

عدالت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نشانی: وزارت عدلیه، ریاست نشرات و ارتباط عامه، دفتر مجله عدالت، سرک (۱۵) وزیر محمد اکبر خان (شیرپور) کابل

ماهنامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال بیستم / شماره مسلسل ۱۹۳ / حوت ۱۳۹۷

هیأت تحریر:

- ♦ الحاج سید محمد هاشمی،
- ♦ قانونپوه محمد اشرف رسولی،
- ♦ قانونوال عبدالقدیر قیومی،
- ♦ پوهاند نصرالله ستانکزی،
- ♦ قانونپال فهیمه واحدی،
- ♦ دکتور مفتی محمدولی حنیف،
- ♦ قانونمل محمد رحیم دقیق،
- ♦ دکتور غلام حضرت برهانی،
- ♦ حلیم سروش،

Website: www.moj.gov.af
E-mail: adalat@moj.gov.af

صاحب امتیاز

وزارت عدلیه د. ج. ا. ۱

مدیر مسوول

حلیم سروش

(۰۷۷۱۲۰۱۹۷۸)

ویراستار

عبدالقیوم قیومی

دیزاین جلد

صحابه سیرت و

مرتضی کمال و کیلیان

امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

قیمت این شماره: (۷۹,۹۲) فغانی

چاپ: مطبعه بهیر

یادآوری به نویسندگان

- ۱) مقاله در محیط ورد تایپ یا با خط کاملاً خوانا نوشته شود.
- ۲) مقاله ارسالی کمتر از ۱۰ صفحه و بیشتر از ۲۵ صفحه تایپ شده A4 نباشد.
- ۳) اصل مقاله همراه با فایل تایپ شده آن، در صورت امکان، برای درج در مجله فرستاده شود نه کپی آن.
- ۴) مقاله باید دارای چکیده، واژگان کلیدی و نتیجه‌گیری نهایی باشد. چکیده باید به گونه‌ای نوشته شود که محتوای مقاله را به اختصار بیان کند.
- ۵) چکیده فارسی یا پشتوی مقاله (حداکثر ۱۵۰ کلمه) و واژگان کلیدی بین سه تا هفت واژه در اول مقاله آورده شود.
- ۶) توضیحات و ارجاع به منابع در پایان مقاله به قرار ذیل آورده شود:
 - a. کتاب: نام و نام خانوادگی نویسنده/ نویسندگان، نام کتاب، نام مترجم، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار و شماره صفحه.
 - b. مقاله: نام و نام خانوادگی نویسنده، «عنوان مقاله در داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد و شماره صفحه.
 - c. سایت اینترنتی: نام و نام خانوادگی نویسنده، (تاریخ دریافت مطلب (از سایت)، «عنوان مطلب در داخل گیومه»، نام سایت اینترنتی و بالاخره آدرس کامل سند در سایت مزبور.
 - d. هرگاه به منبعی اشاره شود که قبلاً معرفی شده و تفاوتی حتا در صفحه مورد استفاده نداشته باشد، کلمه «همان» (یا در انگلیسی Ibid) آورده شود.
 - e. در صورتی که صفحه مورد استفاده تفاوت داشته باشد؛ کلمه «پیشین» (در انگلیسی op.cet) و صفحه مورد استفاده آورده شود.
- ۷) معادل لاتین نام‌های خارجی و اصطلاحات مورد استفاده در نوشته در پایین صفحه آورده شود.
- ۸) هرگاه مقاله ارسالی ترجمه باشد، نام نویسنده و منبع مورد نظر ضروری است.
- ۹) نویسنده باید نام کامل، عنوان یا رتبه علمی اش را، همراه با نشانی دسترسی به وی، مثل شماره تلفن و یا آدرس ایمیل و غیره را با مقاله بفرستد.
- ۱۰) مجله در ویرایش مقاله آزاد است.
- ۱۱) مطالب ارسال شده پس فرستاده نمی‌شود.
- ۱۲) مقاله ارسالی نباید قبلاً در مجله یا سایت اینترنتی دیگری نشر شده باشد.

فهرست

مقاله‌ها

- ۴ ⇐ د قوانینو تفسیر او پر تطبیق یی خارنه ⇐ حضرت گل حسامی
- ۴۱ ⇐ بررسی مشروعیت قانون‌گذاری در اسلام ⇐ محمد ولی حنیف
- ۶۱ ⇐ تغییر حکم اصناف دیه بر پایه تحولات و مصالح از نظر فقه امامیه ⇐ قربانعلی هادی
- ۹۵ ⇐ بررسی حقوقی نحوه تنظیم قراردادهای پیمان کاری اداری در افغانستان ⇐ عبدالله ریاضت
- ۱۲۳ ⇐ حق صحت و سلامت از دیدگاه حقوق ملی و بین‌المللی ⇐ مقدونه فطری
- ۱۵۵ ⇐ جایگاه حقوقی بیگانگان در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان ⇐ میراخان قضاوی
- ۱۸۳ ⇐ بررسی جرم قاچاق و اختطاف در سیستم کیفری افغانستان ⇐ مسعوده دوغن

گزارش‌ها

- ۲۰۹ ⇐ دیدار و گفتگوی دکتر عبدالبصیر انور وزیر عدلیه با رییس بخش حاکمیت قانون یوناما
- ۲۱۰ ⇐ دیدار و گفتگوی دکتر عبدالبصیر انور وزیر عدلیه کشور با رییس عمومی پروگرام حمایت... ..
- ۲۱۱ ⇐ تحویل‌دهی مدیریت دیتابیس آنلاین قاچاق انسان و قاچاق مهاجران به وزارت عدلیه از سوی
- ۲۱۴ ⇐ برگزاری نخستین کنفرانس ملی "وضعیت شناسی جایگاه زنان در افغانستان"
- ۲۱۷ ⇐ برگزاری برنامه آگاهی‌دهی اهداف انکشاف پایدار از سوی وزارت عدلیه و وزارت اقتصاد

د قوانینو تفسیر او پر تطبیق یی څارنه (۱)

قضاوتپوه حضرت گل حسامی

سریزه

جوته ده چې قانون د ټولنیز ژوندانه له اړتیاوو څخه دی، د قانون له شتون پرته د سوله ییز ګډ ژوند پرمخ وړل شونی اومیسرنه دی.

قانون دی چې په هغه کې د ټولو هیوادوالو حقوق توضیح او د دولت له خوا دهغو احترام اورعایت تضمینېږي.

همدارنگه قانون دهغه قواعدوله مجموعې څخه عبارت دی چې ټولنیزې اړیکې تنظیموي اودیوی ټولنی افراد دهغې پراعت مکلفوي.

قانون د ټولنې د خیر او ښېګڼې لپاره وضع کېږي او دحقوقی عامو قواعدو ټولګه احتوا کوي، چې په کې ټولنیزې او فردي ښېګڼې په پام کې نیول شوي دي، همدا شان د افراد واو ټولنې ترمنځ اړیکې تنظیموي.

هغه مهال چې قانون وضع کېږي که چیرې احکام یې واضح او روښانه وي دهغه په تطبیق کې کومه ستونزه نه رامنځ ته کېږي او قانون تراجراء لاندې نیول کېږي. خو کله چې د قانون په تطبیق او اجراء کې ستونزه رامنځ ته شي، د دې اړتیا لیدل کېږي ترڅوله ادبي، تاریخي او منطقي وسایلو په کاراخیستلو د قانون جوړوونکي موخه او غوښتنه واضح کړای شي، نو دلته ده چې د قانون تفسیر ته اړتیا پېښېږي، ترڅو د قانون تطبیقوونکي مرجع له بیلا بیلو اېزارو

اووسایلو څخه په استفادې قانون تفسیر کړي، چې په دې څېړنه کې به پرې په تفصیل سره بحث وشي.

په همدې ترتیب د قانون د واکمنۍ ټینګښت او دقانوني دولت رامینځ ته کول، د دې غوښتنه کوي ترڅو د نهادونو، ادارو، د چارو د مسئولینو او د ټولو هیوادوالو پراعمالو او افعالو قانون حاکم وګرځول شي، ترڅو دولتي ارګانونه له عادی قوانینو څخه په عام شکل او داساسی قانون له احکامو څخه په خاص ډول پیروي وکړي.

څرنگه چې اساسي قانون د دولت او خلکو ترمنځ یو تړون دی، چې پخپله دهغوی له غوښتنې سره سم او دهغوی په آزاده اراده د موسسانو د مجلس (زمونږ په ګران هیواد افغانستان کې د لویې جرګې) له لارې مینځ ته راځي، دا د دې ایجاب کوي ترڅوله اساسي قانون سره د قوانینو او نورو تقنینی سندونو د سمښت د تشخیص لپاره په دولت کې دارنگه صلاحیت لرونکی نهاد یا اداره رامینځ ته کړای شي چې نور ونه شی کړای له اساسی قانون سره د قانون نه سمون په پلمه د مشخص قانون له تطبیق او عملي کولو څخه، امتناع وکړي.

د دې موخې د ترلاسه کولو لپاره، معمولاً د نړۍ په هیوادونو کې له دوه میتودونو څخه استفاده کوي، یو سیاسي لاره چاره یا میتود یا دهغې شورا رامینځ ته کول دي چې د اساسي قانون دشورا په نامه یادېږي او بله قضایي لاره چاره یا دځانګړې محکمې رامینځ ته کول دي.

داڅېړنه په پنځو څپرکو کې ترتیب شوې، لومړۍ څپرکۍ د قانون او اساسی قانون په باره کې دی. په دوهم څپرکي، کې د قانون تفسیر څپرل شوی، دریم څپرکۍ د اساسي قانون د ساتنې لارې چارې ترڅېړنې لاندې نیسي، څلورم څپرکۍ په افغانستان کې د قانون تفسیر او پر تطبیق یی څارنه څېړي او پنځم څپرکۍ په نړۍ کې د اساسی قانون دیوان، محکمې او شوراګانې ترغوراو بحث لاندې نیسي.

هیله ده چې د دارنگه موضوعاتو د علاقه لرونکو د پام وړ وګرځي او په معلوماتو کې یې یو څه زیاتونه رامینځ ته کړي.

ومن الله التوفیق

لومړۍ څپرکۍ

قانون او اساسی قانون

دا څپرکۍ په دوه پاراگرافونو ویشل شوی، په لومړي پاراگراف کې د قانون په هکله عمومي معلومات وړاندې کېږي او په دوهم پاراگراف کې د اساسی قانون په باره کې داساسی قانون له تعریف څخه نیولی د اساسی قانون ترعلویت او د نورو قانوني قاعدو د سمبنت څپر نه له اساسی قانون سره ترمطالعې لاندې نیول کېږي.

لومړۍ پاراگراف: د قانون په هکله عمومي معلومات

الف: قانون (Law) د لغت له مخې:

په دې هکله د حقوقو دعلم د پوهانو او لغت پوهانو ترمنځ واحد نظرشتون نه لری چې آیا دا کلمه عربي ده، یوناني ده، دري ده یا پښتو. په دی هکله درې نظریې وجود لري.

۱- یوې ډلې هغه عربي الأصله نه ده گڼلې او په عربي کی یې له د خیلوکلمو څخه بولي چې د لاتیني لغت (Kanon) یعنې خط کش ځینی مآخوذه ده. د دې ډلې دلیل د (قانون) او (Kanon) د لفظ ترمنځ غږیز(صوتي) ورته والی دی او د دې دواړو د معنا نږدیوالی او د دې کلمی د معرب (عربی کیدلو) احتمال داسلام اولویديځ د فرهنگي تعامل په اثر دی.

په فرانسوي ژبه د(Canon) لغت دکلیسا د مقاماتو له خوا د وضع شویو قوانینو اومقرراتو په معنا دی او په انګلیسی ژبه د (Canon) اصطلاح هم په دی مفهوم په کار وړل شوې ده.

همدارنگه د قانون لغت، چې د قانون (Canon) معرب دی په اصل لغت کې دکړبنو او خطونو د تنظیم لپاره دیوې وسیلې په معنا دی.

۲- دوهمه ډله هم د دې لغت په غیر عربي والي اومعرب توب کی تردید نه لري، خو هغه یې له رومي، پارسي، سریاني یا عبري ژبی څخه مآخوذه گڼلې ده او وایي چې یقین ته په نږدې گومان د (قانون) لغت دیوناني د (Canon) معرب دی چې له عربي څخه یې پارسي ته لارموندلې ده.

۳- دریمه ډله باور لری چی (قانون) لفظاً او اصلاً عربي دی او اصل یې(قن) دی. د دې ډلې د باور له مخې، قانون له شکلي لحاظه د(فاعول) په وزن دی، چی پرکمال او بذل

اوجه د دلالت لري. د قانون او (Kanon) یا (Canon) دلفظ ترمنځ د ورته والي (تشابه) شتون د هغه په غیرعربي والي دلیل نه دی او پر (قاف) د (کاف) د حرف اووښتون مؤجه نه لیدل کیږي، ځکه د (کاف) توری د پارسي د (ژ) یا (گاف) دتوري په څیر نه دی چې تعریب ته اړتیا ولري.

د دې ډلې نظریه سمه بریښي ځکه هم یې دلایل قوي دي او د فقه اللغة د علم د لویانو له هغې جملې د ابن منصور موهوب بن احمد جوالیقی له نظر او د المعرب له کتاب سره سمون لري چې نوموړي هم د قانون لفظ معرب نه دی بللی، قانون د عربو په ژبه کې د شیانو داندازې او مقیاس په معنا دی او د یوې کلې قضیې په معنا چې یو لړ جزئیات بیانوي عبارت دی. باید زیاته کړو چې قانون له هغه خو را مهمو مفاهیمو څخه دی چې د ټولنیزو علومو په حوزه کې په کارول کیږي. البته د (قانون) په کارول (استعمال) یوازې د ټولنیزو علومو په محدوده کې منحصر نه دی بلکې د نورو علومو په ډیرو څانگو کې ډیر پراخ استعمال لري.

ب: قانون د اصطلاح له مخې:

قانون په عامه معنا هغه حقوقی قاعده ده چې صلاحیت لرونکو مراجعوتصویب کړی وي. دقانون لغت په خپله اصطلاحی معنا کې لاندیني مفاهیم افاده کوي.

۱- له قید څخه آزاده او الزام راوړونکې دکلي قواعد و مجموعه (ټولگه) ده چی د انسان ټولنیزچال چلند تنظیموي، دارنگه چې له هغوځینی پیروي، د واکمن ځواک له لوري تشویق او مکافات چې اجرائي د دوي په غاړه ده، له ځان سره لري.

۲- له قانون څخه کله دهغه حقوقی قواعد و مجموعه چې د ځانگړي هیواد پوري اړه لري او په ټاکلي زمانې موده کې اجرا کیږي، او د دوه اړخونوله کبله ورته (وضعي قانون) وايي، لومړی د حاکم قدرت په اراده دهغه د وضع کولو او اجرا په اعتبار او دوهم د نورو احکامو او مقرراتو سره د توپیر په اعتبارچې ټاکلی اجرائیه مرجع نه لری لکه: د اخلاقو، شرف، کرامت او هغه شئونو اصول چی دوی ته ورکړځی اوهرکله چی په هیوادونو کې جاري قوانین ترڅیرنې لاندې نیول شي په همدې مفهوم استعمالیږي.

۳- قانون د هغه احکامو او قواعد ودمجموعې په مفهوم اومعناچې د مقننه ځواک له لوري تشریع او صادرېږي.

ج: د قانون ذاتی ځانگړنې:

په موږ نه نړۍ کې قانون د دارنگه ځانگړنو درلودونکې دي چې له یوې خوا هغه له حکومتي فرمانونو څخه بیلوي اوله بلې خوا یې له ټولنیزو ارزښتونو او اخلاقي اصولو څخه جلاکوي. کوم څه چې لاندې راځي هغه ځانگړنې دي چې قانون یې باید ولري.

۱- د قانون لومړنۍ ځانگړنه دا ده چې باید عام وي. قانون د هغه معیارونو او سټیډردونو په څیر چې په ځمکني قلمرو کې د ټولو هیواد والو لپاره دی، باید د ټولو په نسبت یو خپل وي، د دې اصل سره سم چې د عمومیت (Genrality) اصل هم ورته ویل کیږي، قوانین باید عمومي وي نه شخصي، قانون نه شي کولای د یو خاص شخص لپاره - له دې امله چې یو ټاکلی شخص دی - وضع شي، د مثال په توګه د جمهور رئیس دواکونو په اړوند قانون نه له دی امله چې فلانی جمهور رئیس دی، بلکې له دې کبله چې د جمهور ریاست مقام د دولت له ارګانونو څخه دی، وضع شوی دی او هر هغه څوک رانغاړی چې په دی موقعیت کې قرار ونیسي.

ژان ژاک روسو په ټولنیز تړون (قرارداد اجتماعي) کې وایی: (کله چې وایو د قانون موضوع تل عامه ده، موخه یې دا ده چې قانون اتباع مجموعاً او اعمال یې مطلقاً په پام کې نیسي او منظور ترې هیڅکله، منفرد انسان او په یوازې توګه یو عمل نه دی. پردې بنسټ، که څه هم شونې ده قانون ځینی امتیازات وټاکي، هیڅکله نه ښایي دا امتیازات هغه شخص ته ورکړي چې نوم یې واخیستل شي.... په یوه کلمه، هر حکم چې یوې منفردې موضوع ته راجع شي، له قانون جوړوونکي ځواک پورې اړه نه لري.)

۲- د قانون دوهمه ځانگړنه دا ده چې باید څرګند او اعلام شي.

قوانین باید په عمومي توګه اعلام شي، په هغه صورت کې چې مخني او پټ وي د هغود رعایت په نسبت کوم مکلفیت شتون نه لري، له همدې کبله نن ورځ په ټولو هیوادونو کې، د دولت په رسمي جریده کې د قوانینو خپرول دود دی.

۳- د قوانینو دریمه ځانگړنه دا ده چې نه ښایي پخواني وخت ته وروګرځي، بلکې د هیوادوالو راتلونکي چال چلند ته یې پام وي، قوانین باید راتلونکې ته وګوري اونه دا چې پخواني وخت ته مخ واړوي. پخواني وخت ته د قانون ورتګ یوه مشروطه استثنا ده.

۴- د قانون څلورمه ځانگړنه دا ده چې باید ټولو ته د پوهیدلو وړ، واضح او بې له ابهامه وي، د مبهمو قوانینو لیکل چې د بیلابیلو تفسیرونو لپاره د مجری (اجراء کوونکي)

لاس پرانیستی پرېږدی، کولای شي په آسانی سره د رسمي او دولتي مقاماتو له خوا ترناوړه گټنې لاندې ونيول شي.

قوانین باید په داسې ژبه تدوین شي چې د ټولو په واسطه د پوهیدلو وړ وي. قوانین باید صریح او واضح وي، نه مبهم، خو اړخیز او پیچلي. قوانین باید په داسې ډول تنظیم شي چې وکولای شي د افرادو چال چلند ته لارښوونه وکړي، قانون باید دارنگه وي چې خلک دهغه په وسیله خپله لاره ومومي، په بل تعبیر قانون باید د خپلو تابعانو په لارښوونه قادر وي.

۵- دقانون بله ځانگړنه یی داگټلی ده چی نه ښایی د قوانینو ترمنځ دنی تناقض شتون ولري.

داهم په هغه مواردو کي شاملیږي چې دیو قانون دننه تناقض شتون لري اود قانون اجراء کوونکی، یا قاضیان دحکم د صادرولو پرمهال، د قانون جوړونکي دموخي په مورد کې په تردید کې لویږي اوهم په هغه ځای کې شاملیږي چې دوه سره بیل قوانین په یوه اړیکمنه (مرتبط) موضوع کې دوه متفاوت شیان وایی. البته په هغه ځای کې چې د قانون جوړولو مرکزونه سره بیل وي. د دې ستونزې د پېښیدو احتمال خورازیات وي.

۶- د قانون شپږمه ځانگړنه دا ده چی باید د اجراء وړوي. قانون نه شي کولای له خلکو او هیوادوالو ځنې یو ناشونی څیزوغواړي، نه ښایی قوانین داسې یو څیزوغواړي چې په منطقي توگه یا په عملي توگه ناممکن وي. قوانین باید د پلي کیدو او پیروي کیدلو وړ وي. په بل عبارت قانون په خپل ذات کې د اجرا وړندی، قانون د اجرا کیدولپاره اجرائیه دستگاه ته اړه لري. له دي کبله د هر قانون ترڅنګ، اجرائیوی بنسټ چې د قانون پلي کول تضمین کړي، الزامي دی.

پرپورتنیو ځانگړنو سربیره، قوانین باید استمرار اونسټي ثبات (تیکاو)(Stability) ولري. ۹ کوم قوانین چې ژرتریدونکي او په چټکتیا سره تغیریدونکي (متغیر) وي او په تیره بیا د هغو تغیر پخپلسر (خودسرانه) وي، ثبات اونظم په خطر کې اچوي.

لکه چې پورته مو ورته اشاره وکړه د قانون له نورو ځانگړنو څخه یې دا مسئله واضحه کړیده چې باید اجرائیوي ضمانت ولري. دا ځانگړنه قوانین له ټولنیزو او اخلاقی ارزښتونو څخه جدا کوي، ځکه چې هغوي دولتي اجرائیوي ضمانت نه لري، بلکې دعمومي افکارو تر فشار لاندی او یاد فرد خپل د ننني فشار، مخنیوونکی عامل بلل کیږي.

د: د قانون موخې:

د حقوقو په فلسفه کې له پېچلو مېشتونو څخه يوه د قانون د موخې يا موخو بحث دی. په دې اړوند بېلابېلې او کله کله هم متناقضې رايې شتون لري.

(Marx) ګروهمن وايي چې د حقوقو او قانون موخه په ټولنه کې د واکمنې طبقې د منافعو تامينول دي او نور ډيری پوهان باور لري چې د حقوقو موخه ټولنيز نظم او امنيت دی. يوه ډله هم د حقوقو موخه د منافعو د تضاد له منځه وړل او له ټولنيزي مرستې سره د مناسب چاپيريال رامېنځ ته کول بولي. د مسلمانو حقوقپوهانو له نظره، د حقوقو موخه د عدالت اجراء کول او افرادو ته د هغوي د حقوقو ورکول دي.

سربيره پردې، نظم او امنيت او د ټولنې لازياته مرسته اود انسانانو د اخلاقي او معنوي ودې لپاره د مناسب چاپيريال رامېنځ ته کول هم دهغوي له نظره خورامهم دي خو په حقيقت کې دا موخې د عدالت د اجراء کولو له موخې ځنې بهر نه دي. په دې معنا چې د عدالت د اجراء په سيوري کې به امنيت او نظم او ټولنيزه مرسته په ډيره ښه وجه ترلاسه شي خو په هر صورت که چيرې په ټولنه کې عدالت اجراء نه شي نورې موخې هم نه شي کيدای چې په صحيح توګه تحقق ومومي.

