



پوهنتون سلام

برنامه فوق لیسانس (ماستری)

بخش فقه و قانون



جمهوری اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

ریاست پوهنتونهای خصوصی

موانع صحت و تطبیق حکم قضائی

در شریعت و قانون (ملی)

(رشته ماستری)

محقق: فروزان «حکیمی»

استاد رهنما: پوهندوی دکتور عبدالله «حقیار»

سال: 1399



پوهنتون سلام
برنامه فوق لیسانس (ماستری)
بخش فقه و قانون



جمهوری اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
ریاست پوهنتونهای خصوصی

موانع صحت و تطبیق حکم قضائی در شریعت و قانون (ملی) (رساله ماستری)

محقق: فروزان «حکیمی»

استاد رهنما: پوهندوی دکتور عبدالله «حقیار»

سال: 1399



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دپارتمنت فقه و قانون

بورد ماستری

تصدیق نامه

محترمه فروزان بنت عبدالحفيظ ID: SH-MSF-96-220 محصل دور پنجم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: موانع صحت و تطبیق حکم قضائی در شریعت و قانون ملی به روز چهارشنبه تاریخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۸ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۱۵ (نمره به عدد) هشتاد و پنج (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور نجیب الله صالح	عضو هیات	
۲	دکتور شیر علی ظریفی	عضو هیات	
۳	دکتور عبدالله حقیر	استاد رهنا و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... آمر بورد ماستری

اهداء

این تحقیق را تقدیم می‌کنم به همه طلاب علم و دانش و بزرگانی که در راستای ترویج علم و معارف اسلامی قدم بر می‌دارند خصوصا دست اندرکاران پوهنتون سلام که با زحمات بی‌شائبه خودشان زمینه تحصیل را برای طلاب علم فراهم نمودند، همچنان این تلاش بشری را اهدا می‌کنم به:

- پدر و مادر بزرگوارم که در راستای تعلیم و تربیت ام از هیچ تلاشی دریغ نورزیدند.
 - اعضای خانواده ام که سرسبزی امروز من حاصل زحمات دیروز آنهاست.
 - همسفر زندگی ام که مرا با پشتیبانی همیشگی اش حوصله بخشید.
 - و بالاخره به همه دوستداران علم و دانش اهداء می‌کنم.
- و علی‌الخصوص استاد بزرگوار و ارجمندم جناب پوهندوی دکتور عبدالله «حقیار» که با رهنمایی های مجدانه و دلسوزانه ایشان این تحقیق به پایان رسید.

سپاسگذاری

سپاس بی کران ذات یکتا راست که به بنده عنایت فرمود تا این رساله ای علمی را به منظور نیل به درجه ماستری گزینش، تهیه و ترتیب نمایم.

در قدم نخست از وزارت محترم تحصیلات عالی جمهوری اسلامی افغانستان اظهار سپاس و امتنان می‌دارم که برای مساعد سازی زمینه تحصیلات عالی برای اتباع کشور به خصوص قشر جوان سعی و تلاش ورزیده و زمینه فراگیری تحصیلات عالی را در داخل کشور میسر نموده اند.

در قدم دوم از تمام استادان و کارمندان پوهنتون سلام به خصوص استادان مرحله ماستری اظهار سپاس می‌کنم که همیشه در خدمت اهل علم و دانش قرار دارند. بناءً از همه اساتید گرامی ام و ریاست محترم پوهنتون سلام و کارمندان برنامه ماستری اظهار سپاس و امتنان می‌نمایم که در طول دوره تحصیلی از هر نوع همکاری های شان دریغ نورزیدند.

آنچنانکه آشکار است تهیه و تدوین یک اثر علمی بدون همکاری و رهنمایی اساتید بزرگوار و دانشمند ممکن و میسر نیست بجا می‌دانم تا از زحمات و همکاری های بی شائبه و همه جانبه استاد راهنمای خویش جناب پوهندوی دکتور عبدالله «حقیار» که با راهنمایی های دلسوزانه ایشان این تحقیق تدوین گردیده است اظهار سپاس نمایم.

رجا مندم که این اثر علمی رهگشای برای تمام پژوهشگران و محققین که در این عرصه علاقه مند تحقیق های بیشتری علمی می‌باشند گردد و روزنه ی باشد برای همه کسانی که از جان و هستی خودشان از طریق قضاوت عادلانه می‌خواهند نظام زنده گی انسان ها را پایدار و مستحکم سازند.

خلاصه بحث

احکام قضائی یکی از مسائل مهم در باب قضاء است که مباحث گسترده در باره آن صورت گرفته و از زوایای مختلف مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته است، یکی از این مباحث موانع حکم قضائی از دیدگاه فقه و قانون است که این رساله آن را محور اختصاصی بحث و بررسی قرار داده است.

این تحقیق در چهار فصل نوشته شده است که خلاصه و فشرده آن چنین است: مانع عبارت از یک صفت ظاهر و با قاعده است که وجود آن مستلزم عدم حکم می شود و عدم آن باعث وجود حکم و عدم ذات آن نمی شود، کفر مطلقاً در فقه مانع صحت حکم قضائی گفته شده است اما در قانون ضمناً مانع دانسته می شود. جمهور فقهاء انوئت را مانع صحت قضاء دانسته اند اما قانون بنا بر مذهب امام ابوحنیفه انوئت را مانع ندانسته و هیچ شرطی راجع به مرد بودن یا زن بودن قاضی نگذاشته است، در مسئله رشوت قول راجح این است که رشوت مانع صحت حکم قضایی بوده و قضاوت قاضی رشوه خور قابل تنفیذ نه بلکه باید باطل گردانیده شود زیرا ممکن است قاضی رشوت خور همین منصب قضاء را به رشوت گرفته باشد و همچنان کسی که رشوت می گیرد در حقیقت به غیر حق حکم می کند و حقیقت را پنهان می کند و عدالت را برقرار نمی کند بناءً مناسب نیست او در مسند قضاوت باشد و رشوت خوردن یک ظلم بسیار بزرگ است. فیصله به اساس علم قاضی به خصوص در عصر حاضر جایز نیست چون اگر در گذشته ها قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی مانع صحت حکم قضائی نمی شد این دلیل برای جواز در عصر حاضر نمی شود چون قاضیان آن زمان تا این عصر فرق دارند و تقوا و تمسک آنان به اصول شریعت و حلال و حرام بیش تر بود و حالا چنین نیست در قانون نیز حکم کردن به اساس علم قاضی کاملاً منع شده است و به صراحت گفته شده است که قاضی نمی تواند بر مبنای علم و آگاهی خود در مورد قضیه که تحت رسیدگی اش قرار دارد حکم صادر نماید. داشتن اهلیت و علم کافی یا در حد اجتهاد و یا علم کافی برای قاضی مقلد شرط کمال است، قضاوت قاضی به نفع شریکش در مال و تجارت مطلقاً جایز نیست، قضاوت به نفع دوستی که به قاضی بسیار نزدیک و صمیمی نباشد معلوم می شود که این نوع قضاوت مانع صحت حکم قضائی نیست، البته قضاوت بر ضرر دشمن به اتفاق فقه و قانون از موانع صحت حکم قضائی دانسته شده است.

به طور خلاصه می توان گفت که کفر به اتفاق مانع صحت حکم قضائی بوده است و فسق، تقلید و انوئت از جمله موارد مهمی بوده است که فقهاء در مورد آن اختلاف کرده اند.

واژه های کلیدی بحث: موانع، قضاء، قاضی، حکم، شریعت، قانون.

فهرست مطالب

مقدمه

- اهمیت موضوع: 2
- اسباب انتخاب موضوع 3
- پیشینه تحقیق: 4
- روش تحقیق: 4

فصل اول

شرح مفاهیم و اصطلاحات اساسی بحث

- مبحث اول: مفهوم موانع 6
- مطلب اول: تعریف مانع لغتاً 6
- مطلب دوم: تعریف مانع اصطلاحاً 7
- مبحث دوم: تعریف و تاریخچه قضاء 8
- مطلب اول: تعریف قضاء 8
- مطلب دوم: تاریخچه قضاء 10
- مطلب سوم: اهمیت و مشروعیت قضاء و دلایل آن 16
- فرع اول: دلایل مشروعیت قضاء 16
- فرع دوم: مشروعیت قضاء در قانون 19
- فرع سوم: فضیلت قضاء 19
- مطلب چهارم: حکم و ارکان قضاء 20
- مبحث سوم: تعریف و شروط قاضی از دیدگاه فقه و قانون 22
- مطلب اول: تعریف قاضی 22
- مطلب دوم: شروط قاضی در فقه و قانون 24

فصل دوم

موانع حکم قضائی متعلق به قاضی

- مبحث اول: موانع قضاء متعلق به شخص قاضی 29
- مطلب اول: موانع متعلق به شخص قاضی در فقه 29
- مانع اول: کفر: 30
- مانع دوم: فسق 33
- مانع سوم: انوئت (زن بودن) 35
- مانع چهارم: تقلید و عدم اجتهاد 41
- مانع پنجم: نداشتن اهلیت کافی 44
- مانع ششم: نبود یا نقصان حواس ظاهری 45
- مطلب دوم: موانع متعلق به شخص قاضی از دیدگاه قانون 47
- مطلب سوم: مقایسه موانع متعلق به شخص قاضی از دیدگاه فقه و قانون 50
- مبحث دوم: موانع متعلق به غضب و رشوت خوری قاضی 52
- مطلب اول: مانع بودن خشم و غضب قاضی از دیدگاه فقه 52
- مطلب دوم: خشم و غضب قاضی در روشنی قانون و مقایسه آن با فقه 55
- مطلب سوم: مانع بودن رشوت خوری قاضی از دیدگاه فقه 56
- مطلب چهارم: مانع بودن رشوت در قانون و مقایسه آن با فقه 58
- مبحث سوم: موانع متعلق به علم قاضی از دیدگاه فقه و قانون 60
- مطلب اول: مانعین قضاوت قاضی به علم آن مطلقاً و دلایل آن 60
- مطلب دوم: قائلین به جواز قضاء به علم قاضی و دلایل آنان 65
- مطلب سوم: سبب اختلاف علماء در این مسئله و مذهب راجح 69
- مطلب چهارم: موانع متعلق به علم قاضی از دیدگاه قانون 70

مطلب پنجم: مسائلی که در آن ها حتی نزد قائلین به جواز قضاوت، قاضی نمی تواند 71

فصل سوم

موانع صحت حکم قضائی متعلق به دعوا از دیدگاه شریعت و قانون

مبحث اول : موانع متعلق به شروط صحت دعوا 75

مطلب اول : موانع متعلق به شروط صحت دعوا در فقه 75

مطلب دوم : موانع متعلق به شروط صحت دعوا در قانون و مقایسه آن با فقه 80

مبحث دوم : موانع متعلق به مکان دعوی 80

مطلب اول : موانع متعلق به مکان دعوی از دیدگاه فقه 81

مطلب دوم: موانع متعلق به مکان دعوی از دیدگاه قانون 81

مطلب سوم: مقایسه موانع متعلق به مکان دعوی از دیدگاه فقه و قانون 83

مبحث سوم : تناقض در دعوا از دیدگاه شریعت و قانون 83

مطلب اول: تعریف و انواع تناقض در دعوا 83

مطلب دوم : شروط تحقق تناقض 85

مطلب سوم: حکم و رفع تناقض 85

مبحث چهارم : موانع متعلق به انواع دعوا در شریعت و قانون 86

مطلب اول: موانع متعلق به دعوی فاسد و دعوی باطل از دیدگاه شریعت 87

مطلب دوم: موانع متعلق به دعوی فاسد و دعوی باطل از دیدگاه قانون 90

فصل چهارم

موانع صحت حکم قضائی متعلق به خصم از دیدگاه فقه و قانون

مبحث اول: قضاوت قاضی به اصول و فروع و حواشی آن 92

مطلب اول: حکم قاضی به نفع اصول و فروع در فقه 92

مطلب چهارم: قضاوت به نفع اصول و فروع در قانون 95

96	مبحث دوم : موانع متعلق به قصیر ال‌اهلیت و فاقد ال‌اهلیت
96	مطلب اول : موانع متعلق فقدان یا نقصان ال‌اهلیت از دیدگاه فقه
98	مطلب دوم : موانع متعلق به قصیر ال‌اهلیت و فاقد ال‌اهلیت در قانون و مقایسه آن با فقه
98	مبحث سوم : امتناع حکم قضایی به سبب غیابت از دیدگاه فقه و قانون
99	مطلب اول : حکم قضا و شروط آن بالای غایب در شریعت
101	مطلب دوم : حد غیابت که در آن بالای مدعی علیه حکم صورت می‌گیرد از دیدگاه فقه
103	مطلب سوم: احکام غیابی و مدت آن در روشنی قانون
104	مبحث چهارم : موانع متعلق به شریک، دوست و دشمن قاضی
104	مطلب اول : موانع متعلق به شریک قاضی از دیدگاه فقه
105	مطلب دوم: قضاوت به نفع شریک از دیدگاه قانون
106	مطلب سوم: موانع متعلق به اجیر قاضی از دیدگاه فقه
106	مطلب پنجم : موانع متعلق به دوست قاضی در شریعت و قانون
107	مطلب چهارم : موانع متعلق به دشمن قاضی در شریعت
109	مطلب پنجم: قضاوت به ضرر دشمن از دیدگاه قانون
110	نتیجه گیری
113	فهرست آیات
114	فهرست احادیث
117	فهرست منابع

مقدمه

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه وتعالى كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، أمر بالعدل بين الناس، ونهى عن الظلم، وأنزل الكتاب فرقاناً بين الحق والباطل، من حكم به عدل، ومن تركه ظلم، وخسر الدنيا والآخرة وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله، أرسله الله إلى الخلق كافة؛ ليحكم بين الناس بالحق.

و بعد: بدون شك قضا در اسلام از حيث اهميت شايد در رديف اول مسائل اسلامي قرار داشته است و نظر به تعبيراتي كه در كتب فقه اسلامي شده است داراي مكانت و منزلت خاصي در ميان قضايای فقهی می باشد. قضاوت در اسلام كه هدف آن حفظ حقوق مردم و حقوق الله است، از زمان نزول وحی به رسول خدا- صلی الله علیه وسلم- شروع تا كنون معمول است و هیچ اجتماعی نمی تواند از این بعد مستغنی باشد.

قضاء پیشه ایست كه بشریت از روزهای آغازین خود آنرا می شناسد، قضاست كه خونها را حفظ و یا مباح می نماید، دارایی ها را محفوظ و یا می ستاند و معاملات جائز و نا جائز را توسط قانون الهی مشخص و تعیین می نماید. قضاء زمانی میتواند در جامعه بحثی یک ارزش مطرح گردد كه مبتنی بر عدالت باشد و عدالت بدون قضاء ممكن نیست، چنانچه قضاء بدون عدالت درست نمی باشد. این قضاست كه جامعه را پاک و صالح می سازد به همین خاطر در تمام تمدنهای بشری نقش و جایگاه خاصی به خود اختصاص داده است، علاوه بر آن باعث نیکبختی آخرت نیز می گردد.

عدل از اسماء الله الحسنی بوده، صفتی است از صفات خداوند - جل جلاله-، كه قاضی را در آن خلیفه مقرر نموده است، زمانی كه برای انبیاء مسؤولیت قضاوت در روی زمین را اعطا نمود، ایشان را به اجرای عدالت امر فرمود: خداوند جل جلاله می فرماید:

﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾¹

ترجمه: ما پیغمبران خود را همراه با دلائل متقن و معجزات روشن روانه کرده ایم، و با آنان کتابها و میزان نازل نموده ایم تا مردمان دادگرانه رفتار کنند. همچنان در آیت مبارکه دیگر میفرماید:

﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾⁽²⁾

ترجمه: و ما این کتاب (آسمانی) را بر تو نازل کرده ایم كه بیانگر همه چیز (امور دین مورد نیاز مردم) و وسیله هدایت و مایه رحمت و مژده رسان مسلمانان (به نعمت جاویدان یزدان) است.

بدین جهت که قرآن کریم دستور و قانون برای امت است، تا حکم و فیصله در منازعات و قضایای مختلف بالای آن نماید، بر علاوه که فضائل عقاید و عبادات را نیز شامل می باشد.

با به میان آمدن دولت، تعدد قواء ایجاد و قوه قضائیه بحیث یکی از قوای سه گانه آن عرض وجود و حایز ارزش ها و روش های گردید که شئون مربوط به قوه قضائیه و مسئولین قضائی را انسجام می بخشد. البته ارزش های معمول و حاکم بر جامعه، در سلوک و رفتار مؤثر بوده، در نتیجه روشها به میان می آید. روشها توأم با ارزشها ایجاد گردیده، زمانی که ارزشها نابود میگردد روشها نیز از بین میرود. پس ارزشها همیشه زیر بنای روشها بوده و یا به عبارت دیگر ارزشها و روشها مانند دو روی یک سکه اند که یک وجه آنرا ارزش و دیگر آن را روش تشکیل میدهد.

اگر چه فطرت سالم قاضی، ویرا به ارزشها رهنمایی و به روشهای قوه قضائیه بصیرت میبخشد، ما بهتر می دانیم تا مسئولین و اعضای قوه قضائیه را در رابطه به موانع حکم قضائی در شریعت و قانون تفهیم نمائیم تا سیر مسلک شان به طور دایم همواره با قواعد و مبادی شناخته شده که اهل علم به آن دانسته و در ادارات عدلی و قضائی تطبیق نمایند.

اهمیت موضوع:

هرچند اهمیت موضوع موانع صحت و تطبیق حکم قضائی در شریعت و قانون روشن و واضح است اما می خواهم برخی نکاتی را که نشان دهنده اهمیت ویژه ای این موضوع است بیان کنم:

- 1- شریعت اسلامی به مسایل قضایی زیاد توجه نموده است و مسئله موانع قضایی یکی از مسایل عمده در قضا است که فهم تفصیلی آن برای قضات بسیار مهم است.
- 2- فهم تفصیلی موانع قضایی، نظام قضایی کشور را قانونمند می سازد و زمینه تامین عدالت را در مراجع عدلی و قضایی گسترده تر می گرداند.
- 3- پی بردن به موانع حکم قضائی در شریعت و قانون و عملی سازی آن در نهاد های عدلی و قضایی اعتماد مردم را بالای محاکم بیش تر می گرداند و سبب می شود جامعه ما در این بخش انکشاف کند و مردم از نعمت عدالت و امنیت مستفید شوند.
- 4- معلوم است که اسلام هرگز نظام حاکم را تشویق به تعذیب مردم ننموده است و کسانی را که بالای مردم احکام جزایی را تطبیق می کنند مقررات و موانعی را مقرر کرده است که باید این موانع دانسته شوند تا مطابق آن هر کس نتواند بالای مردم حکمرانی کند.

با در نظر داشت نکات قبلی من تصمیم گرفتم بحث مذکور را در روشنایی دلائل فقهی و قانونی

و به شکل تحقیقی و علمی، ترتیب دهم، امیدوارم حق موضوع را به اندازه که ضرورت است اداء نمایم.

اسباب انتخاب موضوع

دلایلی که مرا وادار ساخت تا در این موضوع رساله تحقیقی را بنویسم قرار ذیل است:

- 1- ارتباط مسایل قضایی با تمام شغل های کاری و خصوصاً دانستن موانع قضایی برای هر فرد لازم است چون هیچ فرد نیست مگر روزی با قضا و محکمه کار پیدا می کند.
- 2- ضرورت بر روشنی انداختن در موانع قضایی چون این موضوع به شکل ویژه تحقیق درست نشده است.
- 3- بسیاری از اهل مطالعه و دانش از موانع قضائی آگاهی درست ندارند ، پس بهتر دانستم تا اینکه مردم عام به این موضوع پی برده و بدانند که موانع قضایی بخش مهمی از مسائل قضایی است.
- 4- همچنان وضاحت برای افراد که در ادارات عدلی و قضائی مصدر خدمت اند، تا بدانند در کدام موارد نمی توانند فیصله و حکم کنند.
- 5- علاوه بر کتب فقه اسلامی در رابطه به موانع قضایی به شکل جداگانه و کافی بحث ننموده اند، و اگر بحث هم کرده اند خیلی پراکنده بوده و نیز به لسان های ملی کشور نبوده است. پس بهتر دانستم تا خلایی که در این رابطه وجود دارد به قدری جبران نموده و حق این موضوع را تا جایی ادا نموده و به دین و وطن خویش خدمتی را انجام دهم.

اهداف تحقیق: هدف از تحقیق در این موضوع رسیدن به موارد ذیل می باشد:

- فهم و درک موانع قضائی در فقه اسلامی و مقایسه آن در قانون.
- شناخت تفصیلی عوامل منع صحت قضائی.
- وضاحت جایگاه فقه اسلامی و قانون در صلاحیت های قاضی.
- شناخت حدود صلاحیت های قاضی در محاکم.
- دانستن موارد عدم صلاحیت قاضی در فقه اسلامی و قانون.
- دانستن دیدگاه های فقهاء در مورد موانع حکم قضائی و جلوگیری از اختلافات مذهبی از طریق جمع و مقایسه مسایل فقهی با قانون وضعی کشور.

سوال های اصلی تحقیق:

- 1- کدام مسایل از دیدگاه فقه اسلامی مانع حکم قضائی می شوند؟
- 2- قانون افغانستان کدام موارد را منحصیث مانع حکم قضائی شمرده است؟

سوال های فرعی تحقیق:

- 1- موانع متعلق به شخص قاضی در فقه و قانون کدام ها اند؟
- 2- کدام موارد از موانع به دعوی قضائی و طرفین دعوا متعلق می شوند؟
- 3- آیا انوئت مانع حکم قضائی می شود یا خیر؟
- 4- دیدگاه فقهاء در مورد موانع چیست؟

پیشینه تحقیق:

موضوع موانع قضائی هر چند در کتب و تصنیفات مختلف فقهی مورد بحث قرار گرفته است مانند:

1- ادب القضاء تالیف ابراهیم بن عبدالله ابن ابی الدم شافعی طبع وزاره الاوقاف ، العراق، 1404ق.

2- تاریخ القضاء فی الاسلام تالیف دکتور وهبه الزحیلی طبع دارالفکر ، سوریه ، 1995م.

3- فقه القضاء ، تالیف عبدالکریم موسوی اردبیلی. (۱۴۲۳ هـ ق) طبع قم، ایران.

اما به شکل خاص می توان تحقیقات ذیل را به عنوان پیشینه تحقیق در خصوص این موضوع نام برد:

1- بررسی قضاوت زنان در فقه و حقوق موضوعه ایران، این مقاله توسط فرشته حسین آبادی و دکتر

محمود غفوری نژاد نوشته شده است و قضاوت زنان را که یکی از مسائل مورد بحث در این رساله

است در روشنی فقه و قانون ایران بحث نموده است.

2- الموانع القضائية المتعلقة بالقاضي والخصوم، این رساله که نویسنده آن احمد محمد فتحی الشیوی

است در خصوص موضوع موانع قضائی به زبان عربی نوشته شده است اما تنها موانع متعلق به

قاضی و خصوم را مورد بحث قرار داده است.

3- موانع القضاء فی الفقه الاسلامی، این رساله توسط محمود محمد عدوان نوشته شده است و

از نوشته های مخصوص در مورد موانع حکم قضائی است اما تنها موانع قضاء را در روشنی فقه

بیان نموده است.

قابل ذکر میدانم که قبلاً تحت این نام رساله که موانع حکم قضائی را در روشنی فقه و قانون

ملی به بحث گرفته باشد و تمام مسائل مورد نیاز را بیان نموده باشد، به زبان دری نوشته نشده است ، و

این رساله علمی من بحث مذکور را به شکل مقایسوی میان فقه و قانون به زبان ملی کشور مورد

بررسی قرار داده است.

روش تحقیق:

روش من برای ترتیب این رساله تحقیقی منهج کتابخانه یی و به شیوه تحلیلی- توصیفی می باشد، به

طوری که پس از انتخاب موضوع کتاب ها و تحقیقاتی را که قبلاً در این موضوع نوشته شده بودند مطالعه نمودم و سپس مطابق اصول و مقررات تحقیق خویش را آغاز نمودم، البته در روش تحقیق موارد ذیل قابل تذکر است:

- 1- من به کتب فقهی معتمد مراجعه کرده ام و از کتاب های تفسیر، کتب حدیث و شروحات آن و نیز به هر کتاب متعلق به موضوع غرض استفاده مراجعه می کنم.
- 2- مسایل فقهی مرتبط به موضوع را نقل نموده سپس وجه ترجیح اقوال و دیدگاه ها را ذکر می کنم.
- 3- کلمات و واژه های نا آشنا را در پاورقی شرح می کنم البته با استفاده از کتب لغت.
- 4- در ترجمه آیات از تفسیر «نور» تألیف دکتر مصطفی خرمدل استفاده می کنم به خاطری که از ترجمه های معتبر است.
- 5- احادیث را از کتب معتبر آورده ام و حواله و حکم صحت و سقم آن را در پاورقی ذکر می کنم.
- 6- اقوالی را که به طور مستقیم از علما و دانشمندان نقل می نمایم در میان قوس های کوچک « » می آورم و همچنان حواله مربوط به هر آیه، حدیث و اقوال را در پاورقی نقل می کنم.

فصل اول

شرح مفاهیم و مصطلحات اساسی بحث

در این فصل به یک تعداد مسایل بنیادی و تمهیدی اشاره می شود که فهم مسایل بعدی به آن تعلق دارد. بحث مورد نظر ما دو اصطلاحی کلیدی دارد که آن ها عبارت اند از : موانع قضا و همچنان یک اصطلاح دیگر که اشارتاً از بحث دانسته می شود و آن عبارت است از قاضی، این اصطلاحات را در ذیل سه مبحث به معرفی می گیریم:

مبحث اول: مفهوم موانع

اولین اصطلاح کلیدی بحث واژه موانع است که مفهوم آن طی سه مطلب بیان می شود:

مطلب اول: تعریف مانع لغتاً

مانع در لغت از ریشه منع گرفته شده است و به معنای حایل، پرده و جدایی آورنده میان دو چیز است چنانچه در کتب لغت عربی می نویسند: « هو اسم فاعل من منع، ومعناه كل ما يمنع سواه ويكون حائلاً دونه»¹

ترجمه: مانع اسم فاعل از مصدر منع است و معنای آن هر آن چه است که چیز دیگر را منع می کند و در مقابل او حایل قرار می گیرد.

منع به معنای بخل و ضد اعطاء نیز آمده است چنانچه در کتب لغت آورده اند: «وهو الحاجز والحائل بين الشئيين وهو ضد الإعطاء» ورجل منوع" أي ضنين ممسك أي يحجز هذا الخير عن غيره»²

ترجمه: یعنی مانع چیز حایل میان دو چیز است و ضد اعطاء است، در عربی می گویند: رجل منوع یعنی مرد بخیل و ممسک که خیر و خوبی را از دیگران منع می کند و نمی خواهد به دیگران خیر برسد.

به همین معنا این کلمه در قرآن کریم هم آمده است چنانچه الله متعال می فرماید: ﴿وَإِذَا مَسَّهٗ

1 ابن منظور، محمد بن مكرم بن علی ابن احمد. (1993م). لسان العرب، دار الکتب العلمیة، بیروت- لبنان. باب الميم و النون ج 8 ص 343، و المعجم الوسيط ج 8 ص 89
2 - رازی: محمد بن ابی بکر بن عبدالقادر، مختار الصحاح، چاپ سوم بیروت- لبنان سال 1418 هـ- 1997م. حرف میم و نون ص. 343

الْخَيْرُ مُنَوَّعًا¹

ترجمه: و زمانی که به انسان خوبی برسد، سخت از حسنات و خیرات دست باز می‌دارد و دریغ می‌ورزد.

در آیه فوق کلمه «مُنَوَّعًا»: بسیار دریغ‌کننده. بسیار دست باز دارنده معنا شده است.²

مطلب دوم: تعریف مانع اصطلاحاً

مانع را در اصطلاح چنین تعریف کرده اند: «الوصف الظاهر المنضبط الذي يلزم من وجوده عدم الحكم ولا يلزم من عدمه وجود الحكم ولا عدمه لذاته»³

ترجمه: مانع عبارت از یک صفت ظاهر و با قاعده است که وجود آن مستلزم عدم حکم می‌شود و عدم آن باعث وجود حکم و عدم ذات آن نمی‌شود.

شرح تعریف: در این تعریف اصطلاحی مانع چند واژه اساسی به کار برده شده است که نیاز به تعریف جداگانه دارند و این واژه‌ها در ذیل تشریح می‌شوند:

وصف: مراد از وصف یا صفت معنا می‌باشد که مقابل آن ذات است.

ظاهر: چیز معلوم و آشکار و غیر پنهان که در آن هیچ نوع خفاء و التباس وجود نداشته باشد.

منضبط: منضبط به معنای یک چیز معین و مشخص است که به اختلاف اشخاص، حالات و زمان‌ها تغییر نمی‌یابد.

پس مانع عبارت است از یک وصف معنوی که معین و مشخص می‌باشد و هیچ نوع پنهانی در آن وجود ندارد و وجود این صفت معنوی باعث می‌شود تا بالای یک قضیه حکم نشود به طور مثال قتل یکی از موانع میراث است و هرگاه این مانع وجود داشته باشد ما به رسیدن میراث به قاتل حکم نمی‌کنیم زیرا وجود قتل مانع حکم تنفیذ میراث می‌گردد. با در نظر گرفتن این قید، سبب از تعریف مانع خارج می‌شود به خاطری که وجود سبب مستلزم وجود حکم است مانند سرقت که سبب قطع ید می‌شود.

قید دیگر این تعریف این است که عدم وجود مانع مستلزم وجود و عدم حکم نیست به این معنا که اگر مانع وجود نداشته باشد عدم وجود آن باعث وجود و عدم حکم در یک قضیه نمی‌شود مثلاً هرگاه قتل مانع میراث نباشد در این صورت ضرور نیست که ما به وجود حکم وراثت و یا عدم آن

1 سوره معارج آیه 21

2 خرمدل، مصطفی خرمدل، تفسیر نور، ترجمه آیه 21 سوره معارج
3 شوکانی، محمد بن علی، ارشاد الفحول، دمشق: دارالکتب العربی، 1419 هـ ق (ص 7/)

حکم کنیم چون میت گاهی مال دارد و گاهی ندارد و سبب وراثت نیز در بعض حالات موجود است و در برخی حالات موجود نیست.¹

همچنان در این تعریف قید «لذاته» هم علاوه شده است و هدف این قید احتراز از مقارنه عدم وجود مانع از جهت وجود یک سبب دیگر است به این معنا که گاهی عدم حکم بالای یک قضیه سبب خارجی دارد و این شامل تعریف مانع نمی شود و مانع باید علت ذاتی داشته باشد نه خارجی، به طور مثال یک شخص هم پسرش را کشته است و هم مرتد شده است و زمانیکه بالای او به قتل حکم می شود علت آن ارتداد است و از روی قصاص کشته نشده است چون مانع قصاص در اینجا علاقه جزئیت و فرزند بودن است اما این مانع سبب قتل او به علت ارتداد یا سایر گناهان موجب قتل نمی شود.²

مبحث دوم: تعریف و تاریخچه قضاء

چون بحث ما روی موانع قضائی است بناءً باید اول اصطلاحات مهم این بخش مانند قضاء و همچنان اهمیت و فضیلت آن بیان شود.

قضاء یکی از ارکان مهم و اساسی دولت اسلامی بوده چرا که اساس دولت اسلامی همانا عدالت بوده و عدالت به وجه احسن آن در ابعاد قضاء شناخت می شود که نقش محوریت در نظام حکومتی را داشته و عالی ترین مرجع بر ملزم ساختن مردم به احترام ارزشهای دینی و تطبیق مقررات و تأمین نفوذ شریعت در تمام روابط اجتماعی و تأمین عدالت بین مردم می باشد. هرگاه مکانی جهت حل و فصل نزاع موجود نباشد شاید بیشترین اشخاص بتوانند به هموعان خود ضرر و یا هم اموال و حقوق شان را مورد تعدی و تجاوز قرار دهند، بناءً ضرور است تا مکانی وجود داشته باشد که حقوق مظلومین را که مورد تعدی و تجاوز قرار گرفته است دو باره برایشان مسترد نماید که در این صورت یگانه مکان همانا محکمه و قضاء می باشد، بناءً قبل از اینکه به اصل موضوع یعنی موانع قضائی بپردازیم باید خود قضاء را بشناسیم.

مطلب اول: تعریف قضاء

فرع اول: معنای لغوی: قضاء از ریشه «ق ض ی» گرفته شده است و در لغت به معنای متعدد آمده است، جوهری³ در صحاح قضاء را به حکم معنا کرده است چنانچه می نویسد: «القضاء:

1 زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی أصول الفقه مؤسسة الرسالة-بیروت- طبع سوم، 1407 هـ- 1987 م. (ص/ 63)
2 زحیلی، وهبه، الوسیط فی أصول الفقه، المطبعة العلمية، دمشق، الطبعة الثانية 1388 هـ- 1969 م. (ص/ 95) .
3 ابو نصر اسماعیل بن حماد الجوهری، متوفای سال 393 هـ ق اولین کسی است که برای ساختن طیاره تلاش کرد و در این راه وفات کرد، او اصلاً از فاریاب است و در نیشاپور زنده

الحکم، والجمع الاقضية. وقضى، أي حکم، ومنه قوله تعالى: «وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه». وقد يكون بمعنى الفراغ، تقول: قضيت حاجتي. وقد يكون بمعنى الاداء والانهاء. تقول: قضيت ديني»¹

ترجمه: قضاء به معنای حکم کردن است و جمع آن اقضیه است و «قضی» یعنی حکم کرد، چنانچه همین معنا در آیه «وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه» صدق می کند یعنی حکم کرد پروردگارت که به جزء او کسی را عبادت نکنید و گاهی قضاء به معنای ادا کردن و انجام دادن می آید چنانچه می گویی: «قضیت دینی» یعنی قرض خود را ادا کردم.

امام راغب اصفهانی² در مفردات القرآن می نویسد: «القضاء: امر نمودن بکاری و فیصله دادن آن چه با سخن و چه با عمل و هر کدام از آنها خود بر دو وجه است همچنان قضاء در لغت به معنای، امر، قسمی که الله متعال در قرآن می فرماید: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾³ پروردگارت فرمان داده است که جز او را نپرستید، و به پدر و مادر نیکی کنید. به معنی انجام و تطبیق، حکم و الزام نیز آمده است مانند که آیت کریم میگوید: ﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾⁴ پس هر فرمانی که می خواهی صادر کنی، صادر کن. «⁵

فرع دوم: معنای اصطلاحی قضاء

قضاء در اصطلاح رفع خصومات و قطع منازعات در میان مردم مطابق احکام شریعت اسلامی که بر گرفته شده از قرآن کریم و سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم باشد، است، این تعریف نزد علمای احناف می باشد⁶. چنانچه در بدائع الصنائع آمده است: «الْقَضَاءُ هُوَ الْحُكْمُ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ»⁷

ترجمه: قضا عبارت است از حکم کردن در میان مردم به حق.

گی کرده است، او از چوب یک طیاره ساخته بود و صدا کرد که من چیزی ساخته ام که با آن پرواز می کنم، مردم نیشاپور بالای او ازدحام کردند و زمانی که پرواز کرد هنگام نشستن به زمین افتاد و مرد. به نقل از اعلام زرکلی

1 جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه، دارالعلم الملايين - بیروت 1979م. ج 6 ص 313

2 راغب اصفهانی (000 - 502 هـ = 000 - 1108 م) حسین بن محمد بن المفضل، أبو القاسم الأصفهانی معروف به راغب از ادیبان حکماء و علماء اهل اصفهان بود در بغداد سکونت گزید و در آنجا شهرت حاصل نمود آثار متعدد نگاشت که از جمله من (محاضرات الأدباء الذریعة إلى مکارم الشریعة (الأخلاق) و بیسی (أخلاق الراغب) و جامع التفاسیر) (المفردات فی غریب القرآن) و (حل متشابهات القرآن) و (تفصیل النشأتین) فی الحکمة و علم النفس و تحقیق البیان، فی اللغة و الحکمة، و کتاب فی الاعتقاد) و (أفانین البلاغة) (الاعلام للزرکلی 2/255)

3 - سوره اسراء آیه 23

4 سوره طه آیه 72

5 راغب اصفهانی، حسین بن محمد بن مفضل، مفردات ألفاظ القرآن، دارالقلم - بیروت 1992م. ص 1854،

6- ابن عابدین، محمد امین الشهیر، رد المحتار علی الدر المختار (ت 1252)، طبع دوم، 1368 هـ - 1926 م، دار الفكر - بیروت. ج 4 ص 459.

7 کاسانی، بدائع الصنائع ج 7 ص 3

تعریف قضاء در مذهب شافعی: حل خصومت میان دو خصم یا بیشتر از آن طبق حکم الله است⁽¹⁾.

تعریف قضاء در مذهب حنبلی: الزام به حکم شرعی و فصل میان خصومات است⁽²⁾.

فرع سوم: تعریف قضاء در قانون و مقایسه آن با تعریف فقه

قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان قضاء را چنین تعریف نموده است: «قضاء عبارت از حکمی است که توسط قاضی به الفاظ و کلمات مخصوص به صورت قطع و جزم صادر می‌شود.³ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه در ماده چهارم خویش در رابطه به قضاء چنین می‌گوید: قوه قضائیه حل و فصل قضایا و منازعات بین اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت، تأمین عدالت، حمایت از حقوق فرد و جامعه مطابق احکام قانون به مقصد توحید مرافق قضائی را در کشور تأمین می‌نماید.⁴

از تعریف فوق قضاء در قانون ظاهر میشود که قوه قضائیه بر علاوه حل و فصل منازعات، مکلف به تأمین عدالت، حمایت از حقوق فرد و جامعه در روشنایی قانون می‌باشد، اما باید دانست که چون لفظ شریعت اسلامی در آن ذکر گردیده است بناءً این تعریف نیز شامل موارد ذکر شده در قانون از جمله تأمین عدالت، حمایت از حقوق فرد، جامعه و غیره می‌شود، و موجودیت این قید در تعریف فقهی جامع بودن آن را به درستی واضح می‌سازد.

مطلب دوم: تاریخچه قضاء

تاریخ قضاء به زمان های بسیار قدیم بر میگردد و گفته می‌توانیم که از زمان خلقت انسان ها و افزایش نفوس آنان آهسته آهسته به قضاء ضرورت پیدا شده است و از ابتدای خلقت بشر که انسانها با مراحل زنده گی قدم نهاده اند برای فیصله منازعات ذات البینی شان احتیاج و ضرورت داشته که قضایا و منازعات آنها را شخصی فیصله نماید، ناگزیر اشخاص معزز و عقلائی قبایل و خانواده ها امور قضایی آنها را اجراء مینمودند و همین اشخاص که در قوت جسمانی و دماغی نامور بودند امارت و سیاست قضایی خود را ذمه دارو عهده دار میگرددند. و یکی از اهداف بعثت پیامبران علیهم السلام نیز از جانب خداوند داوری و قضاوت میان انسان ها می باشد چنانچه خداوند متعال در مورد داود -علیه

1- نووی، ابی ذکریا محی الدین بن شرف، مغنی المحتاج، دارالفکر، بیروت، لبنان ج4، ص371،

2- بهوتی، منصور بن یونس بن ادریس، کشف القناع عن متن الإقناع: (ت 1051هـ)، دار الفکر - بیروت - 1402 - 1981 م. ج6، ص285.

3 ماده 4 فقره 6 قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان.

4- ماده:4 (1392) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه. دولت جمهوری اسلامی افغانستان.

السلام- می فرماید: ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ۝۱﴾

ترجمه: ای داود! ما تو را در زمین نماینده خود ساخته ایم و بر جای پیغمبران پیشین نشانده ایم پس در میان مردم به حق داوری کن و از هوای نفس پیروی مکن که تو را از راه خدا منحرف می سازد. بی گمان کسانی که از راه خدا منحرف می گردند عذاب سختی به خاطر فراموش کردن روز حساب و کتاب قیامت دارند.

به خاطر اینکه بحث طولانی نشود اینجا فقط به طور مختصر تاریخچه قضاء در اسلام را بیان می کنیم:

الف: قضا در صدر اسلام

تاریخ نویسان تشریح اسلامی تاریخ قضاء را در اسلام به مراحل ذیل تقسیم می کنند:

1- دوره حیات پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم-:

در آغاز اسلام وظیفه قضا را خود آنحضرت صلی الله علیه وسلم به نفس نفیس خود بدوش داشت و این کار را به امر خداوند -جل جلاله- به عهده گرفت چنانچه در قرآن کریم حکم می کند:

﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنَ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ۝۲﴾

ترجمه: ما کتاب (قرآن را که مشتمل بر حق و بیانگر هر آن چیزی که حق است) به حق بر تو نازل کرده ایم تا مشعل راه هدایت باشد و بدان میان مردمان طبق آنچه خدا به تو نشان داده است داوری کنی، و مدافع خائنان مباش.

و همچنان که پیغمبر -صلی الله علیه وسلم- به قضاوت میپرداخت در بعضی اوقات اصحاب کرام را نیز به قضا و حکم میان مردم مامور میگرداند و بعضی اوقات هم یک صحابی را به حل و فصل یک موضوع خاص مامور میساخت از آن جمله اشخاصی که پیامبر بزرگوار اسلام به وظیفه قضا گماشت حضرت علی (کرم الله وجهه) است وی از طرف پیامبر بحیث قاضی در یمن مقرر گردید و نیز به معاذ بن جبل وظیفه قضا تفویض شد، که در روایات ذیل شرح آن را می خوانیم:

1- عن علي - رضي الله عنه - قال: «أنفذني رسول الله إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت: تنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال إن الله سيهدي لسانك ويثبت قلبك (فما شككت في

1 سوره ص آیه 24

2 سوره نساء آیه 105

قضاء بین اثین بعد ذلك»¹

ترجمه: علی رضی الله عنه می گوید: مرا رسول خدا صلی الله علیه وسلم به حیث قاضی به یمن فرستاد در حالی که من جوان بودم، من گفتم: مرا به سوی قومی می فرستی که در میان شان قضایای مختلف روی می دهد و من به قضاوت علم کافی ندارم، او گفت: برو خداوند زبانت را هدایت می کند و قلبت را استوار می گرداند، علی رضی الله عنه می گوید: من بعد از آن در میان دو نفر فیصله نکردم که در قضاوت عادلانه میان شان شک کرده باشم.

