

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



جامعة
المصطفى
العالمية
افغانستان

سال تاسیس: ۱۳۹۱

دوفصلنامه

یافته‌های فقهی و مبانی حقوق اسلامی

سال دوم ● شماره سوم ● خزان و زمستان ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: مدرسه علمیه جعفریه - هرات با همکاری نمایندگی جامعه المصطفی - افغانستان

مدیر مسئول: مهدی قائمی

سر دبیر و ویراستار: مهدی طاهری

دبیر تخصصی: محمد نبی خلیلی

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

اسامی اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب الفبا): اسماعیلی معصومه، افضل‌ی مهدی، خلیلی محمد نبی، طاهری مهدی،

فهمی فیض محمد، قائمی مهدی، محمدی عبدالله

دوفصلنامه «یافته‌های فقهی و مبانی حقوق اسلامی»، آماده دریافت و نشر مقالات صاحب‌نظران و نویسندگان است.

محتوای مقالات، بازتاب آرای نویسندگان بوده و لزوماً بیانگر رویکرد دوفصلنامه «یافته‌های فقهی و مبانی حقوق اسلامی» نیست.

دوفصلنامه «یافته‌های فقهی و مبانی حقوق اسلامی»، پس از دریافت مقالات، برای رد، پذیرش و ویرایش آن‌ها آزاد است.

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

هرات، بازار قندهار، مدرسه علمیه جعفریه

تلفن: ۰۷۸۳۰۶۰۳۱۶

آدرس سامانه: <http://fh.miu.edu.af>

ایمیل: fh.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم و راهنمای ارسال مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع‌دهی، نتیجه‌گیری و منابع معتبر است.
۲. مقاله علمی باید روشمند، مستند، تحلیلی، برخوردار از ساختار منطقی دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
۳. فایل مقاله در قالب «word» ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۶۵۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۵۰۰ کلمه نباشد.
۴. افیلیشن مقاله در پاورقی صفحه اول شامل: عنوان وظیفه نویسنده، وابستگی سازمانی، ایمیل آدرس. اگر مقاله دو نویسنده یا بیشتر دارد: عنوان وظیفه نویسنده دوم، وابستگی سازمانی، ایمیل آدرس.

راهنمای تنظیم ساختار مقاله علمی

۱. چکیده: عنوان چکیده با فونت BNazanin11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۰۰ تا ۲۵۰ کلمه و با فونت BNazanin11 معمولی. در چکیده باید به تبیین موضوع، بیان هدف پژوهش، روش تحقیق، سؤال اصلی تحقیق، روش گردآوری داده‌ها و بیان مهم‌ترین یافته‌های تحقیق با اختصار اشاره شود. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص ماضی معلوم استفاده شود. از علائم اختصاری و نقل قول مستقیم و ذکر عناوین فرعی پرهیز شود.
۲. کلیدواژه‌ها: حداقل ۴ و حداکثر ۷ واژه که با کامه از هم جدا شده باشد و در یک خط نوشته شود.
۳. مقدمه: در مقدمه به ترتیب به بیان مسئله، سؤال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، پرداخته شود.
۴. بدنه مقاله: باید دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی [و فرعی‌تر] و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۵. نتیجه‌گیری: نتیجه‌گیری متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارت است از پاسخ به سؤال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد شده، به‌صورت مختصر آورده می‌شود.
۶. ارجاع‌دهی به‌صورت درون‌متنی به شیوه APA باشد. مثال منابع تک‌جلدی: (محسنی «حکمت»، ۱۳۹۰: ۵۴۶)؛ منابع چندجلدی: (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۱۸: ۴۰۲)
۷. منابع و مآخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند. مثال: محسنی «حکمت»، محمد آصف، (۱۳۹۰)، زنان در افغانستان (فرصت‌ها، چالش‌ها و راهکارها، قم: انتشارات المصطفی^(ص))

ارسال و پیگیری مقاله

۱. مقاله باید از طریق سامانه نشریات به این آدرس ارسال شود: <http://fh.miu.edu.af>
۲. مراحل ارسال مقاله: ورد به سامانه نشریات از طریق آدرس فوق، انتخاب نشریه موردنظر، ثبت نام و ایجاد صفحه اختصاصی، ورود به صفحه اختصاصی با استفاده از یوزر-پسوردی که سامانه می‌دهد و اقدام به ارسال مقاله طبق راهنمایی سامانه.
۳. پیگیری مقاله: آگاهی از روند دریافت، پذیرش اولیه، داوری، ارجاع برای اصلاح، پذیرش نهایی، ویراستاری، صفحه‌آرایی، انتشار الکترونیکی، از طریق همان صفحه اختصاصی، از سوی نویسنده قابل پیگیری است.

فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان..... ۱
- سخن سردبیر ۳
- بررسی قاعده لاضرر در فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان..... ۵
سید جواد ابوبی
- شرایط فقهی ازدواج در مذهب امامیه و حنفیه ۲۳
شکیلا احمدی
- مسئولیت کیفری ناظر از منظر فقه اسلامی و حقوق کیفری افغانستان و ایران..... ۴۱
عادل ساریخانی | مهدی طاهری
- چالش مجازات اعدام و مصالح کودک در حقوق اسلام و اسناد بین الملل ۵۷
سید میرآغا کاظمی
- بررسی امر آمر در کود جزای افغانستان و قانون مجازات اسلامی ایران ۷۹
حسین شریفی زیرکسار | محمود حسین قادری
- تحلیل دیدگاه آیات عظام مصباح یزدی و محسنی در مورد آزادی عقیده و بیان ۹۹
سید محمدعلی احسانی

پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان

پیشرفت بشر در زمینه‌های علم، فرهنگ، اخلاق و معنویت، مرهون تلاش‌ها و پژوهش‌های خستگی‌ناپذیر عالمان، اندیشمندان و نویسندگانی است که عمر پربرکت خود را وقف پژوهش و کشف رازهای هستی نموده‌اند؛ همان‌ها که ارزش والای حقیقت‌جویی و گوهر تقوا و فضیلت را هرگز به متاع و مقام زودگذر دنیا نفروخته‌اند. به همین جهت است که عالمان و اصحاب قلم در مکتب اسلام، ارج و منزلتی ویژه دارند و از دانشمندان و صاحبان اندیشه، با بهترین تجلیل‌ها و تمجیدها یاد می‌شود. در باب اهمیت قلم و اندیشه همین بس که در آموزه‌های اسلامی، مداد علما برتر از خون شهیدان و تکریم اندیشمندان، به عنوان وارثان انبیای الهی، در حکم احترام گذاشتن به خداوند و پیامبر قلمداد شده است؛ زیرا حیات برتر انسانی در تفکر اسلامی، درگرو اندیشه و ایمان است. لذا فرزاندانی که با اندیشه و قلم خود مشعل دانش و معرفت را فرا راه انسان‌ها برمی‌افروزند، حق عظیمی بر عهده بشریت دارند و شایسته برترین ستایش‌ها و قدردانی‌ها هستند.

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

امروزه یکی از ابزارهای مؤثر برای توسعه آموزش پژوهش‌محور، انتشار مجلات علمی است. به همین دلیل نشریات دانشگاهی به بخش جدایی‌ناپذیری از ساختار دانشگاه‌ها و مؤسسات تحصیلاتی عالی تبدیل شده است. گروه‌های علمی دانشگاهی برای پیشبرد مقاصد آموزشی و پژوهشی خود و به منظور توسعه دانش بشری، نشریه‌های علمی پژوهشی را تأسیس کرده و یافته‌های پژوهشی یا گزارش‌های آموزشی اعضای هیئت علمی خود را در آن منتشر می‌کنند تا به دست دیگر دانش‌دوستان نیز برسد.



نماینده‌ی جامعه‌ی المصطفی^(ص) در افغانستان همواره نسبت به توسعه‌ی علم و پژوهش همراه با معنویت، اهتمام داشته است. این دانشگاه با هدف تولید و ترویج علوم مرتبط با حوزه‌های علوم اسلامی و انسانی و به منظور ارتقای ظرفیت‌های علمی-پژوهشی اعضای گروه‌های آموزشی، بهبود مهارت‌های پژوهشی اساتید و دانشجویان، تقویت مبادله‌ی یافته‌های علمی و تحقیقاتی بین مراکز آکادمیک، ایجاد وحدت رویه در فرایند چاپ و نشر مجلات علمی، واحد نشریات را در مرکز پژوهشی دانشگاه ایجاد کرده است. با توجه به اهمیت و ضرورت پژوهش و با عنایت به این که یکی از مهم‌ترین رسالت‌های هر نهاد آموزشی و دانشگاهی، اهتمام به تحقیقات بنیادی و پژوهش‌های کاربردی است، گسترش کمی و کیفی فعالیت‌های پژوهشی و نشراتی، به‌ویژه در حوزه‌ی مجلات علمی، مدنظر قرار گرفت. پس از فراهم شدن زیرساخت‌های لازم، مانند خرید سامانه‌ی جامع مدیریت نشریات علمی «سیناوب»، دوازده مجله‌ی علمی تخصصی ایجاد شد که مرتب به‌صورت دوفصلنامه در قالب چاپ فیزیکی و الکترونیکی منتشر می‌شود. سامانه‌ی مدیریت نشریات علمی «سیناوب» برای نظم بخشیدن و تسهیل چرخش مقاله و اطلاعات پیرامون آن در سامانه‌ی تولید نشریات علمی و دانشگاهی طراحی شده است و در نقش یک منشی پیگیر و فعال، تمامی امور مربوط به فرایند انتشار نشریات علمی را انجام می‌دهد و این امکان را فراهم می‌کند که نظریات و آثار علمی نویسندگان افغانستانی در سطح جهان در دسترس علاقه‌مندان و اصحاب علم و اندیشه قرار بگیرد.

لازم می‌دانم از تمام همکاران و نویسندگانی که زمینه‌ی تحقق این مهم را فراهم کرده و بستر بسط معارف را گسترانده‌اند، قدردانی کنم و برای همه‌ی عزیزان توفیقات روزافزون الهی، استدعا نمایم.

سید عبدالحمید ثابت

سخن سردیبر

نظریه‌های فقهی: از مبانی تا کاربرد

فقه اسلامی به‌عنوان یکی از شاخه‌های اصلی علوم اسلامی، تاریخ پر افتخار دارد و در طول قرون متمادی، هزاران نظریه و حکم شرعی توسط علمای برجسته مسلمان تدوین شده است. با این حال، گذار از «فقه نظری» به «فقه کاربردی» همواره یکی از دغدغه‌های اصلی جوامع اسلامی بوده است، به‌ویژه در دنیای معاصر که چالش‌ها و نیازهای جدیدی پیش روی جوامع بشری قرار گرفته است. فقه نظری در بردارنده اصول، قواعد و دیدگاه‌های کلی است که هدف آن کشف احکام شرعی از ادله و منابع اسلامی مانند قرآن، سنت، اجماع و عقل است. این نظریات معمولاً با مطالعه عمیق مبانی و چارچوب‌های فکری به دست می‌آید و کاربرد آنها مستلزم انطباق و تفسیر دقیق در بستر مسائل عملی جامعه است. در مقابل، فقه کاربردی به کارگیری این نظریات برای پاسخ‌گویی به مسائل عینی و پیچیده دنیای مدرن می‌پردازد و می‌کوشد از طریق روش‌شناسی دقیق و ابزارهای تخصصی، میان قواعد اسلامی و نیازهای روزمره ارتباط برقرار کند.

دنیای امروز با ظهور مسائل جدید، مانند حقوق بشر، تکنولوژی‌های نوظهور، مسائل زیست‌محیطی، اخلاق پزشکی، و روابط بین‌المللی، نیازمند نظام فقهی‌ای است که بتواند پاسخ‌گوی این چالش‌ها باشد. برای مثال، مسائلی مانند استفاده از فناوری هوش مصنوعی در تصمیم‌گیری‌های حکومتی، حقوق زنان در جوامع اسلامی، یا موضوعات مرتبط با تجارت الکترونیک و ارزهای دیجیتال از جمله عرصه‌هایی است که پاسخ فقهی مستدل و عملی را طلب می‌کنند. یکی از دلایل اصلی ضرورت پرداختن به فقه کاربردی، تحول در زندگی اجتماعی و سیاسی است. بسیاری از موضوعات که در گذشته ساده‌تر یا کمتر مورد توجه قرار می‌گرفتند، امروز به مسائل پیچیده‌ای تبدیل شده‌اند که برای پاسخ‌گویی نیازمند تحقیقات گسترده و تطبیق نظریات سنتی با شرایط امروزی هستند.

افغانستان به عنوان جامعه‌ای با ساختار عمیق اسلامی و سنت‌های فرهنگی غنی، به شدت نیازمند توسعه فقه کاربردی است. این کشور نه تنها با مسائل مربوط به سیاست و



حکمرانی اسلامی روبروست، بلکه مسائل اجتماعی، اقتصادی، و قضایی جدید نیز بر پیچیدگی این ضرورت می‌افزایند. در چنین شرایطی، عدم توجه به رویکرد کاربردی در مطالعات فقهی ممکن است منجر به اتخاذ تصمیماتی شود که نه تنها ناکارآمدند، بلکه در تضاد با روح اصلی شریعت اسلامی قرار می‌گیرند. از چالش‌های مهم در مسیر توسعه فقه کاربردی در افغانستان می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: کمبود پژوهش‌های تخصصی؛ نظام آموزشی سنتی؛ فقدان هماهنگی میان نظام حقوقی و فقهی.

با وجود چالش‌های موجود، زمینه‌های مهمی نیز برای گسترش مطالعات کاربردی در عرصه فقه اسلامی در افغانستان وجود دارد. انتشار نشریات علمی نظیر دو فصلنامه «یافته‌های فقهی و مبانی حقوق اسلامی»، بستری را فراهم کرده تا دانشمندان و محققین نتایج تحقیقات خود را ارائه داده و تبادل نظر کنند. این تعامل علمی می‌تواند به تدوین اصول کاربردی‌تر و ایجاد رویه‌های متناسب با چالش‌های معاصر کمک شایانی کند.

بررسی قاعده لاضرر در فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان

سید جواد ایوبی^۱

چکیده

قاعده لاضرر از قواعد مشهور فقهی است که مبنای بسیاری از احکام فقهی قرار گرفته و فقهای اسلامی در موارد متعدد بدان استناد نموده است. مبنای این قاعده حدیث «لاضرر و لا ضرار» است که در منابع روایی فریقین نقل شده است. پژوهش حاضر به هدف بررسی این قاعده از منظر فقه و حقوق موضوعه افغانستان انجام شده و رسالت آن پاسخ به این مسئله بوده است که قاعده لاضرر در فقه اسلامی و حقوق موضوعه افغانستان چه کاربردی دارد. نتایج به دست آمده حکایت از آن دارد که فقهای اسلامی قائل به تواتر سند این قاعده بوده و در ابواب مختلف فقه آن را به کار برده‌اند. در حقوق موضوعه افغانستان نیز مبنای بسیاری از مقررات مدنی و کیفری همین قاعده لاضرر دانسته شده است. داده‌های پژوهش از طریق مطالعات کتابخانه‌ای - اسنادی جمع‌آوری و با استفاده از روش تحقیق تحلیلی - توصیفی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. در ابتدا مفهوم و قلمرو دلالت آن بررسی شده و سپس ادله حجیت آن و در نهایت جایگاه قاعده در حقوق موضوعه افغانستان مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: حقوق موضوعه افغانستان، جبران زیان، زیان، فقه اسلامی، قاعده لاضرر.

مقدمه

یکی از قواعد مشهور فقهی که کاربرد گسترده در حقوق خصوصی و حقوق کیفری دارد، قاعده لا ضرر است. این قاعده که دارای مبنای فقهی است و در منابع روایی و فقهی امامیه و اهل سنت نقل شده، در ابواب مختلف فقه مورد استناد فقهای اسلامی قرار گرفته است. با این وجود اشکالات و ابهامات زیادی نیز در خصوص این قاعده مطرح شده که یکی از مهم‌ترین اشکالات بحث دایره شمول این قاعده است. یا به عبارت دیگر از مسائل مهمی که در خصوص این قاعده باید بدان پرداخته شود، مفاد قاعده و کاربرد آن است. زیرا دایره شمول و گستره این قاعده تأثیر زیادی در قانون‌گذاری دارد. لذا تبیین آن با این نگاه ضروری می‌نماید. از سوی دیگر حقوق موضوعه افغانستان مبتنی بر احکام فقه حنفی است که در بسیاری از موارد مستند احکام قانون را قواعد فقهی تشکیل می‌دهد. قاعده لا ضرر از جمله قواعدی است که در ابواب و بخش‌های مختلف قوانین وضعی افغانستان به کار رفته است. برخی به این باورند که قاعده لا ضرر و لا ضرار رمز هماهنگی جهان اسلام با توسعه و پیشرفت اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و ساختارهای حقوقی است. این قاعده در واقع بر بسیاری از قواعد دیگری فقهی حاکم است. در اهمیت این قاعده همین بس که بسیاری از فقهای معاصر امامیه در این زمینه کتاب‌های مستقلی نگاشته و ابعاد این قاعده را با تمام جزئیات آن مورد تحلیل و بررسی قرار داده‌اند (صیقلی، لاجوردی و کلاه مال همدانی، ۱۳۹۷: ۸۳).

مطالعه اجمالی پژوهش‌های انجام شده در خصوص قاعده لا ضرر بیانگر آن است که در این زمینه به رغم پژوهش‌های متعددی که صورت گرفته، اما کاربرد این قاعده در حقوق موضوعه به‌ویژه حقوق موضوعه افغانستان مورد توجه قرار نگرفته است. بنابراین بررسی این قاعده در حقوق موضوعه افغانستان از مسائل جدیدی است که تاکنون کسی بدان نپرداخته و یا حداقل نویسنده به آن دسترسی نداشته است. با توجه به اینکه حقوق موضوعه شامل حقوق مدنی و کیفری می‌شود، در این پژوهش بیشتر بر حقوق مدنی تأکید صورت گرفته است. زیرا کاربرد قاعده لا ضرر در حقوق کیفری افغانستان مصادیق روشنی ندارد. لذا قلمرو این پژوهش فقه امامیه و حقوق مدنی و به‌طور خاص قانون مدنی افغانستان است.



با توجه به اهمیت پرداختن به این مسئله و با توجه به اینکه تاکنون پژوهش مستقلی که به بررسی تطبیقی قاعده لاضرر در فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان پرداخته باشد، صورت نگرفته است، بنابراین رسالت پژوهش حاضر ارائه پاسخ به این مسئله است که رویکرد فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان نسبت به قاعده لاضرر چگونه است؟ به نظر می‌رسد همان‌طوری که قاعده لاضرر در فقه اسلامی در ابواب مختلف به‌کاررفته، در حقوق موضوعه افغانستان نیز در موارد متعددی یا به‌صورت ضمنی یا به‌صورت صریح به‌کاررفته است.

پژوهش حاضر به هدف تبیین رویکرد فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان انجام شده و تلاش نموده جلوه‌های کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان را مورد بررسی قرار دهد. داده‌های پژوهش از طریق مطالعات کتابخانه‌ای جمعی آوری و با استفاده از روش تحقیق تحلیلی- توصیفی با رویکرد تطبیقی بین فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان بررسی شده است. بخش نخست مقاله به بررسی مفردات قاعده، مستندات و قلمرو آن از منظر فقه اسلامی پرداخته، در بخش دوم آرای فقهای اسلامی و در بخش سوم رویکرد حقوق موضوعه افغانستان مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. مفهوم و قلمرو قاعده لاضرر

اشاره شد که قاعده لاضرر به‌رغم کاربرد گسترده‌ای که در فقه و حقوق اسلامی دارد، از جهات متعددی دچار ابهام است. از همین رو برای درک بهتر مفهوم و محتوای این قاعده لازم است، ابتدا به بررسی مفهوم لغوی و اصطلاحی قاعده پردازیم و سپس قلمرو شمول آن را مورد بررسی قرار دهیم.

۱-۱. مفهوم شناسی

مفهوم شناسی معمولاً اشاره به مهم‌ترین گزاره‌های به‌کاررفته در یک موضوع خاص دارد. لذا در خصوص بررسی قاعده لاضرر نیز، پرداختن به این مفاهیم کلیدی حائز اهمیت. مفاهیم کلیدی به‌کاررفته در این قاعده شامل مواردی چون ضرر، ضرار و نفی ضرر و ضرار می‌شود که در این قسمت سعی می‌کنیم به‌صورت مختصر به تبیین آن‌ها پردازیم. اما قبل

از آن لازم است ابتدا مفهوم قاعده فقهی را مورد بررسی قرار دهیم.

۱-۱-۱. قاعده فقهی

علمای لغت قاعده را این گونه تعریف کرده‌اند: «بنیان، اساس، پایه، اصل، قانون» (عمید، ۱۳۸۹: ۸۰۸). در قرآن کریم نیز این واژه به کار رفته است «القواعدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا» (نور: ۶۰). لذا بعضی از نویسندگان معتقدند که «این واژه از نظر لغوی برای اساس هر شیء خواه مادی یا معنوی، وضع شده است؛ بدین گونه که هرگاه اساس و پایه آن شیء معدوم شود، شیء هم معدوم می‌گردد» (جعفری، رجایی پور و دلاور، ۱۳۹۶: ۱۴۳). در خصوص معنای اصطلاحی گزاره قاعده تعاریف متعددی صورت گرفته است. برخی به این باورند که قاعده عبارت از قانون یا حکم کلی است که بر جزئیات تطبیق می‌گردد.

اما در خصوص مفهوم قاعده فقهی برخی به این باورند که «قاعده فقهی مشتمل حکم شرعی است و از تطبیق آن، احکام شرعی جزئی حاصل می‌شود که مصداقی از آن حکم کلی است. قاعده و مسئله فقهی هر دو حکم شرعی‌اند و تفاوت آن‌ها فقط از جنبه توسعه و ضیق است؛ با این بیان که دایره شمول قاعده فقهی از مسئله فقهی وسیع‌تر است؛ به بیانی دیگر، هر قاعده فقهی مسئله فقهی هم هست، لکن هر مسئله فقهی قاعده فقهی نیست» (ایروانی، ۱۴۲۶، ج ۱/ ۱۳-۱۶). بنابراین منظور از قاعده فقهی، حکم شرعی کلی است که در اکثر و یا تمام ابواب فقه کاربرد داشته و بر مبنای آن احکام فقهی استخراج و استنباط می‌شود.

۱-۱-۲. ضرر و ضرار

«ضرر را برخلاف نفع، نقص، سوء حال اعم از سوء حال نفس و بدن و مال و آبرو، ضد نفع و مقابل نفع معنا کرده‌اند» (صیقلی، لاجوردی و کلاه همدانی، ۱۳۹۷: ۸۰). این کلمه فقط یک بار در قرآن کریم به کار رفته است.^۱ در مورد معنای ضرار نیز اقوال متعددی نقل شده است. برخی به این باورند که تفاوتی بین معنای ضرر و ضرار وجود دارد و هر دو به یک

۱. «لَا يَشْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَ الْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَ كَلَّا وَعَدَ اللَّهُ الْخُسَنَى وَ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا» (نسا: ۹۵).



معنا است (انصاری، ۱۳۹۲: ۳۷۲). اما برخی دیگر با تفاوت قائل شدن بین این دو واژه به این مسئله تأکید کرده‌اند که ضرار، ایذاء دیگری است بدون اینکه ضرر رساننده، نفعی به دست آورد (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۳/ ۵۰۹). امام خمینی در خصوص کلمه ضرر و ضرار به این باور است که معنای این دو کاستن در مال و جان است، ضرار همان در تنگنا قرار دادن و به دیگری زیان و ناراحتی رساندن است (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱/ ۳۲). از همین رو برخی از نویسندگان تصریح کرده‌اند که ضرار به معنای مجازات و پاسخ به ضرر است. یعنی وقتی کسی ضرر می‌رساند و دیگری به این ضرر با وارد آوردن ضرر دیگر، پاسخ می‌دهد، مصداق واژه ضرار واقع می‌شود که در این قاعده فقهی به کار رفته است (صیقلی، لاجوردی و کلاه مال همدانی، ۱۳۹۷: ۸۱). برخی به این باورند که چون ضرار از باب مفاعله است، لابد به معنای ضرر دو طرفی است. یا به معنای ضرر زدن به دیگری بدون اینکه نفعی عاید ضرر زننده باشد. درحالی که در ضرر، ضرر رساننده خود نیز سود می‌برد. ضرار را به معنای تکرار صدور ضرر و ضرر عمدی نیز دانسته‌اند (محمدی، ۱۳۸۹: ۱۴۹). واژه ضرار نیز در قران کریم در بحث طلاق به کار رفته است.^۱ از همین رو یکی از مواردی که در حقوق موضوعه افغانستان بدان پرداخته شده، همین بحث طلاق به سبب ضرر است که در قسمت دوم به طور مفصل بدان پرداخته خواهد شد.

۲-۱. مستندات قاعده

مستندات قاعده لاضرر از پشتوانه بسیار قوی برخوردار است. برای حجیت و اعتبار این قاعده از کتاب و سنت و عقل دلیل آورده شده است. با توجه به کثرت دلایل در این قسمت سعی می‌کنیم مهم‌ترین مستندات قاعده لاضرر از کتاب، سنت و عقل را تبیین نماییم.

۱-۲-۱. کتاب

آیاتی متعددی در قران کریم وجود دارد که دلالت بر قاعده لاضرر دارند. درواقع آیاتی که کلمه ضرر در آن استعمال شده، احکامی را ارائه می‌کنند که از باب تعلیق حکم به وصف

۱. «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُنَّ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا أَنَّ اللَّهَ نِعِمَّتٌ عَلَيْكُمْ وَمَا أُنْزِلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يُعْطِيكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ» (بقره: ۲۳۱).



حاوی معنای عام است و در نهایت لاضرر را به عنوان یک قاعده به اثبات می‌رساند (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۱۳۲). برخی از این آیات عبارت‌اند از آیات ۲۳۱، ۲۳۳ سوره مبارکه بقره که می‌فرماید: «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ» (بقره: ۲۳۳) و «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَازًا لِّتَعْتَدُوا» (بقره: ۲۳۱). محتوای این آیات و آیات دیگر دلالت بر آن دارد که ضرر رساندن بر دیگری در شریعت اسلام منع شده و بر هیچ فردی جایز نیست، بر دیگری ضرری وارد کند.

۲-۲-۱. سنت

فقه‌های اسلامی به روایات زیادی در باب قاعده لاضرر استناد کرده‌اند. این روایات از طرق مختلف و به عبارات مختلف در کتب شیعه و سنی آمده است، به طوری که محتوای این روایات به حد تواتر رسیده است. به طور خلاصه متن حدیث لا ضرر به سه نحو آورده شده است که شامل «لا ضرر و لا ضرار»، «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»، «لا ضرر و لا ضرار علی مؤمن» می‌باشد. آنچه مسلم و متواتر و در سه نوع قرائت مشترک وجود دارد نحوه اول است و دو نحوه دیگر به حد تواتر نرسیده است» (صیقلی، لاجوردی و کلاه مال همدانی، ۱۳۹۷: ۸۰). لذا مهم‌ترین سند این قاعده روایات باب است که مشهورترین آن، واقعه سمره بن جندب و مرد انصاری است.

۳-۲-۱. عقل

استدلال به دلیل عقل در خصوص قاعده لا ضرر اولاً اختصاص به فقه امامیه دارد. زیرا فقه‌های اهل سنت عقل را دلیل مستقل نمی‌دانند. لذا در فقه اهل تسنن به این دلیل اشاره‌ای صورت نگرفته است. اما فقه‌های امامیه، لاضرر را از جمله مستقلات عقلیه دانسته و بر اثبات آن از طریق حکم عقل نیز استناد کرده‌اند. قاعده لاضرر در پرتو عقل بدین معنا است که عقل ضرر و ضرار را نفی می‌کند و می‌خواهد هیچ ضرر و ضراری بر دیگران رسانده نشود (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۱۳۱). همچنین در صورتی که ضرر و ضراری وارد گردد، عقل حکم می‌کند که چنین ضرری باید تدارک شود. بنابراین حکم عقل نیز یکی از ادله‌ای است که می‌توان با استناد به آن حجیت قاعده لا ضرر را به اثبات رساند. مبنای این استدلال نیز بنای عقلا است که اولاً مستقلات عقلیه را حجت می‌دانند و ثانیاً ضرر و ضرار را منع می‌کند.



برخی از فقها مستندات قاعده لاضرر را در کتب فقهی و روایی مورد بررسی قرار داده و به این باورند که در مجموع ۶۵۰ دلیل در کتب امامیه و ۲۰۰ دلیل از کتب اهل تسنن در این زمینه وجود دارد (سبحانی، ۱۴۱۵، ج ۲/ ۱۴۰). بنابراین این قاعده از حیث سند یکی از معتبرترین قواعد فقهی محسوب می‌شود که در فقه امامیه و اهل تسنن مطرح شده است.

۳-۱. قلمرو قاعده

در خصوص قلمرو شمول این قاعده مباحث زیادی مطرح شده است. اما آنچه به نظر می‌رسد، در این پژوهش حائز اهمیت باشد، بحث شمول قاعده بر احکام وجودی و عدمی است. یعنی در واقع مسئله‌ای که در این قسمت لازم است بدان پرداخته شود این است که آیا قاعده لاضرر صرفاً امور وجودی را شامل می‌شود یا شامل احکام عدمی نیز می‌گردد. در این زمینه به صورت کلی دو دیدگاه وجود دارد.

۱-۳-۱. قائلین به عدم شمول

تعداد زیادی از فقها قائل به عدم شمول قاعده نسبت به امور عدمی است که از آن جمله می‌توان از فقه‌های ذیل نام برد: میرزا محمدحسن آشتیانی (آشتیانی، بی‌تا، ج ۲: ۲۲۹-۲۳۰)، محمد امامی خوانساری (امامی خوانساری، ۱۳۵۲: ۵۰۴-۵۰۵)، سید محمود حسینی شاهرودی (جزایری، ۱۳۹۴، ج ۵: ۳۳۵) و سید حسن بجنوردی (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۳۷). برای نمونه می‌توان به نظریه میرزای نائینی اشاره کرد که فرموده‌اند: «مقتضی ما بیناه من فقه الحدیث ان ضرر حاکم علی الاحکام الوجودیه تکلیفیه کانت او وضعیه و نتیجه حکومتها رفع هذه الاحکام و اما حکومتها علی الاحکام العدمیه ففیها اشکال بل لا دلیل علیها، فعلی هذا اذا لزم من عدم الحکم فی مورد ضرر علی شخص لا یمکن نفی هذا العدم بقاعده لاضرر، بان یکون مفادها اثبات الحکم غیر الثابت کما یکون مفادها نفی الحکم الثابت» (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۳/ ۴۱۸).

قائلین به این دیدگاه دلایل متعددی در دفاع از نظریات شان مطرح کرده‌اند. برخی به این باورند که اگر قرار باشد این قاعده شامل موارد عدمی نیز شود، محذوراتی از این دست به وجود می‌آید: ۱- لازم می‌آید که هر ضرری تدارک شود. ثمره این بحث درجایی روشن می‌شود که ضرر رساننده خود شخص باشد، در این صورت سؤالی که مطرح می‌شود

این است که اگر تدارک ضرر الزامی است، مسئول تدارک آنچه کسی است؟ پاسخ روشن است، کسی جزء بیت‌المال نمی‌تواند مسئول تدارک این ضرر باشد. آن‌وقت اگر مسئولیت بیت‌المال در این خصوص پذیرفته شود، در جبران زیان‌های ناشی از آفات طبیعی به طریقی اولی باید پذیرفته شود. ۲- لازمه پذیرش شمول قاعده بر امور عدمی آن است که در باب طلاق، در صورتی که شوهر غائب باشد یا نفقه او را ندهد یا توان پرداخت آن را نداشته باشد، صلاحیت طلاق به دست زوج باشد. در حالی که هیچ‌یک از فقها این مسئله را نپذیرفته‌اند و روایات خاصی وجود دارد که طلاق را حق زوج می‌داند (خوانساری، ۱۳۷۳: ۲۲۱). بنابراین نتیجه این می‌شود که شمول قاعده نسبت به امور عدمی مورد تردید واقع شود.

۲-۳-۱. قائلین به شمول ادله نسبت به امور عدمی

در مقابل دیدگاه فوق برخی دیگر از فقها قائل به شمول این قاعده نسبت به امور عدمی هستند که به طور نمونه می‌توان از فقهای ذیل نام برد: آیت‌الله سید علی سیستانی (سیستانی، ۱۴۱۴، ۲۹۱-۲۹۲)، مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۴۹) و آیت‌الله سبحانی (۱۴۱۴: ۲۰۴-۲۰۵). طرفداران نظریه شمول قاعده بر امور عدمی نیز دلایل متعددی بر اثبات دیدگاه خویش مطرح کرده‌اند. اما عمده دلایل این دیدگاه در واقع پاسخ به اشکالات طرفداران نظریه اول است. برای مثال در خصوص پاسخ به مسئله اثبات ولایت زوج به طلاق بر اساس قاعده لاضرر که در فوق مطرح شد، چنین آورده است: «وَأَمَّا الثَّانِي: فَلَوْ قُلْنَا بِتَدَارُكٍ كُلِّ ضَرَرٍ لَا يُلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الطَّلَاقُ بِيَدِ الزَّوْجَةِ لِأَنَّ لِلْمَسْأَلَةِ صَوْرًا كَثِيرًا. لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ حَاضِرًا، أَوْ غَائِبًا. وَعَلَى الثَّانِي إِمَّا أَنْ يَعْلَمَ حَيَاةَ زَوْجِهَا أَوْ لَا، وَعَلَى كَلَا التَّقْدِيرِينَ إِمَّا أَنْ يَنْفَقَ عَلَيْهَا وَلِيُ الزَّوْجِ الْمَفْقُودُ أَوْ لَا، فَأَقْصَى مَا يُلْزَمُ جَوَازُ حُلِّ عِلْقَةِ الزَّوْجِيَّةِ، وَإِمَّا كَوْنَ طَلَاقِهَا بِيَدِهَا فَلَا، بَلْ يَرْجِعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْقَوَاعِدِ فَيَقُومُ بِهِ وَلِيُ الزَّوْجِ أَوْ الْحَاكِمُ الشَّرْعِيُّ وَلَا مَنَاعَ مِنَ الْقَوْلِ بِهِ فِي بَعْضِ صُورِ الْمَسْأَلَةِ، كَمَا إِذَا كَانَتْ شَابَةً وَاسْتَلْزَمَ صَبْرَهَا وَقَوَعَهَا فِي مَشَقَّةٍ شَدِيدَةٍ» (سبحانی، ۱۴۱۵، ج ۲/ ۱۱۳). برخی دیگر از فقها نیز گفته‌اند که مقتضای قاعده لاضرر و شمول آن بر امور عدمی لزوماً به معنای این نیست که طلاق به دست زوج قرار بگیرد. زیرا زوج غایب یا ولی دارد یا ندارد، اگر ولی داشته باشد ولی زوج را طلاق بدهد، جای بحثی نیست و اگر ولی طلاق ندهد، حاکم او را ملزم به



طلاق می‌کند که در هر صورت ضرری متوجه زوجه نمی‌شود، لذا دلیل ندارد که زوجه بر طلاق ولایت پیدا کند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۹۰).

۲. بررسی اقوال فقها در خصوص مفاد قاعده لاضرر

در میان فقهای امامیه اقوال مختلفی در زمینه مفاد قاعده لاضرر مطرح شده است. اساس و بنیان این اختلاف دیدگاه نیز این است که آیا عبارت «لاضرر و لاضرار» که در متون روایی آمده، دلالت بر نفی مطلق ضرر دارد یا بر ضررهای خاص و یا بر ضرر قابل تدارک؟ در این زمینه می‌توان گفت سه دیدگاه مشهور بین فقهای امامیه وجود دارد:

۱-۲. نظریه نفی حکم به لسان نفی موضوع

مرحوم آخوند خراسانی به این باور است که منظور از عبارت «لاضرر و لاضرار» نفی حکم است، اما به لسان نفی موضوع. برای مثال اینکه در روایات متعدد، آمده است که «لاشک لکثیرالشک»، منظور این است که شک انسان کثیر الشک حکم آن نفی شده است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱). یعنی انسان کثیرالشک نباید به شک خود اعتنا کند، چون حکمی که در خصوص شک در نماز وجود دارد، نسبت به چنین فردی برداشته شده است.

۲-۲. نظریه نهی ضرر

برخی از فقها از جمله شیخ الشریعه اصفهانی معتقد است که منظور از «لا» در این قاعده، لانهیه است. یعنی ضرر رساندن به دیگری از طرف شارع نهی شده و این قاعده نسبت به سایر قواعد حکومت دارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۶). بنابراین مطابق این قاعده، مطلق ضرر رساندن به دیگری در شریعت اسلام منع شده است.

۳-۲. نظریه نهی سلطانی

این نظریه توسط امام خمینی مطرح شده است. از نظر ایشان نظر شیخ الشریعه در این خصوص که منظور از قاعده نهی ضرر است، درست است. اما باید بین حالات مختلف تفکیک قائل شد. بدین صورت که این قاعده شامل سه مقام می‌شود: مقام افتا و بیان احکام شرعی، مقام قضاوت و فصل خصومت، مقام سلطنت الهی. از نظر ایشان قاعده لاضرر در قسم سوم داخل است. طبق این دیدگاه قاعده لاضرر بر ادله سلطنت، حاکم است

(خمینی، ۱۴۲۳، ج ۳: ۵۳۳). در واقع طرح این دیدگاه ناظر بر مسئله ولایت فقیه است که در میان فقهای معاصر یکی از مسائل مهم فقهی تلقی می‌شود و تأکید امام خمینی بر مسئله سلطنت نیز شاید به همین دلیل باشد.

۴-۲. نظریه نفی احکام ضرری

این دیدگاه توسط شیخ مرتضی انصاری مطرح شده است. بر اساس این نظریه منظور از نفی ضرر در این قاعده، نفی حکم ضرری است. یعنی در اسلام حکم ضرری وجود ندارد (انصاری، ۱۳۹۲: ۱۶۱). آیت‌الله سیستانی نیز این دیدگاه را فی الجمله پذیرفته است. بدین صورت که در خصوص اینکه منظور نفی حکم ضرری است با شیخ انصاری موافق است، در خصوص این که ضرر زدن حرام است، از نظر ایشان این بیانگر نهی مولوی و یا حرام تکلیفی مولوی است. لذا حدیث دو مطلب را بیان می‌کند: یکی نفی حکم ضرری و دیگری نهی از اضرار یا ضرر رساندن (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۳۳).