سوله د عدالت له سيوري پرته د لرې وړتيا ځنې برخمنه ده او په هغه چاپيريال کې چې عدالت ته توجه نه وي د افرادو و اخلاق به مخ په ځوړه ولاړ شي.

له دې کبله، کولای شو ووايو چې له قانون جوړولو څخه لومړنۍ موخه د نظم او امنيت رامېنځ ته کول او په ټولنيزو اړيکو کې د افرادو د اختياراتو (واکونو) اودندو دحدودو (پولو) ټاکل دي، خوله قانون جوړولو ځنې موخه په دې پړاو کې پای ته نه رسيږي، ځکه هغه موخه اومقصد چې افراد يې سره راغونډکړي دي، بل څيز دی او هغه خوراغوره مرسته او همکاري او د افرادو د مادي اړتياوو پوره کول او دمنافعو او ښيګڼو دتامين په لوري کې د يوبل دکاراو کوښښ له نتيجي څخه برخمنتوب دی.

کولای شو په دې دوه موخو باندې يو بل ټکی ورزيات کړو او هغه دا چې بايد په دارنگه ښه وضع او اجرا شي چې په ټولنه کې دامنيت اونظم او د افرادو دماضي ښيګڼو د تامين په ترڅ کې د انسانانو دمعنوي ارزښتونو خوندي کوونکی هم وي، ځکه چې انساني وړ ژوند به ددې ارزښتونو له رښتياينې (تحقق) پرته شونی نه وي. اقل حد دا دی چې قانون نه شي کولای د بشري افرادو له معنوي ارزښتونو سره په مخالفت کې وي، له دې امله، هغه قانون چې

و کولای شي د مادي ښيگڼو د ټاټمین په ترڅ کې د انسانانو له ښيگڼو او معنوي ارزښتونو سره همغږی وي د ټولو انسانانو ایديال قانون دی. په مقابل کې، هغه قانون چې ټولې مادي گټې او ټولنیز امنیت ترسره کړي خوانساني ارزښتونه ترپښو لاندې کړي د آزادو او ارزښت پالو انسانانو له نظره به رټلی وي. له دې ټولو سره سره، باید پام مووي چې ټولې دا موخې به په ټولنه کې د عدالت د اجراء په صورت کې ترلاسه شي. له دې کبله، دا هره یوه موخه د عدالت مصداق او یوه برخه تشکیلوي.

هـ: د قانون دنده:

جوته ده چې د قانون شتون د بشري ټولنو له پیدایښت سره یوځای او دهغو په مینځ ته راتگ سره مینځ ته راغلی دی، دا چاره د دې څرگند وی ده چې حتی په لومړنیو ټولنو کې هم فرد ته دا فرصت نه دی ورکړل شوی چې په مطلق العنانه بڼه دخپلې خوښې، هوا او هوس سره سم هغه څه چې زړه یې وغواړي سرته ورسوي. نو د قانون دنده ده چې د افرادو مصئونیت تضمین کړي، د هغوی فعالیتونه تنظیم او د ټولنې نظم اونسق تامین کړي، ترڅو د بی نظمۍ او انارشیزم مخه ونیول شي او په پوره امن او آرامۍ دخپلې بشپړتیا تگلوری ووهي.

له ټولنیز نظام څخې موخه، پرهغوښستیونو د ټولنې تنظیمول دي چې د ټولنې پایښت اودهغې چټک پرمختگ د ټولنیزواړیکو ترمنځ د توازن درامینځته کولو له لارې تضمین کړي. ټولنیز نظام له هرڅه وړاندې د یو ډول تنظیم شتون چې د ټولنې استناد په هغه تضمین کړي لازمي، دا تنظیم باید دهغه ځواک له لورې صورت ومومي چې د افرادو دسرغړاوې مخه پری ونیولای شي.

اوله بلی خوا ددې نظام موخه د ټولنې پایښت او دوام احتوا کول او د هغې ټولې اړتیاوی چې د زمانی اومدنیتونو په اختلاف سره په بیلابیلو ښوځان څرگندوي پوره کول دي. سربیره پردې ټولنیز نظام باید د متضادو منافعو ترمنځ توازن لکه نوې او زړې پدیدې، عامه سلطې اوفردي آزادی- د هغو په رښتیني بڼه تنظیم کړي.

بالاخره باید ووايو چې ټولنیز نظام د ژوندانه له ټولوشرايطو او مناسباتو سره په دایمي حرکت کې دی، پردې بنسټ قانوني نظام هم بې تغیره نه دی پاتې شوی د ټولنیز ژوندانه له تغیر او تحول سره متناسب تغیرکوي، ددې لپاره چې د ټولنیز تکامل قانون یو له بل سره متناسب خپل منزل ووهي اود قانون دنده د هغه له موخو سره سم تحقق ومومی د قوانینو په وضع کولو کې د پورته یاد وشویو حالتونو رعایتول حتمي انگیرل کیږي، له دې پرته د قانون

او ټولنې د غوښتنې او لیوالتیاوو ترمنځ ناندولې ځان څرگند وي او دقانوني نظام پر ضد په عمومي فکري انقلاب پای مومي.

و: قانون ته اړتیا:

دا یومسلم حقیقت دی چې قانون او حکومت د ژوندانه له خورا مهمو ضرورتونو او دفردي او ټولنیزواړتیاووله جملې څخه دی ځکه له هغو پرته د ژوندانه نظام گډوډیږي، اړو دوړ انسان درنځ او مړینې کومې ته سیږي.

هغه ته اړتیا او صحیحه اجراء یې دارنگه په ثبوت رسیدلې ده چې په هکله یې دویلو هیڅ ځای نه شته او د انسان عقل او فطرت دهغه په اړتیا له هیڅ تردید پرته حکم کوي. حتی دیربدوي انسانان د خپل ټولنیز ژوندانه په ډیره ابتدایي بڼه کې د نالیکلیو قوانینو په مراعاتولو مجبور ؤ چې په قراردادی ډول دهغو په رڼاکې د خاص نظم خاوندان کیدل.

د همدې اړتیا پر بنسټ بشرله دپرو لرغونو د وروڅخه ان د پیدایښت له پیله، تراوسني عصره پورې او په دې خاورینه کره کې دژوندانه ترپایه دقانون ترواکمنی لاندې توانیدلي دي چې د ژوندانه تگلوری ووهي و دی اوسمسورتیا ته ورسېږي.

په دې کې شک نه شته چې ټولنه د قانوني قواعدو شتون ته سخته اړتیا لري ترڅو یې دافرادو گټې وساتل شي له دې پرته انارشیزم را مینځ ته کیږي، زورواکي پرمزوری-برلاسي او په ټولنه کې دزور حکومت واکمن، تشویش او اضطراب گرده ټولنه رانغاړي، له دې کبله قانون دهرې ټولنې خورا سخته اړتیا ده او د هغې دنظم او آرامۍ بنسټ تشکیلوي.

قانون او دقانون واکمنی ته اړتیا نه یوازې دن ورځې بشردرک کړیده، بلکې تیرو شویو پوهانو او پخوانیو فیلسوفانو لکه ارسطو دهغه په لزوم ټینگار کړي او ویلي یې دي چې: (دولت دبشري طبیعت له غوښتنو څخه دی، ځکه انسان دمدني طبعي درلودونکې دی، مجبور دی چې په ټولنیزه بڼه ژوند وکړي او هغه څوک چې د دولت وجود نفې کوي یا وحشي انسان دي او یا له انسان څخه لوړ موجود دي چې دولت ته اړتیا نه لري) او له تردید پرته هغه دولت چې وکولای شي ټولنیز ژوندانه ته سروسامان وبخښي، باید پر قانون ولاړوي که نه پرقواعد و او قانون نه ولاړه واکمني له اړودوړ او بې نظمۍ سره مساوي ده، ابن خلدون د ټولنپوهنې د علم بنسټ ایښودونکې هم د حکومت او دولت تشکیل چې غوښتندوی یې قانون دی، لازمه اواړینه چاره بللې ده.

ز: د قانون اهميت:

د انسان په ژوندانه کې د قانون او قانون جوړولو اهميت تردي حده دی چې د هردولت له اصلي ارگانونو څخه يوهم مقننه ځواک يا قانون جوړونه تشکيلوي، د نورو دوو قواوو ترڅنگ، مقننه ځواک لومړنی اواصلي ځواک دی، ځکه دا نورې دوه قواوې يعنې اجرائيه او قضائيه په واقعيت کې دقوانينو تطبيقوونکي او اجرا کوونکي دي او له بلې خوا د عدالت تامين، نظم او امنيت، د اشخاصو د حقونو او آزاديو تضمين يوازې د عادلانه قوانينو دتصويب اوتطبيق له لارې شونی دی او همدارنگه په الهی اديانو کې پيغمبران له (کتاب) سره يو ځای راغلي دي او دانسانانو د ژوندانه د تنظيم لپاره يې دشریعت بنسټ ايښی دی.

کتاب او شريعت د دارنگه قوانينو درلودونکی دی چې په بيلابيلو ډگرونو کې دانسان اړيکې له څښتن تعالی (ج) طبيعت او ټولنې سره تنظيموي.

ج: د قانوني قاعدې خصلتونه:

لکه څرنگه چې د قانون په تعريف کې يې ويلې دي چې قانون د هغه قواعدو مجموعه ده چې ټولنيزي اړيکې تنظيموي او د غوښتنې پرمهال افراد د زور له لارې د هغه درناوي ته اړيستل کيږي.

له پورتنی تعريف څخه دارنگه بريښي چې قانوني قاعده دلاندنيو درې گونو خصلتونو په درلودلو سره له نورو قوانينو څخې متمایزه گڼل کيږي.

۱- دا قاعده عامه او مجرد وي.

۲- ټولنيزواړيکو ته پياوړتيا بخښی.

۳- له مادي جزا سره ملگري ده.

پورتنیو خواصو ته په لږ څه تفصيل سره شرحه ورکوو:

لومړنی خاصيت: قانوني قاعده عامه او مجرد ده

د قانوني قاعدې له عمومييت او مجردوالي څنې موخه څه شی ده ؟ د قانوني قاعدې عمومييت او تجريد په دي معنا دي چې بالذات کوم ټاکلي شخص ته متوجه ندی او بالذات ترکومي پيښې پورې اختصاص ونه لري بلکې دارنگه اوصاف اوشرایط بيا نوي چې دخطاب وراشخاص ټاکي او هغه پيښه چې نوموړي شرایط په کې راغونډ شوي اوياده قاعده پرې انطباق پيدا کړي تر تطبيق لاندې نيسي. په روښانه عبارت هر شخص چې ذکرشوي صفتونه په کې شتون ولري اوهره پيښه چې نوموړي شرایط ولري يادې شوې قاعدې پرې تطبيقيږي.

دوهم خاصیت: قانوني قاعدې ټولنيزې اړيکې تنظيموي:

وړاندي وويل شول چې قانون د ټولنې په شتون سره مينځ ته راځي او د هغه څه د تنظيم لپاره چې د افرادو او ټولنې ترمنځ هست کيږي اړين انگيرل کيږي. نوله دې امله په ټولنيز چال چلند کې د اړيکو او مناسباتو را مينځ ته کيدل د بهرنيو بنسکارندو (مظاهرو) غوښتونکي دي، چې همدا ظاهري چال چلند د قانوني اړيکو او مناسباتو موضوع او د هغوي موخه تشکيلوي.

پر دې بنسټ قانون پر هغه څه چې د انسان په ذهن کې تيريږي، تر هغه مهاله چې د عادت له مخې د هغه بنسکارندې (مظاهر) له ذهن او ضمير بهر څرگند نه شي د تطبيق وړنه گڼل کيږي، د بيلگې په توگه د جرم په ارتکاب کې مجرد فکر او پر هغه تصميم نيول تر هغې پورې چې مادي اثر يې په عملي توگه په بهر کې څرگندنه شي د قانون تر حکم لاندې نه راځي.

درېم خاصیت: قانوني قاعده له مادي جزا سره ملگري ده.

جزا عبارت ده له قانون څخه د مخالفت له مرتبه اثر څخې چې کله د جبر او اکراه لفظ هم پرې اطلاق کيږي، جبر او اکراه هغه مهال استعمالیږي چې شخص په خپله اراده او اختيار د هغه کار له کولو او نه کولو څخه چې د قانون له مخې پرې مکلف وي امتناع وکړي، له جزا څخې موخه د افراد وپراړاده فشار دی ترڅو قانوني او امر او نواهي رعايت او تمثيل کړي او له هغه څخه د مخالفت پر مهال له قانون څخې د مخالف عمل د آثارو او نخبو دله منع وړلو او د مرتکب د حال د اصلاح په موخه جزا پرې مرتب شي.

د جزا تطبيق د ټولنې دننه د نظم د استقرار او استحکام په موخه صورت مومي، ځکه د قانون، اساسي دنده د ټولنيز نظم ټينگول دي، که چيرې افراد له قانون څخه په پيروۍ او نه پيروۍ آزاد پريښودل شي، له شک پرته د قانون دنده تحقق نه مومي.

له پورتنیو يادونو څخه نه ښايي دې پايلې ته ورسېږو چې قانون ته درناوی د جبر او اکراه له لارې پرته صورت نه شي نيولای بلکه د جزا تطبيق ته اړتيا يوه استثنايي چاره ده، قانون ته احترام په غالب ډول د افرادو درضا او رغبت له لارې صورت مومي.

د دې اصل له يادولو څخې موخه چې قانون له عادي جزا سره ملگري دی په هغه حالاتو کې تطبيقیږي چې اړتيا ورته احساس شي، په هغه حالاتو کې دی چې فرد د قانون له دايرې څخه بهر شي او د قانون احکام ترېښو لاندې کړي.

ح: دقانون او حکومت بيلتون نه منل:

هرقانون ترهغه مهاله د اعتبار او ارزښت څنې برخمن دی چې اجرائیوي ضمانت ولري، دقانون داجرائیوي ضمانت ترټولومهم عامل، دحکومت اوسياسي مقتدرنظام شتون دي، له دي کبله د قانون او حکومت بيلتون يوله بله نه جلاکيدونکی ذهن ته راځي، مگر دا چې د قانون عمر او دوران تير او يوازې د الفاظو په قالب کې دکاغذ پرمخ محبوس پاتې شوی دی.

ط: ارگانیک او عادی قوانین:

په حقوقي متونو کې څنې وختونه د ارگانیک قانون له لفظ سره مخامخ کېږو ددې لپاره چې ارگانیک قانون وپېژنو او له عادی قانون سره یې توپیر ته څېړشو نو لازمه ده لومړی له ارگانیک قانون څخه تعریف ولرو.

لومړی: - دفرانسې اساسي قانون، قوانین په عادي (Lois normales) او ارگانیک (Lois organiques یا organic Law) ویشلی دي.

دنوموړي اساسي قانون ۴۶۵- مې مادې له مخې، ارگانیک قوانین په هغو قوانینو اطلاق کېږي چې اساسی قانون د هغوي تصویب په خاص مورد او ترخاصو شرایطو لاندې اټکل کړی دی.

کولای شو دفرانسې په حقوقي نظام کې ارگانیک قانون په دوه ډوله تعریف کړو:

۱- ماهوي تعریف: دعمومي ځواکونو (عامه قواوو) دسازمان او کارکړنو پورې اړوند قوانین چې دخلکو له اساسي حقوقو سره اړیکه لري خود اساسي قانون په اندازه له کلیت او شمول ځینې برخمن نه دي.

۲- شکلي تعریف: هغه قوانین چې اساسي قانون په صراحت سره پارلمان د هغوي په تصویب مکلف کړی او خاص تشریفات یې ورته په پام کې نیولي دي.

په لنډه توګه ویلای شو ارګانیک قانون هغه قانون دی چې ارګانیک صفت یې په اساسي قانون کې دموئسې قوې له خوا اټکل شوی وي او د عادي قانون له تصویب سره د تصویب له مخې دلږو توپیر لرونکو خاصو تشریفاتو درلودونکی دي او داساسي قانون شورا یې باید له اساسي قانون سره مطابقت (سمون) وڅېړي.

دوهم: له عادي قانون سره دارګانیک قانون توپیر دا دي چې د فرانسې په حقوقي نظام کې له اساسي قانون سره د عادي قوانینو د مطابقت څېړنه صورت نه مومي، مګر دا چې دا چاره د ټاکلیو سیاسي مقاماتو په واسطه د اساسي قانون له شورا څنې وغوښتل شي.

په داسې حال کې چې، د اساسي قانون شورا مکلفه ده له اساسي قانون سره د ارګانیک قانون د مطابقت څېړنه ترسره کړي که کوم نهاد دا غوښتنه وکړي يا نه. بل توپیر یې دا دی چې د فرانسې په حقوقي نظام کې د عادي قوانینو په نسبت ارګانیک قانون له خورا زیات اهمیت څخه برخمن دی او د نورمونو د مراتبو د لړۍ له نظره له اساسي قانون څخه په ښکته مرتبه او له عادي قوانینو څخه په پورته مرتبه کې ځای نیسي.

دې پوښتنې ته په ځواب کې چې آیا د افغانستان په حقوقي نظام کې ارګانیک قانون شتون لري یا نه؟ باید ووايو چې د افغانستان په حقوقي نظام کې ارګانیک قانون شتون نه لري ځکه:

۱- دفرانسې د اساسي قانون پر خلاف، دهیواد اساسي قانون هیڅ قانون ته ارګانیک وصف نه دی ورکړی.

۲- هغه قوانین چې له لومړي سره د هغوي د تصویب لږوم اساسي قانون اټکل کړي دي، له نورو قوانینو سره په پارلمان کې د تصویب له څرنگوالي او دسترې محکمې له نظارتو کوم توپیر نه لري.

۳- هغه قوانین چې له لومړي سره دهغوي د تصویب لږوم اساسي قانون اټکل کړي دی، د نورماتيفي ارزښت له لحاظه له نورو قوانینو سره توپیر نه لري او د اهمیت له نظره په یوه سطحه کې قرار لري.

دوهم پاراګراف

اساسي قانون

الف: داساسي قانون تعریف:

داساسي قانون له تعریف څخه وړاندې لازمه ده د اساسي قانون داصطلاح اورېښې په هکله څرګندونې وشي.

داسې برېښي چې داساسي قانون اصطلاح د لومړي ځل لپاره دهغې په ننني مفهوم سره د ۱۷۸۷ میلادي کال د سپتمبر په اووه لسمه د امریکا داساسي قانون په تصویب سره حقوقي ادبیاتو او په ځانګړې توګه اساسي حقوقو ته ننوتی ده. اساسي قانون د انګلیسي لغت (Constitution) ژباړه ده چې دقیقه ترجمه یې (اساسي) (نظامنامه) (بنیه) (ساختمان) (تشکیل) او (تاسیس) دی.

(Constitution) د (Constitute) لغت له ریښې څنې اخیستل شوي دي چې په لغت کې دتشکیلولو، تاسیسولو، ترکیب کولو، بنسټ ایښودلو او جوړولو په معنا دی. هغه بنسټ

(نهاد) ته چې د اساسي قانون د تصویب صلاحیت لري (Constituent) وايي چې په لغت کې د (جوړوونکې) او (تشکیلوونکې) په معنا دی. له همدې کبله د مؤسسانو مجلس یامؤسسې قوی ته (Constituent assembly) وايي.

له تاریخي پلوه د (Constitution) له اصطلاح څخه دروم په امپراتورۍ کې هم کار اخیستل کیده او درومي امپراتورۍ د ټولو هغو مقرراتو او فرمانونو انعکاس و چې د حقوقو د منابعو مفهوم یې درلود.

په بشری تاریخ کې داساسي قانون اصطلاح دهغه اصولو په باره کې چې د دولت سیاسي تشکیلات او دعامه قواوو اړیکوته یې سازمان ورکاوه استعمالیده.

داساسي قانون په تعریف کې ویل شوي دي: د دولت د سازمان ورکولو د بنسټیزو قواعدو مجموعه چې د قانون د یو رسمي سند په بڼه، دصلاحیت لرونکو ځانګړو مقاماتو په واسطه تصویب او صادرشويدي.

د محتوایي معیارله مخې، اساسي قانون ټولو هغه قواعدو اومقرراتو ته ویل کیږي چې د قدرت او دهغه دانتقال او اجراپوري اړوند وي.

ب: داساسي قانون معنا او مفهوم:

د هر هیواد اساسي قانون د خلکو له مهمو اوحیاتي ارکانو څخه دی. چې د یوهیواد د نظام میتود او چوکاټ مشخص او ټاکي. که چیري اساسي قانون خلکو ته په زړه پوري وي او د ټولنې د ټولو قشرونو حقوق خوندي کړي، دولت او خلک به ډېرمختګ اوترقي په لورې ولاړشي.

یوپوه په دی باور دی: یو اساسي قانون د اصولویو کلکسیون دي چې دا اصول د حکومت د اقتداراصول اود هیواد والو (شهروندانو) حقوق د دوی ترمنځ ټاکي.

اساسي قانون د اساسي حقوقو له اصلي او مهمو موضوعاتو څخه دي. اساسي حقوق دعمومي حقوقو له ځانګړو ځنې شمیرل کیږي او عمومي حقوق هم د داخلي حقوقو یوه څانګه ده.

ج: اساسي قانون په عامه معنا:

اساسي قانون په عامه معنا دهغه قواعدواومقرراتو یوه مجموعه ده چې د(قدرت) په تنظیم پوري اړه لری. له دي کبله د اساسي قانون قواعد اومقررات ټول هغه مقررات دی چې د افرادو، رعایاوو یاد اتباعو او دولت ترمنځ په سیاسي روابطو حاکم دي او ټول هغه اصول دي

چې د هیواد د سیاسي نهادونو او دفرمان ورکوونکو او فرمان وړونکو ترمنځ د قدرت په ارتباط مؤثر دي.

اساسي قانون له یوې خوا د قدرت په مقابل کې د افرادو او رعایاوو د آزادۍ حدود او له بلې خوا د فردي حقوقو دساحې د نافذو تشکیلاتو د صلاحیت حدود دهغه په مقابل کې په ځوته کوي.

د: د اساسي قانون د پیدایښت موارد:

سیاسي تاریخ یې رابښي چې اساسي قانون په عمومي توګه په لاندې دریو مواردو کې، مینځ ته راغلی دی:

لومړی: - د ټولنې د تدریجې تحول او دفرمان ورکوونکو او خلکو ترمنځ د مساعدو عیني او ذهني شرایطو د ایجاد په اثر. د قاعدې له مخې په دې صورت کې فرمان ورکوونکې دخپل مقام دساتنې او پایښت په موخه دخپل میکانیزم له مخې د اساسي قانون په څیریومحدودیت (Auto limitation) ته غاړه ږدي. په افغانستان کې ۱۳۴۳هـ ش کال تصویب شوي اساسي قانون اوهمدارنگه د ۱۳۶۶هـ ش کال اساسي قانون تردې شرایطو لاندې وضع او تصویب شوی دی. په دارنگه مواردو کې اصل سیاسي نظام خوندي پاتې کیږي، خونوي شرایط او موجود سیاسي، ټولنیز، فرهنگي او نړیوال فشارونه، فرمان ورکوونکي په دې باوري کوي چې یولې زیاتو محدودیتونو ته غاړه کېږي او دخلکو فردي او ټولنیزو آزادیو ته درناوی وکړي.