2- عن ابن عباس رضي الله عنه، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بَعَثَ مُعَاذًا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إِلَى الْيَمَنِ فَقَالَ: «ادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَأَنَّي رَسُولُ اللهِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ، فَأَعْلِمَهُمْ أَنَّ اللهُ تَعَالَى افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ خَمْسَ صَلَوَاتٍ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ فَأَعْلِمَهُمْ أَنَّ اللهُ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَعْيَانِهِمْ، وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ»²

ترجمه: از ابن عباس - - رضی الله عنهما - - روایت شده است که پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - معاذ بن جبل³ را به یمن فرستاد و فرمودند: «آنان را دعوت کن به این که شهادت بدهند که خدایی جز الله نیست و من پیامبر او هستم؛ اگر این دعوت را اطاعت کردند، به آنان اعلام کن که خداوند در هر شبانه روز پنج بار نماز را بر آنان فرض کرده است؛ اگر اطاعت نمودند، آن گاه به آنها خبر بده که خداوند زکات را بر آنان واجب گردانیده است که از ثروتمندان شان گرفته و به فقراي آنان داده شود»⁴

پیامبر بزرگوار اسلام چهارده قرن قبل برای بار اول حکم حضرت علی کرم الله وجهه رادربین

1 سجستانی، سلیمان بن اشعث (ت 275)، سنن ابی داود، دارالکتب العلمیة، بیروت ج 3 ص 301 حدیث شماره 3582

2 سجستانی، سنن ابی داود، همان حدیث شماره 1586 (البانی آن را صحیح گفته است، به نقل از تعلیق سنن ابی داود، ذیل همین حدیث)

3 معاذ بن جبل: نامش معاذ بن جبل بن عمرو بن اوس انصاری خزرجی، کنیه اش ابو عبدالرحمن بود. از علمای بزرگ امت و آگاه بر حلال و حرام و یکی از شش کاتب و جامع وحی در حیات پیامبر -صلی الله علیه وسلم- بود، او در جوانی به اسلام مشرف شده بود و در عقد مواخات با جعفر بن ابی طالب برادر شد. در بیعت عقبه شامل 70 تن انصاری بود، در بدر، احد، خندق و دیگر مواجهات با دشمن پیامبر -صلی الله علیه وسلم- را همراهی کرده و بعد از غزوه تبوک طی نامه (انی بعثت لکم خیر اهل) به حیث قاضی و مرشد برای اهل یمن توظیف شد و در همانجا باقی ماند، پس از رحلت پیامبر -صلی الله علیه وسلم- در زمان خلافت ابوبکر دوباره به مدینه برگشت. سپس با ابو عبیده بن جراح در غزوه شام اشتراک کرد، هنگامیکه ابو عبیده به طاعون مبتلا شد، معاذ جانشین او مقرر شد و در همان سال از دنیا چشم پوشید. چهره زیبا و کف سمح داشت. به تعداد 157 حدیث از پیامبر -صلی الله علیه وسلم- روایت کرده است. در اردن وفات یافته و در قصیر المعینی (بالغور) دفن گردیده است. الأعلام للزکلی - (7 / 258).

4 بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، حدیث شماره (1395)

خصمین که نسبت عدم قناعت شان به حضور انحضرت -صلی الله علیه وسلم- تقدیم کردند مجدداً تایید نمودند که فیصله حضرت علی «رضی الله عنه» منیحت فیصله ابتدائیه و تایید حکم توسط حضرت پیغمبر -صلی الله علیه وسلم- منیحت فیصله استیناف استنباط شده می تواند.¹

پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم- در میان مردم به ظاهر قضیه و همچنان با قسم در صورت نبود بینه فیصله می کرد و قضاوت او اجتهادی بود نه وحی.² این مطلب از حدیث ذیل دانسته می شود:

3- وعن أم سلمة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ بِنَحْوِ مَا أَسْمَعُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»³

ترجمه: از ام المؤمنین ام سلمه (رضی الله عنها) روایت شده است که پیامبر -صلی الله علیه وآله وسلم- فرمودند: «من هم انسان هستم و شما داوری دعواهای خود را به نزد من می آورید، شاید یکی از شما در آوردن دلیل، قوی تر از دیگری باشد و من براساس آنچه که می شنوم، به نفع او حکم صادر می کنم؛ پس اگر برای کسی بر اساس دلایل ظاهری به حقی حکم نمودم که متعلق به برادر مسلمان اوست، بداند که آن پاره ای از آتش دوزخ است که به او داده ام (و حکم من، آن را برایش حلال نمی کند).

2- قضاوت در دوره خلفای راشدین:

زمانیکه خلافت به ابوبکر -رضی الله عنه- رسید، مطابق منهج رسول الله -صلی الله علیه وسلم- حکم میکرد و قاضیان در تمام اقالیم دولت اسلامی به اساس قرآن و سنت و همچنان به اجتهاد و مشوره میان اصحاب فیصله می کردند⁴، بعضی ها می گویند که او حضرت عمر -رضی الله عنه- را به حیث قاضی شهر مدینه گماشته بود و انس⁵ -رضی الله عنه- را به حیث قاضی به بحرین فرستاده بود.⁶

در دوره خلافت حضرت عمر -رضی الله عنه- به واسطه وسعت ممالک اسلامی و اتساع

1 وبسایت ستره محکمه افغانستان www.supremecourt.gov.af/dr

2 زحیلی، محمد، تاریخ القضاء في الإسلام، دار الفكر، بیروت، دار الفكر، دمشق، طبع اول، سال نشر: 1415 هـ / 1995 م. صفحه 79

3 بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، حدیث شماره (7169)

4 این مسئله از احادیثی که در مطلب گذشته نقل گردید معلوم می شود چنانچه در حدیث معاذ بن جبل.

5 انس بن مالک بن نضر انصاری يك از اصحاب رسول الله (صلی الله علیه وسلم) که ده سال قبل از هجرت در مدینه تولد شده در حال طفلی مسلمان شد و در خدمت - رسول الله (صلی الله علیه وسلم) بود که بعد از وفات آن به دمشق سپس به بصره رحلت کرد و در سال 14 هـ در بصره وفات نمود. (الاعلام للزرکلی، ج 5، ص 54)

6 ابن خلدون، عبدالرحمن ابن خلدون، مقدمه ابن خلدون، ص 174 موقع الوراق <http://www.alwarraq.com>

دائره عمران و آبادی و کثرت کار برای خلیفه یا نایب او در ممالک و ایالات مفتوحه، رسیده گی به حل و فصل خصومات میسر نبود، از اینرو حضرت عمر -رضی الله عنه- قضا را از حکومت تفکیک مینمود و قضاوت را به شخص دیگر غیر از والی واگذار کرد. زمانیکه حضرت عثمان -رضی الله عنه- بعد از شهادت خلیفه دوم به خلافت رسید، در مرکز خلافت جمیع قضایای وارده را به حضور خود حل و فصل میکرد و از اصحاب و یاران خود در زمینه مشوره میگرفت. حضرت علی -رضی الله عنه- در امور قضا تبحر کامل و ید طولا داشت، زیرا خلیفه چهارم از بد و رشد و عنفوان جوانی به قضا و افتاء اشتغال ورزیده و در رشته قضایی معلومات کافی به دست آورده بود و احکام او توجه خاص و عام را جلب کرده بود.¹

از روایات تاریخی معلوم می شود که اولین شخصی که جای مخصوص را برای قضاء در زمان خلفای راشدین تعیین کرد حضرت عثمان رضی الله عنه بود و منصب قضاء را به عبدالله بن عمر واگذار کرده بود و لی او معذرت خواست و گفت: من پناه می خواهم از اینکه منصب قضاء را به عهده بگیرم.²

خلاصه اینکه خلفای راشدین همیشه سعی میورزیدند تا وظیفه قضا به اشخاصی تفویض گردد که در میان افراد جامعه معتمد بوده و صاحب حوصله و متانت و حسن خلق و دارای حاکمیت بر نفس و ملکه اجتهادی باشند. در مورد تدوین و اجرای احکام باید متذکر گردید که در دوره خلفای راشدین قضاوت در حال پیدایش و تکوین بود و قایعی روی نداده بود که نوشتن احکام را ایجاب نماید، ولی بعد از آن در دوره امویها و قایعی پیش آمد که قضاوت را متوجه ساخت که احکام کتبی صادر نماید.

3- قضاوت در دوره اموی ها

قضاوت در زمان اموی ها از دو ویژگی برخوردار بود:

اول اینکه مطابق روش خلفای راشدین قضاوت ادامه داشت و قاضی فرد مجتهد تعیین می شد و هرگاه در یک قضیه نص صریح پیدا نمی شد قاضی به اجتهاد خود فیصله می کرد. و دوم اینکه منصب قضاوت به طور مستقل عمل می کرد و زیر تاثیر سیاست و حکومت نرفته بود و قضاوت به گونه مستقل حتی بر علیه والیان حکم می کردند و اولین کسی که دیوان خاصی را جهت تدوین احکام قضایی تعیین کرد قاضی مصر در زمان معاویه رضی الله عنه بود.³

1 جمعی از محققین، ندوة القضاء الشرعی فی العصر الحاضر الواقع والمأمول الفترة الواقعة بین 12-13-14 ربیع الأول 1427 هـ. المكتبة الشاملة، ج 38 ص 7

2 سجستانی، سلیمان ابن شعث، سنن ابی داود. تحقیق: محمد محی الدین عبدالحمید بیروت، حدیث شماره 1672

3 زحیلی، محمد، تاریخ القضاء فی الإسلام، دار الفکر، بیروت، دار الفکر، دمشق، ط 1، 1415 هـ / 1995 م صفحه 328

4- قضاوت در دوره عباسیان

در دوره عباسیان دامنه آبادی گسترش یافت و اسلام زیاد منتشر شد و پیشرفت علمی، اقتصادی و اجتماعی شکوفا گردید و همچنان اختلافات مذهبی به خصوص مذاهب چهارگانه به میان آمد و تقلید از ائمه فقهی مروج شد و اینجا بود که روح اجتهاد ضعیف شد، در این زمان قاضی عراق مطابق مذهب حنفی، قاضی شام و المغرب مطابق مذهب مالکی و قاضی مصر به اساس مذهب شافعی فیصله می کردند در دوران عباسی ها وظیفه جدیدی تحت عنوان «قاضی القضاة» ایجاد شد که در راس امام ابو یوسف¹ تعیین گردید و او می توانست قاضیان را در تمام ولایات عزل و نصب کند و او اولین کسی بود که برای قاضیان لباس جدید تعیین کرد، همچنان در این دوران برخی اصطلاحات مانند دیوان های قضائی، نظام حسابداری، بیت المال و نظام وصیت ها به طور جداگانه تاسیس یافت²

5- قضاوت در دوره عثمانی ها

دولت عثمانی ها در اوایل قرن چهاردهم تاسیس شد و در آن وقت سرزمین های شام و لبنان زیر سیطره آنان قرار داشت و نظام قضائی آنان مطابق شریعت اسلامی بود و قاضیان در این دوره تا قرن شانزدهم مانند محاکم عادی فیصله می کردند تا این که دولت عثمانی ها برای منصب قضاوت امتیازات خاصی را قائل شد و اخیراً قضاوت به سه بخش ذیل تقسیم گردید:

- 1- محاکم شرعی: این محاکم غرض فیصله و دادرسی به قضایای شخصی و برخی قضایای خاص اختصاص داده شده بود و در راس آن یک نفر قاضی مطابق مذهب حنفی حکم می کرد.
- 2- محاکم نظامی: این محاکم به اثر ورود قوانین جدید غربی به ترکیه شکل یافته بود و در آن قضایای مدنی و جزائی شامل بود که محاکم شرعی آن را در بر نمی گرفت و این نوع محاکم عموماً دارای سه بخش ابتدائیه، استیناف و محکمه تمییز بود و در هر کدام چندین نفر قاضی تعیین شده بودند.
- 3- محاکم خاص: مهم ترین این محاکم محاکم قنصلی و محاکم روحی بود که به منظور فیصله میان اتباع اجنبی و همچنان محاکم روحی به خاطر فیصله میان اقلیات غیر مسلمان تعیین شده بود.³

1 ابو یوسف، یعقوب بن ابراهیم بن حبیبت انصاری، کوفی بغدادی، متولد سال: 113 هـ و از شاگردان و اصحاب امام ابی حنیفه رحمه الله می باشد، موصوف از علماء علم فقه به شمار می رود، تألیفات مشهور ایشان الخراج، ادیب القاضی، الامالی فی الفقه و غیره می باشد در زمان خلافت هارون الرشید سمت قاضی القضاة راه به عهده داشت، در سال: 182 هـ وفات نموده است. (التاج العروس: 413/3).

2 جمعی از محققین، ندوة القضاء الشرعی فی العصر الحاضر الواقع والمأمول الفترة الواقعة بین 12-13-14 ربيع الأول 1427 هـ. المكتبة الشاملة، ج 38 ص 10

3 جمعی از محققین، ندوة القضاء الشرعی فی العصر الحاضر الواقع والمأمول الفترة الواقعة بین 12-13-14 ربيع الأول 1427 هـ. المكتبة الشاملة حواله قبلی ج 38 ص 11

مطلب سوم: اهمیت و مشروعیت قضاء و دلایل آن

وجود قضاء و محکمه در جامعه از امور ضروری و حیاتی است، هر جامعه اسلامی و غیر اسلامی بدون استثناء به این پدیده ضرورت پیدا می کند از این جهت دین اسلام قضاء را منحیث یک امر مهم مشروعیت بخشیده است.

فرع اول: دلایل مشروعیت قضاء

در قدم نخست ادله مشروعیت قضاء را از کتاب، سنت، اجماع و قانون ذکر می کنیم چون اصل تمام احکام شرعی این ادله هستند:

الف: کتاب الله: قرآن کریم منحیث بزرگترین و اصلی ترین مرجع تقنین در شریعت اسلامی جایگاه قضاء و قضاوت را بسیار والا بیان داشته و به طور مشخص اصول و قواعدی را بر این وظیفه بزرگ وضع نموده است و اقامه آن را از واجبات حکومت اسلامی دانسته است، در این مورد آیات زیادی وجود دارد که به گونه مثال آیات ذیل نقل می گردند:

1- ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾¹

ترجمه: و به تو ای پیغمبر فرمان می دهیم به این که در میان آنان طبق چیزی حکم کن که خدا بر تو نازل کرده است ، و از امیال و آرزوهای ایشان پیروی مکن ، و از آنان برحذر باش که با کذب و حق پوشی و خیانت و غرض ورزی تو را از برخی چیزهایی که خدا بر تو نازل کرده است به دور و منحرف نکنند و احکامی را پایمال هوی و هوس باطل خود نسازند . پس اگر از حکم خدا رویگردان شدند و به قانون خدا پشت کردند ، بدان که خدا می خواهد به سبب پاره ای از گناهانشان ایشان را دچار بلا و مصیبت سازد و به عذاب دنیوی ، پیش از عذاب اخروی گرفتار کند. بیگمان بسیاری از مردم از احکام شریعت سرپیچی و تمرد می کنند و از حدود قوانین الهی تخطی می نمایند.²

2- ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا الْحِسَابَ﴾³

ترجمه: ای داود! ما تو را در زمین نماینده خود ساخته ایم و بر جای پیغمبران پیشین نشانده ایم

1 سوره مائده آیه 49

2 نقل ترجمه از تفسیر نور تالیف دکتر مصطفی خرمندل، ترجمه آیه 49، سوره مائده.

3 سوره ص آیه 24

پس در میان مردم به حق داور می کن و از هوای نفس پیروی مکن که تو را از راه خدا منحرف می سازد . بی گمان کسانی که از راه خدا منحرف می گردند عذاب سختی به خاطر فراموش کردن روز حساب و کتاب قیامت دارند .

3- ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعٌ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾¹

ترجمه: ما پیغمبران خود را همراه با دلائل متقن و معجزات روشن به میان مردم روانه کرده ایم ، و با آنان کتاب های آسمانی و قوانین و موازین شناسائی حق و عدالت نازل نموده ایم تا مردمان برابر آن در میان خود دادگرانه رفتار کنند . و آهن را پدیدار کرده ایم که دارای نیروی زیاد و سودهای فراوانی برای مردمان است . هدف از ارسال انبیاء و نزول کتب آسمانی و همچنین آفرینش وسائلی چون آهن این است که خداوند بداند چه کسانی او را و فرستادگانش را بگونه نهران و پنهان از دیدگان مردمان یاری می کنند . خداوند نیرومند و چیره است .

وجه استدلال از آیات فوق به مشروعیت قضاء واضح است چون به گونه روشن به قضا و فیصله کردن عادلانه میان مردم دلالت دارند .

ب: سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم: در احادیث رسول الله صلی الله علیه وسلم منحه دومین مرجع شریعت اسلام در مورد قضاء و فیصله میان مردم تصریحات و اشارات زیادی نقل شده است که به طور نمونه چند مورد آن در ذیل نقل می شود:

1- «عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ، أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: إِذَا حَكَمَ أَحَاكِمٌ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»²

ترجمه: «عمر بن عاص - رضی الله عنه - می گوید: از پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - شنیدم که می گفت: وقتی که حاکم و قاضی در قضاوت و حکم خود تلاش و کوشش نمایند و در این قضاوت به حق حکم کنند، دو ثواب و اجر دارند یکی ثواب تلاش و زحمتی که کشیده اند و دیگری ثواب تشخیص حق و حکم به آن اگر بعد از تلاش و زحمت به خطا و اشتباه حکم نمایند، تنها يك اجر دارند. که اجر تلاش و زحمت است یعنی کسی که شایستگی مقام قضاوت را دارد چنانچه بعد از تحقیق و بررسی دلایل مربوطه حکمی را بدون هیچ نظر سوئی صادر نماید، يك اجر یا دو اجر را دارد ولی کسانی که شایستگی علمی و اخلاقی قضاوت را ندارند، و بدون توجه به احکام الهی حکم صادر می نمایند، برابر

1 سوره حدید آیه 25

2 بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، حدیث شماره 7352

نص قرآن جزو ظالمان و فاسقان می باشند.

2- عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ فَلَا

تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الأَخْرِ فَسَوْفَ تَدْرِي كَيْفَ تَقْضِي» قَالَ عَلِيٌّ: فَمَا زِلْتُ قَاضِيًا¹

ترجمه: از علی رضی الله عنه روایت است که پیامبر خدا صلی الله علیه وآله و سلم فرمود: «هرگاه دو نفر از تو خواستند، که بین شان قضاوت کنید، هرگز به نفع نفر اول قضاوت نکن؛ تا سخن نفر دوم را بشنوی، آنگاه در می یابی که چگونه قضاوت کنی» علی می گوید: پس از آن همیشه قاضی بودم.

3- عن ابن عباس رضي الله عنه، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بَعَثَ مُعَاذًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى الْيَمَنِ فَقَالَ: «ادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولُ اللَّهِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ، فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ خَمْسَ صَلَوَاتٍ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَعْيَانِهِمْ، وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ»²

ترجمه: از ابن عباس - رضی الله عنهما - روایت شده است که پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - معاذ را به یمن فرستاد و فرمودند: آنان را دعوت کن به این که شهادت بدهند که خدایی جز الله نیست و من پیامبر او هستم؛ اگر این دعوت را اطاعت کردند، به آنان اعلام کن که خداوند در هر شبانه روز پنج بار نماز را بر آنان فرض کرده است؛ اگر اطاعت نمودند، آن گاه به آنها خبر بده که خداوند زکات را بر آنان واجب گردانیده است که از ثروتمندان شان گرفته و به فقراي آنان داده شود»

ج: اجماع: در مورد قضاء اجماع امت اسلامی بر این است که قضاء یک امر مهم و ضروری در جامعه است، دلیل اجماع این است که تا هنوز هیچ فقیه و دانشمندی بر عدم مشروعیت قضاء قول نکرده است، چنانچه شیخ علی حیدر در کتاب «درر الحکام» می نویسد: «مَشْرُوعِيَّةُ الْقَضَاءِ : ثَابِتَةٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ , وَإِجْمَاعِ الأُمَّةِ وَإِنَّ كُلَّ نَبِيٍّ قَدْ أَمَرَ بِذَلِكَ وَقَدْ بَعَثَ اللَّهُ الرُّسُلَ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ وَقَدْ عَمَلَ الخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ وَالْعُلَمَاءُ الْعَامِلُونَ بِذَلِكَ وَقَدْ اسْتَقَامَتِ الأَرْضُ , وَالسَّمَاءُ بِالْقِيَامِ بِالْقَضَاءِ , وَأَنَّ الْقَضَاءَ هُوَ نِيَابَةٌ عَنِ الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ , وَإِقَامَةٌ لِحُدُودِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.. وَقَدْ أَجْمَعَتِ الأُمَّةُ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الْقَضَاءِ»³

مشروعیت قضاء به کتاب الله، سنت رسول الله - صلی الله علیه وسلم - و اجماع امت ثابت است،

1 ترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی بن سوره، سنن الترمذی، دارالمعرفه - بیروت 2002م. حدیث شماره 1331 (ترمذی این حدیث را حسن گفته است).

2 بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، حدیث شماره 1395

3 علی حیدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، تحقیق تعریب: المحامی فهی الحسینی، دار الکتب العلمیة، لبنان / بیروت ج 4 ص 515

و هر کدام از پیامبران به این کار مامور شده اند و در حقیقت پیامبران به همین هدف ارسال شده اند و خلفای راشدین و علمای عملگرا به قضاء عمل کرده اند و زمین و آسمان به قضاء و فیصله عادلانه استوار است و قضاء نیابت از خلفای راشدین و اقامه حدود پروردگار عالمیان است. و یقیناً تمام امت بر مشروعیت قضاء اجماع کرده اند.

فرع دوم: مشروعیت قضاء در قانون

قوانین در افغانستان با پیروی از اصول شرعی، قضاء را مشروع دانسته و یکی از ضرورت های مهم جامعه افغانی در پهلوی ارکان ثلاثه دولت قوه مقننه، قوه قضائیه، قوه اجراییه (قضاء رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان ضمن احکام قانون اساسی افغانستان بیان داشته است که از جمله قوانین وضعی که دلالت کننده به قضاء و مشروعیت قضاء در کشور را تایید می کند میتوانیم تعداد از قوانین را نام ببریم:

- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه

- قانون اجراءات جزایی

- قانون اصول محاکمات مدنی

- قانون اصول محاکمات تجارتي

قوانین مذکور از نظر قانونی برای قضاء مشروعیت و جواز می بخشند.

فرع سوم: فضیلت قضاء

قضاوت و دادرسی عادلانه در نگاه حقوقدانان مسلمان از استوارترین واجبات دانسته شده است. در قرآن کریم آیات بسیاری در مورد عظمت و جایگاهی منصب قضاوت وجود دارد که اکثر آن ها دلالت دارد بر این که این تحفه را خداوند متعال به پیغمبران و صالحان داده است و انسان های صالح برای تحقق آن رنج ها و زحمت های زیادی دیده اند و مشکلات زیادی را متقبل شده اند.

اسلام بارزترین ارزش و اهمیت را به مسئله قضاوت در جهت تأمین حقوق مردم و استقرار عدالت اجتماعی قایل شده است و آن را امانت بزرگی تلقی کرده است. زمانی که قضاء مشروع گردید، پس باعث تقرب الی الله نیز میگردد، دلیل اش این است که قضاء وسیله امر به معروف و نهی از منکر، نصرت و یاری دادن مظلوم و هشدار دادن ظالم از ظلم و ستم، رسانیدن حق به صاحبش و اصلاح

میان مردم و فیصله به حق میباشد، کسی که به حق فیصله نماید الله جل جلاله او را دوست دارد¹. یکی از دلایلی که به فضیلت قضاء دلالت می کند این است که خداوند عدالت پیشگان و آنانی را که به عدالت حکم می کنند دوست می دارد چنانچه در قرآن کریم فرموده است: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾²

ترجمه: ای پیامبر اگر در بین شان فیصله کردی سپس بر اساس عدالت و انصاف فیصله کن مسلماً که الله متعال انصاف کننده گان را دوست دارد.

همچنان مسند قضاء فضیلت بزرگ ازین جهت دارد که قاضی در حکم خود اگر خطاء هم کند نیز از جانب الله تعالی صاحب اجر است، به شرطی که قصدش در قضاء حق باشد و برای رسیدن آن سعی و تلاش نموده باشد. چنانچه در روایتی از رسول الله صلی الله علیه وسلم آمده است: «عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ، أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»³

ترجمه: عمرو بن عاص - رضي الله عنه - می گوید: از پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - شنیدم که می گفت: وقتی که حاکم و قاضی در قضاوت و حکم خود تلاش و کوشش نمایند و در این قضاوت به حق حکم کنند، دو ثواب و اجر دارند یکی ثواب تلاش و زحمتی که کشیده اند و دیگری ثواب تشخیص حق و حکم به آن اگر بعد از تلاش و زحمت به خطا و اشتباه حکم نمایند، تنها يك اجر دارند. که اجر تلاش و زحمت است یعنی کسی که شایستگی مقام قضاوت را دارد چنانچه بعد از تحقیق و بررسی دلایل مربوطه حکمی را بدون هیچ نظر سوئی صادر نماید، يك اجر یا دو اجر را دارد ولی کسانی که شایستگی علمی و اخلاقی قضاوت را ندارند، و بدون توجه به احکام الهی حکم صادر می نمایند، برابر نص قرآن جزو ظالمان و فاسقان می باشند.

مطلب چهارم: حکم و ارکان قضاء

الف: حکم قضاء: قضاء به اتفاق فقهای اسلام فرض کفایه است و بالای هیچ شخص واجب نیست مگر اینکه شروط قضاء در او دیده شود و بدون آن شخص دیگر برای قضاء مستحق نباشد در این صورت شخص مذکور مجبور گردانیده می شود تا وظیفه قضاء را انجام دهد همچنان تعیین قاضی بر

1- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المعني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت ج 4 ص 39.

2- سوره مائده آیه 5

3 بخاری، محمد ابن اسماعيل، صحيح البخاری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، حدیث شماره 7352

بالای امام مسلمین واجب است.¹

زمانی که قضاء فرض کفایی بوده، پس حکم قبولیت مسند قضاء هم به اختلاف حال مسلمان و حالات قضاء تفاوت دارد چنانچه در فتاوی هندیه حکم قضاء در پنج حالت بیان شده است: «قضاء زمانی واجب میشود، که وظیفه مسند قضاء برای شخص تعیین گردد و شخصی دیگر نباشد که صلاحیت قضاء را داشته باشد، قضاء زمانی مندوب است کسی که بر قبولیت منصب قضاء مصلحت و منفعت عمومی متحقق شود، و شخصی باشد که بر مسؤلیت قضاء قادرتر و بر خواسته های آن استوارتر و نسبت به دیگران از لحاظ علم و تقوا فوق تر باشد، که درین حالت اجرای مسند قضاء از جانب چنین شخص مندوب میباشد، گاهی به درجه و جوب نیز میرسد، زیرا شریعت اسلامی بر تحقق منفعت عمومی حرص می ورزد. حالت سوم حکم قضاء حرمت است و این درجه نسبت به کسی است که در نفس خود احساس عاجزی میکند ویا احساس بی انصافی علی الرغم معرفت و شناختی که در امور قضایی دارد، اما نظر به اینکه ضعف نفسی او را منجر به پیروی خواهشات ویا مدهانت رئیس جمهور و عدم قدرتش بر مقاومت می سازد، در حق همچو شخص قضاء حرام است، حالت چهارم حکم قضاء کراهیت است، این درجه در حد کسی است که صلاحیت قضاء را دارد، اما شخص با صلاحیت تر وجود دارد، سپس ممکن مسؤلیت قضاء برای اصلح در صورت عدم قبول نمودن وی، قضاء را به شخصی که صلاحیت آن را دارد، تعیین نمود. و حالت پنجم حکم قضاء اباحت است و این زمانیکه شخصی صلاحیت قضاء را داشته باشد و شخصی غیر نیز موجود باشد، و ترجیح قبولیت در هیچ یک از ایشان دریافت نگردد.²

با در نظر داشت موارد فوق الذکر حکم قضاء معلوم گردید و دانسته شد که حکم نظر به اشخاص، زمان و مکان و شرایط و ظرفیت ها فرق می کند.

ب: ارکان قضاء: قضاء دارای ارکان متعدد می باشد که قرار ذیل به آن اشاره می کنیم :

۱- حاکم: عبارت از قاضی است که از جانب شخص اول دولت توسط انسلاک قضائی برای حل منازعات و قطع خصومات تعیین گردیده باشد.

۲- حکم : تصمیم قضایی است که در ختم رسیدگی محاکماتی قضیه، به شکل فیصله یا قرار

صادر می گردد³

1- ابن فرحون، برهان الدین ابراهیم بن علی بن ابی القاسم، تبصره الحکام فی اصول الأفضیه و مناهج الأحکام، مکتبه الکلیات الأزهریه - قاهره 1986م. ص 9

2 شیخ نظام و جماعة من علماء الهند (الفتاوی الهندیه. بیروت: دارالفکر. 1411هـ/1991 م) ج. 3: ص 306.

3- وزارت عدلیه، جریده رسمی/ قانون تشکیل وصلاحیت قوه قضائیه ماده 4 فقره 9

۳- قاضی : عبارت از شخصی است که با داشتن انسلاک قضایی، قضایا را طبق احکام قانون رسیدگی و اصدار حکم می‌نماید.¹

۴- محکوم به : آنچه که موضوع حکم قرار گرفته باشد.²

۵- محکوم له : طرف دعوی که حکم به نفع او صادر گردیده باشد.³

۶- طریق حکم : طرز و روش اصدار قرار و فیصله است.⁴

مبحث سوم: تعریف و شروط قاضی از دیدگاه فقه و قانون

چنانچه قبلا هم بیان نمودیم بحث مورد نظر من در مورد موانع قضائی است بناءً باید اولاً تعریف اصلی قاضی را نیز بدانیم به همین خاطر در این مبحث تعریف قاضی را در فقه اسلامی مورد بحث قرار میدهم.

مطلب اول: تعریف قاضی

الف: معنای لغوی قاضی: قاضی در لغت اسم فاعل به معنی حاکم، داور، حکم‌کننده و فیصله‌دهنده به اختلاف بین خصمین است، همچنین به معنی حاکم شرع و کسی که از طرف قوه قضائیه یا حاکم وظیفه رسیدگی و حل و فصل دعاوی مردم را دارد.⁵

ب: تعریف اصطلاحی قاضی در فقه: قاضی در اصطلاح نزد علماء احناف: شخصی است که از جانب رئیس دولت برای حل و فصل دعاوی تعیین شده باشد، تا میان مردم در روشنائی قواعد شریعت فیصله نماید⁶

تعریف قاضی در مذهب مالکی: نایب امام است در اجرای تمام احکام شرعی⁷

تعریف قاضی در مذهب شافعی: شخصی که التزام به شرع جهت تطبیق عدالت، رفع ظلم و ترک خواهش نفسانی داشته باشد⁸.

تعریف قاضی در مذهب حنبلی: شخصی که نمایندگی از مردم در تطبیق شریعت اسلامی می

1- وزارت عدلیه، جریده رسمی/ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه ماده ۴ فقره ۱۶

2- وزارت عدلیه جریده رسمی/ قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۴ فقره ۴

3- وزارت عدلیه، جریده رسمی/ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه ماده ۴ فقره ۲

4- وزارت عدلیه، جریده رسمی/ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه ماده ۳ فقره ۵

5- زبیدی، محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، مکتبه الحیة، بیروت- لبنان. ج 2- ص 231.

6- درر الحکام شرح غرر الأحکام - ملا خسرو الحنفی - المطبعة العامرية مصر 1304. ماده (1840).

7- البهجة فی شرح التحفة. أبو الحسن علي بن عبد السلام. ص: 45

8- انصاری: زکریا بن محمد بن زکریا، (متوفی: 926هـ) شرح روضة الطالب من أسنى المطالب، دار الكتاب الإسلامی... ص: 454

تعریف راجح: از تعاریف فوق که ذکر گردید، تعریف مذهب حنفی تعریف جامع به نظر میرسد، اینکه بیان میدارد، قاضی: شخصی است که از جانب رئیس دولت برای حل و فصل دعاوی تعیین شده باشد، تا میان مردم در روشنایی قواعد شریعت فیصله نماید². در تعریف فوق واضح گردید که قاضی از جانب رئیس دولت تعیین میگردد، بدین معنی که بدون اجازه وی شخص قاضی شده نمیتواند، در حالیکه چنین موضوع در تعاریف مذاهب دیگر وجود ندارد، همچنین قاضی نایب امام شده نمیتواند، در اجرای تمام احکام شرعی زیرا، موضوع حدود مختص به رئیس دولت است و همچنان قاضی نماینده گی از مردم نمی کند، بلکه نماینده گی از تطبیق احکام شریعت اسلامی می نماید، همچنین قاضی باید در روشنایی قواعد شریعت اسلامی حکم خویش را تطبیق نماید، یعنی اینکه برای تطبیق هر نوع حکم یک اصل شرعی داشته باشد.

ج: تعریف قاضی در قانون و مقایسه آن با تعریف فقه: قاضی در قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه در ماده چهارم بند شانزدهم چنین تعریف شده است: قاضی شخصی است که با داشتن انسلاک قضائی، قضایا را طبق احکام قانون رسیدگی و اصدار حکم می نماید³.

و در بند بیست و چهارم ماده ششم، خویش انسلاک قضائی را چنین تعریف نموده است: انسلاک قضائی عبارت است از تفویض صلاحیت قضائی از جانب رئیس جمهور به شخص واجد شرایط این قانون که طی حکمی اعطا می گردد⁴.

با توجه به تعریف فوق در میابیم که تعریف فقه اسلامی برای قاضی خیلی جامع بوده و تعریف قانون ناقص بوده است، از جهت اینکه قانون میگوید، هر شخصی که انسلاک قضائی داشته باشد میتواند که مسند قضاء را حایز شود، و قانون در رابطه به استخدام مستشار قضایی نیز انسلاک قضایی را شرط نموده است، که مستشار قضایی قضایا را تحلیل و ارزیابی نموده گزارش موضوع و نظر خویش را در جلسات قضایی ارائه می نماید⁵، که چنین شخص در حقیقت قاضی نیست، برعلاوه شخصی که فهم به فقه اسلامی و مقاصد شریعت اسلامی نداشته، نیز میتواند انسلاک قضایی را حایز شود، که چنین تعریف برای قاضی درست شده نمیتواند.

1- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت ج 4 ص: 434

2- درر الحکام شرح غرر الأحكام - ملا خسرو الحنفی - المطبعة العامرية مصر 1304. ماده (1840)

3- ماده چهارم (1392) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان.

4- ماده چهارم (1392) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان.

5- ماده چهارم (1392) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان.

مطلب دوم: شروط قاضی در فقه و قانون

نظر به اهمیت منصب قضاء در فقه اسلامی یک سلسله شروط برای قاضی تعیین شده است که نداشتن آن مانع صحت حکم قضائی می شود، در این مطلب به طور خلاصه این شروط را ذکر می کنیم:

فرع اول: شروط قاضی در فقه

در کتب فقه اسلامی موارد ذیل منحصراً شروط نصب قاضی بیان شده است اما همه ی این شروط اتفافی نیستند و در بعضی آن ها اختلاف نظر وجود دارد که در ادامه بحث به این اختلاف ها اشاره می شود:

شرط یکم: بلوغ، عقل و حریت آزادی

وظیفه قضاء به پختگی عقل و رسا بودن آن نیاز دارد، بناءً پختگی عقل زمانی حاصل می گردد که شخص به بلوغ رسیده باشد و در حالت جنون و دیوانگی عقل به کلی از بین می رود، بدین اساس عقل و بلوغ در شروط قاضی یک امر ضروری و الزامی می باشد. در حالیکه تعداد از فقهای تنها به عقل و بلوغ اکتفا نمی کنند و میگویند قاضی با نداشتن عقل و بلوغ باید دارای ذکاوت خوب، تدبیر در امورات قضایی، جهت حل و فصل نزاع هوشیار باشد. و چون قضاء از ولایت عامه می باشد بدین اساس حریت آنرا نیز شرط گذاشته است که دلیل عدم صحت ولایت برده بر آزاد می باشد. از این رو طفل خورد سال و آدم ساده لوح و معتوه و غلام گنک، کور و کر که آواز بلند طرفین دعوی را نشنود قضاوت ایشان جایز نیست.¹

شرط دوم: اسلام: شرط اسلام و مسلمان بودن در جمله شروط قضاء به این خاطر اساسی پنداشته می شود که قضاء یک ولایت بزرگ و مسوولیت دینی می باشد و ولایت کافر بر مسلمان جواز ندارد چنانچه در مورد آیه مبارکه صراحت دارد: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾²

ترجمه: و خداوند هرگز بر زیان مؤمنان برای کافران راه تسلطی قرار نداده است.

همچنان قاضی احکام شریعت اسلام را تطبیق می کند بناءً نیاز اشد دیده می شود تا خود قاضی نیز مسلمان و ایمان به احکام شریعت اسلام داشته باشد تا توانسته باشد احکام شریعت اسلام را تنفیذ و تطبیق نماید خوف و ترس جهت عدم تطبیق احکام شریعت اسلام در دل ایشان باشد و نتواند به انحراف حکم کند دمورد اینکه مسوولیت قضاء و حکم کردن در بین مسلمانان و بالای مسلمانان را به عهده دارد

1- 45- اتاسی، محمد خالد، شرح المجلة، مطبعة حمص، 1931. المكتبة الشاملة اصدار 3.32 ص 35

2 سورة نساء آیه 41

باید قاضی مسلمان باشد و هیچ نوع اختلاف درین مورد وجود ندارد.¹
تشریح این موضوع که آیا قضاوت کافر نافذ است یا خیر و آیا کفر مانع صحت حکم قضائی می شود یا نه در فصل دوم بیان می شود.

شرط سوم: عدالت: فقهاء در مورد شرط بودن عدالت قاضی می گویند قاضی باید از گناهان کبیره جلوگیری و برگناهان صغیره مداومت یا استمرار نکند و از کار هایی دوری کند که مروت و شخصیت انسان را عیب دار ولکه دار می سازد، بناءً شخص که عدالت ندارد و عادل نباشد مسوولیت قضاء برای وی سپرده نمی شود، خداوند -جل جلاله- می فرماید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾²

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید! اگر شخص فاسقی خبری را به شما رسانید درباره آن تحقیق کنید، مبادا به گروهی - بدون آگاهی از حال و احوالشان و شناخت راستین ایشان آسیب برسانید، و از کرده خود پشیمان شوید.

وجه دلالت آیه مبارکه فوق این است که هرگاه فاسق خبری را می آورد در مورد اش حکم تبیین و تحقیق شده است بناءً این صحیح نیست که قاضی از جمله اشخاص باشد که خبر اش مورد قبول نباشد. وهمچنان فاسق نمی تواند شاهد و گواه قرار گیرد، از این بالاتر هم بالای منصب قضاء هم گماشته نمی شود لیکن نزد احناف عدالت شرط قضاء نیست بلکه شرط کمال می باشد شخص فاسق هم میتواند وظیفه قضاء را انجام دهد بشرطیکه از حدود شریعت اسلام تجاوز ننماید.³

البته باید گفت که این شرط اتفاقی نیست و فقهای احناف قضاوت فاسق را که فسقش از حدتجاوز نکرده باشد جایز می دانند چنانچه در کتاب «درر الحکام» می نویسد: «أَمَّا الْعَدَالَةُ وَعَدَمُ الْفِسْقِ فَلَيْسَتْ مِنْ شُرُوطِ الْقَضَاءِ ، وَقَدْ قَالَ أَكْثَرُ عُلَمَاءِ الْعَنْفِيَّةِ بِجَوَازِ قَضَاءِ الْفَاسِقِ وَلِذَلِكَ فَحُكْمُ الْقَاضِي الْفَاسِقِ إِذَا لَمْ يَتَجَاوَزْ الْحَدَّ الشَّرْعِيَّ يَكُونُ نَافِذًا»⁴

ترجمه: عدالت و عدم فسق از شروط قضاء نیست و اکثر علمای حنفی به جواز قضای فاسق قول کرده اند به همین خاطر اگر حکم قاضی فاسق از حدود شرعی تجاوز نکند نافذ است.

شرط چهارم: اجتهاد: از جمله شروط قاضی شرط دیگری هم مجتهد بودن قاضی می باشد دلیلش این است که قضاء نسبت به فتوا مؤکد تر می باشد و قضاء یک امر الزامی است و جایز نیست که

1- واصل، نصر فرید محمد، السلطة القضائية نظام القضاء في الإسلام، ص 131

2 سوره حجرات آیه 6

3- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، طبع 14، دار الفكر - سوریه - دمشق ج 6 ص 482

4 علي حيدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، تحقيق تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان / بيروت ج 4 ص 530

مفتی عام مردم مقلد باشد وقاضی به مراتب قابلیت این را دارا است تا مقلد نباشد و الله متعال می فرماید:
﴿وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾¹

ترجمه: و میان آنان به موجب آنچه خدا نازل کرده داوری قضاوت کن.

و قسمی که معلوم است به حکم الله متعال آنچه را که نازل کرده است مجتهد می داند نه مقلد،² ولی احناف برای قاضی اجتهاد را شرط نمی گذارند ، بخاطریکه برای قاضی غیر مجتهد این کار ممکن است که برای عالم یا فتوای مفتی دیگر رجوع کند وهدف قضاء هم حل و فصل خصومات و قطع منازعات می باشد که این کار به تقلید ممکن و جواز دارد و به رجوع اقوال علماء هم امکان دارد.³ ضد اجتهاد تقلید است و آیا تقلید مانع صحت حکم قضائی می شود یا نه؟ این مسئله در فصل دوم به تفصیل بیان می شود.

شرط پنجم: نکورت و مرد بودن

نکورت قاضی نزد جمهور علماء شرط است⁴ و منصب قضاء از دیدگاه علماء برای زن جایز نیست دلیل شان حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم می باشد: «لَنْ يَفْلَحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمْرَهُمْ امْرَأَةٌ»⁵ هیچ آن قوم کامیاب نخواهد شد که در مسوولیت کارهای شانرا بدوش زن بسپارد. اما احناف می گویند⁶: قضاء زن بغیر از حدود و قصاص جایز است بدین معنی که زن میتواند امور مدنی قاضی باشد به استثنای امور جزایی، چرا که در امور مدنی شهادت وجود دارد وشهادت زن جواز دارد ومی تواند همچنان قاضی باشد اما در امورات جزایی شهادت برای زن ها وجود ندارد واین یک امر معلوم است که اهلیت قضاء اهلیت شهادت را لازم می سازد. اما ابن جریر الطبری می گوید: جواز دارد که زن مطلقاً حاکم باشد در تمام امور. وقتیکه یک زن می تواند مفتی باشد جواز دارد که قاضی هم باشد.⁷ و این مطلب که آیا انوئت مانع صحت و تطبیق حکم قضائی می شود یا خیر؟ این مسئله در فصل دوم به شکل تفصیلی بیان می شود.

1-سوره مائده ایه 49

2- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المعنى في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت ج 9 ص 40

3- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، طبع 14، دار الفكر - سوربة - دمشق. ج 6 ص 483 - كاساني، بدائع الصنائع ج 7 ص 3

4- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2 ص 460، ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 195، شربيني، معنى المحتاج ج 4 ص 375، بهوتى، الاقناع، ج 6 ص 294

5- بخارى، محمد ابن اسماعيل، صحيح البخارى، دار احياء التراث العربى، بيروت، شماره حديث 4425

6- كاساني، علاء الدين، (ت 578) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، دارالكتاب العربى، بيروت، چاپ دوم 1982 ج 7 ص 3.

7- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، طبع 14، دار الفكر - سوربة - دمشق، ج 6 ص 482

فرع دوم: شروط قاضی در قانون

قسمیکه فقه اسلامی برای قاضی شروط را تعیین نموده است قانون هم شروطی را برای قاضی تعیین کرده است که دربر گیرنده شروط فقه اسلامی می‌باشد، چنانچه ماده 81 قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه شروط ذیل را برای قاضی تعیین نموده است:

1- داشتن حد اقل ده سال تابعیت جمهوری اسلامی افغانستان حین انسلاک قضایی.

