



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعيات و قانون
پروگرام ماستري فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

شرایط صحت حکم قاضی از دیدگاه فقه
و قانون افغانستان
(رساله ماستري)

محصل: محمد رفیق "حمیدی"
استاد: هنما: دکتور رفیع الله "عطاء"

سال: ۱۴۰۱ هـ. ش - ۱۴۴۴ هـ. ق



پوهنتون سلام

پوهنځی شریعات و قانون

پروگرام ماستری فقه و قانون



امارات اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

معینیت امور علمی

شرایط صحت حکم قاضی از دیدگاه فقه و قانون افغانستان

(رساله ماستری)

محصل: محمد رفیق حمیدی

استاد رهنما: دکتور رفیع الله عطاء

سال: ۱۴۰۱ هـ ش ۱۴۴۴ هـ ش

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دپارتمنت فقه و قانون

بورد ماستری

تصدیق نامه

محترم محمد رفیق ولد حضرت یوسف ID: SH-MSF-98-507 نمبر محصل دوره فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: شرایط صحت حکم قاضی از دید گاه فقه و قانون به روز پنجشنبه تاریخ 11/12/1401 هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق 90 (نمره به عدد) نود و نهم (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

شماره	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور محمد یونس ابراهیمی	عضو هیات	
۲	دکتور مؤمن حلیمی	عضو هیات	
۳	دکتور رفیع الله عطاء	استاد رهنما و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... امر بورد ماستری

سپاسگذاری

در قدم نخست شکر و سپاس بیکران الله متعال را که به نعمتش مرا زندگی بخشید و مرا به طلب علم توفیق عطا فرمود.

سپاس بی‌پایان والدین گرامی‌ام را که در تربیتم با سعی جمیل کوشیدند و رنج فراوانی را قبول فرمودند.

اظهار سپاس می‌کنم از وزارت تحصیلات عالی و در رأس از امارت اسلامی افغانستان که برای شگوفایی هرچه بیشتر علم و دانش و تخصص زمینه‌نیل به تحصیلات عالی و تخصصی را برای ما فراهم نموده‌اند.

سپاس نهایت فراوان از زحمات و تلاش‌های شبانه‌روزی تمامی استادان مهربانم در پوهنتون سلام، هیأت رهبری و کادر علمی کوشا و مخلص این نهاد بزرگ علمی که مشغول تربیت نسل رشید اسلامی، ارشاد جوانان و تربیه کادرهای علمی برای کشور هستند.

و سپاس و امتنان ویژه از رهنمایی‌های علمی و مشفقانه، حوصله‌مندی، توجو، تشویق و حمایت‌های بی‌دریغ استاد گران ارج، مشرف و رهنمایم در رساله محترم دکتور رفیع الله (عطاء) که بدون همکاری های شان نیل به این آرمان و اکمال مرحله (ماستری) و اتمام این رساله برایم دشواری می‌بود.

و در اخیر سپاس تمامی برادران و دوستان مخلصم را که همیشه مرا به فعالیت‌های خیر توجو، تشویق و حمایت نموده‌اند.

خلاصه بحث

باتوجه به اهمیت قاضی و قضاوت در جامعه، این تحقیق موضوع شرایط صحت حکم قاضی از دیدگاه فقه اسلامی و قانون افغانستان مورد بحث قرار گرفته است، در این شکی نیست که شریعت اسلامی به مسایل قضایی و تحقق عدالت زیاد توجه کرده است و فهم شروط صحت حکم قاضی یکی از مسایل عمده در قضا است و برای قانونمند سازی نظام قضاء تشریح و تفصیل شروط صحت حکم قاضی اهمیت ویژه دارد.

این تحقیق طی یک مقدمه، سه فصل و خاتمه به روش توصیفی- تحلیلی و کتابخانه‌یی بوده و محتویات آن از کتاب‌ها و متون معتمد فقه حنفی و سایر مذاهب فقهی نقل شده و سپس وجه ترجیح اقوال و دیدگاه‌های راجح بیان شده است و از لابه لای مباحث و مطالب این بحث دانسته می‌شود که قاضی چه شرایطی را در هنگام قضاوت باید دارا باشد و فقهای اسلامی تاده شرط را برای قاضی برشمرده‌اند و در مورد بعضی شرایط، میان فقهای اسلامی اتفاق نظر وجود دارد و بعضی آنها میان علمای اسلامی اختلافی‌اند. عقل، بلوغ، کمال، عدالت، توانایی علمی و اجتهاد از جمله شرایطی است که در میان فقهای اسلامی اختلافی نیستند و مذکر بودن، حریت و آزادگی از جمله شرایطی است که بعض فقها آن را برای قاضی شرط می‌دانند و بعضی علما آن را شرط نمی‌دانند.

از نظر فقه پاک بودن قاضی از تهمت رشوت خوری شرط 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 می‌گیرد در حقیقت به غیر حق حکم می‌کند و حقیقت را پنهان می‌کند و عدالت را برقرار نمی‌کند بناءً مناسب نیست او در مسند قضاوت باشد. همچنان در فقه تصریح شده است که فیصله به اساس علم قاضی به خصوص در عصر حاضر جایز نیست، و در قانون حکم کردن به اساس علم قاضی کاملاً منع شده است.

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، همچنان مساوات و برابری میان متخصصین، عدم تلقین به یکی از دو طرف دعوا، تشویق قاضی به صلح و مروت و رعایت نوبت در امر دادرسی و محاکمه از جمله وظایف مهم و بنیادی یک قاضی است که باید رعایت نماید.

واژه های کلیدی: قاضی، شرط، فقه، قضاء، قانون، صحت، حکم، عدالت.

فهرست مطالب

مقدمه

- ۳ طرح و بیان مسئله:
- ۳ اهمیت موضوع:
- ۵ اهداف تحقیق:
- ۵ سوال های تحقیق:
- ۶ پیشینه تحقیق:
- ۷ روش تحقیق:

فصل اول

مفاهیم و کلیات

- ۱۰ مبحث اول: مفهوم شرط و حکم و اسباب ثبوت آن
- ۱۰ مطلب اول: معنای لغوی شرط
- ۱۱ مطلب دوم: معنای اصطلاحی شرط
- ۱۳ مطلب سوم: اقسام شرط صحت حکم قضاء
- ۱۳ مطلب چهارم: معنای لغوی حکم
- ۱۴ مطلب پنجم: معنای اصطلاحی حکم در اصول فقه
- ۱۶ مطلب ششم: معنای اصطلاحی حکم در قانون
- ۱۷ مطلب هفتم: شرایط صحت حکم و اسباب ثبوت آن در فقه
- ۱۹ مطلب هشتم: اسباب ثبوت حکم در قانون
- ۲۱ مبحث دوم: تعریف قضاء و اهمیت آن
- ۲۱ مطلب اول: معنای لغوی قضاء
- ۲۲ مطلب دوم: معنای اصطلاحی قضاء
- ۲۲ مطلب سوم: تعریف قضاء در قانون و مقایسه آن با تعریف فقه

- مطلب چهارم: تاریخچه مختصر قضاء ۲۳
- مطلب پنجم: فضیلت قضاء ۳۴
- مطلب ششم: حکم قضاء ۳۶
- مطلب هفتم: ارکان قضاء: ۳۸
- مطلب هشتم: تاریخچه مختصر قضاء ۳۹
- مبحث سوم: تعریف قاضی از دیدگاه فقه و قانون ۴۶
- مطلب اول: معنای لغوی قاضی ۴۶
- مطلب دوم: تعریف و اقسام قاضی در فقه: ۴۶
- مطلب سوم: تعریف قاضی در قانون و مقایسه آن با تعریف فقه: ۴۷

فصل دوم

شرایط متعلق به قاضی

- مبحث اول: شرایط قضاء متعلق به شخص قاضی از دیدگاه فقه و قانون ۵۱
- مطلب اول: شرط بودن اسلام در فقه ۵۱
- مطلب دوم: دیدگاه فقهاء در مورد قضاوت کافر ۵۳
- مطلب سوم: دیدگاه قانون در مورد شرط بودن اسلام ۵۵
- مطلب چهارم: شرط عدالت ۵۵
- مطلب پنجم: حکم تعیین کردن فاسق به حیث قاضی از دیدگاه فقه اسلامی ۵۹
- مطلب ششم: شرط بودن عدالت در قانون ۶۲
- مطلب هفتم: شرط مذکر بودن در فقه اسلامی ۶۳
- شرح دیدگاه فقهاء در مورد قضاوت زن و دلایل آنان ۶۴
- مطلب هشتم: دیدگاه قانون در مورد شرط مذکر بودن ۷۰
- مطلب نهم: شرط اجتهاد در فقه ۷۰

- مطلب دهم : دیدگاه فقهاء در مورد مقلد بودن قاضی ۷۲
- مطلب یازدهم : دیدگاه قانون در مورد شرط اجتهاد ۷۶
- مطلب دوازدهم : شرط اهلیت داشتن در فقه اسلامی ۷۷
- مطلب سیزدهم : دیدگاه قانون در مورد شرط اهلیت ۷۹
- مطلب چهاردهم : شرط سالم بودن در فقه اسلامی ۷۹
- مطلب پانزدهم : دیدگاه قانون در مورد شرط سالم بودن ۸۱
- مطلب شانزدهم : مقایسه شرایط متعلق به شخص قاضی از دیدگاه فقه و قانون ۸۱
- مبحث دوم: شرایط تکمیلی متعلق به صفات و آداب قاضی ۸۳
- مطلب اول: حلم و اجتناب از غضب از دیدگاه فقه اسلامی ۸۴
- مطلب دوم: تغذیه حلال و پرهیز از رشوت ۸۷
- آیا پرهیز از رشوت شرط صحت حکم قاضی است؟ ۸۹
- مطلب سوم: دیدگاه قانون در مورد رشوت خوری قاضی ۹۰
- مطلب چهارم: قضاوت به اساس معلومات شخصی از دیدگاه فقه ۹۱
- مطلب پنجم: قضاوت به اساس معلومات شخصی از دیدگاه قانون ۱۰۲

فصل سوم

شرایط صحت حکم قاضی متعلق به متخاصمین از دیدگاه شریعت و قانون

- مبحث اول: قضاوت قاضی به اقارب ۱۰۵
- مطلب اول: حکم قاضی به نفع اصول و فروع در فقه ۱۰۵
- مطلب دوم: قضاوت به نفع اصول و فروع در قانون ۱۰۶
- مطلب سوم: حکم قاضی به همسر ۱۰۷
- مطلب چهارم: حکم قضاوت به خویشاوندان به غیر از اصول و فروع ۱۰۸
- مطلب پنجم: حکم قاضی در مورد قضاوت به نفع سایر اقارب در قانون ۱۰۹

مبحث دوم : شرایط متعلق به اهلیت متخاصمین دعوا از دیدگاه فقه و قانون	۱۱۰
مطلب اول : شرایط اهلیت متخاصمین از دیدگاه فقه	۱۱۰
مطلب دوم: شرایط اهلیت متخاصمین در قانون	۱۱۲
مطلب سوم : شرط حاضر بودن مدعی و مدعی علیه از دیدگاه فقه	۱۱۲
مطلب چهارم: شرط حاضر بودن مدعی و مدعی علیه از دیدگاه قانون	۱۱۷
مبحث سوم : شرایط صحت حکم قاضی به متعلقین	۱۲۰
مطلب اول : صحت حکم قاضی به نفع شریک از دیدگاه فقه	۱۲۰
مطلب دوم: صحت حکم قاضی به نفع شریک از دیدگاه قانون	۱۲۱
مطلب سوم: صحت حکم قاضی به نفع اجیر از دیدگاه فقه	۱۲۱
مطلب چهارم : صحت حکم قاضی به نفع دوست از دیدگاه فقه	۱۲۲
مطلب پنجم: صحت حکم قاضی به علیه دشمن از دیدگاه فقه	۱۲۳
مطلب ششم : صحت حکم قاضی به علیه دشمن از دیدگاه قانون	۱۲۵
خاتمه	۱۲۶
نتیجه گیری	۱۲۶
پیشنهاد ها	۱۲۹
فهرست آیات	۱۳۰
فهرست احادیث	۱۳۱
فهرست اعلام	۱۳۲
فهرست منابع	۱۳۳

مقدمه

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

و بعد: از جمله وسائل مهمی که بدان اجرای قسط و عدل تحقق می پذیرد و حفظ حقوق می شود و از خون ریزی و هتک ناموس و تجاوز بجان و مال و آبروی مردم پیشگیری بعمل می آید، همانا برپائی نظام قضایی است که اسلام آن را فرض نموده و آن را جزئی از تعالیم و گنجینه ای از گنجینه های خود قرار داده است، که کسی از آن بی نیاز نیست و برای همه ضروری است و نخستین کسی که در اسلام متصدی این وظیفه گردید، حضرت محمد - صلی الله علیه و آله وسلم - بود و خداوند به حضرت محمد - صلی الله علیه و آله وسلم - دستور داد که در داوری خود با آنچه که خداوند نازل کرده است حکم کند که می فرماید:

﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا* وَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾^۱

ترجمه: ما کتاب(قرآن را که مشتمل برحق و بیانگر هرآن چیز که حق است)به حق برتو 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 از خدا آمرزش بخواه.بیگمان خداوند بس آمرزنده و مهربان است(مغفرت و رحمت خود را شامل کسان میکند که عفوخطارا از او می طلبند).

الله متعال پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم- و سایر انبیاء کرام -علیهم السلام- را به اجراء و تطبیق عدالت امر فرموده است، چنانچه الله- جل جلاله- می فرماید:

﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾^۲

ترجمه: همانا ما پیامبران مان را بامعجزات و دلایل آشکار فرستادیم و همراه آنان کتاب(آسمانی) و وسیله سنجش فرو فرستادیم تا مردم به دادگری برخیزند.

۱ - سوره النساء آیه ۱۰۵ و ۱۰۶
۲ - سوره الحديد آیه ۲۵

بدین جهت قضاوت به منظور رفع ظلم و رسیدگی به شکایتها و قطع نزاع و خصومت میان مردم، فرض کفایه است و بر حاکم مسلمین واجب است، که برایشان قاضی بگمارد و اسلام حکم و داوری بین مردم را تشویق کرده و آن را مورد رضایت و غبطه قرار داده است، چنانچه پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - می فرماید: «**لا حسد إلا فی اثنتین: رجل آتاه الله مالا فسلطه علی هلكته فی الحق. ورجل آتاه الله الحکمة فهو یقضي بها ویعلمها الناس**»^۱

ترجمه: تنها دو مرد مورد غبطه هستند و انسان باید آرزوی رسیدن بآنان را داشته باشد: یکی مردی که خداوند بوی مال دنیا داده و بوی توفیق خرج کردن و صرف آن را در راه خدا نیز ارزانی داشته است، و دیگری مردی که خداوند بوی دانش و حکمت و قدرت بر داوری بخشیده است که به وسیله این دانش خویش بین مردم داوری و قضاوت کند و آن را ب مردم نیز یاد دهد.

به قاضی عادل و دادگر و عده بهشت داده شده است ، چنانچه ابوهریره - رضی الله عنه- از پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - روایت می کند: «**من طلب قضاء المسلمین حتی یناله ثم غلب عدله جوره فله الجنة، ومن غلب جوره عدله فله النار**»^۲

ترجمه: هر کس در پی قضاوت مسلمین باشد تا اینکه بدان نایل شود سپس بگونه ای باشدکه عدالت و دادگریش برستم او چیره شود بهشت از آن او است و هرکس در این سمت ستمش بر عدالتش چیره باشد آتش دوزخ از آن او است.

همچنان به روایت عبدالله بن ابی اوفی پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - گفته است: «**إن الله مع القاضی ما لم یجر فإذا جار تخلی الله عنه ولزمه الشیطان**»^۳

ترجمه: به راستی خداوند با قاضی است و رحمت او شامل او است مادام که ظلم و ستم نکرده باشد و هرگاه ظلم کرد خداوند او را رها می کند و شیطان ملازم او خواهد شد».

و اما روایاتی که درباره دوری و پرهیز از منصب قضاوت آمده است از قبیل روایت ابوهریره

۱ - بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، کتاب العلم، بابُ الإغْتِبَاطِ فِي الْعِلْمِ وَالْحِكْمَةِ، شماره حدیث: ۱۶

۲ - سجستانی، سلیمان بن اشعث (ت ۲۷۵)، سنن ابی داود، دارالکتب العربی، بیروت ج ۳ ص ۳۰۱، کتاب القضاء، باب فی الْقَاضِیِ یُخْطِئُ ، شماره حدیث: ۳۵۷۷ ابوداود راجع به آن سکوت کرده است و البانی این حدیث را ضعیف گفته است. البانی، ضعیف الجامع الصغیر و زیادته، المکتب الإسلامی، بیروت، الطبعة: الثالثة، سنة الطبع: ۱۴۰۸ هـ، ۱۹۸۸ م ج ۱ ص ۸۲۰..

۳- ترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی بن سوره، سنن الترمذی، داراحیاء التراث العربی- بیروت ۲۰۰۲ م. کتاب القضاء، باب ما جاء فی الإمام العادل شماره حدیث ۱۳۳۰ (علامه سیوطی این حدیث را صحیح گفته است. الجامع الصغیر من حدیث البشیر النذیر، ج ۱ ص ۱۱۱).

که رسول الله - صلی الله علیه وسلم- فرموده است: «من ولی القضاء فقد ذبح بغیر سکین»^۱

ترجمه: هرکس به منصب قضاوت گمارده شد، او بدون کارد سر بریده شده است. یعنی نفس خویشتن را سر بریده و با شغل قضاوت خود را در معرض هلاکت قرار داده است؛ اینگونه روایات در باره اشخاصی هستند که علم به حق ندارند و از قدرت بر داوری و حل و فصل نزاع ها و اظهار حق بدورند و نمی توانند نفس خود را کنترل کنند و از سرکشی نفس اماره و میل آن به هوا و هوس جلوگیری نمایند.^۲

طرح و بیان مسئله:

قاضی و قضاوت از جمله وظایف مهم و اساسی در جوامع انسانی شمرده می شود. بسیاری از مشکلات که در عرصه قانون گذاری و قضایی وجود دارد ریشه در عدم تخصص و عدم کاردانی و فهم نادرست از قانون و قانون گذاری دارد، اگر مشکل عدم قوانین در عرصه های مختلف وجود دارد و یا قانون کار آمد طرح نمی شود مربوط به ضعف قوه ی قانون گذاری است.

بنابراین قوه قانون گذاران در کل و به صورت خاص قاضی باید دارای یک سلسله ویژگی و شرایط باشد که در عرصه قانون و قانون گذاری از عهده آن بر آمده بتواند، به همین خاطر در فقه اسلامی برای قضات و حاکم اسلامی شرایط و اوصاف در نظر گرفته شده است که باید قاضی اسلامی دارای چنین اوصاف و ویژگی های باشد، عدالت یکی از شرایط مهم قاضی و بدون اختلافی در میان علما و فقهای اسلامی است به بیان دیگر قاضی اسلامی در عرصه قضاوت و تحکیم عدالت را رعایت کند، عقل و بلوغ از شرایط دیگری قاضی در فقه اسلامی است و همچنان شرایط و ویژگی های دیگری نیز وجود دارد که در بحث اصلی آورده شده است.

بنابراین آنچه در این مورد تحقیق شده برای قضات شرایط در نظر گرفته شده اند که باید قضات شرایط را داشته و در غیر آن با مشکلات زیادی برخورد خواهند کرد.

اهمیت موضوع:

اهمیت موضوع (شروط صحت حکم قاضی از دیدگاه فقه و قانون) آشکار است به دلیل اینکه:

۱- اسلام به قضاء و داوری کردن عادلانه زیاد تشویق کرده است.

۲- در شریعت اسلامی به مسایل قضایی زیاد توجه شده است و فهم شروط صحت حکم

۱- سجستانی، سلیمان بن اشعث (ت ۲۷۵)، سنن ابی داود، دارالکتب العربی، بیروت ج ۳ ص ۳۰۱، کتاب القضاء، باب فی طلب القضاء، شماره حدیث: ۳۵۷۳ (سیوطی این حدیث را حسن گفته است. الجامع الصغیر ج ۲ ص ۳۵۲)
۲- مصری، سید سابق، فقه السنة، انتشارات محمدی سقز، سال ۱۳۸۹. ج ۳ ص ۳۹۰

قاضی یکی از مسایل عمده در قضا است که فهم تفصیلی آن برای قاضیان بسیار مهم و ضروری است.

۳- 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.

۴- فهم شروط صحت حکم قاضی از دیدگاه فقه و قانون و عمل مطابق 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 بهره مند شوند.

۵- برای قانونمند سازی نظام قضاء تشریح و تفصیل شروط صحت حکم قاضی اهمیت ویژه دارد.

اسباب انتخاب موضوع

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

۱- بیش تر مردم از شرایط صحت حکم قاضی آگاهی درست ندارند ، پس بهتر دانستم تا اینکه اهل مطالعه به خوبی به این موضوع پی برده و بدانند که شرایط حکم قاضی بخش مهمی از مسائل قضایی است.

۲- من با مطالعه ای که داشتم به این نتیجه رسیدم که در صورتی که در منصب تحیکم و قضاوت اشخاص ناتوان و جاهل باشد جامعه با بحران مواجه خواهد شد و این بحران در صورت کاهش پیدامی کند که اشخاص شایسته و اشخاص که شرایط مدون فقهی و حقوقی را در قضاوت دارا باشند چالش ها و بحران ها به حد اقل خواهد رسید.

۳- من مطمئن بودم که بحث کردن از قضاوت و شرایط قاضی و نوشتن کتب و مقاله ها باعث معلومات عمومی وتوده ی مردم در جامعه می گردد بنابراین در صورت که مردم بدانند که برای قاضی چه شرایط در فقه اسلامی در نظر گرفته شده است از قاضیان فاقد شرایط جلوگیری به عمل می آورد و نمی گذارد مسایل مورد منازعه مردم به دست جاهلان حل و فصل شود.

۴- همچنان قرار مطالعه ای که داشتم در کتب فقه اسلامی در رابطه به شرایط قاضی به شکل جداگانه و کافی بحث نشده است، و اگر بحث هم کرده اند خیلی پراکنده بوده و نیز به زبان های ملی کشور نبوده است. پس بهتر دانستم تا خلایی که در این رابطه وجود دارد به قدری پر نمایم.

- ۵- مسایل قضایی با تمام شغل های کاری و خصوصاً فهم شرایط صحت حکم قاضی برای هر فرد مسلمان لازم است چون هیچ کس نیست مگر روزی با قضا و محکمه کاری پیدا می کند.
- ۶- همچنان فکر کردم که وضاحت برای افرادی که در ادارات عدلی و قضائی مصدر خدمت می باشند، تا بدانند در کدام موارد می توانند مطابق فقه و قانون به گونه صحیح حکم کنند.

اهداف تحقیق:

- دانستن دیدگاه های فقهاء در مورد شرایط حکم قاضی.
- دانستن موارد عدم صلاحیت قاضی در فقه اسلامی و قانون افغانستان.
- شناخت تفصیلی شروط صحت حکم قاضی.
- شناخت حدود صلاحیت های قاضی در محاکم.
- فهم و درک شرایط صحت حکم قاضی در فقه اسلامی و مقایسه آن در قانون.
- وضاحت جایگاه فقه اسلامی و قانون در تعیین شروط حکم قاضی.

سوال های تحقیق:

الف: سوال اصلی: فقه اسلامی کدام شرایط را برای صحت حکم قاضی تعیین کرده است. دیدگاه قانون در مورد شروط حکم قاضی چیست؟

سوال های فرعی تحقیق:

- ۱- قضاء و قاضی در اسلام از چه جایگاه و اهمیت برخوردار هستند؟
- ۲- کدام شرایط صحت حکم قاضی به شخص قاضی بر می گردند؟
- ۳- دیدگاه فقهاء در مورد قضاوت زن چیست؟ و آیا در قانون هم نکورت شرط قاضی است یا خیر؟
- ۴- آیا اجتهاد در فقه و قانون شرط صحت حکم قاضی است یا خیر؟
- ۵- کدام شروط به دعوا و طرفین دعوا بر می گردند؟
- ۶- کدام شرایط قاضی در میان فقهای اسلامی اختلافی اند؟

فرضیه تحقیق: در مورد شرایط قاضی میان فقهای اسلامی اختلاف دیدگاه دیده می شود.

پیشینه تحقیق:

از آغاز و شروع تالیف و جمع آوری مسایل فقهی تا کنون در موضوع قضاء که شرایط صحت حکم قاضی جزء آن است کتاب های زیادی نوشته است و در چند کتب و تصنیفات مختلف فقهی مورد بحث قرار گرفته است. همچنان موضوع قاضی و جایگاه آنان در نظام اجتماعی و سیاسی بشر یکی از قدیمی ترین مباحث است که به صورت فرامرزی و فراجغرافیایی مطرح بوده و می باشد. بحث قاضی و شرایط آن در عرصه های مختلف پیشینه و سابقه ی طولانی و درازای در تاریخ بشر دارند؛ وضعیت قاضی در نظام های مختلف جهان از ادیان الهی گرفته تا مکاتب بشری همه بحث آن دارند و کرده اند.

محققان و اندیشمندان که در باره سیر و تحول قاضی و جایگاه آن در جوامع غربی قلم زنی کردند چندان شرایط مهم و اساسی را برای قضات در نظر نگرفته اند. مهمترین تحول و دگرگونی که در این حوزه به وجود آورده مکتب و تمدن اسلامی است، که از کتاب گرفته تا سنت و کتب مختلف فقهی بحث از آن کرده است و شرایط گوناگون را برای قضات در نظر گرفته اند.

ماوردی^۱ - رحمه الله - یکی از فقیهان پرآوازه ی شافعی نیز در کتاب «**الاحکام السلطانية**» در مورد مورد شرایط قاضی و وظایف آن بحث مفصل را نموده و اساساً تمام شرایط قاضی را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده است.

- ۱- **تاریخ القضاء فی الاسلام** تالیف دکتور وهبه الزحیلی طبع دارالفکر ، سوریه ، ۱۹۹۵م.
- ۲- **جریمه اختلاس الاموال العامة فی التشريع و القضاء** ، تالیف عبدالرحمن الحورانی، طبع مطبعة الجاحظ، بغداد، ۱۹۹۰. **ادب القضاء** تالیف ابراهیم بن عبدالله ابن ابی الدم شافعی طبع وزارة الاوقاف ، العراق، ۴۰۴ق.
- ۳- **السلطة التقديرية للقاضي فی إصدار العقوبة بین حدیها الادنی و الاعلی**؛ نویسنده آن جواهر الجبور است. این رساله اکثراً عقوبات تعزیری بالخصوص در قتل خطاء، شبهه خطا، عمد و انواع آن بحث نموده، در
- ۴- قابل ذکر میدانم که قبلاً تحت این نام رساله شرایط حکم قاضی را از دیدگاه فقه و قانون به

^۱ - ماوردی: ابو الحسن علی بن محمد بن حبیب بصری از فقهای بزرگ شافعی مذهب در بصره بود از نوشته هایش میتوان به الحاوی الکبیر، الاحکام السلطانية، ادب الدنيا و الدین، قانون الوزارة و سياسة الملك اشاره کرد. ماوردی در سال ۴۵۰ در بغداد وفات کرد. گرفته شده از: سبکی، طبقات الشافعية الكبرى، ج ۳ ص ۲۳۲

بحث گرفته باشد و تمام مسائل مورد نیاز را بیان نموده باشد، نوشته نشده است است، و این رساله علمی من بحث مذکور را به شکل مقایسوی میان فقه و قانون به زبان دری مورد بررسی قرار داده است.

روش تحقیق:

روش تحقیق من در این رساله از لحاظ نوع، توصیفی-تحلیلی بوده و در صورت لزوم به تبیین آن خواهم پرداخت در این تحقیق بیشتر به کتاب ها و متون مورد نظر مراجعه شده و این تحقیق جنبه کتابخانه‌ای دارد. من به کتب فقهی معتمد فقهی مختلف از مراجعه کرده ام و از کتاب های تفسیر، کتب حدیث و شروحات آن و نیز به هر کتاب متعلق به موضوع استفاده کرده ام.

مسائل فقهی مرتبط به موضوع را نقل نموده سپس وجه ترجیح اقوال و دیدگاه ها را ذکر می کنم. و کلمات و واژه های نا آشنا را با استفاده از کتب لغت در پاورقی شرح کرده ام و در ترجمه آیات از تفسیر «نور» تالیف دکتور مصطفی خرمدل و همچنان از تفسیر راستین استفاده می کنم به خاطری که از ترجمه های معتبر می باشند، 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.

مشکلات تحقیق: برخی از مشکلات در ذهن هر فردی که احکام و قضایای فقهی را مطالعه کند، پیدا می شود؛ مانند اینکه: قضاء و قاضی در اسلام از چه جایگاه و اهمیت برخوردار هستند؟ ، کدام شرایط صحت حکم قاضی به شخص قاضی بر می گردند؟ ، دیدگاه فقهاء در مورد قضاوت زن چیست؟ آیا اجتهاد در فقه و قانون شرط صحت حکم قاضی است یا خیر؟ و اینکه کدام شرایط قاضی در میان فقهای اسلامی اختلافی اند؟، این سوال ها به گونه یک مشکل مطرح است و این تحقیق آن را حل می کند و به پاسخ این پرسش ها می پردازد.

خطه بحث: این تحقیق طی یک مقدمه، سه فصل و خاتمه تحریر گردیده است که عناوین

مباحث آن قرار ذیل است:

مقدمه: در مورد مسایل مقدماتی بحث

فصل اول: مفاهیم و کلیات

مبحث اول: مفهوم شرط و حکم و اسباب ثبوت آن

مبحث دوم: تعریف قضاء و اهمیت آن

مبحث سوم: تعریف قاضی از دیدگاه فقه و قانون

فصل دوم: شرایط متعلق به قاضی

مبحث اول: شرایط قاضی متعلق به شخص قاضی از دیدگاه فقه و قانون

مبحث دوم: شرایط تکمیلی متعلق به قاضی

فصل سوم: شرایط صحت حکم قاضی متعلق به متخصصین

مبحث اول: قضاوت قاضی به اقارب

مبحث دوم: شرایط متعلق به اهلیت قاضی

مبحث سوم: شرایط صحت حکم قاضی به متعلقین

خاتمه: شامل نتیجه گیری، پیشنهاد ها، فهرست آیات، فهرست احادیث، فهرست اعلام و فهرست منابع.

فصل اول

مفاهیم و کلیات

در این فصل به برخی موضوعات و مسایل بنیادی و تمهیدی اشاره می شود که فهم مطالب اصلی بحث به آن تعلق دارد، این مبحث شامل سه مبحث و چندین مطلب است:

مبحث اول: مفهوم شرط و حکم و اسباب ثبوت آن

مبحث دوم: تعریف قضاء و اهمیت آن

مبحث سوم: تعریف قاضی از دیدگاه فقه و قانون

مبحث اول: مفهوم شرط و حکم و اسباب ثبوت آن

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

مطلب اول: معنای لغوی شرط

شرط در کتب لغت به معانی ذیل آمده است:

الف: به معنای علامت چنانچه جوهری-رحمه الله-^۱ می نویسد: «**الشرط العلامة، وأشراط الساعة: علاماتها**»^۲ (شرط به معنای علامه و نشانه است و اشراط قیامت یعنی علامه های آن) و مأموران نظم جامعه «**شرطه الله**» نامیده شده اند چون دارای علامات و نشانه هایی هستند تا با آن علامت شناخته شوند. همچنان در زبانی عربی می گویند: «**أشراط نفسه للهلكة**» وقتی که کسی عملی انجام دهد که نشانه مرگ و هلاکت است یا شرط مردن و هلاکت در آن باشد^۳

ب: به معنای الزام و التزام؛ چنانچه فیروز آبادی-رحمه الله-^۴ می نویسد: «**الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه**»

ترجمه: شرط به معنای الزام کردن به چیزی و ملتزم شدن به آن را در بیع و امثال آن گویند.