دوهم: د نویو دولتونو د رامینځ ته کیدو وروسته اوله هغه سره د متناسب جوړښت لزوم، د امریکا متحده ایالتونه په ۱۷۸۷ میلادی کال کې له خپلې خپلواکۍ وروسته، یا داسې هیوادونه لکه چکوسلواکیا او یوګوسلاویا له لومړۍ نړیوالې (۱۹۱۴-۱۹۱۸) میلادي کلونو جګړې وروسته، هند او پاکستان له بریتانیا څخه له جلاکیدو وروسته، بیلاییل امریکایي هیوادونه د اروپایي هیوادو داستعمار له جغ څنې له خلاصون وروسته، دهغه نویو تشکیل شویو هیوادونو له ډلې څخه دي چې خپل اساسي قانون ته رسیدلې دي. په افغانستان کې لومړنی اساسي قانون چې ۱۳۰۱هـ ش کال کې، په ۱۹۱۹ع کال کې زمونږ د هیواد د بشپړې خپلواکۍ د ترلاسه کیدو وروسته وضع او تصویب شو، د دې مورد له بیلګو څخه دی.

درېم: - د انقلابونو یا کودتاوو یا چټکو تحولاتو وروسته، چې په یوه هیواد کې د موجوده رژیم په ماتیدلو منجر کیږي. ۱۷۹۱ میلادي کال اساسي قانون دفرانسې له انقلاب وروسته، په

پخواني شوروي اتحاد کې ۱۹۱۷ ميلادي کال د اکتوبر له انقلاب وروسته د ۱۹۱۸ او ۱۹۲۴ ميلادي کلونو اساسي قوانين. په افغانستان کې د امان الله خان د حکومت له سقوط وروسته د ۱۳۰۹ هـ ش کال اساسي قانون، د سلطنتي نظام پر ضد د ۱۳۵۲ هـ ش کال له کودتا وروسته د ۱۳۵۵ هـ ش کال اساسي قانون او داسې نور.

هـ: - اساسي قانون ته دانسان د اړتيا دلایل:

د مطلب د ښې توضیح لپاره باید ووايو چې انسان دوه اړخيزه موجود دي او ژوند یی په دوو فردي او ټولنيزو اړخونو کې تنظيمیږي. په فردي اړخ کې، انسان دي او د ده شخصي اړتيا وي، هیلې، لیوالتیاوې، افکار، باورونه، آرمانونه او دده حقوق او فردي آزادی، خو په ټولنیز اړخ کې له نورو سره دده اړیکې او مناسبات مطرح کیږي.

څرنګه چې دا اړیکې او مناسبات ډیر متنوع او ډول ډول دي د اړیکو د ډول له مخې، بیلابیلې ټولنیزې ډلې سر راپورته کوی د بیلګې په توګه د کورنۍ له غړیو سره د فرد له اړیکې څخه، قبیلې، قوم او ملت او بیلابیلې فامیلې، قبیلوي، قومي او ملي ډلې منځ ته راځي او له بازار او اصنافو سره د ده له اړیکې څخه صنفی او اقتصادي ډلې راڅرګندیږي او په همدې ترتیب سره په ملی او نړیوالو ډګرونو کې فرهنګي، هنري، صنعتي، کارګري، زراعتي، تجارتي، علمي او سیاسي ډلې. دا ډلې په ټولنه کې بنسټونه (نهادونه) را منځ ته کوي خو دا ټول کوچني او بیلا بیل نهادونه د (دولت) په نامه په (یوه ستر نهاد) کې هضمیږي او د (حکومت) په نامه د یو ستر چتر تر سیوري لاندې وده مومي او نظم او سمون پیدا کوي او خپل حرکت او فعالیت ته ادامه ورکوي له دې امله (دولت) په واقعیت کې د انسان د ژوندانه د ټولنیز اړخ خلا او د ده د ډله ییزو او ټولنیزو حرکتونو ډګر او (حکومت) هم د هغه سمون ورکوونکی دی او که دا لوی نهاد یعنی (دولت) شتون ونه لري، د انسانانو ټولنیز ژوند به فلج او له ګډوډۍ سره مخ شي.

آما پخپله د دولت او حکومت په هکله هم دوه مسئلې د تأمل وړ دي:

لومړۍ دا چې: د وخت په تیریدو او د ژوندانه له پراختیاوو سره یو ځای او د ټولنیزو اړیکو او مناسباتو په پیچلي کیدو سره، د دولت او د حکومتی اقتدار دستګاوې هم، خورا پراخې او پیچلې شوي او باید داسې لاره وسنجول شي ترڅو دا اقتدار تعریف کړي او حدود او پولې یی مشخص کړي، د ټولنې د مدیریت غوره لارې په ګوته کړي، د دولتي دستګاوو دندې او دهغوي ترمنځ د اړیکو ډول روښانه او تنظیم کړي.

دوهم دا چې: حکومت دخپل قدرت لیواله ماهیت له مخې، په طبیعي ډول (فساد) ته لیوالتیا لري او ډیری دا فساد د (فرد پر حریم) او (فردی حقوقو) د تیري په قالب کې تبارز کوي. په بل عبارت حکومت چې د انسان د ژوندانه د (ټولنیزاړخ) خلا ده د ده له (فردی اړخ) سره اختلاف او ټکر پیدا کوي او ددې اختلاف او شخړې په اړخ وډب کې، په طبیعي توګه، هغه لوری چې خورا کمزوری او ناتوانه دی یعنې (فردی اړخ) دخورا پیاوړی لوری په واسطه یعنې (ټولنیزاړخ) چې سمبول او ځواکمن استازی یې (حکومت) دي، محاوره منځه وړل کیږي او همدا کړنه پخپله د انسان د تباهی او نابودۍ لامل ګرځي، ځکه له فلسفي نظره د اجزاوو او برخوله منځه تلل د مرکب د له منځه تللو باعث ګرځي.

دوو یادوشویو ستونزو ته په پام سره دا اړتیا احساس شوه چې ددې ستونزو د بنسټیز حل لپاره باید قواعد او اصول تنظیم شي ترڅو:

- ۱- دحکومت غوره لارې، مناسبې بڼې او ګټور جوړښت څرګند کړي.
- ۲- د حکومتی دستګاوو او ځواکونو ترمنځ اړیکې تنظیم کړي.
- ۳- د دولت صلاحیتونه، دندې او اصلي مکلفیتونه وښايي.
- ۴- په دقیقه توګه د افرادو حقوق او عمومي آزادۍ وپيژني.
- ۵- عدالت تامین او د حکومت یا اشخاصو له تیري څخه د یو بل د حقوقو پر حریم مخنیوي وکړي.

کوم قواعد او مقررات چې د پورتنیو هدفونو د تامین په موخه وضع کیږي، هماغه څیز دی چې نن ورځ د (اساسي قانون) په نامه یادېږي. له دې کبله د (ټولنی)، (حکومت) او (قانون) دا درې اصله په واقعیت کې درې عنصره دي چې د انسان په هویت او شخصیت کې جرړه لري او درې واړه عناصر د یو بل بشپړوونکي دي او هیڅ یوله بل پرته نه شي کولای د انسان ژوند ته سمون ورکړي او د ده نیکمرغي تامین کړي.

و: داساسي قانون منځپانګه (محتویات):

کوم ټکی چې دلته پرې بحث کیږي، دا دي چې باید په اساسي قانون کې کوم ډول موضوعات او مطالب درج شي. آیا دا مطالب معیاري او سټنډرډ وي او په ټولو شرایطو او ګردو هیوادونو کې باید یوځل په پام کې ونیول شي یا دا چې له هر هیواده او په هره زمانه کې سره توپیر لري.

سره له دي چې ځيني مطالب او کلي موضوعات په ټولو اساسي قوانينو کې عام دي او له بڼو څخه په يوه بڼه په هغو کې ځای پرځای کېږي، خو کوم مشخص او ځانگړي ضوابط، معيارونه او ملاکونه شتون نه لري ترڅو دا ضوابط د هيوادونو د اساسي قوانينو په ټولو متنونو کې ځای پرځای کړل شي، ځکه هر هيواد خپل ځانگړی او خاص شرايط لري. او له بلې خوا د زمانې غوښتنې او ايجابات په تحول کې دي.

اساسي قوانين په بيلا بيلو ډولونو ویشل کېږي. له دې کبله ځينو قوانينو مطالب په لنډه توگه او ځينو هم په مفصل ډول په خپل متن کې ځای پرځای کړي دي.

له دي ټولوسره سره هغه څه چې په ډيري اساسي قوانينو کې عام دي، لاندیني کلي موضوعات دي:

لومړي: د سياسي رژيم د ډول (نوعی) د ټاکنې موضوع، د سياسي چوکاټ جوړول، دفرمان ورکونکو دغوره کولو او ټاکنې څرنگوالي، د بنسټونو او د هيواد د درې گونو قواوونتنظيم، ددي ارگانونو تر مينځ اړيکې، او د دولت د ارگانونو ترمنځ دواک ویش.

دوهم: د هيوادوالو د حقوقو اوسياسي آزاديو يادونه، او د بشر د حقوقو له نړيوالې اعلاميې او بين المللي ميثاقونو او کنوانسيونونو سره په مطابقت کې د دي حقوقو او آزاديو تضمين او رعايت.

دا هغه عمده مطالب دي چې په اساسي قانون کې د هغو په تضمين او رعايت سره، د دولت په اداره کې د خلکو د گډون د حق منل او د چارواکو او متصديانو او دقانون جوړونې په قوه کې د خلکو د استازيو په غوره کولو کې په ونډه اخيستلو سره، د يوې مدني او قانونمنده ټولنې د را مينځ ته کيدلو زمينه مساعدېږي.

پر پورتنیو دوه عمده مطلبونو سربيره نور موضوعات لکه د اقتصادي نظام د ډول ټاکنه او بيانول، د ځواک د سرچينې، د دولت د ارکانو او د ادارو د چارو د مسئولينو او لوړ پوړو دولتي مقاماتو د دندو او واکونو توضيح کول، د هغه اصولو له جملې څخه دي چې د دولت او حکومت په جوړښت او د رژيم په ډول کې، خورا ستره اغيزه لري.

د اساسي قانون د تدوين په موخه، د لاندنيو اصولو رعايتول هم لازم بلل کېږي.

۱- په اساسي قانون کې بايد دعمومي اوکلي اصولو يادونه وشي او غير اساسي مسايل عادي قوانينو ته پريښودل شي.

۲- د اساسي قانون مادې بايد د اصولو د توضيح په خاطر په منطقي بڼه تنظيم شي.

- ۳- اساسي قانون بايد د ټولنې د خلکو پراعتقادي بنسټ او معتقداتو ولاړوي.
 - ۴- اساسي قانون د ټولنې د خلکو د سياسي، اخلاقي، ټولنيز او اقتصادي تفکر له طرز او تاريخي سوابقو سره سمون ولري.
 - ۵- په اساسي قانون کې درج شوي مطالب بايد پريکنده، روښانه، څرگند او له هر ډول ابهام ځينې پاک وي. که چيرې د اساسي قانون احکام پيچلتيا او ابهام ولري، د تفسيراو تعبيراو د نتايجو (پايلو) د استنباط امکان تري متصور دي په پايله کې له غرض څخه ډکو اعمالو (کړنو) او اختلاف ته لاره برابروي. هره مرجع په خپله گټه تري تعبير کوي. په واقعيت کې دارنگه يو متن، معيوب او نيمگړی دي.
 - ۶- دمطالبو په ډلبندي (فصل بندي) کې ترتيب او تنظيم رعايت شي، په يوې موضوع پورې اړيکمن مبحثونه په يوه څپر کې (فصل) کې بايد تنظيم شي، په تيت او پرک او پاشلې بڼه دمطالبو له ذکر کولو څخه مخنيوی وشي، ترڅو هغه شخص چې له قانون څخه استفاده کوي اړنه شي ترڅو ټول قانون ولولي.
 - ۷- د هغه تقليدي احکامو له ذکر کولو څخه چې د زمانې د شرايطو او غوښتنو سره سم د تطبيق وړتيا نه لري، ځان وژغورل شي، داسې مادې، دې په اساسي قانون کې ځای کړل شي چې د اجراء او عملي کيدو وړ وي.
- ز: د قوانينو په کورنۍ کې داساسي قانون ځای ځايگي:
- جوته ده چې د يو هيواد د قوانينو په مينځ کې د اساسي قانون ځای ځايگي دومره مهم اولوردي چې ترې د قوانينو مور يا (ام القوانين) په نامه يادونه کيږي او په همدې دليل يې قوانين د مراتبو ډلړۍ له نظره دارنگه ډلبندي کړي دي.
- ۱- په لومړۍ درجه کې، اساسي قانون، ۲- په دوهمه درجه کې عادي قوانين ۳- په دريمه درجه کې تقنيني فرمانونه او د دولت مصوبې (تصويب نامي).
- دمراتبود دي لړۍ اصلي فلسفه او په لومړۍ درجه کې د اساسي قانون قرار درلودل د اټکې دي چې اساسي قانون په هر هيواد کې د نوموړي هيواد د حقوقي نظام د عمومي چوکاټ رول ترسره کوي يعني د يوه هيواد د سياسي او حقوقي سيستم اصلي جوړښت او بنسټيز او بيخنيز (بنیادین) اصول دهغه په اساسي قانون کې ښودل کيږي. په واقعيت کې اساسي قانون د يوې تابلو رول لري چې کولاي شو دهغه پر مخ ديوهيواد دنظام رښتيني او اصلي څهره ووينواو له بلې خوا نور ټول قوانين او تقنيني فرمانونه چې ټول د هيواد په اداره کې په بيلا بيلو

سیاسي، ټولنیزو، اقتصادي، فرهنګي او... ډګرونو کې حیاتي اوبنسټیز رول لري، باید د اساسي قانون په چوکاټ کې او د هغه د احکامو اومنځپانګې له روحیې سره په سمون کې وضع شي او که چیرې د اساسي قانون له احکامو سره ډیر لږ مخالفت یا تعارض ولري، که څه هم ډیر غوره قانون وي او د یوې خورا مهمې موضوع په اړوند هم وي، له اعتبار څخه ساقط، باطل او ملغا انگیرل کېږي.

نوی اساسي قوانین معمولاً پر یوې سريزې (دبیاچه) پیل کېږي چې په هغې کې د اساسي قانون د لاملونو او اړتیا انگیزې، دهغه سیاسي او ټولنیزې موخې او د ملت او حاکمه پلاوي متقابلې ژمنه درج کېږي.

په واقعیت کې د اساسي قانون سريزه د سیاسي نظام کلي اصولو لکه د دولت بڼې، سیاسي رژیم، دهیواد اداري جوړښت، ملي واکمنۍ او دارنګه نورو مسایلو ته ځانګړي کېږي. د اتباعو (هیواد والو) اساسي حقوق او وجیې یوه بله عمده برخه ده چې موږ د اساسي قوانین ورته پاملرنه کوي.

دا برخه په عمده ډول فردي او ټولنیزې آزادۍ لکه مدني، سیاسي، دیني او داسې نورې رانغاړي. په همدې ترتیب سره اساسي قانون دحاکمه پلاوي او یا دولتي قدرت د جوړښت په معرفۍ او پیژندلو لاس پورې کوي او د عامه قدرت د ارګانونو د توضیح په ترڅ کې درې ګونې قواوي یعنې اجرائیه، مقننه او قضائیه قوه او د دې موسسو متقابلې اړیکې تنظیموي.

ح: - له عادي قوانینو سره د اساسي قانون مهم توپیرونه:

پورتني لوړ ځای ځایګې او اهمیت ته په کتنه (اساسي قانون) له عادي قوانینو سره بنسټیز توپیرونه لري چې ترټولو مهم یې لاندیني چارې دي.

۱- د موضوع او قلمرو (ساحې) له نظره:

لکه څرنګه چې وړاندي ورته اشاره وشوه اساسي قانون په دوه ډیرو حیاتي، اساسي اوعمومي موضوعاتو لاس پورې کوی چې یو د دولت سازمان او تشکیلات اوبل د ملت اساسي حقوق او دافرادو عمومي آزادۍ دي خو د عادي قوانینو قلمرو یا موضوع د هیواد فرعي اوعادي چارې او مسایل دي چې د ټولنې د ورځنۍ ادارې لپاره تدوین او تصویبېږي.

۲- د بڼې او فورم او تقنیني اجرائیوي میتودونو له نظره:

دا توپیرونه هم په دې مواردو کې ډیر جدي او ژور دي:

A- د تصویب، د وضع کولو او تشریفاتو د میتود له نظره ډیر غوره توپیر شتون لري ځکه د عادي قوانینو په وضع کولو کې د پارلمان پریکړه او تصویب کفایت کوي. خود اساسي قانون په وضع کولو کې یو ډیرې پیچلې او اوږدې لارې په پام کې نیول کېږي.

B- د تعدیل او بیا ځلې کتنې (بازنگري) د میتود له نظره هم همدارنگه دي یعنې د یو عادي قانون په لغو کولو کې د پارلمان تصویب کفایت کوي خود اساسي قانون د یوې مادې لغوه کول یا تعدیلول هیڅکله په دې اسانتیا سره شونتیا (امکان) نه لري.

C- له اساسي قانون څخه د ساتنې او د هغه د تطبیق او احکامو د صحیح اجرا کولو د تضمین له نظره هم همدا توپیر لیدل کېږي ځکه د اساسي قانون په اړوند غالباً یو ډیر پیاوړي او واکمن ارگان موظف کېږي ترڅو نور قوانین کنترول کړي او له اساسي قانون سره د مخالفو قوانینو له اجرا کولو څخه مخنیوي وکړي او دلزوم په صورت کې داساسي قانون اصول په صحیح او درست ډول تفسیر کړي خو په عادي قانون کې دا تشریفات شتون نه لري.

ط: داساسي قانون امتیازات او د اساسي قانون د علویت (فوقیت) موارد:

لکه هماغسې چې وړاندې ورته اشاره وشوه نه شي کیدای چې اساسي قانون ته په ساده ډول تغیر ورکړو، سره له دې چې اساسي قانون د نورو قوانینو په څیر یو قانون دی مگر د شتون او تولد یا د مینځ ته راتگ د څرنگوالی او یا پراحمکامو یې د نوې کتنې له لحاظه له نورو قوانینو سره توپیر لري.

د حقوقي مراتبو په لړۍ کې لکه څرنگه چې وړاندې وویل شول اساسي قانون دنورو قوانینو په نسبت د لوړ او عالی ځای ځایگي درلودونکی دي.

د قوانینو د وضع کولو په مهال اړینه گڼل شوي ده چې نه بنایي هیڅ عادي قانون د هیواد له اساسي قانون سره مخالف وي. په دې توگه نور قوانین د یو هیواد د اساسي قانون له خوا ترمیزان (تلنې) او سنجش لاندې نیول کېږي. د عادي قوانینو په نسبت د اساسي قانون علویت د دې غوښتنه کوي ترڅو په عمل کې د دې لوړتیا (فوقیت) د خونديتیا به په موخه تضمینونه شتون ولري.

ي: له اساسي قانون سره د عادي قوانینو سمبنت:

اساسي قانون د یوملي تړون (میثاق) او د هیوادوالو (اتباعو) د حقوقو د خونديتوب او ساتنې د کتنې او د یوبل په وړاندې او دخلکو په وړاندې د عامه بنسټونو د حقوقو او اړیکو

داحتواکوونکي په توګه له ځانګړي ارزښت څخې برخمن دي او د همدې ارزښت پربنسټ د قوانینو د مور په حیث ګڼل کېږي.

دا په دې مفهوم دي چې نور قوانین د اساسي قانون د تجویز شویو دستورونو په حدودو کې او داساسي قانون د ساتنې او درنښت په روحيې اوله هغه طرز العمل سره سم چې په اساسي قانون کې اټکل شوي دي، وضع کېږي.

یعنې د قوانینو په تدوین او وضع کولو کې د الهام منبع، اساسي قانون دي، له همدې کبله عادي قوانین باید له اساسي قانون سره په سمښت او د اساسي قانون روحيې ته په درنښت او احترام سره وي.

ک: له اساسي قانون سره د نورو حقوقي قواعدو د سمښت څپړل:

دنورو حقوقي قواعدو په نسبت د اساسي قانون د لوړتیا داصل منل د دې غوښتنه کوي ترڅو ټول حقوقي قواعد چې په یو هیواد کې وضع کېږي، باید داساسي قانون له احکامو سره مطابق او موافق تدوین شوي وي، دهغه له نصوصو سره مخالفت ونلري. دهیوادوالو اساسي حقوق په یو هیواد کې رعایت شي، د دولت د هر رکن دندې او واکونه مشخص او وټاکل شي، پر یوې قوې د بلې قوې د تیري او لاسوهنې مخه ونیول شي، وضع شوي اصول په جدي توګه په پام کې ونیول شي او مراعات شي او کوم شخص او مرجع ته دسرغړونې فرصت ورنه کړل شي، د قوانینو په مینځ ته راوړلو کې دوه ډولتوب (دوګانګي) را مینځ ته نه شي، یوه منل شوې حقوقي قاعده په خپل قانوني قوت پاتې شي او په پای کې د هیواد د سیاسي ثبات اصل د نوساناتو ښکار نه شي، دا چاره دیوې حقوقي قاعدې د رامینځ ته کیدو مرجع یا منبع ته د درناوي منطقي نتیجه ده.

۲۵

دقانون د واکمنۍ ټینګښت او دقانوني دولت را مینځ ته کول، د دې غوښتنه کوي ترڅو دندهادونو، ادارو، د چارو د مسئولینو او د هیواد د ټولو اتباعو پراعمالو او افعالو قانون حاکم وګرځول شي، د دولت ارګان له عادي قوانینو څخې په عام شکل او د اساسي قانون له احکامو څخه په خاص ډول پیروي وکړي.

له هغه ځایه چې اساسي قانون د دولت او خلکو ترمنځ یو تړون دي، چې پخپله د هغوي د غوښتنې سره سم او دهغوي په ازاده اراده د موسسانو د مجلس (زمونږ په هیواد کې دلوېې جرګې) له لارې منځ ته راځي، نو له دې امله نه شي کیدای له هغه سره مخالفه بله قاعده را منځ ته شي.