۳. موارد کاربرد قاعده لا ضرر در فقه امامیه

اشاره شد که قاعده لا ضرر از قواعد کاربردی است که در بسیاری از ابواب فقه مورد استعمال واقع شده است. به طور خلاصه می‌توان گفت این قاعده در بحث شرایط تیمم، وضوی جبیره‌ای، کراهت گرم کردن آب با آفتاب، وجوب طهارت با آب، وجوب تیمم در صورتی که آب مضر باشد، وجوب خریدن آب در صورتی که ضرر نداشته باشد، جواز قتل مار و عقرب در هنگام نماز با وجود خوف ضرر، جواز قطع نماز در صورت خوف تلف نفس، قبول قول مالک در تلف مال، وجوب اخذ زکات بعد از مونه سال، وجوب خروج از مکان غصبی در اثنا نماز (نجفی، بی تا، ج ۷/ ۱۳۰). همچنین وجوب پرداخت زکات در صورتی که دفع عین آن موجب ضرر شود، وجوب افطار در صورت خوف ضرر برای مریض، زن حامله و افراد کهن سال، به همین ترتیب این قاعده در ابواب مختلف دیگر از قبیل حج، جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، باب غیبت، مکاسب محرمه، بیع و خیارات، قرض، صلح، قصاص، حدود، دیات و تعزیرات (سبحانی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۱۳۲-۱۴۷).



۴. موارد کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان

قاعده لاضرر تنها یک قاعده نظری و ذهنی نیست، بلکه از جمله قواعد کاربردی و کلیدی فقه اسلامی است. شاید بتوان گفت، در دانش حقوق و به‌ویژه قانون‌گذاری در کشورهای اسلامی، کاربرد این قاعده چشم‌گیر و حائز اهمیت است. از همین رو قانون‌گذار افغانستان نیز در موارد متعددی از این قاعده استفاده نموده و در وضع قانون و مقررات آن را به‌کاربرده است. قانون‌گذار افغانستان به‌صورت صریح در ماده ۷۸۸ قانون مدنی در خصوص قاعده لاضرر چنین آورده است: «رساندن ضرر و مقابله با ضرر جواز ندارد، همچنان ضرر با مثل آن رفع نمی‌گردد». در این قسمت به مهم‌ترین موارد کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان پرداخته می‌شود.

۴-۱. قاعده لاضرر در بحث طلاق

یکی از مواردی که قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان به‌کاررفته، بحث طلاق قضایی به سبب ضرر است. کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان ریشه در فقه اهل تسنن دارد. زیرا علمای مالکی و حنبلی تفریق به سبب ضرر را جایز می‌دانند. مالک در این زمینه چنین نظر دارد: «هرگاه زن ادعا کند که شوهر آن‌چنان ضرر و زیانی به او می‌رساند که برای امثال آنان ادامه معاشرت و همزیستی باوجود آن، مقدور نیست، می‌تواند از قاضی بخواهد که بین او و شوهرش جدائی اندازد، مثل اینکه زن ادعا کند شوهرش او را لت و کوب می‌کند یا به وی ناسزا گفته او را مورد توهین و تحقیر و آزار و اذیت قرار می‌دهد که تحمل آن‌ها برایش مقدور نیست یا ادعا کند که شوهرش او را بر ارتکاب قول و فعل ناسزا و زشت مجبور می‌کند. هرگاه این ادعای زن با شاهد و بینه یا اعتراف شوهر به ثبوت رسید و این ایذاء و آزار به‌گونه‌ای بود که ادامه معاشرت و زندگی مشترک امثال آنان باوجود آن، قابل تحمل و مقدور نباشد و قاضی از اصلاح میان آنان عاجز باشد، در این حالت قاضی؛ زن را به طلاق بائن، طلاق می‌دهد. هرگاه زن نتواند صدق ادعای خود را به ثبوت برساند یا شوهر حاضر به اعتراف صدق ادعای او نشود، زن باید دعوی خود را ترک نماید» (سابق، ۱۳۷۱: ۱۴۴۲). از منظر فقه امامیه نیز یکی از مواردی که قاعده لاضرر به‌کاربرده می‌شود، بحث نشوز یکی از زوجین یا شقاق بین آن‌هاست که گاهی ممکن است منجر به ایراد

ضرر به دیگری شود و در کلمات فقهای امامیه در موارد متعدد تکرار شده است (انصاری، ۱۳۹۲، ج ۳/۳۷۷).

قانون‌گذار افغانستان هرچند تصریح به این قاعده نکرده، اما صرف اینکه ایراد ضرر از طرف زوج به زوجه را یکی از دلایل درخواست طلاق قضایی قلمداد نموده، در واقع بیانگر آنست که نسبت به کاربرد این قاعده توجه داشته است. ماده ۱۸۳ قانون مدنی افغانستان در این خصوص چنین آورده است: «هرگاه زوجه از معاشرت با زوج ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند، می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید». اما ابهامی که در این ماده وجود دارد این است که مصادیق و موارد ضرر مشخص نشده است. لذا در این مورد آنچه زوجه آن را ضرر تلقی کند و مورد تأیید عرف باشد، به‌عنوان ضرر پذیرفته خواهد شد. اما در برخی مواد دیگر، به مصادیق خاصی از ضرر اشاره نموده که اطلاق این ماده را محدود می‌سازد. برای مثال در ماده ۸۷ قانون مدنی افغانستان چنین آمده است: «زنی که شوهر وی برخلاف حکم ماده ۸۶ این قانون ازدواج نموده باشد، می‌تواند مطابق به احکام مندرج ماده ۱۸۳ این قانون، بر اساس تفریق به سبب ضرر از محکمه مطالبه طلاق نماید».

از دیگر مصادیق ضرر در بحث طلاق، ابتلای زوج به امراض صعب‌العلاج یا ساری است. به‌گونه‌ای از این سبب ادامه معاشرت زوجه با زوج، توأم با عسر و حرج و ضرر باشد. ماده ۱۷۶ قانون مدنی افغانستان در این خصوص تصریح نموده است که: «زوجه وقتی می‌تواند مطالبه تفریق نماید که زوج مبتلا به مرضی باشد که اعاده صحت وی غیرممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به‌نحوی که معاشرت با زوج بودن ضرر کلی متعذر باشد». بازهم ابهامی که در این ماده وجود دارد، این است که منظور از ضرر کلی را قانون‌گذار مشخص نکرده است. بنابراین یکی از مواردی که قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان به‌کاررفته، بحث طلاق قضایی به سبب ضرر است.

۱. ماده ۸۶ قانون مدنی افغانستان: «ازدواج به بیش از یک زن بعد از تحقق حالات آتی صورت گرفته می‌تواند: ۱- در حالتی که خوف عدم عدالت بین زوجات موجود نباشد؛ ۲- در حالتی که شخص کفایت مالی برای تأمین نفقه زوجات از قبیل غذا، مسکن، لباس و تداوری مناسب را داشته باشد؛ ۳- در حالتی که مصلحت مشروع مانند عقیم بودن زوجه اولی و یا مصاب بودن وی به امراض صعب‌العلاج موجود باشد».



۲-۴. قاعده لاضرر در بحث جبران خسارت

دومین موردی که قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان به کار رفته، بحث جبران خسارتی است که در اثر فعل مضر افراد بر دیگران وارد می شود. یکی از مباحثی که به لحاظ فقهی و محتوایی در خصوص قاعده لاضرر مطرح می گردد، این است که منظور از نفی ضرر چیست؟ در این مورد دیدگاه ها و نظریات مختلفی مطرح شده که مشهورترین و قابل پذیرش ترین آن، نفی ضرر غیر متدارک است. یعنی در اسلام ضرری که جبران نشود، وجود ندارد. معنای این گزاره این است که هر ضرری که فرد به دیگری وارد می کند، مستلزم جبران و تدارک است. در واقع جبران ضرر و تدارک آن از مستلزمات نفی حکم ضرری است که در نظریات برخی از فقها نیز بدان تأکید شده است (محمد یثربی، ۱۴۴۳: ۸۵). در واقع جبران ضرر بیانگر آن است که ضرر رساننده نهایت سعی خود را در راستای بازگشتاندن زیان وارده به حالت قبلی آن انجام داده است.

قانون گذار افغانستان در ماده ۳۸ قانون مدنی در خصوص منع مقابله به مثل و جبران روشمند زیان وارده که در واقع بیانگر رعایت قاعده لاضرر است، چنین آورده است: «هر شخص می تواند علاوه بر اسم خود، اسم خانوادگی انتخاب نماید، اسم خانوادگی به اولاد انتقال می یابد. اگر شخص اسم خانوادگی غیر را به خود انتقال دهد و این عمل او موجب خسارت به شخص اول گردد، متضرر می تواند علاوه بر مطالبه منع، جبران خسارت را نیز از متعرض مطالبه نماید». اطلاق این ماده در خصوص ضرر، بدین معنا است که ضرر مورد نظر قانون گذار شامل ضرر مادی و معنوی می گردد. اما اینکه ضرر معنوی چگونه جبران می شود و معیار سنجش آن چیست، قانون گذار حکمی را بیان نکرده است که در واقع یک نوع اهمال یا غفلت در قانون گذاری محسوب می شود و این مسئله بیانگر نقص حقوق موضوعه افغانستان است.

قانون گذار افغانستان به صورت واضح تر، قاعده لاضرر را در ماده ۴۵ قانون مدنی به کار برده و تصریح نموده است که: «شخص که حقوق شخصی او مورد تجاوز قرار می گیرد، می تواند علاوه بر مطالبه منع تجاوز در صورت وقوع ضرر طالب جبران خسارت گردد». واضح است که منظور قانون گذار افغانستان در این ماده، ضرر مادی است و لفظ

حقوق نیز مفهوم گسترده‌ای دارد که شامل حقوق فردی، اجتماعی، سیاسی و مذهبی افراد می‌گردد. مطابق ماده ۷۷۶ همین قانون نیز هر نوع ضرری که در اثر خطا، تقصیر، غفلت و بی‌توجهی فرد بر دیگری وارد گردد، قابل جبران دانسته شده است.^۱

قانون‌گذار افغانستان علاوه بر اینکه جبران ضرر مادی را پیش‌بینی نموده، جبران زیان‌های معنوی را نیز پیش‌بینی کرده است. ماده ۷۷۸ قانون مدنی افغانستان در این خصوص چنین صراحت دارد: «جبران خسارت شامل سنجش ضرر معنوی نیز می‌باشد. اگر به سبب وفات شخصی که مورد تعدی واقع گردیده، ضرر معنوی به زوج و اقارب وی عاید گردد، محکمه می‌تواند برای زوج و اقارب تا درجه دوم به جبران خسارت حکم نماید».

۳-۴. استثنائات قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان

قانون‌گذار افغانستان به‌رغم اینکه قاعده لاضرر را در مواد متعدد قانون مدنی به‌کاربرده، اما مواردی را نیز ذکر نموده که در آن موارد ضرر وارده قابل جبران دانسته نشده است. این موارد را می‌توان به‌عنوان استثنا مطرح نمود، لذا اصل آن است که طبق حقوق موضوعه افغانستان و در پرتو قاعده لاضرر هر ضرری قابل جبران و تدارک است. یکی از این استثنائات بحث دفاع مشروع است که هم بعد حقوقی دارد و هم بعد کیفری. در اینکه دفاع مشروع از بعد کیفری قابل پیگرد و مجازات نیست، جای تردید نیست، اما در خصوص اینکه آیا فردی که از خود دفاع نموده، در قبال زیان وارده مسئولیت مدنی دارد یا خیر؟ جای تأمل است. قانون‌گذار افغانستان به‌صورت صریح این مورد را از شمول قاعده عمومی لاضرر خارج دانسته در فقره ۲ ماده ۷۸۴ قانون مدنی چنین آورده است: «شخصی که در حالت دفاع مشروع از نفس یا مال خود و یا نفس یا مال شخص دیگری مرتکب ضرر گردد، مسئول پنداشته نمی‌شود. مشروط بر اینکه در دفاع از قدر ضرورت تجاوز نکرده باشد، در غیر آن به جبران خسارت عادلانه مکلف می‌گردد».

دومین استثنای که در این خصوص قانون‌گذار افغانستان بدان اشاره نموده، اجرای امر آمر است. بند ۲ ماده ۷۸۷ قانون مدنی در این زمینه چنین آورده است: «موظف عام از فعلی که غیر را متضرر ساخته وقتی غیر مسئول پنداشته می‌شود که آن را به اساس امر آمری

۱. «هرگاه به اثر خطا و یا تقصیر ضرری به غیر عاید گردد مرتکب به جبران خساره مکلف است».



که اطاعت امر وی واجب بوده و یا به موجب آن اعتقاد داشته باشد، اجرا نماید. همچنان اعتقاد خود را، در مورد مشروعیت فعل مذکور مستند به اسباب معقول و رعایت احتیاط مقتضی در آن، ثابت نماید». در این ماده در واقع دو مسئله مطرح گردیده است. یکی اینکه شخص بر اساس انجام وظیفه و اجرای امر آمر قانونی خود، به دیگری ضرر وارد نموده باشد و دیگری آن که خود به درست بودن و مشروع بودن عمل خود اعتقاد داشته باشد و بر اساس این اعتقاد رفتاری را مرتکب شده باشد که باعث ورود ضرر به دیگری شده است.

نتیجه گیری

قاعده لاضرر، یکی از قواعد محوری و کاربردی در فقه امامیه است که گستره وسیعی از مسائل حقوقی و شرعی را شامل می شود. این قاعده، برگرفته از حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»، اصل کلی نفی ضرر در حقوق و تکالیف را به رسمیت می شناسد. بر اساس این قاعده، هرگونه حکمی که موجب زیان برای افراد باشد، مشروعیت خود را از دست می دهد، مگر آنکه رفع آن زیان باعث ایجاد ضرر بزرگ تر یا اختلال در نظم عمومی گردد. در فقه امامیه، این قاعده به عنوان یکی از مهم ترین اصول، در مسائل مختلف از جمله عقود، معاملات، طلاق، ارث، وقف و روابط خانوادگی به کار رفته شده است. برای مثال، در بحث طلاق قضایی، زنی که در زندگی زناشویی متحمل ضرر می شود، می تواند به استناد قاعده لاضرر درخواست طلاق دهد. همچنین، در موضوع نقض قراردادها، اگر یکی از طرفین با عدم ایفای تعهد موجب ضرر شود، طرف متضرر می تواند خواستار جبران خسارت شود.

اما در حقوق مدنی افغانستان، کاربرد قاعده لاضرر به برخی موارد خاص محدود شده و اغلب به عنوان منبع الهام یا تکمیل کننده قوانین موضوعه به کار می رود. برای نمونه: طلاق قضایی به سبب ضرر؛ جبران خسارات ناشی از نقض قراردادها و برخی مسائل حقوقی دیگر از موارد کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان است.

محدودیت های حقوق موضوعه افغانستان در استفاده از قاعده لاضرر عمدتاً ناشی از ساختار قانونی مشخص و تدوین شده ای است که جنبه های عرفی و فقهی آن را به صورت مستقیم محدود کرده است. اما در فقه امامیه، این قاعده همچنان انعطاف پذیری و گستردگی قابل توجهی دارد و بسیاری از مسائل جدید و نوظهور را پوشش می دهد.



فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. امامی خوانساری، محمد (۱۳۵۲)، تسدید القواعد فی حاشیه الفرائد، تهران: بی جا.
۲. انصاری، مرتضی، (۱۳۹۲)، المکاسب، تهران: دارالحکمه.
۳. ایروانی، باقر، (۱۴۲۶)، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقیه، قم: دارالفقه للطباعة و النشر.
۴. آخوند خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۹)، کفایه الاصول، قم: آل البيت.
۵. آشتیانی، محمد حسن، (بی تا)، بحر الفوائد، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۶. بجنوردی، حسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقیهیه، قم: نشر الهادی.
۷. جزایری، محمد جعفر، (۱۳۹۴)، نتائج الافکار فی الاصول، قم: آل مرتضی.
۸. جعفری، حسین؛ رجایی پور، مصطفی ودلاور، غلامحسن، (۱۳۹۶)، «درنگی در قلمرو قاعده فقهی التعزیر فی کل عمل المحرم»، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، سال سوم، شماره نهم، صص ۱۴۱-۱۶۸.
۹. خمینی، روح الله، (۱۳۸۵)، الرسائل، قم: المطبعة العلمیه.
۱۰. خمینی، روح الله، (۱۴۲۳)، تهذیب الاصول، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۱. سابق، سید، (۱۳۷۱)، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، کابل: نشر محمدی سقر.
۱۲. سبحانی، جعفر، (۱۴۱۵)، الرسائل الاربع (قواعد اصولیه و فقهیه)، قم: موسسه امام صادق.
۱۳. سیستانی، سید علی، (۱۴۱۴)، قاعده لا ضرر ولا ضرار، قم: دفتر آیت الله سیستانی.
۱۴. صیقلی، محسن؛ لاجوردی، سمانه و کلاه مال همدانی، احمد، (۱۳۹۷)، «کاربرد قاعده لا ضرر ولا ضرار در مدیریت مبارزه با قاچاق کالا و ارز از منظر فقه شیعه»، دو ماهنامه اقتصاد پنهان، سال دوم، شماره ۱ و ۲، صص ۷۳-۱۱۵.
۱۵. عمید، حسن، (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: راه رشد.



۱۶. غروی اصفهانی (شیخ الشریعه)، (۱۴۱۰)، قاعده لاضرر، قم: اسلامی.
۱۷. محمد یثربی، سید علی، (۱۴۴۳)، «شمولیه قاعده لاضرر فی الاحکام العدمیه و تعویض الخساره»، دارات فی العلوم الانسانیه، سال دوم، شماره ۲۹، صص ۷۵-۹۱.
۱۸. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۹)، قواعد فقه، تهران: میزان.
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیّه، قم: مدرسه الامام امیر المومنین.

شرایط فقهی ازدواج در مذهب امامیه و حنفیه

شکیلا احمدی^۱

چکیده

ازدواج پایه و بنیاد اصلی خانواده است و برای آن در دین اسلام شرایطی وضع شده که تحقق ازدواج منوط به احراز آن‌ها است. با مطالعه تطبیقی شرایط نکاح بین مذهب امامیه و حنفیه معلوم می‌شود که یک سری از این شرایط مشترک بین این دو مذهب، یک سری دیگر از این شرایط مورد افتراق بین مذهب امامیه و حنفیه است. روند این نوشتار به این صورت است که ابتدا شرایط شکلی ازدواج در هر دو مذهب بیان شده و بعد از آن به شرایط ماهوی ازدواج در هر دو مذهب پرداخته شده است. بررسی انجام‌یافته، نشان می‌دهد که فقهای امامیه و حنفیه در برخی از شرایط اتفاق نظر دارند مانند؛ خواندن صیغه عقد به ایجاب و قبول، داشتن قصد انشای عقد، معین بودن زوج و زوجه و در برخی از این شرایط هر یک دارای نظر و دیدگاه متفاوت است مانند؛ عربی بودن صیغه عقد، ماضی بودن صیغه عقد، انحصار الفاظ ایجاب به الفاظ وارده در قرآن و روایات، موقت بودن صیغه عقد، ولایت و شهادت. **کلیدواژه:** شرایط ازدواج، فقه امامیه، فقه حنفیه، زوج، زوجه.

۱. طلبه مدرسه علمیه جعفریه- هرات.

مقدمه

خانواده به عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای اجتماعی و دینی، همواره مورد توجه فقهای اسلامی قرار گرفته است که با ازدواج بین زن و مرد تشکیل می‌شود. در مذهب امامیه و حنفیه، ازدواج نه تنها یک قرارداد مدنی بلکه یک امر مقدس و شرعی محسوب می‌شود که دارای شرایط و قواعد خاصی است. این دو مذهب فقهی با وجود اشتراکات فراوان در اصول کلی، در جزئیات شرایط ازدواج تفاوت‌هایی دارند که ناشی از تفاوت‌های اصولی در مبانی اجتهادی و تفسیری آنان از نصوص دینی است.

در مذهب امامیه، ازدواج به عنوان یک پیمان الهی و انسانی مطرح می‌شود که باید با رعایت شروط و احکام فقهی خاص انجام گیرد. از جمله شرایط اساسی ازدواج در فقه امامیه می‌توان به رضایت طرفین، تعیین مهر، حضور شهود عادل و عقد ازدواج با الفاظ خاص اشاره کرد. این شرایط به منظور حفظ حقوق و کرامت طرفین و جلوگیری از بروز مشکلات احتمالی در زندگی مشترک تعیین شده‌اند. در مذهب حنفیه نیز ازدواج به عنوان یک عبادت و امر شرعی مورد تأکید قرار گرفته است. شرایط ازدواج در فقه حنفیه شامل رضایت طرفین، تعیین مهر و عقد ازدواج با الفاظ معین است. با این حال، تفاوت‌هایی در نحوه اجرای این شروط و جزئیات مرتبط با آن‌ها بین دو مذهب وجود دارد. برای مثال، در فقه حنفیه، حضور شهود در زمان عقد ازدواج الزامی نیست، در حالی که در فقه امامیه این امر ضروری است. این تفاوت‌ها ناشی از تفسیرهای متفاوت فقهای دو مذهب از آیات قرآن و روایات است. در فقه امامیه، به دلیل تأکید بر نقش اهل بیت در تفسیر نصوص دینی، برخی از احکام ازدواج با جزئیات بیشتری تبیین شده‌اند. در مقابل، فقهای حنفی بر اساس اجتهاد و قیاس، قواعدی را تعیین کرده‌اند که ممکن است در برخی موارد با نظرات امامیه تفاوت داشته باشد.

پژوهش حاضر به هدف تبیین شرایط ازدواج در فقه امامیه و حنفی انجام می‌شود و به دنبال ارائه پاسخ به این مسئله است که رویکرد فقه امامیه و حنفی نسبت به شرایط ازدواج چه اشتراکات و افتراقات دارد؟ به نظر می‌رسد تفاوت رویکرد این دو فقه نسبت به شرایط ازدواج ناشی از تفسیر متفاوت آن‌ها از منابع دینی و فقهی باشد که شامل مواردی چون شرایط شکلی و ماهوی می‌گردد. داده‌های پژوهش از طریق مطالعات کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده و با استفاده



از روش تحقیق تحلیلی_توصیفی با رویکرد مطالعات تطبیقی مورد بررسی قرار گرفته است. در قسمت اول به شرایط شکلی از قبیل شرط حضور شهود، عربی بودن الفاظ عقد و... در قسمت دوم شرایط ماهوی از قبیل رضایت طرفین، اهلیت و سن بلوغ می‌پردازیم.

۱. پیشینه تحقیق

ازدواج به عنوان نهادی بنیادین و دارای جایگاهی برجسته در نظام فقهی اسلام، به‌ویژه در مکاتب فقهی امامیه و حنفیه، همواره موضوع توجه و مطالعه پژوهشگران بوده است. این حوزه از ابعاد مختلفی مورد بررسی قرار گرفته و پژوهش‌های متعددی در راستای تحلیل مبانی، کارکردها و پیامدهای آن انجام شده است. در ادامه، برخی از مهم‌ترین مطالعات صورت گرفته در این زمینه معرفی و تحلیل می‌شوند.

محمد صادقی در مقاله‌ای با عنوان «شرایط ازدواج در مذهب حنفی»، به بررسی شرایط ازدواج در این مکتب فقهی پرداخته است. وی این شرایط را در سه دسته‌بندی اصلی شامل شرایط انعقاد، شرایط نفاذ، و شرایط لزوم مورد تجزیه و تحلیل قرار داده است. با توجه به محتوای مقاله، روشن است که پژوهش رویکرد تطبیقی نداشته و صرفاً به ارائه و تحلیل آرای فقهای حنفیه درباره شرایط ازدواج محدود شده است. همچنین مقاله‌ای با عنوان «ولایت در نکاح از دیدگاه فقه و حقوق امامیه»، نوشته سید حسین آل طاهّا، دکتر عبدالحسین رضایی‌راد، و موسی آرمیده، به بررسی جایگاه و احکام ولایت در نکاح از منظر فقه امامیه و حقوق مرتبط پرداخته است. نویسندگان در این پژوهش نتیجه‌گیری کرده‌اند که میان مذاهب اسلامی در مورد لزوم اذن ولی و مفهوم ولایت بر نکاح دختر، با توجه به وضعیت باکره بودن یا نبودن وی، اختلاف نظرهای قابل توجهی وجود دارد.

محمد عادل ضیایی و بی‌گرد شریفی در مقاله‌ای با عنوان «وجود شاهد در نکاح از منظر فقه مذاهب اسلامی»، آرای فقهای مذاهب مختلف اسلامی را در خصوص لزوم حضور شاهد در عقد نکاح مورد بررسی قرار داده‌اند. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که فقه امامیه حضور شاهد را شرط صحت نکاح نمی‌داند، در حالی که مذاهبی همچون مذهب حنفی، صحت نکاح را منوط به حضور شاهدان دانسته‌اند. همچنین در پژوهشی تحت عنوان «سن ازدواج از منظر شریعت، قوانین و اسناد بین‌المللی» که توسط رقیه حسن‌زاده نگاشته شده

است، سن ازدواج از دیدگاه شریعت، قوانین داخلی و اسناد بین‌المللی مورد تحلیل قرار گرفته است. با این حال، این پژوهش فاقد رویکرد تطبیقی میان مذهب امامیه و مذهب حنفی بوده و صرفاً به بررسی برخی شرایط عقد نکاح در فقه امامیه یا فقه حنفی پرداخته است. بررسی جامع شرایط عقد نکاح که به تحلیل اشتراکات و تفاوت‌های آن در فقه امامیه و حنفیه پردازد، تاکنون در دسترس نبوده و به نظر می‌رسد پژوهش مستقلی در این حوزه انجام نشده است. بنابراین، موضوع پژوهش حاضر از حیث رویکرد تطبیقی آن مسئله جدید بوده که نیازمند بررسی و تجزیه و تحلیل عمیق علمی می‌باشد. رسالتی که پژوهش حاضر سعی دارد، بدان پردازد.

۲. شرایط شکلی عقد ازدواج در مذهب امامیه و حنفیه

شرایط شکلی عقد ازدواج در فقه امامیه و حنفیه را می‌توان در سه محور اصلی تحلیل و بررسی کرد: شرایط مربوط به صیغه عقد شامل احکام و الزامات مرتبط با نحوه‌ای است که ایجاب و قبول در عقد ازدواج باید اظهار شود. شرایط مربوط به شهود که درگیرنده نقش و جایگاه شهود در انعقاد صحیح عقد ازدواج است و اختلافاتی میان فقه امامیه و حنفیه در این زمینه وجود دارد. شرایط مربوط به اهلیت یا ولایت که این محور به مباحثی نظیر صلاحیت قانونی و فقهی طرفین عقد و نیز لزوم ولایت در نکاح، به‌ویژه در مورد افراد خاص مانند صغار، پرداخته می‌شود. این سه دسته‌بندی چارچوبی جامع برای بررسی تطبیقی شرایط شکلی ازدواج در فقه امامیه و حنفیه فراهم می‌کند.

۱-۲. شرایط صیغه عقد

از منظر فقه‌های امامیه و حنفیه، صیغه عقد نکاح شامل دو رکن اصلی ایجاب و قبول است که توسط طرفین عقد یا وکیل آن‌ها اجرا می‌شود. در این فرآیند، ایجاب معمولاً توسط زوج و قبول توسط زوج بیان می‌گردد. بیشتر فقه‌های امامیه بر این باورند که انعقاد عقد نکاح از طریق «معاطات» معتبر نیست و تنها از طریق بیان صریح ایجاب و قبول صورت می‌پذیرد. ایجاب عبارت است از کلامی که ابتدا توسط یکی از طرفین قرارداد بیان می‌شود، و قبول کلامی است که به دنبال ایجاب، از سوی طرف دیگر عقد ایراد می‌گردد. برخلاف این دیدگاه، فقه‌های حنفی تأکید می‌کنند که هیچ الزامی برای بیان ایجاب از سوی یک شخص



خاص وجود ندارد و تفاوتی نمی‌کند که ایجاب توسط زوج یا زوجه ایراد شود. به عبارت دیگر، در فقه حنفی، ممکن است زوج ایجاب را آغاز کند و پاسخ زوجه به عنوان قبول تلقی گردد، یا بالعکس (صادقی، ۱۳۸۹: ۳۸). افزون بر این، در مذهب حنفیه، ایجاب و قبول باید با استفاده از الفاظی انجام شود که مشتق از کلمات «نکاح» و «زواج» هستند (عاطف الزین، ۱۳۷۲: ۹۵). این تفاوت در نحوه اجرای صیغه عقد نکاح، از جمله موضوعات اساسی اختلاف میان فقه امامیه و حنفیه محسوب می‌شود.

اما فقهای امامیه بر این اتفاق نظر دارند که صیغه قبول منحصر به الفاظ خاصی نیست بلکه با هر لفظی که دال بر رضایت زوج باشد صحیح می‌دانند، اما صیغه ایجاب را منحصر در الفاظ خاصی دانسته‌اند که در قرآن و روایات به کار رفته است «فالایجاب زوجتک و انکحتک و متعتک، لا غیر» (عاملی، ۱۴۱۲ ق، ۲/۳۶۷). «زوجناکها» (احزاب، ۳۷) و «لا تنکحو ما نکح أبأؤکم من النساء» (نساء، ۲۲). بنابراین ایجاب را به سه لفظ صحیح می‌دانند «زوجت»، «انکحت» و «متعت» و سایر الفاظ مترادف (غیر از الفاظ سه‌گانه) هر چند که معنای نکاح را برای طرفین عقد افاده کند، چون که در قرآن و سنت نیامده‌اند جایز نمی‌دانند. در مقابل این دیدگاه، فقهای اهل سنت در عقد نکاح مانند سایر عقود لفظ ایجاب را منحصر در الفاظ وارد شده در قرآن و سنت نمی‌دانند و هر لفظی که مقصود را برساند مفید عقد می‌دانند (محمد زاده، ۱۴۰۰: ۱).

یکی دیگر از شرایطی که فقهای امامیه در خصوص صیغه عقد ازدواج مطرح کرده‌اند، آنست که الفاظ ایجاب و قبول باید به زبان عربی باشد مگر در صورتی که یک طرف یا هر دو طرف قادر به تکلم به عربی نباشد (خمینی، بی‌تا، ۲/۲۳۴). در صورت عدم توانایی باید با الفاظی عقد را منعقد سازد که معنی زوجت و قبلت را بفهماند (موسوی، ۱۳۹۹: ۱۱۲). انعقاد عقد ازدواج با الفاظ غیر عربی در صورتی که طرفین یا عاقد توانایی استفاده از الفاظ عربی را داشته باشد، جایز نیست و فقط با الفاظ خاص و فقط با زبان عربی نکاح منعقد می‌شود (عاملی، ۱۴۱۲: ۳۶۸).

اما در فقه حنفی در صورتی که عقد با الفاظ صریح منعقد شود نیازی نیست تا طرفین و شهود معنای الفاظ را بدانند. بلکه همین کافی است که بدانند عقد با این الفاظ جاری

می‌شود مثلاً زن غیر عرب بگوید «زوجتک» و بداند که هدف از آن انعقاد عقد است ولی معنای کلام را نداند، عقد صحیح است؛ اما اگر عقد را با الفاظ کنایی جاری کنند صحیح نیست مگر اینکه همراه با قصد ازدواج باشد در این صورت قرینه‌ای که دال بر این قصد است نیز باید موجود باشد (صادقی، ۱۳۹۵: ۱۷). ایجاب و قبول از منظر فقه‌های حنفی می‌تواند هر دو ماضی باشد مثلاً زوج بگوید «زوجتک» و زوجه پاسخ دهد «قبلت» و یا «رضیت». همچنان صیغه عقد می‌تواند یکی ماضی و دیگری مضارع باشد، اما ایجاب و قبول را نمی‌توان به زمان آینده جاری کرد زیرا انشای نکاح در زمان آینده و وعده نیست (صادقی ۱۳۸۹: ۳۸). در اینکه می‌توان ایجاب و قبول را به صیغه امر جاری کرد یا نه بین فقه‌های حنفیه اختلاف نظر وجود دارد. «سؤال این است که وقتی گفته می‌شود: «زوجنی» آیا منظور ایجاب است یا وکالت در نکاح. نظر ارجح این است که این لفظ وکالت ضمنی است و احکام وکالت در آن جاری نمی‌شود و از آنجاکه اتحاد مجلس در وکالت شرط نیست، پس اگر شخصی را امروز وکیل کنند و او پس از چند روز وکالت را قبول کند، صحیح است، اما در نکاح باید قبول در مجلس ایجاب باشد، پس برای لفظ «زوجنی» دو جهت می‌توان قائل شد: یکی درخواست نکاح که مقصود اصلی است که در این صورت شروط نکاح در آن معتبر است و دیگری وکالت که ضمنی است و شروط توکیل در آن معتبر نیست. در عقد ازدواج باید لفظ به کار رود و اگر برای مثال زوج دست خود را به معنی قبول به سمت زوجه دراز کند عقد منعقد نمی‌شود. از دیدگاه کرخی برخلاف دیگر فقه‌های حنفیه، انشای عقد نکاح با صیغه اجاره و هر لفظی که بر تملیک عین دلالت داشته باشد، صحیح است».

در فقه حنفی شرط است تا صیغه عقد (ایجاب و قبول) باید فوریت داشته باشد و در یک مجلس ایراد شود مثلاً اگر شخصی ایجاب را بگوید «زجتک نفسی» و یا «زوجتک ابنتی» و شخص دیگر قبل از قبول عقد از مجلس خارج شود یا خود را به کاری مشغول کند که نشان‌دهنده اعراض از نکاح باشد، عقد منعقد نمی‌شود (صادقی، ۱۳۸۹: ۳۹). همچنین اگر یکی از طرفین عقد غایب باشد طوری که طرف اول عقد ایجاب را در نزد دو شاهد بیان کند و طرف غایب بعد از اطلاع از ایجاب نزد دو شاهد برود و قبول را بگوید باز هم عقد منعقد نشده است مگر در صورتی صحیح است که نماینده‌ای ایجاب را به شخص غایب



برسانند و یا ایجاب به وسیله نوشتن به شخص غایب رسانیده شود و او پس از آن عقد را قبول کند (صادقی، ۱۳۸۹: ۲۴). از منظر فقهای حنفیه اگر شخص دیگری غیر از متعاقدين صحبتی کند یا به کاری مشغول شود که از نظر عرف اعراض از عقد تلقی نشود، حکم اتحاد بین ایجاب و قبول برقرار است و نکاح صحیح است؛ اما اگر هر دو طرف عقد به کاری مشغول شود یا یکی از دو طرف بعد از ایراد ایجاب و قبل از ایراد قبول مجلس را ترک کند در حکم اعراض از نکاح بوده و ایجاب باطل شده و متعاقب آن عقد منعقد نشده است (موسوی، ۱۳۹۹: ۱۱۶).

همچنین در فقه حنفیه شرط است تا مفاد ایجاب و قبول باهم مطابقت داشته باشد، به طور مثال اگر ولی بگوید: «دخترم زینب را به عقد نکاح تو درآوردم» و زوج بگوید: «ازدواج با دخترت فاطمه را قبول کردم» عقد واقع نمی شود یا اینکه ولی بگوید: «دخترم را با ۱۰۰ درهم به عقد تو درآوردم» و زوج بگوید «نکاح را بدون مهر پذیرفتم» در این حالت هم عقد صحیح نخواهد بود (موسوی، ۱۳۹۹: ۱۱۶). همچنین یکی از شرایط صیغه عقد نزد حنفیه استماع صیغه عقد توسط زوجین است یعنی زوج و زوجه سخن یکدیگر را بشنود. قرائت نامه شخص غایب هم در حکم حضور شخص است (صادقی، ۱۳۸۹: ۴۶).

۲-۲. رویکرد فقه امامیه و حنفی نسبت به ولایت در عقد نکاح

ولایت در لغت عربی به فتح و کسر «و» استعمال شده است و در لغت به معنای کسی که مسئولیت کاری را به عهده گرفته باشد و برای انجام آن اقدام کند، به معنای تسلط پیدا کردن و تصرف کردن نیز استعمال شده است (ابن منظور، ۱۴۱۲، ۴۰۱: ۱۵، تهانوی، ۱۱۵۸ ق، ۱۸۰۷: ۲). بعضی از نحوی ها بین ولایت به فتح «و» و ولایت به کسر «و» فرق قایل شده اند، به این عقیده هستند که هرگاه به فتح تلفظ شود منظور از آن مصدر است که معنای ربوبیت و نصرت از آن اراده می شود و اگر به کسر و او تلفظ شود به معنای امارت و سلطنت هست (آل بحر العلوم، ۱۳۶۲، ۳: ۲۱۰). «ولایت به معنای تصدی نیز تعریف شده است و ولایت پدر بر صغار را تصدی پدر بر امور آنها دانسته است» (صدری و ذاکری، ۱۳۹۳: ۳).

الف) رویکرد فقه امامیه در خصوص ولایت در عقد نکاح

در فقه امامیه، در صورتی که شرایط زیر در ولی فراهم باشد، اذن ولی شرط صحت عقد



ازدواج است: نخست اینکه ولی باید بالغ، عاقل و آزاد (حر) باشد. بنابراین صبی هرچند ممیز باشد، دیوانه و برده نمی‌توانند ولی قرار بگیرند زیرا این‌ها بر خودشان ولایت ندارد، پس به طریق اولاً بر دیگران ولایت نخواهند داشت. دوم اینکه غیرمسلمان بر مسلمان و مسلمان بر غیر مسلمان ولایت ندارد (نجفی، ۱۴۲۲ ق: ۱۸ و ۳۵). به طور مثال دختری که صغیر است و دو برادر دارد که یکی مسلمان و دیگری مسیحی است؛ ولایت این دختر متعلق به برادر مسلمان است و اگر دختر مسیحی باشد ولایت متعلق برادر مسیحی است. میان فقهای امامیه در خصوص اینکه عقد دختر و پسر صغیره و صغیر توسط ولی آنها با وجود شرایط فوق صحیح و نافذ است، تردیدی وجود ندارد. اما مسئله ای که مطرح می شود این است که اگر دختری به سن بلوغ و رشد رسیده باشد، آیا بازهم اذن ولی شرط است یا خیر. در این خصوص بین فقهای امامیه رویکردهای مختلفی وجود دارد: بعضی از فقهای امامیه قایل به این شده‌اند که دختر در عقدش مستقل بوده و نیازمند به اذن ولی نیست و دلایل کسانی که قایل به لزوم اذن ولی شده‌اند را غیر معتبر می‌دانند، بنا بر اصل عدم ولایت شخصی بر شخص دیگر قایل به عدم لزوم اذن ولی در عقد دختر شده‌اند. شهید ثانی در کتاب شرح لمعه، این نظر را نظر مشهور فقهای امامیه بیان نموده است و دلیل قول مخالف (کسانی که قایل به لزوم اذن ولی در صیغه عقد شده‌اند) را به روایتی نسبت داده است که از منظر اضعیف است اگر هم ضعیف نباشد نهایتاً می‌توان از آن روایت استحباب گرفتن اذن ولی را در ازدواج دختر فهمید نه وجوب آن را (عاملی، ۱۴۱۲ ق: ۱۱۲).

