متفاوت است. تبعیض فردی شامل اقدامات فردی یا گروه کوچک از افراد است؛ مثلاً: یک کارفرما یا پنج کارفرما از استخدام کارگر سیاه یا کارگر دهاتی خودداری کند؛ اما در تبعیض نهادی، رفتار تبعیض‌آمیز در یک نهاد اجتماعی مهم جاسازی و نهادینه شده است. بدیهی است که دومی بسیار مضر، آسیب‌زا و خطرناک‌تر نسبت به اولی است، چرا که دومی سازمان‌یافته است و گستره‌ای تأثیرات آن وسیع بوده و گروه‌ها و افراد زیادی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. تبعیض نهادی زمان محقق می‌شود که این تبعیض در رویکرد و رفتاری سازمانی نهادینه شده و وجود داشته باشد. اما در فردی جنبه‌ی نهادی ندارد و فردی است؛ اما در هر دو نوع تبعیض قصد و نیت سوء وجود دارد.

۵. تبعیض ساختاری

عبارت است از پالیسی که بر نهادهای جنسیتی، قومی و نژادی و رفتار اشخاص مجری و ناظر این پالیسی حاکم است که از نظر نیت و قصد نسبت به جنسیت، نژاد و قومیت بیطرفند؛ اما تأثیرات متفاوت و مضر بر گروه‌های اقلیت قومی، نژادی و مذهبی دارند؛ (Ibid, P. 1.) به‌عنوان مثال: بدون سوء نیت یک قومیت با این باور که توان انجام کاری را ندارند، در عمل از آن کار دور نگهداشته شود.

تبعیض ساختاری بسیار جدال برانگیز و همچنین یک مفهوم فریبنده برای بحث است؛ به خاطری که از نظر قصد و نیت، نسبت به جنسیت، نژاد و قوم بی طرف است. در واقع قصد و نیت تفاوت عمده‌ای تبعیض نهادی و ساختاری است. این نوع تبعیض ناشی از یک سری باورهای کلیشه‌ای است که به احتمال قوی دارای پشتوانه‌ای عقلی منطقی کافی و قوی نیست. باورهای کلیشه‌ای که سال‌ها در یک جامعه‌ی سیاسی دامن زده شده و چه بسا گروه‌ها دچار این نوع تبعیض و آن باورهای کلیشه‌ای را پذیرفته باشند.

۶. تبعیض مضاعف یا چندگانه

گاهی ممکن است یک فرد یا گروهی در زمینه‌های مختلف و در اثر عوامل مختلف با تبعیض روبه‌رو شوند. همانند کارگری که زن، مهاجر، بیمار و بیگانه باشد و بنا به اوصاف یادشده مورد تبعیض واقع شود. یا یک گروه اجتماعی به دلیل نژاد، مذهب، زبان و منطقه با تبعیض روبه‌رو شود یا کسانی که در گذشته از برابری فرصت برخوردار نبوده و از طریق قانونی هم از یک سری امتیازات محروم شوند، به آن تبعیض مضاعف می‌گویند. این نوع تبعیض بسیار ظالمانه ناعادلانه و غیر انسانی است؛^۱ به‌عنوان مثال زن سیاه پوست از ناحیه‌ی دو عامل مورد تبعیض واقع شود، هم از نظر رنگ پوست و هم جنسیت یا مثلاً گروه قومی خاص هم به دلیل نژاد هم به دلیل جغرافیای خاص با تبعیض روبه‌رو باشند، بدان تبعیض مضاعف گفته می‌شود. در این نوع تبعیض کرامت انسانی به‌شدت آسیب دیده و فرد قربانی را با چالش‌های متعدد اجتماعی و فردی مواجه می‌سازد و هرگونه خط و مشی باید بازبایی وضعیت مطلوب برای این گونه افراد را به‌صورت ویژه مد نظر قرار دهد، چرا که تبعیض مضاعف تبعیضی است که بر ضد افراد بر پایه‌ی بیش از یک عامل استوار است و فرد را از دو جهت یا بیش‌تر قربانی

^۱ . همانند آنچه در مورد برخی اتفاق افتاد، از طریق مصوبه‌ی دولت برای سهمیه‌بندی کنکور (سال ۱۳۹۷) از یک طرف برخی قومیت‌ها در گذشته با نابرابری فرصت مواجه بوده‌اند و از طرف دیگر با سهمیه‌بندی کنکور از یک امتیاز و حق محروم محروم شدند.



خود می‌سازد. هنجارهای ضد تبعیض و اقدامات مبتنی بر آن باید به این مشکل و معضل توجه ویژه نماید.

معمولا قربانیان تبعیض مضاعف گروه‌های اقلیت قومی، مذهبی نژادی است و از سوی دیگر تبعیض مضاعف موجب انباشت محرومیت خواهد شد و ابعاد چرخه‌ای بر حال از تبعیض را همیشه پا برجا نگه می‌دارد. همواره تبعیض مضاعف به گونه‌ای است که محرومیت‌های مضاعف و متقاطع را در پی خواهد شد و بر شدت آن می‌افزاید؛ مگر یک پالیسی کلان برای مهار آن تعریف و اجرایی گردد. از سوی دیگر، پیامدهای تبعیض مضاعف به گونه‌ای است که سال‌ها طول می‌کشد که قربانیان آن بتوانند به وضعیت برابر به سایر شهروند خود را برسانند و بدین خاطر است که تبعیض مضاعف موجب انباشت محرومیت، دایمی شدن آن و چرخه‌ی نادرست توزیع امکانات خواهد شد. به همین خاطر تبعیض و به‌ویژه تبعیض مضاعف نیازمند مداخله‌ی دولت در راستای توزیع عادلانه‌ی فرصت‌ها است و گرنه این چرخه‌ی باطل هم‌چنان ادامه یافته و موجب بحران‌های متنوع اجتماعی سیاسی و فرهنگی خواهد شد.

معمولا گروه غالب در جامعه گروه مغلوب را در تنگنا قرار داده و آن‌ها را از دسترسی به منابع مختلف قدرت محروم نگه می‌دارد. گروه‌های محروم و مغلوب همواره در یک چرخه از تبعیض مداوم قرار می‌گیرند و انواع تبعیض در مورد آن‌ها اعمال می‌شود که آن‌ها را از توسعه و ارتقای سطح زندگی باز می‌دارد. مقصود از گروه غالب گروهی است که بیش‌ترین قدرت را در جامعه دارند. مقصود از اقلیت، گروهی است که در جامعه فاقد قدرت است و مقصود گروه کوچک عددی نیست.

۷. تبعیض عمودی و افقی

تبعیض عمودی در واقع به سلطه‌ی گروه و قشر خاص بر مشاغل عالی اطلاق می‌شود که سعی دارند از راهیابی دیگران در آن مشاغل پیش‌گیری نموده و در انحصار خود داشته باشند. در این نوع تبعیض عده‌ای خاص در رأس هرم مشاغل اعم از سیاسی و غیر سیاسی هستند و بقیه در قاعده‌ی هرم قرار دارند. به عبارت دیگر، تبعیض عمودی^۱ وضعیتی است که در آن اشخاص از گروه اجتماعی خاص یا یک گروهی از اکثریت قومی در سطح مدیریت کلان یک شرکت یا اقتصاد مسلط خواهند شد و سطح پایین شغلی در اختیار جنس یا گروه خاص از

^۱ تبعیض عمودی در مشاغل دولتی هم از نوع قومی و هم جنسیتی آن در افغانستان در مشاغل دولتی مشهود است

اقلیت قومی قرار خواهند گرفت. (International Labour Organization 2011, P. 50) در صورتی که در سلسله مراتب یک سازمان مشاغل مهم و عالی در اختیار گروه خاص باشد و مشاغل سطح پایین در اختیار گروه خاص دیگر باشد، به آن تبعیض عمودی گویند به گونه‌ای که جابه‌جایی صورت نگیرد. موقعیتی در مرتبه‌ی خاص از سازمان که مردم نتوانند در آن شغلی را به دست آورند به دلایل قومی، مذهبی، نژادی، جنسیتی و ... این موضوع چه بسا ناشی از اندیشه‌های قالبی و ترویج آن باشد؛ همانند این که اکثریت مسلط تفکر غلط را در عمل رایج نماید که اقلیت توان انجام کار در مشاغل عالی را ندارند و آنان برای مشاغل دست پایین مناسب هستند و برای آن ساخته شده‌اند. تبعیض عمودی در هر جامعه‌ای به معنای عدم توسعه‌ی ارتقای شغلی به صورت مناسب و وجود تبعیض است. بدیهی است که تساوی در اشتغال مقتضی آن است که شرایط عادلانه برای ارتقای شغلی در نظر گرفته شود و بر اساس آن افراد ترفیع رتبه یابند. در واقع مصداق بخش از انحصار منابع قدرت در کشورها همین تبعیض عمودی است. عدم دسترسی به مشاغل عالی در واقع عده‌ای را از ایفای نقش در سیاست‌گذاری‌های کلان محروم می‌سازد که به نوبه‌ی خود موجب تبعیض در عرصه‌های مختلف از جمله دست‌یابی به مشاغل عالی خواهد شد. این نوع تبعیض متأثر از عوامل مختلف است، از باور دینی گرفته تا ریشه‌ی قومی، نژادی، زبانی و غیره... برای این نوع تبعیض مثال زیاد وجود دارد؛ همانند این که یک قوم از دست‌یابی به ریاست امنیت ملی محروم نگهداشته شود و فرصت برای آنان فراهم نباشد. ممانعت از حضور یک گروه قومی در سطح ریاست و مدیریت وزارتخانه مثال‌های دیگری برای این نوع تبعیض است.

در تبعیض افقی مشاغل هم ردیف و هم افق، برخی مشاغل بنا به عواملی ناموجه در اختیار یک عده‌ای خاص قرار داده می‌شود؛ یعنی در درون مشاغل رأس هرم و قاعده‌ی هرم نیز تبعیض وجود دارد. در این نوع تبعیض نابرابری فرصت در مشاغل مشابه و هم‌رتبه وجود دارد که از نظر سلسله‌مراتب تقریباً یکسانند. مثل این که یک عده برای انجام کار طبابت بنا بر عوامل غیر موجه در شفاخانه‌ی مرکز شهر استخدام و تعدادی در اطراف شهر و مناطق دور دست استخدام می‌شوند یا همانند این که شغل معلمی برای یک گروه قومی در مرکز کشور فراهم نیست بر عکس یک گروه قومی دیگر یا همانند این که در امنیت ملی حضور یک قوم ممنوع باشد و فرصت برای آنان فراهم نباشد و برای گروه قومی دیگر فراهم باشد و تعلق قومی و گروهی دلیل این وضعیت باشد.



ج) عوامل تبعیض

پیش فرض‌ها و رفتارهای کلیشه‌ای در محدوده‌ای تبعیض به شدت از آن تاریخ، اقتصاد، رژیم سیاسی نهادهای اجتماعی و پیشینه‌ای فرهنگی کشورها متأثر است. پیش فرض‌ها و پیش داوری‌ها تحمل و عدم تحمل نسبت به تبعیض از طریق ارزش‌های حاکم بر یک جامعه در زمان‌های متفاوت شکل می‌گیرد. در عین زمان ارزش‌ها و اصول مرتبط، سازمان‌ها و جنبش‌های اجتماعی، نقش کلیدی را در کاهش تحمل افراد و جامعه نسبت به رفتارها و شیوه‌های تبعیض‌آمیز بازی می‌کند. در نتیجه عوامل و زمینه‌های تبعیض را در بستر تاریخ اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگ کشورها باید جست‌وجو کرد و تحمل و عدم تحمل آن نیز به شدت از ارزش‌های (تاریخی) یک جامعه ناشی می‌شود.

نکته‌ای دیگر که نباید از آن غفلت کرد عامل تبعیض را نباید نوع آن تلقی کرد، چنانکه در تعریف کنوانسیون شماره ۱۱۱ عوامل مختلف تبعیض را بر شمرده است: تبعیض عبارت است از هرگونه تفاوت، محرومیت و تقدم بر پایه‌ای نژاد، رنگ، جنس، مذهب، عقاید سیاسی، تبار ملی نسبت قومی یا سوابق اجتماعی که بر از بین رفتن یا صدمه دیدن فرصت‌ها یا رفتار برابر در حوزه‌ای استخدام و شغل تأثیرگذار باشد. (کنوانسیون شماره ۱۱۱ ماده ۱)

عوامل و زمینه‌های تبعیض محدود به اموری نیست که در ماده ۱ کنوانسیون شماره ۱۱۱ ذکر شده است. (جنسیت، مذهب، نژاد، سابقه‌ای نیاکان، باور سیاسی) تبعیض نباید وجود داشته باشد، بدون توجه به عوامل آن؛ بدین معنا هر گونه عامل نا موجه که موجب تبعیض شود، مهم است نه نوع عامل و ماهیت آن. بنابراین، عوامل بی‌شمار را می‌توان بر شمرده که موجب تبعیض می‌شود که پذیرفته نیست.

کنوانسیون شماره ۱۱۱ به تبعیض سنی نپرداخته است؛ اما توصیه‌نامه‌ی کارگران مسن سال ۱۹۸۰ ش ۱۶۲ بیان می‌دارد که کارگران مسن بدون تبعیض بر اساس سن باید از رفتار و فرصت برابر کاری برخوردار باشند. در این نوع تبعیض فرصت برابر از بین می‌رود یا آسیب می‌بیند در موضوعات مختلف در عرصه‌های مختلف زندگی جمعی؛ به‌عنوان مثال: ممکن است که در استخدام و اشتغال به کار سن چهل سال به بالا محدود یا ممنوع گردد.

تبعیض با عامل نژاد بر اساس دیدگاه کنوانسیون حذف هر نوع تبعیض نژادی عبار است از: هر گونه تفاوت، محرومیت، محدودیت و ترجیح بر پایه‌ی نژاد، رنگ، ظاهر، یا ریشه‌های قومی و ملی که هدف آن از بین بردن یا آسیب‌رساندن به شناسایی، برخورداری یا به کارگیری مسایل ذیل باشد: برابری غذایی، حقوق بشری، یا آزادی‌های سیاسی در عرصه‌های اقتصادی،

سیاسی، اجتماعی و فرهنگی یا هر عرصه‌ی دیگر از زندگی جمعی. (Article 1, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD). بدیهی است در بخش کار عامل یادشده برای از بین بردن فرصت برابر یا آسیب آن تأثیرگذار است.

د) قلمرو منع تبعیض و برابری فرصت و رفتار

کنوانسیون و توصیه‌نامه ش ۱۱۱ به هر کار و شغلی به سبک کلی ارجاع می‌دهد و حاوی هیچ‌گونه مقرراتی نیست که قلمرو آن‌ها را محدود نماید، خواه مربوط به اشخاص یا مشاغل باشد؛ شامل همه‌ای انسان‌ها و همه‌ی بخش‌ها اعم از دولتی و خصوصی خواهد شد؛ (M. Humblet., First Edition 2002, P. 65) تمامی کسانی را که کار می‌کند اعم از مستقل و مزد بگیر را تحت پوشش می‌گیرد. هر دو سند به صراحت ضوابط استخدام و اشتغال را معین نموده‌اند به اضافه‌ی دسترسی به آموزش‌های حرفه‌ای، دسترسی به کار. تبعیض محدودیت در قلمرو خود را نمی‌پذیرد، هر شخص و هر شغل و موقعیتی را شامل خواهد شد. هیچ شرط و قیدی در آن نیست که محدودیت‌ساز باشد. کنوانسیون‌ها و توصیه‌نامه‌های مربوط به تبعیض تمامی انسان‌ها و تمامی بخش‌ها، اعم از کار در بخش دولتی و خصوصی را شامل می‌شود. هم کنوانسیون و هم توصیه‌نامه‌ی منع تبعیض با به‌کارگیری عبارت‌های استخدام و اشتغال، شامل دسترسی به آموزش‌های حرفه‌ای، دسترسی به کار و مشاغل را شامل می‌شود و همین طور شرایط و ضوابط کار را بر اساس پارگراف دوم ب توصیه‌نامه منع تبعیض تمامی اشخاص از فرصت و رفتار برابر در رابطه با موضوعات ذیل باید برخوردار باشند:

۱. تبعیض بر ضد سازمان‌های حرفه‌ای شغلی

گاهی ممکن است که تبعیض در مورد سازمان‌های کارگری و کارفرمایی اتفاق بیفتد؛ یعنی دولت در زمینه‌ی حق بر سازماندهی آزادی انجمن و حق بر چانه‌زنی دسته‌جمعی تبعیض را اعمال نماید. اعطای مجوز به برخی نهادهای کارگری و کارفرمایی و ممانعت از فعالیت تعداد دیگر از سازمان‌های کارگری و کارفرمایی خود تبعیض است.

۲. سلامتی و بیماری

بیماری و نا توانی که مؤثر بر کار کارگران نباشد، نباید موجب رفتار تبعیض‌آمیز و نابرابر در فرصت شود. امروزه این بحث که امراض که بسیار خطرناک، آیا موجب برخورد نابرابر در امور استخدام و اشتغال در فرض نا مؤثریت آن بر کار و محیط آن، خود یک بحث عمده در حقوق بین‌المللی کار است. بیماری صرف نباید موجب محرومیت شود، مگر در برخی مشاغل خاص همانند تولید غذا ادویه و امثال آن‌ها.



۳. آموزش و تحصیل

مهارت، آموزش، دانش و کارآموزی بر خی از عوامل خیلی مرتبطند که تعیین کننده‌ای فرصت‌های مردم و رفتار در بازار کار است. در نتیجه مردم باید از فرصت و رفتار برابر برخوردار باشند، هنگامی که آماده‌ای ورود در بازار کار یا ترفیع می‌شوند. کنوانسیون شماره‌ی ۱۱۱ به آموزش‌های حرفه‌ای در مفهوم بسیار وسیع اشاره می‌کند که شامل هرگونه کارآموزی و تحصیل می‌شود که برای دسترسی به کار، شغل و استخدام ضروری است. در نتیجه هرگونه تبعیض در انواع آموزش که موجب شود که افرادی فرصت کار را از دست دهند و در اختیار دیگر افراد قرار داده می‌شود، به معنای تبعیض است و ممنوع خواهد بود. در این فرض تبعیض مستقیم در کار نیست؛ اما تبعیض غیر مستقیم محسوب خواهد شد.

۴. شرایط کار

گاهی ممکن است که تبعیض در زمینه‌ی شرایط کار اعمال شود؛ همانند میزان مزد، تعطیلات سالانه، استراحت دوره‌ای، امنیت محیط کار، صحتی بودن کار، انواع مرخصی، ساعات اضافه‌کاری، میزان ساعات کار شرایط سنی، نوع کار از نظر خطرناک بودن، کار روزانه یا شبانه.

کنوانسیون شماره ۱۱۱ سال ۱۹۵۸ پاراگراف ۲ بند (ب) بر اهمیت حذف تبعیض در ارتباط با شرایط کار تأکید می‌کند. این کنوانسیون امور ذیل را ضروری می‌داند:

- پیشرفت و توسعه در ارتباط با شخصیت، تجربه، توانایی و پشت کار افراد؛
- امنیت در زمان کار؛
- مزد مساوی بابت کار با ارزش مساوی؛
- شرایط کار؛ از قبیل ساعات کار، زمان استراحت، تعطیلات سالانه‌ی با معاش، امنیت شغلی، اقدامات صحتی شغلی، پیش‌بینی امنیت اجتماعی، تسهیلات رفاهی و منافی که در ارتباط با کار فراهم می‌شود.

۵. دسترسی به شغل

تبعیض گاهی ممکن است که بر توانایی افراد خوداشتغال تأثیرگذار باشد، برای آن‌که وسیله‌ی معیشت را به دست آورد یا تجارتي را شروع نمایند که به حساب خود شان انجام می‌شود. تبعیض ممکن است که مؤثر باشد بر شرایط ماهوی خاص که برای شغلی لازم و ضروری است؛ همانند دسترسی به زمین، مجوزهای تجارت، مجوز یا گواهی عملکرد و خدمات یک کالاهای مرتبط؛ مثلاً: قانون به گونه‌ای تنظیم شده باشد که اشخاص خاص به

یک سرزمین معین نتواند دسترسی پیدا کنند؛ به عنوان مثال: کنوانسیون شماره ۱۱۱ مقرر نموده است که محلی‌ها و بومیان یک کشور از طریق به کارگیری مشاغل سنتی خود باید بتوانند درآمد داشته باشند. در این گونه موارد توسعه و ارتقای برنامه‌ی کاری نیازمند آن است که مشتمل بر این موضوع باشد که بومی‌ها و محلی‌ها بر منابع طبیعی و محیطی یا بر نواحی محل سکونت سنتی خود کنترل داشته باشند. (International Labour Organization, 2011, P. 48) دولت در بستر سیاست آمایش سرزمینی به گروه‌های معین در برهه‌های تاریخی خاص زمین واگذار نموده و می‌نماید یا در وضعیت بدتر سرزمین مملوک یک گروه اجتماعی را در اختیار گروه اجتماعی دیگر قرار داده است که خود به شدت تبعیض، ظلم و منطبق با نابرابری فرصت است. سیاست کوچ اجباری بومیان یک محل از گذشته‌ای بسیار دور عاملی بوده تا گروه معین را از سرزمین آبیایی شدن محروم سازد. روشن است که در وضعیت‌های یادشده کار و شغل بومی به خودی خود از بین می‌رود. چون بستر کارها یعنی انواع زمین از دور از دسترس است. هم‌چنین سیاست آمایش سرزمینی به صورت نابرابر سرزمینی را در اختیار گروه خاص قرار می‌دهد که خود موجب تبعیض است و فرصت را برای کسانی که ایجاد می‌کند که عامل ناموجه دارد؛ یعنی عامل تعلق تباری، مذهبی، نژادی، قومی، باور سیاسی و امثال آن. از این رو، دسترسی و عدم دسترسی نیز یک معیاری برای تبعیض در دسترس به شغل است.

۶. تساوی مزد

اصل تساوی مزد میان زن و مرد بابت کار با ارزش مساوی برای اولین در کنوانسیون مزد مساوی، سال ۱۹۵۱ ش ۱۰۰ پیش‌بینی شده بود. بعد این موضوع در کنوانسیون شماره ۱۱۱ درج شد که حمایت را به ممنوعیت پرداخت مزد تبعیض‌آمیز در تمامی موضوعات کنوانسیون شماره ۱۱۱ گسترش داد. در کنوانسیون شماره ۱۰۰ و توصیه‌نامه‌ی شماره ۹۸ تساوی در مزد را فراتر از کار همسان یا مشابه مطرح نموده است که عبارت از کار با ارزش مساوی است که مقصود از آن ارزش کار از منظر محاسبه‌ای مزد است؛ یعنی نه تنها در کارهای مساوی و مشابه نباید تبعیض در پرداخت مزد وجود داشته باشد، بلکه در کارها با ارزش مساوی نیز وضعیت یادشده باید برقرار باشد.

۷. توسعه و ارتقای شغلی

کارگران به صورت بنیادین حق بر پیشرفت متناسب به شخصت فردی، توانایی، تجربه و پشت کار خود را دارند. این معیار به عنوان مثال در موافقت‌نامه‌های جمعی به طور کلی به کار



گرفته می‌شود تا رهنمودی برای ارتقای کارگران در عرصه‌های تجربه، پشت کار، ارشد بودن، تخصص، مهارت، آموزش‌های قبلی، شایستگی یا انجام کار در پست جدید باشد.

تبعیض سازمان‌یافته در ارتباط با ارتقا به تبعیض عمودی در مشاغل منجر خواهد شد^۱ وضعیتی که در آن اشخاص از جنس خاص یا یک گروهی از اکثریت قومی در سطح مدیریت کلان یک شرکت یا اقتصاد مسلط خواهند شد و سطح پایین شغلی در اختیار جنس یا گروه خاص از اقلیت قومی قرار خواهند گرفت. (Ibid, P. 50) چه بسا اکثریت مسلط تفکر غلط را در عمل هم رایج نماید که اقلیت توان انجام کار در مشاغل عالی را ندارند و آنان برای مشاغل دست پایین مناسب هستند و ساخته شده‌اند. تبعیض عمودی در هر جامعه‌ای به معنای عدم توسعه‌ی ارتقای شغلی به صورت مناسب و وجود تبعیض است. بدیهی است که تساوی در اشتغال، مقتضی آن است که شرایط عادلانه برای ارتقای شغلی در نظر گرفته شود و بر اساس آن افراد ترفیع رتبه یابند.

۸. امنیت شغلی یا امنیت تصدی

کارگران باید امنیت شغلی داشته باشند و به صورت تبعیض‌آمیز نباید اخراج یا کنار گذاشته شوند. اخراج باید بر اساس توانایی، شایستگی و رفتار توجیه شود. اخراج کارگر و کارمند نباید بدون دلیل و مبتنی بر خصوصیات قومی، مذهبی، نژادی، زبانی، منطقه‌ای، نیکان و نژاد باشد.

۹. امنیت اجتماعی بعد از بازنشستگی

سن، شرایط، زمان بازنشستگی و ... نباید تبعیض‌آمیز باشد. از این جهت میان آن‌ها نباید تفاوت وجود داشته باشد. حق بر تقاعد نیز نباید متفاوت باشد.^۲

۱۰. اعلان خط و مشی ملی و اجرای آن

اولین اقدام، اعلان یک خط و مشی ملی است که باید از اوصاف ذیل برخوردار باشد: باید تساوی در فرصت و رفتار را در استخدام و اشتغال ارتقا ببخشد. اجرای خط و مشی باید متناسب به شرایط و رویه‌های داخلی باشد، اجرای خط و مشی نباید به گونه‌ای باشد که فوری

^۱. تبعیض عمودی در مشاغل دولتی هم از نوع قومی و هم جنسیتی آن در افغانستان در مشاغل دولتی مشهود است و از نظر قومیت مشاغل در موارد چشم‌گیر حالت هرمی شکل دارد. گروه‌های خاص در رأس هرم قرار دارد و بقیه‌ی اقوام و اقلیت‌ها به ترتیب در قاعده‌ی هرم. شایسته‌سالاری در اکثر موارد مورد توجه نیست بلکه ملاک قومیت و جنسیت است. در بخش خصوصی هم تا حدودی همین وضعیت حاکم است.

^۲. در موارد زیاد در افغانستان، برای ارتقای شغلی افراد و بهره‌مند شدن از مزایای آن‌ها، افراد قبل از موعد به تقاعد سوق داده می‌شوند.

تمای تبعیض‌ها حذف گردد؛ دقت موضوع خط و مشی ملی باید به صورت قطعی تمامی انواع تبعیض مورد اشاره‌ی کنوانسیون را حذف نماید.

در ماده‌ی ۳ کنوانسیون خط مشی اقدامات ذیل شمرده شده است:

- همکاری نهادهای کارگری، کارفرمایی و دیگر نهادهای مناسب در راستای ارتقای پذیرش اجرای خط و مشی درخواست گردد؛
- تصویب قانون و برنامه‌های آموزشی باید برای تضمین پذیرش و نظارت برای این خط و مشی در نظر گرفته شود؛
- مقررات قانونی، آموزش‌های اداری و عملی که مغایر با این خط و مشی باشد، باید در آن‌ها به ترتیب تجدید نظر شده و تغییر نمایند؛
- اجرای خط و مشی باید تحت نظر مستقیم مقامات ملی باشد؛
- برای تضمین رعایت پالیسی در فعالیتهای آموزشی، حرفه‌ای، خدمات کاربایی و رهنمود حرفه‌ای این کارها باید تحت نظر مستقیم مقامات عمومی انجام شود.

۱۱. رفتار برابر با کارگران زن و مرد و مسؤولیتهای خانوادگی

زنان به دلیل وضعیت فیزیکی که دارند، مسؤولیتهای خانوادگی آنان بیش‌تر از مرد است و این وضعیت موجب خواهد شد که زنان کارگر در موقعیت دشوار قرارگیرند که باید از آنان حمایت به عمل آید و به دلیل مسؤولیت خانوادگی نباید میان زن و مرد تبعیض قایل شد. توجه به این موضوع و فراهم کردن رفتار برابر موجب خواهد که زنان هم به مسؤولیت خانوادگی خود عمل نمایند و هم از کار بیکار نشده و مشکلاتی کم‌تری را بردوش کشند. مقصود از مسؤولیت خانوادگی عبارت است از اداره و پرورش فرزندان خردسال، نگهداری خویشاوندان خردسال و امثال آن.

در مقالونامه‌ی شماره‌ی ۱۵۶ و توصیه‌نامه‌ی شماره‌ی ۱۶۵ تأکید شده است که مسؤولیت خانوادگی نباید به خودی خود موجب پایان رابطه‌ی کار و اخراج کارگر گردد. به عبارت دیگر، کارگر نباید به سبب مسؤولیت خانوادگی و فقط بدان سبب اخراج گردد.

۱۲. رفتار برابر با کارگران خارجی و داخلی و منع تبعیض میان آنان

به صورت بینادی دیدگاه سازمان بین‌المللی کار بر آن است که خارجیانی که در یک کشور کار می‌کنند، از حقوق برابر با اتباع داخلی برخوردار شوند. در این زمینه کنوانسیون شماره‌ی ۹۷ سال ۱۹۴۹ (تجدید نظر شده) در ماده‌ی ۶ در مورد حمایت از کارگران مهاجر، مقرر می‌دارد که میان کارگران داخلی و خارجی نباید رفتار متفاوت نباید در حوزه‌های ذیل وجود داشته باشد: ۱. در موضوعات که به وسیله‌ی قانون، مقرره‌ی تنظیم می‌شود یا تابع کنترل



مقامات اجرایی است؛ ۲. مزد، عائله‌مندی، سن کار، اضافه‌کاری، ساعات کار، محدودیت‌های کار خانگی، آموزش و مشارکت، کار نوجوانان؛ ۳. عضویت در اتحادیه‌های کارگری، حق چانه‌زنی دسته جمعی؛ ۴ حق بر سازش و ۵. امنیت اجتماعی یا همین وضعیت به‌صورت کلی در کنوانسیون ش ۲ نیز پذیرفته شده است. این کنوانسیون به دنبال تضمین حقوق انسانی و درنهایت کرامت انسانی کارگران مهاجر و خانواده‌ای آنان است. در کنوانسیون کارگران مهاجر (مقررات تکمیلی) ش ۱۴۳ سال ۱۹۷۵ بخش یازده با عنوان برابری فرصت و رفتار در ماده‌ی ۱۰ آمده است: برای تمامی اعضای کنوانسیون که کنوانسیون برای آن‌ها لازم الاجر است، باید پالیسی را اعلام و تعقیب نمایند که این پالیسی با شیوهی مناسب برای شرایط کشور تدوین شده باشد، به‌منظور ارتقا و تضمین برابری فرصت و رفتار در حوزه‌ی استخدام و اشتغال، اتحادیه‌های کارگری، امنیت اجتماعی، حقوق فرهنگی و آزادی‌های اجتماعی برای کارگران مهاجر یا اعضای خانواده‌ای آنان که به‌صورت قانونی در یک سرزمین هستند. در توصیه‌نامه‌ی شماره‌ی ۱۵۱ سال ۱۹۷۵ در ماده‌ی ۱ با عنوان «فرصت و رفتار برابر» آمده است: تمامی کارگران مهاجر و خانواده‌ای آنان که در یک سرزمین به‌صورت قانونی هستند، باید از فرصت و رفتار برابر مؤثر با شهروندان یک کشور در ارتباط با مسایل ذیل برخوردار باشند: ۱. دسترسی به رهنمودهای حرفه‌ای و خدمات کاریابی؛ ۲. آموزش‌های حرفه‌ای و استخدام با انتخاب خود؛ ۳. ارتقای رتبه به حسب ویژگی‌ها، تجربه و تلاش‌های فردی؛ ۳. امنیت کاری، استخدام دوباره و بازنشستگی؛ ۴. مزد برابر در برابر کار با ارزش برابر؛ ۵. شرایط کار از قبیل ساعات کار، مرخصی‌ها، ساعت استراحت، شرایط صحی، امنیت محیط کار و ۶. عضویت در اتحادیه‌های کارگری، اعمال انواع حقوق مرتبط با اتحادیه‌های کارگری.

بنابراین، در همه‌ی حوزه‌های کارگری تفاوت چندان میان کارگران داخلی و خارجی مهاجر وجود ندارد؛ زیرا استندردهای بین‌المللی کار در صدد تضمین حقوق بشری کارگران است که صیانت‌کننده‌ای کرامت انسانی است. رویکرد کلی بر عدم تبعیض میان کارگران داخلی و خارجی است. بدیهی است که وضعیت یادشده ناشی از نگاه انسانی به حقوق بشری کارگران است.

ه) رفتارهای متفاوتِ روا

همان‌گونه که پیش از این اشاره شد، هر گونه تفاوت، محرومیت، محدودیت و ترجیح ناشی از عوامل نا‌موجه تبعیض است و در صورتی که عوامل موجه باشد، تبعیض نیست و روا خواهد بود. از عناصر تعریف تبعیض عوامل ناموجه بود که تعدادی از آن‌ها در تعریف ماده‌ی ۱ کنوانسیون شماره ۱۱۱ آمده است.

رفتار نابرابر ناشی از شرایط جدایی‌ناپذیر کار، رفتار نابرابر ناشی از ماهیت کار و شرایط ذاتی کار تبعیض نخواهد بود و مجاز است. به عبارت دیگر، تفاوت، محرومیت یا تقدیمی که بر پایه‌ی صلاحیت حرفه‌ای جهت اشتغال به حرفه‌ای معین لازم شناخته شده باشد، تبعیض نیست. طبیعی است که با کارگر متخصص و غیر متخصص در استخدام و اشتغال رفتار برابر نخواهد شد. چون بسیاری کارها بدون تخصص انجام شدنی نیست و باید رفتار میان دو نوع نیروی کار یادشده متفاوت باشد.

در کنوانسیون شماره ۱۱۱ در ماده‌ی ۱ پارگراف ۲ در اولین گام بیان نموده است که هرگونه تفاوت، محرومیت و ترجیح در برخی مشاغل که مبتنی بر مقضیات ذاتی شغل باشد، تبعیض نخواهد بود.

البته باید دقت نمود که در برخی موارد مفهوم صلاحیت حرفه‌ای؛ همانند موارد ذیل محل تردید است: زن و مردی که هر دو از عهده‌ای شغل برآیند، یا داشتن و نداشتن عقاید خاص برای تصدی مشاغلی که مربوط به امنیت یک کشور است و یا شخصی که مدت کمی تابعیت یک کشور را به دست آورده برای همیشه یا مدتی از تصدی شغل خاص محروم گردد؛ به‌عنوان مثال: فردی که ۵ سال تابعیت یک کشور را کسب نموده، نمی‌تواند برخی مشاغل را تصدی گردد. آیا این وضعیت مشمول متفاوت روا هست یا نه؟ نمی‌توان یک جواب مشخص برای آن ارائه نمود.

۱. رفتارهای متفاوت بر پایه‌ی شرایط ذاتی شغلی

تمامی اقدامات تأثیرگذار بر گروهی از افراد، به خودی خود تبعیض نخواهد بود. بنابراین، اقداماتی مجاز خواهند بود که برای رسیدن به اهداف مشخص مناسب و ضروری باشند. شرایط ذاتی یک کار به شرایط ضروری، مناسب و عینی ارجاع می‌دهد که متقاضیان کار و کارگران باید دارا باشند، با این هدف که بتوانند کاردها، وظایف و مسؤولیت‌های شغل مد نظر را انجام دهند. در موارد استثنایی ویژگی‌های افراد همانند جنسیت، مذهب، فقدان اختلالات خاص می‌تواند اقتضای ذاتی شغل باشد که افراد با آن ویژگی‌ها قادر به انجام کار ویژه‌ی شغل مدنظر باشند؛ به‌عنوان مثال: جنسیت می‌تواند اقتضای ذاتی نقش مرد و زن باشد که در تئاتر به کار گرفته می‌شود. بدان معنا که نقش زن را یک زن باید اجرا کند، مگر در فرضی که کارگردانی از مرد با تغییراتی در نقش زن استفاده کند. باور سیاسی ممکن است که اقتضای ذاتی یک موقعیت عالی در نهادهای دولتی باشد. باور اسلامی شرط ضروری قصاب است که گوشت حلال تهیه کند. شرایط موجب ترجیح است یا برخی افراد را استثنا می‌کند که مبتنی بر خصوصیتی است و برای این‌که این شرایط قابل قبول باشد، ضروری است که:



۱. عینی و موجه باشند؛ ۲. ذاتی یا ضروری برای یک کار باشد؛ و ۳. نا متناسب نباشد، بدان معنا که خیلی محدود و منحصر کننده نباشد بیش از آنچه که اقتضای یک شغل است.

حالات بالا اگر موجود نباشد، هر گونه تفاوت تبعیض غیر مستقیم خواهد بود. باید مورد به مورد ارزیابی شود که تبعیض محقق شده است یا خیر.

سطح تحصیل، دانش، مهارت اشخاص عادتاً با کارآیی و سودمندی در یک شغل مستقیماً مرتبط است. از این رو، این گونه عوامل به شکل عمومی از شرایط ذاتی یک کار تلقی شده‌اند. بازار کار، متقاضی افرادی با دانش و مهارت بالا است. دانش و مهارت از اموری‌اند که در اختیار انسان بوده و با تلاش و کار به دست می‌آید و از عواملی است که بر اساس آن‌ها افراد استخدام و ارتقای شغلی پیدا می‌کنند و مغایر با عقل و منطق نیست. در نتیجه تبعیض نخواهد بود و توجیه عقلی و منطقی ندارد.

۲. رفتار متفاوتِ روا در مشاغل خاص

دسته‌ی دیگر از مشاغل که ترجیح، تفاوت و محرومیت در آن جا بر اساس ماده‌ی ۴ کنوانسیون شماره ۱۱۱ تبعیض نیست، آن‌هایی است که بر اشخاصی تأثیرگذار است که به صورت درست و قضایی متهم یا مرتکب اعمال مضر برای امنیت یک کشور شده‌اند، مشروط به آن که حق بر استتیا ف خواهی برای افراد یادشده نزد نهادهای ذی صلاح وجود داشته باشد که منطبق با رویه‌های ملی ایجاد شده‌اند. در نتیجه در این گونه موارد دو شرط برای عدم تبعیض وجود دارد: جرمی که بدان متهم یا مرتکب آن شده است، مضر برای امنیت کشور باشد و شخص متأثر، حق شکایت نزد مراجع قانونی مرتبط را داشته باشد.

۳. تبعیض مثبت

دسته‌ی سوم بر اساس ماده‌ی ۵ کنوانسیون شماره ۱۱۱ افرادی است نیاز به حمایت و کمک خاص دارند. در ماده‌ی کنوانسیون شماره‌ی ۱۱۱ آمده است: «هر گونه اقدام حمایتی یا کمکی که در دیگر کنوانسیون‌ها و توصیه‌نامه‌ها از سوی کنفرانس سازمان بین‌المللی کار پذیرفته شده باشد، نباید تبعیض تلقی گردد.» البته کنوانسیون در ماده‌ی ۵ پاراگراف ۲ برای چنان حمایت و کمک، سازوکار مشخص را پیشنهاد نموده است: هر عضو ممکن است، بعد از مشوره با نمایندگان کارگران و کارفرمایان یا سازمان‌ها، در فرض وجود، اقدامات خاص را تعیین نمایند که برای ارائه به اشخاص با شرایط خاص پیش‌بینی شده است. البته اشخاص که بنا به دلایل از قبیل جنسیت، سن، ناتوانی، مسوولیت خانوادگی، یا وضعیت فرهنگی و اجتماع به صورت کلی شناسایی شده‌اند که حمایت و کمک‌های خاص را لازم دارند.

اگر اقدامات خاص برای اینها در نظر گرفته شود که در عرصه‌ی استخدام و اشتغال برای آنها انجام شود، تبعیض نخواهد بود؛ به‌عنوان مثال: گروه‌های اجتماعی که در گذشته در موقعیت نا برابر قرار داده شده‌اند باید از آنها حمایت به عمل آید تا این بتوانند موقعیت نابرابر گذشته‌ی خود را پشت سر بگذارند و بدون اقدامات خاص چنین وضعیت هرگز اتفاق نخواهد افتاد. زمینه‌ی پیشرفت و ترقی آن‌ها زمانی فراهم خواهد شد که نابرابری‌های ظالمانه‌ی گذشته را پشت سر بگذارند. مخصوصاً که عامل این نابرابر تبعیض‌های اعمال شده‌ی گذشته از سوی دولت باشد. این وضعیت در مورد اقلیت‌ها در کشورهای جهان ممکن است که صادق باشد.^۱ این گونه اقدامات از منظر حقوق بشری، به‌عنوان تعهدات ایجابی دولت، حکومت مکلف به انجام این گونه اقدامات است که از منظر حقوق بشری بدان تعهدات ایجابی حکومت گویند؛ یعنی برای پشت سر گذاشتن وضعیت نا مطلوب گذشته حال خود برخی از گروه‌های اجتماعی نیازمند اقدام مثبت می‌باشد.

ح) آثار و پیامدهای تبعیض

تبعیض بر زندگی قطعا در ابعاد مختلف تأثیرگذار خواهد بود و از راه‌های ذیل بر استندردهای زندگی تأثیر منفی می‌گذارد:

محروم‌سازی از بازار کار؛ پرداخت مزد کم؛ پایین بودن کیفیت زندگی و امنیت شغلی؛ در معرض جرم بودن، خشونت، رفتارهای ترضیلی، از دست‌دادن فرصت‌ها در حوزه‌های آموزش، کارآموزی، ارتقای شغلی، پیشرفت فردی و امثال آن‌ها.

تبعیض در ماهیت خود در بردارنده‌ی ویژگی تحقیر کنندگی است و از طرفی با کرامت انسانی سازگاری ندارد؛ یعنی کسانی که با تبعیض روبه‌رو می‌شوند به گونه‌ای تحقیر هم می‌شوند. در باره‌ی گروه‌های اقلیت با تبعیض روبه‌رویند پست و حقیر شمرده و به صورتی نادیده گرفته می‌شوند. تبعیض در سطح داخلی تنش را میان گروه‌های اجتماعی افزایش می‌دهد و این امر یکی از شاخص‌ها و نشانه‌های وجود آن در جامعه است. در سطح بین‌المللی صلح پایدار را در معرض خطر قرار می‌دهد. به همین خاطر سازمان بین‌المللی کار در این زمینه دو هدف اساسی دارد: ۱. حذف هر نوع رفتارهای نابرابر و ۲. ارتقای فرصت‌های برابر.

^۱ در افغانستان یک عده اقلیت‌های قومی به دلیل نابرابری در فرصت و مشاغل، با قوم مسلط و غالب از منظرهای مختلف بسیار فاصله دارند و پشت سر گذاشتن این نابرابری‌های که ناشی از ظلم و ستم دولت در گذشته بوده به‌آسانی میسر نخواهد بود و به همین دلیل محرومیت مضاعف دارند و به دلیل محرومیت‌های متنوع توان رقابت در عرصه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی، سیاسی علمی را ندارند و هم چنان توسعه را شاهد نخواهند بود.

در یک سطح دیگر، تبعیض پیامدهای بسیار وسیع و متنوع دارد: بیمناکی، افسردگی، درماندگی، عقب ماندگی، پایین بودن احترام به خود، دلتنگی، غمگینی، ترس و وحشت. تبعیض مخصوصاً تبعیض نژادی نه تنها بر سلامت روانی تأثیر منفی می‌گذارد، بلکه بر جامعه نیز تأثیر منفی دارد. تبعیض نژادی چه بسار موجب پاک‌سازی قومی و کشتار جمعی، بردگی و ظلم و تعدی خواهد شد. همچنین موجب ضررهای عظیم اخلاقی، فرهنگی و اجتماعی خواهد شد. در نهایت به تأثیرات منفی در جامعه ختم خواهد شد.

تبعیض موجب محدودیت آزادی افراد در بدست آوردن شغلی خواهد شد که آن را دوست دارند. تبعیض برای فرصت‌های زنان و مردان آسیب‌زا است؛ زیرا بر پرورش استعداد و کسب مهارت و این‌که بر اساس توانایی و تخصص خود پاداش و مزد دریافت نمایند، تأثیرات منفی دارد. تبعیض موجب تولید نابرابری در نتایج بازار کار خواهد شد و در عین حال گروه‌های معین را در محرومیت قرار خواهند داد.

تبعیض علاوه بر آن‌که مغایر با کرامت انسانی است، با کار مولد، سودمند و کارآمدی نیز سازگاری ندارد؛ چرا که وقتی افراد بر اساس لیاقت و شایستگی استخدام و به کارگرفته نشوند، کارها به شیوه‌ای مطلوب و مناسب انجام نشده و به کارآمدی لطمه می‌زند و بهره‌وری اقتصادی آسیب خواهد دید و در نتیجه به ضرر تمام جامعه است.

تبعیض در استخدام و اشتغال فقر را تشدید و همیشگی می‌سازد، در حالی که فقر تبعیض در کار را در یک چرخه‌ی نادرست به پیش خواهد برد و خود فقر موجب توسعه‌ی تبعیض در کار خواهد شد. تعدادی از شهروندان وقتی از منابع اولیه‌ی محروم باشند و بقیه‌ی منابع را در اختیار داشته باشند، خود موجب افزایش سرمایه و به کارگیری بیش‌تر منابع اجتماعی خواهد شد در حالی که فقرا به دلیل فقر، امکان استفاده از منابع موجود را ندارند. وقتی کسی به دلیل محرومیت قبلی دانش لازم را ندارد به خودی خود از استخدام در مشاغل با تخصص لازم و عالی محروم خواهند شد. فقدان کار و کار غیر مولد و نامطمئن، از عوامل اصلی محرومیت مادی و آسیب‌پذیری است که مردمان فقیر آن را تجربه می‌کنند. (International Labour Office Geneva, First Published 2003, P. 27) در نتیجه باید پذیرفت که میان فقر و تبعیض ارتباط تنگاتنگ وجود دارد. هر گاه نسبت به گروهی خاص از جامعه تبعیض روا داشته شود، فقر همزاد جدایی‌ناپذیر فقر گروه مدنظر خواهد بود و در نهایت تبعیض به دلیل پیامدهای ناگوار، متنوع و دایمی خلاف کرامت انسان، عدالت اجتماعی بوده و اخلاق را پایمال خواهد کرد.

1. Equality And Non-Discrimination At Work In East And South-East Asia, Dwt For East And South-East Asia And The Pacific Regional Office For Asia And The Pacific, Copyright © International Labour Organization 2011, First Published 2011.
2. A CAS Working Fore Everyone, Guidance Equality And Discrimination: Understand The Basics, September UK, 2017.
Fred L. Pincus, Discrimination Comes In Many Forms: Individual, Institutional, And
3. ILO (1996) Equality in Employment and Occupation, ILO, Geneva.
4. M. Humblet, International Labour Standards, A Global Approach, International Labour Office, Copyright © International Labour Organization 2001, First Edition 2002.
5. M. Humblet, International Labour Standards, A Global Approach, International Labour Office, Copyright © International Labour Organization 2001, First Edition 2002.
6. Nicolas Valticos & Geradold Von Potobsky International Labour Law, Kluwer Law and Taxation, Boston, 2005.
7. Time For Equality At Work, Global Report Under The Follow-Up To The Ilo Declaration On Fundamental Principles And Rights At Work, International Labour Conference 91st Session 2003, International Labour Office Geneva, First Published 2003.
8. Article 1, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD).
9. Fred L. Pincus, Discrimination Comes In Many Forms: Individual, Institutional, And Structural, Extracted With Permission From Readings For Diversity And Social Justice. Edited By Maurianne Adams, Etc., Published 2000.
10. M. Humblet, International Labour Standards, A Global Approach, International Labour Office, Copyright © International Labour Organization 2001, First Edition 2002.
11. Stealing Bread And Sleeping Beneath Bridges - Indirect Discrimination As, Disadvantageous Equal Treatment.
12. A Cas Working Fore Everyone, Guidance Equality And Discrimination: Understand The Basics, September UK, 2017.
13. Fred Argy, Equality of Opportunity in Australia Myth and Reality, Australian National University April 2006.
14. Pham Trong Nghia, Incorporating The Core International Labour Standards On Freedom Of Association And Collective Bargaining Into Vietnam's Legal System, A Thesis Submitted For The Degree Of Doctor Of Philosophy School Of Law, Brunel University, June 2010.
15. Structural, Extracted With Permission From Readings For Diversity And Social Justice. Edited By Maurianne Adams, Etc., Published 2000.
16. Time For Equality At Work, Global Report Under The Follow-Up To The Ilo Declaration On Fundamental Principles And Rights At Work, International Labour Conference 91st Session 2003, International Labour Office Geneva, First Published 2003.



بررسی جزای نقدی در کود جزای افغانستان

عبدالکریم اسکندری*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲ / ۸ / ۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲ / ۹ / ۱۴

چکیده

مجازات نقدی از جزاهای اصلی در قانون جزای افغانستان است. مجازات نقدی همانند سایر واکنش‌های کیفری همواره از سوی اندیشمندان حقوق جزا بررسی و معایب و امتیازات آن مورد شناسایی قرار گرفته است. با توجه به مزیت‌های جزای نقدی قانونگذار افغانستان در کود جزا (۱۳۹۶) مصادیق و موارد جزای نقدی و قواعد حاکم بر آن را در ضمن مواد متعدد به طور مفصل بیان و حداکثر تلاش نموده که با وضع اصول و قواعد، کاستی‌های جزای نقدی را از بین برده یا به حداقل برساند. تعیین جزای نقدی با پول ملی، تجدیدنظر در مورد میزان تعیین جزای نقدی، رعایت اصل شخصی بودن مسولیت جزای، روش‌های حصول جزای نقدی، افزایش جزای نقدی با توجه به وضعیت محکوم علیه و... از مهم‌ترین راهکارهای است که در کود جزا از سوی مقنن در راستای زدودن معایب و چالش‌های جزای نقدی پیش‌بینی شده است.

واژگان کلیدی: جزای نقدی، معایب، امتیازات، قواعد حاکم، مصادیق و راهکارها.

* معاون علمی دانشگاه خاتم النبیین (ص)، دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه تهران.

جزای نقدی مجازاتی است که مجرمان در راستای نقض بسیاری از قوانین و مقررات اجتماعی و ارتکاب جرائمی چون جرائم مالی، موظف به پرداخت آن به خزانه دولت است. این جزا به عنوان مجازات بسیاری از جرایم و حتی در نقش مجازات جایگزین بسیار مهم است، زیرا از یک سو با اجرای آن نهایتاً دولت منتفع می‌شود و از سوی دیگر به عنوان ضمانت اجرای برهم زدن نظم عمومی ابزاری است در دست مقنن که نقش کیفری خود را در میان سایر مجازات‌ها ایفا می‌کند.

لازم به ذکر است که ماهیت جزای نقدی با جریمه نقدی، جبران خسارت مالی، دیه، مصادره و ضبط اموال کاملاً تفاوت دارد. جزای نقدی با معایب چون عدم رعایت اصول شخصی بودن مسولیت جزای، عدم بازدارندگی، عدم اثرگذاری تساو، تطبیق نشدن و... مواجه است؛ اما امتیازات جزای نقدی (مانند انعطاف‌پذیری جزای نقدی، جلوگیری از آسیب‌های حبس و عدم تحمیل هزینه بر دولت و جامعه)، قانونگذاران را وادار نموده تا این نهاد حقوقی را به عنوان واکنش جزایی و در برابر بسیاری از رفتارهای مجرمانه به عنوان مجازات اصلی پیش‌بینی نماید. قانونگذار افغانستان نیز با توجه به همین واقعیت، جزای نقدی را در هر دوره قانونگذاری مدنظر قرار داده و جزای نقدی را در کنار حبس و اعدام به عنوان مجازات اصلی مقرر نموده است.

تحقیق حاضر در صدد پاسخ به این سؤال است که موقعیت جزای نقدی در حقوق جزای افغانستان چگونه پیش‌بینی شده است؟ و قانونگذار افغانستان چه قواعد و اصولی را برای تطبیق مجازات نقدی و رفع کاستی‌های آن در کود جزا در نظر گرفته است؟ فرض بر این است که مجازات نقدی در کود جزای افغانستان به عنوان جزای اصلی مقرر شده و قانونگذار راهکارهای جهت اجرایی‌شدن و رفع کاستی‌های آن پیش‌بینی کرده است. بررسی این موضوع ایجاب می‌کند در ابتدا مفهوم جزای نقدی و مفاهیم مشابه آن و سپس قواعد و اصول حاکم بر جزای نقدی از سوی مقنن مورد ارزیابی قرار گیرد و سرانجام به راهکارهای رفع معایب جزای نقدی با توجه مواد قانونی پرداخته شود.

الف) بررسی مفاهیم کلیدی تحقیق

در این بخش ضرورت دارد که در آغاز جزای نقدی تعریف و رابطه آن با مفاهیم مشابه مشخص گردد. به همین منظور در آغاز جزای نقدی در لغت و اصطلاح تعریف و سپس مفاهیم مشابه با جزای نقدی بررسی می‌گردد.



۱. تعریف جزای نقدی

جزای نقدی از دو واژه جزا و نقدی ترکیب یافته است؛ «نقد» در لغت به معنی: «آنچه در حال داده می‌شود، خلاف نسیه، مال حاضر، پول حاضر.» (دهخدا، ۱۳۸۴، ۲۹) یا «آن چیزی است که به پول نقد و رایج پرداخت شود.» (معین، ۱۳۹۵، ۳۴) بعضی آن را به معنی: «پول یا بهاء آن چه فی الحال داده می‌شود.» (عمید، ۱۳۶۷، ۵۰) به کار برده‌اند.

در اصطلاح علم حقوق؛ جزای نقدی به میزان مشخص پولی اطلاق می‌گردد که در قبال جرم ارتکاب یافته از سوی محکمه تعیین شده و شخص مجرم مکلف به پرداخت این میزان پول است. یکی از محققان در تعریف جزای نقدی گفته است: جزای نقدی به الزام محکوم علیه به پرداخت مبلغ معینی از پول نقد به خزانه دولت گفته می‌شود که مقدار آن را محکمه تعیین می‌کند. (حسینی، بی تا، ۷۵۸) دیگری گفته است جزای نقدی، عبارت است از الزام محکوم علیه به استناد حکم محکومیت به پرداختن مبلغی وجه نقد به نفع دولت. (اردبیلی، ۱۳۹۷، ۹۰) در ماده ۱۳۹ کودجزا، جزای نقدی این گونه تعریف شده است: «جزای نقدی عبارت است از مکلف ساختن محکوم علیه به پرداخت مبلغ محکوم بها به خزانه دولت.»

باتوجه به تعریف جزای نقدی یادآوری نکاتی را لازم می‌دانیم:

نکته اول: تعریف اصطلاحی جزای نقدی تا حدودی از معنی لغوی «خلاف نسیه» دور افتاده است. بدین صورت که «نقدی» در مقابل «نسیه» مد نظر نیست، بلکه جزای نقدی یکی از مجازات‌های مالی است، که مرتکب عمل مجرمانه (فعل یا ترک فعل) ملزم است آن را به خزانه دولت واریز نماید.

نکته دوم: در قانون برخی از کشورها قانون‌گذار همیشه مبلغ رایج را مورد حکم قرار نمی‌دهد، بلکه در موارد معدودی طلا را مورد حکم قرار می‌دهد. این موضوع شاید به جهت ارزش اعتباری پول و ارزش ذاتی طلا باشد. (ماده ۹ قانون مجازات اسلامی ایران، ۱۳۷۱)

اما در کود جزای افغانستان در بخش جزای نقدی هیچ جایگزینی برای پول نقد افغانی بیان نشده است، حتی به صراحت بیان شده که فقط پول افغانی می‌تواند برای مجازات نقدی استفاده شود.

نکته سوم: کلماتی چون جریمه نقدی، غرامت جزایی، محکومیت نقدی، غرامت، مجازات نقدی، جزای نقدی، جریمه، غرامت نقدی و جریمه جزایی، همگی معادل «جزای نقدی»

می‌باشند. در قانون افغانستان معمولاً تعبیر به جزای نقدی می‌کنند و در موارد اندک از جزای نقدی به جریمه نقدی یاد می‌گردد.

۲. تفاوت جزای نقدی با جبران خسارت مدنی

در گذشته تمییز و تشخیص جزای نقدی و خسارت مدنی مشکل و با هم مشتبه می‌شدند. «گارو» حقوقدان مشهور فرانسوی می‌نویسد: «شاید علت اشتباه این باشد که جزای نقدی در خط مرزی بین مجازات و خسارت قرار گرفته است.» (گارو، ۱۳۴۴، ۲۹). به عبارت دیگر هم جبران خسارت مدنی و هم جزای نقدی از جمله التزامات مالی و موضوع هر دو مال است و شخص محکوم‌علیه باید مال معین مورد حکم محکمه را پرداخت نماید اما جزای نقدی با جبران خسارت تفاوت‌های جدی و اساسی دارد که در ذیل بیان می‌گردد.

۲-۱. تفاوت در معیار

خسارت مدنی؛ مالی است که باید از طرف وارد کننده ضرر به متضرر داده شود. جزای نقدی نوعی از مجازات است، در حالی که جبران خسارت مجازات نیست. جزایی نقدی چون مجازات است، همهٔ ویژگی‌ها و خصوصیات آن را دارد. از جمله تابع اصل قانونی بودن جرایم است و باید قانون نوع و میزان دقیق حداقل و حداکثر آن را برای رفتارهای خاصی پیش‌بینی کند. هنگامی که قانون، جزای نقدی را به عنوان مجازات جرمی تعیین کرد، همانند دیگر جزاها، مشروط به حکم و فیصله قاضی است. (اردبیلی، ۱۳۹۷، ۹۷) قاضی نمی‌تواند کمتر یا بیشتر از میزانی که قانون مشخص کرده است، شخصی را محکوم به جزای نقدی کند. قاضی در صورتی می‌تواند شخصی را به جزای نقدی محکوم کند که ارکان جرم ارتكابی تحقق یافته و عوامل مانع مسؤلیت جزای منتفی باشد. هم‌چنین در صورت فوت محکوم‌علیه یا شمول مرور زمان و یا عفو عام ساقط می‌شود و مشمول تعلیق مجازات می‌شود و محکومیت آن سابقه جرمی به حساب می‌آید و می‌توان از شخص محکوم به جزای نقدی اعاده حیثیت کرد و در هنگام تعدد جرایم که برای غرض واحد ارتكاب یافته است و قابل تجزیه نباشد. (سیغانی، ۱۳۹۳، ۶۳) جزاهای نقدی در همدیگر ادغام می‌شود و تنها جزای نقدی جرم شدید یعنی جزای نقدی حداکثر بر مجرم تحمیل می‌شود، نه همه جزاهای نقدی. جزای نقدی مشروط بر وارد کردن ضرر بر مجنی‌علیه نیست. (ملک زاده، ۱۳۸۹، ۲۳۰) در حالی که معیار جبران خسارت مالی میزان ضرر وارد شده بر مجنی‌علیه است. جبران خسارت تابع ضرر است. در صورت وارد کردن ضرر، شخص محکوم به پرداخت آن می‌شود، هر چند نص صریح در قانون مدنی در آن مورد وجود نداشته باشد.



۲-۲. تفاوت در تعیین و عدم تعیین توسط قانونگذار

میزان جبران خسارت مدنی در قانون تعیین نمی‌گردد بلکه میزان آن را در صورت لزوم کارشناس براساس ضرر وارده، تعیین می‌کند، نه قانون. قانون مدنی در کل برای هر فعلی که موجب ضرر مالی شود، حکم به جبران خسارت می‌کند، بدون آنکه مصادیق آن فعل موجب ضرر را مشخص کند. البته احصا چنین افعالی ممکن نیست. (کامل، ۲۰۰۲، ۶۶۶) قانون مدنی حداقل و حداکثر مقدار جبران خسارت را مشخص نمی‌کند؛ زیرا تعیین آن متوقف بر ضرری است که تابع شرایط، اوضاع و احوالی خاص هر قضیه است که توسط کارشناس تعیین می‌شود. در حالی که میزان حداقل و حداکثر جزای نقدی توسط قانونگذار در متن قانون تعیین شده و قاضی با توجه به حجم و آثار جرم از میان حداقل و حداکثر میزان پرداخت آن را مشخص می‌سازد.

۲-۳. تفاوت در مسؤول پرداخت

تفاوت دیگر این است که جزای نقدی تنها بر اشخاص دارای مسؤولیت جزایی و شخص مجرم تطبیق می‌شود، نه خانواده یا اقارب او، در حالی که اگر اشخاص فاقد اهلیت به کسی ضرری وارد کند، ولی و سرپرست مسؤولیت داشته و باید جبران خسارت نماید.