ددې چاري منطقي نتيجه به دا وي چې نه بنايي نوري حقوقي قاعدې د يو هيواد د اساسي قانون له احكامو سره مخالفې وي، مقننه خواک چې پخپله دقانون د وضع کولو مرجع ده، حق نه لري ترڅو داسي قانون وضع او تصويب کړي چې د اساسي قانون له احكامو سره مخالف وي، اجرائيه قوه نه شي کولاي د اساسي قانون او يا قوانينو سره مخالف کومه مقررې يا سند تصويب کړي يا دا چې د دارنگه تقينې سند انفاذ او اجرا ته اقدام وکړي چې له اساسي قانون سره په مخالفت کې قرارو لري، قضائيه قوه حق نه لري د دارنگه قانون په تطبيق لاس پورې کړي چې هغه د اساسي قانون له احكامو سره مخالف انگيري. د دولت دارگانو په اجراآتو کې د خپلسرۍ او بې موده لټۍ (تعلل) د مخنيوي په موخه، ددې ايجاب او غوښتنه کوي ترڅو له اساسي قانون سره د قوانينو او نورو تقينې سندونو د سمبنت دتشخيص لپاره په دولت کې دارنگه صلاحيت لرونکې نهاد يا اداره را مينځ ته کړل شي چې نور ونه شي کړای له اساسي قانون سره دغه سمون په پلمه د مشخص قانون له تطبيق او عملي کولو څخه، امتناع وکړي.

دکنترول او څارنې د دارنگه دستگاه را مينځ ته کول دي چې له اساسي قانون سره دعادي قوانينو او مقرراتو سمون څيړي، تشخيصوي او تثبيتوي يې، يعنې بايد دارنگه يوه مرجع را مينځ ته کړل شي ترڅو وکولای شي له دې چارې څخه مخنيوی وکړي او فرصت ورنه کړي ترڅو د اساسي قانون له احكامو سره نور عادي قوانين او مقررات وضع شي او که دارنگه ستونزه هست شوه، بايد صلاحيت ولري د دارنگه قوانينو په بطلان حکم صادرکړي.

د دې موخود ترلاسه کولو په خاطر، معمولاً دنړۍ په هيوادونو کې له دوه ميتودونو څخې استفاده کوي، يوه سياسي لاره چاره يا ميتود يا د هغې شورا را مينځ ته کول دي چې د اساسي قانون د شورا په نامه ياديږي او بل قضائي لاره چاره يا دځانگړې محکمې رامينځ ته کول دي چې پوره تفصيل به يې وروسته راشي.

دوهم څپرکی

د قانون تفسير

مخکې له دې چې د قانون دتفسير په شاوخواکې په څيړنه پيل وشي لازمه بريښي چې د قانون د تفسيرارتيا ته لنډه شان اشاره وشي.

کوم مهال چې قانون وضع کېږي، په هغه صورت کې چې احکام یې واضح او روښانه وي دهغه په تطبیق کې ستونزه شتون نه لري، قانون تراخوا لاندې نیول کېږي. خو کله چې د قانون په تطبیق او اجرا کولو کې ستونزه رامينځ ته شي. د دې اړتیا لیدل کېږي ترڅو د ادبي، تاریخي او منطقي وسایلو په کارولو سره د قانون جوړوونکي موخه او غوښتنه واضح کړای شي. د قانون جوړولو د چارو جریان او دهغه تطبیق ښودلې ده چې دا موضوع دومره ساده هم نه ده. په فرانسه کې دمدني قانون دجوړولو پرمهال دهغه واضعینو (تدوین کوونکو) دارنگه انگیرله چې یو جامع او هراړخیز قانون یې رامينځ ته کړی او ټولو پوښتنو ته یې ځواب ویلی دی. خو وروسته دارنگه معلومه شوه چې د ټولنې په پرمختګ او ټولنیزو تحولاتو سره، شونې نده تر څو قانون جوړوونکي ټولو وروستیو (راتلونکو) پوښتنو ته چې په ټولنه کې رامينځ ته کېږي، صحیح او دقیق ځواب وړاندې کړی وي.

په دارنگه حالتونو کې چې په قانون کې تشبیه (خلا) شتون لري او یا دا چې د تطبیق پرمهال کې له هغه څخه بیلا بیل تعبیرونه او برداشتونه وجود ولري، دلته ده چې د قانون تفسیر ته اړتیا پېښېږي، ترڅو د قانون تطبیق کوونکي مرجع، له بیلابیلو اېزارو او وسایلو څخه په استفادې قانون تفسیر کړي.

مونږ په دې څپرکي، کې د همدې موضوع په اړه په څېړنه لاس پورې کوو.

لومړی پاراګراف: د تفسیر لغوي او اصطلاحی معنا:

الف: د تفسیر لغوي معنا:

تفسیر عربي کلمه او د ثلاثي مزید مصدر دی. تفسیر د فسرله ریښې ځینې اخیستل شوی چې په لغت کې د واضح کولو او څرګندولو په معنا دی، همدارنگه تفسیر په لغت کې د بیان او د ویونکي د مقصود (موخې) د کشفولو په معنا دی. همدارنگه په فرهنگ دانش آموز (۱۰۱) مخ کې یې د تفسیر لغت په تأویل کولو، د معنا په څرګندولو او شرحې او بیان سره معنا کړی دی.

په فرهنگ فارسي د کترمحمد معین (۳۰۰) مخ کې یې د تفسیر لغت په څرګندولو، بیانولو، شرح کولو او د قرآن کریم د آیاتونو د معنا او لفظ په بیان او تشریح کولو سره معنا کړی دی، او په فرهنگ عمید کې یې په (۵۹۷) مخ کې د تفسیر لغت د یوه کلام د معنا بیانول، د یوې خبرې د معنا واضح او څرګندول او شرح او بیان معنا کړی دی.

او همدارنگه په فرهنگ سخن روز په (۳۲۲) مخ کې يې تفسير د تحليل، توجیه، رېښه موندل، يا د يوې وينا، ليکنې يا چال چلند (رفتار) لپاره دليل تراشل معنا کړې دی.

ب: په حقوقي اصطلاح کې د تفسير معنا:

په اصطلاح کې د قانون د کلمو او جملو د معنا له بيان او د قانون جوړوونکي د مقصد او مراد له واضح کولو ځينې عبارت دی او په حقوقي اصطلاح کې د قانون په متن کې په داسې ډول د صحيح مفهوم لټول دي، چې وکولای شي په صحيح شکل سره په هر حالت کې د اجراء وړ وگرځي. يا د متداولو قوانينو د حقيقي مدلول تعينول دي. يا د ټولنې د حقوقي نظام په اصولو او مبانيو سره د قانون جوړوونکي د مقصود په پام کې نيولو سره د مدلول تعينول او د مجمل او مبهم قانون د شمول د دايرې تعينول دي.

همدارنگه په حقوقي اصطلاح کې يې د قانون په تفسير کې ويلې دي چې: د قانون د لفظ د مبهم توب په صورت کې د قانون جوړوونکي د مراد، مقصود او ارادې له کشفولو ځينې عبارت دی.

په همدې ترتيب د ۱۳۹۲ هـ ش کال په نافذ شوي د افغانستان د اسلامي جمهوريت د قضائيه قوې د تشکيل او واک قانون د څلورمې مادې په اتم جزء کې يې د تفسير په هکله داسې ويلي دي: (تفسير: د قانون د حکم د مقصد توضيح او تشریح او د مقنن د ارادې ښودل دي).

دوهم پاراګراف: د مقام او مرجع له لحاظه د قانون تفسير:

د مقام او مرجع له لحاظه د قانون تفسير لاندیني ډولونه لري:

الف: - شخصي تفسير: د حقوقي قاعدو او د قانون د مادو په اړوند د حقوقو د پوهانو د نظرياتو او تجزيې او تحليل ځينې عبارت دی، چې کله کله ترې په (علمي تفسير) او يا غیر رسمي تفسير هم يادونه کېږي. دا ډول تفسير په هيڅ شان قانوني او رسمي اعتبار نه لري.

يا په بل عبارت شخصي تفسير چې د نظريې او علمي تفسير په نامه هم ياديږي له هغه تفسير څخه عبارت دی چې حقوقپوهان او د حقوقو استاذان يې په خپلو ليکنو، ويناوو او درسونو کې له قوانينو څخه کوي. په دې اعتبار چې دا تفسير رسمي جنبه نه لري او دولت پرې ژمن نه دی هغه ته (شخصي تفسير) وايي. همدارنگه، په دې دليل چې د هرحقوقپوه پوهه، عقل، دزده کړې کچه (درجه)، هوش او..... سره توپير لري، معمولاً کوم تفسيرونه چې حقوقپوهان يې د قوانينو له نصوصو ځينې وړاندې کوي، متفاوت او متعارض دي. د بيلګې په

توګه، که د قانون یوه ماده چې مبهمه او مجمله وي، او څو حقوقپوهان یې تفسیر کړي، نو څو څو تفسیرونه او استنباطونه به وړاندې کړي.

خو که چیرې دارنګه تفسیر د حقوقپوهانو د یوې ټولګې له خوا صورت نیولی وي او دهغوی د اتفاق وړ وي، نو له علمي او حقوقي لحاظه له خورا زیات ارزښت ځینی برخمن دی. دا ډول تفسیر د قانون جوړوونکو او رسمي مراجعو لپاره یوه ښه منبع کیدای شي ترڅو ترې د قوانینو په اصلاح او د تعدیلاتو په مینځ ته راوړلو کې استفاده وکړي.

ب: قضایي تفسیر:

په دعوو او کې د قاضیانو له نظر یا فیصلې ځینې عبارت دی چې هغوی یې د قانون له مادو څخه د درک او تحلیل له لارې لري. نو له دې کبله د قضا په نزد تفسیر په خپل ذات کې هدف نه دی بلکې یوه وسیله ده چې د منازعاتو د فیصله کولو په موخه د قضا له خوا په کار وړل کېږي.

په بله وینا قضایي تفسیر له هغه تفسیر ځینی عبارت دی چې د قاضیانو په واسطه صورت مومي، ځکه کوم مهال چې یوه دعوا دحل اوفصل په موخه د قاضي پر وړاندې اقامه کېږي، قاضي د حکم د مستند او مستدل کیدو د اصل له مخې او د مدني محاکماتو اصولو قانون ۲۴۷د- می مادې مطابق باید خپله فیصله په قوانینو مستنده صادر کړي. په دې صورت کې قاضي مکلف دی، قانون په تیره بیا په هغه صورت کې چې د ابهام او پیچلتیاوو (غموض) درلودونکی وي تفسیر کړي. دا تفسیر د قاضي په واسطه د اشخاصو تر مینځ په دعوو او کې صورت مومي او اعتبار یې په هماغه دعوا پورې محدود دی. له دې امله، کوم تفسیر چې قاضي یې په خاصه دعوا کې له قانون څخه کوي، نه په نورو دعوو او کې د ده لپاره الزام راوړونکی دی او نه نور قاضیان دهغه رعایتولو ته اړیاسي.

خو که یوه قضیه په تفسیري بڼه په نهایی محکمه کې تر رسیده ځي. اوحل اوفصل لاندې و نیول شي، په هغه صورت کې د پورتنۍ (فوقانی) محکمې د قضایي رویې په څیر، نورې محکمې دهغې په رعایتولو مکلف دي.

د ځینو څیړونکو په گروهه له دې تفسیر څخه د استفادې ضرر په دې کې دی چې قضایي ثبات له مینځه وړي. ځکه یومهل قاضي د یوې قضیې په اړوند له دې ډول تفسیر څخه په استفادې یو ډول حکم صادروي او کله هم په بله قضیه کې په بله بڼه.

دا حالت خلک په یو ډول د نه ډاډمنتیا او سرگردانی په حالت کې اچوي اوهم قاضیان د قانون جوړوونکي ځای ناستی کوي. هروخت چې د قواوو د تفکیک (بیلتون) اصل له مینځه ولاړشي او د ډولونو په یوه ډول د قانون د وضع کولو او قانون د تطبیقولو صلاحیت او واک یوې مرجع ته وسپارل شي، د صلاحیت تداخل مینځ ته راوړي. په دې صورت کې خپلسري او استبداد رامینځ ته کیږي او د دموکراسۍ، د قانون د حکومت او ولسواکۍ اصل ته تاوان رسیږي.

باید پوه شو چې قضایي تفسیر او فقهي تفسیر له علمي لحاظه یوله بل سره توپیر لري ځکه قضا، قانون د نزاع وړ قضایاوو دحل او فصل په مناسبت چې دهغې پروړاندې ترخپرنې لاندې نیول کیږي تفسیر وي او په خپل تفسیر کې له عملي اړتیا وړ او احتیاجاتو څخه اغیزمنه کیږي، په داسې حال کې چې فقهي تفسیر دارنگه نه دی. په بل عبارت د قضایي تفسیر ترڅنګ یو بل تفسیر د فقهي تفسیر په نامه مومو چې په ډیره پراخه توګه د فقهاوو په شرحو کې ترسترګو کیږي.

دا تفسیر ډیری دنگه منطق تراغیزې لاندې دی او د عملي ژوندانه غوښتنې لکه څرنګه چې ښایي نه مراعاتوي ځکه چې د قاضي پرخلاف د فقیه پروړاندې واقع شوې قضایا دحل اوفصل په موخه نه وړاندې کیږي ترڅو د عملي ژوندانه اوضاع اوشرایط اوغوښتنې په پام کې ونیسي. د قضایي تفسیر او فقهي تفسیر ترڅنګ یو بل تفسیر د قانوني تفسیر په نامه شتون لري چې په راتلونکو کړنوکې یې څیړو.

ج: قانونی تفسیر:

د مقنن په واسطه دقانون تفسیر چې کله کله دقانوني تفسیر په نامه هم یادېږي له هغه تفسیر څخه عبارت دی چې د قانون جوړوونکي له خوا صورت مومي یاد هر مقام په واسطه چې قانون ورته د تفسیر واک ورکړی وي.

په هغه احوالو کې چې قانون دارنگه وضع شوی وي چې دقیقه معناترې وانه خیستل شي، قانون جوړوونکي دنوي قانون په وضع کولو سره چې د تفسیري قانون په نامه یې هم یادوي، خپله اراده په څرګنده اوصریحه توګه بیانوي. دا ډول تفسیر دهغه مرجع په اعتبار چې مقننه یا د قانون جوړولو قوه ده، د قانوني تفسیر په نامه یاد وی. ځکه کوم قانون چې نوی جوړ شوی دی موخه یې دمحکمني قانون تفسیر دی. په دې ډول تفسیر کې دمقنن لاس پرانیستی او آزاد دی. ځکه قانون دهغه مرجع له لوري تفسیر کیږي چې پخپله د قانون وضع کوونکي ده. له

دې کبله د قانون جوړونې په ډگر کې عام صلاحیت لري. د ځینو حقوقی څیړونکو په وینا د قانون جوړوونکې قوې لپاره د قانون دتفسیر د صلاحیت منل، خو را غوره لاره چاره ده. ځکه په دې ډول تفسیر کې د قواوو د تفکیک اصل په ښه شان سره رعایت کیږي. مقننه قوه چې د قانون جوړولو اصلي مرجع ده په هر مورد کې چې د قانون لازیات تفسیر لازم وي، قانون ته وضاحت ورکوي او ابهام له مینځه وړي او څرنگه چې د قانون د وضع کولو اصلي مرجع ده، نو دبل هر شخص او مرجع په نسبت کولای شي د قانون اصلي مقصود او مفهوم توضیح کړي. که کله هم مقنن په نوي تفسیري قانون کې، نور تغییرات هم وارد کړي، دا مصوبه د نوي قانون په بڼه خپل پړاوونه وهي او د نوي قانون په صفت تر تطبیق لاندی نیول کیږي.

د دې ټکي یادونه اړینه بریښي چې ځینو څیړونکو قانوني تفسیر د رسمي تفسیر په نامه هم یاد کړی دی او له هغه تفسیر ځیني یې بللی دی چې د قانون د تفسیر کوونکې مرجع له خوا صورت مومي. د دې ډول تفسیر ارزښت او اعتبار پخپله د قانون په څیر دی او د ټولو افرادو او محکمو لپاره الزام راوړونکی دی. د قانونی تفسیر او د قانوني تفسیر د مرجع دپېژندلو اهمیت دا دی چې قانوني تفسیر دستونزو حل کوونکی دی او توپیر لرونکو شخصي تفسیرونو ته چې د قوانینو له نصوصو او په ځانګړي توګه له اساسي قانون څخه د حقوقپوهانو په واسطه صورت مومي، خاتمه ورکوي.

د: اداري تفسیر:

دي اصل ته په پام سره چې دعامه خدمتونو موظفین یا مامورین د دولتي خدمتونو دکارکوونکو له جملې څخه دي او د اجرائیه قوې یوه برخه ده، هغوی حق نه لري ترڅو دتنفیذ او د قانون د احکامو داجراء کولو پرمهال د قانون په تفسیر لاس پورې کړي. خو ډیر موارد مینځ ته راځي چې دیو وزارت وزیر او یا دیوې خپلواکې برخې عمومي آمرخپلې سلیقې ته په کتنه قانون تفسیر کړې او خپل اجراءات پري بناء کړي. ډیرلږ به داسې پېښ شي چې دارنگه اجراءات د دې برخو دپلټونکو له خوا ترارزونې لاندی ونيول شي او په دې صورت کې د دې مقاماتو تصمیمونه په واقعیت کې د قانون یو ډول تفسیر دی. دارنگه اجراءات هیڅ ډول قانوني صیغه نه لري. ځکه اساسي قانون دهرې برخې صلاحیت توضیح کړی او دقواوو دتفکیک اصل ته په کتنه، اداري موظفین نه شي کولای د قانون په وضع او تفسیر لاس پوري کړي.

له بلې خوا نوروقوانينو هم د بيلا بيلو مراجعو د دندو او واکونو حدود مشخص اوتاکلي دي، چې د دې تقينې اسنادو مطابق هم اداري برخې نه شي کولای دقانون په تفسير لاس پوري کړي.

دریم پاراگراف: د قلمرو او قواعدو په اعتبار د قانون تفسير:

دا تفسير چې د ميتود (روش) له مخې تفسير په نامه هم ياديږي په محدود يا (مضيق) او وسيع (موسع) تفسير ويشل کيږي او په لاندې ډول يې تر څپرني لاندې نيسو.

الف: محدود تفسير:

محدود تفسير چې د مضيق تفسير په نامه هم ياديږي، هغه تفسير دی چې په کې د قانوني مادو له معنا ځينې تجاوز ونکړي او د اجرا کولو حدودو ته يې پراختيا ورنکړي. د اصولو له مخې مضيق تفسير په عمومي نظم پورې اړوندو قوانينو کې په کار وړل کيږي ځکه دا ډول قوانين د ټولنې له بنسټيزو ښيگڼو (مصالحو) سره تړلي دي او د هغوی پرينسپ فردی آزادی خوندي کيږي. د جرم او مجازاتو د قانوني کيدلو (قانونيت) د اصل له مخې بايد ټول جزايي قوانين په مضيق او محدود ډول تفسير شي، او په بشپړه توگه دې دهماغه الفاظو اوعبارتونو سره سم چې قانون جوړوونکی دخپلو موخو د بيانولو لپاره په کاروړی دي، صورت ونيسي. يا په بل عبارت په جزايي قوانينو کې بايد له مضيق يا ادبي تفسير څخه کارواخستل شي. ځکه په جزايي چارو د اشخاصو آزادی او دانسانانو ناموس، حيثيت، آبرو (پت) او ژوند تربحث لاندی دی. په دی مواردو کې د احتياط رعايتول، اړينه چاره گڼل کيږي. که چيری جزايي قوانين د تفسير ايجاب وکړي، لکه د يوجرم دخصوصي عناصرو توضيح، معمولاً له محدود يا مضيق تفسير ځينی استفاده صورت مومي. په جزايي احکامو کې د قياس په کار وړل جواز نه لري.

ب: وسيع تفسير:

وسيع (موسع) تفسير هغه دی چې د قانوني مادو معنا ته ترهغه ځايه چې دغځيدا وړتيا لري دانصاف او عدالت په رعايت سره پراختيا ورکړي. په وسيع تفسير کې يوازې د قانون په الفاظو او عبارتونو پابندی (تړلتيا) کافی نه ده او دقانون جوړوونکی د پام وړښيگڼو ته هم بايد مراجعه وکړو.

د دي ميتود پرينسپ، کوم حکم چې قانون د ټاکلې موضوع لپاره په نظرکې نيولی سره ورته (مشابه) موضوعاتو او حالاتو ته غځول کيږي، ځکه قانون جوړوونکی د انسانانو په دې

ټولو کړنو او چال چلندونو احاطه او اشراف (خبرتیا) نه لري ترڅو دهغو وړاندوینه وکړي او یا په قانون کې د هریوه لپاره مستقل حکم په پام کې ونیسي. نود قانون جوړوونکي په روح اوموخي او عرف او عادت په استناد سره، له قانون څخه موسع تفسیر وړاندې کېږي. په خصوصي حقوقو کې د قانوني متونو د خورازياتي انعطاف مننې له کبله او د عمومي نظم او ټولنیزو بنسټګڼو په اړخونو په نه لاس پورې کولو سره کولای شو دې میتود ته په لاس اچولو، دحل یوه مناسبه لار پیدا کړو. خو د دې پړعکس په جزایی چارو کې چې په عام ډول د عمومي نظم اړخ لري او په ټولنیزو بنسټګڼو پورې اړه پیدا کوي، موسع (وسیع) تفسیر د حقوقو او فردي آزادیو په سلبولو پای مومي او دجرم او مجازاتو د قانونیت له اصل سره سمون نه لري، د بیلګې په توګه د ضرر او خسارې جبرانولو عبارتو نه چې د افغانستان اساسي قانون په (۵۱) مه ماده کې چې تصریح کوی: (هرڅوک چې له ادارې څخه بې موجه زیانمن شي د تاوان اخیستلو مستحق دی او کولای شي د تاوان د ترلاسه کولو لپاره په محکمه کې دعوا اقامه کړي). کولای شو په دوه ډوله یې تفسیر کړو:

محدود تفسیر او وسیع تفسیر. که چیرې د ضرر او خسارې عبارتونه محدود تفسیر کړو، پایله دا کېږي چې د اساسي قانون جوړوونکي موخه د ضرر او خسارې له جبرانولو ځینې یوازې د مادي خسارې او ضرر جبرانول دي. خو که په دې ماده کې د ضرر او خسارې جبرانول وسیع تفسیر کړو، پایله دا کېږي چې په دې ماده کې د ضرر او خسارې جبرانول د مادي، معنوي مختلط او ډګني نه شتون په ضرر شاملېږي.

دموسع تفسیر کارول، ډیری په مدني اوسوداګریزو مسایلو کې تربحث لاندې نیول کیدای شي. ځکه په طرح شویو مدني قضایاوو کې، قاضي مکلف دی ترڅو خپله پریکړه (فیصله) او حکم صادرکړي. نوموړی نه شي کولای د قانون د صراحت د نه شتون او یا په هغه کې دخاص حکم د نه موجودیت په دلیل، مشخصې قضیې ته له رسیدو ګی ځینې استنکاف وکړي.