اما برخی دیگر از فقها معتقدند که همان‌طور که ولی قبل از بلوغ و رشد می‌توانست دخترش را به ازدواج دیگر درآورد بعد بلوغ نیز این ولایت استمرار داشته و ولی مخیر است تا دخترش را به عقد کسی درآورد. صاحب این دیدگاه عبارت است از شیخ طوسی، شیخ صدوق، صاحب کتاب حدائق و بعض دیگر از فقهای متقدم. در حالیکه برخی دیگر بین عقد دائم و موقت تفصیل قائل شده‌اند و به این باورند که دختر در ازدواج دایم لازم نیست از ولی خویش اجازه بگیرد ولی در عقد موقت نیاز است تا از ولی اش اجازه بگیرد تا عقد صحیح باشد. چون‌که عقد موقت نزد اولیاء دارای ننگ و عار هست (کرمانشاهی و عسکری، ۱۴۰۳: ۳ و ۴). برخی دیگر این تفصیل را به گونه ای دیگر مطرح کرده و بر این باورند که



در عقد موقت نیاز به اذن ولی نیست، اما در عقد دائم اذن ولی باید وجود داشته باشد. دلیل قائلین به این دیدگاه این است که در عقد دائم حقوق و تکالیف زیاد است. لذا نیاز به دقت نظر و تشخیص مصلحت بیشتر احساس می شود، در حالیکه دختران جوان معمولاً به دلیل عدم تجربه قادر به تشخیص این مصلحت نیستند. از این رو نیاز به حمایت ولی دارند.

از میان دیدگاه های مطرح شده دو دیدگاه اخیر ضعیف به نظر می رسند؛ چراکه مبنای دقیقی جهت تفکیک بین ازدواج موقت و دائم به دست نمی دهند. از آنجاکه مبنای شرطیت اذن ولی در ازدواج دختر حمایت از اوست، لزوم این حمایت در هر دو نوع از ازدواج با شرایط خاص خود به چشم می خورد و دلیلی برای تفکیک مذکور وجود ندارد. شاید به همین دلیل است که برای این دو دیدگاه قائل مشخصی وجود ندارد و عموماً به عنوان یک احتمال از آن یاد شده است (کرمانشاهی و عسکری، ۱۴۰۳: ۵؛ علی دوست، ۱۳۸۹: ۲۶۰ و ۲۶۱). در نظر دیگری یکی از فقها معتقد است که روایاتی که ظاهراً دارای تعارض هستند و هر یک از فقها یکی را بر دیگری ترجیح می دهند، در عمل تعارضی ندارند و نافی یکدیگر نیستند. به این معنا که هر روایتی بیانگر این است که جایز است دختر به ازدواج دیگری درآورده شود از سوی پدر، جد پدری و یا خود دختر و جواز ازدواج با اراده مستقل دیگری را نفی نمی کند. مطابق این نظر پدر یا جد پدری می تواند دختر را به ازدواج دیگری درآورد بدون نظرخواهی از دختر و همچنان دختر می تواند با کسی بدون اذن ولی ازدواج نماید و این ازدواج صحیح خواهد بود.

اما برخی از فقها به این عقیده است که اولاً ولایت مخصوص پدر دختر است و جد پدر این حق را ندارد دوماً هر یک از پدر و دختر می تواند به صورت مستقل اقدام به ازدواج دختر نماید اما پدر در صورتی که دختر بدون اذن او ازدواج نماید اختیار فسخ آن را دارد (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق: ۴۴۸). در حالیکه بر اساس دیدگاه دیگر دختر بدون اذن ولی نمی تواند ازدواج نماید و همچنین پدر بدون رضایت دختر نباید او را به عقد غیر درآورد. این نظر مربوط به بعضی از فقهای متقدم مثل شیخ مفید و حر عاملی و فقهای معاصر است (خمینی، بی تا: ۲۵۴). اکنون این نظر اغلب و مشهور فقهاست و این دیدگاه در قانون مدنی ایران نیز پذیرفته شده است.



ب) رویکرد فقه حنفی در خصوص ولایت در عقد نکاح

مطابق فقه حنفی اگر زوج بخواهند خودشان عقد را منعقد سازند باید هر یک دارای اهلیت (بالغ، عاقل، حر) کامل باشد و با داشتن این صفات عقد نافذ بوده و نیاز به اجازه ولی نیست. اگر یکی از این صفات از یکی از آن‌ها سلب شود؛ مثلاً صغیر ممیز باشد، عقد او متوقف بر اجازه کسی خواهد بود که بر آن‌ها ولایت دارد (صادقی، ۱۳۹۱: ۱۲۴).

اگر صغیره توسط غیر پدر و جد او به عقد کسی درآورده شود در صورتی که زوج او غیر کفو او باشد یا با مهر کمتر از مهرالمثل باشد، عقد صحیح نیست. ولی در صورتی که او را به شخصی تزویج کند که هم کفو او مهرالمثل او باشد عقد صحیح است و بعد از بلوغ حق خیار دارد؛ بنابراین صغیره باید به محض اینکه خون حیض می‌بیند از حق خیارش استفاده کند و اعلام نماید و قاضی باید بین آن دو جدایی بیندازد، این هم در صورتی است که زوج کبیر باشد. اگر زوج صغیر باشد قاضی در حضور پدر یا وصی پدر زوج بین آن دو جدایی میندازد. ولی اگر پدر و وصی پدر حاضر نباشد قاضی شخصی را برای مخاصمه از طرف صغیر تعیین می‌کند و از او می‌خواهد دلیلی بیاورد تا جدایی را منتفی کند؛ مثلاً دلیل بیاورد که دختر بعد از بلوغ به نکاح رضایت داده و یا اینکه در درخواست فسخ، تأخیر کرده است. اگر دلیلی نیاورد دختر را قسم می‌دهد، اگر قسم خورد قاضی بدون انتظار بلوغ صغیر بین آن‌ها جدایی می‌اندازد (صادقی، ۱۳۹۱: ۱۲۷).

در صورتی که دختر بالغ شده و علم به ازدواج نداشته باشد و بعد از گذشت مدتی از بلوغ از ازدواج آگاه شد، به مجرد آگاهی یافتن حق خیار پیدا می‌کند و به همان صورتی که بیان شد، بین آن‌ها جدایی میندازد. در صورتی که زوج یا زوجه پیش از فسخ ازدواج بمیرند، هرکدام از دیگری ارث می‌برد و زوج باید کل مهر را پرداخت کند. اگر جدایی به درخواست زوجه باشد، فسخ محسوب می‌شود و طلاق حساب نمی‌شود ولی اگر به درخواست زوج باشد طلاق است. مجنون و مجنونه هرچند که کبیر باشد، هم به حکم صغیر و صغیره ملحق می‌شود. اگر مجنونه را پسرش و یا پدرش به عقد کسی درآورده که معروف به سوء اختیار نباشد بعد از افاقه حق خیار ندارد؛ اما اگر غیر این دو مجنونه را به نکاح کسی درآورد حق خیار دارد. ولی می‌تواند مجنونه کبیره را تزویج کند به شرط اینکه جنونش دائمی باشد



نه موقتی، در صورتی که جنونش موقتی باشد باید صبر کند تا جنون برطرف شود و رضایت دختر را بگیرد. همچنین دختر بی هوش و مجنون این حکم را دارد.

صغیره باکره باید به مجرد بلوغ از خیارش استفاده نماید، پس اگر خون حیض ببیند باید فوراً بگوید که ازدواج را فسخ کردم و اگر سکوت کند خیارش باطل می شود. همچنین اگر جاهل به عقد باشد و بعداً اطلاع یابد باید فوراً بگوید راضی نیستم یا ازدواج را فسخ کردم. وصی نمی تواند صغیر و یا صغیره را به ازدواج کسی در آورد چه پدر برای ازدواجش وصیت کرده باشد یا نه. در صورتی که ولی نزدیک نباشد، حاکم عادل می تواند صغیر، صغیره، مجنون، مجنونه را به ازدواج کسی در آورد (صادقی، ۱۳۹۱: ۱۲۸). اگر صغیره یا صغیر با کسی ازدواج کند، عقد او متوقف بر اجازه حاکم است. برخی گفته اند عقد متوقف بر اجازه خودش بعد بلوغ است.

۲-۳. حضور شاهد

یکی از شرایط شکلی عقد نکاح در فقه امامیه و اهل حنفی که موجب تضارب آرا قرار گرفته، لزوم و یا عدم لزوم حضور شهود در مجلس عقد است. در این قسمت به بررسی رویکرد فقه امامیه و حنفی در این خصوص می پردازیم.

الف) رویکرد فقه امامیه نسبت به حضور شاهد عادل در مجلس عقد نکاح

فقههای امامیه اعم از متقدمین و متأخرین، صحت عقد نکاح را مشروط به حضور شاهد نمی دانند و قایل به این اند که بدون حضور شاهد نیز عقد منعقد می گردد (ضیایی و شریفی، ۱۳۹۳: ۸۵). مستندات این دیدگاه عبارت اند از: قرآن، سنت و اجماع. توضیح اینکه در آیاتی که اشاره به امر ازدواج شده، قیدی که بیانگر لزوم حضور شاهد باشد نیامده و آیه مطلق آورده شد است. اگر که حضور شاهد واجب بود، ذکر می شد. در آیات «فانکحوا ما طاب لکم من النساء؛ با زنان مورد علاقه تان ازدواج کنید» (نساء، ۳) و «وانکحوا الایامی منکم؛ مردان و زنان بی همسر خود را همسر دهید» (نور، ۳۲)، اگر شهود لازم بود باید ذکر می شد در حالی که آیه مطلق آمده است.

روایات موجود در منابع فقهی نشان دهنده آن است که حضور شهود در عقد نکاح الزامی نیست. یکی از این روایات، از علی بن ابراهیم نقل شده که از پدرش روایت کرده است. در

این روایت آمده است: «از امام صادق^(ع) درباره مردی که زنی را بدون حضور شهود به نکاح خود در آورده بود، سؤال شد. ایشان فرمودند: اشکالی ندارد.» این روایت بر صحت عقد نکاح بدون حضور شهود تأکید دارد. همچنین سهل بن سعد ساعدی روایتی را نقل می‌کند که نشان‌دهنده عدم شرطیت شهود در انعقاد عقد نکاح است. به گفته وی، زنی به محضر پیامبر اکرم^(ص) آمد و گفت: «ای پیامبر، من خود را به شما هبه می‌کنم.» پیامبر در پاسخ فرمودند: «من به همسر نیاز ندارم.» سپس، با گذشت جریان گفت‌وگو، پیامبر فرمودند: «من او را به عقد تو در آوردم در ازای آنچه از قرآن می‌دانی.» این عقد نیز بدون حضور شاهد انجام شد (کلینی، ۱۴۳۰، ج ۱۱/۳۱۲). این روایات، با تأکید بر صحت عقد نکاح بدون شهود، نشان‌دهنده دیدگاه برخی فقهای امامیه در خصوص غیرالزامی بودن حضور شهود در فرآیند انعقاد نکاح است. البته در فقه امامیه، برای مشروعیت عقد، سایر شرایط همچون ایجاب و قبول صحیح و اهلیت طرفین نیز باید محقق شود.

ب) رویکرد فقه حنفی نسبت به حضور شاهد عادل در مجلس عقد نکاح

بر اساس فقه حنفی، حضور شاهدان شرط اساسی برای صحت عقد نکاح به شمار می‌آید. در این مکتب فقهی، انعقاد عقد نکاح تنها در صورتی معتبر است که در حضور شهود انجام شود. تعداد و جنسیت شهود نیز دارای الزامات مشخصی است؛ به این معنا که شهود می‌توانند شامل دو مرد یا یک مرد و دو زن باشند. با این حال، شهادت زنان به‌تنهایی برای اعتبار عقد نکاح کافی نیست (صادقی، ۱۳۹۱: ۱۲۲). این شرط، که برخاسته از دیدگاه‌های خاص فقهای حنفی در خصوص جنبه‌های عمومی نکاح و حفظ حقوق طرفین است، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین تفاوت‌ها میان فقه حنفی و دیگر مذاهب اسلامی، از جمله امامیه، مورد توجه قرار می‌گیرد.

فقهای حنفی برای شهود در عقد نکاح شرایطی تعیین کرده‌اند که رعایت آن‌ها برای صحت شهادت الزامی است. بر اساس این دیدگاه، شهود باید عاقل، بالغ و قادر به شنیدن و درک معنای الفاظ باشند. به عبارت دیگر، شاهد باید کلام عاقدین را به‌صورت واضح بشنود و معنای الفاظ بیان‌شده را درک کند. بنابراین، اگر زبان شاهد غیر عربی باشد و نتواند مقصود عاقدین را بفهمد، عقد معتبر نخواهد بود، چرا که هدف از حضور شهود در نکاح،



امکان شهادت‌دهی دقیق و شفاف در موارد بروز اختلاف است. فقهای حنفی همچنین بیان کرده‌اند که اگر شاهد، مست باشد اما به‌قدری هوشیار باشد که متوجه الفاظ عقد گردد، شهادت او صحیح است. این تأکید نشان‌دهنده اهمیت درک و فهم شرایط انعقاد عقد برای تحقق نقش شاهد در فرآیند شهادت‌دهی است (الجزیری، بی تا: ۲۸). این احکام حاکی از توجه دقیق فقهای حنفی به حفظ شفافیت و اطمینان در فرآیند عقد نکاح، با تکیه بر حضور شهود واجد شرایط، به‌عنوان یکی از ارکان اساسی صحت این عقد است.

۳. شرایط ماهوی عقد نکاح در فقه امامیه و حنفی

عقد نکاح به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای اجتماعی و دینی، در فقه اسلامی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. صحت و مشروعیت این عقد، علاوه بر شرایط شکلی، وابسته به تحقق شرایط ماهوی خاصی است که با ماهیت و مقاصد عقد مرتبط هستند. شرایط ماهوی در واقع به عناصری اشاره دارند که در صورت نبود آن‌ها، اصل عقد مخدوش و غیرمعتبر می‌گردد. در فقه امامیه و حنفی، برخی از این شرایط ماهوی با یکدیگر مشترک هستند، اما تفاوت‌های اساسی نیز میان این دو دیدگاه وجود دارد که نشان‌دهنده تأثیر اصول اجتهادی و روش‌های استنباطی متفاوت است. بررسی این شرایط، فرصتی برای مقایسه تطبیقی دیدگاه‌ها و درک عمق تنوع فکری در فقه اسلامی فراهم می‌آورد.

۱-۳. عقل و بلوغ

همه فقهای اسلام اعم از شیعه و سنی عقل و بلوغ را از جمله شرایط عقد می‌دانند. در قرآن کریم نیز به وجوب بلوغ اشاره شده است اما آیه مطلق آمده و سن بلوغ را مشخص نمی‌کند فقط به وجوب آن اشاره دارد: «حتی اذا بلغوا النکاح». در اسلام نامزد کردن در سنین کودکی را جایز می‌دانند، اما داشتن رابطه جنسی در این سنین را جایز نمی‌دانند. سن بلوغ دختر در روایات نه یا ده‌سالگی ذکر شده است. قبل از نه‌سالگی رابطه جنسی جایز نیست و در صورت آسیب دیدن دختر، شوهر او مسئول بوده؛ دیگر آن‌ها نمی‌توانند که باهم زندگی نمایند و حرام ابدی می‌شوند، با این حال مرد باید نفقه دختر افضا شده را بپردازد (غضنفری، بادام چی، داورى، ۱۳۹۵: ۴۰۰). مطابق فقه امامیه بلوغ باید در تمام مدت ایجاب و قبول دوام داشته باشد (نجفی، ۱۴۲۲ ق: ۸).

بر اساس مبانی فقهی، فردی که صیغه عقد را جاری می‌کند باید از شرایط عقل و بلوغ برخوردار باشد. این امر بدین معناست که فرد نابالغ، حتی اگر توانایی لفظی و فنی لازم برای خواندن صیغه را داشته باشد، نمی‌تواند بدون اذن ولی خود عقد نکاحی را برای خویش منعقد کند. با این حال، در صورتی که فرد نابالغ بدون اذن ولی صیغه عقد را برای غیر خود جاری نماید، عقد از نظر شرعی صحیح تلقی می‌شود. فقها این شرط را بنا بر احتیاط واجب دانسته‌اند تا از بروز مشکلات و خلل در اعتبار عقد جلوگیری شود. بدین ترتیب، رعایت عقل و بلوغ به عنوان الزامات شرعی و احتیاطی در فرآیند جاری کردن صیغه عقد، نقش اساسی در تضمین صحت و مشروعیت این عقد دارد (موسوی، ۱۳۹۹: ۱۱۲). در خصوص لزوم بلوغ و عقل، بین فقهای امامیه و حنفی اتفاق نظر وجود دارد. لذا مطابق هر دو مذهب ازدواج دختر و پسر نابالغ و مجنون، صحیح نیست، مگر اینکه با اذن ولی آنها صورت گرفته باشد.

۲-۳. تعیین زوج و زوجه

فقهای امامیه و حنفیه به اتفاق نظر بر این باورند که طرفین عقد نکاح باید کاملاً مشخص و معین باشند. اگر فردی دختر خود را به عقد دیگری درآورد، در حالی که بیش از یک دختر داشته باشد، لازم است روشن سازد که کدام یک از دخترانش مورد نظر است، مگر اینکه یکی از دختران وی قبلاً ازدواج کرده باشد که در این صورت، عقد به صورت طبیعی به دختر مجرد او منصرف خواهد شد. چنانچه فرد در هنگام عقد، نام دختر مورد نظر را ذکر نکند یا در بیان نام او اشتباه کند، مانند اینکه به جای نام اصلی، نام دیگری را ذکر کند، عقد نکاح صحیح نخواهد بود. اما اگر دختر دارای دو نام باشد، یکی رسمی و دیگری مشهور، ضروری است که حداقل نام مشهور او ذکر شود. برخی از فقها بر این باورند که برای رفع هر گونه ابهام، بهتر است هر دو نام ذکر گردد تا احتمال اشتباه یا بطلان عقد به حداقل برسد (صادقی، ۱۳۹۱: ۱۲۰). این دیدگاه نشان‌دهنده اهمیت شفافیت و قطعیت در تعیین هویت طرفین عقد نکاح است تا از بروز اختلافات و ابهامات احتمالی در آینده جلوگیری شود.

۳-۳. قصد

در فقه امامیه و حنفی، قصد انشاء به عنوان یکی از شروط اساسی صحت عقد نکاح شناخته می‌شود. این شرط بیانگر آن است که مرد و زن، یا وکیل آنها، در هنگام جاری کردن صیغه



عقد باید با نیت و قصد واقعی به انعقاد نکاح اقدام کنند. به عبارت دیگر، زن با گفتن عبارت «زوجتک نفسی» باید به صورت جدی قصد داشته باشد که خود را به همسری مرد درآورد، و مرد نیز با بیان عبارت «قبلت» باید قصد خود را برای پذیرش زوجه به عنوان همسر اعلام کند. در نتیجه، خواندن صیغه عقد بدون نیت انشایی، یا به قصد شوخی و بدون جدیت، از نظر شرعی فاقد اعتبار و صحیح نیست. این تأکید بر قصد انشاء به عنوان شرط بنیادی، حکایت از توجه عمیق فقه اسلامی به جنبه‌های روانی و نیت واقعی طرفین عقد برای تضمین مشروعیت و پایداری رابطه زناشویی دارد (موسوی، ۱۳۹۹: ۱۱۲).

نتیجه‌گیری

ازدواج یکی از مهم‌ترین نهادهای اجتماعی و دینی است که دارای شرایط خاص فقهی هست. شرایط عقد ازدواج را به شکل کلی می‌توان به دو بخش شرایط شکلی و شرایط ماهوی تقسیم نمود. شرایط شکلی عبارت است از شرایطی است که در اصل و ماهیت عقد نکاح دخالت ندارد اما شرایط ماهوی شرایطی‌اند که در اصل و ماهیت عقد نکاح دخالت دارند. فقهای امامیه و حنفیه در شرایط ماهوی اتفاق نظر دارند اما در شرایط شکلی دارای نظرات مختلف‌اند. شرایط صیغه ایجاب و قبول، ولایت و شهود از جمله شرایط شکلی‌اند که فقهای امامیه و حنفی در آن اختلاف نظر دارند مثلاً فقه امامیه صیغه ایجاب و قبول باید با الفاظ ماضی و عربی باشد مگر در صورت عدم توانایی زوجین اما در فقه حنفی لازم نیست که صیغه عقد به عربی و ماضی انعقاد گردد. همچنین امامیه به این نظر است که الفاظ ایجاب باید با الفاظ خاصی که در قرآن و روایات وارد شده است، انعقاد گردد، اما در فقه حنفی الفاظ ایجاب منحصر در الفاظ خاصی نیست. فقه امامیه اذن ولی را در عقد دختر شرط می‌دانند برخلاف حنفی که قایل به این‌اند که اذن ولی شرط نیست. حضور شاهد از منظر فقهای حنفی لازم است اما در فقه امامیه لزومی ندارد. شرایط ماهوی مانند اهلیت (بلوغ و عقل)، قصد انشای عقد و معین بودن زوج و زوجه هست که مورد اتفاق امامیه و حنفیه‌اند.

فهرست منابع

قران کریم.

۱. آل بحر العلوم، سید محمد، (۱۳۶۲)، *بلغة الفقيه*، تهران: ناصر خسرو.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۲ ق)، *لسان العرب*، بیروت: دار التراث العربي، مؤسسه التاريخ العربي.
۳. الجزیری، عبد الرحمن، (بی تا)، *الفقه على المذاهب الاربعه*، بیروت: دارالفکر.
۴. تهانوی، محمد علي بن علي، (۱۱۵۸ ق)، *موسوعه کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم*، بیروت: دارالفکر.
۵. خمینی، روح الله (بی تا)، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۶. صادقی، محمد، (۱۳۸۹)، «*انعقاد عقد ازدواج در مذهب حنفیه*»، مطالعات فقهی و فلسفی، دوره سوم، شماره ۱۰.
۷. صادقی، محمد، (۱۳۹۵)، «*شرایط ازدواج در مذهب حنفی*»، فصلنامه تخصصی مطالعات فقهی و فلسفی، دور سوم، شماره ۱۱.
۸. صدری، سید محمد و ذاکری، حمید، (۱۳۹۳)، «*نگرشی نو بر اذن ولی قهری در نکاح باکره رسیده از منظر فقه و حقوق موضوعه*»، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، دوره چهارم، شماره ۸.
۹. ضیایی، محمد عادل؛ شریفی، بی گرد، (۱۳۹۳)، «*وجود شاهد در نکاح از منظر فقه مذاهب اسلامی*»، فصلنامه علمی - ترویجی مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی (فروغ وحدت)، دوره جدید، شماره ۳۷.
۱۰. طباطبایی حکیم، محسن، (۱۴۰۴ ق)، *مستمسک العروه الوثقی*، قم: مکتب المرعشی النجفی.
۱۱. عاطف الزین، سمیح، (۱۳۷۲)، *موسوعه الاحکام الشرعیه المیسر فی الکتاب و السنه*، بیروت: دارالکتب اللبنانی.



۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۲)، *اللمعه الدمشقیه*، مترجم: علی شیروانی و محمد مسعود عباسی، قم: دارالکتب الاسلامی.
۱۳. غضنفری، کلثوم؛ بادامچی، حسین و داوری، پروین، (۱۳۹۵)، «مطالعه تطبیقی شرایط ازدواج در دین زردشتی و اسلام»، زن در فرهنگ و هنر، دوره هشتم، شماره ۳.
۱۴. کرمانشاهی، سعید سیاه؛ عسکری، امیرعباس، (۱۴۰۳)، «نگرشی نو در تعیین حدود مداخله ولی در ازدواج دختر باکره: تبیین قلمروی حمایت و دخالت»، مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد، شماره ۱۳۷.
۱۵. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۳۰ ق)، *اصول الکافی*، قم: دارالحديث.
۱۶. محمد زاده، زینب، (۱۴۰۰)، «تحلیل انتقادی نظریه انحصارالفاظ ایجاب در عقد نکاح»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره چهارده، شماره ۲۸.
۱۷. موسوی، معصومه، (۱۳۹۹)، «کنکاش نو در صحت نکاح زوجه امامیه و زوج حنفی»، پژوهش‌های فقهی زنان و خانواده، دور دوم، شماره ۴.
۱۸. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، (۱۴۲۲ ق)، *انوار الفقاهه (کتاب النکاح)*، نجف: موسسه کاشف الغطاء.

مسئولیت کیفری ناظر از منظر فقه اسلامی و حقوق کیفری افغانستان و ایران

عادل ساریخانی^۱ | مهدی طاهری^۲

چکیده

منظور از ناظر قتل کسی است که صحنه وقوع قتل را مشاهده می‌کند و به‌رغم توان بر نجات مقتول، هیچ نوع اقدامی انجام نمی‌دهد. پژوهش حاضر با استفاده از روش تحقیق تحلیلی - توصیفی مسئولیت کیفری ناظر را در فقه و حقوق کیفری ایران و افغانستان مورد بحث قرار داده است. نتایج به‌دست آمده بیانگر آن است که به لحاظ فقهی چنانچه ناظر نقش دیدبانی را دارد و به‌نوعی با مباشر همکاری می‌کند، از باب معاونت در قتل مسئولیت کیفری داشته و مجازات آن کورکردن است. حقوق کیفری ایران و افغانستان نیز این مورد را به معاونت ملحق کرده، ولی مجازات خاصی تعیین نکرده است؛ اما در خصوص ناظر غیر دیدبان در فقه سه دیدگاه وجود دارد: مسئولیت کیفری مطلق، عدم مسئولیت کیفری و تفصیل بین فرض داشتن مسئولیت قانونی نجات مقتول و عدم آن. در حالت اول مطابق فقه و حقوق کیفری ایران و افغانستان ترک فعل و نظارت صحنه قتل، معاونت معنوی محسوب شده، ناظر قابل مجازات هست. در حالت دوم، فقها قائل به عدم مسئولیت کیفری هستند، ولی حقوقدانان به این باورند که اگر بین نظارت ناظر و نتیجه مجرمانه علیت و سببیت وجود داشته باشد، ناظر مسئول است، در غیر آن مسئولیتی ندارد.

واژگان کلیدی: حقوق کیفری ایران و افغانستان، فقه اسلامی، ناظر دیدبان، ناظر غیر دیدبان، مسئولیت کیفری.

۱. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم و عضو هیئت علمی جامعه المصطفی العالمیه.

۲. مدرس مدرسه علمیه جعفریه هرات و دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه.

مقدمه

یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق کیفری عمومی، بحث همکاری در ارتکاب فعل مجرمانه است. این همکاری می‌تواند به صورت‌ها و روش‌های متعددی تحقق پیدا کند. حقوق دانان صور تحقق جرم را شامل مباشرت، مشارکت، معاونت و تسبیب می‌دانند. در مباشرت فرد در انجام فعل مجرمانه به صورت مستقل و بدون مداخله دیگری فعل را محقق می‌سازد که در این صورت مسئولیت کیفری نیز متوجه مباشر خواهد بود. چون در حالت مباشرت حکم مسئله روشن است، خیلی جای بحث باقی نمی‌ماند؛ اما در صورتی که بیش از یک نفر یا عامل در تحقق فعل مجرمانه دخیل باشد در این صورت بحث تعیین مجازات و میزان مسئولیت هرکدام از شرکا مطرح می‌گردد. بحث مباشرت، مشارکت، معاونت و تسبیب در نظام جزایی اسلام به صورت مفصل و با جزئیات مورد بحث قرار گرفته است. در نظام کیفری ایران و افغانستان نیز این مباحث به صورت کلی مطرح شده است، اما قانون‌گذار ایران و افغانستان مصادیق و موارد هرکدام را به صورت مشخص بیان نکرده‌اند. در برخی موارد عدم بیان مصادیق، باعث ابهام در قانون شده و زمینه تفسیرهای متفاوت را از متن قانون فراهم نموده است. به گونه‌ای که اکثر حقوق دانان این عدم بیان را در حکم سکوت دانسته و به این باورند که چون قانون‌گذار سکوت نموده، پس بر اساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها باید تفسیر مضیق از قانون ارائه نمود.

یکی از مواردی که در فقه اسلامی به صورت مفصل و کامل مورد بحث قرار گرفته، مسئولیت کیفری، ناظر و دیدبان است. منظور از ناظر کسی است که در صحنه قتل حضور دارد، ولی هیچ‌گونه کاری برای نجات مقتول انجام نمی‌دهد و منظور از دیدبان کسی است که برای قاتل نگهبانی می‌دهد تا از آمدن پلیس یا افراد او را باخبر سازد. بدین صورت ملاحظه می‌شود که هرکدام از این دو دسته افراد به نحوی در تحقق فعل مجرمانه دخالت دارند. در فقه اسلامی هر دو مورد تحت عنوان معاونت در جرم مورد بحث قرار گرفته‌اند. در حالی که در نظام جزایی ایران و افغانستان در این خصوص رویکرد روشنی وجود ندارد. با توجه به اینکه قانون‌گذار ایران در ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی و قانون‌گذار افغانستان در ماده ۵۸ و ۵۹ کد جزا به بحث معاونت در جرم پرداخته و شرط تحقق آن عدم دخالت معاون در



عنصر مادی جرم دانسته، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا در حقوق کیفری ایران و افغانستان کسی که صحنه قتل عمد را نظارت و مشاهده می‌کند اما با وجود قدرت بر نجات مقتول از اقدام برای نجات او خودداری می‌کند، از مصادیق معاونت در قتل محسوب می‌شود یا خیر؟ به نظر می‌رسد بررسی پاسخ این مسئله نیازمند مطالعه تطبیقی مسئولیت ناظر از منظر فقه اسلامی و حقوق کیفری ایران و افغانستان باشد. ناظر یا مشاهده‌کننده قتل عمد به دو صورت قابل تصور است. یکی اینکه ناظر به عنوان دیدبان و همکار مرتکب است و دیگر اینکه ناظر صرف است. با توجه به این دو فرض پژوهش حاضر تلاش می‌کند با استفاده از روش تحقیق تحلیلی - توصیفی با رویکرد مطالعات تطبیقی ابتدا مسئولیت کیفری ناظر دیدبان را مورد بررسی قرار داده، بعداً به بررسی فرض‌های قابل تصور ناظر غیر دیدبان بپردازد.

۱. مسئولیت کیفری ناظر دیدبان

در حقوق کیفری اسلام، متکی به روایات وارده این باب تردیدی وجود ندارد که عنوان معاونت در جرم در خصوص کسی که دیدبانی می‌دهد تا قاتل، دیگری را به قتل برساند، صدق می‌کند و قابل مجازات است. فقها این مورد را به عنوان یکی از مصادیق معاونت در قتل مورد بررسی قرار داده‌اند. شیخ طوسی در این خصوص چنین آورده است: «إذا كان معهم رء ينظر لهم، فإنه يسمَل عينه، ولا يجب عليه القتل» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۴). اما در حقوق کیفری ایران و افغانستان بحث روشنی در این زمینه وجود ندارد. لذا چنانچه بخواهیم مسئولیت کیفری دیدبان را تعیین کنیم به نظر می‌رسد، باید مقررات کلی بحث معاونت در جرم را مد نظر داشته باشیم.

اگر چنانچه ناظر دیدبان را معاون جرم قلمداد کنیم مسئله‌ای که ممکن است مطرح شود این است که مجازات آن را چگونه باید محاسبه کرد. درواقع مسئله این است که معیار تخفیف یک درجه‌ای مجازات چیست؟ مشهور فقهای امامیه مجازات ناظر دیدبان را تسمیل دانسته‌اند (تبریزی، ۱۴۲۶: ۳۸). منظور از تسمیل کور کردن ناظر دیدبان است. مستند این قول نیز روایتی است که در خصوص مجازات ناظر دیدبان توسط امام علی بیان شده است: «سه متهم را نزد امیرالمؤمنین آوردند که یکی از آنها شخصی را گرفته و

دومی آن را می‌کشد و شخص سومی نظاره‌گر این صحنه بوده است. حضرت علی در مورد ناظر به کور کردن چشم حکم کرد و ممسک را محکوم به حبس ابد نمود و قاتل را به قصاص محکوم نمود» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷/۲۸۸). شیخ صدوق و شیخ طوسی نیز به این روایت استناد کرده‌اند (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴/۱۱۸؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰/۲۱۹). هرچند در این روایت واژه «ناظر» به صورت مطلق استعمال شده که شامل ناظر غیر دیدبان نیز می‌شود، اما مشهور فقهای امامیه منظور از کلمه ناظر در این روایت را به ناظر دیدبان اختصاص داده است. دلیلی که در این زمینه ارائه شده این است که در نقل این روایت در کتاب دعائم الاسلام عبارت «لثلاثیاتهم احد» آمده است که بیانگر آن است که شخص مذکور وظیفه دیدبانی را داشته است و صرف نظارت صحنه قتل نبوده است (نوذری فردوسی، رستمی قفس آبادی و جهانی، ۱۴۰۱: ۱۷۳؛ علیشاهی قلعه جوقی و کریمی، ۱۳۹۸: ۵۸). مشهور فقهای امامیه نیز به این باورند که مجازات کورکردن اختصاص به همین مورد ناظر دیدبان دارد. لذا صرف مشاهده صحنه قتل را شامل نمی‌شود (سلار، ۱۴۰۴: ۲۳۸؛ حلی، ۱۴۱۳، ۲/۲۸۳).

بنابراین در فقه هرچند عنوان معاونت را در خصوص ناظر دیدبان به کار می‌برند، اما مجازات مشخصی را در خصوص آن مدنظر قرار می‌دهند. درحالی که در حقوق کیفری ایران و افغانستان مجازات ناظر دیدبان بر اساس مقررات بخش معاونت تعیین شده و تفاوتی بین ناظر دیدبان و سایر معاونت‌ها وجود ندارد. درواقع این یک نوع رویکرد دوگانه فقه و حقوق موضوعه در ایران و افغانستان است. درحالی که ادعای قانون‌گذار هردو کشور متابعت از قوانین کیفری اسلام است، اما در عمل دیده می‌شود که در برخی موارد نظام جزایی دوگانه وجود دارد.

۲. مسئولیت کیفری ناظر غیر دیدبان

یکی از مسائلی که در فقه اسلامی مورد بحث قرار گرفته مسئله ناظر یا کسی است که صحنه قتل را مشاهده می‌کند، اما هیچ کاری برای نجات مقتول انجام نمی‌دهد. فقهای اسلامی در خصوص اینکه آیا چنین فردی مسئولیت کیفری دارد یا خیر اختلاف نظر دارند. از مجموع آرای فقها می‌توان چنین استنباط نمود که در مورد مسئولیت کیفری ناظر سه دیدگاه وجود



دارد. برخی ناظر را به صورت مطلق فاقد مسئولیت کیفری دانسته‌اند، گروهی آن در نقطه مقابل قائل به مسئولیت مطلق ناظر شده‌اند و برخی نیز بین ناظر مسئول و غیرمسئول تفکیک قائل شده‌اند. برای توضیح بیشتری این مسئله هرکدام را به صورت جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۲. نظریه مسئولیت مطلق ناظر غیر دیدبان

برخی از فقها بدون اینکه بین ناظر دیدبان و غیر دیدبان تفکیک قائل شود، صرف حضور در صحنه قتل و عدم اقدام برای نجات مقتول را موجب مسئولیت کیفری دانسته‌اند. مستند این قول عموم روایاتی است که دال بر مسئول بودن ناظرند (طرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲/ ۴۶۸). در واقع مبنای این نظریه توسعه واژه ناظر است که در برخی روایات آمده است. بدین صورت که ناظر را اعم از ناظری که قصد همکاری و مساعدت به قاتل را دارد و ناظری که قصد مساعدت ندارد دانسته‌اند. به نظر می‌رسد چنین برداشتی از مفهوم واژه ناظر حداقل خلاف فهم عرفی باشد. زیرا عرف بین فردی که به قصد همکاری با قاتل صحنه قتل را مشاهده می‌کند و بین فردی که بدون قصد همکاری شاهد صحنه قتل است تفاوت قائل می‌شود. مگر اینکه ادعا شود، مفهوم ناظر در روایات توقیفی است که اثبات چنین ادعایی نیز مشکل به نظر می‌رسد. بنابراین نظریه مسئولیت مطلق ناظر نه تنها با عقل و منطق سازگاری ندارد، بلکه مورد تأیید عرف نیز نیست. ضمن اینکه ممکن است ادعا شود که ناظر قصدش از مشاهده صحنه قتل این بوده که بعداً علیه قاتل شهادت بدهد که این صورت مسئول دانستن او جدا با مشکل مواجه خواهد شد.

۲-۲. نظریه عدم مسئولیت کیفری ناظر غیر دیدبان

مشهور فقهای امامیه قائل به عدم مسئولیت ناظر غیر دیدبان است و بسیاری از فقها به این مسئله تصریح کرده‌اند. مبنای این نظریه در حقیقت پاسخ به این مسئله است که آیا در تحقق عنوان معاونت وحدت قصد بین معاون و مباشر شرط است یا خیر؟ چنانچه پاسخ به این سؤال مثبت باشد، ناظری که قصد همکاری و مساعدت به قاتل را ندارد، مسئولیت کیفری نخواهد داشت. مشهور فقهای امامیه چون وحدت قصد را شرط تحقق معاونت در قتل می‌دانند، قائل به عدم مسئولیت کیفری ناظر است (مفید، ۱۴۱۳، ۷۴۵؛ طوسی،

۱۴۰۰، ۷۴۴؛ حلی، ۱۴۲۰، ۵۱۴/۲؛ مدنی، ۱۴۱۷، ۱۵؛ اردبیلی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۴۹). از نظر مشهور فقهای امامیه مجازات کور کردنی که در خصوص ناظر بیان شده، دلالت بر ناظری می‌کند که با قاتل قصد همکاری و مساعدت داشته است. لذا بین دیدبان و ناظر تفاوت وجود دارد. لذا برخی از فقهای امامیه در این خصوص چنین تصریح کرده‌اند: «هرگاه شخصی انسانی را در مهلکه‌ای ببیند و با قدرت بر نجات او از این کار صرف نظر کند، هیچ‌گونه ضمانتی متوجه او نخواهد بود» (علامه، ۱۴۲۰، ج ۵/۵۵۱). استدلالی که در مورد این دیدگاه مطرح می‌شود این است که صرف مشاهده صحنه قتل امر عدمی است. لذا امر عدمی نمی‌تواند موجد امر وجودی باشد. به همین دلیل صرف مشاهده که ترک فعل و امر عدمی است، دلیلی بر مسئولیت کیفری که امر وجودی است، تلقی شده نمی‌تواند. اما چنین استدلالی قابل نقض است. زیرا در بسیاری از موارد صرف ترک فعل موجب مسئولیت کیفری است (میر محمدصادقی، ۱۳۹۶: ۴۵). ضمن اینکه چنین طرز تلقی از رفتار ناظر مبتنی بر دقت فلسفی عقلی است. درحالی که مبنای جرم انگاری نگاه عرفی است. بنابراین در صورتی که به لحاظ عرفی بین دو چیز رابطه علیت و سببیت شکل بگیرد، برای مسئولیت کیفری کافی است. علاوه بر اینکه برخی از فقها به نحوی تسبیب عدمی را نیز پذیرفته‌اند (شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۲/۱۶۰). شاید بتوان گفت مهم‌ترین استدلال برای اثبات نظریه عدم مسئولیت کیفری ناظر غیر دیدبان این باشد که صرف نظارت موجب ظن به مسئولیت می‌شود و هر جا ظن به مسئولیت حاصل شود، اصل عدم مسئولیت است. بنابراین عدم مسئولیت ناظر از باب تسبیب عدمی و وجودی نیست، بلکه از باب عدم دلیل و عدم یقین به مسئولیت است.