البته شرط داشتن حد اقل ده سال تابعیت افغانستان برای آنانی است که اتباع افغانستان نباشد و بر اساس قانون بعداً تابعیت افغانستان را به دست می‌آورد از وقت کسب تابعیت تا ده سال نتواند منحیث قاضی در محاکم افغانستان تقرر یابد.¹

2- عدم محکومیت به جرم جنایت یا جنحه عمدی به حکم محکمه ذیصلاح

شخصی که به جرم جنایت یا جنحه عمدی مرتکب گردیده باشد و محکمه باصلاحیت به مجرمیت و ارتکاب جرم وی حکم نموده باشد نمی‌تواند منحیث قاضی تقرر حاصل کند.

3- داشتن سند تحصیلی لیسانس شرعیات یا حقوق و یا بالاتر از آن و یا سند تحصیلی از دارالعلوم ها و مدارس دینی رسمی دولت و یا معادل آن

در این مورد شرط تصریح عالم بودن قاضی مطرح گردیده است بدین معنی که قاضی باید شخصی باشد که در رشته قضاء تخصص داشته و مسلکی باشد لذا شخص که از رشته دیگر فارغ التحصیل گردیده باشد نمی‌تواند منحیث قاضی ایفای وظیفه نماید. چنانچه قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۴۹۸ در مورد تصریح میدارد که قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه و قوف کافی داشته باشد.

همچنان ماده مجله الاحکام در مورد چنین نوشته است: برای قاضی سزاوار است که به مسائل فقهی وارد باشد و هم اصول محاکمه را بداند و هم بر فیصله دعاوی و خصومت با تطبیق مسایل فقهی و اصول محاکمه اقتدار داشته باشد.²

4- عدم مصاب بودن به امراض ساری یا معلولیت ها نیکه مانع اجرای وظیفه گردد

شرط عدم مصاب بودن به امراض ساری و معلولیت را فقه اسلامی نیز برای قاضی بر گزیده است که قاضی باید سالم الحواس باشد که مانع اجرای وظیفه قضاوت بین مردم نه گردد و آیا نبود سلامت حواس مانع صحت و تطبیق حکم قضائی می‌شود یا خیر؟ این مسئله در فصل دوم بیان میشود.

1- ستانکزی، محمدظریف علم، اصول محاکمات جزایی (۱۳۷۸) انتشارات: میوند. کابل افغانستان. ص ۲۷۵

2- مجلة الاحکام العدلیة، تهیه شده توسط هیاتی از علما و فقهاء خلافت عثمانی، ناشر نور محمد کتابخانه تجارت کتب، آرام باغ کراچی. ماده ۱۷۹۳

- 5- اکمال احل اقل سن بیست و سه سالگی حین انسلاک در کادر قضاء فقه اسلامی برای قاضی سن بلوغ را تذکر داده است در حالیکه قانون سن ۲۳ سالگی را بیان نموده است قانون درین مورد احتیاط را مد نظر گرفته است که شخص با بلند رفتن سن تکمیل عقل و تکمیل تحصیلات قضائی را انجام دهد و بتواند تدبیر بهتر در حل و فصل منازعات را داشته باشد.
- 6- سپری نمودن موفقانه دوره ستاژ قضایی: شرط سپری نمودن ستاژ قضایی برای قضات کار نهایت مهم و اساسی تلقی می گردد چرا که قضاءت می توانند درین هنگام با مسایل فقهی و حقوقی و طرز برخورد قضات در محاکم را طور عملی یاد گیرد و بعداً منحصت قاضی عضو یا رئیس در یکی از محاکم ایفای وظیفه نمایند.
- 7- هرگاه تعداد داوطلبان واجد شرایط بیشتر از حد ضرورت باشد، ستره محکمه می تواند شرایط خاصی را برای جذب و شمولیت وضع نماید.
- 8- اشخاصی که قبل از انفاذ این قانون به مسلک قضاء منسلک شده اند، از حکم مندرج جزء (6 فقره 1) این ماده مستثنی بوده، به اساس اهلیت و شایستگی در وظایف مربوط گماشته می شوند.
- 9- قانون در رابطه به استخدام مستشار قضایی نیز انسلاک قضایی را شرط نموده است، که مستشار قضایی قضایا را تحلیل و ارزیابی نموده گزارش موضوع و نظر خویش را در جلسات قضایی ارائه می نماید، که چنین شخص در حقیقت قاضی نیست، بر علاوه شخصی که فهم به فقه اسلامی و مقاصد شریعت اسلامی نداشته، نیز میتواند انسلاک قضایی را حایز شود¹.

1 - ماده چهارم (1392) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان.

فصل دوم

موانع حکم قضائی متعلق به قاضی

در این فصل آن عده موانعی به بحث گرفته می شود که به شخص قاضی تعلق دارند.

مبحث اول: موانع قضاء متعلق به شخص قاضی

در فقه اسلامی و همچنان در قوانین افغانستان یک سلسله موانع قضائی به شخص قاضی تعلق می گیرد که در این مبحث طی مطالب جداگانه تشریح می شوند.

مطلب اول: موانع متعلق به شخص قاضی در فقه

قبل از اینکه به بیان اصل موانع بپردازیم باید متذکر شد که در کتب فقهی سه نوع شروط راجع به صحت حکم قضائی ذکر شده است که عدم وجود این شرایط در حقیقت مانع صحت حکم قضائی می شود و آن ها عبارت اند از: شروط صحت و شروط کمال چنانچه ابن فرحون¹ در کتاب «تبصرة الحکام می نویسد: «الأَوْصَافُ الْمُشْتَرَطَةُ فِي صِحَّةِ وَلايَةِ الْقَاضِي وَمَا هُوَ غَيْرُ شَرْطٍ فِي الصَّحَّةِ ، لَكِنَّ عَدَمَهَا يُوجِبُ الْعَزْلَ ، وَمَا هُوَ شَرْطُ الْكَمَالِ ، وَيُسْتَحَبُّ الْعَزْلُ بَعْدَمَهَا»² اوصاف شرط شده در صحت ولایت قاضی و آن چه که در صحت ولایت شرط نیست اما عدم وجود این شرایط موجب عزل می شود و همچنان شروط کمال که در صورت عدم وجود آن عزل قاضی مستحب است. از این عبارت معلوم می شود که شروط صحت قضاء سه نوع است:

1- شروط صحت

2- شروط جواز

3- شروط کمال

حالا می پردازیم به بیان موانع صحت حکم قضائی از دیدگاه فقه اسلامی و آن عده موانع اتفاقی

و اختلافی میان فقهاء را با ذکر دلایل و ترجیح بیان می داریم:

1 ابن فرحون: قاضی برهان الدین ابراهیم بن علی بن محمد بن فرحون یعمبری مدنی فقیه مالکی مذهب بود، در مدینه منوره رشد یافت و در آن آموزش یافت و در بیشتر علوم شرعی تبحر یافت. به مصر و قدس و شام در سال 792 هـ رخت سفر بست و قضاوت فقه مالکی را در مدینه در سال 793 هـ به عهده گرفت، ابن فرحون در سال 799 هـ وفات کرد. چند

تألیفی از وی در دسترس است که شهرتش را مدیون کتاب تبصرة الحکام فی اصول الاقضیة و مناہج الاحکام است. حاجی خلیفه، کشف الظنون، ج 1، ص 580

2 ابن فرحون، برهان الدین ابراهیم بن علی بن ابی القاسم، تبصرة الحکام فی اصول الاقضیة و مناہج الاحکام، مکتبه الکلیات الأزهریة - قاهره 1986م. ج 1 ص 49

مانع اول: کفر:

یکی از موانع صحت قضاء در فقه اسلامی کفر عنوان شده و قضاوت کافر بالای مسلمان و مقرر کردن او به حیث قاضی در کشور اسلامی جایز نیست به خاطری که قضاء یک نوع ولایت است و شخص کافر اهلیت این ولایت را ندارد و نمی تواند بالای مسلمان تسلط و ولایت داشته باشد، چنانچه در «الاحکام السلطانیة» می نویسد: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْلَدَ الْكَافِرُ الْقَضَاءَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَلَا عَلَى الْكُفَّارِ»¹ جایز نیست که منصب قضاء به کافر سپرده شود تا بالای مسلمان یا بالای کفار قضاوت کند.

در این جا سه مسئله به تشریح ضرورت دارد:

اول: دلایل مانع بودن کفر

دوم: آیا قضاوت کافر نافذ است یا نه؟

سوم: تعیین کردن کافر به حیث قاضی در کشور اسلامی

تشریح مسئله اول: دلایل این که کفر مانع قضاء است

1- اولین دلیل عدم جواز ولایت کافر بر مسلمان این آیت می باشد که خداوند متعال می فرماید: ﴿وَلَنْ

يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾²

ترجمه: و خداوند هرگز بر زیان مؤمنان برای کافران راه تسلطی قرار نداده است.

وجه استدلال از این آیه: از آیه فوق به گونه ای برای عدم جواز قضاوت کافر بر بالای مسلمان استدلال می شود که خداوند متعال در این آیه به ما حکم می کند تا سلطه کفار را بر بالای مومنان به هیچ عنوان قبول نکنیم و معلوم است که قضاوت از بزرگ ترین و مهم ترین مسایل و احکام شرعی است و همچنان قضاء نوعی از انواع ولایت عمومی و بزرگ پنداشته می شود و اگر یک شخص غیر مسلمان بر مسند قضاء بنشیند کافر می تواند راه نفوذ و حکومت را بر مسلمانان پیدا کند و این چیزی است که خداوند نمی خواهد، چنانچه در بدایة المجتهد می نویسد که اگر کافر قاضی شود مورد احترام قرار می گیرد زیرا قضاء چیزی است که باید احترام شود در حالی که تقاضای کفر ذلت است نه عزت و کافر را گاهی کفرش بر مخالفت احکام نیز وادار می سازد.³

2- دومین دلیل به عدم جواز قضاوت کافر این آیه قرآن کریم می باشد که خداوند متعال می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ

1 ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبيب البصری البغدادی، الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة، قاهره، 1380 ج 1 ص 110

2 سوره نساء آیه 141

3 ابن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد، قرطبي (المتوفى : 595هـ) بدایة المجتهد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر، ج 2، صفحه (92/ 295)

فَأِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ¹

ترجمه: ای مؤمنان! یهودیان و مسیحیان را به دوستی نگیرید و به طریق اولی آنان را به سرپرستی نپذیرید. ایشان برخی دوست برخی دیگرند و در دشمنی با شما یکسان و برابرند. هرکس از شما با ایشان دوستی ورزد و آنان را به سرپرستی بپذیرد بیگمان او از زمره ایشان)

دلالت آیه مذکور بر مانع بودن کفر: آیه فوق به عدم موالات کفار به عوض دوستی و موالات با مومنین امر می کند و خداوند متعال به مومنان حکم می کند که کافران را به حیث دوست و همکار نگیرند و زمانی که موالات و دوستی با کفار جایز نباشد پس چگونه سپردن وظیفه بزرگ قضاوت به آن ها جایز باشد؟ پس به طور واضح معلوم گردید که سپردن وظیفه قضاوت به کافر درست نیست².

3- سومین دلیل این است که غیر مسلمان احکام حلال و حرام را در اسلام نمی داند و با محیط مسلمانان آشنایی ندارد پس چگونه بالای کسانی که معتقد به احکام شرعی اسلامی هستند قضاوت می کند.

تشریح مسئله دوم: نافذ بودن یا نبودن قضاوت کافر

آیا قضاوت کافر زمانی که توسط یک حاکم ظالم و مستبد بر مسند قضاء مقرر شود، نافذ می شود یا نه؟ در این مورد فقهای کرام بر شرط بودن اسلام قاضی اتفاق کرده اند که اگر قاضی مسلمان باشد قضاوت او تنفیذ می شود اما اگر قاضی کافر باشد که توسط یک شخص حکمران ظالم و مستبد بر بالای مسلمان ها مقرر شده باشد و قضاوت کند در این مورد دو دیدگاه وجود دارد:

اول اینکه قضاوت چنین قاضی قابل تنفیذ نیست و این قول جمهور فقهاء است³

دلایل جمهور همان دلایل سابق است که قبلاً بیان گردید که مقرر کردن کافر به حیث قاضی جایز نیست و زمانی که تعیین درست نبود، قضاوتش نیز قابل اجرا نمی باشد.

دوم دیدگاه امام شافعی است که می گوید قضاوت قاضی کافر که از طرف یک حاکم ظالم تعیین شده باشد سیاستاً تنفیذ می شود اما دیانتاً نمی شود. دلیل امام شافعی این است که ضرورت مردم تقاضای این را می کند که قضاوت تنفیذ شود چون اگر این کار نشود مصالح و کار و بار مردم معطل می ماند به همین خاطر تنفیذ قضاوت قاضی کافر سیاستاً می باشد نه دیانتاً زیرا به اساس دلایل گذشته تعیین قاضی

1 سوره مائده آیه 51

2 قرطبی، محمد بن احمد (668 هـ)، تفسیر القرطبی، ط 1384، 2، 1964م، دار الکتب المصریه، قاهره. (ج 4)، (19/ 460)،

3 ابن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد، قرطبی (المتوفی: 595 هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ج 2 ص 460

کافر جهت قضاوت بر بالای مسلمانان جایز نیست.¹

مذهب راجح: بعض علمای معاصر مذهب امام شافعی را در شرایط کنونی ترجیح داده اند زیرا در زمان معاصر به نسبت این که در یک کشور اسلامی مسلمانان و پیروان سایر ادیان با هم زنده گی می کنند و در این میان از اتباع سایر ادیان نیز به حیث قاضیان از طرف پادشاهان و حکومت ها که اکثریت شان ظالم هستند تعیین می شوند و اگر مسلمانان از پذیرش حکم قاضیان غیر مسلمان ابورزند در این صورت هرج و مرج به میان می آید و همچنان به اشکنجه و تعذیب مالی و بدنی از طرف حکومت ها رو به رو می شوند و این چیزی است که در اکثر کشورهای اسلامی در زمان حاضر دیده می شود.²

اما چون قاضی باید حد اقل اهل شهادت باشد بناء قضاوت کافر بر بالای مسلمان جایز نیست.

مسئله سوم: مقرر کردن غیرمسلمان به حیث قاضی غیرمسلمانان در کشور اسلامی در این مسئله که آیا تعیین کردن یک نفر غیر مسلمان به حیث قاضی بر بالای غیرمسلمانانی که در کشور اسلامی زنده گی می کنند درست است یا نه؟ دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: جمهور فقهای³ مالکی، شافعی، و حنبلی ها می گویند که تعیین کردن یک نفر غیر مسلمان به حیث قاضی بر بالای غیرمسلمانانی که در کشور اسلامی زنده گی می کنند، جایز نیست به دلیل این که اسلام شرط اساسی و ضروری جهت مقرر شدن در منصب قضاء است و بدون آن تعیین قاضی درست نیست برابر است که این قضاوت بر بالای مسلمان باشد یا غیر مسلمان.

دیدگاه دوم: علمای احناف می گویند که تعیین فرد ذمی یعنی غیر مسلمان به حیث قاضی بر بالای اهل ذمه جایز است، چنانچه در کتاب «الاحکام السلطانیة» می نویسد: « قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَجُوزُ تَقْلِيدُهُ الْقَضَاءَ بَيْنَ أَهْلِ دِينِهِ ، وَهَذَا وَإِنْ كَانَ عُرْفُ الْوَلَاةِ بِتَقْلِيدِهِ جَارِيًا فَهُوَ تَقْلِيدُ زَعَامَةٍ وَرِئَاسَةٍ وَلَيْسَ بِتَقْلِيدِ حُكْمٍ وَقَضَاءٍ»⁴ یعنی سپردن قضاء به کافر جهت قضاوت میان اهل دین خودش جایز است و این زمانی است که سپردن منصب قضاوت به کافر مروج باشد و در حقیقت این نوع گماشتن، گماشتن حکومتی و ریاستی است و نه گماشتن قضائی.

دلیل احناف این است که آنان صحت اهلیت قضاء را بر اهلیت شهادت قیاس کرده اند و اهل ذمه هر چند در مقابل مسلمانان اهل شهادت نیستند اما در میان خودشان اهل شهادت هستند، به این اساس

1 ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبيب البصرى البغدادي، الاحكام السلطانية والولايات الدينية، قاهره، 1380 ج 1 ص 110

2 عدوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء في الفقه الاسلامي 2007. الجامعة الاسلامية، غزة، فلسطين. ص 78

3 ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، قرطبي (المتوفى: 595هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ج 2 ص 460

4 كاساني، علاء الدين، (ت 578) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دارالكتاب العربي، بيروت، چاپ نوم 1982 ج 7 ص 3.

فرد ذمی می تواند بالای افراد غیر مسلمان قضاوت کند و قضاوت کافر بر ذمی در ولایت او کدام ضرری نمی رساند.¹

مانع دوم: فسق

فسق در لغت به معنای خروج از طاعت و فرمان برداری است و در اصل به معنای بیرون شدن یک چیز از روی فساد است چنانچه در عربی می گویند: «فسقت الرطبة ای خرجت من قشرها» یعنی خرما از پوستش بیرون شد.²

فسق در اصطلاح عبارت از چیزی است که سبب ارتکاب کبائر و محرمات اتفاقی میشود و یا هر آن چه که به عقیده مکلف حرام است اما به علت پیروی از خواهشات آن را مرتکب می شود و یا بر گناه صغیره اصرار کند.³

حکم گماشتن فاسق بر منصب قضاء:

عدالت و متهم نبودن به فسق یکی از شرایط قضاء است چنانچه علامه ماوردی⁴ در «الاحکام السلطانية» می نویسد: « وَالشَّرْطُ الْخَامِسُ : الْعَدَالَةُ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي كُلِّ وِلَايَةٍ وَالْعَدَالَةُ : أَنْ يَكُونَ صَادِقَ اللَّهْجَةِ ظَاهِرَ الْأَمَانَةِ ، عَفِيفًا عَنِ الْمَحَارِمِ مُتَوَقِّيًا الْمَأْتَمَ ، بَعِيدًا مِنَ الرَّيْبِ ، مَأْمُونًا فِي الرِّضَا وَالْعُضْبِ ، مُسْتَعْمِلًا لِمُرُوءَةٍ مِثْلِهِ فِي دِينِهِ وَدُنْيَاهُ »⁵

ترجمه: و شرط پنجم عدالت است و آن در هر نوع ولایت معتبر است و عدالت این است که قاضی لهجه صادق و ظاهر امانت داری داشته باشد، از محرمات و گناهان دوری کند و خود را از موارد شک دور کند، در رضا و غضب آرام باشد و مروت را در امور دنیوی و دینی مراعات کند. اما در مورد این که شخص فاسق بر مسند قضاء گماشته شود. آیا این جایز است یا خیر؟ در این مورد دو قول نقل شده است:

قول اول: جمهور فقهای⁶ مالکی، شافعی و حنبلی ها می گویند که گماشتن شخص فاسق به حیث قاضی درست نیست زیرا الله متعال در قرآن کریم می گوید: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ

1 کاسانی، علاء الدین، (ت 578) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ دوم 1982 ج 7 ص 3.

2 مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية سال: 2004 ج 1 / 114.

3 ابن نجيم، زين الدين حنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دارالكتب العلمية- بيروت، ط: 1997. ج 6 صفحه 284.

4 ماوردی: ابو الحسن علی بن محمد بن حبيب بصری از فقهای بزرگ شافعی مذهب در بصره بود از نوشته هایش میتوان به الحاوی الکبیر، الاحکام السلطانية، ادب الدنيا و الدين، قانون

الوزارة و سياسة الملك اشاره کرد. ماوردی در سال 450 در بغداد وفات کرد. گرفته شده از: سبکی، طبقات الشافعية الكبرى، ج 3 ص 232

5 ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبيب البصری البغدادی، الاحکام السلطانية و الولايات الدینیة، قاهره، 1380 ج 1 ص 110

6 شربینی، مغنی المحتاج، ج 2 ص 714، ابن مفلح، المبدع، ج 10 ص 19، ابن قدامة، المغنی، ج 10 ص 93

فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ¹

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اگر شخص فاسقی خبری را به شما رسانید درباره آن تحقیق کنید، مبادا به گروهی - بدون آگاهی از حال و احوالشان و شناخت راستین ایشان آسیب برسانید، و از کرده خود پشیمان شوید.

در این آیه خداوند به ما حکم کرده است تا هنگامی که یک فاسق یک خبر را می‌آورد در باره آن تحقیق کنیم و این درست نیست که حکم یک قاضی که در خبر او تحقیق لازم باشد نافذ شود و همچنان از این آیه معلوم می‌شود که قول فاسق قابل قبول نیست پس چگونه حکمش قابل قبول باشد. همچنان برخی فقها استدلال کرده‌اند که شهادت شخص فاسق قبول نمی‌شود پس قضاوتش به طریق اولی باید قبول نشود²

قول دوم: علمای احناف و در یک روایت علمای مذهب امام احمد بن حنبل³ می‌گویند: تعیین فاسق به حیث قاضی جایز است چنانچه علامه کاسانی⁴ در «بدائع الصنائع» می‌نویسد: «وَكَاذِبُ الْعَدَالَةِ عِنْدَنَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ التَّقْلِيدِ لِكِنَّهَا شَرْطُ الْكَمَالِ فَيَجُوزُ تَقْلِيدُ الْفَاسِقِ وَتَنْفُذُ قَضَايَاهُ إِذَا لَمْ يُجَاوِزْ فِيهَا حَدَّ الشَّرْعِ»⁵

ترجمه: عدالت در نزد ما (احناف) شرط جواز نیست بلکه شرط کمال است و قضاوت فاسق تا زمانی که از حد شریعت نگذرد قابل تطبیق است.

دلایل کسانی که می‌گویند سپردن منصب قضاء به فاسق جایز است قرار ذیل است:

1- حدیث رسول خدا صلی الله علیه وسلم: عَنْ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أُمِّ سَلَمَةَ هِنْدِ بِنْتِ أَبِي أُمَيَّةَ حُذَيْفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ عَلَيْكُمْ أَمْرَاءٌ فَتَعْرِفُونَ وَتُكْرُونَ فَمِنْ كَرِهٍ فَقَدْ بَرِيَءٌ وَمَنْ أَنْكَرَ فَقَدْ سَلِمَ، وَلَكِنْ مَنْ رَضِيَ وَتَابَعَ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَا نُقَاتِلُهُمْ؟ قَالَ: «لَا، مَا أَقَامُوا فِيكُمْ الصَّلَاةَ»⁶

ترجمه: به زودی حاکمانی بر بالای شما تعیین می‌شوند که نماز را از وقت اصلی اش تاخیر

1 سوره حجرات آیه 3

2 ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت، ج 10 ص 93

3 ابن قدامه، همان ج 10 ص 93

4 کاسانی: علاءالدین ابوبکر بن مسعود بن احمد از دانشمندان بزرگ حنفی در دمشق بود و ملقب به «ملک العلماء» گردید. نزد علاءالدین سمرقندی فقه آموخت و با دختر فقیهش فاطمه ازدواج کرد. وی کتاب «التحفة» سمرقندی را شرح داد و آن را مهر همسرش قرار داد و نامش را بدایع الصنائع نهاد. کاسانی در سال 587 هـ ق وفات یافت. طاش کبری زاده، مفتاح السعاده و مصباح السیاده، ج 2، ص 247

5 کاسانی، علاء الدین، (ت 578) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتب العربی، بیروت، چاپ دوم 1982 ج 7 ص 3

6 قشیری، مسلم بن حجاج نیشاپوری، دار ابی حیان، مصر، چاپ اول، 1995. حدیث شماره 534

می کنند و نماز را می کشند پس شما نمازتان را در وقتش بخوانید و سپس نمازی که با آنان خوانید آن را نفل حساب کنید گفتند: یا رسول الله آیا با آنها بجنگیم؟ فرمود: نه تا مادامیکه در میان شما نماز را برپا دارند.

از این حدیث معلوم می شود که پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم از امکان امامت چنین افرادی که نماز را تاخیر می کنند خبر داده است و همچنان اقتداء از آنان را در جواز داده است پس معلوم می شود که پیروی از حکم آنان درست است.

همچنان احناف در مورد صحت قاضی شدن فاسق به حیث قاضی می گویند: شهادت فاسق قبول می شود پس قضاوت او نیز قابل قبول است اما سپردن قضاء به فاسق مناسب نیست به خاطر اینکه قضاء یک امانت بزرگ است که مال، نفس و ناموس مسلمانان به آن بستگی دارد پس باید به کسی سپرده شود که دارای تقوا و پرهیز گاری باشد و با آن هم اگر چنین شخصی منحیث قاضی تعیین شد قضاوتش درست و نافذ است چنانچه علامه مرغینانی¹ در هدایه می نویسد: «**كل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء، والفاسق أهل للقضاء**»²

ترجمه: هرکسی که اهلیت شهادت را داشته باشد اهلیت قضاء را نیز دارد و آن شروطی که در اهلیت شهادت است برای اهلیت قضاء نیز شرط است و فاسق اهل قضاء می باشد.

مانع سوم: انوثت (زن بودن)

فقهای مشهور اسلام ذکورت را در قاضی شرط دانسته، قضاوت زنان را مطلقاً جایز نمی دانند و در تأیید نظریه خویش به آیات قرآن کریم، روایات، اجماع و بعضی ادله دیگر استناد نموده اند. اما باز هم اختلاف نظر هایی در این مسئله وجود دارد و در مجموع سه نظر مشهور در این مورد وجود دارد:

نظراول: عدم جواز سپردن منصب قضاء به زنان به طور مطلق و این نظر جمهور فقهاء از

جمله مالکی ها، شوافع و حنابله است³

نظر دوم: جواز قضاوت زن در مسایل و قضایایی که شهادتش در آن مورد جایز است یعنی

غیر از حدود و قصاص در سایر موارد قضاوت زن درست می باشد و این نظر احناف می باشد⁴

1 مرغینانی: علی بن ابی بکر بن عبد الجلیل، فرغانی، مرغینانی، أبو الحسن برهان الدین درسال: 530 هـ مطابق به سال: 1135 میلادی پدینا آمده است، حافظ، مفسر آن، محقق، ادیب و از جمله مجتهدین و اکابر فقهاء مذهب امام ابوحنیفه رحمه الله علیه می باشد، و تصانیف بیشماری به امت به میراث گذاشته است، او و بالآخره درسال: 593 هـ مطابق به سال: 1197 میلادی از دارفانی را ترک گفت. برای مزید تفصیل: الاعلام للزرکلی ج 4/ص: 266.

2 مرغینانی، الهدایة شرح البدایة، دار الفکر - بیروت، ج 3 ص 101

3 ابن رشد، بدایة المجتهد، ج 2 ص 460، ابن جزی، القوانین الفقهیة، ص 195، شربینی، مغنی المحتاج ج 4 ص 375، بیوتی، الاقناع، ج 6 ص 294

4 کاسانی، علاء الدین، (ت 578) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ دوم 1982 ج 7 ص 3.

نظر سوم: جواز سپردن منصب قضاء به زنان به طور مطلق و این نظر ابن جریر طبری¹ و ابن حزم² ظاهری است.³

دلایل مخالفان قضاوت زنان: فقهای که قائل به عدم جواز قضاوت زنان می‌باشند، برای اثبات نظریه خویش به آیات، روایات، اجماع، اصل و برخی ادله دیگر استناد کرده‌اند که در این بخش ادله مورد استناد فقهای اهل سنت را مختصراً مطرح می‌کنم:

الف - آیات

1- الله متعال می‌فرماید: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁴

ترجمه: مردان بر زنان قیومیت و سرپرستی دارند، به خاطر اینکه خدا بعضی را بر بعضی برتری داده و به خاطر اینکه مردان از مال خود نفقه و مهریه زنان را می‌دهند»

«ماوردی» از فقهای شافعی اولین فقیهی است که به این آیه استناد نموده است⁵

وجه استدلال: طبق این آیه شریفه سرپرستی زنان به مردان واگذار شده است و مردان به لحاظ برتری‌هایی که در علم، عقل و تدبیر امور دارند و لازمه قیومیت و سلطه ایشان می‌باشد، بر زنان ولایت و سلطه دارند و از آن جا که قضاوت نوعی از ولایت و سلطه می‌باشد؛ اگر مقام قضاوت به زنان سپرده شود، زنان بر مردان ولایت و قیومت سرپرستی خواهند داشت که این امر مخالف ظاهر آیه می‌باشد.

ابن کثیر در تفسیر این آیه شریفه بیان می‌دارد به دلیل همین برتری است که پیامبری و نبوت فقط به مردان تعلق گرفته است پس معلول آن یعنی خود حکم نیز عمومیت داشته و ولایت و قیومیت مردان بر زنان در تمام عرصه‌ها از جمله حکومت، قضاوت و جنگ ثابت است و این قیومیت منحصر در خانواده نمی‌باشد.⁶

1 ابن جریر طبری: محمد بن جریر بن یزید (224-310 = 839-923م) مشهور به ابن جریر طبری، ابو جعفر: مؤرخ، مفسر، امام، در آمل طبرستان چشم به جهان گشود برای طلب علم (حدیث) به عراق، شام و مصر سفر نمود و از خلق کثیر شنید، قرآن را از علی العباس بن ولید و در مصر از یونس بن عبد الاعلی و غیره خواند... در بغداد متوطن شد و در همانجا وفات یافت، از تصانیف مشهورش: تاریخ طبری، و تفسیر جامع البیان فی تفسیر القرآن... ببینید: (اعلام) - زرکلی- 6/69

2 ابن حزم: او ابو محمد علی بن احمد بن سعید بن حزم اندلسی است، در قرطبه زاده شد و رشد کرد. در یک مرحله از زندگی اش به سیاست پرداخت، اما بعداً به مذهب ظاهری گرایید. به ظاهر نص و عموم کتاب و سنت استناد می‌کرد و قیاس را مردود می‌دانست. از مشهورترین کتاب هایش می‌توان به المحلی، الاحکام فی اصول الاحکام، الفصل فی الملل و الاهواء و

النحل و طوق الحمامه اشاره کرد. در سال 456 هـ ق وفات کرد. ذهی، سیر اعلام النبلاء، ج 18، ص 184

3 قرطبی، محمد بن رشد، (ت 595) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دارالمعرفة، بیروت، طبع هشتم، سال 1989. ج ص

4 سوره نساء، آیه 34.

5 ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبیب البصری البغدادی، الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة، قاهره، 1380 صفحه 65

6 دمشقی، ابن کثیر، تفسیر القرآن العظیم، دارالمعرفة، بیروت 1403 هـ، ج1، ص 491

از تحلیلات تفسیری دانسته می شود که استدلال فقها بر عدم جواز قضاوت زنان با استناد به آیه فوق بر سه مبنا استوار است:

- واژه قوام در این آیه به معنی تصرف و سلطه و ولایت است.
- لازمه قضاوت زنان قیومیت آنان بر مردان است.
- دامنه شمول آیه گسترده بوده و تمام مردان و زنان را حتی اگر رابطه زوجیتی بین آنها برقرار نباشد، در بر می گیرد.

2- الله متعال در قرآن کریم می فرماید: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ وَآتِينَ الزَّكَاةَ وَأَطِعْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً﴾¹

ترجمه: و در خانه‌های خود بمانید و جز برای کارهایی که خدا بیرون رفتن برای انجام آنها را اجازه داده است، از خانه‌ها بیرون نروید و همچون جاهلیت پیشین در میان مردم ظاهر نشوید و خودنمایی نکنید و اندام و وسائل زینت خود را در معرض تماشای دیگران قرار ندهید و نماز را برپا دارید و زکات را بپردازید و از خدا و پیغمبرش اطاعت نمائید. خداوند قطعاً می‌خواهد پلیدی را از شما اهل بیت پیغمبر دور کند و شما را کاملاً پاک سازد. وجه استدلال - قضاوت زن مستلزم خروج وی از خانه، اختلاط با مردان و بلند کردن صوت و مجادله با مردان و مغایر با نص آیه و شرع مقدس اسلام می‌باشد.

وجه استدلال: قضاوت زن مستلزم خروج وی از خانه، اختلاط با مردان و بلند کردن صوت و مجادله با مردان و مغایر با نص آیه و شرع مقدس اسلام می‌باشد.

3- خداوند جل جلاله- می فرماید: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾²

ترجمه: و برای همسران حقوق و واجباتی است که باید شوهران اداء بکنند همان گونه که بر آنان حقوق و واجباتی است که باید همسران اداء بکنند به گونه شایسته‌هایی که برابر عرف مردمان و موافق با شریعت اسلام باشد. و مردان را بر زنان برتری رعایت و حفاظت در امور خانوادگی است و خداوند باعزت و باحکمت است و برای آنان قوانینی وضع میکند که با حکمت سازگار است.

وجه استدلال: طبق آیه شریفه مردان نسبت به زنان از مرتبتی بالاتر برخوردار هستند. لازمه

1 سوره نساء آیه 33

2 سوره بقره آیه 228.

قضاوت زنان این است که ایشان در مقام و مرتبتهی بالاتر از مردان قرار گیرند که این امر مغایر با نص آیه شریفه و در نتیجه شرع مقدس اسلام می‌باشد.

4- الله متعال در قرآن کریم می‌گوید: ﴿أَوْمَنُ يَنْشَأُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾¹

ترجمه: آیا کسی را که در لابلاي زینت و زیور پرورش می‌یابد، و به هنگام گفتگو و کشمکش در بحث و مجادله به خاطر حیا و شرم و عاطفه نازکی که دارد نمی‌تواند مقصود خود را خوب و آشکار بیان و اثبات کند، فرزند خدا می‌دانید و پسران را فرزند خود؟!!

وجه استدلال: خداوند در این آیه به دو ویژگی زن که ساختار روحی او را شکل می‌دهد، اشاره

می‌کند:

1- زنان همواره شخصیت و کمال خود را در زیور و آراستن خود می‌بینند.

2- زنان دستخوش احساسات هستند و در گرداب حوادث و پیشامدهای ناگوار مغلوب احساسات شده، از احساسات خود تبعیت می‌کنند؛ لذا با توجه به این صفات، زنان اهلیت این را که متصدی امر مهم قضاوت بشوند، ندارند.

ب: احادیث: قائلان به عدم جواز قضاوت زنان در تأیید نظریه خویش به روایاتی از رسول اکرم-صلی الله علیه وسلم- استناد نموده‌اند که در این بخش دلالت متن این احادیث مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

1- **عن أبي بكره قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»**²

ترجمه: هرگز پیروز نخواهد شد قومی که امور خویش را به دست زن بسپارند

در سبب صدور این حدیث آمده است که چون به پیامبر-صلی الله علیه وسلم-خبر رسید که مردم ایران دختر کسری را به پادشاهی پذیرفته‌اند، گفت: هرگز پیروز نخواهد شد قومی که امور خویش را به دست زن بسپارند.

وجه استدلال: این حدیث افاده نهی می‌نماید و لفظ «امرهم» شامل تمام امور مسلمانان می‌شود که قضاوت هم یکی از آنان است. پس طبق این حدیث زن از هر گونه ولایت مثل حکومت و قضاوت نهی شده است و نشان می‌دهد زنان شایستگی و اهلیت ولایت را ندارند و مردم نیز نباید ولایت‌هایی مثل حکومت و قضاوت را به زنان بسپارند. زیرا بر مردم واجب است که از هر چه که سبب عدم فلاح و رستگاری می‌شود، پرهیز نمایند.

1 سوره زخرف آیه 18

2 بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، حدیث شماره 6686

2- عن بريده عن النبي صلى الله عليه وسلم «القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة، فرجل عرف الحق ففضى به، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»¹

ترجمه: از بريده روايت شده است كه پيامبر صلى الله عليه وسلم گفت: قاضيان سه نوع مى باشند كه يكي شان در جنت و دو نوع ديگر شان در آتش مى باشند اما كسى كه در جنت است عبارت از مردى است حق را شناخته است و با آن فيصله مى كند و مردى كه حق را مى شناسد اما در قضاوتش ظلم مى كند او در آتش است و مردى كه بدون علم قضاوت مى كند او نيز در آتش است.

وجه استدلال: از اين حديث به صراحت معلوم مى شود كه قاضى مرد است چون لفظ رجل در آن آمده است اگر قضاوت زن جايز مى بود حد اقل يك بار هم ذكر مى شد در اين حديث.

ج: دليل اجماع: اجماع يكي از منابع استنباط حكم شرعى محسوب مى شود و به معنى اتفاق نظر فقهي بر يك حكم شرعى مى باشد. فقهاي اسلام اجماع را در رديف سنت و عقل قرار داده اند. به نظر مى رسد مهم ترين و عمده ترين دليل بر شرط ذكورت اجماع باشد چون سپردن قضاوت به زنان نه از رسول الله عليه وسلم ثابت است و نه از خلفاي راشدين و ثابت نيست كه زنان بر مسند امارت و قضاوت تعيين شده باشند.²

د: دليل عقلي: كسانى كه مخالف نشستن زنان بر مسند قضا هستند مى گويند قاضى در محافل دشمنان و مردان بايد حاضر شود، كه اين امر نيازمند تكميل راي، اتمام عقل و زيركى است در حالى كه زن عقلش ناقص است، راي ثابتى ندارد، و در نتيجه اهليت و سزاوار حضور در اين محافل را ندارند، و شهادت آنها هم به تنهائى جواز ندارد گر چه هزار زن ديگر هم مثل آنها باشند تا اينكه مردى به همراهى شان نباشد... زنان براى امامت كبرى زعامت كشور صلاحيت ندارند و نه مى توانند يك كشور را اداره كنند، از اين خاطر حضرت پيامبر هيچ والى زنى نداشته و بعد از آن خلفا هم هيچ زنى را براى سر پرستى يك شهر، يا در امور قضاوت انتخاب نكرده اند.³

دليل مذهب دوم: قياس

كسانى كه طرفدار جواز قضاوت زنان هستند به قياس استدلال مى كنند به اين شرح كه زن از اهل شهادت است و مطابق تصريحات فقهاء هر كسى كه اهل شهادت بود اهل قضاوت نيز هست به اين

1 قزوینی، محمد بن زید، (ت 275) سنن ابن ماجه، دارالمعرفة، بيروت 1996. 776/2

2 ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت، ج 11 ص 380

3 ابن قدامه حنبلي، عبدالله بن احمد - المغني - مصر: مكتبة القاهرة 1388 قمرى ج 10، ص 36،

اساس زنان می توانند در هر قضیه ای که شهادت شان جایز است قضاوت نیز بکنند اما در قضایایی که شهادت شان درست نیست مثلا مسایل حدود و قصاص در این صورت قضاوت شان نیست چون اهلیت قضاء مستلزم اهلیت شهادت است¹.

دلایل مذهب سوم: علمایی که قضاوت زنان را مطلقا جایز می دانند به امور ذیل استناد کرده اند:

1- روایتی که در آن عمر بن الخطاب رضي الله عنه شفاء بنت عبد الله عدوی² که از زنان مشهور قومش بود به اداره امور بازار گماشت³

وجه استدلال: عمر بن خطاب- رضي الله عنه - شفاء بنت عبدالله را به حیث سرپرست اداره

امور بازار تعیین کرد و اگر سپردن کارهای بزرگ به زنان ناجایز می بود، عمر رضي الله عنه این کار را انجام نمی داد و زمانی که زنان صلاحیت گماشته شدن بر اداره امور مالی را در بازار داشته باشند صلاحیت منصب قضاء را نیز می داشته باشند.

2- **قیاس:** همچنان کسانی که می گویند قضاوت زنان مطلقا جایز است جواز فتوای زنان را بر جواز قضاوت آنان قیاس می کنند چون همه می دانند که زنان می توانند فتوا دهند پس زمانی که فتوای آنان جایز باشد قضاوت آنان نیز جایز است.

مذهب راجح: نظر به دلایلی که علمای احناف آورده اند دیدگاه مذهب حنفی راجح است چون خیلی از مسایل اسلامی متغیر هستند نظر به شرایط زمان و مکان تغییر می کنند، از طرف دیگر فلسفه اجتهاد در اسلام همین است که مطابق با شرایط زمان و مکان احکام را از منابع چهارگانه کتاب، سنت، اجماع و قیاس استنباط کنند، قضاوت زنان هم از جمله مسایل متغیر که با گذشت زمان باید این مسئله تحقیق شود با واقعیت های عصر و زمان سنجیده شود که در چه شرایطی زنان می توانند در عرصه ای قضا و یا مسایل سیاسی اشتراک ورزند البته با حفظ شعایر اسلامی و دینی؛ در صدر اسلام نظر به اوضاع آن زمان و برداشت که اجتماع آن روز از زنان داشتند تقرر زنها در مناصب قضا تقریبا یک امر نا ممکن به نظر می رسید اما حالا نظر به امکانات و فراهم شدن زمینه تحصیل و تعلیمات عالی زنان چنانچه می توانند در امور مدنی شهادت دهند همچنان می توانند در این امور قضاوت کنند، به همین خاطر است که در قوانین افغانستان هیچ ممانعتی در مورد تعیین جنسیت قاضی وجود ندارد.⁴

1 کاسانی، علاء الدین، (ت 578) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ دوم 1982 (3/7)

2 شفاء بنت عبد الله بن عبد شمس بن خلف بن صداد، صحابي جليل القدر است که با رسول خدا صلى الله عليه وسلم بيعت کرد. أسد الغابة: ابن الأثير (164/7)

3 ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري المحلي بالأثار، (ت 456هـ)، دار الفكر. بیروت (7/429)

4 قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضاییه - جریده رسمی ماده پنجاه و هشتم ص 39

مانع چهارم: تقلید و عدم اجتهاد

تقلید در لغت از قلادة گرفته شده است و به آن چه گفته می شود که در گردن انداخته می شود چنانچه در کتب لغت می نویسند: «ما جعل في العنق يكون للإنسان، والفرس والكلب والبدنة التي تهدي نحوها»¹

ترجمه: قلاده عبارت از چیزی است که در گردن انداخته شود برابر است که انسان باشد یا اسب یا سگ و یا شتر که توسط آن به یک سو کشیده می شود.

تقلید در اصطلاح چنین تعریف شده است: «هو العمل بقول الغير من غير حجة»² یعنی تقلید عبارت است از عمل کردن به قول غیر بدون تقاضای دلیل.

فقهاء کرام در مورد سپردن قضاء به مقلد سه نظر دارند:

مذهب اول: عدم جواز سپردن منصب قضاوت برای مقلد و این مذهب جمهور فقهاء³ و بعضی علمای احناف است.⁴

مذهب دوم: جواز سپردن منصب قضاوت به مقلد و این مذهب جمهور فقهای حنفی و بعضی علمای مالکی است.⁵

مذهب سوم: سپردن منصب قضاوت به مقلد جایز است اما به شرطی که قاضی مجتهد وجود نداشته باشد، این مذهب بعضی فقهاء از مذاهب مختلف است.⁶

دلایل مذهب اول: صاحبان مذهب اول به دلایل ذیل استدلال کرده اند:

1- خداوند متعال در قرآن کریم می فرماید: ﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾⁷

ترجمه: و به تو ای پیغمبر فرمان می دهیم به این که در میان آنان طبق چیزی حکم کن که خدا بر تو نازل کرده است، و از امیال و آرزوهای ایشان پیروی مکن.