څلورم پاراګراف: دتفسیر موضوع:

تفسیر په هغو قوانینو کې شونی دی، چې د لفظ او معنا درلودونکی وي او هغه عرفي قواعد او قوانین چې د رسمي نص او عبارت لرونکي نه وي، د تفسیر وړ نه دي.

پنځم پاراګراف: دتفسیر اصول او لارې چارې:

په تفسیر کې له دریو لارو چارو ځینې استفاده کېږي:

الف: ادبي يا متني تفسير.

ب: منطقي تفسير.

ج: تاريخي تفسير.

چې په دې پاراگراف کې په ترتيب سره ترخپړنې او گروپونې لاندې نيول کېږي.

الف: ادبي يا متني تفسير:

په لرغونو زمانو کې له دې امله چې قوانينو ته په مذهبي جنې او قدسيت قايل ؤ، نو دې امکان شتون نه درلود ترڅو اشخاص د قوانينو په مورد کې مداخله وکړي او په خپله خوښه دهغوی په تغيير، تبديل او يا تفسير لاس پورې کړي. لکه هماغسې چې په اوسمهال کې هم هغه څه چې د اسلام په سپيڅلي دين کې په نص ثابت شوي وي، هيڅ شخص او مرجع د دې حق نه لري ترڅو دنص د صراحت پر وړاندې دهغه تغيير او تبديل ته اقدام وکړي او ياد چې هغه تفسير کړي.

وروسته له هغې چې د استازولۍ ولسواکۍ مفکوره او دقواووتفکيک مينځ ته راغی او د دولت هرنهاد (بنسټ) د مشخصو او ټاکلو دندو او صلاحيتونو لرونکی شو، بياهم ليدل کېږي چې په پيل کې د قواووتفکيک مفکوره په مطلق ډول په کار وړل شوې او له هغه ځايه د قانون د وضع کولو، تعديل، تغيير او تفسير صلاحيت هم هماغه مقننه يا قانون جوړوونکې قوې ته وسپارل شو.

په همدې ډول دې تشويش هم شتون درلود که چيرې دتفسير واک اوتفسير له قانون جوړوونکې مرجع پرته بلې مرجع ته وسپارل شي نو په يوډول به دقاضيانو استبداد، ديکتاتوري او ځانمني رامينځ ته کړي. نوپه هغو وختونو کې يې که چيرې به په قانون کې صراحت شتون نه درلود، د قاضي لپاره يوازې دمحدود ياتحت اللفظي يا تحليلي يا منطقي تفسير په صلاحيت قايل شوي ؤ.

تحت اللفظي، تحليلي يا مضيق تفسير، دهغه تفسيرونو له جملې ځينې دي چې له لرغونو زمانو څخه تراوسه ترې گټه اخيستل شوی او دهغه له مخې مفسر دقانون په تفسير کې د قانون په متن محدود او منحصر دی. په دې ډول تفسير کې، مفسر نه شي کولای د قانون د مشخصې مادې له منطقي مدلول ځيني عدول وکړي.

ادبي تفسير هم تريوه زياته بريده له متني تفسير سره ورته والی لري. ځکه په هغه کې د قانون مفردات، عبارتونه او معنا وی، مفرد اوجمع، د الفاظو ترکيب، کلمي، جملی او نخبه

(نقطه) ایښودنه په پام کې نیول کېږي. په دې تفسیر کې، د تفسیر صلاحیت لرونکې مرجع هڅه کوي ترڅو د ژبې له قواعدو او ادبي ضایعو (صنایعو) څخه په مرسته اخیستلو د قانون اصل او منطق ووموي.

په ادبي تفسیر کې، مفسر یوازې د قانون الفاظو او عبارتونو ته توجه لري او هڅه کوي ترڅو د ژبې د قواعدو او ګرامر پورې اړوندو فنونو په مرسته، دهغه په صحیحه معناو پوهیږي او د قانون اجمال او نیمګړتیا له مینځه یوسي. په بل عبارت، په دې میتود کې مفسر د قانون جوړوونکي د ارادې د درک کولو لپاره له عبارتونو، اصطلاحاتو او لغتونو څخه ګټه اخلي.

په لنډ ډول ویلای شو چې ادبي تفسیر هغه مهال رامینځ ته کېږي چې قانون مبهم وي او وکولای شو ادبي دقایقو ته په کتنه ترې ابهام لیرې کړو.

مفسر له دې لارې څخه جمله لیکنه، د ژبې ګرامر او د مطالبو د وړاندې کولو څرنگوالی په پام کې نیسي او دکلمو له مینځه د مقنن په موخه لاس ومومي.

ب: منطقي تفسیر:

دا تفسیر د ترکیبي یا ساختاري، اصولي یا علمي تفسیر په نامه هم یادوي. موخه یې د قانون د مادو او په قانون یا اصول یا کلي قواعدو کې د مندرجو ارزښتونو ترمینځ د منطقي ارتباط تأمین دی، چې قانون جوړوونکي دهغه په پام کې نیولو سره دهغه وضع کولو ته اقدام کړی دی.

یا په بل عبارت منطقي – ساختاری تفسیر له هغه تفسیر څخه عبارت دی چې مفسر د قانون جوړوونکي د ارادې او مقصد دکشفولو په موخه د قانون له فصل، بابونو او مادو دمنطقي نظم څینې استفاده کوي او کولای شي دابهام او اجمال له لیرې کولو وروسته د قانون جوړوونکي په اصلي مقصود لاس ومومي.

څرنگه چې ټولنیزې پېښې او په نننۍ ټولنه کې د پراختیا او پرمختیا بهیر خورا متحول او متغیر دی، د اسی موارد پېښې چې په قوانینو کې یې وړاندوینه نده شوی او ادبي او تاریخي تفسیر هم نه شي کولای هغو ته دحل غوره لاره ونیسي. له دې ځایه دی چې د تفسیر له یو بل ډول څخه د استفادې اړتیا مینځ ته راځي. دارنگه چې لومړی دحقوقو نوي مکتبونه لکه آزاد مکتب یاد عقل د اصالت او منطق پوری اړوند مکتب په دې لټه کې کېږي ترڅو له عقل او منطق څخه په ګټه اخیستنې د قانون د احکامو تفسیر ته اقدام وشي.

ج: تاریخي تفسیر:

که چیری مفسرله تاریخی اسنادو څخه دقانون جوړوونکي دموخي دکشف لپاره استفاده وکړي. دې تفسیرته تاریخي تفسیر وایي. په بل عبارت د قانون د متن د مبهم والي، مجمل توب او نیمګړتیا په صورت کې، مفسر کوبښن کوي چې د قانون د وضع کولو د مهال پورې اړوندو اسنادو اومدارکو او په پارلمان کې دشبویو بحثونو ځینې په استفادې د قانون جوړوونکي په رښتیني قصد لاس ومومي.

که چیرې د قانون دمتونو دڅیرلو له لارې د مقنن مقصود او هدف حل نه شي کړای، قاضي کولای شي دمقنن داصلي هدف اومنظور دموندنې لپاره تاریخي سابقې یا دمقدماتو دڅیرنې مطالعې ته مراجعه وکړي او دلومړنیو مسودو په ترتیب کې د بحثونو په څیرلو سره د قانون په تفسیر لاس پورې کړي.

یوحقوقپوه وایي: د قانون جوړوونکي دموخي د کشفولو لپاره باید له لاندنیو وسایلو څخه ګټه واخیستل شي.

۱- ترتفسیر لاندی قانون، له متجانس اواریکمن قانون سره، سرپه سر کینښوول شي او دهغوی له ګډون څخه کیدای شي د قانون جوړوونکي قصد کشف کړو.

۲- کوم کارونه چې ترتفسیر لاندې قانون له تصویب ځینی وړاندی دهغه دتصویب دمقدماتو په عنوان ترسره شوي دي، کولای شي د مقنن مراد کشف کړي، لکه: د پارلمان مباحثی او ترتفسیر لاندې قانون شامل دلایحې د تنظیمولو سوابق.

۳- که چیرې ترتفسیر لاندې قانون، مقنن اقتباس کړی وي، تاریخي سوابق کولای شي په ډیره ښه توګه د مقنن مقصود کشف کړي.

۴- دیو قانون سیاسي، اقتصادي، ټولنیزه او اخلاقي میناکولای شي د مقنن دمراد په کشف کې اغیزناک وي.

۵- د قانون دیوې مادې وجودي علت اودهغې په وضع کولوکې دمقنن موخه کولای شي د قانون جوړوونکي دقصد کشف کوونکی وي.

۶- ډیری قانوني مادې پریوحقوقي اصل متکي دي او د نوموړو مادو په اړوند دمقنن دقصد د کشفولو لپاره کافي ده چې د نوموړي حقوقي اصل مدلول په پام کې ونیول شي.

په دې میتود کې بیا هم مفسر دقانون جوړوونکی د ارادې تابع دی او دقانون د اجراء عامل ګڼل کېږي. نوموړی دمقننه ځواک په تصمیمونو کې دهیڅ لاسوهنې او تغیرولو حق نه لري.

شپږم پاراګراف: دتفسیر شرایط:

تفسیر یوه آسانه او ساده چاره نده. سربیره پردې چې مفسر باید له ادبي فنونواولیک پوهې له میتودونو سره بشپړه بلدتیا او اشنایي ولري اوله کافي تجربې ځینی برخمن وي، له علمي نظره باید پرحقوقی قواعدو، مبانیو اونظامونو هم بشپړه واکمني ولري. د اسلامي علومو په مینځ کې چې یوله خورا مهمو او زمونږ دڅیړنې له دې موضوع سره ډیرورته والی لري، هغه دقرآن کریم د تفسیرعلم دی چې تراوسه یې په هکله زرګونه کتابونه لیکل شوي دي. همدارنګه له اسلامي علومو څخه یوبل هم چې له فقهې اوحقوقو سره نږدې اړیکه لري دتفهې د اصولو علم دی چې په واقعیت کې کولای شو هغه (د استنباط علم) یا(اجتهاد) او یاغوره ده چې (د قانون دتفسیرعلم) ونوموو. د دې علم له قواعدو سره بلدتیا او اشنایي د تفسیر لپاره له ډیرو اغیزناکو او ګټورو شرایطو څخه ده. له شک پرته څوک چې دتفهې د اصولو په علم مسلط او برلاسی وي، کولای شي د قانون خورا غوره مفسر وي.

خو د قانون په تفسیرکې د استنباط په فنونواو اصولو علم په قواعدو سربیره، باید، لږ ترلږه لاندینی شرایط مراعات شي.

۱- قانون داسې تفسیر نه شي چې لغوه مینځ ته راوړي ځکه قانون جوړوونکی لکه نورعادل اشخاص لغوه نه لیکي.

۲- د قانون د تفسیر پرمهال داسې نتیجه مینځ ته رانه شي، چې د قانون جوړوونکی له غرض سره په تناقض کې وي، ځکه قانون جوړوونکي لکه نورعادل اشخاص کوبښن کوي چې له تناقض ویلو څخه ډډه وکړي.

۳- داسې نتیجه لاس ته رانه شي چې په عمل اوعقل کې ممتنع او ناشونې وي، ځکه دا ډول تفسیر غلط دی.

۴- د تفسیر نتیجه فاسده نه شي، ځکه په کلي ډول هرتفسیرچې فساد ته منتهي شي، هغه دمنلو وړندی .

۵- تفسیر داسې نه وي، چې د قانون له نص څخه باطل ویش مینځ ته راشي. په عمل کې کله داسي وي چې دیوې قانوني مادې مدلول څو ټولګیو ته شامل دی او دهغو په مینځ کې توپیر

شتون نه لري. که چیرې د قانون تفسیر کوونکی د قانون دمدادې مدلول داسې تفسیر کړي چې دنوموړيو ټولگيو په مينځ کې سره له دې چې تفسیر کوونکی په توپیر باورنه لري، توپیر له مينځه یوسي، دا ډول تفسیر باطل دی.

۶- قانون داسې تفسیر نه شي، چې دقانون نسخ مينځ ته راشي. کله داسې وي چې په يوې قانوني ماده کې دوه ډوله تفسیر شوني وي او يو له دغه دوو تفسیرونو څخه د بل قانون د نسخې سبب ګرځي او دوهم تفسیر دهیڅ قانون د نسخې موجب نه ګرځي. دوهم تفسیر په لومړي تفسیر باندې وړاندې دی، ځکه چې په دوهم تفسیر کې د قانون نسخ مينځ ته نه راځي اواصل په قانون کې دنسخې نشتوالی دی.

۷- د قانون تفسیر ډیره ډاډمنه لارده چې دیوتاګلي قانون په مرسته، یو بل ټاکلی قانون تفسیر کړي.

۸- په تفسیر سره د قانون عام نص تخصیص نه شي. کله دتفسیر پایلې داسې شي چې مفسر په خپل تفسیر سره د قانون عام نص ته تخصیص ورکړي او د قانون عام نص له عمومیت څخه وغورځوي. که چیرې لږکوبښې وشي په نوموړې موضوع کې داسې تفسیرو شي چې دعام قانون د تخصیص متضمن نه وي. په دې صورت کې هغه تفسیر ترجیح لري چې تخصیص په کې نه وي، ځکه چې اصل په قانونی نصوصو کې عدم تخصیص دی.

اووم پاراګراف: د تفسیر موارد:

لکه څرنگه چې وړاندې وویل شول تفسیر دبیانونو او روښانه کولو په معنا دی او یا دپوښښ دلیری کولو او له ستونزمن لفظ څخه دمعنا کشفول ترې اراده کېږي. کوم مهال چې د قانون مدلول اومفهوم واضح اوروښانه وي او په لفظ یا عبارت کې یې ابهام او ستونزه شتون ونه لري او یا دا چې واحده معنا افاده کوي او د دوه معناوو اخیستلو(برداشت) احتمال وجود ونلري، دهغه تفسیر او توضیح ته اړتیا نه لیدل کېږي. په دارنگه حالتونو کې قاضي حق نه لري دقانون دتطبیق پرمهال په خپله سلیقه او برداشت هغه تفسیر کړي.

د یوحقوقپوه په تعبیر، په اساسي توګه قانون په دوه صورتونو کې تفسیر وي: لومړی په هغه حالت کې قانون واضح اوروښانه نه وي، دوهم په هغه صورت کې چې دهغه د مدلول په پراخوالي اومحدودیت کې شک شتون ولري.

نوله دې کبله د قانون دتفسیر مفهوم دارنگه دی چې:

- دقانون په متن کې، ابهام شتون ولري.

- د مشخصې مادې له متن او منځپانگې (محتوا) څخه د قانون جوړوونکي په پوهه اودموخي له درک کولو اومعنا ځيني ترديد شتون ولري.
- يا دا چې د قانون له حکم څخه په آسانه مفهوم وانه خيستل شي.
- کوم حکم چې د قانون په يوه ماده کې ځای کړل شوی دی، دبلې مادې له حکم سره په تضاد کې قرارولري.
- اويا دا چې کوم حکم چې په يوه قانون کې دی دبل قانون داحکامو له يوه حکم سره په مغايرت (مخالفت) کې قرارولري.
- او يا اصلاً موضوعه قانون د تشيا(خلا) درلودونکي دی او ديوي قضیې يا موجودې ستونزې په اړوند په هغه کې په صريحه توگه کوم حکم شتون ونه لري.
- په دارنگه حالتونو کې د دې اړتيا حس کيږي ترڅو د ستونزې دحل او د اساسي چارې دموندلو په خاطر دقانون دمشخصې مادې دحکم توضيح اوتفسير ته اقدام وشي، او دقانون په تفسير لاس پورې شي.
- په عمومي ډول، د قانون تفسير لاندیني موارد رانغاړي:
- ۱- دقانون په متن کې دابهام شتون.
- ۲- د قانون دحکم مجمل والی.
- ۳- د قانون يا قوانينو په احکامو کې د تعارض (اختلاف) شتون.
- ۴- د قانون چوپتيا(سکوت) او يا تربحث لاندې موضوع په اړوند دصريح حکم نه شتون.
- البته د پورتنیو مواردو مفصله څيړنه د دې ليکنې له حوصلې څخه بهر بريښي، مينه وال دي په دې هکله تخصصي ليکنو اوڅيړنو ته مراجعه وکړي.
- اتم پاراگراف: په قانون کې د تفسير قواعد:**
- جوته ده چې د قانون تفسير دپام وړ احکامو د استخراج په موخه په لومړۍ درجه کې دلزوم له مخې قانوني نصوصو ته متوجه دی ځکه احکام ترې استخراجيږي که دلفظي تفسير له لارې صورت ومومي يا دمنطقي تفسير له لارې. نو له دې امله قانون لومړنی مصدر دی چې مفسر بايد له هرڅه وړاندي دقانوني قاعدو څخه په بحث کې ورته مراجعه وکړي.
- لکه هماغسې چې د افغانستان مدني قانون لومړۍ ماده يی تصريح کوي:

- (۱) په هغه مواردو کې چې قانون موجود وي، اجتهاد روانه دی، د دې قانون حکمونه دلفظ یا دهغې دفحوی په لحاظ دتطبیق وړ دي.
- (۲) په هغه مواردو کې چې د قانون حکم موجود نه وي، محکمه به د اسلامي شریعت دحنفي فقهې دکلي اساساتو سره سم حکم صادروي، ترڅو چې عدالت په ډیره بڼه ممکنه وجهه تأمین شي.
- په دې ځای کې په صراحت سره څرگندېږي چې د افغانستان مدني قانون، قانوني قواعد د قانون د لومړني مصدر په توګه منلي دي.

بررسی مشروعیت قانون گذاری در اسلام

پوهنمل دكتور محمد ولي حنيف

چکیده

لازمه قانونگذاری علم و آگاهی نسبت به انسان و هستی، قدرت، حکمت، عدالت و بی‌نیازی مطلق قانون‌گذار است و تنها خداوند متعال است که این شرائط را دارد و منبع و اعتبار قوانین نیز نمی‌تواند جز او باشد. منشأ مشروعیت و اعتبار یک قانون و همچنین بررسی شرایط قانون‌گذار، نقش دین در تدوین قوانین، نیاز بشر به قوانین الهی، بحث قوانین ثابت و متغیر، شرایط قانونگذاری در انسان، وجود منطقه آزادی قانونی و نقش اجتهاد در قانونگذاری، از پیچیده‌ترین و جدال برانگیزترین مسائل این حوزه از علوم بشری است. بحث تقنین شریعت همواره از مباحث چالش برانگیز بوده است. با ظهور پدیده‌های جدید در جهان، این موضوع اهمیت و حساسیت ویژه‌ای یافته است. بر علمای اسلام لازم است که توانایی دین اسلام را در عرصه قانونگذاری ثابت نمایند. اسلام در پرتو ساز و کار اجتهاد اصیل می‌تواند همه رفتارها و فعالیت‌های اجتماعی انسان را در راستای نیل به تکامل نهایی و تامین سعادت ابدی او قانونمند

سازد و با در نظر داشت مصالحه مرسله یا میدان آزاد حقوقی، شورای قانونگذاری می تواند مطابق با اصول کلی شریعت و براساس مصالح عمومی جامعه قانون وضع کند احکام اسلام همه ابعاد زندگی مادی و معنوی انسان را پوشش می دهد، رکود و ایستایی در آن راه ندارد. چرا که این دین آسمانی با هماهنگی ساختن دو مقوله ابدیت و تغییر قادر است در برابر مقتضیات زمان پاسخگو باشد؛ این است رمز ماندگاری و توانایی اسلام.

این مقاله شامل مباحث چون: ضرورت جامعه بشری به قوانین شریعت، پیشینه ای قانونگذاری در شریعت، نقش دین در ساخت قوانین، تعریف قانون و پیوند آن با شریعت، بررسی صلاحیت بشر در قانونگذاری، میدان آزاد قانونگذاری و قلمرو آن و نقش اجتهاد در عرصه قانونگذاری میشود.

واژگان کلیدی:

قانون گذاری، تقنین، شرعیت، تشریع، اجتهاد و مصالح مرسله.

مقدمه

یکی از حقایق ثابت تاریخ، تغییر پذیری پدیده‌های اجتماعی در بستر زمان و مکان است. قانون نیز از مظاهر حیات اجتماعی انسان به شمار آمده و از تحول زمان و مکان متأثر می‌شود. قانونی که بتواند همگام با مقتضیات زمان اثر گذار باشد، بهترین قانون خواهد بود. شریعت اسلام مطابق با حالات متغیری انسان احکام ثابت و متغیر دارد که جواب گوی تمام نیازمندی‌های انسان در تمام ابعاد زندگی وی می‌باشد، البته قانونگذاری ازدیدگاه شریعت درمورد پدیده‌ها و قضایای جدیدی که منصوص علیه نبوده و تحت یکی از قواعد کلی شریعت شامل باشد با در نظر داشت مصالح و منافع عمومی، جواز دارد. اهتمام نوشتار حاضر در راستای پاسخگویی به پرسش‌های متعددی است که در اذهان عامه و خاصه درباره تقنین شریعت مطرح است مانند آنیکه: سابقه قانونگذاری در اسلام چگونه است؟ چه نیازی به قوانین شریعت وجود دارد؟ دین چه نقشی در ساخت قوانین دارد؟ قانون چه ربطی با شریعت دارد؟ آیا بشر صلاحیت قانونگذاری را دارد؟ اجتهاد چه نقشی در تدوین قوانین دارد؟ با وجود شریعت اسلام چه نیازی به قانونگذاری وجود دارد؟ در این مقاله تلاش شده است که نظر واقعی دین اسلام برای خودی و بیگانه، به مقتضای حقیقت تبیین شود، نگرانی‌ها و تشویش‌هایی که احیاناً از سوی بعضی درمورد چگونگی تقنین شریعت در جامعه مطرح می‌شود، مرتفع سازد، در این نوشتار از روش کتاب خانه ای کارگرفته شده است و هدف از آن تبیین و توضیح مشروعیت قانون گذاری در اسلام است .

ضرورت جامعه بشری به قوانین شریعت

با اتکای بدو دلیل ذیل جامعه بشری نیاز به قوانین الهی دارند:

۱ — قوانین و اصول کلی که تضمین کننده تأمین عدالت اجتماعی بوده و در تمام زمانها و حالات انسانی قابل تطبیق باشد، دارای شرایط ذیل میباشد:

الف: باید قانونگذار در مورد انسان، استعداد ها، غرائز، طبیعت، فطرت، مصالح، مفاسد، گذشته، حال و آینده او شناخت کلی داشته باشد تا بر مبنای آن قوانین را وضع نماید که منافع انسانها و سعادت جامعه را به نیکوترین طریقه تأمین کند.

ب: در وضع قوانین منافع شخصی و یا گروهی قانونگذار دخیل نباشد.