۳. تفاوت جزای نقدی با جریمه نقدی

جریمه نقدی به میزان مشخص شده پولی گفته می‌شود که از سوی نهادهای خاص، مشخص و متهم را به پرداخت آن محکوم می‌نماید، این اشخاص قواعد و مقررات پذیرفته شده آن صنف خاص را پذیرفته اند، و به نقض آن نباید بپردازند. به طور مثال رانندگان حق ندارند که مقررات ترافیک را زیر پا نمایند در غیر آن محکوم به پرداخت جریمه نقدی خواهد شد. جزای نقدی با جریمه نقدی با اینکه هر دو از جرایم مالی است ولی تفاوت‌های دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

۱-۳. تفاوت در مقام تعیین کننده

جزای نقدی را محکمه تعیین و مرتکب را به پرداخت آن محکوم می‌کند، در حالی که جریمه نقدی (تنبیه مالی) را نهادهای خاص، مشخص و متهم را به پرداخت آن محکوم می‌نماید و این نهادها تنها حق صلاحیت رسیدگی به تخلفات آن گروه خاص را دارد. مانند آنکه سارندوی ترافیک، براساس قانون، تنها، صلاحیت جریمه نقدی نسبت به برخی از تخلفات کسانی را دارد که رانندگی کنند و تخلف او هم مربوط به امور رانندگی باشد. (علامه، ۱۳۹۶، ۸۷)

۲-۳. تفاوت در خاص و عام بودن

جریمه نقدی مربوط به رفتارهای می‌شود که مرتکب عضوی گروه خاصی باشد و سپس قواعد و مقررات پذیرفته‌شده آن گروه خاص را نقض کند. در این صورت در بعضی موارد به جای آنکه به این تخلف انضباطی، محکمه رسیدگی کند، نهادهای خاصی انتظامی به تخلف آن صنف رسیدگی می‌نماید. (الهام، ۱۳۸۷، ۲۳) مثلاً هنگامی که رانندگان مقررات اختصاصی قوانین ترافیک را که مربوط به امور رانندگی می‌شود، نقض کرد، در بعضی موارد بدون حکم محکمه با جریمه تنبیه مالی سارندوی ترافیک مواجه شود، اما جزای نقدی شامل هر مرتکبی می‌گردد که قوانین جزایی را نقض و در قبال آن رفتار، قانونگذار جزای نقدی تعیین کرده باشد. (اردبیلی، ۱۳۹۷، ۱۰۰)

۳-۳. تفاوت در هدف

جزای نقدی و جریمه نقدی از نظر هدف نیز با هم تفاوت دارند؛ هدف از جریمه نقدی حفظ حیثیت، نظم و انضباط صنف خاص است و در برخی موارد ممکن است در عوض جریمه نقدی، مرتکب نقض قانون از گروه اخراج شود یا در راستای صلاحیت‌های صنف، امکان دارد برای او محدودیت‌های ایجاد شود، اما هدف از جزای نقدی، همان اهداف عمومی مجازات‌هاست. (اردبیلی، ۱۳۹۷، ۳۱)

ب) قواعد کلی مربوط به جزای نقدی در کود جزا

جزای نقدی همانند هر جزا و عقوبت دگر از قدیم با انتقادات متعددی مواجه بوده و از جمله ایراداتی که مطرح می‌کنند، مغایرت جزای نقدی با اصل تساوی مجازات‌ها، اصل شخصی بودن مسولیت جزایی، اصل بازدارندگی، متزلزل بودن پول در اثر نوسانات ارزی و عدم حصول آن است؛ اما با وجود انتقادات و کاستی‌های که در مورد جزای نقدی ذکر گردیده، ولی دو عامل باعث شده‌است که امروزه قوانین جزایی کشورها از این رویکرد عدول کرده و قلمرو و موارد جزای نقدی را گسترش دهند. نخست: حبس‌های کوتاه مدت به جای آن‌که جنبه مثبت داشته باشد، جنبه تخریبی دارد، به دلیل آن که این نوع حبس‌ها فاقد برنامه‌های اصلاحی و تربیتی است و محکوم‌علیه به خاطر هم‌نشینی با مجرمان، تبدیل به مجرمان خطرناک خواهد شد. کشورها برای جلوگیری از این عارضه سوء، جزای نقدی یا جزاهای بدیل حبس را جایگزین حبس‌های کوتاه مدت کرده‌اند. پس مزیت جزای نقدی سیاست گذاران کیفری را امروزه به این سو سوق داده اند، که می‌توان جزای نقدی را به جای حبس‌های کوتاه مدت نیز قرار داد، زیرا این حبس‌ها نه تنها هدف مجازات را که همان اصلاح مجرمان



است، تأمین نمی‌کنند بلکه اقامت کوتاه آنان در زندان و اختلاط با مجرمان حرفه‌یی، سبب فساد بیشتر ایشان می‌گردد.

دوم: عامل دوم افزایش اهمیت مال در جوامع امروزی است؛ امروزه افراد برای مال اهمیت بسیاری قایل است و مال را در تثبیت و جایگاه اجتماعی شان مهم تلقی می‌کند. (حسنی، بی تا، ۱۲۲) باید توجه داشت که در جوامع صنعتی و مادی که هر روز بر دامنه ای مادیات آن افزوده می‌شود، مال و سرمایه اهمیت زیادی دارد بنابراین در چنین جوامعی، می‌توان از مجازات مالی به عنوان یک مجازات مناسب استفاده کرد، از سوی دیگر مجازات مالی، مجازاتی انعطاف‌پذیر است که قابل تطبیق با جرایم می‌باشد و قاضی می‌تواند با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال حاکم، میزان مناسبی را تعیین کند و حتی می‌توان از آن عدول کرد و خطاهای قضایی را جبران نمود. (شامبیاتی، ۱۳۸۲، ۲۹۳)

در راستای همین سیاست جنایی کود جزای افغانستان نیز، از سیاست جزایی حبس محوری قانون جزای سابق، دست برداشته و برای بعضی از انواع جرایم، بیشتر جزای نقدی را پیش‌بینی کرده‌است. مانند تمویل تروریسم، جعل پول، تزویر اسناد، ارتشا، اختلاس، سرقت و... پیش‌بینی شده است. در این بخش قواعد کلی مربوط به جزای نقدی از قبیل نوعیت جزای نقدی، قلمرو، شرایط اجرا، تعلیق و انواع آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. جزای نقدی به عنوان مجازات اصلی

کود جزای افغانستان، جزاها را از زاویه‌های مختلف، به انواع متعددی تقسیم کرده‌است. یکی از طبقه‌بندی‌های مجازات به اعتبار ارتباط آن‌ها با یکدیگر است، قانون‌گذار، به صراحت جزاها را از جهت ارتباط و نسبت که با یکدیگر دارند، بر سه نوع جزای اصلی، تبعی و تکمیلی تقسیم نموده‌است. در ماده ۱۳۶، در این باره می‌خوانیم: «جزا، شامل جزاهای اصلی، تبعی و تکمیلی می‌باشد.» در ماده ۱۳۸ مقرر کرده است که: «جزاهای اصلی دارای انواع ذیل می‌باشد: ۱. جزای نقدی؛ ۲. حبس. ۳. اعدام». بنابراین، جزای نقدی از جمله جزاهای مالی است. مجازات‌های مالی به انواع گوناگونی چون جزای نقدی، جبران خسارت؛ مصادره و ضبط اموال تقسیم می‌شود. از میان آن‌ها براساس ماده ۱۳۹) کود جزا، تنها جزای نقدی را از جمله مجازات‌های اصلی به شمار می‌رود، یعنی مجازات که به طور مستقل و به تنهایی در برابر رفتار مجرمانه از سوی قاضی تعیین می‌گردد.

نظر قاضی در هنگام صدور حکم، معطوف به مجرم است، شخصیت و اوضاع و احوال و شرایط ارتکاب جرم، مسئولیت و درجه تقصیر مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و متناسب آن محکوم به پرداخت جزای نقدی می‌شود.

۲. گستره جزای نقدی

جزای نقدی مخصوص جرایم خفیف و سبک از نوع جنحه و قباحت است. قاضی نمی‌تواند برای جنایت، این مجازات را پیش‌بینی کند، مگر آن‌که در کود جزا برخلاف آن تصریح شده‌باشد: «تعیین جزای نقدی در جرم جنایت جواز ندارد، مگر این‌که این قانون صراحتاً به آن حکم نموده باشد.» (کد جزا، ماده ۱۴۳) در ماده ۱۱۰، قانون جزای سال ۱۳۵۵ نیز این حکم پیش‌بینی شده بود: «تعیین جزای نقدی در جنایت جواز ندارد، مگر این‌که قانون صراحتاً به آن حکم نموده باشد.» قانونگذار در این ماده، قلمرو استفاده از جزای نقدی را از سوی قاضی بیان کرده است که برای پیشگیری و کاهش چه نوع جرایمی از آن باید، استفاده کند. براساس این ماده، قلمرو جزای نقدی جرایمی است که از نوع خفیف، یعنی جنحه یا قباحت باشد و تعیین آن را برای جرایم شدید، یعنی جرایم جنایی، ممنوع است، مگر در مواردی که قانونگذار در کد جزا، به صراحت برای این‌گونه جرایم، به جای دیگر مجازات‌ها، جزای نقدی پیش‌بینی کرده باشد. دلیل این حکم آن است که جزای نقدی، مجازات خفیفی است و تناسب با جرایم شدید ندارد. برای ارتکاب جرایم شدید قانون‌گذار جزای نقدی همراه با حبس یا حبس تنها یا اعدام پیش‌بینی کرده‌است.

براساس استثنا در این ماده ممکن است قانونگذار برای جرم از نوع جنایت نیز جزای نقدی پیش‌بینی کرده‌باشد، ولی این استثنا با ماده ۳۱ کد جزا در باره تعریف جنایت سازگاری ندارد. در آن ماده آمده‌است: «جنایت، جرمی است که جزای آن در این قانون حبس طویل، حبس دوام درجه ۲، حبس دوام درجه ۱ و یا اعدام تعیین شده باشد.» هم‌چنین طفل نیز از محکومیت به جزای نقدی استثنا شده است: «ماده ۹۹: طفل به جزای اعدام، حبس و یا جزای نقدی محکوم نمی‌شود.» البته نماینده قانونی طفل از محکومیت به جزای نقدی مستثنی نیست: «نماینده قانونی طفل را در صورت ارتکاب جنحه به جزای نقدی از پنج هزار تا ده هزار افغانی و در صورت ارتکاب جنایت، به جزای نقدی از ده هزار تا بیست هزار افغانی، محکوم می‌نماید.» (کد جزا (۱۳۹۶) جزا ۲ ماده ۱۰۹).

مورد دیگری که نباید از جزای نقدی برای مبارزه با جرم استفاده کرد، جای است که جرم ارتكابی مجرم از نوع خفیف مثلاً جنحه است، ولی شخصیت خطرناک مرتکب آن ثابت شده



است و او نیازمند برنامه‌های اصلاحی و تربیتی باشد. بهتر بود قانونگذار، تعیین جزای نقدی را از سوی قاضی برای این‌گونه مجرمان، نیز ممنوع می‌کرد. هم‌چنین قانونگذار در ماده ۱۴۴ نحوه پرداخت و شیوه وصول جزای نقدی را بیان کرده است که براساس قانون اجراءات جزایی انجام می‌شود. قانون اجراءات جزایی نیز در ماده ۳۴۳ حکم می‌کند: «تنفیذ احکام قطعی محاکم مبنی بر اعاده مال، جزای نقدی، پرداخت مصارف و جبران خساره به دستور سارنوالی، مطابق احکام قانون اصول محاکمات مدنی و سایر اسناد تقنینی مربوط صورت می‌گیرد. مبالغ قابل تأدیه به دولت مطابق قواعد اداری تحصیل مالیات و دیون دولتی صورت می‌گیرد.»

۳. نوعیت جزای نقدی و حداقل آن

نوعیت جزای نقدی و حداقل آن در ماده ۱۴۰ بیان شده است: «(۱) جزای نقدی به پول افغانی تعیین می‌شود. (۲) جزای نقدی که به حکم محکمه تعیین می‌شود، از پنج هزار (۵۰۰۰) افغانی کمتر نمی‌باشد. (۳) اندازه جزاهای نقدی مندرج این قانون با نظر داشت نوسانات ارزش پول، بعد از هر پنج سال تجدید می‌گردد.»

در این ماده قانون‌گذار نوع پولی را که جزای نقدی باید با آن پرداخت شود و نیز نهادی که باید میزان آن را تعیین کند، مشخص نموده و هم‌چنین، میزان حداقل جزای نقدی و مدت تجدید نظر در مقدار آن را به علت کاهش ارزش پول، تعیین کرده است. دلیل این حکم قانون‌گذار آن است که پرداخت جزای نقدی با پول واحد پولی کشور دیگر، ضررهای اقتصادی بسیاری به دنبال دارد. هم‌چنین تعلیق جزای نقدی در قانون پیش بینی شده است: ماده ۲۲۲: (۱) هرگاه شخص به اثر ارتکاب جرم قباحت یا جنحه به جزای نقدی تا شصت هزار افغانی، محکوم گردیده باشد، محکمه می‌تواند جزای نقدی وی را تا پنج سال تعلیق نماید. (۲) هرگاه شخص مندرج فقره (۱) این ماده، به صورت داوطلبانه جزای نقدی را در میعاد معینه تأدیه نماید، سابقه جرمی وی زایل می‌گردد.

۴. تعریف جزای نقدی، شرایط تحقق و انواع آن

قانونگذار برای این که هیچ‌گونه ابهامی در مورد جزای نقدی باقی نماند و زمینه‌های تطبیق آن فراهم گردد، در ضمن مواد قانونی؛ جزای نقدی را تعریف و به انواع آن اشاره نموده است. ماده ۱۳۹: «جزای نقدی عبارت است از مکلف ساختن محکوم علیه به پرداخت مبلغ محکوم بها به خزانه دولت.»

مطابق ماده فوق جزای نقدی بدان معناست که محکوم علیه با حکم دادگاه ملزم به پرداخت وجه نقد به صندوق دولت گردد. هم چنین در مواد متعدد از کد جزا از جمله ۲۴۶ و ۳۷۲ به جزای نقدی دارای حداقل و اکثر و فاقد حداقل و اکثر اشاره نموده است. چگونگی تطبیق جزای نقدی منفرد یا تضامنی را نیز پیش بینی نموده است: «ماده ۶۸: (۱) هرگاه چند نفر فاعل و شریک از لحاظ ارتکاب جرم واحد، به حکم واحد به جزای نقدی محکوم شوند، این حکم بر هر کدام آن‌ها منفرداً تطبیق می‌شود. (۲) هرگاه حکم به جزای نقدی معادل مفاد مالی باشد که از رهگذر ارتکاب جرم حاصل گردیده یا توقع استحصال آن برده می‌شد، حکم بالای محکومینی که به حکم واحد به جزای نقدی محکوم شده اند، به طور تضامنی تطبیق می‌گردد، مگر این که قانون طور دیگری تصریح نموده باشد.»

اصل شخصی بودن مجازات چنین اقتضاء می‌کند که آن‌ها بطور منفرد و مستقل مجازات شوند، نه به صورت تضامنی؛ یعنی چنانچه جزای نقدی تعیین شده در قانون بین حداقل یکصد هزار و حداکثر سیصد هزار باشد و سه نفر در آن جرم شرکت نمایند، با توجه به صلاحیت قاضی در تعیین حداقل و حداکثر، ممکن است نفر اول یکصد و پنجاه هزار و نفر دوم دویست هزار و نفر سوم سیصد هزار محکوم به جزای نقدی گردند. اما این که اگر مجازات حبس بود، لازم می‌بود که فرد فرد آن‌ها زندانی شوند و در صورت قرار هر یک، شرکاء دیگر را بجای شخص فراری زندانی نمی‌کنند. اما همیشه این گونه نیست، در قوانین جزایی به مواردی برمی‌خوریم که کلیه شرکاء در جرم متضامناً مسوول پرداخت جزای نقدی می‌باشند. هنگامی که یک جرم توسط چند نفر صورت می‌گیرد و وصول جزای نقدی از یک نفر از آن‌ها کافی تشخیص داده می‌شود و تکلیف دیگران نسبت به پرداخت ساقط می‌گردد، مسوولیت تضامنی جزای نقدی حاصل شده است.

در ماده ۱۴۱ شرایط جزای نقدی بیان شده و قانونگذار محکمه را ملزم نموده است که در هنگام تعیین جزای نقدی شرایط ذیل را در نظر گیرد: تأمین اهداف جزا، احوال شخصی، اجتماعی و اقتصادی مرتکب، اندازه مفادی که از ارتکاب جرم حاصل گردیده یا توقع استحصال آن باشد و نوعیت حق یا مصلحتی که مورد تجاوز قرار گرفته است.

هم چنین افزایش جزای نقدی برای جلوگیری از کم ارزش شدن آن در ماده ۱۴۲، پیش بینی شده است: محکمه می‌تواند به اساس تشخیص خود یا مطالبه سارنوال، حداکثر جزای نقدی پیش‌بینی شده را با رعایت شرایط و احوال مندرج ماده ۱۴۱ این قانون تا دوچند بالا ببرد، مشروط بر این که بالا بردن حداکثر جزای نقدی به از بین بردن تمام دارایی محکوم‌علیه منجر نشود.



۵. راهکارهای رفع معایب جزای نقدی در کودجزا

جزای نقدی برغم امتیازات و فواید که دارد با کاستی‌ها و موانعی هم‌رو و هم‌است. کاستی‌ها و معایب جزای نقدی عبارتند از مغایرت آن با اصول حاکم بر جرایم و مجازات‌ها مانند اصل تساوی و اصل شخصی بودن مسئولیت جزایی و هم‌چنین انتقادات دیگری که بر جزای نقدی وارد است از قبیل عدم بازدارندگی جزای نقدی، عدم قطعیت تطبیق مجازات نقدی و کم‌ارزش شدن میزان جزای نقدی به دلیل نوسانات ارزی و پولی کشورها. دولت‌ها با کمک از اندیشمندان علم حقوق برای از بین بردن معایب جزای نقدی یا حداقل ایجاد محدودیت کاستی‌ها و موانع جزای نقدی؛ راهکارها و تدابیری را در قوانین موضوعه پیش‌بینی نموده است تا سرانجام زمینه برای تطبیق جزای نقدی هموار و فراهم گردد و نواقص جزای نقدی ازاله یا به حداقل برسد. قانون‌گذار افغانستان نیز در کد جزا تدابیری برای رفع معایب جزای نقدی پیش‌بینی نموده و هم‌چنین کیفیت وصول جزای نقدی را در نظر گرفته است. البته نباید توقع داشت که جزای نقدی فارغ از تمام عیوب و کاستی‌ها باشد؛ چرا که هنوز فکر بشر موفق به ارائه مجازاتی نشده است که کلیه محاسن در آن جمع و خالی از هر عیب و نقصی باشد. لذا تمام مجازات‌ها دارای محاسن و معایب هستند؛ اما هر جزا دارای محاسن و معایب مختص به خود می‌باشد. جزای نقدی نیز بدین گونه است. در نهایت با توجه به این محاسن و چاره‌جویی رفع معایب آن به عنوان شیوه‌های اصلاحی جزای نقدی جهت وصول به اهداف آن است. در این بخش ابتدا به تدابیر و روش‌های رفع نقصان جزای نقدی با محوریت کدجزا پرداخته می‌شود و سپس روش‌های قانونی تحصیل جزای نقدی را مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

۱-۵. روش‌های رفع معایب جزای نقدی

قانون‌گذار افغانستان در مواد متعددی از کدجزا تلاش نموده است که با تدابیر و وضع مقررات خاص معایب جزای نقدی را رفع نموده و بستر اجرایی شدن مجازات نقدی را فراهم نماید. طبیعی است که امکان ندارد تمامی معایب و کاستی‌های جزای نقدی از بین برود و چنین ادعای در مورد تمامی مجازات نادرست است. به دلیل این که دنیا محل تراحم و تنازع است و اجرای مجازات؛ گرچند بادقت هم صورت گیرد خالی از نقص و عیب نیست و همانند دواها می‌ماند اگر جای را ترمیم نکند، عوارض هم به دنبال دارد ولی تلاش‌ها در جهت رفع معایب و تقویت مزیت‌ها نباید متوقف شود. راهکارهای رفع معایب جزای نقدی با استفاده از کدجزا مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۵. رعایت اصل شخصی بودن مسولیت کیفری

یکی از انتقادات جدی که بر جزای نقدی وارد کرده‌اند عدم رعایت اصل شخصی بودن مسولیت جزایی است. به دلیل این که در محکومیت جزای نقدی افراد خانواده، شرکا و اقارب محکوم‌علیه آسیب می‌بینند که هیچ نقشی در ارتکاب جرم نداشتند. قانونگذار تلاش کرده است که چیدمان و کیفیت تعیین جزای نقدی به گونه‌ای باشد که تا حد امکان جلو این آسیب گرفته شود، از باب مثال در صورتی که مجازات تعدد جرم، جزای نقدی و تدابیر تأمینی تعیین گردیده شده باشد، در این صورت جزای نقدی و تدابیر تأمینی بدون محدودیت بر مرتکب تطبیق می‌گردد. البته در جزای نقدی این موضوع مشروط به از بین نرفتن کل دارایی محکوم‌علیه می‌باشد: « ماده ۷۸: جزای نقدی با رعایت حکم مندرج ماده ۱۴۲ این قانون و تدابیر تأمینی به هر اندازه‌ای که متعدد گردد، بالای محکوم‌علیه تطبیق می‌گردد. در ماده ۱۴۲ چنین مقرر شده است: «محکمه می‌تواند به اساس تشخیص خود یا مطالبه سارنوال، حداکثر جزای نقدی پیش‌بینی شده را با رعایت شرایط و احوال مندرج ماده ۱۴۱ این قانون تا دوچند بالا ببرد، مشروط بر این که بالا بردن حد اکثر جزای نقدی به از بین بردن کلی دارایی محکوم‌علیه منجر نشود.» دلیل این شرط رعایت اصل شخصی بودن مجازات است. در صورتی که جزای نقدی، موجب شود که محکوم‌علیه همه ثروت خویش را از دست دهد، ظالمانه و غیرانسانی است و او را از زندگی اقتصادی ساقط و سبب مجازات همه افراد خانواده و واجب‌النفعه او و نیز داینین او می‌شود. اما اگر شخصی مرتکب جرایم متعددی شود که در قانون برای همه آن جرایم، تدابیر تأمینی، پیش‌بینی شده‌است، همه آن تدابیر بدون قید و شرط، بر مرتکب تطبیق می‌شود. تطبیق همه تدابیر تأمینی جرایم متعدد ارتكابی مشروط به شرط خاصی نیست. همچنین قابل ذکر است که در صورتی که جزای نقدی و تدابیر امنیتی برای مرتکب در نظر گرفته شده باشد، در این صورت نیز هر دو مجازات بر مرتکب بدون محدودیت قابل تطبیق می‌باشد. ماده ۴۴۴ قانون اجراءات جزایی به ترتیب زیر بر یکدیگر اولویت دارد: «هرگاه حکم به جزای نقدی، پرداخت مصارف، آن چه اعاده اش لازم است و جبران خساره یک جا صادر شده باشد و اموال محکوم‌علیه برای ایفای تمامی آن کافی نباشد، نخست آن چه اعاده اش لازم است، تأدیبه گردیده، از متباقی وجوه بالترتیب مصارف و جبران خساره و اخیراً جزای نقدی پرداخت می‌شود.» پرداخت امور لازم-الاعاده، مانند پرداخت نفقه و دیون که دیگران بر ذمه او دارند. پرداخت مصارف مانند آن که امین برای نگهداری اموال امانی، پولی را مصرف کرده‌است.

بنابراین، قانونگذار نهایت تلاش خود را در عرصه قانونگذاری انجام داده است تا از ضرر و زیان ناشی از جزای نقدی بر خانواده و شرکای محکوم‌علیه جلوگیری نماید. اما به یاد داشته



باشیم که سرایت مجازات به خانواده محکوم ویژه محکومیت به جزای نقدی نیست. اصولاً، اصل شخصی بودن مجازات‌ها بیشتر نظری است تا عملی، زیرا آثار محکومیت به طور قهری به خانواده محکوم سرایت می‌کند. خواه محکومیت به جزای نقدی باشد یا سایر مجازات‌ها نظیر حبس. فردی که به حبس محکوم شده است در آن مدت نه فقط توانایی تأمین معاش خانواده خود را نخواهد داشت، بلکه از نظر روحی هم، خانواده و خویشاوندان مجرم رنج می‌برند. از سوی دیگر هر چند بر اساس اصل شخصی بودن مسولیت جزایی؛ هرکس در قبال اعمال خود مسولیت دارد و نمی‌توان او را به خاطر اعمال و کردار دیگران مواخذه نمود، اما در عین حال این قاعده هم در حقوق وضعی و هم در متون دینی در مواردی تخصیص می‌خورد. مانند مسولیت جزایی سردبیر روزنامه به خاطر مقالاتی که دیگران نوشته ولی در روزنامه چاپ شده است یا مسولیت کارفرما در برابر کارگر یا مدیر عامل یک شرکت در قبال رفتارهای کارمندان شرکت. (عوده، ۱۴۰۵، ۳۹۶) در متون دینی نیز مواردی وجود دارد که به ظاهر با اصل شخصی بودن مسولیت جزایی مخالفت دارد، مانند وجوب دیه بر عاقله در این قضیه مصداق بارز آن است که کسی گناه می‌کند و دیگری بارگناه او را به دوش می‌کشد، یا این که جبران خسارت ناشی از خطای قاضی در صدور حکم بر عهده دولت قرار گرفته است و باید از بیت‌المال تأدیه گردد.

۲-۱-۵. تجدید نظر در مقدار جزای نقدی

یکی از اشکالات جزای نقدی این است که میزان جزای نقدی با توجه به نوسانات ارز امکان دارد کاهش پیدا نموده و مبلغی را که قانونگذار به عنوان جزای نقدی تعیین کرده بسیار ناچیز و کم ارزش شود و نتواند که جنبه بازدارندگی داشته باشد. قانون‌گذار برای رفع این عیب و کاستی تدبیری را در نظر گرفته و آن تجدیدنظر در میزان تعیین جزای نقدی بعد از هر پنج سال است در این مورد چنین مقرر نموده است: « ماده ۱۴۰: «(۱) جزای نقدی به پول افغانی تعیین می‌شود.

(۲) جزای نقدی که به حکم محکمه تعیین می‌شود، از پنج هزار (۵۰۰۰) افغانی کمتر نمی‌باشد.

(۳) اندازه جزاهای نقدی مندرج این قانون با نظر داشت نوسانات ارزش پول، بعد از هر پنج سال تجدید می‌گردد.»

براساس فقره (۱) این ماده جزای نقدی به پول افغانی تعیین می‌شود. دلیل این حکم قانون‌گذار آن است که پرداخت جزای نقدی با واحد پولی کشور دیگر، ضررهای اقتصادی



بسیاری به دنبال دارد. چون این امر نوع تشویق مردم به استفاده از ارزهای خارجی است که آن‌هم از سوی نهادهای رسمی کشور انجام می‌گردد. تحریک و هجوم مردم به استفاده از ارزهای خارجی در معاملات، موجب می‌شود که ارزهای کشورهای خارجی در بازار با کمبود مواجه شود و قیمت آنها افزایش و برعکس ارزش واحد پولی کشور در بازارهای پولی تنزل یابد. افزون بر این، استفاده از پول‌های خارجی در کشور سبب حاکمیت پولی و مالی آنان، بر نظام پولی و اقتصادی کشور می‌شود. در فقره (۲) این ماده، قانونگذار حکم کرده است که جزای نقدی تنها به حکم محکمه تعیین می‌شود. مبنای حقوقی این حکم قانونگذار آن است که جزای نقدی، نوع مجازات است. محکوم کردن متهمان به مجازات و تطبیق آن بر آنها، نوع اعمال سلطه و حاکمیت از سوی دولت است که این عمل از طریق نهادی رسمی حکومتی انجام می‌شود و هیچ شخصی و نهادی دیگری غیر از حکومت حق ندارد دست به اعمال حاکمیتی بزند. در فقره (۳) این ماده راه‌حلی برای نوسانات و کم ارزش شدن واحد پول ملی و تبدیل شدن جزای نقدی به مبلغ ناچیز بیان شده است. براساس این راه‌حل باید قانونگذار هر پنج سال یکبار، در میزان جزای نقدی مندرج در کد جزا با توجه به نوسانات ارزش پول کشور تجدید نظر کند، تا به خاطر کم ارزش شدن واحد پولی کشور جنبه جزایی و رنج‌آوری، خود را از دست ندهد.

۳-۱-۵. افزایش جزای نقدی با توجه به وضعیت محکوم علیه

از ایرادهای جزای نقدی این است که در تطبیق جزای نقدی اصل تساوی رعایت نمی‌گردد. زیرا جزای نقدی بر فقیر و سرمایه دار تاثیر یکسان و مساوی وارد نمی‌کند. جزای نقدی با توجه به وضعیت اقتصادی فرد ثروتمند و متمکن مالی جنبه بازدارندگی نداشته و مرارت و تلخی برای او به بار نمی‌آورد و چه بسا شخص سرمایه‌دار از این نوع محکومیت به ریش قاضی بخندد اما محکومیت مالی برای آدم فقیر و بی بضاعت رنج‌آور و زجر دهنده است و چه بسا از شدت حبس نیز بیشتر باشد. قانونگذار برای این که اصل تساوی در محکومیت به جزای نقدی رعایت گردد؛ قاضی را مکلف نموده است که در تعیین جزای نقدی اوضاع و احوال مرتکب را در نظر گیرد و در موارد که مرتکب جرم دارای مکنت مالی زیاد است و از سوی دیگر جرم سنگین را مرتکب شده است جزای نقدی را تا دو برابر افزایش دهد. ماده ۱۴۱ کدجزا در این مورد مقرر نموده است: «محکمه در تعیین جزای نقدی پیش‌بینی شده در این قانون بین حداقل و حداکثر، شرایط و احوال آتی را رعایت می‌نماید:

۱- تامین هدف جزائی ۲- احوال شخصی، اجتماعی و اقتصادی مرتکب. ۳- اندازه مفادی که از ارتکاب جرم حاصل گردیده یا توقع استحصال آن برده می‌شود. ۴- نوعیت حق یا



مصلحتی که مورد تجاوز قرار گرفته است». در ماده ذکر شده، قانونگذار محکمه را ملزم کرده است که در هنگام محکوم کردن متهم به میزان خاصی از جزای نقدی براساس قانون، هدف مجازات، احوال شخصی، اجتماعی، اقتصادی، میزان نفع مرتکب و نوع حق مصلحت مورد تجاوز را در نظر گیرد. قانونگذار با ملزم کردن قاضی به رعایت این شرایط در واقع، راه حل دیگری را برای کاهش عیوب جزای نقدی بیان کرده است.

براساس این ماده قاضی محکمه در هنگام محکوم کردن متهم به حداقل یا حداکثر یا جزای نقدی پیش بینی شده در این قانون، باید امور زیر را در نظر گیرد.

یک- اهداف جزاها؛ مثلاً در هنگام محکوم کردن متهم بررسی کند که با محکوم کردن او به چه میزانی از جزای نقدی، عدالت اجرا و از ارتکاب مجدد جرم پیشگیری می شود، آن وقت او را به همان مقدار، براساس قانون، محکوم کند.

دو- تناسب میان جرم و جزا؛ قانونگذار برای رعایت تناسب، محکمه را ملزم کرده است که در زمان محکوم کردن متهم به میزان خاصی از جزای نقدی، باید دو چیز را در نظر گیرد یکی میزان فایده ای که متهم از طریق ارتکاب جرم بدست آورده است یا انتظار داشت که تحصیل کند و دیگری نوع حق و مصلحتی را که مورد تجاوز قرار داده است. طبیعی است اگر میزان فایده مورد نظر بیشتر یا حق و مصلحت مورد تجاوز اهمیت داشته باشد مانند آن که اموال عامه را اختلاس کرده باشد، متهم، مستحق حداکثر جزای نقدی است، و اگر نه باید به جزای نقدی حداقل محکوم شود.

سه- احوال شخصی اجتماعی و اقتصادی متهم؛ احوال شخصی مانند آن که سابقه جرمی داشته باشد، متهم فرد مورد اعتماد مجنی علیه باشد و جرایم مالی را علیه او مرتکب شود. احوال اجتماعی مثل آنکه متهم در جامعه شخص ذی نفوذ و دارای پایگاه اجتماعی باشد و مرتکب جرم شود. احوال اقتصادی مانند آنکه متهم ثروتمند یا فقیر یا از جمله اقشار متوسط جامعه باشد. محکمه باید با توجه به این حالات، متهم را به حداکثر یا حداقل جزای نقدی محکوم کند.

قانون اجراءات جزایی سال ۱۳۹۳ در فقره (۱) ماده ۳۴۷ راه حل های دیگری نیز برای کاهش عیوب جزای نقدی برای محکوم علیه فقیر، مهلت دادن و قسط بندی در پرداخت جزای نقدی پیش بینی کرده است: «محکمه صادرکننده حکم در احوال استثنایی می تواند به اساس مطالبه محکوم علیه و موافقه سارنوال برای پرداخت مبالغی که محکوم علیه مکلف به تأدیة آن به دولت می باشد، مهلت اقساط تعیین نماید». در برخی از کشورها در صورت که

محکوم علیه معسر باشد یا حاضر نشود که هیچگاه جزای نقدی را پرداخت کند، جزای نقدی، تبدیل به خدمات عامه می شود.

راه حل دیگری که قانونگذار برای رفع عیب عدم تساوی تأثیری جزای نقدی در نظر گرفته است، افزایش جزای نقدی است و لذا در ماده ۱۴۲ کد جزا این گونه پیش بینی کرده است: «محکمه می تواند به اساس تشخیص خود یا مطالبه خائنوال، حداکثر جزای نقدی پیش بینی شده را با رعایت شرایط و احوال مندرج ماده ۱۴۱ این قانون تا دو چند بالا ببرد، مشروط بر این که بالا بردن حد اکثر جزای نقدی به از بین بردن کلی دارایی محکوم علیه منجر نشود.

در این ماده قانونگذار، برای کاهش عیوب جزای نقدی، افزایش جزای نقدی را تا دو برابر تحت شرایط خاصی پیش بینی کرده است. این ماده دقیقاً از ماده ۱۰۹ قانون جزای سال ۱۳۵۵ گرفته شده است.

برای آن که جزای نقدی برای اشخاص ثروتمند نیز جنبه جزایی و بازدارندگی داشته باشد یا متناسب با جرم ارتكابی بشود و نقص جزای نقدی نیز تا حدودی مرتفع شود، ماده (۱۴۲) کد جزا، این اختیار را برای قاضی محکمه داده است که میزان حداکثر جزای نقدی را به اساس تشخیص خود یا مطالبه سارنوال تا دو برابر افزایش دهد براساس این ماده محکمه براساس شرایط زیر می تواند متهم را به میزان دو برابر حداکثر جزای نقدی پیش بینی شده در کد جزا، محکوم کند:

۱. محکمه تشخیص دهد که محکومیت متهم تا میزان دو برابر حداکثر جزای نقدی ضروری است یا سارنوال محکومیت او را به چنین جزای مطالبه کند؛
۲. شرایط و احوال مندرج ماده ۱۴۱ کد جزا؛ که در آن ماده، شرح داده شد رعایت شود؛
۳. محکومیت متهم به این میزان جزای نقدی موجب نشود که او تمام دارایی خود را به عنوان جزای نقدی به دولت پرداخت کند.

از بررسی مجموع مواد مربوط به کد جزا در باره جزای نقدی راه حل دیگری نیز برای کاهش عیوب این نوع مجازات می توان استنباط کرد و آن این که قانونگذار برای بعضی از جرایم جزای حبس یا جزای نقدی و برای بعضی دیگر هر دو جزا را پیش بینی کرده است. اگر قاضی در دسته اول از جرایم تشخیص دهد که جزای نقدی برای محکوم علیه جنبه جزایی ندارد، می تواند او را در عوض جزای نقدی، به حبس محکوم نماید و در دسته دوم او را به هر دو جزا محکوم نماید. در کد جزا از این راه حل بیشتر استفاده شده است.



۲-۴. روش پرداخت جزای نقدی

از جمله ایرادهای بر جزای نقدی، عدم قطعیت و حصول آن است. دلیل عدم حصول و تطبیق جزای نقدی می‌تواند معلول عوامل متعدد باشد مانند معسر و تنگدست بودن محکوم علیه یا اخفا و پنهان ساختن دارایی خود، قانونگذار برای رفع این نقصان و یا کاهش آن تدابیری را ذکر نموده است مانند قسط بندی جزای نقدی، اخذ جبری جزای نقدی از طریق حسابهای بانکی و در نهایت محکومیت به حبس در صورت عدم پرداخت جزای نقدی. به هر صورت تضمین اجراهای لازم را برای اجرایی شدن جزای نقدی پیش بینی شده است که اگر بالاتر از میزان اجرای سایر مجازات نباشد، کمتر هم نیست. تدابیر حصول جزای نقدی و روشهای اجرایی شدن آن در یک بخش مستقل با عنوان روشهای حصول جزای نقدی مورد بحث قرار می‌گیرد. کیفیت و چگونگی حصول جزای نقدی هم در حقوق جزای افغانستان بحث می‌شود و هم در نظام حقوق سایر کشورها که قانونگذار افغانستان از سایر روشهای مفید حصول جزای نقدی که در کشورهای پیشرفته به کار گرفته می‌شود غافل مانده است.

۱-۲-۴. روشهای حصول جزای نقدی

یکی از چالشهای اصلی جزای نقدی عدم پرداخت آن از سوی محکومان به این مجازات است؛ چون ممکن است محکوم علیه مال نداشته باشد یا اموال خود را مخفی کند و تحت هیچ شرایطی حاضر به پرداخت آن نشود و از سوی دیگر جزای نقدی، یک نوع مجازات است، نمی‌توان از تطبیق آن چشم پوشی کرد و به محکوم علیه اجازه داد که از اجرای قوانین آمره و حاکمیتی دولت خودداری کند. جزاهای دیگر مثل اعدام و حبس، به اندازه جزای نقدی با این چالش مواجه نیست؛ چون شخص محکوم علیه معمولاً در اختیار حکومت است. هر وقت بخواهد می‌تواند جزای اعدام و حبس را بر او تطبیق کند. ولی اموال او در تحت تسلط دولت نیست؛ ممکن است مال نداشته یا توانایی پرداخت آن را به صورت یکجا نداشته باشد و یا اموال خود را مخفی کند. قانونگذار برای رفع این عیب یا حداقل کاهش دادن آن، روشها و تدابیری را در کد جزا بیان کرده است و از آن جای که چگونگی وصول و حصول جزای نقدی یک روش و راهکار است طبعاً مشمول مقررات اصول محاکمات جزای و شیوه اجراء جزای می‌شود. از همین رو قانونگذار، روش پرداخت جزای نقدی را واگذار به مقررات اجراء جزای نموده و در ماده ۱۴۴ از کد جزا این گونه مقرر می‌دارد: «پرداخت جزای نقدی مطابق به احکام قانون اجراء جزایی صورت می‌گیرد». همانطوری که ملاحظه می‌کنید در این ماده قانونگذار نحوه پرداخت و شیوه وصول جزای نقدی را بیان کرده است که براساس قانون اجراء جزایی انجام می‌شود. البته لازم به یاد آوری است که این شیوه جدیدی نیست بلکه

سابقه قانونگذاری دارد و در ماده ۱۱۱ قانون جزای سال ۱۳۵۵، نحوه پرداخت جزای نقدی منوط به قانون اجراءات پیش‌بینی شده بود: «پرداخت جزای نقدی مطابق به احکام قانون اجراءات جزائی صورت می‌گیرد» این ماده کد جزا هیچ تفاوتی با آن ندارد.

قانون اجراءات، تنها به نحوه پرداخت جزای نقدی در صورت که محکوم‌علیه، مالی نداشته باشد، اکتفا نکرده است، بلکه سایر جنبه‌ها و نحوه احکام پرداخت جزای نقدی را نیز در ماده ۴۴۳ و ۴۴۷، بیان کرده است که در ادامه بررسی می‌شود.

۱-۲-۴. پرداخت جزای نقدی براساس اسناد تقنینی

تنفیذ اجرای جزای نقدی براساس احکام قانون اصول محاکمات جزایی و سایر اسناد تقنینی؛ قانون اجراءات جزایی در ماده ۳۴۳ حکم می‌کند: «تنفیذ احکام قطعی محاکم مبنی بر اعاده مال، جزای نقدی، پرداخت مصارف و جبران خساره به دستور سارنوالی، مطابق احکام قانون اصول محاکمات مدنی و سایر اسناد تقنینی مربوط صورت می‌گیرد. مبالغ قابل تأدیه به دولت مطابق قواعد اداری تحصیل مالیات و دیون دولتی صورت می‌گیرد».

در قانون اصول محاکمات مدنی با صراحت در مورد احکام قطعی محاکم مبنی بر اعاده مال، جزای نقدی، پرداخت مصارف و جبران خساره ماده‌ای وجود ندارد. اما در مواد ۲۸ و ۳۱ قانون طرز تحصیل حقوق، سه طریق مهلت دادن، قسط بندی کردن و اخذ جبری در خصوص وصول دین از اموال و حقوق محکوم‌علیه پیش‌بینی شده است. دو شیوه مهلت دادن و قسط بندی کردن جزای نقدی، به صراحت در قانون اجراءات جزایی بیان شده است لذا نیازی نیست که در باره آن به قانون طرز تحصیل حقوق استناد شود و تنها به شیوه سوم که عبارت از اخذ جبری جزای نقدی است به این قانون استناد می‌شود.

۲-۲-۴. مهلت دادن یا قسط بندی کردن جزای نقدی

در صورت که محکوم‌علیه نتواند فوراً یا یکجا، جزای نقدی را پرداخت کند، به حکم ماده ۳۴۷ قانون اجراءات جزایی در صورت مطالبه محکوم‌علیه و موافقت سارنوال می‌توان به او مهلت داد یا جزای نقدی او را قسط بندی کرد: «محکمه صادرکننده حکم در احوال استثنایی می‌تواند به اساس مطالبه محکوم‌علیه و موافقه سارنوال برای پرداخت مبالغی که محکوم‌علیه مکلف به تأدیه آن به دولت می‌باشد، مهلت یا اقساط تعیین نماید». براساس فقره (۲) این ماده، اگر محکمه با صدور قرار، درخواست محکوم‌علیه را مبنی بر مهلت دادن یا تقسیط کردن جزای نقدی، رد کند، این قرار قابل اعتراض نیست: «صدور قرار مبنی بر قبول یا رد مطالبه مندرج فقره (۱) این ماده، قابل اعتراض نیست.»



در صورت که محکوم علیه بدون عذر موجه از پرداخت اقساط خودداری کند حکم آن را فقره (۳) این ماده بیان کرده است: «هرگاه محکوم علیه در تحویل دو قسط یا بیشتر از آن بدون عذر موجه تأخیر نماید، محکمه، می تواند به درخواست سارنوال به الغای اقساط و تعجیل تنفیذ حکم، قرار صادر نماید.»

البته برخی از حقوق دانان با قسط بندی جزای نقدی مخالف اند؛ زیرا، جزای نقدی مانند شلاق و زندان نوعی مجازات است و حفظ نظم اجتماعی اجرای فوری مجازات را ایجاب می کند، تا جنبه بازدارندگی آن خدشه دار نشود از این رو اگر جزای نقدی را قابل تقسیط بدانیم در موارد این مجازات اعمال نخواهد شد و اگر هم اجرا شود دریافت محکوم به سالها به درازا خواهد کشید؛ در حالی که، هدف قانونگذار از تصویب جزای نقدی اجرای فوری آن است تا منافع جامعه و دولت در تطبیق آن تامین گردد. (اردبیلی، ۱۳۷۹، ۱۲۳) به نظر می رسد این ایراد چندان به جا نیست؛ به این دلیل که اگر محکوم فاقد امکانات مالی برای پرداخت جزای نقدی باشد و اجازه تقسیط نیز داده نشود، تنها راه، اعزام محکوم به زندان است که مضرات زیادی دارد و با اهداف مقنن از وضع این کیفر، منافات دارد. از همین رو، نظریه غالب پذیرش قسط بندی جزای نقدی است شاید دلیل و مبنای این نظریه حفظ مصالح اجتماعی و دور شدن مجرم از محیط زندان و عوارض و پیامدهای منفی آن باشد.

۳-۱-۲-۴. اخذ جبری جزای نقدی

بعد از حکم محکمه به پرداخت جزای نقدی، محکوم علیه ملزم است که جزای نقدی را همانند دین، پرداخت کند. در صورت امتناع از انجام این عمل، می توان جزای نقدی را مثل دین از فروش اموال منقول، غیر منقول، معاش یا حساب بانکی متهم وصول کرد. چون قانونگذار در ماده ۳۴۳ قانون اجراءات جزایی حکم کرده است که «مبالغ قابل تأدیه به دولت مطابق قواعد اداری تحصیل مالیات و دیون دولتی صورت می گیرد». در ماده ۳۱ قانون طرز تحصیل حقوق در باره تحصیل جبری دین که اطلاق آن شامل دین دولتی و شخصی می شود، می خوانیم: «(۱) هرگاه مدیون، دارایی منقول یا غیر منقول جهت ادای دین نداشته، ولی شاغل در برابر اجرت باشد، دین به همکاری اداره مربوط با رعایت احتیاجات اولیه مدیون از وجه حق الاجرت مدیون تحصیل و به داین پرداخت می شود. (۲) هرگاه مدیون، دین داین را تأدیه ننماید، اداره حقوق به تثبیت دارایی وی اقدام می کند. در صورتی که مدیون دارای حساب بانکی باشد یا اموال منقول باشد، اداره حقوق حساب وی را پس از استیذان محکمه ذیصلاح مسدود و با رعایت احتیاجات اولیه مدیون، به تحصیل حق داین، اقدام می نماید. (۳) هرگاه حکم قطعی و نهایی در مورد پرداخت حق محکوم له صادر شده باشد و محکوم علیه حاضر به

پرداخت حق محکوم‌آه نباشد، اداره به تثبیت دارایی وی اقدام می‌کند. در صورتی که مدیون دارای حساب بانکی باشد، اداره حقوق حساب بانکی وی را مسدود و با رعایت احتیاجات اولیه محکوم‌علیه به تحصیل حق محکوم‌له اقدام می‌نماید.»

۴-۲-۱-۴. اولویت پرداخت امور لازم‌الاعاده، برجزای نقدی

در مواردی که متهم محکوم به پرداخت امور لازم‌الاعاده، پرداخت مصارف، جبران خساره و جزای نقدی محکوم شود، پرداخت هرکدام از اینها به حکم ماده ۴۴۴ قانون اجراءات جزایی به ترتیب زیر بر یکدیگر اولویت دارد: «هرگاه حکم به جزای نقدی، پرداخت مصارف، آنچه اعاده اش لازم است و جبران خساره یکجا صادر شده باشد و اموال محکوم‌علیه برای ایفای تمامی آن کافی نباشد، نخست آنچه اعاده اش لازم است، تأدیه گردیده، از متباقی وجوه بالترتیب مصارف و جبران خساره و اخیراً جزای نقدی پرداخت می‌شود». پرداخت امور لازم‌الاعاده مانند، مانند پرداخت نفقه و دیون که دیگران بر ذمه او دارند. پرداخت مصارف مانند آن که امین برای نگهداری اموال امانی، پولی را مصرف کرده‌است. جبران خساره مانند آنکه خسارتی بر اموال دیگران وارد کرده‌باشد.

۴-۲-۱-۵. تقدم پرداخت جزای نقدی جرایم شدید بر جرایم خفیف

اگر شخصی مرتکب جنایت، جنحه و قباحت شده‌باشد و به دلیل ارتکاب آن‌ها از سوی محکمه، محکوم به جزای نقدی شود، به حکم ماده ۳۴۵ قانون اجراءات جزایی، در مرحله اول جزای نقدی جنایت سپس جنحه و سرانجام جزای نقدی قباحت از وجوه حاصله یا از فروش جبری اموال مرتکب صورت می‌گیرد: «هرگاه حکم به تأدیبات مالی از اثر ارتکاب جرایم متعدد صادر شده‌باشد، از وجوه نقدی حاصله یا از فروش جبری مایملک محکوم‌علیه بالترتیب جزای محکوم‌بهای جنایت، بعداً جنحه و سپس قباحت تأدیه می‌گردد.»

۴-۲-۱-۶. محاسبه جزای نقدی و حبس در برابر توقیف

اگر شخصی به خاطر اتهام ارتکاب جرمی مدتی توقیف شده‌باشد، و سپس اتهام مذکور ثابت و از سوی محکمه به پرداخت جزای نقدی تنها محکوم یا محکوم به جزای نقدی و حبس شود، عدالت و انصاف حکم می‌کند که این مدت توقیف او در نظر گرفته شده و از میزان جزای نقدی یا مدت حبس او کاسته شود؛ چون با این توفیف متهم در واقع مجازات شده و حق آزادی او سلب شده‌است. از نظر ماهیت توقیف و حبس هیچ تفاوتی به هم ندارد. به همین دلیل قانونگذار در فقرة (۱) ماده ۳۴۶ قانون اجراءات جزای حکم به محاسبه جزای نقدی در برابر توقیف و در فقرة (۲) حکم به مجرای حبس در مقابل توقیف کرده‌است: «هرگاه



شخص توقیف شود و در نتیجه محاکمه صرف به تأدیات نقدی محکوم گردد، در برابر هر روز توقیف معادل عاید روزانه محکوم قبل از توقیف از مبلغ جزای نقدی محکوم بها سنجش و برای وی مجرا داده می شود. این حکم در مورد سایر وجایب محکوم بها قابل تطبیق نیست». در این فقره، قانونگذار میزان درآمد روزانه محکوم علیه را ملاک محاسبه و مجرای قرار داده است، نه مبلغ معین و ثابت را. انتخاب این ملاک دو امتیاز دارد اولاً با عدالت و انصاف نزدیکتر است؛ چون درآمد محکومان به جزای نقدی، با توجه شغل و حرفه آنها متفاوت است. حقوق اشخاص که روزانه دارای عایدات بیشتری است با ملاک قراردادن درآمد روزانه آنان پایمال نمی شود و ثانیاً نوسانات قیمت پول و کاهش ارزش آن، نیز تأثیری در این ملاک ندارد. در این ماده به صراحت بیان شده است که حکم مجرای، مخصوص جزای نقدی است و در مورد سایر تکالیف مالی شخص قابل تطبیق نیست. مثلاً اگر کسی به دلیل اتهام فرار مالیاتی به مدت چند روزی توقیف شود و سپس تنها محکوم به پرداخت مبلغ معین به عنوان مالیه به خزانه دولت شود، مدت توقیفی او از میزان مالیات که باید پرداخت کند، کسر نمی شود.

اگر کسی به جزای نقدی و حبس با هم محکوم گردد، براساس فقره (۲) این ماده، مدت توقیف از جزای حبس او نیز کسر و در واقع مجرا داده می شود: «هرگاه حکم شامل حبس و جزای نقدی بوده و مدت توقیف بیشتر از مدت حبس محکوم بها باشد، در این صورت مدتی که محکوم علیه بیشتر از مدت محکوم بها را در توقیف سپری نموده است، طبق حکم مندرج فقره (۱) این ماده قابل مجرای می باشد».

بنابراین ایام توقیف و بازداشت قبلی محاسبه و از میزان جزای نقدی کم می شود. منظور از بازداشت قبلی مدت زمانی است که متهم قبل از صدور حکم قطعی و شروع به اجرای آن زندانی شده باشد. (آخندی، ۱۳۶۸، ۹۲) اصل قانونی بودن مجازات و عدل و انصاف ایجاب می نماید که مدت بازداشت قبلی جزء مجازات محکوم علیه بحساب آید و به نحوی از جزای نقدی کسر گردد. «توقیف های قبل از محکومیت حقی برای محکومین بوجود می آورد که مقنن رعایت این حق را با اجازه و احتساب و کسر کردن از مدت مجازات پذیرفته اند و لهذا لازم است توقیف های سابق را از اجرای قبلی و مقدماتی مجازات بدانیم.» (گارو، ۱۳۸۹، ۲۱)

جزای نقدی را به شیوه های فوق در صورتی می توان اخذ کرد که محکوم علیه مال منقول یا غیر منقول داشته باشد یا در حساب بانکی او پولی موجود باشد یا جای شاغل و دارای معاش باشد، ولی اگر او هیچ مالی نداشته باشد، آیا جزای نقدی او تبدیل حبس می شود؟ در پاسخ باید گفت که در قوانین جزایی افغانستان، تبدیل شدن جزای نقدی، به حبس پیش بینی

نشده است. بهترین شیوه اخذ جزای نقدی در این گونه موارد، تبدیل آن به خدمات عام‌المنفعه است. بخشی از مزد او به برای مخارج و نفقه افراد واجب‌النفقه او پرداخت شود و بخشی دیگر به عنوان جزای نقدی به حساب دولت واریز شود. برای تکمیل شدن روش‌های حصول جزای نقدی راهکارهای دیگری که در قانون جزای کشورها ذکر شده است و اندیشمندان حقوق جزا بدان توصیه نموده اند؛ مانند انجام کار عام‌المنفعه در بدل جزای نقدی، جزای نقدی روزانه، پرداخت از سوی اشخاص سوم و تبدیل شدن به حبس از جمله تدابیری است برای رفع معایب جزای نقدی که البته تمامی این تدابیر مرهون دستاورد جنبش دفاع اجتماعی است و جا دارد که قانونگذار افغانستان در تعدیل قانون جزا از راهکارهای ذکر شده برای رفع کاستی‌های جزای نقدی استفاده نماید.

جمع‌بندی

جزای نقدی با مفاهیم مانند جریمه نقدی، خسارت مالی، دیه و سایر محکومیت‌های مالی کاملاً متفاوت است. جزای نقدی عبارت از مقدار مبلغ معینی است که به حکم محکمه از سوی محکوم علیه در خزانه دولت واریز گردد. در حالی که جریمه نقدی نیاز به حکم محکمه ندارد، دیه و جبران خسارت به متضرر پرداخت می‌گردد نه به دولت. اصول و قواعد حاکم بر جزای نقدی از سوی قانونگذار عبارتست از تعیین جزای نقدی به عنوان مجازات اصلی و قلمرو جزای نقدی در جرایم خفیف مانند قباحت و جنحه است و در جرایم از نوع جنایت جزای نقدی پیش‌بینی نشده مگر به صورت استثنا و در ضمن برای تثبیت پول ملی کشور، جزای نقدی با پول افغانی تعیین شده است نه با اسعار خارجی.

قانونگذار افغانستان جهت کاهش معایب جزای نقدی راهکارهای را در پیش گرفته است: برای این که در محکومیت به جزای نقدی کل خانواده محکوم علیه متضرر نشود، تمام دارای محکوم علیه را مشمول جزای نقدی ندانسته است و هم چنین به جهت نوسانات ارزش پول مقرر کرده است که هر از پنج سال میزان جزای نقدی مورد بررسی قرار گرفته و در صورت لزوم تعدیل گردد و به خاطر تاثیر گزارى مساوى جزای نقدی روی فقیر و ثروتمند، به قاضی صلاحیت داده است که با توجه به وضعیت محکوم علیه میزان جزای نقدی را افزایش دهد و در تعیین جزای نقدی اهداف مجازات، تناسب میان جرم و جزا، احوال شخصی، اجتماعی و اقتصادی متهم را در نظر گیرد. در جهت وصول جزای نقدی و حتمیت اجرای آن روش‌های برای پرداخت مانند تقسیط جزای نقدی، شناسای اموال و برداشت جزای نقدی از حساب بانکی و اخذ اجباری جزای نقدی را پیش‌بینی نموده است.



منابع

الف) کتاب‌ها

۱. آخندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۵، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸
 ۲. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، ج ۳، چاپ شانزدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۷
 ۳. الهام، غلام حسین، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷
 ۴. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، انتشارات سمت، جلد اول، چاپ دوم، ۱۳۷۶
 ۵. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، دوره چهل و دو جلدی، جلد ۲۹، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸
 ۶. رنه گارو، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا، ترجمه و تطبیق سید ضیاء الدین نقابت، جلد دوم، ابن سینا، ۱۳۴۴
 ۷. سعید کامل، شرح الاحکام العامة فی قانون العقوبات دارسة مقارنة، عمان، الدار العلمیة الدولیة و دارالثقافة للنشر و التوزیع الطبعة الاولى ۲۰۰۲
 ۸. عوده، عبدالقادر، التشريع الجنایی الاسلامی، بیروت، ۱۴۰۵
 ۹. عمید، حسن، فرهنگ فارسی، دوره دو جلدی، جلد دوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۷
 ۱۰. علامه، غلام حیدر، حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ سوم، انتشارات امیری، کابل ۱۳۹۶
 ۱۱. محمود حسنی، نجیب، شرح قانون العقوبات القسم العام، انتشارات دنیا، بی تا
 ۱۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، دوره شش جلدی، جلد چهارم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۷
 ۱۳. سیغانی، محمداختر حقوق جزای عمومی، انتشارات مستقبل، ۱۳۹۳ هـ ش
 ۱۴. شامیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، چاپ یازدهم، تهران، مع، ۱۳۸۲
 ۱۵. نجیب حسنی، محمود، شرح قانون العقوبات القسم العام، بیروت - لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، المجلد الثاني، بی تا
- ب) قوانین
۱۶. کود جزای افغانستان، جریده رسمی وزارت عدلیه، ۱۳۹۶
 ۱۷. قانون جزای افغانستان، جریده رسمی وزارت عدلیه، ۱۳۵۵
 ۱۸. قانون اجراءات جزایی، جریده رسمی وزارت عدلیه، ۱۳۹۳
 ۱۹. قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲
 ۲۰. قانون اجراءات جزای موقت افغانستان، ۱۳۸۴.



سال اول، شماره اول، خزان ۱۴۰۲

حق بر محاکمه عادلانه جزایی از منظر اسناد بین‌المللی، فقه و قوانین افغانستان

داکتر عید محمد احمدی*

تاریخ دریافت ۸/۶/۱۴۰۲

تاریخ پذیرش ۱۱/۸/۱۴۰۲

چکیده

حق محاکمه عادلانه به معنای تضمینات کلی است که جهت رعایت حقوق طرفین دعوا در فرآیند دادرسی پیش‌بینی شده است. دولت‌ها با شیوه‌های به تضمین حق محاکمه عادلانه برای شهروندان متعهد هستند. محاکمه عادلانه شامل مصادیق متعددی است که هر شهروند در فرآیند دادرسی جزایی و مدنی از آن باید برخوردار باشد. برخی از موازین محاکمه عادلانه از جمله حق دادخواهی، دسترسی به محاکم بی طرف و مستقل، حق بر وکیل و امثال آن جنبه‌ای عمومی دارد و در تمام انواع دعاوی مدنی و جزایی قابل اعمال هستند. برخی دیگر شاخص‌های محاکمه عادلانه از جمله اصل برائت، تفهیم اتهام، حضور مستنطق در محکمه و مسایل از این قبیل تنها ناظر بر دعاوی جزایی می‌باشند. رعایت هنجارهای فقهی، اسناد بین‌المللی و قوانین سازوکار ضمانت اجرایی محاکمه عادلانه است، که نه تنها تشکیل یک محکمه با صلاحیت باید مطابق با احکام فقهی، قانونی و معیارهای جهانی باشد، بلکه شیوه و روش دادرسی آن نیز با اصول و ملاک‌های روشن و شناخته شده‌ی فقهی، قانونی و جهانی همراه باشد. در این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی به بررسی حق دادرسی عادلانه جزایی به شیوه تفکیکی و مستقل در پرتو اسناد بین‌المللی و فقهی با نگاهی به قوانین جزایی افغانستان و معیارهای آن پرداخته می‌شود. قابل یادآوری است که هدف این نوشتار نگاهی تطبیقی بین سه نگاه مزبور نیست، بلکه هدف اصلی بررسی جایگاه محاکمه عادلانه در سه نگاه فقهی، اسناد بین‌المللی و قوانین جزایی کشور است.

واژگان کلیدی: اتهام، حقوق شهروندی، عدالت، محاکمه عادلانه، اسناد حقوق بشری،

فقه و قوانین جزایی افغانستان

* کدر علمی ابن سینا، پژوهشگر و استاد دانشگاه

دادرسی عادلانه جزایی فرایندی است مبتنی بر برخورداری متهم و متضرر از کلیه حقوق دفاعی، دادخواهی، امکانات و شرایط برابر بین هر دو طرف دعوا جهت تدارک دفاع و دادخواهی که نقض معیارهای آن موجب سلب وصف انصاف و عدالت از دادرسی است و در جانب مقابل رعایت معیارهای آن، می‌تواند نوید بخش تحقق دادرسی منصفانه و عادلانه باشد. فراهم کردن زمینه‌ای قانونی و اجرایی محاکمه عادلانه جزو حقوق اسلامی، شهروندی و حقوق بشری هر فرد متهم است. شایسته و بایسته یادآوری است که نه تنها تشکیل یک محکمه با صلاحیت باید مطابق با احکام فقهی، قانون و معیارهای جهانی باشد، بلکه شیوه و روش دادرسی آن نیز با اصول و ملاک‌های روشن و شناخته شده‌ی قانونی و جهانی همراه باشد. رسیدگی به اتهام و اختلاف‌های جزایی نیازمند محاکمه عادلانه است که حصول این امر با رعایت اصول محاکمات جزایی از پیش تعیین شده میسر است. رعایت اصول عدالت شکلی، راهی و سازوکاری استقرار ماهوی است و راهی دادرسی عادلانه از مسیر عدالت شکلی است، لذا حصول نتیجه عادلانه در گرو تأمین معیارهای قانونی شکلی است که مربوط به چگونگی تفسیر و اجرایی قواعد ماهوی است؛ از این رو، حق بر محاکمه عادلانه از مهم‌ترین حقوق انسان‌هاست. محاکمه عادلانه فرایندی است که بر مبنای اصل برائت و حفظ کرامت انسانی پایه‌گذاری شده و رعایت الزامات آن، رفتاری کرامت مدار و احکامی مبتنی بر عدالت و انصاف را نوید می‌دهد.

دادرسی جزایی در صورتی عادلانه است که توسط محاکم منصف و بی‌طرف و بر اساس تشریفات قانونی انجام گرفته و در جریان آن حقوق اساسی و قانونی متهم محترم شمرده شود. در این فرایند اقداماتی نظیر بازداشت غیرقانونی، توسل به زور و خشونت و شکنجه‌ی روحی و جسمی، استفاده از اقدامات غیر قانونی، خروج محکمه از بی‌طرفی، عدم استقلال، غیرعلنی بودن دادرسی، عدم تساوی امکانات دفاعی و سلب حقوق دفاعی متهم و منع مداخله وکیل، غیر قابل توجیه و غیرقابل پذیرش است. ادیان الهی به ویژه اسلام در طول تاریخ منادی اصول محاکمه عادلانه از جمله استقلال و بی‌طرفی قاضی، نظارت بر حسن انجام دادرسی، اصل مساوات، اصل علنی بودن دادرسی، اصل برائت، اصل تفسیر به نفع صاحب حق و مواردی از این دست بوده‌اند. این در حالی است که اصطلاح محاکمه عادلانه به عنوان حق بشری از دو قرن پیش به نظام‌های موضوعه راه یافته است.