وجه استدلال: در آیه تصریح شده است که باید حکم و قضاوت مطابق چیزی باشد که الله تعالی نازل کرده است و مفهوم این سخن چنین است که قاضی باید بتواند در کتاب الله نظر کند و در آن تدبر و

1 ابن منظور، همان، لسان العرب ج 1/ 366

2 شوکانی، محمد بن علی، ارشاد الفحول، دمشق: دارالکتاب العربی، 1419 هـ ق، ج 2 ص 265

3 ابن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد، قرطبی (المتوفی: 595 هـ) مطبعة مصطفى البابی الحلبي ج 2 ص 460

4 کاسانی، علاء الدین، (ت 578) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ دوم 1982 (4/7)

5 مرغینانی، الهدایة شرح البدایة، ج 3 صفحه 10

6 مرغینانی، الهدایة شرح البدایة، ج 3 صفحه 10

7 سوره مائده آیه 49

اجتهاد نماید و این کار را جزء مجتهد کسی دیگر کرده نمی تواند بناءً غیر مجتهد چون توان اجتهاد و استنباط حکم از ما انزل الله را ندارد بناءً سپردن منصب قضاء به او جایز نیست.

2- آیه: **رَبِّهَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ**

فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَ الرَّسُولِ¹

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده‌اید! از خدا با پیروی از قرآن و از پیغمبر خدا، و از کارداران و فرماندهان مسلمان خود فرمانبرداری نمائید و اگر در چیزی اختلاف داشتید و در امری از امور کشمکش پیدا کردید آن را به خدا و پیغمبر او برگردانید. (تا در پرتو قرآن و سنت، حکم آن را بدانید).

وجه استدلال: این آیه به ما حکم می کند تا مسائل مورد تنازع را به الله و رسولش برگردانیم که همان کتاب و سنت است و فرد مقلد توان مراجعه به کتاب و سنت و استنباط احکام را ندارد بناءً نمی تواند قاضی شود چون قضاوت بدون علم و فهم کتاب و سنت ممکن نیست.

3- **عن بریده عن النبي صلى الله عليه وسلم «القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثان في النار، فأما الذي في**

الجنة، فرجل عرف الحق فقاضى به، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى

للناس على جهل فهو في النار»²

از بریده روایت شده است که پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: قاضیان سه نوع می باشند که یکی شان در جنت و دو نوع دیگر شان در آتش می باشند اما کسی که در جنت است عبارت از مردی است حق را شناخته است و با آن فیصله می کند و مردی که حق را می شناسد اما در قضاوتش ظلم می کند او در آتش است و مردی که بدون علم قضاوت میکند او نیز در آتش است.

وجه استدلال: در این حدیث در صفت قاضی که مستحق بهشت است آمده است که حق را شناخته است و با آن فیصله می کند اما فرد مقلد با تمام معنا حق را نشناخته است و به جهل فیصله می کند بناءً او ضمن وعید در این حدیث داخل است و به همین دلیل نمی تواند قاضی باشد.

فقهائی که تقلید را مانع حکم قضائی می دانند مسئله قضاء را به فتوا قیاس کرده اند و می گویند اجتهاد در افتاء شرط است پس نظر به اهمیتی که قضاء دارد رعایت این شرط در قضاء اولی تر است³
دلایل مذهب دوم: علمای احناف که می گویند تقلید مانع صحت حکم قضائی نمی شود به سنت و

1 سوره نساء آیه 59

2 قرونی، محمد بن زید، (ت 275) سنن ابن ماجه، دار المعرفه، بیروت 1996. 776/2 (البانی این حدیث را حسن گفت است)

3 ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، 1405. دار الفكر - بيروت، ج 11 ص 382

عقل استدلال کرده اند به این شرح:

1- عن علي - رضي الله عنه - قال: «أنفذني رسول الله إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت: تنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال إن الله سيهدي لساتك ويثبت قلبك (فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك)»¹

ترجمه: علی رضی الله عنه می گوید: مرا رسول خدا صلی الله علیه وسلم به حیث قاضی به یمن فرستاد در حالی که من جوان بودم، من گفتم: مرا به سوی قومی می فرستی که در میان شان قضایای مختلف روی می دهد و من به قضاوت علم کافی ندارم، او گفت: برو خداوند زیانت را هدایت می کند و قلبت را استوار می گرداند، علی رضی الله عنه می گوید: من بعد از آن در میان دو نفر فیصله نکردم که در قضاوت عادلانه میان شان شک کرده باشم.

وجه استدلال: از این حدیث معلوم می شود که تقلید و عدم علم کافی مانع حکم قضائی نمی شود زیرا علی رضی الله عنه در این زمان از اهل اجتهاد نبود و خودش نیز گفت: من به قضاء علم ندارم.

1- دومین دلیل احناف این است که می گویند مقصد از قضاوت رسانیدن حق به حقدار است و این کار از عهده مقلد می برآید چون او می تواند با مراجعه به کتاب ها و قوانین و فتوای علمای حقیقت را پیدا کند و مطابق آن فیصله کند.²

دلایل مذهب سوم: آن عده علمایی که می گویند سپردن منصب قضاوت به مقلد جایز است امام به شرطی که قاضی مجتهد وجود نداشته باشد، به دلایل عقلی استدلال می کنند و می گویند: نظر به اهمیت منصب قضاء و اهمیت اجتهاد به مجتهد اولویت داده می شود اما اگر مجتهد وجود نداشته از جهت این که مصالح مردم معطل نشود سپردن قضاء به قاضی مقلد جایز است چون ضرورت مردم به آن حل می شود.³

مذهب راجح: علم قاضی به عنوان یکی از شرایط اساسی یاد شده است؛ شرطی که مورد اتفاق فقها است و هیچکس آن را منکر نیست و نمی تواند باشد؛ زیرا گذشته از دلالت صریح متون اسلامی قضاوت و حل و فصل دعاوی بدون آگاهی از مسائل و فنون مربوط به آن عقلاً هم امکان پذیر نیست، جواز قضاوت مقلد آن گونه که از بوحنیفه نقل شده است منظور از آن، جواز قضاوت توسط یک مقلد عادی نیست؛ بلکه منظور از آن جایز بودنش پس از استفتا از مجتهد و فراگرفتن حکم و فتواست.

1 سجستانی، سلیمان بن اشعث (ت 275)، سنن ابی داود، دارالکتب العلمیة، بیروت ج 3 ص 301 حدیث شماره 3582

2 دسوقی، محمد عرفة الدسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، تحقیق محمد علیش، دار الفکر، بیروت. ج 4 ص 129

3 کاسانی، علاء الدین، (ت 578) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ دوم 1982 (4/7)

پس معلوم می گردد مقلدی که فتوای مجتهد جامع شرایط را به خوبی می‌داند و دیگر شرایط یک قاضی شرع را نیز داراست می تواند قضاوت کند و این نوع تقلید مانع صحت حکم قضائی نمی شود. چنانچه در «تبصرة الحکام» می نویسد: «وَأَمَّا عَصْرُنَا هَذَا فَإِنَّهُ لَا يُوجَدُ فِي الْإِقْلِيمِ الْوَاسِعِ الْعَظِيمِ مُفْتً نَظَرًا قَدْ حَصَلَ آلَةُ الْاجْتِهَادِ، فَالْمَنْعُ مِنْ وِلَايَةِ الْمُقَلِّدِ الْقَضَاءَ فِي هَذَا الزَّمَانِ تَعْطِيلٌ لِلْأَحْكَامِ، وَإِيقَاعٌ فِي الْهَرْجِ وَالْفِتَنِ وَالنِّزَاعِ»¹

ترجمه: در زمان کنونی ما در یک منطقه وسیع و بزرگ مفتی صاحب نظری که به درجه اجتهاد رسیده باشد پیدا نمی شود بناءً منع کردن از سپردن وظیفه قضاء به مقلد در این زمان باعث معطل قرار دادن احکام می شود و مردم را در هرج، فتنه و نزاع واقع کردن است.

مانع پنجم: نداشتن اهلیت کافی

اهلیت در اصطلاح فقهاء عبارت است از « صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه»²

ترجمه: اهلیت داشتن صلاحیت کافی برای اثبات حقوق شرعی و صحت تصرف بر آن می باشد.

تمام فقهاء اتفاق دارند که قضاوت انسان دیوانه، معتوه و صبی ممیز و غیر ممیز جایز نیست زیرا یکی از شرایط تعیین قاضی مکلف بودن است و افراد مذکور مکلف نیستند و تصرفات اشخاص ذکر شده در مورد خودشان نافذ نیست پس در حق دیگران نیز منعقد و اجرا نمی شود.³

دلایل مانع بودن فقدان اهلیت بر صحت حکم قضائی: یکی از دلایل مانع بودن فقدان اهلیت بر صحت حکم قضائی از دیدگاه فقه اسلامی این حدیث می باشد که پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - می فرماید: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحلم، وعن المجنون حتى يعقل»⁴

ترجمه: قلم تکلیف از سه نفر برداشته شده است: اول کسی خواب است تا زمانی که بیدار شود، دوم نابالغ تا زمانی که بالغ شود و سوم کسی که دیوانه است تا زمانی که عاقل شود.

وجه استدلال از حدیث: وجه استدلال از حدیث فوق به این شکل است که در این حدیث سه نوع

1 ابن فرحون، برهان الدین ابراهیم بن علی بن ابی القاسم، تبصره الحکام فی اصول الاقضیه و مناهج الأحکام، مکتبه کلیات الأزهریه - قاهره 1986م. ج 1 ص 51

2 زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دارالمعرفة، بیروت، جلد 4 ص 116

3 ابن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد، قرطبی (المتوفی: 595هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي ج 2 ص 461

4 سجستانی، سلیمان بن اشعث (ت 275)، سنن ابی داود، دارالکتب العلمیة، بیروت ج 3 ص 301 حدیث شماره 3582

اشخاص ذکر شده است که آنان غیر مکلف هستند و هرکاری که انجام دهند قلم محاسبه الهی اعمال آنان را نوشته نمی کند که یکی از آنان صبی نا بالغ و دیگر آن مجنون است، و مفهوم رفع قلم از آنان این است که آنان مکلف نیستند و اعمال شان در این حالت ها مورد حساب و کتاب قرار نمی گیرد پس زمانی که آنان مکلف محسوب نشوند سپردن قضاوت که کار یک شخص مکلف است به آنان جایز نیست. بناءً ولایت و تصرف شخص دیوانه و انسان بی خرد در شریعت اسلامی صحیح نیست و همچنان تنها داشتن عقل در مسند قضاوت کفایت نمی کند بلکه لازم است همراهی عقل توانایی تمییز و تفکیک درست از نادرست و جایز از ناجایز نیز موجود باشد و نتنها این بلکه باید قاضی صاحب ذکاوت و هوشیاری بوده و غافل نباشد تا بتواند با ذکاوت و فطانت خود هر مشکل و معضل قضائی را حل کند. و معلوم است که شخص مجنون و نابالغ دارای چنین توانایی نیستند پس اینجاست که معلوم می شود نبود اهلیت کافی مانع صحت قضایی می شود.

امام ماوردی در کتاب «الاحکام السلطانیة» داشتن اهلیت کافی را شرط اتفاقی دانسته و چنین می نویسد: « وَالشَّرْطُ الثَّانِي وَهُوَ مُجْمَعٌ عَلَى اِعْتِبَارِهِ وَلَا يُكْتَفَى فِيهِ بِالْعَقْلِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّكْلِيفُ مِنْ عِلْمِهِ بِالْمُذْرَكَاتِ الضَّرُورِيَّةِ حَتَّى يَكُونَ صَحِيحَ التَّمْيِيزِ جَيِّدَ الْفِطْنَةِ بَعِيدًا عَنِ السَّهْوِ وَالْغَفْلَةِ يَتَوَصَّلُ بِذَكَائِهِ إِلَى اِيضَاحِ مَا أَشْكَلَ وَقَضَلِ مَا أَغْضَلَ»¹

ترجمه: شرط دوم برای صحت حکم قضائی که شرط اتفاقی است، داشتن عقل است و نه تنها عقلی که با آن انسان مکلف می شود و علم به چیزهای ضروری داشته باشد بلکه دارای توانایی تشخیص و ذکاوت بالا داشته باشد و از سهو و غفلت دور باشد تا بتواند به سبب ذکاوت خود هرچیز مشکل را توضیح کند و هر قضیه سخت را فیصله نماید.

مانع ششم: نبود یا نقصان حواس ظاهری

مقصود از نداشتن حواس ظاهری این است که یکی از حواس ظاهری قاضی یا بیش تر از آن از کار افتاده باشد و نتواند به درستی کار کند، مانند: قوه بینایی، قوه شنوایی و قوه گفتاری. تمام فقههای مذاهب چهارگانه حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی اتفاق نظر دارند که شخصی تمام اعضای فوق را از دست داده باشد سپردن قضاوت به او ناجایز است.²

اما اگر یک نفر تنها یکی از اعضای فوق الذکر را از دست داده باشد یا آن را داشته باشد اما درست کار نکند مثلاً کسی در روز چشمش می بیند اما در شب نمی بیند، آیا چنین نا توانی مانع صحت

1 ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبیب البصری البغدادی، الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة، قاهره ج 1 ص 109

2 ابن نجیم، البحر الرائق، ج 6 ص 280، ابن رشد، بدایة المجتهد ج 2 ص 460، شریب، مغنی المحتاج ج 4 ص 375

حکم قضائی می شود یا خیر؟ در این مورد فقهای کرام اختلاف کرده اند که در ذیل این اختلاف را بیان می کنیم:

- 1- امام شافعی هر چند سلامت بدنی کامل را برای قاضی مهم و اولی می داند ولی قضاوت شخصی را که مشکل شنوایی دارد و آواز بلند را می شنود ولی آواز خفیف را نمی شنود، جایز می پندارد¹.
- 2- احناف قضاوت شخص نابینا را باطل می دانند چنانچه در «درر الحکام» می نویسد: « إِذَا حَكَمَ قَاضٍ مُدَّةً ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ أَعْمَى أَوْ عَبْدٌ تَبَطَّلُ الْأَحْكَامَ الَّتِي حَكَمَهَا ; لِأَنَّهُ كَمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ هَؤُلَاءِ لَا يُقْبَلُ قَضَاؤُهُمْ»²

ترجمه: هرگاه قاضی یک مدت زمانی فیصله کرد و باز معلوم گردید که او نابینا یا غلام بوده است تمام قضایایی که حکم کرده است باطل می شود زیرا قسمی که شهادت نابینا و غلام قبول نمی شود قضاوتش نیز قابل قبول نیست.

بعض علمای مذهب امام شافعی و بعض علمای مذهب امام احمد بن حنبل قضاوت شخص اعمی و نابینا را جایز می گویند³ و به این حدیث استدلال می کنند:

- 3- وَعَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ اسْتَخْلَفَ ابْنَ أُمِّ مَكْتُومٍ يَوْمَ النَّاسِ وَهُوَ أَعْمَى.⁴

ترجمه: از انس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ روایت است که پیامبر صلی الله علیه وآله وسلم ابن ام مکتوم به عنوان جانشین تعیین کرد، و برای مردم امامت می کرد، در حالی که نابینا بود. احمد و ابوداود روایت کرده اند، و ابن حبان به مانند آن از عایشه روایت کرده است.

وجه استدلال از این حدیث این است که پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم- عبدالله ابن ام مکتوم را که شخص نابینا بود جانشین خود بر مدینه تعیین کرد و او در ایام خلافت و جانشینی اش امامت نیز می کرد و زمانی که امامت در نماز برای شخص نابینا جایز باشد قضاوت نیز باید جایز باشد.

همچنان از یک روایت دیگر استدلال می کنند که حضرت شعیب علیه السلام در حالی که نابینا بود قاضی نیز شده بود⁵.

اما جمهور فقهاء از این استدلال چنین پاسخ می دهند:

1 نووی، أبو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف النووی، روضة الطالبین و عمدة المفتین المکتب الإسلامی - بیروت - الطبعه الثانيه 1405 هـ - 1984 م. ج 11 ص 96

2 حسین، علی حیدر - فهمی الحسینی، درر الحکام شرح مجلة الأحکام، دار الجیل، بیروت-طبع اول 1411 هـ - 1990 م. ج 4 ص 530

3 درر الحکام ، همان، ج 4 ص 530

4 سجستانی، سلیمان بن اشعث (ت 275)، سنن ابی داود، دار الکتب العلمیه، بیروت ج 3 ص 301 حدیث شماره 3582

5 ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسی أبو محمد، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، دار الفکر - بیروت ج 11 ص 380

1- پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم عبدالله ابن ام مکتوم را تنها به خاطر امامت جانشین تعیین کرده بود نه به خاطر قضاوت و حکم و مسئله امامت تا قضاوت فرق می کند چون در امامت نماز تنها حق الله است اما در قضاوت مسئله حق العبد مطرح است.

2- همچنان می گویند که جانشین تعیین کردن عبدالله ابن ام مکتوم به حیث امام و پیشوا در مدینه فقط مخصوص همین صحابی بود چون پیامبر اسلام صلی الله علیه و سلم می خواست همان قضیه روگردانی اش را از وی در ایام اول بعثت جبران کند.

3- این حکم منسوخ است.

بناءً با در نظر داشت دلایل جمهور و جواب از استدلال امام شافعی معلوم گردید که شخص اعمی یا کسی که اعضای مهم حواسش را از دست داده باشد صلاحیت قاضی شدن را ندارد و از دست دادن حواس مهم مانند قوه شنوایی، قوه بینایی و قوه زبانی مانع صحت حکم قضایی می شود. و قول راجح در این مسئله مذهب جمهور است.

مطلب دوم: موانع متعلق به شخص قاضی از دیدگاه قانون

در قوانین افغانستان راجع به موانع قضائی چیزی مشخص و واضح دیده نمی شود اما از بعض مواد قوانین آن عده مواردی که برای صحت قضائی شرط محسوب می شوند دانسته می شود که وجود آن موجب صحت حکم قضائی و نبود آن مانع صحت می شود.

در این مطلب آن عده مسائلی را که پس از بررسی قوانین به عنوان موانع صحت حکم قضائی به طور تصریحی یا اشاری دریافتیم تذکر می دهیم:

اول: مانع بودن کفر از دیدگاه قانون: در قوانین افغانستان در مورد اینکه قاضی چه دین و مذهب داشته باشد تصریح نشده است اما از ماده هشتاد و دوم قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه معلوم می شود که مسلمان بودن قاضی شرط است چون در تعهدنامه قاضی عمل و حکم کردن به شریعت اسلامی آمده است و اگر قاضی مسلمان نباشد پس چگونه به شریعت اسلامی فیصله می کند، متن قانون قرار ذیل است:

«ماده هشتاد و دوم: قاضی قبل از اشغال وظیفه، در حضور شورای عالی ستره محکمه حلف آتی را به جا می آورد: سوگند یاد می کنم به نام خداوند بزرگ و دادگر -جل جلاله- که وظیفه قضا را با کمال امانت، صداقت و بی طرفی اجراء و احکام شریعت اسلام، قانون اساسی و قوانین کشور را احترام و تطبیق نموده اسرار وظیفه را حفظ می نمایم. به صورت مستقیم یا غیر مستقیم به خیانت، حق

تلفی، بی عدالتی، قانون شکنی و اخذ رشوت مبادرت نمی ورزم»¹

پس معلوم گردید که ضمناً در قانون اسلام شرط قضاء است و کفر مانع صحت حکم قضائی می شود چون در تعهد نامه اجرای احکام شریعت اسلامی تصریح شده است و کافر نمی تواند چنین تعهدی را انجام دهد.

دوم: مانع بودن فسق در قانون: در قوانین به طور مشخص روی فسق قاضی چیزی تصریح نشده است اما در مورد عدالت قاضی و عدم محکوم بودن او حین انسلاک وظیفه قضاء سخن گفته شده است چنانچه عدم محکومیت به جرم جنایت یا جنحة عمدی به حکم محکمة ذیصلاح، شرط مقرری به حیث گفته شده است و شخصی که به جرم جنایت یا جنحة عمدی مرتکب گردیده باشد و محکمه باصلاحیت به مجرمیت و ارتکاب جرم وی حکم نموده باشد نمی تواند منحیث قاضی تقرر حاصل کند. همچنان در مورد عدالت قضات مقررۀ طرز سلوک قضات ماده ۱۵ چنین صراحت دارد: (غیر جانبداری بودن قاضی یکی از بهترین و مطمئن ترین تضمین برای تحقیق عدالت است. پس قاضی مکلف است غیر جانبداری را در تمام اعمالی خود منحیث قاضی عملی سازد و از هرگونه تبعیض نژادی، جنسی، قومی، فرقوی، لسانی، مذهبی و سلیقوی در اجراءات و وظایف قضائی خود احتراز نماید).

همچنان ماده ۳ مقررۀ طرز سلوک قضات صراحت دارد: (استقلال و بی طرفی قاضی تضمین برای احقاق حق و تأمین عدالت توسط قاضی است).

ماده ۱۷۹۹ مجله الاحکام نیز در مورد مساوات و بی طرفی قاضی در قضیه چنین بیان می دارد: قاضی به عدالت بین طرفین دعوی مأمور است بنابر آن لازم است که عدالت و مساوات را بین طرفین دعوی در آن اموری که به مجلس قضائی مربوط است رعایت کند. در نتیجه معلوم می گردد که قانون قاضی را به عدالت و عدم جانبداری از یک طرف قضیه تشویق کرده است اما راجع به این که آیا فسق و عدم عدالت مانع صحت و تطبیق حکم قضائی می شود یا نه؟ چیزی نگفته است.

سوم: مانع بودن انوثت در قانون: مطابق فقه حنفی در قوانین افغانستان در مورد گرفتن منصب قضا برای زنان هیچ کدام ممانعتی وجود ندارد، هیچ شرطی و قیدی برای جنسیت در قوانین موجود نیست چنانچه شرایط انسلاک قضا را ماده پنجاه و دوم «قانون تشکیلات و صلاحیت های قوه

1 قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه، فصل ششم، ماده 82، ص 81.

قضائیه»¹ ذکر کرده از جمله شش شرطی که در این قانون ذکر شده هیچ ممانعتی برای انتصاب قاضی زن وجود ندارد، و هم چنان در ماده یک صد و هجده «قانون اساسی افغانستان»² شرایط شش گانه اعضای دادگاه عالی ستره محکمه را بر شمرده و کدام شرطی نشده که اعضای دادگاه عالی باید مردان باشند. نتیجه اینکه در قوانین موضوعه افغانستان کدام ممانعتی برای حضور زنان در مناصب قضا وجود ندارد، و فعلا در محاکم فامیلی زنان عملا حضور دارند و مشغول انجام وظیفه هستند. همچنان قانون تشکیل و صلاحیت محاکم جمهوری اسلامی افغانستان مذكر بودن را شرط قاضی شدن نمی‌داند، بلکه به اساس ماده ۲۲ قانون اساسی مرد و زن که واجد شرایط قضاء باشند می‌توانند منصب قضاء را به پیش ببرند.

چهارم: مانع بودن تقلید در روشنی قانون: در قوانین کشور تصریحی در مورد مانع بودن تقلید و شرط اجتهاد وجود ندارد اما روی داشتن علم و معلومات کافی تاکید شده است چنانچه در شرایط تقرری قاضی آمده است:

1- داشتن سند تحصیلی لیسانس شرعیات یا حقوق و یا بالاتر از آن و یا سند تحصیلی از دارالعلوم ها و مدارس دینی رسمی دولت و یا معادل آن.

در این مورد شرط تصریح عالم بودن قاضی مطرح گردیده است بدین معنی که قاضی باید شخصی باشد که در رشته قضاء تخصص داشته و مسلکی باشد لذا شخص که از رشته دیگر فارغ التحصیل گردیده باشد نمی‌تواند من حیث قاضی ایفای وظیفه نماید. چنانچه قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۴۹۸ در مورد تصریح میدارد که:

قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه و قوف کافی داشته باشد.

همچنان در مجلة الاحکام العدلیة در مورد چنین نوشته است: «برای قاضی سزاوار است که به مسائل فقهی وارد باشد و هم اصول محاکمه را بداند و هم بر فیصله دعاوی و خصومت با تطبیق مسایل فقهی و اصول محاکمه اقتدار داشته باشد»³

پنجم: عدم عضویت در احزاب سیاسی: چیز ویژه ای که در قانون تصریح شده و می‌توانیم بگوییم که از موانع صحت قضائی شمرده می‌شود مسئله عضویت قاضی در احزاب سیاسی رسمی

1 قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه - جریده رسمی ماده پنجاه و هشتم ص 39

2 قانون اساسی افغانستان - جریده رسمی شماره 818، ماده یک صد و هجدهم، ص 60

3 مجلة الاحکام العدلیة ماده ۱۷۹۳

کشور است چنانچه در قانون تشکیل صلاحیت های محاکم می نویسد: «قضات در مدت تصدی وظیفه نمی توانند در احزاب سیاسی عضویت داشته باشند»¹

همچنان در مقررہ طرز سلوک قضائی آمده است: «قاضی مانند سایر شهروندان از تمام حقوق اساسی و مدنی برخوردار است. مگر نمی تواند در دوران تصدی وظیفه، عضویت حزب سیاسی را داشته و یا به نفع حزب سیاسی به شکل سری و یا علنی فعالیت کند و یا بصورت مستقیم و یا غیر مستقیم به یکی از احزاب سیاسی مساعدت مادی و یا معنوی نماید»².

ششم: عدم اشتغال به وظایف دیگر: همچنان در قانون محاکم افغانستان اشتغال به وظیفه دیگر از موانع قضاء گفته شده است چنانچه در قانون تشکیل صلاحیت های محاکم می نویسد: «قضات نمی توانند در مدت تصدی وظیفه قضاء به مشاغل دیگری اشتغال ورزند. تدریس در برنامه های آموزش قضائی از این حکم مستثنی است»³.

هفتم: فقدان اهلیت: در قانون تشکیل صلاحیت های محاکم، نبود اهلیت از موانع و بطلان فیصله شمرده است چنانچه در قانون مذکور آمده است: «بطلان: حالتی است ناشی از عدم رعایت احکام قانون در مورد اجراءات اساسی که شامل موارد ذیل می گردد:

- فقدان ارکان اساسی قضاء.

- صدور فیصله غیر محتمل الثبوت.

- فقدان صلاحیت یکی از طرفین دعوی، هیئت قضائی یا محکمه»⁴

مطلب سوم: مقایسه موانع متعلق به شخص قاضی از دیدگاه فقه و قانون

به اساس تفصیل موضوع موانع قضائی در روشنی احکام فقهی و همچنان اشارات مرتبط به این موضوع در قوانین می توانیم این موضوع را چنین مقایسه نماییم:

1- در مجموع موضوع موانع صحت قضائی در کتب فقه و همچنان در قوانین موضوعه افغانستان

به شکل مستقل بحث نه شده است بلکه موانع صحت قضائی هم از فقه و هم از قانون به شکل ضمنی دانسته می شود.

2- موانع صحت حکم قضائی متعلق به شخص قاضی در فقه از شروطی که فقهاء برای نصب

1 وزارت عدلیه، رسمی جریده، قانون تشکیل صلاحیت محاکم، شماره مسلسل 1109، تاریخ 1392/9/4 ماده بیستم.
2 وزارت عدلیه، مقررہ های مربوط ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان تاریخ نشر: (حوت سال 5831 هـ ش) نمبر مسلسل: 511 ماده نهم
3 وزارت عدلیه، رسمی جریده، قانون تشکیل صلاحیت محاکم، شماره مسلسل 1109، تاریخ 1392/9/4 ماده بیست و یکم
4 وزارت عدلیه، رسمی جریده، قانون تشکیل صلاحیت محاکم، شماره مسلسل 1109، تاریخ 1392/9/4 ماده چهارم، فقره سوم.

قاضی تعیین کرده اند دانسته می شود و این موانع در قانون از اشاراتی که راجع به انسلاک قضات آمده است فهمیده می شود.

3- شروط صحت قضاء که مفهوم مخالف آن موانع صحت حکم قضائی است در فقه به شکل تفصیلی بحث شده است اما در قانون بسیار فشرده و کوتاه می باشد.

4- کفر در فقه به اتفاق تمام فقهاء از موانع صحت قضاء شمرده شده است اما در قانون چیزی به طور صریح راجع به دین قاضی وجود ندارد فقط ما می توانیم شرط مسلمان بودن قاضی را از حلف نامه قاضی استنباط کنیم.

5- در فقه به اساس دیدگاه جمهور فقهاء فسق مانع صحت حکم قضائی می شود و در قانون نیز عدم محکومیت به جرم جنایت یا جنحه عمدی به حکم محکمه ذیصلاح، شرط مقرری به حیث گفته شده است و شخصی که به جرم جنایت یا جنحه عمدی مرتکب گردیده باشد و محکمه باصلاحیت به مجرمیت و ارتکاب جرم وی حکم نموده باشد نمی تواند منحیث قاضی تقرر حاصل کند، از این معلوم می شود که قانون دیدگاه جمهور فقهاء را معتبر دانسته است، هرچند در فقه تصریحی راجع به محکوم بودن وجود ندارد بلکه گفته شده است قاضی باید از گناهان بزرگ دوری کند، اما در قانون عدم محکومیت شرط گذاشته شده است.

6- دیدگاه فقه در مورد مانع بودن انوئت مطابق نظر جمهور فقهاء این است که زن نمی تواند قاضی شود و قضاوتش درست نیست اما دیدگاه احناف در این مورد این است که انوئت مانع صحت قضاء نمی شود اما در قانون هیچ شرطی مانعی در مورد مذکر بودن و مؤنث بودن قاضی دیده نمی شود بناءً دانسته می شود که قانون در این مسئله دیدگاه احناف را ترجیح داده است و مطابق فقه حنفی در قوانین افغانستان در مورد گرفتن منصب قضا برای زنان هیچ کدام ممانعتی وجود ندارد، هیچ شرطی و قیدی برای جنسیت در قوانین موجود نیست چنان چه شرایط انسلاک قضا را ماده پنجاه و دوم «قانون تشکیلات و صلاحیت های قوه قضائیه»¹ ذکر کرده از جمله شش شرطی که در این قانون ذکر شده هیچ ممانعتی برای انتصاب قاضی زن وجود ندارد.

7- نظر جمهور فقهاء در مورد اجتهاد این گفته شده است که تقلید مانع صحت قضاء است و باید قاضی مجتهد باشد اما دیدگاه احناف این بود که تقلید مانع صحت حکم قضائی نیست و این دیدگاه راجح فقهی بود، در قانون نیز تصریحی در مورد مانع بودن تقلید و شرط اجتهاد وجود

1 قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه - جریده رسمی ماده پنجاه و هشتم ص 39

ندارد اما روی داشتن علم و معلومات کافی تاکید شده است و معلوم می شود که قانون دیدگاه احناف را ترجیح داده است.

8- در فقه عضویت در احزاب و جمعیت از موانع شمرده نشده است و در این مورد چیزی اشاره نشده است اما در قانون به صراحت گفته شده است که قاضی نباید عضو سازمان های سیاسی و جمعیت های رسمی کشور باشد.

9- همچنان در فقه در مورد اشتغال قاضی به وظیفه دیگر چیزی تصریح نشده است اما در قانون تصریح شده است که قاضی باید هنگام تصدی وظیفه قضاء نباید به وظیفه دیگر مشغول باشد.

مبحث دوم: موانع متعلق به غضب و رشوت خوری قاضی

در متون اسلامی خشم را به غضب و غیظ تعبیر می کنند. دانشمندان و علمای اسلامی، خشم را یکی از نعمت های بزرگ خداوند می دانند که در وجود انسان ها به ودیعه نهاده شده است و به واسطه آن انسان برای بقای خویش، در برابر نامالیمات طبیعت تلاش می کند و به بازسازی و آبادی دنیا و آخرتش مشغول می شود. جهاد با دشمنان، حفظ نظام بشر، امر به معروف و نهی از منکر، اجرای تعزیرات، دفاع از جان و مال و جهاد با نفس، فقط به کمک و یاری این غریزه ممکن می گردد و اگر غریزه خشم نبود، بشر رو به نابودی و تباهی می گذاشت. از سوی دیگر، همین نیروی حیاتی و غریزی خشم می تواند ویران کننده نیز باشد، در حدی که بر انسان غلبه می کند تا آنجا که اعمال و کردار فرد از کنترل عقل و دین و تبعیت از آنها خارج می شود. دین مبین اسلام ما را به فرو خوردن خشم و کظم غیظ دعوت می کند و در آیات و روایات و احادیث فراوانی تأکید بر این صفت پسندیده شده است. خداوند حکیم در قرآن فرو خوردن خشم را یکی از ویژگی های پرهیزکاران می داند. در این مبحث طی دو مطلب تاثیر خشم و غضب در صحت قضا از دیدگاه فقه و قانون به بررسی گرفته می شود:

مطلب اول: مانع بودن خشم و غضب قاضی از دیدگاه فقه

علماء را اتفاق بر این است که برای قاضی مناسب نیست که هنگام قضاوت غضب و قهر باشد¹ چنانچه از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت است: **عن عبد الرحمن بن ابي بكرة قال كتب ابي إلى عبيد الله بن ابي بكرة وهو قاض أن لا تحكم بين اثنين وأنت غضبان فإني سمعت**

1 بدائع الصنائع، همان، ج 7 ص 9 و بداية المجتهد، همان، ج 2 ص 474

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان»¹

ترجمه: عبدالرحمن بن ابی بکره می گوید که پدرم برای برادرم عبیدالله بن ابی بکره که منصب قضاوت را به دوش داشت چنین نوشت: «هرگاه خشمگین باشی در میان دو نفر قضاوت نکن زیرا من از رسول الله صلى الله عليه وسلم شنیده ام که می گفت: نباید حکم کننده در میان دو شخص در حالی فیصله کند که خشمگین باشد.

همچنان در فرمان حضرت عمر فاروق رضی الله عنه که به ابو موسی اشعری - رضی الله عنه- روان شده است آمده است که: «ایاک والغضب والقلق والضجر والنادی بالناس والتنكر لهم عند الخصومة فاذا رأيت الخصم يتعمد الظلم فأوجع رأسه و لان القاضي اذا غضب تغير عقله ولم يستكمل رأيه و فكره»²

ترجمه: خود را از غضب، دل تنگی، ازار و اذیت مردم و گفتار زشت و رکیک در هنگامی خصومت نگهدار و هرگاه ظلم را در حالت تجاوز و تعدی دیدی برایش سزا بدهد چرا زمانیکه قاضی در حالت غضب باشد عقل و فکرش تغییر می کند.

پس معلوم گردید که قاضی باید در جلسه قاضی خشمگین نباشد و از قهر و غضب جلوگیری کند اما اگر قاضی در حالت قهر و خشم فیصله کرد آیا این خشم و غضب مانع صحت حکم قضایی می شود یا خیر؟ در این مورد علما اختلاف کرده اند:

اول: جمهور فقهاء³ حنفی، مالکی، شافعی و برخی از علمای حنبلی می گویند که برای قاضی مناسب است که خشمگین و غضبناک نباشد و از قهر و غصه در جلسه قضایی جلوگیری کند اما غضب مانع صحت حکم قضایی نمی شود و قضاوتش در چنین حالت اگر مطابق قانون و شریعت باشد تنفیذ می شود.

دوم: قضاوت قاضی در حالی که خشمگین باشد جایز و قابل تنفیذ نیست و اگر قاضی در چنین حالت حکم کند باید قضاوتش اجرا نشود، این رای آخر علمای مذهب امام احمد ابن حنبل است⁴.

دلیل جمهور این روایت است: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أختصم إليه الزبير ورجل من الأنصار في شراج الحرة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أسق ثم أرسل الماء إلى جارك، فقال الأنصاري إن كان ابن عمك؟ فغضب الرسول صلى الله عليه وسلم ثم قال للزبير أسق ثم أحبس الماء حتى يبلغ

1- قشیری، مسلم بن حجاج نیشاپوری، دار ابی حیان، مصر، چاپ اول ج 3 ص 1342 شماره حدیث 1717

2 زحیلی، د. وهبه الزحیلی، الفقه الإسلامي وأدلته، - دار الفكر دمشق - ط 3، 1409 هـ-1988 م ج 6 ص 505

3 ابن رشد، بداية المجتهد، همان، ج 2 ص 462، شیرازی، المهذب، ج 2 ص 293، المغنی، ابن قدامة، ج 11 ص 395

4 ابن قدامة، المغنی، ج 4 ص 442

ترجمه: روایت شده است که حضرت زبیر رضی الله عنه با یکی از مردان انصاری به حضور پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم جهت حل یک قضیه در منطقه حره مراجعه کردند، پیامبر صلی الله علیه وسلم برای زبیر گفت: زمینت را آب بده و بعد آب را به همسایه ات روان کن، مرد انصاری گفت: چون پسر عمه ات بود، به اثر این سخن پیامبر صلی الله علیه وسلم غضبناک شد و باز برای زبیر گفت: آب بده و باز آب را بند کن تا به دیوار ها برسد.

وجه استدلال از این حدیث: از این حدیث معلوم می شود که قضاوت در حال غضب نافذ می شود چون پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم در حالی که غضبناک شده بود فیصله کرد و حکمش نیز اجرا گردید.

دلایل مذهب دوم: عن عبد الرحمن بن أبي بكرة قال كتب أبي إلى عبيد الله بن أبي بكرة وهو قاض أن لا تحکم بین اثنتين وأنت غضبان فإني سمعت رسول الله صلی الله علیه وسلم يقول لا يحکم الحاكم بین اثنتين وهو غضبان»²

ترجمه: عبدالرحمن بن ابی بکره می گوید که پدرم برای برادرم عبیدالله بن ابی بکره که منصب قضاوت را به دوش داشت چنین نوشت: « هرگاه خشمگین باشی در میان دو نفر قضاوت نکن زیرا من از رسول الله صلی الله علیه وسلم شنیده ام که می گفت: نباید حکم کننده در میان دو شخص در حالی فیصله کند که خشمگین باشد»

وجه استدلال از این حدیث: از این حدیث به صراحت معلوم می شود که پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم از قضاوت کردن میان دو فرد متخاصم در حال غضب منع کرده است و این نهی ظاهرا بیان کننده تحریم است و دلالت می کند که باید قاضی صبر کند تا خشم و غضبش از بین برود و باز شروع کند به قضاوت.

علاوه بر آن فقهای کرام هرچیزی را که قاضی را از تامل، تدبر و عمق نظر در حکم قضایی مانع می سازد و سبب می شود فکر او پریشان شود، مناسب ندانسته اند و وجود حد زیاد آن را مانع صحت حکم قضایی دانسته اند مانند: گرسنگی و تشنگی بیش از حد، غم و اندوه شدید، خواب زیاد، مرض، گرمی و سردی آزاردهنده، ضرورت به قضای حاجت و امثال این ها که مانع حضور قلب و جمع شدن فکر می شوند. تمام موارد ذکر شده سبب می شوند تا در صورت وجود آن قاضی نتواند در

1 قشیری، مسلم بن حجاج نیشاپوری، دار ابی حیان، مصر، چاپ اول حدیث شماره: 2357

2 قشیری، مسلم بن حجاج نیشاپوری، دار ابی حیان، مصر، چاپ اول ج 3 ص 1342 شماره حدیث 1717

مورد یک قضیه به درستی فکر کند و به حقیقت برسد. و معلوم است که مقصود پیامبر - صلی الله علیه وسلم - تنها خود غضب و خشم نیست بلکه مقصود اضطراب و پریشانی است، زیرا به سبب خشم و غضب تغییر در عقل و اخلاق حاصل می‌گردد. و دیگر حالتی است که ذکر شد بر آن قیاس می‌شود چون همه آنها نیز تغییر دهنده عقل و اخلاق می‌باشند و بر آنها اثر می‌گذارند. باید دانست که قاضی حق ندارد به یکی از طرفین خصومت چیزی تلقین کند که دیگری را زیان برساند، و نباید او را به آن کار هدایت و راهنمایی کند مگر در حدود که با شبهه دفع می‌شوند. و برای قاضی جایز نیست که شاهد و گواه، در الفاظش معارضه کند به قصد این که او را از شهادتش منصرف گرداند چون در این کار ظلم است به کسی که به نفع او گواهی و شهادت داده شده است، و گاهی به ترک شهادت و گواهی منجر می‌گردد، همان گونه که برای قاضی جایز نیست بر سر شاهد و گواه فریاد بزند یا او را توبیخ کند و منع نماید.¹

طرفداران این مذهب از استدلال جمهور بر قضاوت پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم در حال غضب پاسخ می‌دهند که غضب پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم خفیف بود و همچنان خشم و غضب او به دیگران قیاس نمی‌شود چون او پیامبر بود و در افعال و اقوال او امکان غلطی وجود ندارد.

مذهب راجح: طرفداران هردو دیدگاه مبنی بر این که آیا خشم و غضب مانع صحت حکم قضایی می‌شود، از حدیث استدلال کرده‌اند و در واقع دلایل هردو طرف قناعت بخش است و نمی‌شود آن‌ها را نادیده گرفت به همین خاطر فقها در میان این دو مذهب جمع کرده و گفته‌اند: قضاوت پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم در داستان حضرت زبیر و مرد انصاری محمول است بر غضب خفیف و سبک پس اگر قضاوت قاضی در حالی باشد که خشم و غضبش بسیار شدید نباشد این نوع غضب مانع صحت حکم قضایی نمی‌شود و نهی در حدیث ابی بکره محمول است بر غضب شدید پس اگر غضب قاضی هنگام قضاوت شدید باشد این نوع غضب مانع صحت حکم قضایی می‌شود.

مطلب دوم: خشم و غضب قاضی در روشنی قانون و مقایسه آن با فقه

در قوانین قضائی افغانستان تصریحاتی در مورد مانع بودن خشم و غضب و اینکه آیا فیصله در حالت خشم و غضب مانع صحت آن می‌شود یا نه چیزی مشخصی پیدا نکردم اما مقرر سلوک قضائی، رعایت آداب و اخلاق عالی را بر قضات لازمی دانسته و بر آن تاکید داشته است چنانچه در این مقرر آمده است: «قاضی کوشش مینماید سلوک وی در داخل و خارج محکمه طوری باشد که

1 عاشور، احمد عیسی، فقه آسان در مذهب امام شافعی، مکتبه شامله اصدار 3،32، صفحه 823

اعتماد اصحاب دعوی، کارمندان حقوقی و مردم را در استقلال، غیر جانبداری و درستی و صداقت قضاء حفظ و آنرا افزایش دهد. قاضی در مقابل اصحاب دعوی، وکلای مدافع، شهود و سایر کسانی که قاضی با آنها در چوکات صلاحیت رسمی قضائی تعامل دارد، بردبار و مؤدب بوده و قار خود را حفظ مینماید و از هرگونه حرکات و سکناتی که موجب استخفاف خودش و بی حرمتی مقام قضاء گردد، اجتناب می نماید. قاضی مراعات عین سلوک را بالای کارمندان محکمه و کسانی که تحت امر وی کار میکنند، لازمی میگرداند. در زندگی اجتماعی، قاضی از احترام و اعتبار خاص برخوردار میباشد و روی همین ملحوظ است که قاضی باید شخص قابل اعتماد و صادق باشد و عالیترین سطح اخلاقیات و ارزش های اجتماعی را مراعات نماید»¹.