ج — قوانین باید از ضمانت اجرایی باطنی بلندی برخوردار باشد که هر فرد جامعه در ضمیر خود به درستی و لازم الاجراء بودن آن ایمان و باور داشته باشد.

با در نظر داشت شرایط فوق الذکر، تنها خداوند متعال متعال است که شایسته و سزاوار وضع قوانین مناسب است چون او تعالی عالم مطلق و از تمام ابعاد وجود انسانی، حال و آینده او آگاهی کامل دارد، و از آنجائیکه خداوند متعال بزرگ غنی مطلق و بی نیاز است، دخالت منافع شخصی او در وضع قانون غیر قابل تصور است، و از ناحیه دیگر ایمان مردم به خداوند متعال و پیامبرانش که امر باطنی است بهترین ضمانت اجرایی قوانین الهی میباشد.

۲ — هدف از خلقت انسانها رسیدن شان به کمال مطلوب است، کمال مطلوب انسانها مانند موجودات دیگر به صورت طبیعی حاصل نمی شود بلکه کمال انسانی در چهارچوب اختیار تحقق می یابد، انسان برای اینکه از اختیار خود به شکل درست استفاده کرده بتواند و به تشخیص راه درست از نادرست قادر باشد به علم و دانش نیاز دارد، خداوند متعال برای رهنمایی انسانها منابع متعددی علمی از قبیل فطرت، عقل، دل و حواس را در اختیار انسان قرار داده است، این وسایل و ابزارها علمی تنها قادر به رساندن انسان به کمال مطلوب، نیست، برای اینکه مهم ترین وسایل تشخیصی انسان حس و عقل است، اما حس خارج از دایره محسوسات کاربرد ندارد، و عقل نیز بسا اوقات

دچار اشتباه و خطا میشود گاهی هم تحت شعاع احساسات و عواطف رفته از تشخیص مصالح و مفاسد عاجز میشود، بناءً انسان برای رسیدن به کمال مطلوب غیر از منابع مذکوره منبعی دیگری نیز نیاز دارد که خارج از محدوده عقل و حواس است که به آن وحی الهی گفته میشود که شریعت اسلام از آن سرچشمه می گیرد، بناء بشریت همیشه به قوانین الهی نیاز مبرم دارد .

پیشینه‌ای قانون گذاری در شریعت

مسئله تقنین شریعت اولین بار توسط عبدالله بن مقفع — ادیب و نویسنده — به تاریخ ۲۶۹ هـ ق . در زمان خلافت ابی جعفر منصور خلیفه عباسی، مطرح شد که وی با نوشتن رساله ای بنام « رساله الصحابه » کوشش نمود تا منصور خلیفه عباسی را بر تقنین آراء فقهاء اسلامی و التزام قضات به پیروی از این رساله، قناعت دهد و بعد از آن ابی جعفر منصور، مهدی و هارون رشید یکی پی دیگر تلاش های نمود تا مردم را ملزم به پیروی از کتاب « الموطاء » امام مالک نموده و این کتاب را بحیث قانون خلافت عباسی در آورد که به مخالفت امام مالک مواجه شد، و بعد از آن در سده یازدهم هجری مجله الاحکام العدلیه، قانون مدنی خلافت عثمانی که طی سال های (۱۲۸۵-۱۲۹۳ ش) برابر با (۱۸۶۹-۱۸۷۶ م) توسط «انج مجله» متشکل از هفت حقوقدان بر اساس فقه حنفی تدوین گردید. و بتاريخ ۱۳۳۴ — ۱۳۴۲ حکومت مصر اقدام به تدوین قانونی در عرصه طلاق، سن ازدواج و مسایل حقوق فامیلی نمود . (۲)

نقش دین در ساخت قانون

یکی از اهداف رسولان الهی و نزول کتابهای الهی، همین تحقق عدالت در میان جوامع بشری بوده است. اهتمام به حقوق مردم و اجرای عدالت در سوره های مختلف قرآن کریم و متون معتبر دینی به چشم می خورد. فرد یا جامعه ای که عدالت را مبنای زندگی خود قرار می دهد، آثار آن را که احقاق حقوق مردم در همه چیز است، نظاره خواهد نمود.

از نظر علماء اسلامی، دین که بر پایه فطرت انسانی بنا شده است شامل قوانین و مقررات الهی می‌باشد. بنابر آیات قرآن چنین برداشت می‌شود که از آنجا که خداوند متعال، خالق کل هستی است از هر کس به ویژگی‌ها و نیازمندی‌های بشر آگاه تر و در ارائه برنامه جامع برای زندگی سعادتمندانه شایسته تر است. هدف دین، رسیدن انسان به سعادت حقیقی است. دین جامع دینی است که همه آنچه انسان برای وصول به سعادت خویش لازم دارد در اختیار او بگذرد. دین اسلام بخاطر داشتن ویژگی‌های حقانیت، جامعیت، جهان شمولی و جاودانگی، نقشی بارزی در قانونگذاری دارد.

بدین ترتیب این مسئله روشن می‌گردد که حقانیت و جامعیت و جهان شمولی دین برای همه زمانها و مکانها است و گذشت زمان در نقش آفرینی آن ذره‌ای کاستی ایجاد نمی‌کند. خاتمیت نبوت نیز مفهومی جز این ندارد. زیرا اگر دین با گذشت زمان نتواند پاسخگوی نیازهای جامعه باشد، خاتمیت مورد تردید قرار می‌گیرد، اعتقاد به ویژگی‌های چهارگانه دین اسلام، بر لزوم دخالت دین و دریافت‌های وحیانی در قانون گذاری، دلالت دارد و میوه چنین ریشه یک نظام حقوقی است که پاسخگوی مناسبات اجتماعی در سطح ملی و بین‌المللی و منادی راستین صلح و عدالت در جهان خواهد بود.

از دیدگاه قرآن کریم، دین الهی واحد است. چنانچه خداوند متعال می‌فرماید « دین در نزد خداوند متعال اسلام است و آئین غیر از اسلام پذیرفته نیست. » (آل عمران: ۱۹) . این حقیقت بارها در قرآن کریم مورد تاکید قرار گرفته است. بدین ترتیب، دین حقیقی، اسلام یعنی تسلیم شدن در برابر بیانی است که از مقام ربوبی درمورد عقاید و اعمال و یا در خصوص معارف و احکام صادر می‌شود. زیرا انقیاد در قبال اعتقاد واقعی و اطاعت در مقام عمل به احکام الهی، درهمه ادیان آسمانی مبنای دینداری تلقی می‌شود. وجه اطلاق آن بر دین محمد صلی الله علیه وسلم به دلیل کمال و تمام بودن آن است وگرنه روح تمام ادیان آسمانی اسلام است. البته این امر منافات ندارد این که راه و روشها در وظایف جزئی و فروعات برای هرامتی به منظور آزمایش درحد نیازهای

شان مقرر شده باشد چنانچه خداوند متعال فرموده است: «ما برای هر قومی شریعت و طریقه ای قراردادیم اگر خدا می‌خواست همه را یک امت قرار می‌داد، ولیکن، این نکرد تا شمار را به احکامی که فرستاده بیازماید». اسلام آخرین و کاملترین دین برگزیده الهی برای همه زمان‌ها و مکان‌ها است. طبعا یک چنین دینی احکام و قوانین هماهنگ با عقل و فطرت بشر برای اداره زندگی و تامین سعادت‌مندی او تدارک دیده است.^۱

با نگاه جامعه‌شناسانه به دین، می‌توان ادعا کرد که دین، قانون و اخلاق پیوند بسیار عمیق و ناگسستنی داشته. و قانون در همه زمان‌ها به گونه ای متأثر از دین بوده است.

لوید^۲ باورمند است که «نقش دین در قوانین جهان باستان و تمدن کهن برجسته تر بوده است. برخی از قوانین به طور مستقیم از قانون الهی متأثر است. به عنوان نمونه «ده فرمان» یکی از آنهاست، قدیمی‌ترین مجموعه حقوقی که در کتابهای تاریخ تمدن بشری از آن یاد شده است، مجمع القوانين حمورابی است. در باره آن بعضی معتقد اند که مانند قوانین حضرت موسی (ع) وحی الهی است، عده ای دیگر گفته اند مجموعه ای قوانین حمورابی متأثر از شرائع الهی بوده است.»^۲

در هر حال، قدر مسلم این است که از لحاظ تاریخی، نخستین نظام حقوقی و کتاب قانون مربوط به پیامبران الهی است، انسان‌های والا و شایسته ای که به صورت یک کاروان هماهنگ و مرتبط بهم جامعه بشری را در مسیر حرکت تکاملی آن از انحرافات بر حذر داشته و به سوی خوبی‌ها هدایت کرده اند. وجود قوانین قدیمی مانند «حقوق تلمود یهود» و «قوانین کلیسا» (قبل از تغیر و تحریف اتباع آن) و حاکمیت آن بر دنیای مسیحیت در طول چند قرن، و شریعت اسلام که از زمان ظهور تاکنون بر بخش‌های از جهان کم و بیش حاکم بوده است، بیانگر این مدعا است. پس تاثیر قوانین الهی و

^۱ صبحی محمضانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام ترجمه ابراهیم گلستانی، تهران سپهر، چاپ ۲.

^۲ ویل دورانت، تاریخ تمدن، تهران، انتشارات احسان ۳، ۱۳۷۱ ج ۴، ص ۴۳۲ - ۴۳۳، السنهوری، عبدالرزاق مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، بیروت: دار احیاء التراث العربی ۱۹۹۷.

فعالیت‌های پیگیر پیامبران در ایجاد، تحول و توسعه قوانین موضوعه بشری قابل انکار نیست. این امر در باره اسلام برجسته تر می‌نماید.^۱

تعریف قانون و پیوند آن با شریعت

کلمه «قانون» که معرب کانون است واز زبان سریانی وارد زبان عرب شده است، در لغت به معنای وسیله‌ای است که برای تنظیم سطور خطوط و به تدریج به معنای هر قاعده کلی که در علوم پذیرفته شده به کار می‌رود مانند قانون جاذبه عمومی، قانون طبیعی و... فقهاء مسلمان به جای قانون اصطلاح شرع و شریعت به کار برده اند. در علم حقوق تعریف مورد اتفاق از قانون وجود ندارد. اما با توجه به اوصاف مورد وفاق که در یک قانون لازم است، می‌توان آن را چنین تعریف کرد: قانون مجموعه باید و نبایدهای تمام وکلی است که به هدف تنظیم روابط اجتماعی، از طرف مقام با صلاحیت وضع و دارای ضمانت اجرایی باشد و مردم ملزم به رعایت آن هستند، بدین ترتیب عمومیت، کلیت، ضمانت اجرایی داشتن و ناظر به روابط اجتماعی بودن از اوصافی است که حقوق دانان آن را برای قانون بر شمرده اند. احکامی که فاقد یکی از این اوصاف باشد، قانون نیست. البته از دیدگاه اسلام و همه ادیان الهی قانون نوعی ضمانت اجرایی الهی دارد که پیروانش را به رعایت احکامی در روابط اجتماعی موظف می‌کند، هرچند از ناحیه حکومت دارای ضمان اجرا نباشد. بنا بر این، احکام مزبور نه تنها قانون به شمار می‌آیند، بلکه بالا ترین نوع قانون است. زیرا ضمانت اجرایی آن قویتر از بقیه قوانین است.

به عقیده حکمای مسلمان، قوانین الهی به دو طریق در اختیار بشر قرار می‌گیرد: الف) از طریق ارتباط پیامبر با ناموس حقیقی که آنرا به صورت مدون دریافت می‌کند که همان شرع است.

^۱ فلسفه قانونگذاری در اسلام، پشین، ص ۱۴.

ب) از طریق عقل و حکمت که از آن به قانون عقل تعبیر می‌شود. از این منظر دوگانگی بین عقل و شرع وجود ندارد. باگذشت زمان درغرب جهان اسلام، اندیشه جدایی آن دو مطرح گردید. بعضی بر اصالت شرع تاکید ورزیدند، دربرابر عده ای بر اصالت عقل اصرار کردند به اعتقادما، انسان دارای معرفت فطری است که توسط عقل کشف می‌شود. شرع نیز بر مبنای فطرت انسانی است. و لذا قوانین شرع و عقل هماهنگ بوده تعارضی باهم ندارند. و نیز آیات واحادیث ناظر به میثاق، فطرت و عقل همه مؤید این مدعاهستند. تعارض درمواردی ممکن است که عقل سلیم نباشد و ادراک به خطا برود، یا موانعی دیگری همانند هوای نفس مانع درک واقعیت ها شود که نه عقل خوب کار می‌کند و نه شرع به خوبی شناخته می‌شود. بنابر این، درمواردتعارض ظاهری، باید به سراغ موانع رفت و آن را از سر راه برداشت. در این اصل تردید نباید کرد که تعقل ایمان آفرین است و ایمان، عقل افزا؛ همین طور ایمان بر مبنای تعقل نجات بخش و تعقل بر مبنای ایمان، سعادت آفرین می‌باشد.^۱

بررسی صلاحیت بشر برای قانونگذاری

در اسلام حاکمیت تشریعی اصلی از آن خداوند متعال است. اومنشأ همه حاکمیت ها و قدرت‌ها ست. هیچ کسی دیگری جز در چارچوبی که خداوند متعال تعیین فرموده است حق حاکمیت ندارد: {إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ

الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَٰكِنْ أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ} (یوسف: ۴۰) فرمانروایی تنها از آن الله است، فرمان داده است که جز او را نپرستید، این است دین راست و استوار، و لیکن بیشتر مردم نمی‌دانند.

^۱ زیدان ، عبدالکریم ، المدخل للدراسة الشريعة الاسلاميه الطبعة الثانية ، المنصورة دارالوفاء.

بشر حق قانونگذاری ندارد، مگر در قلمرو موضوعاتی که خداوند متعال درباره آن حکم خاصی معین نکرده و تعیین تکلیف (کشف واستنباط) را به خود انسان واگذار کرده است .

قانونگذاری از مهم ترین مباحث فلسفه حقوق به شمار می آید. دیدگاه مکتب‌های گوناگون در باره این که چه کسی یا مقامی صلاحیت وضع قانون دارد، متفاوت است از گفتار فقهاء اسلامی استفاده می شود که قانونگذاری حق انحصاری خداوند متعال است. چنانچه که قبلاً تذکر دادم باید بدلائل ذیل قانون الهی و شرعی باشد:

۱ - قانونگذار باید قبل از هر چیز یک انسان شناس کامل باشد و تمام اسرار و جسم و جان بشر، عواطف، غرایز، امیال، هوس ها، آرزوها و ادراکات عقلی او را بداند و نیز به تمام اصول حاکم بر روابط انسانها احاطه کامل داشته باشد، تا بتواند قوانین هماهنگ با تمام این ها وضع کند.

۲ - قانونگذار باید علم کافی داشته باشد، بستر ایجاد و پرورش قانون و راه های رسیدن به هدف نهایی را به خوبی بداند. او باید از گذشته و آینده تا زمان های دور، اطلاع کامل داشته باشد، تاریخچه مسایل پیچیده امروز را در گذشته ببیند، و آثار قوانین امروز را در آینده زندگی بشر نیز ارزیابی کند، چرا که حل گرفتاری های امروز بدون اطلاع از بنیادهای آن در دیروز ممکن نیست، همانگونه که مفید بودن یک قانون در زمان حال، بدون توجه به آثار آن در آینده کافی نخواهد بود. تنها در پرتو یک چنین قوانینی است که تمام استعدادهای نهفته در فرد و اجتماع شکوفاشده و از قوه به فعلیت می رسد و باکم ترین ضایعات که طبیعی زندگی اجتماعی است، حد اکثر بهره به جامعه می رسد.

۳ - قانونگذار باید از صلاحیت اخلاقی بهره مند باشد، مرتکب خطا و اشتباه نشود. از این گذشته نسبت به کسانی که می خواهد قانون برای آنها وضع کند، مهربان و دلسوز بوده و درعین حال با اراده قوی و قاطع باشد. در یک جمله مصالح جامعه را فدای منافع خویش نکند.

۴ - قانونگذاری شایسته کسی است که خودش منافعی در آن جامعه نداشته باشد. چرا که منافع شخصی به هر حال در انگیزه و اندیشه او اثر می‌گذارد، زیرا اگر بتواند از تأثیرات آگاهانه آن اجتناب کند، از آثار ناخود آگاه امکان ندارد برکنار بماند.

۵ - قانون باید عملی بوده و از ضمانت اجرایی کافی برخوردار باشد، تا بتواند مصالح مادی و معنوی جامعه را تامین نماید. قانون بدون پشتوانه نمی‌تواند به حال جامعه مفید باشد. با عنایت به ویژگیهای قانون مطلوب، چه کسی جز ذات پاک خداوند متعال می‌تواند برای بشر قانون وضع کند، او که خالق انسان و جهان است و از تمام ابعاد و اسرار وجود بشر آگاه است. کسی که عالم مطلق است، گذشته و آینده را به خوبی می‌داند، و از بنیادها، آثار و عوارض و تعامل موجودات و موضوعات این جهان اطلاع کامل دارد. کسی که بی‌نیاز است خطا و لغزش در او راه ندارد، تمایلات خصوصی و منافع شخصی ندارد تا بخواهد مصالح اجتماع را فدای آن کند. حکمت او اقتضا دارد که قوانین موضوعه اش جنبه عملی داشته و به حال جامعه مفید باشد. بنابر این، به طور قطع می‌توان ادعا کرد که قانونگذاری حق خداوند متعال است، بشر با توجه به ویژگیهای شخصی، صلاحیت قانونگذاری ندارد، مگر در مواردی که شارع حکیم سکوت نموده است. قانون کامل، قانونی است که الهی باشد، هر قانونی غیر از آن ناقص است.^۱ و نمی‌تواند مصالح مادی و معنوی انسان را تامین نماید. به گفته روسو «برای کشف بهترین قوانینی که به درد ملل بخورد یک عقل کل لازم است که تمام شهوات انسانی را ببیند، ولی خود هیچ احساسی نکند، با طبیعت هیچ رابطه‌ی نداشته باشد، ولی کاملاً آن را بشناسد، سعادت او مربوط به مانباشد، ولی حاضر باشد به ماکمک کند، و بالاخره به افتخاراتی اکتفا کند که به مرور زمان علنی می‌شود یعنی در یک قرن خدمت کند، و در قرن دیگر نتیجه بگیرد. بنابر این فقط خدا می‌تواند چنانکه

^۱ ر.ک مجید خدوری و هربرت جی لیسبنی، حقوق در اسلام، ترجمه زین العابدین رهنما، تهران.

شاید و باید برای مردم قانون بیاورد»^۱ پیش از او افلاطون نیز گفت: قانونگذار واقعی خداوند متعال است.

خلاصه اینکه، بشر به دلایل «دانش محدود، حب ذات، در معرض خطا و نسیان قرار داشتن، نفع طلبی صلاحیت قانونگذاری ندارد.

قوانین ثابت و متغیر دین شریعت

چنانکه اشاره شد، از نگاه دین، قانونگذاری در انحصار خداوند متعال است. اسلام به عنوان دین خاتم و کامل، برای همه نیازهای فردی و اجتماعی در ابعاد گوناگون سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌تواند قانون داشته باشد؛ و حتی یک لحظه انسان را بدون دستور رها نکرده است. طبعاً این سوال مطرح می‌شود که نیازهای بشر همواره ثابت نیست و زندگی او دایماً در حال تغییر است، چگونه اسلام قادر است به همه نیازهای انسان پاسخگو باشد؟ از یک طرف ادعا می‌شود که اسلام دین جاویدانی و ثابت است؛ از سوی دیگر می‌بینیم مقتضیات اوضاع و احوال بشر غالباً متغیر است، جمع بین مفاهیم ابدیت و تغییر چگونه امکان پذیر است؟ بدون شک نیازهای زندگی انسان برخی ثابت و دایمی هستند، بعضی دیگر مقطعی، متغیر و طبیعی است که بشر برای نیل به کمال واقعی هم به قوانین ثابت و هم قوانین متغیر نیاز دارد. اسلام که دین فطری است، با عنایت به انواع نیازهای بشر دارای دو نوع احکام و قوانین می‌باشد.

الف) قوانین ثابت: احکام و قوانینی که فرازمانی و فرامکانی است، تشریع این احکام از مختصات ذات الهی است، یعنی در این حوزه فقط او حق قانونگذاری دارد.

قوانین ثابت بر مبنای آفرینش فطرت و طبیعت لاینفک انسان وضع شده است. این توصیه قرآن است: فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ. (روم: ۳۰) پس روی خود

^۱ ژان ژاک روسو، قرار داد اجتماعی، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران، آگاه، ۱۳۷۹، ص ۱۹۸.

رامتوجه آیین خاص پروردگار کن، این فطرتی است که خداوند متعال انسانها را بر آن آفریده، و دگرگونی در آفرینش الهی نیست، این است آیین استوار ولکن اکثر مردم نمی‌دانند.

احکام و قوانین اسلام که به واسطه وحی به رسول اکرم (صلی الله علیه وسلم) نازل شده و ما آنها را شریعت و احکام الله می‌نامیم، و به موجب مدارک قطعی که در کتاب و سنت است، مقرراتی است ثابت و غیر قابل تغییر، اجرای آنها و مجازات متخلفین از آنها توسط حاکم اسلامی انجام می‌گیرد.^۱

ب) قوانین متغیر: احکامی که بر اساس مقتضیات زمان و مصالح اجتماعی وضع و اجراء می‌شود. این نوع از مقررات در بقاء و زوال خود تابع اوضاع و احوال است. و همگام با پیشرفت مدنیت و تغییر مصالح و مفاسد، تحول و تبدیل می‌یابد. به این نوع قوانین اصطلاحاً احکام اجتهادی یا احکام حکومتی می‌گویند که از قیاس و اجتهاد سرچشمه می‌گیرد. احکام مزبور متغیرند، و اما اصل حکم شرعی حکم الهی ثابت و زوال ناپذیر است.

دکتور وهبه الزحیلی پس از بیان قوانین ثابت اسلام می‌گوید: «در سایه قوانین شریعت (احکام ثابت) ولی امر می‌تواند یک سلسله تصمیمات مقتضی به حسب مصالح زمان اتخاذ و طبق آنها مقرراتی وضع و اجرا نماید. این احکام لازم الاجرا و مانند شریعت دارای اعتبار می‌باشد» با این تفاوت که قوانین آسمانی ثابت و غیر قابل تغییر است؛ اما مقررات وضعی قابل تغییر و در بقاء و ثبات تابع مصلحتی می‌باشد که آنها را به وجود آورده است و چون پیوسته زندگی جامعه انسانی در تحول و روی به تکامل است، طبعاً این مقررات تدریجاً تبدل پیدا کرده و جای خود را به بهتر از خود خواهند داد»^۲

^۱ محمد حسن رضا، بررسیهای اسلامی، بیروت دارالفکر، بی تا، ص ۱۷۹ - ۱۸۰ ص ۲۳.