قانون‌گذار ایران به پیروی از رأی مشهور فقهای امامیه، وحدت قصد را در تحقق معاونت در جرم شرط دانسته است. هرچند در خصوص مسئولیت کیفری ناظر حکم روشنی بیان نکرده است، اما از معیار و ملاک تحقق معاونت می‌توان چنین استنباط نمود که ناظری که نقشی در تحقق جرم نداشته و رفتارش عرفاً معاونت در جرم محسوب نشود، مسئولیت کیفری نخواهد داشت. در رأی شماره ۲۵۰۴-۱۳۷۱/۱۱/۶ دیوان عالی کشور ایران نیز بر عدم مسئولیت کیفری کسی که صرفاً صحنه جرم را مشاهده می‌کند، تأکید شده است:



«سکوت و عدم اقدام به جلوگیری از ارتکاب بزه را نمی‌شود معاونت تلقی کرد. بنابراین، اگر کسی در حضور دیگری، مرتکب قتل شود و شخص حاضر با امکان جلوگیری سکوت اختیار کنند شخص حاضر مستوجب هیچ‌گونه مجازاتی نیست».

قانون‌گذار افغانستان نیز در خصوص مشاهده‌کننده‌ی که برای نجات مقتول کاری انجام نمی‌دهد، حکم روشنی ندارد. بلکه برای به دست آوردن حکم این مسئله باید دید که آیا عنوان معاونت بر چنین فردی دلالت می‌کند یا خیر؟ هرچند فقهای حنفی و قانون‌گذار افغانستان به صورت روشن به مسئله وحدت قصد بین قاتل و معاون اشاره نکرده است، اما از ظاهر ماده ۵۹ کد جزای افغانستان این‌گونه برداشت می‌شود که عنوان معاونت بر کسی که صحنه قتل را مشاهده می‌کند ولی هیچ اقدامی برای نجات مقتول انجام نمی‌دهد، صدق نمی‌کند (شرح کد جزا، ۱۳۹۸: ۱۴۵). زیرا قانون‌گذار افغانستان معاونت را از باب سببیت می‌داند. لذا بدون تحقق سببیت بین رفتار ناظر و مردن مقتول، مسئولیتی متوجه ناظر نخواهد بود (علامه، ۱۳۹۶: ۸۷).

بنابراین بر اساس رأی مشهور فقهای امامیه و حقوق کیفری ایران و افغانستان کسی که بدون قصد همکاری با قاتل صرفاً ارتکاب قتل توسط دیگری را مشاهده می‌کند و به‌رغم توان بر جلوگیری، هیچ نوع اقدامی برای نجات مقتول انجام نمی‌دهد، مسئولیت کیفری ندارد. اما به نظر می‌رسد چنین نتیجه‌گیری و استنباطی از مواد قانون ایران و افغانستان، برداشت نادرست و ناقص باشد. زیرا در حقوق کیفری ایران و افغانستان مواردی وجود دارد که ناظر حتی در صورتی که نقش دیدبان را بازی نکند، مسئولیت کیفری دارد و قابل مجازات دانسته می‌شود. تازه بر اساس احکام فقهی و احکام تکلیفی که در خصوص حرمت عدم کمک برای نجات مؤمن در آیات و روایات بیان شده می‌توان گفت، مبنای رأی مشهور فقهای امامیه مبتنی بر عدم مسئولیت ناظر دچار اشکال و قابل خدشه است. لذا این نظریه نه تنها از بعد عقلانی و منطقی قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد، بلکه از لحاظ مبانی دینی نیز قابل دفاع نیست. زیرا اگرچه امکان اعمال مجازات ناظر دیدبان در خصوص ناظر غیر دیدبان وجود ندارد، اما این دلیل نمی‌شود که مسئولیت‌های دیگری نیز متوجه ناظر نباشد. حداقل چیزی که می‌توان در این خصوص گفت این است که شخص ناظری که توان نجات مقتول



را دارد، اما هیچ اقدامی برای نجات او انجام نمی‌دهد، مرتکب کار حرامی شده که ارتکاب حرام نیز خود می‌تواند یکی از موجبات تعزیر باشد. لذا برخی از فقها بین اینکه ناظر قتل وظیفه قانونی بر دفاع و نجات مقتول داشته باشد یا خیر تفاوت قائل شده‌اند که در ذیل به بررسی آن می‌پردازیم.

۲-۳. نظریه تفصیل بین ناظری که وظیفه قانونی دارد با ناظری که وظیفه قانونی ندارد یکی از دلایل که مشهور فقهای امامیه در خصوص عدم مسئولیت ناظر غیر دیدبان مطرح کردند، این بود که رفتار ناظر ترک فعل محسوب می‌شود و ترک فعل امر عدمی است، لذا امر عدمی نمی‌تواند موجب امر وجودی که مسئولیت کیفری باشد گردد. در پاسخ به این مسئله قبلاً نیز اشاره کردیم که اولاً عرف چنین دقت عقلی را نمی‌پذیرد، ثانیاً در بسیار موارد ترک فعل موجب مسئولیت کیفری است. لذا برخی از فقها و حقوقدانان در خصوص مسئولیت کیفری ناظر بین زمانی که ناظر وظیفه قانونی برای نجات جان مقتول دارد و بین زمانی که چنین وظیفه‌ای ندارد، تفکیک قائل شده‌اند. این مسئله در واقع بر می‌گردد به چگونگی رابطه بین ناظر و مقتول. در این فرض رابطه ناظر و مقتول به دو صورت قابل تصور است. یکی اینکه ناظر هیچ‌گونه مسئولیتی در قبال جان مقتول ندارد، دیگر اینکه ناظر مسئول حفظ جان مقتول است یا به صورت قانونی یا به صورت قراردادی و یا به صورت عرفی. در صورت اول نیز باید دید آیا رفتار و مشاهده صرف ناظر از مقدمات نزدیک قتل محسوب می‌شود یا خیر؟ آیا عرف چنین ناظری را مسئول می‌داند یا خیر؟ برای بیان پاسخ این سؤال‌ها در این قسمت هرکدام از دو حالت فوق را با فروعات آن مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۲-۳. مسئولیت کیفری ناظری که در قبال مقتول وظیفه محافظت دارد

مسئولیت حفاظت مقتول توسط ناظر ممکن است به یکی از سه صورت قانونی، عرفی و قراردادی باشد. در هر سه صورت اینکه قائل به عدم مسئولیت کیفری ناظر باشیم، امر دشوار و غیر قابل پذیرش به نظر می‌رسد. زیرا در این صورت ترک فعل خود موجب مسئولیت کیفری است. بنابراین در صورت که به لحاظ وظیفه قانونی، یا قرارداد و یا عرف شخص مسئول حفاظت از مقتول باشد، اما با سوءنیت اقدامی برای نجات جان او انجام ندهد، درواقع مرتکب جرم ناشی از ترک فعل شده است. به همین دلیل امکان اینکه رابطه سببیت



بین این ترک فعل و نتیجه حاصل از جرم برقرار شود وجود دارد و بدین ترتیب می‌توان گفت که ناظر مسئولیت کیفری خواهد داشت. لذا برخی از فقهای امامیه در این صورت قائل به مسئولیت کیفری ناظر هستند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۱/۳۸۸).

قانون‌گذار ایران نیز در ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مسئولیت کیفری ناظری که وظیفه قانونی داشته باشد را به رسمیت شناخته چنین آورده است: «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده‌گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته است جنایت حاصل به او مستند می‌شود و حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض است، مانند این که مادر یا دایه‌ای که شیر دادن را برعهده‌گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند». همچنین در تبصره ۲ ماده ۵۱۴ قانون مذکور در خصوص مسئولیت کیفری مسئولین و افراد در قبال آسیب‌های ناشی از حوادث طبیعی چنین آمده است: «افراد یا دستگاه‌هایی که مسئولیت اصلاح یا رفع آثار این گونه حوادث را بر عهده‌دارند، در صورت تقصیر یا قصور قابل استناد در انجام وظیفه، ضامن می‌باشند». به همین ترتیب در تبصره ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی ایران در مورد مسئولیت کیفری ناشی از ترک فعل درجایی که وظیفه قانونی وجود داشته باشد، چنین آمده است: «کسانی که حسب وظیفه یا قانون مکلف به مقابله با خطر می‌باشند نمی‌توانند با تمسک به این ماده از ایفای وظایف قانونی خود امتناع نمایند». مطابق حقوق کیفری افغانستان نیز درجایی که ناظر وظیفه قانونی برای حفاظت از مقتول داشته باشد، اما کاری برای نجات او انجام ندهد، قابل مجازات هست.

بنابراین مطابق حقوق کیفری ایران و افغانستان درجایی که ناظر مسئولیت قانونی برای نجات مقتول داشته باشد، قابل مجازات هست، هرچند که با قاتل وحدت قصد نیز نداشته باشد و نقش دیدبانی را نیز بازی نکند. زیرا در این صورت ناظر با عدم مداخله خود، وقوع جرم را تسهیل نموده، لذا عنوان معاونت در جرم بر او صدق می‌کند. اما مسئله‌ای که ممکن است مطرح شود این است که اگر فردی که وظیفه قانونی دارد، ناظر صحنه قتل باشد و از روی غفلت و بی‌احتیاطی اقدامی برای نجات مقتول انجام ندهد، بازهم مسئولیت کیفری



خواهد داشت یا خیر؟ در این خصوص دیدگاه‌های مختلفی از سوی حقوق‌دانان و فقها مطرح شده است. برخی به این باورند که در صورتی که ترک فعل ناظر از روی سهل‌انگاری و غفلت باشد، عنوان معاونت صدق نمی‌کند، اما حسب مورد ناظر ضامن جنایت خواهد بود (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱/۱۹۸). منظور از اینکه فرد معاون محسوب نمی‌شود، شاید این باشد که اثبات وحدت قصد امکان‌پذیر نیست. بلکه خود فرد ضامن قلمداد می‌شود. تفاوت اینکه این ضمانت از باب معاونت باشد یا به صورت مستقل در این است که اگر معاونت صدق کند، مسئولیت ناظر اعاره‌ای خواهد بود. یعنی تابع مسئولیت مرتکب محسوب می‌شود. اما اگر معاونت صدق نکند، مسئولیت ناظر ربطی به مسئولیت مرتکب نخواهد داشت.

اما برخی دیگر به این باورند که حتی در فرض سهل‌انگاری و غفلت نیز عنوان معاونت در جرم صدق می‌کند. چون ناظر وظیفه داشته برای نجات مقتول اقدامی انجام دهد، اما این وظیفه خود را ترک نموده که همین ترک وظیفه باعث تسهیل ارتکاب جرم شده است. عرف نیز چنین حالتی را قابل مجازات می‌داند (میر محمدصادقی، ۱۳۹۶: ۳۰). به نظر می‌رسد الحاق ترک فعل ناشی از سهل‌انگاری به مسئله معاونت در جرم در حقوق کیفری ایران مشکل باشد. زیرا چنانچه قبلاً نیز اشاره شد، شرط تحقق معاونت در جرم وحدت قصد بین معاون و فاعل اصلی است. درحالی‌که در این صورت ناظر ممکن است قصد همکاری و همراهی با فاعل را نداشته باشد. لذا مسئولیت ناظر نه از باب معاونت در جرم بلکه از باب ترک وظیفه قانونی باید باشد. به عبارت دیگر مجازاتی که بر ناظر در فرض غفلت و سهل‌انگاری اعمال می‌گردد، مجازات معاون جرم نیست. بلکه مجازات مستقلی است که قانون‌گذار در این مورد خاص پیش‌بینی کرده است. به دلیل اینکه حتی اگر جرم ناشی از حوادث طبیعی باشد، بازهم ناظر که وظیفه قانونی دارد، قابل مجازات است. درحالی‌که اگر فرض معاونت درست باشد، چون عامل اصلی یعنی حادثه طبیعی مسئولیت کیفری ندارد، پس معاون که فرد ناظر هست نیز نباید مسئولیت کیفری داشته باشد.

اما در حقوق کیفری افغانستان پاسخ این مسئله فرق می‌کند. بدین صورت که قانون‌گذار افغانستان معاونت در جرم را از باب تسبیب دانسته است. لذا در تسبیب اولاً وحدت قصد شرط نیست، ثانیاً امکان اینکه عامل اصلی جنایت حادثه طبیعی یا حیوان باشد و معاون



فرد انسانی باشد، نیز وجود دارد (نبوی، ۱۳۹۵: ۶۷). لذا ممکن است ناظری که وظیفه قانونی برای حفاظت از مقتول را به عهده داشته، اما در هنگام غرق شدن مقتول با وجود اینکه توان بر نجات او را داشته، هیچ اقدامی نمی‌کند، معاون محسوب شود. ولی در این فرض نیز اشکالی که مطرح می‌شود این است که میزان تعیین مجازات ناظر چگونه خواهد بود. درحالی‌که باید مجازات فاعل اصلی مشخص باشد تا بتوانیم معاون را به یک درجه کمتر از او محکوم نماییم. لذا به نظر می‌رسد از منظر حقوق کیفری افغانستان معاونت در فرض سهل‌انگاری و غفلت در برخی موارد قابل اثبات و دفاع نباشد.

۲-۳-۲. در صورتی که ناظر وظیفه قانونی در قبال مقتول نداشته باشد

در نگاه ابتدای شاید چنین به نظر برسد که ناظری که وظیفه دیدبانی را ندارد و هیچ‌گونه وظیفه قانونی یا قراردادی در قبال نجات مقتول نیز به عهده ندارد، نباید به صرف نظارت و مشاهده صحنه قتل قابل مجازات پنداشته شود. اما مسئله به این سادگی نیست. بلکه در این خصوص نیز صور و مواردی وجود دارد که ممکن است عنوان معاونت در قتل بر ناظر غیر دیدبان صدق کند. بدین صورت که گاهی ممکن است نوع ارتباطی که بین ناظر و مقتول وجود دارد، از نظر عرف برای ناظر وظیفه ایجاد کند یا ممکن است مشاهده جنایت مصداق یکی از اسباب نزدیک در وقوع جرم محسوب شود که هردو صورت از نظر عرفی مشاهده کنند مسئولیت کیفری خواهد داشت (نوذری فردوسی، رستمی قفس آبادی و جهانی، ۱۴۰۱: ۱۷۷). برای مثال در فرضی که حضور ناظرین موجب تشویق و ترغیب قاتل شود یا ناظر باعث جری‌تر شدن قاتل شود، تردیدی وجود ندارد که عنوان معاونت در جرم صادق است و ناظر مسئولیت کیفری خواهد داشت. چنانکه برخی از حقوقدانان به این مسئله چنین تصریح کرده‌اند: «خویش‌داری به منظور تسهیل وقوع جرم و یا خودداری از منع ارتکاب جرم که از آن افاده تحریک یا ترغیب شود ممکن است نوعی معاونت تلقی شود» (اردبیلی، ۱۳۹۸، ج ۱/۴۹). فرض دیگر نیز این است که حضور نظارت‌کننده صحنه جرم مانع به موقع رسیدن نیروهای امداد شود که در این صورت چنانچه حضور شخص در صحنه جرم عمدی باشد، ممکن است باعث مسئولیت کیفری او شود. زیرا ناظر با حضور خود به نوعی در تحقق نتیجه جرم با مجرم همکاری و مساعدت نموده است.

بنابراین معیار اینکه ناظر غیر دیدبان حتی در فرض عدم وجود وظیفه قانونی و قراردادی به عنوان معاون محسوب شود، رابطه علیت بین رفتار ناظر و تحقق نتیجه مجرمانه است. لذا حتی در صورتی که این رابطه یک نوع رابطه بعید هم باشد، ممکن است عنوان معاونت صادق باشد. زیرا در این صورت هر چند وحدت قصد صریح وجود ندارد، اما وحدت قصد معنوی قابل تصور است. بدین صورت که اولاً ممکن است نفس نظارت موجب قوت قلب مرتکب شود و او را در فعل مجرمانه اش تشویق و ترغیب نماید. ثانیاً روایتی که در مورد مسئولیت ناظر قبلاً بیان شد، اطلاق دارد و ناظر غیر دیدبان را نیز شامل می‌شود.

اما در صورتی که رابطه‌ای بین نظارت ناظر غیر دیدبان و نتیجه رفتار مجرمانه رابطه و علیتی هر چند بعید وجود نداشته باشد، عرف و عقلاً چنین نظارتی را قابل مجازات نمی‌داند. به‌ویژه اینکه امروزه با توسعه و گسترش جوامع امکان اینکه فردی با صحنه قتل مواجه شود و از روی غفلت یا صرفاً تفنن به تماشای آن بپردازد خیلی زیاد است. درحالی که برخی حتی در این صورت نیز قائل به مسئولیت کیفری ناظر غیر دیدبان است. بدین صورت که مسئولیت کیفری آن را نه باب معاونت در قتل بلکه از باب تسبیب مورد بحث قرار داده‌اند. این فرض در صورتی درست است که تسبیب به صورت سلبی را قبول داشته باشیم. چنانکه برخی به این مسئله چنین تصریح کرده‌اند: «تسبیب به صورت سلبی یا از طریق ترک عمل، در مواردی صدق می‌کند که انجام عملی برای حفظ مال یا جان کسی لازم باشد و شخص از انجام آن عمل بازدارنده از اتلاف سرباز زند» (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۱۲۷). برخی دیگر مسئولیت ناظر در این صورت را نه به خاطر نقش او در قتل بلکه از باب ارتکاب فعل حرام قابل تعزیر دانسته‌اند. درواقع صرف اینکه شخصی باوجود توان بر جلوگیری از وقوع یک کار حرام آن را ترک می‌کند، از مصادیق رفتارهای حرام موجب تعزیر محسوب می‌شود. لذا حاکم شرع می‌تواند چنین افرادی را تعزیراً مجازات نماید (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱/ ۵۶۶). این دیدگاه در فرضی درست است که نظارت صحنه قتل را مصداق فعل حرام بدانیم. در غیر این صورت مجازات شخص به صرف نظارت صحنه قتل بدون اینکه بین این نظارت و تحقق نتیجه مجرمانه رابطه علیت و سببیت وجود داشته باشد، از نظر عرف و عقلاً امر غیرقابل قبولی پنداشته می‌شود.

نتیجه گیری

یکی از مسائلی که در فقه و حقوق اسلامی مورد توجه فقها قرار گرفته، مسئولیت کیفری کسی است که صحنه قتل را مشاهده می کند و با وجود توان بر نجات جان مقتول، هیچ گونه اقدامی انجام نمی دهد. اصطلاح فقهی که در خصوص چنین فردی به کار می رود «ناظر» است. نظارت صحنه قتل ممکن است به دو صورت تحقق پیدا کند، یکی به صورت دیدبانی و دیگری به صورت صرف تماشا. در صورت اول چون بین قاتل و ناظر نوعی همکاری و مساعدت وجود دارد، عنوان معاونت در قتل صدق می کند. لذا فقهای اسلامی نیز این صورت را تحت عنوان معاونت در قتل مورد بحث قرار داده اند. در حقوق کیفری ایران و افغانستان حکم روشنی در این زمینه وجود ندارد. اما از ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی ایران و ماده ۵۸ و ۵۹ کد جزای افغانستان می توان چنین استنباط کرد که ناظر دیدبان حکم معاون را دارد. تفاوتی که در این خصوص بین آرای فقها و حقوق کیفری ایران و افغانستان وجود دارد، این است که مجازات ناظر دیدبان در فقه امامیه کور کردن چشم است و با سایر معاونت ها متفاوت است. اما در حقوق کیفری ایران و افغانستان نه تنها مجازات مشخصی در مورد ناظر دیدبان پیش بینی نشده، بلکه هیچ نوع تفاوتی بین او سایر معاونت ها نیز در نظر گرفته نشده است.

اما در صورتی که ناظر نقش دیدبانی را نداشته باشد، بین فقها در خصوص صدق عنوان معاونت و عدم آن اختلاف نظر وجود دارد. برخی قائل به عدم مسئولیت مطلق ناظر غیر دیدبان اند و برخی دیگر قائل به مسئولیت مطلق. اما گروه سوم بین حالتی که ناظر غیر دیدبان وظیفه قانونی در قبال مقتول داشته باشد یا خیر تفاوت قائل شده اند. در صورتی که ناظر غیر دیدبان مسئولیت قانونی حفاظت از مقتول را به عهده داشته باشد، تردیدی وجود ندارد که هم به لحاظ فقهی، هم به لحاظ حقوقی و هم به لحاظ عرفی مسئولیت کیفری داشته و قابل مجازات هست. اما در صورتی که وظیفه قانونی نداشته باشد، باید بین حالات مختلف تفاوت قائل شد. بدین صورت که اگر بین نظارت مرتکب و تحقق نتیجه جرم رابطه علیت و سببیت اعم از علیت نزدیک و بعید وجود داشته باشد، عنوان معاونت در قتل صادق بوده و قابل مجازات هست. ولی در صورتی که چنین رابطه علیتی وجود نداشته باشد،





مشکل است بتوان حکم به مسئولیت کیفری ناظر داد. هرچند که در این فرض نیز برخی از فقها از باب تسبیب و یا ارتکاب حرام قائل به مسئولیت کیفری ناظر هستند. اما قانون‌گذار ایران و افغانستان در این مورد سکوت نموده حکم روشنی بیان نکرده است. لذا بهتر است قوانین کیفری ایران و افغانستان در این خصوص بازنگری و مقررات آن با احکام فقهی همسان‌سازی شود.

۱. ---، (۱۳۹۸)، شرح کد جزای افغانستان، کابل: نشر بنیاد آسیا.
۲. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۹۸)، حقوق جزای عمومی، تهران: میزان.
۳. بجنوردی، سید محمد، (۱۴۰۱)، قواعد فقهیه، تهران: عروج.
۴. تبریزی، جواد، (۱۴۲۶)، تنقیح مبانی الاحکام - کتاب قصاص، قم: دارالصدیقه الشهیده.
۵. حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم: امام صادق.
۶. حلی، محمدبن حسن، (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: نشر اسلامی.
۷. سلار، حمزه بن عبدالعزیز، (۱۳۰۴)، المراسم العلویه و الاحکام النبویه، قم: نشر الحرمین.
۸. شوشتی، سید محمد حسن، (۱۴۲۷)، دیدگاه های نو در حقوق، تهران: میزان.
۹. شیخ طوسی، محمدبن حسن، (۱۴۰۰)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دارالکتاب العربی.
۱۰. شیخ طوسی، محمدبن حسن، (۱۴۰۷)، الخلاف، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۱۱. صدوق، محمدبن علی، (۱۴۱۳)، من لایحضره الفقیه، قم: نشر اسلامی.
۱۲. علامه، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم: انتشارات امام صادق.
۱۳. علامه، غلام حیدر، (۱۳۹۶ ب)، حقوق جزای عمومی افغانستان، کابل: انتشارات امیری.
۱۴. علیشاهی قلعه جوئی، ابوالفضل و کریمی، اسحاق، (۱۳۹۸)، «مجازات معاونت به گونه امساک در فقه شیعه و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۶، شماره ۵۸، صص ۱۴۷ - ۱۷۲.
۱۵. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۲)، موجبات ضمان، تهران: میزان.
۱۶. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷)، الکافی، تهران: انتشارات اسلامی.





۱۷. مدنی، یوسف، (۱۴۱۷)، کتاب القضا، قم.
۱۸. مراغی، میرعبدالفتاح، (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیه، قم: انتشارات اسلامی.
۱۹. مفید، محمدبن محمد، (۱۴۱۳)، المقتنعه، قم: کنگره جهانی شیخ مفید.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷)، استفتائات جدید، قم: انتشارات امام علی بن ابی طالب.
۲۱. میرمحمد صادقی، حسین، (۱۳۹۶)، جرائم علیه اشخاص، تهران: میزان.
۲۲. نبوی، نعمت‌الله، (۱۳۹۵)، حقوق جزای عمومی افغانستان، کابل: نشر واژه
۲۳. نودری فردوسی، محمد؛ رستمی قفس آبادی، علیرضا و جهانی، محمد، (۱۴۰۱) «بازپژوهی فقهی مسئولیت کیفری ناظر غیردیدبان در جنایت قتل عمد»، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۸، شماره ۶۸، صص ۱۷۰-۱۹۴.

چالش مجازات اعدام و مصالح کودک در حقوق اسلام و اسناد بین الملل

سید میرآغا کاظمی^۱

چکیده

تنبیه بدنی و مجازات‌های سالب حیات، در اسناد بین‌المللی و نظام‌های حقوقی اکثر کشورها نسبت به افراد زیر ۱۸ سال کنار گذاشته شده است؛ اما در مقابل، با توجه به منابع فقه اسلامی که سن اهلیت کیفری را ۹ و دوازده سال بیان کرده است؛ شهروندان زیر ۱۸ سال در صورت وجود سایر شرایط می‌توانند مورد حکم اعدام و سایر احکام کیفری قرار گیرد. صرف نظر از عبرت‌انگیزی این نوع مجازات‌ها در کاهش جرایم، تبعات این نوع مجازات برای جامعه دینی، در مواردی می‌تواند بسیار سنگین باشد، لذا سعی شده است در این نوشتار، از رهگذر مصلحت که جایگاه مهمی در منابع فقه اسلام دارد به حل این چالش بنگرد و به این سؤال پاسخ دهد که آیا می‌شود از اعدام این دست از شهروندان صرف نظر کرد. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که پاسخ به این پرسش مثبت است؛ دلایل استنادی این پیشنهاد موارد از قبیل ملاک نبودن سن در اهلیت کیفری، ناسازگاری مجازات‌های سالب حیات با مصالح اطفال و درنهایت ناسازگاری آن با مصالح کلی اسلام و جامعه اسلامی ذکر شده است.

کلیدواژه: مجازات‌های سالب حیات، مصالح عالی، اطفال، فقه اسلامی، اسناد بین‌الملل.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی - اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه.

درآمد

سیاست جنایی بین‌المللی اعمال مجازات‌های سالب حیات و تنبیه بدنی بر افراد زیر ۱۸ سال را با توجه به پیامدهای زیانبار آن کنار گذاشته است. برای نخستین بار از رهگذر بند ۵ ماده میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶ م.) این کنار گذاری انجام پذیرفت به موجب این بند مقرر شد که حکم اعدام در مورد جرائم ارتكابی اشخاص کمتر از ۱۸ سال صادر نمی‌شود. مطابق ماده ۱۷ قواعد حداقل سازمان ملل متحد در زمینه عدالت کیفری اطفال و نوجوانان (۱۹۸۵ م.)، حذف پاسخ‌های بدنی در قبال بزهکاری اطفال مورد تأکید قرار گرفته است. این ماده تصریح می‌کند که «مجازات اعدام برای هیچ جرمی از سوی اطفال و نوجوانان مقرر نخواهد شد و این گروه در معرض تنبیه بدنی قرار نخواهند گرفت». همچنین، پیمان حقوق کودک (۱۹۸۹ م.) حذف پاسخ‌های بدنی را به عنوان یکی از ابعاد اصلی سیاست جنایی ناظر به اطفال بزهکار معرفی کرده است. بر اساس بند الف ماده ۳۷ این پیمان: «هیچ کودکی نباید تحت شکنجه یا سایر رفتارهای بی‌رحمانه، غیرانسانی یا مغایر شئون انسانی قرار گیرد. اعمال مجازات اعدام یا حبس ابد بدون امکان بخشودگی برای کودکان زیر ۱۸ سال ممنوع است». این اسناد بین‌المللی با رویکرد منفی نسبت به اعمال پاسخ‌های کیفری بدنی علیه اطفال، دولت‌ها را از طریق اسناد الزام‌آور و ارشادی به حذف این پاسخ‌ها ترغیب می‌کنند. از سوی دیگر، در فقه اسلامی و سیاست کیفری اسلام، دختران ۹ ساله و پسران ۱۵ ساله (سنین بلوغ شرعی) همسان بزرگسالان تلقی شده و مشمول دریافت پاسخ‌های کیفری بدنی، از جمله مجازات اعدام، قرار می‌گیرند.

سیاست جنایی ایران در این زمینه در تقاطعی میان دو نظام کیفری متفاوت قرار دارد: از یک سو تلاش می‌کند اصول و مقررات شرعی را به طور کامل رعایت کند و از سوی دیگر می‌کوشد به تعهدات بین‌المللی خود در قبال حقوق کودک پایبند باشد. این وضعیت منجر به چالشی اساسی برای سیاست‌گذاران کیفری ایران شده است. لذا این مسئله مطرح می‌شود که چگونه می‌توان بین این دو نظام کیفری متعارض سازگاری ایجاد کرد؟

این چالش، به ویژه در زمینه پذیرش اسناد الزام‌آور بین‌المللی، به نحوی که با اصول شرعی در تعارض نباشد، برجسته‌تر می‌شود. نوشتار حاضر با تحلیل این مسئله، بر آن است که با



بهره‌گیری از ظرفیت‌های درون فقهی اسلام، راه حلی برای کنار گذاری مجازات‌های بدنی و سالب حیات در قبال اطفال بزه‌کار ارائه کند. هدف نهایی، یافتن دیدگاهی است که ضمن سازگاری با چارچوب شرعی، بتواند الزامات بین‌المللی را نیز پاسخ‌گو باشد.

۱. مفهوم شناسی

قبل از آن‌که به بررسی امکان کنار گذاشتن مجازات‌های بدنی در خصوص کودکان در فقه و اسناد بین‌المللی بپردازیم، لازم است، برخی گزاره‌ها و واژه‌های کلیدی پژوهش حاضر را تبیین نماییم.

۱-۱. طفل

نظام حقوقی ایران مانند اکثریت نظام‌های حقوقی دنیا تعریفی از طفل و کودک ارائه نکرده است و فقط به تعیین میزان سن مسئولیت کیفری پرداخته است (شاملو، ۱۳۸۹: ۷۶). اولین بار در ایران، سن مسئولیت کیفری اطفال در مواد ۳۴ تا ۳۹ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ تعیین شد، (عباسی، ۱۳۹۴: ۸۲). اما در قانون مجازات اسلامی ۹۲ تغییری در اماره قانونی سن بلوغ داده نشده و طبق ماده ۱۴۷ این قانون سن بلوغ در دختران و پسران به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری است. اما حداقل دو تغییری قابل توجه در این حوزه رخ داده است تغییر نخست آن‌که دو نظام متفاوت برای تعزیرات و سایر مجازات‌ها در نظر گرفته شده است و دیگر آن‌که در حوزه جرائم تعزیری بر اساس نوع جرم ارتكابی و گروه سنی مرتکبان، واکنش‌های متفاوتی در نظر گرفته شده است (صبوری پور، علوی صدر، ۱۳۹۴: ۱۸۱). براین اساس، قطع نظر از اتخاذ سیاست کیفری نسبی، نسبت به اطفال بزه‌کار، اماره قانونی سن مسئولیت کیفری همان ۹ و ۱۵ سال در دختران و پسران ابقاء شده است.

اما بر اساس معاهده حقوق کودک، «منظور از کودک افراد انسانی زیر ۱۸ سال است مگر این‌که طبق قانون قابل اجرا در مورد کودک سن بلوغ کمتر تشخیص داده شود (معاهده حقوق کودک، ۱۹۸۵: ماده ۱). این موافقت‌نامه که تنها سند الزام‌آور بین‌المللی است و تنها در کمتر از چهار سال ۱۵۰ کشور آن را به‌عنوان حداقل استاندارد موافقت‌نامه بین‌المللی درباره رفتار با کودکان پذیرفته‌اند. اما با بررسی مقررات بین‌المللی مربوط به کودک،

درمی‌یابیم که سن رسمی کیفری اطفال از منظر اسناد بین‌الملل ۱۸ سال است و اسناد بین‌المللی چه الزامی و چه ارشادی شامل افرادی بیش از ۱۸ سال نمی‌گردد (عباجی، ۱۳۹۲: ۳۱).

اما در اصطلاح فقهی صغیر کسی است که به حد بلوغ نرسیده باشد، این شخص از تصرفات در اموال خود ممنوع خواهد بود. هرچند که در کمال تمیز و رشد باشد و تصرفاتش در نهایت سود و صلاح صورت گیرد (خمینی، ۱۴۳۴، ۱۲/۲). چنین شخصی از نظر فقها کودک تلقی می‌گردد. بلوغ در لغت به معنی «رسیدن» است و در اصطلاح به معنای بلوغ جنسی است که گاه از آن به‌عنوان «سن احتلام»، «سن نکاح» یا «سنه مراهقه» نیز یاد می‌شود. این مفهوم نوعاً در دختران بین ۹ تا ۱۵ سالگی و در پسران بین ۱۳ تا ۱۸ سالگی ظاهر می‌شود و با علانمی تدریجی همراه است. در این میان، پرسش اساسی مطرح می‌شود که می‌تواند بسیاری از مسائل حقوقی در نظام حقوقی اسلامی را روشن کند: آیا بلوغ، حقیقت شرعی است یا امری طبیعی و خارجی؟

چنانچه بلوغ حقیقت شرعی باشد، باید آن را مطابق با جعل و تعیین شارع مقدس از نظر سن و علانم آن پذیرفت؛ اما اگر بلوغ یک واقعیت طبیعی و خارجی باشد، لازم است به شناسایی و تحلیل این واقعیت بر اساس شرایط طبیعی و اجتماعی پرداخت. در قرآن کریم، بلوغ با اصطلاحاتی همچون «بلوغ الحلم» یا «بلوغ النکاح» بیان شده است. به‌موجب آیات قرآن، فرد تا زمانی که به سن احتلام یا نکاح نرسیده باشد، همچنان صغیر و یتیم محسوب می‌شود. احتلام و نکاح، همان‌گونه که از این عبارات برمی‌آید، پدیده‌هایی کاملاً طبیعی، جسمانی و خارج از وضع شرع هستند.

در روایات اسلامی نیز بلوغ به معنای بلوغ جنسی و احتلام تبیین شده است. برای نمونه، در صحیح‌ه هشام از امام صادق^(ع) آمده است: «إِنْ قَطَعَ يَتِيمٌ بِالْإِحْتِلَامِ وَهُوَ أَشَدُّ...»، یعنی پایان دوره یتیمی با وقوع احتلام همراه است. همچنین در صحیح‌ه علی بن جعفر از امام موسی کاظم^(ع) نقل شده است: «سَأَلْتُهُ: مَتَى يَنْقَطِعُ يَتِيمُهُ؟ قَالَ: إِذَا احْتَلَمَ وَعَرَفَ الْأَخْذَ وَالْعَطَاءَ...» (حرعاملی، ۱۴۰۳، ج ۱/۳۱). بر اساس این روایت پایان یتیمی هنگامی است که فرد محتمل شود و توانایی تشخیص و دادوستد پیدا کند. فقهای امامیه نیز بلوغ را به‌عنوان



یک امر طبیعی و وابسته به علائم جسمانی، نظیر احتلام، حیض یا حاملگی، پذیرفته‌اند. این علائم نشانه‌های قطعی بلوغ به شمار می‌روند، اما امور مقارن مانند تغییر صدا یا رویش موی صورت لزوماً دلالت قطعی بر بلوغ ندارند.

بر این اساس، بلوغ به‌عنوان یک پدیده طبیعی، تحت تأثیر عوامل اقلیمی و نژادی است که با رشد جسمانی کودک به تدریج آشکار می‌شود. در فقه اسلامی، قاعده‌ای مسلم وجود دارد که احکام شرعی مبتنی بر موضوعات طبیعی، مستلزم احراز و اثبات آن موضوعات در عالم واقع هستند. در زمینه پژوهش حاضر که به اعمال مجازات‌های حدی و قصاص، به‌ویژه مجازات‌های سالب حیات می‌پردازد، احراز و اثبات بلوغ به‌عنوان شرط اساسی برای اعمال این مجازات‌ها، ضروری است. از این‌رو، بلوغ باید در چارچوب یک پدیده طبیعی، پیش از صدور احکام کیفری، به‌دقت شناسایی و تأیید شود.

۲-۱. مصالح عالیه

مصلحت در لغت عربی به معنای به خیر و صلاح (فیومی، ۱۴۰۵ق: ۳۴۵) و در فارسی خیرخواهی و نیک‌اندیشی معنا شده است؛ اما بیشتر امور معنوی نظیر مقاصد شرعی مراد است. مصلحت آنچه مطابق هدف انسان باشد اعم از جلب منفعت یا دفع مفسده و اعم از امور دنیایی و غیر آن است (محقق حلی، ۱۴۰۳ق: ۲۲۱؛ شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ۲/۲۸۶). از نظر بسیاری از علمای شیعه سیاست تشریعی اسلام مبتنی بر مصلحت است (نائینی، ۱۳۷۶، ۳/۳۳۳). یعنی هر حکمی که از طرف خدای متعال جعل شده است به خاطر مصلحتی است که در آن فعل نهفته است و هر نهی که وجود دارد به دلیل مفسده‌ای بوده که انجام فعل منهی به دنبال داشته است. با تتبع در متون فقهی و نیز روایی، به این نتیجه می‌رسیم که عبارت مصالح عالیه بکار نرفته است جز حضرت امام در «کتاب الخلل فی الصلاة» که آن را در مقابل مصلحت ناقصه بکار برده است (خمینی، ۱۴۳۴، ۱۸۵). بنابراین مصلحت عالیه یعنی جلب عالی و تمام خیر، منفعت و دفع ضرر دنیوی و اخروی. این واژه در قوانین جمهوری اسلامی ایران نیامده است فقط در تبصره ۲ ماده ۴ آیین‌نامه قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست به‌کار برده شده است.



۲. جایگاه مصلحت در فقه

فقه‌های مذاهب اسلامی عموماً بر این باورند که احکام شرعی اسلام بر مبنای مصالح و مفاسد واقعی بنا شده‌اند. شواهد این دیدگاه در آیات قرآن کریم و روایات پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) قابل مشاهده است. از منظر فقه شیعه، احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد واقعی‌اند، به گونه‌ای که این تبعیت به دقت شبیه قوانین وضعی بشری توصیف شده است (مؤمنی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۲).

در فقه مالکی، مفاهیمی چون «مصلحت»، «استحسان» و «عرف» به صورت گسترده و پررنگ مطرح شده‌اند. تا حدی که «مصلحت مرسله» به عنوان یکی از ارکان اصلی فقه مالکی شناخته می‌شود. این مکتب فقهی با استناد به مصلحت در قالب‌های مختلف، انعطاف‌پذیری در مواجهه با مسائل جدید را ممکن ساخته است.