همچنان در قانون اصول محاکمات مدنی چنین تصریح شده است: « قاضی مکلف است از کردار و گفتار منافی نزاهت قضایی جدا اعتراض نماید»²

مطلب سوم: مانع بودن رشوت خوری قاضی از دیدگاه فقه

رشوت در لغت به معنای دوستی کردن و سازش آمده است³ و در اصطلاح فقهاء آن را چنین تعریف کرده اند: « هي ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد»⁴ یعنی رشوه عبارت از چیزی است که یک شخص آن را برای حاکم یا غیر آن می دهد تا برایش حکم کند یا او را به چیزی وادار سازد که خودش می خواهد.

جرجانی رشوت را در کتاب «التعريفات» چنین تعریف کرده است: « الرشوة ما يعطى لإبطال حق أو لإحقاق باطل»⁵

ترجمه: رشوت چیزی است که برای باطل ساختن حق یا حق گردانیدن باطل داده می شود.

حکم رشوت: بدون شک رشوت حرام است چون به منزله خوردن مال مردم به ناحق است و علما به حرام بودن رشوت اجماع کرده اند برابر است که رشوت برای قاضی داده شود یا به غیر او و همچنان طلب کردن رشوت و قبول کردن آن نیز به اتفاق حرام است و حرمت آن از قرآن کریم و احادیث مطهر پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم ثابت است:

الف: دلیل حرمت رشوت از قرآن کریم، خداوند متعال در قرآن کریم می فرماید: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا

1 طرز سلوک قضایی برای قضات جمهوری اسلامی افغانستان (29) جوزا 1386 هـ.ش ماده نهم.

2 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده چهار صدونود و چهارم:

3 فیومی، احمدین محمدین علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، مکتبه، علمیه بیروت، لبنان صفحه، 299

4 ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دار المعرفه - بیروت، جلد 6 ص 285

5 جرجانی، السید الشریف علی بن محمد، التعريفات، دار إحياء التراث العربی - بیروت 2003 م. ج 1 ص 148

أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ¹

ترجمه: و اموال خودتان را به باطل و ناحق، در میان خود نخورید و آن را به امراء و قضات تقدیم نکنید تا از روی گناه، بخشی از اموال مردم را بخورید و شما بر آن آگاه باشید و بدانید که ستمکار را یاری داده اید و مرتکب گناه شده اید.

وجه استدلال: در این آیه الله متعال از خوردن اموال مردم به گونه باطل نهی کرده است و رشوت از سخت ترین انواع روش های خوردن اموال مردم به باطل است زیرا چنانچه قبلا در تعریف رشوه گذشت، رشوه به مقصد حق گردانیدن باطل و یا باطل گردانیدن حق داده می شود.

ب: دلایل حرمت رشوت از حدیث

1- عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ الرَّأْشِي وَالْمُرْتَشِي.²

ترجمه: از عبدالله بن عمرو بن عاص رضي الله عنهما روایت است که رسول خدا صلی الله علیه وآله وسلم رشوه گیرنده و رشوه دهنده را لعنت کرد.

2- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ الرَّأْشِي وَالْمُرْتَشِي فِي الْحُكْم.³

ترجمه: از ابوهریره رضي الله عنه روایت است، که رسول خدا صلی الله علیه وآله وسلم رشوه دهنده و رشوه گیرنده در قضاوت لعنت کرده است.

وجه استدلال: از احادیث فوق معلوم می شود که رشوت حرام و گناه بزرگ است چون اگر حرام و گناه بزرگ نباشد پس چرا پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم صاحب آن را مستحق لعنت دانسته است؟

آیا رشوت مانع صحت حکم قضائی می شود؟ در این مورد فقها اختلاف کرده اند که شرح آن قرار ذیل می باشد:

دیدگاه اول: علمای مذهب مالکی، شافعی و حنبلی ها می گویند قضاوت قاضی رشوت خور جایز نیست⁴، آنان برای اثبات دیدگاه خود چنین استدلال کرده اند:

1- به آیت و احادیثی که قبلا روایت شدند و به حرمت رشوت دلالت می کنند.

1 سوره بقره آیه 188

2 سجستانی، ابوداود سلیمان بن الأشعث السجستانی (ب ت) سنن ابی داود دار الکتب العربی، حدیث شماره: 3582 (البانی این حدیث را صحیح گفته است)

3 ترمذی، محمد بن عیسی، (ت 279، دار احیاء التراث العربی، بیروت. حدیث شماره: 1336 (البانی این حدیث را صحیح گفته است)

4 دسوقی، محمدعرفه، (ب،ت). حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير. تحقیق: محمد علیش. بیروت. دارالفکر. ج 4 ص 181

2- اجماع علما به حرمت رشوت و گرفتن آن. زیرا خوردن اموال مردم به گونه باطل به نص صریح آیت و حدیث حرام است و هدف از رشوت نیز باطل گردانیدن حق و حق گردانیدن باطل است و زمانی که یک قاضی رشوت خور باشد او حقیقت را به هدف به دست آوردن متاع تغییر میدهد بناءً قضاوت او قابل تنفیذ نیست.

دیدگاه دوم: علمای احناف در مورد فیصله قاضی رشوت خور سه نظریه ارائه کرده اند¹:

اول: حکم قاضی در قضیه ای که در آن طلب رشوت کرده است تنفیذ نمی شود زیرا قاضی در این صورت برای حکم خویش طلب اجر کرده است و اجرت گرفتن در مقابل حکم باطل است چون انجام وظیفه قضاوت واجب است و اجرت گرفتن در این مورد جایز نیست.

دوم: حکم قاضی رشوت خور هنگامی موافق شریعت و قانون باشد صحیح است برابر است در قضیه ای باشد که در آن طلب رشوت کرده است یا در قضیه ای باشد که در آن طلب رشوت نکرده باشد، زیرا گرفتن رشوت یک نوع فسق به شمار می رود و فاسق شدن قاضی موجب انعزال او از منصب قضاوت نمی شود و ولایتش باقی است بناءً قضاوتش قابل تنفیذ است.

سوم: رشوت مانع صحت حکم قضائی می شود و حکم قاضی مرتشی در تمام قضایایی که حکم کرده است قابل اجرا و تنفیذ نمی باشد، امام ابوحنیفه «رحمه الله» می گوید: «**لو قضي القاضي زماناً بین الناس ثم علم أنه مرتشي ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضایاه**»²

ترجمه: اگر قاضی مدتی در میان مردم قضاوت کرد و سپس معلوم شد که او رشوه خور بوده است، قاضی بعدی باید تمام فیصله های او را باطل گرداند.

قول راجح: نظر به دلایل فوق قول راجح مذهب امام ابوحنیفه است مبنی بر اینکه رشوت مانع صحت حکم قضایی بوده و قضاوت قاضی رشوه خور قابل تنفیذ نه بلکه باید باطل گردانیده شود زیرا ممکن است قاضی رشوت خور همین منصب قضاء را به رشوت گرفته باشد و همچنان کسی که رشوت می گیرد در حقیقت به غیر حق حکم می کند و حقیقت را پنهان می کند و عدالت را برقرار نمی کند بناءً مناسب نیست او در مسند قضاوت باشد و رشوت خوردن یک ظلم بسیار بزرگ است

مطلب چهارم: مانع بودن رشوت در قانون و مقایسه آن با فقه

در مورد اینکه آیا از دیدگاه قانون، رشوت مانع صحت حکم قضائی می شود یا خیر؟ در قانون چیز صریح وجود ندارد اما از برخی مواد قانون استنباط می شود که قبول رشوه مانع صحت قضاء می

1 ابن نجیم، البحر الرائق، همان، ج 6 ص 285

2 ابن نجیم، البحر الرائق، همان، ج 6 ص 285

شود. به طور مثال در حلف نامه و سوگند قاضی چنین آمده است: «به صورت مستقیم یا غیر مستقیم به خیانت، حق تلفی، بی عدالتی، قانون شکنی و اخذ رشوت مبادرت نمی ورزم»¹.

همچنان در مقررہ طرز سلوک منسوبین اداری قوه قضائیه یکی از مکلفیت های قاضی، عدم قبول یا اعطای هدیه یا هرنوع منفعت مادی یا معنوی برای خود، اقارب، دوستان، امر مربوطه، همکاران یا مادونان به ارتباط وظیفه، گفته شده و چنین تصریح شده است «قاضی از قبول هرگونه هبه و منفعتی که او را در مظان تهمت قرار دهد اجتناب می ورزد و به هیچ یک از اقارب و وابستگان خود اجازه نمی دهد تا به اعتبار موقف وی هبه و یا منفعتی را قبول نمایند. قاضی و کارمندان محکمه وی یا اعضای فامیل وی نمیتوانند در ارتباط به کارهای انجام یافته یا کارهاییکه قرار است به اساس وظایف قضائی قاضی صورت گیرد، تقاضای هدیه، جایزه یا انجام کاری را نمایند یا همچو چیزی را قبول نمایند. قاضی منصب قضاء را وسیله حصول منافع شخصی، منافع اعضای فامیل یا شخص دیگر نمی سازد»².

در شرح این ماده آمده است که قبول هرنوع هبه، جایزه، قرض یا مساعدت توسط قاضی یا کارمندان محکمه او یا اعضای فامیل او که با وی یکجا زندگی میکنند، چه اینکه به اساس تقاضا باشد یا نباشد، دلالت واضح بر این دارد که قاضی مجبور است یا احساس مجبوریت میکند تا امور متذکره را جبران کند که در همچو وضعیت، استقلال و غیر جانبداری قاضی زیر سوال می رود. بنابراین، قبول هر نوع هبه، جایزه، قرض یا مساعدت از شخص، وکیل مدافع، شرکت تجاری، مؤسسه یا کدام نهاد دیگریکه قرار است در حضور قاضی در ارتباط به قضیه مربوطه حاضر شود یا ممکن است در آینده حاضر شود و یا هم با قاضی کاری دارد یا ممکن داشته باشد که با انجام وظایف قضایی وی بستگی دارد. این ماده مانع قبول کردن حق الزحمه که در بدل تقدیر از مشارکت قاضی در تدریس کورس از طرف کدام نهاد دولتی یا مؤسسه که مصروف فراهم ساختن کورس ها یا سیمینار های دوامدار تعلیمات حقوقی یا قضائی میباشد، به قاضی اعطاء میشود، نمیگردد. قضات باید میان استفاده درست و استفاده نادرست از حیثیت و اعتبار منصب قضاء در فعالیت های شخصی و مسلکی تفکیک نمایند. قاضی باید از به عاریت گذاشتن حیثیت و اعتبار منصب قضاء بخاطر بدست آوردن منافع شخصی خود یا دیگران جداً اجتناب نماید»³.

1 وزارت عدلیه، رسمی جریده، قانون تشکیل صلاحیت محاکم، شماره مسلسل 1109، تاریخ 1392/9/4 ماده هشتاد و دوم.

2 طرز سلوک قضایی برای قضات جمهوری اسلامی افغانستان، مصوبه مؤرخ (29) جوزا 1386 ه.ش، ماده بیستم.

3 طرز سلوک قضایی برای قضات جمهوری اسلامی افغانستان (29) جوزا 1386 ه.ش، شرح ماده بیستم.

مبحث سوم: موانع متعلق به علم قاضی از دیدگاه فقه و قانون

مقصود از موانع متعلق به علم قاضی این است که او به ذات خود علم داشته باشد و به حوادث و قضایای خارج از مجلس حکمش معرفت داشته باشد. مثلا اگر قاضی بشنود که مردی به نفع یک شخص دیگر اعتراف می کند که او بالایش یک مبلغ پول دارد، یا بشنود که یک مرد به زنش می گوید: «تو طلاق هستی» یا کسی را می بیند که یک انسان دیگر را تهمت می کند در چنین حالت ها آیا قاضی به علم خود فیصله می کند یا نه؟ همچنان اگر دو تن از شاهدان به زن و شوهر بودن دو نفر شهادت بدهند و قاضی خودش می دانسته باشد که در میان آنان محرمیت موجود است یا می دانسته باشد که آن مردی که این دو شاهد برایش شهادت می دهند همسرش را طلاق داده است، در این صورت برای قاضی جایز نیست که مطابق شهادت شاهدان قضاوت کند چون اگر او به خلاف علم خود در مورد این قضیه فیصله کند به باطل حکم کرده است و حکم کردن به باطل حرام است.¹

در این مبحث این مسئله را در روشنی فقه و قانون بررسی می نماییم:

مطلب اول: مانعین قضاوت قاضی به علم آن مطلقا و دلایل آن

فقهاء در مورد قضاوت قاضی مطابق به علمش اختلاف کرده اند بعضی آنان حکم کردن به علم قاضی را جواز داده و گفته اند که اگر قاضی مطابق علم و معلومات خود در باره یک قضیه فیصله کند کدام اشکالی ندارد و این امر مانع صحت حکم قضائی نمی شود اما برخی دیگر از علما حکم قاضی به علم و معلومات شخصی اش را منع کرده و آن را جایز نمی دانند. و آن عده از علما که فیصله قاضی به معلومات خود را جواز داده اند در مورد حقوقی که به این امر تعلق می گیرد اختلاف کرده اند که این موارد را طی چند مطلب فرعی بیان می داریم:

دلایل عدم جواز حکم به علم قاضی مطلقا: علمای مذهب امام مالک، حنبلی ها، امام شافعی در قول دومش، امام محمد در یک روایت و متاخرین علمای مذهب امام ابوحنیفه می گویند: فیصله کردن قاضی مطابق معلومات شخصی اش را مطلقا ناجایز می دانند و در این مورد به دلایل ذیل استدلال کرده اند:²

اول: اولین دلیل این آیه قرآن کریم است که الله متعال می فرماید: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ

1 شربینی، محمد بن احمد الخطیب، (ت 937 هـ)، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج دار الفكر - بیروت، ج 3 ص 398

2 ابن عابدین، همان، ج 5 ص 348، بداية المجتهد، همان، ج 2 ص 470 شربینی، مغنی المحتاج، همان، ج 4 ص 398

لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿١٠﴾

ترجمه: و کسانی که به زنان پاکدامن نسبت زنا می دهند ، سپس چهار گواه بر ادعای خود ، حاضر نمی آورند ، بدیشان هشتاد تازیانه بزنید ، و هرگز گواهی دادن آنان را در طول عمر بر هیچ کاری نپذیرید ، و چنین کسانی فاسق و متمرّد از فرمان خدا هستند .

از این آیه معلوم می شود که خداوند به دره زدن فرد تهمت کننده امر کرده است در وقتی که کدام شاهد و دلیل بر گناه شخص تهمت زده شده وجود نداشته باشد اگر چه معلوم شود که این سخن راست است و قاضی نیز از همین قبیل است اگر بدون بینه و شاهد فیصله کند در واقع او تهمت کننده محسوب می شود اگر چه از معلومات خود متیقن باشد .

دوم: دومین دلایل بر عدم جواز قضاوت به معلومات شخصی احادیث ذیل می باشد:

1- حدیث: عن أم سلمة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقض بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار²

ترجمه: ام سلمه همسر پیامبر صلی الله علیه وسلم می گوید که آن حضرت صلی الله علیه وسلم گفت: من یک بشر هستم و شما نزد من مسایل مورد منازعه خود را می آورید و شاید بعض شما زبان قوی تر داشته باشید و من قسمی که می شنوم فیصله می کنم پس اگر به نفع کسی از حق برادرش چیزی را فیصله می کنم آن را باید نگیرد چون در حقیقت من یک قطعه ای از آتش را برایش فیصله می کنم .

از این حدیث معلوم می شود که پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم مطابق علم خود در قضیه فیصله نمی کرده است بلکه سخنان طرفین را می دیده است و نظر به بینه و شاهدان فیصله می کرده است پس معلومی می شود که قضاوت مطابق علم نباید باشد .

2- عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَعَثَ أَبَا جَهْمَ بْنَ حُدَيْفَةَ مُصَدِّقًا فَلَاجَهُ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ فَضَرَبَهُ أَبُو جَهْمٍ فَشَجَّهَ فَأَتَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالُوا الْقَوْدَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « لَكُمْ كَذَا وَكَذَا » . فَلَمْ يَرْضُوا فَقَالَ « لَكُمْ كَذَا وَكَذَا » . فَمَنْ يَرْضُوا فَقَالَ « لَكُمْ كَذَا وَكَذَا » . فَرَضُوا . فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « إِنِّي خَاطَبْتُ الْعَشِيَّةَ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ » . فَقَالُوا نَعَمْ . فَخَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ « إِنَّ هَؤُلَاءِ اللَّيْثِيِّينَ أَتَوْنِي يُرِيدُونَ الْقَوْدَ

1 سوره نور آیه 4

2 صحیح مسلم، کتاب الشهادات، شماره حدیث 6748 و صحیح البخاری: کتاب الأقضية، شماره حدیث 1713

فَعَرَضْتُ عَلَيْهِمْ كَذًا وَكَذَا فَرَضُوا أَرْضِيئْتُمْ». قَالُوا لَا. فَهَمَّ الْمُهَاجِرُونَ بِهِمْ فَأَمَرَهُم رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- أَنْ يَكْفُوا عَنْهُمْ فَكَفُوا ثُمَّ دَعَاهُمْ فَرَادَهُمْ فَقَالَ « أَرْضِيئْتُمْ ». فَقَالُوا نَعَمْ. قَالَ « إِنِّي خَاطِبٌ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ ». قَالُوا نَعَمْ. فَخَطَبَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فَقَالَ « أَرْضِيئْتُمْ ». قَالُوا نَعَمْ.¹

ترجمه: عایشه رضی الله عنها می گوید که پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم ابا جهم بن حذیفه را به منظور جمع آوری صدقات فرستاد، یک مرد با او در مورد زکاتش لجبازی کرد و ابو جهم او را لت و کوب کرد و سرش را شکستاند، سپس آنان نزد رسول خدا صلی الله علیه وسلم آمدند و گفتند: ما قصاص می خواهیم، پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: برای شما این قدر و این قدر مال می دهیم، آنان قبول نکردند سپس پیامبر صلی الله علیه وسلم مقدار مال را اضافه کرد و گفت: راضی شدید آنان راضی شدند، پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم گفت: من در نماز عصر مردم را فرا می خوانم و از رضایت شما آنان را خبر می کنم، آنان گفتند: درست است، پیامبر صلی الله علیه وسلم خطاب به مردم گفت: اینان مردمان لیث هستند و آمده بودند تا قصاص بگیرند و من برایشان این قدر مال را پیشنهاد کردم و آنان راضی شدند، در این هنگام باز از آنان پرسید که آیا راضی شدید؟ آنان گفتند: نه خیر، در این وقت مهاجرین قصد حمله بالای آنان را کردند ولی رسول خدا صلی الله علیه وسلم آنان را نگذاشت و مهاجرین نیز از آنان منصرف شدند، و بار دیگر آنان را نزد خود خواند و مقدار مال را اضافه کرد و گفت: آیا راضی شدید؟ آنان گفتند: بلی، رسول خدا باز گفت: من مردم را دعوت می کنم و از رضایت شما آنان را خبر می کنم، بار پیامبر صلی الله علیه وسلم خطاب به مردم قضیه را عرض کرد و گفت: آیا راضی شدید؟ آنان گفتند: بلی.

وجه استدلال: چنانچه می بینیم از این حدیث به صراحت معلوم میشود که قضاوت مطابق علم جایز نیست چون پیامبر صلی الله علیه وسلم می دانست که آنان به قضاوت او در مرحله اول راضی شده بودند اما با وجود آن به علم خود فیصله نکرد و آنان را مورد مواخذه قرار نداد و این حدیث نص واضح است و نشان می دهد که قضاوت قاضی به علمش جایز نیست.

سومن دلیل کسانی که مخالف جواز قضاوت به علم قاضی هستند، این سخن رسول خدا صلی الله علیه وسلم است که در یک قضیه حقوقی برای کسی که جهت فیصله مراجعه کرده بود گفت: «شاهدك أو يمینه»²

1 سجستانی، سلیمان بن اشعث ابی داود، سنن ابی داود، دارالکتاب العربی، بیروت حدیث شماره 3645

2 بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، ج 1 ص 396 حدیث شماره 2669

ترجمه: یا دو شاهد بیاور و یا قسم بخور

از این حدیث معلوم می شود که فیصله قاضی باید یا بعد از شهادت دو شاهد باشد و یا به قسم منکر و در اینجا هیچ اشاره ای به علم قاضی نشده است و این به گونه واضح و آشکار دلالت می کند قاضی حق ندارد به معلومات شخصی خود در مورد یک قضیه فیصله کند و اگر قضاوت به معلومات شخصی قاضی جایز می بود پیامبر صلی الله علیه وسلم آن را در اینجا ذکر می کرد.

3- عن جابر بن عبد الله قال أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجعرانة منصرفه من حنين وفي ثوب بلال فضة ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقبض منها يعطي الناس فقال يا محمد اعدل قال ويلك ومن يعدل إذا لم أكن أعدل لقد خبت وخسرت إن لم أكن أعدل فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه دعني يا رسول الله فأقتل هذا المنافق فقال معاذ الله أن يتحدث الناس أني أقتل أصحابي إن هذا وأصحابه يقرؤون القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون منه كما يمرق السهم من الرمية»¹

ترجمه: جابر رضي الله عنه می گوید: یک مرد در مقام جعرانه هنگامی رسول خدا صلی الله علیه وسلم از حنین بازمی گشت در حالی آمد که در لباس بلال نقره بود و پیامبر صلی الله علیه وسلم آن را می گرفت و برای مردم می داد، این مرد گفت: ای محمد عدالت کن! پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: هلاک شوی اگر من عدالت نکنم پس کی عدالت می کند یقیناً اگر من عدالت نکنم تو زیانمند می شوی، عمر رضي الله عنه گفت: ای رسول خدا بگزار گردن این منافق را بزنم! رسول خدا صلی الله علیه وسلم گفت: معاذ الله من نمی خواهم مردم بگویند محمد یاران خود را می کشد، این مرد و امثال او قرآن را می خوانند اما از گلو شان تجاوز نمی کند و آنان از دین قسمی بیرون می شوند که تیر از کمان بیرون می شود.

از این حدیث معلوم می شود که قضاوت کردن به اساس معلومات شخصی جایز نیست چون رسول خدا صلی الله علیه وسلم با وجود می دانست که این مرد منافق است بالایش حکم نکرد.

4- قول النبي صلى الله عليه وسلم إن جاءت به كذا فهو لهلال يعني الزوج، وإن جاءت به كذا فهو لشريك بن سمحاء يعني المقدوف، فجاءت به على الوصف المذكور، فقال لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها.²

ترجمه: پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم در مورد داستان تهمت هلال به همسرش گفته بود: اگر پسری به این صفت ها به دنیا آورد بدانید که از هلال یعنی شوهرش است و اگر به این نشانه ها

1 نیشاپوری، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحیح مسلم، دار إحياء التراث العربی، بحیث شماره 1063

2 قشیری، مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، کتاب اللعان، ج 4 ص 1497 حدیث شماره 1135

طفلی به دنیا آورد از شریک بن سمحاء یعنی همان شخصی بالایش تهمت زده شده بود، می باشد، آن زن به همان وصفی که پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم در مورد شریک بن سمحاء گفته آود طفل به دنیا آورد، زمانی این خبر رسید، پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: اگر من کسی را بدون شاهد و بینه رجم می کردم این زن را رجم می کردم.

از این حدیث معلوم می شود که قضاوت به اساس معلومات قاضی برابر است که این معلومات را از هر آدرسی آورده باشد جایز نیست چون رسول خدا صلی الله علیه و سلم به خوبی قضیه را می دانست ولی مطابق معلوماتش حکم نکرد و آن زن درست مطابق علامه های که پیامبر صلی الله علیه وسلم گفته بود طفل به دنیا آورد و معلوم گردید که سخن شوهر آن زن درست بوده است اما چون در این قضیه شاهد وجود نداشت بناءً از قضاوت مطابق معلومات خویش منصرف شد و گفت: اگر من کسی را بدون شاهد و بینه رجم می کردم این زن را رجم می کردم.

سوم: دلالت اجماع: این قیماً¹ - رحمه الله- در کتاب الطرق الحکمیة آورده است از صحابیان بزرگی مانند: ابوبکر صدیق رضی الله عنه، عمر، عبدالرحمن بن عوف، ابن عباس و معاویه رضی الله عنهم، منع قضاوت به علم و معلومات شخصی منقول است و آنان این کار را به شدت رد می کردند و این یک اجماع محسوب می شود چون مخالفت هیچ یک از اصحاب در این مورد نقل نشده است، چنانچه از ابوبکر صدیق رضی الله عنه نقل شده است که او گفته است: «لو رأیت رجلاً علی حد من حدود الله ما أخذته ولا دعوت له أحداً حتی یكون معي غیري» اگر مردی را ببینم که مرتکب گناهی می شود که موجب حدی از حدود الله است من او را گرفتار نمی کنم و کسی را نیز خبر نمی کنم تا زمانی که کسی دیگری همراهی من باشد و ما هر دو او را ببینیم و همچنان روایت آمده است که عمر بن خطاب رضی الله عنه به عبدالرحمن بن عوف گفت: «أرأیت لو رأیت رجلاً قتل أو سرق أو زنا؟ قال: شهادتك شهادة رجل من المسلمین فقال له صدقت» یعنی اگر من کسی را در حال قتل، دزدی یا زنا ببینم چه کار کنم؟ عبدالرحمن بن عوف گفت: شهادت تو مانند شهادت یک فرد عادی از مسلمانان است او گفت: راست گفتمی²

چهارم: دلالت عقل: عقل نیز بر عدم جواز قضاوت مطابق معلومات شخصی حکم می کند چون اگر این کار جایز باشد، این امر سبب می شود تا قاضی آن چه را که خودش می پسندد مطابق آن

1 ابن قیماً: شمس الدین ابو عبدالله محمد بن ابوبکر بن ایوب دمشقی، مشهور به ابن قیماً جوزی از امامان بزرگ مذهب حنبلی در زمانه خودش بود. وی از مشهورترین شاگردان ابن تیمیه است. بیش از هفتاد تالیف در زمینه های مختلف دارد، از جمله: اعلام الواقعیین، زاد المعاد، اغاثة اللہفان. ابن قیماً در سال 751 هجری وفات نمود. شذرات الذهب، ج 6، ص 168

2 ابن قیماً، أبو عبد الله محمد بن أبي الزرعی، (ت 751 هـ)، الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة، مطبعة المدنی - القاهرة ج 1 ص 195 و 196

قضاوت و فیصله کند و این باعث می شود تا قاضی مورد تهمت دیگران قرار گیرد، همچنان قاضی معصوم نیست و گاهی امکان دارد معلوماتش کافی نباشد و جواز دادن قضاوت به اساس معلومات برخی از قاضیانی را که از تقوای کامل برخوردار نیستند به قضاوت های نادرست و ظلم در برابر دیگران وادار سازد، به همین سبب متاخرین به عدم جواز قضاوت قاضی به اساس معلومات شخصی به طور مطلق فتوا داده اند.¹

مطلب دوم: فائیلین به جواز قضاء به علم قاضی و دلایل آنان

امام ابویوسف، امام محمد، امام شافعی در قول اول و ابن حزم می گویند قضاوت قاضی به اساس معلومات شخصی اش مطلقاً جایز است آنان بر این قول خود به دلایل ذیل استناد کرده اند:²
دلایل طرفداران جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی

اول: طرفداران جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی اولاً به این آیه استدلال کرده اند: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوُوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾³

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید! دادگری پیشه سازید و در اقامه عدل و داد بکوشید، و به خاطر خدا شهادت دهید و از این سو و آن سو جانبداری نکنید هر چند که شهادتتان به زیان خودتان یا پدر و مادر و خویشاوندان بوده باشد. اگر کسی که به زیان او شهادت داده می شود دارا یا ندار باشد، رغبت به دارا، یا شفقت به ندار، شما را از ادای شهادت حق منصرف نکند چرا که رضای خداوند از رضای هر دوی آنان بهتر است و خدا به مصلحت آن دو آگاه تر از شما است پس از هوا و هوس پیروی نکنید که اگر چنین کنید از حق منحرف می گردید و به باطل می افتید. و اگر زبان از ادای شهادت حق بیچنانید یا از آن روی بگردانید، خداوند از آنچه می کنید آگاه است و پاداش اعمال نیک و پادافره اعمال بدتان را می دهد.

وجه استدلال از آیه مذکور: طرفداران جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی می گویند در این آیه الله متعال مسلمانان به خصوص قاضیان را که صلاحیت تنفیذ عدالت را دارند به اجرای عدالت امر کرده است و این امر از جمله عدالت محسوب نمی شود که قاضی در مورد

1 اختصار از کتاب وسائل الإثبات: د. محمد مصطفی الزحیلی - مکتبة دار البیان - دمشق - طبع اول. 1402 هـ - 1982 ص 571
2 ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار (ت 1252)، دار الفکر - بیروت - الطبعة الثانية 1368 هـ - 1926 م، ج 5 ص 105
3 سوره نساء آیه 135

متخصصین معلومات داشته باشد که یکی از آنان ظالم و دیگری مظلوم است اما با آن هم از علم خود استفاده نکند و طرفداری مظلوم را نکند، پس معلوم می شود که قضاوت قاضی به اساس علم و دانایی شخصی اش در مورد مدعی و مدعی علیه جایز است و این مسئله کدام اشکالی ندارد.

دوم: دلایل از احادیث نبوی صلی الله علیه وسلم

3. عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك جناح فقال رسول الله خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك.¹

ترجمه: عایشه رضی الله عنها می گوید: هند بنت عتبه نزد رسول خدا صلی الله علیه وسلم آمد و گفت: ای رسول خدا ابوسفیان مرد بخیل و ممسک است و مرا آن چه که برای نفقه من و اولادم کفایت کند نمی دهد مگر چیزی که خودم بدون علمش از وی بگیرم پس آیا در این گناهی برایم است؟ پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: از مال شوهرت به وجه معروف به اندازه بگیر که برای خودت و اولادت کفایت کند.

وجه استدلال: طرفداران جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی می گویند در اینجا پیامبر صلی الله علیه وسلم بدون طلب دلیل و شاهد برای اثبات دعوی هند همسر ابو سفیان به او اجازه داد تا از مال ابی سفیان مصرف کند چون پیامبر صلی الله علیه وسلم می دانست که هند راست می گوید و مطابق علم خود فیصله کرد و هیچ شاهد و بینه نخواست.

اما صاحبان قول اول که گفته اند قضاوت به اساس معلومات شخصی مانع صحت حکم قضائی است از این استدلال جواب داده اند که این فیصله نبود بلکه یک نوع فتوا بود زیرا هند خواستار فیصله و حکم نشده بود بلکه مسئله جواز اخذ مال را به اندازه ضرورت بدون خبر شدن شوهرش پرسیده بود چون در مسئله قضاوت هر دو طرف مدعی و مدعی علیه حاضر می باشند و در اینجا فقط یک طرف حاضر بود.²

4. عن سعد بن الأطول أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم، وترك عيالاً، فأردت أن أنفقها على عياله فقال لي النبي إن أخاك محبوس بدينه فاقضه عنه، قلت يا رسول الله قد قضيت عنه إلا دينارين ادعتهما

1 قشیری، مسلم بن حجاج، صحیح مسلم باب قصاص المظلوم إذا وجد ماله ظالماً، شماره حدیث: 2327 و صحیح البخاری ج 2 ص 1338 1714، باب قضیه هند.

2 ابن قیم، شمس الدین، أبو عبد الله، (ت 751 هـ)، الطرق الحکیمه فی السیاسة الشرعیة، مطبعة المدني - القاهرة ص 196

امراة وليست لها بينة، قال: أعطها فإنها محقة¹، وفي رواية: " أعطها فإنها صادقة"¹

ترجمه: سعد بن اطول می گوید برادر مرد و سه صد درهم از خود برجای گذاشت و از خود عیال داشت، من خواستم آن را بالای عیالش مصرف کنم، پیامبر صلی الله علیه وسلم برایم گفت: برادرت در قرضداری اش محبوس است، قرضش را ادا کن، من گفتم: ای رسول خدا من تمام قرضه هایش را ادا کردم به جز دو دینار باقی مانده است و همسرش ادعا دارد که آن دو دینار از من است اما هیچ بینه و دلیل ندارد، پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: آن دو دینار را برایش بده زیرا او حقدار است، در یک روایت دیگر آمده است که آن دو دینار برای زنش بده زیرا زنش راستگو است.

وجه استدلال: طرفداران جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی می گویند در این حدیث چنانچه می بینیم پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم بدون اینکه از مدعی طلب شاهد و بینه کند به نفعش فیصله کرد چون می دانست که او راست می گوید به همین اساس حکم نمود و به برادر میت گفت برایش آن پول ادعا شده را بدهد.

اما صاحبان قول اول که گفته اند قضاوت به اساس معلومات شخصی مانع صحت حکم قضائی است از این استدلال جواب داده اند که این قضیه مخصوص رسول خدا صلی الله علیه وسلم چون او به طریق وحی از صداقت آن زن آگاهی پیدا کرده بود و همچنان این شبیه یک فتوا است نه قضاوت و حکم.

5- إن فاطمة -رضي الله عنها :- أرسلت إلى أبي بكر -رضي الله عنه -تسأله ميراثها من رسول الله فقال أبو بكر: إن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة، إنما يأكل آل محمد في هذا المال وأني والله لا أغير شيئاً من صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حالها التي كانت عليه في عهد رسول الله، ولأعملن فيها بما عمل رسول الله فأبى أبو بكر أن يدفع إلى فاطمة رضي الله عنها منها شيئاً.²

ترجمه: فاطمه رضی الله عنها به ابوبکر صدیق رضی الله عنه پیام فرستاد که مسئله میراث او از رسول خدا صلی الله علیه وسلم چه می شود؟ ابوبکر در جوابش گفت: پیامبر صلی الله علیه وسلم گفته است: ما گروه انبیاء چیزی به میراث نمی گذاریم آن چه را ترک کرده ایم صدقه است و آل محمد از این مال به انداز ضرورت شان می خورند و من قسم به خداوند چیزی را از صدقه رسول خدا صلی الله علیه وسلم را از حالت اصلی اش که در زمانش بود تغییر نمی دهم و قسمی عمل می کنم که او عمل کرده بود، پس ابوبکر از این که به فاطمه رضی الله عنها چیزی بدهد ابا ورزید.

1 قرظینی، محمد بن یزید، سنن ابن ماجه، باب من قال القاضي أن يقضي، شماره حدیث 136. (البانی این حدیث را در ذیل همین شماره صحیح گفته است)

2 قشیری، مسلم بن حجاج، همان، صحیح مسلم باب فرض الخمس، شماره حدیث: 2925

وجه استدلال: طرفداران جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی می گویند ابوبکر صدیق رضی الله عنه از این که به فاطمه رضی الله عنها چیزی بدهد ابا ورزید چون می دانست که فاطمه در آن مال حقی ندارد و این نمونه ای از قضاوت به معلومات شخصی است و این کار ابوبکر صدیق رضی الله عنه را هیچ یک از خلفای راشدین و سایر اصحاب انکار نکرده اند.

اما صاحبان قول اول که گفته اند قضاوت به اساس معلومات شخصی مانع صحت حکم قضائی است از این استدلال جواب داده اند که ابوبکر صدیق اینجا چیزی قضاوت نکرده است بلکه فقط رد دعوا کرده و فاطمه رضی الله عنها را مستحق اقامه دعوا ندانسته است چنانچه در این حدیث آمده است:

عن ابن عباس قال: «جاء رجلان يختصمان إلى النبي صلى الله عليه وسلم في شيء فقال للمدعي أقم البينة فلم يقم وقال للآخر احلف فحلف بالله الذي لا إله إلا هو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ادفع حقه وستكفر عنك لا إله إلا الله ما صنعت»¹

ترجمه: ابن عباس رضی الله عنه می گوید: دو نفر نزد رسول خدا صلی الله علیه وسلم رفع مخاصمه کردند، پیامبر صلی الله علیه وسلم برای مدعی گفت: دلیل خود را بیاور اما او نتوانست دلیل و شاهد اقامه کند سپس برای مدعی علیه گفت: قسم بخور، او قسم خورد و گفت: قسم به خدایی که هیچ خدایی جز او نیست، سپس پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: حقتش را و کلمه لا اله الا الله از تو کفاره می کند.

وجه استدلال: طرفداران جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی می گویند در اینجا پس از اینکه مدعی علیه سوگند خورد با آن هم به علم خود فیصله کرد پس معلوم می شود پیش از قسم به طریق اولی قضاوت به اساس علم جایز است و قضاوت به علم مانع صحت حکم قضائی نمی شود.

سوم: دلیل عقلی: قائلین به جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی می گویند زمانیکه قاضی می تواند به اساس بینه و شهادت شاهدان قضاوت کند پس به طریق اولی باید بتواند به اساس معلومات خود قضاوت کند زیرا معلوماتی که از طریق شهادت شاهدان به دست می آید ظنی است اما علمی که قاضی خودش در مورد یک قضیه دارد علم یقینی و قطعی است زیرا معلومات قاضی یا از طریق شنیدن به دست آمده است و یا از طریق دیدن و این قوی تر از شهادت شاهدان است که معلوم نیست چه قدر راست می گویند².

همچنان قائلین به جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی می گویند قاضی حق دارد تا

1 نسائی: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت 303) السنن الكبرى - طبع دوم، 1406 هـ مکتب المطبوعات الإسلامية - حلب- 1985 م. حدیث شماره 5963
2 ابن رشد، أبو الوليد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (ت 595) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، طبع ششم 1403 هـ - 1982 م. دار المعرفة - بيروت ج 1 ص 471

شاهدان را تعدیل و تجریح کند پس می تواند خودش در اثبات حق دیگران نقش داشته باشد.

مطلب سوم: سبب اختلاف علماء در این مسئله و مذهب راجح

سبب اختلاف علماء در این مسئله است که هیچ نص صریحی در مورد جواز و عدم جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی وجود ندارد و همچنان مشخص نیست که در کدام موارد قضاوت به اساس معلومات شخصی جایز است و در کدام موارد جایز نیست، به همین طرفداران هر دو مذهب به عمومیات آیات و احادیث استدلال کرده اند مثلاً: در مسئله ای که قاضی آن را به چشم سر ببیند که مفید علم یقینی است و از شهادت، قسم و اقرار کرده قوی تر است اما احتمال دارد که قاضی ادعای علم را کند و معلوماتش کامل نباشد چون قاضی معصوم نیست.

مذهب راجح: در مورد مسئله یاد شده دو دیدگاه ذکر شد که به اساس مذهب اول قضاوت قاضی مطابق معلومات شخصی اش مانع صحت حکم قضائی می شود و همچنان به اساس مذهب دوم قضاوت قاضی مطابق معلومات خودش مانع صحت حکم قضائی نمی شود و این کار از لحاظ فقه اسلامی اشکالی ندارد.

البته با در نظر داشت دلایل، مذهب اول راجح است و دلایل ترجیح مذهب اول قرار ذیل است:

1- قاضی تا زمانی که تمام دلایل و شواهد از قبیل اقرار، شهادت و سایر دلایل اثبات را در مجلس قضا با تمام معنا برایش کامل نشود حق قضاوت را ندارد.

2- دلایلی که قائلین به عدم جواز حکم قاضی به اساس معلوماتش از کتاب و سنت و همچنان از اجماع صحابه نقل کردند قوی تر است و صحابه کرام به این قضیه علم بیشتر داشتند و اجماع آنان در این مورد نقل گردید.

3- اگر قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی را تجویز کنیم این کار باعث تهمت به قاضی و همچنان سبب فساد می شود چون راه قاضی را برای حکم کردن مطابق خواهشات باز می کند.

4- منع صحت حکم قضائی به اساس معلومات شخصی راه استفاده از منصب قضاء را برای قاضیان مفسد مسدود می کند و آنان نمی توانند به اساس میل و خواهشات شان فیصله نموده هرکسی را که دوست داشته باشند به نفع او حکم کنند، خصوصاً در این زمان که فتنه و فساد گسترده شده است.

5- اگر در گذشته ها قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی مانع صحت حکم قضائی نمی شده است این دلیل برای جواز در عصر حاضر نمی شود چون قاضیان آن زمان تا این عصر فرق دارند و تقوا و تمسک آنان به اصول شریعت و حلال و حرام بیش تر بود و حالا چنین نیست ،

بناءً به منظور سد ذرائع عدم جواز قضاوت با معلومات شخصی اولی است.
6- به همین خاطر اکثر علمای متاخرین مذهب امام ابوحنیفه به عدم جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی فتوا داده و این قول را ترجیح داده اند و دلیل ترجیح آنان فساد قاضیان در این زمان است.¹

مطلب چهارم: موانع متعلق به علم قاضی از دیدگاه قانون

در مقررہ طرز سلوک قضائی در مورد حکم و فیصله به اساس علم قاضی چنین آمده است: «قضاوت قاضی مبتنی بر استنباط وی از حقایق و واقعیات هابی می باشد که در جریان محاکمه ظاهر می گردد. قاضی نمی تواند بر مبنای علم و آگاهی خود در مورد قضیه که تحت رسیدگی اش قرار دارد حکام صادر نماید یا بجز از حالاتی که قانون اجازه آنرا داده است، نمی تواند بر مبنای معلومات شخصی یا شواهد دیگری که رسماً در دوسایه شامل نشده و توسط طرفین یا اطراف دعوی بصورت آشکار روی آن بحث صورت نگرفته است، حکم خود را صادر کند»²

در قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان در مورد حکم کردن با معلومات شخصی و نیز در باره کسب معلومات از اهل خبره چنین تذکر داده شده است: «محکمه می تواند به منظور استیضاح وقایع مربوط به دعوا، نظرات اهل خبره که در موضوع با اساس مسلک و تخصص حایز معلومات کافی و مطابق معیاری های شریعت اسلام دارای اوصاف شهرت نیک باشد، بنا بر تقاضای طرفین دعوی یا به تجویز خود مطالبه نماید. اهل خبره قبل از شروع به فعالیت سوگند می نماید که وظیفه را به امانت داری انجام می دهد»³

همچنان این قانون، در مورد کسب معلومات توسط قاضی راجع به دعاوی چنین تصریح کرده است: محکمه می تواند در دعاوی عقاری راجع به قیمت، کروکی، تعیین حدود، مساحت و مسایل ساختمانی، در صورت بروز اختلاف طرفین دعوی از اهل خبره کسب معلومات نماید.⁴

مقایسه میان فقه و قانون در مورد موانع بودن فیصله به اساس علم قاضی:

چنانچه مشاهده کردیم مذهب راجح در فقه همین بود که فیصله به اساس علم قاضی به خصوص در عصر حاضر جایز نیست چون اگر در گذشته ها قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی مانع

1 ابن عابدین، محمد امین، رد المختار علی الدر المختار (ت 1252)، دار الفکر - بیروت. ط 1368 - 1926 م ج 1 ص 439
2 وزارت عدلیه، مقررہ های مربوط ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان تاریخ نشر: (حوت سال 5831 ه ش) نمبر مسلسل: 511 ماده چهارم.