ابن منظور^۵ -رحمه الله- می نویسد: «**والشَّرْطُ إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط، والشَّرْطُ بالتحريك العلامة والجمع أشراط**»^۶

ترجمه: شرط به معنای الزام یک چیز و ملتزم شدن به آن در بیع و امثال آن می باشد و جمعش شروط است و کلمه «شرط» به حرکت (حرف شین و راء) به معنای علامت است و جمع آن

۱- ابو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، متوفاي سال ۳۹۳ هـ ق أولین کسی است که برای ساخت طیاره تلاش کرد و در این راه وفات کرد، او اصلاً از فاریاب است و در نیشاپور زنده 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، ج ۱ ص ۳۱۳

۲. جوهری، اسماعیل بن حماد (ت: ۳۹۳هـ)، **الصاحح تاج اللغة و صحاح العربية**، دارالعلم الملايين - بیروت ۱۹۷۹م، ج ۳ ص ۲۷۳
۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، تحقیق محمد سید کیلانی، **المفردات فی غریب القرآن، الطبعة الأولى**، ۱۴۱۲، دارالمعرفة، بیروت. ج ۱ ص ۲۵۸

۴- فیروز آبادی: شیخ مجد الدین ابی طاهر، محمد بن یعقوب الفیروزآبادی شیرازی از جمله ائمه لغت و ادب بوده است، در شهر کارزین شیراز ایران امروزه در سال ۷۲۹ هـ متولد گردیده است، به کشورهای عراق، مصر، شام، هند و روم نیز سفر نموده است، در مسند قضاء نیز وظیفه انجام داده است، که بنابر همین اساس به حد شهرت رسیده است، او سر انجام در سال ۸۱۷ هـ وفات نموده است. اعلام زرکلی ج ۷، ص ۱۴۶

۵- ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی ابو الفضل جمال الدین بن منظور انصاری رویفعی افریقی، صاحب لسان عرب و امام لغت از نسل رویف بن ثابت انصاری در سال ۶۳۰ هجری مصر متولد شده است (و برخی گفته اند در طرابلس غرب تولد یافته است) در دیوان انشاء در قاهره ایفای خدمت می کرد بعد به صفت قاضی در طرابلس انجام وظیفه نموده است و در آخر عمر به مصر برگشت نمود و در آنجا فوت نمود این دانشمند با قلم خود ۵۰۰ مجلد کتاب نوشته است و در آخر عمر از نعمت بینائی محروم گردیده بود و اخیراً در سال ۷۱۱ هجری وفات نمود. اعلام زرکلی ج ۷ ص ۱۰۸

۶ - ابن منظور، محمد بن مکرم (۷۳۵ هـ) لسان العرب، ط: ۱، ۱۴۰۸ هـ، دار صادر، بیروت. ج ۷ ص ۳۲۹

اشراط است.

ج: به معنای عهد و پیمان؛ چنانچه می گویند: «**اشترطت كذا**» یعنی شرط کردم و پیمان بستم.^۱

د: به معنای تعلیق به یک کار چنانچه راغب اصفهانی^۲ - رحمه الله - می نویسد: «**الشرط كل حكم معلوم يتعلق بأمر يقع بوقوعه**»^۳

ترجمه: هر حکم معلومی که بکاری تعلق می گیرد و انجامش حتمی است و واقع می شود و این کار مثل علامتی برای آن حکم و شرط است.

مطلب دوم: معنای اصطلاحی شرط

شرط در اصطلاح، تعریفات گوناگون شده است که در ذیل به ذکر برخی آن ها پرداخته می شود:

۱- شرط به طور مطلق چنین تعریف شده است: **ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته و ما يتم به الشيء وهو خارج عنه**^۴

ترجمه: شرط عبارت است از آنچه که از نبود آن، نبود مشروط لازم می آید ولی از وجود آن وجود مشروط و عدم ذات آن لازم نمی آید و آن چه یک چیز به آن تمام می شود اما خارج از آن است.

البته این معنی در مقابل معنی سبب است چرا که در تعریف سبب آمده «**ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم لذاته**» یعنی آنچه که از وجودش وجود مشروط لازم می آید و از عدم آن عدم مشروط. پس از ناحیه وجود بین شرط و سبب فرق هست زیرا که در سبب از وجودش وجود مشروط لازم و ضروری است در حالی که در شرط اینگونه نیست، به عبارت دیگر به بیانی دیگر، سبب مستلزم وجوب مسبب می شود ولی شرط مستلزم وجوب مشروط نیست اما در شرط از عدم آن عدم مشروط لازم می آید و از وجود آن نه وجود مشروط لازم می آید و نه عدم مشروط،

۱ - راغب اصفهانی، حسین بن محمد، تحقیق محمد سید کیلانی، **المفردات فی غریب القرآن، الطبعة الأولى، ۱۴۱۲**، دارالمعرفة، بیروت. ج ۱ ص ۲۵۸

۲ - حسین بن محمد بن المفضل، أبو القاسم اصفهانی معروف به راغب از ادیبان حکماء و علماء اهل اصفهان بود که سال تولدش معلوم نیست و در بغداد سکونت گزیده است و در آنجا شهرت حاصل نمود آثار متعدد نگاشت که از جمله من (محاضرات الأدباء الذریعة إلى مکارم الشریعة (الأخلاق) ویسمی (أخلاق الراغب) وجامع التفاسیر) (المفردات فی غریب القرآن) و (حل متشابهات القرآن) و (تفصیل النشأتین) فی الحکمة و علم النفس و تحقیق البیان، فی اللغة والحکمة، و کتاب فی الاعتقاد) و (أفانین البلاغة) او در سال ۵۰۲ هجری وفات کرده است. اعلام زرکلی ج ۲ ص ۲۵۵

۳ - راغب اصفهانی، حسین بن محمد، تحقیق محمد سید کیلانی، **المفردات فی غریب القرآن، الطبعة الأولى، ۱۴۱۲**، دارالمعرفة، بیروت. ج ۱ ص ۲۵۸

۴ انصاری، ابویحیی زکریا انصاری، الحدود الأنیقة والتعریفات الدقیقة، المكتبة الشاملة اصدار ۳،۳۲، ج ۱ ص ۳

و ممکن است گفته شود که مسبب در وجود خود مربوط است و مشروط در عدم خود به شرط وابسته است.

۲- شرط در اصطلاح منطق چنین تعریف شده است: «الشرط تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني»^۱

ترجمه: شرط عبارت از معلق گردانیدن یک چیز به چیز دیگر است به گونه ای که هرگاه شیئی اول پیدا شود شیئی دوم نیز پیدا می شود.

۳- «الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده»^۲. ترجمه: شرط عبارت از چیزی است که وجود یک شیئی به آن موقوف است و خارج از ماهیت آن است و در وجود آن چیز مؤثر نیست.

۴- علامه آمدی^۳ - رحمه الله- در مورد تعریف صحیح شرط از نگاه علم اصول فقه چنین نوشته است: «والحق في ذلك أن يقال الشرط هو ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب»^۴

ترجمه: سخن صحیح و درست این است که گفته شود: شرط عبارت از آن چیزی است که از انتقای آن منتفی شدن یک امر لازم می شود به گونه ای که سبب وجود آن نمی شود و در سبب هم داخل نیست.

۵- شرط در اصطلاح فقه چنین تعریف شده است: «ما يضاف الحكم إليه وجودا عند وجوده لا وجوبا»^۵

ترجمه: شرط چیزی است که حکم به سوی اضافت می شود اما از لحاظ وجود نه از لحاظ وجوب.

با آن چه در مورد معنای شرط نقل گردید معلوم می شود که شرط در اصطلاح بر دو معنی اطلاق

۱- مناوی، محمد عبدالرئوف، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، ط: ۱، ۱۴۱۰ ج ۱ ص ۴۲۷
۲- جرجانی، علی بن محمد بن علی الجرجانی، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: ۱، ۱۴۰۵ ج ۱ ص ۱۶۶
۳- علامه آمدی: أبو الحسن سيدالدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التلعلي الأمدي، در دیار بکر ترکیه به دنیا آمده، از جمله اصولیین میباشد، در ابتداء تابع مذهب حنبلی بود، بعداً به مذهب شافعی گرایش پیدا کرد، به بغداد رفت در بخش قراءات، اصول دین، اصول فقه و فلسفه علم آموخت، به مصر رفت بعداً به شام رخت سفر بست و در همانجا در سال (۴۶۱ هـ ق) از دنیا رحلت نمود. زرکلی، الاعلام ج ۸ ص ۳۲۸
۴- آمدی، علی بن محمد الأمدي أبو الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: ۱، ۱۴۰۴ ج ۲ ص ۳۳۲
۵- جرجانی، همان ج ۱ ص ۱۶۶

می‌شود یکی از معانی آن عبارت است از همان معنای است با مفهوم لغوی آن مطابقت دارد و شرط به معنای الزام و التزام به چیزی، که اسم فاعل آن شارط و اسم مفعول آن مشروط می‌باشد. و معنای دوم شرط این است که شرط چیزی است که از عدم آن عدم، لازم می‌آید بدون اینکه ملاحظه شود که آیا از وجود آن هم وجود لازم می‌آید یا خیر؟ مثل وضو برای نماز که از نبود آن نماز حاصل نمی‌شود ولی اینگونه نیست که از وجود وضو وجود نماز هم حتما حاصل گردد چرا که بسا انسان وضو می‌گیرد ولی نماز نمی‌خواند. شرط به این معنا اسم جامد است و مصدر ندارد و اشتقاق مشروط از شرط بر حسب قاعده نیست.

مطلب سوم: اقسام شرط صحت حکم قضاء

در کتب فقهی سه نوع شروط راجع به صحت حکم قاضی ذکر شده است که عدم وجود این شرایط در حقیقت شرط صحت حکم قاضی می‌شود و آن‌ها عبارت‌اند از: شروط صحت و شروط کمال چنانچه ابن فرحون -رحمه الله-^۱ در کتاب «تبصرة الحکام می‌نویسد: «الْأَوْصَافِ الْمُشْتَرَطَةِ فِي صِحَّةِ وَلايَةِ الْقَاضِي وَمَا هُوَ غَيْرُ شَرْطٍ فِي الصَّحَّةِ ، لَكِنَّ عَدَمَهَا يُوجِبُ الْعَزْلَ ، وَمَا هُوَ شَرْطٌ الْكَمَالِ ، وَيُسْتَحَبُّ الْعَزْلُ بَعْدَهَا»^۲

ترجمه: اوصاف شرط شده در صحت ولایت قاضی و آن‌چه که در صحت ولایت شرط نیست اما عدم وجود این شرایط موجب عزل می‌شود و همچنان شروط کمال که در صورت عدم وجود آن عزل قاضی مستحب است.

مطلب چهارم: معنای لغوی حکم

حکم در لغت به معنای داوری کردن آمده است چنانچه جوهری می‌نویسد: «الحکم: مصدر قولك حکم بينهم يحکم أي قضي»^۳.

ترجمه: حکم مصدر جمله «حکم بينهم يحکم» است و معنای (فعل ماضی) آن قضاوت کرد است.

ابن منظور -رحمه الله- نیز در مورد معنای لغوی حکم می‌نویسد: «وَالْحُكْمُ الْعِلْمُ وَالْفَقْهُ وَالْقَضَاءُ بِالْعَدْلِ ، وَالْحُكْمُ الْقَضَاءُ بِالْعَدْلِ ، وَالْحَاكِمُ مُنْفَذُ الْحُكْمِ وَالْجَمْعُ حُكَاةٌ

۱- ابن فرحون: قاضی برهان الدین ابراهیم بن علی بن محمد بن فرحون یعمیری 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 ۷۹۲ هـ رخت سفر بست و قضاوت فقه مالکی را در مدینه در سال ۷۹۳ هـ به عهده گرفت، ابن فرحون در سال ۷۹۹ هـ وفات کرد. چند تألیفی از وی در دسترس است که شهرتش را مدیون کتاب تبصرة الحکام فی اصول الاقضیة و مناهج الاحکام است. حاجی خلیفه، کشف الظنون، ج ۱، ص ۵۸۰

۲- ابن فرحون، برهان الدین ابراهیم بن علی بن ابی القاسم، تبصرة الحکام فی اصول الاقضیة و مناهج الاحکام، مكتبة الكليات الأزهریة - قاهره ۱۹۸۶م. ج ۱ ص ۴۹

۳- جوهری، اسماعیل بن حماد (ت: ۳۹۳هـ)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، دارالعلم الملايين - بیروت ۱۹۷۹م. ج ۵ ص ۱۷۹

وَحَاكَمَهُ إِلَى الْحَكْمِ دَعَاهُ وَفِي الْحَدِيثِ وَبِكَ حَاكَمْتُ أَي رَفَعْتُ الْحُكْمَ إِلَيْكَ،^۱

ترجمه: حکم یعنی دانش، فهم و فیصله کردن به عدل است، همچنان حکم به معنای قضاء است که جمع آن احکام می آید و حکم، قضای عادلانه است، حاکم (اسم فاعل حکم) به معنای تنفیذ کننده حکم است و جمع آن حکام می آید و معنای «حاکمه الی الحکم» او را به سوی حَکَم و قاضی فراخواند است و در حدیث آمده است «و بک حاکمت» یعنی حکم را به سوی تو بردم.

و امام راغب اصفهانی-رحمه الله- در مفردات القرآن می نویسد: «حکم اصلش منع و بازداشتن برای اصلاح است (و حکم در اصل منع از ظلم و ستم است، لجام و دهانه حیوان را نیز، حکمة نامیده اند) چون به وسیله آن حیوان مهار می شود» «وَالْحُكْمُ بِالشَّيْءِ» یعنی در باره آن چیز حکم شود به این که آنچه آنطور هست یا آنطور نیست خواه دیگری را بآن حکم ملزم کنی یا نکنی در هر دو حال حکم است.^۲

مطلب پنجم: معنای اصطلاحی حکم در اصول فقه

حکم در نزد اصولیین حکم به عبارات مختلف تعریف شده است که در ذیل به بیان آن ها پرداخته می شود:

۱- «الحکم خطاب الله المتعلق بفعل المكلف من حیث إنه مکلف»^۳

ترجمه: حکم عبارت است از خطاب متعلق به فعل مکلف از حیثیت اینکه او مکلف است.

۲- «الحکم هو: الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع. والوضع هو

السبب، والشرط، والمانع»^۴

ترجمه: حکم عبارت است از خطاب متعلق به افعال مکلفین به گونه اقتضاء، اختیار، یا وضع. و مراد از وضع سبب، شرط و مانع است.

از تعاریفات گذشته دانسته می شود که اطلاق حکم بر قضاوت و داوری کردن در کتب فقه و قانون نظر به معنای لغوی آن است و چون اصطلاح قضاء بیش تر مشهور شده است بناءً به عوض حکم

۱- ابن منظور، محمد بن مکرم (۷۳۵ هـ) لسان العرب، ط: ۱، ۱۴۰۸ هـ، دار صادر، بیروت. ج ۱۲ ص ۱۴۰
۲- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، تحقیق محمد سید کیلانی، المفردات فی غریب القرآن، الطبعة الأولى، ۱۴۱۲، دارالمعرفة، بیروت. ج ۱ ص ۱۲۷
۳- مناوی، التوفیق علی مهمات التعاریف، همان، ط: ۱، ۱۴۱۰ ج ۱ ص ۲۹۱
۴- شوکانی یمنی، محمد بن علی (۱۱۷۳-۱۲۵۰ هـ)، ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول، تحقیق شیخ احمد ط: ۱، ۱۴۱۹ هـ ۱۹۹۹ م، دارالکتب العربی، بیروت.

در موارد ضرورت از اصطلاح قضاء کار گرفته می شود نه از حکم، البته به استثنای بعض حالات که در آن کلمه حکم نیز به جای قضاء استفاده می شود.

تعریف حکم در فقه و قضاء: در اصطلاح فقه حکم به این شکل تعریف شده است: «الْحُكْمُ هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ قَطْعِ الْقَاضِي الْمَخَاصِمَةَ وَحَسْمِهِ إِيَّاهَا»^۱

ترجمه: حکم عبارت است از قطع نمودن نزاع توسط قاضی.

در کتب فقهی و قضایی حکم به دو قسم تقسیم شده است:

قسم اول: «إِلْزَامُ الْقَاضِي الْمَحْكُومَ بِهِ عَلَى الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ بِكَلَامٍ كَقَوْلِهِ حَكَمْتُ أَوْ أَعْطِ الشَّيْءَ الَّذِي ادَّعَى بِهِ عَلَيْكَ»^۲

ترجمه: ملزم کردن محکوم به بالای محکوم علیه توسط کلام قاضی، مانند این که بگوید: من حکم کردم یا بگوید: بده آن چه را که بالای تو ادعا کرده است.

قسم دوم: مَنَعَ الْقَاضِي الْمُدَّعِي عَنِ الْمُنَازَعَةِ بِكَلَامٍ كَقَوْلِهِ لَيْسَ لَكَ حَقٌّ أَوْ أَنْتَ مَمْنُوعٌ عَنِ الْمُنَازَعَةِ وَيُقَالُ لِهَذَا قَضَاءُ التَّرْكِ»^۳

ترجمه: منع کردن کرن قاضی مدعی را از ادامه منازعه توسط کلام، مانند اینکه بگوید: تو حق نداری یا تو از ادامه منازعه ممنوع هستی و این را قضای ترک گفته می شود.

تعریف سایر اصطلاحات متعلق به حکم در فقه:

الف: حکم نهایی: «الأحكام النهائية هي: الأحكام المكتسبة القطعية بقناعة المحكوم عليه أو تصديق الحكم من مجلس القضاء الأعلى»^۴

ترجمه: احکام نهایی عبارت است احکام انجام شده و قطعی با قناعت محکوم علیه یا تصدیق حکم از مجلس اعلاى قضاء.

۱- مجلة الأحكام العدلية، تهیه شده توسط هیأتی از علما و فقهاء خلافت عثمانی، ناشر نور محمد کتابخانه تجارت کتب، آرام باغ کراچی، ماده ۱۷۸۶

۲- مجلة الأحكام العدلية، همان، ماده ۱۷۸۶

۳- مجلة الأحكام العدلية، همان ، ماده ۱۷۸۶

۴- عتیبی، سعود بن عبد العالی البارودي الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها، ط: ۲، ۱۴۲۷ ریاض، سعودی ج ۱ ص ۳۷۷

ب: تحکیم: التَّحْكِيمُ هُوَ عِبَارَةٌ عَنِ اتِّخَاذِ الْخَصْمَيْنِ آخَرَ حَاكِمًا بِرِضَاهُمَا ; لِفَصْلِ خُصُومَتِهِمَا وَدَعْوَاهُمَا^۱.

ترجمه: تحکیم عبارت از گرفتن یک شخص توسط طرفین دعوا به رضایت هر دو جانب جهت حل و فصل خصومت و دعوی آنان.

ج: صیغه و الفاظ حکم: فقهاء برای اجرای حکم کدام لفظ و صیغه مشخصی را تعیین نکرده اند و هر لفظی که دلالت بر قطعیت حکم بکند، آن درست و معتبر است^۲.

مطلب ششم: معنای اصطلاحی حکم در قانون

قانون اصول محاکمات مدنی حکم و اصطلاحات متعلق به آن را چنین تعریف نموده است:

الف: تعریف حکم: «حکم قضاوت قاضی است به اینگونه الفاظ صادر میشود که حکم نمودم تو در موضوع ملزم می باشی و حکم خود را به رد و یا سپردن مدعی بها تصریح نماید و یا حکم کردم که در مدعی بها به مدعی علیه مزاحم مباش»^۳.

ب: حکم الزامی: «قضای الزام حکم بر ثبوت مدعی بها است»^۴.

ج: حکم به ترک: «قضای بالتترك، حکم بر عدم اثبات است»^۵.

د: محکوم له: «شخصی است که به نفع او حکم شده باشد»^۶.

ه: محکوم علیه: «شخصی است که به ضرر او حکم شده باشد»^۷.

و: محکوم به: «آنچه که موضوع حکم قرار گرفته باشد»^۸.

ز: طریق حکم: «طرز و روش اصدار قرار و فیصله است»^۹.

ح: استیناف خواهی: «استیناف خواهی آن است که محکوم علیه به حکم صادره محکمه شهری،

۱- مجلة الأحكام العدلیة، همان، ماده (۱۷۹۰)

۲- عتیبی، الموسوعة الجنائیة الإسلامیة المقارنة بالأنظمة المعمول بها، ۱ ص ۳۷۷

۳- وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، ماده چهارم.

۴- وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، ماده چهارم

۵- وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، ماده چهارم

۶- وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، ماده چهارم

۷- وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، ماده چهارم

۸- وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، ماده چهارم

۹- وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، ماده چهارم

ناحیوی، ولسوالی یا علاقہ داری قناعت ننموده شکایت و اعتراض خود را به محکمہ ولایت و یا محکمہ لوی ولسوالی تقدیم نماید»^۱.

ط: فرجام خواہی: «فرجام خواہی آن است کہ محکوم علیہ بحکم صادرہ محکمہ ولایت یا محکمہ لوی ولسوالی قناعت نہ نموده شکایت یا اعتراض خود را بہ دیوان مربوط سترہ محکمہ تقدیم نماید»
۲

مطلب ہفتم: شرایط صحت حکم و اسباب ثبوت آن در فقہ

الف: شرایط صحت حکم: در کتب فقہی و قضائی شرایط ذیل برای صحت حکم قاضی بیان شدہ است:

- ۱ - پیش از حکم دعوی صحیح صورت گرفته باشد.
- ۲ - حکم بہ صیغہ الزام باشد.
- ۳ - مدعی در قضیہ مورد نزاع تقاضای اصدار حکم کند.
- ۴ - حکم باید واضح باشد بہ گونه ای کہ امکان معین شدن محکوم بہ و محکوم لہ در آن باشد.
- ۵ - حکم در محضر طرفین دعوا یا وکلای آنان صورت گیرد.
- ۶ - اسباب ثبوت حکم بیان گردد.
- ۷ - حکم قاضی مخالف کتاب، سنت، اجماع یا قیاس جلی نباشد.^۳

ب: اسباب ثبوت حکم: در شرح مجلہ الاحکام العدلیہ، اسباب ثبوت ہفت مورد ذکر شدہ است و آن ہا عبارت اند از: اقرار، شہادت و گواہی، قرینہ قاطعہ، سوگند یا انکار از سوگند، قسامت و علم قاضی^۴.

۱- **اقرار:** اقرار دلیل قوی برای اثبات حقوق و تکالیف است. بنابر تعریف فقہی اقرار عبارت است از: «خبر دادن از ثبوت حقی برای غیر علیہ خود اقرار کننده»^۵ منظور از اقرار در

۱- وزارت عدلیہ، قانون اصول محاکمات مدنی، مادہ چہارم، شمارہ دہم.
۲- وزارت عدلیہ، قانون اصول محاکمات مدنی، مادہ چہارم، شمارہ یازدہم.
۳- عتیبی، الموسوعۃ الجنائیۃ الإسلامیۃ المقارنۃ بالأنظمتہ المعمول بہا، ج ۱ ص ۳۷۷
۴- علی حیدر، درر الحکام شرح مجلہ الأحکام، تحقیق و تعریب: فہمی الحسینی، دار الکتب العلمیۃ، لبنان، بیروت، فصل دوم مادہ (۱۷۴۰)
۵- ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین، رد المحتار علی الدر المختار. مطبعہ بابی حلبی مصر، چاپ دوم ۱۴۱۵ ہ.ق.

اینجا اعتراف مجرم به امری است که مورد ادعاست و یا علیه خود گواهی دادن. فقهای مذاهب اسلامی اجماع دارند که حکم با اقرار و اعتراف ثابت می شود.^۱

اقرار قویترین دلیل است، برای اثبات دعوی بر علیه مدعی علیه و لذا آن را سید الادله و بهترین دلیل و شهادت بر نفس خویش نامیده اند.^۲

۲- **گواهی یا شهادت شاهدان:** گواهی دادن از دلایل اثبات در فقه محسوب می گردد. گواهی دادن از لحاظ قوت همتای اقرار قرار می گیرد. از جمله از پیامبر صلی الله علیه و سلم روایت شده: «آیا شما بر قتل دوستان شاهدید و گواهی می دهید؟»^۳

۳- **قراین:** قراین جمع قرینه است و عبارت است از پیوند ضروری که قانون میان وقایع معینی ایجاد می کند. استدلال به قراین یعنی از وقایع دیگری در کشف واقعه معینی سود جستن.^۴

مجلة الاحكام العدلية، قرینه قاطعه را چنین تعریف کرده است: «الْقَرِينَةُ الْقَاطِعَةُ هِيَ الْأَمَارَةُ الْبَالِغَةُ حَدِّ الْيَقِينِ مَثَلًا إِذَا خَرَجَ أَحَدٌ مِنْ دَارِ خَالِيَةٍ خَائِفًا مَذْهُوشًا وَفِي يَدِهِ سِكِّينٌ مُلَوَّثَةٌ بِالدَّمِ فَدَخَلَ فِي الدَّارِ وَرَبِّي فِيهَا شَخْصٌ مَذْبُوحٌ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ فَلَا يُشْتَبَهُ فِي كَوْنِهِ قَاتِلَ ذَلِكَ الشَّخْصِ وَلَا يُنْتَفَتُ إِلَى الْإِحْتِمَالَاتِ الْوَهْمِيَّةِ الصَّرْفَةِ كَأَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الشَّخْصُ الْمَذْكُورُ رَبِّمَا قَتَلَ نَفْسَهُ»^۵

ترجمه: قرینه قاطع، امارات و نشانه هائی است که بعد یقین می رسد، مانند اینکه کسی از يك خانه خالی ترسان و سراسیمه بیرون آید و کاردی و چاقویی آلوده بخون در دست داشته باشد و در آن وقت در آن خانه يك شخصی سر بریده را یافتند. دیگر اشتباهی و شکی نمی ماند که این شخص قاتل است و احتمالات و همی، مورد توجه قرار نمی گیرد، مثل اینکه ادعا شود که شخص خودش را سر بریده است و خودکشی کرده است.

۴- **یمین و نکول از یمین:** در کتاب «درر الحکام» در مورد نکول از یمین می نویسد: «أَحَدُ أَسْبَابِ الْحُكْمِ الْيَمِينِ أَوْ النُّكُولِ عَنِ الْيَمِينِ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا أَظْهَرَ الْمُدْعَى عَجْزَهُ عَنْ إِثْبَاتِ دَعْوَاهُ

۱۱۵۵ م.، ج ۸، ص ۳۵۰. زیدان، عبدالکریم، القصاص والديات في الشريعة الإسلامية، ص ۲۵۳

۱- زیدان، الدكتور عبدالکریم، القصاص والديات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرساله - بيروت ۲۰۰۲ م، ص ۲۵۳.

۲- مصری، فقه السنة، همان ج ۶ ص ۴۱۹

۳- پاره از حدیث ابوداود، همان، ش ۴۵۲۴. بیهقی، الکبری، ش ۱۶۴۹۲. راوی رافع بن خدیج است. منذری و ابوداود در باره این روایت سکوت کرده اند. رجال این روایت صحیح هستند مگر حسن بن علی بن راشد که توثیق شده است. شوکانی، نیل الاوطار، ج ۷، ص ۴۸

۴- مصطفی، التحقیق و الاثبات في القانون الجنایی، دارالمعرفه - بيروت ص ۱۶۱

۵- مجلة الأحكام العدلية، تهیه شده توسط هیأتی از علما و فقهاء خلافت عثمانی، ناشر نور محمد کتابخانه تجارت کتب، آرام باغ کراچی، ماده (۱۷۴۱)

يَخْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِطَلْبِهِ»^۱

ترجمه: قسم یا نکول و انکار از سوگوند یکی از اسباب ثبوت حکم است و آن قسمی است که وقتی عجز مدعی از اثبات دعوا ظاهر شد، مدعی علیه بنا به تقاضای مدعی سوگند می خورد.

۵- **قسامت:** قسامه از ماده «اقسم یقسم اقساماً و قسامة» و از ریشه «قسم» گرفته شده است و مصدر است قسمی که «جماعة» از جمع گرفته شده است، معنای لغوی آن قسم خوردن، تقسیم کردن و و آرامش می باشد.^۲

قسامه در اصطلاح فقه به این شکل است که: مقتولی یافته شود و قاتل آن معلوم نباشد جماعتی و گروهی که ممکن است قاتل در میان آنان باشد و علامتی و نشانه ای ظاهری هم وجود داشته باشد که قاتل از آنان باشد، بدین معنی که مقتول بین گروه دشمنان یافته شود، که در میان آنان کسی دیگری نباشد، یا جماعتی و گروهی در خانه ای یا صحرایی جمع شده باشند و پس از رفتن آنان جنازه مقتولی یافته شود، یا مقتول را در ناحیه ای پیدا کنند که آنجا مردی باشد، آلوده به خون وی، در این احوال و اوضاع «قسامه» اجرا می گردد.^۳

۶- در مورد علم قاضی طی مبحث جداگانه بحث می شود.

مطلب هشتم: اسباب ثبوت حکم در قانون

وسایل اثبات عبارت از اسبابی است که از مدعی در صورت دعوایش ارایه شده و محکمه بر اساس آن حکم خویش را صادر مینماید، قانون اصول محاکمات مدنی وسایل اثبات را چنین بیان نموده است: «وسایل ثبوت که اسباب حکم را تشکیل میدهند قرار ذیل است»^۴:

اول: اقرار: اقرار نیز منحیث یکی از ادله اثبات حکم در فقه و احکام شرعی است و جایگاه خاص خود را دارد، اقرار عبارت از اخبار به امری است در محکمه که بقای حق طرف دعوی و یا حالتی را علیه مقرر ثابت سازد و اقرار مقرر دارای اهلیت حقوقی و قانونی نزد محکمه در صورتی مدار اعتبار است که ظاهر الحال مکذب آن نباشد»^۵.

۱- مجلة الأحكام العدلیة، همان، ماده (۱۷۴۲)

۲- جوهری، الصحاح، ج ۵ ص ۲۸۹، ماده (قسم) ابن منظور، لسان العرب، ج ۱ ص ۵۶۰

۳- سید سابق، فقه السنة، همان ج ۵ ص ۳۴۲، قونوی، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (ت: ۹۷۸هـ) أنیس الفقهاء في تعریفات الألفاظ المتداولة بین الفقهاء، دار الکتب العلمیة، ط: ۲۰۰۴م-۱۴۲۴هـ، ج ۱ ص ۱۱۰

۴- قانون اصول محاکمات مدنی، ماده دوصدو هفتاد و دوم.

۵- قانون اصول محاکمات مدنی، ماده دوصدو هفتاد و سوم.

از تعریف فوق معلوم می گردد که قانون اصول محاکمات مدنی اقرار را من حیث اولین وسیله اثبات دعوا قبول نموده و برای آن شروط و ضوابط وضع نموده است، بناء در صورتیکه مدعی علیه نزد محکمه به ادعای مدعی اقرار نماید محکوم علیه شناخته میشود و اما در صورت انکار مدعی علیه، مدعی مکلف است که مدارک اثباتیه را جهت اثبات دعوی خود به محکمه تقدیم نماید.

دوم: بینه: « بینه آن عبارت است از اسناد، شهود، قرائن قاطعه و مستنبطه»

سوم: یمین: « و آن عبارت از سوگند و قسم است».

چهارم: نکول: « و آن عبارت از ترک قسم است».

همچنان قانون اصول محاکمات مدنی اسناد، شهادت و قرائن را به حیث مدارک اثباتیه بیان داشته است:^۱

الف: اسناد: « سند رسمی عبارت از ورقي است که مؤظف عمومي یا کارکنان خدمات عامه به اساس احکام قانون در حدود صلاحیت اختصاصی خویش آنچه را بحضور شان گذارش می یابد یا از اشخاص ذیعلاقه کسب میکند، در آن درج و ثبت نموده باشند»^۲.

ب: شهادت شهود: قانون مدنی افغانستان در مورد شهادت شهود می گوید: «در اثبات تصرف قانونی، در غیر امور تجارتي شهادت شهود وقتی کافی شمرده می شود که قیمت آن، متجاوز از هزار افغانی و یا غیر معین نباشد»^۳.

همچنان این قانون، اثبات به شهادت شهود در موارد ذیل را جایز نمی داند که قیمت آن متجاوز از هزار افغانی نباشد:

۱ - « در صورتیکه مطالبه، مخالف یا متجاوز از مقدار مندرج سند تحریری باشد».

۳ - « در صورتیکه مطالبه جزء چنان حقی باشد که اثبات آن به شهادت ناکافی ندانسته شده باشد، گرچه جزء باقیمانده همان حق باشد».

۴ - « در صورتیکه مطالبه بمقدار بیش از هزار افغانی صورت گرفته و متعاقباً به مقدار کمتر از هزار افغانی تعدیل شود».

ج: قرائن: « قرینه قانونی که به مصلحت شخص موجود شود وی را از سایر طرق اثبات بی نیاز میسازد، مگر تا زمانیکه نص قانون به خلاف آن موجود نشود»^۴

۱- قانون اصول محاکمات مدنی ماده دوصدو هشتادویکم

۲- قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی وزارت عدلیه، سال نشر ۱۳۵۵ شماره جریده ۳۵۳، ماده ۹۹۱

۳- قانون مدنی افغانستان ماده ۱۰۲۶

۴- قانون مدنی افغانستان، همان، ماده ۱۰۳۱

مبحث دوم: تعریف قضاء و اهمیت آن

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 را شانرا 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 شرایط صحت حکم قضایی بپردازیم باید خود قضاء را بشناسیم.