در مذهب حنفی، اگرچه مصلحت در کاربرد کاملاً استقلالی جایگاهی ندارد، اما حضور مفاهیمی مانند «عرف»، «استحسان» و «قیاس» به طور ضمنی نشانگر اهمیت مصلحت است. حنفی‌ها در مواردی که بین عرف و روایت تعارض وجود داشته باشد، عرف را مقدم می‌دانند و دلیل این تقدم را رفع عسر و حرج و رعایت مصلحت مکلفان ذکر می‌کنند (علیدوست، ۱۳۹۰: ۲۳). شافعی و پیروان او رویکردی متفاوت اتخاذ کرده‌اند و از مصلحت به طور مستقیم برای استنباط حکم استفاده نمی‌کنند.

در مذهب حنبلی نیز که به پابندی شدید به ظاهر نصوص شرعی معروف است، استفاده از مصلحت در نگاه اول کمتر مورد پذیرش به نظر می‌رسد. با این حال، گزارش‌هایی وجود دارد که نشان می‌دهد مصلحت به عنوان یکی از منابع اجتهادی در این مذهب حضور دارد. به طور کلی، مذاهب اسلامی، با وجود تفاوت‌های روش‌شناختی، به درجات مختلف از مفهوم مصلحت در استنباط احکام بهره می‌گیرند. این تفاوت‌ها ریشه در دیدگاه‌های آن‌ها درباره جایگاه نصوص شرعی، عرف و اقتضائات اجتماعی دارد، اما همگی به نوعی نشان‌دهنده توجه به مصلحت و تأثیر آن در فرآیند اجتهاد هستند.

در فقه امامیه، مفهوم مصلحت به صورت استقلالی در استنباط احکام جایگاهی ندارد و به همان شیوه‌ای که قرآن، سنت معصومین (ع)، اجماع و عقل به عنوان ادله اجتهاد



پذیرفته شده‌اند، مورد استناد قرار نمی‌گیرد (علیدوست، ۱۳۹۰: ۲۷). با این حال، فقه امامیه بر تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی تأکید داشته و نقش مصلحت در استنباط احکام شرعی به صورت غیرمستقیم و در چارچوب قواعد کلی مورد توجه قرار گرفته است. توجه به مقاصد کلان شریعت، مصلحت بندگان و قواعدی نظیر «لاضرر» و «لاخرج» در فقه امامیه نشان‌دهنده حضور جدی عنصر مصلحت در فرآیند اجتهاد است. همچنین، فقه امامیه به طور ضمنی به اهمیت تقدیم اهم بر مهم و رعایت ملاک‌های مصلحت در تراجم احکام تأکید دارد (علیدوست، ۱۳۹۰: ۲۸)؛ بنابراین، مجازات‌های سالب حیات نظیر قصاص و حدود نیز نمی‌توانند از این قاعده مستثنی باشند.

در این راستا، سؤال مهمی که مطرح می‌شود این است که قانون‌گذار اسلامی و نهادهای مجری قانون تا چه حد مصالح کودکان را در مرحله پاسخ‌گذاری کیفری مورد توجه قرار داده‌اند. بررسی این موضوع نیازمند پرداختن به چند پرسش اساسی است: آیا در طول تاریخ ۱۴۰۰ ساله نظام کیفری اسلام، به‌ویژه در دوران صدر اسلام و حکومت امام علی^(ع)، افراد زیر ۱۸ سال تحت مجازات‌های سالب حیات قرار گرفته‌اند؟ آیا اعمال این نوع مجازات‌ها برای افراد زیر ۱۸ سال در عصر حاضر با مصالح عالیه کودکان منافات دارد؟ این مسئله از دو جنبه قابل بررسی است: آیا چنین مجازات‌هایی باعث انزوای اجتماعی و اختلال در فرایند جامعه‌پذیری کودکان و نوجوانان نمی‌شود؟ آیا اجرای این مجازات‌ها در شرایطی که نظام حقوقی اسلام تحت هجومه‌های فرهنگی و رسانه‌ای غرب قرار دارد، موجب تخریب چهره اسلام و تقویت اتهاماتی نظیر خشونت و غیرانسانی بودن احکام شرعی نخواهد شد؟ اگر پاسخ به پرسش‌های فوق مثبت باشد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا در آموزه‌های فقه امامیه دلیلی وجود دارد که بتوان بر اساس آن، در شرایط کنونی اقدام به تعدیل مجازات‌های سالب حیات برای افراد زیر ۱۸ سال کرد؟ این پژوهش در پی پاسخ به این سؤالات است تا ضمن بررسی فقهی، راهکاری برای سازگاری احکام شرعی با مصالح اجتماعی و مقتضیات عصر کنونی ارائه دهد.

۳. گذار از مجازات سالب حیات در خصوص افراد زیر ۱۸ سال

کنارگذاری مجازات‌های سالب حیات برای افراد زیر ۱۸ سال به دلایل متعددی قابل توجیه است. نخست، از منظر حقوق بین‌الملل، این نوع مجازات‌ها با اصول انسانی و مفاد کنوانسیون حقوق کودک که ممنوعیت اعدام کودکان را تصریح کرده است، تعارض دارد. دوم، از منظر روان‌شناسی، بلوغ عقلی و احساسی افراد زیر ۱۸ سال هنوز کامل نشده و توانایی آنان در درک کامل پیامدهای رفتارهای خود محدود است. سوم، از دیدگاه اجتماعی، اعمال مجازات‌های سنگین ممکن است به انزوای اجتماعی و اختلال در فرایند بازپروری و جامعه‌پذیری این افراد منجر شود. چهارم، در چارچوب مقاصد شریعت اسلامی، حفظ کرامت انسانی و دفع مفسد اولویت دارد و در موارد تراحم، مصالح کودک می‌تواند به تعویق یا تعدیل مجازات‌ها منجر شود. نهایتاً، در شرایط کنونی که نظام‌های حقوقی اسلامی تحت فشارهای رسانه‌ای و فرهنگی بین‌المللی هستند، چنین احکامی می‌تواند به تخریب وجهه اسلام و تقویت برداشت‌های منفی از آن بیانجامد.

۱-۳. عدم اجرای مجازات سالب حیات در مورد افراد زیر ۱۸ سال

در بدو نظر همچنان که بین حقوق‌دانان مشهور است به نظر می‌رسد که سن کیفری در فقه اسلامی مخصوصاً از منظر فقه امامیه ۹ سال در دختران و ۱۵ سال در پسران است ولی با تدقیق در کلمات فقهای عظام و بررسی دلایل علائم بلوغ که همان سن و برخی امارات دیگر نظیر احتلام، حیض و رویدن موی زبر است به این نتیجه می‌رسیم که اساساً مسئله به این سادگی نیست؛ یعنی صرف این که دختری که ۹ سال قمری را تمام کرد و پسر که ۱۵ سال قمری را سپری نمود، با فرد بالغ همسان پنداشته نمی‌شود؛ در ادامه دلایل این ادعا را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف) عدم ملاک بودن سن

مشهور فقهای امامیه سن ۹ سال برای دختران و ۱۵ سال برای پسران را به‌عنوان معیاری قطعی برای بلوغ پذیرفته‌اند و حتی برخی در این خصوص ادعای اجماع کرده‌اند؛ اما این اجماع با چالش‌های متعددی مواجه است که شایسته بررسی دقیق است: اولاً بررسی



روایات نشان می‌دهد که این احادیث تنها به سن خاصی محدود نیستند و بلوغ را با معیارهای متنوعی مانند سنین مختلف (۱۳، ۱۴ و ۱۵ سال) یا علائمی همچون احتلام، حیض و رشد جسمانی مرتبط دانسته‌اند. در نتیجه، انحصار اجماع به سن ۹ و ۱۵ سال با تنوع این روایات سازگار نیست. ثانیاً اجماع فقها مبتنی بر روایات معصومین^(ع) بوده و از نوع اجماع مدرکی است که در اصول فقه، حجیت مستقلی ندارد. افزون بر این، در فقه شیعه، اجماع اساساً به عنوان دلیل مستقل پذیرفته نمی‌شود و نمی‌تواند مبنای استنباط موضوعات خارجی باشد. ثالثاً شواهد تجربی نشان می‌دهد که بلوغ جنسی وابسته به عوامل محیطی و ژنتیکی است و در برخی موارد قبل یا بعد از سنین مذکور رخ می‌دهد. به عنوان مثال، تحقیقات نشان می‌دهد که تنها ۲۰٪ دختران تا سن ۹ سالگی به بلوغ می‌رسند و بسیاری دیگر پس از ۱۴ سالگی علائم بلوغ را نشان می‌دهند.

از سوی دیگر، بلوغ امر طبیعی و خارجی است و تعیین آن به عنوان موضوعی برای تکلیف شرعی، نیازمند احراز علائم واقعی است. از این رو، استناد به اجماع در موضوعات خارجی، نه احکام شرعی، جایگاهی ندارد. بسیاری از روایات، ملاک بلوغ را به علائمی مانند حیض و احتلام مشروط کرده‌اند، نه صرفاً سن. بر اساس قواعد اصولی، علت تصریح شده در این روایات، معیار اصلی است و نمی‌توان آن را صرفاً به سن خاصی محدود کرد. در نتیجه، از منظر فقه امامیه نمی‌توان به صرف رسیدن به سن ۹ و ۱۵ سالگی حکم به بلوغ و اعمال مجازات‌های سالب حیات داد. بلوغ وابسته به عوامل طبیعی و متغیر است و باید با احراز دقیق علائم واقعی، تصمیم‌گیری‌های کیفری صورت گیرد.

ب) رشد شرط اهلیت کیفری

دلیل دیگری که می‌توان در مورد عدم تام بودن ملاک سن ۹ و ۱۵ سالگی در مورد اهلیت کیفری از منظر فقه ارائه کرد، شرطیت رشد است. بدین توضیح که هیچ ملازمه‌ای بین بلوغ که یک امر طبیعی است با رشد وجود ندارد. هر چند در خارج نوعاً تکامل قوای جسمی تکامل قوای دماغی را در پی دارد؛ اما همواره این دو، توأمان به مرحله تکامل نمی‌رسند. چه این که این دو پدیده از دو جنس کاملاً متفاوت و با معیار سنجش و اندازه‌گیری متفاوت می‌باشند؛ به عبارت دیگر نمی‌توان هر دو را با یک معیار متر کرد. از این رو به صرف تحقق بلوغ



جنسی نمی‌توان رشد عقلی و تکامل قوای دماغی را نیز محقق دانست؛ چه بسا افرادی که به سن بلوغ جنسی برسند ولی قوه تشخیص و تمیز آنان سیر تکاملی خویش را نپیموده باشد. هم‌چنان‌که عکس مسئله نیز صادق است (البته به صورت نادر). از آنجاکه توجه خطابات شارع مقدس و قانون‌گذار اسلامی متوجه شخصی است که قوه تمیز و درک سره از ناسره را داشته باشد نه صرف بلوغ جنسی و جسمی؛ لذا مخاطب خطاب شرع قرار دادن افرادی فاقد این قوه، برخلاف عقل و عدالت خواهد بود. پس تحمیل مجازات و عقوبت او نیز ناصحیح بوده و خلاف عقل و عدالت است و دامن کبریائی شارع مقدس منزه از هر خلاف عدالتی است. برای شرطیت رشد، نسبت به اهلیت کیفری می‌توان به دلایل زیر تمسک نمود؛

۱- لزوم اشتراط رشد در امور کیفری بر مبنای عقل و قوه تمیز: در فقه اسلامی، عقل یکی از شرایط عمومی تکلیف محسوب می‌شود، به طوری‌که افراد فاقد عقل، مشمول هیچ‌گونه تکلیفی نیستند. برای اشخاصی که دارای نقصان عقلی‌اند نیز شارع مقدس یا تکلیفی تعیین نکرده یا در احکام آن‌ها تخفیف قائل شده و تدابیر حمایتی ویژه‌ای در نظر گرفته است. عقل به عنوان قوه تمیز و تشخیص حسن و قبح افعال و درک ضرر و زیان آن‌ها، اساسی‌ترین معیار برای پذیرش مسئولیت‌های فردی به شمار می‌رود. همان‌طور که در فقه آمده است، رفع حجر از کودک مشروط به احراز «رشد» است و تا زمانی که رشد محقق نشود، حمایت شارع مقدس شامل حال کودکان خواهد بود (خمینی، ۱۴۳۴، ۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ق، ۴۷/۲۶). سؤال اصلی این است که چرا شارع مقدس در امور مالی که از اهمیت کمتری نسبت به امور کیفری برخوردار است، حمایت از افراد فاقد رشد را ضروری می‌داند اما در امور کیفری که پیچیده‌تر و حساس‌تر هستند، این حمایت اعمال نشود؟

مطابق قواعد فقهی، همان ملاکی که موجب سلب تکلیف از افراد فاقد یا ناقص عقل در امور مدنی می‌شود، به طریق اولی در امور کیفری نیز می‌تواند به حمایت آن‌ها بیانجامد. این نکته مورد تأیید فقهای برجسته نیز قرار گرفته است. برای نمونه، شهید ثانی در بحث قصاص بیان می‌کند که یکی از شرایط اجرای قصاص، «کمال عقل» است؛ زیرا صغیر و مجنون به دلیل عدم تکلیف در عبادات بدنی، به طریق اولی مشمول مجازات‌های بدنی نیز نخواهند شد (عاملی، ۱۴۱۳، ۱۶۱/۱۵).



در امور مدنی، بلوغ جنسی به تنهایی کافی نیست و شرط احراز قوه تمیز برای تمیز سود و زیان الزامی است. این معیار از سوی فقها مورد تأکید قرار گرفته است. حال، این سؤال مطرح می شود که اگر در امور مدنی که از اهمیت کمتری نسبت به جان انسان برخوردارند، احراز رشد شرط شده است، آیا با تنقیح مناط و اولویت بندی نمی توان به این نتیجه رسید که در امور کیفری نیز شرط رشد ضروری باشد؟ بر این اساس، اشتراط رشد در امور کیفری نه تنها با فقه سازگار است، بلکه می تواند به عنوان معیاری مهم برای حمایت از افراد فاقد رشد و قوه تمیز مورد استفاده قرار گیرد.

۲- شرطیت رشد در تکالیف از منظر روایات: برخی از روایات به صراحت بر این نکته تأکید دارند که تکلیف و احکام شرعی مشروط به احراز «رشد» است، به گونه ای که در صورت عدم تحقق رشد، حجر فرد در امور مدنی باقی می ماند. این دسته از روایات، تعلیل کلی ارائه می دهند که شمول آن به امور کیفری نیز قابل استنتاج است. به عنوان نمونه، در روایت ابن سنان از امام صادق (ع)^۲ آمده است: «اذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة و دخل فی الاربع عشرة و جب علیه ما و جب علی المحتلمین، احتلم او لم یحتلم کتبت علیه السینات و کتب له الحسنات و جاز له کل شیء الا ان یكون ضعیفاً او سفیهاً؛ زمانی که کودک ۱۳ سال را تمام کند و وارد ۱۴ سال شود، هر چیزی که بر شخص محتلم واجب است بر او نیز واجب می شود، چه محتلم شود و چه نشود. اعمال خوب و بد او ثبت می شود و هر عملی که انجام دهد نافذ است، مگر آنکه ضعیف یا سفیه باشد» (کلینی، ۱۴۰۷، ۶۹/۷).

این روایت که از نظر سند «صحیح» است. حاوی نکات مهمی در رابطه با نقش رشد در تکالیف است: نخست اینکه امام در این روایت، صراحتاً ملاک خطاب شرعی را رشد فرد می داند. دوم اینکه برخلاف تصور عمومی که بلوغ جنسی به تنهایی برای تکلیف کافی است، این روایت نشان می دهد که احتلام به عنوان یکی از اماره های بلوغ، شرط لازم برای رفع حجر نیست. سوم اینکه از عبارت «جاز له کل شیء» می توان عمومیت حکم را استنتاج کرد، به طوری که تکالیف کیفری را نیز در بر می گیرد. ضمن اینکه از استثناء پایانی روایت «الا ان یكون ضعیفاً او سفیهاً» می توان نتیجه گرفت که حتی در صورت بلوغ جسمی یا جنسی، اگر فرد به مرحله رشد نرسیده باشد، هیچ تکلیفی متوجه او نخواهد بود؛ بنابراین،

این روایت به‌روشنی بر شرطیت رشد برای تکالیف، اعم از مدنی و کیفری، دلالت دارد و نشان می‌دهد که رشد عاملی اساسی در تعیین مسئولیت و رفع حجر است.

۳- شرطیت بلوغ و رشد در اجرای مجازات‌ها و تطابق آن با قوانین مدنی و کیفری ایران: اکثر فقهای معاصر، بلوغ و عقل را از شرایط اساسی اجرای حدود و قصاص معرفی کرده‌اند (خمینی، ۱۴۳۴، ۵۲۲/۲)، با این حال، برخی از آنان در شروط قصاص به‌ویژه به دو شرط بلوغ و کمال عقل اشاره کرده و بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ق، ۱۷۷/۴۲). برخی دیگر همچون علامه حلی در آثار خود علاوه بر بلوغ، به‌صراحت به شرط رشد نیز اشاره کرده‌اند و در این زمینه می‌فرماید: «الصبی کالمجنون فی سقوط القود عنه... و الاقرب انّ عمده خطاء يلزم العاقله ارش جنایته حتی یبلغ خمس عشره سنة ان کان ذکرا و تسعا ان کان انثی یشرط الرشد فیهما» (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۴۶۵/۵). این نظر بیانگر آن است که در کنار بلوغ، رشد نیز به‌عنوان شرط اجرای قصاص مطرح است، هرچند برخی فقیهان همچون صاحب جواهر این شرط را بی‌وجه و غیرقابل پذیرش می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ق: ۱۸۳).

با این حال، قانون مدنی ایران در ماده ۱۲۱۰ بلوغ را به‌طور مطلق به‌عنوان علامت رشد در نظر گرفته است، به‌طوری‌که هر فرد بالغی را رشید فرض می‌کند، مگر آن‌که خلاف آن اثبات شود؛ اما این رویکرد با تبصره ۲ ماده مذکور که برای امور مالی نیازمند اثبات رشد است، تناقض دارد. در راستای اصلاح این نقص، دیوان عالی کشور در سال ۱۳۶۴ رأی وحدت رویه‌ای صادر کرد که در آن تصریح شد رسیدن به سن بلوغ لزوماً به معنی رشد نیست و اثبات رشد برای دخالت در امور مالی ضروری است. با تصویب قانون مجازات اسلامی جدید و ماده ۹۱ آن، تحول قابل توجهی در واکنش کیفری به بزهکاری نوجوانان ایجاد شد. این ماده سه وضعیت را به‌عنوان عوامل سقوط حد یا قصاص معرفی کرده است که عبارتند از: الف) عدم درک ماهیت جرم ارتكابی؛ ب) عدم درک حرمت جرم ارتكابی؛ ج) شبهه در رشد یا کمال عقل مرتکب. قانون‌گذار در این رویکرد نوین، صرف رسیدن به سن ۹ و ۱۵ سالگی را ملاک اعمال مجازات‌های حدی و قصاصی قرار نداده است، بلکه به‌طور هوشمندانه رشد و درک ماهیت جرم توسط نوجوانان را به‌عنوان شرط اصلی برای



اجرای مجازات‌های کیفری در نظر گرفته است. این رویکرد نشان‌دهنده درک قانون‌گذار از شرایط اجتماعی و نیازهای زمان و مکان است که به حق قابل‌ستایش است. هرچند این تغییر گامی مهم در همسان‌سازی مقررات فقهی با مقتضیات زمان و مکان است، اما همچنان ابهامات بسیاری در پی دارد که نیازمند توجه بیشتر در آینده از سوی پاسخ‌گذاران کیفری است (صبوری پور و علوی صدر، ۱۳۹۴: ۱۷۷-۱۷۹).

۲-۳. مصلحت

برفرض این‌که استدلال مشهور را تمام بدانیم و خود را متعبد به نظریه ایشان کنیم، باز می‌گوییم در شرایط کنونی نمی‌توانیم این نوع مجازات را علیه افرادی زیر ۱۸ سال اعمال کنیم. در ادامه به اثبات این ادعا می‌پردازیم:

الف) ناسازگاری اعمال مجازات با مصالح اسلام

به نظر می‌رسد بتوان مستند به برخی از دلایلی که در ذیل می‌آید قائل به تعدیل مجازات سالب حیات در مورد افراد زیر ۱۸ سال شد که در ادامه به این ادله اشاره می‌شود:

حدود و قصاص اگرچه از احکام ثابت و پایدار اسلامی است اما سیره جزائی رسول مکرم اسلام (ص) و ائمه معصومین نشان می‌دهد که این ثبات و عدم تغییر نمی‌تواند از تأثیر شرایط زمانی و مکان بدور باشد؛ بلکه برعکس، در موارد نه چندان اندک، این نوع مجازات به دلیل شرایط زمانی و مکانی خاص، اجرای آن به تأخیر افتاده یا کلاً مسکوت گذاشته شده است. یکی از احکام پرتأکید اسلام حدود است. مصالحی که ورای اجرای حدود، وجود دارد سبب شده است که شفاعت یا تأخیر در این حکم روا نباشد؛ باوجوداین، ممکن است در شرایط خاص، زمینه اجرای آن از بین برود و حدّ به تعطیلی بگردد؛ گاهی اعلام یا اجرای یک حکم در دو زمان یا دو مکان مختلف، آثار و عواقب متفاوتی خواهد داشت. مسلماً در صورت انتفاء تأثیر حکم و در نتیجه تحقق نیافتن اهداف قانون‌گذاری در یک زمان و مکان خاص، از نظر منطقی، توجیهی برای اجرای حکم یا تداوم اجرای آن باقی نخواهد ماند. به عبارتی، احکام الهی با قیود و شرایطی بر موضوعات خاصی استوار است و هرگاه آن شرایط و قیود و ویژگی‌ها تغییر نمایند چه‌بسا حکم هم دگرگون شود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷: ۱۰). به‌عنوان نمونه در زمان پیامبر بزرگوار اسلام (ص) وقتی در غزوه بنی المصطلق



پیامبر اکرم^(ص) از کشتن عبدالله بن ابی به دلیل ایجاد شکاف در میان صفوف رزمندگان خودداری نمود و در پاسخ افرادی که تأکید بر اعدام عبدالله داشتند، فرمودند: اگر به قتل او دستور دهم، آنگاه خواهند گفت: محمد وقتی از جنگ فارغ شود، سربازان را می‌کشد؛ به همین دلیل در موردی دیگر، ایشان فرمودند اگر به خاطر تبلیغات دیگران نبود که می‌گفتند محمد^(ص) از مردم برای غلبه بر دشمن کمک می‌گیرد، ولی به مجرد اینکه بر دشمن پیروز شد، نیروهای خود را به قتل می‌رساند، بسیاری از اطرافیانم را گردن می‌زد (حر عاملی، ۱۴۰۳، ۵۵۱/۱۸). با دید علت شناسانه وقتی به این رفتار پیامبر^(ص) می‌نگریم می‌بینیم که علت صرف نظر کردن پیامبر از اعدام منافقین چون ابن ابی، خدشه دار نشدن چهره اسلام در نزد جامعه غیر مسلمان آن روز (که عمدتاً یهودیان مدینه و مشرکان اطراف بود) می‌تواند باشد، زیرا آن‌ها با پخش خبر اعدام این افراد که به ظاهر جزء سپاه اسلام بودند، موجب وهن اسلام و مانع گرویدن سائر افراد به اسلام می‌شدند. بدون شک اعدام افرادی که پیامبر^(ص) از آن سخن گفته است از باب حد است که این نشان می‌دهد هر جا مصلحت اسلام و جامه اسلامی اقتضا نماید می‌شود از اجرای حد دست برداشت و آن را تعدیل کرد. نمونه دیگر اجرای حد در سرزمین دشمن است؛ «لا اقیم علی رجل حدّاً بأرض العدو حتی یخرج منها مخافه أن تحمله الحمیه فیلحق بالعدوّ» (حر عاملی، ۱۴۰۳، ۲۴/۱۸-۲۵). برخی این روایت را به نام معتبره اسحاق ابن عمار می‌شناسد (تبریزی، ۱۴۱۷: ۱۳۶). در تحلیل حدیث مذکور، چند نکته اساسی قابل توجه است:

نخست آنکه، سرزمین دشمن از نظر فقهی خصوصیتی ندارد و با الغای خصوصیت از عبارت «ارض عدو» و توجه به تعلیل موجود در حدیث، می‌توان استنباط کرد که ملاک عدم اجرای حدّ، «خوف الحاق به دشمن» است. این تعلیل بیانگر آن است که در شرایط خاص، خوف از پیوستن به دشمن، دلیلی بر عدم اجرای مجازات می‌شود (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ۲۰۵/۸۷). دوم آنکه، نباید خوف الحاق را تنها به خوف الحاق مجرم به دشمن محدود کرد و همچنین تفسیر این مفهوم باید فراتر از حدّ جلد باشد. تعلیل و ملاک عدم اجرای حدّ به طور عمومی و مطلق در نظر گرفته شده است، به این معنا که هرگونه مجازاتی که منجر به چنین خوفی شود، قابل اجرا نخواهد بود. این نکته نشان می‌دهد که حفظ امنیت



و یکپارچگی مسلمانان مهم‌تر از اجرای احکام کیفری است (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ۲۰۶).

بدین ترتیب، تعلیل حضرت نشان‌دهنده این است که در اجرای هر حکم، مصلحتی نهفته است که در همان حکم وجود دارد. این مصلحت به‌طور خاص در ذات تکلیف و در نتیجه آن نهفته است و انسان را به مصلحت واقعی خود می‌رساند، نه به‌عنوان تکلیف آزمایشی. به‌عبارت دیگر، شریعت از تعبّد محض در اجرای احکام پرهیز دارد و در هر حکم باید مصلحت عمومی جامعه و افراد لحاظ گردد (معرفت، ۱۳۷۷: ۱۷۰-۱۶۹). در شرایط کنونی که جهان اسلام با شدیدترین حملات رسانه‌ای و فرهنگی از سوی غرب مواجه است، تحمیل کیفرهای بدنی بر مجرمان، به‌ویژه افراد زیر ۱۸ سال، می‌تواند تأثیر منفی زیادی بر تصویر اسلام در سطح جهانی داشته باشد. این امر به‌هیچ‌وجه به صلاح اسلام نیست، زیرا در حال حاضر بسیاری از افراد در اقصی نقاط جهان در جستجوی حقیقت هستند و شاهد گرایش روزافزون افراد به دین اسلام می‌باشیم. طبق گزارش مرکز تحقیقاتی «پیو» (PEW)، اسلام در حال حاضر بیشترین رشد را در مقایسه با سایر ادیان جهان دارد. به‌طور مثال، در فرانسه حدود ۳۰ تا ۵۰ هزار نفر به اسلام گرویده‌اند و اسلام دومین دین بزرگ در این کشور است. همچنین در انگلستان، شمار افرادی که به اسلام می‌گروند در چند دهه اخیر دو برابر شده است، به‌طوری که سالانه حدود ۵ هزار نفر به دین اسلام می‌پیوندند (تسنیم، ۱۳۹۹). این رشد قابل توجه نشان می‌دهد که اقدامات نادرست در خصوص اجرای مجازات‌های بدنی نه تنها مصلحتی نخواهد داشت، بلکه ممکن است به تخریب تصویر اسلام در سطح جهانی منجر شود.

با این وجود آیا به‌جاست که با اجرای چند کیفر بر افراد کمتر از ۱۸ سال بهانه به دست اسلام‌ستیزها بدهیم و برای آن‌ها خوراک اسلام‌ستیزی فراهم نماییم. لذا برخی از فقهای عظام با درک زمان‌شناسانه و سنجش پیامد شناسانه، این موضوع را مورد توجّه قرار داده و در خصوص تأثیر شرایط کنونی و نقش مصلحت در اجرای کیفرهای اسلامی بیان می‌دارند که در حدودی که حق خداوند یا آدمیان باشد، حاکم می‌تواند در یکی از سه صورت ذیل از اجرای حدّ امتناع کند:



۱- حالت تزاحم، هرگاه حاکم تشخیص دهد که اجرای حدّ مفسده و ضرری را در پی دارد که شارع به آن راضی نیست، همچون روی گرداندن مردم از اصل اسلام. امتناع از اجرای این حکم مطابق قاعده است و در همه موارد تزاحم این گونه است.

۲- در صورتی که اجرای حدّ شرعی باعث از بین رفتن هدف و غرض آن گردد؛ زیرا مقصود از کبیر، اصلاح بزهکار و بازداشتن وی و دیگران از چنین کارهایی است، حال اگر اجرای حدّ سبب فساد بزهکار و دوری بیش از پیش وی از دین شود و به همین سبب از اسلام برگشته و به دشمنان و مخالفان پیوندد. در این موارد می توان گفت که حاکم می تواند از اجرای حدّ جلوگیری کند یا آن را به تأخیر اندازد.

۳- در مواردی که اجرای حدود ناممکن یا دشوار باشد، هرچند این امر ناشی از این باشد که مردم نیازمند به اجرای آرام و گام به گام احکام اسلامی در میان جامعه باشند. خلاصه آنکه حاکم اسلامی مسئول برپاداشتن حکم خدا در جامعه است به گونه ای که پایداری و استواری و دوام آن را نیز تضمین نماید. پس به ناچار باید سیاست های مناسب را در اجرا فراهم کند (شاهرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۳-۲۰۴). بسیاری از مواردی پیش گفته در مورد کیفرهای بدنی افراد زیر ۱۸ سال مهیا است. از یک طرف اجرای آن باعث به خطر افتاد اصل اسلام و باعث وهن آن در انظار جهانیان می گردد، همچنان که برخی از فقه های معاصر به نظایر آن اشاره کرده و بیان می دارند: «اجرای مجازات رجم در بعضی از شرایط و زمان ها ممکن نیست و دارای مفاسد عظیمی می گردد» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷: ۱/۳۷۴). از سوی دیگر باعث از بین رفتن اصل هدف آن که باز پروی افراد بزهکار است می گردد زیرا امروزه ثابت شده است که کیفرهای سخت گیرانه بدنی مخصوصاً در مورد اطفال باعث ابقاء دائمی آن ها در باتلاق بزهکاری می شود؛ اما در حقوق الناس مانند حق قصاص در دو مورد، حاکم حق جلوگیری از اجرای آن را دارد.

نخست جایی که اجرای قصاص با مفسده مهم تری در تزاحم باشد، مثل اینکه اجرای قصاص بر بزهکار موجب فتنه و جنگ با دولتی شود که از آن بیمناک باشند و قاتل تبعه آن کشور باشد. دوم اینکه حاکم تشخیص دهد که در بخشیدن بزهکار مصلحتی است (شاهرودی، ۱۳۷۸، ۲۰۵). حتی از فقیهی دیگر نقل شده است که اجرای چنین حکمی



(حکم سنگسار) نه تنها به مصلحت نیست، بلکه در وضعیت فعلی اجرای آن حرام است، زیرا اجرای هر حکمی که موجب وهن اسلام شود حرام است.

بنابراین در شرایط کنونی نیز زمینه اجرای برخی از مجازات حدی نسبت به افراد بزرگسال مهیا نیست (مرعشی شوشتری، ۱۳۸۱: ۶). چه برسد به اجرای مجازات‌های سالب حیات برای افراد زیر ۱۸ سال. هدف از اجرای مجازات‌ها نیز مهم است؛ امام خمینی^(ه) نیز در پاسخ به پرسشی در خصوص مجازات سنگسار بیان می‌دارد که اجرای سنگسار فعلاً صلاح نیست. ما دشمنان زیادی داریم که علیه ما تبلیغات می‌کنند و با عمل خود نباید موجبات تبلیغات دشمن را فراهم کنیم. اصلاً در دادگاه اقدامی انجام نگیرد تا جرایمی که حدود الهی در آن معین شده است ثابت گردد. زیرا در چنین مواردی در واقع تزامم بین مصلحت اصل دین و اجرای حکم خاص است که در این گونه موارد بدون هیچ شک و شبهه‌ای مصلحت دین بر غیر آن تقدم پیدا می‌کند. یکی از فقهای متأخر پس از پاسخگویی به شبهات پیرامون رجم که قابل تعمیم به سایر حدود نیز هستند، می‌گوید: «مخفی نماند، آنچه پیرامون رجم گفته شده، به لحاظ حکم اولی آن است؛ ولی اگر شرایطی پدیدار گشت و در پی آن اجرای حکم رجم محذوری مانند موهون شدن چهره اسلام و تنفر عمومی نسبت به دین و احکام آن را به دنبال داشت، به‌ناچار باید از اجرای آن حکم مطابق روایت باب ۱۱ از ابواب مقدمات الحدود و سائل الشیعه خودداری شود... بعید نیست از تعلیل ذیل روایت فهمیده شود، در هر موردی اگر اجرای حدی موجب محذوری شود که بر خلاف مصالح اسلام و مسلمانان است، باید متوقف شود؛ ولی این به معنای نسخ حکم رجم در شریعت و مرحله قانون‌گذاری و تشریع حکم نیست؛ بلکه به معنای به فعلیت نرسیدن آن حکم در مرحله اجرا به لحاظ شرایط اجتماعی و رعایت مصالح برتر و ترجیح اهم بر مهم در موارد تزامم بین ملاکات احکام شریعت و احتمال تأثیر شرایط در نرسیدن آن حکم به فعلیت است» (منتظری، ۱۴۰۰: ۱۵۷).

ب) ناسازگاری با مصلحت فرد مرتکب

افزون بر این که پاسخ گذاری کیفری بدنی در مورد افراد زیر ۱۸ سال با مصالح علیای اسلام در شرایط کنونی ناسازگار و ناهمگون است وفق یافته‌های جرم شناسانه با مصلحت



خود جامعه هدف نیز سر سازش ندارد؛ چراکه اساسی‌ترین هدف از تحمیل کیفر در مورد مجازات‌ها باز اجتماعی کردن مرتکبین و بازپروری بزه‌کاران در خارج از فرایند کیفری است. با این‌که طبق اصل اولی هیچ‌گونه تأخیر و تعطیلی در مورد مجازات حدی، راه ندارد، اما مواردی وجود دارد که تأخیر و حتی تعطیلی حدود را نشان می‌دهد مثل تأخیر اجرای حد بر شخص مریض تا زمان بهبودی (عاملی، ۱۴۱۰، ۱۱۳/۹). یا اگر مرتکب جرم حدی، پناهنده حرم مکه شود تا زمان خروج از محدوده حرم، اعمال مجازات بر وی به تأخیر می‌افتد (حرعاملی، ۱۴۰۳، ۵۹/۲۸) و یا موقع گرم و سرد بودن هوا و یا در عادت ماهیانه بودن زن (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۹). در همه این موارد اجرای حد به تأخیر می‌افتد.

موارد فوق نشان می‌دهد که حاکم اسلامی می‌تواند با تغییر اوضاع و شرایط، اجرای حد را به تأخیر بیندازد؛ یعنی هر جا مجازات به نحوی به مصلحت خود فرد مرتکب نباشد و شارع مقدس اعمال آن را به صلاح وی نداند، باید از اعمال مجازات خودداری شود. در مورد افراد زیر ۱۸ سال که موضوع این پژوهش است نیز اجرای حد به مصلحت فرد مرتکب نیست. یعنی، اجرای مجازات سالب حیات خصوصاً و تنبیه بدنی افراد زیر ۱۸ سال عموماً، به‌نوعی تهدیدکننده آن‌ها است. مهم‌ترین تهدید که اینجا متوجه شخص فرد مرتکب است این است که باعث جامعه‌گریزی فرد مرتکب می‌شود درحالی‌که هدف اولی از اجرای مجازات اسلامی هنجارمند کردن افراد است نه صرف اجرای تعبدی مجازات‌ها. چنانکه قانون‌گذار قانون مجازات ۱۳۹۲ ایران تدابیر بازپرورانه را نسبت به این دسته از شهروندان مطمح نظر قرار داده است (رستمی و موسوی، ۱۳۹۹: ۱۶۰). ازاین‌رو، در این قانون شاهد اتخاذ سیاست کیفری تدریجی نسبت به این قسم از شهروندان هستیم که تا حد زیادی کوشیده است از خط مستقیم سیاست‌های بازپرورانه خارج نشود؛ هرچند بازهم در پاره‌ای از موارد مورد انتقاد اندیشه‌وران حقوقی قرار دارد.

قانون‌گذار در خصوص نوع و میزان پاسخ به بزهکاری اطفال و نوجوانان محور پاسخ‌گذاری را دایر مدار سن قرار داده و از گذر تقسیم‌بندی آن به ۹ الی ۱۲، ۱۲ الی ۱۵ و ۱۵ الی ۱۸ سال در مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی پاسخ‌ها و ماهیت آن‌ها را وضع نموده است؛ لذا مطابق مواد فوق افراد ۹ تا ۱۲ سال شمسی فارغ از جرم ارتكابی و بدون



توجه به جنسیت در صورت وجود دو شرط عدم علم به ماهیت جرم ارتكابی و عدم علم به حرمت آن، مطلقاً از هر نوع مجازاتی، معاف دانسته شده و صرفاً تحت تدابیر بازپرورانه قرار می‌گیرند حتی اگر جرم ارتكابی پاسخ‌های کیفری سالب حیات را به دنبال داشته باشد. در مورد افراد ۱۲ الی ۱۵ سال نیز وفق قاعده و بنا بر ظاهر نصوص قانونی موجود، کیفرهای بدنی به‌طورکلی ملغی شده است و تنها نگهداری در کانون اصلاح و تربیت پیش‌بینی شده است. دسته‌ای دیگر از شهروندان که بر مبنای سن ۱۵ الی ۱۸ سال دسته‌بندی گردیده‌اند پاسخ‌های متفاوتی از سوی نظام عدالت کیفری نسبت به دو دسته پیش‌گفته دریافت خواهند کرد؛ که در امتداد رعایت مصالح عالیه اطفال و نوجوانان است؛ زیرا این دسته از افراد در مرحله گذار از کودکی به بزرگسالی هستند و رعایت تدبیر متناسب، همسو با شخصیت آنان حسب مورد می‌تواند در پایداری بزهکاری یا همنوایی با هنجارهای پذیرفته شده جامعه را به همراه داشته باشد.

همان‌طوری که پیداست در رویه قضائی ایران نیز پاسخ‌دهندگان کیفری به مصالح عالیه کودک توجه داشته. نه تنها از صدور آرای که باعث به اجرا درآمدن مجازات بدنی می‌شود خودداری کرده است بلکه از صدور مجازاتی که باعث سلب آزادی آن‌ها نظیر حبس می‌شود نیز خودداری کرده است.

نتیجه‌گیری

موضوع مسئولیت کیفری و اجرای مجازات‌های سالب حیات برای افراد زیر ۱۸ سال، به‌ویژه در نظام‌های حقوقی اسلامی، یکی از چالش‌های پیچیده و حساس به شمار می‌رود. در این مقاله، تلاش شد تا با توجه به منابع فقه اسلامی و مبانی مصلحت، به تحلیل این موضوع پرداخته شود. نتایج به‌دست‌آمده از این تحقیق نشان می‌دهد که امکان تجدیدنظر در برخی از احکام فقهی مرتبط با این مسئله وجود دارد.