^۲ وهبه الزحیلی، التفسیر المنیر، بیروت: دارالفکر بی تا ج ۱۶، ص ۱۷۷.

ابوالحسن ماوردی نیز، باورمند است که برای اداره زندگی بشر قوانین و تعالیم متغیری نیز لازم است. قوانین که تابع مقتضیات زمان است. منشا تغیر و تحول آنها این است که نص خاصی در باره آنها وجود ندارد، بلکه از احکام کلی شریعت و براساس مقتضیات و احوال که میدان تغیر و تحول است، استنباط می‌شوند. او این حوزه اجتماعی - طبیعی را «منطقه الفراغ من التشريع» نامگذاری می‌کند.^۱

منطقه آزاد حقوقی (مصالح مرسله)

بدون شک، فراغ قانونی به این معنی که موضوع و حادثه ای رخ دهد که در شرع به صراحت یا به نحو اطلاق و عموم کلمه آن، حکمی برای آن نباشد، مراد نیست. زیرا آیات و احادیث زیادی دلالت دارد که حکم تمام موضوعات و حوادث، حتی «دیه» و «ارش» خدشه ای که بر دست وارد، می‌گردد، بیان شده است. بلکه مراد این است که شارع حکیم، از بیان برخی احکام بخاطر مصالح انسانی، ساکت مانده است و در این موارد درکل بر اطاعت پیامبر واولی الامر، تأکید نموده است، چنانکه خداوند متعال فرموده است: {يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ} {نساء: ۵۹} {وَمَا ءَاتَكُمْ الرَّسُولُ فَاخْذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا} {حشر: ۷} {مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ} {نساء: ۸۰} البته کشف و بیان برخی از احکام در صلاحیت ائمه مجتهدین است، که با عنایت به اصول کلی باید آن را استنباط کند. قانونگذاری در حوزه مصالح مرسله عبارت از استنباط و کشف احکام جزئی بر اساس اصل کلی شریعت میباشد. پس وجود منطقه فراغ یا میدان آزاد قانونی (مصالح مرسله) امری طبیعی و ضروری است. زیرا مقتضیات اوضاع و احوال بشر در این حوزه همواره در حال تغییراند یکی از نشانه های جاودانه بودن اسلام همین است که این منطقه را از

۱. ابوالحسن ماوردی الاحکام السلطانیة، بیروت دارالفراغ، ۱۴۰۱ ق. ص ۳۵۵.

لحاظ قانونگذاری آزاد گذاشته است؛ ثانيا، قانونگذاری در این حوزه از وظایف مجتهدین و دولت اسلامی (مجلس قانونگذاری) است؛ ثالثا، قوانین متغیر براساس مقتضیات و مصالح عمومی وضع می‌گردند؛ رابعا، این قوانین همانند احکام ثابت اسلام، الزام آورند.^۱

قلمرو حوزه آزاد یا منطقه فراغ که در صلاحیت مجتهدین و دولت اسلامی قرار می‌گیرد، شامل هر عملی است که طبیعتا در شرع مباح باشد. پس هرگونه عمل و فعالیت که در شرع بر حرمت یا وجوب آن تصریح شده باشد، مجالی برای قانونگذاری وجود ندارد. احکام تکلیفی که بر پنج نوع است، «وجوب، حرمت، استحباب کراهت و اباحه» که از جمع آنها وجوب و حرمت الزامی است که در اصطلاح حقوقی قوانین آمره نامیده می‌شوند. منطقه الفراغ، حوزه ای است که در محدوده احکام غیر الزامی قرار دارد. زیرا احکام الزامی ثابت اند. البته افعالی که در شریعت با صراحت واجب یا حرام باشد. قابل تغییر نیست، در فلسفه حرمت اشیاء باید گفت که هر عمل، قول، فعل و چیزی که در آن تلف حقوق دیگران یا خباثت و یا ضرر وجود داشته باشد، حرام و یا مکروه است.^۲

نقش اجتهاد در تشریع قوانین متغیر

دیدیم که اسلام حوزه گسترده ای را برای قانونگذاری بازگذاشته است که مجتهدین اسلام می‌توانند براساس اصول کلی شریعت و مصالح امت و بر مبنای مقتضیات زمان، قوانین مورد نیاز جامعه بشری را وضع (کشف) نمایند. که اصطلاحا به آن اجتهاد می‌گویند.

^۱ القرافی، شهاب الدین. انوار البروق فی انواع الفروق ج ۱ بیروت: دارالمعرفة للطباعة.

^۲ زیدان، عبدالکریم، المدخل للدراسة الشریعة الاسلامیة الطبعة الثانية، المنصورة دارالوفاء للطباعة (۱۹۹۲)

اجتهاد وسیله ای است که خداوند متعال آن را در دل فقیه قرارداده تا مجتهد با بکار گیری آن در منابع و مبانی اصلی استنباط، بتواند به طور کامل میان رویدادهای نوین زندگی و فقه اسلامی همگامی پدید آورد. اجتهاد به طور کلی به معنای صاحب نظر شدن در امر دین است. در تعریف آن گفته شده^۱ «به کار بردن منتهای تلاش در راه استنباط احکام شرعیه از ادله معتبر شرعیه».

چنانکه گفتیم، در اسلام قانونگذار اصلی خداوند متعال است، بنا براین اجتهاد به معنای قانونگذاری نیست، بلکه به معنای کشف احکام فرعی از منابع معتبر (کتاب، سنت، اجماع و قیاس) است. در کتاب و سنت اصول و احکام کلی به صورت قواعد فقهی بیان شده است، اما انجام آن به عهده کسانی گذاشته شده است که واجد صلاحیت لازم برای تفسیر قوانین کلی و تطبیق آنها بر موارد جزئی هستند. صحابه کرام از همان روزهای آغازین اسلام برای آن که نیاز جامعه اسلامی را در منطقه فراغ تامین نمایند چگونگی استنباط احکام فرعی را به افرادی تعلیم می دادند. حدیث معاذ بن جبل در این موضوع شاهد مدعی ما است .

شایان ذکر است که اجتهاد در طول تاریخ خود، تحولات فراوانی پیدا کرده است. دیدگاههای گوناگونی در باره آن وجود دارد. اما اجتهاد اصیل که کار کرد واقعی دارد، اجتهادی است که: مبتنی بر جامعیت و کمال دین، وسیله استنباط قانون از ادله و اصول معتبر فقهی، شامل و فراگیر است، یعنی توانایی کشف همه احکام نوین را دارد.

افق گسترده ای که این مبانی فرا روی مجتهد می گشاید، آن است که خدای حکیم و علیم به همه مصالح و مفاسد مربوط به زندگی انسان آگاه است، با حکمت و لطفی که سزاوار رحمت اوست، شریعتی را به جهانیان عرضه داشته است که ناظر به مصالح و مفاسد امور گوناگون زندگی بوده و هیچ رویدادی را در حیات فردی و اجتماعی، مادی

^۱ زیدان عبدالکریم " المدخل للدراسة الشریعة الاسلامیة ، پیشین، ص ۲۵۳.

و معنوی بدون قانون و حکم واگذار نکرده است؛ و نزلنا علیک الکتاب تبیاناً لکل شیئی (نحل: ۸۹) ولارطب و لایابس الا فی کتاب مبین (انعام: ۵۹). براساس این بینش، اجتهاد فقط وسیله کشف حکم شرعی است، اطلاق تشریع بر آن حالت مجازی دارد. چون فراغ قانونی هرگز به معنای عدم حکم نیست.

دکتر صبحی محمصانی پس از تاکید بر انواع قوانین موجود در اسلام می‌گوید: «قرآن مجید و سنت شامل همه دستورات و احکامی است که بشر برای سعادت و کمال خود احتیاج دارد. و کتاب یعنی قرآن تبیان کل شیئی است، روشنگر همه چیز و همه امور است. ایشان سوگند یاد می‌کند که تمام آنچه ملت احتیاج دارد، در کتاب و سنت هست و در این شکی نیست»^۱

بر این اساس، ما باورمندیم که اسلام نظام زندگی و راهنمای انسان برای همه زمانها و مکانها و آخرین رسالتی است که دست غیب و حکمت الهی به هدف حفظ منافع مادی و معنوی انسان و پیشگیری از انحطاط و سقوط ارزانی داشته است. پس اسلام که آئین زندگی انسان است، طبعاً در گستردگی و عدم آن نیز تابع آفاق وجودی انسان خواهد بود. به همین دلیل در تشریع اسلام کاستی راه ندارد، هر چند که روابط گوناگون بشری موجب پدیدار شدن مسایل نوین در زندگی او می‌گردد، ولی هیچگاه از سیطره اسلام بیرون نیست. چون اسلام با معرفی اصول کلی و ثابت وسیله اجتهاد را نیز در خدمت انسان قرارداد تا از طریق بکارگیری آن هیچ واقعه‌ی بدون حکم و بی پاسخ نماند، این همان رمز همگام بودن نظام دینی با رویدادها و راز بقای آن تا روز قیامت است. اگر ادعا شود که «اجتهاد قوه محرکه اسلام است» گزافه نیست.

نابغه بزرگ جهان اسلام بوعلی سینا کلیات اسلامی ثابت و غیر متغیر، ولی محدودند و اما حوادث و مسایل نامحدود و متغیر مطابق با مقتضیات خاص خود،

^۱ صبحی محمصانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام ترجمه ابراهیم گلستانی، تهران سپهر، چاپ ۲، ۱۳۵۸.

مسایل مخصوص به خود دارد. به همین جهت ضرورت دارد که در هر عصر و زمانی گروهی مختص و آگاه به کلیات اسلامی و عارف به مسایل و پیش آمد های زمان، عهده داراجتهاد و استنباط حکم مسایل جدید از کلیات اسلامی شوند. « یکی از اصحاب پیامبر درخصوص قوانین ثابت فرموده است: «حلال محمد حلال ابد الی یوم القیامه و حرامه حرام ابد الی یوم القیامه». در ارتباط با قوانین متغیر: «واما الحوادث الواقعه» رابه عنوان راهنمای ارائه داده اند.^۱

از برکت اجتهاد پویا و اصیل است که هیچگاه فقه اسلامی در برابر مظاهر زندگی و رویدادهای نوین رکود و ایستایی ندارد. فقط نه تنها همگام با مقتضیات زمان در حرکت است، بلکه پویا و پیشرو نیز هست، زیرا اصول احکام اجتهاد، از لحاظ زمانی پیش از پیدایش حوادث جدید به صورت قانونمند در خدمت فقهاء قرار داده شده است. به این ترتیب اجتهاد اصیل از یک سو، ضامن تداوم سلامت دین و جاویدانگی آن است، چون هرگز نمی گذارد که مسایل اسلامی در قالب فکری فرد یا افراد خاص محدود و زندانی شود، از سوی دیگر، پاسخگویی نیازهای نوین بشر در تمام اعصار و قرون است و راه اجتهاد همیشه باز است.

نتیجه گیری

قانون روح و روان جامعه است. تنها قانونی که می تواند جامعه را به هدف نهایی و کمال انسانی برساند روحی است که خداوند متعال در آن بدمد. اسلام نظام زندگی انسان و آخرین رسالتی است که خدای حکیم برای تامین منافع مادی و معنوی انسان و پیشگیری از سقوط و انحطاط او، ارزانی داشته است. این همان روحی است که

^۱ موسی، محمد یوسف. فقه اسلامی وقوانین غرب. ترجمه: نعمت الله شهرانی. کابل: موسسه انتشارات الازهر ۱۳۸۷.

پروردگار در کالبد جامعه انسانی دمیده است. مهم ترین امتیازات قانون دینی را به صورت زیر می توان فهرست کرد:

- ۱- واضع قانون اسلامی خداوند متعال است، که خالق انسان و عالم به نیازهای ثابت و متغیر اوست. حکمت الهی اقتضا دارد که قوانین متناسب با نیاز های انسان وضع نماید.
- ۲- منابع قانون دینی (کتاب، سنت، اجماع و قیاس) معتبر و قابل اطمینان است. تمام این منابع از یک منبع واحد (اراده الهی) الهام می گیرد، چون قرآن کلام خداست، گفتار و کردار پیامبر و خلفاء راشدین نیز رنگ الهی دارد. فقها نیز بر اساس کتاب و سنت استنباط می کنند. در نتیجه، قانون اسلام بر محورکمال مطلق دورمی زند، خداوند متعال کمال مطلق و قانونگذار واقعی است، اراده خداوند متعال منبع قانون، قرب پروردگار به او هدف قانون و رضای او مبنای قانون است.
- ۳- اسلام دین جهانی است، قوانین آن برای همه جهانیان است، ویژگیهای قومی، منطقه ای و ملی در آن جایگاهی ندارد. «وما ارسلناک الا کافه للناس». (سبا: ۳۴).
- ۴- اسلام به گونه ای خاص بین مقوله های ابدیت و تغیر جمع کرده است. هرچند اصول کلی دین ثابت اند، اما هیچگاه مسایل نوین از نظر آن دورنمانده است. اسلام در پرتو سازوکار اجتهاد اصیل قادر است در برابر مظاهر زندگی و رویدادهای تازه پاسخگو باشد، رکود و ایستایی در قاموس فقه پویا معنا ندارد.
- ۵- قانون دینی ناظر به ابعاد زندگی مادی و معنوی انسان بوده، و همه فعالیت های اجتماعی بشر را در راستای تکامل نهایی و تأمین سعادت ابدی او قانونمند می سازد.

فهرست منابع:

- ۱- نذیر، داد محمد. اساسات حقوق اسلام. (۱۳۹۲). کابل: رسالت. چاپ دوم.
- ۲- الشثری، عبدالرحمن بن سعد. تقنین الشریعة بین التحلیل والتحریم. (۱۴۱۴). ریاض: دارالکتب العلمیة.
- ۳- صبحی محمصانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام. (۱۳۷۸). ترجمه ابراهیم گلستانی، تهران، سپهر، چاپ دوم.
- ۴- ویل دورانت، تاریخ تمدن. (۱۳۷۱). تهران: انتشارات احسان چاپ ۳، ج ۴، ص ۴۳۲-۴۳۳.
- ۵- السنهوری، عبدالرزاق. مصادرالحق فی الفقه الاسلامی. (۱۹۹۷). بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- ۶- زیدان، عبدالکریم. المدخل للدراسة الشریعة الاسلامیه. (۱۴۰۳). الطبعة الثانية، المنصورة: دارالوفاء.

- ۷- روسو، ژان ژاک . قرار داد اجتماعی . (۱۳۷۹) . ترجمه مرتضی کلاتریان، تهران: احسان ، ص ۱۹۸.
- ۸- ماوردی ، ابوالحسن . الاحکام السلطانیة . (۱۴۰۱ ق) . بیروت: دارالفرا، ص ۳۵۵.
- ۹- رضا، محمد حسن . بررسیهای اسلامی . (بی تا) بیروت: دارالفکر، ص ۱۷۹ - ۱۸۰ ص ۲۳.
- ۱۰- زیدان، عبدالکریم . المدخل للدراسة الشریعة الاسلامیة . (۱۴۰۳)، پیشین، ص ۲۵۳.
- ۱۱- صبحی محمضانی . فلسفه قانونگذاری در اسلام . (۱۳۵۸) . ترجمه ابراهیم گلستانی، تهران: سپهر، چاپ دوم.
- ۱۲- موسی، محمد یوسف . فقه اسلامی وقوانین غرب . (۱۳۸۷) . ترجمه: نعمت الله شهرانی . کابل: موسسه انتشارات الازهر. چاپ اول.
- ۱۳- الزحیلی، وهبه . التفسیرالمنیر . (بی تا) . بیروت: دارالفکر ج ۱۶، ص ۱۷۷.

تغییر حکم اصناف دیه بر پایه تحولات و مصالح از نظر فقه امامیه

قربانعلی هادی

چکیده

دیه نفس بر شش قسم و یکی از راه‌های مقابله با جرائم علیه اشخاص و جبران خسارت است، جانی به نحو تعیین یا تخییر یکی از اصناف را به ولی دم می‌پردازد. امروزه با تحولات اقتصادی، اجتماعی، شبهات علیه احکام اسلامی و مصالح شرع، ضرورت دارد که حکم اصناف شش‌گانه دیه تغییر یابد. این تحقیق به هدف طرح معضلات و پیشنهاد تغییر حکم اصناف دیه، به روش تحلیلی- توصیفی انجام شد. احکام اسلامی تعاملی، با توجه به اوضاع و احوال، عرف جامعه و مقاصد شرع تغییر می‌یابند. مطابق دیدگاه برخی فقها با تأکید بر اصالت اصناف دیه، حکم آن‌ها تغییر نمی‌کند، اما برخی دیگر معتقدند اصناف اصالت ندارند و حکم شان تغییر می‌کند. در عصر حاضر عدم تغییر حکم اصناف باعث ضرر، حرج و تنفر از دین می‌گردد. بر اساس قواعد عقلی لاضرر، حرمت تنفی از دین و جبران کلیه خسارات حکم دیه باید تغییر

کند. نخبگان خصوصاً حاکم اسلامی، قیمت معدلِ اصناف دیه یا مقدار معین از ارزِ رایج کشور را، به‌عنوان دیه تعیین نمایند.

واژگان کلیدی:

تحول، اصناف دیه، مصلحت، تغییر حکم اسلامی، جبران خسارت، قواعد عقلی، فقه و حقوق.

۱. مقدمه

دین اسلام با گوهر عالی آسمانی، دارای احکام فرازمانی و فرامکانی و قوام بخش حیات دنیوی و معنوی بشر در رسیدن به حیات طیبه است. به اعتقاد برخی از فقها، احکام اسلامی ثابت و به نظر بعضی دیگر تغییرپذیر هستند. در صورت عدم تغییر احکام، چگونه شریعت ثابت خصوصاً مجازات حدی و کیفری، پاسخگوی نیازهای متغیر بشر در قبال تحولات، سؤالات و شبهات جدید چون سنگسار، مجازات با شمشیر و دیه با تفاوت ارزشی اصناف، خواهند بود؟ دیه به طور کلی برای جبران خسارت و حفظ امنیت جامعه، به مجنی علیه یا اولیای دم پرداخت می گردد. در برخی روایات دیه نفس شش قسم معرفی شده، بعضی از فقها هر کدام را اصل و دارای موضوعیت دانسته اند، که جانی هریک را به شیوهی تخییر، تعیین یا تنويع پیردازد. اما برخی دیگر از فقها، اصالت و موضوعیت اصناف دیه را نپذیرفته بلکه آن را طریق ارزشیابی قیمت دیه در جوامع می دانند.

در این مقاله تغییر و عدم تغییر حکم اصناف دیه با پیشنهاد حکم عقلانی جایگزین برای دیه، مورد پژوهش فقهی و حقوقی قرار می گیرد. سؤالات عمده ی پژوهش حاضر این ها هستند که، آیا حکم شرعی دیه با تأکید بر موضوعیت اصناف، با وجود تحولات اجتماعی، اقتصادی و تغییر اوضاع مکلف در عصر حاضر، ثابت می ماند؟ یا این که اصناف موضوعیت نداشته و حکم شان بر اساس تحولات و مصالح تغییر نموده و حکم دیگر جایگزین آن خواهد شد؟ در این صورت، حکم جدید باید بر چه مبنا و قواعدی شکل بگیرد، تا جبران خسارت نموده و بتواند مقاصد شریعت را تأمین کند؟ فرضیه های ذیل قابل تصورند که هر کدام پیامد خاص خود را دارند: الف. اصناف دیه دارای موضوعیت و حکم آنها ثابت بوده بر پایه تحولات و مصالح قابل تغییر نیست. ب. اصناف، طریق برای ارزشیابی دیه بوده اند، حکم آنها با توجه به تحولات تغییر

می‌کند. ج. حکم جدید بر پایه قواعد و اصول عقلی، لزوم جبران کلیه خسارات را در پی دارد. در این تحقیق پس از بررسی کلیات و امکان تغییر احکام اسلامی، بر اساس دلایل روایی، فقهی و حقوقی ابتدا دیدگاه مخالفان و موافقان تغییر حکم اصناف دیه بررسی گردیده و سپس ارزیابی این دو دیدگاه و لزوم تغییر حکم دیه بر مبنای قواعد عقلی و شرعی مطرح می‌گردند.

۱/۱. مفهوم و ماهیت دیه

الف. تعریف دیه؛ این واژه مشتق از «وَدَى» به معنی حق کشته‌شده، یا به معنای پرداخت دیه است، و هاء به جای واو بوده، جمع دیه دیات است (الزبیدی، ۱۴۱۴: ۲۸۳/۲۰؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۳۸/۱۵) این کلمه مصدر است اما به معنای اسم مفعول «آنچه که ادا می‌شود» به کار می‌رود (الفیومی، ۱۴۱۴: ۴۵۲/۲). دیه را عقل نیز معنا کرده‌اند زیرا یکی از معنای عقل «منع» است و دیه مانع جرئت بر ارتکاب جنایت می‌گردد. همچنین دیه در مواردی به معنی «دم» و «خون» آمده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲/۴۳). در عرف به آن خون‌بها و در زبان انگلیسی Blood money می‌گویند. در اصطلاح فقهی، دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا غیر آن، بر بزهکار واجب می‌شود، چه اندازه‌ی آن مال روشن باشد یا نباشد (همان). در تعریف حقوقی، دیه اعم از مقدر و غیرمقدر، مالی است که در شرع مقدس برای ایراد جنایت غیرعمدی بر نفس، اعضاء و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد به موجب قانون مقرر می‌شود (مواد ۱۷ و ۴۴۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲). البته درجایی که مقدار دیه شرعاً معین نشده باشد به آن ارش هم گفته می‌شود. برخی از حقوق دانان دیه را مجازات مالی تعریف کرده است. (صانعی، ۱۳۷۸: ۹۱) و گروهی دیگر دیه را به عنوان یکی از مجازات طبقه‌بندی شده در اسلام آورده‌اند. (نوربها، ۱۳۹۲: ۹۲). بعضی دیگر آن

را نوعی خسارت و غرامت تلقی نموده است: غرامت‌های مالی را که شخص جانی در جنایت‌های غیرعمدی باید بپردازد را دیات می‌گویند (گرجی، ۱۳۶۵: ۸).

ب. ماهیت دیه؛ سه دیدگاه عمده در درباره‌ی ماهیت دیه و پیامدهای آن مطرح می‌باشند. ۱. ماهیت کیفری؛ در این صورت طبق اصل قانونی بودن مجازات، باید میزان و مقدار آن دقیقاً در قانون مشخص شده و دیه از مال خود جانی، نه از مال عاقله پرداخت شود. بر اساس این دیدگاه، دیه را نباید به مجنی‌علیه داد و قابل عفو هم نباید باشد. در این صورت در صدور حکم دیه به میزان تقصیر و شرایط تکلیف توجه می‌شود. ۲. ماهیت مدنی؛ دیه چون قابل عفو بوده و برای مجنی‌علیه و یا اولیای دم اختصاص دارد و در مواردی باید آن را عاقله بپردازد، می‌توان گفت نقش جبران خسارت داشته و ماهیت مدنی دارد. برابر قاعده کلی حاکم بر جبران خسارت‌ها، دیه مقدار معینی نخواهد داشت بلکه میزان آن بر اساس صدمه و خسارتی که وارد شده تعیین می‌گردد؛ ۳. ماهیت مستقل؛ عناصری از مجازات و جبران خسارت در دیه وجود دارد، که به لحاظ موارد به یکی از ماهیت خسارتی یا جزایی نزدیک می‌شود.