مطلب اول: معنای لغوی قضاء

قضاء از ریشه «ق ض ی» گرفته شده است و در لغت به معنای متعدد آمده است، جوهری در صحاح قضاء را به حکم معنا کرده است چنانچه می نویسد: «القضاء: الحكم، والجمع الاقضية. وقضى، أي حكم، ومنه قوله تعالى: «وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه». وقد يكون بمعنى الفراغ، تقول: قضيت حاجتي. وقد يكون بمعنى الاداء والانهاء. تقول: قضيت ديني»^۱

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 اصفهانی-رحمه الله- 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﴾^۲ پروردگارت مقرر داشت که جز او را نپرستید، و به پدر و مادر نیکی کنید. به معنی انجام و

۱ - جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، دارالعلم الملايين - بیروت ۱۹۷۹ م. ج ۶ ص ۳۱۳
۲ - سوره الاسراء آیه ۲۳

تطبیق، حکم و الزام نیز آمده است مانند که آیت کریم میگوید: ﴿فَأَقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾^۱ پس هر فرمانی که می‌خواهی صادر کنی، صادر کن»^۲ کلمه قضاء در قرآن کریم به معانی دیگری چون: اراده؛ خلق؛ امر؛ اظهار؛ اعلام؛ حکم؛ فعل؛ حتم؛ اتمام؛ فراغ؛ آمده است و تمام معانی لغوی آن به معنای اصطلاحی اش ربط دارد.

مطلب دوم: معنای اصطلاحی قضاء

هرچند معنای لغوی قضا با معنای اصطلاحی آن متحد می‌باشد اما قضاء را مذاهب فقهی هر کدام به طور جداگانه تعریف کرده اند که هر کدام مشابه یک دیگر می‌باشند.

الف: تعریف احناف: قضاء عبارت است از 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.^۳

ب: تعریف مالکی ها: شخصیت اخلاقی است، که دارنده آن نفوذ حکم شرعی داشته باشد، حتی اگر به تعدیل و توقیر شخص باشد، نه در عموم مصالح مسلمین.^۴

ج: تعریف شوافع: قضاء عبارت است از حل خصومت میان دو خصم یا بیشتر از آن طبق حکم خداوند.^۵

د: تعریف حنبلی ها: قضاء عبارت از الزام به حکم شرعی و فصل میان خصومات است.^۶

مطلب 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»^۷

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

۱- سوره طه آیه ۷۲

۲- راغب اصفهانی، حسین بن محمد بن مفضل، مفردات ألفاظ القرآن، دارالقلم - بیروت ۱۹۹۲م. ص ۱۸۵۴،

۳- ابن عابدین، محمد امین الشهیر، رد المختار علی الدر المختار (ت ۱۲۵۲)، طبع دوم، ۱۳۶۸ هـ - ۱۹۲۶ م، دار الفکر - بیروت. ج ۴ ص ۴۵۹.

۴- شرح النیل وشفاء العلیل، ج ۱۳، ص ۱۲.

۵- نووی، ابی ذکریا محی الدین بن شرف، مغنی المحتاج، دارالفکر، بیروت، لبنان ج ۴، ص ۳۷۱،

۶- بهوتی، منصور بن یونس بن إدريس، کشاف القناع عن متن الإقناع: (ت ۱۰۵۱هـ)، دار الفکر - بیروت - ۱۴۰۲ هـ - ۱۹۸۱ م. ج ۶، ص ۲۸۵.

۷- ماده ۴ فقره ۶ قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان.

عدالت، حمایت از حقوق فرد و جامعه مطابق احکام قانون به مقصد توحید مرافق قضائی را در کشور تأمین می نماید.^۱

مقایسه: 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 می باشد، در حالیکه در تعریفی که در نزد علمای احناف و سایر مذاهب ذکر گردیده اند، حل و فصل منازعات میان خصمین طبق شریعت اسلامی، عنوان شده است 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 می شود، و موجودیت این قید در تعریف فقهی جامع بودن آن را به درستی واضح می سازد.

مطلب چهارم: تاریخچه مختصر قضاء

تاریخ قضاء به زمان های بسیار قدیم بر میگردد و گفته می توانیم که از زمان خلق انسان ها و افزایش نفوس آنان اهسته به قضاء ضرورت پیدا شده است و از ابتدای خلقت بشر که انسانها با مراحل زنده گی قدم نهادند اند برای فیصله منازعات ذات البینی شان احتیاج و ضرورت داشته که قضایا و منازعات آنها را شخصی فیصله نماید، ناگزیر اشخاص معزز و عقلای قبایل و خانواده ها امور قضایی آنها را اجراء مینمودند و همین اشخاص که در قوت جسمانی و دماغی نامور بودند امارات و سیاست قضایی خود را ذمه دارو عهده دار میگردیدند. و یکی از اهداف بعثت پیامبران علیهم السلام نیز از جانب خداوند دآوری و قضاوت میان انسان ها می باشد چنانچه خداوند متعال در مورد داود - علیه السلام - می فرماید: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾^۲

ترجمه قبلاً نقل گردیده است.

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

الف: قضا در عصر جاهلیت: چنانچه قبلاً تذکر داده شد از ابتدای خلقت بشر که انسانها با مراحل

۱- ماده: ۴ (۱۳۹۲) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه. دولت جمهوری اسلامی افغانستان.

۲- سوره ص آیه ۲۴

زنده گی قدم نهاده اند برای فیصله منازعات ذات البینی شان احتیاج و ضرورت داشته که قضایا و منازعات آنها را شخصی فصله نماید، ناگزیر اشخاص معزز و عقلای 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 میگردیدند. اهل عرب در زمان جاهلیت «قبل از اسلام» به همین طریقه عمل میکردند. هر یک از این قبایل شیخی داشت که افراد قبیله تحت فرمان و پذیرای شهادت بودند و مناسبات قبیله با سایر قبایل بر عهده او بود. در مورد اختلافات و مخاصماتی که میان افراد قبیله رخ میداد مرجع صلاحیدار برای رسیده گی و حل و فصل، غالباً همان شیخ قبیله بود که به مقتضای عرف و عادات و سنن وراثی قبیله با این وظیفه قیام میکرد و گاهی هم افراد متخاصم به مرجع دیگری که در فهم و کفایت شهرت داشت مراجعه میکردند. به طور کلی حق و عدالت به معنی صحیح و واقعی آن در زنده گی قبیله یی عربستان قبل از اسلام وجود نداشته، زیرا حق در عرف و اصطلاح قبیله همان چیزی است که متضمن نفع قبیله باشد و به حکم همین قانون صارم و نافذ بود که روسای قبیله اعم از شیخ یا قاضی، موظف بودند که در مخاصمات و دعاوی جانب قبیله خود را منظور نظر دارند اگر چه حق بجانب قبیله دیگر باشد.^۱

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

الف : دوره حیات پیامبر اسلام صلی الله علیه وسلم : در یک محیط ستم پرور و شرای عدالت شکن، رستاخیز اسلامی بپا خاست و برنامه دامنه دار اصلاحی این آئین آسمانی و از آن جمله امور مربوط به قضا را مورد توجه و مشمول اصلاح قرار داد و برای نخستین بار حق صریح و عدالت به معنی عام و صحیح را در جهان مجری داشت و احکام و قوانین جامع و متینی از قرآن و سنت به منظور حفظ جان و مال و عقل و آبرو و نسل مردم تشریح کرد و شئون مدنی از قبیل خرید و فروش و رهن و اجاره و مزارعه و مساقات و امثال آن و همچنین امور جنایی از قبیل قتل و سرقت و هتک اعراض و امثال آن و نیز احوال شخصیه از قبیل ازدواج و طلاق را بر پایه های محکم از قوانین متقن و متین استوار ساخت و برای هماهنگ ساختن دستگاههای قضایی و جلوگیری از هرج و مرج و تفرقه و مداخله ناصالح در شئون حساس قضاء استقلال قضایی اسلام را وجهه همت خود قرار داد. 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 :

^۱ ویب سایت ستره محکمه افغانستان www.supremecourt.gov.af/dr

﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً﴾^۱

ترجمه: قبلاً ترجمه بیان شده است.

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:

۱. عن علی - رضی الله عنه - قال : ((بعثنی رسول الله إلى الیمن و أنا حدیث السن فقلت :

تنفدنی إلى قوم یکون بینهم أحداث ولا علم لی بالقضاء؟ فقال إن الله سیهدی لسانک و

یثبت قلبک (فما شککت فی قضاء بین اثین بعد ذلک))^۲

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 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.

عن ابن عباس رضی الله عنه، ((انَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَیْهِ وَسَلَّمَ، بَعَثَ مُعَاذًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى الْيَمَنِ فَقَالَ: ادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ، فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ خَمْسَ صَلَوَاتٍ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَلَیْلَةٍ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ، وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ))^۳

ترجمه: قبلاً ترجمه شده است.

همچنان پیامبر بزرگوار اسلام - صلی الله علیه وسلم - چهارده قرن قبل برای بار اول حکم حضرت - علی کرم الله وجهه - را در بین خصمین که نسبت عدم قناعت شان به حضور آن حضرت - صلی الله علیه

^۱ سوره النساء: ۱۰۵

^۲ سجستانی، سنن ابی داود، ج ۳ ص ۳۰۱، کتاب القضاء، باب کَیْفَ الْقَضَاءِ، حدیث شماره (۳۵۸۲ البانی این حدیث را در ارواء الغلیل، ج ۸ ص ۲۹-۳۳۶ حاکم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاکم « هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ : » صحیح گفته است همچنان ابن حبان گفته است النیسابوری، المستدرک، سال طبع ۱۹۹۸ م، القاهرة، دارالتقاف، ج ۵ ص ۵۳۲

^۳ بر صفحه ۲۵ تخریج شده است

وسلم تقدیم کردند مجدداً تایید نمودند که فیصله حضرت علی- رضی الله عنه -منحیث فیصله ابتدائیه و تایید حکم توسط حضرت پیغمبر- صلی الله علیه وسلم -منحیث فیصله استیناف استنباط شده می تواند.^۱

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.^۲ این مطلب از حدیث ذیل دانسته می شود:

عَنْ أُمِّ سَلْمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ بِنَحْوِ مَا أَسْمَعُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»^۳

ترجمه: از ام المؤمنین ام سلمه- رضی الله عنها -روایت شده است که پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - من هم انسان هستم و شما داور ری دعوای خود را به نزد من می آورید، شاید یکی از شما در آوردن: فرمودند دلیل، قوی تر از دیگری باشد و من بر اساس 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).

ج: 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 کردند، بعضی ها می گویند که او حضرت عمر بن خطاب- رضی الله عنه -را به حیث قاضی شهر مدینه گماشته بود و انس بن مالک^۴ -رضی الله عنه -را به حیث قاضی به بحرین فرستاده بود.^۵

در دوره خلافت عمر فاروق- رضی الله عنه -به واسطه وسعت ممالک اسلامی و اتساع 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 و اگذار کرد. زمانیکه حضرت عثمان- رضی الله عنه -بعد از

^۱ وبسایت ستره محکمه افغانستان www.supremecourt.gov.af/dr

^۲ زحیلی، محمد، تاریخ القضاء فی الإسلام، دار الفکر، دمشق، ط ۱، ۱۴۱۵ هـ/ ۱۹۹۵ م صفحه ۷۹

^۳ بخاری، صحیح البخاری، کتاب القضاء، بابُ إِيْمَ مَنْ خَاصَمَ فِي بَاطِلٍ وَهُوَ يَعْلَمُهُ حَدِيثُ شَمَارَةَ (۷۱۶۹)

^۴ انس بن مالک بن نضر انصاری يك از اصحاب رسول الله(ص) که ده سال قبل از هجرت در مدینه تولد شده در حال طفلی مسلمان شد ودر خدمت - رسول الله(ص) بود که بعد از وفات آن به دمشق سپس به بصره رحلت کرد و در سال 14 ه در بصره وفات نمود .علام للزرکلی، ج 5، ص 54

^۵ ابن خلدون، عبدالرحمن ابن خلدون، مقدمه ابن خلدون، ص 174 موقع الوراق - <http://www.alwarraq.com>

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 آورد بود و احکام او توجه خاص و عام را جلب کرده بود.^۱

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 و انگذار کرده بود و لی او معذرت خواست و گفت: من پناه می خواهم از اینکه منصب قضاء را به عهده بگیرم.^۲

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

د: 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 قضاوتت 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.^۳

ه: قضاوت در دوره عباسیان: در دوره عباسیان دامنه آبادی گسترش یافت و اسلام زیاد منتشر شد و پیشرفت علمی، اقتصادی و اجتماعی شگوفا 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

^۱ جمعی از محققین، ندوة القضاء الشرعی فی العصر الحاضر الواقع والمؤمومل الفترة الواقع بین ۱۲-۱۳-۱۴ ربیع الاول ۱۴۲۷ هـ - المکتبته اشاملة، ج ۳۸ ص ۱۰

^۲ سجستانی، سلیمان ابن شعث، سنن ابی داود. تحقیق: محمد محی الدین عبدالحمید بیروت، حدیث شماره ۱۶۷۲

^۳ زحیلی، محمد، تاریخ القضاء فی الإسلام، دار الفکر، دمشق، ط ۱، ۱۴۱۵ هـ/ ۱۹۹۵ م صفحه ۳۲۸

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 ابویوسف - رحمه الله - 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 دواوین قضائی، نظام حسابداری، بیت المال و نظام وصیت ها به طور جداگانه تاسیس یافت.^۲

و: 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:

۱. **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.

۲. **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.

۳. **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.^۳

^۱ ابویوسف، یعقوب بن ابراهیم بن حبیب 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، اب 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. زرکلی، الاعلام ج 12 ص 413

^۲ جمعی از محققین، ندوة القضاء الشرعی فی العصر الحاضر الواقع والمؤمل الفترة الواقع بین ۱۲-۱۳-۱۴ ربیع الاول ۱۴۲۷ هـ - المکتبته اشاملة، ج ۳۸ ص ۱۰

^۳ جمعی از محققین، ندوة القضاء الشرعی فی العصر الحاضر الواقع والمؤمل الفترة الواقع بین ۱۲-۱۳-۱۴ ربیع الاول ۱۴۲۷ هـ - المکتبته اشاملة حواله قبلی، ج ۳۸ ص ۱۰

ز: تاریخچه مختصر قضاء افغانستان

هنگامیکه افغانستان به دین مقدس اسلام مشرف گردید (بعد از سنه ۱۸ و ۲۲ هـ ق) حاکم مناطق در عین حال حاکم شرع و نماینده خلیفه اسلام بود، در این هیچ جای شک و تردید نیست که بعد از آنکه خراسان یا افغانستان کنونی به دین مقدس اسلام مشرف گردید، مردم این خطه با پیروی از ارشادات قرآنی و احادیث نبوی (ص) معاملات مدنی و غیر خویش را مطابق شریعت غرای محمدی توسط قضات حل و فصل مینمودند و احکام جزایی صادره از طرف قضات را گردن می نهادند و قضات از بین نخبه ترین علما و فضلا از جانب اولوالامر آنوقت تعیین و انتخاب میشدند، در اینجا به طور مختصر روی نحوه قضاوت در افغانستان پس از ورود اسلام نکات ذیل یادآور می گردید:

۱. قضا و قضاوت در عصر سلطان محمود غزنوی (۴۲۱-۳۷۸ هـ ق ۱۰۳۰-۹۹۷ م) برای اولین بار به امر سلطان محمود غزنوی در غزنی با متصدیان خاص به منظور قضاوت تخصیص داده شد و عده ای از غلامان را امر نمود تا قاضی را در هنگام قضاوتش از حملات و تعرضات احتمالی مردم محافظت نماید. قضایا در محاکم شرعی به سرعت و در یک مرحله (بدون استیناف) حل و فصل و حکم قاضی بدون چون چرا تطبیق میگردید و به این صورت در دارالسلطنه غزنه وظیفه قضاوت به حیث یک وظیفه علیحده و مستقل در افغانستان در عصر سلطان محمود غزنوی آغاز و در اعصار مابعد تکامل پذیرفت.

۲. قضا و قضاوت در عصر تیموریان هرات (۷۷۱ هـ ق تا حدود ۹۲۰ هـ ق - ۱۵۱۴ م) که مرکز عمده تمدن، فرهنگ و اقتصاد در آسیای میانه به شمار میرفت و علما و فضایی زیادی در این دوره تبارز کردند و دستگاه قضایی تیموریان هرات هم با اصولنامه عدلی و قضایی فیصله می شد که در دوران چنگیز به مثابه قانون خدشه ناپذیر چنگیزی در امور عدلی و قضایی مورد اجرا و تطبیق قرار میگرفت. و هم توسط بخش شرعی قضا با معاییر و موازین فقه اسلامی هماهنگ بوده به ویژه پس از آنکه شاهرخ، یاسای چنگیزی را لغو کرد، فقه اسلامی به مثابه یگانه منبع مهم استناد در امور قضایی شناخته شده نقش و نفوذ آن در کلیه عرصه های قضایی گسترش یافت.^۱

^۱ ریاض هروی، محمد یوسف، عین الوقایع، به کوشش محمد اصف فکرت، تهران، ۱۳۶۹ ش ص ۳۴

۳. قضا و قضاوت در دوران احمد شاه و اخلاف وی ، قضات مرکز و ولایات از جانب پادشاه با معرفی امام درباری مقرر میگرددیند. قاضی پایتخت را قاضی القضاات میگفتند. قاضی القضاات علاوه بر وظایف عادی اش از اجرای وظایف مامورین پولیس که مسوول حفظ نظم و قانون در کشور بودند، نیز نظارت میکرد.

۴. وبلاخره در زمان امیر عبدالرحمن (۱۳۱۹-۱۲۹۷ هـ ق - ۱۹۰۱ - ۱۸۸۰ م) خان نسبت به شکایات از مطلقیت محاکم و عدم قناعت به احکام صادره ، امیر تاسیس یک محکمه عالیتر را در مرکز کابل جهت رسیده گی با این عرایض تجویز نمود. محکمه عالی مجوزه حیثیت مرحله استیناف احکام را داشته فیصله های ابتدایی را به اثر استدعای اصحاب دعوی مورد رسیده گی و تجدید نظر قرار می دادند.^۱

^۱ فرهنگ ، میر محمد صدیق ف افغانستان در پنج قرن اخیر ، قم ، ۱۳۷۱ ش ص ۱۸۴ - ۱۹۰ ز

مطلب پنجم : اهمیت و مشروعیت قضاء و دلایل آن

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

هدف از رسالت پیامبران الهی تامین عدالت است. عدالت و برابری از جمله ارزشهای عالی اسلامی است. چون بوسیله اقامه حق و عدالت و برپایی داشتن آنها است که اسلام بال امنیت و آرامش را می گستراند و همه را در سایه خود آرامش می بخشد و علاقه و رابطه و پیوند تنگاتنگ و بسیار قوی در بین افراد جامعه را بوجود می آورد و رابطه و اعتقاد بین حاکم و محکوم را نیرومند می گرداند و ثروت و دارائی و رفاهیت و فراخی نعمت را افزایش داده و اوضاع را استحکام می بخشد و اضطراب و پریشانی و تزلزل را از جامعه می زداید و هر یک از حاکم و محکوم در کار خویش بسوی هدف مورد نظر خود، گام برمی دارند، و به تولید و باروری و خدمت به آبادانی مملکت روی می آورند، بدون اینکه چیزی مانع فعالیت آنان گردد و از نهضت و پیشرفتشان جلوگیری نماید. وقتی عدالت برقرار می گردد و تحقق می پذیرد، که هر ذی حقی، بحق خود برسد و هر کس بدانچه استحقاق دارد، دست یابد و بمقتضای حکم شرع الهی و احکام شرع اسلامی، عمل شود و با تقسیم بین مردم بالسویه از هوی و هوس اجتناب بعمل آید^۱

در این مطلب 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: دلایل مشروعیت قضاء کتاب الله: قرآن کریم 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:

اول: الله متعال می فرماید: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾^۲

۱- مصری، سید سابق (۱۳۷۳ هـ) فقه السنه. مترجم. محمد ابراهیم. تهران: نثر صفر ج ۶ ص ۳۸۵
۲- سوره الحديد آیه ۲۵

ترجمه: ما پیغمبران خود را همراه با دلائل متقن و معجزات روشن به میان مردم ارسال 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 نازل 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 چگونه نهدان و پنهان یاری می کنند . خداوند نیرومند و چیره است .

دوم: الله متعال می فرماید: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾^۱

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 . پس اگر از حکم خدا رویگردان شدند و به قانون خدا پشت کردند ، بدان که خدا می خواهد به سبب گناهانشان ایشان را دچار بلا و مصیبت سازد و به عذاب گرفتار کند . بیگمان بسیاری از مردم از احکام شریعت سرپیچی و تمرد می کنند و از حدود قوانین الهی تخطی می نمایند .

سوم: الله متعال می فرماید: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾^۲

ترجمه: ای داود ! ما تو را در زمین نماینده خود ساخته ایم و بر جایی 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 .

۱- سوره المائده آیه ۴۹

۲- سوره ص آیه ۲۴

ب: دلایل مشروعیت قضاء سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم: در احادیث رسول الله صلی الله علیه وسلم منحیث 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:

اول: عن ابن عباس^۱ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، 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 لِدَلِكِ، فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللهَ تَعَالَى افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ خَمْسَ صَلَوَاتٍ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِدَلِكِ فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَعْيَانِهِمْ، وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ»^۲

ترجمه: از ابن عباس - رضي 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.

دوم: «عن عمرو بن العاص، أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أخطأَ فَلَهُ أَجْرٌ»^۳

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. (اجر تلاش و زحمت است).

سوم: عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدري كيف تفضي» قال علي: فما زلت

۱ - ابن عباس: صحابي جليل القدر عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب القرشي الهاشمي، سال ۳-قبل از هجرت در مکه متولد و در ابتدای بعثت پیامبر صلی الله علیه وسلم زندگی نموده است. ابن عباس ملقب به حبر امة می باشد و از وي ۱۶۶۰ احادیث صحیح روایت گردیده است در سال ۶۸ هـ بعد از اینکه بیبناي خود را از دست میدهد در منطقه طائف در مکه وفات می نماید. (الاعلام للزركلي ۹۵/۴)

۲ - بخاری، صحیح البخاری، کتاب الزکوة، باب لا تؤخذ کرانم أموال الناس فی الصدقة، حدیث شماره ۱۳۹۵

۳ - بخاری، صحیح البخاری، کتاب القضاء، باب أجر الحاکم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حدیث شماره ۷۳۵۲

ترجمه: از علي رضي 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» علي می گوید: پس از آن همیشه قاضی بودم.

ج: دلیل مشروعیت قضاء از اجماع: دلیل مشروعیت قضاء از اجماع این است که تا هنوز هیچ فقیه و دانشمندی بر عدم مشروعیت قضاء قول نکرده است، چنانچه در کتاب «درر الحکام» می نویسد: «مَشْرُوعِيَّةُ الْقَضَاءِ : ثَابِتَةٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ , وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ وَإِنَّ كُلَّ نَبِيٍّ قَدْ أَمَرَ بِذَلِكَ وَقَدْ بَعَثَ اللَّهُ الرَّسُلَ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ وَقَدْ عَمِلَ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ وَالْعُلَمَاءُ الْعَامِلُونَ بِذَلِكَ وَقَدْ اسْتَقَامَتِ الْأَرْضُ , وَالسَّمَاءُ بِالْقِيَامِ بِالْقَضَاءِ , وَأَنَّ الْقَضَاءَ هُوَ نِيَابَةٌ عَنِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ , وَإِقَامَةٌ لِحُدُودِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.. وَقَدْ أَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الْقَضَاءِ»^۲

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

قوانین افغانستان نیز 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.

مطلب پنجم: فضیلت قضاء

دین 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. پرداختن به امور قضاء،

۱- ترمذی، سنن الترمذی، کتاب القضاء، باب کَيْفَ الْقَضَاءِ، شماره ۱۳۳۱ (ترمذی این حدیث را حسن و زیلعی آن را صحیح الاسناد گفته است. المؤلف: زیلعی، جمال الدین عبد الله بن يوسف (المتوفى: ۷۶۲هـ) نصب الرأیة لأحدیث الهدایة، مؤسسة الریان للطباعة والنشر - بیروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ۱۴۱۸هـ/۱۹۹۷م) ج ۴ ص ۶۴
 ۲ - علي حیدر، درر الحکام شرح مجلة الأحکام، تحقیق تعریب: المحامي فهمي الحسيني، دار الکتب العلمیة، لبنان / بیروت ج ۴ ص ۱۰۵

از دیدگاه شریعت 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 دارد^۱. و 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 ﴾^۲

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.

جهت قضاوت به منظور رفع ظلم و رسیدگی به شکایتها و قطع نزاع و خصومت میان مردم، فرض کفایه است و بر حاکم مسلمین واجب است، که برایشان قاضی بگمارد و اسلام حکم و داوری بین مردم را تشویق کرده و آن را مورد رضایت و غبطه قرار داده است، چنانچه پیامبر - صلی الله علیه و آله وسلم - می فرماید: «لأحسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق. ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها الناس»^۳

ترجمه: تنها دو مورد غبطه هستند و انسان باید آرزوی رسیدن بآنان را داشته باشد: یکی مردی که خداوند بوی مال دنیا داده و بوی توفیق خرج کردن و صرف آن را در راه خدا نیز ارزانی داشته است، و دیگری مردی که خداوند بوی دانش و حکمت و قدرت بر داوری بخشیده است که به وسیله این دانش خویش بین مردم داوری و قضاوت کند و آن را بمردم نیز یاد دهد.

همچنان به قاضی عادل و دادگر وعده بهشت داده شده است ، چنانچه ابوهریره - رضی الله عنه- از پیامبوتر - صلی الله علیه و آله وسلم - روایت می کند: «من طلب قضاء المسلمين حتى يناله ثم غلب عدله جوره فله الجنة، ومن غلب جوره عدله فله النار»^۴

ترجمه: هرکس در پی قضاوت مسلمین باشد تا اینکه بدان نایل شود سپس بگونه ای باشدکه عدالت

^۱- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت ج ٤ ص ٣٩.

^۲- سوره المائده آیه ٥

^۳- بخاری، صحیح البخاری، کتاب العلم، باب الإغْتِنَاظِ فِي الْعِلْمِ وَالْحِكْمَةِ، شماره حدیث: ٥٠٢٦

^۴- سجستانی، سنن ابی داود، کتاب القضاء، باب فِي الْقَاضِي يُحْطَى ج ٣ ص ٣٠١ شماره حدیث: ٣٥٧٧ (ابوداود راجع به آن سکوت کرده است و البانی این حدیث را ضعیف گفته است. البانی، ضعیف الجامع الصغیر و زیادته، ج ١ ص ٨٢٠.

و دادگرایش برستم او چیره شود بهشت از آن او است و هرکس در این سمت ستمش بر عدالتش چیره باشد آتش دوزخ از آن او است.

اهداف قضاوت و داد رسی: قضاوت جهت رسیدن به اهداف ذیل مشروع شده است:

۱- اجرای قوانین شرع، و جلوگیری از تعدی و تجاوز

۲- استمرار حیات انسانی و نظام اجتماعی

۳- حفاظت از اصول و فروع دین

۴- پایان دادن به خصومت و جنجال ها

مطلب ششم: حکم قضاء

چنانچه قبلاً تذکر داده شد از جمله وسائل مهمی که بدان اجرای قسط و عدل تحقق می پذیرد و حفظ حقوق می شود و از خون ریزی و هتک ناموس و تجاوز بجان و مال و آبروی مردم پیشگیری بعمل می آید، همانا برپائی نظام قضایی است که اسلام آن را فرض نموده و آن را جزئی از تعالیم و گنجینه ای از گنجینه های خود قرار داده است، که کسی از آن بی نیاز نیست و برای همه ضروری است و نخستین کسی که در اسلام متصدی این وظیفه گردید، حضرت محمد - صلی الله علیه و آله وسلم - بود. بناءً قضاوت بمنظور رفع ظلم و رسیدگی بشکایتها و قطع نزاع و خصومت میان مردم، فرض کفایه است و بر حاکم مسلمین واجب است، که برایشان قاضی بگمارد و کسانی را بمقام قضاوت انتصاب نماید. و هرکس امتناع ورزید، از قبول این سمت، او را مجبور سازد. هرگاه کسی بگونه ای باشد که غیر او شایستگی مقام قضاوت را نداشته باشد، بر او فرض عین است که مقام قضاوت را بپذیرد و واجب است بر او که بدین شغل رضایت دهد^۱.

مطابق نصوص فقهی وظیفه قضاء به کسی سپرده می شود که تمام شرایط و اوصاف قاضی در او موجو باشد چنانچه امام ماوردی^۲ -رحمه الله- در «الاحکام السلطانیة» می نویسد: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ

يُقَلَّدَ الْقَضَاءُ إِلَّا مَنْ تَكَامَلَتْ فِيهِ شُرُوطُهُ الَّتِي يَصِحُّ مَعَهَا تَقْلِيدُهُ وَيَنْفُذُ بِهَا حُكْمَهُ»^۳

۱- مصری، سید سابق (۱۳۷۳ هـ) فقه السنه. مترجم. محمد ابراهیم. تهران: نثر صفر ج ۶ ص ۲۷۸
۲- ماوردی: ابو الحسن علی بن محمد بن حبیب بصری از فقهای بزرگ شافعی مذهب در بصره بود از نوشته هایش میتوان به الحاوی الکبیر، الاحکام السلطانیة، ادب الدنيا و الدین، قانون الوزارة و سیاسة الملک اشاره کرد. ماوردی در سال ۴۵۰ در بغداد وفات کرد. گرفته شده از: سبکی، طبقات الشافعیة الکبری، ج ۳ ص ۲۳۲
۳- ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد، الاحکام السلطانیة و الولایات الدینیة، ط: ۱، الکویت: مکتبه ابن قتیبه، ۱۹۸۹. ج ۱ ص ۱۰۹

ترجمه: و جایز نیست اینکه منصب قضاء مگر به کسی سپرده شود که تمام شروط صحت آن و شروط تنفیذ حکم در او موجود باشد.

کسی شایستگی مقام قضاوت را دارد، که تا خدا و سنت نبوی و فقه اسلامی عالم باشد و قادر به تشخیص حق و باطل و خطاء و صواب بوده و بدور از ظلم و ستم و میل به هوی و هوس باشد. شروط قضاء در او دیده شود و بدون آن شخص دیگر برای قضاء مستحق نباشد درینصورت شخص مذکور مجبور گردانیده می‌شود تا وظیفه قضاء را انجام دهد همچنان تعیین قاضی بر بالای امام مسلمین واجب است.^۱

زمانی که قضاء فرض کفایی بوده، پس حکم قبولیت مسند قضاء هم به اختلاف حال مسلمان و حالات قضاء تفاوت دارد چنانچه در کتاب های فقه حنفی این موضوع بیان می گردیده است که اختصار آن را ذیلا بیان می کنم:

اول: وجوب: قضاء زمانی واجب میشود، که وظیفه مسند قضاء برای شخص تعیین گردد و شخصی دیگر نباشد که صلاحیت قضاء را داشته باشد.

دوم ندب: این حالت نسبت به کسی است 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 وجوب نیز میرسد، زیرا شریعت اسلامی بر تحقق منفعت عمومی حرص می ورزد.

سوم: حرمت: این درجه نسبت به کسی است که در نفس خود احساس عاجزی میکند و یا 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 و یا مداهنت رئیس جمهور و عدم قدرتش بر مقاومت می سازد، در حق همچو شخص قضاء حرام است.

چهارم: کراهیت: 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.

^۱ - ابن فرجون، برهان الدین ابراهیم بن علی بن ابی القاسم، تبصرة الحکام فی اصول الأفضیة و مناهج الأحکام، مکتبه الکلیات الأزهریه - قاهره ۱۹۸۶م. ص ۹

پنجم: اباحت: زمانیکه شخصی صلاحیت قضاء را داشته باشد و شخصی غیر نیز موجود باشد، و ترجیح قبولیت در هیچ یک از ایشان دریافت نگردد^۱.

مطلب هفتم: ارکان قضاء:

قضاء دارای ارکان متعدد می‌باشد که در کتب فقه بیان شده است، چنانچه ابن فرحون-رحمه الله- در کتاب «تبصرة الحکام» می‌نویسد: «أَرْكَانُ الْقَضَاءِ سِتَّةٌ: الْقَاضِي، وَالْمَقْضِي بِهِ، وَالْمَقْضِي لَهُ، وَالْمَقْضِي فِيهِ، وَالْمَقْضِي عَلَيْهِ، وَكَيْفِيَّةُ الْقَضَاءِ»^۲

ترجمه: قضاء دارای شش رکن است: قاضی، مقضی به، مقضی له، مقضی فیهِ، مقضی علیه و کیفیت قضاء.

و در کتاب «درر الحکام» می‌نویسد: «أَرْكَانُ الْقَضَاءِ سِتَّةٌ: الْحُكْمُ، الْمَحْكُومُ بِهِ الْمَحْكُومُ لَهُ، الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، الْقَاضِي، الطَّرِيقَةُ»^۳

ترجمه: ارکان قضاء شش است: حکم، محکوم به، محکوم له، محکوم علیه، قاضی، طریقه قضاء. البته حکم و قضاء دو لفظ مشابه است و در حقیقت ارکان قضاء که در هردو کتاب فوق ذکر گردید یکی می‌باشند و به صیغه های متفاوت و مترادف ذکر شده اند و شرح آن را قرار ذیل بیان داریم:

۱- قاضی یا حاکم: تعریف این رکن در مطلب بعدی می‌آید.