3 قانون اصول محاکمات مدنی، فصل دهم، ماده 175 ص 54

4 قانون اصول محاکمات مدنی، همان، ماده 175 ص 54

صحت حکم قضائی نمی شد این دلیل برای جواز در عصر حاضر نمی شود چون قاضیان آن زمان تا این عصر فرق دارند و تقوا و تمسک آنان به اصول شریعت و حلال و حرام بیش تر بود و حالا چنین نیست ، بناءً به منظور سد ذرائع عدم جواز قضاوت با معلومات شخصی اولی است. به همین خاطر اکثر علمای متاخرین مذهب امام ابوحنیفه به عدم جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی فتوا داده و این قول را ترجیح داده اند و دلیل ترجیح آنان فساد قاضیان در این زمان است.

در قانون نیز حکم کردن به اساس علم قاضی کاملاً منع شده است و به صراحت گفته شده است که قاضی نمی تواند بر مبنای علم و آگاهی خود در مورد قضیه که تحت رسیدگی اش قرار دارد حکام صادر نماید یا بجز از حالاتیکه قانون اجازه آنرا داده است، نمی تواند بر مبنای معلومات شخصی یا شواهد دیگر فیصله کند اما مطابق ماده پنجم قانون طرز سلوک قضائی، قاضی حق دارد تا نظریات خود را بصورت آزادانه ابراز نماید.¹

مطلب پنجم: مسائلی که در آن ها حتی نزد قائلین به جواز قضاوت، قاضی نمی تواند به معلوماتش فیصله کند

در این مورد که در کدام موارد قاضی می تواند به اساس علمش فیصله کند و در کدام مسائل نمی تواند مطابق معلوماتش فیصله نماید، فقهای کرام اختلاف کرده اند و دو دیدگاه در این خصوص وجود دارد:

دیدگاه اول: یک تعداد فقها به این نظر اند که قاضی در حدودی که در آن خالص حق الله است نمی تواند به اساس معلومات شخصی اش فیصله کند و حکم کردن در حدود مانع صحت حکم قضائی می شود اما در حدودی که خالص حق الله نیستند بلکه در آن انسان ها نیز حق دارند می تواند به اساس معلوماتش فیصله کند اما نه با تمام معنا بلکه تنها در قسمت حق العبد حکم می کند مثلاً در سرقت و دزدی قاضی می تواند به اساس معلومات خود در مورد مال دزدیده شده حکم کند و آن را به صاحبش برگرداند اما نمی تواند حد سرقت قطع دست را جاری کند و همچنان در قصاص و حد قذف تنها می تواند در مورد حق العبد فیصله کند، این دیدگاه امام ابوحنیفه، امام ابویوسف، امام محمد، امام شافعی در یک روایت، امام احمد در یک روایت و همچنان مذهب بعض علمای مالکی مذهب می باشد.²

دیدگاه دوم: بعض علمای دیگر مانند پیروان مذهب امام شافعی در قول مشهور شان، امام احمد در یک روایت و همچنان پیروان مذهب ظاهری می گویند قضاوت قاضی به اساس معلومات دسته

1 وزارت عدلیه، مقررہ های مربوط سترہ محکمہ جمهوری اسلامی افغانستان تاریخ نشر: (حوت سال ۵۸۳۱ ه. ش) نمبر مسلسل: ۵۱۱ ماده پنجم.

2 بدائع الصنائع، همان، ج 7 ص 7، شوکانی: محمد بن علی بن محمد، نیل الأوطار من أحادیث سید الأخیار شرح منتهی الأخیار، تعلیقات از محمد منیر دمشقی ج 8 ص 398

داشته خویش در تمام حقوق، حدود، قصاص، مسائل و قضایای خانوادگی مانند طلاق، نکاح و غیره جایز است و هیچ فرقی نمی کند که قاضی در این مسائل با استفاده از معلومات خود حکم کند¹.

دلایل دیدگاه اول: طرفداران مذهب اول به خاطر اثبات دیدگاه خود به دلایل ذیل استدلال می

کنند:

1- حدیث مشهور که پیامبر صلی الله علیه وسلم می فرماید: « ادرووا الحدود عن المسلمین ما استطعتم»²

ترجمه: حدود را دفع کنید و از اقامه آن بالای مسلمانان صرف نظر کنید هر قدر که می توانید.

وجه استدلال: دکتور وهبه زحیلی در مورد وجه استدلال از این حدیث می نویسد: « إن علم القاضي یورث شبهة من جهة طعن الناس به، ومن جهة أخرى فإن الحدود حق لله تعالى لا مطالب بها، والقاضي نائب عن الله تعالى في استيفاء الحد، فكأن القاضي مدع وحاکم في آن واحد، وهذه شبهة تسقط الحد»³ یعنی: معلومات شخصی و فیصله کردن او به علم خود در مورد یک قضیه بزرگی مانند حدود و قصاص مستلزم شبهه و باعث طعن و ملامتی مردم در شخصیت قاضی میشود و از سوی دیگر حدود حق خالص الله متعال هستند و جزء او کسی دیگری حق ندارد آن را مطالبه کند و قاضی حیثیت نائب خداوند در مورد اجرای حدود است پس اگر قاضی به اساس معلومات خود فیصله می کند این بدین معناست که قاضی در یک وقت هم مدعی است و هم فیصله کننده و این شبهه حد را ساقط می گرداند.

2- قول النبي صلی الله علیه وسلم إن جاءت به كذا فهو لهلال یعنی الزوج، وإن جاءت به كذا فهو لشريك بن سمحاء یعنی المقدوف، فجاءت به علی الوصف المذكور، فقال لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها.⁴

ترجمه: پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم در مورد داستان تهمت هلال به همسرش گفته بود: اگر پسری به این صفت ها به دنیا آورد بدانید که از هلال یعنی شوهرش است و اگر به این نشانه ها طفلی به دنیا آورد از شریک بن سمحاء یعنی همان شخصی بالایش تهمت زده شده بود، می باشد، آن زن به همان وصفی که پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم در مورد شریک بن سمحاء گفته آود طفل به دنیا آورد، زمانی این خبر رسید، پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: اگر من کسی را بدون شاهد و بینة رجم می کردم این زن را رجم می کردم.

1 شریینی، مغنی المحتاج، همان ج 4 ص 399 و نیل الاوطار، همان ج 8 ص 301

2 حاکم، ابو عبدالله، المستدرک علی الصحیحین، حدیث شماره 8162. (حاکم آن را صحیح گفته است)

3 زحیلی، وهبه، وسائل الاثبات صفحه 585

4 قشیری، مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، کتاب اللعان، ج 4 ص 1497 حدیث شماره 1135

وجه استدلال: از این حدیث معلوم می شود که قضاوت به اساس معلومات قاضی برابر است که این معلومات را از هر آدرسی آورده باشد جایز نیست چون رسول خدا صلی الله علیه و سلم به خوبی قضیه را می دانست ولی مطابق معلوماتش حکم نکرد و آن زن درست مطابق علامه های که پیامبر صلی الله علیه و سلم گفته بود طفل به دنیا آورد و معلوم گردید که سخن شوهر آن زن درست بوده است اما چون در این قضیه شاهد وجود نداشت بناءً از قضاوت مطابق معلومات خویش منصرف شد و گفت: اگر من کسی را بدون شاهد و بینه رجم می کردم این زن را رجم می کردم¹.

دلایل دیدگاه دوم: کسانی که می گویند قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی در تمام حقوق انسانی و حقوق الله از قبیل اجرای حدود، قصاص و سایر قضایای مالی و اجتماعی مانع صحت حکم قضائی نمی شود و این چنین قضاوت مطلقاً جایز است به همان دلایلی استدلال کرده اند که قبلاً در مورد مشروعیت قضاء به اساس معلومات شخصی قاضی ذکر گردید، آنان می گویند این دلایل عام می باشند و شامل تمام مسایل حقوقی و همچنان حدود و قصاص و غیره می شوند و هیچ دلیلی بر استثنای حدود و قصاص از آن ها وجود ندارد.

همچنان می گویند علم قاضی به یک قضیه چه در مورد حقوق العباد باشد و چه در مورد حقوق الله یک سان و هیچ فرقی در این میان دیده نمی شود پس قسمی که قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی در حقوق العباد جایز است در حقوق الله نیز جایز می باشد².

زمان و مکان حصول علم برای قاضی: همچنان فقهای کرام در مورد زمان و مکن حصول علم و کسب معلومات قاضی اختلاف کرده اند که کدام نوع معلومات می تواند برای قاضی حق دهد تا در مورد یک قضیه به اساس معلومات خودش فیصله کند، معلوماتی که قبل از گرفتن منصب قضاء به دست آورده است یا معلوماتی که بعد از رسیدن به قضاء کسب کرده است؟ در این مورد علما دو نظر دارند:

نظر اول: نظر اول این است که قاضی مطلقاً می تواند به اساس معلومات خود در مورد یک قضیه فیصله کند برابر است که این معلومات را پیش از منصب قضاوت به دست آورده باشد یا بعد از آن و برابر است که این معلومات در دایره محیط قضائی اش باشد یا خارج از آن، امام محمد و امام ابویوسف از احناف، امام شافعی در یک روایت و امام احمد در یک روایت این نظر را تایید کرده اند³.

دلایل طرفداران این نظریه این است که معلومات قاضی در مورد یک قضیه چه قبل از گرفتن

1 زحیلی، وهبه، وسایل الإثبات صفحه 585

2 موانع القضاء فی الفقه الاسلامی، همان ص 47

3 . ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار (ت 1252)، دار الفکر - بیروت - الطبعة الثانية 1368 هـ - 1926 م، ج 7 ص 438

منصب قضاوت باشد و چه بعد از آن کدام فرقی ندارند چون شخص یک شخص است و هیچ تغییر نکرده است، پس قسمی که قضاوت به اساس معلومات شخصی در زمان قضاوت قاضی جایز است، قبل از آن نیز جایز می باشد.

نظر دوم: امام ابوحنیفه -رحمه الله- به این نظر است که قاضی تنها می تواند به اساس آن عده معلوماتی فیصله کند که در اثنای قضاوتش آن را به دست آورده است و همچنان این معلومات باید در دائره قضائی اش باشد نه در تمام موارد و خارج از محیط قضاء¹.

دلیل امام ابوحنیفه این است که معلومات قاضی قبل از رسیدن به منصب قضاء و بعد از آن با هم تفاوت دارند زیرا قاضی در زمان قضاوتش مکلف به حکم کردن و فیصله کردن است و معلوماتی که در این اثناء به دست می آورد مانند بینه است اما قبل از ایام قضاء چنین نیست و یک معلومات عادی محسوب می شود بناءً قضاوت به رویت آن جایز نیست².

1 ابن عابدین، همان ج 7 ص 483.

2 ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار (ت 1252)، دار الفکر - بیروت - الطبعة الثانية 1368 هـ - 1926 م، ج 7 ص 438

فصل سوم

موانع صحت حکم قضائی متعلق به دعوا از دیدگاه شریعت و قانون

در این فصل آن عده موانع صحت حکم قضائی از دیدگاه فقه و قانون بیان می شود که به دعوا تعلق دارد از قبیل شروط صحت دعوا، مکان دعوی و انواع آن.

مبحث اول : موانع متعلق به شروط صحت دعوا

برای قاضی ضروری است تا تمام شرایط صحت دعوا را در نظر بگیرد و همچنان از وجود تمام اصول و اساسات شرعی در صحت دعوا مطمئن شود و تا زمانی که خوب اطمینان حاصل نکند نمی تواند قضاوت کند، در این مبحث شروط صحت دعوا از دیدگاه فقه و قانون به بحث گرفته می شود

مطلب اول : موانع متعلق به شروط صحت دعوا در فقه

در فقه اسلامی دو نوع موانع صحت حکم قضائی متعلق به صحت دعوا وجود دارد اول موانع اتفاقی و دوم موانع اختلافی.

فرع اول: موانع اتفاقی

1- مانع اول این است که مدعی علیه مجهول و ناشناس باشد، مثلا اگر کسی بگوید من بالای یکی از اعضای فلان خانواده این قدر پول دارم، این دعوا باطل است چون مدعی علیه معلوم نیست.

2- مانع دوم این است که مدعی به مجهول باشد چون در این حالت ادای شهادت متعذر می شود و همچنان قضاوت به یک چیز مجهول غیر ممکن است مثلا: کسی بگوید من بالای فلانی چیزی دارم اما مشخص نکند که مدعی به چی چیز است. حدود معلوم بودن مدعی به نیز در فقه تشریح شده شده است چنانچه در شرح مجلة الاحکام می نویسد: « فلا بد من بیان نوع المدعي به وجنسه، وقدره، وصفه، وحدوده، وذلك على حسب المدعي به وما يكفي من ذكر أوصافه لتزول عنه الجهالة إن لم يمكن إحضاره إلى مجلس القضاء»¹

یعنی بیان نوعیت مدعی به، جنس، اندازه و حدود آن لازمی است و این امر به مدعی به تعلق دارد که با ذکر اوصاف آن اگر امکان احضار آن به مجلس وجود نداشته باشد، جهالت آن رفع گردد.

1 حسین، علي حيدر - فہمی الحسینی، درر الحکام شرح مجلة الأحکام، دار الجیل، بیروت- طبع اول 1411 هـ - 1990 م. شرح مادة 1617 ،

همچنان در «مجلة الأحكام العدلية» کیفیت رفع جهالت را از مدعی بیان کرده می نویسد: «معلومات المدعی به تكون بالإشارة أو الوصف والتعريف وهو إذا كان عيناً منقولاً وكان حاضراً في مجلس المحاكمة فالإشارة إليه كافية وإذا لم يكن حاضراً يكون معلوماً بوصفه وتعريفه وبيان قيمته وإذا كان عقاراً يعين ببيان حدوده وإذا كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره»¹

ترجمه: معلوم شدن مدعی به با اشاره، توصیف و تعریف امکان پذیر است و این زمانی است که مدعی به از اموال منقول باشد و در مجلس محاکمه حاضر کرده شود، پس اشاره به سوی آن کافی است و اگر حاضر کرده نشود با توصیف و تعریف و بیان قیمت معلوم کرده میشود و اگر مدعی به زمین باشد با بیان حدود و مرزهای آن مشخص می شود و همچنان اگر قرض باشد با بیان جنس، نوع، وصف و اندازه تشخیص می شود.

همچنان در کتاب «درر الحکام» مثال هایی را از دعوا هایی که در صحت حکم قضایی مانع محسوب می شوند به شرح ذیل ذکر کرده است:²

- 1- اگر کسی دعوا کند این مال من را استهلاک کرده است، بر چنین دعوا حکم قضائی نمی شود تا زمانی که فرد استهلاک کننده کی بوده است و اندازه مال استهلاک شده چه قدر بوده است.
- 2- اگر شخصی ادعا کند که این مرد شریک من است و با من در خرید و فروخت خیانت کرده است اما من نمی دانم که مقدار خیانت او چه قدر است، حکم قضائی در این نوع دعوا صورت نمی گیرد.
- 3- اگر کسی دعوا کند که من از فلان مرد متوفی شنیده ام که برایم وصیت کرده است اما من مقدار آن را نمی دانم، این چنین دعوا نیز مانع صحت حکم قضائی است.
- 4- هرگاه دعوا به عبارات شک آمیز باشد این هم مانع صحت حکم قضائی است مثلاً مدعی بگوید: من شک دارم یا گمان می کنم که بالای فلانی این قدر پول دارم، در چنین نوع دعوا حکم قضائی صورت نمی گیرد و باید دعوا به الفاظ قاطع باشد که افاده جزم را کند.
- 5- همچنان اگر دعوا بر خلاف عرف، عادت، و شریعت باشد نیز مانع صحت حکم قضائی است مثلاً اگر کسی بالای یک شخص اجنبی که ملکیت یک خانه را توسط شخص دیگر کسب کرده است در حالی دعوا کند او خانه را تخریب می کند و شخص حاضر مدت زیادی او را دیده است که این خانه را به کرایه داده و از آن استفاده کرده اما در این مدت بدون وجود کدام نوع مانع از قبیل ترس و نا

1حسینی، علی حیدر فهمی، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، دار الجیل، بیروت-الطبعة الأولى 1411 هـ - 1990 م. شرح ماده شماره 1619

2 حواله سابق ج(3/ 184)

امنی هیچ نوع دعوایی نکرده است و یک دم این مرد شروع می کند به دعوا و مطالبه کردن و می خواهد اسناد و شواهد بیاورد، پس بر چنین دعوا حکم قضائی صورت نمی گیرد به خاطر این که این نوع دعوا مخالف عرف است زیرا اگر در این خانه ملکیت می داشته چرا در این قدر مدت طولانی دعوا نکرد.

همچنان اگر کسی برای شخص بزرگ تر از خود بگوید این فرزند من است چنین دعوا قابل شنیدن و حکم قضائی نیست زیرا این نوع دعوا مخالف عرف و عادت است. از همین قبیل اگر یک شخص فقیر ادعا کند که برای فلان مرد ثروت مند مال زیادی را قرض داده است، این نوع دعوا نیز مانع صحت حکم قضائی است چون مخالف عادت و ظاهر حال است.

6- هرگاه دعوا در غیر مجلس قضاء باشد، این نوع دعوا نیز مانع صحت حکم قضائی می شود چون بر چنین دعوا حکمی مرتب نمی شود و اگر دعوا در غیر مجلس قضائی صورت گیرد این نوع دعوا فقط یک دعوی لغوی محسوب می شود و مدعی علیه را لازم نیست تا در این مورد جواب دهد.

فرع دوم: موانع اختلافی

مانع اول: دعوا از طرف غیر مدعی صورت گیرد

تمام فقهاء اتفاق دارند که رفع دعوا باید از جانب شخص مدعی صورت گیرد اما اگر از طرف غیر مدعی صورت گیرد آیا این نوع دعوا مانع صحت حکم قضائی می شود یا خیر؟ در این مورد دو قول از فقهاء نقل شده است:

قول اول: هرگاه مدعی عذری برای حضور در مجلس قضا نداشته باشد و کسی را وکیل بسازد که مدعی علیه راضی نباشد و وکیل به زبان خود ادعا کند چنین دعوا درست پنداشته نمی شود و بر آن حکم مرتب نمی شود، این دیدگاه امام ابوحنیفه است، دلیل صاحبان این قول این است که مدعی علیه حق دارد در صورتی که موکل حاضر باشد دعوی وکیل را قبول نکند و این را قیاس می کنند به کسی که مدیون است و نمی تواند دین را بدون اجازه قرض دهنده به کسی دیگر انتقال دهد.¹

قول دوم: جواز وکیل قراردادن شخص بدون رضایت مدعی علیه، که در این صورت وکیل قائم مقام اصیل می گردد و این نوع دعوا مانع صحت حکم قضائی نمی شود، این قول دیدگاه صاحبین،

1 مرغینانی، علی بن ابی بکر المرغینانی، (ت 593 هـ) الهدایة شرح البدایة: المكتبة الإسلامية بیروت، د.ت. ج 4 ص 134، و همچنان البحر الرائق ج 7 ص 192

امام مالک، امام شافعی و حنبله است.¹

طرفداران قول دوم به دلایل ذیل استدلال کرده اند:

1- عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : انْطَلَقَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةُ بْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا إِلَى خَيْبَرَ - وَهِيَ يَوْمَئِذٍ صَلْحٌ - فَتَفَرَّقَا , فَأَتَى مُحَيِّصَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَهُوَ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِهِ قَتِيلًا - فَدَفَنَهُ , ثُمَّ قَدِمَ الْمَدِينَةَ , فَأَنْطَلَقَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةُ وَحُويِّصَةُ ابْنَا مَسْعُودٍ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَهَبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَتَكَلَّمُ , فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : كَبْرٌ , كَبْرٌ - وَهُوَ أَحَدُ الْقَوْمِ - فَسَكَتَ , فَتَكَلَّمَا , فَقَالَ : أَتَخْلِفُونَ وَتَسْتَحْفِقُونَ قَاتِلَكُمْ , أَوْ صَاحِبِكُمْ ؟ قَالُوا : وَكَيْفَ نَخْلِفُ وَلَمْ نَشْهَدْ وَلَمْ نَرِ ؟ قَالَ : فَتُبْرِكُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا , قَالُوا : كَيْفَ نَأْخُذُ بِأَيْمَانِ قَوْمٍ كُفَّارٍ ؟ فَعَقَلَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ عِنْدِهِ .²

ترجمه : سهل بن ابی حثمه رضی الله عنه می فرماید : عبد الله بن سهل و محیصه بن مسعود به خیبر رفتند , و در آن زمان بین یهودیان خیبر و مسلمین پیمان صلح بسته شده بود , آن دو نفر از هم جدا شدند , سپس محیصه به نزد عبد الله بن سهل آمد و او را آغشته در خورش کشته یافت , او را دفن نمود سپس به مدینه آمد , عبد الرحمن بن سهل و محیصه و حویصه دو پسر مسعود با هم نزد پیامبر صلی الله علیه و سلم آمدند , عبد الرحمن خواست صحبت کند , پیامبر صلی الله علیه و سلم به او فرمود : بگذار بزرگتر از تو صحبت کند , و او کوچکترین فرد آن جماعت بود , او سکوت کرد و محیصه و حویصه صحبت کردند , پیامبر صلی الله علیه و سلم فرمودند : آیا قسم می خورید تا قاتل را تحویل بگیرید ؟ گفتند : چگونه قسم بخوریم در حالی که نه شاهد ماجرا بوده ایم و نه چیزی را دیده ایم ؟ فرمود : بنابراین یهود با پنجاه سوگند از تهمت شما تبرئه می شوند , گفتند : چگونه قسم قومی کافر را قبول کنیم ؟ سپس پیامبر صلی الله علیه و سلم از نزد خود خونبهایش را پرداخت نمود.

وجه استدلال: در این حدیث معلوم می شود که پیامبر اسلام صلی الله علیه و سلم به محیصه و حویصه اجازه داد تا از طرف عبدالرحمن دعوا کنند در حالی که آنان نوجوان بودند و این دلالت می کند که وکیل تعیین کردن در خصومت با وجود حضور مدعی جایز است.

2- روی أن علیا -رضي الله عنه -وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وقال هو وكيلى فما قضى عليه

1 قرطبي، محمد بن رشد، (ت 595) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دارالمعرفة، بيروت، طبع هشتم، سال 1989. ج 2 ص 302

2 بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، حدیث شماره (3173)

فهو علي، وما قضي له فهو لي»¹

ترجمه: علی رضی الله عنه، عبدالله بن جعفر را وکیل گردانید و گفت: او وکیل من است اگر به ضرر من فیصله کرد نیز بر من باشد و اگر به نفع من فیصله کرد نیز برای من باشد.

مذهب راجح: نظر به دلایلی که صاحبان قول دوم مبنی بر جواز وکیل قراردادن شخص بدون رضایت مدعی علیه ارایه کردند، دیدگاه آنان راجح است چون دلایل شان قوی است و نیز این قول اغلب فقهاء است که می گویند وکیل تعیین کردن جهت پیشبرد خصومت جایز است و وکیل قائم مقام موکل است و همچنان گاهی ضرورت ها انسان را وادار می سازد تا در مجلس دعوا و مخاصمه حاضر نشود چون برخی ها از قوه نطق و فصاحت زبان برخوردار نیستند و نمی توانند داشته های خود را تعبیر کنند.

فرع سوم: خالی بودن دعوا از مطالبه حق مدعی به

فقهاء در مورد این که آیا اگر صیغه دعوا از مطالبه مدعی خالی باشد چنین نوع دعوا مانع صحت حکم قضائی می شود یا خیر؟ در این مورد دو دیدگاه از فقهاء نقل شده است:

دیدگاه اول: تعدادی از فقهای مذهب حنفی، شافعی و حنبلی می گویند: در صیغه دعوا شرط این است که بر مطالبه حق مدعی به دلالت کند صاحبان این دیدگاه می گویند حق انسان زمانی قابل اداء می گردد که آن را طلب کند زیرا ممکن است یک شخص بر مالی اقامه دعوا کند اما آن را مطالبه نکند، همچنان قاضی جهت قطع خصومت ها تعیین شده است نه برای ایجاد خصومت پس قاضی مدعی را می بیند که اگر طلبگار حقش باشد آن را برایش می دهد و اگر طلبگار نباشد، قاضی مکلف نیست برای او طلب حق کند و بدون طلب کردن برایش حقش را بدهد.²

دیدگاه دوم: تعدادی دیگر از علمای مذهب حنفی، شافعی و حنابله می گویند که دلالت صیغه دعوا بر مطالبه مدعی به شرط نیست و دلالت حال در آن کافی است صاحبان این قول می گویند که مقدمات و دلالت حال مدعی خود بیان گر این است که مدعی خواهان و طلبگار حق است اگر چه به زبانش چیزی نگوید زیرا اگر مقصد مدعی به دست آوردن حقش نباشد پس برای چه اقامه دعوا کرده است؟³.

مذهب راجح: به نظر می رسد دیدگاه آنانی که می گویند نفس دعوا کردن بیانگر این است که

1 بیهقی: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت 458 هـ)، الطبعة الأولى سنة 1410، مكتبة الدار، المنية المنورة، ج 6 ص 81

2 کاسانی: علاء الدین بن مسعود الکاسانی (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع، طبع سوم 1402 هـ - 1981 م. دار الکتب العربی-بیروت. ج 6 ص 122

3 کاسانی: - ج 6 ص 122، بهوتی، کشف القناع، همان، ج 6 ص 344

مدعی خواهان حق خود است، راجح است و به اساس آن شرط نیست که حتماً در صیغه دعوا مطالبه وجود داشته باشد زیرا مقدمات و دلالت حال مدعی خود بیان گر این است که مدعی خواهان و طلبگار حق است اگر چه به زبانش چیزی نگوید.

مطلب دوم : موانع متعلق به شروط صحت دعوا در قانون و مقایسه آن با فقه

قانون صحت دعوا را شرط صحت فیصله و حکم دانسته است و در چندین موارد از موادش به این مطلب اشاره کرده است چنانچه برخی از مواد آن در ذیل نقل می شود:

- «ستره محکمه مکلف است به منظور تطبیق مؤثر احکام این قانون قواعد و لوايح خاص که به تصویب شورای عالی ستره محکمه رسیده باشد در مورد شرایط صحت دعوی و امثال آن وضع نماید»¹.
 - تحریرات محکمه بعد از وصول دعوی در صورت صحت آن به تشخیص هیأت قضائی اجراءات مربوط به محصول را مطابق قانون انجام و صورت دعوی را به امر تحریری رئیس محکمه درج فورمه معین نموده و يك نسخه آنرا به تعیین وقت به مدعی علیه غرض تهیه جواب تسلیم میدهد . و در صورت عدم صحت دعوی مدعی به تصحیح صورت دعوی مکلف میشود².
 - مدعی صورت دعوی خود را به تفصیل لازم در دو نسخه تقدیم میدارد در صورت عدم صحت دعوی، مدعی به تصحیح دعوی مکلف میشود³.
 - در صورت صحت دعوی مدعی و رعایت حکم مندرج ماده (26) این قانون مدعی علیه مکلف است در مدت معین جواب تحریری خود را به محکمه تقدیم نماید⁴.
 - در مدعی بهای غیر منقول بعد از صحت دعوی مدعی اقامه شهود ذوالیدی حتمی است⁵
- از مواردی که نقل شد معلوم می شود که صحت دعوا یکی از شرایط عمده صحت حکم قضائی است و نبود آن مانع صحت حکم قضائی می شود.

مبحث دوم : موانع متعلق به مکان دعوی

برخی از موانع صحت حکم قضائی به مکان دعوا تعلق می گیرد که در ذیل آن را در روشنی فقه و قانون بیان می داریم:

1 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده پنجصدو چهارم

2 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده بیست و ششم

3 قانون اصول محاکمات مدنی ، ماده دوصندوهم:

4 قانون اصول محاکمات مدنی ، ماده دوصندو یازدهم:

5 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده دوصندو پانزدهم:

مطلب اول : موانع متعلق به مکان دعوی از دیدگاه فقه

در فقه اسلامی مسئله تخصیص مکان مشخص برای قضاء نیز تشریح شده است چنانچه در عصر حاضر دولت ها مکان های خاصی را جهت اقامه دعوی و فیصله تخصیص داده اند و به نام محاکم یاد می شوند و به همه مردم این مکان ها معلوم هستند پس بنا بر این که برای اقامه دعوی مکان های مشخص وجود دارد و افراد مشخص در آن ها تعیین شده اند، رفع دعوی به غیر اماکن تعیین شده جایز نیست و دعوی در غیر اماکن تعیین شده قابل سمع نمی باشد و همچنان اگر کسی دعوی خود را به محاکم مخصوص برد اما نه نزد کسی که از طرف دولت تعیین شده است باز هم این دعوا پذیرفته شدنی نیست. و اگر قاضی ها و مکان های قضاوت در یک شهر متعدد شوند مسئله چه گونه می شود؟
فقهای کرام اتفاق دارند که هرگاه در یک شهر یک قاضی باشد که به طرفین دعوی رسیده گی می کرده باشد¹، تمام مسایلی که به دعوی ارتباط می گیرد به سوی او برده می شود اما اگر قاضی ها متعدد باشند و هر محله به خود یک قاضی داشته باشد در این مورد فقها دو نظر دارند:

اول: امام ابویوسف از احناف، اکثریت فقهای مذهب امام شافعی و فقهای مذهب امام احمد بن حنبل می گویند اقامه دعوی در نزد آن قاضی می شود که مدعی آن را انتخاب کند، فقهایی که می گویند باید قاضی مورد نظر مدعی انتخاب شود می گویند مدعی کسی است که به خصومت مجبور کرده نمی شود و اگر دعوا را ترک کند خصومت از بین می رود و او ایجاد کننده خصومت است پس اختیار به دست او داده می شود که هرجایی را برای ادامه خصومت انتخاب کند، و قسمی که حق دعوی را دارد حق انتخاب قاضی را نیز می داشته باشد.²

دوم: امام محمد از احناف می گوید اقامه دعوی در نزد قاضی می شود که مدعی علیه آن را انتخاب می کند و این قول مفتی به احناف است. طرفداران این نظریه استدلال می کنند که مدعی علیه در جای دفاع از نفس قرار دارد و گویا مورد تهمت قرار گرفته است پس بهتر است که قاضی به اساس رای او انتخاب شود.³

مطلب دوم: موانع متعلق به مکان دعوی از دیدگاه قانون

قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان در مورد مکان دعوا مواردی را مشخص کرده است که حکم در مکان خلاف آن مانع صحت حکم قضائی می شود، در ذیل مواد متعلق به مکان و محل دعوا

1 حاشیه ابن عابدین، همان، ج 7 ص 194

2 ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم (970 هـ)، البحر الرائق، دار المعرفه، بیروت ج 3 ص 193

3 ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم (970 هـ)، البحر الرائق، دار المعرفه، بیروت ج 3 ص 194

و فیصله را نقل می کنیم:

- 1- قضاوت قاضی با نظر داشت زمان، محل، موضوع و حادثه تقیید و تخصیص و تجزیه شده میتواند.¹
- 2- دعوی مدنی در محل سکونت مدعی علیه حل و فصل میگردد. هرگاه مدعی علیه محل سکونت متعدد داشته باشد دعوی مدنی علیه وی در محکمه رسیدگی میشود که مدعی علیه حین استدعا در حوزه قضایی آن سکونت داشته باشد.²
- 3- در صورتیکه زن شوهردار مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت شوهر میباشد.³
- 4- در صورتیکه دختر حایز سن ازدواج یا دارای اهلیت حقوقی کامل مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت پدر و یا محارم شرعی میباشد که متکفل اعاشه و پرورش وی است.⁴
- 5- هرگاه شخص فاقد یا ناقص اهلیت، مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت ولی، وصی یا قیم میباشد.⁵
- 6- اقامتگاه محجور، مفقود و غایب اقامتگاه قائم مقام قانونی آنها میباشد.⁶
- 7- هرگاه کارکنان دولت، منسوبین قوای مسلح در قضایای مدنی مدعی علیه باشند رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل کار آنها میباشد.⁷
- 8- هرگاه مدعی علیه در محل سکونت مدعی حد اقل یکسال اقامت نموده باشد محکمه ذیصلاح محکمه محل سکونت مدعی میباشد.⁸
- 9- محکمه ذیصلاح برای رسیدگی معاملات مدنی تاجر یا پیشه وریکه مدعی علیه باشد محکمه محل تجارت، پیشه و یا محکمه محل سکونت اصلی وی است.⁹
- 10- رسیدگی دعوی مربوط به تبعه خارجی که در افغانستان محل سکونت نداشته باشد

1 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده چهارصدونودوپنجم

2 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده هشتاد و یکم

3 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده هشتادو دوم

4 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده هشتادوسوم

5 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده هشتادو چهارم

6 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده هشتادوپنجم

7 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده هشتادو ششم

8 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده هشتادونهم

9 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده نودم

درحالات آتی مربوط به محاکم جمهوری افغانستان میباشد¹:

- ا- در صورتیکه خارجی در جمهوری افغانستان از خود اقامتگاه اختیاری داشته باشد.
- ب- در صورتیکه موضوع عقد یا محل تنفیذ آن در جمهوری افغانستان باشد.
- ج- در صورتیکه دعوی مربوط به مطالبه ترکه در جمهوری افغانستان آغاز یافته باشد.
- د- در صورتیکه کل یا قسمتی از اموال متروکه در جمهوری افغانستان باشد.

مطلب سوم: مقایسه موانع متعلق به مکان دعوی از دیدگاه فقه و قانون

از توضیحاتی که در باره موانع متعلق به مکان و محل دعوا هم از دیدگاه فقه و هم از دیدگاه قانون ذکر کردیم به گونه مقایسوی می توانیم به نکات ذیل برسیم:

1- چون در گذشته قضات نظر به اختلاف مذاهب مختلف بودند و در یک منطقه امکان داشت چندین قاضی مطابق مذهب خود فیصله می کرد بناءً بیش تر در فقه مسئله حل دعوا در نزد قاضی و اینکه کدام قاضی باید فیصله کند بحث شده است اما چون قانون افغانستان به رویت فقه حنفی تدوین شده است و قضات در هر ولایت مطابق یک دستور و قانون فیصله می کنند بناءً این موضوع در قانون مطرح نشده است.

2- فقه انتخاب مکان دعوا را به مدعی و مدعی سپرده است اما در قانون سایر ملاحظات مانند: محل سکونت مدعی و مدعی علیه را در نظر گرفته و همچنان میان قضایای مدنی و غیر مدنی فرق گذاشته است.

3- قانون مکان دعوا و فیصله دعوایی اتباع خارجی را مشخص ساخته است اما در فقه چنین چیزی دیده نمی شود.

مبحث سوم: تناقض در دعوا از دیدگاه شریعت و قانون

گاهی می شود که در کلام و دعوای مدعی تناقض و تعارض واقع می شود آیا این تناقض مانع صحت حکم قضائی می شود یا خیر در این مبحث این موضوع در روشنی شریعت و قانون به بررسی میگیریم.

مطلب اول: تعریف و انواع تناقض در دعوا

تناقض در لغت از ریشه نقض گرفته شده است و به معنای تدافع و باطل کردن است چنانچه

¹ قانون اصول محاکمات مدنی، ماده نودوشم

در زبان عربی می گویند: «تناقض الکلامان ای تدافعا کل واحد نقض الآخر و تناقض إذا كان بعضه يقتضي إبطال بعض»¹.

ترجمه: دو کلام متناقض شد یعنی یکی دیگر را دفع کرد و این زمانی گفته می شود که یک کلام، کلام دیگر را باطل کند

تناقض در اصطلاحی شرعی چنین تعریف شده است «هو سبق کلام من المدعی مناقض لدعواه»²
ترجمه: تناقض عبارت است از سبقت کردن کلام مدعی که مخالف دعوی او باشد. و در مورد تناقض در مجله الاحکام چنین می نویسد: «التَّنَاقُضُ هُوَ سَبْقُ كَلَامٍ مِنَ الْمُدَّعِي مُنَاقِضٍ لِدَعْوَاهُ أَيْ سَبْقَ كَلَامٍ مِنْهُ مُوجِبٍ لِإِبْطَالِ دَعْوَاهُ»³

ترجمه: تناقض در دعوی عبارت است از گفته سابق مدعی که با دعوی اش متناقض باشد یعنی کلام سابق موجب بطلان دعوی او می گردد.

تناقض در دعوی به دو بخش ذیل تقسیم شده است⁴:

اول: تناقض در دعوی: عبارت از تناقضی است که قاضی را منع می نماید از شنیدن دعوی، بدون اینکه مدعی و مدعی علیه را به اقامه شهادت و یا قسم مکلف بسازد، این تناقض وقتی محقق می شود که هر دو بیان متناقض به محضر قضاء افاده شود. به طور مثال: شخصی ادعا می کند که من این مال را از احمد خریداری نموده ام بعداً ادعا می کند که از پدر برای من به میراث مانده است.

دوم: تناقض در کلام: این نوع تناقض عبارت است از اینکه قاضی دعوی را شنیده اما به سبب دیگری دعوی رد می شود، این موضوع در صورتی تحقق می یابد که تنها افاده دومی به حضور قاضی صورت گرفته باشد. بگونه مثال: شخصی مال مشخصی را که به تصرف دیگری است، ادعا کرده و می گوید این مال از من است و به من میراث مانده است، بعد از آن مدعی علیه به اثبات می رساند که مدعی مذکور قبل از دعوی خواهش خریداری همین مال را کرده بود در حالیکه قاضی دعوی مدعی را قبلاً شنیده است در صورت تناقض دعوی او را رد می کند.⁵

تناقض در دعوا از دیدگاه قانون:

در ماده دوصدو سیزدهم قانون اصول محاکمات مدنی، در مورد تناقض دعوا چنین آمده است:

1 فیومی، احمد بن محمد بن علی. المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، (ت 770 هـ)، دار المعارف - القاهرة، ج 1 ص 714

2 کشف اصطلاحات الفنون: محمد اعلی بن علی التهانونی (1158 هـ) طبع الهند، ص 1412

3 مجلة الاحکام العدلیة، همان، ماده 1615

4 ستانکزی، محمد ظریف علم، اصول محاکمات مدنی سال 1396 چاپ انتشارات حامد رسالت ص 95

5- ستانکزی، محمد ظریف علم، اصول محاکمات مدنی سال 1396 چاپ انتشارات حامد رسالت ص 95

«رئیس جلسه و اعضای هیئت قضایی در مورد ابهام و تناقض از طرفین استیضاح می نماید. منشی جلسه مکلف است به امر رئیس محکمه رویداد جلسه، توضیحات چگونگی رفع ابهام و تناقض ادعای مدعی و مدعی علیه را یادداشت و ثبت آنرا در ختم محاکمه بعد از قرائت به امضای طرفین دعوی و هیأت قضائی برساند»¹

از این معلوم می شود که وجود تناقض در دعوا مانع حکم قضائی می شود و تا زمانی که قاضی از رفع تناقض دعوا مطمئن نشود به حکم کردن نمی پردازد.

مطلب دوم : شروط تحقق تناقض

تناقض در دعوا مانع صحت حکم قضایی نمی شود مگر زمانی که شروط ذیل متحقق باشد، این شرایط در کتاب «نظریة الدعوی» چنین بیان شده است:²

- 1- اول این که تناقض در قول یا در فعل از یک شخص صورت گرفته باشد.
- 2- دوم اینکه کلام اول شخص شرعاً دروغ پنداشته نشود.
- 3- هر دو کلام متناقض در مجلس قضاء صورت گرفته باشد اما شرط نیست در یک مجلس کلام متناقض گفته شده باشد بلکه اگر در دو جلسه قضائی حاضر شده باشد و کلامش در جلسه دوم مخالف کلام او در جلسه اول باشد، این تناقض شمرده می شود.

مطلب سوم: حکم و رفع تناقض

هرگاه مدعی قبلاً بخلاف ادعای خویش سخن گفته باشد دعوی او باطل است و اگر قبلاً اقرار کرده بود بمالی برای غیر، سپس ادعا کرده که این مال از آن او است این ادعای او که متناقض و مخالف با اقرار او است، باطل می شود و اقرارش مانع قبول دعوی او می شود. هرگاه کسی دیگری را از همه دعوی تبرئه نمود، برای او صحیح نیست که بعداً ادعا کند که مالی پیش او دارد. مدعی علیه می تواند بینه ای و گواهی بیآورد و دعوی مدعی را دفع و برائت ذمه خود را ثابت کند، وقتی که چنین بینه ای داشته باشد، و اگر چنین بینه ای نداشته باشد حق دارد بعدالت گواهان مدعی اعتراض کند، و دلایل و شواهدی عرضه کند که عدالت گواهان او را خدشه دار سازد و نقص گواهان او را اثبات کند.³

هرگاه گواهان دو طرف با هم تعارض داشتند و بینه هر دو برابر بود و چیزی نبود که یکی را بر دیگری ترجیح دهد. چیز مورد ادعا بین مدعی و مدعی علیه تقسیم می شود از ابوموسی اشعری

1 قانون اصول محاکمات مدنی ماده دوصدو سیزدهم

2 یاسین، د. محمد نعیم، نظریة الدعوی، دار الففاس - الأردن - الطبعة الثالثة - 1425هـ - 2004 م ص 393

3 مصری، سید سابق (1373 هـ) فقه السنه. مترجم. محمد ابراهیم. تهران: نشر صفر ج 6 ص 448

آمده است که دو مرد بر سر شتری نزاع داشتند در زمان پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم -، شتر را بطور مساوی بر هر دو تقسیم کرد. بروایت ابوداود و حاکم و بیهقی. احمد و ابوداود و ابن ماجه و نسائی از حدیث ابوموسی آورده اند که دو مرد در باره چهارپائی با هم نزاع داشتند و هیچکدام بینه ای بر ادعای خویش نداشتند و داوری را پیش پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - بردند، پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - آن را بطور مساوی بین آن دو مرد تقسیم کرد. و ابوحنیفه نیز بر این رای است. اما اگر چیزی که مورد نزاع است در دست یکی از آنها باشد بر طرف دیگر است که بینه و گواه اقامه نماید و اگر بینه ای نیاورد، سخن کسی که مدعی در دست او است همراه با قسمش پذیرفته می شود. و همچنین اگر هر دو اقامه بینه کنند، دست متصرف مرجح شهادت او است، باز هم از آن او است. از جابر نقل شده است که دو نفر بر سر شتری نزاع داشتند و هر دو می گفتند نزد من زاده است و هر دو اقامه بینه کردند پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - آن را بکسی داد که در دست او بود. بیهقی آنرا تخریح نموده و سند آن را ضعیف ندانسته است. و شافعی نیز مثل آن را تخریح نموده است.¹

مطابق تصریحات فقهاء تناقض در دعوا به اشکال ذیل رفع می گردد، این صورت ها در «درر

الحکام»² چنین بیان شده است:

اول: تصدیق خصم یا مدعی علیه

دوم: تکذیب مدعی توسط قاضی

سوم: به رد کردن کلام اول توسط مدعی که بگوید من سخن اولم را ترک کردم.

چهارم: مطابقت آوردن میان دو کلام متناقض.