قانون اجرائات جزایی با تغییرات شکلی و ماهوی گسترده نسبت به رسیدگی جزایی و نحوه‌ی تعقیب متهم، رعایت اصول و هنجارهای حقوق شهروندی و بشری و تلاش برای



تحقق نظام محاکمه عادلانه نسبت به شاکی، متهم، متضرر، شاهد، مطلع، وکیل و مانند آنها در فرایند رسیدگی جزایی در تاریخ ۱۳۹۳/۲/۱۵ به نشر رسید. در این قانون، بسیاری از نواقص و خلأهایی که در قانون اجرائات جزایی مؤقت سال ۱۳۸۲ بود، برطرف گردید. در خصوص حق دادرسی عادلانه؛ مانند حق دفاع و حق داشتن وکیل مدافع و ... ، اصل را بر لزوم داشتن وکیل و حق دفاع وی از متهم به عنوان موکل خود (فقره ۸ ماده هفتم و فقره ۲ ماده نهم قانون اجرائات جزایی). و ضرورت تفهیم حقوق قانونی متهم. (جزء ۱ ماده هفتم قانون اجرائات جزایی). از سوی مرجع قضایی و ضابطان عدلی در تمام امور جزایی قرار داده است. قانون جدید با تأثیرپذیری از فقه، با وجود برخی از اشکالات و ایرادات مترتب بر آن، برخوردار از جنبه‌ها و نکات مثبت بسیاری در خصوص رعایت تضمینات تحقق محاکمه عادلانه و منصفانه است و با تدوین طرزالعمل‌های اجرایی مقرر در آن، با وجود کارشناسان، قضات و وکلای مدافع با تجربه و مسلکی، می‌تواند در تضمین حقوق شهروندی و اساسی مردم، مؤثر و نقش آفرین باشد.

اصول دادرسی منصفانه یکی از مهمترین آثار اصل قانونی بودن جرم و جزا است که ماده ۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۲۷ قانون اساسی و ماده ۷ کدجز به این اصول پرداخته‌اند که هدف اصلی حمایت از حقوق متضرر، متهم و جامعه است.

اهمیت این نوشتار در این است که با توجه به تحولات عمیق و همه‌جانبه که در نظام حقوق جزایی شکلی صورت گرفته بود و مسیر توسعه و نهادینه شدن را طی می‌کرد، بایسته است که حق محاکمه عادلانه در نگاهی اسناد حقوق بشری، فقه و قوانین افغانستان بیشتر مورد بحث و بررسی قرارگیرد. از طرف دیگر وضعیت نظام حقوقی از هر طرف به حالت کُما و خمودگی فرو نرود.

الف) پیشینه، ماهیت و جایگاه محاکمه عادلانه جزایی

محاکمه عادلانه جزایی، تضمینات کلی است که جهت رعایت حقوق طرفین در فرآیند رسیدگی به انواع دعاوی نزد محاکم صلاحیت دار، مستقل، بی‌طرف و قابل پیش‌بینی در مکانیزم قضایی پیش‌بینی شده است. این تضمینات در صورت تحقق، سبب محدودیت اقتدار دولت در قبال افراد و در نتیجه صیانت مناسب‌تر از حقوق افراد است. ادیان الهی به ویژه اسلام در طول تاریخ منادی اصول محاکمه عادلانه از جمله استقلال و بی‌طرفی قاضی، نظارت بر حسن انجام دادرسی، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات (قبح عقاب بلا بیان)،



اصل اباحه، اصل مساوات، اصل علنی بودن دادرسی، اصل برائت، اصل تفسیر به نفع متهم و مواردی از این دست بوده‌اند. این همه، در حالی است که اصطلاح محاکمه عادلانه به عنوان حق بشری از دو قرن پیش به نظام‌های موضوعه راه یافته است. اسناد جهانی و منطقه‌ای حقوق بشر نظیر اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ و میثاق بین‌المللی مدنی و سیاسی حق محاکمه عادلانه را به رسمیت شناخته‌اند و دولت‌ها را مکلف به اجرا و تضمین این حق برای تمام افراد نموده‌اند. در همین راستا افغانستان از سال ۱۳۴۴ش قانون اجرائات جزایی (جریده رسمی، شماره ۲۶، مورخ ۱۳۴۴/۳/۵) را برای سازماندهی محاکمه به تصویب رسانده است که بیشتر جنبه‌ای اقتدار دولتی دارد تا رویکرد حقوق بشری و شهروندی. مرحله بعدی قانون اجرائات جزایی موقت است که در سال ۱۳۸۲ به تصویب رسیده است و آخرین مرحله قانون شکلی ۱۳۹۳ است که جامع و تقریباً همه جانب اصول محاکمات جزایی را پوشش داده است.

۱. تعریف محاکمه عادلانه

از محاکمه عادلانه تعریف‌های زیادی ارائه گردیده است و در اینجا به بیان دقیق‌ترین و جامع‌ترین تعریف بسنده می‌کنیم. محاکمه عادلانه وصف ترکیبی است که برای ارائه تعریف دقیق از آن، واکاوی هر جزء آن مفید به نظر می‌رسد. محاکمه به معنای «رسیدگی و تصمیم‌گیری قضایی در باره موضوعات میان طرفین دعوا، چه امور حکمی و چه موضوعی، در دادگاهی صلاحیت دار است» یا رسیدگی قضایی به امور موضوعی و حکمی میان طرفین، در دعوای جزایی یا مدنی، نزد دادگاهی صلاحیت دار به کار رفته است. (فضایلی، ۱۳۸۹، ص ۴۷) به بیان دیگر دادرسی منصفانه عبارت است از دادرسی منطبق با تشریفات قانونی به وسیله یک محکمه صالح و بی طرف که حقوق اساسی و قانونی متهم و متضرر در آن محترم شمرده شود.

مفهوم عادلانه نیز به عنوان جزء دوم وصف ترکیبی محاکمه عادلانه در لغت به معنای «رفتار برابر و مطابق با قواعد و حقوق با هر شخص یا طرف» یا به معنای معقول و عادلانه یا متناسب با شرایط است. لیکن در ادبیات قضایی و در لسان حقوقی به معنای دارا بودن وصف بی‌طرفی و درستی، بدون جانبداری و نفع شخصی و برابری میان طرفین دعوا به کار برده شده است. (فضایلی، ۱۳۸۹، ص ۸۹)

از دادرسی منصفانه در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای به عنوان یکی از حقوق بنیادین زیاد، یاد شده اما در اسناد مذکور تعریف روشنی ارائه نشده و تنها به بیان موارد تضمین‌های آن اکتفا



کرده‌اند. همچنانکه قانون اجرائات جزایی سال ۱۳۹۳ نیز تعریف مشخص از محاکمه عادلانه ارائه نکرده و صرف در ماده ۷ آن به مصادیق ضمانت اجراهای آن اشاره کرده است.

به این ترتیب، محاکمه عادلانه شامل مجموعه معیارها و تضمیناتی است که جهت رعایت حقوق طرفین در فرآیند دادرسی، انواع دعاوی نزد محکمه صلاحیت دار، مستقل و بی طرف در مکانیزم قضایی پیش بینی شده است.

۲. تضمینات محاکمه عادلانه جزایی

دادرسی عادلانه شامل مصادیق متعددی است که هر فردی در فرآیند دادرسی جزایی از آن‌ها برخوردار است. برخی از مصادیق محاکمه عادلانه از جمله حق دادخواهی، دسترسی به محاکم بی طرف و مستقل و... حقوقی است که در تمام دعاوی قابل اعمال است و برخی دیگر از جمله اصل برائت، تفهیم اتهام و... ناظر بر دعاوی جزایی می‌باشند که رعایت آن‌ها دارای تضمینات زیر می‌باشند.

۱-۲. تضمینات عمومی

تضمینات عمومی شامل حق دادخواهی، استقلال و بی طرفی مرجع رسیدگی، برابری امکانات دفاع، برخوردارگی از تسهیلات و مهلت کافی دفاع، حق رسیدگی حضوری، حق تجدیدنظر خواهی، حق رسیدگی علنی، حق رسیدگی در مهلت معقول و اصل تقابل یا تناظر است. این تضمینات در مواد ۱۰-۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۵۰) و اسناد منطقه‌ای دیگر مورد تصریح و تأکید قرار گرفته است و به تبعیت از اسناد بین المللی و بلکه در راستایی تحقق عدالت جزایی، این تضمینات در سیستم محاکمات جزایی کشور، وجه قانونی پیدا کرده است. از باب نمونه علنی بودن جلسه قضایی ماده ۴۰ قانون مدنی و ماده ۲۱۳ قانون اجرائات جزایی، حق دفاع ماده ۵۱ قانون مدنی و ماده ۹ قانون اجرائات جزایی، اعتراض بر صلاحیت قضایی ماده ۲۱ قانون مدنی، حق اعتراض علیه حکم محکمه ماده ۲۴۰، زمان اعلان اعتراض بر حکم محکمه ماده ۲۵۲ قانون اجرائات جزایی پیش بینی شده است که این نوع ضمانت اجرا، در تمام دعاوی قابل اعمال است.

ب) ضمانت اجراهای خاص ناظر بر دعاوی جزایی

اصل برائت، (ماده ۵ قانون اجرائات جزایی). تفهیم اتهام، (جزء ۱ ماده ۷ قانون اجرائات جزایی). انتخاب و تعیین وکیل مدافع، (جزء ۸ ماده ۷ و فقره ۲ ماده ۹ قانون اجرائات جزایی) داشتن مترجم، (جزء ۱۰ ماده ۷ و ماده ۱۱ قانون اجرائات جزایی) قانونی



بودن بازداشت (ماده ۸۱ و ۸۶ و ۹۹ قانون اجرائات جزایی) و منع بازداشت خودسرانه، حق سکوت، (جزء ۷ ماده ۷ و ماده ۱۵۰ قانون اجرائات جزایی) حق جبران خسارات برای عدم اجرای عدالت، (ماده ۱۹۵ قانون اجرائات جزایی)، رعایت کرامت انسانی (جزء ۱ فقره ۱ ماده ۶ قانون اجرائات جزایی) و ممنوعیت مجازات مضاعف از جمله حق‌های موجود در فرآیند رسیدگی به دعاوی جزایی است که متهم از آن‌ها برخوردار است. این موارد در ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی هم بیان گردیده است.

حمایت حقوق بشری از معیارهای محاکمه عادلانه در امور جزایی

حق آزادی و ممنوعیت سلب آزادی یکی از حقوقی است که در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای به عنوان یکی از حقوق اساسی اشخاص شناخته شده است. از جمله اسناد بین‌المللی که به این حق اشاره نموده‌اند، می‌توان به ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر اشاره نمود که به صراحت عنوان داشته است «هرکس حق زندگی، آزادی و امنیت دارد.» در همین راستا ماده ۹ این اعلامیه بیان می‌دارد: «احدی نباید مورد دستگیری، بازداشت یا تبعید خودسرانه قرار گیرد.» مفهوم این دو ماده در فقره ۱ ماده ۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ به دنبال یک دیگر ذکر شده‌اند. «هرکس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. احدی نباید مورد دستگیری یا بازداشت خودسرانه قرار گیرد. از هیچ کس نمی‌توان سلب آزادی کرد مگر به دلایل قانونی و آیین دادرسی مقرر به حکم قانون.» این امر در اسناد حقوق بشر منطقه‌ای هم مورد تأکید قرار گرفته‌اند. ماده ۶ منشور آفریقایی حقوق بشر و ملت‌ها ۱۹۸۱ و ماده ۷ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر ۱۹۶۹ آزادی را حق اشخاص دانسته و بازداشت غیر قانونی را ممنوع نموده‌اند. همچنین فقره ۱ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی ۱۹۵۰ نیز پس از تصریح به حق آزادی، مواردی را که می‌توان طی آن آزادی افراد را محدود نمود یا به عبارتی دیگر آن‌ها را دستگیر یا بازداشت کرد مشخص نموده است.^۱

^۱ هرکس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ کس نباید از آزادی خود محروم شود مگر در موارد ذیل و طبق آیینی که به موجب قانون مقرر شده است:

الف - بازداشت قانونی شخص پس از محکومیت در دادگاه صالح؛

ب - دستگیری یا بازداشت قانونی شخص به علت عدم رعایت دستور قانونی دادگاه یا برای تأمین اجرای هر تعهدی که به موجب قانون مقرر شده باشد؛

ج - دستگیری یا بازداشت قانونی شخص جهت حاضر کردن او نزد مراجع صالح قانونی به دلیل سوء ظن موجه در ارتکاب جرم توسط وی یا هنگامی که دستگیری یا بازداشت جهت جلوگیری از ارتکاب جرم توسط وی یا متواری شدن وی پس از ارتکاب جرم به جهت موجه ضروری به نظر می‌رسد؛



نکته‌ی جالب توجه در خصوص این ماده آن است که در تمامی بندها در کنار بازداشت لفظ «قانونی» به صراحت ذکر شده تا بازداشت‌هایی که طبق قانون انجام نشده است را هر چند به قصد انجام این بندها باشد، خارج نماید. اثر حقوقی آن است که بازداشت‌های خود سرانه و غیر قانونی قابل پیگیری قضایی است (ماده ۱۰۴ قانون اجرائات جزایی)

حق آزادی در زندگی و رفت‌وآمد که در معنای منفی آن محرومیت از آزادی^۱ است با مفهومی تحت عنوان محدودیت در جابجایی^۲ متفاوت می‌باشد. مفهوم دوم ناظر به مرزهای جغرافیایی است. بدین معنا که افراد نمی‌توانند آزادانه در فاصله بین مرزهای جغرافیایی چند کشور جابجا شوند اما اولی ناظر به محدود کردن آزادی رفت و آمد فرد بین مرزهای یک کشور می‌باشد. از طرفی در برابر این حق، وظیفه دولت برای حفظ و حمایت از آن قرار دارد، لذا دولت ملزم است از این حق شهروندی حمایت کند و سازوکار لازم برای این حمایت را فراهم نماید. این تعهد، «تعهد به نتیجه» می‌باشد. بدین معنا که حمایت از این حق ناظر به وسایل و امکانات دولت نیست بلکه به طور مطلق باید این حق شهروندی افراد به آنان اعطا شود، به همین جهت قوانین اساسی بسیاری از کشورها نیز به این حق به صراحت اشاره نموده‌اند. قانون اساسی افغانستان نیز از این امر غافل نبوده و در ماده ۳۹ خود به صراحت بیان داشته است: «هر افغان حق دارد به هر نقطه کشور سفر نماید و مسکن اختیار کند، مگر در مناطقی که قانون ممنوع قرار داده است. هر افغان حق دارد مطابق به احکام قانون به خارج افغانستان سفر نماید و به آن عودت کند.» جهت حمایت از این حق و اجرای مناسب این ماده قانون اساسی، قوانین جزایی ضمانت اجرایی را برای نقض این حق پیش‌بینی نموده‌اند. به عبارت دیگر اگر دولت یا فرد دیگری، آزادی شهروندی را نقض نماید به حق اساسی وی صدمه وارد آورده است. لذا، طبق قانون جزایی مجازات می‌شود.

د- بازداشت صغیر به موجب دستور قانونی به منظور نظارت آموزشی - پرورشی یا بازداشت قانونی به منظور حاضر کردن وی نزد مراجع صالح قانونی؛

ه - بازداشت قانونی اشخاص جهت جلوگیری از شیوع بیماری عفونی یا بازداشت قانونی اشخاص مجنون، دائم الخمر، معتاد به مواد مخدر یا روان گردان؛

و- دستگیری یا بازداشت قانونی شخص جهت جلوگیری از ورود غیر قانونی وی به کشور یا بازداشت اشخاصی که علیه آنان اقداماتی جهت اخراج یا استرداد در جریان است.

1. Deprivation of liberty.

2. Restriction on movement.



سازوکار ضمانت اجرای این حق، به این صورت است که قانون گذاران کشور برای اشخاصی که از حدود قانونی در امر گرفتاری عبور می کنند و مرتکب توقیف غیر قانونی میشوند، این عمل را جرم دانسته و برای آن مجازات تعیین کرده اند. ماده ۵۸۸ و ۵۹۹ کد جزا توقیف غیر قانونی اشخاص و سلب آزادی آن ها را جرم و قابل مجازات دانسته است. در ماده ۹۹ قانون اجراءات جزایی به روشنی اعلان کرده که مسئولین توقیف خانه ها، حق سلب آزادی اشخاص را بدون اوامر و قرارهای مقامات صالح ندارند. از ماده ۵۹۰ تا ۵۹۹ کد جزا نیز به جرم اختطاف و سلب آزادی غیر قانونی پرداخته و مجازات های شدیدی را برای مرتکبین پیش بینی کرده است. همه این تدابیر در راستایی حمایت از حق آزادی و محاکمه عادلانه قابل ارزیابی است. به این ترتیب اجرای محاکمه عادلانه تضمینات قوی و ثابتی را در قانون اساسی و قوانین جزایی پیش بینی کرده است.

شناسایی معیارهای محاکمه عادلانه در اسناد بین المللی

رعایت حق دادرسی منصفانه، نیاز مند معیار و اصولی است که با آن ها میتوان رعایت یا عدم رعایت اصول دادرسی را سنجش نمود، لذا در این قسمت به مطالعه و معرفی معیارهای محاکمه عادلانه می پردازیم.

الف) اصل برائت

اصل بر بی گناهی هر فرد است مگر این که مجرمیت وی مطابق قانون در چارچوب یک محاکمه عادلانه در مرجع صالح اثبات گردد؛ بنابراین هر کس علیه شخص دیگر اقامه دعوی جزایی نماید باید مدارک و دلایل لازم را برای اثبات ادعایی خود اقامه کند؛ تا زمانی که دلیلی بر اثبات مجرمیت در مرجع صالح ارائه نگردد شخص بی گناه و فاقد مسؤولیت جزایی است.

این اصل در فقره ۱ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و فقره ۲ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی به رسمیت شناخته شده است و به موجب آن هر کس به ارتکاب جرمی متهم شده باشد حق دارد بی گناه فرض شود تا این که مقصر بودن او بر طبق قانون و در محکمه با صلاحیت احراز گردد. بدین سان اصل برائت یکی از اصول مسلم انسانی و اسلامی است که اثر حقوقی آن، لزوم ارائه دلیل از سوی مدعی است.

ب) منع توقیف خودسرانه

از نخستین اصول و معیارهای لازم برای تضمین مصونیت جان، مال و آزادی اشخاص، ممنوعیت هرگونه تعرض به افراد بدون حکم قضایی ناشی از فرایند قانونی منصفانه است.

همانگونه که در اسناد حقوق بشری تصریح گردیده، سلب آزادی از اشخاص، یک امر استثنایی است که تنها به حکم ضرورت و بر مبنای قانون و دستور مرجع صالح قابل تطبیق است. (فقره ۳ ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) بنابراین حق آزادی و امنیت شخصی افراد اقتضاء می‌کند بازداشت و گرفتاری افراد جز به حکم قانون ممنوع گردد. برای حفظ حقوق افراد بازداشت شده باید تضمینات حداقلی را برای آن‌ها در نظر گرفت و به موجب آن هر کس گرفتار می‌شود، باید در موقع گرفتار شدن از دلیل آن مطلع شود و به وی تفهیم اتهام گردد (ماده ۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و فقره ۲ ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) و در اسرع وقت نزد مراجع قضایی قانونی حاضر گردد یا در مدت معقولی جلسه دادرسی برگزار گردد یا آزاد شود. فرد بازداشت شده امکان تظلم خواهی دارد و دادگاه بدون تاخیر باید راجع به قانونی بودن بازداشت اظهار نظر کند. (فقره ۴ ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) همچنین هر کس که به طور غیرقانونی دستگیر یا بازداشت می‌شود حق جبران خسارت خواهد داشت. (فقره ۵ ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی) صدور قرار بازداشت موقت باید در اختیار مقام قضایی باشد در غیر این صورت بازداشت، خودسرانه است و عدم رعایت شرایط قانونی باید به بطلان قرار بازداشت و مجازات مقام صادر کننده منجر شود. زیرا بازداشت افراد نقض حق آزادی آن‌ها است، بنابراین باید به موجب قانون و توسط مقام صلاحیت‌دار صورت گیرد.

ج) حق برخورداری متهم از امکانات لازم برای دفاع

«حق دفاع متهم عبارت از مجموع تضمینات قانونی و قضایی است که در سطح ملی، منطقه‌ای و یا بین المللی برای افرادی که در مظان ارتکاب جرم قرار می‌گیرند؛ در سراسر یک رسیدگی جزایی با هدف اتخاذ تصمیمی عادلانه به دور از اشتباهات قضایی، منظور گردیده است.» (آشوری، ۱۳۷۲، ص ۴۰) می‌توان گفت حق دفاع متهم مجموع تضمین‌های قانونی و قضایی است که در تمام مراحل رسیدگی جزایی برای افراد متهم به ارتکاب جرم و به هدف اتخاذ تصمیم عادلانه به دور از اشتباهات قضایی در نظر گرفته است. (امیری، ۱۳۹۲، ص ۲۲) روشن است، یکی از مهم‌ترین تضمین‌ها و معیارهای حق دفاع امکان دسترسی متهم به همه اطلاعات ارائه شده به قاضی در باره دوسیه او است تا بتواند نظرهای خود را راجع به آن ابراز کرده و مورد اعتراض قرار دهد و یا نادرستی آن را با ادله مخالف به اثبات برساند.



حق دفاع این امکان را برای متهم فراهم می‌کند که بتواند پیش از محکوم شدن از خود دفاع کند. برای دفاع لازم است متهم از حق انتخاب وکیل برخوردار باشد. حق ارتباط و انتخاب وکیل شامل حق آگاهی متهم از وجود چنین حقی و برخورداری از مساعدت وکیل و معاضدت قضایی رایگان می‌باشد. (بند ب و د فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) به این ترتیب متهم می‌تواند برای ارائه دفاع شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود در محکمه حاضر شود و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن یک وکیل به او اطلاع داده می‌شود و در صورت عجز از پرداخت حق الوکاله از وکیل مساعدتی استفاده خواهد کرد. همچنین در صورتی که متهم به زبانی که در محکمه صحبت می‌شود، آشنا نباشد می‌تواند از خدمات رایگان مترجم استفاده نماید و تمام اوراق و مدارک موجود در پرونده به طور کامل ترجمه شود.

د) حق جرح و تعدیل شهود

حق جرح و تعدیل شهود شامل حق احضار و سوال از شهود است. متهم می‌تواند شخصاً یا توسط وکیل خود از کسانی که علیه او شهادت داده‌اند سوال کند. همچنین متهم می‌تواند شاهدان را جمع کرده و شرایط آن‌ها را برای پذیرش شهادت شان نقد و به چالش بکشد و نیز شهودی را که دارای اطلاعاتی در جهت اثبات بی‌گناهی آنان هستند به دادرسی احضار نموده تا به نفع او اقامه شهادت نمایند. (بند ه فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)

ه) حق برابری

این اصل در مورد تمام حقوق انسانی از مهم‌ترین جلوه‌های رعایت مساوات و برابری در امر قضاوت است که اقتضای برابری افراد و اصحاب دعوا است. از یک طرف همه افراد جامعه برای دست‌یابی به حق خویش به صورت برابر به مراجع قضایی صالح، بخاطر استماع دعوی شان یا دفاع از اتهامات ادعا شده علیه خود، دسترسی داشته باشند و از سوی دیگر در فرایند دادرسی برابری بین اصحاب دعوا، مورد اهتمام و مراعات قرار گیرد؛ از این رو رعایت مساوات بین دو طرف دعوا در همه جوانب بویژه در اجرای همسان قوانین نسبت به همگان مورد توصیه و تأکید اسناد بین‌المللی است. (ماده ۷ و ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و فقره ۱ ماده ۱۴ و ۲۶ میثاق بین‌المللی، حقوق مدنی و سیاسی)

در خصوص اصل برابری نکته‌ای مهم قابل یادآوری است، که امروزه در دادرسی جزایی از اهمیت خاصی برخوردار است، برابری بین سارانوال و متهم است که از آن به برابری



«سلاح‌ها» یاد می‌شود. از آن جایی که در مورد دادرسی جزایی، سارنوال تحقیق و تعقیب، یک طرف دعوا است که تلاش می‌کند مجرمیت متهم را اثبات و زمینه محکومیت او را فراهم کنند، لذا تضمین دادرسی عادلانه، توازن بین دوطرف دعوا را حتمی می‌نماید و هر دو طرف برای ارائه مطالب شان باید وسایل، امکانات و فرصت کافی در اختیار داشته باشند. بند ب فقره ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)

و) حق جبران خسارات برای عدم اجرای عدالت

به موجب فقره ۵ ماده ۹ و بند ۶ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، در صورتی که محکومیت در نتیجه اشتباه قضایی باشد و فرد به خاطر اشتباه قضایی محکوم و متحمل مجازات شده باشد، مستحق است که خسارت او طبق قانون جبران گردد، مگر این که ثابت شود، خود متهم که از حقایق باخبر بوده و در زمان لازم حقایق را بیان نکرده و در اثر بیان نکردن حقایق از طرف خودش، متضرر شود؛ در این صورت مستحق جبران خسارت نیست. به موجب قاعده لاضرر کسی نباید اعمال حق خود را وسیله اضرار به غیر قرار دهد و در صورت ورود ضرر باید در صدد جبران آن بر آید. ضرر به معنای از دست دادن چیزی است که انسان آن را دارا است اعم از این که مال، جوارح، عرض یا آبرو باشد.

ز) حق علنی بودن دادرسی

علنی بودن دادرسی، تأمین‌کننده دو مصلحت است: یکی حمایت از متهم در برابر محاکمات سری و دیگری بدست آوردن اعتماد عمومی نسبت به اجرای عدالت. کار ویژه این اصل عبارت از تضمین نظارت اجتماعی بر اجرای مستقل عدالت است، زیرا محروم کردن عموم از امکان حضور در رسیدگی قضایی منجر به تصمیمات نادرست و احتمال ایجاد فساد می‌گردد. محاکمات علنی هم در محاکمات جزایی و هم مدنی لازم است، لکن در محاکمات جزایی از اهمیت و ضرورتی به مراتب بیشتر برخوردار است. به گونه‌ای که امکان دسترسی عموم شهروندان به روند محاکمه، اصل انکار ناپذیر در تأمین دادرسی منصفانه است، بنابراین این اصل هم در مقررات بین‌المللی حقوق بشر و هم در قوانین ملی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. تشکیل جلسه دادرسی محرمانه و سری در دوسیه‌های امنیتی امر کاملاً استثنایی است. (فضایلی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۸)

علنی بودن محاکمه پیش از آنکه حق اصحاب دعوا باشد، تکلیف محکمه است و لازمه‌ای آن چنین است که علنی برگزار کردن جلسه متوقف به درخواست از سوی اشخاص نیست، وظیفه قاضی است که باید محکمه را علنی برگزار کند مگر در موارد استثنایی که به در



خواست اشخاص، با تشخیص محکمه می‌تواند یکی از آنها باشد، از این رو در این بخش به مثل معروف می‌رسیم که می‌گوید: « عدالت نه تنها باید اجرا شود بلکه اجرای آن باید دیده شود. » (فضایلی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۸)

ح) منع مجازات مضاعف

عدالت و موازین اخلاقی و حقوقی اقتضاء می‌کند کسی که مرتکب تخلف یا جرمی شده باشد برای عمل ارتكابی یک بار مورد محاکمه و مجازات قرار گیرد. خواه این مجازات خارج از قلمرو کشور متبوع مجرم یا متخلف و خواه داخل قلمرو آن اعمال شده باشد. این اصل با اصل اعتبار آراء قضایی و امر قضاوت شده نیز سازگاری دارد. (عباسی، ۱۳۹۰، ص ۲۴۷)

ممنوعیت مجازات مضاعف در اسناد حقوق بشری به رسمیت شناخته شده است. با این مضمون که هیچ کس را نمی‌توان برای جرمی که به علت اتهام آن به موجب حکم قطعی صادره طبق آیین دادرسی جزایی هر کشوری محکوم یا تبرئه شده است، مجدداً مورد تعقیب و مجازات قرار داد. (فقره ۷ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)

۱. حق محاکمه عادلانه جزایی در فقه و قوانین جزایی افغانستان

فقه، از مهم‌ترین و اصلی‌ترین منبع حقوق افغانستان به شمار می‌رود و بخش مهمی از قوانین موجود در نظام حقوقی کشور متأثر از منابع فقهی و آراء فقها است. حق دادرسی عادلانه هم در فقه و هم در نظام جزایی کشور مورد اهتمام جدی است، زیرا این حق ضمانت اجرایی تحقق و یا پیشگیری از نقض بسیاری از حقوق شهروندی شناخته می‌شود. در این بخش شناسایی موارد و تحلیل و ارزیابی آن‌ها مورد اهتمام است. بر همین اساس تلاش می‌نماییم با دقت در آراء فقها و منابع مشهور فقهی و قانون اجرائات جزایی مهم‌ترین معیارهای محاکمه عادلانه را در فقه و قوانین کشور شناسایی و بررسی نماییم.

پیشینه‌ای حق برخورداری از اصول محاکمات جزایی، در افغانستان در زمره‌ای حقوقی بوده است که به شدت هم در بخش قانونگذاری و هم دادرسی و اجرایی غیرعادلانه و غیر منصفانه بوده است که علل و دلایل آن، زمان و نوشتار جداگانه می‌طلبند. با قصد عبور از این نقیصه حرکت‌های در دوره اخیر انجام شد. یک نمونه‌ای روشن آن قانون‌گذاری اجرائات جزایی است که به تناسب بحث از دادرسی در اسناد حقوق بین‌المللی و تأثیر پذیری این قانون از اندیشه فقهی، شایسته و بایسته است که نگاهی کوتاه به تضمینات اصول محاکمه عادلانه در نظام دادرسی جزایی افغانستان داشته باشیم.



با نگاهی تحول محور به نظام قانون گذاری و قضایی کشور، می توان گفت تدوین قانون اساسی سال ۱۳۸۲، نخستین و مهم ترین گام برای استقرار حاکمیت قانون پس از بحران های داخلی بوده است. رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه های مادی و معنوی از جمله مهم ترین وظایف هر دولت معرفی شده است. (ماده ۲۶ قانون اساسی افغانستان) همچنین تأمین حقوق همه جانبه افراد اعم از زن و مرد و تضمین امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون و شریعت از وظایف دولت است. (ماده ۲۲، ۲۵، ۲۶ و ۲۷ قانون اساسی افغانستان)

قوانین عادی نیز اصول محاکمه عادلانه را به رسمیت شناخته اند. اصول مختلف و تضمینات عمومی و جزایی دادرسی در قوانین و مقررات عادی با تأثیر پذیری از فقه مورد تصریح قرار گرفته است. مصادیق ضمانت اجرای تضمین اصول مربوط به محاکمه عادلانه مقرر در قانون اساسی و در قوانین عادی مشخص شده است که مورد بررسی قرار می گیرد.

الف) اصل برائت

اصل برائت که مبتنی بر موازین شرعی است، دارای جایگاه ویژه ای است و به عنوان یک اصل مسلم پذیرفته شده است. اصل برائت هم در قلمرو مسائل جزائی و هم در زمینه مباحث مدنی و مسائل مربوط به آن ها دارای کاربرد گسترده ای است. اصل برائت عبارت است از: حکم به ثابت نبودن تکلیف برای شخص در جایی که اصل تکلیف مورد شک باشد. به بیان دیگر هرگاه کسی متهم بع ارتکاب جرمی شود و دلیل روشن بر ارتکاب ان موجود باشد، شخص بی گناه است. دلایل متعدد بر اعتبار اصل برائت وجود دارد؛ از جمله این آیه شریف: «لا یكلف الله الا ما آتاهما» (طلاق/۷) و حدیث نوی رفع: «رفع عن امتی تسعه الخط، والنسیان، و ما کرهوا علیہ و ما لایعلمون و ...» (صدوق، خصال، ج ۲، ص ۴۱۷). این اصل در قانون اساسی و قانون عادی نیز به رسمیت پذیرفته شده است.

اصل برائت در هر مرحله دادرسی جزایی کاربرد دارد. مرحله نخست آن است که دادرس روشن کند که اصولاً عمل انتسابی به متهم جرم است یا نه؟ اگر دلیل محکم شرعی یا قانونی مجرمیت عمل انتسابی موجود نباشد، جای استفاده از اصل برائت است و شخص باید رها شود. در مرحله بر فرض که عمل انتسابی جرم باشد، مرحله دوم این طرسش است که آیا این شخص عمل را مرتکب شده است یا نه؟ در این مرحله قاضی مکلف که با مراجعه به شهود، اقرار یا سایر مدارک اثباتی جرم، تشخیص دهد و بداند که مدارک اثباتی وجود دارد یا ندارد و اگر مدرک جرمی موجود نباشد، جای کاربرد اصل برائت است. به این ترتیب در تمام مراحل



دادرسی اسلامی، اصل برائت مورد توجه قرار گرفته و رعایت نکردن آن عدول از دادرسی عادلانه است.

ب) بی طرفی و استقلال مستنطق

استقلال و بی طرفی در دادرسی عموماً به عنوان یک اصل به کار میرود و این دو عبارت تا حد زیادی با یکدیگر هم پوشانی دارند. با این حال، این دو اصطلاح مفهوم یکسانی ندارند. استقلال در دادرسی‌ها به معنای عدم تابعیت و عدم تأثیرپذیری محاکم و دادرسی از فشارها و عوامل خارجی از جمله دولت‌ها، سازمان‌ها و افراد قدرتمند است. اما بی طرفی به معنای عدم جانبداری و عدم پیش داوری به نفع یکی از طرفین دادرسی است و اصولاً استقلال یکی از عوامل تأمین کننده بی طرفی می باشد.

از این رو، اصل بی طرفی مستنطق و دادرس در دادرسی مورد تأکید فقه اسلامی است (شهیدثانی، ۱۴۲۶، ص ۴۸۶) هرچند در معنی و مصادیق آن اختلاف نظرهایی بین فقیهان وجود دارد. برخی مراد از بی طرفی دادرس را لزوم رعایت مساوات کامل بین طرفین اختلاف دانسته اند. همچنین به عقیده برخی فقها، دادرس را ملتزم به تساوی بین طرفین به لحاظ میل قلبی و باطنی به آن‌ها ندانسته اند (شهیدثانی، ۱۴۲۶، ص ۴۸۶).

به هر روی، صرف نظر از لزوم یا عدم لزوم رعایت بی طرفی در آداب و رفتار دادرس با طرفین، لزوم بی طرفی او در قضاوت بین آن‌ها و تصمیم‌گیری در فقه مورد اجماع فقها است و از اصول اولیه دادرسی اسلامی محسوب می شود. (حلی، مختلف الشیعه، به نقل از؛ شهید ثانی، ص ۴۸۶)

همچنین در قوانین عادی شرایط و نحوه تضمین اصول محاکمه عادلانه و ضمانت اجرای کوتاهی مقامات عدلی و قضایی در اجرای وظایف خود مشخص کرده است. (ماده ۱۷ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه افغانستان) همچنین قانون اجراءات جزایی در بردارنده اصول متعدد تعقیب عدلی و محاکمه عادلانه است. بی طرفی و استقلال کامل مراجع عدلی و قضایی (ماده ۱۱۶ ق.ا.ا. و ماده ۱۹ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه) از اصول مهم دادرسی عادلانه‌ای جزایی است که مورد تأکید قانون و قانون‌گذار قرار گرفته است.

استقلال قاضی نیز از آموزه‌های مورد تأکید فقه به شمار می‌رود و نه تنها دادرس باید از پذیرش هر نوع امری که به استقلال وی آسیب می‌زند، پرهیز کند، بلکه حکومت اسلامی نیز حق تحمیل هیچ موضوع یا نظریه را بر قاضی ندارد. چنانکه در داستان مشهور قضاوت شریح قاضی بین امام علی^(ع) که خلیفه وقت مسلمین بودند و فرد یهودی، شریح با استقلال کامل و



بدون توجه به مقام امام^(ع) که اعطاکننده مسند قضاوت به او بودند، حکم به نفع یهودی داد.
(ابن اثیر، ج ۳، ۱۳۸۵ق)

استقلال قضائی بدان معنا است که قضات، در مقام دادرسی، صرفاً براساس موازین قانونی و دستورات وجدانی خود، به دور از هرگونه نفوذ یا فشار بیرونی و درونی مبادرت به صدور حکم نمایند. در این ارتباط «احکام محاکم باید مستدل و مستند به مواد قانونی و احکام فقهی باشد» منظور از استقلال قاضی این است که وی هنگام رسیدگی به دعوی و صدور رأی، اصول محاکمات جزایی و حقوق طرفین را رعایت نموده و به دور از هرگونه اعمال نفوذ مقامات و نهادهای دیگر صرفاً براساس ادعا و اسناد و مدارک مطرح شده از سوی طرفین دعوا، قوانین و مقررات موجود، بر اساس علم منطقی و عقلایی خود حکم صادر نماید.

ج) لزوم تخصص و مهارت قاضی

تخصص و مهارت قاضی برای انجام قضاوت و لزوم تسلط وی به علوم لازم برای انجام این کار از ضرورت‌های دادرسی اسلامی محسوب می‌شود و فقها مباحث مفصلی را در باره حداقل‌های علمی لازم برای قاضی جهت تصدی منصب قضا مطرح کرده‌اند. (شهیدثانی، ۱۴۲۶، ص ۴۸۷) بنابراین یکی از اصول دادرسی اسلامی، انجام این دادرسی توسط افراد دارای مهارت و تخصص علمی است. (الزحیلی، ۲۰۰۶م، ص ۵۹۳۶)

استثنای مهمی که بر این اصل وارد شده است، عدم لزوم رعایت این اصل در مورد قاضی تحکیم است. در واقع، قاضی تحکیم، یعنی فردی که طرفین اختلاف بر سر او برای حل اختلاف‌شان تراضی کرده‌اند، می‌تواند حائز شرایط علمی و تخصصی مذکور برای سایر قضات نباشد. (الزحیلی، ۲۰۰۶م، ص ۶۲۵۱) لزوم تخصص و تجربه کافی مورد تأکید حقوق و قوانین نیز قرار گرفته است. (جزء ۳ فقره ۱ ماده ۸۱ قانون تشکیل صلاحیت محاکم.)

د) حق دفاع

حق دفاع در برابر ادعاهایی که علیه اشخاص صورت می‌پذیرد از اصول مسلم دادرسی اسلامی است. به طوری که نه تنها دادرس موظف است که پس از استماع سخنان هر یک از طرفین، فرصت تکلم را به دیگری بدهد. (شهیدثانی، ۱۴۲۶، ص ۴۹۳) بلکه منع دادرسی غیابی در حقوق الهی و مقررات سخت‌گیرانه دادرسی‌های غیابی در حقوق الناس و نیز ادعا بر میت، (نجفی، جواهرالکلام، باب قضا) همگی نشان‌دهنده وجود حق دفاع در نظام دادرسی اسلامی است.



حق دفاع متهم جزو اصولی دادرسی جزایی است (ماده ۹ قانون اجرائات جزایی) «حق دفاع متهم عبارت از مجموع تضمینات قانونی و قضایی است که در سطح ملی، منطقه‌ای و یا بین المللی برای افرادی که در مظان ارتکاب بزه قرار می‌گیرند، در سراسر یک رسیدگی جزایی با هدف اتخاذ تصمیمی عادلانه به دور از اشتباهات قضایی، منظور گردیده است.» (آشوری، ۱۳۷۲، ص ۴۰)

حق دفاع این امکان را برای متهم فراهم می‌کند که بتواند پیش از محکوم شدن از خود دفاع کند. برای دفاع لازم است متهم از حق انتخاب وکیل برخوردار باشد. (ماده ۱۵۴ قانون اجرائات جزایی) به این ترتیب متهم می‌تواند برای ارائه دفاع شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود در محاکمه حاضر شود. همچنین در صورتی که متهم به زبانی که در محکمه تکلم می‌شود، آشنا نیست می‌تواند از خدمات رایگان مترجم استفاده نماید و تمام اوراق و مدارک مضبوط در دوسیه به طور کامل ترجمه شود. (ماده ۱۱ قانون اجرائات جزایی)

حق داشتن وکیل به عنوان حق دفاع حتی در مرحله تحقیقات مقدماتی وجود دارد. به موجب ماده ۸ اصول محاکمات جزایی متهم می‌تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی، یک نفر وکیل مدافع یا مساعد حقوقی همراه خود داشته باشد. این حق باید پیش از شروع تحقیق توسط ضابط عدلی به متهم ابلاغ و تفهیم شود. چنانچه متهم احضار شود این حق در برگه احضاریه قید و به او ابلاغ می‌شود. وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن، مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون لازم بداند، اظهار کند. اظهارات وکیل در صورت مجلس نوشته می‌شود. ضمانت اجرای عدم رعایت این حق بی اعتباری تحقیقات است. در کلیه امور جزایی طرفین دعوا می‌توانند وکیل یا وکلای مدافع تا سه نفر را معرفی نمایند. (فقرات ۱ و ۲ ماده ۹ قانون اجرائات جزایی) متهم می‌تواند از محکمه درخواست تعیین وکیل نماید و محکمه در صورت تشخیص عدم توانایی متهم برای تعیین وکیل برای وی وکیل رایگان تعیین خواهد کرد. (ماده ۱۰ قانون اجرائات جزایی) در جرایمی که مجازات آن‌ها به موجب قانون حبس طویل یا بالاتر از آن باشد، چنانچه متهم شخصاً وکیل معرفی ننماید، مساعد حقوقی الزاماً از طرف محکمه برای او تعیین خواهد شد. (فقره ۴ ماده ۹ قانون اجرائات جزایی)

ه) تلاش برای فصل اختلاف بدون صدور حکم

یکی از وظایف قاضی در فقه، پرهیز از صدور حکم بین طرفین اختلاف و حل و فصل اختلاف آن‌ها به شیوه صلح و سازش است. چرا که علاوه بر ورود نهی صریح از قضاوت بین



مردم و پرهیز از فتوا دادن بین آن‌ها (علامه حلی، بحارالانوار) تا حد امکان، فقها ترغیب طرفین به صلح را نیز جزو مستحبات مؤکد برای قاضی دانسته‌اند.

شهید ثانی در همین رابطه چنین می‌نویسد: «و مستحب است که قاضی قبل از حکم، طرفین را به صلح ترغیب نماید و هرگاه تحقق صلح بین آنان متعذر باشد، به مقتضای شرع بین آنان حکم کند...» (العاملی، شهید ثانی، ۱۴۲۶، ص ۴۹۴)^۱

ابن ادریس نیز در السرائر بر جواز و استحباب امر طرفین به صلح و سازش از طرف قاضی ادعای اجماع کرده و آن را مقتضی قول خداوند در قرآن که می‌فرماید «و الصلح خیر» (النساء/۱۲۸) دانسته است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۱۶۰)

به این ترتیب، می‌توان به این نتیجه رسید که اصلاح ذات‌البین در نظام حقوقی اسلام، مهم‌تر از احقاق حق با توسل به نظام رسمی دادگستری است. (رهگشا، ۱۳۸۳، ۳۲)

بنابراین به نظر می‌رسد که یکی از معیارهای دادرسی از نگاه فقه، وجود امکان حل و فصل دعوی به صورت آشتی‌جویانه و صلح‌آمیز، قبل از صدور حکم و اتخاذ تصمیم توسط قاضی است. اصول محاکمات جزایی مدرن نیز حل مسأله را از طریق آشتی‌جویانه تحت عنوان «عدالت ترمیمی» به رسمیت پذیرفته است و حل دعوا با شیوه صلح و سازش را بهتر از حل آن از طریق محکمه می‌داند.

ه) علنی بودن محاکمه

به منظور آگاهی مردم نسبت به محاکمه عادلانه و نظارت آن‌ها بر چگونگی دادرسی صحیح در نظام قضایی افغانستان، محاکمات علنی است. ماده ۱۲۸ قانون اساسی تصریح دارد: «در محاکم افغانستان محاکمه به صورت علنی دایر می‌گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد» نیز این اصل در قوانین عادی مورد تصریح و تأیید قرار گرفته است. (ماده ۱۱ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه و ماده ۲۱۳ قانون اجرائات جزایی) قانون‌گذاران نظام دادرسی به تبعیت از اسناد بین‌المللی، همراه با حق علنی بودن محکمه استثنائات آن را نیز پذیرفته است. صل علنی بودن محاکمات از طریق ورود استثنائاتی تخصیص خورده است و به تشخیص محکمه بنابر مصلحت دو طرف دعوا یا اخلاق و آداب جامعه یا نظم عامه یا در جرایمی خلاف اخلاق حسنه و امور خانوادگی است یا زمانی که علنی بودن محکمه مخل امنیت یا احساسات جامعه باشد، محاکمه غیر علنی

^۱ «و يستحب له قبل الحكم ترغيبهما في الصلح فان تعذر حكم بمقتضى الشرع...».

خواهد بود. منظور از علنی بودن محاکمه، عدم ایجاد مانع جهت حضور افراد در جلسات رسیدگی است و هر شخص می‌تواند در آن حضور یابد.

(و) قانونی بودن گرفتاری

از اصول و قواعد معروف فقهی، اصل حریت و آزاد بودن انسان‌ها در برابر یکدیگر است؛ یعنی هیچ انسانی از پیش خود بر دیگری ولایت و سلطنت ندارد. امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) در این باره می‌فرماید: «بنده دیگری مباش که خداوند تو را آزاد قرار داده است.» (نهج‌البلاغه، نامه ۳۱)

براساس اندیشه و تفکر اسلامی، اصل آن است که انسان آزاد آفریده شده و آزادی در زندگی اجتماعی حق بنیادین او است. سلطه‌گری و سلطه‌پذیری هر دو مردود است. به‌عنوان مثال، یکی از اندیشمندان فقهی با تأکید بر اصل تساوی و برابری انسان‌ها در بهره‌مندی از حقوق و امتیازات اجتماعی، هرگونه سلطه فرد بر دیگری را منتفی می‌داند: «اصل این است که هیچ‌کس بعد از خداوند بر دیگری سلطه‌ای ندارد؛ زیرا همگی در بندگی مساوی‌اند و هیچ‌یک از بندگان بر دیگری تسلطی ندارد. بلکه به‌طورکلی کسی که صاحب یک چیز نیست بدون اجازه صاحب آن چیز سلطه‌ای ندارد. پس اگر به واسطه نبوت، امامت یا علم و ارتباط نسب یا با انجام عقد یا ایقاعی یا تصرف اولیه یا ارث و مانند آن سلطه و تسلطی به شخص داده شود، او بر دیگری تسلط پیدا می‌کند و الا (اگر دلیلی نباشد) هیچ سلطه‌ای ندارد» (کاشف الغطاء، بی‌تا، ۳۹؛ به نقل از امینی، ۱۳۹۵: ۸)

مبنای این نظریه فقهی، آیه ۶۸ سوره مبارکه قصص است که می‌فرماید: «و ربک یخلق ما یشاء و یختار ماکان لهم الخیره سبحان الله و تعالی عما یشرکون». یکی از مفسرین بزرگ اسلامی در تفسیر این آیه می‌فرماید: «انسان در طبیعت خویش اختیار تشریحی و اعتباری در انجام یا ترک آنچه می‌خواهد، در برابر و موازی با اختیار تکوینی‌اش، می‌یابد. از این‌رو آنچه بخواهد و می‌تواند انجام دهد و یا ترک نماید، هیچ‌کس از هم‌نوعانش نمی‌تواند او را بر چیزی وادار و از چیزی بازدارد؛ زیرا آن‌ها همانند او هستند و در انسانیت چیزی زائد و اضافه بر او ندارند و از وجود او چیزی را مالک نیستند و این همان معنای مقصود، از آزاد بودن طبیعی انسان است.» (طباطبایی، بی‌تا، ۱۶: ۶۸)

بنابراین نفی سلطه دیگران که لازمه آن آزادی عمل انسان در رفتارهای اجتماعی است، هم مبنای قرآنی دارد و هم مبنای عقلی دارد که در فقه بازتاب یافته است.



قانونی بودن گرفتاری و منع بازداشت و توقیف خودسرانه در راستای آزادی عمل انسان‌ها قابل ارزیابی است که در دادرسی اسلامی مورد تأکید است. همچنین در قوانین نافذه کشور در حوزه محاکمه عادلانه این امر پیش بینی شده است. از آن جایی که گرفتاری و توقیف خود سرانه از گذشته‌های دور یکی از موارد نقض حقوق شهروندی و نقض قانون، بسیار رایج بوده است، برای شکستن این رویه نادرست و غیر عادلانه لازم است اندکی مورد تأمل و تمرکز بیشتر قرار گیرد، زیرا ممکن است علاقه به تعقیب‌های غیر قانونی همچنان در بین ضابطان عدلی رایج و مرسوم باشد. بیان نمونه‌ای تاریخی در باره گرفتاری خود سرانه بدون فایده نیست: در دوره صدارت محمد هاشم خان (۱۹۴۶-۱۹۲۹م) یک تعداد از اشخاص با اعلام جرم، اما بدون محاکمه و اثبات و عده‌ای بیشتر بدون هیچ گونه الزام و حتی اعلان، (یعنی بدون تفهیم اتهام) زندانی شدند و چون محاسب دوره امانی برای این کار کافی نبود، علاوه بر توقیف خانه‌های ارگ! و کوتوالی، سراهای مختلف در شهر به عنوان زندان کمکی استملاک شد ... و بعداً زندان وسیع‌تری در دهم‌زنگ کابل اعمار گردید که از بیرون شکل قلعه داشت، اما در داخل از حجره‌های کثیف و دخمه‌های تاریک و متعفن تشکیل یافته بود که از زندانیان سیاسی مملو و آکنده بود. این محبوسین که اکثر شان از فضلان و روشنفکران کشور بودند مدت حبس معین نداشتند زیرا نه جرم شان ثابت بود و نه جزایی شان معلوم. خود آن‌ها ظریفانه خود را به دو دسته با عناوین «باز» و «باشه» تقسیم می‌کردند.^۱ «باز» آنانی بودند که گفته می‌شد «باز یک بار به کارشان رسیدگی می‌شد» و «باشه» کسانی که شاه یا صدر اعظم گفته بود «باشه» یعنی تا زنده است در زندان بماند. اما در عمل هر دو گروه در حکم زندانی ابدی بودند، زیرا هیچ کس به فکر رها ساختن ایشان نبود» (صدیق فرهنگ، ۱۳۸۰، ص ۶۵۷ و ۶۵۸) اما این رویه و رویکرد غیر عادلانه و اقتدارگرایانه، شکسته شده و امروزه حمایت از متهمین و محکومین در قوانین جزایی به صورت واضح و روشن مورد تأکید و تصریح قرار گرفته است.

ماده ۷ قانون اجرائات جزایی در طی ۲۰ فقره مجموعه از حقوق را به منظور حمایت از همه افراد تحت تعقیب عدلی بیان می‌کند: موارد از قبیل تفهیم اتهام، مصونیت از گرفتاری یا توقیف خود سرانه، مصونیت از توهین و تحقیر، تعذیب، با خبر کردن فامیل متهم از رخ داد پیش آمده، استفاده از حق سکوت، حق رد قاضی، سارنوال، وکیل مدافع و سایر موارد که در

^۱ «باز» و «باشه» در زبان عامیانه فارسی در افغانستان نام دو نوع پرنده است. شاید بی تناسب نبوده است که روشن فکران زندانی از باب طعنه زدن به حکومت نام این دو مرغ بلند پرواز را برای خود شان انتخاب کرده بودند.



این قانون پیش‌بینی شده است. همچنین ماده ۶ قانون اجراءات جزایی در طی ۲ فقره مجموعه از اصول و حقوق مجنی علیه را نام می‌برد که رعایت آن‌ها در فرایند دادرسی لازم و ضروری است. از قبیل رفتار منصفانه، احترام به کرامت انسانی، دسترسی به مساعدت‌های حقوقی، مادی، طبی و غیره موارد که در این ماده تصریح شده است.

همچنین در ماده ۹۱ قانون اجراءات جزایی، ضمانت اجرای تقصیرات پولیس و مامورین امنیت ملی را که در جریان کشف و تحقیق مرتکب تخلف قانونی شود، تعیین و تصریح کرده است. استماع شکایت و تظلم خواهی نزد مراجع ذی صلاح، ممنوعیت شکنجه و اذیت و آزار بدنی متهمین، صدور حکم به موجب قانون و ضمانت اجرای امتناع قاضی از صدور حکم یا تاخیر وی در صدور حکم بر خلاف قانون، قانونی بودن جرائم، مجازات‌ها و دادرسی جزایی، عطف به ما سبق نشدن قوانین نیز موارد دیگری قابل ذکر در قوانین جزایی در حوزه محاکمه عادلانه است.

از این‌رو از دیگر بازیگران اصلی اجرای عدالت قضایی مقامات قضایی هستند. مقامات قضایی و سایر کارکنانی که در دستگاه قضایی کار می‌نمایند و نیروی انسانی مرتبط با پرونده و قضیه محسوب می‌شوند، همواره از مهمترین ارکان یک دستگاه قضایی تلقی می‌گردند. دستگاه قضایی که داعیه‌ی عدالت و انصاف دارد بی‌گمان بایستی به این نیروها و نیازهای آن‌ها اهتمام ورزیده و به حمایت از آنان در مواقع لزوم بپردازد.

به این ترتیب احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، ایجاب می‌کند که تحقیقات و بازجویی‌ها باید مبتنی بر اصول و شیوه‌های علمی و قانونی باشد و آموزش‌های قبلی و نظارت لازم صورت گیرد و با کسانی که ترتیبات و مقررات را نادیده گرفته‌اند و در اجرای وظایف خود به روش‌های خلاف قانون و شرع متوسل شده‌اند، بر اساس قانون برخورد جدی صورت گیرد. همچنین منع اتهام‌سازی واهی، دستگیری‌ها و بازداشت‌های فراقانونی و خودسرانه، منع خشونت، اذیت و آزار و شکنجه در فرایند دادرسی مورد تاکید قرار گرفته است. محاکم و سارنوالی مکلفند حق دفاع متهمان و شاکیان را رعایت کرده و فرصت استفاده از وکیل و کارشناس را برای آنان فراهم آورند.

نتیجه‌گیری

حق محاکمه عادلانه مشتمل بر مجموعه اصول و قواعدی است که در انواع دعاوی، نحوه رفتار با یک فرد را در برابر محاکم در مراحل مختلف آن مشخص می‌کند. شناسایی این اصول لازمه اجرای عدالت و اصل برابری انسان‌ها در برابر قانون و احکام شریعت است.

اگرچه محاکمه عادلانه و تضمینات قضایی کم و بیش از دیرباز در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف پیش بینی شده است اما در پی گسترش حقوق بشر و تأکید بر ارتقاء و تضمین انواع حقوق بشر، پیش بینی و رعایت محاکمه عادلانه به عنوان حق بشری مورد تأکید مجدد قرار گرفت و بعد از تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ در اسناد مختلف جهانی و منطقه‌ای حقوق بشر به رسمیت شناخته شد و دولت‌ها متعهد گردیدند، اجرای آن را تضمین نمایند. به این ترتیب تضمین حق بر محاکمه عادلانه در نظام‌های حقوقی داخلی و همچنین از طریق مکانیزم‌های بین المللی مورد توجه قرار گرفته است. همچنین حق دادرسی عادلانه‌ای جزایی در فقه اسلامی از دیرباز مورد توجه و تأکید بوده است. حق محاکمه عادلانه هنگامی تضمین شدنی است که محاکم اصول مختلف محاکمه عادلانه از جمله استقلال محاکم و قضات و بی طرفی آن‌ها، علنی بودن جلسات رسیدگی، دسترسی برابر همگان به مراجع قضایی ذی صلاح، اصل برائت، حق دفاع، تفهیم اتهام، حق اخذ وکیل و حق بر خدمات حقوقی و مترجم رایگان و ... را مورد شناسایی قرار داده و اجرای آن‌ها را تضمین کنند. رعایت اصول محاکمه عادلانه هم چنین مستلزم این است که بازجویی و فرآیند دادرسی دوسیه‌های موجود با رعایت حقوق مظنون و قربانی صورت گیرد. کنترل و نظارت بر اقدامات نهاد عدلی زمینه را برای اجرای واقعی و مؤثر اصول محاکمه عادلانه فراهم خواهد کرد و سبب تقویت باور بر برابری همگان در مقابل احکام و قانون خواهد شد، زیرا در نتیجه چنین نظارتی است که می‌توان انتظار داشت تخلفات انضباطی نهاد عدلی یا قضایی و دیگر اشخاص ذی ربط بر اساس احکام و مقررات قانونی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. در نظام دادرسی افغانستان که اصول دادرسی عادلانه، مورد پذیرش است، تطبیق و اجرای درست آن، نیازمند مستنطقین و قضات برجسته، با تجربه و صالح می‌باشد.



منابع و مأخذ

قرآن کریم؛

۱. نهج البلاغه.
۲. آشوری، محمد (۱۳۷۲)، عدالت جزایی، مجموعه مقالات، اصل براءت و آثار آن در امور جزایی (مطالعه تطبیقی)، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
۳. امیری، اعظم، حق دفاع متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی در نظام حقوقی ایران، مجله داد رسی ۱۳۹۲، ش ۹۷.
۴. ابن اثیر، عز الدین أبو الحسن علی بن ابی الکریم، الکامل فی التاریخ، ج ۳، نشر دار صادر، بیروت، ۱۳۸۵ ق.
۵. ابن کثیر دمشقی، أبو الفداء اسماعیل بن عمر بن کثیر، البدایة و النهایة، ج ۸، دار الفکر، بیروت، ۱۴۰۷ ق.
۶. ابن ادریس، السرائر، ج ۲، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، الطبعة الثانية، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۷. حلی علامه، مختلف الشیعه، به نقل از؛ شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، الجزء الاول.
۸. رهگشا، امیرحسین، نگاهی به شوراهاى حل اختلاف، انتشارات دانشور، ج ۳، ۱۳۸۳.
۹. الزحیلی، وهبه؛ الفقه الاسلامیه و ادلته، ج ۸.
۱۰. شهید ثانی، زین الدین؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، الجزء الاول، ارغوان دانش، ۱۴۲۶ هـ. ق. ص ۴۸۶.
۱۱. صدیق فرهنگ، میر محمد، افغانستان در پنج قرن اخیر ج دوم، نشر دارالتفسیر، قم ۱۳۸۰.
۱۲. عباسی، محمود، صدور گواهی خلاف واقع پزشکی، فصلنامه حقوق پزشکی، ۱۳۹۰، سال اول، شماره دوم.
۱۳. علامه، غلام حیدر، اصول محاکمات جزایی، کابل، انتشارات دانشگاه بن سینا، ۱۳۹۴.
۱۴. فضایی، مصطفی، جایگاه و اصول محاکمه عادلانه در حقوق بشر و دکتترین قضایی اسلام، فصلنامه پژوهشی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، ۱۳۹۳.
15. Howard, Davis, Human rights Law directions, Oxford university press, 1st ed, 2007.
16. v. A., Secretary State for the Home Department (2004) UKHL.

اسناد و قوانین:

۱. اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ م.
۲. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۳.
۳. قانون اساسی افغانستان.
۴. قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه افغانستان.
۵. قانون اجراءات جزایی.
۶. کد جزایی افغانستان.



جرم‌زدایی در سیاست جنایی اسلام و قوانین افغانستان

نوروز علی اعتمادی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲ / ۶ / ۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲ / ۷ / ۱۲

چکیده

در دنیای معاصر، گرایش زیادی در راستای جرم‌زدایی وجود دارد تا با دخالت حد اقلی ضمن کاهش تورم قوانین، زمینه‌ی مشارکت شهروندان را فراهم نمایند. در این تحقیق اهدافی مانند جلوگیری از حجم قوانین کیفری پیشنهاد شده تا قانونگذار با جرم‌زدایی از برخی موارد به این سمت حرکت نماید.

در سیاست جنایی اسلام و قوانین افغانستان، جرم‌زدایی مبانی قابل دفاع دارد؛ زیرا انسان به حکم انسان بودن، دارای کرامت ذاتی است، و حفظ حرمت افراد و احترام حریم خصوصی مانع جرم‌انگاری بوده و از طرفی ضرورت‌های اجتماعی عصر و زمان، گرایش به کاهش جرم‌انگاری داشته و جرم‌انگاری وسیع نمی‌تواند اهداف حقوق جزا را که تحقق عدالت باشد، تأمین نماید؛ در شریعت اسلامی جرایمی مانند حدود و قصاص که از ناحیه شریعت بیان شده قابل تغییر نبوده و نیست. اما در مجازات‌های تعزیری با توجه به شرایط، اوضاع و احوال، دست حاکم شرع و قاضی مبسوط بوده و در بسیاری از عناوین که جامعه از آن متضرر نمی‌گردد، جرم‌زدایی ممکن است. در این تحقیق از روش توصیفی تحلیلی استفاده شده و به نتایج خاص که کاهش قوانین کیفری است رسیده است. زیرا در قوانین کیفری افغانستان مصادیقی هست که جرم‌انگاری آن نه تنها مطلوب نیست، بلکه موجب اطاله دادرسی، و از طرفی جرم‌انگاری وسیع و گسترده سبب گسترش جمعیت مکان‌های سالب آزادی است.