۲- حکم: تعریف آن قبلاً گذشت

۳- محکوم به یا مقضی به: «الْمَحْكُومُ بِهِ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي أُلْزِمَهُ الْقَاضِي الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ»^۴. ترجمه: محکوم به همان چیزی است که قاضی آن را بالای محکوم علیه ملزم کرده است.

۴- محکوم علیه یا مقضی علیه: «الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ هُوَ الَّذِي حُكِمَ عَلَيْهِ»^۵.

ترجمه: محکوم علیه شخصی است که بالایش حکم صورت گرفته است.

۵- ج: محکوم له یا مقضی له: «الْمَحْكُومُ لَهُ هُوَ الَّذِي حُكِمَ لَهُ»^۱.

۱- شیخ نظام و جماعة من علماء الهند(الفتاوى الهندية. بيروت: دارالفکر. ۱۴۱۱هـ/۱۹۹۱م) ج.۳: ص ۳۰۶.
۲- ابن فرحون، تبصرة الحکام فی اصول الأفضیة و مناهج الأحکام، ج ۱ ص ۴
۳- علی حیدر، درر الحکام، همان ج ۱۳ ص ۵۸
۴- مجلة الأحکام العدلیة، همان، ماده (۱۷۸۷)
۵- مجلة الأحکام العدلیة، همان، ماده (۱۷۸۸)

ترجمه: محکوم له همان شخصی است که به نفعش حکم صورت گرفته است).

۶- **طریقه و روش حکم:** آن عبارت از طرز و روش اصدار قرار و فیصله است.^۲

پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - شیوه و طریقه ای را که قاضی باید در قضاوت خویش پیش گیرد، ذکر فرموده است و این مطلب را وقتی بیان داشت که معاذ بن جبل را به یمن گسیل می کرد و گفت: «بچه چیز حکم می کنی؟ او گفت: به کتاب خدا گفت: اگر در کتاب خدا نیافتی؟ او گفت: به سنت رسول الله گفت: اگر در سنت رسول الله نیافتی؟ او گفت: به رای و اندیشه خود، حکم صادر می کنم»^۳.

پس بر قاضی واجب است که در پی کشف حق باشد و از تمام چیزهایی که فکرش را مشوش می کنند، خود را دور نگه دارد، پس نباید در هنگام شدت غضب یا گرسنگی شدید یا در حین اندوه پریشان کننده یا ترس و خوف فراوان و نگران کننده یا هنگام غلبه خواب یا گرمای آزار دهنده یا سرمای آزار دهنده یا مشغولیت شدیدی که مانع فکر صحیح و تشخیص درست است، حکم صادر کند یعنی در همه این احوال نباید قاضی حکم صادر کند، چون ممکن است فکرش بخطا رود. در صحیحین و غیر آنها بروایت ابوبکر آمده است که گفت: از پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - شنیدم که می گفت: «لا یقضین حاکم بین اثین و هو غضبان»^۴

ترجمه: هرگز قاضی در حال خشم و غضب حکم بین دو طرف را صادر نکند.

مطلب هشتم: تاریخچه مختصر قضاء

تاریخ قضاء به زمان های بسیار قدیم بر میگردد و گفته می توانیم 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 عقلای 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 میگردیدند. و یکی از اهداف

۱- مجلة الأحكام العدلیة، همان ، ماده (۱۷۸۹)

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

۳- سجستانی، سنن ابی داود، کتاب القضاء، باب اجتهاد الرأی فی القضاء. حدیث شماره ۱۵۸۶ (البانی این حدیث را در سلسله الاحادیث الضعیفة ج ۱ ص ۴۲ ضعیف گفته و ابوداود بر آن سکوت کرده است)

۴- اسفرائینی، ابی عوانة یعقوب بن إسحاق (ت ۳۱۶هـ) مسند ابی عوانة، دار المعرفة، بیروت حدیث شماره: ۶۴۰۳ (حکم این حدیث را نیافتیم)

بعثت پیامبران علیهم السلام نیز از جانب خداوند داور و قضاوت میان انسان ها می باشد چنانچه خداوند متعال در مورد داود -علیه 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 داور 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 عصر جاهلیت: چنانچه قبلاً تذکر داده شد 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 عقلای 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 دار و عهده دار میگردیدند. اهل عرب در زمان جاهلیت «قبل از اسلام» به همین طریقه عمل میکردند. هر یک از این قبایل شیخی داشت که افراد قبیله تحت فرمان و پذیرای شهادت بودند و مناسبات قبیله با سایر قبایل بر عهده او بود. در مورد اختلافات و مخاصماتی که میان افراد قبیله رخ میداد مرجع صلاحیتدار برای رسیده گی و حل و فصل، غالباً همان شیخ قبیله بود که به مقتضای عرف و عادات و سنن وراثی قبیله با این وظیفه قیام میکرد و گاهی هم افراد متخاصم به مرجع دیگری که در فهم و کفایت شهرت داشت مراجعه میکردند. به طور کلی حق و عدالت به معنی صحیح و واقعی آن در زنده گی قبیله یی عربستان قبل از اسلام وجود نداشته، زیرا حق در عرف و اصطلاح قبیله همان چیزی است که متضمن نفع قبیله باشد و به حکم همین قانون صارم و نافذ بود که رؤسای قبیله اعم از شیخ یا قاضی، موظف بودند که در مخاصمات و دعاوی جانب قبیله خود را منظور نظر دارند اگر چه حق بجانب قبیله دیگر باشد.^۲

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

۱- سوره ص آیه ۲۴

۲- ویب سایت ستره محکمه افغانستان www.supremecourt.gov.af/dr

الف: دوره حیات پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم-: پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم- در یک محیط ستم پرور و شرایط عدالت شکن، رستاخیز اسلامی بپا خاست و برنامه دامنه دار اصلاحی این آئین آسمانی و از آن جمله امور مربوط به قضا را مورد توجه و مشمول اصلاح قرار داد و برای نخستین بار حق صریح و عدالت به معنی عام و صحیح را در جهان مجری داشت و احکام و قوانین جامع و متینی از قرآن و سنت به منظور حفظ جان و مال و عقل و آبرو و نسل مردم تشریح کرد و شئون مدنی از قبیل خرید و فروش و رهن و اجاره و مزارعه و مساقات و امثال آن و همچنین امور جنایی از قبیل قتل و سرقت و هتک اعراض و امثال آن و نیز احوال شخصیه از قبیل ازدواج و طلاق را بر پایه های محکم از قوانین متقن و متین استوار ساخت و برای هماهنگ ساختن دستگاههای قضایی و جلوگیری از هرج و مرج و تفرقه و مداخله نا صالح در شئون حساس قضاء استقلال قضایی اسلام را وجه همت خود قرار داد.

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 تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ۝۱ ﴾

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:

۱- عن علي - رضي الله عنه - قال: «بعثني 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

شککت فی قضاء بین اثنین بعد ذلك»^۱

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.

۲- عن ابن عباس رضي الله عنه، «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بَعَثَ مُعَاذًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَيَّ الْيَمَنَ فَقَالَ: «ادْعُهُمْ إِلَيَّ شَهَادَةً أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ، فَأَعْلَمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ خَمْسَ صَلَوَاتٍ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ فَأَعْلَمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْيَانِهِمْ، وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ»^۲

ترجمه: از ابن عباس - رضی الله عنهما - روایت شده است که پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - معاذ بن جبل^۳ 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»^۴

همچنان پیامبر بزرگوار اسلام-صلی الله علیه وسلم- چهارده قرن قبل برای بار اول حکم حضرت - علی کرم الله وجهه- رادر بین خصمین که نسبت عدم قناعت شان به حضور آن حضرت -صلی الله علیه وسلم- تقدیم کردند مجددا 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

۱- سجستانی، سنن ابی داوود، ج ۳ ص ۳۰۱، کتاب القضاء، باب کَيْفَ الْقَضَاءِ، حدیث شماره ۳۵۸۲ (البانی این حدیث را در ارواء الغلیل، ج ۸ ص ۳۳۶ صحیح گفته است همچنان ابن حبان گفته است: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ» حاکم، المستدرک، ج ۵ ص ۵۳۲

۲- بخاری، صحیح البخاری، کتاب الزکوة، بَابُ لَا تُؤْخَذُ كَرَائِمُ أَمْوَالِ النَّاسِ فِي الصَّدَقَةِ، شماره حدیث: ۱۴۵۸

۳- معاذ بن جبل (۲۰ ق هـ - ۱۸ هـ مطابق ۶۰۳ - ۶۳۹ م)، 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 ۷۰ 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 اهلی) 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 ۱۵۷ حدیث از پیامبر -صلی الله علیه وسلم- روایت کرده است. در اردن وفات یافته و در قصر المعینی (بالغور) دفن گردیده است. الأعلام للزکلی - (۲۵۸/۷).

۴- بخاری، صحیح البخاری، کتاب الدعوی، بَابُ إِثْمٍ مِنْ خَاصَمٍ فِي بَاطِلٍ وَهُوَ يَعْلَمُهُ، حدیث شماره (۱۳۹۵)

شده می تواند.^۱

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.^۲ این مطلب از حدیث ذیل دانسته می شود:

عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَفْضِي لَهُ بِنَحْوِ مَا أَسْمَعُ فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»^۳

ترجمه: از ام المؤمنین ام سلمه -رضی الله عنها- روایت شده است که پیامبر -صلی الله علیه وآله وسلم- فرمودند: «من هم انسان هستیم و شما داوری دعوای خود را به نزد من می آورید، شاید یکی از شما در آوردن دلیل، قوی تر از دیگری باشد و من بر اساس 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).

ج: 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 کردند، بعضی ها می گویند که او حضرت عمر بن خطاب -رضی الله عنه- را به حیث قاضی شهر مدینه گماشته بود و انس بن مالک^۴ -رضی الله عنه- را به حیث قاضی به بحرین فرستاده بود.^۵

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

۱- وبسایت ستره محکمه افغانستان www.supremecourt.gov.af/dr

۲- زحیلی، محمد، تاریخ القضاء فی الإسلام، دار الفکر، دمشق، ط ۱، ۱۴۱۵ هـ / ۱۹۹۵ م صفحه ۷۹

۳- بخاری، صحیح البخاری، کتاب القضاء، بَابُ إِثْمٍ مَنْ خَاصَمَ فِي بَاطِلٍ وَهُوَ يَعْلَمُهُ حَدِيثُ شَمَارَةَ (۷۱۶۹)

۴- 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 ۱۴ هـ در بصره وفات نمود. علام للزرکلی، ج ۵، ص ۵۴

۵- ابن خلدون، عبدالرحمن ابن خلدون، مقدمه ابن خلدون، ص ۱۷۴ موقع الوراق <http://www.alwarraq.com>

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.^۱

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 و انگذار کرده بود و لی او معذرت خواست و گفت: من پناه می خواهم از اینکه منصب قضاء را به عهده بگیرم.^۲

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.

د: قضاوت در دوره اموی ها: قضاوت در زمان اموی ها از دو ویژگی برخوردار بود:

اول اینکه مطابق روش خلفای راشدین قضاوت ادامه 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 قضاوتت 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.^۳

ه: قضاوت در دوره عباسیان: در دوره عباسیان دامنه آبادی گسترش یافت و اسلام زیاد منتشر شد و پیشرفت علمی، اقتصادی و اجتماعی شگوفا گردید و همچنان اختلافات مذهبی به خصوص

۱- جمعی از محققین، ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر الواقع والمؤمل الفترة الواقعة بين ۱۲-۱۳-۱۴ ربيع الأول ۱۴۲۷ هـ. المكتبة الشاملة، ج ۳۸ ص ۷

۲- سجستانی، سلیمان ابن شعث، سنن ابی داود. تحقیق: محمد محی الدین عبدالحمید بیروت، حدیث شماره ۱۶۷۲

۳- زحیلی، محمد، تاریخ القضاء في الإسلام، دار الفكر، دمشق، ط ۱، ۱۴۱۵ هـ/ ۱۹۹۵ م صفحه ۳۲۸

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 ابویوسف-رحمه الله-^۱ 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 دواوین قضائی، نظام حسابداری، بیت المال و نظام وصیت ها به طور جداگانه تاسیس یافت^۲

و: 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:

۱: 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.

۲: 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.

۳: 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.^۳

^۱- ابویوسف، یعقوب بن ابراهیم بن حبیب انصاری، کوفی بغدادی، متولد سال: ۱۱۳ هـ و از شاگردان واصحاب امام ابی حنیفه- رحمه الله- می باشد، موصوف از علماء علم فقه به شمار می رود، تألیفات مشهور ایشان الخراج، ادیب القاضی، الامالیفی الفقه و غیره می باشد در زمان خلافت هارون الرشید سمت قاضی القضاة راه به عهده داشت، در سال: ۱۸۲ هـ وفات نموده است. (التاج العروس: ۴۱۳/۳).

^۲- جمعی از محققین، ندوة القضاء الشرعی فی العصر الحاضر الواقع والمؤمول الفترة الواقعة بین ۱۲-۱۳-۱۴ ربیع الأول ۱۴۲۷ هـ. المكتبة الشاملة، ج ۳۸ ص ۱۰

^۳- جمعی از محققین، ندوة القضاء الشرعی فی العصر الحاضر الواقع والمؤمول الفترة الواقعة بین ۱۲-۱۳-۱۴ ربیع الأول ۱۴۲۷ هـ. المكتبة الشاملة حواله قبلی ج ۳۸ ص ۱۱

مبحث سوم: تعریف قاضی از دیدگاه فقه و قانون

مطلب اول: معنای لغوی قاضی

قاضی در لغت اسم فاعل قضاء است که قبلا در مورد معنای لغوی قضاء به تفصیل بیان گردید، پس قاضی 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.^۱

مطلب دوم: تعریف و اقسام قاضی در فقه:

قاضی در اصطلاح نزد علماء احناف چنین تعریف شده است: «هُوَ الذَّاتُ الْمَنْصُوبُ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ لِيفْصِلَ وَيَحْسِمَ الدَّعَاوَى الْحَادِثَةَ بَيْنَ النَّاسِ تَوْفِيقًا لِقَوَاعِدِهَا الْمَشْرُوعَةِ»^۲

ترجمه: شخصی است که از جانب رئیس دولت برای حل و فصل دعاوی تعیین شده باشد، تا میان مردم در روشنایی قواعد شریعت فیصله نماید.

تعریف قاضی در مذهب مالکی: قاضی در اجرای تمام احکام شرعی نایب امام است.^۳

تعریف قاضی در مذهب شافعی: شخصی است که جهت تطبیق عدالت، رفع ظلم و ترک خواهش نفسانی به شریعت التزام داشته باشد.^۴

تعریف قاضی در مذهب حنبلی: قاضی شخصی است که در تطبیق شریعت اسلامی از مردم نمایندگی می‌کند.^۵

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 نماید.^۶ 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

۱- زبیدی، محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، مکتبه الحیة، بیروت- لبنان، ج ۲- ص ۲۳۱.

۲- درر الحکام شرح غرر الأحکام - ملا خسرو الحنفی - المطبعة العامریة مصر ۱۳۰۴. ماده (۱۸۴۰).

۳- البهجة فی شرح التحفة. أبو الحسن علي بن عبد السلام. ص: ۴۵

۴- انصاری: زکریا بن محمد بن زکریا، (متوفی: ۹۲۶هـ) شرح روضة الطالب من أسنى المطالب، دار الكتاب الإسلامی.. ص: ۴۵۴

۵- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسی أبو محمد، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، دار الفکر - بیروت ج ۴ ص: ۴۳۴

۶- درر الحکام شرح غرر الأحکام - ملا خسرو الحنفی - المطبعة العامریة مصر ۱۳۰۴. ماده (۱۸۴۰)

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.

اقسام قاضی: قاضی به دو قسم تقسیم شده است:

اول: قاضی منصوب: و آن همان قاضی است مطابق شرایط از طرف امام یا حکومت تعیین می گردد و تعریف آن قبلاً بیان گردید

دوم: قاضی تحکیم: قاضی تحکیم عبارت از همان شخصی است که توسط دو نفر مدعی و مدعی علیه غرض حل و فصل قضیه شان تعیین می گردد و در تعریف تحکیم آمده است: «التَّحْكِيمُ هُوَ عِبَارَةٌ عَنِ اتِّخَاذِ الْخُصْمَيْنِ آخِرَ حَاكِمًا بِرِضَاهُمَا ; لِفَصْلِ خُصُومَتِهِمَا وَدَعْوَاهُمَا»^۱.

ترجمه: تحکیم عبارت از گرفتن یک شخص توسط طرفین دعوا به رضایت هر دو جانب جهت حل و فصل خصومت و دعوی آنان.

مطلب سوم: 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 نماید»^۲.

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 گردد»^۳.

با توجه به تعریف فوق معلوم می شود که تعریف فقه اسلامی برای قاضی خیلی جامع بوده و تعریف قانون ناقص است، از جهت اینکه قانون می گوید، 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

^۱ مجلة الأحكام العدلیة، همان، ماده (۱۷۹۰)

^۲ - ماده چهارم (۱۳۹۲) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان.

^۳ - ماده چهارم (۱۳۹۲) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان.

موضوع و نظر خویش را در جلسات قضایی ارائه می نماید^(۱)، 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 شود، که چنین تعریف برای قاضی درست شده نمیتواند.

۱- ماده چهارم (۱۳۹۲) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان.

فصل دوم

شرایط متعلق به قاضی

در این فصل آن عده شرایطی به بحث گرفته می شود که به شخص قاضی تعلق دارند، و پس از تشریح دیدگاه های فقهای مذاهب اسلامی دیدگاه قانون افغانستان در مورد آن شرایط بیان می داریم، اما قبل از اینکه به اصل موضوع بپردازیم طی یک مقدمه کوتاه راجع به اهمیت این شروط برای قاضی به بیان نکات مهمی پرداخته می شود و دارای مباحث و مطالب ذیل است:

مبحث اول: شرایط قضاء متعلق به شخص قاضی از دیدگاه فقه و قانون

مبحث دوم: شرایط تکمیلی متعلق به صفات و آداب قاضی

تمهید: در کتب فقهی سه نوع شروط راجع به صحت حکم قاضی ذکر شده است که عدم وجود این شرایط در حقیقت سبب بطلان حکم قاضی می شود قسمی که ابن فرحون-رحمه الله- در کتاب «تبصرة الحکام می نویسد: «الأوصاف المُنْتَرِطَةُ فِي صِحَّةِ وِلَايَةِ الْقَاضِي وَمَا هُوَ غَيْرُ شَرْطٍ فِي الصَّحَّةِ ، لَكِنَّ عَدَمَهَا يُوجِبُ الْعَزْلَ ، وَمَا هُوَ شُرُوطُ الْكَمَالِ ، وَيُسْتَحَبُّ الْعَزْلُ بِعَدَمِهَا»^۱

ترجمه: 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.

داشتن شرایط سه گانه فوق برای قاضی خیلی مهم و اساسی است و نبود آن گاهی باعث بطلان حکم قاضی می شود، چون قضاء یک منصب عادی نیست بلکه از مناصب اساسی در یک کشور محسوب می شود، در شرح مجله الاحکام پس از ذکر شرایط قاضی در ماده (۱۷۹۴) می نویسد «فَإِذَا كَانَ الْقَاضِي غَيْرَ حَائِزٍ لِتِلْكَ الشَّرُوطِ فَحُكْمُهُ بَاطِلٌ»^۲ (هرگاه قاضی دارای شرایط نباشد، حکمش باطل است.) البته باید گفت که شرایط صحت حکم قاضی همه اتفاقی نیستند بلکه برخی آن ها اتفاقی و برخی دیگر اختلافی می باشند چنانچه وهبه زحیلی^۳-رحمه الله- در «الفقه الاسلامی و ادلته» می نویسد: «اتفق أئمة المذاهب على أن القاضي يشترط فيه أن يكون عاقلاً بالغاً حراً مسلماً سميعاً بصيراً ناطقاً، واختلفوا في اشتراط العدالة، والذکورة، والاجتهاد»^۴

ترجمه: ائمه مذاهب اتفاق دارند که باید قاضی عاقل، بالغ، آزاد، مسلمان، بینا و قادر به سخن گفتن باشد اما در مورد شرط عدالت، ذکورت و اجتهاد اختلاف کرده اند.

بناءً با در نظر داشت اهمیت و اختلاف موجود در شرایط قاضی، تفصیل آن طی مباحث بعدی بیان میگردد:

^۱- ابن فرحون، برهان الدین ابراهیم بن علی بن ابی القاسم، تبصرة الحکام فی اصول الأفضیة و مناهج الأحکام، مکتبة کلیات الأزهریه - قاهره ۱۹۸۶م. ج ۱ ص ۴۹

^۲- علی حیدر، درر الحکام، همان، ج ۴ ص ۵۲۵

^۳- وهبه زحیلی متولد ۱۹۳۲ (میلادی) در شهر عطیه در اطراف دمشق است. وهبه زحیلی رئیس گروه فقه مذاهب اسلامی دانشگاه دمشق است و موضوع بیشتر نوشته هایش به فقه و اصول فقه اختصاص دارد. وی بیشتر از ۱۰۰ اثر علمی در بخش های تفسیر فقه، اصول، حدیث و از خود بجا گذاشته اند که معتبرین آن ها آثار الحرب فی الفقه الإسلامی. الفقه الإسلامی و ادلته. در ۱۰ جلد، - التفسیر المنیر فی العقیده و الشریعه و المنهج. در ۱۴ جلد- الفقه الإسلامی فی أسلوبه الجدید. أصول الفقه الإسلامی. الذرائع فی السیاسة الشرعیة، و الفقه الإسلامی؛ و... الموازنه بین القرآن و السنه فی الأحکام. الفقه الحنبلی المیسر (بأدلته و تطبیقاته المعاصره) و در شامگاه شنبه، ۱۷ مرداد ۱۳۹۴ هـ در دمشق وفات نمود. <http://www.nedayesunnat.com>

^۴- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دار الفکر - سوریه - دمشق، جلد ۸ ص ۸۰

مبحث اول: شرایط قضاء متعلق به شخص قاضی از دیدگاه فقه و قانون

در فقه اسلامی و همچنان در قوانین افغانستان یک سلسله شرایط صحت حکم به شخص قاضی تعلق می‌گیرد که در این مبحث هر کدام طی مطالب جداگانه تشریح می‌شوند.

مطلب اول: شرط بودن اسلام در فقه

مسلمان بودن قاضی از شرایط اتفاقی میان فقهاء است شرط اسلام و مسلمان بودن در جمله شروط قضاء به این خاطر اساسی پنداشته می‌شود که قضاء یک ولایت بزرگ و مسوولیت دینی می‌باشد و ولایت کافر بر مسلمان جواز ندارد، همچنان قاضی احکام شریعت اسلام را تطبیق می‌کند و این امر ایجاب می‌کند تا خود قاضی نیز مسلمان و ایمان به احکام شریعت اسلام داشته باشد تا بتواند احکام شریعت اسلام را تنفیذ و تطبیق نماید.

چنانچه قبلاً بیان شد شرط مسلمان بودن قاضی اتفاقی است و تمام فقهاء در این مورد اتفاق دارند، چنانچه در کتب معتبر فقهای مذاهب این مسئله تصریح شده است^۱. وهبه زحیلی-رحمه الله- در کتاب «الفقه الاسلامی و ادلته» می‌نویسد: «أما الشروط المتفق عليها بين أئمة المذاهب فهي أن يكون القاضي عاقلاً بالغاً، حراً، مسلماً»^۲

ترجمه: شروط اتفاقی در میان مذاهب عبارت اند از اینکه قاضی باید عاقل، بالغ، آزاد و مسلمان باشد.

به همین جهت کفر یکی از موانع صحت قضاء در فقه اسلامی 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 نمی‌تواند بالای مسلمان تسلط و ولایت داشته باشد، چنانچه در «الاحکام السلطانیة» می‌نویسد: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَلَّدَ الْكَافِرَ الْقَضَاءَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَلَا عَلَى الْكُفَّارِ»^۳

ترجمه: جایز نیست که منصب قضاء به کافر سپرده شود تا بالای مسلمان یا بالای کفار قضاوت کند.

برای شرح و توضیح بیش تر این مطلب مهم است روی سه موضوع بحث شود:

۱- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت، ج ۱۱ ص ۳۸۱،

۲- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دار الفكر - سوریه - دمشق، جلد ۸ ص ۸۰

۳- ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبيب البصرى البغدادي، الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة، قاهره، ۱۳۸۰ ج ۱ ص ۱۱۰

دلایل شرط مسلمان بودن قاضی :

۱- اولین دلیل شرط اسلام قاضی و عدم جواز تعیین کافر به حیث قاضی ، این آیت می باشد که

الله متعال می فرماید: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^۱

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

وجه استدلال: از آیه فوق به گونه ای برای شرط بودن اسلام و عدم جواز قضاوت کافر بر بالای مسلمان استدلال می شود که الله 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، و نیز 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.^۲

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

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ

إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾^۳

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.

وجه استدلال: آیه فوق به عدم موالات کفار به عوض دوستی و موالات با مومنین امر می کند و الله 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

۱- سوره النساء آیه ۱۴۱

۲- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، قرطبي (المتوفى: ۵۹۵هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج ۲، صفحه (۹۲)/ ۲۹۵

۳- سوره المائده آیه ۵۱

باشد؟ پس به طور واضح معلوم گردید که سپردن وظیفه قضاوت به کافر درست نیست^۱.

۳- 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.

مطلب دوم: دیدگاه فقهاء در مورد قضاوت کافر

چنانچه قبلاً بیان شد 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 آیا قضاوتش نافذ می شود یا نه؟ در این مورد دو دیدگاه وجود دارد:

اول اینکه قضاوت چنین قاضی قابل تنفیذ نیست و این قول جمهور فقهاء است^۲

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^۳-رحمه الله- است که می گوید قضاوت قاضی کافر که از طرف یک حاکم ظالم تعیین شده باشد سیاستاً تنفیذ می شود اما دیانتاً نمی شود^۴ دلیل امام شافعی-رحمه الله- 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 کافر جهت قضاوت بر بالای مسلمانان جایز نیست.

مذهب راجح: بعضی علمای معاصر مذهب امام شافعی-رحمه الله- 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

۱- قرطبی، محمد بن احمد (۶۶۸ هـ)، تفسیر القرطبی، ط ۱۳۸۴، ۵۲، ۱۹۶۴م، دار الکتب المصریه، قاهره. (ج ۴). (۱۹/۴۶۰)،
۲- ابن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد، قرطبی (المتوفی: ۵۹۵ هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي ج ۲ ص ۴۶۰، کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۷ ص ۳، بهوتی، منصور بن یونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ۱۰ ص ۱۹
۳- امام شافعی: امام ابو عبدالله بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن اسائب بن عبيد بن نذير بن هشام بن المطلب بن عبدمناف المطلبی القریشی که نسب آن به عبدمناف جد رسول الله -صلی الله علیه وسلم- وشافع بن السائب می رسد بسوی الشافع، وی در منطقه غزه در عسقلان یمن در سال ۱۵۰ هـ تولد و در سال ۲۰۴ هـ وفات نموده است. زرکلی، الاعلام، ج ۳ ص ۱۴۲
۴- بهوتی، منصور بن یونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج ۱۰ ص ۱۹

غیر مسلمان اباورزند در این صورت هرج و مرج به میان می آید و همچنان به شکنجه 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.^۱

تعیین 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 فقهای^۲ 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 ماوردی - رحمه الله- در کتاب «الاحکام السلطانیة» می نویسد: « قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^۳ يَجُوزُ تَقْلِيدُهُ الْقَضَاءَ بَيْنَ أَهْلِ دِينِهِ ، وَهَذَا وَإِنْ كَانَ عُرْفُ الْوَلَاةِ بِتَقْلِيدِهِ جَارِيًا فَهُوَ تَقْلِيدُ زَعَامَةٍ وَرِئَاسَةٍ وَلَيْسَ بِتَقْلِيدِ حُكْمٍ وَقَضَاءٍ »^۴

ترجمه: امام ابوحنیفه - رحمه الله- می گوید: 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 فرد ذمی می تواند بالای افراد غیر مسلمان قضاوت کند و قضاوت کافر بر ذمی در ولایت

۱- عدوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی ۲۰۰۷. الجامعة الاسلامیة، غزة، فلسطین.

۲- ابن رشد، بداية المجتهد، ج ۲ ص ۴۶۰، شریبئی، مغنی المحتاج، ج ۴ ص ۳۷۵، بهوتی، كشف القناع، ج ۶ ص ۲۹۵

۳- أبو حنیفة: نعمان بن ثابت تیمی کوفی امام مذهب حنفی فقیه، مجتهد، محقق، یکی از ائمه اربعه اهل سنت میباشد، اصل اش از افغانستان است و در کوفه در سال ۸۰ هجری تولد و نشأت نموده است وی ضمن آنکه پیشه تجارت داشته از سن کودکی به طلب علم پرداخته است، و اکثر اوقات خود را به تدریس و افتاء وقف نموده بود عمر بن هبیره امیر عراقین از وی خواست تا مسلک قضاء را به عهده بگیرد اما وی اباورزید همچنان ابومنصور عباسی از وی خواست تا مسئولیت قضاء را به عهده بگیرد اما وی اباورزید، ابومنصور سوگند یاد کرد که این کار (قضاء) را بالای انجام میدهم اما وی سوگند یاد کرد که این کار را بر من تحمیل کرده نمیتوانی، بعد از آن منصور وی را محبوس ساخت تا آنکه در سال ۱۵۰ هجری وفات نمود. الاعلام للزرکلی ج ۸ ص ۳۶

۴- ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبیب البصری البغدادی، الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة، قاهره، ۱۳۸۰ ج ۱ ص ۱۱۰

او کدام ضرری نمی رساند.^۱

مطلب سوم: دیدگاه قانون در مورد شرط بودن اسلام

در قوانین افغانستان در مورد اینکه قاضی چه دین و مذهبی داشته باشد چیزی 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 قضاء 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»^۲

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

مطلب چهارم: شرط عدالت

هدف از تعیین قاضی تامین عدالت است، زیرا عدالت و برابری از جمله ارزشهای عالی اسلامی است. و به وسیله اقامه حق و عدالت و برپایی داشتن آنها است که امنیت و آرامش را در جامعه حاکم می گردد و همه را در سایه خود آرامش می بخشد و عدالت است که علاقه و رابطه و پیوند تنگاتنگ و بسیار قوی در بین افراد جامعه را به وجود می آورد و رابطه و اعتقاد بین حاکم و محکوم را نیرومند می گرداند و ثروت و دارائی و رفاهیت و فراخی نعمت را افزایش داده و اوضاع را استحکام می بخشد و اضطراب و پریشانی و تزلزل را از جامعه می زداید و هر یک از حاکم و محکوم در کار خویش بسوی هدف مورد نظر خود، گام برمی دارند، عدالت زمانی برقرار می گردد و تحقق می پذیرد، که هر ذی حقی، بحق خود برسد و هرکس به سهم و استحقاق خود، دست یابد و بمقتضای حکم شرع الهی و احکام شرع اسلامی، عمل شود و این کار زمانی

۱- کاسانی، علاء الدین، (ت ۵۷۸) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ دوم ۱۹۸۲ ج ۷ ص ۳.
۲- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه، فصل ششم، ماده ۸۲، ص ۸۱.

متحقق می شود که شخص عادل بر منصب قضاء گماشته شود، به همین جهت عدالت و متهم نبودن به فسق یکی از شرایط قضاء است چنانچه علامه ماوردی در «الاحکام السلطانية» می نویسد: «وَالشَّرْطُ الْخَامِسُ : الْعَدَالَةُ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي كُلِّ وِلَايَةٍ وَالْعَدَالَةُ : أَنْ يَكُونَ صَادِقَ اللَّهْجَةِ ظَاهِرَ الْأَمَانَةِ ، عَفِيفًا عَنِ الْمَحَارِمِ مُتَوَقِّيًا الْمَأْتَمِّ ، بَعِيدًا مِنَ الرَّيْبِ ، مَأْمُونًا فِي الرِّضَا وَالْعُضْبِ ، مُسْتَعْمِلًا لِمُرُوءَةٍ مِثْلِهِ فِي دِينِهِ وَدُنْيَاهُ»^۱

شرط پنجم عدالت است و آن در هرنوع 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.

تعریف عدالت:

الف: عدالت در لغت: در صحاح جوهری در مورد تعریف لغوی عدالت چنین آمده است؛ عدل متضاد جور است. گفته می شود «عدل عليه في القضية فهو عادل» یعنی: «در پرونده با او عادلانه برخورد کرد بنابراین عادل است» و گفته می شود: «فلائن من أهل المعدلة» یعنی: از اهل عدل و داد است، و «رجل عدل» یعنی مورد رضا و قانع کننده در شهادت است. در اصل مصدر است و نیز «قوم عدل و عدول» جمع است و «قد عدل الرجل بالضم عدالة» آن مرد عدالت را برقرار کرد تا آن جا که می گوید: «وتعدیل الشيء» تقویمه: یعنی راست کردن و برافراشتن، گفته می شود: «عدلته فاعتدل»: برخوردارم و او نیز برخوردار^۲

از این تعریف لغوی معلوم می شود که عدالت در لغت استقامت است، و همچنین شخص عادل کسی است که از او شبهه ای ظاهر نمی شود و کسی است که مردم از او راضی هستند و شهادتش را قبول می کنند و به آن قانع هستند.