مبحث چهارم : موانع متعلق به انواع دعوا در شریعت و قانون

کتاب فقهی دعوی را از لحاظ صحت و عدم صحت آن به سه دسته تقسیم نموده اند :

اول: دعوی صحیح

دوم: دعوی فاسد

سوم: دعوی باطل: دعوی صحیح عبارت از دعوی است که تمام شروط صحت دعوی را³

تکمیل نموده باشد یا به عباره دیگر عبارت از دعوی است که مرتب می شود بالای آن احکام احضار

خصم و مطالبه جواب از خصم در صورت انکار خصم، مدعی مکلف به اثبات توسط بینه و توجیه یمین

1 مصری، سید سابق (1373 هـ) فقه السنه. مترجم. محمد ابراهیم. تهران: نثر صفر ج 6 ص 449

2 درر الحکام، همان، ج 4 ص 278

3-زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وأدلته ج 6 ص 513

می‌باشد.¹ یا دعوی صحیح عبارت از دعوی است که در آن همه شرایط درست بودن دعوا در آن فراهم باشد.² و چون دعوی صحیح ربط به موانع صحت قضاء ندارد بناءً از تفصیل آن صرف نظر می‌کنیم و دعوی فاسد و باطل را طی دو مطلب از دیدگاه فقه و قانون بیان می‌داریم:

مطلب اول: موانع متعلق به دعوی فاسد و دعوی باطل از دیدگاه شریعت

هرگاه دعوا فاسد یا باطل باشد این امر باعث عدم صحت قضاء می‌شود و این که دعوی فاسد و دعوی باطل چه تعریف دارد و چه زمانی موانع صحت قضائی می‌شوند این مسئله به گونه ذیل تشریح می‌کنیم:

الف: دعوی فاسد: دعوی فاسد در کتب فقهی چنین تعریف شده است «هي الدعوى الصحيحة أصلاً وغير المشروعة باعتبار أوصافها الخارجية، أي في بعض نواحيها الفرعية، بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها»³

ترجمه: عبارت از دعوایی است که اصلاً صحیح اما غیر مشروع است به اعتبار اوصاف خارجی آن مانند مجهول بودن مدعی علیه و این دعوی قابلیت تصحیح را دارد. یا دعوی فاسد عبارت از دعوی است که در ذات دعوی نقص نباشد بلکه در عبارات و الفاظ دارای متنی یا هم لفظی باشد.

ب: دعوی باطل: دعوی باطل چنین تعریف شده است «هي الدعوى غير الصحيحة أصلاً، ولا يترتب عليها حكم»

ترجمه: دعوی باطل عبارت از دعوایی است که اصلاً درست نیست و حکمی را بر آن مرتب نمی‌شود.⁴ یا به عباره دیگر عبارت از دعوایی است که در ذات آن عیبی وجود داشته باشد و یا به فقدان دلایل مدعی قاضی حکم علیه آن صادر کند. این دعوی قابلیت تصحیح را ندارد در صورت حکم محکمه بالای چنین دعوی چیزی مرتب نمی‌شود.

به طور مثال: اگر شخصی دعوا کند که فلان نفر در قریه آنها بسیار غنی می‌باشد و از قاضی تقاضا کند که حکمی علیه وی صادر کند که برای این شخص مدعی که فقیر می‌باشد، صدقه بدهد. همچنان اگر شخصی مدعی دعوی مشروبات الکولی را بالای مدعی علیه در محکمه اقامه نماید که مدعی علیه مشروبات الکولی آنرا از بین برده است و تقاضا خساره را بکند محکمه به چنین دعوا

1- حیدر علی، در الحکام شرح مجله الأحکام ص ۱۷۶

2- زیدان، عبدالکریم، نظام قضاء در اسلام، مترجم استاد عبدالحمید ثاقب خیر آبادی ص ۹۳

3- حسینی، علی حیدر فهمی، در الحکام شرح مجله الأحکام، دار الجیل، بیروت- طبع اول، 1411 هـ- 1990 م ص 43

4- در الحکام شرح مجله الاحکام، همان، ص ۱۷۶

رسیدگی نمی‌کند و اینگونه دعوا ها دعوا باطل شمرده می‌شود.

ج: چگونه گی مانع بودن دعوی فاسد و دعوی باطل

هرگاه دعوا صحیح نبود و شرایط صحت دعوا موجود نبود آن مانع صحت حکم قضائی می‌شود، این شرایط به دو بخش تقسیم می‌شود: شرایط عمومی و شرایط خصوصی، شرایط عمومی دعوی آن شرایطی است که در تمام دعوی مد نظر گرفته می‌شود، تمام دعوی که به محاکم تقدیم می‌گردد، دارای یک سلسله شروط می‌باشد که مدعی هنگام اقامه نمودن دعوی آن را رعایت و موجودیت آن حتمی و لازمی می‌باشد شرائط اختصاصی دعوی عبارت از آن شرایط است که علاوه بر موجودیت شرایط عمومی صحت دعوی برای هر دعوی متفاوت باشد. حالا آن عده نکاتی که سبب فاسد شدن دعوی می‌شود مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

1- **نقصان اهلیت طرفین دعوا:** شرط است که مدعی و مدعی علیه عاقل باشند پس دعوی و جواب دعوی دیوانه و صبی غیر عاقل مسموع نیست¹ و طرفین دعوی هنگام اقامه دعوا و دفع آن عاقل و بالغ باشند در صورتی که یکی از طرفین یا هر دو طرف دعوی دیوانه، معتوه یا مجنون باشد درین صورت نسبت نقصان و فقدان اهلیت، علیه طرفین دعوی، دعوی صحیح و درست نیست بخاطریکه شرط فوق الذکر در آن تحقق پیدا نمی‌کند. چنانچه در «شرح مجلة الاحکام العدلیة» می‌نویسد: «يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ عَاقِلَيْنِ وَدَعْوَى الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ غَيْرِ الْمُمَيَّزِ لَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ إِلَّا أَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ وَصِيَّاهُمَا , أَوْ وَلِيَّاهُمَا مُدَّعِيَيْنِ , أَوْ مُدْعَى عَلَيْهِمَا»²

ترجمه: شرط است که مدعی و مدعی علیه هر دو عاقل باشند و دعوی دیوانه و صبی غیر ممیز صحیح نیست اما جایز است که وصی یا اولیای شان مدعی و مدعی علیه از جانب آنان قرار گیرند.

2- **معلوم نبودن مدعی علیه:** از جمله شروط صحت دعوا یکی هم معلوم بودن و معین بودن مدعی علیه است اگر شخصی بگوید که من بالای یکی از اهالی قریه یا اهل این دفتر هزار افغانی قرض دارم. دعوی چنین شخصی قابل سمع نمی‌باشد اما هرگاه مدعی علیه را معلوم نماید در این صورت دعوی مذکور یک دعوی صحیح است چرا که مدعی علیه معلوم گردید. لکن لازم نیست که مدعی به اسم مدعی علیه عالم باشد پس درین صورت دعوی مدعی باطل نمی‌گردد به عالم نبودن اسم مدعی علیه. و همچنان شرط نیست که مدعی علیه یک شخص واحد باشد بلکه میتواند اشخاص متعدد هم باشد پس هرگاه یک شخص بالای ده نفر دعوی قرض داشته باشد دعوی مذکور صحیح

1- عبدالباقی، رهنمای وثایق و سجلات دعاوی محاکم عدلی سال ۱۳۷۵ وزارت معارف، مطبوعه دولتی، ص ۴۱

2 مجلة الاحکام العدلیة مادة 1616

پنداشته می‌شود.¹

3- **عدم حضور طرفین دعوا در مجلس قضاء:** حضور طرفین دعوا به خصوص مدعی علیه در جریان محاکمه یک امر ضروری و لازمی می‌باشد تا هنگام دعوی اقامه شده را سمع نموده و در مقابل دعوا مدعی نظر خویش را با تایید دعوا یا رد و دفع آن بپردازد، یا در عدم حضور خود مدعی علیه می‌تواند وکیل نایب، وصی یا قیم خود را به محکمه حاضر نماید، تا بعداً محکمه ذیصلاح در زمینه اجراءات نماید. در این مورد شرح مجلة الاحکام العدلیة چنین صراحت دارد:

«يُشْتَرَطُ حُضُورُ الْخُصْمِ حِينَ الدَّعْوَى»²

ترجمه: حضور خصم هنگام دعوا شرط می‌باشد.

البته حضور و غیاب مدعی و مدعی بحث جداگانه دارد که بعداً راجع به آن بحث می‌شود.

4- **معلوم نبودن مدعی‌بها:** شرط است که مدعی به چیز معلوم باشد پس دعوی حق مجهول مسموع نیست³ شرط معلوم بودن مدعی‌بها در دعوی، شرط اساسی و لازمی پنداشته می‌شود و دعوی مجهول صحیح نیست در دعوایی که جهالت وجود داشته موجب بطلان دعوی می‌گردد، بناءً لازم است موضوع دعوی یا مدعی بها معلوم باشد، مجلة الاحکام العدلیة در مورد شرط معلوم بودن مدعی‌بها چنین صراحت دارد: «يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى بِهِ مَعْلُومًا ، وَلَا تَصِحُّ الدَّعْوَى إِذَا كَانَ مَجْهُولًا»⁴ شرط است که مدعی به معلوم باشد چرا که دعوی مجهول صحت ندارد.

5- **ممکن نبودن مدعی بها:** شرط است که مدعی به احتمال ثبوت را داشته باشد و عقلاً یا عادتاً مستحیل نباشد بلکه دعوا محتمل الثبوت باشد و احتمال اثبات را داشته، دعوی بالای موضوعی ایکه عقلاً و عادتاً ثبوت آن محال باشد قابل سمع نبوده و صحت ندارد. چنانچه «مجلة الاحکام» در این مورد تصریح می‌دارد: «يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى بِهِ مُحْتَمَلِ الثُّبُوتِ بِنَاءً عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ الإِدِّعَاءُ بِشَيْءٍ وَجُودُهُ مُحَالٌ عَقْلًا أَوْ عَادَةً»⁵ شرط است که موضوع دعوا یا مدعی به و مال مورد دعوا محتمل الثبوت باشد بنا بر آن اگر مدعی چیزی را ادعا کرد که عقلاً و عادتاً محال باشد ادعایش صحیح نمی‌باشد.

1- عبدالباقي، رهنمای وثایق و سجلات دعوی محاکم عدلی سال ۱۳۷۵ وزارت معارف، مطبعه دولتی ص ۱۸۱

2 مجلة الاحکام العدلیة ماده 1618

3- عبدالباقي، رهنمای وثایق و سجلات دعوی محاکم عدلی سال ۱۳۷۵ وزارت معارف، مطبعه دولتی، ص 41

4 مجلة الاحکام العدلیة ماده 1619

5 مجلة الاحکام العدلیة، همان، ماده 1629

در کتاب «دررالحکام» برای صحت دعوا (9) شرط بیان شده است¹، پنج شرطی که قبلاً بیان شد و چهار شرط دیگر عبارت اند از:

- 1- اقرار سبب ملکیت نشود.
 - 2- هرگاه دعوا ثابت شود امکان حکم بر مدعی علیه وجود داشته باشد.
 - 3- در دعوا تناقض نباشد.
 - 4- خصم حاضر باشد.
- پس هرگاه یکی از موارد فوق در دعوا موجود بود، این نوع دعوا مانع صحت حکم قضائی می شود.

مطلب دوم: موانع متعلق به دعوی فاسد و دعوی باطل از دیدگاه قانون

شرایطی که قبلاً مطابق دیدگاه فقه بیان گردید به طور پراکنده در قانون نیز مطرح گردیده است که ذیلاً برخی آن ها را بیان می داریم:

- 1- تحریرات محکمه بعد از وصول دعوی در صورت صحت آن به تشخیص هیأت قضائی اجراءات مربوط به محصول را مطابق قانون انجام و صورت دعوی را به امر تحریری رئیس محکمه درج فورمه معین نموده و يك نسخه آنرا به تعیین وقت به مدعی علیه غرض تهیه جواب تسلیم میدهد. و در صورت عدم صحت دعوی مدعی به تصحیح صورت دعوی مکلف میشود.²
- 2- طرفین دعوی مطابق احکام قانون دارای اهلیت قانونی باشند. در صورت نقصان یا فقدان اهلیت قانونی و غیابت احکام ولایت، وصایت و قیمومیت قابل تطبیق است.³
- 3- صغیر، مجنون، معتوه، محجور و غایب نمی توانند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند.⁴
- 4- حضور طرفین دعوی به خصوص مدعی علیه در جریان محاکمه یک امر ضروری و لازمی می باشد تا هنگام دعوی اقامه شده گی را سمع نموده و در مقابل دعوی مدعی نظر خویش را با تایید دعوی یارد و دفع آن بپردازد، یا در عدم حضور خود مدعی علیه می تواند وکیل نایب، وصی یا قیم خود را به محکمه حاضر نماید، تا بعداً محکمه ذیصلاح در زمینه اجراءات نماید چنانچه قانون اصول محاکمات مدنی در مورد حضور خصم در مجلس قضاء چنین صراحت دارد: «مدعی

1 حسینی، علی حیدر فهمی، درر الحکام شرح مجلة الأحکام، دار الجیل، بیروت. طبع اول، 1411 هـ - 1990 م. ج 11 ص 165

2 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده بیست و ششم

3 قانون اصول محاکمات مدنی، فصل دوم، ماده هفتم.

4 اصول محاکمات مدنی ماده ۵۰۲

و مدعی علیه مکلف اند که خود یا وکیل، ولی، وصی یا قیم آنها با اسناد مربوط به محکمه حاضر شوند»¹

همچنان در جای دیگر راجع به حضور اطراف دعوا تصریح شده است:

- در صورت عدم حضور یکی از شاملین دعوی به دلیل نداشتن اطلاع از تاریخ و محل رسیدگی قضیه، محکمه امر رسیدگی را معطل قرار میدهد.²

- عدم حضور یکی از شاملین دعوی با وجود داشتن اطلاع از تاریخ و محل رسیدگی قضیه مانع رسیدگی نمی گردد. هرگاه محکمه عدم حضور را مؤجه بداند میتواند رسیدگی قضیه را معطل قرار دهد.³

5- شرط معلوم بودن مدعی بها در دعوی نیز در قانون بیان شده است و دعوایی که در آن جهالت وجود داشته موجب بطلان دعوا می گردد، بناءً لازم است موضوع دعوی یا مدعی بها معلوم باشد چنانچه در مورد چنین صراحت دارد: «بیان جنس، نوع، قیمت مدعی بها در صورتی که منقول باشد، در صورتی که مدعی بها عقار باشد ذکر موقعیت، نوعیت و مساحت آن نیز حتمی است در دعوی عقار ذکر حدود اربعه و مساحت آن حتمی است»⁴.

6- شرط بودن دعوی در مجلس قضاء نیز قانون مصرح است و دعوایی که در غیر مجلس قضاء باشد مسموع نیست⁵ چون قاضی نمی تواند بدون محکمه در مکان دیگر اصدار حکم نماید چنانچه دکتور وهبه الزحیلی در شرط دومی دعوی در مجلس قضاء اشاره کرده است: «دعوی در مجلس قضاء باشد و تذکر می نماید که دعوی در غیر مجلس قضاء صحیح نمی باشد»⁶

همچنان قانون اصول محاکمات مدنی در مورد اینکه قضاوت قاضی از لحاظ زمان و مکان چگونه باشد چنین صراحت دارد: «قضاوت قاضی با نظر داشت زمان، محل، موضوع و حادثه تقیید، تخصیص و تجزیه شده می تواند»⁷

1 قانون اصول محاکمات مدنی ماده 7

2 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده سه صد و هشتاد و نهم:

3 قانون اصول محاکمات مدنی، ماده سه صد و نودم:

4 ماده ۱۳ فقره ۳ قانون اصول محاکمات مدنی

5- عبدالباقی، رهنمای وثایق و سجلات دعوی محاکم عدلی سال ۱۳۷۵ وزارت معارف، مطبعه دولتی، ص ۴۱

6- زحیلی، وهبه، الفقه اسلامی و ادلته ج ۶ ص ۵۸۰

7 قانون اصول محاکمات مدنی ماده ماده ۴۹۰

فصل چهارم

موانع صحت حکم قضائی متعلق به خصم از دیدگاه فقه و قانون

چنانچه می دانیم موضوع و اهداف قضاء حکم کردن عادلانه در قضایای مردم و حمایت مال، جان و آبروی آنان و حفظ تمام حقوق آنان است و اجرای این وظیفه بسیار بزرگ است و گاهی احساس می شود که شاید قاضی به سوی یکی از متخاصمین تمایل نشان دهد یا به علت خویشاوندی و یا هم به علت سایر اسباب مانند دوستی یا داشتن یک منصب پر منفعت و در این صورت ممکن است قاضی متأثر شود و در اثر آن مرتکب یک عمل نادرست شود و یا حد اقل مورد تهمت دیگران قرار گیرد. در این فصل که دارای چندین مبحث است این گونه موانع به تفصیل از دیدگاه فقه اسلامی و قانون بیان می شود.

مبحث اول: قضاوت قاضی به اصول و فروع و حواشی آن

در این مبحث قضاوت قاضی به اصول (پدر، مادر، پدر پدر...)، (فروع پسر، دختر، پسر پسر...) و همچنان قضاوت به خویشاوندان نزدیک مانند برادران و خواهران بیان می گردد.

مطلب اول: حکم قاضی به نفع اصول و فروع در فقه

از نصوص کتب فقه دانسته می شود که قضاوت قاضی به نفع و ضرر غیر اصول و فروع و همچنان قضاوت او به ضرر اصول و فروع خود جایز است اما در مورد اینکه اگر قاضی به نفع اصول و فروع خود فیصله کند آیا این فیصله جایز است یا خیر؟ در این مورد دو دیدگاه نقل شده است: **دیدگاه اول:** عدم جواز حکم قاضی به نفع اصول و فروع، یعنی اگر قاضی به منفعت پدر، مادر، پسر و دختر خود فیصله کند، این قضاوت جایز نیست، این دیدگاه احناف، و دیدگاه راجح نزد علمای مذهب امام مالک و امام شافعی و همچنان مذهب راجح در نزد حنابله می باشد.¹

دیدگاه دوم: جواز حکم قاضی به نفع اصول و فروع یعنی اگر قاضی به منفعت اصول و فروع خود قضاوت کند این حکم جایز است و قضاوت به نفع اصول و فروع مانع صحت حکم قضائی نیست، این دیدگاه امام ابویوسف از احناف، روایتی از مذهب امام مالک و امام شافعی و قول مختار در نزد بعضی علمای حنبلی است.²

1 کاسانی، علاء الدین بن مسعود، (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع، طبع دوم 1402 هـ - دار الکتب العربی-بیروت، ج 6 ص 222، ابن فرحون، تبصرة الحکام، ج 1 ص 65، شیرازی، أبو اسحاق ابراهیم بن علی بن یوسف (ت 476 هـ)، المهذب، دار الفکر-بیروت، ج 2 ص 196
2 سمرقندی، علاء الدین محمد بن أحمد (ت 593 هـ) تحفة الفقهاء، دار الکتب العلمیة-بیروت-الطبعة الأولى 1405 هـ - 1985 م. ج 3 ص 371، ابن فرحون، تبصرة الحکام، همان، ج 1

دلایل دیدگاه اول:

الف: قیاس: طرفداران این دیدگاه مسئله قضاوت را به شهادت قیاس می کنند و میگویند قسمی که شهادت به نفع اصول و فروع جایز نیست، قضاوت کردن به نفع آنان نیز جایز نمی باشد و کسی که صلاحیت شهادت را ندارد صلاحیت قضاوت را نیز ندارد، همچنان اگر قاضی به نفع اصول و فروع خود فیصله کند مورد تهمت دیگران قرار می گیرد.

ب: دلایل عقلی: صاحبان قول اول به دلایل عقلی ذیل نیز استدلال کرده اند:

1- حکم کردن و قضاوت کی نوع عبادت است و عبادت باید خالص برای الله تعالی باشد، بنا براین قضاوت قاضی به نفع خود و همچنان به نفع کسی که شهادتش در مورد او قبول نمیشود جایز نیست چون این در حقیقت یک نوع قضاوت در حق خودش حساب می شود به دلیل اینکه انسان طبیعتاً به اصول و فروع خود میلان دارد.

2- قاضی باید از مواضعی که مورد تهمت قرار می گیرد دوری کند و قضاوت به نفع اصول و فروع قاضی را مورد اتهام قرار می دهد.

3- قاضی طبیعتاً یک بشر است و عادتاً دارای احساس می باشد و تأثیر پذیر است و گاهی به علت متأثر شدن از علاقه های نسبی از حالت عادی خارج می شود و ممکن است از جاده عدالت بیرون شود و به نفع اصول و فروع خود فیصله کند.¹

دلایل دیدگاه دوم: علمایی که طرفدار جواز حکم به نفع اصول و فروع هستند مسئله قضاوت را به حکم کردن خلیفه و قاضی القضات قیاس می کنند و می گویند قسمی حاکم اعلی و قاضی القضات می تواند به نفع اصول و فروع خود فیصله کند همچنان برای قاضی نیز چنین کار جایز است چون قاضیان از طرف حاکمان تعیین می شوند و اگر مسئله تهمت مطرح باشد این مشکل در حاکمان و قاضی القضاات ها نیز موجود است.²

فرع دوم: حکم قضاوت به خویشاوندان به غیر از اصول و فروع

منظور از خویشاوندان غیر از اصول و فروع، برادران، کاکاها و سایر اقارب به استثنای اصول و فروع می باشد و در مورد اینکه آیا قضاوت قاضی به نفع برادران و سایر خویشاوندان به

ص 65، ابن قدامه، المغنی، همان، ج 11 ص 483، مرداوی، الانصاف، همان، ج 11 ص 216

1 عدوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی 2007. الجامعة الاسلامیة، غزة، فلسطین. ص 84

2 ابن مفلح، ابراهیم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت: 884هـ) المبدع شرح المقنع، دار عالم الکتب، ریاض، طبع: 1423هـ/2003م ج 10 ص 44

استثنای اصول و فروع جایز است یا خیر؟ در این مورد نیز فقهاء در قول کرده اند:

قول اول: جواز قضاوت به سایر اقارب مطلقاً به استثنای اصول و فروع، این دیدگاه احناف،

شوافع و حنابلة است.¹

قول دوم: فقهای مذهب امام مالک میگویند قضاوت قاضی به نفع برادر و سایر اقارب نزدیک جایز نیست مگر در صورتی که قاضی به عدالت مشهور باشد و در میان مردم به حکم عادلانه معروف باشد و اگر در عدالت مشهور نباشد حکم او به نفع اقرارش جایز نیست.²

دلایل مذهب اول: طرفداران قول اول که جمهور فقهاء هستند قضاوت به نفع برادر و سایر اقارب نزدیک به استثنای اصول و فروع را به شهادت قیاس کرده اند یعنی قسمی که شهادت آن به نفع یکدیگر جایز است قضاوت در حق آنان نیز جایز می باشد، چنانچه در کتاب «بدائع الصنائع» می نویسد: «وَأما سائر القرابات كالأخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لأن هؤلاء ليس لبعضهم تسلط في مال البعض عرفاً وعادة فالتحقوا بالأجانب»³

ترجمه: شهادت سایر اقارب مانند برادر، کاکا، ماما و امثال آنان در برابر یک دیگر قبول می شود زیرا آنان از لحاظ عرف و عادت در مال شان تسلط ندارند و از این نگاه به اجنبی ملحق می شوند. همچنان در کتاب مغنی المحتاج می نویسد: " تقبل شهادة لأخ من أخيه وكذا بقية الحواشي وإن كانوا يصلونه ويبرونه"⁴ یعنی شهادت یک برادر به نفع یک برادر دیگر و همچنان سایر خویشاوندان قبول می شود که اگرچه او را تبرئه کنند.

دلایل مذهب دوم: اصلاً در میان مذهب امام مالک و مذهب اول فرق زیاد وجود ندارد فقط امام مالک چند شرط را برای عدم منع صحت حکم قضائی به نفع برادر ذکر کرده است و آن این که قاضی به عدالت مشهور باشد و همچنان برادر یا اقاربی که به نفعش فیصله می کند در خانواده با او یکجا نباشد، بناءً همان دلایل مذهب اول دلایل مذهب مالک محسوب می شود چون امام مالک فقط شرط مشهور بودن قاضی را به عدالت اضافه کرده است چون اگر قاضی به عدالت مشهور نباشد و به نفع اقارب خود قضاوت کند مورد تهمت قرار میگرد.⁵

1 کاسانی، علاء الدین بن مسعود، (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع، طبع دوم 1402 هـ. دار الکتاب العربی-بیروت، ج 6 ص 272

2 ابن جزی، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزی، القوانين الفقهية، المكتبة الشاملة، ج 1 ص 203

3 کاسانی، علاء الدین بن مسعود، (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع، طبع دوم 1402 هـ. دار الکتاب العربی-بیروت، ج 6 ص 272

4 نووی، أبی ذکریا محی الدین بن شرف، مغنی المحتاج، دار الفکر، بیروت، لبنان ج 4 ص 435

5 ابن قدامه، المغنی، همان، ج 12 ص 68

فرع سوم: آیا علاقه زوجیت مانع صحت حکم قضائی می شود؟

تمام فقهاء اتفاق دارند که قضاوت قاضی بر ضرر همسر خود جایز و قابل تنفیذ است¹ اما اگر قاضی به نفع همسرش قضاوت کند آیا این مانع صحت حکم قضائی می شود یاخیر؟ در این مورد فقهاء دو دیدگاه دارند:

دیدگاه اول این است که قضاوت به نفع همسر جایز نیست و این قول امام ابوحنیفه، امام مالک و امام احمد ابن حنبل است². و دیدگاه دوم این است که قضاوت به نفع همسر جایز است و این قول امام شافعی، و یک روایت از امام احمد است³.

دلایل مذهب اول: طرفداران قول اول اولاً به قیاس استدلال نموده و می گویند: قضاوت مانند شهادت است و چون شهادت شوهر به نفع همسر و بر عکس قبول نمی شود بناءً قضاوت آنان نیز در برابر یک دیگر قابل قبول نیست. همچنان به عقل استدلال نموده و می گویند زوجین از یک دیگر بدون حجب میراث می برند بناءً شهادت و قضاوت آنان به نفع یکدیگر قسمی است که گویا به نفع خود قضاوت کنند و نیز میلان زنا شوهری و تاثیر پذیری از یکدیگر وجود دارد به همین خاطر قضاوت آنان به نفع یک دیگر قبول نمی شود و مسئله اتهام نیز در اینجا باقی است⁴.

دلایل مذهب دوم: امام شافعی قضاوت به نفع همسر را جایز می داند و استدلال می کند که شهادت زوجین نیز به نفع یک دگر جایز است پس قضاوت شان نیز جایز می باشد، همچنان می گوید که ارتباط و علاقه میان زوجین دایمی نیست بلکه گاهی زایل می شود به عکس قرابت نسبی که دوامدار است، و مذهب راجح مذهب جمهور فقهای حنفی، مالکی و حنبلی است چون در میان زن و شوهر یک نوع علاقه خاص می باشد که قاضی را زیر تاثیر می آورد و اگر قاضی به نفع همسر خویش فیصله کند مورد تهمت قرار می گیرد⁵.

مطلب چهارم: قضاوت به نفع اصول و فروع در قانون

در مورد قضاوت به نفع خویشاوندان، در اصول محاکمات مدنی چنین صراحت دارد: «رئیس و اعضای محکمه هر یک در صورتی که در قضیه مورد رسیدگی ذینفع و یا دعوای مربوط به اصول و

1 علی حیدر، درالحکام، ج 4 ص 614، ابن فرحون، تبصرة الحکام، ج 1 ص 65، مرداوی، الانصاف، ج 11 ص 216

2 ابن فرحون، تبصرة الحکام، ج 1 ص 65، علی حیدر، درالحکام، ج 4 ص 614، مرداوی، الانصاف، ج 11 ص 216

3 درر الحکام، حیدر، همان، ج 4، ص 614، م مرداوی، أبو الحسن علی بن سلیمان (ت 885 هـ)، الانصاف، دار إحياء التراث العربي - بیروت، ج 11 ص 216، ابن فرحون، تبصرة الحکام، همان، ج 1 ص 65

4 عنوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی 2007. الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين. ص 89

5 عنوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی 2007. الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين. ص 89

فروع، زوج، زوجه و یا اقارب آنها باشد. از اشتراک در ترکیب محاکمه و رسیدگی به دعوی مدنی اجتناب می‌ورزند»¹

همچنان در ماده شصت و ششم قانون اصول محاکمات مدنی می‌نویسد: «قضائیکه بر طبق حکم مندرج فقره (1 ماده 65) این قانون با همدیگر قرابت داشته باشند نمی‌توانند در ترکیب محاکمه در رسیدگی قضیه مدنی شامل شوند.

پس معلوم می‌گردد که از دیدگاه فقه اسلامی، در میان اصول و فروع، زوجین، و سایر اقارب فرق گذاشته شده است اما در قانون همه برابر گفته شده اند.

مبحث دوم : موانع متعلق به قصیر الاهلیت و فاقد الاهلیت

داشتن اهلیت یکی از شروط مدعی و مدعی علیه است و نداشتن اهلیت چه گونه و در چه حالات مانع صحت حکم قضائی می‌شود این مسئله را در روشنی فقه و قانون طی دو مطلب تشریح می‌کنیم:

مطلب اول : موانع متعلق فقدان یا نقصان اهلیت از دیدگاه فقه

در فقه اسلامی شرط است که مدعی و مدعی علیه عاقل باشند پس دعوی و جواب دعوی دیوانه و صبی غیر عاقل مسموع نیست و طرفین دعوی هنگام اقامه دعوی و دفع آن عاقل و بالغ باشند در صورتی که یکی از طرفین یا هر دو طرف دعوی دیوانه، معتوه یا مجنون باشد درین صورت نسبت نقصان و فقدان اهلیت، علیه طرفین دعوی، دعوی صحیح و درست نیست بخاطریکه شرط فوق الذکر در آن تحقق پیدا نمی‌کند. چنانچه در مورد شرط اهلیت دعوی در «مجلة الاحکام» چنین تصریح شده است: «يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ عَاقِلَيْنِ وَدَعْوَى الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ غَيْرِ الْمُمَيَّرِ لَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ إِلَّا أَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ وَصِيَّاهُمَا , أَوْ وَلِيَّاهُمَا مُدَّعِيَيْنِ , أَوْ مُدَّعَى عَلَيْهِمَا»²

ترجمه: شرط است که مدعی و مدعی علیه عاقل باشند، بناءً دعوی مجنون و صبی غیر ممیز صحیح نیست مگر اینکه وصی آنان یا اولیای آن مدعی و مدعی علیه باشند.

البته چنانچه قبلاً گفتیم فقهاء اتفاق دارند که در صحت حکم قضائی شرط این است که مدعی و مدعی علیه عاقل و بالغ باشند و دعوی مجنون صبی غیر ممیز صحیح نیست اما در مورد دعوی طفل ممیز اختلاف کرده اند و سه دیدگاه در این خصوص نقل شده است:

1 قانون اصول محاکمات مدنی، فصل چهارم، ماده 65.

2 مجلة الاحکام، همان، ماده 1616

دیدگاه اول: امام ابو حنیفه می گویند دعوی مجنون و صبی ممیز قابل سمع نیست مگر اینکه ولی یا وصی صبی مدعی و مدعی علیه باشد زیرا دعوا و جواب دعوی از تصرفات حساب میشود و صبی اهلیت تصرف را ندارد، دلیل احناف قیاس است و صبی و مجنون را بر شخص غایب قیاس می کنند و چنانچه دعوا بر علیه شخص غایب جایز نیست اگر مدعی بینه و دلیل بیاورد پس به طریق اولی باید دعوا بر علیه صبی، مجنون و میت که آنان از شخص غایب ضعیف تر هستند شنیده نشود.¹

دیدگاه دوم: امام مالک، امام محمد و امام ابویوسف در میان مدعی و مدعی علیه فرق کرده و گفته اند در مدعی شرط نیست که او صاحب فهم و رشد باشد و دعوی صبی ممیز جایز است اما در مدعی علیه شرط است که او از کمال اهلیت برخوردار باشد و اگر کاملاً از اهلیت برخوردار نباشد این مانع صحت حکم قضائی است، دلیل امام مالک و صاحبین این است که آنان عدم سماع دعوا بر علیه صغیر و مجنون را قیاس کرده اند بر اقرار صبی و مجنون و اقرار صغیر و مجنون جایز نیست حتی اگر ولی شان برایشان اجازه داده باشد.²

و از حدیث نیز استدلال م کنند که پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم- می فرماید: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحلم، وعن المجنون حتى يعقل»³

ترجمه: قلم تکلیف از سه نفر برداشته شده است: اول کسی خواب است تا زمانی که بیدار شود، دوم نابالغ تا زمانی که بالغ شود و سوم کسی که دیوانه است تا زمانی که عاقل شود.

دیدگاه سوم: امام شافعی می گوید بالغ بودن هم در مدعی و هم در مدعی علیه شرط است اما دعوا بر علیه مجنون یا صبی در چیزهای که اقرارشان جایز است شنیده می شود مثلاً اگر صبی یا مجنون چیزی را تلف کنند و کسی بالای آن ها دعوا کند همراهی بینه و قسم دعوی شان شنیده می شود.⁴

امام شافعی صبی و مجنون را بر غایب قیاس می کند و می گوید دعوا بر علیه غایب نیز جایز است و زمانی که دعوا بر علیه غایب جایز باشد بر علیه صبی و مجنون نیز جایز می باشد.

مذهب راجح مذهب احناف است و دعوی صبی غیر ممیز و مجنون چه مدعی باشند و چه مدعی علیه مانع صحت حکم قضائی می شود زیرا شریعت اسلامی بر نقصان اهلیت آنان حکم کرده است و آنان چون توان تمییز ندارند بناءً اگر به جواز دعوا علیه آنان حکم کنیم شاید در برخی حالات مورد تعرض و خسارت قرار گیرند.

1 علی حیدر، درر الحکام ج 4 ص 179

2 عدوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی 2007. الجامعة الاسلامیة، غزة، فلسطین. ص 92

3 سجستانی، سلیمان بن اشعث (ت 275)، سنن ابی داوود، دارالکتب العلمیة، بیروت ج 3 ص 301 حدیث شماره 3582

4 شیرازی، أبو إسحاق إبراهیم بن علی بن یوسف (ت 476 هـ)، المهذب، دار الفکر-بیروت، ج 2 ص 343

مطلب دوم : موانع متعلق به قصیرالاهلیت و فاقد الاهلیت در قانون و مقایسه آن با فقه

در اصول محاکمات مدنی اهلیت داشتن طرفین دعوی لازمی دانسته شده و چنین صراحت دارد: « طرفین دعوی مطابق احکام قانون دارای اهلیت قانونی باشند. در صورت نقصان یا فقدان اهلیت قانونی و غیابت احکام ولایت، وصایت و قیمومیت قابل تطبیق است»¹

همچنان اصول محاکمات مدنی در ماده بیست و یکم، فقدان صلاحیت و اهلیت مدعی و مدعی علیه را وسیله اعتراضات ابتدائی شمرده است. و در ماده چهل و چهارم می گوید: «شخصی که سن (15) سالگی را تکمیل نکرده و شامل قضیه نباشد در جلسات قضائی اشتراک کرده نمی تواند.

همچنان در ماده هشتاد و سوم قانون اصول محاکمات مدنی، در مورد اهلیت چنین صراحت شده است: « در صورتیکه دختر حایز سن ازدواج یا دارای اهلیت حقوقی کامل مدعی علیه باشد، رسیدگی به دعوا از صلاحیت محکمه محل اقامت پدر و یا محارم شرعی می باشد که متکفل اعاشه و پرورش وی است»².

همچنان در احکام متفرقه قانون اصول محاکمات مدنی می نویسد: «صغیر، مجنون، معتوه، محجور و غایب نمیتوانند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند»³

همچنان ماده ۵۰۲ قانون اصول محاکمات مدنی در مورد قرار گرفتن خصم که اهلیت نداشته باشد چنین مشعر است: «صغیر، مجنون، معتوه، محجور و غایب نمی توانند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند».

از موارد فوق معلوم می گردد که هرگز مجنون، معتوه، صغیر نمی تواند بالایش اقامه دعوی یا بر علیه کسی دعوا نماید.

مبحث سوم : امتناع حکم قضایی به سبب غیابت از دیدگاه فقه و قانون

قضاء سه رکن اصلی دارد: قاضی، دعوی و متخاصمین و اصل این است که قضاء بدون اجتماع این سه رکن جایز نیست تا این که قاضی بتواند از مدعی و مدعی هردو بشنود و سپس در مورد قضیه ی آنان فیصله کند.

اما مسئله این است که آیا محاکمه فرد غایب و اکتفا به وجود مدعی بدون حضور مدعی علیه ممکن است یا خیر، در این مبحث این مسئله تشریح می کنم.

1 قانون اصول محاکمات مدنی، فصل دوم، ماده هفتم.

2 قانون اصول محاکمات مدنی، فصل پنجم، ماده 83 ص 28

3 قانون اصول محاکمات مدنی، فصل پنجم، ماده 502 ص 160

البته مقصد از غیابت تنها غیابت از مجلس قضاء نیست چون تمام فقها تقریباً اتفاق دارند که بر علیه شخص غایب از مجلس قضاء و حاضر در شهر قضاوت کردن و حکم کردن جایز است، و مقصد از غیابت این است که احضار آن امکان نداشته باشد¹.

مطلب اول : حکم قضا و شروط آن بالای غایب در شریعت

جایز است مدعی ادعای خویش را در باره غائبی که وکیل ندارد، مطرح کند اما آیا برای حاکم و قاضی جایز است که بر علیه غایب حکم کند در این مورد فقهاء دو دیدگاه دارند:

دیدگاه اول: مالکی ها، شافعیه، حنابله در قول راجح شان و ابن حزم ظاهری می گویند حکم قاضی بالای غایب جایز است و غیابت مانع صحت و تطبیق حکم قضائی نمی شود.²

دیدگاه دوم: احناف و در یک روایت حنابله گفته اند که قاضی حق ندارد بر علیه غائب حکم صادر کند، مگر اینکه نایب و وکیل یا وصی او حاضر باشد³.

دلایل دیدگاه اول:

1 - خداوند جل جلاله می گوید: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾⁴ «بین مردم بحق داوری کن». پس

معلوم می شود که آن چه با بینه ثابت شد حق است و حکم بدان واجب است.

1- **عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على فقالت: يا رسول الله**

إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني ويكفي بني إلا ما أخذت من

ماله بغير علمه، فهل على في ذلك جناح فقال رسول الله خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي

بنيك.⁵

ترجمه: عایشه رضی الله عنها می گوید: هند بنت عتبه نزد رسول خدا صلی الله علیه وسلم آمد و گفت: ای رسول خدا ابوسفیان مرد بخیل و ممسک است و مرا آن چه که برای نفقه من و اولادم کفایت کند نمی دهد مگر چیزی که خودم بدون علمش از وی بگیرم پس آیا در این گناهی برایم است؟ پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: از مال شوهرت به وجه معروف به انداز بگیر که برای خودت و اولادت کفایت کند.

1- ممنوع بودن حکم غیابی، موجب ضایع کردن حقوق دیگران می شود یعنی اگر قاضی بر علیه

1 شربینی، محمد بن احمد الخطیب، (ت 937 هـ)، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: دار الفكر - بیروت، ج 4 ص 107

2 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 472، شربینی، مغنی المحتاج، همان، ج 4 ص 414، ابن مفلح، القوانين الفقهية، همان، ج 6 ص 459

3 ابن نجيم، البحر الرائق، همان، ج 7 ص 17-22)، ابن قدامة، المغنی، همان، ج 11 ص 487

4 سوره ص آیه 26

5 قشیری، مسلم بن حجاج، صحيح مسلم باب قصاص المظلوم إذا وجد ماله ظالمة، شماره حدیث: 2327 و صحيح البخاري ج 2 ص 1338 1714 ،

محکوم غائب حکم صادر نکند، حقوق مدعیان ضایع می شود، ممکن است سوال شود خوب در این صورت حقوق محکوم غائب ضایع می شود. کسی که محکوم شده و غایب است و از التزام بموجب حکم قاضی امتناع می ورزد حق او ضایع نمی شود، چون هرگاه حاضر شود می تواند حجت خود را اقامه کند و از او شنیده می شود و بمقتضای حجت او عمل می گردد، حتی اگر موجب نقض حکم قاضی هم بشود، چون حکم قاضی که در مدت غیبت او صادر شده است، بمنزله حکم مشروط باقامه نکردن حجت محکوم غایب است.¹

دلایل دیدگاه دوم:

1- حدیث: عن أم سلمة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقض بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعه من النار²

ترجمه: ام سلمه همسر پیامبر صلی الله علیه وسلم می گوید که آن حضرت صلی الله علیه وسلم گفت: من یک بشر هستم و شما نزد من مسایل مورد منازعه خود را می آورید و شاید بعض شما زبان قوی تر داشته باشید و من قسمی که می شنوم فیصله می کنم پس اگر به نفع کسی از حق برادرش چیزی را فیصله می کنم آن را باید نگیرد چون در حقیقت من یک قطعه ای از آتش را برایش فیصله می کنم.

وجه استدلال از حدیث این است که در این حدیث پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - گفته است من به چیزی که می شنوم فیصله می کنم بناءً معلوم می شود که قضاوت غائبانه جایز نیست.

2- عن علي - رضي الله عنه - قال: «أنفذني رسول الله إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت: تنفذني إلى

قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال إن الله سيهدي لسانك ويثبت قلبك (فما شككت في

قضاء بين اثنين بعد ذلك»³

ترجمه: علی - رضی الله عنه - می گوید: مرا رسول خدا صلی الله علیه وسلم به حیث قاضی به یمن فرستاد در حالی که من جوان بودم، من گفتم: مرا به سوی قومی می فرستی که در میان شان قضایای مختلف روی می دهد و من به قضاوت علم کافی ندارم، او گفت: برو خداوند زیانت را هدایت می کند و قلبت را استوار می گرداند، علی - رضی الله عنه - می گوید: من بعد از آن در میان دو نفر

1 سید سابق، فقه السنة، همان ج 410 6

2 صحیح مسلم، کتاب الشهادات، شماره حدیث 6748 و صحیح البخاری: کتاب الأفضیة، شماره حدیث 1713

3 سجستانی، سلیمان بن اشعث (ت 275)، سنن ابی داود، دارالکتب العلمیة، بیروت ج 3 ص 301 حدیث شماره 4358 البانی این حدیث را حسن گفته است.

فیصله نکردم که در قضاوت عادلانه میان شان شک کرده باشم.

از این حدیث معلوم می شود که پیامبر صلی الله علیه وسلم از قضاوت در غیابت تا زمانی که از هر دو جانب نشنود منع کرده است.