واژگان کلیدی: جرم‌زدایی، جرم‌انگاری، کرامت انسانی، سیاست جنایی، تورم قوانین،

اسلام، افغانستان.

هدف از جرم‌زدایی، کاهش تورم قوانین کیفری و محدود کردن مداخله دولت‌هاست، زیرا جرم‌انگاری وسیع، سبب افزایش میزان دخالت دولت و گسترش جمعیت اماکن سالب آزادی است. وضع و تدوین قوانین کیفری در جرم‌انگاری و اجرای مجازات، اصلاح و باز پروری مجرمین و بازگشت آنها به جامعه است. اما آمارهای جنایی، نشان داده است که پیشگیری از بزهکاری بدست نیامده و از طرفی وجود قوانین، تورم قوانین را بدنبال داشته است. لذا در سیاست جنایی، کشورها، به این نتیجه رسیده‌اند که سیاست عدم مداخله یا محدود کردن دامنه شمول آن را در ابعاد مختلف جرم‌زدایی، در نظر بگیرند، و مشکلات نهاد دادگستری را به حد اقل رسانده تا به آزادی‌های اتباع کمتر خدشه‌ی وارد گردد.

جرم‌انگاری وسیع و گسترده سبب کاهش حاکمیت دولت‌ها گردیده و میزان مشارکت مردمی را در سطح پایین قرار می‌دهد؛ اکثر نظام‌های اقتدارگرا به مسأله جرم‌انگاری، توجه نموده و از این طریق سلطه و اقتدار خود را بر اتباع‌شان گسترش می‌دهند، افزایش انواع جرایم و عناوین مجرمانه، جمعیت زندانها و مکانهای سالب آزادی را زیاد نموده و لطمه‌ی به آزادی‌های افراد و عدالت اجتماعی وارد میکند و از طرفی جرم‌انگاری، سبب می‌گردد که افراد بزهکار تماس بیشتری با نظام عدالت کیفری داشته باشد.

جرم‌انگاری وسیع و گسترده علاوه بر اینکه برخلاف کرامت انسانی است هزینه‌های مادی و معنوی زیادی را به بار می‌آورد، لازم است حکومت در مورد سلب آزادی افراد به حد اقل اکتفا نموده و نباید به بهانه تأمین منافع عمومی، آزادی‌های مشروع شهروندان را نقض یا سلب نمایند. و لذا یکی از راههای تضمین حقوق اتباع و شهروندان، جرم‌زدایی از اعمال افراد است. «کاهش توسل به کیفر سازی هنجارها با تأکید بر آزادی و کرامت انسانی و نقد ضمانت اجراهای کیفری است» (صادقی، ۱۳۹۷، ۲۲) با توجه به مطالب یادشده، در این مقاله تلاش شده تا یکی از ابعاد سیاست محدود سازی حقوق کیفری (جرم‌زدایی) مورد بررسی قرار گیرد.

پیش از وارد شدن در مباحث اصلی لازم است که برخی واژه‌ها معنا گردد. شناخت مفاهیم در کاربرد حقوقدانان امری ضروری است تا معانی از معنای مدنظر از ابتدا مشخص باشد.

اصطلاح جرم‌زدایی مرکب از دو واژه جرم و زدایی است. جرم از نظر لغوی به معنای بزه، گناه و انحراف آمده است. از منظر قانون، به فعل یا ترک فعلی اطلاق می‌شود که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است.



دور کیم جامعه شناس فرانسوی در مورد تعریف جرم بیان میدارد: «جرم به اعمالی گفته می‌شود که حالات کاملاً آشکار وجدان جمعی جامعه را جریحه‌دار می‌کند.» (گسن، ۱۳۷۹، ش ۲۹ و ۳۰ ص ۶۳)

واژه‌زدایی به معنای پاک کردن و از بین بردن آمده است. در تعریف جرم‌زدایی بیان شده است: جرم‌زدایی، شامل فرایندهایی است که از طریق آنها، "صلاحیت" نظام کیفری برای اعمال ضمانت اجرا به عنوان واکنش نسبت به برخی از رفتارها، یعنی برای رفتارهای مجرمانه خاصی، سلب می‌شود. این عمل ممکن است به وسیله قانون‌گذاری یا با روشی که به موجب آن قوه قضاییه قانون را تفسیر میکند، انجام گیرد. جرم‌زدایی، یعنی زدودن و از بین بردن وصف مجرمانه، از فعل یا ترک فعلی که دارای وصف مجرمانه بوده است، با توجه به ضرورت‌های جامعه در برخی از مقاطع و در شرایط خاص، وصف مجرمانه از عملکرد افراد، زایل می‌گردد، به عنوان مثال، اگر کشوری در وضعیت نامطلوب اقتصادی قرار گیرد، مجازات‌های مالی و شدت جرایم و مجازات‌ها را دنبال نموده تا با معضل ایجاد شده مقابله نماید، سیاست جنایی کشورها، امروزه به طرف کاهش قوانین کیفری و جرم‌زدایی از اعمالی است؛ که ضرری کمتری را به دنبال دارد. و از طرفی جرم‌انگاری وسیع و گسترده به صورت مقطعی و موقت، ممکن است اثر موقت داشته باشد.

مفهوم و واژه جرم‌زدایی پیشینه‌ی طولانی ندارد، با وجود این در تاریخ حقوق جزا، فرایندهای جرم‌زدایی، در زمان‌های مختلف وجود داشته است؛ هر چند به شکل برنامه نبوده است. زیرا میزان رفتارهای انسانی مجازات شدنی، نه دارای ثبات بوده و نه افزایش و کاهش بی‌وقفه داشته است. (گروهی از نویسندگان شورای اروپا: ۶۱، ۱۳۸۶)

در عصر حاضر مسأله جرم‌زدایی از آغاز سال‌های ۱۹۶۰ میلادی به صورت بحث روز درآمده، این مسأله ابتدا با هدف تورم‌زدایی کیفری مطرح شده است. (وایت، هینس: ۱۳۸۱، ۳۲۰) جرم‌زدایی نقش اساسی در کاهش پرونده‌ها دارد، در غرب، از قرن شانزده توسط دانشمندانی مانند سزار بکاریا، اندیشه جرم‌زدایی، از قوانین کیفری ایجاد شد و در اوایل قرن بیست، این تفکر نظام‌مند گردیده و در کشور انگلستان، مورد توجه قرار گرفت. (همان)

لازم است برای کاهش پرونده‌های (دوسیه‌ها) جنایی، به سمت جرم‌زدایی حرکت نمود، تا از تورم قوانین کیفری کاسته شود.

سیاست جنایی برای اولین بار توسط حقوق دان آلمانی فویر باخ در کتاب حقوق کیفری استفاده شده است. و در مفهوم ابتدایی و مضیق به مجموعه شیوه‌های سرکوب‌گرانه‌ای که



دولت با توسل به آنها علیه جرم، واکنش نشان می‌دهد به کار گرفته شده. (کریستن لازرژ، ۱۳۷۵: ۹) سیاست جنایی در مفهوم علمی و موسع، به کلیه تدابیر کنشی و واکنشی پیشگیرنده و مبارزه گر، در قبال پدیده جنایی و مسایل پیرامونی آن اطلاق میشود، که از سوی دولت و جامعه مدنی در بستری تعاملی و مشارکتی به اجرا گذاشته می‌شود. (گروهی از نویسندگان، ۱۳۹۴، ۷۸)

سیاست جنایی، با ترکیب دو واژه سیاست و جنایی یک ترکیب اضافی برای تعریف است. مجموعه اصولی است که هیأت اجتماع بر مبنای آن پاسخ دهی به پدیده مجرمانه را سامان دهی می‌کند (دلماش مارتی، ۱۳۹۳، ص ۶۹)

سیاست جنایی از نظر لغوی به معنای تدبیر و تدبیر و چاره‌اندیشی آمده است برای پدیده مجرمانه که در قلمرو سیاست جنایی، شامل کج‌روی و بزهکاری میشود. سیاست جنایی، در واقع اعمال پاسخ‌های گوناگون در قالب آیین‌ها و شیوه‌های متنوع دادرسی معمول، در شعب مختلف نظام حقوقی، و نیز جامعه مدنی است. (حسینی، ۱۳۷۶: ص ۱۵۳) سیاست جنایی کلیه تدابیری است که در مقابله با جرم و انحراف توسط دولت و جامعه اتخاذ می‌گردد. (قیاسی، ۱۳۸۵: ۲۰، ۲۱) سیاست جنایی به عنوان مجموعه اصول و روش‌هایی که از طریق به کار گرفتن ابزارهای مناسب برای مقابله و مبارزه با پدیده مجرمانه، از طریق قوهی مجریه برای سامان دهی نظم عمومی جامعه، در مقابل نقض‌کنندگان آن کاربرد دارد.

الف) جرم‌زدایی و سیاست جنایی اسلام

در اسلام، رفتارها به دو نحو جرم شناخته می‌شوند در برخی موارد فعل مجرمانه و مجازات آن در منابع شرعی بیان شده است مانند سرقت و... در برخی موارد دیگر، تعیین جرم بودن یک رفتار و میزان مجازات آن، به حاکم اسلامی واگذار شده است، که با رعایت قواعد حکم دین و در محدوده اصول آن، به جرم‌انگاری بپردازد. جرایم نوع اول ثابت و مستمر بوده و با تغییر و تحول اجتماعی و روند نظام‌های سیاسی تغییر نکرده و مشمول جرم‌زدایی قرار نخواهد گرفت، ولی جرایم نوع دوم که شامل جرایم غیر از حدود و قصاص می‌باشد، در صورت تحقق عوامل جرم‌زدایی، رفع خصوصیت مجرمانه، امری ممکن است و اسلام با این پدیده، مخالفی ندارد.

اسلام به عنوان دین جامع و کامل در قبال جرم و انحراف، متناسب با شرایط زمانی و مکانی سیاست جنایی مشخصی دارد، تا برای تأمین نظم و امنیت جامعه، واکنشهای سرکوبگری را داشته باشد؛ یکی از ویژگی‌های سیاست جنایی در دفاع از جامعه، جرم‌زدایی میباشد؛



اما اعمال و رفتاری که موجب فساد نگردد و از طرفی وسعت و دامنه شمول آن عمل گسترده و وسیع نیست، جرم انگاری آن، نه تنها ضرورت ندارد بلکه باید نسبت به آن رفتار جرم‌زدایی شود. و در بسیاری موارد، شخصی که فعل حرامی را مرتکب شده است نباید عمل حرام خود را اظهار و برای دیگران بازگو نماید، که نفس بازگو کردن فعل حرام است.

جرم‌انگاری کار آمد و مؤثر یکی از دغدغه‌های جدی نظام قانونگذاری در هر کشوری است. در صورتی که جرم‌انگاری به صورت غیر کار شناسی و بدون رعایت اصول و قواعد صورت بگیرد در عمل شاهد خواهیم بود که یا قوانین ناعادلانه فرصت‌ها را برای افراد جامعه محدود می‌کنند و یا قوانین با وجود آنکه پشتوانه کیفی دارند اعتباری نزد ملت ندارند و توسط افراد آنها اجرا نمی‌شوند و بدین ترتیب علاوه بر اینکه بر شمار قوانین متروک افزوده می‌شود، اقتدار و صلابت حقوق کیفری درهم می‌شکند. (حاجی ده آبادی، سلیمی، ۱۳۹۳: ۵۲)

ب) مبانی جرم‌زدایی

مشروعیت و موجه‌سازی جرم‌زدایی نیاز مبرم برای کارکردهای مختلف است که باید بدان پرداخت و مبانی آن را بیان کرد.

۱. دفاع از کرامت انسانی

انسان در آموزه‌های دینی جایگاهی والایی دارد، به صراحت آیات قرآن کریم ارزش بشر ذاتی و انسان، دارای کرامت است؛ خداوند می‌فرماید: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا» (اسراء، ۱۷) و همانا فرزندان آدم را گرامی داشتیم و آنان را در خشکی و دریا بر مرکب‌ها حمل کردیم و از چیزهای پاکیزه روزی‌شان دادیم و آنان را بر بسیاری از آفریده‌های خود برتری کامل دادیم. انسان در خلقت دارای کرامت است. و این ویژگی سبب تمایز انسان از سایر موجودات، می‌گردد. و تاج افتخاری است که خداوند عنایت فرموده است، این کرامت به اندازه‌ی از اعتبار برخوردار است که از طرف خداوند به همه ملائکه دستور داده شد که در برابر این موجود کریم، سر تعظیم فرود آورده و سجده نمایند و فرشته‌ای که از این امر خودداری نمود، مورد خشم و غضب الهی قرار گرفت و از رحمت خداوندی محروم گردید؛ بدون تردید، بشر این ویژگی (کرامت) را همواره با خود همراه داشته و دارد؛ این ویژگی انسانی، از روح الهی نشأت گرفته است. بدیهی است، بی‌حرمتی و پاس نداشتن به این صفت الهی ممنوع و سرنوشتی بهتر از ابلیس را نخواهد داشت. ارزش و کرامت انسان و هدفی که خداوند انسان را برای آن خلق کرده است از جایگاه والایی برخوردار است. با توجه به این ویژگی ذاتی انسان، دولت‌ها



محدودیت دارد و ضمانت اجراهای کیفی مورد نقد قرار می‌گیرد. مگر در موارد خاص که ضرورت آن غیر قابل انکار است.

طبق دیدگاه خدا باوران، کرامت انسانی موهبتی خدادادی است؛ کل عالم و آنچه در آن است، مخلوق خدا است و از یک اراده مطلق و برتر ناشی شده است. (رحمانی، مؤذنی، ۱۳۹۵: ۲۸)

انسان موجودی است که از روح خداوند به او دمیده شده است. و لذا از سایر موجودات برتر می‌باشد، سایر موجودات برای بشر و انسان آفریده شده تا بتواند از آن استفاده نماید برتری انسان نسبت به سایر موجودات به گونه‌ای هست که به ملایک دستور تعظیم داده شده است. در یک تقسیم بندی، کرامت به ذاتی و کرامت ارزشی یا اکتسابی تقسیم شده است. کرامت ذاتی که از فطرت انسان سرچشمه گرفته است از راه عقل کشف می‌گردد، مانند نعمت حیات و زندگی، و با لطف خداوند، انسان موجودی است که استعداد ترقی و پیشرفت را دارا می‌باشد. کرامت ذاتی انسان مورد پذیرش همه ادیان الهی و شمار قابل توجهی از مکاتب حقوقی و اخلاقی است. اما در دوران معاصر برخی از مکاتب بشری از جمله نظام حقوق بین‌الملل بشر از دیدگاه غرب، کرامت انسانی را منحصر به همین کرامت ذاتی کرده اند و از کرامت ارزشی سخن به میان نمی‌آورند. در حالی که قائلین به کرامت ارزشی انسان، معتقدند مرتبه این نوع کرامت بالاتر است و حرکت کمالی انسان‌ها در این مسیر محقق خواهد شد. (همان: ۲۲۵).

کرامت اکتسابی مربوط به اموری است که انسان با تلاش و کوشش خویش به دست می‌آورد. (جعفری، ۲۷۹) کرامت اکتسابی که با تلاش و سعی افراد بدست می‌آید، و عده‌ای در سایه پاک، تقوای الهی و عمل صالح به کمالات بزرگ انسانی نایل می‌گردند و در نتیجه، اجر الهی را کسب می‌نمایند؛ اما گروهی هم با پشت کردن به ارزش‌های والای انسانی عمل ظالمانه را در پیش می‌گیرند و مصداق: (اولیک کالانعام بل هم اضل) قرار می‌گیرند و در قهقرا سقوط می‌کنند.

از آیات و احادیث معتبر استنباط می‌گردد که کرامت انسان، ذاتی بوده و در حوزه جرم انگاری، نباید این صفت ذاتی الهی (کرامت) خدشه دار گردد، و همچنان در روایات معتبر اسلامی این صفت (کرامت) مورد توجه قرار گرفته است امیر مومنان^(ع) درباره پیامبر اکرم^(ص) میفرماید: "جَعَلَهُ اللهُ بِالْغَا لِرِسَالَتِهِ وَ كَرَامَةً لَأُمَّتِهِ وَ رَبِيعًا لَأَهْلِ زَمَانِهِ وَ رَفْعَةً لَأَعْوَانِهِ وَ شَرَفًا لَأَنْصَارِهِ؛ خداوند پیامبر^(ص) را ابلاغ کننده رسالت، مایه کرامت امت، چونان باران بهاری برای



تشنگان حقیقت در آن زمان، مایه سربلندی مسلمانان و عزت و شرافت یارانش قرارداد (سیدرضی، ۱۴۱۴ق:خ ۱۸۹) همچنین امیرمومنان^(ع) درباره اهلیت پیامبر^(ص) می فرمایند: «فیهم کرائم القرآن و هم کُنُوزُ الرَّحْمَنِ إِن تَطَقُوا صَدَقُوا و إِن صَمَتُوا لَمْ يَسْبِقُوا»؛ همه حقایق کریمه قرآن در اهل بیت^(ع) متجلی است و در اثر علم سرشار، دارای تقوای وافرنده و مظهر کریم اند. (سیدرضی، ۱۴۱۴ق:خ ۱۵۴)

جانیشنی و خلافت انسان در روی زمین ریشه در کرامت ذاتی دارد و یکی از مظاهر کرامت انسان، مقام جانیشنی نسبت به ذات اقدس الهی است که در قرآن به عنوان خلیفه الله یاد شده است (رحمانی، زروندی، ۱۳۸۹، ۴۲)

با توجه به آیات و روایات، انسان دارای مقام بلند و عنوان جانیشنی خداوند را در روی زمین دارد. و در مقام جرم‌انگاری، قانونگذار با توجه به مقام و جایگاه انسان، و با در نظر داشت کرامت انسانی و ارزش انسان، رفتار و اعمال او را جرم‌انگاری نماید. و در جرم‌انگاری مقام جانیشنی و خلیفه اللهی را در نظر بگیرد.

۲. همسو با مقتضیات زمان و مکان و تغییرات جوامع

یکی از اصول که در جرم‌زدایی مورد توجه قرار گرفته است، هماهنگ و همسو بودن با جامعه بین الملل، در راستای به حد اقل رساندن، دخالت در حوزه آزادی‌های فردی است، تا کشورها بتوانند ضمن رعایت موازین بین‌المللی در عرصه جهانی خود را نشان داده و در میان کشورها به رسمیت شناخته شود، امروزه در حوزه حقوق بشری و رعایت آزادی‌های فردی، کشورها تلاش دارند تا ضمن رعایت قواعد و مقررات، معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی را به رسمیت بشناسند. (دهقان، ۱۳۷۷: ص ۷۴)

جوامع انسانی با پیشرفت‌های چشمگیری که در مراحل مختلف علمی فنی و... در حوزه‌های مختلف، دارند، مقتضیات هر عصر و زمان بر مسایل مختلف قابل انکار نیست؛ احکام اسلامی نیز با توجه به تغییرات جهانی و رشد علم و تکنالوژی و با استفاده از احکام حکومتی تغییراتی داشته است، مانند احکامی که در نظام جمهوری اسلامی در مورد تساوی دیه‌ای اقلیت‌های رسمی دینی با مسلمانان، به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. (تبصره ماده ۲۹۷، ۱۳۸۲/۱۰/۶)

احکام اسلامی، یا ثابت است یا احکام متغیر؛ در احکام ثابت، تفاوتی میان معاملات و عبادات نیست، در این مورد جرم‌زدایی امکان‌پذیر نیست. و مجازات ثابت بوده بلکه در هر



زمان و مکان باید اجرا گردد در مورد احکام، میان فقهای اسلامی نظرات مختلفی ارایه شده است:

الف) عده‌ای از فقها بر این عقیده‌اند که احکام اسلامی ثابت و غیر قابل تغییر است و در این نوع احکام، جرم‌زدایی نیز امکان‌پذیر نیست.

ب) عده‌ای از فقها شرایط زمان و مکان را در احکام اسلامی مؤثر دانسته و معتقدند، بر اساس مصالح و مفاسد، احکام پایه‌گذاری شده است و هدف از اجرای احکام، دستیابی و رسیدن به مصالح است. حاکم اسلامی در سیاست‌گذاری جنایی، سیاست‌های مناسب را در اجرای احکام فراهم نماید. حتی در حقوق الناس مانند قصاص، حاکم اسلامی می‌تواند از اجرای قصاص جلوگیری کند. (دهقان، ۱۳۷۷: ص ۷۵)

۱. جایی که اجرای قصاص در تزامم با مفسده‌ای مهم‌تری باشد، مثلاً اجرا نمودن قصاص سبب فتنه و جنگ گردد و قاتل تبعه آن کشور باشد.

۲. حاکم اسلامی تشخیص دهد که مصلحتی در بخشیدن بزهکار است و قصاص تبدیل به دیه گردد. با توجه به احکام و شرایط موجود و تغییرات موضوع، فقهای معاصر (اعم از اهل سنت و تشیع) گرایش دارند به نقش زمان و مکان در استنباط و در روایات اسلامی نیز زمان و مکان در دگرگونی احکام اسلامی اثر گذار است، زیرا تغییرات، یا به سبب تغییر موضوعات است، و یا به سبب تبدیل ملاک‌های احکام است؛ و یا دلایلی دیگری سبب تغییر حکم می‌گردد، مانند روایتی که از حضرت علی^(ع) در توضیح کلام رسول خدا^(ص): «غیروا الشیب و لا تشبهوا بالیهود؛ ظواهر و آثار پیری را تغییر دهید و خود را شبیه یهود نسازید، فرمود: إنا ما قال(ص): ذلک و الدین قلء، فأما الآن و قد اتسع نطاقه و ضرب بجرانه فامرؤء و ما اختار؛ «(رسول خدا^(ص)) این مطلب را هنگامی فرمودند که اهل دین اندک بودند؛ اما اینک که دین گسترش پیدا کرده و استقرار یافته است، هر کس به اختیار خود می‌باشد.» «فقیهان مذاهب مختلف اسلامی معتقدند احکام که با تغییر زمان، مکان و اخلاقیات مردم تغییر می‌کنند.» (سبحانی، ۱۳۸۴، ۴۳)

فقهای مذاهب اسلامی همزمان با تغییر زمان و مکان احکام اسلامی را نیز تغییر داده‌اند به عنوان مثال در صدر اسلام افرادی بودند که خون را می‌خوردند و لذا خرید و فروش آن حرام بود اما امروزه چون موضوع عوض شده خرید و فروش آن برای نجات جان انسان است و لذا معامله آن نیز حرمت ندارد. و این مسأله از مصادیق تغییر زمان و مکان در حکم است.



۳. مفهوم تأثیر زمان و مکان

مراد از تأثیر زمان و مکان این است که نیازهای واقعی انسان و انواع تحولات واقعی، شناسایی گردد و قوانین هماهنگ با آن، از منابع اسلامی توسط متخصصان امور، استخراج و به جامعه عرضه گردد. (دهقان، ۱۳۷۷، ۴۰)

البته باید گفت که زمان و مکان نه تنها بر مصادیق و موضوعات اثر گذار است بلکه در نفس حکم شرعی نیز اثر دارد، ولی اینکه آیا تمام احکام متأثر از زمان و مکان است یا برخی آن، در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد، اما این نکته را باید تذکر داد که احکام و قوانین اسلامی در چارچوب معینی قابلیت انعطاف را دارد و با توجه به شرایط، جای خود را به حکم دیگر یا نقیض خود واگذار می‌کند. به صورت کلی احکام اقسامی دارد مانند:

الف) احکام امضایی

احکام امضایی احکامی هستند که قبل از اسلام سابقه داشته و عرف و عقلا آن را معتبر دانسته یا وضع کرده و بدان عمل نموده اند و عیناً یا با اصلاحاتی از سوی شارع پذیرفته شده است. اهمیت تفاوت این دو احکام در آن است که اگر حکمی امضایی باشد مطالعه چگونگی اعتقاد مردم و نحوه اجرای حکم در زمان امضای آن در شناخت آن نقش مهمی دارد. (مشکینی، ۱۳۷۶: ۷۰) احکام امضایی گاهی ریشه در شرایع گذشته دارد و گاهی ناشی از عرف زمان و بنای عقلا هست. شارع حکمی خاص را نداشته و در واقع این امور را به عقل انسان واگذار کرده است. (نخعی پور، سعیدی، ۱۳۹۶: ص ۱۴۰)

در احکام اسلامی اگر احکام امضایی باشد، شریعت اسلامی آن را تأیید و امضا کرده است و به آن عمل می‌کند و به مرور زمان و با فرهنگ‌سازی، جامعه را سمت و سو می‌دهد تا آن حکم را لغو نماید، مانند برده‌داری که در ابتدا اسلام به عنوان یک دین نتوانست با این پدیده مبارزه نماید و به مرور با این مسأله برخورد نموده و امروزه چنین مسأله‌ی وجود ندارد.

ب) احکام تأسیسی

احکام تأسیسی احکامی است که شارع مقدس بدون هیچ سابقه‌ای نزد عرف و عقلا بر پیامبر (ص) نازل شده اند؛ مانند بسیاری از احکام عبادی همچون: احکام نماز، غسل، وضو و تیمم. در قرآن کریم مواردی زیادی از احکام تأسیسی مانند منع ازدواج هم‌زمان با دو خواهر وجود دارد. (نساء، ۲۳)

شناخت احکام امضایی و تأسیسی، در فهم و شناخت آیات و روایات نقشی بسزایی دارد، و شناخت رفتارها و سنت‌های ناپسند که در زمان جاهلیت وجود داشته است و شناخت روش‌های مقابله اسلام با عادت‌های نادرست در فهم آیات مربوط اثر گذار است.



جرم انگاری و اعمال ضمانت اجرای کیفری یک استثنا بوده و اصل در قواعد حاکم بر زندگی اجتماعی، غیر کیفری بودن است. و از مجموع قوانین حاکم بر زندگی اجتماعی، بخش زیادی از آن دارای ضمانت اجرای غیر کیفری است که تحت عنوان اصل حداقلی بودن حقوق جزا یا اصل صرفه جویی کیفری به عنوان آخرین وسیله یا اصل استثنایی بودن جرم انگاری گفته میشود؛ قاعده- ای که به ظهور سیاست کیفری تقلیل‌گرا انجامیده است. (غلامی، ۱۳۹۲، ۱۸) اما به هر ترتیب می‌توان گفت خلق اصل حداقلی بودن حقوق کیفری در گرو شناسایی حق بر مجازات نشدن برای انسان در کنار سایر حقوق وی بوده است. (غلامی، ۱۳۹۵: ۱۷۳)

یکی از وجوه تمایز انسان با سایر موجودات، مانند حیوانات رفتار اخلاقی است. زیرا انسان، آزادانه با کمال آزادی و اختیار، نوع رفتار خود را انتخاب و منش خود را مشخص می‌نماید و این رفتار که به لحاظ مادی و ظاهری، اخلاقی است باید منبعث از اراده نیک و نیتی خیر باشد، تا آن را رفتاری اخلاقی نام نهاده و تحسین نماییم. این تعبیر مورد اجماع همه فلاسفه اخلاق بوده و از جمله «کانت» بر آن تأکید فراوان دارد. وی در کتاب مابعد الطبیعه اخلاق می‌گوید: که هیچ چیزی بدون قید و شرط، خیر نیست مگر اراده نیک و نیت خیر و از همین رو از اراده نیک به عنوان «خیر مطلق» یاد میکند. (محمد رضایی، ۱۳۷۹: ۵۵) اراده نیک داشتن، از ویژگی‌های افراد انسان است که به حکم انسان بودن این ویژگی‌ها را دارا می‌باشد. و این مسأله سبب تمایز انسان از سایر موجودات مانند حیوانات است.

۴. تورم و افزایش قوانین کیفری

افزایش فزاینده عنوان‌های مجرمانه مورد انتقاد دانشمندان از گذشته‌های دور قرار گرفته و برای نخستین بار در سال ۱۷۴۸ در کتاب «روح القوانين» مورد اشاره واقع گردیده است. «منتسکیو» تورم کیفری را موجب بی‌اعتمادی مردم نسبت به هیأت حاکمه می‌داند. (منتسکیو، ۱۳۱۳: ۲۰۰) و همچنان بکاریا با الهام از او بر لزوم «کاهش عناوین مجرمانه» به عنوان دومین اصل حاکم بر حقوق کیفری، اشاره می‌کند. اگر قوانین کیفری متعدد باشد، شهروندان نمی‌توانند از همه آنها تمکین کنند و عدم تمکین قوانین کیفری چون با ضمانت‌های اجراهای شدید همراست، سبب عکس العمل تند جامعه گردیده و در صورت برخورد شدید بنیان حکومت متزلزل خواهد گردید. به عقیده «بکاریا» آنچه جامعه را از خطر جرایم حفظ می‌کند، حتمی بودن کیفرهاست نه تصویب مداوم و پی در پی قوانین کیفری. استفاده از ضمانت اجرای کیفری در مبارزه با جرایم و اصلاح بزهکار باید به عنوان راهکاری باشد.



۵. دخالت حداقلی در حوزه اخلاق در سایه حق بر مجازات نشدن

در حوزه اخلاق دخالت حاکمان، به صورت حد اقلی باید انجام گردد و در صورت مجازات کردن هم باید در حد ممکن نباید مجازات‌ها، تزدیلی و تحقیری باشد، باید انسانی و از شدت مجازات‌ها نیز کاسته شود. (محمودی جانکی، ۱۳۸۷: ص ۳۲۹)

در اسناد بین‌المللی مانند ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بیان شده است: هیچ کس نباید مورد شکنجه یا بی‌رحمی و آزار، یا تحت مجازات غیر انسانی و یا رفتاری قرار گیرد که منجر به تنزل مقام انسانی وی گردد. و در ماده هفتم کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی سیاسی و اعلامیه مجمع عمومی مصوب ۹ دسامبر ۱۹۷۵ بر حمایت از انسان‌های که مورد شکنجه و اعمال ظالمانه، غیر انسانی و رفتارهایی که باعث سلب حقوق مدنی و اجتماعی آنها می‌شود، شکنجه را منع نموده است.

در قانونگذاری نیز هدف حمایت از ارزش‌های اخلاقی است؛ با توجه به مکاتب و نظام‌های حقوقی گوناگون، نظام حقوقی غرب که از اندیشه‌های لیبرالیستی متأثر می‌باشد، حمایت حداقلی از اخلاقیات را دارد. اما در نظام حقوق کیفری اسلامی در حوزه اخلاق توجه لازم و کافی صورت گرفته و نهادهای کیفری، به هدف تحقق عدالت پایه‌ریزی گردیده که این خود یک مفهوم اخلاقی است.

۶. برسیمت شناختن حریم خصوصی

جرم‌انگاری رفتار اشخاص، در واقع زیر نظر گرفتن اعمال است که انسان آن را مرتکب شده است. از مبانی جرم‌زدایی، عدم ورود به حریم خصوصی است. در آموزه‌های دینی و همچنان در قوانین و اسناد بین‌الملل این مسأله مورد توجه قرار گرفته است، زیرا شکستن حریم خصوصی، در حقیقت ضربه زدن به کرامت انسانی است؛ نقض حریم خصوصی، در قرآن کریم مورد نهی قرار گرفته است. و در قرآن کریم فرموده است: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید از بسیاری از گمان‌ها پرهیزید؛ که پاره‌ای از گمان‌ها گناه است. و جاسوسی نکنید و برخی از شما غیبت بعضی نکنند؛ آیا کسی از شما دوست دارد که گوشت برادر مرده اش را بخورد؟ از آن کراهت دارید از خدا بترسید که خدا توبه پذیر و مهربان است.» (حجرات، ۴۹) و همچنان پیامبر گرامی اسلام (ص) فرمود: من مأمور نیستم از نهان و پنهان مردم جستجو کنم. (کنز العمال، ج ۳، ش ۵۳۰۵۱) و نیز امام صادق (ع) فرمود: از مرام و باورهای مردم جستجو مکن تا تنها و بی‌همراه بمانی. (ری شهری، میزان الحکمه، ج ۱، ص ۱۹۳)

ج) ضرورت جرم‌زدایی در برخی از مواد کد جزا

مواردی زیادی در کد جزا، جرم‌انگاری شده است، با توجه به مطالبی که بیان شد؛ جرم انگاری این موارد نه تنها ضرورت ندارد بلکه سبب تورم قوانین و بی توجهی افراد می‌گردد. از باب نمونه مواردی که لازم است جرم‌زدایی گردد عبارتند از:

۱. توريد محصولات نباتی بدون اجازه نامه

ماده ۸۲۵ کد جزا: «(۱) شخصی که بدون اخذ اجازه نامه نباتات، محصول نباتی و سایر اقلام تنظیم شده مندرج قانون حفاظت نباتات و قرنطین را وارد کند به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی محکوم می‌گردد.» قانونگذار شخصی را که بدون اجازه مقامات دولت، محصول نباتی یا سایر اقلام که در جهت حفظ قانون نباتات در نظر گرفته شده است را وارد نماید به حبس قصیر محکوم می‌گردد.

۲. تولید یا توريد مواد نفتی یا گاز مایع بی کیفیت

ماده ۸۱۱ کد جزا مقرر می‌دارد: «شخصی که مواد نفتی یا گاز مایع بی کیفیت را بدون در نظر داشت معیارهای ملی استاندارد، تولید یا توريد نماید، علاوه بر مصادره مواد نفتی بی کیفیت به حبس قصیر، محکوم می‌گردد.»

در این دو ماده و سایر مواد قانونگذار تولید و یا وارد کردن مواد نفتی یا گاز مایع بدون کیفیت را جرم دانسته و مجازات حبس قصیر (۳-۱) سه ماه تا یکسال در نظر گرفته است.

۳. چیدن پسته و جلغوزه قبل از موعد مقرر

ماده ۸۲۵: کد جزا: «شخصی که قبل از اعلان وزارت زراعت، آبیاری و مالداري، پسته یا جلغوزه را قبل از موعد معین (شکست و شول) بچیند، علاوه بر استرداد حاصلات جمع‌آوری شده، به حبس قصیر، محکوم می‌گردد.»

قانونگذار برای متخلف، مجازات حبس قصیر را در نظر گرفته است. در حالی که با این نوع جرم‌انگاری، زندان‌های کشور مملو از جمعیت زندانی می‌گردد، که هم برای حکومت هزینه‌های جانبی را بدنبال دارد و هم برای خانواده‌ها مشکلاتی را به بار آورده و آسیب‌های جبران‌ناپذیری را برای فرزندان فرد زندانی ایجاد می‌کند.

می‌توان برای رفع تورم قوانین کیفری در بسیاری از موارد از جمله این چند مورد از باب نمونه را جرم‌زدایی نمود، زیرا جرم انگاری بیشتر به آزادی‌های مردم لطمه می‌زند و از طرفی تکالیف نهادهای مختلفی مانند دادسراها، دادگاهها، واداره زندان و... را بیشتر می‌نماید. و از طرفی دخالت‌های کیفری حکومت، دستگاه قضایی را از پرداختن به اهداف و کارکردهای اصلی‌شان که در قانون اساسی بیان شده است باز می‌دارد.



بنا براین برای جلوگیری از تورم قوانین کیفری لازم است، مجموعه قوانین کیفری افغانستان جرم انگاری را به حد اقل رسانده و در بسیاری از ماده‌های کد جزا جرم‌زدایی شود. کد جزا به عنوان مجموعه قوانین جزایی جرم انگاری را به صورت گسترده و وسیع در نظر گرفته است، که این مسأله ضمن تورم قوانین کیفری، باعث دخالت‌های حد اکثر دستگاه عدلی و قضایی می‌گردد.

هم‌چنان افزایش عناوین کیفری، عکس العمل افراد جامعه را به صورت عمل بر خلاف این مقررات (جرم)، به عنوان انتقام در برابر مسئولین جامعه به دلیل تحدید آزادی آنان در پی دارد. درست به همین دلیل است که به عقیده برخی، به کارگیری بیش از اندازه ضمانت اجراهای کیفری، در حد بیشتری خشم و مبارزه افراد نسبت به اجرای قانون را بر می‌انگیزاند. (شرمن، ۱۳۷۴، ص ۷۵)

طبیعی است با جرم‌انگاری بی حد و حصر، جمعیت زندان گسترش یافته، از طرفی آفات زندان را نمی‌توان نسبت به زندانیان و خانواده‌های آنان، انکار کرد اما با جرم‌زدایی، زندان زدایی نیز صورت می‌گیرد و از آفت‌های احتمالی که زندان دارد کاسته می‌شود.

جمع‌بندی

با توجه به مبانی جرم‌زدایی و ضرورت کاهش جرم، حفظ کرامت ذاتی انسان، و حرمت حریم خصوصی، در سیاست جنایی اسلام، در حوزه تعزیرات با وجود مصالح و مفاسد، حاکم اسلامی با توجه به شرایط، اوضاع و احوال، می‌تواند جرم انگاری را کاهش داده و یا از رفتاری خاص جرم‌زدایی نماید.

در سیاست جنایی کشورها، و سیاست جنایی افغانستان، جرم‌زدایی می‌تواند تورم قوانین کیفری را کاهش دهد از طرفی هزینه‌های دولت و درگیر بودن نهادهای دادستانی و قضایی کاهش یافته و زمینه‌ی مداخله به حد اقل می‌رسد. مصادیقی وجود دارد که لازم نیست جرم انگاری گردد، در قوانین کیفری افغانستان جرم انگاری وسیع صورت گرفته در حالی که با تدابیری میتوان جرم انگاری را کاهش داده و جمعیت زندان‌ها را به حد اقل رساند. و از آسیب‌های زندان، افراد را مصون نگهداشت. خصوصاً در بیست سال گذشته و تحت تأثیر افکار و اندیشه‌های غربی قوانینی به تصویب رسیده است که آن را حجیم و گسترده نموده است.

فهرست منابع و مأخذ

۱. قرآنکریم
۲. آمدی، عبد الواحد، غررالْحکْم و درر الکلم، ج ۱، بی تا،
۳. امام خمینی، سید روح الله، تحریر الوسيله، تهران، موسسه تنظیم نشر و آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۹
۴. اعلامیه جهانی حقوق بشر، گرد آورنده هوشنگ ناصر زاده، انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۲.
۵. تمیمی آمدی، عبد الواحد، غررالْحکْم و درر الکلم، قم، دارالکتاب الاسلامی، ج ۲، ۱۴۱۰ ق.
۶. حسینی، سید محمد، سیاست جنایی (مفاهیم مدل‌ها) مجله کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۶، شماره ۱۱.
۷. حاجی ده آبادی، احمد، سلیمی، احسان، اصول جرم انگاری در فضای سایبر (با رویکرد انتقادی به قانون جرایم رایانه ای) نشریه مجلس و راهبرد، ۱۳۹۳، شماره ۸.
۸. جعفری، محمد تقی، حقوق بشر از دیدگاه اسلام و غرب، تهران، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰
۹. دهقان، حمید، تأثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، ۱۳۷۷، شماره ۴۰.
۱۰. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳
۱۱. رضوی، محمد، (۱۳۸۴) جرایم و مجازات‌های نیروهای مسلح به انضمام کاربرد قانونی سلاح، انتشارات هستی نما،
۱۲. ری شهری، محمد، میزان الحکمه، مؤسسه علمی فرهنگی دارالحدیث، سازمان چاپ و نشر، ۱۳۸۶.
۱۳. رحمانی، ابراهیم، مؤذنی، سیامک، جایگاه کرامت انسان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشریه راهبرد توسعه، ۱۳۹۵ شماره ۴۸.
۱۴. زروندی، رحمانی، محمد، «کرامت انسان در قرآن و روایات» نشریه کوثر معارف، ۱۳۹۹، شماره ۱۳.
۱۵. سبحانی، جعفر، مجله فقه اهلبیت، ۱۳۸۴، شماره ۴۳.
۱۶. سعیدی، محمد علی، نخعی پور، قاسم، تبیین احکام امضایی و تأثیر آن در استنباط احکام فقهی، نشریه آموزه های فقه مدنی، ۱۳۹۶، شماره ۱۶.
۱۷. شهید اول، الدروس الشرعیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. شرم، لاورونس؛ "جرم شناسی و جرم انگاری"؛ ترجمه روح الدین کرد علیوند؛ مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۳، ۱۳۷۴
۱۹. صادقی، محمد هادی، (۱۳۸۲) جرایم علیه اشخاص، چاپ ششم، میزان، تهران.
۲۰. طوسی، جعفر بن محمد بن حسن، کتاب الخلاف، دارالکتاب الاسلامیه، (۱۳۹۸ هـ ق)
۲۱. غلامی، حسین، «اصل حد اقل بودن حقوق جزا»، فصلنامه حقوق کیفری، ش ۲، ۱۳۹۱.
۲۲. قیاسی، جلال الدین، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۵.



۲۳. گسن، ریموند، «آیا جرم وجود دارد» ترجمه نجفی ابرند آبادی، علی حسین، مجله تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۷۹، شماره ۳۰-۲۹،
۲۴. مارک آنسل، ترجمه دکتر محمد آشوری- دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی، دفاع اجتماعی، دانشگاه تهران: ۱۳۷۵، چ سوم،
۲۵. مصباح یزدی، محمد تقی، نظریه حقوقی اسلام، مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۰
۲۶. مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، قم، بی نا، بی تا،
۲۷. میوه یان، میلاد، جرم‌زدایی در قوانین جزایی کنونی، قانون یار، ۱۳۹۷
۲۸. مهرا، نسرین، «درآمدی بر جرم‌زدایی، کیفر‌زدایی و قضا‌زدایی» مجله تحقیقات حقوقی، زمستان ۷۶ و تابستان ۷۷، شماره ۲۲-۲۱،
۲۹. می‌ری، دل‌ماس، «نظام‌های بزرگ سیاست جنایی» ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، جلد اول.
۳۰. میل، جان استورات، فایده‌گرایی، چ، ترجمه مرتضی مردیها، تهران، نشر نی، ۱۳۸۸.
۳۱. محمودی، جواد، «قضا‌زدایی و جرم‌زدایی از منظر قانون اساسی و حقوق اداری، مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه رضوی، سال ششم، شماره ۱۹، ۱۳۸۵.
۳۲. نجفی، ابرند آبادی، علی حسین، «از عدالت کیفری تا عدالت ترمیمی» مجله تخصصی دانشگاه علوم رضوی، ویژه حقوق، سال سوم، ۱۳۸۲.
۳۳. وایت، راب و هینس، فیونا، در آمدی بر جرم و جرم‌شناسی، ترجمه میر روح... صدیق بطحایی اصل، انتشارات دادگستر، تهران، ۱۳۸۱.





سال اول، شماره اول، خزان ۱۴۰۲



حق آموزش زن در اندیشه فقهای اسلامی

محمدرضا معرفت*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۵/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۷/۲۰

چکیده

آموزش و تحصیل از مهم‌ترین مقوله‌های است که هم از دید حقوق معاصر و هم از منظر شریعت اسلامی به‌عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر شناخته شده است. حق آموزش زن در اندیشه اندیشمندان اسلامی نه تنها صرفاً یک امتیاز که در برخی موارد به‌عنوان یک وجیبه و تکلیف شرعی نیز مطرح گردیده است. نگاه فقهی آیت‌الله العظمی محسنی (رح) در مورد حق تحصیل زنان از منابع و آثار علمی و فقهی ایشان قابل استنباط است. وی در کتب و بیانات متعدد زن و مرد را به‌طور یکسان از حق تحصیل برخوردار دانسته و حتی در مواردی آموختن برخی از علوم عصری و تجربی (از جمله علم طب) را برای زنان واجب کفایی محسوب نموده است. از منظر فقیه نامبرده حکم اولیه برای برخورداری زنان از حق تحصیل در شریعت اسلامی غیر قابل انکار بوده و دلیل آن نیز ضرورت‌های فرهنگی، اداری، تربیتی و خدماتی نهفته در دانش و آگاهی زنان است که شریعت نیز به حکم مصلحت آن را برای زن و مرد نه تنها به‌عنوان حق که به‌عنوان تکلیف در نظر گرفته است اما به باور ایشان آسیب‌پذیری زنان که ریشه در طبیعت آنان دارد مستلزم وجود برخی از محدودیت‌های است که در صورت واقع شدن آنها در شرایط و احوال خاص جهت حفظ مصلحت شایسته‌تر وضع می‌گردد که در این مورد می‌توان از موجودیت خطر و تهدید به دیانت، تقوا، عفت، شخصیت و نجابت زنان در محیط و جریان تحصیل نام برد.

واژگان کلیدی: آموزش، حق آموزش زن، ضرورت آموزش زنان، محدودیت‌ها و شرایط.

* کدر علمی پوهنتون خاتم النبیین (ص) غزنی، نویسنده.

حق آموزش در واقع نوعی امتیازی است که کلیه‌ی انسانها برای رشد فردی و توسعه اجتماعی نه تنها از آن برخوردار که بدان نیازمند هستند. حقوق بشر مدرن و معاصر که زاده مدرنیته می‌باشد به برخورداری بشر از مجموعه‌ی حق‌های تأکید نموده است که هر انسان به جهت انسان بودن از آن برخوردار است که حق آموزش یکی از مصادیق آن به شمار می‌رود. این مقوله در اندیشه اندیشمندان اسلامی با وجود تأکید فراوان به فراگیری علم اما در مورد حق آموزش زن همواره اما و اگرهای مطرح گردیده که مستلزم بررسی دقیق و فهم عمیق مستندات آن در متون دینی و آثار اندیشمندان برجسته اسلامی است.

در این نوشتار با توجه به اهمیت بحث که هم از جهت نظری و هم از بعد عملی برای جامعه و امت اسلامی هویدا است؛ حق آموزش زنان در پرتو تحقیقات فقهی اکادمسین فقید افغانستان آیت‌الله محسنی^(ح) مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرد. نویسنده بر آنست که با بررسی دیدگاه‌های فقهی فقیه نامبرده برای مسأله اصلی این تحقیق پاسخ دقیق دریابد. مشخص است که مسأله اصلی در این تحقیق چستی حکم تحصیل زنان در فقه اسلامی و اندیشه فقهی آیت‌الله محسنی^(ح) است.

الف) مفهوم حق بر آموزش

حق آموزش که در برخی منابع از آن به عبارت آزادی آموزش نیز نام برده شده است به طور خلاصه به معنای برخورداری از امتیاز تعلیم و تعلم است. به عبارت دیگر، مراد از حق آموزش آنست که هر انسان از صلاحیت و توانایی «آموزش دیدن» و «آموزش دادن» برخوردار باشد و هیچگونه مانعی در این زمینه بر سر راهش وجود نداشته باشد. (عباسی، ۱۳۹۰: ۱۶۹)

آنچه مسلم است این نکته است که بحث از حق آموزش به طور کلی و حق آموزش زن به طور خاص در چارچوبه مباحث حقوق بشر قابل طرح و تبیین است. بدین لحاظ با مطالعه منابع حقوق بشر حق بر آموزش از سوی همه حقوقدانان به‌عنوان مصادیقی از حقوق بشر شناخته شده است و ازین جهت هیچگونه تفاوتی در مورد برخورداری از آن میان انسان‌ها از حیث جنسیت، زبان، نژاد، قومیت، ولادت، تابعیت، مذهب و... وجود ندارد. براین اساس، انسان‌ها به جهت انسان بودن از حق «آموزش دیدن» و «آموزش دادن» برخوردار می‌باشند. اسناد حقوق بین‌الملل معاصر نیز با همین رویکرد حق آموزش را از مصادیق حقوق بشر عنوان نموده و می‌کانبسم‌های جدی را برای حمایت و ترویج آن در نظر گرفته است. (ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ و ماده ۱۳ کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶) با عبور



از اسناد حقوقی معاصر در مورد مقوله حق آموزش می‌بینیم که این مسأله از دیدرس فقهای اسلامی نیز به دور باقی نمانده است چه بسا نویسندگان حقوق اسلامی (فقها) نسبت به این موضوع مباحث عمیق‌تر و دقیق‌تری را مطرح نموده است. اما آنچه را می‌توان مورد اتفاق همه فقهای اسلامی دانست این نکته است که حق آموزش به‌عنوان حق انسانی برای کلیه انسانها مسجل و تثبیت گردیده است و در اصل برخورداری از این حق هیچگونه تفاوتی میان انسانها از جهت جنسیت، ولادت، نژاد، مذهب، قومیت، تابعیت و... وجود ندارد.

نویسندگان اسلامی نیز با استناد به متون دینی و شرعی، تعلیم و تعلم را همانند تربیت و تزکیه از مهم‌ترین اهداف بعثت پیامبران الهی برشمرده و آن را در جهت تعالی و تکامل انسان لازم دانسته‌اند. (الیاسی، ۱۳۹۴: ۳۵۲) به باور اندیشمندان اسلامی، تعلیم و تعلم نه تنها به‌عنوان حق بلکه به‌عنوان وظیفه و تکلیف برای مسلمانان سپرده شده است. برای اثبات این سخن به این حدیث مبارک رسول الله (ص) می‌توان استناد نمود که فرمود: «طلب العلم فریضه علی کل مسلم.» (کلینی، ۱۳۸۵: ۳۰/۱ و مجلسی، ۱۳۸۵: ۱۷۱/۱) هرچند برخی از فقهای اسلامی سند حدیث مذکور را قوی نمی‌دانند. اما آیت‌الله محسنی (ح) در کتاب معجم الاحادیث المعتمره به دلیل تواتر این حدیث آن را صحیح و دارای اعتبار دانسته است. به باور ایشان مراد از کلمه «مسلم» در این حدیث اعم از زن و مرد است چنانچه در بسیاری از آیات قرآن مجید نیز اینگونه لحاظ گردیده است. (محسنی، معجم الاحادیث المتبره، ۱۳۹۶: ۵۱/۱)

در مورد نگاه اسلام به حق آموزش به طور عام و حق آموزش زن به طور خاص بیان حدیث فوق‌الذکر کفایت می‌کند و جای برای هیچگونه تردید باقی نمی‌گذارد. اما پاره‌ای از فقهای اسلامی نیز با استناد به نص صریح آیات شریفه قرآن کریم، آموختن علم و دانش را نه تنها منع ندانسته‌اند بلکه مورد سفارش اُکید قرار داده‌اند. آیه شریفه: «و قُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا» (طه/۱۱۴) که خداوند بشر را دستور به درخواست افزایش علم از پیشگاه ربوبیت خویش نموده است و فرموده: «و بگو پروردگارا بر دانشم بیافزا!»

از سوی دیگر در نخستین آیات نازل شده به پیامبر گرامی اسلام، خداوند پیامبر خود را به خواندن دستور می‌دهد و می‌فرماید: «اقرأ باسم ربك الذي خلق» (علق/۱) به باور مفسرین و نویسندگان اسلامی خداوند متعال به واسطه این آیه شریفه، عقل انسان را از تاریکی جهل و خرافات به سوی روشنایی علم و معرفت و تربیت دعوت می‌کند. (الغامدی، ۱۳۹۴: ۱۵۴)

با دقت به این آیات شریفه و دیدگاه‌های مفسرین جهان اسلام روشن می‌گردد که تحصیل و آموزش برای نوع بشر اعم از زن و مرد نه تنها به‌عنوان حق که شاخص برتری وی نسبت به





دیگران نیز به حساب می‌آید. بنابراین می‌توان بحث را اینگونه پیگیری نمود که حق بر آموزش هم از منظر حقوق بین الملل معاصر و هم از نظر حقوق و فقه اسلامی مورد احترام واقع گردیده است و صرفاً با این تفاوت که در حقوق بین الملل معاصر صرفاً به‌عنوان یک امتیاز برای نوع بشر در نظر گرفته شده است اما در متون دینی اسلامی علاوه بر اینکه امتیاز و حق برای دارنده آن است بلکه به‌عنوان امتیاز و دلیل برتری یک انسان نسبت به سایر انسانها از یکسو و به‌عنوان تکلیف و فریضه دینی از سوی دیگر در نظر گرفته شده است. کلینی مرحوم در اول اصول کافی به سند صحیح نقل کرده است: «عالم ینتفع بعلمه خیر من سبعین الف عابد» به این معنا: «عالمی که به علمش نفع ببرد (یا نفع برده شود) از هفتاد عابد بهتر است.» بدون شک آموختن علم در اندیشه و باور اسلامی از اهمیت بالایی برخوردار است که در آیات و احادیث متعدد می‌توان به این نکته دست یافت. آنچه منطبق قرآنی در مورد آموزش و تحصیل از خود بازتاب می‌دهد نه تنها یک امتیاز طبیعی برای بشر بلکه رمز تعالی و کمال بشر نیز دانسته شده است به گونه ای که خداوند اهمیت آموختن علم را برابر با ایمان انسان مؤمن دانسته است و فرموده است: «یرفع الله الذین آمنو منکم والذین اتوا العلم درجات» (مجادله/۱۱) یا اینکه خداوند در جای دیگری قرآن موضوع را جدی تر مطرح می‌کند و اهمیت علم و جایگاه عالم را در قالب استفهام انکاری تبیین می‌کند: «هل یتوی الذین یعلمون والذین لا یعلمون» (زمر/۹) این آیات به صراحت اهمیت آموختن علم را برای بشر محرز و آشکار می‌سازد که در همه آیات به طور مطلق مطرح گردیده است و صرفاً به طبقه خاص، جنسیت خاص، قومیت و مذهب خاص تعلق ندارد. بنابراین آموزش در اندیشه اسلامی هم حق پنداشته می‌شود، هم تکلیف و هم وجه تمایز و برتری انسانها نسبت به یکدیگر قرار می‌گیرد.

ب) حق آموزش زنان در نگاه فقهای اسلامی

درگفتار اول این نوشتار بیان شد که از یک سو حق بر آموزش یکی از حقوق طبیعی و ذاتی بشر است که هم از نظر نظام‌های حقوقی معاصر و هم از نظر احکام و متون شرعی اسلام مورد حمایت قرار گرفته است. از سوی دیگر، این امتیاز در کلیه‌ای نظام‌های حقوقی برای نوع انسان به جهت انسان بودن وی تعلق گرفته است و هیچ تفاوتی میان انسان‌ها از جهت جنسیت، قومیت، مذهب و... وجود ندارد. از سوی سوم، تفاوت میان نگاه حقوق مدرن و حقوق اسلامی نسبت به حق تحصیل و آموزش این است که در حقوق مدرن آموزش دیدن و آموزش دادن صرفاً به‌عنوان یک حق و امتیاز برای انسان شناخته شده است اما در باور اسلامی

نه تنها حق که فراتر از آن به عنوان تکلیف و فریضه در نظر گرفته شده است. اثاب کننده این سخن برخی از آیات قرآن کریم است که آموزش و علم را موجب امتیاز و برتری انسانها نسبت به یکدیگر عنوان نموده است. اما در این گفتار برآنیم که نگاه فقهای اسلامی را به طور مفصل تر در مورد حق آموزش زنان مورد واکاوی قرار دهیم.

آیت الله محمدیزدی یکی از فقهای اسلامی حق تحصیل علم را یکی از حقوق طبیعی و از مصادیق حقوق بشر عنوان نموده و گفته است: «هیچ کس را نمی توان از تحصیل منع کرد، منع از تحصیل یک کار ضد حقوق بشری است.» (یزدی، ۱۳۹۰، ۷۰) علامه حلی (ح) در مورد حق تحصیل چنین ایراد نموده است که حکم اسلام در مورد تحصیل علم به چند دسته تقسیم می شود. برخی علوم آموختن آن واجب عینی است که ما آن را علم عقائید مینامیم. برخی علوم فراگیری آن واجب کفایی است مانند علم اصول فقه، طب، ریاضی و... برخی علوم فراگیری آن مستحب است مثل آموختن هر رشته ای علمی که متخصص به اندازه کافی در آن مورد در جامعه وجود دارد. برخی علوم آموختن آن حرام است مثل سحر، کهانت و امثال آن که در این احکام هیچ تفاوتی میان زن و مرد وجود ندارد صرفاً زنان باید در فراگیری علم سعی کند مرتکب حرام نشود. (حلی، تذکره الفقهاء: ۹/ ۳۶-۳۷)

آیت الله فیاض (دام عزه) که یکی از فقهای به نام جهان اسلام به شمار می رود، نیز با استناد به حدیث پیامبر گرامی اسلام که فرموده است: «العلم علمان، علم الأبدان و علم الإیمان» یعنی علم دو نوع است یکی علم دین و دیگر علم بدن (علم طب) چنین تبیین نموده است که اسلام علم طب را در ردیف علم دین قرار داده و جامعه ای را که از علم طب فاصله داشته باشد جامعه بیمار، عقب مانده و بی ارزش می داند در این خصوص نیز هیچ تفاوتی میان زن و مرد وجود ندارد.

ج) حق آموزش زن در اندیشه حضرت آیت الله محسنی (ح)

پیرامون حق تحصیل زن از منظر برخی از فقهای اسلامی بحث مختصری مطرح گردید. اینک به بررسی دیدگاه فقهی آیت الله محسنی (ح) در مورد حق آموزش زنان می پردازیم که رویکرد این نوشتار نیز بیشتر متمرکز به دیدگاه های فقهی ایشان است. در اینجا لازم می دانم که قبل از طرح فتاوی شرعی و نظریات فقهی ایشان این بریده ای از سخنان ایشان را به عنوان مقدمه بحث مطرح کنم. ایشان در یکی از سخنرانی های علمی خود چنین ایراد نموده اند: «زنان می توانند هم در علوم تجربی، هم در علوم انسانی و هم در علوم دینی متخصص

باشد) (قطعه‌ی از سخنرانی نامبرده) این سخن به‌طور کلی می‌تواند بیانگر نظر فقهی ایشان در مورد حق آموزش زنان قرار بگیرد.

برای بررسی دیدگاه آیت الله محسنی (رح) در مورد حق آموزش زنان منابع زیادی از ایشان در دسترس قرار دارد که می‌توان کتب، سخنرانی‌ها، جلسات درسی، توضیح‌المسائل شرعی و استفتات وی را نام برد. به صورت کلی می‌توان دیدگاه‌های ایشان در مورد حق آموزش زنان را در چهار مبحث جداگانه مورد بررسی قرار داد. اما قبل از آن باید یادآور شد که نگاه کلیه فقهای اسلامی با استناد به منابع دسته اول شرعی اسلام نسبت به حق آموزش زنان جنبه اثباتی داشته و هیچ مجتهدی در حکم اول زنان را از حق آموزش محروم نمی‌داند بلکه آن را مورد سفارش و تأکید نیز قرار داده اند. اما با توجه به شرایط و احوال خاصی که بعداً به بیان آن می‌پردازیم زنان ممکن است تحت آن شرایط از آموزش منع شوند که حتی از نظر شرعی برخی فقها، در شرایط مزبور بر آموزش و تحصیل مردان نیز محدودیت وضع می‌شود که در جای خودش بیان خواهد شد. از دیدگاه آیت الله العظمی محسنی نیز حق تحصیل زن مطابق حکم اولی شرعی نه تنها به‌عنوان حق و امتیاز که به‌عنوان تکلیف و وظیفه شرعی در نظر گرفته شده است. در ذیل به ترتیب مطابق نظر فقیه نامبرده مباحث را در سه بخش: «دیدگاه کلی»، «ضرورت آموزش زنان» و «شرایط و محدودیت‌های آموزش زنان» مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. دیدگاه کلی

دیدگاه کلی آیت الله محسنی (رح) در مورد حق آموزش زنان از کتب، آثار علمی و فقهی و بیانات نامبرده به خوبی قابل استنباط است. وی در موارد متعدد با تأکید بر فراگیری علم، آموزش را تنها راه نجات و رهایی از هر نوع مشکلات و گرفتاری‌های اجتماعی، اخلاقی و روانی می‌داند و می‌گوید هیچ دین و مکتبی به اندازه اسلام روی مسأله آموزش علم توجه و تأکید ننموده است. در کتاب روش جدید اخلاق اسلامی خود چنین ایراد نموده است: «نادانی از بزرگترین بلاهای انسانیت است، اکثر بدبختی‌های اخلاقی، روانی و اجتماعی و خصوصی از نادانی بروز می‌کند، شاید هیچ دینی و قانون و مکتبی به اندازه اسلام به آموختن علم و اهمیت علم و علماء سفارش ننموده باشد. بلی مدح علم و علما و نکوهش جهل و نادانی در حد بی‌نظیری در قرآن و سنت وجود دارد. و مسأله آنقدر واضح است که نقل نصوص دینی را تقریباً غیرمفید می‌سازد» (محسنی، روش جدید اخلاق اسلامی، ۱۳۶۵، ۱۸۲) وی در ادامه این سخن صرفاً به استناد یک روایت اکتفا می‌کند که بیانگر ارزش علم و جایگاه عالم است. این روایت را حضرت آیت الله العظمی محسنی (رح) به نقل از مرحوم



کلینی مطرح می‌کند که در اصول کافی آورده شده است: «عالم ینتفع بعلمه خیر من سبعین الف عابد» به این معنا که عالمی که از علمش نفع ببرد (یا از علمش نفع برده شود) از هفتاد عابد برتر است. بیان این روایت و تأیید آن از سوی ایشان حاکی از باورمندی کامل وی به ضرورت آموختن علم است که به صورت مطلق آن را بیان نموده و هیچگونه قرینه مبنی بر دلالت آن صرفاً نسبت به مردان وجود ندارد. پاسخ به پرسش‌های شرعی جوانان و مؤمنین که در دوران حیات پر بار فقیه نامبرده یکی از برنامه‌های اصلی ایشان بوده است، نیز از منابعی است که می‌توان دیدگاه فقهی ایشان را در این زمینه پیدا نمود. در موارد متعدد که سوال در زمینه برابری حق تحصیل زن و مرد مطرح گردیده است، ایشان زن و مرد را از حق تحصیل به طور یکسان برخوردار دانسته و هیچ تفاوتی ذاتی در این زمینه میان آنها قائل نمی‌باشد. به طور مثال سوالی که از سوی دختر خانمی در این ارتباط مطرح گردیده است از سوی ایشان چنین پاسخ داده شده است: «دختری هستم که بیست و یک سال دارم و تازه از صنف دوازده فارغ شدم، آرزو دارم که ادامه تحصیل دهم اما فامیلم اجازه نمی‌دهد. آیا حق زن و مرد در کسب تحصیل علم در جامعه یکسان نیست؟ جواب: در مورد تحصیل، حق هر دو یکسان است ولی توجه کنید که تحت تأثیر افراد شاید قرار نگیرید.» (محسنی، پاسخ سوالات فقهی، اخلاقی و متفرقه، : ۴۳۶) در جای دیگر نیز در پاسخ به سوال شرعی دختر خانمی چنین ایراد نموده است: «دختری هیجده ساله‌ی هستم که خیلی دوست دارم در آینده برای خود شخصی باشم، اما پدرم اجازه رفتن به دانشگاه را نمی‌دهد. لطفاً راهنمایی نمایید! جواب: در یکی از مدارس دینی بروید و درس بخوانید تا شخصیت فراگیر شوید.» (همان: ۴۳۷) جواب اخیر ایشان بیانگر این نکته است که برای تحصیل زنان و دختران هیچ محدودیتی وجود ندارد اگر احوال و اوضاع حاکم بر محیط تحصیلی زن غیر شرعی باشد باید آن شرایط را تغییر داد و در محیطی شرعی که شرایط فراهم باشد به ادامه تحصیل پردازد.