ب: عدالت در اصطلاح: عبارات علما در تعریف اصطلاحی عدالت متنوع است که ذیلا به برخی آن ها پرداخته می شود:

صاحب کتاب «الكفاية» عدالت را چنین تعریف می کند: شخص عادل کسی است که نسبت به انجام فرایضش آشنا باشد و به آنچه به آن امر شده ملزم و از آنچه که نهی شده دوری جوید و از فواحش خرد کننده اجتناب ورزد و خواهان حق و واجب باشد در افعال و معاملاتش، و در لفظش

۱- ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبیب البصری البغدادی، الاحکام السلطانية و الولايات الدينية، قاهره، ۱۳۸۰ ج ۱ ص ۱۱۰
۲- جوهری، الصحاح، همان (ص ۴۱۵ - ۴۱۶) باب العین، ریشه عدل

خود را بپرهیزد از سخنانی که مروت را لکه دار می کند. کسی که اینچنین باشد به عادل بودن در دینش منسوب است و به صدق در گفته اش معروف است و در این وصف، اجتناب از گناهان کبیره ای که فاعل آن فاسق نامیده می شود کفایت نمی کند، و با این وصف باید از چیزهایی که خود نمی داند گناه کبیره است ولی مردم می گویند، خودداری کند^۱.

امام غزالی^۲ -رحمه الله- در «المستصفي» آن را چنین تعریف می کند: عدالت عبارت است از استقامت سیرت و دین و حاصل آن برمی گردد به هیئت راسخ در نفس که حمل می شود بر ملازمت همیشگی تقوی و مروت تا اینکه مردم به صدق او اطمینان حاصل کنند. وگرنه به قول کسی که از خدا آنچنان ترسی ندارد که او را از دروغ منع کند، هیچ اعتمادی نیست، و در اینکه عصمت از تمام گناهان شرط نیست اختلافی وجود ندارد و همچنین پرهیز از گناهان کبیره کافی نیست بلکه باید از گناهان صغیره همچون دزدیدن یک پیاز و کاستن در دانه از روی عمد و به طور کامل هر چیزی که دلالت می کند بر ضعف دین او تا جائیکه به خاطر اهداف دنیوی جرأت دروغ گفتن پیدا کند بپرهیزد. حتی دوری از بعضی از مباحات لطمه آور به مروت در عدالت شرط شده است؛ همچون خوردن غذا در حین راه رفتن و ادرار در خیابان و همنشین با اراندل و شوخی زیاد، و ثابت شده که آنچه اجماع از آن چشم پوشی کرده است به اجتهاد حاکم وگذار می شود، و اگر در نزد او چیزی دلالت کند بر جرأت شخص به دروغ گفتن شهادتش را رد می کند وگرنه خیر^۳.

در «شرح تنقیح الفصول» عدالت را اینگونه تعریف شده است: اجتناب از گناهان کبیره و بعضی از گناهان صغیره و اصرار بر آن و ترک بعضی از مباحاتی که مروت را خدشه دار می کند.^۴

حافظ ابن حجر^۵ -رحمه الله- در «نزهة النظر» عدالت را چنین تعریف می کند: مراد از عادل کسی است که در او توانایی ملازمت تقوی و جوانمردی باشد، و مراد از تقوی: پرهیز از اعمال بد از

۱- بغدادی، أحمد بن علي بن ثابت أبو بكر الخطيب، الكفاية في علم الرواية، المكتبة العلمية - المدينة المنورة ص ۸۱
۲- امام غزالی: نامش محمد بن محمد بن محمد غزالی، طوسی، کنیه اش ابو حامد معروف به حجة الاسلام که فیلسوف و متصوف بود، در سال ۴۵۰ تولدده است و در حدود ۲۰۰ اثر علمی دارد. زاد و فات او در طابران (قریه ای در شهر طوس ایران) بوده، به نیشاپور، بغداد، حجاز، شام و مصر مسافرت کرده و از تألیفات مشهورش کتابهای احیاء علوم الدین، تهافت الفلاسفة، الاقتصاد في الاعتقاد، محك النظر، مقاصد الفلاسفة، المصنوعون به علی غیر اهل، جواهر القرآن، و کتاب التبر المسبوك في نصيحة الملوك. نوشته به زبان فارسی و ترجمه شده به زبان عربی و غیره می باشد. او در سال ۵۰۵ فوت کرده است. الأعلام للزركلي - (۲۲ / ۷).

۳- غزالی، محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، المستصفي في علم الأصول، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ۱، ۱۴۱۳ ج ۱ ص ۱۵۷
۴- قرافی، شهاب الدین أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، شرح تنقیح الفصول، ۱۴۲۱ هـ / ۲۰۰۰ م (ص ۳۶۱)

۵- حافظ ابن حجر: وی شیخ الاسلام قاضی القضاة شهاب الدین ابوالفضل احمد بن علی بن محمد بن محمد عسقلانی شافعی است، از کودکی به آموزش حدیث پرداخت و در همه متون حدیث ماهر گشت و از همه مردمان زمانه اش حافظ تر بود. ابن حجر در سال ۸۵۲ وفات کرد. بیش از صد تألیف در فنون حدیث دارد. از جمله: فتح الباری شرح صحیح البخاری، تهذیب التهذیب، تقریب التقریب، الاصابه، الدرر الكامنه. سیوطی، طبقات الحفاظ، ص ۵۵۲.

شرک یا فسق یا بدعت است^۱.

ماوردی-رحمه الله- در «الاحکام السلطانية» می نویسد: «وَالْعَدَالَةُ : أَنْ يَكُونَ صَادِقَ اللَّهْجَةِ ظَاهِرًا
الْأَمَانَةَ ، عَفِيفًا عَنِ الْمَحَارِمِ مُتَوَقِّيًا الْمَأْتِمَ ، بَعِيدًا مِنَ الرَّيْبِ ، مَأْمُونًا فِي الرِّضَا وَالْغَضَبِ ، مُسْتَعْمِلًا
لِمُرُوءَةٍ مِثْلِهِ فِي دِينِهِ وَدُنْيَاهُ»^۲

ترجمه: منظور از عدالت این است که قاضی لهجه صادق، امانتدار، دوری کننده از محارم، اجتناب کننده از گناهان، دور از شک و شبهه، آرام و آسوده خاطر در رضا و غضب و استفاده کننده مروت مثلش در دین و دنیا باشد.

اینها تعریفات علما بود در تعریف اصطلاحی عدالت، و اگر چه عبارات متنوع هستند ولی همه به یک معنی برمی گردند و آن اینست که عدالت: یک ملکه و قدرتی است در نفس که صاحبش را بر ملازمت تقوی و مروت و ادار می کند، و این برای انسان محقق نمی شود مگر با انجام مأموریه و ترک منهی عنه، و دوری از آنچه که در مروت اخلاص ایجاد می کند، و نیز تحقق نمی یابد مگر با اسلام و بلوغ و عقل و سلامت از فسق. و مراد از فسق: ارتکاب گناهان کبیره و اصرار بر یکی از گناهان صغیره، چون اصرار بر گناهان صغیره آن را تبدیل به کبیره می کند.

و منظور مروتی که اهل علم از آن یاد می کنند: آداب نفسانی است که صاحب آن را بر ایستادن در کنار اخلاق والا و عادات نیکو وامی دارد، و آنچه که در مروت اخلاص وارد می کند به دو سبب برمی گردد^۳:

اول: ارتکاب گناهان صغیره ای که بر خست و پستی دلالت می کند مثل سرقت یک چیز کوچک همچون پیاز یا کسر دانه ای از روی عمد.

دوم: انجام بعضی از چیزهای مباح که کرامت و یا هیبت انسان را از بین می برد و باعث سبکی می شود، مثل زیاد شوخی کردن مفهوم.

در مجموع از گفته های فقهاء در مورد شرط بودن عدالت قاضی معلوم می شود که 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

۱- عسقلانی، أحمد بن علی بن محمد ابن حجر(ت : ۸۵۲هـ) نزهة النظر في توضیح نخبة الفكر ، مطبعة سفير رياض (۱۴۲۲هـ) ص ۲۹

۲- ماوردی، الاحکام السلطانية، همان ج ۱ ص ۱۱۰

۳- ذهبی، ابو عبدالله ذهبی، مفهوم عدالة الصحابة، المكتبة الشاملة، اصدار ۳،۳۲ ص ۲۶

مسئولیت قضاء برای وی سپرده نمی‌شود، خداوند -جل جلاله- می‌فرماید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾^۱

ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اگر شخص فاسق خبری را به شما رسانید درباره آن تحقیق کنید، مبدا 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 می‌آورد 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. و همچنان فاسق نمی‌تواند شاهد و گواه قرار گیرد، از این بالاتر هم بالای منصب قضاء هم گماشته نمی‌شود لیکن نزد احناف عدالت شرط قضاء نیست بلکه شرط کمال می‌باشد شخص فاسق هم میتواند وظیفه قضاء را انجام دهد بشرطیکه از حدود شریعت اسلام تجاوز ننماید.^۲

البته باید گفت که این شرط اتفافی نیست و فقهای احناف قضاوت فاسق را که فسقش از حدتجاوز نکرده باشد جایز می‌دانند چنانچه در «درر الحکام» می‌نویسد: «أَمَّا الْعَدَالَةُ وَعَدَمُ الْفِسْقِ فَلَيْسَتْ مِنْ شُرُوطِ الْقَضَاءِ ، وَقَدْ قَالَ أَكْثَرُ عُلَمَاءِ عُلَمَاءِ الْأَحْنَفِيَّةِ بِجَوَازِ قَضَاءِ الْفَاسِقِ وَلِذَلِكَ فَحُكْمُ الْقَاضِي الْفَاسِقِ إِذَا لَمْ يَتَجَاوَزْ الْحَدَّ الشَّرْعِيَّ يَكُونُ نَافِذًا»^۳

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.

مطلب پنجم: حکم تعیین کردن فاسق به حیث قاضی از دیدگاه فقه اسلامی

فاسق از فسق گرفته شده است و 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 می‌گویند: «فسقت الرطبة ای خرجت من قشرها» یعنی خرما از پوستش بیرون شد. و فسق در اصطلاح عبارت از چیزی است که سبب ارتکاب کبائر و محرمات اتفافی میشود و یا هر آن چه که به عقیده مکلف حرام است اما به علت پیروی از خواهشات آن را مرتکب می‌شود و یا بر گناه صغیره اصرار

۱- سوره الحجرات آیه ۶

۲- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، طبع ۱۴، دار الفكر - سوریه - دمشق، ج ۶ ص ۴۸۲

۳- علي حيدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، تحقيق تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان / بيروت ج ۴ ص ۵۳۰

۴- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية سال: ۲۰۰۴ ج ۱ / ۱۱۴.

کند.^۱

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 فقهای^۲ 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 فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلٰى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾^۳

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 می آورد 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 می شود که قول فاسق قابل قبول نیست پس چگونه حکمش قابل قبول باشد.

همچنان برخی فقها استدلال کرده اند که شهادت شخص فاسق قبول نمی شود پس قضاوتش به طریق اولی باید قبول نشود^۴

قول دوم: علمای احناف و در یک روایت علمای مذهب امام احمد بن حنبل^۵ - رحمه الله - می گویند: تعیین فاسق به حیث قاضی جایز است چنانچه علامه کاسانی^۶ در «بدائع الصنائع» می نویسد: «**وَكَمَا الْعَدَالَةُ عِنْدَنَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِحُجُوزِ التَّقْلِيدِ لَكِنَّهَا شَرْطُ الْكَمَالِ فَيَجُوزُ تَقْلِيدُ الْفَاسِقِ وَتَنْفُذُ قَضَايَاهُ إِذَا لَمْ يُجَاوِزْ فِيهَا حَدَّ الشَّرْعِ**»^۷

۱- ابن نجیم، زین الدین حنفی، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دارالکتب العلمیة- بیروت، ط: ۱۹۹۷. ج ۶ صفحه ۲۸۴.

۲- فیومی، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، مکتبه، علمیة بیروت، لبنان ص ۲۸۱

۳- سوره الحجرات آیه ۳

۴- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت، ج ۱۰ ص ۹۳

۵- ابن قدامه، همان ج ۱۰ ص ۹۳

۶- کاسانی: علاء الدین ابوبکر بن مسعود بن احمد از دانشمندان بزرگ حنفی در دمشق بود و ملقب به «ملک العلماء» گردید. نزد علاء الدین 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 ۵۸۷ هـ ق وفات یافت. طاش کبری زاده، مفتاح السعاده و مصباح السیاده، ج ۲، ص ۲۴۷

۷- کاسانی، علاء الدین، (ت ۵۷۸) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتب العربی، بیروت، چاپ دوم ۱۹۸۲ ج ۷ ص ۳

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 می گویند سپردن منصب قضاء به فاسق جایز است قرار ذیل است:

۱- 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 أَمْرَاءُ فَتَعْرِفُونَ وَتُنْكِرُونَ فَمَنْ كَرِهَ فَقَدْ بَرِيَءٌ وَمَنْ أَنْكَرَ فَقَدْ سَلِمَ، وَلَكِنْ مَنْ رَضِيَ وَتَابَعَ»** قالوا: يا رسول الله ألا نقاتلهم؟ قال: «لا، ما أقاموا فيكم الصلاة»^۱

ترجمه: از اُمّ المؤمنین اُمّ سلمة هند بنت ابي اُمیة حذیفة رضی الله عنها روایت است که پیامبر- صلی الله علیه وسلم- گفته است: به زودی حاکمانی بر بالای شما تعیین می شوند که نماز را از وقت اصلی اش تاخیر 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 مرغینانی^۲ در هدایه می نویسد: «**كل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء،**

۱- قشیری، مسلم بن حجاج نیشاپوری، دار ابي حیان، مصر، چاپ اول، ۱۹۹۵. باب وجوب الإنكار على الأمراء فيما يخالف الشرع وترك قتالهم ما صلوا ونحو ذلك، حدیث شماره ۵۳۴

۲- مرغینانی: علی بن ابي بكر بن عبد الجليل، فرغانی، مرغینانی، أبو الحسن برهان الدین در سال: ۵۳۰ هـ مطابق به سال: ۱۱۳۵ میلادی بدینا آمده است، حافظ، مفسران، محقق، ادیب و از جمله مجتهدین و اکابر فقهای مذهب امام ابوحنیفه -رحمه الله- رحمه الله علیه می باشد، و تصانیف بیشماری به امت به میراث گذاشته است، او وبالأخره در سال: ۵۹۳ هـ مطابق به سال: ۱۱۹۷ میلادی از دارفانی را ترک گفت -برای مزید تفصیل: الاعلام للزرکلی ج ۴/ص ۲۶۶.

والفاسق أهل للقضاء»^۱

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.

مطلب ششم: شرط بودن عدالت در قانون

در قوانین افغانستان در مورد عدالت قاضی و عدم محکوم بودن او حین انسلاک وظیفه قضاء سخن گفته شده است چنانچه 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.

همچنان در مورد عدالت قضات مقررۀ طرز سلوک قضات ماده ۱۵ چنین صراحت دارد: «غیر جانبدار 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، فرقی، لسانی، مذهبی و سیلوقی 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».

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»^۲

قانون افغانستان به هدف تضمین عدالت قضائی، امور ذیل را مقرر داشته است:

اول: عدم عضویت در احزاب و جمعیت ها: «چیز ویژه ای که در قانون تصریح شده و می توانیم بگوییم که از موانع صحت قضائی شمرده می شود مسئله عضویت قاضی در احزاب و جمعیت های رسمی کشور است چنانچه در قانون تشکیل صلاحیت های محاکم می نویسد: «قضات در

۱- مرغینانی، الهدایة شرح البدایة، دار الفکر - بیروت، ج ۳ ص ۱۰۱
۲- ماده ۱۷۹۹ مجله الاحکام العدلیة.

مدت تصدی و وظیفه نمی توانند در احزاب سیاسی عضویت داشته باشند»^۱

همچنان در مقررہ طرز سلوک قضائی آمدہ است: «قاضی مانند سایر شهروندان از تمام حقوق اساسی و مدنی برخوردار است. مگر نمی تواند در دوران تصدی و وظیفه، عضویت حزب سیاسی را داشته و یا بہ نفع حزب سیاسی بہ شکل سری و یا علنی فعالیت کند و یا بصورت مستقیم و یا غیر مستقیم بہ یکی از احزاب سیاسی مساعدت مادی و یا معنوی نماید»^۲.

دوم: عدم اشتغال بہ وظایف دیگر: همچنان در قانون محاکم افغانستان اشتغال بہ وظیفه دیگر از موانع قضاء گفته شدہ است چنانچہ در قانون تشکیل صلاحیت های محاکم می نویسد: «قضات نمی توانند در مدت تصدی و وظیفه قضاء بہ مشاغل دیگری اشتغال ورزند. تدریس در برنامه های آموزش قضائی از این حکم مستثنی است»^۳.

در نتیجہ معلوم می گردد کہ قانون قاضی را بہ عدالت و عدم جانبداری از یک طرف قضیہ تشویق کردہ است اما راجع بہ این کہ آیا عدالت شرط صحت و تطبیق حکم قضائی است یا نہ؟ چیزی تصریح نہ کردہ است.

مطلب ہفتم: شرط مذکر بودن در فقہ اسلامی

شرط مذکر بودن قاضی از جملہ شرایط اختلافی است، مذکر بودن قاضی نزد جمہور علماء شرط است و منصب قضاء از دیدگاہ علماء برای زن جایز نیست و می گویند مسئولیت های سیاسی و اداری عمومی مانند امامت و رہبری، ریاست جمہوری، مقام قاضی القضاة، نیروهای امنیتی، انتظامی و فرماندہی نظامی برای خانمہا مناسب نیست و این بہ معنی بیکفایتی و ناتوانی آنها نیست، بلکہ بہ خاطر سنگین و پر حجم بودن بار مشکلات و مسئولیت های ناشی از آن مقام و موقعیت ہا است، زیرا گاہی برخی از زنان ممکن است کہ از بسیاری از مردان در ادای ہرچہ بہتر آن مسئولیت ہا موفق تر بودہ باشند و نمونہ هایی ہم در گذشتہ و در عصر حاضر وجود داشتہ و دارد، اما معمولاً موارد نادر و کم، مبنای اصل و قاعدہ قرار نمیگیرند و این رأی مورد تأیید اکثریت ائمہ مذاہب و فقہاست.

اما بر خلاف جمہور، فقہای احناف می گویند: قضاء زن بغیر از حدود و قصاص جایز است بدین

۱- وزارت عدلیہ، رسمی جریدہ، قانون تشکیل صلاحیت محاکم، شمارہ مسلسل ۱۱۰۹، تاریخ ۱۳۹۲/۹/۴ مادہ بیستم.

۲- وزارت عدلیہ، مقررہ های مربوط سترہ محکمہ جمہوری اسلامی افغانستان تاریخ نشر: (حوت سال ۵۸۳۱ ہ ش) نمبر مسلسل: ۵۱۱ مادہ نہم

۳- وزارت عدلیہ، رسمی جریدہ، قانون تشکیل صلاحیت محاکم، شمارہ مسلسل ۱۱۰۹، تاریخ ۱۳۹۲/۹/۴ مادہ بیست و یکم

معنی که زن میتواند امور مدنی قاضی باشد به استثنای امور جزایی، چرا که در امور مدنی شهادت وجود دارد و شهادت زن جواز دارد و می تواند همچنان قاضی باشد اما در امورات جزایی شهادت برای زن ها وجود ندارد و این یک امر معلوم است که اهلیت قضاء اهلیت شهادت را لازم می سازد.

اما ابن جریر طبری -رحمه الله- می گوید: جواز دارد که زن مطلقاً حاکم باشد در تمام امور. و قتیکه یک زن می تواند مفتی باشد جواز دارد که قاضی هم باشد.^۱

شرح دیدگاه فقهاء در مورد قضاوت زن و دلایل آنان

قسمی که قبلاً مطرح شد 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، اصل، 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 طور مطلق و این نظر جمهور فقهاء از جمله مالکی ها، شوافع و حنابله است.^۲

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 باشد.^۳

نظر سوم: جواز سپردن منصب قضاء به زنان به طور مطلق و این نظر ابن جریر طبری^۴ و ابن حزم^۵ ظاهری -رحمهم الله- است.^۶

دلایل مخالفان قضاوت زنان: فقهایی که قائل به عدم جواز قضاوت زنان می باشند، برای اثبات

۱- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، طبع ۱۴، دار الفكر - سوریه - دمشق، ج ۶ ص ۴۸۲

۲- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، قرطبي (المتوفى: ۵۹۵هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ج ۲ ص ۴۶۰.

۳- کاسانی، علاء الدین، (ت ۵۷۸) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتب العربی، بیروت، چاپ دوم ۱۹۸۲ ج ۷ ص ۳.

۴- ابن جریر طبری: محمد بن جریر بن یزید (۲۲۴-۳۱۰هـ = ۸۳۹-۹۲۳م) 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- ۶/۶۹

۵- 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 می کرد و قیاس را مردود می دانست. از مشهورترین کتاب هایش می توان به المحلی، الاحکام فی اصول الاحکام، الفصل فی الملل و الاهواء و النحل و طوق الحمامه اشاره کرد. در سال ۴۵۶ هـ ق وفات کرد. ذهبی، سیر اعلام النبلاء، ج ۱۸، ص ۱۸۴

۶- قرطبی، محمد بن رشد، (ت ۵۹۵) بدایة المجتهد ونهایة المقتصد، دارالمعرفة، بیروت، طبع هشتم، سال ۱۹۸۹ ج. ص

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 قرآن کریم

۱- الله متعال می‌فرماید: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ

أَمْوَالِهِمْ﴾^۱

۲- 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.

امام ماوردی-رحمه الله- از فقهای شافعی اولین کسی است که در مورد عدم جواز قضاء زنان از این آیه استناد نموده است.^۲

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.^۳

از تحلیلات تفسیری دانسته می‌شود 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.

۱- سوره النساء، آیه ۳۴.

۲- ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبیب البصری البغدادی، الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة، قاهره، ۱۳۸۰ صفحه ۶۵

۳- دمشقی، ابن کثیر، تفسیر القرآن العظیم، دارالمعرفة، بیروت ۱۴۰۳ هـ، ج ۱، ص ۴۹۱

- دامنه شمول آیه گسترده بوده و تمام مردان و زنان را حتی اگر رابطه زوجیتی بین آنها برقرار نباشد، در بر می‌گیرد.

۳- الله متعال در قرآن کریم می‌فرماید:

﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ وَآتِينَ الزَّكَاةَ وَأَطِعْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا﴾^۱

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 نمایید. 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.

۴- الله -جل جلاله- می‌فرماید: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ

حَكِيمٌ^۲

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 شایسته‌ای 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

۱- سوره النساء آیه ۳۳

۲- سوره البقره آیه ۲۲۸.

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

۵- الله متعال در قرآن کریم می‌گوید:

﴿أَوَمَنْ يُنَشَأُ فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾^۱

ترجمه: آیا کسی را که در لابلاي زینت و زیور پرورش می‌یابد، و به هنگام گفتگو و کشمکش نمی‌تواند مقصود خود را خوب و آشکار بیان و اثبات کند؟ (فرزند خدا می‌دانید؟)

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

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

۲- 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:

۱- **عن أبي بكر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»**^۲

ترجمه: 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

۱- سوره الزخرف آیه ۱۸

۲- بخاری، صحیح البخاری، بابُ كِتَابِ النَّبِيِّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- إِلَى كِسْرَى وَقَيْصَرَ، حدیث شماره ۶۶۸۶

که سبب عدم فلاح و رستگاری می‌شود، پرهیز نمایند.

۲- عن ابن بريدة عن عن النبي صلى الله عليه وسلم «القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان 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»^۱

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

وجه استدلال: از این حدیث به صراحت معلوم می‌شود که قاضی مرد است چون لفظ رجل در آن آمده است اگر قضاوت زن جایز می‌بود حد اقل یک بار هم ذکر می‌شد در این حدیث.

ج: دلیل اجماع: اجماع یکی از منابع استنباط حکم شرعی محسوب می‌شود و به معنی اتفاق نظر فقهی بر یک حکم شرعی می‌باشد. فقهای اسلام اجماع را در ردیف سنت و عقل قرار داده‌اند.

به نظر می‌رسد مهم‌ترین و عمده‌ترین دلیل بر شرط ذکورت اجماع باشد چون سپردن قضاوت به زنان نه از رسول الله علیه وسلم ثابت است و نه از خلفای راشدین و ثابت نیست که زنان بر مسند امارت و قضاوت تعیین شده باشند.^۲

د: دلیل عقلی: کسانی که مخالف نشستن زنان بر مسند قضا هستند می‌گویند قاضی در محافل دشمنان و مردان باید حاضر شود، که این امر نیازمند تکمیل رای، اتمام عقل و زیرکی است در حالی که زن عقلش ناقص است، رای ثابتی ندارد، و در نتیجه اهلیت و سزاوار حضور در این محافل را ندارند، و شهادت آنها هم به تنهایی جواز ندارد گر چه هزار زن دیگر هم مثل آنها باشند تا اینکه مردی به همراهی شان نباشد... زنان برای امامت کبری زعامت کشور) صلاحیت ندارند و نه می‌توانند یک بلد را تولیت کنند، از این خاطر حضرت پیامبر هیچ والی زنی نداشته و بعد از آن خلفا هم هیچ زنی را برای تولیت و سرپرستی یک بلد، یا در امور قضاوت انتخاب نکرده‌اند آن چه که به مسلمانان اطلاع داده شده اگر کدام زنی در امور قضاوت یا ولایت انتصاب می‌شد ما

۱- قزوینی، محمد بن زید، (ت ۲۷۵) سنن ابن ماجه، دارالمعرفة، بیروت ۱۹۹۶، کتاب القضاء، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه و سلم في القاضي، شماره حدیث: ۱۳۲۲ (البانی این حدیث را در ارواء الغلیل، ج ۸ ص ۳۵۳ صحیح گفته است. سیوطی نیز در الجامع الصغیر، گفته است این حدیث صحیح است. سیوطی، الجامع الصغیر، ج ۲ ص ۱۵۲)

۲- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت، ج ۱۱ ص ۳۸۰

اطلاع پیدا می کردیم.^۱

دلیل مذهب دوم: قیاس: کسانی که طرفدار جواز قضاوت زنان هستند به قیاس استدلال می کنند به این شرح که زن از اهل شهادت است و مطابق تصریحات فقهاء هرکسی که اهل شهادت بود اهل قضاوت نیز هست به این اساس زنان می توانند در هر قضیه ای که شهادت شان جایز است قضاوت نیز بکنند اما در قضایایی که شهادت شان درست نیست مثلاً مسایل حدود و قصاص در این صورت قضاوت شان نیست چون اهلیت قضاء مستلزم اهلیت شهادت است.^۲

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

۱- روایتی که در آن عمر بن الخطاب رضي الله عنه شفاء بنت عبد الله عدوی^۳ که از زنان مشهور قومش بود به اداره امور بازار گماشت^۴

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.

۲- **قیاس:** همچنان کسانی که می گویند قضاوت زنان مطلقاً 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؛

۱- ابن قدامه حنبلی، عبدالله بن احمد - المغنی - مصر: مکتبة القاهرة ۱۳۸۸ قمری ج ۱، ص ۳۶،
۲- کاسانی، علاء الدین، (ت ۵۷۸) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ دوم ۱۹۸۲ (۳/۷)
۳- شفاء بنت عبدالله بن عبد شمس بن خلف بن صداد، صحابی جلیل القدر است که بارسول خدا صلی الله علیه وسلم بیعت کرد. أسد الغابة: ابن الأثیر (۱۶۴/۷)
۴- ابن حزم، أبو محمد علی بن أحمد بن سعید بن حزم الأندلسی القرطبی الظاهري المحلي بالأثار، (ت ۴۵۶ هـ)، دار الفکر. بیروت (۷/۴۲۹)

در صدر اسلام نظر به اوضاع آن زمان و برداشت که اجتماع آن روز از زنان داشتند تقرر زنها در مناصب قضا تقریباً یک امر ناممکن به نظر می‌رسید اما حالا نظر به امکانات و فراهم شدن زمینه تحصیل و تعلیمات عالی زنان چنانچه می‌توانند در امور مدنی شهادت دهند همچنان می‌توانند در این امور قضاوت کنند، به همین خاطر است که در قوانین افغانستان هیچ ممانعتی در مورد تعیین جنسیت قاضی وجود ندارد.^۱

مطلب هشتم : دیدگاه قانون در مورد شرط مذکر بودن

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 قضائیه»^۲ 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»^۳ شرایط شش گانه اعضای دادگاه عالیستاره (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 فعلاً در محاکم فامیلی زنان عملاً حضور دارند و مشغول انجام وظیفه هستند.

همچنان قانون تشکیل و صلاحیت محاکم جمهوری اسلامی افغانستان مذکر 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.

قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم جمهوری افغانستان نیز تصریح دارد که اتباع جمهوری افغانستان اعم از ذکرواناث در مقابل قانون و محکمه دارای حقوق مساوی میباشند و اتباع جمهوری افغانستان بدون در نظر داشت تعلقات ملیت، نژاد، لسان، قبیله، جنس، سکونت و اقامت، دین، مذهب، عقیده سیاسی، نسب، دارایی و موقف اجتماعی، حقوق و مکلفیت های مساوی دارند.^۴

مطلب نهم : شرط اجتهاد در فقه

یکی از شرایط مهم قضاوت اجتهاد است، پیش از اینکه در مورد اجتهاد نظریات علما بیان شود،

۱- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه - جریده رسمی ماده پنجاه و هشتم ص ۳۹

۲- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه - جریده رسمی ماده پنجاه و هشتم ص ۳۹

۳- قانون اساسی افغانستان - جریده رسمی شماره ۸۱۸، ماده یک صد و هجدهم، ص ۶۰

۴- قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم جمهوری افغانستان، مصوبه ۱۳۶۷ هجری شمسی، ماده ششم.

تعریف آن بیان می گردد:

الف: معنای لغوی: اجتهاد از جهد گرفته شده و در لغت به معنای حوصله و سختی و تلاش کردن آمده است و اجتهاد در لغت به معنای تمامی توانایی خود را بکار گرفتن، بیرون ریختن تمامی تلاش و توانایی خود است.^۱

اجتهاد در اصطلاح: عبدالقادر عوده^۲ - رحمه الله- اجتهاد را چنین تعریف نموده است: «هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعي، من دليل تفصيلي من الأدلة التي يضعها الشارع للدلالة على الأحكام»^۳ اجتهاد عبارت است از بکارگیری تمامی تلاش و کوشش برای استنباط احکام شرعی از أدلة تفصیلی که شارع آن را برای دلالت بر احکام وضع کرده است.

و جرجانی^۴ - رحمه الله- در مورد اجتهاد می نویسد: « الاجتهاد في اللغة بذل الوسع وفي الاصطلاح استفراغ الفقيه الوسع ليحصل له ظن بحكم شرعي وبذل المجهود في طلب المقصود من جهة الاستدلال»^۵

ترجمه: اجتهاد در لغت به معنای صرف توان و در اصطلاح عبارتست از بکارگیری تمامی تلاش و کوشش توسط فقیه به هدف اینکه برایش علم ظنی به حکم شرعی حاصل شود و خرچ کردن تمام توان در طلب مقصود از ناحیه استدلال.

پس مجتهد بودن قاضی از شرایط صحت حکم قاضی می باشد اما این شرط اتفاقی نیست چون 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

۱- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، انتشارات: دار عالم الکتب، ۱۴۱۷هـ، ۱۹۹۶م. ج ۱ ص ۲۸۳
۲- عبدالقادر عوده، در سال (۱۹۰۶ میلادی در قریه الحاج شربینی از توابع شهر شربین در مصر متولد گردید، عبدالقادر عوده، فقیه نبود، اما علاقه خاص به علوم اسلامی داشت، کتابی را بنام (التشريع الجنائي الإسلامي) یعنی حقوق جنائی اسلام، تألیف نمود که میان فقه اسلامی و حقوق جزای عرفی، الفت خاص را ایجاد کرد، او بعد از تحصیلات بحیث ثارنوال و بعداً بحیث قاضی محکمه ایفای وظیفه مینمود، عوده در سال ۱۹۵۱ میلادی پس از فشارهای زیادی که از سوی شورای انقلابی مصر بالایش وارد گردید، از سمت قضاوت استعفاء داد و به شغل وکالت دفاع پرداخت، به دلیل اعتراضات که اخوان المسلمین نسبت به کودتای جمال عبدالناصر داشتند، دولت ضربه سنگینی به این گروه وارد آورد، سوء قصد ناکام جمال عبدالناصر در سال ۱۹۵۴ میلادی فرصت مناسب را در اختیار دولت کودتاگر قرار میدهد تا اخوان المسلمین را به طراحی این ترور متهم کند، همان است که محکمه نظامی به سرعت تشکیل میشود و ۶ نفر از سران اخوان المسلمین از جمله عبدالقادر عوده به اعدام محکوم میشوند و در هفتم ماه سپتمبر سال ۱۹۵۴ میلادی به دار آویخته شد.