یکی از یافته‌های اصلی این پژوهش، تأکید بر این نکته است که سن، ملاک قطعی برای تعیین اهلیت کیفری در فقه اسلامی محسوب نمی‌شود؛ بلکه سایر عوامل نظیر بلوغ عقلی، رشد و قدرت تمیز نیز باید مورد توجه قرار گیرند. از سوی دیگر، اجرای مجازات‌های سالب حیات برای اطفال و نوجوانان با اصول عدالت، رحمت و مصلحت که از ارکان



اساسی شریعت اسلام هستند، ناسازگار به نظر می‌رسد. همچنین، بررسی مصالح کلی جامعه اسلامی نشان می‌دهد که اجرای چنین مجازات‌هایی ممکن است نه تنها تأثیر مثبتی بر کاهش جرایم نداشته باشد، بلکه با پیامدهای سنگین اجتماعی و فرهنگی، مانند خدشه‌دار شدن چهره دین و کاهش اعتماد عمومی به نظام قضایی، همراه باشد. این موضوع به‌ویژه در شرایط کنونی که جوامع اسلامی با چالش‌های متعددی در عرصه بین‌المللی مواجه‌اند، از اهمیت بیشتری برخوردار است.

مهم‌تر از همه، مصلحت به‌عنوان یکی از مبانی پویا و تطبیق‌پذیر فقه اسلامی، می‌تواند راهکاری برای بازنگری در این دسته از احکام ارائه دهد. از منظر مصلحت، حفظ جان اطفال و نوجوانان، به‌عنوان اعضای آینده‌ساز جامعه، در اولویت قرار دارد و جایگزینی مجازات‌های بازپرورانه به‌جای مجازات‌های سالب حیات، نه تنها با روح کلی شریعت اسلام هماهنگ‌تر است، بلکه امکان اصلاح و بازگشت این افراد به جامعه را نیز فراهم می‌آورد. درنهایت، یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که کنار گذاشتن مجازات اعدام برای افراد زیر ۱۸ سال نه تنها با اصول و مبانی فقه اسلامی تعارضی ندارد، بلکه در راستای مصالح عالیه دین و جامعه است. بر این اساس، پیشنهاد می‌شود که نظام‌های حقوقی اسلامی با بهره‌گیری از ظرفیت‌های موجود در منابع فقهی، در راستای اصلاح و تطبیق این احکام گام بردارند و رویکردهای انسانی‌تر و بازپرورانه‌تری را در مواجهه با اطفال و نوجوانان مجرم اتخاذ کنند.

فهرست منابع

۱. تبریزی، جواد، (۱۴۱۷ ق)، *اسس الحدود و التعزیرات*، قم: مهر.
۲. حرّعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۳ ق)، *وسائل الشیعه*، تهران: کتابفروشی اسلامیّه.
۳. حسینی شیرازی، سید محمد، (۱۴۰۹ ق)، *الفقه*، ج ۸۷، چ ۳، بیروت: دارالعلوم.
۴. خمینی، سید روح الله موسوی، (۱۴۳۴ ق)، *تحریر الوسیله*، ج ۲، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۵. رستمی، هادی و موسوی، سیدپوریا، (۱۳۹۹)، «*مصالح عالیّه کودکان و نوجوانان بزهکار در حقوق کیفری ایران با تأکید بر پاسخ‌های تعزیرمدار*»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۲.
۶. شاملو، باقر، (۱۳۸۹)، *عدالت کیفری و اطفال (شخصیت طفل، بزهاری، دادرسی، پاسخ‌ها)*، تهران: جنگل جاویدانه.
۷. شاهرودی، سید محمود، (۱۳۷۸)، *بایسته‌های فقه جزا*، تهران: میزان نشر دادگستر.
۸. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، (۱۴۰۵ ق)، *رسائل الشریف المرتضی*، ج ۲، قم: دار القرآن الکریم.
۹. صبوری پور مهدی، علوی صدر، فاطمه، (۱۳۹۴)، «*سن مسولیت کیفری کودکان و نوجوانان در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲*»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره اول.
۱۰. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، (۱۴۰۳)، *القواعد و الفوائد*، ج ۱، قم: کتابفروشی مفید.
۱۱. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰)، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ ق)، *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۱۳. عباچی، مریم، (۱۳۹۲) *حقوق کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل*، تهران: مجد.
۱۴. عباسی، مجتبی، (۱۳۹۴)، *بزهکاری اطفال*، تهران: مجد.



۱۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ ق)، *تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية*، ج ۵، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

۱۶. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۰)، *فقه و مصلحت*، تهران: سازمان انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۱۷. فیومی، احمد بن محمد، (۱۴۰۵ ق)، *المصباح المنیر*، قم: دارالحجره.

۱۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق)، *الکافی*، ج ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۱۹. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۳ ق)، *الاجتهاد و التقليد (معارج الاصول)*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).

۲۰. مرعشی شوشتری، سید محمد حسن، (۱۳۸۱)، *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران: میزان.

۲۱. معرفت، محمدهادی، (۱۳۷۷)، *ولایت فقیه*، قم: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی التمهید.

۲۲. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۷)، *انوار الفقاهه (کتاب الحدود و التعزیرات)*، ج، قم: مدرسه امام علی ابن ابی طالب (ع).

۲۳. منتظری، حسینعلی، (۱۴۰۰)، *کتاب الحدود*، قم: دارالفکر.

۲۴. مؤمنی، عابدین و رستمی نجف آبادی، حامد، (۱۳۹۴)، «نقش مصلحت در اجرای مجازاتهای حدی»، *دوفصلنامه علمی پژوهشی فقه مقارن*، سال سوم، شماره ۵.

۲۵. نائینی، محمد حسن، (۱۳۷۶)، *فوائد الاصول*، ج ۳، قم: جامعه مدرسین.

۲۶. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۲۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

بررسی امر آمر در کود جزای افغانستان و قانون مجازات اسلامی ایران

حسین شریفی زیرکسار^۱ | محمود حسین قادری^۲

چکیده

عمل امر آمر یا دستور مقام صلاحیت‌دار قانونی، از مباحث حقوق جزای عمومی است که تحت عنوان عوامل موجهه جرم مورد بررسی قرار می‌گیرد. امر آمر در حالات و اوضاع خاص، ویژگی‌های جرمی خود را از دست داده و به عمل مباح مبدل می‌گردد؛ یعنی در حالات و اوضاع مطرح شده در قانون، موجب زوال عنصر قانونی جرم می‌شود. سؤال اصلی آن است که تفاوت‌ها و تشابه‌های امر آمر در حقوق جزای افغانستان و ایران چگونه است؟ داده‌های پژوهش از طریق مطالعات کتابخانه‌ای جمع‌آوری و با استفاده از روش تحقیق تحلیلی-توصیفی مورد بررسی قرار گرفته است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد امر آمر در صورتی زایل‌کننده عنصر قانونی جرم است که شرایط شخصی چون: وجود رابطه آمریت و صلاحیت‌دار بودن آمر و مأمور، شرایط موضوعی چون: وجود امر یا دستور رسمی و قانونی بودن دستور، را دارا باشد. باین‌حال از منظر حقوقی در مورد اطاعت امر آمر سه نظریه وجود دارد که عبارت است نظریه مطلق یا محض، نظریه اطاعت قانونی یا بررسی اوامر و نظریه مسئولیت نسبی یا رعایت ظواهر است که با توجه به تحقیق صورت گرفته به نظر می‌رسد که قوانین افغانستان و ایران از نظریه سوم پیروی نموده است.

واژگان کلیدی: امر، اسباب اباحت، تعمیل امر، قانون مجازات اسلامی، کود جزا، مأمور.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه بین‌المللی اهل بیت^(ع)، تهران و استاد پوهنچی (دانشکده) حقوق و

علوم سیاسی پوهنتون (دانشگاه) جامی هرات، افغانستان. Ziraksar874@gmail.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه بین‌المللی اهل بیت(ع)، (نویسنده مسئول).

ایمیل: mahmmodqaderi111@gmail.com



مقدمه

بر اساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات، هر رفتاری زمانی جرم محسوب می‌شود که قانون‌گذار به موجب حکمی آن را ممنوع اعلام کرده و مجازاتی برای آن تعیین کرده باشد. بنابراین، هر جرم ابتدا بر اساس یک حکم قانونی در عالم اعتبار به وجود می‌آید که از آن به عنوان «عنصر قانونی» یاد می‌شود.

رکن قانونی با اصل قانونی تفاوت دارد. اصل قانونی یک حکم کلی و عام است که سه تکلیف از آن ناشی می‌شود: تکلیف قانون‌گذار: پیش‌بینی و اعلام رفتارهای ممنوع و قابل مجازات؛ تکلیف افراد جامعه: تنظیم رفتارهای خود بر اساس قانون و تکلیف قاضی: مجازات رفتار مرتکب تنها در صورتی که مشمول حکم قانون باشد، و در غیر این صورت، با استناد به اصل برائت و اباحه، در آزادی افراد مداخله نکنند.

رکن قانونی هر جرم با پیروی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات، جنبه وجودی می‌یابد. به عبارت دیگر، رکن قانونی هر جرم ثمره و نتیجه‌ای است که از اصل قانونی بودن ناشی می‌شود. در واقع، قانون‌گذار در راستای حاکمیت اصل قانونی بودن، حکم جزایی وضع می‌کند و بدین وسیله رکن قانونی را به وجود می‌آورد. همچنین، اصل قانونی بودن جرم و مجازات یک حکم عام و کلی است که بر تمامی حقوق جزا حاکم است و به عنوان یکی از پایه‌ها و اصول اساسی حقوق جزا محسوب می‌شود. رکن قانونی هر جرم، حکمی است که منع برخی رفتارهای انسانی و مجازات‌های قابل اعمال در مورد آن‌ها را تشریح می‌کند. بنابراین، هر یک از این دو مفهوم جایگاه خاصی در حقوق جزا دارند که با یکدیگر کاملاً متفاوت است.

اصل قانونی بودن، به عنوان یکی از اصول بنیادی حقوق جزا، دارای مقرر (ماده و یا مواد) قانونی است که قانون‌گذار دو ضابطه را برای ما روشن می‌کند: یکی ضابطه رفتار مبنی بر این که رفتار ممنوعه و قابل مجازات چه رفتاری است. و دیگری ضابطه کیفری که به مجازات‌های قابل اعمال نسبت به آن رفتار ممنوعه اشاره دارد. بنابراین، رکن قانونی هر جرم در صورتی کامل محسوب می‌شود که این دو ضابطه را داشته باشد. در قانون، برخی احکام وجود دارند که اثر حکم جزایی اولیه را از بین می‌برند، که به عنوان «موانع مسئولیت



کیفری»، «احکام زایل کننده رکن قانونی»، «موارد اباحه جرم» یا «عوامل موجهه جرم» یاد می شوند؛ به عبارتی، عواملی که ارتکاب جرم را موجه و قابل توجیه می سازند. بنابراین، رکن قانونی هر جرم تا جایی اعتبار دارد که عاملی موجه در میان نباشد. هرگاه یکی از عوامل موجه رفتار مجرمانه‌ای را شامل شود، رکن قانونی زایل شده و عنوان جرم بر آن قابل اطلاق نیست. یکی از عوامل زایل کننده رکن قانونی جرم، «امر آمر قانونی» است. در اینجا بحث بر سر این است که «امر آمر قانونی» در چه شرایطی رکن قانونی جرم را زایل می کند؟

مقاله حاضر، ضمن بررسی ابعاد عمل به «امر آمر»، در پی پاسخ به پرسش‌های زیر است: مفهوم و مبنای «امر آمر قانونی» چیست؟ آیا عمل به «امر آمر» به طور مطلق قابل اجرا است یا شرایطی برای آن در قوانین جزا و قانون مجازات اسلامی در نظر گرفته شده است؟ عمل به «امر آمر» در مقررات اداری، جزایی و نظامی چگونه قابل تطبیق است و آیا استثناهایی در این زمینه وجود دارد؟

صدور امر از سوی آمر، که باید یکی از مقامات رسمی باشد و اجرای آن توسط مأمور یا مادون، که در سلسله مراتب اداری قرار دارد، یک ضرورت است؛ لذا برای درک بهتر این مفاهیم، لازم است هر یک به طور جداگانه بیان گردد.

۱. ادبیات تحقیق

قبل از آن که ماهیت و مقررات ناظر بر امر آمر را از منظر حقوق کیفری ایران و افغانستان مورد بررسی قرار دهیم، لازم است برخی از مفاهیم کلیدی به کار رفته در این تحقیق تبیین شود.

۱-۱. امر قانونی

«امر» در لغت به معنای «دستور دادن» و «فرمان» است (معین، ۱۳۸۴: ۱۹۲). امر یا دستور، موضوع اصلی حکم آمر محسوب می شود. در حقوق، امر به عنوان یک دستور الزام آور قانونی تعریف می شود. منظور از قانون، مجموعه قواعد حقوقی است که توسط قانون گذار وضع می شود. هر امر باید دارای شرایط شکلی و جنبه‌های صوری لازم از نظر حقوقی و اجرایی باشد و لازم است که این امر خلاف شرع و غیرقانونی نباشد تا بتواند جنبه اجرایی به خود بگیرد.

۲-۱. آمر قانونی

آمر قانونی کسی است که بنا به حکم قانون، صلاحیت صدور دستور را به مأموری که تحت امر اوست، دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۸۰). آمر قانونی معمولاً یکی از مأموران دولت یا به عبارتی از موظفین خدمات عمومی به شهروندان است و شخصی است که به لحاظ اداری، طبق قوانین و شرح وظایف، در سلسله‌مراتب بالاتر از مأمور قرار دارد. آمر می‌تواند در عین حال که خود مأمور است، نسبت به زیردست خود نیز آمریت داشته باشد. نکته مهم در این زمینه این است که رابطه بین مأمور و آمر در چارچوب قوانین و مقررات اداری و همچنین شرح وظایف آن‌ها تعریف می‌شود و ارتباط شخصی و خصوصی مأمور با آمر در این موارد تأثیری ندارد (نوربها، ۱۳۸۸: ۲۵۱). بنابراین، آمر قانونی مقام صلاحیت‌دار دولتی، اعم از ملکی و نظامی، است و امتثال فرمان او، اگر خلاف قانون نباشد، برای مأموران الزامی است.

۳-۱. مأمور

مأمور فردی است که به وسیله یک قدرت عمومی بکار گمارده شده و اعمال وی تحت نظر و حیطه قدرت عمومی مقام بالاتر انجام شود و هردو نفر در حیطه و اقتدار قانونی فعالیت می‌کنند. مأمور را قانون کار افغانستان در ماده سوم چنین تعریف نموده است: «مأمور، کارکنی است که با رعایت احکام این قانون و قانون مربوط از طریق اداره خدمات ملکی به شکل دائمی استخدام می‌گردد». اما مفهوم مأمور در حقوق جزا ساحه وسیع‌تر دارد؛ طوری که شامل کارگر، کارکن خدماتی و کارگر قراردادی نیز می‌شود. بنابراین، لازم است مأمور یا کسی که امر را اجرا می‌کند و مباشرت در ارتکاب فعل مجرمانه دارد، در سلسله‌مراتب اجرایی امر بوده و تحت نظر آمر باشد و در اجرای حکم نیز تکلیف قانونی داشته باشد. بدین ترتیب لازم است اجرای حکم از ناحیه مأمور به وسیله قانون اجازه داده شود، آمر سلسله‌مراتب اداری یا مقام قانونی تحکم به مأمور را دارا باشد و در اجرای امر در حدود وظایف و اختیارات مأمور باشد.

۴-۱. مبنای عمل امر آمر

گاهی اوقات عوامل و شرایط عینی به گونه‌ای پیش می‌آیند که عمل یا ترک عملی که قانون آن



را به عنوان جرم تعریف کرده، توسط خود قانون موجه شناخته می شود. به عبارت دیگر، عمل مرتکب به دلیل نص قانونی مشخصی که ارتکاب آن را در شرایط خاص مجاز می سازد، فاقد عنوان مجرمانه تلقی می گردد. در این وضعیت، قانون خود عنوان مجرمانه ای را که در شرایط عادی جرم محسوب می شود، برداشته و به عمل مشروعیت می بخشد (نور بها، ۱۳۸۸: ۲۴۹).

امر آمر قانونی، به عنوان یکی از عوامل موجه (که به عواملی اطلاق می شود که موجب زوال عنصر قانونی جرم یا عدم مسئولیت جزایی مرتکب می شوند)، منبعی قانونی دارد؛ زیرا یکی از عناصر تشکیل دهنده آن (قانون) به واسطه متن دیگری از قانون زایل شده است (گلدوزیان، ۱۳۸۸: ۱۰۷). در واقع، عدالت اقتضا نمی کند که هم بخواهیم قانون را اجرا کنیم و هم مجری قانون را مجازات نماییم. از این رو، مبنای امر آمر قانونی بر اساس آنچه عدالت ایجاب می کند، نصوص قانونی است که عمل ارتكابی را مشروعیت بخشیده و مرتکب آن را از مسئولیت جزایی و مدنی معاف می داند.

۲. شرایط امر آمر و مسئولیت مأمور

برای اینکه امر آمر را از جمله عوامل موجه جرم بدانیم، تحقق شرایط شخصی و موضوعی لازم و ضروری است که در ذیل به بررسی آن می پردازیم.

۱-۲. شرایط شخصی

منظور از شرایط شخصی، شرایطی است که به آمر و مأمور مربوط می شود. رفع عنوان جزایی از عمل مأمور در صورتی امکان پذیر است که مأمور و آمر شرایط را از لحاظ قانونی و اداری دارا باشند. این شرایط عبارت اند از:

الف) وجود رابطه آمریت

قبل از هر چیز باید بین آمر و مأمور رابطه آمریت وجود داشته باشد؛ یعنی بر اساس ضوابط و مقررات اداری یک نفر مافوق (آمر) و نفر دیگر زیردست (مأمور) به حساب آید. نظام اداری در مفهوم عام به سلسله مراتب وابسته است و با این ویژگی قابل شناسایی است. در این سلسله مراتب است که رابطه آمریت شکل می گیرد و بعضی از کارمندان و مستخدمین



به‌عنوان مأمور (و زبردست) و بعضی دیگر به‌عنوان آمر (مافوق) قابل‌شناسایی هستند. هریک از این دودسته به اعتبار موقعیت و مرتبه خاصی که در اداره و سازمان اداری دارند، قابل‌تمییز و تفکیک از یکدیگرند. بنابراین امر آمر قانونی زمانی به‌عنوان یک عنصر مؤثر بر زوال رکن قانونی جرم، قابل استناد است که این امر در پرتو چنین رابطه‌ای صادر شده باشد. در غیر این صورت، جایی برای استناد به امر آمر برای مأمور باقی نمی‌ماند.

ب) صلاحیت‌دار بودن آمر و مأمور

چنانکه اشاره شد یکی از ویژگی‌های مهم نظام اداری، سلسله‌مراتب اداری است که موجب تقسیم کارمندان به مافوق و زبردست می‌شود. درعین حال اجرای هر دستوری از ناحیه مافوق برای زبردست الزام‌آور نیست بلکه الزام زمانی متوجه مأمور و زبردست خواهد بود که هم مافوق و هم زبردست صلاحیت و اختیار لازم برای صدور دستور و اجرای آن را داشته باشند.

آمر باید بر طبق قانون، صلاحیت صدور دستور مربوطه را داشته باشد. بدین معنی که صدور دستور مورد نظر از صلاحیت‌های قانونی آمر باشد. بنابراین، اگر آمر دستوری دهد که خارج از صلاحیت وی باشد و مأمور آن را اجرا کند، ایفای وظیفه نخواهد بود. مثلاً اگر آمر حوزه (پاسگاه) به پلیس زیر امرش دستور دهد که فردی را شکنجه نماید، چنین دستوری از «آمر صلاحیت‌دار» صادر نشده است. زیرا شکنجه یک عمل ممنوع و غیرقانونی است و آمر یادشده، صلاحیت صدور چنین دستوری را ندارد. این شرط از فقره ۱ ماده ۱۲۱ کد جزا و بند پ ماده ۱۵۸ قانون مجازات ایران، استنباط می‌گردد. عبارت «مقام ذی‌صلاح» در اینجا این مطلب را می‌رساند که آمر باید ذی‌صلاح و صاحب صلاحیت باشد. در صورتی که آمر ذی‌صلاح نباشد و مأمور به امر او عملی جرمی را انجام دهد، از عوامل موجه یا اسباب اباحت پنداشته نمی‌شود.

۲-۲. شرایط موضوعی

شرایط موضوعی، شرایطی است که به موضوع امر و رفتاری که از مأمور سر می‌زند مربوط می‌شود. این شرایط عبارت‌اند از:



الف) وجود امر یا دستور رسمی

بدیهی است تا امر و دستوری از طرف مافوق خطاب به زیردست صادر نشده باشد، محملی برای استناد به این عامل وجود ندارد. البته این دستور باید رسمی و در چهارچوب روابط اداری امر و مأمور باشد و سایر دستوراتی که فاقد این ویژگی است، در رفع عنوان جزایی موثر نیست. بنابراین آنچه مؤثر بر رفع عنوان جزایی است، دستوری است که از طرف مافوق صادر می‌شود و تا این دستور نباشد این عامل موضوعیت پیدا نمی‌کند. باوجود چنین دستوری و تحقق سایر شرایط، امر آمر قانونی به عنوان یک عامل موجه جرم قابل استناد است.

مطلب دیگر آنکه مأمور در برداشت خویش راجع به صلاحیت قانونی خود یا موظف بودنش به عمل بر طبق دستور آمر قانونی، گاهی ممکن است به خطا رود و به نادرستی تصور نماید که عمل وی قانونی است. قانون‌گذار این عذر را از مأمور پذیرفته است و در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی ایران، آمده است: «لکن مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است، اجرا کرده باشد، مجازات نمی‌شود» و همچنین فقره ۲ ماده ۱۲۱ کود جزا، عبارت «عقیده داشته باشد» این مطلب را می‌رساند. معنای این عبارت آن است که هرگاه مأمور به غلط اعتقاد داشته باشد که طبق قانون مکلف به انجام عمل مورد بحث است و بعد خلاف آن آشکار گردد، در این صورت، انجام عمل مذکور عمل به امر آمر دانسته شده و از اسباب اباحت به شمار می‌رود. البته قانون‌گذار در ماده ۱۲۲ کود جزا، شرطی را اضافه می‌نماید: «در احوال مندرج ماده ۱۲۱ این قانون مأمور موظف، مکلف است ثابت نماید که ارتکاب عمل جرمی ناشی از اسباب معقول بوده و بعد از رعایت احتیاط لازم صورت گرفته است».

ملاحظه می‌گردد که ماده ۱۲۲ کود جزا، مأموری را که دچار چنین اعتقاد غلطی بوده و بر اثر آن عمل جرمی را از باب ایفای وظیفه انجام داده است، به شرطی عملش را از اسباب اباحت می‌داند که دو امر را در محکمه ثابت سازد: اول اینکه «اعتقاد وی راجع به مشروعیت عمل جرمی ناشی از اسباب معقول بوده» و دوم اینکه «ارتکاب آن بعد از رعایت احتیاط لازم صورت گرفته است» (علامه، ۱۳۹۴: ۱۶۷).

ب) قانونی بودن دستور

بدون تردید هر دستوری که مقامات مافوق صادر می‌کنند، برای مأمورین و مقامات زیردست لازم الاتباع نبوده و در رفع عنوان جزایی از عمل آنان مؤثر نیست؛ بلکه این وضع در صورتی قابل استناد است که دستور بر اساس موازین قانونی صادر شده باشد.

۳-۲. مسئولیت مأمور در اجرای امر آمر

گاهی قانون به یک شخص حکم می‌کند تا عملی را اجرا نماید که در حالات عادی جرم پنداشته می‌شود. پس اگر شخص بر اساس حکم قانون و مسئولیت‌پذیری یک عمل جرمی را انجام دهد، عملش جرم پنداشته نمی‌شود.

گاهی برای اجرای عمل تنها حکم قانون کفایت نمی‌کند؛ بلکه در پهلوی حکم قانون ضروری است تا برای اجرای وظیفه از جانب آمر مافوق وی، امر به اجرای آن عمل شده باشد. مثلاً یک شخص بر اساس حکم محکمه مستوجب جزای اعدام شناخته شده است، ولی تا زمانی که به جلاد از جانب آمرش امر اعدام صورت نگیرد، جلاد نمی‌تواند تنها بر اساس حکم قانون شخص محکوم به اعدام را اعدام نماید؛ بلکه به جلاد باید از جانب آمر مافوقش امر شود تا جزای اعدام را تطبیق نماید. به همین ترتیب مأمور محبس نمی‌تواند تنها بر اساس حکم محکمه، اشخاصی را که به جزای حبس محکوم شده‌اند، محبوس نمایند؛ بلکه وی زمانی یک شخص را می‌تواند زندانی کند که آمر محبس نیز به او امر نماید. در این رابطه پرسشی مطرح می‌گردد که اگر مادون بر اساس امر آمر خود عملی انجام دهد که در حالات عادی جرم است، آیا این حالت برای مادون حالت تبرئه کننده خواهد بود یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش باید گونه‌های امر آمر باید بررسی کرد.

۳. گونه‌های امر آمر قانونی

به نظر می‌رسد که امر آمر قانونی نیز از دو حالت خالی نیست: امر آمر قانونی یا شکل قانونی دارد یا غیرقانونی.

۱-۳. امر قانونی آمر قانونی

اگر آمر قانونی به مأمور خود به اجرای کار قانونی امر نماید، در این صورت هیچ مشکل



واقع نمی‌گردد. این حالت یک حالت تبرئه‌کننده می‌باشد و این عمل مشروع و مباح دانسته می‌شود. به‌عنوان مثال زمانی که آمر محبس به مأمور خود امر نماید که یک مجرم واقعی را بر اساس حکم محکمه، زندانی نماید، این عمل مأمور به حیث جرم شمرده نمی‌شود؛ بلکه عمل مشروع پنداشته شده است. و مأمور مکلف است که امر آمر خویش را به منصفه اجرا بگذارد؛ به‌خاطری که در این حالت هم آمر قانونی است و هم امر وی قانونی می‌باشد. قانونی بودن دستور دو وجه دارد: یکی آنکه دستور از جهت شکلی و صوری قانونی باشد و دیگر اینکه از جهت ماهوی نیز دستور باید منطبق با قانون و ضوابط اداری باشد.

الف) قانونی بودن دستور از نظر صوری

منظور از قانونی بودن دستور از لحاظ شکلی و صوری، این است که اولاً دستور، اداری و مربوط به شرح وظایف اداری آمر و مأمور باشد. یعنی امر و دستور از ناحیه مافوق در محدوده مربوط به امور شغلی و سازمانی مأمور صادر شده باشد. چنانچه دستور ناظر به اموری غیر از شغل اداری و سازمانی مأمور باشد، برای مأمور تکلیفی به بار نمی‌آورد و مأمور به‌هیچ‌وجه ملزم به اجرای آن نیست و به‌طور قطع اگر واجد جنبه جزایی باشد، از مأمور رفع مسئولیت نمی‌کند. ثانیاً در جهت صدور آن تشریفات مربوط رعایت شده باشد، و الا ملزم به اجرای آن امر نیست و بفرض اجرا مسئول خواهد بود.

ب) قانونی بودن دستور از لحاظ ماهوی

این شرط به این معنا است که دستور صادره از نظر ماهوی برخلاف قوانین و مقررات آمره و الزامی نباشد. اصولاً امر آمر زمانی برای مأمور تکلیف به بار می‌آورد که دستور، با قوانین و مقررات آمره و به‌ویژه مقررات جزایی مغایرت نداشته باشد. دقیقاً بحث از امر آمر قانونی به‌عنوان عامل موجهه‌ی جرم از همین جا آغاز می‌شود که اگر امر ماهیتاً برخلاف قانون از جمله قانون جزا باشد، آیا چنین دستوری بر رفع عنوان جزایی از عمل مأمور مؤثر است یا نه؟ به‌عبارت دیگر اگر آمر مأمور را وادار به انجام عمل مجرمانه‌ای نماید، آیا مأمور مکلف به اجرای آن است؟ به‌طور قطع اگر این امر در چهارچوب قوانین و مقررات صادر شده باشد، مسئولیتی را برای مأمور در پی نخواهد داشت. در غیر این صورت، یعنی اگر امر خارج از ضوابط قانونی صادر شده باشد، تکلیف مأمور چیست؟ آیا باید آن را انجام دهد



یا از انجام آن خودداری کند؟ در نظام حقوقی با تمسک به سه مقرر قانونی (مواد ۱۵۶ و ۱۵۷ ق.م.ا و ماده ۱۲۰ ک.ج.ا.) می‌توان به این سؤال پاسخ داد.

۲-۳. امر غیرقانونی آمر قانونی

اگر آمر قانونی باشد و امر وی غیرقانونی مثلاً آمر محبس به مأمور خود امر نماید تا شخصی را که بر اساس حکم محکمه محکوم نشده، بر اساس مقاصد شخصی زندانی نماید؛ در این حالت آیا مأمور مکلف خواهد بود که این امر را اجرا نماید یا خیر؟ و اگر اجرا نماید آیا از اجرای آن مسئولیت دارد؟ به عبارت دیگر، این حالت یک حالت تبرئه کننده برای مأمور می‌باشد یا خیر؟ (دانش، ۱۳۹: ۱۳۰). در پاسخ باید گفت که در زمینه سه نظریه و سه رویکرد در نظام حقوقی قابل مشاهده است.

۴-۳. نظریات اطاعت از امر غیرقانونی

در اینکه اطاعت از امر غیرقانونی آمر قانونی حالت تبرئه کننده برای مأمور می‌باشد یا خیر سه رویکرد حقوقی وجود دارد.

۱-۴. نظریه اطاعت مطلق یا محض

بر اساس نظریه اطاعت مطلق، مأمور موظف است که اوامر آمر مافوق را بدون هیچ گونه چالش و پرسشی اجرا کند؛ به عبارت دیگر، او باید به طور کامل از دستورات آمر اطاعت نماید. تداوم نظم اداری و حفظ حسن روابط بین مأمور و آمر ایجاب می‌کند که مأمور از اوامر مافوق خود به صورت بی قید و شرط پیروی کند. در صورتی که مأمور از اجرای برخی اوامر غیرقانونی آمر سرپیچی کند، ممکن است اختلافاتی بین آمر و مأمور به وجود آید که منجر به توقف کارهای اداری و اختلال در نظم اداری خواهد شد. طبق این نظریه، اگر مأمور عملی را بر اساس دستور غیرقانونی آمر انجام دهد، این عمل می‌تواند برای مأمور به عنوان یک حالت تبرئه کننده تلقی شود و در این صورت مسئولیت اجرای عمل غیرقانونی بر عهده آمر خواهد بود نه مأمور.

با این حال، این نظریه امروزه مورد تأیید نیست و انتقادات متعددی به آن وارد شده است: نخست، اگر تنها افرادی که در رأس سلسله مراتب اداری قرار دارند مسئولیت داشته باشند و



دیگران از مجازات معاف گردند، این امر می‌تواند منجر به ارتکاب اعمال غیرقانونی توسط رؤسا و مسئولان سازمان‌های دولتی شود و کارمندان پایین‌دست به دلیل عدم مسئولیت، به جلوگیری از این اعمال اقدام نکنند (صانعی، ۱۳۸۸: ۳۳۹).

دوم، این نظریه کارمند را به صورت یک ابزار بی اختیار درآورده و قدرت ابتکار را از وی سلب می‌کند. فردی که تحت لوای «اطاعت از دستور» و «عدم مسئولیت جزایی» قرار گیرد، تمامی اوامر مافوق را بدون چون و چرا اجرا می‌کند و این شرایط به یک دیکتاتوری اداری منجر می‌شود. در نتیجه، چنین کارمندانی انسان‌های بی فکر، بی مسئولیت و فاقد شجاعت معنوی خواهند بود (دانش، ۱۳۹۴: ۱۳۱).

سوم، سیستم اطاعت کورکورانه خطرناک است و به همین دلیل مردود تلقی می‌شود؛ چون این نوع اطاعت به معنای ایجاد معاونت اجباری در جرم بین مافوق و مادیون است (علی آبادی، ۱۳۸۷: ۲۴۷).

چهارم، این نظریه اصل پیروی دولت از قانون و حاکمیت آن را مخدوش می‌کند. امروزه این اصل پذیرفته شده است که حاکمیت‌ها محدود به قانون هستند و اختیارات آن‌ها مطلق نیست. اگر این نظریه پذیرفته شود، رؤسا ممکن است به صدور دستورهای مخالف قانون ترغیب شوند (نوربها، ۱۳۸۸: ۲۸۰).

بنابراین، نظریه اطاعت مطلق (کورکورانه) به این معناست که مأمور به طور مطلق موظف به تبعیت از دستور آمر است، چه آن دستور قانونی باشد و چه غیرقانونی. بر اساس این نظریه، اگر مأمور دستور غیرقانونی آمر را اجرا کند، هیچ مسئولیتی متوجه او نخواهد بود و تمامی مسئولیت بر عهده آمر خواهد بود. توجیهات مختلفی برای این نظریه ارائه شده که مهم‌ترین آن‌ها حسن انجام امور اداری است (منصورآبادی، ۱۳۷۸: ۷۸).

در نهایت، می‌توان گفت که این نظریه در واقع یک نظریه قدیمی است که در نظام‌های دیکتاتوری امکان تطبیق آن بیشتر بوده است؛ اما امروزه مورد قبول و تأیید نیست و تنها در برخی کشورها و در زمینه‌های نظامی در موارد خاصی اجرا می‌شود. زمینه‌های نظامی معمولاً حساس و نیازمند نظم قوی بوده و به همین دلیل ممکن است در این زمینه‌ها همچنان تطبیق این نظریه وجود داشته باشد.



۲-۴. نظریه اطاعت قانونی یا بررسی اوامر

طبق نظریه اطاعت قانونی، مأمور حق و حتی وظیفه دارد که قانونی بودن دستور یا امر را مورد بررسی قرار دهد. در صورتی که مأمور دستور آمر را مغایر و مخالف قانون تشخیص دهد، موظف است از اطاعت از آن دستور غیرقانونی خودداری کند؛ زیرا اجرای یک دستور غیرقانونی نمی‌تواند توجیه‌پذیر باشد. این نظریه تأکید می‌کند که مأمور باید در هر مورد دستور آمر را ارزیابی کند و در صورتی که آن را مغایر با قوانین تشخیص دهد، از اجرای آن پرهیز کند. توجیهی که برای این دیدگاه ارائه شده است، این است که مأموران را نمی‌توان به عنوان ابزاری بی‌اراده تلقی کرد؛ بلکه آن‌ها وظیفه دارند که از اجرای دستورات غیرقانونی مقامات مافوق خود جلوگیری نمایند (منصورآبادی، ۱۳۷۸: ۷۹). با این حال، انتقاداتی به این نظریه وارد شده است:

نخست، اگر این نظریه بدون توجه به واقعیات اجتماعی پذیرفته شود، در نهایت منجر به پراکندگی و سردرگمی در اداره امور و کندی جریان کار دستگاه‌های اجرایی خواهد شد؛ زیرا احراز قانونی بودن دستور مافوق در تمامی موارد آسان نیست و از عهده مأموران زیرمجموعه خارج است. چنین وضعیتی به‌ویژه اصل انضباط را در سازمان‌هایی مانند ارتش به خطر می‌اندازد (اردبیلی، ۱۳۹۴: ۲۶۸).

دوم، این نظریه می‌تواند باعث اختلال در گردش نظام اداری شود؛ زیرا به هر مأموری این مجوز را می‌دهد که خود در مورد مشروعیت فرمان تصمیم‌گیری کند و حکم نهایی را صادر کند. آیا می‌توان آمر فاقد اختیار را مسئول شناخت؟ اختیار و مسئولیت ملازم یکدیگرند و از مبانی اداره به شمار می‌روند. اگر قوی‌ترین مدیران نیز مورد اطاعت قرار نگیرند، هیچ‌گونه کارایی نخواهند داشت. به همین دلیل، امروزه به‌طور معمول از این نظریه استفاده نمی‌شود.

۳-۴. نظریه مسئولیت نسبی (رعایت ظواهر)

نظریه مسئولیت نسبی به این معناست که مأمور باید از نظر ظاهری ارزیابی کند و در صورتی که ظواهر امر مغایرتی با قوانین نداشته باشد، آن را اجرا نماید. به بیان دیگر، در چنین شرایطی مأمور ملزم به تبعیت از دستور آمر است و در صورت اجرای دستور، هیچ مسئولیتی نخواهد داشت (اردبیلی، ۱۳۹۴: ۲۶۹).



با توجه به مزایا و معایب نظریات قبلی، تعدادی از حقوقدانان نظریه سومی را مطرح کردند که به «نظریه عمل به ظاهر» مشهور است. طبق این نظریه، اگر ظاهر امر غیرقانونی نباشد، مأمور مکلف به انجام دستور است و مأمور تنها باید از اجرای اوامری که به طور واضح غیرقانونی هستند، خودداری کند. در این راستا، مأمور در قبال اوامری که دارای ظاهر واضح غیرقانونی باشد، مسئولیت جزایی خواهد داشت. در چنین مواردی، معیار ارزیابی عرفی و نوعی است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۸: ۳۵۵).

به نظر می‌رسد که قانون مجازات افغانستان نیز این نظریه را پذیرفته و آن را ترجیح داده است. استنباط این موضوع از عبارت مأمور عقیده نماید که عمل به اوامر از وظایف قانونی وی است در فقره ۲ ماده ۱۲۱ به خوبی نمایان است؛ زیرا اگر مأمور فکر کند که اجرای عملی وظیفه اوست، در حقیقت آن عمل را به عنوان ایفای وظیفه خود تلقی می‌کند، هر چند که ممکن است چنین وظیفه‌ای نداشته باشد.

بنابراین، در نظام حقوقی ایران و افغانستان سه مقرر قانونی (مواد ۱۵۶ و ۱۵۷ قانون مجازات اسلامی و ماده ۱۲۰ قانون جزای افغانستان) در این زمینه وجود دارد. با توجه به این سه مقرر، مشخص می‌شود که قانون‌گذار ایران و افغانستان از نظریه «بینابین» یا «نسبی» پیروی کرده‌اند.

بر اساس ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی: «اعمالی که برای آن‌ها مجازات مقرر شده است، در موارد زیر جرم محسوب نمی‌شود: ۱. در صورتی که ارتکاب عمل به امر آمر قانونی بوده و خلاف شرع هم نباشد. ۲. در صورتی که ارتکاب عمل برای اجرای قانون اهم لازم باشد». ماده ۱۵۷ این قانون نیز مقرر می‌دارد: «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود، آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند، ولی مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول به تصور اینکه قانونی است، اجرا کرده باشد، فقط به پرداخت دیه یا ضمان مالی محکوم خواهد شد».