فقیه نامبرده^(ح) در توضیح المسائل طبی خود که از جمله آثار فقهی گرانسنگ ایشان به شمار می‌رود در مورد حکم فراگیری علم طب از سوی زنان و دختران چنین فتوا داده است: «بعید نیست بر دختران و زنان آموختن علم طب در رشته قابلیت و امراض زنانه واجب کفائی باشد، و در این صورت حکومت اسلامی می‌تواند زنان و دختران با استعداد را به مقدار نیاز مجبور به یاد گرفتن علم طب نماید.» (محسنی، توضیح المسائل طبی، ۱۳۷۵: ۱۱) ایشان در جای دیگر اشاره به مبلغین و قلم‌بدستان جامعه اسلامی توصیه می‌کند که نباید به گونه قلم فرسایی نمایند و از اسلام تبلیغ کنند که مسلمانان را از تحصیل علم دلسرد سازند: «در اینجا باید به همه دلسوزان به اسلام و مسلمین خاطر نشان گردد که در ارشاد مسلمانان چه در



سخنرانی و چه در قلمفرسائی نباید مسلمانان را از تحصیل علم و آموختن صناعات و ترقی مادی دل زده نمایند که در ترك ترقی مادی مغلوبیت اسلام نهفته است» (محسنی، گوناگون، ۱۳۹۵: ۳۴) این سخن به وضوح دیدگاه ایشان را در مورد حکم شرعی تحصیل علم نسبت به مسلمانان بیان می‌دارد و چنانچه ملاحظه می‌گردد هیچگونه قید و شرطی جنسیتی برای آموختن علم ذکر نگردیده است. نامبرده در موردی دیگر در پاسخ به سوالات شرعی مؤمنین که پرسیده بودند: «علمی که در اسلام برای مرد و زن فرض شده است شامل کدام علوم است؟ آیا به خاطر آموختن علم، ما نیاز به اجازه داریم؟» چنین ایراد نموده است: «علم عقاید، علم فقه حلال و حرام شرعی و آموختن آن، محتاج به اجازه نیست». براین اساس آنچه از سوال مزبور و پاسخ ایشان فهمیده می‌شود این است که در آموختن مسایل شرعی حتی اجازه زنان از مردان لازم نیست و فراگرفتن آن وجیبه دینی به شمار می‌آید. (محسنی، پاسخ سوالات فقهی، اخلاقی و متفرقه، ۱۳۹۴: ۵۶۷)

آیت الله العظمی محسنی (ح) با اهتمام به فراگیری علم و دانش از سوی همه افراد جامعه اما فراگیری علم از سوی زنان را بیشتر در محاق توجه و تأکید قرار داده و در بیان وظایف شرعیه زنان آنگاهی که سایر وظایف و تکالیف زنانگی زنان را بر می‌شمارد، مسأله آموختن علم را نیز از نظر دور نمانده و تحصیل را از وظایف آنان به حساب می‌آورد: «به تحصیل علم پردازند که رشد نسل آینده به همین موضوع مربوط است.» (محسنی، نقش اسلام در عصر حاضر، ۱۳۸۷: ۷۰) این سخن ایشان نه تنها حق تحصیل زن که وظیفه تحصیل علم برای زنان را ثابت می‌سازد. فقیه نامبرده در جای دیگر برای رد شبهه‌ی که ممکن است ذهن برخی‌ها را به مسیری سوق دهد که گویا اسلام با اصل تحصیل و آموزش زنان مخالف است، چنین ایراد نموده است: «اسلام نه تنها با اصل بیرون رفتن زن از خانه و تحصیل و فعالیت اجتماعی و سیاسی و اقتصادی زن مخالف نیست، بلکه بر موارد همچون علم آموزی نیز سفارش می‌کند.» (محسنی، رنگارنگ، ۱۳۹۴: ۳۶۳) بحث در مورد حق آموزش زنان از منظر آیت الله محسنی (ح) آنگاهی که ایشان در مورد حقوق دختران سخن می‌زند، زیبایی و شکوه بیشتری را به خود می‌گیرد. ایشان با بیان اینکه زنان و دختران حق تحصیل و آموزش دارند، مردان را به حمایت از دختران و زنان برای بالندگی نسل‌های آینده جامعه تشویق و توظیف می‌کند: «مردان باید متوجه باشند اگر زنان، با فضل و اخلاق باشند، نسل جدید خیلی خوب تربیت می‌شوند ولی اگر زنان، جاهل و بی‌سواد و بی‌خبر از دین باشند، نسل جدید همانند مادران خود بیکاره بار می‌آیند.» (محسنی، نقش اسلام در عصر حاضر، ۱۳۸۷: ۶۹) وی با بیان این مطلب داشتن آینده روشن و درخشان جامعه را نتیجه باسواد بودن مادران و زنان جامعه



دانسته و بر عکس تاریکی و مشکلات آینده جامعه را معلول جهل و بی‌سوادی آنان می‌داند. بدون شک تجربه جوامع توسعه یافته نیز مؤید این سخن است. انکشاف و توسعه کشورها و جوامع نه تنها ثمره زحمات و تلاش‌های مردان تحصیلکرده که نتیجه تلاش‌های زنان و مردان باسواد، تحصیلکرده و متخصصی بوده که دوش به دوش یکدیگر برای توسعه و آبادانی جامعه شان کار کرده‌اند. حتی در جوامع غربی که با وجود شعارهای رنگارنگ و پر زرق و برق نسبت به حقوق زنان با وجود مؤثریت جدی زنان تحصیلکرده در روند توسعه و انکشاف اجتماعی اما در عمل همواره عفت و شخصیت زنان را مورد بی‌توجهی و ستیز قرار داده‌اند.

حکم شرعی تحصیل و آموزش زنان در شریعت اسلامی از منظر آیت الله محسنی (رح) آنگاهی که ایشان آموختن و فراگرفتن علم را از عبادات محسوب می‌کند واضح‌تر و عمیق‌تر می‌گردد. در این زمینه چنین ایراد نموده است: «به هر حال، در مورد خلقت انسان نیز این سؤال وجود دارد که انسان را برای چه خلق نموده است؟ در جواب قرآن مجید می‌فرماید: برای عبادت خالق، عبادت خالق عبارت‌اند از نماز، روزه، خمس، زکات، حج، جهاد، اعتکاف و هم‌چنین کارهای مستحبی مانند، خدمات اجتماعی، کمک به فقراء، کمک به خلق الله، درس خواندن و علم آموختن در ابعاد مختلف، به نیت این که درس بخواند، علم پیدا کند تا قربة الی الله برای مردم مسلمان و کشور اسلامی خود خدمت کند. این‌گونه علم آموختن عبادت است، کمک نمودن به فقراء درس خواندن، اختراع، ابتکار و نوآوری همه و همه، اگر به نیت قربة الی الله و خدمت به مردم مسلمان باشد از عبادات خدا محسوب می‌شود.» (محسنی، انوار هدایت، ۱۳۹۴: ۲/۲۷۷) در این بیان زیبا که علم‌آموزی جزئی از عبادات الهی به حساب آمده، یقیناً هیچ‌گونه تفاوتی میان زن و مرد در برخورداری از این حق وجود ندارد. زیرا، خداوند خود فرموده است که: «و ما خلقت الجن و الانس الا ليعبدون» (الذاریات/۵۶) چنانچه در عبادت خداوند هیچ تفاوتی میان زن و مرد وجود ندارد یقیناً در برخورداری از حق آموزش نیز این تفاوت وجود نخواهد داشت. به‌طور کلی نظر فقهی ایشان در خصوص حق تحصیل زن و اشتغال آنان و سایر موارد مشابه چنین است: «به عقیده نگارنده محصور کردن زن در خانه و بی‌سواد نگهداشتن او در زمان ما، به صلاح نیست، تحمیل کار خانه و مهمان‌داری و لباسشویی و پخت و پز بدون رضایت زن جایز نیست، بگذارید دختران ما درس بخوانند، احکام دینی خود را یاد بگیرند. در يك جوّ تقوی و ادب با حفظ حجاب در امور سیاسی و اجتماعی حسب دلخواه خود اقدام کنند و آزاد باشند و حتی بتوانند به بازی‌های مورد علاقه مانند فوتبال، والیبال، تنیس و شنا و غیره در يك محیط خلوت و بدور از انظار مردان مشغول گردند و مصلحین عاقبت اندیش بدانند که افراط در تقیید زن،



موجب تفریط می‌شود و تفریط منجر به افراط می‌شود. و خیرالامور اوساطها» (محسنی، زن در شریعت اسلامی، ۱۳۹۱: ۸۹).

۲. ضرورت به آموزش زنان

آنچه مسلم است این نکته است که احکام شرعی اسلام مبتنی بر حکمت الهی بوده و در کلیه واجبات و محرمات الهی مصلحت و مفسده نهفته است. اگر برای زنان حق و فریضه آموختن دانش در نظر گرفته شده است باید دلیل و مصلحتی نیز در آن وجود داشته باشد کما اینکه در این مورد اگر قائل به منع شرعی باشیم باید مفسده‌ی نیز برای آن پیدا نماییم. با مرور به منابع شرعی به خصوص آثار فقهی اکادمین آیت الله محسنی^(ح) ضرورت‌های جدی برای تحصیل دختران و زنان مطرح گردیده است که هرکدام می‌تواند دال بر وجود مصلحت در فریضه آموزش زنان و دختران باشد. نخستین ضرورت برای آموزش زنان را می‌توان از تربیت سالم نسل آینده جامعه نام برد. تردیدی نیست که مادران در تربیت فرزندان خود نقش اساسی و تعیین کننده دارند. همین طور شکی نیست که خانواده رکن رکن جامعه بوده و والدین دو ستون محکم و سازنده خانواده محسوب می‌گردند. در این روند اگر الگویی از جامعه آرمانی را بخواهیم ترسیم نماییم می‌بینیم که جامعه سالم و بالنده بر بال خانواده‌های سالم به پرواز می‌نشینند بنابراین برای تحقق این مهم باید به سراغ خانواده‌ها رفت و کانون خانواده را اصلاح و بازسازی نمود. در ایجاد خانواده سالم کلید سازندگی و اصلاح در دست والدین قرار دارد و در این میان مادران که مریبان اصلی فرزندان خود هستند نقش اول و تعیین کننده در تربیت اولاد و از این طریق تشکیل خانواده سالم و سپس ایجاد جامعه آرمانی و سالم را دارا اند. مادران که آموزگاران مهم زندگی هر انسان به حساب می‌آیند به یقین مسؤولیت سنگین نیز در این راستا به دوش دارند. آیت‌الله محسنی^(ح) ضرورت آموزش زنان را با ذکر این سخن روشن نموده است: «بلی یکی از مهمترین وظایف زن، پرورش و تربیت سالم فرزندان اوست که سرنوشت آینده کشور وابسته به سلامت و تربیت و کمال آنان است و بسیار مشکل است که جز مادر کسی بتواند نیازهای بچه‌ها را تأمین نماید» (محسنی، جوانان و دوره جوانی: ۵۴) یا در جای دیگری با اشاره به این مسأله بیان می‌دارد که: «فراموش نکند که خانه داری و تربیت اولاد نشانه و علامت عقب‌ماندگی و پسمانی زن نیست بلکه از مقدس‌ترین و مهمترین فعالیت‌های پرثمر اوست. همیشه صلاح نسل آینده در گرو تربیت مادران امروزی است.» (محسنی، مباحث علمی دینی، ۱۳۸۷: ۸۱/۱) این نکته به خوبی نگاه ایشان را در مورد ضرورت آموزش زنان برای تربیت سالم نسل آینده و رسیدن به جامعه عاری از فساد و بدبختی روشن می‌سازد. همین‌طور در مورد دیگر بازم با تأکید به ضرورت تحصیل زنان به منظور تربیت



سالم نسل آینده جامعه چنین ایراد نموده اند: « زنان باید به تحصیل علم بپردازند که رشد نسل آینده به همین موضوع مربوط است. » (محسنی، نقش اسلام در عصر حاضر، ۱۳۸۷: ۷۰)

همین طور نقش زنان را در توسعه علمی و انکشاف اجتماعی نیز نمی توان از نظر دور داشت. بنابراین ضرورت آموزش آنان را برای تحقق این مهم نیز باید مورد توجه قرار داد. آیت الله محسنی بر این ضرورت انگشت نهاده و آن را از مهم ترین دلیل التزام زنان به تحصیل علم عنوان نموده است. وی فراگیری علم طب را برای زنان واجب کفایی دانسته و بیان داشته است که: « بر اساس روایاتی زنان در جبهات جنگ در زمان حیات پیامبر اکرم بتداوی معجروحان می پرداختند. بلکه می شود گفت که آموختن طب بر زنان واجب کفایی می باشد تا زنان مریض در موقع عملیات و امثال آن توسط زنان تداوی شوند » (محسنی، تصویری از حکومت اسلامی در افغانستان، ۱۳۷۱: ۱۸۴) همین طور در جای که معظم له مبلغین اسلامی را به تبلیغ درست از معارف اسلامی ارشاد می نمایند و آنان را از تبلیغی که امت مسلمه را از آموختن علوم عصری و صناعات و توسعه و انکشاف اجتماعی دلسرد نماید منع می نماید و ضرورت دلگرمی و التزام امت اسلامی به علوم روز و صناعات انکشافی را چنین توضیح می دهد: « در ترک ترقی مادی مغلوبیت اسلام نهفته است. » (محسنی، گوناگون، ۱۳۹۵: ۳۴) ایشان در پاسخ به سوال شرعی دختر خانمی که به دلیل عدم موافقه خانواده اش از ادامه تحصیل خود نگران بوده و از ایشان راهنمایی خواسته است چنین ارشاد نموده اند: « با حجاب درس بخوانید و در مدرسه دختران، معلمی کنید. » وی با بیان اینکه فراگیری علم برای زنان برای توسعه و ترقی جامعه که ضرورت جدی برای آن وجود داشته باشد فرض دانسته و بیان نموده است که: « بعید نیست بر دختران و زنان آموختن علم طب در رشته قابلگی و امراض زنانه واجب کفایی باشد، و در این صورت حکومت اسلامی می تواند زنان و دختران با استعداد را به مقدار نیاز مجبور به یاد گرفتن علم طب نماید و چون اوضاع زندگانی امروز با گذشته فرق زیادی پیدا نموده کسی نمی تواند برای نفس این وجوب به سیره تمسک جوید و این تعلیم اجباری در فرض احتیاج در همه رشته های علمی و صناعات لازمه از وظایف حاکم شرعی است. » (محسنی، توضیح مسائل طبی، یا وظیفه شرعی داکتران و بیماران، ۱۳۷۵: ۱۲) مطابق با این دیدگاه معظم له، نه تنها فراگیری علم در رشته طب که در همه رشته ها و صناعات مورد نیاز جامعه برای زنان واجب بوده و برای حاکم اسلامی نیز لازم است که زنان را در این مسیر حمایت و حتی به قدر نیاز اجبار نماید. بنابراین دومین ضرورت برای برخورداری زنان از حق آموزش و حتی تکلیف زنان به آموختن علم، نقش و تأثیر گذاری جدی زنان در روند توسعه و انکشاف اجتماعی است.



حفظ فرهنگ و هویت دینی زنان سومین ضرورتی است که برای تحصیل و آموزش آنان می‌تواند مطرح باشد. برای اینکه زنان بتوانند هویت و فرهنگ اسلامی خود را که سپر محکم در برابر اهداف ضد ارزشی و تبهکارانه انسانهای سودجو و کام‌پرور برای آنها است، حفظ نمایند، لازم است که ظرفیت علمی و سطح آگاهی آنان در عرصه‌های مختلف تقویت شود. این مهم میسر نیست مگر با آموزش زنان و دختران مطابق فرهنگ و شئون اسلامی. این محور از دیدرس آیت الله محسنی^(ح) نیز بدور نمانده است. نامبرده در این زمینه چنین اشاره نموده است: «در دین مقدس اسلام، فراگیری علوم و تحصیل آن، برای همه سفارش شده است و در این مورد بین زن و مرد استثناء قایل نشده است؛ لذا همه مردم وظیفه دارند که برای تحصیل علوم تلاش نمایند؛ اما در شرایط کنونی این موضوع برای خانم‌ها بسیار جدی و ضروری است؛ زیرا دشمنان اسلام برای ضربه زدن به پیکر جامعه‌ی اسلامی، بیشتر طبقه‌ی اناث را آماج تبلیغات زهرآگین خود قرار می‌دهند. آنها به نام حقوق زن، آزادی، دموکراسی، تساوی حقوق و... می‌خواهند زن‌های مسلمان را منحرف نموده و به فساد اخلاقی بکشانند. نمونه‌ی آن را همه‌ی ما در تبلیغات تجارتهای بعضی از رسانه‌های صوتی، تصویری و تحریری مشاهده می‌نماییم. بنابراین بهترین راه مقابله با این تهاجم ضد انسانی، آگاهی دادن زنان، توسط مبلغین اناث است.» (محسنی، انوار هدایت، ۱۳۹۴: ۱۶/۱)

۳. شرایط و حدود آموزش زنان

در مباحث پیشین احکام آموزش زنان و دختران مطابق فتاوی و دیدگاه‌های فقهی آیت الله العظمی محسنی^(ح) مطرح گردید و ضرورت آموزش زنان نیز به‌طور مختصر بیان شد. اینک به این مسأله می‌پردازیم که مطابق نظریات فقهی معظم‌له کدام شرایط و حدود برای برخوردارگی از حق تحصیل یا ادای تکلیف شرعی تحصیل از سوی زنان وجود دارد؟ آنچه روشن است این نکته است که در بینش اسلامی آنکه صرفاً محق است فقط خداوند تبارک و تعالی است و اگر انسانها از حقوق و آزادی‌های برخوردار می‌شوند استفاده از این حقوق و آزادی‌ها مطلق نیست بلکه مقید به شرایطی خاصی است که در نبود این شرایط و محدودیت‌ها استفاده از حق مورد نظر برای انسان بجای مصلحت، مفسده خلق می‌نماید. حق آموزش زنان نیز از این قاعده کلی مستثنا نیست و قطعاً تابع شرایط و محدودیت‌های است که شرعاً باید مورد توجه قرار داده شود. شرایط و حدود برخوردارگی زنان از حق آموزش با توجه به اهمیت این مبحث مستلزم آنست که از منظر آیات و سنت به‌طور مبسوط مورد بررسی قرار بگیرد. برای بررسی و کنکاش در این زمینه، طرح احادیث و روایات از منابع حدیثی و روایی و نیز دیدگاه‌های فقهای تمامی فرق اسلامی می‌تواند حایز اهمیت باشد اما با توجه به



گنجایش اندک این نوشتار صرفاً به بررسی چند مورد از احادیث مستند به منابع اهل سنت و منابع اهل تشیع از یکسو و بررسی نظریات آیت‌الله محسنی^(ح) از سوی دیگر اکتفا می‌کنیم. در منابع حدیثی اهل سنت از جمله صحیح بخاری، سنن ابی داوود، تفسیر طبری و امثال آن و در منابع اهل تشیع نیز در اصول کافی، بحارالانوار و معجم الاحادیث المعتمره و سایر منابع که در گفتار اول این نوشتار به آنها اشاره رفت، بحث‌های مبسوط و احادیث متعدد از پیامبر گرامی اسلام در مورد تعیین حدود شرعی آموزش زنان از جمله بحث اختلاط زن و مرد، پوشش و خروج از خانه به منظور آموزش بیان گردیده است که همه در راستای عزت و شرافت زن و تحکیم بنیادهای خانواده‌ها و اجتماع است. با استناد به این احادیث زنان باید در جریان آموزش بحث پوشش، اختلاط با مردان بیگانه و خروج از خانه با اجازه شوهر یا ولی را مطابق احکام شریعت اسلامی مورد توجه قرار دهد. از جمله طبری از عایشه نقل نموده است: «که روزی دختر برادرم عبدالله بن طفیل بر من وارد شد و سپس رسول خدا^(ص) وارد شد و روی از من برگرداند. برایش گفتم ای رسول خدا این دختر برادرم است و نوجوانی بیش نیست. ایشان فرمود هنگامی که دختر به سن بلوغ می‌رسد تنها جایز است که صورت و دستانش آشکار باشد، سپس دستش را به محل جدایی ساعد از کف دست دیگرش قرار داد.» (طبری، ۱۴۱۲: ۹۳/ ۱۸) در حدیثی دیگری حضرت علی^(ع) از پیامبر گرامی اسلام نقل می‌نماید که حضرت نگاه شهوت‌آلود به نامحرم را به تیر زهراگین دشمن تشبیه نموده و فرموده است: «نگاه کردن در محاسن زنان، تیری است زهرآلود از تیرهای ابلیس؛ هرکه چشم نگهدارد، خداوند او را به بندگی آن عبادتی کرامت کند که به ثواب آن شادمان گردد.» (ابوالفتوح رازی، ۱۴۰۸: ۱۲۴)

در مورد اختلاط زن و مرد نیز مطابق برخی منابع اهل سنت عدم اختلاط زن و مرد نامحرم حتی در ورود و خروج از مسجد آنقدر برای آنحضرت^(ص) اهمیت داشت که دروازه‌ی را مخصوص ورود و خروج زنان در مسجد قرار داده بودند و مردان حق ورود و خروج از آن در را نداشتند. حدیث تأکید می‌کند که: «عبدالله بن عمر تا زمانی که زنده بود هیچگاه از در مذکور رفت و آمد ننمود.» (ابو داوود، ۲۰۰۹: ۴۲۳/۱)

یا اینکه ام سلمه^(س) در توصیف رفتار پیامبر گرامی اسلام گفته است که آنحضرت^(ص) پس از اتمام نماز مکت می‌نمودند و بگونه‌ای از مسجد خارج می‌شدند که زنان از مسجد خارج شده و وارد خانه‌های خود می‌شدند و تا هنگامی که رسول خدا بلند نشده و از مسجد خارج نمی‌شد سایر مردان نیز از مسجد خارج نمی‌شدند تا بدین ترتیب جلوی هرگونه تماس بدنی گرفته می‌شد. (بخاری، ۱۴۰۷: ۱/ ۲۹۵ و سنن نسائی، ۱۴۰۴: ۳/ ۶۷)

همین طور در صحیح مسلم نیز از پیامبر گرامی اسلام نقل گردیده است که آنحضرت (ص) فرموده است: «هیچ زنی با مرد نا محرمی خلوت نکند مگر محرمی همراه او باشد» (زیدان، ۱۳۹۴: ۱۴۰) یا اینکه مشخصاً در مورد آموزش زنان در دوره پیامبر گرامی اسلامی به نقل صحیح بخاری از ابو سعید خدری که گفته است: «زنان به پیامبر اسلام (ص) گفتند مردان در استفاده از محضر شما بر ما پیشی بسته اند پس خود روزی را بر ما اختصاص بده، آنحضرت نیز چنین کرد و روزی را در هفته برای ملاقات با آنان تعیین کرد که در آن روز به تعلیم زنان می پرداخت.» (بخاری، ۱۳۴: ۲)

آیت الله محسنی (ح) نیز توجه به شرایط و حدود شرعی برای آموزش زنان را شرعاً لازم دانسته و در این مورد اجازه ولی و شوهر، چگونگی محیط تحصیل، خطرات احتمالی که نجابت و شخصیت آنان را در جریان تحصیل به خطر اندازد مطرح نمود است. معظم له در پاسخ به استفتاء یکی از مؤمنین که پرسیده بود در تحصیل کدام علم اجازه زن از سوی ولی یا شوهر وی لازم است، چنین پاسخ داده است: «علم عقاید، علم فقه حلال و حرام شرعی و آموختن آن، محتاج به اجازه نیست». این بدین معناست که در فراگیری علم فقه و شناختن حلال و حرام شرعی اجازه والدین و شوهر که در سایر امور اجازه آنها ممکن است لازم باشد، شرط نیست. اما در فراگیری سایر علوم اگر تحصیل علم مستلزم بیرون رفتن از خانه باشد باید زن شوهردار از شوهر خود اجازه بگیرد. از سوی دیگر زنان در صورتی از حق آموزش و تحصیل می توانند استفاده نمایند که محیط تحصیل نجابت فردی، عفت اجتماعی و شخصیت زنانگی او را لطمه دار نسازد. اگر این شرط برای زن یا دختری فراهم نباشد باید از محیط و فضای استفاده علمی ببرد که محدودیت‌ها و خطرات مذکور را نداشته باشد و این نه تنها به ضرر زن نیست که به خیر و صلاح زنان می باشد. (محسنی، پاسخ به پرسش‌های فقهی، اخلاقی و متفرقه، ۱۳۹۴: ۴۳۶)

به طور خلاصه شرایط و محدودیت‌های آموزش زنان را مطابق نظر محدثین و فقهای فریقین می توان در نکات ذیل مطرح نمود:

۱. جدایی میان پسران و دختران در جریان آموزش؛ در این مورد نویسندگان اهل سنت در حوزه حقوق زن گفته اند که اگر صنف درس منظم باشد و به گونه‌ای سازماندهی شود که پسران در چوک‌های پیش بنشینند و از دروازه مخصوص خود به صنف وارد شوند و چوک‌های دختران پشت چوک‌های پسران باشند و فاصله مناسب میان چوک‌های دختران و پسران رعایت شده باشد و دختران نیز از دروازه مخصوص خود به صنف وارد و خارج شوند، و هم چنین اگر



آموزگار زن موجود نباشد و صنف درسی جداگانه نیز امکان نداشته باشد با این نظم و ساز ماندگی می‌تواند آموزش پسران و دختران را باهم جایز دانست (زیدان، پیشین: ۱۳۹)

۲. زنان و دختران در جریان آموزش باید در پوشش خود از لباس‌های استفاده نمایند که برای مردان مهیج نبوده و اعضای بدن زن در آن پیدا نباشد.

۳. ترجیحا زنان باید به زنان و دختران دیگر آموزش دهند. اما اگر زن برای آموزش وجود نداشته باشد، استفاده از آموزگار مرد که امین و پرهیزگار باشد بدون اشکال است. زیرا، وجود مرد در خلوت زنان جزء خلوت حرام از نظر شریعت اسلامی مطابق منابع حدیثی اهل سنت شمرده نمی‌شود.

۴. خروج از خانه با اجازه شوهر (اگر ازدواج کرده باشد) یا با اجازه ولی (چنانچه ازدواج نکرده باشد) برای فراگیری علم لازم است. اما این شرط در مورد فراگیری دروس شرعی و فهمیدن حلال و حرام الهی منتفی می‌گردد.

۵. تحصیل در محیطی که نجابت و شرافت زن را به مخاطره نیاندازد. اگر چنین بود، زن برای فراگیری علم به محیط سالم که شرعا مانعی در آن نباشد، مراجعه نماید.

نتیجه‌گیری

با مرور به مطالب این نوشتار در پرتو نظریات و تحقیقات علمی و فقهی آیت‌الله محسنی^(ح) و سایر فقهای جهان اسلام حق تحصیل و آموزش زن نه تنها ممتنع نیست بلکه در بسیاری موارد به‌عنوان واجب کفایی مطرح گردیده است. این رویکرد شریعت اسلامی در مورد آموزش زنان با توجه به ضرورت‌های نهفته در این مسأله اتخاذ گردیده است. ضرورت چون نقش زنان در تربیت سالم نسل بشر، توسعه و انکشاف اجتماعی، حفظ هویت و فرهنگ دینی و مدیریت و رهبری جامعه اسلامی اقتضا می‌کند که آنها از حق بر آموزش برخوردار باشند. اما آنچه اسلام در ضمن تأکید بر آموزش زنان مورد توجه قرار داده و شرطی بر خورداری از این حق محسوب نموده است این نکته است که تحصیل و آموزش زنان نباید منجر به لطمه‌زدن به شخصیت، نجابت، تقوا و تدین زنان شود. محیط و فضای حاکم بر آموزش زنان باید بگونه‌ای باشد که آنان از مجرای آموزش و تعلیم بتوانند فطرت الهی و استعدادهای خدادادی خود را در مسیر تکامل و خدمت‌گزاری متعهدانه به امت اسلامی استفاده نمایند. آیت‌الله العظمی محسنی^(ح) به‌عنوان یکی از فقهای و محققین بنام جهان اسلام با درک این ضرورت اقدام به تأسیس مدرسه دینی خدیجه الکبری و پوهنتون خاتم النبیین^(ص) نموده اند که هرکدام در جای خود برای رشد و بالندگی علمی زنان و دختران افغانستان تا کنون مؤثر و مفید واقع شده است.



منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابو داود سجستانی، سنن، تحقیق: شعيب ارنؤوط، دمشق، دارالرساله، ۲۰۰۹.
۳. اعلامیه جهانی حقوق بشر، مصوب ۱۹۴۸ مجمع عمومی ملل متحد.
۴. الغامدی، عبداللطیف، حقوق بشر در اسلام، ۱۳۹۴.
۵. الیاسی، محمدقاسم؛ حقوق بشر و آزادیهای اساسی، کابل انتشارات دانشگاه خاتم النبیین (ص)، ۱۳۹۴.
۶. بخاری، صحیح بخاری، تحقیق: مصطفی ديب البغاء، دار ابن کثیر، بیروت، الیمامه، سوم، ۱۴۰۷.
۷. رازی، ابوالفتوح، روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن، مشهد، ۱۴۰۸.
۸. زیدان، عبدالکریم، ترجمه سهیلا رحمتی، حقوق و تکالیف زن در اسلام، دیجیتال، ۱۳۹۴.
۹. طبری، ابو جعفر محمدبن جریر، جامع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۲.
۱۰. عباسی، بیژن، حقوق بشر و آزادیهای بنیادین، تهران، مؤسسه انتشارات دادگستر، ۱۳۹۰.
۱۱. علامه حلی، تذکره الفقها، جلد ۹.
۱۲. کلینی، اصول کافی، تهران، انتشارات اسوه، ۱۳۸۵.
۱۳. _____؛ افق عالی، کابل، مرکز حفظ و نشر آثار آیت الله العظمی محسنی، ۱۳۹۶.
۱۴. _____؛ برگی دیگر از فعالیت‌های احزاب جهادی در اثنای جهاد و بعد از آن، کابل، مرکز حفظ و نشر آثار آیت الله العظمی محسنی، ۱۳۹۶.
۱۵. _____؛ پاسخ به سوالات فقهی، اخلاقی و متفرقه، کابل، انتشارات چهاردهی، ۱۳۹۴.
۱۶. _____؛ تصویری از حکومت اسلامی در افغانستان، قم، انتشارات حرکت اسلامی، ۱۳۷۱.
۱۷. _____؛ توضیح المسائل طی، قم، انتشارات فرهنگی حرکت اسلامی، ۱۳۷۵.
۱۸. _____؛ رنگارنگ، کابل، ۱۳۹۴.
۱۹. _____؛ روش جدید اخلاق اسلامی، کابل، حوزه علمیه خاتم النبیین (ص)، ۱۳۶۵.
۲۰. _____؛ زن در شریعت اسلامی، کابل، انتشارات حوزه علمیه خاتم النبیین (ص)، ۱۳۷۱.
۲۱. _____؛ گوناگون (قصه‌های کوتاه و آموزنده)، ج ۱، کابل، ۱۳۹۵.
۲۲. _____؛ مباحث علمی و دینی، کابل، انتشارات حوزه علمیه خاتم النبیین (ص)، ۱۳۸۷.
۲۳. _____؛ معجم الاحادیث المعتمره، قم، دارالنشر ادیان، ۱۳۹۲.
۲۴. _____؛ نقش اسلام در عصر حاضر، کابل، ۱۳۸۷.
۲۵. مجلسی، محمدباقر، انتشارات اسلامی، چاپ ۴، ۱۳۸۶.
۲۶. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب ۱۹۶۶ مجمع عمومی ملل متحد.
۲۷. نسایی، السنن الصغری، تحقیق: عبدالفتاح ابوالغده، حلب، المطبوعات الاسلامیه، ۱۴۰۶ق.
۲۸. یزدی، محمد، رویکرد متعالی فقه اسلامی به حقوق بشر، قم، انتشارات مؤسسه علمی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۰.



مطالعه تطبیقی سیاست جنایی تقنینی علیه بزهکاری کودکان و نوجوانان در قوانین افغانستان و اسناد بین‌المللی

حسنعلی مؤذن زادگان^۱ صدیقه سادات حسینی^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۵/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۷/۲۰

چکیده

اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی افغانستان در قالب پیشگیری اجتماعی (پیشینی) از وقوع بزهکاری کودکان و نوجوانان، اصلاح و باز اجتماعی نمودن آنان در قوانین ناظر به اصلاح و درمان و اکتش‌های پسینی پیش‌بینی نموده است، در قسمت پیشگیری برای دولت و نهادهای جامعه تکالیف تعریف شده و آنها مکلف به ایجاد زمینه درست رشد و تربیت کودکان شده‌اند. سیاست‌های پیشگیرانه و اصلاح-کننده از جمله مواردی است که در این قوانین بدان پرداخته شده است که شامل جرم‌انگاری یکسری رفتارها علیه اطفال، ایجاد مراکز تربیتی و پیش‌بینی وظیفه قانونی برای والدین و سایر نهادها جهت تربیت اطفال و نوجوانان نمونه‌ای از سیاست‌های پیشگیرانه این قوانین می‌باشد و همینطور در قسمت سیاست‌های اصلاح‌کننده برای بازگرداندن کودک و نوجوان بزهکار به جامعه مباحث درمانی را مطرح می‌کند، که در این زمینه نیز وظایف و مسؤلیت‌هایی را برای مؤلفین دادگاه‌ها و کانون‌های اصلاح و تربیت و همچنین مراکز خدمات اجتماعی کودکان و نوجوانان که بعد از ارتکاب جرم با این مراجع سروکار دارند تعیین می‌کند. قانونگذار افغانستان در سیاست‌گذاری خویش تلاش نموده به توصیه‌های اسناد بین‌المللی توجه نمایند و از آنان الگو بگیرد و همینطور نسبت به تعهدش به این اسناد پاینده باشد. که با توجه به تغییر نظام در افغانستان می‌توان گفت که رعایت اصول حمایوی این قانون و توجه به حقوق کودکان و نوجوانان تکلیف امارت اسلامی به عنوان حاکمیت فعلی کشور می‌باشد، و از آنجای که دولت کنونی تأکید بر رعایت موازین شرعی دارد باید گفت که موازین شرعی نیز ایجاب می‌نماید که سیاست‌های تقنینی از جمله حق آموزش کودکان اعم از دختر و پسر باید حمایت گردد.

واژگان کلیدی: اطفال، سیاست‌های پیشینی، سیاست‌های پسینی، قانونگذاران، اصلاح و

بازپروری.

^۱ دانشیار گروه کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی.

^۲ دانشجوی حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی.

کودکان و نوجوانان بزهکار از جمله قربانیان بی توجهی والدین و نهاد اجتماع می‌باشد. آنان قشر آسیب‌پذیر جامعه بوده و بنا به همین امر باید مراقبت درست از آنان صورت گیرد. تربیت درست از سوی والدین، ارایه خدمات رفاهی و آموزشی استاندارد از سوی دولت، ایجاد فرهنگ درست از سوی نهاد های اجتماعی و مردم از جمله مسؤلیت های به حساب می‌رود که در قبال کودکان و نوجوانان تعریف می‌گردد. عدم توجه به این موارد باعث می‌گردد که آنان به سمت انحراف رفته و در نهایت در معرض ارتکاب بزه قرار بگیرند و با وجود اینکه درک درستی از فعل خویش نداشته و قدرت تشخیص زشتی عمل را متوجه نیست به ارتکاب چنین اعمالی دست می‌زنند. بنابراین در چنین شرایطی با دستگاه قضایی و مراحل رسیدگی به جرم را در نهادهای چون پولیس سروکار خواهد داشت. سارنوالی و محکمه تجربه خواهد کرد که بدون شک خالی از صدمات روحی، روانی نخواهد بود بنا به همین امر توجه به وضعیت کودکان و نوجوانان به عنوان قشر آینده‌ساز جامعه امر مهم و ضروری است. طرح سیاست های مؤثر و عادلانه در قبال کودکان و نوجوانان بزهکار از جمله مباحث مهم در نظام حقوقی کشورها می‌باشد. زیرا راهکارهای حمایتی و موثر این سیاست‌ها منجر به پیشگیری از وقوع جرم توسط کودکان و نوجوانان و همچنین اصلاح و تربیت مجدد آنان می‌گردد. «آنچه مهم می‌باشد میزان اقدامات کشورها در راستای تحقق اهداف اسناد بین المللی و خود کشورها در زمینه پیشگیری از وقوع جرایم اطفال و نوجوانان هست.» (غلامی، ۱۳۹۷)، مقاله حاضر پژوهش خود را به بررسی سیاست جنایی تقنینی قوانین علیه کودکان و نوجوانان بزهکار در افغانستان معطوف داشته و سعی نموده تا با بررسی این قوانین و تطبیق آنان با معیارهای بین‌المللی در این راستا رویکرد سیاست‌های تقنینی این دو نظام حقوقی را در قبال کودکان و نوجوانان بزهکار دریابد. زیرا بررسی این رویکرد ها به صورت تطبیقی از ضروریات نظام حقوقی مشابه می‌باشد. با چنین پژوهش‌های می‌توان به مزایا و نواقص دیدگاه‌های هر دو نظام حقوقی دست‌یابیم.

شیوه پژوهش در این مقاله توصیفی، تحلیلی با استفاده از اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی افغانستان می‌باشد. این مقاله در دو بخش تدوین شده است. در بخش اول موضوع سیاست‌های پیشینی پیشگیری اجتماعی از وقوع بزهکاری کودکان و نوجوانان را در مطالعه‌ای تطبیقی در اسناد بین‌المللی و قوانین افغانستان مطرح می‌کند. در بخش دوم سیاست‌های پسینی اصلاح و درمان را به عنوان واکنش‌های اجتماعی علیه بزهکاری کودکان و نوجوانان متکفل است.



الف) سیاست‌های پیشینی، پیشگیری اجتماعی از وقوع بزهکاری کودکان و نوجوانان نخست در مفهوم کودک می‌توان بیان داشت که «طفل یا صغیر در اصطلاح حقوق به کسی گفته می‌شود که از نظر سن به نمو جسمی و روحی لازم برای زندگی اجتماع نرسیده باشد.» (بصری، ۱۳۸۷، ۱۲) بنابراین چنین فردی قادر به درک درست از افعال مشروع و غیر مشروع می‌باشد. پس قبل از اینکه جامعه شاهد بزهکاری کودکان باشد، ضرورت اقتضا می‌کند که از این پدیده شوم توسط کودکان جلوگیری صورت گیرد. بنا بر بررسی قوانین داخلی و همین‌طور اسناد بین‌المللی در زمینه سیاست‌گذاری علیه بزهکاری اطفال مشاهده می‌گردد که قانونگذاران توجه ویژه به اقدامات پیشگیرانه دارند که بدون شک تدبیر مؤثر به حساب می‌آید. با توجه به حساسیت روحی و جسمی کودکان و نوجوانان بهترین سیاست تربیت آنان و ایجاد زمینه تعامل مثبت با این قشر آسیب‌پذیر می‌باشد. به دیگر معنی با یکنوع پیشگیری اجتماعی و تغییر در روند زندگی آنان می‌توان از پدیده شوم بزهکاری در قبال آنان جلوگیری نمود. «پیشگیری اجتماعی به راهبردها و تدابیری اطلاق می‌شود که هدف آنها به طور کلی تغییر در وضعیت رفاه و بهبود کیفیت زندگی باشد.» (جندلی، ۱۳۹۵، ۶۳) در این نوع سیاست‌گذاری از ارتکاب عمل مجرمانه پیشگیری شده و هزینه بازپروری مجدد بزهکار با تدابیر سنجیده کاهش یافته است و این خود کمک بزرگ به دستگاه قضایی می‌باشد. سوالی که پیش می‌آید این است که کنشگران این نوع سیاست چه کسانی هستند؟ برای پاسخ به این پرسش می‌پردازیم به بررسی یکسری مواد قانونی در قوانین افغانستان و همین‌طور اسناد بین‌المللی می‌پردازیم.

۱. ایجاد زمینه مناسب جهت رشد و تربیت

در سطح بین‌المللی شاهد قوانین مختلف در زمینه حقوق کودک هستیم که به حقوق کودکان و نوجوانان پرداخته است. از جمله پیمان‌نامه حقوق کودک می‌باشد که در سال ۱۹۸۹ در مجمع عمومی سازمان ملل توسط ۱۹۲ کشور به تصویب رسید. «این پیمان‌نامه از جمله گسترده‌ترین و جامع‌ترین سند بین‌المللی در حال حاضر نسبت به حمایت از کودکان در تمام ابعاد زندگی آنان به شمار می‌آید.» (بادامی، مقدادی و پيله ور، ۱۴۰۰، ۴) در ماده ۳۹ این پیمان‌نامه قانونگذار برای دولت‌های عضو وظیفه تعیین می‌کند و آنان را مکلف به حمایت از کودکان می‌نماید. ماده مذکور چنین بیان می‌دارد: «کشورهای عضو کلیه اقدامات مقتضی را به عمل خواهند آورد تا بهبود جسمانی و روانی و ادغام مجدد اجتماعی کودک که قربانی

هرگونه بی توجهی، بهره کشی، آزار، شکنجه یا سایر اشکال رفتار یا تنبیه بی رحمانه، غیر انسانی یا تحقیر آمیز و یا مخاصمات مسلحانه واقع شده است تسریع گردد. بهبود و ادغام مجدد مذکور باید در محیطی صورت پذیرد که سلامت، عزت نفس و کرامت کودک را تقویت کند.» (پیمان نامه حقوق کودک ۱۹۸۹) در این ماده قانونگذار اشاره دارد به محیط و زمینه مناسب جهت تربیت کودکان و نوجوانان که کنشگر این سیاست نیز نهادهای دولتی پیش‌بینی گردیده است. با چنین سیاستی بدون شک قانونگذار به هدف جلوگیری از بزهکار شدن کودک و نوجوان قدم برداشته است. چنین سیاست مشابه در قانون اساسی افغانستان نیز مشاهده می‌گردد، قانونگذار افغانستان در ماده ۵۴ قانون اساسی بیان می‌دارد که دولت مکلف به اتخاذ تدابیر لازم جهت تامین سلامت جسمی، روحی و تربیت اطفال می‌باشد. (قانون اساسی، ۱۳۸۲) از آنجای که افغانستان به این سند بین‌المللی پیوسته است، بنابراین رعایت ماده ۳۹ این قانون از جمله مکلفیت‌های دولت افغانستان به حساب می‌آید که قانونگذار به این موضوع توجه داشته و ضرورت رشد و تربیت مناسب کودکان را درج قانون نموده است. توجه به تربیت درست کودکان و تدبیر مثبت برای تحقق این هدف در این دو قانون می‌تواند از جمله سیاست‌های مؤثر باشد و «اینگونه مداخله زودهنگام می‌تواند جلوی بزهکاری و تداوم گرایش‌های بزهکارانه کودکان و نوجوانان را بگیرد» (عباچی، ۱۳۸۳، ۱۲) در چنین حالتی بدون شک آینده جامعه از بزهکاری و بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان مصون خواهد بود.

۲. سازمانهای غیر دولتی

بحث دیگری که در این قوانین مشاهده می‌گردد، سازمانهای غیر دولتی می‌باشد. زیرا «در مفهوم موسع سیاست جنایی تنها دولت به معنی نهادهای رسمی مختلف همانند دادگستری، وزارتخانه‌ها و... عهده دار پاسخ به پدیده مجرمانه نیست بلکه پاسخ‌های ارابه شده از سوی جامعه مدنی و نهاد‌های مختلف مردمی نیز به پاسخ‌های دولتی افزوده می‌شود» (جمشیدی، ۱۳۹۵، ۸۵) بنا به این امر نهادهای غیر دولتی در سیاست‌گذاری‌ها نقش مهم دارند که در زمینه حمایت از کودکان و نوجوانان در یک سیستم قرار گرفتند و مکلف به یکسری اقدامات شدند. که اصطلاحاً سیاست مشارکتی گفته میشود. و به دیگر معنا مدل دولتی-جامعوی سیاست جنایی نیز گفته می‌شود که در این نوع سیاست «دولت جهت‌گیری و کنترل تمام پاسخ‌های پیشگیرانه و سرکوب‌گرا به پدیده مجرمانه را به عهده نمی‌گیرد، بلکه بخشی از آن را به جامعه مدنی واگذار می‌کند.» (لازرژ، ۱۳۹۵، ۱۰۵) بنابراین این سیاست یکنوع سیاست مؤثر و نتیجه بخش در علم جرم‌شناسی و حقوق بوده که با بسیج نمودن منابع مختلف جامعه و استفاده از ظرفیت‌های اجتماعی زودتر به هدف نهایی می‌رسد. «اقدام اجتماعی در مورد



پیشگیری از بزهکاری اطفال، در سطح بسیار وسیعی، موضوع سازماندهی منابع مختلف اجتماعی است.» (طه، ۱۳۹۰، ۲۲۳) در این قسمت می‌توان به بعضی از راهبردهای سنجیده شده در قواعد پکن^۱ اشاره نمود. این سند در رابطه به طرح‌های جامع پیشگیری که به صورت کلی تمام سطوح دولتی و غیر دولتی را شامل می‌گردد صحبت می‌کند. «تجزیه و تحلیل‌های گسترده و بنیادی مسله و فهرست برنامه‌ها، خدمات تسهیلات و منابع موجود، مسولیت‌های مشخص مؤسسات، نهاد و کارکنان صاحب صلاحیت در زمینه اقدامات پیشگیری، سازوکارهایی برای هماهنگ ساختن مناسب اقدامات پیشگیری بین سازمانهای دولتی و غیر دولتی، سیاست‌ها، برنامه‌ها و روش‌های عمل مبتنی بر پژوهش‌های آینده‌نگرانه با کنترل مداوم و ارزیابی دقیق طی اجرا، روش‌های برای کاهش مؤثر، فرصت‌های ارتکاب اعمال بزهکارانه، دخالت جامعه از طریق انواع گسترده خدمات و برنامه‌ها، همکاری نزدیک میان رشته‌های بین حکومت‌های ملی، ایالتی، استانی و محلی با مشارکت شهروندان، نماینده بخش خصوصی جامعه مربوط سازمانهایی کار، مراقبت از کودکان، آموزش بهداشت، و نهاد‌های اجتماعی، مجری قانون و قضاییه در جهت اقدام هماهنگی برای پیشگیری از بزهکاری نوجوانان و جرم‌جویان، مشارکت نوجوانان در سیاست‌ها و فرآیندهای پیشگیری از بزهکاری، شامل توسل به منابع و امکانات اجتماع، خودداری نوجوانان و برنامه‌های معاضدت و جبران خسارت بزه دیده. کارکنان متخصص و کلیه سطوح» (قواعد پکن، ۱۹۸۵) در این قانون به بیان تدابیر مشارکتی بین نهاد‌های دولتی و غیر دولتی پرداخته شده است و همینطور مشاهده می‌گردد که قانونگذار بدنبال دخیل نمودن جامعه در امر پیشگیری از بزهکاری کودکان می‌باشد و دخالت جامعه را از طریق برنامه‌های راهبردی جز سیاست‌های مقابله با بزهکاری اطفال می‌داند. به ادامه در قسمت فرآیندهای جامعه‌پذیری این سند بیان می‌کند که باید تاکید گردد تا کودکان و نوجوانان از طریق گروه‌های چون خانواده، جامعه، همسالان، مدارس و سازمانهای داوطلب در جامعه‌پذیری تسهیل گردند. و به کودکان و نوجوانان بیشتر توجه گردد. این تدابیر حاکی از اندیشه جامعه‌پذیری قانونگذار بوده که توجه وی را در قسمت اهمیت مشارکت دادن سازمانهای مردمی نشان می‌دهد. با این حال بررسی این موضوع در نظام حقوقی افغانستان مشخص خواهد نمود که قانونگذار افغانستان در این رابطه چقدر قواعد بین الملل را در سیاست‌گذاری الگو قرار داده است. در رابطه به این موضوع قانونگذار افغانستان

^۱ حداقل قواعد معیار سازمان ملل متحد برای اجرای عدالت نوجوان مصوب مجمع عمومی طی قطعنامه شماره ۳۳/۴۰

در ماده ۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال^۱ بیان می‌دارد که هدف از تصویب این قانون مشخص نمودن مسؤلیت والدین، سرپرست یا وکیل قانونی اطفال، تشویق به نظارت مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی غیر دولتی به منظور جلوگیری از تخلفات اطفال، حفاظت از اطفال که در معرض خطر قرار داشته و نیازمند مراقبت و محافظت‌اند می‌باشد. در ذیل به بررسی این سیاست‌ها در بعضی از سازمانهای غیر دولتی می‌پردازیم:

۳. خانواده

نهاد دیگری که می‌تواند یکی از مؤثرترین نهادهای غیر دولتی در پیشگیری از بزهکاری کودکان به حساب‌آید، نهاد خانواده می‌باشد، زیرا نقش مؤثری در تربیت و اجتماع‌پذیری کودک دارد. در سطح بین‌المللی رهنمودهای ریاض^۲ به این امر مهم پرداخته است. این سند خانواده را به عنوان بهترین تربیت‌کنندگان مورد توجه قرار داده و سایر نهادها را ملکف به همکاری با نهاد خانواده می‌داند. این سند بیان می‌دارد که «دولت‌ها باید سیاست‌هایی را اتخاذ نمایند که در جهت پرورش کودکان در محیط‌های خانوادگی ثابت و استوار هستند. خدمات لازم باید در اختیار خانواده‌های نیازمند در جهت رفع شرایط بی‌ثباتی یا تعارض قرار گیرد، در مورد عدم وجود ثبات و استواری در محیط خانوادگی و در صورت عدم موفقیت تلاشهای جامعه برای مساعدت به والدین در این راستا و عدم امکان ایفای این نقش توسط خانواده گسترده، مراقبت‌های جایگزین از جمله نظام شبه خانواده و فرزندخواندگی، باید مورد توجه قرار داده شود. این گونه اسکان جایگزین باید در حد امکان منعکس‌کننده محیط خانوادگی ثابت و استوار و در عین حال پدیدآورنده احساس تداوم در کودکان و از این طریق احتراز از مسایل همراه با راندگی فرزند خوانده باشد، اقدامات و برنامه‌هایی در جهت فراهم آوردن فرصت آموزش برای خانواده‌های در زمینه نقش و مسولیت‌های والدین در رابطه با پرورش و مراقبت کودکان، ارتقای روابط مثبت والدین و فرزندان، جلب توجه والدین به مسایل کودکان و نوجوانان و تشویق مشارکت آنان در فعالیت‌های مبتنی بر خانواده و جامعه باید انجام گرفته و تنظیم گردد.» (رهنمودهای ریاض، ۱۹۹۰)

۱. این قانون بر اساس فرمان تقنینی از سوی رییس جمهور وقت به تاریخ ۱۳۸۳/۱۲/۱۹ تصویب گردیده که دارای ۸ فصل و ۶۶ ماده میباشد. این قانون مختص به اطفال بوده و تمامی موارد راجع به کودکان بزهکار را بیان نموده است.

۲. سند بین‌المللی که ناظر بر پیشگیری از بزهکاری نوجوانان میباشد، توسط مجمع عمومی قطعنامه ۱۱۲/۴۵ در ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ به تصویب رسیده است.

این دیدگاه در قانون نیز مورد توجه قرار گرفته است، همانطور که در ماده ۵۴ قانون اساسی دولت را برای حمایت از خانواده و ایجاد زمینه درست رشد و تربیت اطفال بیان می‌دارد در سایر مواد قانونی به والدین و سرپرستان قانونی توجه ویژه داشته و در موارد زیادی متوجه می‌شویم که قانونگذار به مراقبت از طفل توسط خانواده اشاره نموده است، حتی در خیلی از موارد حکم می‌کند که تسلیمی طفل بزهکار به خانواده از جمله جایگزین‌های حبس در قبال آنان باشد. در مواد ۱۰۹، ۱۱۲، ۶۱۵، ۱۱۱، ۱۱۳ کود جزا به این مورد پرداخته شده است. در نهایت به این نتیجه دست می‌یابیم که در کنار سازمانهای مردمی، نهاد خانواده به طور ویژه مورد توجه قانونگذاران قرار گرفته است.

۴. آموزش پرورش

نهاد آموزشی که یکی از مؤثرترین نهاد اجتماعی در زمینه تربیت کودکان و نوجوانان می‌باشد باید همواره مورد توجه قانونگذاران قرار گیرد و سایر نهادهای غیر دولتی با هماهنگی این نهاد می‌تواند کارکردهای مفیدی ارائه دهند زیرا «ارتباط سازمان‌های غیر دولتی با نهاد آموزشی یا ایجاد شرایط آموزشی در این سازمانها از مهمترین ابعاد پیشگیری از جرم به حساب می‌آید» (رهبرپور، سادات الحسینی، ۱۴۰۰، ۱۶) با این وجود این نهادها تأثیر بسیار قوی در تربیت اطفال دارد و می‌تواند با راهکارهای مفید این قشر آسیب‌پذیر جامعه را از خطر بزهکار شدن و بزه‌دیده شدن نجات دهد. این موضوع در رهنمودهای ریاض مورد توجه قرار گرفته است. با توجه به این قانون دولت مکلف گردیده تا زمینه آموزش عمومی را برای کلیه افراد جامعه فراهم سازد و همچنین در ادامه بیان شده است که دولت‌ها در این زمینه چه نکاتی را باید مدنظر بگیرند. «دقت و توجه خاص باید توسط نظام آموزشی به نوجوانانی که در معرض مخاطرات اجتماعی قرار دارند مبذول گردد. برنامه‌های پیشگیری و مواد آموزشی، برنامه‌های درسی، رویکردها و ابزارهای تخصصی باید ایجاد گردیده و مورد استفاده کامل قرار گیرد. توجه خاص باید به سیاست‌ها و تدابیر جامع در زمینه جلوگیری از مصرف الکل، مواد مخدر و سایر مواد مشابه توسط نوجوانان مبذول گردد. معلمان و سایر متخصصان باید در جهت پیشگیری و رفع این مسایل تجهیز و آموزش داده شوند. اطلاعات کافی در رابطه با مصرف و سوءمصرف مواد مخدر، شامل الکل، باید در دسترس قشر دانش آموز قرار داده شود.» (ماده ۲۰ رهنمودهای ریاض، ۱۹۹۰) این موضوع را در اعلامیه-جهانی-حقوق بشر نیز می‌توان دید، در این اعلامیه آموزش را حق همگانی دانسته و بیان می‌کند که آموزش‌های ابتدایی باید رایگان بوده و دستیابی به آموزش عالی را به شکل برابر برای تمام افراد بیان می‌کند. «آموزش و پرورش می‌بایست در جهت رشد همه جانبه شخصیت انسان و تقویت رعایت

حقوق بشر و آزادی‌های اساسی باشد.)» (ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۹۴۸) بحث آموزش پرورش به عنوان مرجع تعلیمی و تربیوی اطفال در قوانین افغانستان نیز به چشم می‌خورد. در ماده ۴۳ قانون اساسی افغانستان چنین بیان میدارد: «تعلیم حق تمام اتباع افغانستان است که تا درجه لیسانس در مؤسسات تعلیمی دولتی به صورت رایگان از طرف دولت تأمین می‌گردد. دولت مکلف است به منظور تعمیم متوازن معارف در تمام افغانستان، تأمین تعلیمات متوسطه اجباری، پروگرام مؤثر طرح و تطبیق نماید و ...» با توجه به این ماده قانونگذار دولت را مکلف به ایجاد زمینه تعلیم برای اتباع نموده است که کودکان و نوجوانان نیز شامل آن می‌گردد، در ادامه ماده دولت مکلف می‌گردد که برای تعلیمات اجباری تا درجه متوسطه برنامه ریزی نماید، بدین مفهوم که ایجاد زمینه درست آموزش برای دولت یکنوع تکلیف به حساب می‌آید و در این زمینه قانونگذار اصول و معیار بین‌المللی را حفظ کرده است، در جای دیگر قانونگذار به جرم انگاری محروم ساختن طفل از تعلیم می‌پردازد و چنین بیان می‌دارد: «محروم ساختن طفل از حق تعلیم، آموزش فنی مسلکی و دسترسی به خدمات صحیح جرم بوده و مرتکب به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی محکوم میگردد» (ماده ۶۰۹ کود جزا، ۱۳۹۶) با این حال متوجه می‌شویم که قانونگذار افغانستان تلاش نموده است تا در زمینه آموزش معیار بین‌المللی را رعایت نموده و با تعیین تکلیف برای دولت و سایر نهادها ارزش آن را بیان کند.

از مجموع این مطالب بدین مفهوم دست می‌یابیم که استفاده از نهاد آموزشی برای تربیت و جامعه‌پذیری کودکان و نوجوانان امری قابل توجه برای قانونگذاران بوده و با سیاست دخالت دادن این نهاد خواسته اقدام پیشگیرانه و کنترولی نسبت به بزهکاری کودکان و نوجوانان داشته باشد. گرچند تعلیمات مثبت در نهاد آموزشی از قبیل مدرسه و همچنین طرح و پلانهای مفید در برنامه ریزی های آموزشی نکته مهم این سیاست می‌باشد اما قانونگذار با اجباری نمودن آموزش و تعریف تکلیف برای دولت جهت فراهم‌آوری زمینه آموزش قدم اول را برداشته و این خود نکته مثبت می‌باشد، که با این نوع سیاست ممکن بتوان کودکان کار و خیابانی که جز آسیب‌پذیرترین کودکان جامعه‌اند تحت نظارت مسولین قرار گیرند و زمینه آموزش و جمع‌آوری شان فراهم گردد. طوری که در رهنمودهای ریاض به صراحت بیان می‌گردد که دستگاه‌های دولتی باید مسولیت خاص در جهت ارایه خدمات لازم برای کودکان بی‌خانمان یا کودکان خیابانی را عهده‌دار گردند.



۵. جامعه

بحث دیگری که رهنمودهای ریاض در سیاست هایش به آن پرداخته، موضوع جامعه می‌باشد. گرچند کنشگران خاصی مدنظر نیست اما در این قواعد قانونگذار خواسته تا یکسری برنامه‌های لازم را در قبال کودکان و نوجوانان تعریف نموده و اشاره به کل جامعه در تطبیق این برنامه‌ها دارد. مثلاً «در زمینه پیشگیری از بزهکاری نوجوانان رهنمودهای ریاض در بخش چ بند ۹ به دولت‌ها توصیه می‌شود که در طرح‌های جامع پیشگیری همکاری نزدیک بین بخشی در سطح ملیف ایالتی، استانی و محلی با مشارکت شهروندان را مدنظر قرار دهند» (مؤذن زادگان، ۱۳۹۷، ۳۷) و همین‌طور موارد دیگر که ذیلاً بدان اشاره خواهد شد.