۳- عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دارالکتب العلمیة، بیروت. ج ۱ ص ۲۲۴
۴- جرجانی: علی بن محمد بن علی، معروف به شریف جرجانی فیلسوف، عالم و از جمله کبار علما در زبان عربی، او در سال ۷۴۰ هجری تولد شده و در شیراز درس خواند است، مصنفاً وی در حدود پنجاه عدد می باشد که از آن جمله کتاب «التعريفات» است او در سال ۸۱۶ هجری فوت کرده است. اعلام-زرکلی-ج ۵ ص ۷.

۵- جرجانی، السيد الشريف علی بن محمد، التعريفات، دار إحياء التراث العربي - بيروت ۲۰۰۳م. ج ۱ ص ۲۳

دارد.^۱

اما معلوم است که مجتهد بودن قاضی بهتر و اولی تر است چون هر اندازه که قاضی اجتهاد کند در معرفت و شناخت حق و برای یافتن صواب و درستی تلاش کند، او ثواب و پاداش خویش را دارد، اگر چه حق را نیز در نیافته باشد. چنانچه پیامبر - صلی الله علیه وآله وسلم - گفته است: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران. وان اجتهد فأخطأ فله أجر»^۲

ترجمه: هرگاه قاضی و حاکم تلاش و اجتهاد کرد و حق را دریافت دو اجر دارد و اگر اجتهاد و تلاش کرد و بخطا رفت یک اجر دارد.

اگر خطاکند بدانجهت مزد و اجر دارد، چون اجتهاد او عبادت است و او در طلب حق اجتهاد کرده و زحمت کشیده است، این اجر برای خفاء نیست، بلکه فقط گناه خفاء از او برداشته شده است. و این وقتی است که قاضی از مجتهدان جامع شرایط اجتهاد باشد و از اصول و وجوه قیاس آگاه باشد.

مطلب دهم : دیدگاه فقهاء در مورد مقلد بودن قاضی

تقلید در لغت از قلاده 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 تهدى نحوها»^۳

ترجمه: قلاده عبارت از چیزی است که در گردن انداخته شود برابر است که انسان باشد یا اسپ 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»^۴

ترجمه: تقلید عبارت است از عمل کردن به قول غیر بدون تقاضای دلیل.

فقهاء کرام در مورد سپردن قضاء به مقلد و کسی که مجتهد نباشد سه نظر دارند:

۱- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، طبع ۱۴، دار الفكر - سوریه - دمشق. ج ۶ ص ۴۸۳ - کاسانی، بدائع الصنائع ج ۷ ص ۳

۲- نسائی، ابو عبدالرحمن احمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي (ت: ۳۰۳ هـ السنن الكبرى للنسائي، الناشر مؤسسة الرسالة: بيروت، كتاب القضاء، باب الإصابة في الحكم، شماره حدیث: ۵۳۸۱ (البانی این حدیث را در «صحیح ابن ماجه» ج ۲ ص ۳۴ صحیح گفته است.)

۳- ابن منظور، همان، لسان العرب ج ۱/ ۳۶۶

۴- شوکانی، محمد بن علی، ارشاد الفحول، دمشق: دارالکتب العربی، ۱۴۱۹ هـ ق، ج ۲ ص ۲۶۵

مذهب اول: عدم جواز سپردن منصب قضاوت برای مقلد و این مذهب جمهور فقهاء^۱ و بعضی علمای احناف است.^۲

مذهب دوم: جواز سپردن منصب قضاوت به مقلد و این مذهب جمهور فقهای حنفی و بعضی علمای مالکی است.^۳

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.^۴

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

۱- الله متعال در قرآن کریم می فرماید: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾^۵

ترجمه: و به تو ای پیغمبر فرمان می‌دهیم 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 تدبیر و اجتهاد نماید و این کار را جزء مجتهد کسی دیگر کرده نمی‌تواند بناءً غیر مجتهد چون توان اجتهاد و استنباط حکم از ما انزل الله را ندارد بناءً سپردن منصب قضاء به او جایز نیست.

۲- آیه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ

إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^۶

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده‌اید! از خدا با پیروی از قرآن و از پیغمبر خدا محمد مصطفی با تمسک به سنت او (اطاعت کنید، و از کارداران و فرماندهان مسلمان خود فرمانبرداری نمائید مادام که دادگر و حَقِّگرا بوده و مجری احکام شریعت اسلام باشند و اگر در چیزی اختلاف داشتید

۱- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، قرطبي (المتوفى: ۵۹۵هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي ج ۲ ص ۶۰

۲- کاسانی، علاء الدین، (ت ۵۷۸) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ دوم ۱۹۸۲ (۴/۷)

۳- مرغینانی، الهدایة شرح البدایة، ج ۳ صفحه ۱۰

۴- مرغینانی، الهدایة شرح البدایة، ج ۳ صفحه ۱۰

۵- سوره المائدة آیه ۴۹

۶- سوره النساء آیه ۵۹

و در امری از امور کشمکش پیدا کردید آن را به خدا با عرضه به قرآن و پیغمبر او با رجوع به سنت نبوی 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.

۳- **عن ابن بريدة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم «القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان 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»^۱**

ترجمه: از پسر 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.

فقهای 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 است.^۲

دلایل مذهب دوم: علمای احناف که می گویند تقلید شرط صحت حکم قاضی نمی شود به سنت و عقل استدلال کرده اند به این شرح:

۱- **عن علي - رضي الله عنه - قال: «بعثني رسول الله إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت: تنفذني**

۱- قزوینی، محمد بن زید، (ت ۲۷۵) سنن ابن ماجه، دارالمعرفة، بیروت ۱۹۹۶، کتاب القضاء، باب ما جاء عن رسول الله صلی الله علیه و سلم في القاضي، شماره حدیث: ۱۳۲۲ (البانی این حدیث را در ارواء الغلیل، ج ۸ ص ۳۵۳ صحیح گفته است. سیوطی نیز در الجامع الصغیر، گفته است این حدیث صحیح است. سیوطی، الجامع الصغیر، ج ۲ ص ۱۵۲)

۲- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ۱۴۰۵. دار الفكر - بيروت، ج ۱۱ ص ۳۸۲

إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال إن الله سيهدي لسانك ويثبت قلبك (فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك)^۱

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.

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.

۱- 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 فتوهای علمای حقیقت را پیدا کند و مطابق آن فیصله کند.^۲

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 نداشت از جهت این که مصالح مردم معطل نشود سپردن قضاء به قاضی مقلد جایز است چون ضرورت مردم به آن حل می شود.^۳

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 عقلا 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

۱- سجستانی، سنن ابی داوود، ج ۳ ص ۳۰۱، کتاب القضاء، باب کَيْفَ الْقَضَاءِ، حدیث شماره ۳۵۸۲ (البانی این حدیث را در ارواء الغلیل، ج ۸ ص ۳۳۶ صحیح گفته است همچنان این حبان گفته است: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشُّيْخَيْنِ» حاکم، المستدرک، ج ۵ ص ۵۳۲
۲- دسوقی، محمد عرفه الدسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، تحقیق محمد علیش، دار الفکر، بیروت، ج ۴ ص ۱۲۹
۳- کاسانی، همان ج ۷ ص ۴

فراگرفتن حکم و فتواست.

پس معلوم می گردد مقلدی که فتوای مجتهد جامع شرایط را به خوبی می داند و دیگر شرایط یک قاضی شرع را نیز داراست می تواند قضاوت کند و این نوع تقلید شرط صحت حکم قاضی نمی شود. چنانچه در «تبصرة الحکام» می نویسد: «وَأَمَّا عَصْرُنَا هَذَا فَإِنَّهُ لَا يُوجَدُ فِي الْإِقْلِيمِ الْوَاسِعِ الْعَظِيمِ مُفْتً نَظَارًا قَدْ حَصَلَ أَلَهُ الْإِجْتِهَادِ، فَالْمَنْعُ مِنْ وِلَايَةِ الْمُقَلَّدِ الْقَضَاءَ فِي هَذَا الزَّمَانِ تَعْطِيلٌ لِلْأَحْكَامِ ، وَإِيقَاعٌ فِي الْهَرْجِ وَالْفِتَنِ وَالنِّزَاعِ»^۱

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.

مطلب یازدهم : دیدگاه قانون در مورد شرط اجتهاد

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

۱ - داشتن سند تحصیلی لیسانس شریعت 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 نمی تواند من حیث قاضی ایفای وظیفه نماید. چنانچه قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۴۹۸ در مورد تصریح میدارد: «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

^۱ - ابن فرحون، برهان الدین ابراهیم بن علی بن ابی القاسم، تبصرة الحکام فی اصول الأفضیه و مناهج الأحکام، مکتبه الکلیات الأزهریه - قاهره ۱۹۸۶م. ج ۱ ص ۵۱

فقهی و اصول محاکمه اقتدار داشته باشد»^۱

هرچند در قانون شرط اجتهاد وجود ندارد اما در قانون برای قاضی صلاحیت داده شده و پیروی از مقامات بالاتر نیز محدود و مشروط گردانیده شده است؛ چنانچه در مقررہ سلوک قضائی آمده است: «قاضی باید اوامر و دستاویز مقامات بالایی قضا را در حدودی متابعت نماید که با استقلال و بی طرفی او در تعارض واقع نشده و وی را در اجرای قضاوت بی طرفانه و عادلانه تحت تاثیر قرار ندهد»^۲.

شرح: به اساس ماده ۱۱۶ قانون اساسی افغانستان، ستره محکمه عالیترین ارگان قضائی بوده و ریاست قوه قضائیه را که طبق مفاد قانون، متشکل از محاکم ابتدائیه، محاکم استیناف و تمییز میگردد، بدوش دارد. ستره محکمه مسئول اداره امور قوه قضائیه میباشد. قضات، در هر سطحی که قرار دارند، باید از مقررات اداری، اوامر و هدایاتیکه بخاطر پیشبرد بهتر امور محاکم اتخاذ میشود، اطاعت و پیروی نمایند. در عین حال، چنانچه در ماده ۴ این مقررہ بیان گردیده است: «قاضی در ارتباط به قضیه مشخصی که قرار است در مورد آن فیصله خود را صادر نماید، نباید تحت نفوذ قضات دیگر، چه اینک آنها همکاران وی باشند یا رئیس محکمه باشد یا قضاتی باشند که در محکمه در سطح بالاتر قرار داشته باشند، باشد. مثلاً رئیس یک محکمه نمیتواند به قاضی همان محکمه امر کند یا هدایت بدهد که قضیه از قضایا را به نحو مشخصی که او میخواهد، فیصله کند. اصدار همچو امر یا هدایت تخطی واضح از ماده پنجم این مقررہ خواهد بود».

مطلب دوازدهم : شرط اهلیت داشتن در فقه اسلامی

اهلیت در اصطلاح فقهاء عبارت است از « صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه»^۳

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

۱- مجلة الاحكام العدلیة ماده ۱۷۹۳

۲- مقررہ سلوک قضائی، ماده هفتم.

۳- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دار الفکر - سوریه - دمشق، جلد ۸ ص ۸۰

ذکر شده در مورد خودشان نافذ نیست پس در حق دیگران نیز منعقد و اجرا نمی شود.^۱

دلایل شرط بودن اهلیت بر صحت حکم قاضی: 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**»^۲

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 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 تنها 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 السلطانية» داشتن اهلیت کافی را شرط اتفافی دانسته و چنین می نویسد: «**وَالشَّرْطُ الثَّانِي وَهُوَ مُجْمَعٌ عَلَى اعْتِبَارِهِ وَلَا يُكْتَفَى فِيهِ بِالْعَقْلِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّكْلِيفُ مِنْ عِلْمِهِ بِالْمُدْرَكَاتِ الضَّرُورِيَّةِ حَتَّى يَكُونَ صَحِيحَ التَّمْيِيزِ جَيِّدِ الْفِطْنَةِ بَعِيدًا عَنِ السَّهْوِ وَالْعَفْلَةِ يَتَوَصَّلُ بِذَكَائِهِ إِلَى إِضْحَاحِ مَا أَشْكَلَ وَفَصَلَ مَا أَعْضَلَ**»^۳

۱- ابن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد، قرطبي (المتوفى: ۵۹۵هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي ج ۲ ص ۶۱
۲- سجستانی، سنن ابی داود، ج ۳ ص ۳۰۱، کتاب الحدود، باب فی المَجْنُونِ يَسْرِقُ أَوْ يُصِيبُ حَدًّا، حدیث شماره ۳۵۸۲ (البانی این حدیث را در ارواء الغلیل، ج ۲ ص ۴ صحیح گفته است اما هیثمی می گوید: وفيه عبد العزيز بن عبيد الله بن حمزة وهو ضعيف». هیثمی، حافظ نور الدین علی بن ابی بکر الهیثمی المتوفى سنة ۸۰۷. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الفكر، بیروت، طبعة ۱۴۱۲ هـ، الموافق ۱۹۹۲ میلادی) ج ۶ ص ۲۷۱

۳- ماوردی، ابو الحسن علی بن محمد بن حبيب البصرى البغدادي، الاحکام السلطانية و الولايات الدينية، قاهره ج ۱ ص ۱۰۹

یعنی شرط دوم برای صحت حکم قضائی که شرط اتفافی 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 هر چیز مشکل را توضیح کند و هر قضیه سخت را فیصله نماید.

مطلب سیزدهم : دیدگاه قانون در مورد شرط اهلیت

در قانون تشکیل صلاحیت های محاکم، داشتن اهلیت از شرایط قاضی و صحت حکم آن 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»^۱

مطلب چهاردهم : شرط سالم بودن در فقه اسلامی

مقصود از سالم بودن 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 فقهای 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.^۲

اما اگر یک نفر تنها یکی از اعضای فوق الذکر را از دست داشته 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 شرط صحت حکم قاضی می شود یا خیر؟ در این مورد فقهای کرام اختلاف کرده اند که در ذیل این اختلاف را بیان می کنیم:

۱- امام شافعی-رحمه الله-هرچند 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

^۱ - وزارت عدلیه، رسمی جریده، قانون تشکیل صلاحیت محاکم، شماره مسلسل ۱۱۰۹، تاریخ ۹/۴/۱۳۹۲ ماده چهارم، فقره سوم.
^۲ - ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۶ ص ۲۸۰، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۴۶۰، شریبئی، مغنی المحتاج ج ۴ ص ۳۷۵

شود، جایز می پندارد^۱.

۲- احناف قضاوت شخص نابینا را باطل می دانند چنانچه در «درر الحکام» می نویسند: «إِذَا

حَكَمَ قَاضٍ مُدَّةً ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهٗ أَعْمَى أَوْ عَبْدٌ تَبَطَّلَ الْأَحْكَامَ الَّتِي حَكَمَهَا ; لِأَنَّهُ كَمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ

هُوْلَاءٍ لَا يُقْبَلُ قَضَاؤُهُمْ»^۲

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.

۳- بعض علمای مذهب امام شافعی-رحمه الله-و بعض علمای مذهب امام احمد بن حنبل قضاوت

شخص اعمی و نابینا را جایز می گویند^۳ و به این حدیث استدلال می کنند: عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ

اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ اسْتَخْلَفَ ابْنَ أُمِّ مَكْتُومٍ يَوْمَ النَّاسِ وَهُوَ أَعْمَى»^۴

ترجمه: از انس -رضي الله عنه- 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 بود^۵.

اما جمهور فقهاء از این استدلال چنین پاسخ می دهند:

۱- 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.

۱- نووي، أبو زكريا محبي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٤ م. ج ١١ ص ٩٦

۲- علي حيدر - فهمي الحسيني، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، بيروت-طبع اول ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م. ج ٤ ص ٥٣٠

۳- درر الحکام ، همان، ج ٤ ص ٥٣٠

۴- سجستانی، سنن ابی داود، بیروت ج ٣ ص ٣٠١، کتاب الصلوة، باب إِمَامَةِ الْأَعْمَى، حدیث شماره ٣٥٨٢ (البانی این حدیث را در ارواء الغلیل، ج ٢ ص ٣١١ صحیح گفته است)

۵- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت ج ١١ ص ٣٨٠

۲- 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.

۳- این حکم منسوخ است.

۴- نا بینا بودن حضرت شعیب - علیه السلام- به سند صحیح ثابت نیست.

بناءً با در نظر داشت دلایل جمهور و جواب از استدلال امام شافعی-رحمه الله-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 پانزدهم : دیدگاه قانون در مورد شرط سالم بودن

در قوانین افغانستان راجع به شرط سالم بودن 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.

مطلب شانزدهم : مقایسه شرایط متعلق به شخص قاضی از دیدگاه فقه و قانون

به اساس تفصیل موضوع شرایط صحت حکم قاضی در روشنی احکام فقهی و همچنان اشارات مرتبط به این موضوع در قوانین می توانیم این موضوع را چنین مقایسه نماییم:

۱- در مجموع موضوع شرایط صحت حکم قاضی در کتب فقه و همچنان در قوانین موضوعه افغانستان به شکل مستقل بحث نه شده است بلکه این موضوع هم در فقه و هم در قانون به شکل ضمنی بحث شده است.

۲- شرایط صحت حکم قاضی متعلق به شخص قاضی در فقه از شروطی که فقهاء برای نصب قاضی تعیین کرده اند دانسته می شود و این شرایط در قانون از اشاراتی که راجع به انسلاک قضات آمده است فهمیده می شود.

۳- شرایط صحت حکم قاضی در فقه به شکل تفصیلی بحث شده است اما در قانون بسیار فشرده و کوتاه می باشد.

۴- اسلام در فقه به اتفاق تمام فقهاء از شرایط 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.

۵- در فقه به اساس دیدگاه جمهور فقهاء عدالت شرط صحت حکم قاضی می شود و در قانون نیز عدم محکومیت به جرم جنایت یا جنحة عمدی به حکم محکمه 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، از این معلوم می شود که قانون دیدگاه جمهور فقهاء را معتبر دانسته است، هر چند 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.

۶- دیدگاه فقه در مورد شرط ذکوریت 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 ذکوریت شرط نیست؛ اما در قانون هیچ شرطی 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»^۱ ذکر کرده از جمله شش شرطی که در این قانون ذکر شده هیچ ممانعتی برای انتصاب قاضی زن وجود ندارد.

۷- نظر جمهور فقهاء در مورد اجتهاد این گفته شده است که شرط صحت قضاء است و باید قاضی مجتهد باشد اما دیدگاه احناف این بود که اجتهاد شرط صحت حکم قاضی نیست بلکه شرط تکمیلی است و این دیدگاه راجح فقهی بود، در قانون نیز تصریحی در مورد مانع بودن تقلید و شرط اجتهاد وجود ندارد اما راجع به داشتن علم و معلومات کافی تاکید شده است و معلوم می شود که قانون دیدگاه احناف را ترجیح داده است.

۸- در فقه عدم عضویت در احزاب و جمعیت ها از شرایط 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.

۹- 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.

۱- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه - جریده رسمی ماده پنجاه و هشتم ص ۳۹

مبحث دوم: شرایط تکمیلی متعلق به صفات و آداب قاضی

برخی از شرایط قاضی شرط صحت نه بلکه شرایط تکمیلی و جواز هستند که داشتن آن شان قاضی را برجسته و بزرگ می سازد، مانند داشتن اخلاق والا، پرهیز از خشم و غضب، چنانچه در مجلة الاحکام العدلیة می نویسد: « یُنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي حَكِيمًا فَهِيمًا مُسْتَقِيمًا , وَأَمِينًا مَكِينًا مَتِينًا »^۱

ترجمه: مناسب است که قاضی شخص با حکمت، دانا، با استقامت، امانتدار، با تمکین و سنگین باشد.

ابن نجیم^۲ - رحمه الله- در البحر الرائق می نویسد: « وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي فُظًا غَلِيظًا جَبَّارًا عَنِيْدًا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ وَهُوَ إِيصَالُ الْحُقُوقِ إِلَى أَهْلِهَا لَا يَحْصُلُ بِهِ »^۳

ترجمه: قاضی نباید انسان درشت خوی، سخت دل، ستمگر و ستیزه جو باشد زیرا هدف از قضاوت رسانیدن حقوق به صاحبان آن است در صورت وجود این صفات زشت حاصل نمی شود.

همچنان ابن قدامه^۴ - رحمه الله- در «المغنی» می نویسد: «وینبغی أن یکون الحاکم قویا من غیر عنف لئنا من غیر ضعف لا یطمع القوی فی باطله ولا یبأس الضعیف من عدله ویکون حلیمًا متأنیا ذا فطنة ویتقظ صحیح السمع والبصر عالما بلغات أهل ولايته عفیفا ورعا نرها بعیدا من الطمع صدوق اللهجة ذا رأي ومشورة لكلامه لین ولا یکون جبارا ولا عسوفًا فیقطع ذا الحجة عن حجتة»^۵

ترجمه: مناسب است قاضی قوی باشد اما نه درشت خوی، نرم خوی باشد اما نه ضعیف، انسان قوی نتواند در قضیه ناحقش به او طمع کند و انسان ضعیف از عدالت او نا امید نه شود، و باید قاضی بردبار، سنگین، بیدار و شیار باشد، صاحب قوه شنوایی و بینایی باشد، زبان های اهل ولایت و کشورش را بداند، عقیف، پاکدامن و پرهیزگار باشد، از طمع دور باشد، دارای لهجه صادق،

۱- مجلة الاحکام العدلیة، همان، ماده (۱۷۹۲)

۲- ابن نجیم: زین الدین ابن ابراهیم ابن محمد مشهور به ابن نجیم متوفای سال ۹۷۰ هجری موافق با ۱۵۶۳ میلادی فقیه حنفی واز علماء مصر می باشد. تصنیفات زیادی دارد از جمله: الاشباه وانظائر در علم فقه ، البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق در علم فقه ۳ - الرسائل الزینیة ۴ - رساله در مسائل فقهی و ۵ - الفتاوی الزنیه. (زرکلی، الاعلام ج ۳ ص ۶۴).

۳- ابن نجیم، البحر الرائق، جلد ۶ ص ۲۸۷

۴- ابن قدامه: نام کامل وی ابومحمد عبدالله بن احمد بن قدامه مقدسی است. او از هبه الله دقائق، ابن بطی، عبدالقادر گیلانی و دیگران کسب حدیث کرد. قاضی القضاة شمس الدین عبدالرحمن بن ابوعمر، ابن نقطه و... از جمله شاگردان اوست. وی در حدود ۲۸ تالیف دارد؛ از جمله: «البرهان فی مسألة القرآن»، «المغنی»، «الكافی»، «المقنع»، «فضائل عاشوراء»، سرانجام او در سال ۶۲۰ هجری در دمشق وفات یافت و در کنار دامنه کوه قاسیون دفن گردید. ذهی؛ سیر اعلام النبلاء؛ ۱۶/ ۱۶۶-۱۷۱.

۵- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت، ج ۱۱ ص ۳۸۶

صاحب رای و مشوره، صاحب گفتار نرم باشد و انسان ستمگر و ترشروی نباشد که صاحب دلیل و بینة نتواند نزد او دلیلش را بیان کند.

در این مبحث این شرایط مورد طی چند مطلب در روشنی فقه و قانون افغانستان بیان می گردد:

مطلب اول: حلم و اجتناب از غضب از دیدگاه فقه اسلامی

دانشمندان و علمای اسلامی، غضب 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 ناملایمات 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 آنجاکه 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:

علماء را اتفاق بر این است که برای قاضی مناسب نیست که هنگام قضاوت غضب و قهر باشد^۱ چنانچه از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت است: «عن عبد الرحمن بن ابي بكرة قال كتب ابي إلى عبید الله بن ابي بكرة وهو قاض أن لا تحکم بين اثنين وأنت غضبان فإني سمعت رسول الله صلی الله علیه وسلم يقول لا يحکم الحاكم بين اثنين وهو غضبان»^۲

ترجمه: عبدالرحمن بن ابی بکره - رضی الله عنه - 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.

همچنان در فرمان حضرت عمر فاروق رضی الله عنه که به ابو موسی اشعری - رضی الله عنه -

۱- بدائع الصنائع، همان، ج ۷ ص ۹ و بدایة المجتهد، همان، ج ۲ ص ۴۷۴
۲- قشیری، صحیح مسلم، ج ۳ ص ۱۳۴۲ کتاب القضاء، باب کراهة قضاء القاضي وهو غضبان، شماره حدیث ۱۷۱۷

روایت شده که: «ایاک والغضب والقلق والضجر والنادی بالناس والتنکر لهم عند الخصومة فاذا رأیت الخصم يتعمد الظلم فأوجع رأسه و لان القاضی اذا غضب تغیر عقله ولم يستكمل رأیه و فکره»^۱

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 می‌کند.

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 می‌شود یا خیر؟ در این مورد علما اختلاف کرده اند:

اول: جمهور فقهاء^۲ حنفی، مالکی، شافعی و برخی از علمای حنبلی می‌گویند 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 نمی‌شود و قضاوتش در چنین حالت اگر مطابق قانون و شریعت باشد تنفیذ می‌شود.

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 است.^۳

دلیل جمهور: جمهور به این روایت استدلال کرده اند:

« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أختصم إليه الزبير ورجل من الأنصار في شجرة 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 الجدر»^۴

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

۱- زحیلی، د. وهبه الزحیلی، الفقه الإسلامي وأدلته، - دار الفكر دمشق - ط ۳، ۱۴۰۹-۱۹۸۸ م ج ۶ ص ۵۰۵

۲- بداية المجتهد، همان، ج ۲ ص ۴۶۲

۳- ابن قدامه، همان، ج ۴ ص ۴۴۲

۴- قشیری، صحیح مسلم، کتاب الاعتصام، باب وجوب أتباعه صلی الله علیه وسلم، شماره حدیث: ۲۳۵۷

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 دیوارها 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: صاحبان این مذهب به حدیث ذیل استدلال کرده اند:

عن عبد الرحمن بن أبي بكرة-رضی الله عنه- قال: «كتب أبي إلى عبيد الله بن أبي بكرة وهو قاض أن لا تحکم بین اثین وأنت غضبان فإني سمعت رسول الله صلی الله علیه وسلم يقول لا يحکم الحاكم بین اثین وهو غضبان»^۱

ترجمه: عبدالرحمن بن ابی بکره-رضی الله عنه- 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 ظاهراً 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 کردن.

علاوه بر آن فقهای کرام هرچیزی را که قاضی را از تامل، تدبیر 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 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

۱- قشیری، صحیح مسلم، ج ۳ ص ۱۳۴۲ کتاب القضاء، باب کراهة قضاء القاضي وهو غضبان، شماره حدیث ۱۷۱۷

پریشانی است، زیرا به سبب خشم و غضب تغییر در عقل و اخلاق حاصل می‌گردد. و دیگر حالتی 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.^۱

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 هر دو دیدگاه مبنی بر این که حلم و بردباری و پرهیز از خشم و غضب شرط صحت حکم قضایی است، از حدیث استدلال کرده اند و در واقع دلایل هر دو طرف قناعت بخش است و نمی‌شود آن‌ها را نادیده گرفت به همین خاطر فقها در میان این دو مذهب جمع کرده و گفته اند: 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 شرط صحت حکم قضایی می‌شود.

مطلب دوم: تغذیه حلال و پرهیز از رشوت

رشوت در لغت به معنای دوستی کردن و سازش آمده است^۲ و در اصطلاح فقهاء آن را چنین تعریف کرده اند: «**هي ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد**»^۳

ترجمه: رشوه عبارت از چیزی است که یک شخص آن را برای حاکم یا غیر آن می‌دهد تا برایش

۱- عاشور، احمد عیسی، فقه آسان در مذهب امام شافعی، مکتبه شامله اصدار ۳، ۳۲، صفحه ۸۲۳
۲- فیومی، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، مکتبه، علمیه بیروت، لبنان صفحه، ۲۹۹
۳- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دارالمعرفه - بیروت، جلد ۶ ص ۲۸۵

حکم کند یا او را به چیزی و ادار سازد که خودش می خواهد.

جرجانی - رحمه الله - رشوت را در کتاب «التعريفات» چنین تعریف کرده است: «**الرَّشْوَةُ مَا يُعْطَى لِإِبْطَالِ حَقِّ أَوْ لِإِحْقَاقِ بَاطِلٍ**»^۱

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 علماً به حرام بودن رشوت اجماع کرده اند برابر است که رشوت برای قاضی داده شود یا به غیر او و ج اسلام صلی الله علیه وسلم ثابت است:

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

بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكْمِ لِتَأْكُلُوا فَرِيْقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^۲

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 قبلاً در تعریف رشوه گذشت، رشوه به مقصد حق گردانیدن باطل و یا باطل گردانیدن حق داده می شود.

ب: دلایل حرمت رشوت از حدیث

۱- **عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ^۳ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ**

وَسَلَّمَ الرَّأْشِي وَالْمُرْتَشِي»^۴

ترجمه: از عبدالله بن عمرو بن عاص رضي الله عنهما روایت است که رسول خدا صلی الله

۱- جرجانی، السید الشریف علی بن محمد، التعريفات، دار إحياء التراث العربي - بيروت ۲۰۰۳م. ج ۱ ص ۱۴۸

۲- سوره البقره آیه ۱۸۸

۳- عبد الله بن عمرو: نامش عبد الله بن عمرو بن العاص، صحابی پیامبر - صلی الله علیه وسلم- از اهل مکه و قریشی بود که ۷ سال قبل از هجرت تولد شد، او در زمان جاهلیت نیز کتابت می کرد و زبان سریانی را خوب می دانست. قبل از پدر خود به اسلام مشرف شد و از پیامبر - صلی الله علیه وسلم- اجازه خواست تا آنچه را از او می شنود، بنویسد که این اجازه را دریافت نمود. او در جنگ یرموک پس از پدر خود، حامل لوای جنگ شد. او سرانجام در سال ۶۵ هجری وفات کرد. زرکلی، الاعلام ج ۴ ص ۲۳۲

۴- سجستانی، سنن ابی داود، کتاب القضاء، باب فی کراهیة الرِّشْوَةِ حدیث شماره: ۳۵۸۲ (البانی این حدیث را صحیح گفته است. البانی، محمد ناصر الدین، مکتبه المعارف - الرياض، ج ۲ ص ۲۶۱.

علیه وآله وسلم رشوه گیرنده و رشوه دهنده را لعنت کرد.

۲- عن أبي هريرة^۱ رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الرّاشي والمرتشي في الحكم»^۲

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 پرهیز از رشوت شرط صحت حکم قاضی است؟: 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 نیست^۳، آنان برای اثبات دیدگاه خود چنین استدلال کرده اند:

۱- به آیت و احادیثی که قبلاً روایت شدند و به حرمت رشوت دلالت می کنند.

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 اند^۴:

اول: حکم قاضی در قضیه ای که در آن طلب رشوت کرده است تنفیذ نمی شود زیرا قاضی در

۱- ابوهریره: عبدالرحمن بن صخر دوسی، ملقب به ابو هریره، صحابی، و بیشترین احادیث را حفظ و روایت نموده، در زمان جاهلیت یتیم نشأت نمود، و به مدینه منوره آمد زمانیکه رسول الله-صلی الله علیه وسلم- در خیبر بود، در سال ۷ هجری ایمان آورد، ۵۳۷۴ حدیث را روایت نموده، و بیشتر از ۸۰۰ نفر از بین صحابه و تابعین از وی روایت نموده اند. (در اسم او و اسم پدرش اختلاف زیادی است)، در سال ۵۸ هجری وفات نموده، و گفته شده ۵۹، و گفته شده ۵۷. مزی، جمال الدین ابی الحجاج یوسف (تهذیب الکمال) دارالعلم، بیروت، لبنان -، باب الهاء، ۳۶۶/۳۴،

۲- ترمذی، سنن الترمذی، کتاب القضاء، باب ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم. حدیث شماره: ۱۳۳۶ (ترمذی این حدیث را صحیح گفته است. و البانی این حدیث را حسن گفته است. غایة المرام. البانی، محمد ناصر الدین، في تخريج أحاديث الحلال والحرام، المكتب الإسلامي - بیروت، الطبعة: الثالثة - ۱۴۰۵. ج ۱ ص ۲۶۳

۳- دسوقی، محمدعرفه. (ب،ت). حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير. تحقیق: محمد علیش. بیروت. دارالفکر. ج ۴ ص ۱۸۱

۴- ابن نجیم، البحر الرائق، همان، ج ۶ ص ۲۸۵

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 انزال او از منصب قضاوت نمی شود و ولایتش باقی است بناءً قضاوتش قابل تنفیذ است.