در ماده ۱۲۰ کود جزای افغانستان، قانون‌گذار دو شرط را ذکر کرده که در صورت تحقق آن‌ها عمل مأمور جرم شناخته نمی‌شود: ۱. در حالتی که مأمور در حال تطبیق امر مقام ذی صلاح باشد که از اطاعت امر آن‌ها مطابق به احکام قانون مکلفیت داشته باشد. ۲. در

حالتی که مأمور موظف باشد که عقیده داشته باشد عمل امر مقامات ذی صلاح از جمله وجایب قانونی او است.

با دقت در این سه مقررہ قانونی، می‌توان استنباط کرد که قانون‌گذار از نظریه مسئولیت نسبی پیروی کرده است. بنابراین، مأمور بر اساس ظاهر باید خود را مطیع نشان دهد و درواقع باید تحقیق کند که آیا امر آمر شرایط اطاعت را دارد یا خیر. در صورتی که مأمور تحقیق نکند و مرتکب عملی شود، مسئولیت این عمل بر عهده وی خواهد بود.

۵. عمل امر آمر در مقررات اداری، جزایی، نظامی و استثنای آن

در این قسمت از پژوهش عمل به امر آمر را در مقررات اداری، جزایی، نظامی و استثنای آن مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱-۵. بررسی دستور مقام مافوق و شرایط اطاعت مأموران در امور اداری

بحث درباره دستور مقام مافوق و شرایط و نحوه اطاعت مأموران و مستخدمین مادون در امور اداری، نیازمند مطالعه دقیق نگاه قانون‌گذار به این مقوله است. اصل مداومت خدمات عمومی و اداری ناشی از ضرورت‌های مربوط به اداره اجتماع است. برخی از این ضرورت‌ها، مانند امنیت عمومی، خدمات درمانی و فوریت‌های غذایی، اصولاً نمی‌توانند به تعویق بیفتند. این اصل، تکلیفی را بر دوش مقامات عمومی و اداری می‌گذارد که به موجب آن باید تداوم خدمات اداری به‌طور مناسب تضمین شود. این تداوم ممکن است به صورت موقت یا دائمی دچار وقفه شود. در هر صورت، در برابر این تکلیف ممکن است مسئولیت جزایی و مدنی مقامات عمومی مطرح گردد. به‌ویژه، مستخدم عمومی موظف است به‌طور مستمر به انجام وظایف قانونی خود بپردازد و از هرگونه عملی که موجب تعطیل و اختلال در اداره شود، خودداری کند. این تکلیف ناشی از اصل ثبات و مداومت امور عمومی است که حکم می‌کند در کار سازمان‌های اداری وقفه و تأخیری نباید روی دهد. از یک طرف، مستخدم عمومی متعهد است که در اجرای وظایف خود همواره به قوانین و مقررات کشور پایبند باشد؛ زیرا تخطی از این قوانین موجبات مسئولیت را فراهم می‌آورد. از طرف دیگر، ممکن است اصل احترام به قوانین و مقررات با اصل اطاعت از



اوامر مافوق در تعارض قرار گیرد. اطاعت مستخدمین از اوامر رؤسای مافوق، یکی از تکالیف اساسی آنهاست و این اصل، از اصول کلیدی سازمانی محسوب می‌شود. مفهوم این اصل این است که مافوق اداری مسئول حسن اداره امور است و اصل مسئولیت ایجاب می‌کند که وی اختیارات لازم را برای اداره امور داشته باشد و کارها باید مطابق دستور و نظر وی انجام گیرد. بدون شک، این قدرت به رؤسای ادارات برای اجرای قوانین داده شده است (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۲۱۷).

سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا دستورهایی که از طرف مقامات مافوق صادر می‌شود و مغایر با قوانین باشد، اقتضای اطاعت از سوی مستخدم را دارد یا خیر؟ اصل بر این است که مستخدم قبل از اطاعت از اوامر مافوق، ملزم به رعایت قوانین و مقررات است. به عبارت دیگر، اراده قانون برتر از دیگر دستورات است. از سوی دیگر، اصل رعایت سلسله مراتب اداری ایجاب می‌کند که مستخدم در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر رؤسای مافوق خود را در امور اداری اطاعت کند. قانون کارکنان خدمات ملکی در تعدیل ماده ۱۴ در این مورد تصریح کرده است که هرگاه امر آمر قانونی باشد، مأمور یا کارکن قراردادی موظف به اجرای آن است؛ اما اگر امر آمر غیرقانونی باشد، مأمور یا مستخدم مکلف است که آمر را به صورت کتبی از غیرقانونی بودن دستور خود مطلع کند. اگر آمر به اجرای دستور خود اصرار ورزد، مأمور یا کارکن قراردادی مسئولیتی نخواهد داشت و مسئولیت به آمر مربوط می‌شود.

لزوم اطاعت مستخدمین و مأمورین از مقام مافوق دارای شرایط زیر است:

۱. دستور باید مرتبط با وظایف اداری و شغلی مأمور بوده و از طرف رؤسای مافوق صادر شده باشد. به عبارت دیگر، مأمور فقط مکلف به اطاعت از اوامری است که با شغل اداری او تناسب و همخوانی داشته باشد؛ لذا در امور غیر مرتبط با شغل اداری، هیچ تکلیفی به اطاعت از اوامر مافوق ندارد.

۲. دستورات صادره از سوی مافوق باید از لحاظ صوری و ماهوی مطابق با قوانین و مقررات باشد. به عبارت دیگر، دستور مافوق تنها در صورتی لازم الاجرا است که از نظر شکل ظاهری صحیح و منطبق با قانون باشد. یعنی: اولاً، آمر باید مقام صلاحیت‌داری



باشد، به گونه‌ای که صلاحیت او به قانون استناد شود؛ ثانیاً، مأمور باید صلاحیت اجرای آن دستور را داشته باشد؛ بدین معنا که اطاعت از آن، جزء وظایف او باشد؛ ثالثاً، امر باید با رعایت تشریفات و شرایط قانونی صادر شده باشد (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۲۱۸).

۲-۵. امر آمر در مقررات جزایی

امر آمر در مقررات جزایی در زیرمجموعه علل موجه جرم یا جهات مشروعیت جرم و زایل شدن عنصر قانونی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در رابطه به علل موجه جرم باید گفت که قانون‌گذار در مواردی به علت وجود اوضاع و احوال خاص، ارتکاب عملی را که علی‌الاصول و در شرایط عادی جرم است، جرم نمی‌شناسد و مجازاتی برای آن در نظر نمی‌گیرد. این اوضاع و احوال عواملی هستند که ارتکاب جرم را توجیه کرده و جنبه مجرمانه آن را از بین می‌برند.

در بسیاری از نظام‌های حقوقی که بین جرم و دفاع تفکیک قائل می‌شوند، جرم با وجود دو عنصر مادی و معنوی محقق محسوب می‌گردد؛ اما ارتکاب جرم در پاره‌ی موارد نه تنها مستوجب مجازات نیست، بلکه مطابق اصول حقوق جزای مصداق «حق» محسوب گردیده و ترجیح بر انجام آن است که عمل امر آمر از جمله آن می‌باشد.

عمل مأموری که دستور آمر را اجرا می‌کند و این امر مخالف قوانین محسوب نمی‌گردد، قانونی و مصداق علل موجه می‌باشد؛ اما مأموری که امر غیرقانونی آمر را انجام می‌دهد، انجام آن متضمن ارتکاب جرم است، نمی‌تواند ادعای موجه بودن عمل و استناد به اسباب اباحه نماید. این ادعا در حقوق جزا مردود محسوب می‌گردد. کود جزا در ماده ۱۲۰ حالاتی را که عمل امر آمر جرم شناخته نمی‌شود، در دو فقره بیان داشته است و در ماده ۱۲۲ معیار تثبیت حسن نیت را مقرر کرده است. به این بیان که یک معیار عرفی است و اثبات آن به دوش مأمور موظف است که ثابت نماید عمل ارتكابی را بعد از احتیاط لازم انجام داده و از طرف دیگر ناشی از اسباب معقول باشد.

۳-۵. امر آمر در مقررات نظامی

امر آمر قانونی در مقررات نظامی نسبت به مقررات اداری و جزایی تفاوت‌های معناداری دارد. در این راستا، بسیاری از کشورها در قوانین مرتبط با نظامیان و نیروهای مسلح، مقررات



سخت‌گیرانه‌تری اعمال می‌کنند. نقض سلسله‌مراتب و بی‌اعتنایی به دستورات مافوق می‌تواند به ضعف نظم و انضباط در نیروهای نظامی منجر شود و این وضعیت در نهایت تهدیدی جدی برای امنیت داخلی و خارجی کشورها محسوب می‌شود. به‌عنوان مثال، در شرایطی که کشوری با تهاجم اشغال‌گرانه‌ای مواجه است، اگر نیروهای نظامی در دفاع از کشور از دستورهای فرماندهان خود سرپیچی کنند، ممکن است تمامیت ارضی آن کشور به خطر بیفتد یا مخدوش شود (علامه، ۱۳۹۴: ۱۶۹).

رویکرد نظام حقوقی افغانستان نسبت به عمل به امر آمر قانونی در مقررات نظامی مانند اغلب کشورها می‌باشد؛ یعنی رویه سخت‌گیرانه‌تری نسبت به موضوع اختیار نموده است. کود جزا در ماده ۱۲۴ خویش تحت عنوان نداشتن حق اعتراض بر امر آمر را قانون‌گذاری نموده است. طبق این ماده هرگاه مأمور موظف به حکم قانون حق اعتراض بر امر مقامات ذی‌صلاح را نداشته باشد و در صورتی مرتکب عمل جرمی (در صورتی که عمل ارتكابی با حسن نیت و با رعایت لازم انجام‌شده باشد) گردد، مسئولیت به وی متوجه نشده، بلکه به آمر وی راجع می‌گردد. یعنی در این ماده قانون‌گذار حالت استثنایی را مقرر کرده است. در حالتی که مأمور مکلف به اطاعت از امر آمر باشد و عملی را به امر آمر مرتکب شود که عمل جرم باشد، مأمور مسئولیت جزایی نداشته و مسئولیت جزایی به عهده آمر می‌باشد. به‌عنوان مثال، در امور نظامی که اصولاً نظریه اطاعت محض تطبیق می‌شود و قوانین به دلیل اهمیت حفظ نظم در صفوف نظامیان مطابق نظریه محض است. در صورتی که مأمور مطابق امر آمر عمل نموده باشد و جرم را مرتکب شده باشد، مأمور مسئولیت جزایی نداشته و آمر دارای مسئولیت جزایی جرم ارتكابی توسط مأمور است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۸: ۳۸۳).

پرسشی در رابطه به ضمیمه شماره ۱ کود جزا در مورد جرایم عسکری (هرگاه منسوب نظامی از اجرای امر قانونی آمر صریحاً امتناع ورزد) مطرح می‌گردد و آن اینکه آیا امر آمر در مقررات نظامی مطلق است یا خیر؟

به نظر می‌رسد که امر آمر قانونی در مقررات نظامی مطلق نیست. در صورتی که امر آمر قانونی آشکارا غیرقانونی باشد، مادون مکلف به اجرای آن نمی‌باشد. این مطلب در ضمیمه شماره ۱ کود جزا در مورد جرایم عسکری در ماده ۱۴ تصریح شده است. از واژه «امر قانونی»

می‌توان برداشت نمود که باید امر آمر در مقررات نظامی ظاهراً قانونی جلوه نماید تا مادون به اجرای آن مبادرت ورزد. در صورت عدم انجام، جرم عدم اطاعت را مرتکب خواهد شد. مثلاً اگر آمر امر شکنجه را صادر کند، در صورتی که مادون آن را اجرا نماید، مسئول خواهد بود. از طرف دیگر مطابق بند ۲ ماده ۳۳ اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی که افغانستان نیز عضو آن می‌باشد و به آن متعهد است، اطاعت مأمور از امر غیرقانونی آمر در مواردی را که آشکارا غیرقانونی باشد، جایز ندانسته است. طبق این اساسنامه، دستور به ارتکاب جرم «نسل زدایی» و «جنایات علیه بشریت» از اوامر آشکارا غیرقانونی محسوب شده است. بنابراین، مأمورین نظامی و ملکی، هیچ‌کدام نمی‌توانند به دستور مقامات مافوق، به‌عنوان مجوز در جرایم بین‌المللی، استناد نمایند؛ در غیر این صورت مسئول خواهند بود.

۴-۵. استثنائات امر آمر قانونی

طوری که در بالا تذکر به عمل آمد، عمل امر آمر حتی در مقررات نظامی مطلق نبوده، شامل استثناست. طبق صراحت ماده ۱۲۳ کد جزا، جرایم نسل‌کشی، ضد بشری، جنگی، تجاوز علیه دولت و شکنجه از حکم ماده ۱۲۱ مستثناست. به این معنا که حتی در حالاتی که مأمور موظف به حکم قانون، به اطاعت از امر آمر مکلف باشد یا به عمل امر آمر عقیده داشته باشد، بازهم ارتکاب جرائم علیه بشریت و شکنجه برای وی مجاز نخواهد بود (سازمان بین‌المللی حقوق، ۱۳۹۷: ۷۴). همچنان مطابق به بند ۲ ماده ۳۳ اساسنامه محکمه بین‌المللی جزایی، دستور به ارتکاب جرم نسل‌زدایی و جنایات علیه بشریت از جمله اوامر آشکار غیرقانونی است. در صورت ارتکاب، آمر و مأمور هر دو مسئولیت جزایی خواهند داشت.

نتیجه‌گیری

عوامل موجهه اسباب و حالاتی اند که موجودیت آن‌ها در شرایط خاص، خصوصیت جرمی عمل اجرا شده را از بین می‌برد و چنان پنداشته می‌شود که گویا اصلاً یک عمل مشروع واقع گردیده است؛ اما اگر این حالات به‌خصوص وجود نداشته باشد، عمل به ذات خود جرم بوده و مستلزم مجازات می‌باشد. یکی از مصادیق این عوامل موجهه که عنصر قانونی جرم را از بین می‌برد، امر آمر قانونی است. در صورتی که امر از طرف مقام ذی‌صلاح



در حدود احکام قانون صادر شده باشد و از طرف مادون به منصفه اجرا گذاشته شود، این عمل مادون جرم پنداشته نشده و هیچ نوع مسؤولیت نخواهد داشت.

مبنای امر آمر نصوص قانون است؛ زیرا خود قانون یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم بوده و توسط متن دیگری از قانون آن عنصر زایل می شود. بنابراین عمل ارتکاب شده در این اوضاع و حالات خصوصیت جرمی خود را ازدست داده و به عمل مباح مبدل می گردد. باید گفت که این حالت مطلق نبوده و دارای شروطی است که باید در هنگام اجرا از طرف مرتکب در نظر گرفته شود؛ در غیر آن نمی توان ادعا کرد که عمل ارتكابی از عوامل موجهه جرم است. اولین شرط این است که آمر مربوطه صلاحیت صدور دستور را داشته باشد تا مادون مکلف به اجرا آن گردد. دوم اینکه اجرای دستور صادره از جمله وظایف مأمور بوده باشد. سوم اینکه باید تمام شرایط شکلی دستور صادر شده از طرف آمر رعایت گردیده باشد. در صورتی که امر آمر ذی صلاح قانونی باشد، مطابق ماده ۱۲۰ کود جزا و ۱۵۶، ۱۵۷ قانون مجازات اسلامی مادون مکلفیت دارد که امر آمر را اجرا نماید؛ ولی اگر امر آمر ذی صلاح غیرقانونی باشد، در نظام حقوقی کشورها سه نظریه یا رویکرد چون، نظریه مطلق، نظریه بررسی اوامر و نظریه عمل به ظاهر وجود دارد. کود جزای افغانستان با در نظر داشت فقره ۲ ماده ۱۲۰ در امور جزایی و اداری و قانون خدمات ملکی در تعدیل ماده ۱۴ خویش عمل به ظاهر را پذیرفته است. قانون مجازات اسلامی مطابق ماده ۱۵۶ و ۱۵۷ نیز از این نظریه تبعیت نموده است. به نظر می رسد که کود جزا در امور نظامی در ماده ۱۲۴ به دلیل نظم و انضباط رویه سخت گیرانه را پیش بینی نموده است. البته باید گفت که عمل امر آمر استثنا آتی نیز دارد: مادون نمی تواند امر آمر خویش را در جرایم نسل کشی، جرایم ضد بشری، جرایم جنگی، جرایم تجاوز علیه دولت و شکنجه اجرا نماید. در صورتی اجرا، عمل مأمور جرم پنداشته شده و قابل تعقیب عدلی پنداشته می شود.



منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۹۴)، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چ ۵۴، میزان: تهران.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، چ ۱۹، تهران: گنج دانش.
۳. جمعی از نویسندگان، (۱۳۹۸)، شرح کود جزا، چ ۱، کابل: بنیاد آسیا.
۴. دانش، حفیظ الله، (۱۳۹۴)، حقوق جزای عمومی، چ ۲، کابل: سیرت.
۵. سازمان بین‌المللی حقوق، (۱۳۹۷)، موانع مسئولیت جزایی و اسباب اباحت، کابل.
۶. صانعی، پرویز، (۱۳۸۸)، حقوق جزای عمومی، چ ۲، تهران: طرح نو.
۷. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۸۷)، حقوق اداری تطبیقی، چ ۱۲، تهران: سمت.
۸. علامه، غلام حیدر، (۱۳۹۴)، حقوق جزای عمومی افغانستان، چ ۲، کابل: دانشگاه ابن سینا.
۹. علی‌آبادی، عبدالحسین، (۱۳۸۷)، حقوق جنایی، ج ۱، چ ۳، تهران: فردوسی.
۱۰. قانون مجازات اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲.
۱۱. کود جزا افغانستان مصوب ۱۳۹۷.
۱۲. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۸)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، چ ۱۸، تهران: جهان دانش.
۱۳. معین، محمد، (۱۳۸۴)، فرهنگ فارسی، چ ۳، تهران: ادنا.
۱۴. منصورآبادی، عباس، (۱۳۷۸)، حقوق جزای عمومی، بی‌چا، شیراز: دانشگاه شیراز.
۱۵. نوربها، رضا، (۱۳۸۸)، زمینه حقوق جزای عمومی، چ ۱۸، تهران: جهان دانش.

تحلیل دیدگاه آیات عظام مصباح یزدی و محسنی در مورد آزادی عقیده و بیان

سید محمدعلی احسانی^۱

چکیده

آزادی عقیده و بیان که از ابعاد مهم آزادی است که در اعلامیه جهانی حقوق بشر به انتخاب و تغییر مذهب تفسیر شده است. آزادی عقیده در نگاه مصباح و محسنی تابع مصالح و مفاسد است چون عقیده امر درونی است که متصف به آزادی و عدم آزادی نمی‌شود اما بیان عقیده که از کنش‌های اجتماعی است، تابع احکام اجتماعی است. انتخاب و تغییر مذهب در حوزه انتخاب فرد نمی‌گنجد ازین رو بیان آشکار تغییر مذهب حق یعنی اسلام، حکم ارتداد را داراست. اهمیت دیدگاه خاص دو اندیشمند مذکور در مورد آزادی عقیده، ضرورت این نوشتار را مدلل می‌سازد. این پژوهش با رویکرد تحلیلی - توصیفی و شیوه کتابخانه‌ای به فرجام رسیده است. خارج بودن عقیده از دایره انتخاب و مدار احکام اجتماعی نظیر آزادی و عدم آزادی؛ عدم دلیل بر محدودیت آزادی عقیده، عدم اجرای حکم ارتداد بر کسی که اقدام به ترویج عقیده باطل نکرده، از دست آورده‌های این تحقیق است.

واژگان کلیدی: آزادی عقیده، آزادی بیان، ارتداد، آیت الله مصباح، آیت الله محسنی.

۱. مدرس مدرسه علمیه جعفریه هرات و دانش‌آموخته دکتری جامعه المصطفی العالمیه
ایمیل: sayyedehsani151516@gmail.com



مقدمه

آزادی عقیده و بیان از مهمترین ابعاد آزادی است. تعریف عقیده و جایگاه آن در منظومه فکری فرد و جامعه، اهمیت و اولویت آن را نسبت به سایر پدیده‌ها نشان می‌دهد. هرچند مصداق آزادی عقیده و بیان تا حدودی در جهان اسلام وجود داشته اما مفهوم آن در سده‌های اخیر در غرب مطرح شده است. در منظومه فکری غرب، عقیده و دین، امر شخصی و سلیقه‌ای است که مانند سایر پدیده‌های اجتماعی، در دایره انتخاب فرد قرار می‌گیرد. ازین‌رو فرد در دیدگاه غربی، حق انتخاب دین و مذهب را دارد؛ و هرگاه بخواهد می‌تواند آن را تغییر دهد؛ اما از نگاه اسلام دین مجموعه‌ای از اوامر و نواهی و یا معارفی در حوزه‌های مختلف است که خداوند توسط پیامبرانش برای انسان‌ها فرستاده و انسان در هر زمان و مکانی، در امور دینی و عقیدتی، باید تابع تازه‌ترین و آخرین اوامر و دین مورد تأیید الهی باشد.

این نوشتار در نظر دارد، آزادی عقیده و بیان را از منظر دو متفکر اسلامی که دغدغه فراوانی در مورد بیان اندیشه‌های اسلامی و نقد دیدگاه حقوق بشر غربی داشته‌اند، یعنی آیت الله محمد تقی مصباح یزدی و آیت الله محمد آصف محسنی، مورد بررسی قرار دهد تا از این رهگذر، دیدگاه اسلام در مورد آزادی عقیده و بیان تبیین و به نقاط اشتراک و افتراق، دیدگاه آن‌ها در مورد آزادی عقیده و بیان دست یابد.

این نوشتار، آزادی عقیده را از منظر مصباح یزدی و محمد آصف محسنی که رویکرد دینی و نقد رویکرد لیبرالی دارند مورد بررسی قرار می‌دهد، پیشینه‌ای ندارد. طبق جستجو و تفحص نویسنده، در این موضوع با رویکرد مذکور کتاب یا مقاله‌ای منتشر نشده است. اما در مورد «آزادی عقیده و بیان» به طور عام، آثاری با دو رویکرد حقوقی و کلامی. نگارش یافته است. مقاله «آزادی و آزادی عقیده و تفکر از نظر شهید مطهری» اثر حسین واعظی؛ مقاله «دیدگاه اسلام در مورد آزادی عقیده و بیان» اثر حسین مهرپور و مقاله آزادی عقیده و بیان با تکیه بر واکاوی تفسیری آیه «لا اکراه فی الدین» اثر سیدحسین حسینی کارنامی. مقاله «آزادی عقیده و بیان در اندیشه‌های آیت الله جوادی آملی با نگاهی به حقوق غرب»، اثر ابراهیم جوانمرد فرخانی و علی نوری؛ آزادی عقیده و بیان، به نحوی از منظر غرب و اسلام را مطرح کرده است. کتاب «نابرداری مذهبی» اثر محمدحسین مظفری، آزادی



های مذهبی و محدودیت‌های آن را بیان می‌کند. موضوع این اثر با موضوع مقاله نزدیک است. بین ارتداد عقیدتی و عمل مجرمانه، تفکیک قایل می‌شود و حد اعدام را مربوط به همین گزینه، برمی‌شمارد.

به طور کلی این منابع، با رویکرد کلامی، به مسأله «آزادی عقیده و بیان» پرداخته و آن را در چارچوب قوانین دینی می‌پذیرند که مبتنی بر مصالح و مفاسد واقعی در رابطه با سعادت دنیا و آخرت است. آثار مذکور با موضوع این نوشتار نزدیک است اما دیدگاه مصباح و آیت‌الله محسنی در آن‌ها منعکس نشده است. و از سویی ویژگی‌های در دیدگاه‌های مصباح و محسنی وجود دارد که مستلزم وجود این نوشتار است.

نوآوری‌های در دیدگاه مصباح و محسنی در مورد آزادی عقیده و بیان، دیده می‌شود؛ هردو متفکر برخلاف دیگران، عقیده را بیرون از حکم آزادی و عدم آزادی دانسته و در نتیجه مصباح معتقد است که عقیده را نمی‌توان نفی یا سلب نمود. محسنی می‌گوید دلیلی بر منع آزادی عقیده نداریم. دیدگاه مصباح در مورد اجرای حکم ارتداد این است که حجت بر فرد تمام شده و آشکارا از دین برگردد. محسنی حکم ارتداد در مورد نوبالغی که هنوز اقرار به اسلام نکرده را جایز نمی‌داند و اسلام قبل از بلوغ را حکمی دانسته و اسلام حکمی را قاصر از موضوعیت حکم ارتداد می‌داند. ازین‌رو بررسی تطبیقی دیدگاه مصباح و محسنی از اهمیت زیادی برخوردار است. همچنین با توجه به اینکه در دهه‌های اخیر، دین‌گریزی به بهانه‌ای حقوق بشر و آزادی، بیشتر شده است، تبیین آزادی عقیده و بیان از منظر این دو متفکر که دیدگاه اسلام را بازتاب می‌دهند، پاسخگوی بسیاری از شبهات خواهد بود. بنابراین نوشتار حاضر، در پاسخ به این سؤال اصلی که «مصباح و محسنی در مورد آزادی عقیده و بیان چه دیدگاهی دارد؟ و سئوالات فرعی چون دیدگاه مصباح و محسنی در مورد تغییر مذهب و انتخاب دینی غیر از اسلام چیست؟ دیدگاه مصباح و محسنی در مورد اظهار ارتداد و بیان عقیده جدید و اجرای مناسک آن چیست؟» انتظام یافته است. بدنه اصلی این نوشتار از دو بخش: «آزادی عقیده از منظر آیت‌الله مصباح» و «آزادی عقیده از منظر آیت‌الله محسنی» و زیر بخش‌هایی در مورد تغییر عقیده و ارتداد، ساماندهی شده است.

۱. مفهوم‌شناسی موضوع

نخست باید مفهوم آزادی، عقیده و بیان روشن شود و بعد به بیان دیدگاه‌های در مورد آن پردازیم.

۱-۱. آزادی

فرهنگ علوم سیاسی در تعریف واژه آزادی = (Freedom Librety)، معانی متعددی را ذکر کرده است که عبارتند از «استقلال و رهایی فرد یا گروه از ممانعت‌هایی که به وسیله دیگر افراد، گروه‌ها و یا حکومت برقرار شده باشد... به طور اعم به مجموع آزادی‌های نظیر آزادی سیاسی، آزادی مذهبی و آزادی نطق و بیان اطلاق می‌شود» (آقابخشی و افشاری راد، ۱۳۸۳: ۲۵۴-۲۵۵). مفهوم آزادی کاربردهای مختلفی دارد. ولی معنا و مفهومی که در این نوشتار مورد توجه است کاربرد و معنای حقوقی «آزادی» است.

مراد از آزادی در حقوق و سیاست به معنی حاکمیت بر سرنوشت خویش است. به این معنا انسان در صورتی آزاد است که تحت سلطه دیگری اعم از خدا و غیر خدا نباشد (مصباح یزدی، ۱۳۸۰: ۳۰۷-۳۱۵).

۱-۲. عقیده و بیان

عقیده شامل هر اعتقاد و اندیشه‌ای می‌شود اما تبادر ذهنی بیشتر به دین و مذهب است. مذهب نیز شامل هر مسلکی حتی شامل لادری گری و بی اعتقادی نیز می‌گردد. دهخدا می‌نویسد: «عقیده، عقیدت، هرچیزی که شخص بدان اعتقاد دارد و یقین بر آن دارد... عقیده الرجل؛ دین و مذهب مرد گویند که اعتقاد آن دارد...» (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۱۰/ ۱۴۱۲۱). بیان؛ در لغت به فصاحت، زبان آوری و آشکار کردن، سخن پیدا و گشاده گفتن، معنی شده است (دهخدا، ۱۳۷۲: ج ۳/ ۴۴۶۴). مراد از آزادی عقیده که معادل عربی آن «حرّیة العقیده» است، امکان و جواز ابراز عقاید و اندیشه‌ها است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۹). بنابراین آزادی عقیده یعنی اینکه «هرکس بتواند به دور از هر تحمیل و فشاری، بیندیشد و بدون ترس، باور خود را بیان کند» (هاشمی، ۱۳۸۴: ۳۲۱). در این مقاله همین معنا از «آزادی عقیده» مورد نظر است.



۲. معرفی اجمالی آیات عظام مصباح و محسنی

قبل از ورود به طرح دیدگاه‌ها لازم است معرفی اجمالی از صاحب نظران مذکور ارائه گردد.

۱-۲. محمد تقی مصباح یزدی (۱۳۱۳-۱۳۹۹ ش)

مصباح یزدی در حوزه‌های علمیه یزد، قم و نجف تحصیل کرده و در رشته‌های فقه و اصول، فلسفه و تفسیر به تخصص رسیده است. از مهمترین اساتید وی، آیات عظام: امام خمینی، ابوالقاسم خویی، شیخ مرتضی حایری و طباطبایی، بوده‌اند. وی آثار زیادی در زمینه‌های فلسفه، تفسیر و اخلاق دارد که از مهمترین آن‌ها، آموزش فلسفه، تفسیر موضوعی قرآن، نظریه حقوقی اسلام و فلسفه اخلاق است (صنعتی، ۱۳۸۳: ۲۳-۳۰) همه آثار مصباح در مجموعه‌ی بنام «مشکات مصباح» گرد آمده‌است.

۲-۲. محمد آصف محسنی قندهاری (۱۳۱۴-۱۳۹۸ ش)

محسنی قندهاری عمده تحصیلاتش را در نجف انجام داده است. از مهمترین اساتید وی می‌توان آیات عظام: ابوالقاسم خویی، محسن حکیم، مدرّس افغانی، کاظم یزدی را برشمرد. محسنی از چهره‌های شاخص سیاسی افغانستان بود که در رسمیت مذهب جعفری و احوال شخصیه این مذهب در قانون اساسی افغانستان دوران جمهوریت، نقش تعیین کننده داشت. وی آثار زیادی دارد که از مهمترین آن‌ها: صراط الحق، معجم الاحادیث المعتمره، حدود الشریعه و مشرعه البحار را می‌توان ذکر کرد (محسنی، ۱۳۹۹: ۴۹۸-۵۲۸).

۳. آزادی عقیده از منظر آیت الله مصباح یزدی

به‌علت تأکید و تصریح اعلامیه جهانی حقوق بشر بر «آزادی عقیده و بیان»، امروزه این نوع از آزادی در بسیاری از مناطق جهان مورد استناد و تأکید فراوان قرار می‌گیرد. و یکی از معیارهای سنجش حقوق بشر و آزادی در کشورها محسوب می‌گردد. ازین‌رو ورود متفکران مسلمان به این مقوله، عمدتاً در واکنش به اعلامیه حقوق بشر و تفسیرهای آن از سوی غرب و غرب‌گرایان است.

برای تحلیل دیدگاه مصباح یزدی در این زمینه، نخست دو مقوله باید تبیین شود. یکم همچنانکه در تعریف آزادی گذشت مراد از آزادی در اینجا آزادی تکوینی نیست چون



تکویناً انسان در همه مجالات آزاد است. بلکه مراد آزادی تشریعی است که در زمینه حقوق و سیاست مطرح است. دوم مبنای مصباح در حقانیت و بطلان، جواز و عدم جواز یک امر در همه زمینه‌ها، مصالح و مفاسد واقعی انسان است که در مقیاس قرب و بعد و یا رضایت و عدم رضایت الهی، سنجیده می‌شود.

حال سوال این است که انتخاب و اختیار عقیده و مذهب از نظر مصباح چگونه است؟ فرد مختار است هر عقیده‌ای را اختیار کند و یا فرد چنین اختیاری نداشته و باید از دین و عقیده‌ای خاص پیروی نماید. کسی که مثلاً دین اسلام را نپذیرفته و یا از آن رویگردان شده می‌تواند دین دیگری اختیار نماید؟ سوال دوم این است که اگر کسی دینی غیر از اسلام برگزید، حکومت اسلامی می‌تواند او را تحت تعقیب قرار دهد؟ نظر مصباح در پاسخ پرسش نخست این است که احکام اسلامی تابع مصالح و مفاسد واقعی است، از نظر اسلام زندگی انسان صرفاً در همین دنیا محدود نمی‌گردد و بلکه زندگی دنیا مقدمه و مزرعه آخرت است. برعکس مکاتب غربی که انسان را موجود مادی تلقی کرده و زندگی وی را محدود به دنیا دانسته و ازین رو حد آزادی را، آزادی دیگران قرارداده‌اند. ازین رو عقیده و مذهب را از امور فردی بحساب آورده و فرد را در انتخاب مذهب و عقیده، آزاد فرض کرده‌اند.

اما اسلام که زندگی دنیا را مقدمه آخرت می‌داند و برای انسان حیات مادی و معنوی قائل است، مشتمل بر قوانینی است که مصالح دنیا و آخرت فرد را تأمین می‌کند. از آنجایی که انسان نسبت به بسیاری از امور، خصوصاً مصالح اخروی و تکاملی خود، علم ندارد، باید از دین اسلام که آخرین دین آسمانی و الهی است، پیروی نماید. و چون انسان عبد خداوند است و خداوند مالک و خالق و پرودگار عالم و انسان است و خیر انسان را می‌خواهد، بنابراین انسان باید از آخرین دستورات الهی که در دین اسلام فراهم شده، تبعیت نماید. ازین رو انسان هرچند اختیار و آزادی تکوینی در اختیار عقیده و مذهب غیر از اسلام دارد اما بحسب نفس الامر مأمور به تبعیت از همین مذهب و عقیده است و اگر دین و عقیده‌ای دیگری اختیار نماید مصالح دنیا و آخرت را از دست داده و کفران نعمت الهی کرده و از نظر خداوند عاصی بوده و در آخرت مورد عقاب قرار خواهد گرفت. اما در مورد سوال دوم که آیا حکومت می‌تواند از آن جلوگیری نموده و مورد عقوبت قرار دهد، باید گفت از نظر آیت



الله مصباح، «عقیده» امر درونی است و جنبه اجتماعی ندارد. آزادی و عدم آزادی از احکام اجتماعی است.

بنابراین عقیده توصیف به آزادی و عدم آزادی نمی‌شود. عقیده یا خوب است و یا بد، خوبی و بدی ناظر به امر واقع و از اوصاف پدیده‌های اخلاقی است که باید در علم مربوطه بررسی شود. دامنه حقوق، روابط اجتماعی است نه امور قلبی، عقیده امر قلبی و درونی است بنابراین ربطی به حقوق ندارد (مصباح یزدی، ۱۳۸۰: ۳۸۱) طبق آیه «لا اکراه فی الدین» عقیده چون امر قلبی و درونی است اثباتاً و نفیاً موضوع حقوق قرار نمی‌گیرد. ازین رو اطلاق آزادی و عدم آزادی در مورد آن تعبیری نادرستی است (مصباح یزدی، ۱۳۸۰: ۳۸۲) اما اگر عقیده‌ی در مقام اظهار و ترویج برآید، وارد عرصه اجتماع شده و در حیطه حقوق قرار می‌گیرد. اگر این عقیده باطل و مضر به سعادت فرد و جامعه باشد، طبیعی است که آزادی نخواهد داشت و باید از آن جلوگیری شود. چون حکومت اسلامی ملزم به رعایت مصالح اجتماعی است. تفاوت نظام اسلامی و غیر اسلامی در این است که نظام غیر اسلامی صرفاً می‌خواهد که مصالح و منافع دنیوی و مادی انسان و جامعه را فراهم کند اما نظام اسلامی علاوه بر تأمین مصالح دنیوی و مادی وظیفه تأمین منافع و مصالح معنوی جامعه را نیز بر خود فرض می‌داند. همچنین از وظایف چنین نظامی جلوگیری از مفساد اجتماعی است.

در فرهنگ اسلامی و پیروان‌های معنوی و فکری خطرناکتر و مهلک‌تر از ویروس‌های مادی است که جسم و تن انسان را تهدید می‌کند (مصباح یزدی، ۱۳۸۰: ۳۸۳-۳۸۴). در سال‌های گذشته کشورها برای جلوگیری از همه‌گیری ویروس خطرناک از جمله ویروس «کرونا»، بسیاری از آزادی‌های مردم را محدود کرده و حتی کار و کسب مردم را تعطیل نموده و مردم را در خانه‌هایشان محدود کرده‌بودند. مردم هم آن را پذیرفته بودند چون ضرر و زیان آن مشهود است. اگر یک عقیده باطل و خرافی مانند کرونا برای حیات معنوی انسان و حیات اخروی وی، چنان خطرناک باشد که انسان را به جهنم بکشاند، آیا حکومت اسلامی نباید از گسترش آن، جلوگیری نماید؟ برای کسانی که حیات اخروی و حیات معنوی انسان را قبول دارد، روشن است که نباید چنین اندیشه و عقیده‌ی خطرناکی در جامعه ترویج و گسترش یابد.



ممکن است گفته شود اگر افراد جامعه، مصالح و سعادت‌ی که در دین وجود دارد را نخواهند و در نتیجه دین اسلام را نخواهند، آیا می‌تواند به دین دیگری در آید و به آن عمل نماید؟ مصباح معتقد است که عقیده تازمانی که در مرحله بیان و ترویج نیامده متصف به آزادی و عدم آزادی نمی‌شود، اما اگر به مرحله ترویج برسد، حکومت اسلامی و مسلمانان طبق دستورات دینی با او برخورد خواهند کرد.

مصباح یزدی در ماده پانزدهم طرح خود بنام «نظامنامه حقوق و تکالیف بشر»، در مورد آزادی عقیده می‌نویسد: «(۱) هر انسانی مادام که به مصالح مادی و معنوی جامعه لطمه وارد نکند در گزینش و داشتن آرا و عقائد علمی، فلسفی، دینی، مذهبی، اخلاقی، عرفانی، ادبی و هنری آزاد است. بنابراین تفتیش عقاید و تعقیب و مجازات یک انسان به سبب داشتن عقیده‌ای خاص ممنوع است. (۲) همچنین هر انسانی آزاد است که به آداب و مراسم دینی و مذهبی خود عمل نماید» (مصباح یزدی، ۱۳۸۸: ۱۱۹-۱۲۰).

مصباح در نظامنامه مذکور می‌گوید: اصل این است که انسان‌ها در تمام فعالیت‌های ظاهری و باطنی خود آزاد باشند و در هیچ یک از اعمال و فعالیت‌های خود تحت فشار و اکراه عامل اجبارکننده نباشند و لازمه انتخاب دین و مذهب، آزادی در انجام مناسک و اعمال دینی و مذهبی نیز هست. انسان‌ها در اموری فردی آزادند که به وظایف دینی خود عمل کنند یا خیر، مانند انجام نماز، چون انسان در سایه اعمال اختیاری خود به کمال می‌رسد و اگر حکومت انسان‌ها را یکسان وادار به رعایت اعمال دینی نماید و فرد امکان تخلف نداشته باشد، انسان به کمال نمی‌رسد. انسان‌ها با اعمال دینی و معنوی خود زمانی به کمال می‌رسند که امکان تخلف داشته باشند اما از دین تبعیت نمایند (مصباح یزدی، ۱۳۸۵، ج ۱- ۲۲۴/۵-۲۲۵ و مصباح یزدی، ۱۳۸۶، ج ۲/ ۱۸۸-۱۸۹). اینکه انسان‌ها در تمام فعالیت‌های ظاهری و باطنی خود باید آزاد باشند نه تحت اجبار و اکراه عامل بیرونی؛ با مبانی مصباح سازگاری ندارد. چون مصباح همه چیز را تابع مصالح و مفاسد واقعی می‌داند. فعالیت‌های انسان یا دارای مصالح هست که مشروع بوده و آزاد است و یا دارای مفاسد است که نمی‌تواند آزاد باشد.