۱. خدمات و برنامه‌های مبتنی بر جامعه پاسخگوی نیازها، مسایل، منافع و علایق ویژه نوجوانان با ارایه مشاوره و رهنمودهای مقتضی به نوجوانان و خانواده‌های آنان باید ایحاد و در صورت وجود، تقویت گردد. ۲. جوامع باید انواع گسترده‌ای از اقدامات حمایتی مردمی را شامل مراکز پرورشی جامعه، تسهیلات سرگرمی و تفریحی و همچنین خدمات پاسخگویی به مسایل ویژه کودکان که در معرض مخاطرات اجتماعی قرار دارند، برای نوجوانان فراهم نموده یا در صورت وجود آنها را تقویت نمایند. ۳. تسهیلات خاص برای فراهم آوردن سرپناه مناسب برای نوجوانانی که دیگر قادر به زندگی در خانه نیستند یا دارای خانه برای زندگی نمی‌باشد باید ایجاد گردد. ۴. انواع خدمات و اقدامات کمکی باید برای رسیدگی به مسایل که نوجوانان در دوره انتقال بزرگسالی تجربه نمایند فراهم شود. این گونه خدمات باید شامل برنامه‌های ویژه برای نوجوانان معتاد به مواد مخدر و تاکید بر مراقبت، مشاوره، معاضدت و مداخلات مبتنی بر درمان باشد. ۵. سازمانهای دواطلب ارایه‌کننده خدمات به نوجوانان باید حمایت مالی و سایر حمایت‌ها را از دولت و دیگر نهادها دریافت دارند. ۶. سازمانهای جوانان باید در سطح محلی تشکیل یا تقویت گردند و نقش مشارکت تمام عیار در اداره امور جامعه به آنها اعطا شوند. این سازمانها باید نوجوانان را در ترتیب دادن برنامه‌های جمعی و داوطلبانه، به ویژه برنامه‌های با هدف کمک به نوجوانان نیازمند مساعدت، تشویق نماید» (مواد ۳۲ الی ۳۹ رهنمودهای ریاض، ۱۹۹۰) و همین‌طور طرح‌های دیگری که در این قوانین پیش‌بینی شده است. به صورت خلاصه در ذیل بدان اشاره می‌گردد. (در جهت ارتقا رابطه متقابل و هماهنگی بین دستگاهها و خدمات اقتصادی، اجتماعی، آموزشی و بهداشتی، نظام قضایی، نهاد‌های مربوط به نوجوانان، جامعه و توسعه و سایر نهاد‌های زیربسط باید تلاش شود و سازوکارهای مناسب، به شکل یک بخشی و چند بخشی، ایجاد گردد. مبادله اطلاعات، تجربیات و تخصص‌های حاصل از طریق اجرای طرحها، برنامه‌ها، شیوه‌ها و



ابتکارات در رابطه با جرایم نوجوانان، پیشگیری از بزهکاری و دادرسی نوجوانان باید در سطح ملی، منطقه بین المللی تشدید و تقویت شود. همکاری منطقه‌ای و بین‌المللی در رابطه با مسایل جرایم نوجوانان، پیشگیری از بزهکاری و دادرسی نوجوانان با مشارکت دست اندرکاران، کارشناسان و تصمیم‌گیرندگان باید بیش از پیش توسعه یافته تقویت گردد، همکاریهای فنی و علمی در رابطه با مسایل عملی و مرتبط با سیاست‌گذاری، بویژه در زمینه آموزشی، طرحهای آزمایشی و توجیهی و موضوعات خاص در باره پیشگیری از جرایم جوانان و بزهکاری نوجوانان باید توسط کلیه دولت‌ها، نظام سازمان ملل متحد، سایر سازمانهای ذیربط مجدانه حمایت گردد، همکاری در پژوهش‌های علمی در مورد شیوه‌های مؤثر پیشگیری از جرایم جوانان و بزهکاری نوجوانان باید تشویق شود و یافته‌های این گونه پژوهش‌ها در سطح گسترده منتشر و ارزیابی گردد» با پیش‌بینی چنین تدابیری قانونگذار بدنبال این است که نهادهای مختلف را در یک سیستم قرار دهد تا همگان به طور هماهنگ با پدیده بزهکاری کودکان و نوجوانان مقابله کنند. که بدون شک بهترین و مؤثرترین سیاست در زمینه مقابله با بزهکاری به طور عام و خاص دخیل نمودن تمام دستگاهها اعم از دولتی و غیر دولتی می‌باشد تا با بسیج نمودن همگان همه امور به بهترین شکل پیش برود.

۶. رسانه‌های جمعی

موضوعی دیگری که از سوی اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها بدان توجه شده است و برای اجرای طرح‌های سیاستی علیه کودکان و نوجوانان به کار میرود بحث رسانه‌های جمعی می‌باشد. رسانه که امروزه مهم‌ترین نقش را روی شخصیت افراد به خصوص کودکان داشته و بر آنان تأثیر می‌گذارد باید به بهترین شکل کنترل و به کار گرفته شود تا ابزاری برای ترویج فرهنگ درست و وسیله که باعث رشد شخصیتی کودکان و نوجوانان می‌گردد. بنا به همین امر در ماده ۱۷ پیمان‌نامه حقوق کودک شاهد یکسری اصول‌گذاری در قبال رسانه‌های جمعی می‌باشیم. در این ماده قانونگذار دولت‌های عضو را مکلف به انجام بعضی موارد در زمینه رسانه می‌کند که ذیلاً بدان اشاره می‌گردد. «کشورهای عضو به عملکرد مهم رسانه‌های گروهی واقف بوده و تضمین خواهند کرد که کودک به اطلاعات و مطالب از منابع گوناگون ملی و بین‌المللی دسترسی داشته باشند، به ویژه اطلاعات و مطالبی که هدف آنها ترویج رفاه اجتماعی، معنوی و اخلاقی و سلامت جسمی و روانی کودک است. بدین منظور کشور‌های عضو اقدامات زیر را به عمل خواهند آورد: الف) تشویق رسانه‌های گروهی به انتشار و پخش اطلاعات و مطالبی که برای کودک از نظر اجتماعی و فرهنگی سودمند و



مطابق با روح ماده ۲۹^۱ باشد. ب) تشویق همکاری های بین المللی در زمینه تولید، مبادله و انتشار این گونه اطلاعات و مطالب از منابع گوناگون فرهنگی، ملی و بین المللی. پ) تشویق تولید و انتشار کتاب های کودکان. ت) تشویق رسانه های گروهی به بذل توجه خاص به نیازهای زبانی کودکان گروه های اقلیت یا بومی. ث) تشویق تهیه رهنمود های مناسب برای حمایت از کودک در برابر اطلاعات و مطالبی که به رفاه وی آسیب میرساند.» (پیمان نامه حقوق کودک، ۱۹۸۹) در نظام حقوقی افغانستان با بررسی قوانینی که در حمایت از اطفال انگاشته شده اند، کدام ماده خاصی قانونی وجود ندارد که به صراحت برای رسانه وظایفی را مشخص نموده و موارد تربیهی را در این راستا بگنجانند که ممکن یکی از دلایل بی توجهی قانونگذار در این زمینه عدم رشد کافی سواد رسانه ای در جامعه افغانستان باشد که نقش بسیار مؤثر رسانه در زندگی اجتماعی افراد برای این جامعه قابل درک نیست. اما در ماده ۶۱۸ کود جزا افغانستان مشاهده میکنیم که قانونگذار برای افراد که کودکان را به فسق و فجور تحریک و یا تشویق نمایند مجازات تعیین نموده و این عمل را جرم انگاری کرده است که توجه قانونگذار را به مسایل اخلاقی در مورد اطفال نشان می دهد.

ب) سیاست های پسینی، واکنشی اصلاح و درمان در قبال بزهکاری کودکان و نوجوانان سیاست های پیشگیرانه با توجه به اهمیت به سزای که دارد گاهی نتیجه بخش نیست و جلوی ارتکاب جرم را نمیگیرد، بنابراین در چنین یک حالت کودک و نوجوان بنا به دلایل مختلف دست به ارتکاب جرم میزند و عملاً تبدیل به فرد بزهکار گردیده و به نحوی از جامعه دور میشود. اینجاست که مسؤلیت نهادهای دولتی و مردمی در قبال کودکان و نوجوانان در زمینه اصلاح و بازپروری مجدد آنان به جامعه میباشد. کودکان و نوجوانان بزهکار آنانی هستند که سیاست های پیشگیرانه علیه شان نتیجه بخش نبوده و قربانی شرایط نامناسب اجتماع و زندگی شده است. بنابراین اقتضاً مینماید که برای اصلاح و تربیت مجدد شان برنامه های مؤثر و نتیجه بخش ارایه گردد تا آنان دوباره به جامعه برگشته و مانند یک فرد عادی زندگی

^۱ در این ماده قانونگذار بیان میدارد که کشورهای عضو اتفاق نظر دارند که اهدافی چون (۱- رشد شخصیت، استعدادها و توانایی های جسمی و ذهنی کودک تا نهایت ظرفیت شان. ۲- افزایش احترام به حقوق بشر و آزادی های اساسی و اصول مندرج در منشور سازمان ملل متحد. ۳- افزایش احترام به والدین کودک، به ارزش های ملی کشور که کودک در آن زندگی میکند و تمدنی که بدان تعلق دارد. ۴- آماده سازی کودک برای یک زندگی مسؤلانه در جامعه ای آزاد و با روجیه تفاهم، صلح، مدارا، مساوات بین زن و مرد و دوستی میان مردمان، گروه های قومی، ملی و مذهبی و افراد که منشأ بومی دارد. ۵- افزایش احترام به محیط ریست طبیعی) را در قبال کودکان دنبال کنند.

نمایند. در این قسمت از پژوهش به بررسی سیاست‌های طرح شده در قوانین افغانستان و اسناد بین‌المللی برای اصلاح پذیری مجدد کودکان و نوجوانان بزهکار پرداخته می‌شود.

۱. قضا زدایی

قضازدایی که متضمن پرهیز از فرآیند رسیدگی کیفری و غالباً تغییر جهت به خدمات حمایتی اجتماعی است، بطور معمول در بسیاری نظام‌های حقوقی بر مبنای رسمی و غیر رسمی اجرا می‌گردد. این امر مانع از تأثیرات منفی دادرسی‌های متعاقب در رسیدگی قضایی نوجوانان برای مثال برجسپ محکومیت می‌گردد. «جلوه‌های قضازدایی، بنا به دلایل متعدد به حوزه عدالت کیفری کودکان و نوجوانان وارد شده، اسناد و توصیه‌های بین‌المللی مختلف بر لزوم اتخاذ سیاست قضازدایی در حوزه بزه کاری کودکان و نوجوانان تأکید نموده‌اند؛ در همین راستا، بند ۳ ماده ۴۰ از کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ بر وضع مقرراتی در باره رفتار با کودکان نقض‌کننده‌ی قانون بدون توسل به دادرسی‌های قضایی تصریح دارد و همچنین ماده ۱۱ قواعد پکن توسل به روش‌های فراقضایی را تأکید دارد.» (پور محی آبادی، ۱۳۹۵، ۳۰۹) در بسیاری موارد عدم مداخله مطلوب‌ترین واکنش خواهد بود. این امر بویژه در موارد که جرم ماهیتاً شدید نبوده و خانواده، مدرسه یا سایر نهادهای غیر رسمی کنترل اجتماعی به نحوی مقتضی و سازنده واکنش نشان داده یا احتمال می‌رود واکنش دهنده صادق می‌باشد. بنابراین با توجه به موارد ذیل قضازدایی یکی از دیگر راهبردهای واکنشی علیه بزهکاری کودکان و نوجوانان بزهکار در قواعد پکن ذکر شده است.

نیروی انتظامی، سارونوالی یا سایر نهادهای رسیدگی به پرونده‌های نوجوانان دارای اختیار خواهند بود تا در مورد اینگونه پرونده‌ها بنا به صلاحدید خود بدون ارجاع به رسیدگی‌های رسمی، طبق ضوابط که بدین منظور در نظام قضایی مربوطه مقرر گردیده و همچنین مطابق اصول مصرح در مقررات حاضر تصمیم‌گیری نماید.

به منظور تسهیل اتخاذ تصمیم در مورد پرونده‌های نوجوانان بر مبنای صلاحدید، کوشش خواهد شد که برنامه‌های اجتماعی، از قبیل نظارت و راهنمایی موقت، جبران خسارت و پرداخت غرامت به زیان دیده فراهم گردد» (بند دوم و چهارم ماده ۱۱ قواعد پکن) این مورد در قوانین افغانستان تحت عنوان صلاحیت سارونوالی در ایجاد صلح و آشتی بین طرفین بیان شده است، بدین مفهوم که به سارونوالی صلاحیت داده است که می‌تواند طرفین را به مصالحه دعوت نموده و بعد از ایجاد صلح و آشتی پرونده را مختومه اعلام کند بدون اینکه به رسیدگی رسمی اقدام نماید و همچنین در سایر مواد قانونی از تعلیق و تعویق حکم گفته که در آن مدت



کودک یا نوجوان بزهکار به مراکز خدمات اجتماعی معرفی می‌گردد و اگر روند اصلاح پذیری اش قابل پسند بود دیگر نیاز به رسیدگی رسمی و اعمال مجازات نیست. البته این موضوع در قانون افغانستان در قبال جرایم قباحه مدنظر قانونگذار هست.

۲. کیفرزدایی

قوانین کشورها به خصوص کشورهای که به معاهده حقوق کودک ملحق شده‌اند، اقتضاً مینمایند که مقررات وضع شده آنان در راستای حمایت از کودکان و نوجوانان باشد. (موزن زادگان، ۱۳۸۷، ۲۴) بنا به همین امر بحث کیفرزدایی از جمله موضوعات قابل توجه در برخورد های قضایی با کودکان و نوجوانان میباشد. که به معنایی تبدیل کیفر به تدابیر تأمینی، تربیتی از جمله سیاست های هست که جرم شناسان توجه خاص به این موضوع داشته و تاکید زیاد بر داخل نمودن این موضوع در قوانین داخلی کشورها دارد. تجربه زندگی بشر و اعمال مجازات های سنگین بر مرتکبین جرایم نشان داده است که چنین راهکاری اصلاح کننده نبوده بلکه اکثر اوقات نتیجه عکس داشته، اکثر زندان ها مجرم پرور اند و در اصلاح مجرمین هیچ کمکی نمیکنند. «زندانی از نظر آماری بزهکار را سازش و تغییر نمی دهد و اجتماع پذیر هم نمی کند» «کریستین، ۱۳۹۶، ۱۳۲» از همین رو قانونگذاران در قسمت کودکان به این موضوع توجه جدی نموده و تلاش دارند تا کیفر را در قبال این افراد کم رنگ تر نموده و به جایش برنامه های اصلاحی مفیدتر داشته باشد. به این ترتیب مشاهده می‌گردد که اسناد بین المللی و قوانین داخلی افغانستان به مواردی پرداخته است که قرار زیر میباشد.

فقره یک ماده ۱۸ قواعد پکن به یکسری تصمیمات اشاره مینماید که به صورت کلی بیان شده و قانونگذار از شرح بیشتر این تصمیمات خودداری نموده است. این موارد را ذیلا بیان داشته و بررسی خواهیم نمود که کدام مورد در قوانین داخلی افغانستان و ایران مدنظر گرفته شده است.

« الف- احکام مراقبتی، ارشادی و نظارتی

ب- تعلیق مراقبتی

پ- احکام ارایه خدمات عام المنفعه

ت- جزای نقدی، جبران خسارت و غرامت

ث- احکام رفتار درمانی در حد متوسط و سایر احکام درمانی

ج- احکام شرکت در مشاوره گروهی و فعالیت های مشابه



چ- احکام مربوط به نگهداری از کودک در خانواده جایگزین، فراهم آوردن مجتمع های برای اقامت یا سایر محیط های آموزشی» علاوه بر این موارد در فقره دوم این ماده بیان گردیده است که تا حد امکان کلا یا بعضی کودک در حین سپری نمودن دوره مراقبتی تحت نظر خانواده قرار خواهد گرفت. که با این نوع سیاست قانونگذار تلاش نموده تا کودک را از فضای خانوادگی دور نکرده و فضای خشک و رسمی مراجع قانونی برای روحیه وی مضر نباشد. موارد مشابه در نظام حقوقی افغانستان نیز به چشم میخورد به طور مثال در خیلی از موارد قانونگذار افغانستان احکام غیر کیفری در قبال کودکان و نوجوانان بزهکار پیش بینی نموده است. به طور نمونه در ماده ۱۰۹ کود جزا افغانستان بیان شده است که در صورت ارتکاب جرم جنحه توسط طفل محکمه میتواند به تدابیری چون تسلیمی وی به والدین، حجز در منزل، تعویق محاکمه، تعلیق حجز، فرستادن به مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی، انجام خدمات اجتماعی یا دوره مراقبت، حجز در بخش باز مرکز اصلاح و تربیت اطفال، حجز در بخش بسته مرکز اطلاع و تربیت اطفال حکم نماید و همینطور در ماده ۱۱۲ کد جزا افغانستان در رابطه به ارتکاب جرم قباحت از سوی اطفال بیان میگردد که: « هر گاه طفل مرتکب قباحت گردد، محکمه میتواند به عوض حجز برای وی اخطاریه صادر و یا او را به والدین، ممثل قانونی و یا سرپرست قانونی تسلیم نماید، در این حالت والدین، ممثل قانونی یا سرپرست قانونی طفل مکلف است حسن تربیت طفل را کتبا تعهد نماید» قانون رسیدگی به تخلفات اطفال نیز در این مورد قابل بحث است که بیان می کند: «در صورتیکه مدت حجز طفل از دو سال بیشتر نباشد، محکمه می تواند غرض سپری نمودن مدت حجز محکوم بها، وی را به یکی از مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی معرفی نماید. علاوه تا محکمه می - تواند به یکی یا بیشتر از یکی از قیودات آتی نیز حکم نماید:

اقامت در اوقات معینه، انجام کارهای معینه، تعلیم و تربیه، گشت و گذار در محلات خاص، ثبت نام در یکی از مؤسسات دارای پروگرام های احیای مجدد به جامعه، وادار ساختن به عذر خواهی و جبران خساره متضرر، تسلیم نمودن طفل به یکی از والدین و یا شخصی که قانوناً حق سرپرستی وی را دارا باشد، در این صورت محکمه هدایات لازم را مبنی بر مواظبت طفل نیز صادر می نماید، در صورت عدم ایفای تعهدات و وجایب توسط آنها محکمه می - تواند طفل را به یکی از مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی تسلیم نماید. (۲) در صورتی که طفل مرتکب جرمی شده باشد که مجازات آن از دو سال حجز بیشتر و از سه سال کمتر باشد، محکمه می تواند به حجز تعلیقی وی حکم نماید....» (ماده ۴۰ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال، ۱۳۸۴)



علاوه این موارد در ماده ۱۱۱ کود جزا افغانستان بیان می‌کند که هرگاه طفل دو ثلث حجز خود را در مرکز اصلاح و تربیت گذرانده باشد و این مرکز از اخلاق و رفتار طفل گزارش مثبت ارایه دهد در این صورت طفل شرایط را دارد که خود یا فامیل آن درخواست رهایی وی را نماید و طفل شرایط رهایی را دارد. و همچنین در جای دیگر قانونگذار به سارنوالی صلاحیت داده است تا پرونده کیفری کودک و نوجوان بزهکار را که مرتکب جرم قباحه شده است با مصالحه و میانجیگری حل و فصل نموده قضیه را از حالت کیفری و مجازات دهی خارج سازد. در این زمینه ماده بیست و یک قانون رسیدگی به تخلفات اطفال چنین بیان می‌دارد: «سارنوال می‌تواند آمرین مراکز اصلاح و تربیت اطفال و مؤسسات اختصاصی خدمات اجتماعی را دعوت نماید تا ممثل قانونی طفل و متضرر را به مصالحه‌ای توصیه و تشویق نماید که خلاف قانون نباشد.»

بنا به مطالب بیان شده بدین نتیجه دست می‌یابیم که هدف اصلی قانونگذار اصلاح کودک بزهکار بوده و تا حد ممکن از رأفت و ملایمت کار گرفته است تا بر وی کیفر اعمال نگردد و پاسخ‌دهی به جرم او به شیوه دیگری باشد، از سپردن او به والدین و سرپرستان قانونی گرفته تا تعلیق مجازات و فرستادن او به مؤسسات خدمات اجتماعی بهترین راهبرد اصلاحی برای این قشر مهم جامعه هست. این نوع سیاست‌گذاری در قبال کودکان و نوجوانان که آینده دور و درازی را پیش رو دارد، اجرای کیفر می‌تواند صدمات زیادی شخصیتی و جسمی بر وی وارد نماید. همین‌طور در ماده هفتم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال قانونگذار صریحا بیان می‌کند که مجازات اطفال حتی به منظور اصلاح و تربیت به طور شدید و حقارت‌آمیز جواز ندارد. بر علاوه در ماده هفدهم همین قانون سارنوال پرونده مکلف گردیده است تا جهت تهیه دلایل الزام جهت کیفر دهی به کودک و نوجوان بزهکار مواردی را در نظر بگیرد که در این صورت باز هم قانونگذار خواسته راه کیفر را به روی کودک و نوجوانان ببندد یا تا حدی ممکن آنان را محدود کند. موارد الزامی که باید در این زمینه مدنظر گرفته شود شامل: سن کودک و نوجوان، سطح انکشاف روحی وی، شخصیت و لیاقت وی، علل و انگیزه‌های ارتکاب جرم، سطح تعلیمی حین ارتکاب جرم، شرایط محیط زندگی حین ارتکاب جرم، خفت و شدت جرم، سابقه جرمی، طرز سلوک حین ارتکاب جرم و بعد از آن، نوع، شاهد، وسایل، قصد، زمان و مکان جرم، میزان خطرات وارد به شخص متضرر می‌گردد. و در ادامه ماده سارنوال را مکلف می‌کند تا از افرادی که با طفل در ارتباط بودند نیز معلومات حاصل نماید. افرادی مثل الدین، مربی، معلم، اهل خبره و سایر افراد. با این نوع سیاست می‌توان گفت شناخت خوبی از طفل حاصل شده و در قبال وی تدابیر و اقدامات مؤثر با شخصیت اش سنجیده خواهد شد.

در رابطه به کیفرزدایی ماده ۱۸ قواعد پکن به صورت کلی اشاره به مباحث اصلاحی دارد، که در قسمت بند «الف» «ب» و «پ» می‌توان گفت در هر دو قانون یکسری موارد را مشاهده نمودیم. مباحث چون نظارت مستمر از کودک و نوجوان و تعیین نمودن سرپرست قانونی یا سپردن او به والدین و همینطور مکلف نمودن سایر نهادها برای طرح برنامه‌های مراقبتی از کودک و نوجوان از جمله موارد مراقبتی و نظارتی می‌باشد که در این قوانین پرداخته شده بود، بحث تعلیق نیز در هر دو قانون دیده شده و به صراحت در مواد قانونی آمده است. در مورد خدمات عام‌المنفعه هم مراجعی کاری برای کودک و نوجوان تعریف شده است که آنان جهت سپری نمودن دوره محکومیت به هدف اصلاح پذیری به این مراجع برای کار نمودن معرفی می‌گردند. در نتیجه این مباحث به صورت یکسان با اندک تفاوت‌های اجرایی و سیاستی در هر دو قانون مورد توجه قرار گرفته است.

۳. حداقل استفاده ممکن از مؤسسات نگهداری

یکی از مواردی که در اسناد بین‌المللی بیان شده است بحث حداقلی استفاده از حبس و یا حبس کودکان و نوجوانان بزهکار می‌باشد که به نوعی سیاست کیفرزدایی و قضازدایی محسوب می‌گردد. که فرستادن کودکان و نوجوانان را به مراکز نگهداری‌کننده آخرین راه چاره و برای کمترین زمان بیان می‌دارد. این مورد بدون هیچگونه تفاوت در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان بیان شده است: «حبس طفل به عنوان آخرین راه حل اصلاح و تربیت آنها تلقی می‌شود. محکمه در تعیین مدت حبس حداقل مدت ممکنه آن را مطابق احکام این قانون در نظر می‌گیرد.»

۴. سابقه مجرمیت

داشتن سابقه جرمی برای هر فردی در جامعه منجر به کاهش شأن و منزلت اجتماعی وی شده و برای او انگیزه مجرمانه ایجاد می‌کند. به این دلیل که «اگر به یک جوان برچسب بزهکاری زده شود، هویت وی به عنوان یک بزهکار و انسانی که باید در فعالیت‌های مجرمانه شرکت کند، شکل خواهد گرفت از آنجا که نوجوان تصویر منفی از خویش در ذهن پروراند است، شرکت کردن در کارهای خلاف و نشست و برخاست با بزهکاران دیگر را انتخاب می‌کند» (هاشمی، ۱۳۹۲، ۹) اجتماع به چنین فردی نگاه متعصبانه دارد و فرد جایگاه مناسبی در جامعه خود نخواهد داشت. که چنین حالتی به وی ایجاد تصور منفی نسبت به شخصیت اش میکند و بیشتر به سمت جرم سوق پیدا میکند. زیرا «بدنامی ناشی از مداخله رسمی دستگاه جزایی به ویژه و به خوبی می‌تواند افراد جوان را به سوی فعالیت در نوعی پیشه



یا حرفه مجرمانه سوق دهد» (غلامی، ۱۳۹۹، ۴۵). چه بسا مجرمینی که جرم را بر اثر برجسپ اجتماعی حرفه خویش انتخاب کردند. بنابراین قانونگذاران به این موضوع توجه نموده و در قسمت کودکان و نوجوانان سیاست حمایتی پیش بینی نمودند که مبنی بر محرمیت رسیدگی به پرونده‌های آنان می‌باشد. قواعد پکن در این رابطه چنین بیان می‌کند:

«سوابق بزهکاران نوجوان به صورت کاملاً محرمانه و غیر قابل دسترسی برای اشخاص ثالث نگهداری خواهند شد دسترسی به این گونه سوابق محدود به اشخاص در ارتباط مستقیم با اتخاذ تصمیم در مورد پرونده یا سایر اشخاص با اجازه رسمی خواهد بود.»

سوابق بزهکاران نوجوان در دادرسی‌های بزرگ سالان در پرونده‌های بعدی که به همان شخص بزهکار مربوط می‌شود مورد استفاده قرار نخواهد گرفت.

در فقره یک ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان نیز بدین موضوع پرداخته است و قانونگذار به صراحت بیان می‌دارد که رسیدگی به تخلفات اطفال به صورت سری می‌باشد. و در فقره دوم این ماده به نشر اسناد جریان جلسه دادگاه طفل و شهادت شهود، نظر اهل خبره جواز نداده است. همینطور در فقره سوم ماده بیان شده که افشای معلومات در مورد شخصیت طفل و یا اطلاعات که منجر به کشف هویت طفل گردد، تحت هیچ عنوان جواز ندارد. بر علاوه در فقره یک ماده ۴۸ این قانون نیز ذکر شده که محکمه در قسمت تصمیم‌گیری در رابطه به اطفال بزهکار که رفتار غیر عادی دارند نیز سری بودن جلسه رسیدگی را رعایت می‌نماید. در این نوع سیاست‌گذاری قانونگذار رویکرد حمایتی آینده نگرانه نسبت به کودک و نوجوان داشته است.

۵. جدای طفل محروم آزادی از بزرگسالان

ماده ۳۷ کنواسیون حقوق کودک: این ماده بر علاوه اینکه دولت‌های عضو را مکلف به رعایت عدم مجازات‌های سنگین علیه طفل می‌کند، به دو مورد از سیاست‌های اصلاحی برای بازپروری طفل بزهکار نیز می‌پردازد: زندانی کردن کودک به عنوان آخرین راه چاره و جدا سازی کودکان و نوجوانان تحت حبس از بزرگسالان از جمله مواردی است که در ماده ذکر شده است. در ماده دهم قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان این موضوع مدنظر قانونگذار قرار گرفته و جدای کودکان و نوجوانان محروم از آزادی را از بزرگسالان مطرح می‌نماید، و در ماده هشتم این قانون حجز طفل یا نوجوان را در مراکز اصلاح و تربیت آن هم به حدالمان در کوتاه ترین مدت بیان می‌کند. بر علاوه این موارد به چند مورد دیگر نیز در قوانین افغانستان پرداخته شده است که حاکی از سیاست‌گذاری قانونگذار جهت اصلاح و باز اجتماعی نمودن کودکان و

نوجوانان می‌باشد، که اکثر کنشگران این سیاست‌ها نهادهای وابسته به دولت بوده و این سیاست‌ها بر مبنای رویکرد حمایتی و آینده‌نگرانه طرح ریزی شده است.

۶. عدم اعمال مجازات‌های تبعی و تکمیلی

نکته دیگری را که قانونگذار افغانستان در نظر گرفته است بحث مجازات‌های تبعی و تکمیلی می‌باشد که با توجه به آینده طفل و حفظ شخصیت او از خطر برچسپ زنی در اجتماع مدنظر گرفته شده است. «احکام متعلق به تکرار در جرم و جزایهای تبعی و تکمیلی، بر اطفال قابل تطبیق نمی‌باشد...» (ماده ۱۰۷ کود جزا، ۱۳۹۶) در اینجا با یکنوع سیاست آینده‌نگرانه روبرو هستیم که البته نکته اصلاحی نیز دارد. زیرا طفلی که برچسپ مجرمیت می‌خورد تکرار جرم برایش سهل است و این عمل را پیشه خویش می‌نگرد اما کودکانی که با این موضوع روبرو نیستند کمتر به سمت تکرار جرم می‌روند و این عمل را در خور شخصیت خویش نمی‌بینند.

۷. ارائه گزارش از روند اصلاح‌پذیری

قانونگذار افغانستان هدف از فرستادن طفل در مراکز اصلاح و تربیت را اصلاح‌پذیری و تربیت مجدد طفل بیان نموده و بنا به همین هدف این مراکز را مکلف نموده تا هر سه ماه یکبار از چگونگی روند اصلاح‌پذیری طفل به محکمه ویژه اطفال ارایه نماید. به اضافه در ماده ۵۴ قانونگذار مؤسسات خدمات اجتماعی را مکلف نمودند تا از چگونگی اجرای دستورات دادگاه و روند اصلاح‌پذیری کودکان و نوجوانان بزهکار هر ماه گزارش ارایه دهند. همین‌طور در ماده ۴۵ این قانون بیان شده که این مراکز و دیگر مراجع که طفل برای اصلاح-پذیری به آنان سپرده شده است هر وقت که بخواهد می‌تواند از محکمه تقاضای اعمال برنامه‌های دیگری اصلاحی را نماید. «اداره سارنوال مرجع نظارت بر تطبیق قانونیت و کنترل موازین حقوق بشر در مراکز اصلاح و تربیت اطفال می‌باشد.» (ماده ۳۷ قانون مراکز اصلاح و تربیت)

۸. آموزش در مراکز اصلاح و تربیت

مکلفیت دیگری که قانونگذار برای مراکز اصلاح و تربیت تعریف نموده است بحث طرح ریزی برنامه‌های آموزشی و تربیتی است. زیرا همان‌طور که بیان شد اصل هدف از فرستادن کودکان و نوجوانان در این مراکز اصلاح‌پذیری مجدد آنان می‌باشد. «مسئولین مراکز اصلاح و تربیت اطفال مکلفاند در بخش‌های باز و بسته مربوط کتابخانه‌های مجهز را تأسیس و زمینه عبادت، مطالعه، کار تعلیم و تربیه، آموزش حرفوی، فعالیت‌های فرهنگی و تفریحی و



سایر سهولت های لازم را با همکاری وزارت های کار و امور اجتماعی و معارف فراهم نمایند.» (ماده ۲۱ قانون مراکز اصلاح و تربیت، ۱۳۸۷) با این وجود سنجش تدبیر جهت اصلاح کودکان و نوجوانان بزهکار در این مراکز از جمله سیاست های اصلاح کننده می باشد.

نتیجه گیری

پژوهش حاضر که بدنبال بررسی سیاست جنایی تقنینی علیه بزهکاری کودکان و نوجوانان در نظام حقوقی افغانستان و اسناد بین المللی بوده است، با بررسی قوانین نافذ افغانستان و سندهای بین المللی در قبال کودکان و نوجوانان به رویکرد و سیاست های مختلف دست یافته است. نخست می توان گفت که با بررسی این قوانین رویکرد حمایتی قانون نسبت به کودکان و نوجوانان کاملاً روشن و واضح هست که بدون شک هدف از تدوین این قوانین نیز حمایت از این قشر جامعه بوده. قانونگذاران با یکنوع رویکرد حمایتی به پیش بینی سیاست های پیشگیرانه و همینطور سیاست های اصلاح کننده نسبت به بزهکاری کودکان و نوجوانان دست به قلم زده است. در سیاست های پیشگیرانه متوجه می شویم که قانونگذاران تلاش نمودند نهادهای دولتی و غیر دولتی را کنار هم قرار داده و با هماهنگی همدیگر نسبت به تربیت و ایجاد زمینه رشد مناسب در قبال کودکان و نوجوانان مکلف به انجام اموری مشخص شده نماید، در بعضی موارد به صورت آمرانه و در بعضی موارد به حالت تشویقی یکنوع سیاست مشارکتی را تدوین نموده که با اجتماع پذیر نمودن و تربیت سالم کودکان و نوجوانان بدنبال جلوگیری از بزهکار شدن آنان در آینده می باشد. و همینطور در نوع دیگر از سیاست های پیش بینی شده در این قوانین مشاهده می گردد که قانونگذار بدنبال اصلاح و بازپروری کودکان و نوجوانانی هستند که شخصیت بزهکارانه در آنان رشد نموده و مرتکب جرم شدند، در نوع سیاست که بیشتر کنشگران آن نهادهای دولتی هستند و قانونگذار تلاش نموده تا با تدابیر و اقدامات غیر کیفری و مناسب با سن و شخصیت کودکان و نوجوانان آنان را به سمت اصلاح مجدد سوق داده و دوباره به جامعه برگرداند. تعریف نمودن برنامه های آموزشی، نظارت مکرر از کودکان بزهکار در مراکز اصلاح و تربیت، وادار نمودن آنان به انجام یکسری امور اجتماعی و ... حاکی از این سیاست می باشد. به طور خلاصه می توان گفت بیشترین سیاست ها در قبال این قشر آسیب پذیر جنبه پیشگیرانه داشته که با رویکرد حمایتی قانونگذار همراه است و تدوین قوانین مؤثر در رابطه به افراد آینده ساز جوامع نکته مثبت به حساب می آید. و از آنجای که امارت اسلامی به طور رسمی قانون رسیدگی به تخلفات اطفال را نسخ نکرده و این قانون نیز بدون تفکیک جنسیت جنبه حمایتی نسبت به کودکان دارد و دولت را مکلف به ارایه خدمات نسبت به کودکان و نوجوانان می نماید، تاکید زیاد این قانون نسبت به

راهبردهای تربیتی از جمله آموزش کودکان و نوجوانان حکایت از اهمیت آموزش در قبال این قشر مهم جامعه دارد که در وضعیت فعلی شاهد رفتار دوگانگی دولت در قبال کودکان و نوجوانان بر اساس جنسیت آنان می‌باشیم که بدون شک برای تربیت درست آنان و جلوگیری از بزهکار شدن آنان آسیب‌زا خواهد بود. بر عکس عملکرد مدیران دولت را در عرصه رشد شخصیتی و جلوگیری از به انحراف کشیده‌شدن کودکان و نوجوانان با تربیت درست علمی نشان خواهد داد.



۱. باصری، علی اکبر. سیاست جنایی کودکان و نوجوانان. چاپ اول. ۱۳۸۷.
۲. پور محی آبادی، حسین، سیاست کیفری کودکان و نوجوانان بزه دیده و بزهکار، نشر میزان، ۱۳۹۵.
۳. جمشیدی، علیرضا، سیاست جنایی مشارکتی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴.
۴. طه، فریده، بررسی کنگره های پیشگیری از جرم و عدالت کیفری سازمان ملل متحد نوجوانان در معرض خطر بزهکاری، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۰.
۵. لازرژ، کریستین، (۱۳۹۶)، در آمدی بر سیاست جنایی، مترجم: علی حسین نجفی ابرند آبادی، چاپ ششم نشر میزان.
۶. بادامی، محمد علی، مقدادی، محمد مهدی و پیله ور، مرضیه، ۱۴۰۰، جایگاه حمایت های حقوقی از کودکان در فضای مجازی با تاکید بر حق تربیت دینی، مجله پژوهشهای حقوقی.
۷. جعفری. امین و علی مولا بیگی. سیاست جنایی تقنینی-قضایی ایران در قبال جرایم جنسی علیه کودکان در پرتوی اسناد بین المللی. ش ۲. انتشارات: مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه تهران. ۱۳۹۷.
۸. غلامی، حسین، حسنعلی مؤذن زادگان، مسلم جمشیدی، اقدامات پلیس در پیشگیری از وقوع جرایم کودکان و نوجوانان، فصلنامه انتظامی اجتماعی، تابستان ۱۳۹۷
۱۰. مریم عباجی، پیشگیری از بزهکاری و بزه دیدگی کودکان، مجله حقوقی دادگستر، ۱۳۸۳.
۱۱. محمد رضا رهبر پور، سعیده السادات سادات الحسینی، پاسخ به نظام سیاست جنایی ایران در پیشگیری از بزهکاری کودکان کار و خیابانی، فصلنامه رهیافت پیشگیری از جرم.
۱۲. مؤذن زادگان، حسنعلی، سیر تحول قوانین کیفری حمایتی کودکان و نوجوانان در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستر، شماره ۶۲، ۱۳۸۷.
۱۳. مؤذن زادگان، حسنعلی، غلامی، حسین و جمشیدی، مسلم، نقش پلیس در پیشگیری از جرایم کودکان و نوجوانان با تاکید بر تعامل و مشارکت، فصلنامه انتظامی اجتماعی، شماره ۲، ۱۳۹۷.
۱۴. هاشمی، روایی، سجادی صابر، تدابیر آموزشی و عملکرد پلیس در پیشگیری از بزهکاری نوجوانان، فصلنامه علمی-پژوهشی آموزش در علوم انتظامی، شماره سوم، زمستان ۱۳۹۲
۱۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان
۱۶. کود جزأ افغانستان مصوب ۱۳۹۶.
۱۷. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال افغانستان
۱۸. قانون مراکز اصلاح و تربیت
۱۹. رهنمود های سازمان ملل برای پیشگیری از بزهکاری نوجوانان (رهنمود های ریاض) ۱۹۹۰
۲۰. پیمان نامه حقوق کودک، ۱۹۸۹
۲۱. قواعد حداقل استانداردها سازمان ملل برای مدیریت دادرسی ویژه نوجوانان (قواعد پکن) ۱۹۸۵
۲۲. قواعد سازمان ملل برای حمایت از نوجوانان و محروم از آزادی. ۱۹۹۰
۲۳. اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۹۴۸



سال اول، شماره اول، خزان ۱۴۰۲



کشف واقع در دادرسی از دیدگاه اسلام با نگاهی به حقوق فرانسه

خالقداد اسدی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۷/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۹/۱۰

چکیده

از دیدگاه اسلام، وظیفه قاضی نه صرفاً فصل خصومت که مهم‌تر از آن، کشف واقع است؛ زیرا در قضاوت، آیات و روایات زیادی دلالت بر حکم به حق و اجرای عدالت دارد. و این مهم، جز با کشف واقع در جریان رسیدگی تحقق پیدا نمی‌کند. منظور از کشف واقع، رسیدن قاضی به علم و اطمینان لازم در تشخیص موضوع برای اصدار حکم عادلانه می‌باشد. اما بحث مهمی که قابل طرح می‌باشد این است که با توجه به وجود ادله‌ی قانونی اثبات در نظام حقوقی اسلام، کشف واقع چگونه تحقق پیدا می‌کند؟ ضمانت اجرای آن چیست؟ و در این زمینه، نظام حقوقی اسلام چه تفاوتی با نظام حقوقی فرانسه دارد؟ در نوشتار حاضر به این سؤال‌ها پاسخ داده شده است.

واژگان کلیدی: کشف واقع، فصل خصومت، احقاق حق، دادرسی اسلامی، حقوق

فرانسه

^۱. دکترای فقه و حقوق قضایی و نویسنده

از دیدگاه اسلام، قاضی وظیفه دارد که در جریان دادرسی نهایت تلاش خود را برای رسیدن به واقع هم در تشخیص موضوع و هم در تشخیص حکم به کار ببندد و صرفاً به فصل خصومت اکتفا ننماید؛ زیرا آیات و روایت زیادی دلالت بر حکم به حق و اجرای عدالت دارند و این مهم جر با کشف واقع، تحقق پیدا نمی‌کند. مفهوم ترکیبی «کشف واقع»، یعنی دانستن حقیقت و آشکار ساختن آنچه رخ داده و به وقوع پیوسته است. (ر.ک: معین، ۱۳۷۵: ۳ و ۴، ۲۹۸۷ و ۴۹۵۲) اما در فرهنگ قضا کشف واقع به آن معنا که در حلّ مجهولات طبیعی مورد نظر است، مورد توجه نمی‌باشد؛ بلکه مراد همان علم عادی (یا اطمینان) است که اغلب مردم یک جامعه وقتی که به آن می‌رسند، احتمال خلاف را به دانسته‌ی خود راه نمی‌دهند. (نراقی، ۱۴۱ق: ص ۴۳۵ و مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۱۲ و ۳۲)

در عین حال، قاضی موظف نیست که از هر راهی حتماً به واقع برسد؛ بلکه این مهم تنها در چارچوب ادله‌ای اثبات و با راهکار خاصی انجام می‌شود و آن عبارت از بررسی شرایط ادله‌ای اثبات و احراز اعتبار آنها و نیز تمسک به قراین و امارات قضایی (در صورت فقدان ادله‌ای اثبات) است تا قاضی به یک اطمینان نسبی برای اصدار حکم عادلانه بتواند دست پیدا نماید.

از این رو، ادله‌ی اثبات در نظام حقوقی اسلام خاصیت کشفی و طریقی دارد نه موضوعی؛ یعنی قاضی در کمال آزادی، می‌تواند ارزش و اعتبار دلایلی را که به او ارائه می‌شوند، برآورد نماید و هر دلیلی که با علم وی در تعارض باشد و او را به قناعت وجدانی نرساند، کنار بگذارد؛ چون وظیفه قاضی در اسلام، إحقاق حق بر اساس علم خود می‌باشد. از این نظر، نظام قضایی اسلام به سیستم ادله‌ی معنوی نزدیک‌تر است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۵۹)

اما برغم اهمیت کشف واقع در نظام حقوقی اسلام، هنوز این موضوع از لحاظ مبانی، راهکار و ضمانت اجرا ابهام دارد و در پژوهش‌های مستقل مورد توجه قرار نگرفته است. در نوشتار حاضر، نگارنده سعی خواهد نمود که کشف واقع را از منظر مبانی، راهکار و ضمانت اجرای آن در دادرسی با نگاهی به حقوق فرانسه، مورد بحث و بررسی قرار دهد.

الف) مبانی کشف واقع در اسلام و مقایسه با حقوق فرانسه

نخست مبانی کشف واقع در اسلام از منظر قرآن و سنت مورد بررسی قرار می‌گیرند و آنگاه این مبانی با حقوق فرانسه به منظور تفاوت‌ها و نقاط قوت دو دیدگاه اسلام و غرب مقایسه می‌گردد



۱. مبانی کشف واقع در اسلام

مبانی کشف واقع در نظام حقوقی اسلام، عبارتند از:

۱-۱. حکم به حق و اجرای عدالت

بر اساس قرآن و سنت (که مهم‌ترین منابع حقوقی اسلام است)، معیار قضاوت در اسلام، حکم به حق و اجرای عدالت است. قرآن در آیات متعددی به این مهم اشاره می‌نماید؛ از جمله در آیات زیر:

«یا داود انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق» (ص: ۲)

مخاطب آیهی شریفه، حضرت داود است که پروردگار بر وی منت نهاد، او را خلیفه و نماینده خود در روی زمین قرار داد و از جمله امور مهمی که بر عهده او گذاشت، قضاوت میان مردم است که باید بر اساس «حق» باشد.

لغت‌شناسان برای واژه «حق»، معانی متعددی ذکر کرده‌اند، از قبیل: ثبوت، ضد باطل، سخن راست، درستی، حقیقت، عدالت، واقعیت، بهره و ... (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۲۴۷؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۲۰، ۴۹) در قرآن نیز، کلمه‌ی «حق» اکثراً در معانی لغوی آن (حقیقت، قطعیت، واقعیت و عدالت) استعمال شده، هرچند که در برخی از موارد به معنای حقوقی (بقره: ۲۸۲) یا وظیفه و تکلیف (ذاریات: ۱۹) نیز آمده است.

اما منظور از «حکم به حق»، حکم بر اساس علم است (نجمی، النور الساطع، ۱۳۸۱: ۱، ۵۸۱) که غالباً از راه ادله‌ی اثبات و قراین دیگر به دست می‌آید. تکلیف قاضی به حکم بر اساس علم، نشانگر اهتمام نظام قضایی اسلام به کشف واقع در فرایند دادرسی است. «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء: ۵۸)

این آیه‌ی شریفه دارای دو فقره است؛ صدر آیه در باره اداء امانت و ذیل آن در باره قضاوت است. میان این دو فقره مزبور می‌توان این‌گونه ارتباط برقرار کرد که، از جمله‌ی ادای امانت (و رعایت حقوق) قضاوت کردن به عدالت میان مردم است. و قضاوت عادلانه دارای دو شرط اساسی است:

نخست این‌که قاضی با کمال دقت به مورد دعوا توجه نموده و ماده‌ی اختلاف را پیدا نماید به طوری که از حقیقت امر، چیزی بر او پنهان نماند؛ و سپس بی‌طرفانه اظهار نظر کند و یکی از طرفین را بر طرف دیگر، ترجیح ندهد. (همدانی، ۱۴۰۴ق: ۴، ۸۷)

«فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم... و إن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين» (مائده: ۴۲)

در این آیه شریفه، خداوند به پیامبر اکرم (ص) اختیار داده که وقتی کافران کینه‌توز و ستیزه‌جویی (چون یهود) نزد او برای تحاکم می‌آیند، یا میان آن‌ها قضاوت کند یا از قضاوت اعراض کند؛ لیکن اگر قضاوت نمود، باید به عدالت باشد و قضاوت به عدالت، فرع بر کشف واقع (با انجام تحقیقات لازم) در جریان محاکمه است.

«أنا أنزلنا إليك الكتب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما» (نساء: ۱۰۵)

مخاطب این آیه شریفه در ظاهر شخص پیامبر (ص) است؛ ولی بدون شک حکم آن عمومی و متوجه تمام قضات و داوران می‌باشد که باید به منظور کشف واقعیت، از شتاب در قضاوت پرهیز نمایند؛ زیرا در آیه بعدی مسأله استغفار مطرح شده است (و استغفر الله إنَّ الله كان غفورا رحیما) و مفسرین در باره این استغفار، احتمالات گوناگونی داده‌اند؛ یکی از آن احتمالات، شتاب کردن پیامبر (ص) در قضاوت به عنوان ترک اولی بوده است (طبرسی، ۱۳۶۰: ۶، ۱۱۲) و ترک اولی نسبت به انبیاء گناه به حساب می‌آید. (مشکینی، ۱۳۹۲: ۷، ص ۱۱۷) بنابراین، اساس قضاوت از دیدگاه قرآن حکم به حق است که مستلزم کشف واقع است. هم‌چنین از نگاه سنت، روایات زیادی بر دانستن و کشف واقع در قضاوت، دلالت دارند؛ از جمله:

پیامبر اکرم (ص) هنگامی که امام علی (ع) را به یمن اعزام نمود فرمود: «إنَّ الناس سیتقاضون الیک فأذا اتاک الخصمان فلا تقض لواحد حتی تسمع الآخر فإنه أجدر أن تعلم الحق» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۷، ۲۱۷)

(به زودی مردم برای قضاوت در نزد تو خواهند آمد، پس وقتی که طرفین متخاصم نزد تو می‌آیند، برای یکی از آن‌ها پیش از شنیدن اظهارات دیگری قضاوت مکن؛ زیرا این سزاوارتر به دانستن حق است)

این روایت در نسخه‌ی دیگر، با عبارت «تبیین لك القضاء» (آشکار شدن قضاوت) آمده: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): إِذَا تَقاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ - حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخرِ - فَإِنَّكَ إِذَا فَعَلْتَ ذَلِكَ تَبَيَّنَ لَكَ القَضَاءُ» (صدوق قمی، ۱۴۱۳ق: ۳، ۱۴)



در روایات مزبور از آن جهت بر لزوم استماع کلام طرفین دعوا در جریان دادرسی تأکید شده است که حقیقت قضیه روشن گردد.

امام علی (ع) در تبیین سیمای قضات، به مالک اشتر می‌فرماید:

«... ثُمَّ اخْتَرْتُ لِلْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ فِي نَفْسِكَ مِمَّنْ لَا تَضِيْقُ بِهِ الْأُمُورُ وَلَا تَمَحْكُهُ الْخُصُومُ وَلَا يَتَمَادَى فِي الزَّلَّةِ وَلَا يَحْصُرُ مِنَ الْفِيءِ إِلَى الْحَقِّ إِذَا عَرَفَهُ وَلَا تُشْرِفُ نَفْسُهُ عَلَى طَمَعٍ وَلَا يَكْتَفِي بِأَدْنَى فَهْمٍ دُونَ أَقْصَاءِ وَأَوْفَقَهُمْ فِي الشُّبُهَاتِ وَأَخَذَهُمْ بِالْحُجَجِ وَأَقْلَهُمْ تَبْرُمًا بِمَرَاجِعَةِ الْخُصْمِ وَأَصْبَرَهُمْ عَلَى تَكْشُفِ الْأُمُورِ...» (نهج البلاغه، نامه ۵۳)

(سپس، از میان مردم، برترین فرد نزد خود را برای قضاوت انتخاب کن، کسانی که مراجعه فراوان، آن‌ها را به ستوه نیاورد، و برخورد مخالفان با یکدیگر او را خشمناک نسازد، در اشتباهاتش پافشاری نکند، و بازگشت به حق پس از آگاهی، برای او دشوار نباشد؛ طمع را از دل ریشه کن کند، و در شناخت مطالب با تحقیقی اندک رضایت ندهد، و در شبهات از همه با احتیاط‌تر عمل کند، و در یافتن دلیل، اصرار او از همه بیشتر باشد، در مراجعه پیاپی شاکیان خسته نشود و در کشف امور از همه شکیباتر...)

امیر المؤمنین علی (ع) در این فرمان، به طور صریح بر کشف حقیقت در دادرسی تأکید نموده است. در سیره‌ی قضایی آن حضرت هم وقتی ما نظر می‌اندازیم، می‌بینیم که قضاوت‌های ایشان نوعاً حاوی تحقیق و تفحص و برای کشف واقع (خصوصاً در امور جزایی) از روش‌های منحصر به فردی استفاده نموده است.

در روایت دیگر، امام علی (ع) خطاب به عمر بن خطاب (خلیفه دوم) در باره اهمیت اجرای عدالت، در جامعه می‌فرماید:

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مَرَّارٍ عَنْ يُونُسَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلْبِيِّ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: «ثَلَاثٌ إِنْ حَفِظْتَهُنَّ وَعَمِلْتَ بِهِنَّ كَفَتَكَ مَا سَوَاهُنَّ وَإِنْ تَرَكْتَهُنَّ لَمْ يَنْفَعَكَ شَيْءٌ سَوَاهُنَّ. قَالَ: وَ مَا هُنَّ يَا أبا الْحَسَنِ؟ قَالَ (ع): إِقَامَةُ الْحُدُودِ عَلَى الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ وَالْحَكْمُ بَكِتَابِ اللَّهِ فِي الرِّضَا وَالسُّخْطِ وَالْقَسَمِ بِالْعَدْلِ بَيْنَ الْأَحْمَرِ وَالْأَسْوَدِ؛ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: لِعُمَرَى لَقَدْ أَوْجَزْتَ وَأَبْلَغْتَ» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ۶، ۲۲۷)

«سه کار است اگر آن‌ها را پاس داری و عمل نمایی، از کارهای دیگر بی‌نیاز می‌شوی. اما اگر آنها را واگذاری، کار دیگر سودی به حالت نخواهد داشت. عمر گفت: چه کارهایی؟»

فرمود: اقامه‌ی حدود بر دور و نزدیک، حکم کردن مطابق کتاب خدا در حال خشم و خشنودی، و به عدالت رفتار کردن میان سرخ و سیاه. عمر گفت: سوگند که کوتاه و رسا گفتمی»

۱-۲. رعایت اصل بی طرفی

اصل بی طرفی قاضی یکی از اصول مهم دادرسی در قضای اسلامی است. از این اصل، در کتاب‌های فقهی با عنوان «التسویه بین الخصمین» نام برده شده که مصادیق فراوانی دارد و دو مصداق آن بیش از همه در جریان دادرسی مورد تأکید قرار گرفته است:

(۱) نگاه برابر قاضی به طرفین دعوا

منظور از نگاه برابر قاضی، نگاه برابر او به طرفین دعوا در رفتارهای اخلاقی، مثل اشاره کردن، نگاه کردن، نشستن و سخن گفتن با طرفین است که در روایات مورد تأکید قرار گرفته است؛ از جمله در معتبره سکونی از امام صادق (ع) که می‌فرماید:

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: قَالَ امير المؤمنين (ع): «من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الأشارة و في النظر و في المجلس (حراملی، ۱۴۱۳ق: ۲۷، ۲۱۴)

«هر که قضاوت می‌کند، باید مساوات را میان طرفین در اشاره و نگاه نمودن و جای نشستن، رعایت کند»

حضرت در روایت دیگری، به فلسفه رفتار برابر قاضی با طرفین دعوا هم اشاره نموده می‌فرماید:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي الْمِقْدَامِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ سَلَمَةَ بْنِ كُهَيْلٍ، قَالَ: سَمِعْتُ عَلِيًّا (ع) يَقُولُ لَشَرِيحٍ: «... ثُمَّ وَاسَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ بوجهك و منطقك و مجلسك حتى لا يطمعك قريبك في حيفك و لا ييأس عدوك من عدلك (كلینی، ۱۴۲۹ق: ۱۴، ۶۵۲)

«... تا دوست در وی طمع نکنند و دشمن از عدالت او نا امید نشود»

بنابراین، قاضی باید نگاه برابر به طرفین دعوا در جریان محاکمه داشته باشد؛ چون تمایل به یک طرف، باعث می‌شود که قاضی تحت تأثیر هوای نفسانی از رسیدن به واقع باز بماند.

(۲) پرهیز از تلقین دلیل

تلقین دلیل، به این معناست که، قاضی در دادگاه به یکی از متخاصمین دلیل و بیانی پیامورد تا بر طرف مقابل خود غلبه پیدا کند (خمینی، بی تا: ۲، ۴۰۹) این عمل در نظام



دادرسی اسلام، حرام و بر حرمت آن ادعای اجماع شده است (سنگلجی، ۱۳۸۴: ۲۹۱) مصادیق تلقین دلیل در عبارت یکی از فقها، عبارتند از: ۱) تلقین انکار به کسی که قصد اقرار دارد؛ ۲) تلقین نکول به کسی که قصد سوگند دارد و یا بر عکس، ترغیب به قسم اگر قصد نکول از سوگند دارد؛ ۳) ترغیب و تزهید شاهد به ادا یا انصراف از شهادت؛ ۴) امر کردن یکی از متخاصمین به شروع در صحبت، اگر هردو مدعی باشند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ۵، ۱۲۸) در کلام فقیه دیگر، مصادیق دیگری نیز افزوده شده که عبارتند از: ۱) تلقین مدعی به دعوای جزئی، اگر تردید دارد (تا دعوای وی مسموع واقع شود)؛ ۳) تلقین مدعی به دعوای ظنی (تا به او رد یمین نشود)؛ ۳) تلقین مدعی علیه به انکار اصل قرض وقتی می خواهد جواب به ادا بدهد، تا نیاز به اقامه بیّنه نداشته باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۸، ۱۵۰)

مهم ترین دلیلی که بر حرمت «تلقین دلیل» از سوی قاضی بیان شده، این است که این کار منافات با اصل «بی طرفی» وی در جریان محاکمه دارد (نراقی، ۱۴۱۵ق: ۱۷، ۱۱۷) و از طرفی، باعث می شود که احتمال پیروزی یکی از طرفین دعوا، بیش از طرف دیگر گردد. فقیه دیگری می گوید: «ما در باب تلقین خصمین، دلیل خاصی (از آیه و روایت) جز مسئله عدالت نداریم... و قاضی باید به هردو طرف دعوی با چشم مساوی نگاه کند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۲، ۷۲)؛ زیرا بی طرفی قاضی باعث می شود که طرفین دعوا به حکم او اعتماد نمایند و در نتیجه، نزاع خاتمه پیدا می کند. (موسوی اردبیلی، ۱۴۳۴ق: ۲، ۹) و علاوه بر آن، تلقین دلیل، موجب ضرر طرف مقابل می گردد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۳، ۲۲۹؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ۵، ۱۲۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۴، ۷۱)؛ زیرا باعث می شود که وی در استفاده از دلایل خود ناتوان گردد (طرابلسی، بی تا: ۱، ۲۱) و در نتیجه، حق وی متوقف (ضایع) می گردد. (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۸، ۱۵۰) و این هم خیانت است (حسینی، بی تا: ۱۰، ۵۳)، هم ترویج باطل (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ۱، ۴۱۴) و هم اعانت بر اثم و امر به منکر خواهد بود (نراقی، ۱۴۱۵ق: ۱۷، ۱۱۷)

۲. مقایسه با حقوق فرانسه

در عصر ناپلئون یکی از قواعد حاکم بر آیین دادرسی مدنی (کد ناپلئون) فرانسه، قاعده‌ی بی اثری دادگاه بود که از اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی سرچشمه می گرفت. بر اساس این قاعده، اختیار دادرسی در کف طرفین دعواست و دادگاه اصولاً اقداماتی انجام می دهد و تصمیماتی اتخاذ می کند که طرفین از او بخواهند و مبنای قضاوت دادگاه دلایلی است که ایشان اقامه می کند (پور استاد، ۱۳۹۱: ۳۵ و ۳۶)

اما مدتها بعد اندیشه‌ی اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی (که منطبق با اصول لیبرالیزم و آزادی خواهانه بود) به اندیشه انفعال‌گرایی مشهور شد و نتوانست در جامعه فرانسه در قرن بعد جایی برای خود داشته باشد و قانون‌گذار فرانسه بر اساس رویکرد جدید، قانون آیین دادرسی مدنی جدید (۱۹۷۵م) را بر اساس روح تعاون میان طرفین و دادگاه‌پی‌ریزی نمود. به این صورت که بین امتیازات اصحاب دعوا و اختیارات دادرس در حل اختلافات تعادلی به وجود آمد تا آنجا که از این قانون به عنوان منشور توزیع نقش‌ها بین دادرسان و اصحاب دعوا یاد می‌کنند (سلیمی، ۱۳۹۴: ۲۲) بر اساس روح تعاون (که در مواد ۱ الی ۱۳ انعکاس یافته)، کشف واقع و وظیفه مشترک دادگاه و اصحاب دعوا می‌باشد و قانون‌گذار فرانسه در موادی از قانون یاد شده، اختیارات گسترده‌ای به قاضی به منظور کشف حقیقت و اجرای عدالت مدنی به شرح زیر اعطا نموده است:

- ملحوظ نمودن تمامی وقایع و امور موضوعی مربوط به مورد دعوا حتی اگر اصحاب دعوا به آن‌ها استناد

نکرده باشند؛ (ماده ۷)

- دستور احضار طرفین جهت ادای توضیح پیرامون موضوع دعوا؛ (ماده ۸)

- اختیار قاضی برای صادر کردن دستور هرگونه اقدام تحقیقی؛ (ماده ۱۰)

- اختیار دستور ابراز اسنادی که نزد طرف دیگر یا شخص ثالث هستند با ضمانت اجرای جرمه مدنی. (ماده ۱۱)

- اختیار استناد به فهم شخصی خویش جهت آگاهی خود از وقایع مورد دعوا. (ماده ۱۷۹)

هم‌چنین در امور کیفری، مطابق ماده ۷۹ قانون اصول محاکمات کیفری فرانسه، مرحله تحقیقات مقدماتی و بازپرسی در امور کیفری الزامی می‌باشد و قاضی باید تمام هم خود را بر کشف حقیقت بگذارد و حقیقت مطلق را بدون توجه به ظاهرگاه فریبنده ارائه شده، کشف و استخراج کند (سلیمی، ۱۳۹۱، ۲۳) و نیز مطابق ماده ۸۱ قانون مزبور، بازپرس بر طبق قانون، به کلیه اقدامات تحقیقاتی که برای کشف واقعیت مفید ارزیابی می‌کند اقدام می‌نماید. این تحقیقات انجام می‌شود؛ خواه به نفع یا ضرر شخص باشد.

بنابراین، فرق نظام حقوقی اسلام و غرب در زمینه‌ی کشف واقع، این است که در نظام حقوقی اسلام، انجام تحقیقات به منظور کشف واقع در تمامی دعوای (اعم از مدنی و کیفری) واجب است؛ زیرا حکم به حق و اجرای عدالت یکی از ارکان مهم قضا در اسلام



می باشد و این جز در پرتو تحقیقات در قضایای پیچیده میسر نمی گردد و لذا در حقوق ایران نیز، قانون گذار در ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م قاضی مدنی و در ماده ۳۹ ق.آ.د.ک قاضی جزایی را ملزم به اجرای تحقیقات به منظور کشف حقیقت نموده است. اما در حقوق فرانسه، میان امور مدنی و کیفری تفکیک گردیده و تحقیقات به منظور کشف واقع در امور کیفری هر چند الزامی است، اما در امور مدنی جزء اختیارات قاضی می باشد نه الزامات وی.

ب) راهکار کشف واقع در نظام حقوقی اسلام و مقایسه با حقوق فرانسه

در این بخش از نوشتار راهکاری کشف واقع در نظام حقوقی اسلامی و فرانسه به منظور کشف نقاط و ضعف بررسی و ارزیابی می شود. از طرفی جهات اشتراک و افتراق هم در موضوع یادشده میان دو نظام مدنظر نیز مشخص خواهد شد.