سوم: رشوت شرط صحت حکم قاضی 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 بين الناس ثم علم أنه مرتشي ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضايه»^۱

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

مطلب سوم: دیدگاه قانون در مورد رشوت خوری قاضی

در مورد اینکه آیا از دیدگاه قانون، رشوت شرط صحت حکم قاضی است یا خیر؟ در قانون چیز صریح وجود ندارد اما از برخی مواد قانون استنباط می شود که قبول رشوه مانع صحت قضاء می 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»^۲.

همچنان در مقرر طرز سلوک منسوبین اداری قوه قضائیه یکی از مکلفیت های قاضی، عدم قبول یا اعطای هدیه یا هر نوع 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

۱- ابن نجیم، البحر الرائق، همان، ج ۶ ص ۲۸۵
۲- وزارت عدلیه، رسمی جریده، قانون تشکیل صلاحیت محاکم، شماره مسلسل ۱۱۰۹، تاریخ ۱۳۹۲/۹/۴ ماده هشتاد و دوم.

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 کارهایی که 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»^۱.

در شرح این ماده آمده است که قبول هر نوع 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 دیگری که 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^۲.

مطلب چهارم: قضاوت به اساس معلومات شخصی از دیدگاه فقه

مقصود از قضاوت به اساس معلومات شخصی این است که او به ذات خود علم داشته باشد و به حوادث و قضایای خارج از مجلس حکمش معرفت داشته باشد. مثلاً 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

۱- طرز سلوک قضایی برای قضات جمهوری اسلامی افغانستان، مصوبه مؤرخ (۲۹) جوزا ۱۳۸۶ ه.ش، ماده بیستم.
۲- طرز سلوک قضایی برای قضات جمهوری اسلامی افغانستان (۲۹) جوزا ۱۳۸۶ ه.ش، شرح ماده بیستم.

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.^۱

فقهاء در مورد قضاوت قاضی مطابق به اساس معلومات شخصی 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 شرط صحت حکم قاضی نیست اما برخی دیگر از علما حکم کردن 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 در اینجا بیان می داریم:

اول: قول عدم جواز حکم به علم قاضی مطلقاً و دلایل آن: علمای مذهب امام مالک^۲، حنبلی ها، امام شافعی-رحمهم الله- در قول دومش، امام محمد در یک روایت و متاخرین علمای مذهب امام ابوحنیفه می گویند: فیصله کردن قاضی مطابق معلومات شخصی اش را مطلقاً ناجایز می دانند و در این مورد به دلایل ذیل استدلال کرده اند^۳:

اول: اولین دلیل این آیه قرآن کریم است که الله متعال می فرماید: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^۴

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

۱- شریبینی، محمد بن احمد الخطیب، (ت ۹۳۷ هـ)، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج دار الفكر- بیروت، ج ۳ ص ۳۹۸
۲- امام مالک - رحمه الله - ابو عبدالله مالک بن انس بن مالک بن ابی عامر اصبحی، از ائمه حدیث و امام دارالهجره نبوی بوده است. وی - رحمه الله - در سال ۹۳ در مدینه متولد شد، در سال ۱۷۹ هجری زندگی را بدرود گفت. کتاب «الموطأ» از تألیفات مهم او است. وفات او در سال (۱۷۹ هـ) است. (احمد بن اسماعیل بن محمد، نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الفقهية الأربعة، دار القادري، بیروت، الطبعة الأولى، ۱۴۱۱هـ-۱۹۹۰م، ص ۶۱)

۳- ابن عابدین، همان، ج ۵ ص ۳۴۸، بدایة المجتهد، همان، ج ۲ ص ۴۷۰ شریبینی، مغنی المحتاج، همان، ج ۴ ص ۳۹۸

۴- سوره نور آیه ۴

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:

۱- 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 النار^۱

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.

۱- عَنْ عَائِشَةَ^۲ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - (أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَعَثَ أَبَا جَهْمَ بْنَ حُدَيْفَةَ مُصَدِّقًا فَلَاجَةً رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ فَضْرَبَهُ أَبُو جَهْمٍ فَشَجَّهَ فَأَتَوْا النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالُوا الْقَوَدَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « لَكُمْ كَذَا وَكَذَا ». فَلَمْ يَرْضَوْا فَقَالَ « لَكُمْ كَذَا وَكَذَا ». فَلَمْ يَرْضَوْا فَقَالَ « لَكُمْ كَذَا وَكَذَا ». فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « إِنِّي خَاطِبُ الْعَشِيَّةِ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ ». فَقَالُوا نَعَمْ. فَخَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ « إِنَّ هَؤُلَاءِ اللَّيْثِيَّيْنَ أَتَوْنِي يُرِيدُونَ الْقَوَدَ فَعَرَضْتُ عَلَيْهِمْ كَذَا وَكَذَا فَرَضُوا أَرْضِيئُمْ ». قَالُوا لَا. فَهَمَّ الْمُهَاجِرُونَ بِهِمْ فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْ يَكْفُوا عَنْهُمْ فَكَفُّوا ثُمَّ دَعَاهُمْ فَرَادَهُمْ فَقَالَ « أَرْضِيئُمْ ». فَقَالُوا نَعَمْ. قَالَ « إِنِّي

۱- بخاری، صحیح البخاری، کتاب الأفضیة، باب مَنْ أَقَامَ الْبَيْتَةَ بَعْدَ الْيَمِينِ، شماره حدیث ۲۶۸۰
۲- ام المومنین، عائشة بنت ابی بکر الصدیق، از قبیله قریش، متولد سال ۹ هـ ق بایبغیر صلی الله علیه وسلم- در سال دوم هجری از دواج نمود، پیغمبر علیه السلام به عائشة محبت زیاد داشت و احادیث زیادی از آن حضرت صلی الله علیه وسلم- روایت نموده و در سال ۵۸ هـ وفات یافته است. (الإعلام للزركلي: ۲۴۰/۳).

خَاطِبٌ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ». قَالُوا نَعَمْ. فَخَطَبَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. فَقَالَ
«أَرْضَيْتُمْ». قَالُوا نَعَمْ^۱

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 يمينه**»^۲ یعنی یا دو شاهد بیاور و یا قسم بخور

۱- سجستانی، سنن ابی داود، کتاب الحدود، باب الْعَامِلُ يُصَابُ عَلَى يَدَيْهِ خَطَأً، حدیث شماره ۴۵ ۳۶ (البانی این حدیث را صحیح گفته است. البانی، محمد ناصر الدین، ارواء الغلیل ج ۳ ص ۳۶۶
۲- بخاری، محمد ابن اسماعیل، صحیح البخاری، کتاب الاقضية، بابُ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ فِي الْأَمْوَالِ وَالْخُدُودِ ج ۱ ص ۳۹۶ حدیث

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.

۲- عن جابر بن عبد الله^۱ -رضي الله عنه- 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»^۲

ترجمه: جابر رضي الله عنه می گوید: یک مرد در مقام جعرانه هنگامی رسول خدا صلی الله علیه وسلم از حنین باز می 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.

۳- قول النبي صلى الله عليه وسلم إن جاءت به كذا فهو لهلال يعني الزوج، وإن جاءت به كذا فهو لشریک بن سمحاء يعني المقدوف، فجاءت به على الوصف المذكور، فقال لو كنت راجماً

شماره ۲۶۶۹

۱- جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبه بن حرام بن كعب بن غنم بن كعب بن سلمة، كنية اش ابو عبدالله و ابو عبدالرحمن انصاری، خزرچی، سلمی، مدنی که فقیه، امام بزرگ، مجتهد و حافظ و صاحب و همدم پیامبر صلی الله علیه وسلم بود. در بیعة الرضوان همراه با پدر خویش حضور داشتند. از پیامبر اسلام، عمر، علی، ابوبکر، ابو عبیده، معاذ بن جبل، زبیر و گروه دیگری از صحابه علم زیادی را نقل کرده است. در زمان خود مفتی مدینه بود، پس از وفات عمر فاروق سال های زیادی را در عزلت بسر برد. واقدی و یحیی بن بکیر و طانقه دیگری گفته اند که جابر رضي الله عنه در سن ۷۸ سالگی از دنیا چشم پوشیده است. سیر أعلام النبلاء - (۳ / ۱۸۹).

۲- نیشاپوری، صحیح مسلم، کتاب الفتن، باب ذکر الخوارج وصفاتهم، حدیث شماره ۱۰۶۳

أحداً بغير بينة لرجمتها^۱

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.

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 بینة رجم می کردم این زن را رجم می کردم.

سوم: دلالت اجماع: ابن قیم^۲ - 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 غیری» 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 هردو 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

۱- قشیری، مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، کتاب اللعان، ج ۴ ص ۱۴۹۷ حدیث شماره ۱۱۳۵
۲- ابن قیم: شمس الدین ابو عبدلله محمد بن ابوبکر بن ایوب دمشقی، مشهور به ابن قیم جوزی از امامان بزرگ مذهب حنبلی در زمانه خودش بود. وی از مشهورترین شاگردان ابن تیمیه است. بیش از هفتاد تألیف در زمینه های مختلف دارد، از جمله: اعلام الواقعیین، زاد المعاد، اغاثة اللهفان. ابن قیم در سال ۷۵۱ هجری وفات نمود. شذرات الذهب، ج ۶، ص ۱۶۸

تو مانند شهادت یک فرد عادی از مسلمانان است او گفت: راست گفتمی^۱

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 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 و ادار سازد، به همین سبب متاخرین به عدم جواز قضاوت قاضی به اساس معلومات شخصی به طور مطلق فتوا داده اند.^۲

دوم: قول جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی و دلایل آن

امام ابویوسف، امام محمد، امام شافعی-رحمهم الله-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:^۳

اول: آیه **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**؛^۴

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید! دادگري پيشه سازيد و در اقامه عدل و داد بکوشيد ، و به خاطر خدا شهادت دهيد و از اين سو و آن سو جانبداري نکنيد 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 دوي آنان بهتر است و خدا به مصلحت آن دو آگاه تر از شما است پس از هوا و هوس پیروي نکنيد که اگر چنین کنید از حق منحرف می گردید و به باطل می افتيد. و اگر زبان از ادای شهادت حق بپيچانيد یا از آن روي بگردانيد ، خداوند از آنچه می کنید

۱- ابن قيم، أبو عبد الله محمد بن أبي الزرععي،(ت ۷۵۱ هـ)، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مطبعة المدني - القاهرة ج ۱ ص ۱۹۵ و ۱۹۶

۲- اختصار از کتاب وسائل الإثبات: د. محمد مصطفى الزحيلي - مكتبة دار البيان - دمشق - طبع اول. ۱۴۰۲ هـ - ۱۹۸۲ ص ۵۷۱

۳- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار (ت ۱۲۵۲)، دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية ۱۳۶۸ هـ - ۱۹۲۶ م، ج ۵ ص ۱۰۵

۴- سوره نساء آيه ۱۳۵

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 متخاصمین 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

۲- **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 إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك جناح فقال رسول الله خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»^۱**

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.

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 شرط صحت حکم قاضی 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 انداز ضرورت بدون خبر شدن شوهرش

۱- قشیری، مسلم بن حجاج، صحیح مسلم باب قصاص المظلوم إذا وجد ماله ظالمه، شماره حدیث: ۲۳۲۷ و صحیح البخاری ج ۲ ص ۱۳۳۸ ۱۷۱۴، باب قضیه هند.

پرسیده بود چون در مسئله قضاوت هر دو طرف مدعی و مدعی علیه حاضر می باشند و در اینجا فقط یک طرف حاضر بود^۱.

۳- عن سعد بن الأطول-رضی الله عنه- «أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم، وترك عيالا، فأردت أن أنفقها على عياله فقال لي النبي إن أخاك محبوس بدينه فاقضه عنه، قلت يا رسول الله قد قضيت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة وليست لها بينة، قال: أعطها فإنها محقة، وفي رواية: أعطها فإنها صادقة»^۲

ترجمه: سعد بن اطول-رضی الله عنه- می گوید برادرم 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 شرط صحت حکم قاضی 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.

۴- 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 :إنما 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

۱- ابن قيم، أبو عبد الله محمد بن أبي الزرععي، (ت ۷۵۱ هـ)، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مطبعة المدني - القاهرة ص ۱۹۶
۲- قزوينی، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، باب من قال القاضي أن يقضي، شماره حديث ۱۳۶. (البانی این حديث را صحيح گفته است. البانی، محمد ناصر الدين، صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، بيروت، ج ۱ ص ۲۴۳)

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^١.

ترجمه: فاطمه رضي الله عنها به ابوبكر صديق رضي 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 رضي الله عنها چیزی بدهد ابا ورزید.

وجه استدلال: طرفداران جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی می گویند ابوبکر صديق رضي الله عنه از این که به فاطمه رضي 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 صديق رضي 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 برای قاضی جایز نیست از این استدلال جواب داده اند که ابوبکر صديق اینجا چیزی قضاوت نکرده است بلکه فقط رد دعوا کرده و فاطمه رضي 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»^٢

ترجمه: ابن عباس رضي 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.

١- قشیری، مسلم بن حجاج، همان، صحیح مسلم باب فرض الخمس، شماره حدیث: ٢٩٢٥
٢- نسائی، السنن الكبرى، کتاب الدعوى، باب على من البينة، حدیث شماره ٥٩٦٣ (البانی این حدیث را صحیح گفته است. ارواء الغلیل ج ٨ ص ٣٨٠)

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 شرط صحت حکم قاضی 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 گویند^۱.

همچنان قائلین به جواز قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی می گویند قاضی حق دارد تا شاهدان را تعدیل و تجریح کند پس می تواند خودش در اثبات حق دیگران نقش داشته باشد.

مذهب راجح: در مورد مسئله یاد شده دو دیدگاه ذکر شد که به اساس مذهب اول قضاوت قاضی مطابق معلومات شخصی اش شرط صحت حکم قاضی می شود و همچنان به اساس مذهب دوم قضاوت قاضی مطابق معلومات خودش شرط صحت حکم قاضی 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:

۱- 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.

۲- 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.

۳- 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

۱- ابن رشد، أبو الولید بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبی، (ت ۵۹۵) بدایة المجتهد ونهایة المقتصد، طبع ششم ۱۴۰۳ هـ - ۱۹۸۲ م. دار المعرفة - بیروت ج ۱ ص ۴۷۱

خواهشات باز می کند.

۴- 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.

۵- اگر در گذشته ها قضاوت به اساس معلومات شخصی قاضی شرط صحت حکم قاضی 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.

۶- 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^۱.

مطلب پنجم: قضاوت به اساس معلومات شخصی 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 حالاتیکه قانون اجازه آنرا داده است، نمی تواند بر مبنای معلومات شخصی یا شواهد دیگریکه رسماً در دوسایه شامل نشده و توسط طرفین یا اطراف دعوی بصورت آشکار روی آن بحث صورت نگرفته است، حکم خود را صادر کند»^۲

به این مفهوم که قاضی در حیطة کار خود منحيث تصمیم گیرنده است، اما قاضی نقش خرنوال را ایفاء نمی کند و در تصمیم گیری خود می باید بر معلومات و شواهدی اتکاء نماید که توسط طرفین یا اطراف قضیه در جریان جلسات قضائی ارائه میگردد و بجز از حالاتیکه قانون اجازه آنرا داده است، قاضی نمیتواند بر مبنای دانش یا معلومات شخصی یا شواهد دیگریکه رسماً در دوسیه شامل نشده، حکم

۱- ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار (ت ۱۲۵۲)، دار الفکر بیروت- ط ۱۳۶۸ هـ- ۱۹۲۶ م ج ۱/ ۴۳۹
۲- وزارت عدلیه، مقررہ های مربوط ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان (حوت سال ۵۸۳۱ هـ ش) (نمبر مسلسل: ۵۱۱ ماده چهارم).

خود را در موضوع تحت بررسی صادر نماید.

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 باسناد 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»^۱.

همچنان این قانون، در مورد کسب معلومات توسط قاضی راجع به دعوی چنین تصریح کرده است: محکمه می تواند در دعوی عقاری راجع به قیمت، کروکی، تعیین حدود، مساحت و مسایل ساختمانی، در صورت بروز اختلاف طرفین دعوی از اهل خبره کسب معلومات نماید^۲.

مقایسه:

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 شرط صحت حکم قاضی 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^۳.

۱- قانون اصول محاکمات مدنی، فصل دهم، ماده ۱۷۵ ص ۵۴

۲- قانون اصول محاکمات مدنی، همان، ماده ۱۷۵ ص ۵۴

۳- وزارت عدلیه، مقرره های مربوط ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان تاریخ نشر: (حوت سال ۵۸۳۱ ه.ش) نمبر مسلسل: ۵۱۱

فصل سوم

شرایط صحت حکم قاضی متعلق به متخاصمین از دیدگاه شریعت 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 متاثر 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 و عناوین مباحث و مطالب آن قرار ذیل است:

مبحث اول: قضاوت قاضی به اقارب

مبحث دوم: شرایط متعلق به اهلیت متخاصمین دعوا از دیدگاه فقه و قانون

مبحث سوم: شرایط صحت حکم قاضی به متعلقین

مبحث اول: قضاوت قاضی به اقارب

در این مبحث قضاوت قاضی به اصول مانند: (پدر، مادر، پدر پدر و غیره) فروع پسر مانند: (دختر، پسر پسر و غیره) 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-رحمهما الله-و همچنان مذهب راجح در نزد حنابله می باشد.^۱

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 شرط صحت حکم قاضی نیست، این دیدگاه امام ابویوسف-رحمه الله-از احناف، روایتی از مذهب امام مالک و امام شافعی-رحمهما الله-و قول مختار در نزد بعض علمای حنبلی است.^۲

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.

۱- کاسانی، علاء الدین بن مسعود، (ت ۵۸۷ هـ)، بدائع الصنائع، طبع دوم ۱۴۰۲ هـ. دار الکتب العربی-بیروت، ج ۶ ص ۲۲۲، ابن فرحون، تبصرة الحکام، ج ۱ ص ۶۵، شیرازی، أبو إسحاق إبراهيم بن علی بن یوسف (ت ۴۷۶ هـ)، المهذب، دار الفکر-بیروت، ج ۲ ص ۱۹۶
۲- سمرقندی، علاء الدین محمد بن أحمد (ت ۵۹۳ هـ) تحفة الفقهاء، دار الکتب العلمیة-بیروت-الطبعة الأولى ۱۴۰۵ هـ- ۱۹۸۵ م. ج ۳ ص ۳۷۱، ابن فرحون، تبصرة الحکام، همان، ج ۱ ص ۶۵، ابن قدامة، المغنی، همان، ج ۱۱ ص ۴۸۳، مرداوی، الانصاف، همان، ج ۱۱ ص ۲۱۶

ب: دلایل عقلی: صاحبان قول اول به دلایل عقلی ذیل نیز استدلال کرده اند:

۱- 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.

۲- 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.

۳- قاضی طبیعتاً یک بشر است و عادتاً دارای احساس می باشد و تاثر پذیر است و گاهی به علت متاثر 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.^۱

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 القضات ها نیز موجود است.^۲

مطلب دوم: 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 حالات آتی از اشتراک در ترکیب محاکمه و رسیدگی به دعوی مدنی اجتناب می ورزند:

۱- در صورتی که در قضیه مورد رسیدگی ذینفع و یا دعوی مربوط به اصول و فروع، زوج، زوجه و یا اقارب آنها باشد.»^۳

همچنان در ماده شصت و ششم قانون اصول محاکمات مدنی می نویسد: «قضائیکه بر طبق حکم مندرج ماده (۶۵) این قانون با همدیگر قرابت داشته باشند نمی توانند در ترکیب محاکمه در

۱- عدوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی ۲۰۰۷. الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين. ص ۸۴
۲- ابن مفلح، ابراهیم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت: ۸۸۴هـ) المبدع شرح المقنع، دار عالم الکتب، ریاض، طبع: ۱۴۲۳هـ / ۲۰۰۳م ج ۱۰ ص ۴۴
۳- قانون اصول محاکمات مدنی، فصل چهارم، ماده ۶۵.

رسیدگی قضیه مدنی شامل شوند».

پس معلوم می گردد 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.

مطلب سوم: حکم قاضی به همسر

تمام فقهاء اتفاق دارند که قضاوت قاضی بر ضرر همسر خود جایز و قابل تنفیذ است اما اگر قاضی به نفع همسرش قضاوت کند آیا این شرط صحت حکم قاضی 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-رحمهما الله- است. و دیدگاه دوم این است که قضاوت به نفع همسر جایز است و این قول امام شافعی، و یک روایت از امام احمد-رحمه الله- است.^۱

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 است.^۲

دلایل مذهب دوم: امام شافعی-رحمه الله- 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 گیرد.^۳

۱- درر الحکام، حیدر، همان، ج ۴، ص ۶۱۴، م مرداوی، أبو الحسن علی بن سلیمان (ت ۸۸۵ هـ)، الانصاف، دار إحياء التراث العربي - بیروت، ج ۱۱ ص ۲۱۶، ابن فرحون، تبصرة الحکام، همان، ج ۱ ص ۶۵

۲- عدوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی ۲۰۰۷. الجامعة الاسلامیة، غزة، فلسطين. ص ۸۹

۳- عدوان، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی، همان ص ۸۹

مطلب چهارم: 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 استثنای اصول و فروع جایز است یا خیر؟ در این مورد نیز فقهاء در قول کرده اند:

قول اول: جواز قضاوت به سایر اقارب مطلقا به استثنای اصول و فروع، این دیدگاه احناف، شوافع و حنابله است.^۱

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 اقاربش جایز نیست.^۲

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 عرفا وعادة فالتحقوا بالأجانب»^۳

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»^۴

ترجمه: شهادت یک برادر به نفع یک برادر دیگر و همچنان سایر خویشاوندان قبول می شود که اگرچه او را تبرئه کنند.

دلایل مذهب دوم: اصلا در میان مذهب امام مالک و مذهب اول فرق زیاد وجود ندارد فقط امام

۱- کاسانی، علاء الدین بن مسعود، (ت ۵۸۷ هـ)، بدائع الصنائع، طبع دوم ۱۴۰۲ هـ. دار الکتاب العربی-بیروت، ج ۶ ص ۲۷۲

۲- ابن جزی، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزی، القوانين الفقهية، المكتبة الشاملة، ج ۱ ص ۲۰۳

۳- کاسانی، علاء الدین بن مسعود، (ت ۵۸۷ هـ)، بدائع الصنائع، طبع دوم ۱۴۰۲ هـ. دار الکتاب العربی-بیروت، ج ۶ ص ۲۷۲

۴- نووی، أبی ذکریا محی الدین بن شرف، مغنی المحتاج، دار الفکر، بیروت، لبنان ج ۴ ص ۴۳۵

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^۱.

مطلب پنجم: حکم قاضی در مورد قضاوت به نفع سایر اقارب در قانون

در قانون افغانستان، اصول و فروع، زوج و زوجه و سایر اقارب در یک ردیف قرار گرفته اند و چنانچه قبلاً بیان گردید، در اصول محاکمات مدنی تصریح کرده است که: «رئیس و اعضای محکمه در صورتی که در قضیه مورد رسیدگی ذینفع و یا دعوای مربوط به اصول و فروع، زوج، زوجه و یا اقارب آنها باشد؛ از اشتراک در ترکیب محاکمه و رسیدگی به دعوای مدنی اجتناب می ورزند.»^۲

و در جای دیگر این قانون آمده است «قضائیکه با همدیگر قرابت داشته باشند نمی توانند در ترکیب محاکمه در رسیدگی قضیه مدنی شامل شوند»^۳.

پس معلوم می گردد 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.

۱- ابن قدامه، المغنی، همان، ج ۱۲ ص ۶۸

۲- قانون اصول محاکمات مدنی، فصل چهارم، ماده ۶۵.

۳- قانون اصول محاکمات مدنی، فصل چهارم، ماده شصت و ششم

مبحث دوم : شرایط متعلق به اهلیت متخاصمین دعوا از دیدگاه فقه و قانون

داشتن اهلیت یکی از شروط مدعی و مدعی علیه است و نداشتن اهلیت چه گونه و در چه حالات شرط صحت حکم قاضی می شود این مسئله را در روشنی فقه و قانون طی دو مطلب تشریح می کنیم:

مطلب اول : شرایط اهلیت متخاصمین 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 در این صورت نسبت نقصان و فقدان اهلیت، علیه طرفین دعوی، دعوی صحیح و درست نیست بخاطریکه شرط فوق الذکر در آن تحقق پیدا نمی کند. چنانچه در مورد شرط اهلیت دعوی در «مجله الاحکام» چنین تصریح شده است: «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»^۱

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:

دیدگاه اول: امام ابو حنیفه-رحمه الله- می گوید 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

۱- مجله الاحکام، همان، ماده ۱۶۱۶

هستند شنیده نشود.^۱

دیدگاه دوم: امام مالک، امام محمد و امام ابویوسف-رحمهم الله- 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 شرط صحت حکم قاضی 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.^۲

و از حدیث نیز استدلال م‌کنند 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»^۳

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-رحمه الله-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.^۴

امام شافعی-رحمه الله-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 شرط صحت حکم قاضی 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.

۱- علی حیدر، درر الحکام ج ۴ ص ۱۷۹
۲- عنوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی ۲۰۰۷. الجامعة الاسلامیة، غزة، فلسطین. ص ۹۲
۳- سجستانی، سنن ابی داود، ج ۳ ص ۳۰۱، کتاب الحدود، باب فی المَجْنُونِ یَسْرِقُ أَوْ یُصِيبُ حَدًّا، حدیث شماره ۳۵۸۲ (البانی این حدیث را در ارواء الغلیل، ج ۲ ص ۴ صحیح گفته است)
۴- شیرازی، أبو إسحاق إبراهیم بن علی بن یوسف (ت ۴۷۶ هـ)، المهذب، دار الفکر-بیروت، ج ۲ ص ۳۴۳

مطلب دوم: شرایط اهلیت متخاصمین در قانون

در اصول محاکمات مدنی اهلیت داشتن طرفین دعوی لازمی دانسته شده و در این مورد چنین تصریح شده است: «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»^۱

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 (۱۵) 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 از دواج 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»^۲.

همچنان در احکام متفرقه قانون اصول محاکمات مدنی می نویسد: «صغیر، مجنون، معتوه، محجور و غایب نمیتوانند مستقیماً خصم شرعی واقع شوند»^۳

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.

مطلب سوم: شرط حاضر بودن مدعی و مدعی علیه از دیدگاه فقه

پیش از اینکه به بیان اصل مسئله پرداخته شود باید دانست که قضاء سه رکن اصلی دارد: قاضی، دعوا و متخاصمین و اصل این است که قضاء بدون اجتماع این سه رکن جایز نیست تا این که قاضی بتواند از مدعی و مدعی هر دو بشنود و سپس در مورد قضیه ی آنان فیصله کند.

اما سوال این است که آیا حضور مدعی و مدعی علیه در محکمه شرط است و آیا محاکمه فرد

۱- قانون اصول محاکمات مدنی، فصل دوم، ماده هفتم.

۲- قانون اصول محاکمات مدنی، فصل پنجم، ماده ۸۳ ص ۲۸

۳- قانون اصول محاکمات مدنی، فصل پنجم، ماده ۵۰۲ ص ۱۶۰

غایب و اکتفا به وجود مدعی بدون حضور مدعی علیه ممکن است یا خیر؟ ، این مسئله اولاً در روشنی فقه و سپس در روشنی قانون تشریح می گردد.

باید گفت که مقصود از عدم حضور 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 باشد^۱.

مطابق تصریحات فقهی جایز است مدعی ادعای خویش را در باره غائبی که وکیل ندارد، مطرح کند اما آیا برای حاکم و قاضی جایز است که بدون حضور مدعی علیه بر علیه غایب حکم کند در این مورد فقهاء دو دیدگاه دارند:

دیدگاه اول و دلایل آن: 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^۲. صاحبان این دیدگاه به دلایل ذیل استدلال کرده اند:

- خداوند جل جلاله می گوید: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾^۳ «بین مردم بحق داوری کن». پس معلوم می شود که آن چه با بینه ثابت شد حق است و حکم بدان واجب است.

- 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 وإلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل على في ذلك جناح فقال رسول الله خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»^۴

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.

۱- شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: ج ۴ ص ۱۰۷
۲- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ۲ ص ۴۷۲، شربینی، مغنی المحتاج، همان، ج ۴ ص ۴۱۴، ابن مفلح، القوانین الفقهیة، همان، ج ۶ ص ۴۵۹
۳- سوره ص آیه ۲۶
۴- قشیری، مسلم بن حجاج، صحیح مسلم باب قصاص المظلوم إذا وجد ماله ظالمه، شماره حدیث: ۲۳۲۷ و صحیح البخاری ج ۲ ص ۱۳۳۸ ، ۱۷۱۴

همچنان صاحبان دیدگاه اول می گویند: ممنوع بودن حکم غیابی، موجب ضایع کردن حقوق دیگران می شود یعنی اگر قاضی بر علیه 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.^۱

دیدگاه دوم و دلایل آن: 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 باشد.^۲ صاحبان این دیدگاه به دلایل ذیل استدلال کرده اند:

۱- حدیث: **عن أم سلمه 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 النار»**^۳

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.

۱- **عن علي - رضي الله عنه - قال: «بعثني 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**

۱- سید سابق، فقه السنة، همان ج ۶ ۴۱۰

۲- ابن نجیم، البحر الرائق، همان، ج ۷ ص ۱۷-۲۲، ابن قدامه، المغنی، همان، ج ۱۱ ص ۴۸۷

۳- صحیح مسلم، کتاب الشهادات، شماره حدیث ۶۷۴۸ و صحیح البخاری: کتاب الأفضیة، شماره حدیث ۱۷۱۳

شککت فی قضاء بین اثین بعد ذلك^۱

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.

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.

۲- 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 بینة تا اینکه منازعه قطع شود و چون در نبود مدعی علیه منازعه وجود ندارد بناءً حکم کردن نیز معنا ندارد.^۲

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.^۳

حد غیابت که در آن بالای مدعی علیه بدون حضور حکم صورت میگیرد:

در فقه اسلامی حد و اندازه غیابت مدعی علیه که در آن حکم بالای وی بدون حضور در محکمه صورت می گیرد تعیین شده است اما با اختلاف نظر در اندازه آن و در این مورد چهار نظر نقل گردیده است:

۱- سجستانی، سنن ابی داوود، ج ۳ ص ۳۰۱، کتاب القضاء، باب کَيْفَ الْقَضَاءِ، حدیث شماره ۳۵۸۲ (البانی این حدیث را در ارواء الغلیل، ج ۸ ص ۳۳۶ صحیح گفته است همچنان ابن حبان گفته است: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشُّيْخَيْنِ» حاکم، المستدرک، ج ۵ ص ۵۳۲

۲- ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۷ ص ۱۸

۳- سید سابق، فقه السنة، همان ج ۶ ص ۴۱۱

نظر اول: مالکی ها غیابت را به سه قسم تقسیم کرده اند^۱:

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 را بالای غایب جایز می دانند.

نظر دوم: امام شافعی-رحمه الله-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»^۲

ترجمه: 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.

نظر سوم: تعیین مسافه حد غیابت به حاکم سپرده می شود چنانچه زحیلی-رحمه الله- به نقل از امام شوکانی^۳ -رحمه الله- می نویسد: «أما قدر مسافة الغيبة ينبغي تفويض النظر فيها إلى الحاكم المجتهد، لاختلاف الأحوال باختلاف الأشخاص والأحوال»^۴

ترجمه: 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-رحمه الله- 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

۱- دسوقی، محمد عرفه الدسوقی (۱۲۳۰ هـ)، حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير، دار الفكر- بیروت، ج ۴ ص ۱۶۲-۱۶۳

۲- شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج ۴ ص ۱۴

۳- نام او محمد بن علی بن محمد الشوکانی، یکی از بزرگان و اعلام اهل سنت و الجماعت می باشد، هم چنان او از جمله فقهای اهل سنت محسوب می گردد، وی در سال ۱۱۷۳ هـ در شهر صنعا کشور یمن تولد شده است، که در سال ۱۲۲۹ هـ بر مسند قضاء نیز وظیفه نموده است، در سال ۱۲۵۰ هـ وفات شده است، او از جمله کبار علماء یمن می گویند؛ دیده شود: زرکلی، الاعلام، ج ۶، ص ۲۹۸..