3- **دلالت عقل:** چون ممکن است که همراه نایب یا وکیل یا وصی او حجت و دلیلی باشد که سخن مدعی را باطل کند و بعلاوه در حدیثی که قبلاً نقل شد. همچنان احناف می گویند که عملیه قضاء یا به اقرار ثابت می شود و یا به بینه تا اینکه منازعه قطع شود و چون در نبود مدعی علیه منازعه وجود ندارد بناءً حکم کردن نیز معنا ندارد.¹

البته کسانی که حکم کردن بر غایب را جایز نمی دانند در چند مورد بر غائب حکم صادر کرده اند از جمله بر میت و کودک و گفته اند گاهی پیش می آید که شخصی نزد کسی و دیعه ای می گذارد، سپس غایب می شوند، هرگاه زنش ادعای نفقه کند و شخصی را که و دیعه نزد او است به قاضی معرفی کرد، قاضی دستور می دهد که نفقه خود را از آن مال و دیعه بگیرد. و گفته اند: هرگاه یک نفر شفیع، ادعا می کرد که شریک او ملک و باغ خود را باو تسلیم نموده، و بهای آن را بکمال گرفته است، قاضی برای او حکم شفعه صادر می کند، و همه اینها حکم بر غایب است.²

مطلب دوم : حد غیابت که در آن بالای مدعی علیه حکم صورت میگیرد از دیدگاه فقه

فقهاء حدی را برای غیابت مدعی علیه که در آن حکم بالای وی صورت می گیرد تعیین کرده اند اما در اندازه آن به چهار قول اختلاف کرده اند:

قول اول: مالکی ها غیابت را به سه قسم تقسیم کرده اند:³

أ: غیابت قریب و آن عبارت از غیابتی است که مدعی علیه از مجلس قضاء بیشتر از دوروز یا سه روز دور نباشد.

ب: غیابت متوسط و آن عبارت از غیابتی است که فرد غایب به مسافت ده رو در صورت امن بودن راه یا به مسافت دو روز در صورت خطر بودن راه، دور باشد. که در این صورت حکم بالای غایب جایز است.

ج: غیابت دور و آن عبارت از غیابتی است که به مسافه بیشتر از مسافه غیابت متوسط دور باشد و مالکی ها اندازه آن را مانند مسافه مکه با افریقا گفته اند. در چنین غیابت مالکی هر نوع فیصله

1 ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم (970 هـ)، البحر الرائق، دار المعرفة، بیروت ج 7 ص 18

2 سید سابق، فقه السنة، همان ج 6 ص 411

3 دسوقی، محمد عرفه الدسوقی (1230 هـ)، حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، دار الفکر - بیروت، ج 4 ص 162 - 163

را بالای غایب جایز می دانند.

قول دوم: امام شافعی اندازه غیابت را چنین بیان می کند «المسافة التي يقطعها الشخص ذهاباً وإياباً بحيث إذا خرج من بيته مبكراً عاد إلى أهله في نفس اليوم الذي خرج فيه بعد فراغ المحاكمة»¹ یعنی حد غیابت اندازه ایست که یک انسان می تواند در یک روز بعد از فراغ از مجلس محاکمه به آنجا برود و در همان روز پس بیاید.

قول سوم: نظر به مقدار تعیین شده نزد امام احمد بن حنبل و در یک قول امام شافعی مسافت غیابت تقریباً 88 کیلومتر است چنانچه: «إن الغيبة هو مسافة القصر التي تساوي حوالي 88 كم تقريباً»² یعنی مسافه و حد غیابت همان مسافه قصر است که تقریباً به هشتاد و هشت کلو متر برابر است.

قول چهارم: در کتاب «الفقه الاسلامی و ادلته» به نقل از امام شوکانی می نویسد: «تعیین مسافه حد غیابت به حاکم سپرده می شود چنانچه «أما قدر مسافة الغيبة ينبغي تفويض النظر فيها إلى الحاكم المجتهد، لاختلاف الأحوال باختلاف الأشخاص والأحوال»³ یعنی اندازه و مسافت غیابت به حاکم و قاضی مجتهد سپرده می شود چون در هر مکان، اشخاص و ظروف مختلف است.

مذهب راجح: مذهب راجح، قول امام شوکانی است چون شرایط و ظروف در عصر حاضر با گذشته متفاوت است و به علت تقدم و پیشرفت در تمام عرصه ها رفت و آمد بسیار آسان شده است و بسا از مسافه های طولانی که در گذشته ماه ها و سال ها را در بر می گرفت حالا در مدت چند ساعت انجام میشود پس اصل در حضور و غیاب مدعی علیه بستگی دارد به امکان و عدم امکان رسیدن به مجلس قضاء اما چند حالاتی است که در آن به مسافت و عدم حضور نگاه نمی شود و فیصله بدون حضور مدعی علیه صورت می گیرد. این حالات قرار ذیل اند:

- 1- امتناع و تمرد مدعی علیه از حضور در مجلس قضاء و محاکمه.
- 2- کسی که مفقود و لادرک است با او نیز تعامل غایب می شود و اگر نباشد هم بالایش قضاء صورت می گیرد.
- 3- کسی که توانایی تعبیر و دفاع از خود را ندارد مانند مجنون، میت و صغیر و بعضی ها شخص زندانی را نیز شامل این نوع دانسته اند.

1 شریینی، محمد بن أحمد الخطیب، (ت 937 هـ)، معنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: دار الفكر - بیروت ج 4 ص 414

2 زحیلی، د. وهبه الزحیلی، الفقه الإسلامی و ادلته، - دار الفكر دمشق - ط 3، 1409 هـ 1988 م. ج 1 ص 75

3 ابن رشد، بداية المجتهد همان، ج 2 473، شریینی، همان ج 4 ص 414

- 4- کسی که در یک شهر کلان سکونت می کند و جای و مکانش معلوم نیست.
- 5- هنگامی که مدعی علیه به جلسه حاضر شود و به نفع مدعی اقرار کند و سپس جلسه را پیش از صدور حکم ترک کند.
- 6- هنگامی که مدعی علیه بعد از اعلان تاریخ مجلس قضاء خودش هم حاضر نشود و وکیل خود را نیز حاضر نکند.¹

مطلب سوم: احکام غیابی و مدت آن در روشنی قانون

- قانون در مورد غیابت مدعی و مدعی به طور مفصل بحث کرده است که در ذیل برخی مواد قانونی را نقل می گردد:
- هرگاه مدعی صورت دعوای خود را به محکمه تقدیم و بعد از دوران دعوا بدون عذر قانونی غایب شود محکمه مطابق احکام فصل هشتم² این باب به جلب مدعی اقدام و در صورتیکه در میعاد معینه به محکمه حاضر نشود به ترک خصومت فیصله صادر میگردد³.
 - تعیین مدت حضور مجلوب نظر به بُعد مسافه محل سکونت وی وامکانات مربوط به وسایل نقلیه از صلاحیت محکمه میباشد⁴.
 - هرگاه مدعی علیه بعد از تقدیم عریضه به اثر جلب اصلاً حاضر نگردد و یا قبل از دوران دعوی یا بعد از آن غایب گردد و مدعی بحل و فصل موضوع اصرار ورزد محکمه با رعایت احکام فصل هشتم این باب اجراءات و بعد از منقضی شدن میعاد معینه یکی از اقارب درجه اول، زوج یا زوجه غایب را وکیل تعیین و دعوی را رسیدگی مینماید⁵.
 - در صورتیکه اقارب درجه اول غایب، زوج یا زوجه وی حایز شرایط وکالت نبوده یا اقارب وی از قبول وکالت امتناع ورزد به اثر تجویز تحریری محکمه خارنوال مدنی را بحیث وکیل غایب تعیین و دعوی را رسیدگی می نماید⁶.
 - تعیین وکیل برای شخص غایب از طرف محکمه بداخل اوراق حکم صورت میگیرد این وکیل صلاحیت های دفاعی غایب را حایز میباشد⁷.

1 عدوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی 2007. الجامعة الاسلامیة، غزة، فلسطين ص 97 الی 101

2 مقصود فصل هشتم قانون اصول محاکمات مدنی است.

3 قانون اصول محاکمات مدنی ماده 154

4 قانون اصول محاکمات مدنی ماده 149

5 قانون اصول محاکمات مدنی ماده 158

6 قانون اصول محاکمات مدنی ماده 160

7 قانون اصول محاکمات مدنی ماده 161

- در صورتیکه مدعی علیه غایب عذر معقول داشته و به محکمه اطلاع بدهد بغرض رفع عذر رسیدگی قضیه الی دو ماه معطل قرار داده میشود.¹
- احکام غیابی به وکیل ابلاغ و به محکوم علیه اطلاع داده می‌شود، در صورت عدم امکان ابلاغ به محکوم علیه اطلاع نامه به یکی اعضای فامیل غایب تسلیم و در صورت عدم موجودیت اعضای فامیل به اداره محل بود و باش و یا اداره محل کار شان سپرده می‌شود.²
- هرگاه مجلوب بعد از استحضاری مراجع جلب و احضار در فورمه جلب یا استحضاری در محکمه از حضور مجدد به محکمه امتناع ورزد محکمه به جلب او برای بار ثانی یا ثالث اقدام می‌نماید، هرگاه مجلوب علی الرغم تطبیق احکام مندرج ماده ۱۴۵ این قانون باز هم به محکمه حاضر نشود یا مطابق ماده ۱۴۰ این قانون فرار غایب یا مفقود تلقی گردد تقاضای حضور او در خلال موعدی که محکمه تعیین می‌نماید برای آخرین بار از طریق رادیو یا روزنامه معتبر کثیرالانتشار بعمل می‌آید.³

مبحث چهارم : موانع متعلق به شریک، دوست و دشمن قاضی

استقلال و بی طرفی قاضی یگانه تضمین برای احقاق حق و تأمین عدالت توسط قاضی است. بناءً، قاضی از هر نوع دخالت یا کوشش برای مداخله در امریکه در حدود صلاحیت قضائی وی صورت می‌گیرد، چه از طرف مقامات بالا یا اشخاص منجمله اقارب وی باشد، جداً جلوگیری می‌نماید، در این مبحث این مسئله را تشریح می‌کنیم که آیا قضاوت به شریک، دوست و دشمن از دیدگاه فقه و قانون مانع صحت حکم قضائی می‌شود یا خیر؟

مطلب اول : موانع متعلق به شریک قاضی از دیدگاه فقه

در مجموع از تصریحات فقهاء معلوم می‌شود که قضاوت قاضی به نفع شریکش در مال و تجارت مطلقاً جایز نیست و همچنان اتفاق دارند که قضاوت قاضی به نفع شریکش در غیر مال هنگامی قاضی به عدالت مشهور باشد جایز است اما اگر قاضی به عدالت مشهور نباشد در این مورد فقهاء دو نظر دارند:

دیدگاه اول: جمهور فقهای حنفی، مالکی و در روایتی از فقهاء شافعی و حنبلی می‌گویند قضاوت قاضی به نفع شریک خود در آن عده مال و جنسی که شریک نیستند جایز است به شرطی که

1 قانون اصول محاکمات مدنی ماده 162

2-وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، جریده رسمی ص ۴۷

3 همچنان قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۱۴۵ و ۱۴۶

قاضی به عدالت مشهور باشد.¹

دیدگاه دوم: برخی از فقهای مالکی می گویند قضاوت قاضی به نفع شریک خود در مالیکه با هم مشترک هستند جایز نیست مگر اینکه قاضی به عدالت مشهور باشد که در این وقت قضاوتش قبول می شود.²

دلایل دیدگاه اول: جمهور فقهاء در منع صحت حکم قضائی به نفع شریک قاضی در مال مشترک، به قیاس استدلال نموده و می گویند قسمی که شهادت شریک به نفع شریک خود در مالی که با هم شراکت دارند قابل قبول نیست، همچنان قضاوت نیز مانند شهادت است بناءً جایز نمی باشد، چنانچه در برخی کتب فقه می نویسند: « لا ینفذ قضاء القاضی لشریکه فیما له فیه شریک »³ ترجمه: قضاوت قاضیه به نفع شریک خود در مالی که در آن شرکت دارد کند.

دلایل دیدگاه دوم: مالکی ها می گویند قضاوت قاضی به نفع شریک خود در مال مشترک جایز نیست چون مسئله تهمت باقی می ماند البته این زمانی است که قاضی به عدالت مشهور نباشد و اگر به عدالت مشهور باشد تهمت از بین می رود و زمانی که مسئله تهمت مطرح نبود، دلیلی برای منع صحت حکم قضائی نیز وجود ندارد.

مذهب راجح مذهب جمهور فقهاء است چون قسمی که در مباحث گذشته بارها یادآوری شد مسئله قضاوت و شهادت در بسیاری موارد با هم شبیه هستند.

مطلب دوم: قضاوت به نفع شریک از دیدگاه قانون

قانون قضاوت به نفع شریک را مطلقاً مانع صحت حکم قضائی دانسته است چنانچه در مجلة الاحکام العدلیة می نویسد: « لیس للحاکم أن یحکم لنفسه أو لمن لا تجوز شهادتهم له فإذا حکم لا ینفذ حکمه لأن فی ذلك تهمة »⁴

ترجمه: قاضی حق ندارد که به نفع خود یا به نفع کسی که شهادت شان به نفع او جایز نیست، قضاوت و حکم کند و اگر به نفع آنان حکم کند، قضاوتش قابل تطبیق نیست چون در این امر قاضی مورد تهمت قرار می گیرد.

در قانون اصول محاکمات مدنی در مورد قضاوت به نفع شریک چیزی به صراحت وجود

1 کاسانی، بدائع الصنائع، ج 6 ص 272 / دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج 4 ص 169، سمرقندی، تحفۃ الفقهاء، همان، ج 3 ص 362

2 دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج 4 ص 169،

3 (2/145) روضة الطالبین: النووی

4 علی حیدر، درر الحکام شرح مجلة الاحکام، ، طبع اول، 1991. دارالجیل، بیروت ماده 1808

ندارد اما در مورد شهادت گفته است که شهادت به نفع شریک درست نیست چنانچه بیان می دارد: «شهادت شریک در باره شریک در حال شرکت و رفیق در باره رفیق در نفع صحیح نیست»¹ اگر مطابق اصل فقهی شهادت را مانند قضاوت بدانیم پس از دیدگاه قانون قضاوت نیز به نفع شریک مسموع نیست.

مطلب سوم: موانع متعلق به اجیر قاضی از دیدگاه فقه

تمام فقهاء اتفاق دارند که قضاوت قاضی به نفع اجیری که مخصوص او نباشد جایز است اما در مورد قضاوت قاضی به نفع اجیر خاص اختلاف کرده اند:

قول اول: جمهور فقهای حنفی، مالکی و حنبلی می گویند قضاوت قاضی به نفع اجیر خاص جایز نیست و این نوع قضاوت مانع صحت حکم قضائی می شود به دلیل اینکه قضاوت مانند شهادت است و شهادت قاضی به نفع اجیر خاص جایز نیست پس قضاوتش نیز جایز نمی باشد، چون مسئله تهمت کردن به قاضی در اینجا مطرح است.²

قول دوم: فقهای مذهب امام شافعی می گویند که قضاوت به نفع اجیر خاص مانع صحت حکم قضائی نمی شود به دلیل این که شوافع شهادت اجیر را به نفع مستاجر و بر عکس آن جایز می دانند و زمانی که شهادت آنان به نفع یک دیگر جایز باشد قضاوت شان نیز جایز می شود.³ مذهب راجح قول جمهور است چون قضاوت به نفع اجیر خاص قاضی را مورد شک و اتهام قرار می دهد و اعتماد او نزد مردم خدشه دار می شود.

مطلب پنجم: موانع متعلق به دوست قاضی در شریعت و قانون

از تصریحات فقهاء در مورد قضاوت به نفع دوستی که به قاضی بسیار نزدیک و صمیمی نباشد معلوم می شود که این نوع قضاوت مانع صحت حکم قضائی نیست اما در مورد قضاوت به نفع دوست نزدیک و صمیمی قاضی اختلاف کرده اند و اقوال ذیل از آنان نقل شده است:

قول اول: حنابله و شوافع می گویند: قضاوت به نفع دوست نزدیک و صمیمی قاضی مانع صحت حکم قضائی نیست و این نوع قضاوت جایز است به دلیل این که قضاوت مانند شهادت است و

1 قانون اصول محاکمات مدنی ماده 336

2 کاسانی، همان، ج 6 ص 272 / ابن مفلح، القوانين الفقهية، همان، ج 10 ص 247، بسوقی، حاشیة النسوقی علی الشرح الكبير، ج 4 ص 169،

3 شربینی، محمد بن أحمد الخطیب، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: دار الفکر - بیروت، ج 4 ص 434

شهادت یک دوست به نفع دوست دیگر جایز است پس قضاوت نیز جایز می باشد.¹

قول دوم: مالکی ها می گویند²: قضاوت قاضی به نفع دوست صمیمی مانع صحت حکم قضائی می شود مگر زمانی که قاضی به عدالت مشهور باشد، دلیل آنان نیز قیاس قضاوت بر شهادت است و شهادت یک دوست صمیمی و صادق به نفع دوست صمیمی و عادل جایز است پس قضاوت شان نیز در حق یکدیگر جایز است اما اگر قاضی به عدالت مشهور نباشد جایز نیست چون این کار باعث می شود تا قاضی مورد تهمت بر طرفداری از دوستش گردد.

در مجلة الاحكام العدلیة در مورد قضاوت به نفع دوست چنین آمده است: «شهادة الصديق لصديقه مقبولة ولكن إذا وصلت صداقتهما إلى مرتبة يتصرف أحدهما في مال الآخر فلا تقبل شهادة أحدهما للآخر»³ شهادت یک دوست به نفع دوست دیگر قبول می شود اما اگر درجه دوستی به حدی رسیده باشد که در مال یک دیگر تصرف می کرده باشند، در این چنین حالت شهادت شان به نفع یکدیگر قبول نمیشود.

در قوانین افغانستان چیزی مشخص در مورد ممنوعیت قضائی به نفع دوست وجود ندارد اما در مورد شهادت گفته است که شهادت به نفع شریک و دوست صحیح نیست چنانچه بیان می دارد: «شهادت شريك در باره شريك در حال شركت و رفيق در باره رفيق در نفع صحیح نیست»⁴ اگر مطابق اصل فقهی شهادت را مانند قضاوت بدانیم پس از دیدگاه قانون قضاوت نیز به نفع دوست مسموع نیست.

مطلب چهارم : موانع متعلق به دشمن قاضي در شريعت

مقصود از عداوت و دشمنی، عداوت دنیوی است و آن را در کتب فقه چنین تعریف کرده اند: «هي العداوة الظاهرة التي يتمنى فيها الشخص لغيره زوال نعمته ويفرح لمصيبته ويحزن لمسرته»⁵ ترجمه: مراد از آن عداوتی است که یک شخص زوال نعمت دیگران را می خواهد و به مصیبتی که به او می رسد خوشحال می شود و اگر خوشحالی به او برسد غمگین می شود. فقهاء در مورد قضاوت به نفع دشمن اتفاق کرده اند که این نوع قضاوت جایز است و مانع

1 شریبئی، محمد بن أحمد الخطیب، (ت 937 هـ)، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: دار الفكر - بیروت، ج 4 ص 434

2 دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير، همان، ج 4 ص 334

3 علی حیدر، درر الحکام شرح مجلة الاحکام، ، طبع اول، 1991. دار الجبل، بیروت، ماده 1701

4 قانون اصول محاکمات مدنی ماده 336

5 إعانة الطالبین: سید بکری بن السید محمد شطا الدمیاطی دار الفكر بیروت، ج 4 ص 289

صحت حکم قضائی نمی شود اما در مورد قضاوت به ضرر دشمن از طرف قاضی اختلاف کرده اند:
دیدگاه اول: جمهور فقهای مالکی، شافعی، حنبلی، ظاهری ها و در یک روایت حنفی ها می گویند که قضاوت قاضی به ضرر کسی که با او دشمنی دارد و این دشمنی به امور دنیوی ربط داشته باشد، جایز نیست.¹

دیدگاه دوم: احناف می گویند: زمانی که قاضی عادل باشد و به عدالت مشهور باشد و به ضرر دشمن خود که دشمنی اش در امور دنیوی باشد قضاوت کند این نوع قضاوت جایز است و مانع صحت و تطبیق حکم قضائی نمی شود.²

دلایل دیدگاه اول: جمهور فقهاء بر این که قضاوت به ضرر دشمن مانع صحت حکم قضائی می شود، این مسئله را به شهادت قیاس کرده اند و گفته اند: «إن شهادة العدو على عدوه لا تقبل لأنه متهم في شهادة فترد هذه الشهادة لهذه التهمة، فليس له أن يحكم على عدوه قیاس على الشهادة علیه»³
ترجمه: شهادت دشمن به ضرر دشمن قبول نمی شود زیرا او متهم به شهادت دروغ است و این نوع شهادت به علت احتمال تهمت مردود است و برای قاضی نیز جایز نیست تا بالای دشمن خود قضاوت کند و این قیاس می شود بر شهادت.

همچنان مسئله قضاوت قاضی به ضرر دشمن را قیاس کرده اند به قضاوت به نفع دوست و قسمی که قضاوت به نفع دوست جایز نیست این امر ایجاب می کند عکس آن یعنی قضاوت به ضرر دشمن جایز نباشد چون علت اصلی در هر دو مسئله احتمال تهمت و از بین رفتن اعتماد بالای قاضی است.

دلایل دیدگاه دوم: احناف می گویند: عداوت و دشمنی شخصی عدالت قاضی را خدشه دار نمی کند و زمانی که قاضی به عدالت مشهور باشد مسئله احتمال تهمت از بین میرود اما زمانی که عداوت به حدی برسد که قاضی را از مرز عدالت خارج کند پس قضاوت او به ضرر دشمن قبول نیست نه به خاطر اینکه در میان شان عداوت است بلکه به سبب اینکه عدالت از بین رفته است.⁴

مذهب راجح در اینجا، مذهب جمهور است به دلیل این که احتمال تهمت یکی از اسباب مانع در عدم قبول قضاوت به نفع اقارب می گردید و این امر دلالت بر این می کند که باید قضاوت او بر ضرر دشمن قبول نشود چون در هر دو مسئله تهمت مطرح است و احتمال آن موجود است، و دوم اینکه نفس

1 شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 4 ص 418، کاسانی، بدائع الصنائع، همان ج 6 ص 272، ابن مفلح، القوانين الفقهية، ج 10 ص 247

2 ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم (970 هـ)، البحر الرائق، دار المعرفة، بیروت ج 7 ص 320

3 شربینی، محمد بن أحمد الخطیب، (ت 937 هـ)، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: دار الفکر - بیروت، ج 4 ص 434

4 ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم (970 هـ)، البحر الرائق، دار المعرفة، بیروت ج 7 ص 322

بشری ضعیف است و عادتاً مسئله حسادت و عداوت شخصی در مواردی چون قضاء تاثیر گذار است و مانع تطبیق عدالت می شود بناءً احتیاط ایجاب می کند تا قضاوت قاضی به ضرر دشمن مانع صحت و تطبیق حکم قضائی شود و تهمت از بین برود.

مطلب پنجم: قضاوت به ضرر دشمن از دیدگاه قانون

در مورد قضاوت به نفع خویشاوندان، در اصول محاکمات مدنی چنین صراحت دارد: « رئیس و اعضای محکمه هریک در حالات آتی از اشتراک در ترکیب محاکمه و رسیدگی به دعوی مدنی اجتناب می ورزند:

- 1- در صورتی که بین رئیس یا اعضای محکمه یا یکی از طرفین قضیه، دعوا موجود باشد.
- 2- در صورتی که بین رئیس یا یکی از اعضای محکمه با یکطرف دعوا خصومت قبلی موجود باشد.¹

به این اساس معلوم می شود که قانون دیدگاه جمهور فقهاء مبنی بر این که قضاوت به ضرر دشمن مانع صحت حکم قضائی می شود، ترجیح داده و مطابق آن حکم کرده است.

پایان

1399/9/20

1 قانون اصول محاکمات مدنی، فصل چهارم ماده 65

نتیجه گیری

از آن چه در تحقیق انجام شده تحت عنوان موانع حکم قضائی در شریعت و قانون طی چهار فصل نوشته شد به طور فشرده چنین نتیجه گیری می شود:

1- تحت عنوان موانع حکم قضائی در کتب فقه چیزی نوشته نشده است و این موانع از شروط وضع شده در قضاء دانسته می شود.

2- مانع اسم فاعل از مصدر منع است و معنای آن هر آن چه است که چیز دیگر را منع می کند و در مقابل او حایل قرار می گیرد و در اصطلاح مانع عبارت از یک صفت ظاهر و با قاعده است که وجود آن مستلزم عدم حکم می شود و عدم آن باعث وجود حکم و عدم ذات آن نمی شود.

3- قضاء یکی از ارکان مهم و اساسی دولت اسلامی بوده چرا که اساس دولت اسلامی همانا عدالت بوده و عدالت به وجه احسن آن در ابعاد قضاء شناخت می شود.

4- تاریخ نویسان تشریح اسلامی تاریخ قضاء را در اسلام به پنج تقسیم می کنند: دوره حیات پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم-، دوره خلفای راشدین، قضاوت در دوره اموی ها، دوره عباسیان و قضاوت در دوره عثمانی ها.

5- کفر مطلقاً در فقه مانع صحت حکم قضائی گفته شده است اما در قانون ضمناً مانع دانسته می شود.

6- جمهور فقهاء انوئت را مانع صحت قضاء دانسته اند اما قانون بنا بر مذهب امام ابوحنیفه انوئت را مانع ندانسته و هیچ شرطی راجع به مرد بودن یا زن بودن قاضی نگذاشته است.

7- شروط قضاء و موانع صحت حکم قضاء در فقه به تفصیل بحث شده است اما در قانون جزئیات آن بیان نشده است و علتش این است که فقه منبع قانون است و در مسائلی قانون وجود نداشته باشد به فقه حنفی مراجعه می شود.

8- قانون قاضی را به عدالت و عدم جانبداری از یک طرف قضیه تشویق کرده است اما راجع به این که آیا فسق و عدم عدالت مانع صحت و تطبیق حکم قضائی می شود یا نه؟ چیزی نگفته است و در فقه این مسئله با جزئیات زیاد توضیح شده است.

9- در مسئله رشوت قول راجح این است که رشوت مانع صحت حکم قضایی بوده و قضاوت قاضی رشوه خور قابل تنفیذ نه بلکه باطل گردانیده شود زیرا ممکن است قاضی رشوت خور همین منصب قضاء را به رشوت گرفته باشد و همچنان کسی که رشوت می

گیرد در حقیقت به غیر حق حکم می کند و حقیقت را پنهان می کند و عدالت را برقرار نمی کند بناءً مناسب نیست او در مسند قضاوت باشد و رشوت خوردن یک ظلم بسیار بزرگ است.

10- در فقه تصریح شده است که فیصله به اساس علم قاضی به خصوص در عصر حاضر جایز نیست چون اگر در گذشته ها قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی مانع صحت حکم قضائی نمی شد این دلیل برای جواز در عصر حاضر نمی شود چون قاضیان آن زمان تا این عصر فرق دارند و تقوا و تمسک آنان به اصول شریعت و حلال و حرام بیش تر بود و حالا چنین نیست در قانون نیز حکم کردن به اساس علم قاضی کاملاً منع شده است و به صراحت گفته شده است که قاضی نمی تواند بر مبنای علم و آگاهی خود در مورد قضیه که تحت رسیدگی اش قرار دارد حکم صادر نماید.

11- در فقه داشتن اهلیت و علم کافی یا در حد اجتهاد و یا علم کافی برای قاضی مقلد شرط گذاشته شده است و در قانون نیز طور ضمنی داشتن علم از طریق فراغت از رشته شریعت و حقوق و تخصص و تجربه شرط شده است.

12- از تصریحات فقهاء معلوم می شود که قضاوت قاضی به نفع شریکش در مال و تجارت مطلقاً جایز نیست اما در قانون شهادت به نفع شریک غیر مسموع گفته شده و استنباطاً معلوم می شود که قضاوت هم به نفع شریک جایز نباشد.

13- از تصریحات فقهاء در مورد قضاوت به نفع دوستی که به قاضی بسیار نزدیک و صمیمی نباشد معلوم می شود که این نوع قضاوت مانع صحت حکم قضائی نیست اما در مورد قضاوت به نفع دوست نزدیک و صمیمی قاضی اختلاف کرده اند.

14- هم در فقه و هم در قانون قضاوت بر ضرر دشمن از موانع صحت حکم قضائی دانسته شده است.

پیشنهاد ها

برای این که قضاوت و احکام قضائی خویش را با شریعت اسلامی سازگار نماییم و حکم شریعت اسلامی را در روشنی فقه و قانون اسلامی انجام دهیم، راه کارهای ذیل را به عنوان پیش نهاد مطرح می کنم امید است مورد توجه قرار داده شود:

1. تعلیم و تربیه درست فرزندان و تغریس ارزش های والای دینی در اذهان عامه مردم بادر نظر داشت اصول و اساسات شریعت غرای محمدی.
 2. راه اندازی پروگرام های آموزشی، معلوماتی برای توسعه آگاهی عامه در مورد احکام و موانع صحت و تطبیق قضائی و به کار گیری وسایل اطلاع رسانی جمعی.
 3. ایجاد نهادهای تحقیقاتی اختصاصی همه جانبه از طرف علما و دانشمندان در عرصه های قضائی و موانع صحت حکم قضائی.
 4. انجام تحقیقات علمی بیش تر در مورد موانع و احکام قضائی به هدف رسیدن به نتایج علمی و قانون در این مورد،
 5. نشر تحقیق بنده در مور موانع صحت و تطبیق حکم قضائی در مجله «قضاء» ستره محکمه افغانستان .
 6. چاپ این رساله بعد از تایید و تصویب شورای علمی پوهنتون سلام به عنوان یک بحث ویژه در خصوص موانع صحت و تطبیق حکم قضائی.
 7. غنی ساختن کتابخانه پوهنتون سلام به خصوص کتابخانه دیجیتالی و به دسترس قرار دادن سافت کتاب ها و منابع در اختیار محصلین و محققین.
 8. ساخت یک کانال یا صفحه انترنیتی از طرف پوهنتون سلام برای اصدار فتوهای شرعی در خصوص مسایل جدید قضائی.
 9. مشارکت در برنامه های قانون سازی و سهم گیری برای رهنمایی قانون سازان جهت مراعات نمودن حدود و قوانین شرعی در باب قضاء.
- وصلی الله تعالی وسلم علی نبینا محمد وعلی آله واصحابه ومن تبعهم باحسان الی یوم الدین.

فهرست آیات

شماره	طرف آیت	صفحه
1	﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾	10
2	﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾	11
3	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾	42 . 31
4	﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ...﴾	20.31.51
5	﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ ...﴾	2
6	﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ...﴾	12.20
7	﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ...﴾	21 . 2
8	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾	38
9	﴿وَقُرْآنٍ فِي بُيُوتِكُمْ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ...﴾	46
10	﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾	46
11	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ...﴾	52
12	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا...﴾	70
13	﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾	75
14	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾	80
15	﴿وَإِن حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾	24
16	﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾	14

فهرست احاديث

شماره	طرف حديث	صفحه
1.	ادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ...	15.22
2.	إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ ...	16
3.	إِذَا حَكَّمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ...	21.25
4.	إِذَا تَقاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الأَخْرِ...	22
5.	بَعَثَ مُعَاذًا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إِلَى الِیْمَنِ فَقَالَ: «ادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ	22
6.	إِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ عَلَيْكُمْ أَمْرَاءُ فَتَعْرِفُونَ وَتُنْكِرُونَ ...	43
7.	لَنْ يَفْلَحَ قَوْمٌ لَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ..	47
8.	القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة...	48.52
9.	أنفذني رسول الله إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت: تنفذني إلى قوم يكون بينهم...	15.53.122
10.	رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحلم...	55.118
11.	استخلف ابن أم مكتوم يؤم الناس وهو أعمى...	57
12.	لَعَنَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ...	70
13.	بَعَثَ أَبَا جَهْمَ بِنَ حُدَيْفَةَ مُصَدِّقًا فَلَاجَهُ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ فَضْرَبَهُ أَبُو جَهْمٍ...	76
14.	شاهدك أو يمينه...	77
15.	أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجعرانة منصرفه من حنين...	77
16.	إن جاءت به كذا فهو لهلال يعني الزوج...	78.89
17.	دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على فقالت: يا رسول الله	81.121
18.	أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم، وترك عيالاً...	82

83	إن فاطمة أرسلت إلى أبي بكر - رضي الله عنه - تسأله ميراثها...	.19
84	جاء رجلان يختصمان إلى النبي صلى الله عليه وسلم في شيء...	.20
88	ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم...	.21
95	انطلقَ عبدُ اللهِ بنُ سهلٍ ومُحيصَةُ بنُ مسعودٍ رضي اللهُ عنهما إلى خيبر...	.22
96	أن عليا - رضي الله عنه - وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وقال هو وكيلي...	.23
15.53.122	أنفذني رسول الله إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت: تنفذني إلى قوم...	.24

فهرست اعلام

شماره	نام	صفحه
1	ابن منظور	7.15
2	راغب اصفهانی	8.13.18
3	ابن عابدین	79..45.46
4	امام شافعی	19.30.57
5	ابن حزم ظاهری	25.27 .21
6	ابن همام	39.62.85
7	ابن قدامه	49
8	کاسانی	92 ، 31
9	معاذ بن جبل	11

فهرست منابع

1. قرآن كريم
2. اتاسى، محمد خالد، شرح المجلة، مطبعة حمص، 1931. المكتبة الشاملة اصدار 3.32 ص 35
3. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري المحلي بالأثار، (ت 456هـ)، دار الفكر. بيروت
4. ابن خلدون، عبدالرحمن ابن خلدون ، مقدمه ابن خلدون ، ص 174 موقع الوراق <http://www.alwarraq.com>
5. ابن رشد، أبو الوليد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (ت 595) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، طبع ششم 1403 هـ- 1982 م. دار المعرفة-بيروت
6. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، قرطبي (المتوفى : 595هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر،
7. ابن فرحون، برهان الدين ابراهيم بن على بن ابى القاسم، تبصره الحكام فى اصول الأفضيه و مناهج الأحكام، مكتبه الكليات الأزهرية – قاهره 1986م.
8. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر – بيروت
9. ابن قيم، أبو عبد الله محمد بن أبى الزرعى،(ت 751 هـ)، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مطبعة المدني – القاهرة
10. ابن منظور، محمد بن مكرم بن على ابن احمد. (1993م). لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
11. ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دارالمعرفة – بيروت،
12. انصارى: زكريا بن محمد بن زكريا، (متوفى: 926هـ) شرح روضة الطالب من أسنى المطالب، دار الكتاب الإسلامى
13. بخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت 256 هـ) طبع سوم، 1407 هـ- 1986 م. دار ابن كثير-اليمامة-بيروت،
14. البهجة فى شرح التحفة. أبو الحسن علي بن عبد السلام.
15. بهوتى، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع: (ت 1051هـ)، دار الفكر – بيروت - 1402 هـ- 1981 م.

16. بيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت 458 هـ)، الطبعة الأولى سنة 1410، مكتبة الدار، المنية المنورة،
17. ترمذى، ابو عيسى محمد بن عيسى بن سوره، سنن الترمذى، دارالمعرفه - بيروت 2002م. ط: 2- 1405 هـ - 1984 م.
18. جرجانى، السيد الشريف على بن محمد، التعريفات، دار إحياء التراث العربى - بيروت 2003م.
19. جمعى از محققين، ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر الواقع والمؤمول الفترة الواقعة بين 12-13-14 ربيع الأول 1427 هـ. المكتبة الشاملة،
20. جوهرى، اسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، دارالعلم الملايين - بيروت 1979م.
21. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، مستدرک الحاكم، سال طبع 1998م، القاهرة، دارالثقافة.
22. حسين، علي حيدر- فهمي الحسيني، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت- طبع اول 1411 هـ - 1990 م.
23. درر الحكام شرح غرر الأحكام - ملا خسرو الحنفى - المطبعة العامرية مصر 1304. ماده (1840
24. دسوقي، محمد عرفه الدسوقي (1230 هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر- بيروت،
25. دمشقى، ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دارالمعرفة، بيروت 1403 هـ،
26. رازى: محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر، مختار الصحاح، چاپ سوم بيروت- لبنان سال 1418 هـ- 1997م.
27. راغب اصفهانى، حسين بن محمد بن مفضل، مفردات ألفاظ القرآن، دارالقلم - بيروت 1992م.
28. زبيدى، محمد مرتضى حسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ، مكتبة الحياة، بيروت- لبنان زحيلي، محمد، تاريخ القضاء في الإسلام ، دار الفكر ، بيروت ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 1415 هـ / 1995 م
29. زيدان، عبدالكريم ، نظام قضاء در اسلام ، مترجم استاد عبدالحليم ثاقب خير آبادى
30. زيدان، عبدالكريم، الوجيز في أصول الفقه مؤسسة الرسالة-بيروت- طبع سوم، 1407 هـ - 1987 م.
31. ستانكزى، محمد ظريف علم، اصول محاكمات مدنى سال ۱۳۹۶ چاپ انتشارات حامد رسالت، كابل، افغانستان
32. ستانكزى، محمدظريف علم، اصول محاكمات جزايى(۱۳۷۸) انتشارات: ميوند. كابل افغانستان.

33. سجستاني، سليمان ابن شعث، سنن ابي داود. تحقيق: محمد محي الدين عبدالحميد. بيروت،
34. سمرقندی ، علاء الدين محمد بن أحمد (ت 593 هـ) تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية-بيروت-الطبعة الأولى 1405 هـ - 1985 م.
35. شريبي، محمد بن أحمد الخطيب، (ت 937 هـ)، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: دار الفكر- بيروت،
36. شوكاني، محمد بن علي، ارشاد الفحول، دمشق: دارالكتاب العربي، 1419 هـ ق
37. شيخ نظام و جماعة من علماء الهند (الفتاوى الهنديه. بيروت: دار الفكر. 1411 هـ ق 1991 م)
38. شيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت 476 هـ)، المهذب، دار الفكر-بيروت،
39. طرز سلوك قضايي برای قضات جمهوری اسلامی افغانستان (29) جوزا 1386 هـ.ش،
40. طرز سلوك قضايي برای قضات جمهوری اسلامی افغانستان، مصوبه مؤرخ (29) جوزا 1386 هـ.ش،
41. عاشور، احمد عيسى، فقه آسان در مذهب امام شافعي، مكتبه شامله فارسي، اصدار 3.32
42. عبدالباقي، رهنمای وثایق و سجلات دعاوی محاکم عدلی سال ۱۳۷۵ وزارت معارف، مطبعه دولتی
43. عدوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی 2007. الجامعة الاسلامیة، غزه، فلسطين .
44. علي حيدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، تحقيق تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان / بيروت
45. فيومي، احمد بن محمد بن علي. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (ت 770 هـ)، دار المعارف – القاهرة،
46. فيومي، احمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبه، علمية بيروت، لبنان
47. قرطبي، محمد بن احمد (668 هـ ق) ، تفسير القرطبي، ط 1384، 2هـ 1964م، دار الكتب المصريه، قاهره
48. قرطبي، محمد بن رشد، (ت 595) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، طبع هشتم، سال 1989.
49. قزويني، محمد بن زيد، (ت 275) سنن ابن ماجه، دار المعرفة، بيروت 1996.
50. قشيري، مسلم بن حجاج نيشاپوري، دار ابي حيان، مصر.

51. اكتشاف اصطلاحات الفنون: محمد أعلى بن على التهانوني (1158 هـ) طبع الهند، ص 1412
52. كاسانى: علاء الدين بن مسعود الكاساني (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع، طبع سوم 1402 هـ - 1981 م.
دار الكتاب العربي-بيروت-
53. ماوردي، ابو الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادي، الاحكام السلطانية و الولايات
الدينية، قاهره، 1380
54. مجلة الأحكام العدلية، تهيئه شده توسط هيأتى از علما و فقهاء خلافت عثمانى، ناشر نور محمد
كتابخانه تجارت كتب، آرام باغ كراچى.
55. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية سال: 2004
56. مرداوى، أبو الحسن على بن سليمان (ت 885 هـ)، الانصاف، دار إحياء التراث العربي - بيروت،
57. مرغينانى، علي بن أبي بكر المرغيناني، (ت 593 هـ) الهداية شرح البداية: المكتبة الإسلامية-
بيروت،
58. نسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت 303) السنن الكبرى - طبع دوم، 1406 هـ مكتب
المطبوعات الإسلامية - حلب- 1985 م.
59. نووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين المكتب
الإسلامي - بيروت -
60. نيشاپورى، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، المحقق، محمد
فؤاد عبد الباقي بيروت، لبنان.
61. وزارت عدليه، جريده رسمى/ قانون تشكيل وصلاحيات قوه قضائيه
62. وزارت عدليه، مقرره هاى مربوط ستره محكمه جمهورى اسلامى افغانستان، حوت سال ۵۸۳۱
هـ ش
63. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامى وادلته ، طبع 14، دار الفكر - سورىة - دمشق.
64. ويب سايت ستره محكمه افغانستان www.supremecourt.gov.af/dr/
65. ياسين، د. محمد نعيم، نظرية الدعوى، دار النفائس - الأردن - الطبعة الثالثة - 1425 هـ - 2004 م

Summary of the Research

Judicial rulings are one of the important issues about the judiciary that have been widely discussed and analyzed and evaluated from different angles. Put the discussion.

This research is written in four chapters, in the first chapter, the general concepts and introductory topics are expressed in three topics. In the first article, the truth of the obstacles and its definition is stated, and in the second article, the history, importance, legitimacy and pillars of the judiciary are briefly described. In the third article, the definition of the judge and its conditions are also stated.

In the second chapter of this research, which includes three topics, in the first topic, the barriers belonging to the judge from the point of view of jurisprudence and law are explained in detail, and also the judicial barriers mentioned in jurisprudence are compared with the barriers mentioned in the law. Those barriers related to the judge's anger and bribery have been examined and in this article the barriers related to the judge's anger and bribery have been compared between the jurisprudential points and legal materials of Afghanistan and in the third topic of this chapter the barriers related to the judge's knowledge A detailed description of jurisprudence and law has been made and comparisons have been made.

The third chapter of this research is written under the title of obstacles to the ruling of the judiciary and what belongs to the judiciary and has four topics. The place of the dispute has been mentioned from the point of view of jurisprudence and law, and also a comparison has been made between the legal materials and jurisprudential specifications in this regard. The law is discussed.

And in the fourth chapter, the obstacles belonging to the enemy are expressed in four topics: in the first topic, the issue of judging the principles and sub-principles, in the second topic, the obstacles belonging to incompetence, in the third topic, the absentee verdicts and in the fourth topic, the obstacles belonging to partner, friend and foe. The judge is the focus of the investigation.

In short, it can be said that infidelity has been an obstacle to the validity of the judicial ruling, and immorality, imitation, and infidelity have been among the important issues on which the jurists have disagreed.

Keywords Discussion: Barriers, Judgment, Judge, Verdict, Sharia, Law.



Salam University

Faculty of Sharia and Law

Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Republic of Afghanistan

Ministry of Higher Education

Academic Deputy

Obstacles to the validity and implementation of judicial rulings in Sharia and law

(A master's thesis)

Student: Furozan Hakimi

Supervisor: Dr. Abdullah Haqyar

Year: 2021



Salam University

Faculty of Sharia and Law

Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Republic of Afghanistan

Ministry of Higher Education

Academic Deputy

**Obstacles to the validity and
implementation of judicial rulings in
Sharia and law**

(A master's thesis)

Student: Furozan Hakimi

Supervisor: Dr. Abdullah Haqyar

Year: 2021