۱. راهکار کشف واقع در نظام حقوقی اسلام

در نظام قضایی اسلام، کشف واقع، در چهارچوب ادله ای اثبات و راهکارهای خاصی انجام می شود و دادرس مکلف نیست که در جریان دادرسی با هر وسیله ای به واقع برسد. راهکار کشف واقع در نظام دادرسی اسلام عبارتند از:

۱-۱. بررسی شرایط ادله اثبات

ادله ای اثبات دعوا در فقه، عمدتاً عبارتند از: اقرار، بیّنه (شهادت)، یمین (سوگند) و علم قاضی. طبیعی است هرکدام از این ادله دارای شرایط و ضوابط خاصی هستند که بدون فراهم شدن آن شرایط و ضوابط، اصلاً مجال استفاده از ادله ای مزبور پیدا نخواهد شد. بنابراین، قاضی وظیفه دارد که قبل از اصدار حکم، شرایط و ضوابط ادله ای اثبات را از قبیل: اختیار بلوغ، عقل، و عدالت شهود را بررسی نماید. از باب مثال، کسی که هنوز به بلوغ شرعی نرسیده، شهادتش پذیرفته نیست^۱ یا کسی که مبتلا به جنون ادواری است قاضی باید او را موقع اقرار از نظر ذهنی و هوشیاری مورد آزمایش قرار دهد (نوربها، ۱۳۸۹: ۳۰۶) و برای مطلع شدن از بقا یا عدم بقای حالات شخصی که قبلاً محجور بوده، باید او را از نظر رفتار و اعمال مورد آزمایش قرار دهد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق: ۴، ۱۵) هم چنین اقرار باید از روی اختیار باشد؛ چون اقرار اکراهی نافذ نیست (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲، ۵۱۹) امام علی (ع) در قضاوت های

^۱ جز در مورد شهادت بر جراحت، به شرط این که: ۱. کودکان نابالغ ده سال داشته باشند؛ ۲. هنگام مشاهده واقعه مشغول به کار حلال و مباح باشند؛ ۳. آن ها قبل از پراگنده شدن، شهادت دهند. (محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۵، ص ۲۴۳)

خود بر اساس اقرار، همواره قبل از صدور حکم، در باره صحت و سقم اقرار، تحقیق و تفحص می‌کرد. (صادقی رشاد و دیگران، ۱۳۸۰: ۵، ۴۰۹)

در باب شهادت نیز باید قبل از صدور حکم، عدالت شهود احراز گردد. (حلی، ۱۴۱۰ق: ۲، ۱۶۴) حتا از نظر علمای اهل سنت، قاضی باید شخصا در خصوص عدالت شهود تحقیق و تفحص نماید؛ چنان‌که فتواخانه عثمانی در ۲۸ جمادی الثانی ۱۳۲۲ه.ق چنین فتوا داده است: «علی قضاه الشرع عند الریبه فی صدق الشهود ان یحققوا بانفسهم عن احوال هؤلاء غیر مکتفین بالتزکیه سریه و علانیه» (محمصانی، ۱۳۵۸: ۲۴۶)؛ یعنی قضات شرع مکلفند هنگام شک و تردید در صدق گفتار گواهان به تزکیه آنان در پنهان و آشکار اکتفا نکنند، بلکه احوال آنان را شخصا مورد بررسی قرار دهند. هم‌چنین ماده ۱۷۱۷ المجله مقرر داشته است: «از وضع گواهان چه آشکارا و چه پنهان به طور مناسب باید تحقیق کرد، اگر گواه از دانشجویان است باید وضع او را از استاد همان مدرسه که در آن سکونت دارد و از معتمدان محل پرسید ... و چنان‌چه گواه از بازرگانان است باید از بازرگانان معتبر وضع او را پرسید.»

فقه‌های امامیه، جستجو از حال شهود را برای قاضی در صورت مردّد بودن (نسبت به عدالت شهود)، لازم می‌دانند، اما نه مستقیما، بلکه از راه طلب کردن تزکیه از مدعی یا طلب جرح شهود از مدعی علیه (خمینی، بی‌تا: ۲، ۴۲۰)

اما بر لزوم تحقیق از عدالت شهود توسط شخص قاضی، استدلال شده به این‌که:

۱) فحوص واجب است از باب مقدمه واجب. با این بیان که همان‌طوری که وضو بر نماز- گزار واجب است و اگرچنان‌چه آب نداشته باشد، باید شخصا از وجود آب فحوص کند، در این موضوع نیز حکم کردن بر اساس بیّنه‌ی عادلّه واجب است و اگرچنان‌چه بیّنه‌ی عادلّه وجود نداشته باشد، قاضی باید از وجود آن فحوص نماید. اما در این دلیل مناقشه شده که این مقایسه صحیح نیست؛ زیرا وجوب وضو برای نماز وجوب مطلق است و فحوص آب هم مدلل به دلیل خاص است. اما در باب قضاء، حکم کردن به نفع مدعی واجب مطلق نیست بلکه در صورتی واجب است که مدعی بیّنه‌ی شرعی اقامه کرده باشد و فرض این است که چنین بیّنه‌ای نزد حاکم مجهول است

۲) فحوص واجب است به دلیل روایت منسوب به امام حسن عسکری (ع) مبنی بر این‌که پیامبر (ص) هرگاه قضاوت می‌کرد از مدعی سؤال می‌کرد که بیّنه دارد یا ندارد؟ اگرچنان‌چه بیّنه واجد شرایط داشت، بر طبق آن حکم می‌کرد؛ ولی اگر نسبت عدالت بیّنه تردید می‌کرد، دو نفر از اصحاب خاص خود را به طور جداگانه می‌فرستاد که در مورد آنها تحقیق نمایند.

اما این روایت اشکال سندی دارد؛ زیرا انتساب این کتاب به امام حسن عسکری (ع) ثابت نگردیده است، هر چند که می‌توان با توجه به تسامح در ادله‌ی سنن، استحباب تفحص را از این روایت استفاده کرد. (لنکرانی، ۱۴۲۰ق: ۱۶۵)

۲-۱. ارزیابی اعتبار ادله‌ی اثبات

مرحله ارزیابی اعتبار ادله‌ی اثبات پس از احراز شرایط آنهاست. ممکن است دادگاه در ابتدا دلیلی را مؤثر دانسته و آن را بپذیرد؛ اما پس از ارزیابی، آن را رد کند. در نظام قضایی اسلام، ادله‌ی اثبات دعوا در صورتی اعتبار دارند که تعارض با علم قاضی نداشته باشند. از این رو، اقرار که از آن به سید الادله نام برده شده در صورتی معتبر است که قاضی علم به کذب آن نداشته باشد. (حکیم، ۱۴۱۴ق: ۳، ۱۴۶) در بینة شرعی نیز ملزم کردن قاضی به اصدار حکم پس از استماع شهادت شهود، بدون آن که بتواند آن را ارزیابی نماید، بر خلاف قیاس است؛ چون شهادت ممکن است راست یا دروغ باشد و قاضی می‌تواند در این باره تحقیق نماید (محمصانی، پیشین: ۳۲۱) بر اساس فقه امامیه، قاضی اگر نسبت به شهود، تردید داشته باشد، سزاوار است آنها را از هم جدا کرده، هر کدام را به تنهایی مورد سؤال و جواب قرار دهد و از مشخصات زمانی و مکانی واقعه و سایر خصوصیات خواسته‌ی دعوا پرسد تا صدق و کذب سخن شهود برای او روشن شود و آنگاه اگر چنانچه در گفته‌های آنها اختلاف یا ناهماهنگی احساس نماید، شهادت را نپذیرد. (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ۴، ۱۹۳ و اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۱۳، ۴۶ و اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۱۳، ۴۶) به عقیده شهید ثانی حکم جدا کردن شهود قبل از ثبوت عدالت آنها است: «و محل التفریق قبل الاستزکاء این احتیج الیه» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۵، ۱۳) و معنای این حرف این است که بعد از ثبوت عدالت شهود (و درخواست صدور حکم از سوی مدعی)، تأخیر انداختن صدور رأی به منظور تحقیق بیشتر، جایز نیست. اما این سخن ناتمام است و دلیلی بر جایز نبودن تأخیر حکم با فرض احتمال رسیدن به واقع با تفریق شهود، وجود ندارد. (موسوی اردبیلی، ۱۴۳۴ق: ۱، ۳۹۲ و تبریزی، بی‌تا: ۱۰۵) بنابراین، ملاک در باب شهادت، چنان که گفته شده راستگو بودن شاهد است و قاضی می‌تواند حتی بر اساس شهادت یک شاهد مرد (در غیر حدود) در صورتی که او را راستگو بداند، حکم صادر نماید. (العجوزی، ۱۴۱۵ق: ۵۱)

هم‌چنین در باب سوگند بتی قاضی زمانی ملزم به اصدار حکم است که علم به کذب آن نداشته باشد (خمینی: پیشین) یا حالف (سوگند خورنده) از سوگند خود رجوع و اعتراف به کذب نکند. (خویی، ۱۴۲۲ق: ۴۱، ۱۸)



بنابراین، سوگند نیز ماهیت کشفی و طریقی دارد نه موضوعی. تنها در یک صورت ماهیت کشفی سوگند مورد تردید قرار می‌گیرد و آن جایی است که مدعی بعد از سوگند منکر، بینه اقامه نماید. در پذیرش چنین بینه‌ای، سه نظر وجود دارند: ۱. مشهور فقهای امامیه (با استناد به روایت ابن ابی یغفور) معتقدند که چنین بینه‌ای مسموع نیست؛ ۲. سوگند حجت ضعیفی است، نمی‌تواند نزاع را فیصله دهد، لذا بینه‌ای که بعد از آن اقامه شود، پذیرفته می‌شود؛ ۳. قبول بینه‌ی مدعی پس از ادای سوگند از سوی منکر، مشروط به این است که مدعی پیش از درخواست سوگند از منکر، علم به وجود بینه نداشته باشد؛ ولی اگر علی‌رغم اطلاع از وجود بینه، درخواست سوگند کند و منکر هم سوگند بخورد، اقامه‌ی بینه بعد از آن، پذیرفته نخواهد شد. (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۳، ۹۳ و ۹۴)

بر اساس نظریه مشهور که اقامه‌ی بینه توسط مدعی را بعد از ادای سوگند، مؤثر نمی‌داند، دیدگاه «موضوعیت» داشتن سوگند تقویت می‌گردد.

البته عدم استماع بینه، شاید بعد از صدور حکم باشد؛ اما در فرضی که هنوز دعوا جریان دارد و قاضی اقدام به اصدار حکم نکرده است، بعید نیست که اقامه‌ی بینه از سوی مدعی قابل پذیرش باشد (خویی، پیشین: ۲۰)

اما در سند کتبی پر واضح است که حجیت آن بعد از احراز اعتبار و صحتش می‌باشد؛ زیرا در هر زمان جااعلانی پیدا می‌شوند که، دلایل و اسنادی را به نفع خود جعل می‌کنند. از این رو، سند کتبی زمانی حجت است که اوضاع و احوال دلالت بر صحت انتساب آن به صاحبش کند. (نجفی، ۱۳۶۷: ۶، ۳۷۴)

در نتیجه، مجموع ادله‌ی اثبات دعوا طریقی دارند و حجیت آن‌ها مشروط به علم نداشتن قاضی به خلاف است و در صورت تعارض ادله‌ی اثبات با علم قاضی، علم قاضی مقدم است و در این صورت، یا قاضی باید بر اساس علمش عمل کند چون قضاوت به غیر علم حرام است. (نجفی، ۴۰، ۸۸) یا از قضاوت کردن اگر بر او واجب عینی نشده باشد، امتناع ورزد. (خمینی: پیشین: ۳۶۷)

۳-۱. قضاوت بر اساس علم حاصل از طرق متعارف

در باب حجیت علم قاضی، در مجموع سه نظریه مطرح هستند: الف) جواز قضاوت به علم مطلقاً (در حقوق الله و حقوق الناس)؛ ب) عدم جواز قضاوت به علم مطلقاً (حقوق الله و حقوق الناس)؛ ج) تفصیل بین حقوق الله و حقوق الناس. کسانی که قائل به تفصیل اند، به



دو دسته تقسیم شده‌اند: برخی در حقوق الله جایز و در حقوق الناس ممنوع و برخی برعکس، در حقوق الناس جایز و در حقوق الله ممنوع می‌دانند. (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ۱، ۲۹۰)

از نظر مشهور فقهای امامیه علم قاضی حجت و بر آن ادعای اجماع شده است. (نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۸۸) و این می‌تواند نشانگر اهمیت کشف واقع در نظام قضایی اسلام باشد.

لکن آنچه در این خصوص اهمیت دارد، بحث از نوع علم قاضی است که آیا قاضی می‌تواند برای احراز واقع، به علم شخصی خود استناد کند یا باید در استناد به علم خود مقید به اقتضای دلایلی باشد که طرفین دعوا ارائه می‌کنند؟

در این زمینه، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. (محمودی دشتی، ۱۳۷۳ق: ۲۶) لکن به عقیده برخی از فقها «جایز نیست قاضی برای حل نزاع به علم شخصی اش استناد کند مگر این‌که بتواند علم شخصی اش را در دادگاه به قرینه قطعیه حسیه‌ای واضحه برای اثبات جرم، یا به گرفتن اعتراف از متهم تبدیل کند...» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹ق: ۳۱۹)

بنابراین، آزادی دادرسی در احراز واقع، او را بی‌نیاز از توجیه اعتقاد خود و بیان مبانی آن نمی‌کند. از این‌رو، شورای عالی قضایی، حجیت علم قاضی را از باب طریقت و مشروط به حصول آن از طرق متعارف اعلام کرده است. (پرسمان فقه قضایی، ۱۳۸۹: ۱، ۲۷۷)

۲. مقایسه با حقوق فرانسه

در نظام حقوقی فرانسه نیز، کشف واقع به هر قیمتی مطلوب نیست، بلکه این امر باید در چارچوب ضوابط و اصول خاصی انجام شود که امروزه با وصف عادلانه یا منصفانه، به آرمان جهانی تبدیل شده و همکاری عدالت و حقیقت را در دادرسی تأمین می‌کند. (مولودی و حمزه هویدا، ۱۳۹۱ش، ۷۴) بر این اساس، اصل تناظر و اصل قانونی بودن دلیل از اصول مهم دادرسی در نظام حقوقی غرب است که باید توسط قاضی در جریان دادرسی رعایت گردد.

۱-۲. رعایت اصل تناظر

اصل تناظر که معادل اصطلاح لاتینی «Contradiction» در حقوق فرانسه است، یکی از مهم‌ترین اصول راهبردی اصول محاکمات مدنی می‌باشد که بعضی آن‌را تضمین‌کننده مساوات میان اصحاب دعوا تلقی کرده‌اند. (شمس، ۱۳۸۱: ص ۶۱) و هدف از آن اجرای صحیح عدالت و تضمین برابری موقعیت اصحاب دعوا و مساعدت به قاضی در کشف حقیقت است. (حیدری، ۱۳۸۹: ۱۳۰) «اصل تناظر» در مرحله‌ی اثبات، ایجاب می‌کند که اصحاب دعوا بتوانند تمام آنچه را که در رسیدن به خواسته‌های خود و کشف واقع لازم و مفید

می‌دانند، اعم از ادعاها، ادله و استدلال‌های، به اطلاع قاضی برسانند و در عین حال، امکان اطلاع از آنچه رقیب در این خصوص ارائه نموده و نیز فرصت مورد مناقشه قرار دادن آن‌ها را داشته باشند. (شمس، ۱۳۸۳: ۲، ۱۳۵)

لکن اصل تناظر، صرفاً به رابطه‌ی اصحاب دعوا محدود نمی‌شود؛ بلکه قاضی نیز وظیفه دارد اصل تناظر و زمینه‌ی این جدال قضایی را برای هر دو طرف دعوا به صورت برابر فراهم نماید. و در کشف واقع، تنها به دلایل و مدارکی می‌تواند توجه کند که قبلاً مورد گفتگوی طرفین قرار گرفته‌اند؛ یعنی نمی‌تواند در تصمیم خود جهات، توضیحات یا اسنادی را مورد استناد قرار دهد که اصحاب دعوا نتوانسته نسبت به آن‌ها متناظراً جدال نمایند یا تصمیم خود را بر ماهیاتی بنا نهد که به وسیله‌ی کاوش‌های شخصی، خارج از نظارت (یا امکان نظارت) اصحاب دعوا احراز نموده باشد. (همان، ۱۳۶ و ۱۳۷)

این اصل به صور صریح در مواد ۱۴ تا ۱۷ قانون جدید اصول محاکمات مدنی فرانسه آمده و قانون‌گذار در ماده ۱۶ این قانون، مقرر داشته است: دادرس باید در تمام اوضاع و احوال اصل تناظر را در نظر گرفته و خود شخصاً آن‌را رعایت کند. او نمی‌تواند در تصمیم خود به جهات، توضیحات و مدارک مورد استناد قرار گرفته یا مطرح شده توجه کند، مگر این‌که این موارد به نحو تقابلی مورد گفتگو قرار گرفته باشند. و نیز نمی‌تواند تصمیم خود را بر جهات حکمی متکی نماید که خود رأساً به آن‌ها استناد کرده، بدون این‌که پیش از این طرفین را برای ارائه نظرات دعوت نموده باشد.

بنابراین، هرچند قاضی در حقوق فرانسه در ارزیابی دلیل آزاد است، اما در مقام صدور رأی باید منحصر بر مبنای ادله و اسنادی اتخاذ تصمیم نماید که از سوی طرفین ارائه شده و مورد مناقشه قرار گرفته‌اند. حتی استماع توضیحات طرفین همواره باید به نحوی تناظری باشد و چنانچه استماع توضیحات یکی از طرفین به نحو تناظری انجام نشده باشد، دستور ازسرگیری مذاکرات صادر خواهد شد. (ماده ۱۴۴ ق.آ. د. م. ف.)

هم‌چنین استناد به علم، تنها در فرض حضور طرفین و نه در غیاب آن‌ها ممکن است؛ چنانکه ماده ۱۷۹ قانون اصول محاکمات مدنی فرانسه مقرر می‌دارد، «هنگامی که طرفین حاضر هستند یا احضار شده‌اند، دادرس می‌تواند در هر امری جهت آگاهی خود به فهم شخصی خویش از وقایع مورد دعوا استناد کند.»

در امور کیفری نیز، باید اصل تناظر را رعایت کند و تصمیم خود را بر دلایلی استوار سازد که قبلاً از سوی طرفین در دادگاه مورد بحث قرار گرفته‌اند. ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی



کیفری فرانسه مقرر می‌دارد: «غیر از مواردی که قانون به نحو دیگری مقرر می‌دارد، جرایم به وسیله‌ی انواع دلایل می‌تواند اثبات شود و قاضی به موجب ایمان و اعتقاد باطنی خود تصمیم می‌گیرد. قاضی منحصراً تصمیم خود را بر دلایلی استوار می‌سازد که در جریان مذاکرات مطرح و در مقابل او حضوراً مورد بحث واقع می‌شود.»

هرچند اصل تناظر در نظام حقوقی اسلام بر اساس روایت معتبره سکونی (که قبلاً اشاره شد) نیز مورد توجه قرار گرفته، اما فرقی که در این میان وجود دارد این است که در نظام حقوقی غرب قاضی می‌تواند در جریان تناظر به علم شخصی خود به وقایع (در صورت حضور طرفین در جلسه دادرسی) استناد نماید، اما در حقوق اسلام: اولاً، استناد قاضی به علم خود مقید به حضور طرفین در جلسه دادرسی نیست؛ ثانیاً، علم شخصی تنها برای خود قاضی حجت است اما در اصدار حکم نیاز به علم نوعی دارد. (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۳۱۹)؛ ثالثاً، عمل به علم برای قاضی واجب است چون او در فرض علم، ناگزیر به انتخاب یکی از دو راه است؛ یا باید بر خلاف علم خود حکم کند یا از صدور رأی استتکاف کند که هر دو حرام است. (نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۸۸)، در حالی که در حقوق غرب، عمل به علم برای قاضی اختیاری است.

۲-۲. رعایت اصل قانونی بودن دلیل

برغم جواز تحصیل دلیل در امور کیفری، باید اصل «قانونی بودن دلیل» در کشف واقع رعایت شود؛ زیرا این اصل از جمله اصول اساسی اصول محاکمات کیفری در سیستم‌های حقوق نوشته از جمله فرانسه می‌باشد. این اصل با نظام اجتماعی ارتباط دارد. قانون به منظور تضمین صحت کسب دلیل به عرضی خط مشی لازم می‌پردازد و در ضمن رعایت قراردادهای بی‌المللی و قانون اساسی یا مقررات آیین دادرسی کیفری، از اشخاص در مقابل اعمال خود سرانه و مستبدانه حمایت می‌کند. (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۲۷۸) از این رو، ماده ۱۷۲ ق.آ.د. ک. فرانسه اختیارات قاضی را نسبت به اقداماتی که می‌خواهد برای کشف حقیقت انجام دهد محدود می‌سازد؛ مثلاً او نمی‌تواند از طریق غیر مشروع؛ مثل فریب، اغفال، نمایش‌های ساختگی و وحشت‌زا و دادن وعده‌های دروغین اقدام به تحصیل دلیل نماید.

اما در نظام قضایی اسلام تحصیل دلیل فراتر از اقدامات مزبور، حتی در قالب اموری چون: تلقین دلیل، تعتبه الشاهد (لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۱۴۲۰ق، ص ۱۶۲)، ترغیب و تزهید در شهادت. (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۷۰)، ایقاف عزم الغریم (نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۳۰) و احلاف منکر بدون استحلاف (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص

۷۵) نیز جایز نیست. لذا امام علی (ع) وقتی در دعوی خود بر سر یک زره با آن مرد نصرانی، شاهی بر ادعایش نداشت و قاضی محکمه حکم به نفع نصرانی صادر کرد، فرمود: رسم قضاء همین است. (قربانی، بی تا: ۱۷۸)

۳. ضمانت اجرای کشف واقع از دیدگاه اسلام و مقایسه با حقوق فرانسه
نخست ضمانت اجرای کشف واقع از دیدگاه اسلام بیان و آنگاه این ضمانت اجرا با آنچه که در حقوق فرانسه آمده، مقایسه و به تفاوت ها و نقاط قوت دو دیدگاه اسلام و غرب اشاره می شود.

۱-۳. ضمانت اجرای کشف واقع از دیدگاه اسلام

وظیفه قاضی از دیدگاه اسلام، احقاق حق و اجرای عدالت است و این مهم، مستلزم کشف واقع در دادرسی می باشد و قاضی باید برای رسیدن به واقع تلاش نماید. ضمانت اجرای کشف واقع در نظام حقوقی اسلام را می توان به دو نوع ضمانت اجرا قابل تقسیم دانست: ضمانت اجرای که ناظر به شخص قاضی است و ضمانت اجرای که ناظر به حکم صادره می باشد.

۱-۱-۳. ضمانت اجرای ناظر به شخص قاضی

در مورد ضمانت اجرای ناظر به شخص قاضی، می توان از مجازات و مسئولیت مدنی وی به شرح زیر نام برد.

۱) مجازات

ضمانت اجرای مجازات قاضی در راستای کشف واقع، زمانی تصویر می گردد که وی به جای رسیدن به واقع و اصدار حکم عادلانه، با اقداماتی همچون تلقین دلیل، روند دادرسی را به نفع یکی از طرفین دعوا تغییر دهد. این کار در نظام قضایی اسلام چنان که قبلاً اشاره شد، حرام است و مرتکب عمل حرام بر اساس قاعده‌ی «التّعزیر لکل عمل محرم»، قابل تعزیر خواهد بود؛ زیرا تعزیر در اسلام از اختیارات حاکم اسلامی است که می تواند مرتکب هر نوع عمل حرام (اعم از کبیره و صغیره) را متناسب با نوع عمل مرتکب و مصالحی که خود تشخیص می دهد به مجازات برساند یا حق دارد که با توجه به شرایط و مقتضای زمان و مکان، برخی از رفتارها را (اعم از شخصی، اجتماعی و قضایی) که صلاح بدانند، تحت عنوان تعزیرات حکومتی جرم انگاری نموده و برای آن ها مجازات توییح، جریمه مالی، شلاق و زندان در نظر بگیرد. (غلامی، ۱۳۹۱: ۱۷۳ و انصاری و دیگران، ۱۳۸۵: ۹۴) به همین دلیل، امیر المؤمنین (ع)، وقتی شنید که «ابن هزمه» (ناظر امور مالیاتی و مالی بازار اهواز) رشوه گرفته است، به والی خود (رفاعه) دستور داد او را به زندان اندازد و ممنوع الملاقات نماید و



اگر چنانچه مشخص گردد که کسی در زندان رفته به او چیزی تلقین کرده که موجب ضرر مسلمانان گردیده است، باید او را نیز، به زندان اندازد. (مغربی، ۱۳۷۲: ۲، ۲۳۲)

بنابراین، هر عملی که توسط کارگزار حکومتی باعث مشتبه شدن واقع و ایراد ضرر به غیر باشد، مسئولیت جزایی دارد و قاضی از این قاعده مستثنی نیست. از سوی دیگر، قاضی در نظام قضایی اسلام زمانی صلاحیت قضاوت کردن را دارد که دارای وصف عدالت باشد و یکی از عواملی که باعث زوال این وصف در قاضی می شود، رفتار جانبدارانه وی از یک طرف دعوا و اهمال در کشف واقع است و در این صورت، قاضی قهرا از مقام قضایی خود منعزل (برکنار) یا حاکم اسلامی او را عزل می نماید. (موسوی اردبیلی، ۱۴۳۴ق، ج ۱، ص، ۲۳۱) و این در واقع، یک نوع مجازات است.

۲) مسئولیت مدنی (جبران خسارت)

در فقه، هر چند واژه مسئولیت به کار نرفته؛ ولی مباحثی مربوط به مسئولیت مدنی به عنوان بخشی از ضمان قهری در کلمات فقها مطرح شده که خود زیر مجموعه ای از مفهوم کلی «ضمان» است که کاربرد فراوان دارد و دارای جایگاه ویژه در حقوق اسلامی می باشد.

بر اساس «قاعده‌ی لاضرر» که یکی از مبانی فقهی مسئولیت مدنی (در کنار قواعد اتلاف، تسبیب، ید و غرور) می باشد، فقها در دو جا از مسئولیت مدنی سخن گفته اند: یک مورد آن عام است (که شامل قاضی و غیر قاضی می شود) و مورد دیگر آن در خصوص قاضی می باشد. مورد عام: بر اساس یکی از دیدگاه‌های فقهی در مورد «قاعده‌ی لاضرر»، مراد از قاعده مزبور این است که در اسلام، ضرر غیر متدارک (جبران نشده) وجود ندارد؛ یعنی شارع مقدس در واقع، خواسته با این حکم، افراد را ملزم به جبران ضرر نماید. (مراغی، ۱۴۱۷ق: ۱، ۳۲۰) برای اثبات این مسئولیت، تنها وجود رابطه سببیت (استناد عرفی) کافی است و نیازی به عنصر تقصیر نیست و اگر در جایی هم صحبت از تقصیر شده، برای احراز رابطه سببیت است نه به عنوان مبنای مسئولیت. (باریکلو، ۱۳۸۸: ۵۵) در نتیجه، هر کس موجب ضرر و زیانی نسبت به غیر گردد، باید جبران نماید. بر اساس این قاعده، قاضی اگر چنانچه با قصور یا سهل انگاری در کشف واقع، موجب ایراد ضرر به احد طرفین دعوا بشود، علی القاعده ملزم به جبران ضرر خواهد بود. نظیر این مسأله را در باب شهادت کذب هم داریم که اگر چنانچه شاهد با شهادت کذب خود، باعث ایراد ضرر بر مشهود علیه شود، ضامن جبران خسارت او خواهد بود. و نیز در باب اجرای حد، در صورتی که اجرای آن بر طبق موازین شرعی صورت نگیرد و شخص حد خورده خسارت ببیند، مجری حد ضامن می باشد.

مورد خاص: فقها با استناد به برخی از روایات، در دو صورت از ضمان (مسئولیت مدنی) شخص قاضی سخن گفته‌اند: صورت نخست این‌که محکوم‌علیه، مدعی عدم صحت حکم قاضی شود به دلیل عدم اهلیت قضاوت یا به دلیل رعایت نکردن موازین دادرسی و یا به دلیل کذب شهود یا سوگند ناروا، (آقا ضیاء عراقی، بی تا: ۵۰)؛ اما صورت دوم، جایی است که قاضی در صدور حکم خود دچار اشتباه شده یا در اجتهاد و مقدمات قضا تقصیر کرده باشد. در این فرض، خود قاضی (در دعوی جزایی و مالی) ضامن است، مگر این‌که محکوم‌له در این دعوا ظالم باشد که در این صورت، محکوم‌علیه بین رجوع به محکوم‌له و رجوع به قاضی مخیر است. (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴ق: ۲، ۲۹)

در نتیجه خسارات ناشی از خطا یا سهل‌انگاری قاضی در کشف واقع و اصدار حکم خلاف واقع، قابل جبران توسط بیت‌المال (در صورت خطا) و توسط شخص قاضی (در صورت تقصیر) است.

۳-۱-۲- تجدیدنظر و نقض حکم

در نظام قضایی اسلام، هر چند اصل بر صحت حکم قاضی و یک مرحله‌ای بودن رسیدگی است، لکن در برخی موارد، تجدید رسیدگی و حتی لزوم نقض حکم صادره نیز پیش‌بینی گردیده است. بنابراین، اعتبار حکم قاضی مطلق نیست و امام علی (ع)، هنگام قضاوت در یمین 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...» (دانش، ۱۳۹۱: ۷۳۱) هم چنین خود آن‌حضرت در مواردی، قضاوت شریح قاضی را مورد تجدیدنظر و نقض قرار داده است. (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۷، ۳۷۳-۳۷۱؛ صدوق قمی، ۱۴۱۳ق: ۳، ۲۵)

در فقه، تجدید رسیدگی (از احکام صادره) در سه مورد جایز دانسته شده (ر.ک: طباطبایی یزدی، پیشین: ۲، ۲۹ و آشتیانی، ۱۴۲۵ق: ۱، ۱۸۵) که عبارتند از: ۱) محکوم‌علیه، ادعا نماید که قاضی در حکم خود دچار خطا شده یا در مقدمات حکم خود تقصیر کرده و موازین رسیدگی را رعایت نکرده باشد؛ مثل این‌که شهود پرونده فاسق بوده باشند؛ ۲) محکوم‌علیه ادعا نماید که قاضی صلاحیت صدور حکم را (به دلیل فسق یا عدم اجتهاد) نداشته است؛ ۳) محکوم‌علیه ادعا کند که در صدور حکم به او ظلم شده است.

اما جهاتی که موجب نقض حکم صادره می‌شوند، عبارتند از: ۱) مغایرت حکم با نص یا خبر متواتر یا خبر واحد صحیح یا اجماع؛ ۲) در صورت خطای دادرس و رضایت طرفین دعوا به تجدید دعوا یا مخالفت حکم با دلیل علمی یا دلیل اجتهادی که در آن مجال برای



اجتهاد نباشد؛ ۳) در صورت مخالفت حکم صادره با حکم واقعی یا عدم اجتهاد و تفحص کافی از سوی قاضی در موضوع؛ ۴) محکوم علیه گمان کند که قاضی بر او حکم به جور کرده است؛ ۵) در صورتی که قاضی صلاحیت رسیدگی و اصدار حکم را (به دلیل فقدان وصف اجتهاد یا عدالت) نداشته باشد یا حکم او مغایرت با ضروری فقه داشته باشد. (ر.ک: آشتیانی، پیشین: ۱، ۱۸۴؛ نجفی، پیشین: ۴۰، ۹۷؛ خمینی، پیشین: ۲، ۴۰۶؛ علامه حلی، پیشین: ۱۴۱۳ق: ۳، ۴۳۳)

ملاحظه می‌گردد که همه موارد مزبور، از مصادیق عدم کشف واقع در اصدار حکم است که چه بسا ناشی از عدم کشف واقع در تشخیص موضوع می‌باشد.

قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز که متأثر از حقوق اسلام می‌باشد، حکم قاضی را در مواردی قابل نقض دانسته که از آن جمله است: «بی اعتباری مدارک و مستندات مبنای رأی»، «عدم توجه قاضی به دلایل ابرازی و مدافعات طرفین» و «ناقص بودن تحقیقات» (مواد ۳۴۸، ۳۷۱ و ۳۷۵)

۲-۱-۳. مقایسه با حقوق فرانسه

در سیستم حقوقی کامن‌لو از قبیل آمریکا و انگلیس، قضات از مصونیت قضایی مطلق برخوردار است و قاضی را نمی‌توان بخاطر اشتباه در قضاوت و حتی اگر تقصیر و سوءنیت یا غرض ورزی و فساد داشته باشد، مسئول جبران خسارت دانست. قاضی تنها در صورتی مسئول است که خارج از صلاحیت خود اقدام کرده باشد. (جلیل‌وند، ۱۳۷۳: ۲۲۵) اما در کشورهای تابع حقوق نوشته مثل فرانسه، قضات دارای مصونیت مطلق نیستند، بلکه اصحاب دعوا تحت شرایط خاصی می‌تواند علیه قاضی اقامه‌ی دعوا و تقاضای جبران خسارت نمایند. از این‌رو، در حقوق فرانسه، شکایت از قاضی یکی از طرق فوق العاده شکایت از احکام محسوب می‌گردد که به زیان دیده امکان می‌دهد علیه قاضی اقامه دعوا و از او مطالبه خسارت نماید؛ ولی تقاضای جبران خسارت، مستلزم بطلان رأی صادره نیست.^۱ موارد مطالبه خسارت از قاضی در باب سوم از کتاب چهارم آیین دادرسی مدنی فرانسه (مواد ۵۰۵ تا ۵۱۶)، پیش‌بینی شده که دو مورد از آن‌ها را می‌توان بر موضوع بحث (کشف واقع) تطبیق کرد:

^۱ «مبنای مسئولیت مدنی در سیستم های حقوقی بیگانه»، پایگاه اطلاع رسانی حوزه به آدرس: Hawzeh.net نقل از:

مورد نخست؛ آنجایی است که قاضی، استتکاف از احقاق حق نماید. استتکاف از احقاق حق اعم است از این که قاضی از رسیدگی به دعوا امتناع کند و یا به علت غفلت به دعوی بر حسب نوبت رسیدگی ننماید. البته برای تحقق استتکاف از احقاق حق، متقاضی (وفق ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی) باید قبلاً دو مرتبه به قاضی مستتکف اخطار کند و اگر عطف توجه نشد استتکاف محقق می‌گردد و فاصله بین این دو اخطار هشت روز می‌باشد.

مورد دوم؛ جایی است که شاکی مدعی گردد که در جریان دادرسی یا حین صدور رأی حيله، تقلب، اختلاس، ارتشاء و یا خطای سنگین فهمی رخ داده است. خطای سنگین فهمی بر اساس م ۳۶۶ قانون مزبور، عبارتست از بی‌دقتی در محتویات پرونده، عدم توجه به قوانین یا آراء قضایی و دانش حقوق و انجام ندادن برخی اقداماتی که برای رسیدگی لازم است.

اما ضمانت اجرای مجازات یا ابطال رأی صادره را قانون‌گذار فرانسه تنها در فرضی پیش-بینی کرده است که قاضی مرتکب تخلف از اصل قانونی بودن دلیل در تحصیل دلیل (در امور کیفری) شده باشد. از این رو، ماده ۱۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه بطلان تحقیقاتی را اعلام می‌کند که سلب کننده حق دفاع متهم است.

بر مبنای همین سخن، دیوان تمیز فرانسه اعلام کرد: «اصل بر این است که قاضی تحقیق با توجه به اختیارات قانونی به تحقیق اقدام نماید و با وجود ضمانت اجرایی که در خصوص تجاوز و سوء استفاده پیش‌بینی شده است، نمی‌تواند برای شهود و متهمین دام بگستراند.» (crme, 12 Jnne 1952) و قاضی تحقیقی را که در پرونده معروف «ویلسون» به قصد غافلگیری و به اشتباه انداختن متهم صدای دوست وی را تقلید نموده بود، محکوم ساخت. (سلیمی، ۱۳۹۴: ۲۷)

هم‌چنین قانون جزای فرانسه تحصیل دلیل به وسایل غیرقانونی را جرم‌انگاری کرده و برای آن ضمانت اجرای مجازات حبس و جزای نقدی پیش‌بینی کرده است. مطابق قانون ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۰ (با تغییر مواد ۳۶۸ تا ۳۷۲) اگر کسی بدون رضات شخصی دیگر، گفتار وی را که در محل خصوصی ادا شده است ضبط نماید، به مجازات حبس جنحه‌ای از ۲ ماه تا ۱ سال و جزای نقدی از ۲۰۰۰ تا ۵۰۰۰ فرانک یا به یکی از دو محکوم می‌نماید.

ملاحظه می‌شود که در حقوق فرانسه، ضمانت اجراهای فوق برای خود کشف واقع نیست، بلکه برای اقدامات غیر قانونی تحت عنوان تحصیل دلیل (به منظور کشف واقع) است، در حالی که در نظام حقوقی اسلام، ضمانت اجرا برای خود کشف واقع پیش‌بینی شده است.



نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی اسلام، قاضی ملزم به کشف واقع است، لیکن این مهم در امور مدنی تنها در چارچوب ادله‌ای اثبات و با راهکار بررسی شرایط ادله اثبات و احراز اعتبار آن‌ها صورت می‌گیرد؛ ولی در امور کیفری علاوه بر ادله‌ای اثبات، استفاده از روش‌های علمی دیگر نیز بر اساس سیره قضایی امیر المؤمنین علی (ع) مجاز گردیده است. اما در نظام حقوقی غرب با سیستم حقوق نوشته، میان امور مدنی و کیفری تفکیک گردیده است. در امور مدنی، هر چند قاضی اختیارات گسترده برای کشف واقع دارد ولی ملزم به انجام آن نمی‌باشد.

ضمانت اجرای کشف واقع در نظام حقوقی اسلام علاوه بر مسئولیت مدنی قاضی و نقض حکم صادره، اجرای مجازات نیز قابل اجرا می‌باشد. اما در نظام حقوقی با سیستم حقوق نوشته (فرانسه)، در امور مدنی تنها جبران خسارت پیش‌بینی شده است؛ ولی در امور کیفری، ضمانت اجرای مجازات و بطلان حکم صادره تنها در فرضی پیش‌بینی شده که قاضی در اجرای تحصیل دلیل، به اقدامات و وسایل غیرقانونی متوسل گردد که در این صورت، ضمانت اجرای مجازات برای اصل کشف واقع نیست، بلکه برای مقدماتی است که به طور غیرقانونی تحصیل و به کار گرفته شده باشند.

منابع و مأخذ

قرآن کریم

۱. آشتیانی، میرزا محمد حسن، کتاب القضاء، ج ۱، قم، انتشارات زهیر، ۱۴۲۵ ه.ق.
۲. اردبیلی (مقدس اردبیلی)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. انصاری، قدرت الله و دیگران، (۱۳۸۵)، تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۴. اصفهانی، سید ابو الحسن (۱۳۹۳)، وسیله النجاه (مع حواشی الگلپایگانی)، ج ۲، قم، چاپخانه مهر.
۵. انصاری، مسعود، طاهری، محمد علی (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، محراب فکر.
۶. ابن منظور، ابو الفضل (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، ج ۲۰، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر للطباعة والنشر.
۷. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۸)، مسئولیت مدنی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
۸. پور استاد، مجید (۱۳۹۱)، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، چاپ ۲، تهران، نشر شهر دانش.
۹. تبریزی، جواد بن علی (بی تا)، اسس القضاء و الشهاده، قم، دفتر مؤلف.
۱۰. العجوزی، محمد بن ابی بکر (۱۴۱۵ق)، الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة، بیروت، دار الکتب العلمیه.
۱۱. جلیلووند، یحیی، مسئولیت مدنی قضات و دولت (۱۳۷۳)، تهران، نشر یلدا.
۱۲. حسینی، سید جواد بن محمد (بی تا)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۰، چاپ قدیم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۳. حکیم طباطبایی، سید محمد سعید (۱۴۱۴ق)، منهاج الصالحین، ج ۳، بیروت، دار الصفوه.
۱۴. حلی (ابن ادریس حلی)، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. _____؛ (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۴، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۱۸. حیدری، سیروس (۱۳۸۹)، «اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن لا»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره دوم، شماره ۱، صص ۱۲۴-۱۵۷.
۱۹. خویی، ابو القاسم (۱۴۲۲ق)، مبانی تکمله المنهاج، ج ۴۱ موسوعه، قم، مؤسسه احیاء آثار الخویی.
۲۰. دانش، سرور (۱۳۹۱)، حقوق اساسی افغانستان، کابل، مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا.
۲۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، مفردات الفاظ القرآن الکریم، بیروت، دار الفکر.
۲۲. سنگلجی، محمد (۱۳۸۴)، قضا در اسلام، چاپ ۴، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. سلیمی، محمد (۱۳۹۴)، «تحصیل دلیل در حقوق امامیه و فرانسه»، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۵.



۲۴. شمس، عبد الله (۱۳۸۳)، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، چاپ ۵، تهران، دراک.
۲۵. _____؛ (۱۳۸۱) «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی پژوهشگاه علوم و تحقیقات فرهنگی، شماره ۳۵-۳۶.
۲۶. صادقی رشاد، علی اکبر و همکاران (۱۳۸۰)، دانشنامه امام علی (ع)، ج ۵، تهران، مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر.
۲۷. صدوق قمی، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳)، من لایحضره الفقیه، ج ۳، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. طوسی (شیخ طوسی)، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، الخلاف، ج ۶، تهران، دار الکتب الاسلامیه.
۲۹. الطرابلسی، علی بن خلیل (بی تا)، معین الحکام فیما یتردد بین الخصمین من الاحکام، ج ۱، بیروت، دار الفکر.
۳۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، تکمله العروه الوثقی، ج ۲، قم، کتابفروشی داوری.
۳۱. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۶۰)، مجمع البیان، ترجمه مترجمان، ج ۶، تهران، انتشارات فراهانی.
۳۲. عاملی (شیخ حر عاملی)، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، ج ۲۷، قم، مؤسسه آل البیت (ع)
۳۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۴ و ۱۳، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۴. _____؛ (۱۴۱۰ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۳، تهران، کتابفروشی داوری.
۳۵. غلامی، علی (۱۳۹۱)، «ساز و کارهای اجرای قاعده التعزیر لکل عمل محرم»، نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره چهارم.
۳۶. فاضل مقداد (بی تا، کنز العرفان فی فقه القرآن، ترجمه: بخشایشی، ج ۲، قم، پاساژ قدس.
۳۷. فاضل لنکرانی (۱۴۲۰ق)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله- القضاء و الشهادات-، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)
۳۸. قربانی، زین العابدین (بی تا)، اسلام و حقوق بشر، تهران، کتابخانه صدر، بی تا.
۳۹. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق)، الکافی، ج ۱۴، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر.
۴۰. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۲)، ادله اثبات دعوا، چاپ ۲، تهران، نشر میزان.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح (۶ جلدی)، ج ۲، قم، مدرسه امام علی بن ابیطالب.
۴۲. مغربی (قاضی مغربی) نعمان بن محمد (۱۳۷۲)، دعائم الاسلام، ترجمه عبد الله امیدوار، ج ۲، تهران، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۴۳. محمودی، علی اکبر (۱۳۷۳)، ادله اثبات دعوا، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۴۴. مؤسسه آموزشی و پژوهشی فضا (۱۳۸۹)، پرسمان فقهی قضایی (۱)، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی فضا.
۴۵. محمضانی، رجب صبحی (۱۳۵۸)، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه: اسماعیل گلستانی، تهران، امیر کبیر.
۴۶. مشکینی، علی (۱۳۹۲)، تفسیر روان، ج ۷، قم، مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث.
۴۷. مراغی، سید میر عبد الفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیه، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. معین، محمد (۱۳۷۵)، فرهنگ فارسی، ج ۳ و ۴، چاپ دهم، تهران، امیر کبیر.

۴۹. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۳، چاپ ۵، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
۵۰. موسوی خمینی، سید روح الله (بی‌تا)، تحریر الوسيله، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم.
۵۱. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۳۴ق)، فقه القضاء، ج ۱ و ۲، چاپ سوم، قم، مؤسسه النشر لجامعه المفید.
۵۲. _____؛ (۱۴۲۷)، فقه الحدود و التعزیرات (۴ جلد)، ج ۱، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر لجامعه المفید.
۵۳. مولودی، محمد و حمزه هویدا، مهدی «نظریه‌های حقیقت و کاربرد آن در دادرسی مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۶، شماره ۷۹، پاییز ۱۳۹۱، ص ۷۴.
۵۴. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن (۱۳۶۷)، جواهر الکلام، ج ۶، چاپ ۳، تهران، کتب اسلامی.
۵۵. نجفی، علی بن منظور (۱۳۸۱)، النور الساطع، نجف، مطبعه الآداب.
۵۶. نور بها، رضا (۱۳۸۹)، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ ۲۸، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۵۷. نراقی، احمد بن محمد (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱۷، قم، مؤسسه آل البيت (ع)
۵۸. _____؛ (۱۴۱۷ق)، عوائد الايام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- هاشمی شاهرودی، محمد (۱۴۲۳ق)، قراءات فقهیه معاصره، ج ۱، قم، مؤسسه معارف الفقه اسلامی.
۵۹. _____؛ (۱۴۱۹)، بایسته‌های فقه جزا، تهران، نشر میزان- نشر دادگستر.
۶۰. همدانی، سید محمد حسین (، انوار درخشان، ج ۴، تهران، کتابفروشی لطفی، ۱۴۰۴ق.



مشروعیت حکومت دینی در فقه سیاسی با تأکید بر دیدگاه آیت الله محسنی^(ره)

محمدعلی اخلاقی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۷/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۸/۸

چکیده

مشروعیت نظام‌های سیاسی تحت عنوان «مشروعیت سیاسی» برای توضیح حق حاکمیت یک نظام حکومتی، مورد بحث قرار می‌گیرد. موضوع مبانی مشروعیت حکومت، یکی از مباحث مهم در حوزه فقه سیاسی و فلسفه سیاسی می‌باشد که در علوم و جامعه‌شناسی سیاسی بصورت مفصل به آن پرداخته شده است. حکومت دینی نیز برای اقناع مردم و جامعه ضرورت به توجیه حق حاکمیت دارند تا بتوانند به اعمال قدرت شان مشروعیت ببخشند و توضیح دهند که بر اساس کدام مبنا، حق حاکمیت بر مردم را دارند. در اندیشه سیاسی غرب دو عنصر مقبولیت و قانونیت به عنوان عناصر اصلی مشروعیت نظام سیاسی یاد شده است. در فقه سیاسی اسلام در باب مشروعیت نظام دینی، ضمن توافق نظر در باره امهات اصول دینی، در مبانی مشروعیت تفاوت نظر وجود دارد که در دو دیدگاه فقهای اهل سنت و فقهای اهل شیعه قابل دسته‌بندی شده است.

آیت الله محسنی^(ره) در فقه سیاسی، مباحث راجع به مشروعیت حکومت دینی، بر مبنای بحث‌های فلسفی و کلامی مورد توجه قرار گرفته است. ایشان در آثار متعدد، مباحثی مرتبط با مشروعیت حکومت دینی را مطرح نموده است و به دو مبنای مشروعیت الهی و مشروعیت مردمی اشاره کرده است. ایشان ضمن اشاره بر واگذاری تعیین شکل و چگونگی حکومت به مردم در آموزه‌های دینی، مبانی مشروعیت الهی را تحت عناوین منابع تقنین، اوصاف زمامداران، تطبیق عدالت اجتماعی و مسؤولیت‌های اصلی حکومت دینی بحث نموده است.

واژگان کلیدی: مشروعیت، حکومت دینی، نظام سیاسی، فقه سیاسی، اسلام، آیت الله

محسنی.

* پژوهشگر و کدر علمی دانشگاه خاتم النبیین (ص)

بحث مشروعیت حکومت دینی از جمله مباحثی است که در فقه سیاسی اسلام به آن پرداخته شده است. حکومت دینی همانند سایر نظام‌های سیاسی بدون داشتن مشروعیت و حق حاکمیت استمرار و پاینده نخواهد بود. بر همین اساس برای تبیین مشروعیت حکومت دینی، ضرورت به مراجعه به متون و آموزه‌های دینی و بررسی مباحث فقهی در حوزه سیاسی علما و دانشمندان دینی می‌باشد. در این مقاله بحث مشروعیت حکومت دینی بر اندیشه فقهی آیت الله محسنی به عنوان یکی از شخصیت‌های علمی جهان اسلام و از علمای معاصر افغانستان که دارای آثار متعدد در عرصه‌های مختلف، از جمله در حوزه سیاسی می‌باشد، مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

مشروعیت حکومت و نظام سیاسی به معنای حقانیت و توجیه پذیری حق حاکمیت یک نظام می‌باشد، که حکومت‌ها بر مبنای آن حق حاکمیت و اعمال قدرت را پیدا می‌کنند. حکومت‌ها برای بقا و استمرار حاکمیت و تحکیم پایه‌های حکومتی شان و جلب حمایت های مردمی، ضرورت به بازشناسی مبانی مشروعیت خویش دارند، تا با تکیه بر آن بتوانند حق فرمانروایی خود را توجیه نمایند. حکومت و نظام سیاسی که برای اعمال قدرت شان، توجیه و استدلالی نداشته باشند تا مردم را اقناع نماید، ادامه نخواهد یافت و با بحران مشروعیت مواجه شده، اقتدار و نفوذ خود را از دست می‌دهد. حکومت‌های دینی نیز از این قاعده کلی مستثنی نبوده، ضرورت به تبیین و توجیه منابع مشروعیت شان می‌باشد. مشروعیت حکومت دینی در تحقیق حاضر بر مبنای اندیشه فقهی آیت الله محسنی بررسی و تبیین شده است. اینکه یک حکومت دینی مشروع چگونه تشکیل می‌شود و بر چه مبنایی حق حاکمیت پیدا می‌کند، تحت عنوان «مشروعیت حکومت دینی» قابل بحث و بررسی است. آیت الله محسنی، مبانی مشروعیت حکومت دینی را بصورت پراکنده تحت عناوین؛ منابع تقنین، اوصاف زمامداران، تطبیق عدالت اجتماعی و مسولیت‌های اصلی حکومت دینی بحث و بررسی نموده است که در این نوشتار، جمع‌آوری و دسته‌بندی گردیده است.

آیت الله محسنی به عنوان یک چهره علمی و شناخته شده جهان اسلام، در عرصه‌های مختلف دارای آثار متعدد علمی ماندگار و دیدگاه‌های عالمانه و قابل استفاده می‌باشد. این تحقیق با هدف بدست آوردن دیدگاه ایشان به عنوان یک فقیه و دانشمند در مورد حکومت دینی و مشخصاً مشروعیت حکومت دینی انجام گرفته است. بنا براین، تحقیق حاضر مبتنی بر اهداف ذیل تدوین یافته است: ۱. توضیح مبانی مشروعیت حکومت دینی؛ ۲. بررسی



شاخصه ها و مولفه های اصلی حکومت دینی؛ و ۳. بررسی مشروعیت حکومت دینی بر مبنای دیدگاه سیاسی آیت الله محسنی.

نوشتار حاضر برای انسجام دورنی خود به پرسش های معین ذیل پاسخ می دهد: ۱. دیدگاه آیت الله محسنی در باره «مشروعیت حکومت دینی» چیست؟ ۲. مبنای مشروعیت حکومت دینی چیست؟ ۳. چند دیدگاه در مورد مشروعیت حکومت دینی وجود دارد؟ و ۴. دیدگاه آیت الله محسنی در مورد مشروعیت حکومت دینی چیست؟

حکومت کنندگان بر چه مبنای حق حاکمیت دارند و از کدام منبع، مشروعیت شان را کسب می کنند از مباحث مهم در حوزه فقه سیاسی، جامعه شناسی سیاسی و علوم سیاسی است. در تمام ادوار تاریخی حکومت ها حتی حکومت های غاصب و استبدادی همواره سعی کرده اند برای حاکمیت شان توجیهی داشته باشند و خود شان را مستحق اعمال قدرت بدانند، حاکی از اهمیت و ضرورت بحث «مشروعیت سیاسی» است.

حکومت های دینی نیز همانند سایر حکومت ها برای اعمال قدرت بر مردم ناگزیر از داشتن مشروعیت می باشد، زیرا به پرسش های از قبیل: حق حکومت و اعمال قدرت بر مردم را از کجا به دست آورده است؟ چرا باید شهروندان از آنان پیروی کنند؟ فرامین حکومتی براساس چه مبنایی باید پذیرفته شود؟ پاسخ قانع کننده داشته باشند.

آیت الله محمد آصف محسنی (ره) به عنوان نظریه پرداز دینی شیعی در فقه سیاسی و از دانشمندان بزرگ معاصر جهان اسلام که در حوزه های مختلف فلسفی، کلامی، سیاسی، اجتماعی و اخلاقی دارای آثار متعدد و دیدگاه های مشخص می باشد، در حوزه فقه سیاسی و مشخصاً مشروعیت حکومت دینی بصورت پراکنده نظرات خود را مطرح نموده است که قابل دسته بندی و جمع آوری می باشد. لذا بررسی نظام سیاسی و مشروعیت حکومت دینی، بر مبنای اندیشه های فقهی و سیاسی وی در یک مقاله می تواند به عنوان یک اثر علمی، برای محققان در حوزه سیاست راه گشا و قابل استفاده باشد.

طبیعی است که انتخاب روش پژوهش متناسب با موضوع پژوهش باید باشد. تحقیق حاضر یک تحقیق اسنادی و کتابخانه ای می باشد که با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است. در این تحقیق آثار علمی متعدد حضرت آیت الله محسنی و مطالبی که مستقیم با مشروعیت حکومت دینی و نظام سیاسی اسلام ارتباط دارد دسته بندی و مورد بررسی و تحقیق قرار گرفته است.

در تحقیق حاضر مطالبی که دیدگاه آیت الله محسنی را در باره «حکومت دینی» مطرح نموده، بصورت توصیفی - تحلیلی، دسته بندی شده است. در بسیاری موارد به خاطر حفظ امانت، اصل متن، نقل قول شده است. بنابراین شیوه تحقیق حاضر، بصورت تحلیلی - توصیفی است.

با وجود اینکه حضرت آیت الله محسنی در آثار متعددش، به نسبت های مختلف راجع به حکومت دینی و نظام سیاسی اسلام مباحث و نکات مهمی را مطرح نموده است، اما بصورت منسجم و دسته بندی شده، کدام اثر مستقل در باره دیدگاه ایشان راجع به مشروعیت حکومت دینی و نظام سیاسی اسلام وجود ندارد. آثاری که ایشان بصورت پراکنده مباحث مرتبط با موضوع این نوشتار را مطرح کرده است قرار ذیل است.

- «شاخصه های حکومت اسلامی از دیدگاه آیت الله محسنی»: نویسنده این مقاله «محمدعلی فاضلی»، ضرورت حکومت را براساس نیازمندی بشر به امنیت و هدایت و مدیریت برای رسیدن به کمال انسانی توضیح داده و در رابطه با اوصاف و شرایط فقهی حاکم اسلامی، اهداف حکومت اسلامی، منبع مشروعیت حکومت دینی، اقلیت های دینی در حکومت دینی و نشانه های حکومت اسلامی مباحثی را با استفاده از آثار آیت الله محسنی به بحث گرفته است. (یادنامه آیت نیک، ویژه نامه دومین سالگرد ارتحال آیت الله محسنی).

- «رابطه شریعت و سیاست از دیدگاه آیت الله محسنی»: نویسنده این مقاله «دکتر محمد قاسم الیاسی» ضمن مباحث مفهومی تلاش کرده است بر مبنای نگاه معرفت شناسانه و اندیشه های کلامی آیت الله محسنی، رابطه بین شریعت و سیاست را مورد تحلیل و بررسی قرار دهد. (همان)

- «کار ویژه های دولت در اندیشه سیاسی آیت الله محسنی و اندیشه سیاسی غرب»: این مقاله توسط حجت الاسلام «سید جعفر سجادی» نوشته شده است که ضمن بررسی نظریه های دولت (نظریه طبیعی - فطرت دولت، نظریه الهی دولت، نظریه قرار داد اجتماعی دولت) کار ویژه های دولت را در اندیشه سیاسی آیت الله محسنی و اندیشه سیاسی غرب بصورت مقایسه ای مورد بحث قرار داده است. (همان)

- «مبانی مشروعیت حکومت در اسلام با تاکید بر اندیشه سیاسی آیت الله محسنی و ابوالاعلی مودودی». نویسنده مقاله «سید لیاقت علی موسوی» ضمن طرح بحث منشاء انسانی و فرا انسانی مشروعیت حکومت ها، بصورت خلاصه مشروعیت از دیدگاه اهل سنت



و شیعه را مطرح نموده و به مقایسه دیدگاه آیت الله محسنی و ابوالاعلی مودودی پرداخته است. (فصلنامه علمی پژوهشی، دانشگاه خاتم النبیین، تابستان ۱۴۰۱).

- «حکومت و سیاست، در اندیشه سیاسی آیت الله محسنی». این مقاله توسط جوادی غزنوی نوشته شده است. نویسنده مباحث متفرقه‌ای را در باب حکومت اسلامی بر مبنای دیدگاه آیت الله محسنی جمع‌آوری و دسته‌بندی کرده است. (همان)

مطالعه و بررسی آثار متذکره نشان می‌دهد که بصورت مستقیم و جامع به بحث «مشروعیت حکومت دینی» در اندیشه فقهی آیت الله محسنی بصورت جامعه و دقیق پرداخته نشده است. بنابراین، مقاله یا کتابی که «مشروعیت حکومت دینی» از منظر اندیشه سیاسی آیت الله محسنی را بصورت جامع و کافی دسته‌بندی کرده و مورد بحث و بررسی قرار داده باشد یا اثر مستقل از خود ایشان وجود ندارد. اثر موجود موضوع فوق را بصورت همه جانبه و با مراجعه به تمام مطالب و آثار ایشان مورد بحث و بررسی قرار داده است.

الف) مفهوم شناسی

در آغاز بحث نیاز است که برخی واژه‌ها از نظر لغوی و اصطلاحی معنا گردد تا در فرایند بحث معنای مدنظر روشن باشد.

۱. مفهوم حکومت

مقررات معین را بپذیرند. کارگزاری مسؤل اجرای این قواعد در سطح جامعه حکومت نامیده می‌شود. سازمان‌یافتگی سیاسی یا حکومت برای موجودیت دولت اساسی است و هیچ دولتی بدون حکومت وجود ندارد. بنابراین حکومت، نهاد یا کارگزاری است که بوسیله آن اراده دولت، تبلور پیدا می‌کند و به آن جامعه عمل پوشانیده می‌شود. در جوامع بشری ممکن است شکل‌های مختلفی از حکومت وجود داشته باشد از حکومت‌های ستمگر و استبدادی گرفته تا حکومت‌های عدالت‌محور، اما نقطه مشترک تمام حکومت‌ها، فرمانروایی مبتنی بر اطاعت است. (عالم، ۱۳۸۸، ۱۴۴). حکومت نهادی اجتماعی است که مدعی کاربرد انحصاری و قانونی زور در جامعه است و از این ابزار برای وادار کردن اعضای جامعه به اجرای قوانین و مقررات آن جامعه، در یک محدوده جغرافیایی معین استفاده می‌کند (وبر، ۱۳۷۴، ۶۹، عضدانلو، ۱۳۸۸، ۲۶۵).

۲. مفهوم دولت

نسبت به مفهوم دولت (state) در تاریخ اندیشه‌های سیاسی و فلسفی تعاریف متفاوتی ارایه شده و در معانی گوناگون به کار رفته است. در مجموع برای دولت سه گونه تعریف وجود دارد. تعریف فلسفی که بیشتر ناظر بر چیستی، هدف و نحوه پدید آمدن آن اشاره دارد. تعریف حقوقی، که بیشتر بر عناصر تشکیل دهنده آن، صلاحیت‌ها و جایگاه آن اشاره دارد و تعریف سیاسی که بیشتر در محوریت قدرت و ماهیت سیاسی آن می‌چرخد. دولت یک واحد و یک نهاد سیاسی است که عمده‌ترین عناصر آن عبارت است از: مردم یا جمعیت، سرزمین، حکومت و حاکمیت (عالم، ۱۳۸۸، ۱۳۹). بعضی دانشمندان دولت را به مجمع سیاسی مردمی تعریف کرده که رهبری سیاسی جامعه را در اختیار دارد. در این تعریف مفهوم دولت به مفهوم حکومت نزدیک می‌باشد و در بسیاری از موارد که اصطلاح دولت در کنار حکومت به کار می‌رود، ناظر به معنای دوم است. (عضدانلو، ۱۳۸۸، ۳۰۸، نقیب زاده، ۱۳۸۵، ۱۷۶).

۳. حکومت دینی

حکومت‌ها بر اساس منشاء مشروعیت، ساختار، هدف، چگونگی اعمال قدرت و کارگزاران، به انواع مختلف قابل تقسیم بندی است که یک نوع از آنها، حکومت دینی است. در حکومت دینی؛ هدف و رهبران جامعه مهمترین ارکان حکومت به حساب می‌آید. ماکس وبر نیز کارگزاران و کادر اداری حکومت را در تعیین هویت دینی و غیر دینی تشکیلات سیاسی مهم دانسته از تشکیل «هیروکراتیک» یا تجمعی دارای نقش مذهبی، یاد نموده است (وبر، ۱۳۷۴، ۶۶). در اندیشه سیاسی آیت‌الله محسنی هم، در بحث حکومت دین، منبع تقنین شریعت اسلامی و کارگزاران، دانشمندان متدین و آگاه به مسایل اسلامی باشد که دارای اوصاف و مسؤلیت مشخص است. کارویژه‌های حکومت دینی؛ ایجاد نظم، برپایی عدالت، هماهنگی بین بخشهای جامعه، بسیج منابع و موارد دیگر، می‌باشد. (نقیب زاده، ۱۳۸۵، ۱۶۲).

۴. مفهوم مشروعیت سیاسی

واژه مشروعیت از لحاظ لغوی با نمایندگی و رضایت در امور سیاسی ارتباط دارد و بر گردان واژه Legitimacy است که با واژگانی چون: Legislator قانون‌گذار و Legislation قانون‌گذاری هم ریشه می‌باشد. برای این واژه در فارسی معادل‌های همچون «مقبولیت»، «قانونیت» و «حقانیت» هم به کار برده شده است. مشروعیت اشاره به این دارد که چه چیزی حکومت یا اعمال قدرت یک حکومت را مشروع و بر حق می‌سازد. چه چیزی



مردم را به مشروعیت یک حکومت معتقد می‌سازد و چه چیزی تعیین‌کننده قانونی قدرت مشروع یا جانمایی مشروع و بر حق قدرت است. قدرتی که اعمال می‌شود، اگر حتی برای اعمال آن وجود نداشته باشد، نامشروع و اگر برای اعمال آن حتی وجود داشته باشد، مشروع و بر حق است. در واقع، قدرت و حق را می‌توان از مفاهیم اساسی در درک مشروعیت قدرت یا نظام سیاسی دانست.