۴- زحیلی، د. وهبه الزحیلی، الفقه الإسلامي وأدلته، - دار الفكر دمشق - ط ۳، ۱۴۰۹ هـ- ۱۹۸۸ م. ج ۱ ص ۷۵

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:

- ۱- امتناع و تمرد مدعی علیه از حضور در مجلس قضاء و محاکمه.
- ۲- کسی که مفقود و لادرک است با او نیز تعامل غایب می شود و اگر نباشد هم بالایش قضاء صورت می گیرد.
- ۳- 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.
- ۴- کسی که در یک شهر کلان سکونت می کند و جای و مکانش معلوم نیست.
- ۵- هنگامی که مدعی علیه به جلسه حاضر شود و به نفع مدعی اقرار کند و سپس جلسه را پیش از صدور حکم ترک کند.
- ۶- هنگامی که مدعی علیه بعد از اعلان تاریخ مجلس قضاء خودش هم حاضر نشود و وکیل خود را نیز حاضر نکند.^۱

مطلب چهارم: شرط حاضر بودن مدعی و مدعی علیه از دیدگاه قانون

در قانون افغانستان تصریح شده است که حضور طرفین دعوا به خصوص مدعی علیه در جریان محاکمه یک امر ضروری و لازمی می باشد تا جریان دعوا اقامه شده را سمع نموده و در مقابل دعوی مدعی نظر خویش را با تایید دعوی یا رد 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 و مدعی علیه مکلف اند که خود یا وکیل، ولی، وصی یا قیم آنها با اسناد مربوط به محکمه حاضر شوند»^۲

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

۱- عنوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فی الفقه الاسلامی ۲۰۰۷. الجامعة الاسلامیة، غزة، فلسطين ص ۹۷ الی ۱۰۱
۲- قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۷

رسیدگی را معطل قرار میدهد»^۱ و در جای دیگر چنین مشعر است: «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»^۲.

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 دعوی خود را به محکمه تقدیم و بعد از دوران دعوا بدون عذر قانونی غایب شود محکمه مطابق احکام فصل هشتم^۳ این باب به جلب مدعی اقدام و در صورتیکه در میعاد معینه به محکمه حاضر نشود به ترك خصومت فیصله صادر میگردد»^۴.
- «تعیین مدت حضور مجلوب نظر به بُعد مسافه محل سکونت وی و امکانات مربوط به وسایل نقلیه از صلاحیت محکمه میباشد»^۵.
- «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 مینماید»^۶.
- «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 خرنوال مدنی را بحیث وکیل غایب تعیین و دعوی را رسیدگی می نماید»^۷.
- «تعیین وکیل برای شخص غایب از طرف محکمه بداخل اوراق حکم صورت میگیرد این وکیل صلاحیت های دفاعی غایب را حایز میباشد»^۸.
- «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»^۹.
- «احکام غیابی به وکیل ابلاغ و به محکوم علیه اطلاع داده می شود، در صورت عدم امکان

۱- قانون اصول محاکمات مدنی ، ماده سه صد و هشتاد و نهم:

۲- قانون اصول محاکمات مدنی ، ماده سه صد و نودم:

۳- مقصود فصل هشتم قانون اصول محاکمات مدنی است.

۴- قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۱۵۴

۵- قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۱۴۹

۶- قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۱۵۸

۷- قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۱۶۰

۸- قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۱۶۱

۹- قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۱۶۲

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»^۱.

- «هرگاه مجلوب بعد از استحضاری مراجع جلب واحضار 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 موعدیکه محکمه تعیین می‌نماید برای آخرین بار از طریق رادیو یا روزنامه معتبر کثیرالانتشار بعمل می‌آید»^۲.

۱- وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی، جریده رسمی ص ۴۷
۲- قانون اصول محاکمات مدنی، ماده ۱۴۵ و ۱۴۶

مبحث سوم : شرایط صحت حکم قاضی به متعلقین

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 می گیرد، چه از طرف مقامات بالا یا اشخاص منجمله اقارب وی باشد، جداً جلوگیری می نماید، در این مبحث این مسئله را تشریح می کنیم که آیا قضاوت به شریک، دوست و دشمن از دیدگاه فقه و قانون شرط صحت حکم قاضی می شود یا خیر؟

مطلب اول : صحت حکم قاضی به نفع شریک از دیدگاه فقه

در مجموع از تصریحات فقهاء معلوم می شود 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 می گویند قضاوت قاضی به نفع شریک خود در آن عده مال و جنسی که شریک نیستند جایز است به شرطی که قاضی به عدالت مشهور باشد.^۱

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.^۲

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 »^۳

ترجمه: قضاوت قاضیه به نفع شریک خود در مالی که در آن شرکت دارد کند.

۱- کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۶ ص ۲۷۲ / دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج ۴ ص ۱۶۹، سمرقندی، تحفة الفقهاء، همان، ج ۳ ص ۳۶۲

۲- دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج ۴ ص ۱۶۹،

۳. نووی، روضة الطالبین، ج ۲ ص ۱۴۵

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: صحت حکم قاضی به نفع شریک از دیدگاه قانون

قانون قضاوت به نفع شریک را مطلقاً شرط صحت حکم قاضی 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»^۱

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 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»^۲.

اگر مطابق اصل فقهی شهادت را مانند قضاوت بدانیم پس از دیدگاه قانون قضاوت نیز به نفع شریک مسموع نیست.

مطلب سوم: صحت حکم قاضی به نفع اجیر 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 شرط صحت حکم قاضی می شود به دلیل اینکه قضاوت مانند شهادت

^۱ علی حیدر، درر الاحکام شرح مجلة الاحکام، طبع اول، ۱۹۹۱. دار الجبل، بیروت ماده ۱۸۰۸
^۲ - قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۳۳۶

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.^۱

قول دوم: فقهای مذهب امام شافعی-رحمه الله-می گویند که قضاوت به نفع اجیر خاص شرط صحت حکم قاضی 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.^۲

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 چهارم : صحت حکم قاضی به نفع دوست از دیدگاه فقه

از تصریحات فقهاء در مورد قضاوت به نفع دوستی که به قاضی بسیار نزدیک و صمیمی نباشد معلوم می شود که این نوع قضاوت شرط صحت حکم قاضی 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 شرط صحت حکم قاضی نیست و این نوع قضاوت جایز است به دلیل این که قضاوت مانند شهادت است و شهادت یک دوست به نفع دوست دیگر جایز است پس قضاوت نیز جایز می باشد.^۳

قول دوم: مالکی ها می گویند^۴: قضاوت قاضی به نفع دوست صمیمی شرط صحت حکم قاضی 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 الاحکام 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**

۱- کاسانی، همان، ج ۶ ص ۲۷۲/، ابن مفلح، القوانین الفقهیة، همان، ج ۱۰ ص ۲۴۷
۲- شریبئی، محمد بن أحمد الخطیب، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: دار الفکر- بیروت، ج ۴ ص ۴۳۴
۳- شریبئی، محمد بن أحمد الخطیب، (ت ۹۳۷ هـ)، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفکر- بیروت، ج ۴ ص ۴۳۴
۴- دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير، همان، ج ۴ ص ۳۳۴

شهادة أحدهما للأخر^۱

ترجمه: 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 شریک در باره شریک در حال شرکت و رفیق در باره رفیق در نفع صحیح نیست.»^۲

اگر مطابق اصل فقهی شهادت را مانند قضاوت بدانیم پس از دیدگاه قانون قضاوت نیز به نفع دوست مسموع نیست.

مطلب پنجم: صحت حکم قاضی به علیه دشمن از دیدگاه فقه

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»^۳

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 شرط صحت حکم قاضی 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.^۴

دیدگاه دوم: احناف می گویند: زمانی که قاضی عادل باشد و به عدالت مشهور باشد و به ضرر

۱- علی حیدر، درر الحکام شرح مجلة الاحکام، طبع اول، ۱۹۹۱. دارالجبل، بیروت، ماده ۱۷۰۱

۲- قانون اصول محاکمات مدنی ماده ۳۳۶

۳- إعانة الطالبین: سید بکری بن السید محمد شطا الدمیاطی دار الفکر بیروت، ج ۴ ص ۲۸۹

۴- شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج ۴ ص ۴۱۸، کاسانی، بدائع الصنائع، همان ج ۶ ص ۲۷۲، ابن مفلح، القوانين الفقهية، ج ۱۰ ص ۲۴۷

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.^۱

دلایل دیدگاه اول: جمهور فقهاء بر این که قضاوت به ضرر دشمن شرط صحت حکم قضائی می شود، این مسئله را به شهادت قیاس کرده اند و گفته اند: «إن شهادة العدو علی عدوه لا تقبل لأنه متهم في شهادة فترد هذه الشهادة لهذه التهمة، فلیس له أن یحکم علی عدوه قیاس علی الشهادة علیه»^۲

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 قضائی 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 قضائی 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.^۳

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 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 قضائی به ضرر دشمن مانع صحت و تطبیق حکم قضائی شود و تهمت از بین برود.

۱- ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۷ ص ۳۲۰
۲- شریبئی، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج ۴ ص ۴۳۴
۳- ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۷ ص ۳۲۲

مطلب ششم : صحت حکم قاضی به علیه دشمن از دیدگاه قانون

در مورد قضاوت به نفع خویشاوندان، در اصول محاکمات مدنی چنین صراحت دارد: «رئیس و اعضای محکمه هر یک در حالات آتی از اشتراک در ترکیب محاکمه و رسیدگی به دعوی مدنی اجتناب می ورزند:

- ۱- در صورتی که بین رئیس یا اعضای محکمه یا یکی از طرفین قضیه، دعوا موجود باشد.
- ۲- در صورتی که بین رئیس یا یکی از اعضای محکمه با یکطرف دعوا خصومت قبلی موجود باشد»^۱.

به این اساس معلوم می شود که قانون دیدگاه جمهور فقهاء مبنی بر این که قضاوت به ضرر دشمن شرط صحت حکم قاضی می شود، ترجیح داده و مطابق آن حکم کرده است.

پایان بحث

۱- قانون اصول محاکمات مدنی، فصل چهارم ماده ۶۵

خاتمه

در این بخش که آخرین بخش تحقیق است، نتیجه گیری، پیشنهادات، فهرست آیات، فهرست احادیث، فهرست اعلام و فهرست منابع ذکر می گردد:

نتیجه گیری

از آن چه در تحقیق انجام شده تحت عنوان شرایط صحت حکم قاضی از دیدگاه فقه و قانون طی سه فصل نوشته شده است و به طور فشرده از مجموع محتویات آن چنین نتیجه گیری می شود:

۱. شرط عبارت از آن چیزی است که از انتقای آن منتفی شدن یک امر لازم می شود به گونه ای که سبب وجود آن نمی شود و در سبب هم داخل نیست.

۲. اطلاق حکم بر قضاوت و داوری کردن در کتب فقه و قانون نظر به معنای لغوی آن است و چون اصطلاح قضاء بیش تر مشهور شده است بناءً به عوض حکم در موارد ضرورت از اصطلاح قضاء کار گرفته می شود نه از حکم، البته به استثنای بعض حالات که در آن کلمه حکم نیز به جای قضاء استفاده می شود.

۳. اسباب ثبوت حکم در فقه عبارت اند از: اقرار، شهادت و گواهی، قرینه قاطعه، سوگند یا انکار از سوگند، قسامت و علم قاضی.

۴. اسباب ثبوت حکم در قانون عبارت اند: اول: اقرار: اقرار نیز من حیث یکی از ادله اثبات حکم در فقه و احکام شرعی است و جایگاه خاص خود را دارد، اقرار عبارت از اخبار به امری است در محکمه که بقای حق طرف دعوی و یا حالتی را علیه مقرر ثابت سازد و اقرار مقرر دارای اهلیت حقوقی و قانونی نزد محکمه در صورتی مدار اعتبار است که ظاهر الحال مکذب آن نباشد.

۵. 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.

۶. 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.

۷. در فقه اسلام شرط صحت حکم قاضی دانسته شده است اما در قانون ضمناً مانع دانسته می شود.

۸. 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، قضاوت چنین قاضی از نظر جمهور فقهاء قابل تنفیذ نیست.

۹. جمهور فقهاء انوئت را مانع صحت قضاء دانسته اند اما قانون بنا بر مذهب امام ابوحنیفه- رحمه الله- انوئت را مانع ندانسته و هیچ شرطی راجع به مرد بودن یا زن بودن قاضی نگذاشته است.

۱۰. شروط 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.

۱۱. 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.

۱۲. از دیدگاه فقه پاک بودن قاضی از تهمت رشوت خوری شرط 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.

۱۳. 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 شرط صحت حکم قاضی نمی شد چون قاضیان زمان سابق تا قاضیان این عصر از لحاظ تمسک به دین فرق دارند و تقوا و تمسک آنان به اصول شریعت و حلال و حرام بیش تر بود و حالا چنین نیست

۱۴. در قانون 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.

۱۵. 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 شرعیات و حقوق و تخصص و تجربه شرط شده است.

۱۶. مجتهد بودن قاضی از شرایط صحت حکم قاضی می‌باشد اما این شرط اتفاقی نیست چون احناف برای قاضی اجتهاد را شرط نمی‌گذارند، بخاطریکه برای قاضی غیر مجتهد این کار ممکن است که برای عالم یا فتوای مفتی دیگر رجوع کند و هدف قضاء هم حل و فصل خصومات و قطع منازعات می‌باشد که این کار به تقلید ممکن و جواز دارد و به رجوع اقوال علماء هم امکان دارد.

۱۷. از تصریحات فقهاء معلوم می‌شود 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 می‌شود که قضاوت هم به نفع شریک جایز نباشد.

۱۸. از تصریحات فقهاء در مورد قضاوت به نفع دوستی که به قاضی بسیار نزدیک و صمیمی نباشد معلوم می‌شود که این نوع قضاوت شرط صحت حکم قاضی نیست اما در مورد قضاوت به نفع دوست نزدیک و صمیمی قاضی اختلاف کرده اند.

۱۹. 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 امری که در حدود صلاحیت قضائی وی صورت می‌گیرد، چه از طرف مقامات بالا یا اشخاص منجمله اقارب وی باشد، جداً جلوگیری می‌نماید.

۲۰. جمهور فقهاء می‌گویند قضاوت قاضی به نفع اجیر خاص جایز نیست و این نوع قضاوت شرط صحت حکم قاضی است به دلیل اینکه قضاوت مانند شهادت است و شهادت قاضی به نفع اجیر خاص جایز نیست پس قضاوتش نیز جایز نمی‌باشد، چون مسئله تهمت کردن به قاضی در اینجا مطرح است و قضاوت به نفع اجیر خاص قاضی را مورد شک و اتهام قرار می‌دهد و اعتماد او نزد مردم خدشه دار می‌شود.

۲۱. هم در فقه و هم در قانون قضاوت بر ضرر دشمن از شرایط صحت حکم قاضی دانسته شده است.

پیشنهاد ها

به کمک الله - جل جلاله- بعد از تکمیل این بحث تحقیقی، موارد ذیل برای تحقیقات بعدی پیشنهاد میشود:

۱- در این تحقیق شروط صحت حکم قاضی از دیدگاه فقه و قانون توضیح گردید، بناً پیشنهاد میشود، کسانی که در ارگان های قضایی کار می کنند این رساله را مطالعه نمایند.

۲- موضوع قضاوت زنان باید به شکل جداگانه تحقیق شود چون در این عصر یک موضوع داغ است و ضرورت شدید به آن احساس می شود.

۳- برای قضات محترم پیشنهاد میشود، تا شروط صحت حکم قاضی را در روشنایی فقه و قانون مطالعه نموده و در روشنایی فقه اسلامی حکم نمایند.

۴- قضات در تطبیق فیصله ها فقه اسلامی را معیار قرار دهند، موارد قانون که با فقه در تعارض اند، تطبیق ننمایند..

۵- به علماء، دانشمندان، اساتید پوهنتونها پیشنهاد میشود تا در مساجد، پوهنتونها، مجالس عامه، مجالس رسمی، رسانه های سمعی و بصری اجتماعی مانند وبسایت های اسلامی، فیس بوک، توئیتر، رادیو و تلویزیون، تا فهم درست از فقه و احکام اسلامی را بیان نموده، و شروط صحت حکم قاضی را بیان نمایند چون در این عصر مردم به فهم این قضایا زیاد ضرورت دارند.

فهرست آیات

شماره	طرف آیت	سوره	صفحه
۱	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا... ﴾	البقرة	۸۳
۲	﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلِيَّ يَهِنٌ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلِيٌّ يَهِنٌ دَرَجَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾	البقرة	۶۰
۳	﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بِهِ نَزَلْنَا بِهِ الْوَحْيَ وَإِلَى الْحُكْمِ وَإِنَّا عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ عَلِيمٌ ﴾	النساء	۱
۴	﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾	النساء	۴۶
۵	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْ شَهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ ﴾	النساء	۹۳
۶	﴿ وَإِنِ احْتَكُمْتُم بَيْنَهُمْ بِأَنْزَلِ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرَهُمْ... ﴾	المائدة	۳۲
۷	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا آلِيهِ وَدَّ وَالصَّارِي أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾	المائدة	۴۶
۸	﴿ وَإِنِ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ أَلَّ يَجِبُ الْمُقْسِطِينَ ﴾	المائدة	۳۵
۹	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ... ﴾	المائدة	۶۸
۱۰	﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾	الاسراء	۲۱
۱۱	﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعِ شَهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾	النور	۸۸
۱۲	﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ... ﴾	ص	۳۲
۱۳	﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِي الْأُولَى وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ... ﴾	الاحزاب	۶۰
۱۴	﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ... ﴾	الحديد	۱
۱۵	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنِ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾	الحجرات	۵۴

فهرست احاديث

شماره	طرف حديث	صفحه
١.	أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجعرانة منصرفه من حين...	٩٠
٢.	ادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولَ اللَّهِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ...	٢٥
٣.	إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر...	٣٤
٤.	إذا حكّم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران...	٣٣
٥.	استخلف ابن أم مكتوم يوم الناس وهو أعمى...	٧٥
٦.	أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم، وترك عيالاً...	٩٤
٧.	إن جاءت به كذا فهو لهلال يعني الزوج...	٩١
٨.	إن فاطمة أرسلت إلى أبي بكر -رضي الله عنه- تسأله ميراثها...	٩٥
٩.	إنما أنا بشرٌ، وإنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم...	٢٦
١٠.	إنه يستعمل عليكم أمراء فتعرفون وتتكررون...	٥٥
١١.	بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقاً فلاجّه رجلٌ في صدقته فضربه أبو جهم...	٨٩
١٢.	بعثني رسول الله إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذني إلى قوم...	١١٠
١٣.	جاء رجلان يختصمان إلى النبي صلى الله عليه وسلم في شيء...	٩٦
١٤.	دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على فقالت: يا رسول الله	٩٣
١٥.	رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحلم...	٧٢
١٦.	شاهدك أو يمينه...	٩٠
١٧.	القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة...	٦٨
١٨.	لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الراشي والمرششي...	٨٤
١٩.	لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة..	٦١

فهرست اعلام

شماره	نام	صفحه
۱.	ابن فرحون	۱۳
۲.	ابن قدامه	۶۳
۳.	ابن منظور	۱۰
۴.	ابن نجیم	۷۸
۵.	ابو هریره	۸۴
۶.	امام ابوحنیفه	۴۶
۷.	امام ابویوسف	۲۸
۸.	امام شافعی	۴۷
۹.	امام شوکانی	۱۱۲
۱۰.	امام مالک	۸۸
۱۱.	انس بن مالک	۸۸
۱۲.	جابر بن عبد الله	۹۰
۱۳.	جرجانی	۶۵
۱۴.	جوهری	۱۰
۱۵.	راغب اصفهانی	۱۰
۱۶.	عبدالقادر عوده	۶۶
۱۷.	عبدالله ابن عباس	۳۳
۱۸.	عبدالله بن عمرو	۸۴
۱۹.	علامه آمدی	۱۲
۲۰.	عمرو بن العاص	۲۶
۲۱.	فیروز آبادی	۹
۲۲.	ماوردی	۲۹
۲۳.	مرغینانی	۵۶
۲۴.	معاذ بن جبل	۳۳
۲۵.	وهبه زحیلی	۴۴

فهرست منابع

١. القرآن الكريم
٢. ابن كثير، ابو الفداء اسماعيل ، تفسير القرآن العظيم ، دار للنشر و التوزيع ، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م بيروت .
٣. قرطبي، محمد بن احمد (٦٦٨ هـ ق) ، تفسير القرطبي، ط ١٣٨٤، ٥٢، ١٩٦٤ م، دار الكتب المصرية، قاهره
- كتب حديث و تخريج :**
٤. بخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦ هـ) طبع سوم، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م. دار ابن كثير-اليمامة-بيروت،
٥. نيشاپوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، ، دار إحياء التراث العربى، المحقق، محمد فؤاد عبد الباقي بيروت، لبنان.
٦. ترمذى، ابو عيسى محمد بن عيسى بن سوره، سنن الترمذى، دارالمعرفه - بيروت ٢٠٠٢ م. ط: ٢- ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٤ م.
٧. سجستاني، سليمان ابن شعث، سنن ابى داود. تحقيق: محمد محى الدين عبدالحميد.بيروت،
٨. نسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت ٣٠٣) السنن الكبرى - طبع دوم، ١٤٠٦ هـ مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ١٩٨٥ م.
٩. قزوينى، محمد بن زيد، (ت ٢٧٥) سنن ابن ماجه، دارالمعرفة، بيروت ١٩٩٦ .
١٠. هيثمى، حافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الفكر، بيروت، طبعة ١٤١٢ هـ، الموافق ١٩٩٢ ميلادي)
١١. حاكم ، ابو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابورى، المستدرک على الصحيحين ، سال طبع ١٩٩٨ م ، القاهرة ، دار الثقافة
١٢. زيلعى، جمال الدين عبد الله بن يوسف (المتوفى : ٧٦٢هـ) نصب الراية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، الطبعة : الأولى، ١٤١٨ هـ/١٩٩٧ م)
١٣. البانى، محمد ناصر الدين، صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامى، بيروت.
١٤. بغدادى ، أحمد بن على بن ثابت أبوبكر الخطيب ، الكفاية فى علم الرواية ، المكتبة العلمية، المدينة المنورة .
- كتب فقه و قضاء**
١٥. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري المحلي

بالآثار، (ت ٤٥٦هـ)، دار الفكر. بيروت

١٦. ابن جزى ، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى ، القوانين الفقهية ، المكتبة الشاملة
١٧. ابن رشد، أبو الوليد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (ت ٥٩٥ هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، طبع ششم ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م. دار المعرفة - بيروت
١٨. ابن عابدين، محمد امين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، مطبعة بابى حلبى مصر ، چاپ دوم ١٤١٥ هـ ق / ١١٥٥ م .
١٩. ابن فرحون، برهان الدين ابراهيم بن على بن ابى القاسم، تبصره الحكام فى اصول الأفضيه و مناهج الأحكام، مكتبه الكليات الأزهرية - قاهره ١٩٨٦ م.
٢٠. ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت
٢١. ابن قيم، أبو عبد الله محمد بن أبى الزرعى، (ت ٧٥١ هـ)، الطرق الحكيمه في السياسة الشرعية، مطبعة المدني - القاهرة
٢٢. ابن مفلح ، ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت : ٨٨٤ هـ) المبدع شرح المقنع ، مطبعة المدني - القاهرة .
٢٣. ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفه - بيروت،
٢٤. اتاسى، محمد خالد، شرح المجلة، مطبعة حمص، ١٩٣١. المكتبة الشاملة اصدار ٣,٣٢ ص ٣٥
٢٥. انصارى: زكريا بن محمد بن زكريا، (متوفى: ٩٢٦ هـ) شرح روضة الطالب من أسنى المطالب، دار الكتاب الإسلامى
٢٦. بهوتى، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع: (ت ١٠٥١ هـ)، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢ هـ - ١٩٨١ م.
٢٧. جمعى از محققين، ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر الواقع والمؤمول الفترة الواقعة بين ١٢-١٣-١٤ ربيع الأول ١٤٢٧ هـ. المكتبة الشاملة،
٢٨. حسين، علي حيدر- فهمي الحسيني، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت- طبع اول ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.
٢٩. الحنفى ، درر الحكام شرح غرر الاحكام - ملا خسرو الحنفى- المطبعة العامرية مصر ١٣٠٤ . ماده (١٨٤٠)
٣٠. دسوقي، محمد عرفه الدسوقي (١٢٣٠ هـ)، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، دار الفكر-

بيروت،

- ٣١ . دمشقى، ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دارالمعرفة، بيروت ١٤٠٣ هـ،
- ٣٢ . الحنفى ، درر الحكام شرح غرر الاحكام - ملا خسرو- المطبعة العامرية مصر ١٣٠٤ .
- ٣٣ . زحيلي، محمد، تاريخ القضاء في الإسلام ، دار الفكر ، بيروت ، دار الفكر ، دمشق ، ط ١ ، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م
- ٣٤ . زحيلي، وهبة بن مصطفى الزحيلي ، الفقه الاسلامى وادلتة ، طبع ١٤ ، دار الفكر - سورية - دمشق .
- ٣٥ . زيدان، عبدالكريم ، نظام قضاء در اسلام ، مترجم استاد عبدالحليم ثاقب خير آبادى
- ٣٦ . زيدان،الدكتور عبدالكريم، القصاص والديات فى الشريعة الاسلاميه ، مؤسسة الرسالة-بيروت- ٢٠٠٢ م .
- ٣٧ . سمرقندى ، علاء الدين محمد بن أحمد (ت ٥٩٣ هـ) تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية-بيروت-الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- ٣٨ . شريبنى، محمد بن أحمد الخطيب،(ت ٩٣٧ هـ)،مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: دار الفكر- بيروت،
- ٣٩ . شوكانى، محمد بن على، ارشاد الفحول، دمشق: دارالكتاب العربى، ١٤١٩ هـ ق
- ٤٠ . شيخ نظام و جماعة من علماء الهند(الفتاوى الهنديه. بيروت: دار الفكر. ١٤١١ هـ ق ١٩٩١ م)
- ٤١ . شيرازى، أبو إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف (ت ٤٧٦ هـ) ، المهذب، دار الفكر-بيروت،
- ٤٢ . عاشور، احمد عيسى، فقه آسان در مذهب امام شافعي، مكتبته شامله فارسى، اصدار ٣، ٣٢
- ٤٣ . عدوان، محمود محمد محمود، موانع القضاء فى الفقه الاسلامى ٢٠٠٧ . الجامعة الاسلامية، غزة، فلسطين .
- ٤٤ . كاسانى: علاء الدين بن مسعود الكاسانى (ت ٥٨٧ هـ)، بدائع الصنائع، طبع سوم ١٤٠٢ هـ - ١٩٨١ م. دار الكتاب العربي-بيروت-
- ٤٥ . ماوردى، ابو الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى، الاحكام السلطانية و الولايات الدينيه، قاهره، ١٣٨٠
- ٤٦ . مرداوى، أبو الحسن على بن سليمان (ت ٨٨٥ هـ)، الانصاف، دار إحياء التراث العربي - بيروت،
- ٤٧ . مرغينانى، علي بن أبي بكر المرغينانى، (ت ٥٩٣ هـ) الهداية شرح البداية: المكتبة الإسلامية-بيروت،
- ٤٨ . مصرى، سيد سابق ، فقه السنة ، انتشارات محمدى سقر ، سال ١٣٨٩ .

٤٩ . نووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين المكتب الإسلامي - بيروت.

٥٠ . نووي، أبي زكريا محي الدين بن شرف، مغنى المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٥١ . هياتى از علما وفقهاء خلاف عثمانى، مجلة الاحكام العدلية، ناشر نور محمد كتاب خانه تجارت كتب، آرام باغ كراچى.

٥٢ . وزارة الاوقاف والاشئون الاسلامية - الموسوعة الفقهية الكويتية الكويت عدد الاجزاء : ٤٥ جزء الطبعة : (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ)

٥٣ . ياسين، د. محمد نعيم، نظرية الدعوى، دار النفائس - الأردن - الطبعة الثالثة - ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

كتب اصول فقه

٥٤ . غزالى، محمد بن محمد الغزالى أبو حامد، المستصفى فى علم الأصول، دار الكتب العلمية : بيروت، ط : ١، ١٤١٣.

٥٥ . قرافى، شهاب الدين أحمد بن ادريس الصنهاجى القرافى، شرح تنقيح الفصول، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

٥٦ . زركشى، بدرالدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشى، البحر المحيط فى اصول الفقه، دار الكتب العلمية، سنة النشر ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، بيروت

كتب لغت و معاجم

٥٧ . ابن منظور، محمد بن مكرم بن على ابن احمد. (١٩٩٣ م.) لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٥٨ . جرجانى، السيد الشريف على بن محمد، التعريفات، دار إحياء التراث العربى - بيروت ٢٠٠٣ م.

٥٩ . جوهرى، اسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، دارالعلم الملايين - بيروت ١٩٧٩ م.

٦٠ . رازى: محمد بن ابى بكر بن عبدالقادر، مختار الصحاح، چاپ سوم بيروت - لبنان سال ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

٦١ . راغب اصفهانى، حسين بن محمد بن مفضل، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم - بيروت ١٩٩٢ م.

٦٢ . زبيدى، محمد مرتضى حسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، مكتبة الحياة، بيروت - لبنان

٦٣. فيومي، احمد بن محمد بن علي. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (ت ٧٧٠ هـ)، دار المعارف - القاهرة،
٦٤. فيروز آباد، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، انتشارات: دار عالم الكتب، ١٤١٧ هـ، ١٩٩٦ م
٦٥. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشرق الدولية سال: ٢٠٠٤ م
٦٦. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، طبع ١٤، دار الفكر - سورية - دمشق.
- كتب متفرقة:**
٦٧. ابن خلدون، عبدالرحمن ابن خلدون، مقدمه ابن خلدون، ص ١٧٤ موقع الوراق
٦٨. عتيبي، سعود بن عبدالعالي البارودي الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالإنظمة المعمول بها، ط: ٢، ١٤٢٧ رياض، سعودي
٦٩. عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دارالكتب العلمية، بيروت
٧٠. الثميني، عبدالعزيز، شرح النيل وشفاء العليل، دار الفكر، بيروت، لبنان.
٧١. طرز سلوك قضايي براى قضات جمهورى اسلامى افغانستان، مصوبه مؤرخ (٢٩) جوزا ١٣٨٦ هـ.ش،
٧٢. عبدالباقي، رهنماي وثايق وسجلات دعاوى محاكم عدلى سال ١٣٧٥ وزارت معارف، مطبعه دولتى
٧٣. وزارت عدليه، جريده رسمى/ قانون تشكيل وصلاحيت قوه قضائيه
٧٤. وزارت عدليه، مقرره هاى مربوط ستره محكمه جمهورى اسلامى افغانستان تاريخ نشر: (حوت سال ٥٨٣١ هـ.ش)
٧٥. ستانكزى، محمد ظريف علم، اصول محاكمات مدنى سال ١٣٩٦ چاپ انتشارات حامد رسالت، كابل، افغانستان
٧٦. -ستانكزى، محمدظريف علم، اصول محاكمات جزايى (١٣٧٨) انتشارات: ميوند. كابل افغانستان.
٧٧. ويب سايت ستره محكمه افغانستان/ www.supremecourt.gov.af/dr/

Summary of the discussion

Given the importance of the judge and judgment in society, this study has discussed the conditions of the validity of the judge's verdict from the perspective of Islamic jurisprudence and Afghan law. The judge's verdict is one of the major issues in the judiciary, and it is of particular importance to explain the conditions of the judge's verdict in order to legitimize the judiciary.

This research is an introduction, three chapters and a conclusion in a descriptive-analytical and library method and its contents are quoted from books and reliable texts of Hanafi jurisprudence and other jurisprudential religions. In addition to the issues and contents of this discussion, it is known what conditions a judge should have when judging, and that Islamic jurists have enumerated up to ten conditions for a judge. Islamic scholars are divided. Reason, maturity, perfection, justice, scientific ability and *ijtihad* are among the conditions that are not disputed among Islamic jurists, and masculinity, freedom and liberty are among the conditions that some jurists consider a condition for a judge and some scholars consider it a condition. they do not know.

According to jurisprudence, the judge's purity from the accusation of bribery is a condition for the validity of the judicial verdict and the judgment of the bribe-taker should not be enforced but should be annulled because the bribe-taking judge may have taken the same position as a bribe-taker and also the bribe-taker. Truth rules unjustly and hides the truth and does not establish justice, so it is not appropriate for him to be in a position of judgment. It is also stated in jurisprudence that decision based on the knowledge of the judge is not permissible, especially in the present age, and in the law, ruling based on the knowledge of the judge is completely forbidden.

Sufficient competence and knowledge, either to the extent of ijtiḥād or sufficient knowledge, is stipulated for the imitating judge, and the law also implicitly stipulates that knowledge through graduation from the field of Shari'a, law, expertise and experience, as well as equality and equality between adversaries. Failure to indoctrinate one of the parties to the dispute, encouraging the judge to make peace, and observing the turn in the trial are among the important and fundamental duties of a judge that he must observe.

Keywords: judge, condition, jurisprudence, justice, masculinity, perfection, maturity, intellect, insight.



Salam University

Faculty of Sharia and Law

Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Emarat of Afghanistan

Ministry of Higher Education

DM of Academic Afire

Conditions for the validity of a judge's ruling from the perspective of Afghan jurisprudence and law

(A master's thesis)

Student: Mohammad Rafiq Hamidi

Supervisor: Dr. Rafiullah Ata

Year: ۲۰۲۲



Salam University
Faculty of Sharia and Law
Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

**Conditions for the validity of a judge's ruling
from the perspective of Afghan
jurisprudence and law**

A Master's thesis

Student: Mohammad Rafiq Hamidi
Supervisor: Dr. Rafiullah Ata

Year: 2022