مصباح عقیده را امر درونی و خارج از دایره احکام اجتماعی و حقوقی مانند آزادی و



عدم آزادی توصیف می‌کند. اما اعمال و رفتار که از سنخ امور درونی نیست را تابع احکام اجتماعی نظیر آزادی و عدم آزادی می‌داند. همچنین وی می‌نویسد: لازمه انتخاب دین و مذهب، آزادی در انجام مناسک و اعمال مذهبی است. این لازمه استلزام تکوینی است؟ آیا استلزام تشریعی را هم به دنبال دارد، یعنی تغییر دین و انتخاب دین اگر انتخاب دین غیر حق باشد که همان ارتداد است، آیا می‌توان گفت در انجام مناسک و اعمال دینی نیز آزاد است. مصباح یزدی معتقد است که اگر عقیده باطل و انحرافی به مرحله ظهور و ترویج برسد، می‌تواند حکم عدم آزادی را کسب نموده و حکومت اسلامی از آن جلوگیری نموده و احکام آن را اجرا نماید. مگر اینکه مراد مصباح انجام اعمال و مناسک بدون ترویج و تبلیغ باشد. در این صورت نیز این سوال فراروی آیت الله مصباح مطرح است که آیا شخص مرتد که مذهب خود را تغییر داده می‌تواند بطور علنی به انجام اعمال و مناسک دین جدید خود مبادرت ورزد؟ حتی اگر تبلیغ برای دین و مذهب جدید خود نداشته باشد؟ اگر عمل آشکار به دین، نوعی بیان عقیده محسوب گردد، در ذیل احکام بیان عقیده قرار می‌گیرد. بیان عقیده چون امر اجتماعی است، در مدار احکام حقوقی مانند «آزادی» و «عدم آزادی» قرار می‌گیرد و چون بیان عقیده باطل و خرافی برای حیات معنوی و کمال انسان خطر آفرین است و انسان را در آخرت به مهلکه جهنم می‌کشانند، از نظر مصباح حکم عدم آزادی می‌گیرد. ولی اگر عمل از عداد «بیان» محسوب نگردد، در مدار حقوق و احکام حکومتی قرار نمی‌گیرد. در نتیجه حکومت اسلامی حق جلوگیری از آن را ندارد.

۱-۳. آزادی عقیده و ترویج ارتداد

اگر عقیده در مرحله بیان و ترویج برسد وارد فضای اجتماعی شده و از احکام اجتماعی پیروی می‌کند. احکام اجتماعی به زبان حقوق و قانون بیان می‌شود و نیز دانستیم که مبنای مصباح یزدی در مورد آزادی و عدم آزادی مصالح و مفاسد اجتماعی بود، ازین‌رو اگر بیان عقیده و اندیشه‌ای، مصالح اجتماعی را خدشه‌دار سازد و باعث ظهور و بروز فساد اجتماعی گردد، چنین اندیشه‌ها و عقایدی آزادی نخواهد داشت و حکومت اسلامی می‌تواند از آن جلوگیری نماید.

اعلامیه جهانی حقوق بشر در عرف بین المللی بعنوان میثاق ملت‌ها بشمار می‌رود.



بسیاری از کشورها آن را امضا کرده است. هرچند این اعلامیه و میثاق‌ها و متمم‌های آن، ابتدا الزامی نبود اما امروزه توسط کشورهای قدرتمند الزام آور شده است. یکی از انتقادهای و فشارهای کشورهای غربی بر برخی از کشورهای اسلامی، خصوصاً جمهوری اسلامی ایران، عدم آزادی بیان عقیده و احکام ارتداد است. مصباح یزدی می‌گوید: ماده هجدهم و نوزدهم اعلامیه، آشکارا تغییر دین و مذهب را آزاد اعلام می‌کند و این با احکام ارتداد در ادیان الهی و خصوصاً دین اسلام منافات دارد.^۱ از نظر دین اسلام و کلام اسلامی، دینی غیر از اسلام پذیرفته نیست «وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ» (آل عمران: ۸۵). البته انسان‌ها در قبول اسلام آزادند و کسی مجبور به انتخاب دین اسلام نمی‌شود. غیر مسلمان نیز در جامعه اسلامی با شرایطی می‌توانند آزادانه زندگی کنند. اما اگر کسی دین اسلام را اختیار کرد و یا مسلمان به دنیا آمده و بعد دین دیگری اختیار کند و به قول مصباح آشکارا از دین اسلام برگردد و مرتد شود، از سوی حکومت اسلامی مورد عقوبت قرار می‌گیرد و قانون جزائی اسلام در مورد وی اجرا می‌گردد. وی در این مورد می‌نویسد: «به عقیده ما اگر برکسی اتمام حجت شود و او حقانیت دین را دریابد و بدان اقرار و اعتراف کند و آشکارا در حلقه متدینان درآید و سپس در جامعه‌ای که نظامش مبتنی بر دین است و مشروعیت خود را از دین می‌گیرد و اراده خدای متعال را منشأ همه حقوق و تکالیف قلمداد می‌کند آشکارا از دین خارج گردد و با آن به مخالفت برخیزد، چنین کسی در واقع پرچم مخالفت با جامعه و نظام اجتماعی دینی را برافراشته است» (مصباح یزدی، ۱۳۸۸: ۹۴-۹۵). و نیز مصباح یزدی در ماده شانزدهم نظامنامه حقوق بشر پیشنهادی خود می‌نویسد: «فقط تبلیغ عقاید و احکام دین و مذهب حق آزاد است. ترویج و اشاعه آراء و عقایدی که عامه مردم را از مسیر حق منحرف می‌کند و موجب گمراهی شان می‌شود، ممنوع است» (مصباح یزدی، ۱۳۸۸: ۱۲۱-۱۲۲).

این طرح پیشنهادی برخلاف حقوق بشر غربی که ترویج، تبلیغ و بیان همه عقاید و

۱. ماده هجدهم اعلامیه حقوق بشر آمده است: «هرکس حق دارد از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهرمنند شود. این حق متضمن آزادی تغییر مذهب یا عقیده و همچنین متضمن آزادی اظهار عقیده و ایمان است و نیز شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی است. هرکس می‌تواند از این حقوق به صورت فردی یا جمعی به طور خصوصی یا عمومی برخوردار باشد». (اعلامیه جهانی حقوق بشر: ماده هجدهم)



مذاهب را آزاد تلقی می‌کند، صرفاً برای عقاید و مذاهب حق آزادی قایل است. چون معتقد است که برخی از عقائد و مذاهب، باطل‌اند و مانند سموم، برای بشر مضرند. ازین‌رو وظیفه دولت اسلامی است چنانکه از غذای مسموم و مضر به جسم و سلامت جسمانی انسان جلوگیری می‌کند، از عقاید انحرافی که به مراتب ضرر بیشتری برای کمال و سعادت بشر دارد نیز جلوگیری نماید (همان: ۱۲۲).

در مورد فلسفه حکم ارتداد و تغییر عقیده از نظر مصباح باید به دو نکته توجه داشت: اولاً منشأ همه حقوق فردی و اجتماعی، خداوند است چون خداوند مالک همه مخلوقات از جمله انسان است. ازین‌رو حقوق و تکالیف بشر را خداوند تعیین می‌کند. همچنانکه خداوند می‌تواند جان انسانی را بگیرد و یا بعثت جنایتی حکم قتل و اعدام وی را تجویز نماید، در مورد تغییر دین حق و ارتداد نیز خداوند می‌تواند فردی را که آشکارا قوانین الهی و مصالح فردی و اجتماعی را نقض کرده و فساد اجتماعی ایجاد نموده، به اعدام محکوم نماید؛ ثانیاً چنین کسی زمینه مساعدی برای دشمنان اسلام فراهم می‌کند که در صدد ضربه زدن به جامعه اسلامی برآمده توسط ایادی و نفوذی‌های خود، تعدادی را وادار نماید که به دین اسلام در آید و مدتی بعد آشکارا برگردد تا وجهه دین را خراب کرده و دین و اعتقاد مردم را سست نموده و در معرض خطر قرار دهند (مصباح یزدی، ۱۳۸۸: ۹۴-۹۵).

برخی از غربی‌ها و غرب‌گرایان انتقاد می‌کنند که اگر برخی از اندیشه‌ها محدود شود و یا آزادی بیان نداشته باشد اولاً از کجا معلوم که همان اندیشه و عقیده‌ای که ممنوع ال بیان شده، اندیشه حق و مفید یا دارای مصلحت نباشد؟ چه بسا اندیشه‌های که فرصت بیان پیدا نکردند و به فراموشی سپرده شدند که اگر بیان می‌شدند ممکن بود به نفع مردم و جامعه تمام می‌شد. چنانکه بسیاری از ادیان بزرگ فعلی که در ابتدا متضاد با اعتقادات غالب جامعه بوده و اندیشه انحرافی محسوب می‌شدند که عقیده اکثریت سعی در نابودی آن‌ها داشت اما فرصت بیان پیدا کردند و امروزه جزو اندیشه یا مذهب حق شمرده شده و چه بسا به اندیشه غالب تبدیل شده و سعی در نفی آزادی سایر اندیشه‌ها دارند. اگر فرصت بیان پیدا نمی‌کردند ممکن بود امروز برخی از ادیان امروزی وجود نداشتند (میل، ۱۳۵۸: ۱۲۶-۱۲۷). بنابراین باید بیان همه اندیشه‌ها را آزاد گذاشت تا از امتیازات و خیرات اندیشه‌ها

محروم نباشیم. وانگهی اگر آزادی بیان نباشد، ارائه فرضیات علمی و سئوالات علمی نیز مسدود شده و جامعه علمی و مردم متضرر خواهند شد.

در پاسخ باید گفت اسلام سؤال را کلید علم دانسته و برای پیشرفت علمی اهمیت زایدالوصفی قائل است. اما سؤال و فرضیات علمی باید در فضای علمی مطرح شود که امکان پاسخ و تبیین داشته باشد. در این صورت امر پسندیده‌ی خواهد بود و به علم و فرهنگ کمک خواهد کرد. اما اگر سؤال و ارائه فرضیات اعتقادی، در فضای عمومی که اکثر مردم توان تجزیه و تحلیل و پاسخ آن را ندارند و شنیدن آن جز شک و تردید را برای آن‌ها به ارمغان نمی‌آورد، منجر به شبهه افگنی، شک‌گرایی و لابلایی‌گری خواهد شد و ایجاد فساد می‌کند. ازین‌رو باید در جامعه‌دینی از طرح و بیان مطالب مضر به اعتقادات مردم و مضر به سعادت مردم، در سطح جامعه و انتظار عامه جلوگیری شود. مصباح یزدی در این مورد می‌نویسد: «این گونه عقاید و آراء، فقط در مجامع و محافل علمی و دانشگاهی می‌تواند مورد مطالعه، بررسی و تحقیق واقع شود. دولت اسلامی وظیفه دارد که از بسط و نشر این آراء و عقاید در میان توده مردم به شدت جلوگیری کند» (مصباح یزدی، ۱۳۸۸: ۱۲۲-۱۲۱ و همو، ۱۳۸۰: ۴۰۰).

مصباح یزدی برخلاف برخی از علما که میان خود عقیده و بیان آن تفکیک قائل نمی‌شوند و حکم به عدم آزادی عقیده می‌دهند، به تفاوت اصل عقیده که امر درونی است و بیان آشکار آن که امر بیرونی و اجتماعی است، بذل توجه نموده، ویژگی‌ها و احکام هرکدام را بیان کرده است. به نظر نگارنده این نکته ظریف از اهمیت بالای برخوردار بوده و دارای آثار اجتماعی نیز هست. مثلاً اگر کسی تغییر عقیده و مذهب داده اما در مقام ترویج و اشاعه آن بر نیامده باشد و مردم و حکومت از این تغییر عقیده مطلع شود، طبق نظر برخی مراجع تقلید می‌توان حکم ارتداد جاری کرد اما طبق نظر مصباح یزدی نمی‌تواند حکم ارتداد جاری سازد.

۲-۳. نقد دیدگاه آیت الله مصباح یزدی

مصباح یزدی از یکسو برای اقلیت‌های دینی عمل به انجام فرایض و مناسک دینی و مذهبی قایل است و از سوی دیگر بیان عقیده را تابع احکام اجتماعی می‌داند. شرکت در انجام



مراسم دین جدید از سوی کسی که از اسلام به دین دیگری رفته آیا بیان عقیده و مشمول احکام ارتداد محسوب نمی‌شود؟ مگر اینکه بیان ترویجی را مشمول احکام ارتداد بدانند. وگرنه شرکت در مراسم و انجام آن خود نوعی بیان عقیده و تابع حکم ارتداد است.

مصباح یزدی در فلسفه حکم ارتداد می‌گوید اگر کسی بعد از اتمام حجت آشکارا دین اسلام را بپذیرد و بعد آشکارا برگردد و به ترویج عقیده و مذهب جدید خود بپردازد، مشمول احکام ارتداد می‌گردد. حال سوال این است که در مورد جوان و نوجوان یا بسیاری از مردم عوام که دین و ایمان تقلیدی دارند، نه اینکه دلیلی بر آن‌ها اقامه شده و یا حجت بر آن‌ها تمام شده باشد، نظر مصباح چیست؟ آیا حکم ارتداد جاری می‌شود یا خیر. پاسخ این مسأله در نوشتار وی دیده نمی‌شود یا دستکم نگارنده به آن دست نیافته است.

۴. آزادی عقیده از منظر آیت‌الله محمد آصف محسنی

محسنی بعنوان فقیه و دانشمند اسلامی، آزادی را از اصولی چون اصل اباحه، اصل تسلط بر اموال و انفس و اصل عدم ولایت، استنباط می‌کند. از طرفی اصل اساسی دیگری که این اصول را محدود می‌کند و حاکم بر آن‌ها است، اصل «مصالح و مفساد اجتماعی» است و از طرف دیگر این مصالح و مفساد صرفاً دنیوی نیست بلکه با سعادت آخرت پیوند می‌خورد و آن هم مبتنی بر اطاعت و قرب الهی است.

در نگاه دینی هرچند انسان نسبت به هم‌نوع خود آزاد است ولی بنده و عبد خداوند تلقی می‌شود. آزادی در این نگاه وسیله تکامل است و نه هدف؛ کمال و سعادت انسان هدف است که در سایه قرب به خداوند و عمل به دستورات او تحقق می‌پذیرد (محسنی، ۱۳۸۴:

۸۰). خداوند که عالم مطلق و خیر محض نیز هست خیر و صلاح انسان را می‌خواهد. اما انسان که دارای علم قلیل و امیال متعارض است، ممکن است خیر و صلاح خود را کاملاً تشخیص ندهد یا در چنگ امیال نفسانی خود گرفتار شود. بنابراین خداوند برای رسیدن انسان به کمال و سعادت، دین را برای بشر می‌فرستد. دین همان قوانین اخلاقی، حقوقی و معارفی است که رابطه انسان را با خدا و هم‌نوعانش تنظیم می‌کند. ازین‌رو دین از نگاه دین‌مداران در حیطه سلايق انسان طبقه‌بندی نمی‌شود که بشر در انتخاب آن آزاد باشد بلکه دین منشور و قوانین الهی است که طبق آن، انسان به کمال می‌رسد.



از منظر محسنی، انسان در داشتن عقیده آزاد است، کسی نمی‌تواند متعرض کسانی شود که به خدا و احکام خدا ایمان نیاورده‌اند. ولی اظهار کفر از غیر کتابی یعنی کسی که در ملیت مسلمان محسوب می‌شوند، جایز نیست و دولت اسلامی می‌تواند از آن جلوگیری نماید. «آزادی عقیده بر اساس دلیل ممنوع نیست؛ ولی اسلام در خصوص اصول دین، این آزادی را نمی‌پذیرد و اصرار دارد که انسان به خداوند و روز قیامت و نبوت انبیاء معتقد باشد. اگر کسی به عقاید حقه‌ی اسلامی یقین پیدا نکرد و در حال شک به سر برد حکومت اسلامی متعرض او شده نمی‌تواند [ولی] اسلام اظهار کفر را از غیر کتابی قبول نکرده و دولت اسلامی شدیداً از آن جلوگیری می‌کند. در جامعه اسلامی کسی حق اشاعه فحشا و فساد را ندارد» (محسنی، ۱۳۷۱: ۷۰-۷۱).

سوالی که ممکن است در ذهن مخاطب ایجاد شود این است که اگر داشتن عقیده آزاد است و دلیلی بر منع آن نداریم، اظهار آن چرا ممنوع است؟ اصولاً عقیده تا زمانی که اظهار نشده که نیاز به آزادی ندارد و مراد از آزادی، اظهار و عمل به آن است؟ در پاسخ باید گفت، در جامعه اسلامی اظهار ارتداد و تغییر مذهب جایز نیست ولی اگر کسی با دلیل، به حقانیت مذهب و دین دیگری رسیده باشد، از نظر اسلام، عقاب اخروی ندارد. کسانی هم که به رغم اقرار به خداوند و پیامبر، به اعتقادات اسلامی یقین پیدا نکرده و در حال شک به سر می‌برند، حکومت اسلامی نمی‌تواند متعرض آنها شود. حتی شیوه رفتار اسلام با منافقان متفاوت با کفار بوده است (همان: ۷۰-۷۱). یعنی منافقان چون شک و تردید نسبت به دین داشته‌اند ایمان واقعی نداشتند ولی چون تظاهر به کفر نکرده‌اند، حکومت اسلامی متعرض آنها نشده است.

تغییر دین و انکار اصول دین به منزله تمرد و ایستادگی در برابر خداوند تلقی می‌شود و از سویی اظهار تمرد از دین یا تغییر آن، علاوه بر شکستن قانون الهی، ایجاد نا امنی روانی و اعتقادی نیز شمرده می‌شود. ایجاد نا امنی از هرنوعش برای جامعه اسلامی خطرناک و برای خداوند پذیرفتنی نیست. ازین رو برای هرنوع از نا امنی حکم تعزیری و تنبیهی خاصی در نظر گرفته است. برای نا امنی جانی اگر عنوان محاربه پیدا نماید، حکمش قتل است، نا امنی اقتصادی و مالی احکام مختلف دارد حکم سرقت، قطع دست و در صورت تکرار در



نهایت قتل است، نا امنی اعتقادی اگر در تمرد و ارتداد ظاهر شود نیز قتل است. از سویی، ارتداد به معنی کفر است. قرآن کریم در مورد ماهیت و سرنوشت ارتداد می‌فرماید: «وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» (بقره: ۲۱۷).

بنابراین منظور از آزادی عقیده (که شامل تغییر مذهب نیز می‌شود) اظهار آن است که به دلایلی در اسلام ممنوع است نه صرف اندیشیدن و اعتقاد ورزیدن. باورداشتن و اعتقاد ورزیدن تحت کنترل عامل بیرونی و حکومتی نیست، ازین رو نه قابل جلوگیری است و نه قابل اکراه و اجبار، چنانکه در آیه قرآن آمده است «لا اکراه فی الدین قد تبین الرشد من الغی...» (بقره: ۲۵۶). اصولاً حکم قتل، حکم حکومتی و اجتماعی است که بر جرم اجتماعی، وضع می‌گردد. عقیده تا زمانی که جنبه اجتماعی پیدا نکرده، مشمول این حکم نمی‌گردد. زمانی جنبه اجتماعی پیدامی‌کند و حکم ارتداد بر آن بار می‌شود که به صورت آشکار بیان شود و جنبه ترویجی پیدا نماید.

آزادی به تکوینی و تشریعی تقسیم می‌گردد. آنچه در آیه «لا اکراه فی الدین...» آمده، منظور آزادی تکوینی است. اما به لحاظ تشریعی، انسان ملزم به اطاعت از خداوند و دین خداوند است. بنابراین اختیار عقیده‌ی برخلاف دین الهی برای انسان مجاز نیست. قرآن کریم و تاریخ بشر نشان می‌دهد که کسانی که در برابر دین الهی و پیامبران الهی ایستاده‌اند، نابود گشته و یا به عذاب اخروی نوید داده شده‌اند. ولی برخی از روشنفکران مانند مجتهد شبستری، محسن کدیور، عبدالکریم سروش و... از عدم اکراه تکوینی، آزادی تشریعی را فهمیده‌اند که انسان‌ها مختارند هر دینی را بپذیرند یا تغییر عقیده و مذهب دهند. چنانکه گذشت استنباط محسنی از آیه فوق، آزادی تکوینی است نه تشریعی؛ ازین رو وی می‌نویسد: «همه مکتب‌ها انسان‌ها را می‌دارد که به او معتقد شود نه به غیر او و دین اسلام نیز چنین است» دیدگاه‌های وی در بحث ارتداد و احکام آن نیز نشان دهنده این مطلب است که عدم اکراه و آزادی، بلحاظ تکوینی است نه تشریعی (محسنی، ۱۳۸۷، ج ۱/۵۵۵-۵۵۵ و محسنی، ۱۴۳۴، ج ۳/۳۷۱-۳۷۵).

هرچند محسنی در مواردی تصریح دارد که آزادی عقیده بلحاظ دلیل ممنوع نیست. ولی



این گفته یا شامل تغییر مذهب و بی‌دینی نمی‌شود و یا اظهار و بیان آن را شامل نمی‌شود. چون پذیرش دینی غیر از اسلام، مرضی خداوند نیست. ازین رو همه فقها آن را رد می‌کنند. از مبانی و نظریات شیخ آصف محسنی، دلایلی بر عدم جواز آزادی عقیده به منزله تغییر مذهب، بدست می‌آید:

۱. روایات معتبری وجود دارد که گرایش به نصرانیت و یهودیت (در کل تغییر مذهب) را منع کرده و حکم قتل را برای آن بر شمرده است. البته در مورد مرتد ملی (کسی که ابتدا غیر مسلمان بوده بعداً مسلمان شده و سپس به دین قبلی یا دین دیگری روی آورده است)، این حکم در صورت خودداری از توبه، جاری می‌گردد (همان).

۲. اظهار کفر و ارتداد، نا امنی اعتقادی و اجتماعی ایجاد می‌کند و در اسلام از هر نوع نا امنی، نهی شده و مجازاتی برای آن در نظر گرفته شده است؛ محسنی برای آزادی دو محدودیت قایل است: یکم، عدم ضرر و زیان به خود و دیگران؛ دوم، عدم ضرر و تنافی با هدف والای انسانی یعنی کمال و سعادت انسانی. فقط در سایه دین الهی است که انسان به کمال و سعادت دنیا و آخرت می‌رسد. عدم پیروی از دین الهی یا تغییر آن انسان را از مسیر صحیح یعنی کمال و سعادت دور می‌سازد و جایز نیست (محسنی، ۱۳۹۱: ۱۰۱).

۳. عقیده مورد رضایت خداوند، فقط اسلام است. «انَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ»؛ هرچند سایر ادیان با شرایطی در جغرافیای جهان اسلام حق حیات و فعالیت محدود برای پیروان خود دارند اما در واقع همه مامور به تبعیت از دین اسلام اند مگر کسانی که حقانیت اسلام برایش، اثبات نشده است (محسنی، ۱۳۷۱: ۱۷۹-۸۰ و محسنی، ۱۴۳۴ ق، ج ۳/۷-۸).

۱-۴. آزادی عقیده

آیا آزادی عقیده با حکم ارتداد و مرتد منافات دارد یا خیر؟ اگر آزادی عقیده را شامل انتخاب و تغییر مذهب نیز به حساب آوریم، قطعاً حکم مرتد و ارتداد با آزادی عقیده منافات دارد. ولی آزادی عقیده در اسلام با آنچه در اندیشه‌های دانشمندان غربی مطرح شده و در اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز منعکس شده متفاوت است. قبلاً بیانی از محمد آصف محسنی گذشت که «اسلام آزادی در اصول دین... و اظهار کفر از غیر کتابی (مسلمان) را نمی‌پذیرد» بنابراین تغییر دین که مساوی با اظهار کفر و ارتداد است از سوی اسلام



پذیرفتنی نیست. البته نفس عقیده که امر قلبی و درونی است آزادی نمی‌خواهد؛ مراد از آزادی، بیان و اظهار آن است. مستند این دیدگاه روایاتی است که در باب تغییر دین یا اظهار کفر و ارتداد وارد شده است (محسنی، ۱۴۴۳ ق، ۳/۳۷۱-۳۷۵).

۲-۴. احکام ارتداد

کسی که مرتد می‌شود یعنی از اسلام صراحتاً اعراض می‌کند، احکامی نظیر جدایی زن از شوهر مرتد، تقسیم اموال به ورثه و اعدام، در مورد وی اجرا می‌گردد. این احکام برای مرتد فطری قطعی است و برای مرتد ملی بعد از رد توبه قطعی می‌شود، البته این حکم ظاهری است که جنبه اجتماعی دارد، وگرنه توبه مرتد فطری نیز ممکن است مورد پذیرش قرارگیرد و خداوند وی را بیامرزد و در بهشت برین جای دهد و جسدش را طاهر گرداند. اما بر اساس احکام ظاهری، مرتد فطری فرصت توبه ندارد و به وی پیشنهاد توبه نمی‌شود. هرچند توبه نماید بازهم حکم اعدام در موردش جاری می‌گردد (محسنی، ۱۳۸۷، ج ۱/۵۵۱-۵۵۲). البته حکم ارتداد در مورد زنان، اعدام نیست؛ بلکه در صورت رد توبه، حبس خانگی شده و مورد سختگیری در کار، لباس و غذا، قرار می‌گیرد (همان و محسنی، بی‌تا: ۶۴).

البته در مورد فردی که تازه به بلوغ می‌رسد، محسنی نظری غیر از نظر مشهور فقها دارد. سایر فقها، کسی را که از والدین مسلمان متولد شده و بعد از بلوغ، به دینی غیر از اسلام، گرایش پیدا کرده را مرتد فطری دانسته‌اند و حکم به اعدام وی می‌دهند. اما محسنی معتقد است که در دوران طفولیت، اسلام چنین فردی حکمی است و اسلام حکمی، اقتضای حکم ارتداد را ندارد. بنابراین از نظر وی فرد نوبالغی که از والدین مسلمان متولد شده اگر دینی غیر از اسلام را بپذیرد، اصولاً مرتد محسوب نمی‌گردد تا حکم به ارتداد فطری وی شده و در نتیجه محکوم به اعدام گردد. «ولکن مقتضای آنچه ذکر کردیم به طور مطلق عدم اجرای حکم مرتد است چون اسلام حقیقتاً در مورد او [قبل از بلوغ] صدق نمی‌کند. اینکه در حال ولادت حکم به اسلام وی شده کفایت در صدق ارتداد نمی‌کند. چون اسلام حکمی، در چنین موردی قاصر است. اما اگر [بعد بلوغ] اسلام آورده باشد، باید حکم مرتد فطری در مورد او جاری گردد. گویا آن‌ها در این حکم اعتماد بر نصوصی مانند مرسل «ابان» کرده است. که در آن آمده «در مورد کودکی که وقتی بالغ شد و نصرانیت را اختیار کرد و یکی از



والدینش نصرانی بوده یا هردو مسلمان باشد. امام فرمود: حکم به اسلام وی قبل از بلوغ وی می‌شود» (محسنی، بی‌تا: ۱۴۰؛ و محسنی، ۱۳۸۷، ج ۱/۵۵۳). استدلال آیت‌الله محسنی در مرسله بودن روایت مذکور این است که کلینی و شیخ (طوسی) در سلسله سند، قبل از ابان، عبارت «بعض اصحاب» آورده که آن بعض مجهول است. یعنی ابان از فرد مجهولی روایت کرده است. البته در «من لایحضر الفقیه» سند روایت متصل است و ابان از خود امام روایت می‌کند. ولی محسنی می‌گوید: بعید است که ابان این روایت را با یک عبارت دو مرتبه روایت کرده باشد؛ یک مرتبه از خود امام و یک مرتبه از بعض اصحاب. به احتمال زیاد عبارت «بعض اصحاب» در «من لایحضر الفقیه» از سند روایت، حذف شده است.

۳-۴. نقد و بررسی دیدگاه آیت‌الله محسنی

چنانکه گذشت آیت‌الله محسنی از یکسو معتقد بود که دلیلی بر عدم آزادی عقیده نداریم و از سوی دیگر حکم اعدام را برای ارتداد بیان می‌کرد. و این بیانگر نوعی تعارض است. ولی وقتی تعمق به خرج می‌دهیم و با نگاه موشکافانه تحلیل می‌کنیم. این تعارض بدوی رفع می‌گردد. چون عقیده از امور ذهنی و قلبی است اما اعدام از احکام اجتماعی است و ربطی به امور ذهنی و قلبی ندارد. بنابراین، عقیده تا زمانی که اظهار و بیان نشده و صاحبش در مقام ترویج آن بر نیامده، جنبه اجتماعی پیدا نمی‌کند و حکمی ندارد اما زمانی که در مقام بیان و ترویج رسید، جنبه اجتماعی پیدامی‌کند طبعاً حکمی از احکام اجتماعی اسلام را به دنبال دارد. و آن حکم اعدام برای ارتداد البته برای مردان است. حکم زنان نیز قبلاً ذکر شد. نکته دیگر اینکه محسنی اسلام طفل متولد از والدین مسلمان را حکمی دانسته و معتقد است که اسلام حکمی، اقتضای حکم ارتداد را ندارد اما اگر بعد از بلوغ به اسلام اقرار کند و بعد مرتد شود، حکم مرتد فطری در مورد وی اجرا می‌گردد. سوال این است که اگر اسلام طفل حکمی است و انتخاب دین غیر از اسلام از سوی نوبالغ ارتداد محسوب نمی‌گردد، چرا در مورد نوجوانی که ابتدا اقرار به اسلام کرده و از اسلام برگشته حکم مرتد فطری اجرا شود؟ قاعدتاً باید حکم مرتد ملی اجرا گردد. نگارنده تا کنون به پاسخ این سوال در آثار آیت‌الله محسنی، دست نیافته است.

نتایج و یافته‌ها

در جهان بینی اسلامی و نظام حقوقی آن، عقیده مهمتر از خود فرد است، ضرر و زیان برای عقیده خود و دیگران، محدود کننده آزادی است. در این نگاه عقیده و دین بالاتر از انتظارات و خواست های بشر قرار می گیرد. طبق آیات و روایات، مردم موظف اند که از دین برگزیده خداوند، تبعیت کنند.

مصباح معتقد است که عقیده متصف به آزادی و عدم آزادی نمی شود چون از امور قلبی و درونی است بنابراین قانون و دولت اسلامی کاری به قلب و درون و امور شخصی مردم ندارد اما انسان در قبال خداوند مسئول است. بنابراین انتخاب عقیده اگر به اظهار و ترویج نرسیده از نظر قانون و حقوق اجتماعی و فقهی، حکمی ندارد اما در واقع «ان الدین عند الله الاسلام» دین مورد رضایت خداوند اسلام است و کسی غیر از آن را انتخاب و پیروی نماید، پذیرفته نخواهد شد و فرد، از سوی خداوند مورد عقوبت قرار خواهد گرفت.

مصباح تصریح دارد که اگر بر کسی حجت تمام شود و وی آشکارا به دین اسلام وارد شود و بعد آشکارا برگردد، مشمول احکام ارتداد می شود. نکته‌ی که مغفول مانده یا سئوالی که پدید می آید این است که نوجوانان و کسانی که ایمان تقلیدی از آبا و اجداد یا جامعه داشته، یا نوجوانانی که بعد از بلوغ ایمان نیاورده یا دین دیگری انتخاب کرده و یا از دین رویگردان شده، چه حکمی دارد، مشمول احکام ارتداد می شوند یا خیر؛ چون ممکن است حجت بر آن‌ها تمام نشده و آشکارا بادلایل ایمان نیاورده باشند. مفهوم مخالف گفتار مصباح از آثارش در این زمینه بدست نمی آید.

شیخ آصف محسنی در مواردی تصریح دارد که «آزادی عقیده بر اساس دلیل ممنوع نیست» اما از مبانی و نوشتار وی دلایلی در منع و تحدید آزادی عقیده آن گونه که در غرب مطرح است، استنباط می گردد.

۱. براساس نصوص دینی خصوصاً روایات معتبری که محسنی بسیاری از آن را در رد ارتداد و احکام آن آورده است، تغییر دین و انکار ضروری دین را مردود دانسته و آن را موجب کفر و ارتداد عنوان می کند. آیه «لا اکراه فی الدین» را به معنای عدم تحمیل ایمان برای کسانی می داند که هنوز حقانیت اسلام برای آنها اثبات نشده است.





۲. عقیده تا زمانی که ابراز نشده و فرد به ترویج آن پرداخته، حکم اجتماعی و کیفری ندارد اما اگر عقیده‌ای منافی با اصول دین یا خرافی و مضر برای جامعه و افراد آن باشد، جواز طرح و ترویج در جامعه را ندارد.

۳. اظهار عقیده و مذهبی مخالف اسلام، از سوی کسانی که قبلاً مسلمان بوده، ارتداد محسوب شده و حکم آن اعدام است. منتها در مورد کسانی که از ابتدا مسلمان نبوده، حکم اعدام در صورت رد توبه جاری می‌شود. اما کسی که بعد بلوغ اظهار کفر نماید، حکم به ارتداد نمی‌شود چون اسلام وی به تبع والدین حکمی بوده، در واقع مسلمان نبوده تا بعد از بلوغ حکم به ارتداد وی شده و اعدام گردد. ولی سوال اینجا است که اگر اظهار کفر تازه بالغ (قبل از اقرار به اسلام)، ارتداد محسوب نمی‌شود، چرا در صورت بعد از اقرار، حکم مرتد فطری جاری می‌شود؟ باید حکم مرتد ملی جاری شود. یعنی ابتدا طلب توبه شود بعد از رد توبه، اعدام گردد.

در مورد مقارنه دیدگاه مصباح و محسنی می‌توان گفت که دیدگاه هردو اندیشمند اسلامی قرابت زیادی دارد؛ قطع نظر از اینکه تفکرات مصباح بیشتر رویکرد فلسفی-کلامی دارد و تفکرات محسنی فقهی-کلامی است. ازینرو مصباح به مبانی بیشتر پرداخته و کمتر وارد جزئیات شده ولی محسنی بیشتر به جزئیات و احکام تغییر عقیده و احکام آزادی بیان و ارتداد پرداخته است. هردو متفکر قائلند که عقیده تا بیان و ترویج نشده مشمول حکم حقوقی و اجتماعی نمی‌شود. منتها مصباح عقیده را کلاً از مدار احکام اجتماعی بیرون می‌داند ولی محسنی معتقد است که دلیلی بر منع آن نداریم. اما در مورد بیان عقیده و مذهب انحرافی و غیر از اسلام، هردو معتقد به عدم آزادی آن و جواز برخورد حکومتی و اجرای احکام قانونی و شرعی در مورد آن است.

فهرست منابع

۱. آقابخشی، علی اکبر و افشاری راد مینو، (۱۳۸۳)، فرهنگ علوم سیاسی، تهران: چاپار.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۳. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۲)، لغت نامه دهخدا، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۴. صنعتی، رضا، (۱۳۸۳)، مصباح دوستان: ناگفته‌های از زندگی علمی و سیاسی آیت الله مصباح یزدی، قم: همای غدیر.
۵. محسنی، محمد آصف، (۱۳۹۱)، زن در شریعت اسلامی، کابل: حوزه علمیه خاتم النبیین.
۶. محسنی، محمد آصف، (۱۳۸۷)، حدود الشریعة، قم: بوستان کتاب قم (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم).
۷. محسنی، محمد آصف، (۱۴۳۴)، معجم الأحادیث المعتبرة، قم: دار النشر الأديان.
۸. محسنی، محمد آصف، (۱۳۷۱)، تصویری از حکومت اسلامی در افغانستان، کابل: حرکت اسلامی افغانستان.
۹. محسنی، محمد آصف، (۱۳۹۱)، توضیح مسایل سیاسی، کابل: شورای علمای شیعه افغانستان، کمیسیون فرهنگی.
۱۰. محسنی، محمد آصف، (۱۳۸۷)، کنفرانس حقوق بشر، کابل: (فایل تصویری - محل نگهداری مدرسه علمیه خاتم النبیین و تلویزون تمدن).
۱۱. محسنی، محمد آصف، (بی تا)، عقاید اسلامی از نظر علم و فلسفه، بی، جا، بی نا.
۱۲. محسنی، محمد آصف، (۱۳۸۴)، فوائد دمشقیه، کابل: حوزه علمیه خاتم النبیین.
۱۳. محسنی، محمد آصف، (۱۳۸۸)، قانون احوال شخصیه شیعه، کابل: حوزه علمیه خاتم النبیین.
۱۴. محسنی، محمد آصف، (۱۳۸۷)، مباحث علمی دینی، تصحیح: علی جعفر رحیمی، کابل: خاتم النبیین.





۱۵. محسنی، محمد آصف، (۱۳۸۷)، نقش اسلام در عصر حاضر، کابل: بی‌نا.
۱۶. محسنی، محمد آصف، (بی‌تا)، القواعد الاصولیه و الفقهیه فی المستمسک، قم: بی‌نا.
۱۷. محسنی، محمد آصف، (بی‌تا)، توضیح مسائل جنگی یا بیان احکام دفاع اسلامی در افغانستان، بی‌جا، بی‌نا.
۱۸. محسنی، محمد آصف، (۱۴۴۳ق)، عاشورا و اهمیت دین، کابل: بی‌نا.
۱۹. مصباح یزدی محمد تقی، (۱۳۸۸)، نگاهی گذرا به حقوق بشر از دیدگاه اسلام، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۲۰. مصباح یزدی محمد تقی، (۱۳۸۰)، نظریه حقوقی اسلام، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۲۱. مصباح یزدی محمد تقی، (۱۳۸۶)، نظریه سیاسی اسلام، جلد یکم و دوم (مشکات)، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۲۲. مصباح یزدی محمد تقی، (۱۳۸۵)، پرسش‌ها و پاسخ‌ها، ج (۱-۵) (مشکات)، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۲۳. مصباح یزدی محمد تقی، (۱۳۷۷)، حقوق و سیاست در قرآن، چاپ اول، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۲۴. مصباح یزدی محمد تقی، (۱۳۷۹)، مناظره آیت الله مصباح یزدی و حجة الاسلام والمسلمین حجّتی کرمانی، تهران: سروش.
۲۵. میل، جان استوارت، (۱۳۵۸)، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ الاسلامی، تهران: وزارت فرهنگ و آموزش عالی مرکز انتشارات علمی و فرهنگی.
۲۶. برلین، آیزایا، (۱۳۸۰)، چهار مقاله درباره آزادی، (ترجمه: محمدعلی موحد)، تهران: نشر خوارزمی.