مفهوم مشروعیت یک نظام را می‌توان از طریق تحقیقات پیمایشی یعنی اندازه‌گیری اعتماد مردم به نهادهای موجود، باور به رهبران نظام و میزان حمایت مردم از رژیم‌ها و نظام‌های حاکم، مورد سنجش قرار داد. هرگاه مردم بر این باور باشند که نهادهای موجود جامعه، مناسب و از نظر اخلاقی موجه است، آن‌گاه می‌توان نتیجه گرفت که نهادهای یاد شده مشروع است. مشروعیت یک پدیده ذهنی و روانی بوده، به رابطه دو سویه میان مردم و حاکمیت باز می‌گردد. نقیب زاده در تعریف مشروعیت می‌نویسد: «مشروعیت سیاسی عبارت است از پذیرش قلبی حکومت، حاکمان و نظام سیاسی از طرف حکومت‌شوندگان. این امر موقعی حاصل می‌شود که شکل موجود سلطه سیاسی با ارزشها و باورهای عمومی جامعه همسویی داشته باشد (نقیب زاده، ۱۳۷۵: ۱۵۴). عبدالرحمان عالم اشاره دارد که: «مشروعیت به معنای قانونی بودن یا طبق قانون بودن است.» (عالم، ۱۳۸۸: ۱۰۵).

۵. بحران مشروعیت

اصطلاح «بحران» به وضعیتی اطلاق می‌شود که نظم سیستم اصلی یا قسمت‌های فرعی آن مختل شده باشد و پایداری آن را بر هم بزند. به عبارت دیگر، بحران حادثه‌ای است که در اثر رخدادها و عملکردهای طبیعی و انسانی به طور ناگهانی به وجود می‌آید و سختی و خسارت را به یک مجموعه یا جامعه‌ی انسانی وارد می‌کند. بنا بر این هرگاه پدیده‌ای به طور منظم جریان نیابد و حالت غیر طبیعی پدید آید یا حالتی از نابسامانی بوجود آید و نظمی مختل شود، بحران به وجود می‌آید. حوزه بحران ممکن مختلف باشد. بحران در حوزه سیاسی (بحران مشروعیت) بحران در سایر عرصه‌ها را نیز بدنبال دارد. «بحران مشروعیت زمانی بروز می‌کند که دلایل و توجیهات فرمانروایان سیاسی برای جلب اطلاعات مردم قانع‌کننده نباشد و مبنای فکری و فلسفی حاکمیت و اقتدار، مورد سؤال قرار گیرد. پس اگر مشروعیت یک نظام سیاسی در خطر افتد، آن نظام با «بحران مشروعیت» رو برو می‌شود. (عالم، ۱۳۷۵: ۱۰۸)

ب) مبانی نظری مشروعیت نظام سیاسی

بحث «مشروعیت» حکومت و مبانی آن از دیر زمانی مورد توجه فلاسفه، دانشمندان حوزه فلسفه سیاسی، علوم سیاسی و جامعه‌شناسی سیاسی قرار داشته است. اینکه حاکمان و زمامداران سیاسی بر کدام مبنا حق حاکمیت پیدا کرده اند و با تکیه بر کدام منبع و مبانی مشروعیت حاکمیت شان را توجیه می‌کنند اهمیت فوق العاده در بقا و دوام حکومت شان دارد. مسئله مشروعیت سیاسی و توجیه حق حاکمیت در تمامی دوره های تاریخی برای حکومت‌ها (حتی حکومت‌های غاصب و استبدادی) مهم بوده است تا برای حاکمیت شان توجیهی ولو دروغین داشته باشند و از ابزارهای متناسب با شرایط فرهنگی و سیاسی زمان شان استفاده نموده اند. بر همین اساس است که مفهوم مشروعیت و مبانی آن در هر نظام فکری و سیاسی، تعریف و تبیین خاص خود را دارد. بعضی از دانشمندان راجع به منبع مشروعیت نظام و حق حاکمیت به مکاتب ذیل اشاره نموده است:

۱. مکاتب که تعیین حق حاکمیت و قانون‌گذاری را تنها خداوند می‌دانند. (نظریه تیوکراسی)
۲. مکاتب که منبع و خواستگاه مشروعیت را مقبولیت اراده‌ای مردمی می‌دانند (نظریه دموکراسی)
۳. مکاتب که منبع حقوق و قدرت سیاسی را در طبیعت و فطرت بشر جستجو نموده و نظام حقوق طبیعت را پیشنهاد می‌کنند. افراد، جامعه، دولت و ریس دولت را تابع حقوق طبیعت می‌دانند.
۴. مکاتب که شخصیت، مهارت و نبوغ یک فرد یا یک طبقه و گروه خاص را اساس مشروعیت نظام سیاسی می‌دانند.
۵. مکاتب که اخلاق را تعیین کننده اصلی می‌دانند و میزان صحت و سقم قوانین و سیاست را، تطابق آن‌ها با وجدان و اصول اخلاقی میدانند.
۶. مکاتب که عقل را سرچشمه اصلی حق حاکمیت می‌دانند و برای سیاست، اصالت فوق العاده قایل است.
۷. مکاتب و مذاهب که سرچشمه مشروعیت نظام سیاسی را حاکمیت الهی می‌دانند که از طریق اراده مردم برگزیده می‌شود. (صالحی، ۱۳۸۹: ۵۱)



مکاتب و رویکردهای فوق در مبحث مشروعیت در سه حوزه و نظام فکری؛ «اندیشه سیاسی غرب»، «فقه سیاسی دانشمندان اهل سنت» و «فقه سیاسی دانشمندان شیعی» قابل دسته بندی و بررسی است که در ذیل به آن‌ها پرداخته می شود.

۱. مبانی مشروعیت در اندیشه سیاسی غرب

در نظام فکری سیاسی غرب، دو عنصر از مولفه‌های اصلی و اساسی مشروعیت سیاسی به حساب می آید، یکی قانونیت و دیگری مقبولیت و رضایت اجتماعی. هرچند بعض از دانشمندان مانند: ماکیاول، پاسکار و دیوید هیوم قدرت را یک امر طبیعی و اتفاقی میدانند. آنان بر این باور اند که در اعمال قدرت مشروعیت لازم نیست بلکه هرکس زود تر توانیست قدرت را بدست آورد یا هرکه بصورت اتفاقی به قدرت رسید، حاکی از مشروع بودن آن خواهد بود. (نقیب زاده، ۱۳۷۵: ۱۳۸)

معروف‌ترین تعریف و دسته بندی از مشروعیت توسط ماکس وبر جامعه شناس آلمانی صورت گرفته است. از نظر وبر، سیاست رابطه بین حکم و اطاعت است که مبتنی بر نوعی از توجیه و مشروعیت است. رابطه بین حکم و اطاعت همانند سایر عرصه های کنشی، ممکن است عقلانی باشد یا غیر عقلانی. هرگاه حکم و اطاعت بر حسب قوانین و هنجارهای عینی صورت گیرد، چنین سیاست و سلطه بروکراتیک، عقلانی و مبتنی بر قانون است. اگر حکم بر اساس برخی سنت‌ها و رسم و رواج‌ها صورت گیرد، توجیه و تبعیت حکم نیز بر مبنای همان سنت‌ها باشد در چنین وضعیت نوع سیاست یا سلطه از مشروعیت سنتی برخوردار است. گاهی تبعیت از حکم حاکم بر مبنای رابطه‌ای عاطفی و ارادت شخصی می باشد، که این وضعیت را وبر به سیادت و سلطه کاریزمایی تعبیر کرده است. (وبر، ۱۳۷۳: ۲۷۳) وبر مباحث قبلی را تحت عنوان «مبانی مشروعیت یک نظام» بصورت ذیل بیان می کند: «افراد می توانند به یکی از طرق زیر به یک نظام مشروعیت ببخشند؛

۱. مشروعیت بر مبنای سنت؛ یعنی باور یا اعتقاد به مشروعیت آنچه همیشه وجود داشته است.

۲. مشروعیت بر مبنای نگاه عاطفی؛ یعنی اینکه چیزی به این خاطر که به تازگی تجلی یافته و یا الگویی است برای تقلید معتبر.

۳. مشروعیت بر مبنای باور عقلانی به ارزش غایی نظام، که به معتبر شناختن آن به عنوان یک تعهد نهایی و مطلق ختم شود.



۴. مشروعیت بر مبنای قانون و قرار داد اجتماعی. (ویر، ۱۳۷۴، ۴۲) و بر ضمن اشاره به اینکه عمومی ترین و ابتدایی ترین شکل مشروعیت نظام‌ها، مشروعیت ناشی از اعتقاد به تقدس سنت‌ها و ترس از مجازات جادویی (مشروعیت سنتی) بوده است، رایج ترین شکل مشروعیت در غرب را، مشروعیت عقلانی - قانونی می داند. (ویر، ۱۳۷۴، ۴۳)

دانشمندانی همچون: توماس هابز، گروسیوس و جان لاک بر این باور هستند که قدرت یک نهاد مردمی و دست ساخته اجتماع است. از دید آنان هدف اصلی تاسیس دولت که قدرت را در اختیار دارد جلوگیری از ضرر و زیان انسان‌ها و رسیدن به یک زندگی مرفه و سعادت مند است. براین اساس، این مردم است که دولت را می سازد و قدرت را برای کسانی که خواستند تفویض می کنند. (نقیب زاده، ۱۳۷۵: ۱۴۰) بدون شک قدرت حق کاربرد اجبار را دارد اما این عنصر اصلی آن نیست. قدرت باید مشروعیت داشته باشد در غیر این صورت با دشواری رو برو خواهد شد و بی تاثیر خواهد بود (عالم، ۱۳۸۸: ۱۰۵). هانا آرنه متفکر آلمانی می نویسد: فلسفه وجودی سیاست آزادی است، زیرا سیاست به حوزه عمومی یعنی جای تعلق دارد که انسان‌ها در کمال برابری و آزادی به گفتگو و مفاهمه می پردازند و به تدبیر اساسی می رسند که حاصل برخورد افکار همه است. از این رو سیاست مربوط به همه است و قدرت سیاسی قدرتی همگانی است نه قدرت گروهی که بر گروهی دیگر سلطه پیدا کند. کارویژه سیاست نیز حفظ همین حوزه عمومی است یعنی حوزه برابری و آزادی و نه حوزه غلبه گروهی بر گروههای دیگر (نقیب زاده، ۱۳۷۵: ۳۳).

خلاصه اینکه؛ در اندیشه سیاسی غرب؛ رایج ترین شکل مشروعیت اعتقاد به قانونیت است. این یعنی آمادگی برای سازگاری با قواعدی که رسماً صحت دارند و با روش‌های قبول شده‌ای اعمال می شوند. (ویر، ۱۳۷۵: ۴۳) و در دوسه قرن اخیر عنصر اساسی مشروعیت یک نظام را خواست و اراده مردم تشکیل میدهد و تنها حکومت و نظامی حق کاربرد زور را دارد که رضایت و مقبولیت اجتماعی داشته باشد و در غیر آن قابل پرسش جدی و قابل چالش است.

۲. مبانی مشروعیت در اندیشه سیاسی اسلام

در اندیشه سیاسی اسلام، مشروعیت به معنای حقانیت و حق حکومت کردن است. حکومت مشروع حکومتی است که دارای حق حاکمیت و فرمانروایی بر مردم باشد و همواره در مقابل حکومت غاصب قرار گرفته است. طبق مفاد قرآنی منشاء ذاتی مشروعیت فقط خداوند است (یوسف/۴۰) و تمام گروه‌های اسلامی بر آن اتفاق نظر دارد. منشاء اصلی تفاوت اندیشه سیاسی اسلام با غرب بر می‌گردد به «مبانی هستی‌شناختی»

و «انسان‌شناختی». در اندیشه سیاسی غرب، خدا و باورهای دینی از معادله‌های شان حذف است، لذا عناصر اصلی مشروعیت سیاسی، قانونیت و مقبولیت اجتماعی که منشاء مردمی دارد می باشد. در اندیشه دینی هرچند انسان اشرف مخلوقات و مورد تکریم خداوند است (اسراء/۷۰) اما از عهده شناخت خیر و شر، سعادت و شقاوت و رستگاری خویش ناتوان است. طبق آموزه‌های دینی انسان‌ها در خلقت مساوی اند و هیچ فردی ابتداءً حق حکومت بر دیگران را ندارد و حاکمیت تنها از آن خداست (انعام/۵۷) اما از آنجای که حکومت یک ضرورت عقلی و شرعی است، لذا کسانی باید به عنوان حاکم، «قانون الهی» را در جامعه به اجرا درآورند که از سوی خداوند حق حکومت داشته باشند.

دانشمندان و گروه‌های اسلامی، بر خلاف خوارج که شعار شان تفسیر به باطل آیه «ان الحكم الا لله» بودند، (تفسیر نمونه: ذیل آیه ۵۷ سوره انعام) ضمن اینکه همه بر اهمیت و ضرورت حکومت و نظم اجتماعی سیاسی اتفاق نظر دارند، اما راجع به مبحث مشروعیت حکومت دینی و نظام سیاسی اسلام در بین شان تفاوت نظر وجود دارد. این اختلاف نظر حول دو محور فقه سیاسی شیعی و سنی متمرکز است. در هر دو حوزه فکری شیعی و سنی، مشروعیت به معنای حقانیت و مطابق شرع بودن است. اما در تبیین مطابقت آن با شریعت اسلام و چگونگی تعیین حاکم اسلامی و صلاحیت زمامدار نظام اسلامی بین فقها و دانشمندان هر دو فرقه تفاوت نظر وجود دارد، که ذیلاً توضیح داده می‌شود.

۱-۲. مبانی مشروعیت در اندیشه فقهای اهل سنت

علما و دانشمندان اهل سنت، نسبت به مبانی مشروعیت حکومت دیدگاه‌های متفاوت دارند. مهمترین مبانی مشروعیت و شیوه تعیین حکومت براساس دیدگاه علما و دانشمندان اهل سنت، قرار ذیل است:

۱-۱-۲. نص صریح رسول اکرم (ص)

در مورد مبانی اول که رسول گرامی اسلام (ص) کسی را به عنوان خلیفه و حاکم جامعه اسلامی نصب کند و آن را اعلام نماید. از نظر اهل سنت چنین نصبی از طرف پیامبر اتفاق نیفتاده و آنان معتقد است که پیامبر اسلام، مسأله جانشینی و امر حکومت را مجمل گذاشته و آن را به اختیار امت واگذار کرده است تا در مورد حاکمیت و رهبری خود تصمیم بگیرند، لذا بعد از وفات رسول گرامی اسلام، انتخاب خلیفه و جانشین در جریان «ثقیفه بنی ساعده» بوسیله شورای اهل حل و عقد صورت گرفت. (قادری: ۱۴)

۲-۱-۲. استخلاف یا انتصاب توسط خلیفه پیشین

از راه‌های مشروعیت حکومت انتصاب امام و حاکم قبلی است که بعد از خودش کسی دیگر را منصوب کند. اهل سنت در این مورد بر عملکرد ابوبکر خلیفه اول استدلال می‌کند که عمر را به عنوان خلیفه و جانشین پس از خود تعیین نمود. این عملکرد ابوبکر به عنوان یکی از سنت‌های صدر اسلام باقی ماند و به عنوان یک روش در بین خلفای بنی امیه و بنی عباس تثبیت گردید. (لمبتون، ۱۳۸۵، ۴۵۰). ابوالحسن ماوردی، از جمله علمای بزرگ اهل سنت است که بر استخلاف و نصب حاکم اسلامی توسط حاکم قبلی به عنوان یکی از راه‌های مشروعیت حاکم اشاره کرده است. از نظر وی خلیفه در مقام مسؤل جامعه اسلامی، صلاحیت انتخاب فرد بعدی را برای هدایت و رهبری جامعه دارد و نصب امام قبلی بر انتخاب مردم نیز مقدم و مرجح است، زیرا خلیفه بهتر از هر کسی شخص جانشین خود را برای احراز رهبری جامعه اسلامی تشخیص می‌دهد (صالحی: صص ۳-۶۱. قادری: ۲۴).

۲-۱-۳. بیعت یا اجماع اهل حل و عقد

تعیین خلیفه توسط بیعت مسلمانان یکی دیگر از راه‌های مشروعیت حکومت در نزد اهل سنت است. به باور اکثر دانشمندان و فقهای اهل سنت، اهل حل و عقد به نمایندگی از بخش وسیعی مردم می‌توانند حاکم را تعیین نمایند و انتخاب اهل حل و عقد به حکومت مشروعیت می‌دهد. از نظر آنان پیامبر گرامی اسلام بعد از خود جانشین تعیین نکرد و آن را به خود مردم واگذار نمود. لذا در جریان ثقیفه بنی ساعده شورای اهل حل و عقد ابوبکر (ره) را به عنوان خلیفه مسلمین انتخاب نمودند و این شیوه به عنوان یکی از مبانی مشروعیت حکومت دینی نزد اهل سنت باقی ماند (قادری، ۱۴). در اینکه از نظر کیفی و کمی اهل حل و عقد چه تعداد و چه اوصاف داشته باشند، تفاوت نظر وجود دارد. دسته‌ای بر این است که تمام افراد و جمهور اهل حل و عقد از شهرهای مختلف بر تعیین یک نفر به عنوان حاکم به اجماع برسند. این دیدگاه در تضاد با نحوه انتخاب و بیعت با ابوبکر است که افراد حاضر در سقیفه (مدینه) منتظر افراد دیگر شهرها نماندند. دسته‌ای دیگر با استناد به تصمیم «شورای ثقیفه» می‌گویند بیعت با حد اقل پنج نفر هم منتعقد می‌شود. دسته هم توافق و رضایت دو نفر از بین سه نفر را معتبر می‌دانند. (صالحی: صص ۶۱، ۵۲). گروهی هم هستند که امامت را با بیعت یک نفر نیز قابل انعقاد می‌دانند، چنانکه فضل الله خنجی می‌نویسد: «... بلکه اگر اهل حل و عقد در میان مردم یک نفر بیشتر نباشد، کافی است او برای انعقاد امامت بیعت کند.» (لمبتون،

(۴۵۰، ۱۳۸۵)



۴-۱-۲. استیلا و غلبه

طبق این دیدگاه تسلط بر مراکز قدرت و گرفتن قدرت با زور و قهر یکی دیگر از عوامل و منشأ پیدایش مشروعیت حکومت است و نیازی به اخذ بیعت از عامه مسلمین و یا اهل حل و عقد نیست. قاعده «الحق لمن غلب» بر همین مبنا شکل گرفته است و بعد از خلفای راشدین، بعضی از حاکمان بلاد اسلامی مبتنی بر زور و استیلا حکومت کردند. طرفداران این دیدگاه، به نقل از احمد حنبل میگویند: امامت با زور و غلبه هم ثابت می‌شود و در این صورت احتیاج به عقد بیعت نیست هر چند که آن حاکم فاجر باشد. برای این نظر دو دلیل اقامه شده است: (۱) اطلاق روایت عبدالله ابن عمر (استاد احمد ابن حنبل) که در جنگ حره در مدینه در نماز جماعت گفت: «نحن مع من غلب» یعنی ما با کسی هستیم که غالب شود و این روایت مقید به بیعت مردم نیست. (۲) اگر امامت و خلافت همانند بیع و سایر عقود نیاز به عقد (ایجاب و قبول) مردم داشته باشد باید فسخ و عزل خلافت هم به دست مردم و یا خود خلیفه باشد در حالی که چنین نیست (حاتمی). این نظریه که بیشتر تحت عنوان «نظریه استیلاء» یاد می‌شود، از نظر تاریخی به دوران اموی‌ها بر می‌گردد. (قادری: ۲۵. محسنی، ۱۳۹۸، ۵۳۳)

پیروان مذاهب شافعی، حنبلی و مالکی عمدتاً تسلط از طریق غلبه و قهر را، مشروع دانسته و مسلمین را ملزم به اطاعت و پیروی از حاکم مسلط یافته می‌دانند. بعضی آن‌ها معتقداند حتی اگر حاکم شخص فاسد و جور باشد هم حاکمیت آن مشروع است. پیروان فقه حنفی، این مبنا را بصورت مطلق نمی‌پذیرند و در حرمت شورش و خروج علیه حاکم فاسد با پیروان مذاهب سه گانه (شافعی، مالکی، حنبلی) مخالف اند. امام ابوحنیفه بر این نظر بود که با حاکمان و پیشوایان ظالم و ستمکار باید مبارزه کرد.

۲-۲. مبانی مشروعیت در اندیشه دانشمندان شیعه

چنانکه قبلاً اشاره شد در اینکه منشأ ذاتی مشروعیت خداوند متعال است و تنها او مصدر اصلی حکم و مشروعیت است، هیچکس ابتداء بر دیگری حق حاکمیت و الزام دیگران به اطاعت از فرامین خود ندارد، میان تمام دانشمندان و گروه‌های اسلامی، اتفاق نظر وجود دارد. تنها کسی می‌تواند حق حاکمیت را داشته باشد که ولایت و حق حاکمیت را از سوی خداوند و به امر او بدست آورده باشد. (حایری ۱۳۸۴: ۶۶). در اینکه چه کسی و به چه صورتی بعد از پیامبر اسلام، حق حاکمیت پیدا می‌کند، بین دانشمندان اهل سنت و شیعه تفاوت نظر وجود دارد، که در این قسمت به دیدگاه برخی از دانشمندان شیعه اشاره می‌شود.

۲-۱-۲. اکتفا به نفس مشروعیت الهی

طبق دیدگاه برخی از فقهای قدیم شیعی مانند ابوالصلاح حلبی، شیخ مفید و سید مرتضی (قرن پنجم هجری قمری)، اگر فقیه جامع الشرایط بتواند حکومت را به دست آورد بر او لازم است اقدام کند. در این دیدگاه مقبولیت جایگاه مؤثر ندارد. اینان معتقدند حکومت از هر راهی که به دست آید، هر چند از سوی یک حاکم ستمگر به شخص فقیه جامع الشرایط واگذار شود نه تنها مشروع است، بلکه واجب است که اقدام کند. البته ابوالصلاح حلبی مشروعیت حاکمیت را، تنها از آن امامان معصوم و کسی که شرایط نیابت امام را دارد می‌داند و برای آن شخص شرایط مانند: علم به حق در مورد حکمی که به او ارجاع می‌شود، توانایی از امضای حکم بر وجه صحیح، توانایی بر اقامه حکم، صاحب عقل و نظر، گستردگی علم، بصیرت به زمان و شرایط، آشکار بودن عدالت، پرهیزگاری، متدین بودن به حکم و توانایی بر تطبیق حکم در مورد خودش مطرح می‌کند. (ر.ک: خالقی). طبق دیدگاه مذکور، حکومت کردن یک وظیفه و تکلیف است نه یک حق. پس هرگاه برای شخص که شرایط را دارد، زمینه حکومت کردن فراهم شود ولو از طریق یک حاکم ستمگر باید انجام وظیفه و تکلیف نماید.

۲-۲-۲. مقبولیت مردمی، شرط فعلیت یافتن حکومت

برخی از علمای شیعه برای فعلیت یافتن یک حکومت مشروع به سه مرتبه مختلف اشاره کرده‌اند: (۱) ولایت در مرتبه استعداد و صلاحیت (شخص حاکم دارای صلاحیت‌های لازم باشد). (۲) ولایت در مرتبه جعل و اعتبار (تأیید دینی صلاحیت و حاکمیت). (۳) ولایت در مرتبه سلطه و فعلیت (بدست گرفتن قدرت و حاکمیت). بحث از مرتبه اول همان بحث از حقانیت و واجد بودن شرایط حاکمیت است (مانند پیامبر قبل از بعثت یا شخص واجد شرایط در عصر کنونی). بحث از مرتبه دوم همان مشروعیت و قانونیت است (مانند پیامبر پس از بعثت و شخص مورد تأیید شرع در شرایط کنونی). بحث از مرتبه سوم همان رضایت و مقبولیت مردمی است. بنابراین مراتب ولایت در حکومت اسلامی به حسب تحقق خارجی آن، شامل مشروعیت و مقبولیت است و دو مفهوم حقانیت و قانونیت در مفهوم مشروعیت می‌گنجد. (نرگسی). طبق این نظریه، در تشکیل نظام، آرای مردم نقش اساسی دارد و مرتبه به فعلیت رسیدن بعد از پیامبر و امامان معصوم به مردم واگذار شده است.

امام خمینی ضمن تأکید بر مشروعیت حاکمیت فقیه جامع الشرایط که با احکام اسلامی آشنایی داشته باشد و بر مبنای عدالت حکومت کند، بر نقش و جایگاه مردم اشاره می‌کند. ایشان تصریح نموده که حکومت جمهوری اسلامی مبتنی بر مبانی دینی و شریعت اسلامی،



متکی به آرای عمومی ملت می‌باشد و شکل حکومت با مراجعه به آرای ملت تعیین خواهد گردید. حکومت دینی در دیدگاه سیاسی امام خمینی؛ دو مبنا دارد: (۱) مبنای شرع، یعنی مشروعیت‌بخشی به نظام سیاسی بر اساس ارزش‌های دینی. (۲) مبنای عقل، یعنی مقبولیت و کارآمدی نظام سیاسی. حق و میزان دخالت انسان برای تأمین سعادت بر مبنای داوری عقلی باید جایگاه مناسبی در ساختار نظامی و سیاسی پیدا کند تا حکومت، کارآمدی و مقبولیت اجتماعی مستحکم‌تری بیابد. (انصاری: صص ۸-۳۳). در اندیشه فقهی امام خمینی، مشروعیت حکومت دینی، مرکب از دو عنصر؛ انتصاب الهی برای فقیه عادل و پذیرش مردم است. بگونه که در صورت عدم پذیرش مردم حکومت فقیه غاصبانه و غیر مشروع خواهد بود. فقیه جامع شرایط نمی‌تواند به استناد مشروعیت آسمانی خود، بدون پذیرش و رضایت، بر مسند ولایت تکیه زند (قراملکی: ۳۷۴).

علامه طباطبایی در خصوص حاکمیت خداوند می‌نویسد: معنای استقلال حکم مختص خداوند است چه حکم در حقایق تکوینی و چه در شرایع و احکام وضعی و اعتباری باشد. اما در عین حال چه بسا که خداوند حکم را مخصوصاً حکم تشریحی را در قرآن به غیر خدا هم نسبت داده است؛ «یا داود انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق» (ص/۲۶) این حکم، اختصاص به حکم وضعی و اعتباری دارند والا در حکم تکوینی آیه‌ای که آن را به غیر خدا نسبت دهد وجود ندارد. (طباطبایی. المیزان. ج ۷. ذیل آیه فوق) در جای دیگر می‌نویسد: زمام امر حکومت اسلامی بعد از پیامبر و امامان به خود مردم تفویض شده است. از قرآن استنتاج می‌شود که مردم حق تعیین حاکم خود را مطابق سیره و سنت پیامبر دارند نه به روش سلطنتی و امپراطوری (طباطبایی. المیزان. ج ۴ ص ۱۲۴).

شهید مطهری تحت عنوان «حق حاکمیت» نظریاتی متعددی را در رابطه با حق حکومت مطرح می‌کند و می‌نویسد: قانون اساسی پیش نویسی دارد که عده‌ای از علما و مدرسین قم دیده اند و قرار است عده‌ای زیاد دیگری از صاحب‌نظران ببینند و بعد هم در اختیار همه مردم قرار داده بشود و همه صاحب‌نظران در آینده روی آن اظهار نظر بکنند تصویب قانون اساسی غیر از فراندوم است... اینکه مواد قانون اساسی بر اساس رژیم جمهوری اسلامی چگونه باید باشد، همه صاحب‌نظران باید اظهار نظر بکنند که در کادر اسلامی چگونه باید نظر داد. الآن ما قانون اساسی تمام شده نداریم روی این پیش نویس همه مردم می‌توانند اظهار نظر کنند ولی بر طبق معیارهای اسلامی. (مطهری: ۱۳۸۷، ۶۶، ۱۵۴).

ج) مشروعیت حکومت دینی در اندیشه سیاسی آیت الله محسنی (ره)

مشروعیت، اساس و پایه‌ای یک نظام سیاسی و ضامن بقای آن است. هر نوع حاکمیت و نظام سیاسی که فاقد مشروعیت باشد دوام نخواهد آورد. قدرت و حاکمیت زمانی پایدار و مشروع است که رابطه بین حکم و اطاعت به تعبیر «وبر» بر مبنای حقانیت و مقبولیت باشد. بحث مشروعیت حکومت و حق حکومت کردن بر مردم مرتبط به دو سؤال است: سؤال اول اینکه حاکمان به چه حقی باید بر مردم حکمرانی کند و امر و نهی نمایند. سؤال دوم اینکه مردم و محکومان به چه دلیلی باید از این اوامر اطاعت کنند؟ از منظر آیت الله محسنی مولفه‌های اصلی مشروعیت حکومت دینی در اندیشه فقهی آیت الله محسنی بر دو محور مشروعیت الهی و مردمی، خلاصه می‌شود که هر کدام را بصورت جداگانه بحث و بررسی می‌کنیم.

۱. مشروعیت الهی

در دیدگاه آیت الله محسنی، مشروعیت حکومت دینی وابسته به چند اصل است که در صورت خدشه‌دار شدن آنان، حکومت دینی مشروعیت خود را از دست می‌دهد و مردم مکلف به اطاعت و فرمانبرداری از آن نیست که ذیل به آنها اشاره می‌شود.

۱-۱. منابع تقنین در حکومت دینی

یکی از مؤلفه‌های که در مشروعیت حکومت تعیین کننده است، منابع قانون گذاری حکومت است. منبع اصلی قانون گذاری در حکومت دینی از نظر ایشان، شریعت اسلامی می‌باشد. هیچ کس حق تشریح حکم و تقنین قانون را ندارد. حکم را باید خداوند بیان دارد و تخلف از حکم خداوند موجب کفر، ظلم و فسق است (محسنی، ۱۳۹۸، ۴۳۰). ایشان دین را برای زندگانی بشر یک قانون جامع و کامل دانسته و عمل به آن را تضمین کننده خوشبختی زندگانی دنیا و آخرت می‌داند. وی می‌نویسد: «دین برای زندگانی دنیا در ابعاد مختلف برنامه دارد. در بعد دینی، اخلاقی، اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و امنیتی. برای هر کدام برنامه‌های وسیع دارد که در صورت تطبیق، سعادت و خوشبختی انسان‌ها را بیمه می‌کند... منبع قوانین معتبر، نه آراء عمومی مردم و نه فرمان‌های ریس جمهور و نه تصویب قوه مقننه و آرای آباء و اجدا و نه سنت‌های جامعه است، که تنها شریعت الهی می‌باشد. (محسنی، ۱۳۹۱، الف، ۲۷-۸). ایشان در جای دیگر به حرمت قانون گذاری و تصویب مقرراتی که بر خلاف شریعت و احکام اسلامی باشد اشاره می‌کند «قانون گذاری و تصویب احکام مخالف شریعت حرام موکد است و ترک و نادیده گرفتن احکام الهی حرام مؤکد دیگر. فرقی در این



کار بین تقنین نمایندگان مجلس و رییس جمهور و وزیران و سایر اعضای عالی رتبه قوه اجرایی و مسولین قضاییه نیست» (محسنی، ۱۳۹۱، الف، ۳۳). از نظر ایشان هنجارهای سیاسی و الگوهای رفتاری اسلام، ریشه در آموزه‌های دینی دارد که به قرآن کریم به عنوان منبع اصلی رفتار دینی مسلمانان بر می‌گردد. ایشان «پیروی از قوانین نظام دینی بر خود زمامداران و مسولان بلند پایه و همه کارمندان قوای سه گانه دولت واجب است» مخالفت و مبارزه با دین و تلاش در جهت زوال حکومت و مصداق بارز فساد در روی زمین به حساب می‌آید و موجب نابودی امنیت اجتماعی و تخریب منابع اقتصادی می‌گردد. (محسنی، ۱۳۹۱، الف، صص ۲، ۷۰). ایشان ضمن تاکید بر منبع دینی تفنینی، یاد آور می‌شود که پرکردن خلاء قانونی در منطقه الفراغ مربوط به خود مردم و نمایندگان مردم می‌شود. (محسنی، ۱۳۸۷، ۵۰) از نظر ایشان منابع یا ادله احکام و تقنین عبارتند از: ۱) قرآن مجید. ۲) سنت رسول الله یعنی قول، عمل و یا تقریر آن حضرت. ۳) اجماع که کاشف از سنت معصوم باشد. ۴) حکم قطعی عقلی (محسنی، ۱۳۹۸، ۴۳۳). براین اساس از نظر آیت الله محسنی، هرگاه منبع تقنین حکومت غیر از شریعت اسلامی باشد، نه تنها آن حکومت مشروعیت ندارد که چنین کاری حرام و مردم هیچ مسؤولیت نسبت به رعایت آن ندارد.

۲-۱. زمامداران حکومت دینی

زعامت و رهبری جامعه اسلامی، بالاترین مقام مدیریتی و تطبیق قوانین و ارزشهای دینی، در جهت رشد و تعالی جامعه می‌باشد. بناء چه از نظر عقلی و چه از نظر دینی، کسی می‌تواند زعامت و مدیریت جامعه اسلامی را به عهده بگیرد که لیاقت و شایستگی رهبری جامعه اسلامی را داشته باشد و با معارف دینی آشنایی کامل داشته باشد. بدترین آفت و خسران این خواهد بود که در رأس جامعه اسلامی کسی قرار گیرد که از نظر علمی و اخلاقی شایستگی رهبری جامعه اسلامی را نداشته باشد.

در اندیشه سیاسی دانشمندان اسلامی، به شرایط و اصاف زعما و زمامداران اسلامی توجه و تاکید خاص شده است. آیت الله محسنی در اینکه چه کسانی باید زمام امور حکومت را بدست بگیرد، با استدلال به آیات: «النبی اولی بالمومنین من انفسهم...»، «اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم» و نظیر این آیات، اولین صفت یک زعیم جامعه اسلامی را ایمان و تقوا میدانند و می‌نویسد: خداوند نظامی را مشروع می‌داند که در رأس آن افراد متدین و دارای شرایط زمامداری باشند و نسبت به معارف دین، احکام شرعی و جهان بینی آشنا باشد. (محسنی، ۱۳۸۷، ۴۱). ایشان اضافه بر تدین و تقوا، عقل و بلوغ، تسلط بر وظایف و مسؤولیت زمامداری و پابندی به آن، آگاهی از معارف دینی و احکام شرعی و جهان بینی دینی



(بخاطر دوری از کج اندیشی و ندانم کاری‌های که به حکومت دینی اسپیی می‌رساند) و همچنین عدالت و دوری از خیانت و اختلاس را از مهمترین اوصاف زمامدار اسلامی بر می‌شمارد. (محسنی، ۱۳۹۱، الف، ۱۹، ۱۳۷۱، ۴۷). «حکومت دینی آن است که مسولین رده بالای آن، مومنین و متدین بوده و قوانین متنوع و قانون اساسی را مطابق احکام و جهان بینی دینی به رسمیت رسانیده و به آن عمل نمایند و به یک جمله: هیچ قانونی از قوانین آن مخالف دین نباشد و در عمل از آن تخلف صورت نگیرد.» (محسنی، ۱۳۹۱، الف، ۱۵). اشاره به اینکه حکومت دینی آن است که مسولین رده بالای آن مومنین و متدینین باشند، حاکی از وابستگی مشروعیت حکومت دینی به زمامداران و رهبرانی است که دارای اوصاف مورد تایید دین و شریعت اسلامی باشد، چه اینکه در غیر آن حکومت دینی نخواهد بود.

۳-۱. حفظ و تقویت مبانی دینی

رهبری و احراز پست‌های دولتی و عمومی بر مبنای آموزه‌های دینی، معطوف به خدمت و انجام مسؤلیت است، نه قدرت و چوکی و جمع‌آوری پول و دارایی و استفاده ابزاری از قدرت در جهت منافع شخصی یا سمتی و گروهی. آیت الله محسنی در کتاب «توضیح المسائل سیاسی» و بعضی آثار دیگرش مهمترین فلسفه تشکیل حکومت دینی را حفظ و تقویت مبانی اسلامی و زدودن فرهنگ خرافات و فرهنگ رسوب کرده جاهلی دانسته، آن را یک امر واجبی می‌داند و می‌نویسد: «به هر حال بر حاکم اسلامی واجب است در فرض قدرت برای حفظ و تقویت مبانی اسلامی تلاش کند ولو در قانون اساسی ذکر نشده باشد. و خوب این تلاش نه از باب لزوم عمل به قرار داد است بلکه از باب الزام الهی است مانند لزوم نماز، روزه، زکات، حج و امثال اینها.» (محسنی، ۱۳۸۷، ب، ۶۷، ۱۳۹۱ الف، ۱۲۴). تعبیر وجود تقویت مبانی دینی و اسلامی حکایت از اهمیت این موضوع فوق دارد و در صورت عدم اقدام در تطبیق چنین موضوع، حکومت از مشروعیت می‌افتد.

۴-۱. تأمین عدالت در حکومت دینی

یکی دیگر از مؤلفه‌های مشروعیت حکومت دینی از نظر آیت الله محسنی تأمین و تطبیق عدالت است. از نظر وی، عدل بالاترین معیاری است که همه امور را باید با آن سنجید. به نظر ایشان فلسفه حکومت، برپایی عدالت اجتماعی در جامعه است. بعد اجتماعی عدالت اهمیت ویژه در اندیشه سیاسی وی در باب حکومت دینی دارد. از نظر ایشان اگر در حکومت دینی عدالت برقرار نگردد، ظلم و بی عدالتی بر جامعه حاکم شود، جلورشد و ترقی گرفته خواهد و حکومت دوام نخواهد آورد. ایشان در این مورد می‌نویسد: «دین اسلام خواهان یک نظام عقلانی، روحانی و اخلاقی مقرون به عدالت اجتماعی و برادری است (محسنی،



۱۳۸۷، ب، ۴۴). در اسلام حکومت و حکومت کردن هدف نیست، بلکه وسیله است برای اجرای احکام و قوانین الهی و تأمین اهداف عالی آن یکی از آن اهداف عالی تأمین و برقراری عدالت اجتماعی است (محسنی، ۱۳۷۱، ۱۱). نگاه ایشان به عدالت کاملاً درون دینی است. وی یکی از اهداف بعثت انبیا را برقراری عدالت می‌داند. ایشان ضمن استناد به آیه «لقد ارسلنا رسلنا بالبینات وانزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط....» می‌نویسد: «عدالت اجتماعی در همه جهات و برای همه اصناف حکومت لازم است و باید در قانون اساسی ذکر شود.» (محسنی، ۱۳۹۱، الف، ۷۷).

آیت الله محسنی بر بعد اجتماعی عدالت، تقسیم عادلانه ثروت‌های عمومی توزیع مناصب دولتی و تقرری‌ها در ادارات دولتی تأکید نموده رعایت عدالت را در آن گوشزد می‌کند: «بر زمامداران و مسولین بلند رتبه دولتی واجب است در توزیع مناصب و امکانات مادی کشور بر واحدهای اداری براساس نفوس، عدالت اجتماعی و اولویت‌های واقعی عمل کند و از تعصبات مذهبی و روابط قومی و سمتی و لسانی و هوس‌های حزبی شدیداً دوری نماید که از پست‌ترین کارهای و بدترین روش‌های ظالمانه و حق‌تلفی‌نا جوانمردانه بوده و عامل پسمانی کشور می‌گردد.» (محسنی، ۱۳۹۱، الف، ۸۶) بدیهی است که برقراری عدالت در نظام سیاسی اسلام موقوف به حفظ شایسته‌سالاری و مشارکت همه اقوام و اقشار مختلف در بدنه حکومت است. ایشان در این زمینه چنین یادآوری می‌کند: «حکمت عملی و روش نیکو برای حکومت این است که با حفظ شایسته‌سالاری و رعایت شرایط عموم، تشریک همه اقوام کشور را در بدنه حکومت با تناسب کمیت آنان عملی سازد که بقای دولت و ترقی کشور به نوعی بیمه خواهد شد. (محسنی، ۱۳۹۱، الف، ۸۶) ایشان در جای دیگر از بی‌عدالتی به عنوان عامل فقر و گرسنگی و عقب ماندگی جوامع یاد می‌کند که این وضعیت عمدتاً در کشورهای توسعه نیافته بیشتر دیده می‌شود. نویسنده رابطه بین بی‌عدالتی و فقر و گرسنگی را با مقایسه بین کشورهای ثروتمند و فقیر و توزیع نابرابر ثروت و درآمد جهانی، مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌دهد. (محسنی، ۱۳۹۶، ۱۹۰)

۲. مقبولیت و رضایت مردم

از مولفه‌های مشروعیت حکومت، رضایت و نقش مردم در ساختار و نوعیت حکومت است. آیت الله محسنی ضمن ارایه بحث مفصل راجع به انواع حکومت و ساختار آن و یادآوری از انواع حکومت در تاریخ اسلام به نوع حکومت مد نظر اسلام اشاره می‌کند و در این مورد می‌نویسد: «بعید نیست که ادعا شود در اسلام کیفیت خاصی برای حکومت مد نظر گرفته

نشده است که بر مسلمانان تحفظ بر آن لازم باشد، بلکه این کار به خود مسلمانان واگذار شده است تا مطابق تحولات و نیازمندی‌ها حکومت را بوجود بیاورند، ... هرچند که در روایات اسلامی لفظ خلیفه و امام بیشتر استعمال شده است و کلمه ولی امر از قرآن ناشی می‌باشد... ما در کتاب و سنت دلیل معتبری سراغ نداریم که اسلام طرز مخصوصی حکومت را معین نموده باشد. بنابر این، مسلمانان در انتخاب کیفیت آن اختیار کامل دارند و مسلمان‌ها می‌توانند هرکدام را که اصلح باشد، آن را انتخاب نمایند. بلی چیزی که مهم است و اسلام از آن چشم پوشی نمی‌تواند دو چیز دیگر که در همه زمان‌ها و مکان‌ها باید مسلمانان آن را مراعات نمایند. اول تحقق شرایط در وجود حاکم اسلامی و دوم پیاده کردن دستورات اسلامی در اجتماع و اجتناب از تطبیق احکام غیر اسلامی.» (محسنی، ۱۳۷۱، ۴۰). ایشان در جای دیگر ضمن اشاره به دو نوع سیستم انتخاب رییس جمهور و حاکم جامعه اسلامی، یکی نظام ریاستی و دیگری نظام پارلمانی، سیستم ریاستی را که در آن خود مردم بصورت مستقیم رییس جمهور را تعیین می‌کنند ترجیح می‌دهد. زیرا از نظر ایشان در سیستم پارلمانی ممکن است ساخت باخت احزاب و منافع حزبی و دیگر موضوعات در نظر گرفته شود و منافع علیای مردم و جامعه اسلامی و حتی از امورات و مسایل دینی و شرعی غفلت شود. (محسنی، ۱۳۸۷، ۵۸).

مطالب فوق واضح می‌سازد که راجع به نوع حکومت از نظر اسلام، ایشان آن را واگذار به عقل و تشخیص خود مسلمانان براساس مقتضیات زمان، نموده با تأکید بر اینکه حاکم اسلامی کسی می‌تواند باشد که شرایط آن را داشته و در سایه حاکمیت وی قوانین و دستورات الهی تعطیل نماند. بر این اساس یکی از منابع مشروعیت حکومت دینی براساس دیدگاه ایشان خود مردم و جامعه اسلامی می‌باشد. «رضایت مردم را یکی از شرایط رییس جمهور دانسته یادآوری می‌کند، «بعید نیست شرط صحت ولایت او نیز باشد، زیرا شرایط حاکم و رییس جمهور جامعه اسلامی، هرچند عده‌ای از آن‌ها شرعی بوده و عده‌ای عقلایی می‌باشد ولی احراز آن‌ها به عهده خود مکلفین یا نمایندگان آنان است و تا آنان، ان‌ها را احراز نکنند اطاعت زمامدار بر آنان واجب نخواهد بود و وجود اطاعت زورمندان غلط است.» (محسنی، ۱۳۹۱، ۲۰). ایشان ضمن تأکید بر اینکه فلسفه تشکیل حکومت رسیدگی به نیازمندی‌های مردم می‌باشد، اشاره می‌کند که از تشکیلات عریض و طویل پرهیز شود که باعث به هدر رفتن هزینه‌های سرسام‌آور و عقب مانی در کارها می‌شود و تشکیلات حکومت مختصر، کارا و مفید باشد. حکومت دینی ضمن رعایت تقسیم کار و داشتن نهادها و بخش‌های مختلف تخصصی، نظارت جدی برای جلوی گیری از بی‌عدالتی، رشوه و اختلاس در ادارات دولتی امر مهم تلقی می‌کند. (محسنی، ۱۳۷۱، ۱۰۳-۸۴)



نتیجه‌گیری

در مقاله حاضر که با عنوان «مشروعیت حکومت دینی در اندیشه سیاسی آیت الله محسنی» به رشته تحریر درآمده، مطالب ذیل آمده است:

- مباحث کلی و مقدماتی شامل توضیح مفاهیم؛ حکومت، حکومت دینی، مشروعیت سیاسی، بحران مشروعیت و مشروعیت حکومت دینی.

- بررسی مبانی مشروعیت در اندیشه سیاسی غرب، که عمدتاً بر دو عنصر «قانونیت» و «مقبولیت» استوار است. در اندیشه سیاسی غرب، نظامی مشروعیت دارد که بر مبنای قانون بوجود آمده باشد و مورد قبول مردم از مجاری مورد پذیرش مردم باشد.

- مبانی مشروعیت حکومت دینی در اندیشه سیاسی دانشمندان و فقهای اهل سنت. هرچند مشروعیت در اندیشه دانشمندان اهل سنت برای یک نظام سیاسی در شرایط حاضر تنها در پرتو بیعت و اجماع اهل و عقد قابل توجیه است اما در این دیدگاه در کنار بیعت و اجماع اهل حل و عقد مبانی مشروعیت حکومت بر اساس استخلاف و غلبه هم مطرح گردیده است.

- مشروعیت بر مبنای اندیشه سیاسی دانشمندان شیعه، که طبق دیدگاه علمای سلف حکومت دینی مشروعیت خود را تنها از شریعت اخذ می‌کند اما طبق دیدگاه بعضی فقهای معاصر ضمن تأکید بر «مشروعیت» مبتنی بر تأیید شارع از نقش مردمی در تعیین حکومت نیز یاد شده است.

- بعد از بررسی مباحث یاد شده، دیدگاه آیت الله محسنی راجع به مشروعیت حکومت دینی بصورت مفصل مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. طبق دیدگاه ایشان؛ مشروعیت حکومت دینی بر دو امر استوار است. یکی مشروعیت الهی و دیگر مقبولیت و رضایت مردمی. از نظر ایشان منبع حکومت و حق حاکمیت خداوند است، و حکومت دینی آن است که مسئولین رده بالای آن افراد متدین و آگاه به معارف اسلامی و احکام دینی باشد و در امر قانون گذاری از منابع دینی استفاده نماید. ایشان با اشاره به اینکه: «بعید نیست که ادعا شود در اسلام کیفیت خاصی برای حکومت مد نظر گرفته نشده است که بر مسلمانان تحفظ بر آن لازم باشد، بلکه این کار بخود مسلمانان واگذار شده است تا مطابق تحولات و نیازمندیها حکومت را بوجود بیاورند» به عنصر رضایت مردمی و دخالت مردم در ساختار و چگونگی حکومت تأکید می‌کند. از نظر ایشان چیزی که مهم است اینکه؛ اول تحقق شرایط در وجود حاکم اسلامی و دوم پیاده کردن دستورات اسلامی در اجتماع و اجتناب از تطبیق احکام غیر اسلامی... می باشد. بنا براین در باب مشروعیت حکومت دینی ایشان به دو عنصر مشروعیت الهی و نقش مردم در ساختار و چگونگی برپایی حکومت دینی اشاره نموده است.

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. بشیریه، حسین. آموزش دانش سیاسی، ۱۳۸۶، تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۸۶.
۳. حاتمی، دکتر محمد رضا. بررسی و نقد مبانی مشروعیت حکومت از دیدگاه اهل سنت «نشریه دانش سیاسی» بهار ۱۳۸۴
۴. حایری، سید کاظم. بنیان حکومت در اسلام. تهران: اداره کل انتشارات و تبلیغات. چاپ اول. ۱۳۶۴
۵. خالقی، علی. اندیشه سیاسی شیخ مفید و شیخ صلاح حلبی. قم: بوستان کتاب. چاپ اول. ۱۳۸۸
۶. سبحانی تبریزی، جعفر. فروغ ابدیت، قم: انتشارات بوستان کتاب قم، ۱۳۸۶.
۷. شیرازی، ناصر مکارم. تفسیر نمونه، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳
۸. صالحی، غلامرضا ذاکر. مبانی مشروعیت حکومت (نظریه ابوالحسن ماوردی). قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۹.
۹. عالم، عبدالرحمان. بنیادهای علم سیاست. تهران: نشرنی. چاپ هشتم. ۱۳۸۸.
۱۰. عضدالملو، حمید. آشنایی با مفاهیم اساسی جامعه شناسی، ۱۳۸۸، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.
۱۱. قادری، حاتم. اندیشه های سیاسی در اسلام معاصر. تهران: خوارزمی. ۱۳۶۷.
۱۲. قراملکی، محمدحسن قردان. مبانی حاکمیت مردمی در اسلام و اندیشه امام خمینی، کنگره امام خمینی و اندیشه حکومت اسلامی موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی. ۱۳۸۷.
۱۳. ماکیاولی، نیکولا. شهریار، ترجمه محمود محمود، تهران: نشر اقبال، ۱۳۸۱.
۱۴. محسنی، محمد آصف. افق اعلی. ۱۳۹۶، قم: نشر؛ ادیان، ۱۳۹۶.
۱۵. _____؛ انوار هدایت. ج دوم. گردآوردند: محمدرضا قیام، کابل: مرکز حفظ و نشر آثار حضرت آیت الله عظمی محسنی، ۱۳۹۵.
۱۶. _____؛ تصویری از حکومت اسلامی در افغانستان. ۱۳۷۱، ناشر: حرکت اسلامی افغانستان.
۱۷. _____؛ تقریب مذاهب؛ از نظر تا عمل، تهران: نشر ادیان، ۱۳۸۷.
۱۸. _____؛ توضیح المسائل سیاسی، کابل: چاپخانه مسلکی افغان، ۱۳۹۱.
۱۹. _____؛ زن در شریعت اسلامی. کابل: چاپخانه مسلکی افغان، ۱۳۹۱.
۲۰. _____؛ مباحث علمی دینی، کابل: چاپخانه مسلکی افغان، ۱۳۸۷.
۲۱. _____؛ موسوعه آیت الله العظمی الشیخ محمد اصف محسنی، ج ۱۱، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ۱۳۹۸
۲۲. محمد رضا پیری و محمد رضا کریمی والا. مشروعیت حاکمیت از دیدگاه فقه اهل سنت. گفتمان فقه حکومتی. سال سوم. شماره پنجم. خزان و زمستان ۱۳۹۸.
۲۳. مطهری، مرتضی. پیرامون جمهوری اسلامی. تهران: انتشارات صدرا. ۱۳۷۴.
۲۴. نرگسی، رضارضان. مبانی مشروعیت در اندیشه سیاسی غرب و اسلام. مطالعات انقلاب اسلامی. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی. شماره ۹ و ۱۰ سال ۱۳۸۶.
۲۵. الیاسی، محمد قاسم. یاد نامه آیت نیک، کابل: بخش تحقیقات مدرسه خدیجه الکبریا، ۱۳۹۹.
۲۶. نقیب زاده، احمد. درآمدی بر جامعه شناسی سیاسی، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۵.
۲۷. وبر، ماکس. اقتصاد و جامعه. ترجمه: عباس منوچهری ترابی نژاد و عمادزاده، تهران: انتشارات مولی. ۱۳۷۳.
۲۸. هابز، توماس. لویاتان. ترجمه حسین بشیریه. تهران: نشر نی. چاپ نهم. ۱۳۹۳.



Prohibition of discrimination and equal opportunity in employment and occupation in international labor documents

Abstract

The right to prohibit discrimination and the necessity of equal opportunity is one of the fundamental human rights, and discrimination in work means any priority, preference, and exclusion based on unreasonable and logical grounds that harm or destroy equal opportunity and equal treatment in employment and occupation. The indicator of discrimination is social dynamics in two types, i.e. inter-generational and transgenerational. Eliminating discrimination in employment and occupation is one of the important standards of international labor law, which in its various forms should be gradually eliminated by countries. On the other hand, it is clear from the international labor documents that different behaviors are not included in the scope of discrimination, and on the other hand, discrimination has effects and consequences that should not be neglected. The international standards of work in the mentioned fields have been analyzed and evaluated in this article with an analytical-descriptive method.

Keywords: Discrimination and equal opportunity, employment, permissible differences, international labor conventions, international labor standards



Investigating the monetary penalty in the penal code of Afghanistan

Abstract

Cash punishment is one of the main punishments in Afghanistan's criminal law. Monetary punishment, like other criminal reactions, has always been investigated by criminal law thinkers and its advantages and disadvantages have been identified. According to the advantages of monetary penalty, the Afghan legislator in Codejaza (2016) stated the examples and cases of monetary penalty and the rules governing it in detail, in addition to numerous articles, and tried his best to eliminate the shortcomings of monetary penalty by establishing principles and rules. Eliminate or minimize. Determining a monetary penalty with the national currency, reconsidering the amount of monetary penalty, respecting the principle of personal responsibility for the penalty, methods of obtaining monetary penalty, increasing the monetary penalty according to the condition of the convicted person, etc. are among the most important solutions in Penal Code has been provided by the legislator to eliminate the disadvantages and challenges of monetary penalty.

Keywords: Fine, disadvantages, privileges, governing rules, examples, and solutions.



The right to a fair criminal trial from the perspective of international documents, jurisprudence, and Afghanistan laws

Abstract

The right to a fair criminal trial means general guarantees that are provided to respect the rights of the litigants in the legal process. Governments are committed to ensuring the right to a fair trial for citizens. The fair trial includes many examples that every citizen should enjoy in the process of criminal and civil proceedings. Some standards of a fair trial, including the right to sue, access to neutral and independent courts, the right to a lawyer, and the like, have a general aspect and can be applied in all types of civil and criminal lawsuits. Some other indicators of a fair trial, including the principle of acquittal, explanation of charges, the presence of a lawyer in court, and similar issues, are only applicable to criminal lawsuits. Adherence to jurisprudential norms, international documents, and procedural rules is the guarantee of the execution of a fair trial, and not only the establishment of a competent court must be in accordance with jurisprudence, legal rulings, and international standards, but also the method of its proceedings with clear and well-known principles and criteria. Be accompanied by jurisprudence, legal and universal. In this research, a descriptive-analytical method is used to examine the right to a fair criminal trial separately and independently in light of international and jurisprudential documents with a look at the criminal laws of Afghanistan and its criteria. It should be remembered that the purpose of this article is not a comparative view between the three mentioned views, but the main goal is to examine the position of a fair trial in the three jurisprudential views, international documents, and criminal laws of the country.

Keywords: Accusation, civil rights, justice, fair trial, human rights documents, jurisprudence and criminal laws of Afghanistan



Decriminalization in Islamic criminal policy and Afghanistan laws

Abstract

In the contemporary world, there is a great trend towards decriminalization to provide the basis for citizens' participation with minimum intervention while reducing the inflation of laws. In this research, goals such as preventing the volume of criminal laws are suggested so that the legislator can move in this direction by decriminalizing some cases.

In the criminal policy of Islam and the laws of Afghanistan, decriminalization has defensible foundations; Because human beings have inherent dignity, and maintaining the dignity of individuals and respecting privacy is an obstacle to criminalization, on the other hand, the social needs of the age and time tend to reduce criminalization, and extensive criminalization cannot achieve the goals of criminal law. to ensure that justice is realized; In Islamic Sharia, crimes such as Hudud and Qisas, which are defined by Sharia, cannot and cannot be changed. However, in Ta'ziri punishments, according to the conditions, and circumstances, the hands of the Ruler of Sharia and the judge are extended, and decriminalization is possible in many cases that do not harm the society. In this research, a descriptive-analytical method has been used and specific results have been reached, which is the reduction of criminal laws. Because there are examples in the criminal laws of Afghanistan, the criminalization of which is not only not desirable, but also causes delays in proceedings, and on the other hand, extensive criminalization causes the population of places deprived of freedom to expand.

Keywords: Decriminalization, criminalization, human dignity, criminal policy, inflation of laws, Islam, Afghanistan.



The right to education of women in the thought of Islamic jurists

Abstract

Education is one of the most important categories, which is recognized as one of the examples of human rights both from the point of view of contemporary law and from the point of view of Islamic Sharia. The right to education of a woman in the thought of Islamic thinkers is not only a privilege, but in some cases, an obligation and obligation. has also been raised. The jurisprudential view of Ayatollah Azmi Mohseni (RA) regarding the right of women to education can be deduced from his scientific and jurisprudential sources and works. In many books and statements, he considered men and women to have the same right to education, and even in some cases, he considered learning some modern and experimental sciences (including medicine) as obligatory and sufficient for women. From the point of view of the aforementioned jurist, the primary ruling for women to have the right to education in Islamic Sharia is undeniable, and the reason for that is the cultural, administrative, educational and service needs hidden in the knowledge and awareness of women, which Sharia also rules as expedient for both men and women. Not only as a right, but as a duty, but in his opinion, the vulnerability of women, which is rooted in their nature, requires the existence of some restrictions, which in case they occur in special circumstances, are imposed to preserve the most worthy expediency, which in this case can be He mentioned the existence of danger and threat to religion, piety, chastity, character and decency of women in the environment and flow of education.

Keywords: Education, women's right to education, the necessity of women's education, limitations and conditions.



A comparative study of the legal criminal policy against the delinquency of children and adolescents in the laws of Afghanistan and international documents

Abstract

The international documents and internal laws of Afghanistan in the form of social prevention (preliminary) from the occurrence of delinquency among children and teenagers, reforming and resocializing them in the laws regarding the reformation and treatment of retroactive reactions, in the prevention section for the government and institutions. The society has defined tasks and they are obliged to create the right environment for the growth and upbringing of children. Preventive and corrective policies are among the things that are dealt with in these laws, which include criminalizing a series of behaviors against children, establishing educational centers, and predicting the legal duty of parents and other institutions to educate exemplary children and adolescents. It is one of the preventive policies of these laws and the section on reformative policies to return delinquent children and teenagers to society, raises the issues of treatment, which in this field also defines the duties and responsibilities of the court officials. and determines the centers of correction and education as well as social service centers for children and adolescents who deal with these authorities after committing a crime. In his policy-making, the Afghan legislators try to pay attention to the recommendations of international documents follow their example, and also adhere to their commitment to these documents. Considering the change of the system in Afghanistan, it can be said that observing the principles of this law and paying attention to the rights of children and adolescents is the duty of the Islamic Emirate as the current government of the country, and since the current government emphasizes on observing Sharia standards, it should be done. He said that Sharia standards also require that legislative policies, including the right to education of children, both boys and girls, should be supported.

Keywords: children, past policies, past policies, legislators, correction and rehabilitation.



Discovery of facts in proceedings from the perspective of Islam with a look at French law

Abstract

From the point of view of Islam, the judge's duty is not only to resolve the enmity, but more importantly, to discover the truth; Because in judgment some many verses and narrations indicate the right verdict and the execution of justice. And this importance cannot be realized except by discovering the facts during the proceedings. The purpose of finding the facts is for the judge to reach the necessary knowledge and confidence in the diagnosis of the issue to issue a just verdict. But an important issue that can be raised is that, considering the existence of legal proofs in the Islamic legal system, how is the discovery of the fact realized? What is the guarantee of its implementation? And in this context, what is the difference between the Islamic legal system and the French legal system? These questions have been answered in this article.

Keywords; fact-finding, hostilities season, justice, Islamic procedure, French law



Legitimacy of religious government in political jurisprudence with emphasis on Ayatollah Mohseni's view

Abstract

The legitimacy of political systems is discussed under the title of "political legitimacy" to explain the right of sovereignty of a government system. The subject of the foundations of government legitimacy is one of the important topics in the field of political jurisprudence and political philosophy, which has been discussed in detail in political science and sociology. In order to convince the people and the society, the religious government needs to justify the right of sovereignty so that they can give legitimacy to the exercise of their power and explain on which basis they have the right to rule over the people. In Western political thought, two elements of acceptability and legality are mentioned as the main elements of the legitimacy of the political system. In the political jurisprudence of Islam regarding the legitimacy of the religious system, while agreeing on the principles of religious principles, there is a difference of opinion on the basis of legitimacy, which can be categorized into two views of Sunni and Shiite jurists.

In political jurisprudence of Ayatollah Mohseni (RA), discussions about the legitimacy of the religious government have been considered based on philosophical and theological discussions. In numerous works, he has raised issues related to the legitimacy of the religious government and has pointed to the two bases of divine legitimacy and popular legitimacy. While referring to leaving the determination of the form and manner of government to the people in religious teachings, he has discussed the foundations of divine legitimacy under the headings of sources of legislation, attributes of rulers, implementation of social justice and the main responsibilities of religious government.

Keywords: Legitimacy, religious government, political system, political jurisprudence, Islam, Ayatollah Mohseni.