ج. مقدار دیه؛ دیه‌ی کامل مرد مسلمان در فقه و حقوق اسلامی، یکی از امور شش‌گانه‌ی ذیل است: ۱. صد شتر سالم و بدون عیب؛ ۲. دوصد گاو سالم و بدون عیب؛ ۳. یک هزار گوسفند سالم؛ ۴. دوصد دست لباس سالم از حله‌های یمن؛ ۵. یک هزار دینار مسکوک سالم و غیر مغشوش؛ ۶. ده هزار درهم مسکوک سالم و غیر مغشوش. کد جزای افغانستان مصوب ۱۳۹۵ از آنجایی که در بخش تعزیرات تدوین یافته درباره دیات چیزی را مطرح نکرده است. وهب الزحیلی می‌نویسد: در باب دیه، به‌طور کلی، سه دیدگاه در بین فقیهان اهل سنت وجود دارد: الف. دیه قتل نفس یکی از سه مورد شتر، درهم و دینار است. ب. دیه قتل نفس، یکی از شش مورد است: صد شتر، دوصد گاو، دوازده هزار درهم، هزار دینار، دو هزار گوسفند، دوصد حله یمنی. ج.

دیه قتل نفس، یک‌چیز است و آن‌هم شتر (الزحیلی، ۱۴۲۲: ۳۰۱/۶). محقق حلی مقدار دیه را شش نوع ذکر می‌کند: دیه عمد صد شتر سال‌خورده، یا دو صد گاو، یا دو صد حله، یا هزار دینار، یا هزار گوسفند و یا ده هزار درهم است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۹/۴). مرحوم شیخ مفید نیز دیه را شش قسم می‌داند (مفید، ۱۴۱۳: ۷۳۵). ابن زهره پس از بیان اقسام شش‌گانه دیه آن را مورد اجماع می‌داند (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۴۱۲).

۲/۱. مفهوم تحولات و مصالح

الف. مراد از تحولات؛ تغییرات، حوادث و اوضاع و احوالی است که در ساختار اقتصادی، اجتماعی، علمی، سیاسی، فرهنگی، عرف و آداب و رسوم جامعه در سیر زمان و گستره‌ی مکان پدید می‌آیند. منظور از تأثیر تحولات این است که در سیر زمانی، تنوع مکانی، نیازهای جدید، شیوه‌های تعامل و دادوستد مدرن؛ تغییراتی را در موضوع، ملاک، مصالح و متعلق احکام به وجود می‌آورند، که به تبع آن‌ها احکام نیز تغییر نمایند. عوامل تغییر احکام اسلامی ممکن است بر اثر تحول تدریجی هنجارها، الگوها و نیازهای جدید اجتماعی، یا شرایط بحرانی و... در جامعه و یا در اثر تحولات علمی و دستاوردهای نوین تکنولوژیکی و فنی، به وجود آیند.

ب. مقصود از مصالح، اهداف عالی و مقاصد نهفته شریعت می‌باشند که ورای احکام مدنظر شارع است، که بر سعادت دنیا و آخرت انسان تأکید دارند. مصالح را به جهات مختلف، به مصلحت حفظ دین، نفس، نسل، مال، اجرای عدالت، تأمین نظم و امنیت جامعه تقسیم نموده‌اند، این‌ها با اندک تفاوتی مطلوب هر جامعه‌ای است. این مصالح بر دو نوع کلی قابل تقسیم‌اند، یکی مصلحت حفظ دین و دیگری حفظ نظام اسلامی و امنیت جامعه. بسیاری از فقها قائل‌اند که احکام اسلامی بر اساس مصالح و مفاسد پایه‌ریزی شده و هدف از اجرای احکام دستیابی به مصالح است. (معرفت، ۱۳۷۷: ۱۷۰). علامه حلی معتقد است که همه احکام بر پایه مصالح وضع می‌شوند

مصالح هم با تغییر زمان تغییر کرده و با اختلاف مکلفین مختلف می‌شوند (علامه حلی، ۱۴۰۷: ۲۸۲). حضرت علی(ع) با تأکید بر این که مجازات قتل عادی در عرب اثر بازدارندگی خود را ازدست داده و مصلحت نهفته را در پی ندارد، مجازات لواط(قتل معمولی) را به سوزاندن فرد لواط‌کننده در آتش تغییر داده است: «فَقَالَ أُحْرِقُهُ بِالنَّارِ فَإِنْ الْعَرَبَ لَا تَرَى الْقَتْلَ شَيْنًا» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۰/۲۸). بنابراین اگر اجرای حکمی به مصلحت نباشد حاکم اسلامی می‌تواند آن را متوقف، یا حکم خفیف‌تر یا شدیدتر جایگزین آن کند. این امر را می‌توان به عنوان یک قاعده کلی دیده و در کلیه احکام از جمله حکم اصناف دیه جاری دانست.

۳/۱. امکان سنجی تغییر احکام اسلامی

بحث تغییر احکام در اینجا به طور کلی ناظر بر احکام روابط اجتماعی و تعاملی است و به احکام عبادی و ثابت اسلام نمی‌پردازد. احکام اسلامی در یک نگاه کلی به احکام «واقعی الهی» و احکام «استنباطی» قابل تقسیم‌اند. احکام واقعی آن دسته از احکامی که در قالب الفاظ قرآن و سنت، به مردم ابلاغ شده و شامل احکام ثابت و متغیر می‌باشند. احکام استنباطی یا اجتهادی به نظریات و فتاوی استنباطی فقها از ادله شرعی، اطلاق می‌شوند، که به منزله حکم واقعی حجیت شرعی داشته و متغیر می‌باشند، حکم ولایی در این دسته جای دارند.

الف. امکان تغییر احکام واقعی الهی؛ مراد از «تغییر حکم» در احکام واقعی، تغییر حکم به واسطه تغییر موضوع، متعلق یا مصداق است. این احکام از طریق «نسخ» در مرحله جعل و انشای حکم و نیز از طریق تغییر متعلق، موضوع و مصداق در مرحله فعلیت حکم، تغییر می‌کنند. بدین معنا، اگر موضوع حکم واقعی شرایط خود را از دست دهد و یا متعذر شود، حکم آن موضوع از فعلیت می‌افتد و اجرایی نمی‌شود، مثلاً امروزه با تعذر حله یمنی، حکم پرداخت دیه از صنف حله، فعلیت نخواهد داشت. در

امور غیر عبادی برای تغییر احکام، شناخت متعلقات و موضوعات احکام اغلب از عرف و رویه‌های عقلایی پیروی می‌شود؛ مگر این‌که شارع خود موضوعی را تحدید و تبیین نموده باشد (نوبهار، ۱۳۹۴: ش ۹۱/۷۸)، ما نیز در این مقاله، بر اساس قواعد و اصول عقلی تغییر حکم دیه را پیشنهاد کرده‌ایم. مرحوم کاشف الغطا معتقد است، در صورتی‌که موضوعات احکام به سبب تحول زمان، مکان و شرایط اشخاص تغییر نمایند، احکام نیز تغییر می‌کنند (کاشف الغطا، ۱۳۵۹: ۳۴/۱). محقق اردبیلی قائل است که احکام، با توجه به خصوصیات، زمان، مکان و اشخاص مختلف بوده و قابل تغییر است (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۳۶/۳).

دیدگاه یکی از فقهای معاصر این است که: «هرگاه شرایط و قیود [احکام الهی] تغییر نیابند، حکم الهی نیز تا ابد تغییر نخواهد کرد، مفهوم روایت: «حلال محمد (ص) حلال الی یوم القیامه...» نیز همین است. اما اگر در قیود موضوع، بر اثر گذشت زمان و تغییر مکان دگرگونی حاصل شود، چه بسا حکم هم دگرگون خواهد شد.» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۶: ش ۹/۴). بسیاری از موضوعات در احکام واقعی، جزء موضوعات عرفی و امضایی‌اند، از جمله «شتر» که در قبل از اسلام به‌عنوان دیه در جوامع عرب مطرح بود، پرداخت همان شتر در قالب حکم واقعی (سنت پیامبر) امضا گردید.

ب. امکان تغییر احکام استنباطی فقها؛ فقیه و حقوق‌دان اسلامی در بستر فقه پویا با شناخت فنی موضوع و حکم، در استنباط احکام با در نظر گرفتن تحولات و مصالح، حکم مناسب را با تحفظ روح شریعت، صادر می‌نمایند. مرحوم شهید اول معتقد است که تغییرات اجتماعی، عرف، زمان و مکان موجب تغییر احکام می‌شوند (مکی عاملی، ۱۴۰۰: ۱۵۱/۱). طبق دیدگاه وی تغییر عادات و رسوم جامعه موجب دگرگونی موضوعات می‌شود که به تبع موضوع، احکام نیز تغییر می‌کند.

ج. امکان تغییر احکام حکومتی؛ این احکام با توجه به موضوعات، مصادیق و متعلقات در بستر زمان و مکان تغییر می‌کنند. یکی از فقها می‌گوید: «احکام متغیر، تابع مصالح و مقتضیات زمان، به اختلاف اعصار، لا محاله مختلف و در معرض نسخ و تغییر است... آن از باب عدول از فرد واجب است به فرد [واجب] دیگر، و قدر مشترک آن‌ها که حفظ نظام و سیاست امور امت است...» (نائینی، ۱۴۲۴: ۱۳۷). وهبه الزحیلی فقیه و حقوق‌دان معتقد است که: احکام به سبب تغییر عرف، مصالح اجتماعی و مردم، یا به سبب پیدایش ضرورت‌ها و یا ظهور سازمان‌های جدید، تغییر می‌یابند؛ اما این مربوط به احکام اجتهادی و معاملات است و احکام عبادی تغییرناپذیر است. (زحیلی، ۱۴۰۶: ۹۸/۲)

تحولات و مقتضیات همسو با مقاصد شریعت می‌توانند بر احکام متغیر اسلامی اثر بگذارند. اما تحولات مغایر با مقاصد و روح شریعت، صلاحیت تأثیرگذاری بر احکام اسلامی را ندارند. مثلاً بسیاری از کشورها حکم اعدام را با توجه به ملاحظات بین‌المللی برداشته، این با اهداف شریعت ناسازگار است، نمی‌توان حکم داد که اسلام هم حکم اعدام را کاملاً بردارد.

د. مرجع تغییردهنده احکام اسلامی؛ حاکم اسلامی عالم، مؤمن و متعهد، ستره محکمه، فقهای جامع‌الشرایط، اندیشمندان حقوق، قضات و کارشناسان که همه مؤمن، عادل و صالح هستند، می‌توانند با توجه به تحولات زمانی، تنوع مکانی، ضرورت‌ها، تحول موضوع و متعلق، مصالح و مفاسد؛ فتوا، احکام و یا نظریه کارشناسی مبنی بر لزوم تغییر برخی احکام اسلامی را صادر نمایند. اما باید تأکید نمود که دستور اجرای حکم تغییریافته، به‌خاطر حفظ نظم و امنیت جامعه، فقط توسط حاکم اسلامی صالح صادر می‌شود. بنابراین حاکم اسلامی در راستای وظیفه‌ی خود، می‌تواند حکم واقعی، استنباطی و حکم حکومتی را تغییر دهد و حکم دیگری جایگزین آن نماید. البته؛ زمانی

که خطری دین اسلام را تهدید کند حاکم اسلامی می‌تواند برخی احکام اسلامی را تعطیل و یا تعدیل نماید، این امر از طریق مراجع قضایی و تحقیقاتی چون ستره محکمه، کمیسیون تحقیق و پژوهش وزارت عدلیه و... باراهنمایی حاکم اسلامی صورت می‌گیرد.

۲. دیدگاه‌های عدم‌تغییر حکم اصناف شش‌گانه دیه

بعضی از فقها معتقدند که هریک از اصناف شش‌گانه موضوعیت داشته و اصلی می‌باشند، هرکدام از اصناف خودش به اختیار جانی به اولیاء دم باید پرداخت شود. بر اساس این دیدگاه گرچه شرایط اشخاص تغییر کند و تحولات زمانی عمیق و تنوع مکانی در موضوع و مصداق احکام دیه رخ دهند، حکم اصناف دیه تغییر نخواهد کرد. دیدگاه‌های عدم‌تغییر حکم دیه را در قالب اصلی بودن اصناف شش‌گانه به‌نحو تخییر، تعیین و... بررسی می‌کنیم.

۱/۲. اصالت اصناف شش‌گانه به‌نحو تخییر

دیدگاه اصالت اصناف تأکید می‌کند که هر شش‌قسم از دیه اصلی و دارای موضوعیت است، که جانی اختیار دارد هرکدام را بپردازد. معنای اصلی بودن این است که هرکدام به‌طور مستقل در عرض هم نه در طول یکدیگر، دیه در ازای شخص مقتول است، بدل از دیه در ارزش مادی نیست، لذا تغییر حکم به‌غیر از شش‌نوع جایز نیست. نظریه تخییر، بین علمای امامیه خصوصاً بین متأخرین قول مشهور است. فاضل هندی این دیدگاه را با تعبیر عندنا (اجماع) مطرح می‌کند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۰۸/۱۱). هر یک از شش‌قسم به‌طور مستقل واجب است و بدل از دیگری نیست.

بر اساس دیدگاه مرحوم محقق حلی، همه‌ی اصناف مستقلاً اصلی بوده و هیچ‌کدام مشروط به عدم دیگری نیست و جانی در پرداخت هریک مخیر است (محقق حلی،

۱۴۰۸: ۲۲۹/۴). صاحب جواهر (ره) ضمن طرح اصالت اقسام دیه، معتقد است که هرکدام از اصناف اصلی هستند، جانی در پرداخت هرکدام مخیر است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵/۴۳). مستندات روایی، فقهی و اصولی ذیل به مفهوم تخییر اشاره دارند.

الف. روایات؛ احادیثی زیادی مقتضی تخییر در پرداخت دیه هستند، به عنوان نمونه برخی از آن‌ها را یادآور می‌شویم: در صحیحہ علاء ابن فضیل از امام جعفر صادق (ع) آمده است، که جانی مخیر است، در قتل خطا صد شتر، یا هزار گوسفند، یا ده هزار درهم و یا هزار دینار به عنوان دیه بپردازد (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۶/۲۹؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۲۸۲/۷). روایت عبدالله بن زرارہ از امام صادق (ع) که دینار و درهم و شتر را به نحو تخییر به عنوان دیه مقرر می‌دارد (حر عاملی، پیشین، ۱۹۷). در صحیحہ حلبی از امام صادق (ع) آمده است: «الدیۃ عشرۃ آلاف درهم او الف دینار...». (کلینی، پیشین، ۲۸۱) یعنی، دیه هزار درهم یا هزار دینار است. در این روایات بین اصناف دیه عطف به «او» صورت گرفته است که دلالت بر تخییر دارد، یعنی جانی هرکدام را خواست می‌تواند پرداخت کند.

ب. اجماع؛ صاحب جواهر^(۵) تخییر را اجماعی دانسته می‌گوید، جانی در پرداخت هرکدام مخیر است و فقها بر این امر اجماع دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵/۴۳). مرحوم صاحب ریاض، اصل در پرداخت اصناف را با توجه به لفظ «او» تخییری دانسته و بر این امر ادعای اجماع و شهرت عظیمه نموده است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۵۰/۱۶).

ج. اصل براءت؛ صاحب جواهر تأکید می‌کند، ظاهر سخنان فقها، آن است که جانی در گزینش نوع دیه مخیر است و این برابر اصل [براءت] است، نه این که تنويع باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۲/۴۳). این سؤال پیش می‌آید که آیا یکی از اصناف به صورت تعیینی بر جانی واجب می‌شود یا نه؟ در صورتی که دلیلی در دست نباشد، اصل اولی

دلالت بر براءت ذمه جانی از تعیین یکی از اقسام دارد، یعنی هیچ نوعی از اصناف به نحو تعیینی بر ذمه او نیامده است، در نتیجه به تخییر جانی در پرداخت منجر می شود.

۲/۲. اصالت اصناف شش گانه دیه به صورت تنويع به نحو تعيين

تنويع به نحو تعيين بدین معناست که، بر جانی واجب است به طور معین از هر شش نوع، نسبت به حرفه و شغل خود و یا نسبت به محلی که اصناف در آنجا موجود است، و این دارای موضوعیت است. بر اساس این دیدگاه، حکم اصناف دیه قابل تغییر نیست و نمی توان در صورت وجود یکی از اصناف، قیمت یا جنس دیگر را جایگزین نمود. شیخ طوسی (ره) بر وجوب تعیینی بودن پرداخت دیه گرایش داشته می گوید، از میان شش اصل هر یک اصل مستقلی است... هر جانی که دارنده یکی از این اصول باشد، همان از او گرفته می شود (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱۹/۷).

پرداخت به نحو تنويع، دیدگاه مشهور فقهای پیشین است، شیخ طوسی (ره) مفهوم تنويع را از منظر امامیه و برخی فقهای عامه چنین مطرح می کند که، بر شترداران صد شتر، بر دارندگان طلا هزار دینار، بر دارندگان درهم ده هزار درهم... ابو یوسف، محمد ابن حسن شیبانی و ابن حنبل، نیز اصالت اصناف را به نحو تنويع پذیرفته، اما آنها معتقدند به جای هزار گوسفند، دو هزار گوسفند پرداخت گردند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲۶/۵). ابن براج نیز بر تنويع معتقد است می گوید، اگر جانی از دارندگان طلا باشد هزار دینار درجه یک... و یا دوصد حله که بزهار دارنده پارچه باشد، باید پردازد (قاضی ابن براج، ۱۴۰۶: ۴۵۷/۲). روایات ذیل می توانند مستند دیدگاه اصالت اقسام شش گانه دیه به نحو تعيين باشند.

صحيحه عبدالرحمن بر وجوب تعيينی بودن اصناف دیه دلالت دارد: وی می گوید از ابن ابی لیلی شنیدم که می گفت دیه در دوران جاهلیت، صد شتر بود و حضرت پیامبر (ص) آن را پذیرفت و بعد واجب نمود بر گاوداران دوصد گاو، و بر گوسفندداران

هزار گوسفند... بر مردم یمن، دوصد حُلّه، که بپردازند. وی می‌گوید این را از امام صادق(ع) پرسیدم که فرمایش حضرت علی(ع) را بیان نمود: دیه هزار دینار و برای اهل شهر ده هزار درهم، برای صحرانشین صد شتر... است، که باید بدهد(حر عاملی، پیشین، ۱۹۳). از هردو بخش، وجوب تعیین دیه بر دارنده و اهل همان محل قابل استنباط است.

۳/۲. اصالت فقط شتر و یا دینار از اصناف دیه

الف. اصالت شتر؛ بعضی از فقها و حقوق‌دانان فقط شتر را اصل در دیه می‌دانند. اصالت و موضوعیت شتر از بین اصناف، مانع تغییر حکم دیه بر اساس تحولات زمانی و مکانی می‌شود. شهید ثانی معتقد است که در اصل واجب است که شتر به‌عنوان دیه پرداخت شود(جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۳۱۷/۱۵). شیخ طوسی دیدگاه برخی فقهای امامیه و عامه را در اصالت شتر پذیرفته می‌گوید، در صورت نایاب شدن شتر، امامیه و اهل سنت معتقدند که به قیمت منتقل می‌شود(طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱۸/۷). یکی از علمای معاصر، معتقد است که از میان اقسام شش‌گانه صد شتر اصل در دیه است، سزاوارتر دید نیست(هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۱۸۹/۱). دیدگاه اصلی بودن شتر را بیشتر علمای اهل سنت پذیرفته و ابن‌قدامه در این باره ادعای اجماع کرده است: همه عالمان بر این نظر اتفاق دارند که اصل در دیه، شتر است (ابن‌قدامه، بی‌تا: ۳۵/۹).

پذیرش اصالت شتر در دیه نتیجه اطلاق دسته‌ای از روایات است که در آن‌ها تنها صد شتر، دیه به شمار آمده است. در صحیح محمد ابن مسلم، زراره و دیگران از امام محمدباقر یا امام صادق علیهما السلام که می‌فرماید: «فی الدیة قال، هی مئة من الابل ولیس فیها دنانیر ولادراهم و لا غیر ذلک.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۶/۲۹) دیه صد شتر است و در ابل، دینار و درهم یا چیز دیگری مجزی نیست.

ب. اصالت فقط دینار؛ دیدگاهی وجود دارد که فقط دینار را دارای موضوعیت در دیه می‌داند. بر این اساس قیمت و یا جنس دیگر نمی‌تواند دیه باشند، لذا نمی‌توان در حکم اصناف دیه تغییر ایجاد نمود. ظریف ابن‌ناصح از امام علی (ع) روایت می‌کند: دیه نفس هزار دینار و دیه بینی هزار دینار و... است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۹۶/۱۰). این روایت نشان می‌دهد که اصل در دیه دینار است و بقیه حتی صد شتر، مصادیقی هستند که باید برابر دینار ارزش‌گذاری شوند.

۳. دیدگاه‌های تغییر حکم اصناف شش‌گانه دیه

بسیاری از فقها و حقوق‌دانان معتقدند که هیچ‌کدام از اصناف دیه اصالت ندارند، بلکه هرکدام طریقی برای بیان مقدار دیه جهت آسان‌سازی در پرداخت است. بر اساس این دیدگاه، حکم اصناف دیه از اول تشریع تاکنون با تغییرات در موضوع، مصادق و شرایط اشخاص، مرتب در حال تغییر بوده است. پرداخت هریک از اصناف یا غیر آن به رضایت طرفین، یا به‌نحو تبدیل و یا تقدیر خود عبور از اصالت اصناف دیه است، که تغییر در حکم اصناف دیه را، نشان می‌دهد.

۱/۳. دیدگاه تقدیر در پرداخت اصناف دیه

بر اساس دیدگاه تقدیر، مراد از اصناف در روایات باب نه تخییر، تعیین و نه تنويع، بلکه طریقی برای بیان مقدار دیه بوده، و از اصالت و موضوعیت برخوردار نمی‌باشند. تقدیر، یعنی اصناف دیه شاخصی برای نشان‌دادن مقدار و میزان مالی دیه هستند. جانی می‌تواند با توجه به تحولات و شرایط، هریک از اقسام، یا جنس دیگر و یا مقدار مالی برابر آن را، بپردازد. برخی از فقها و حقوق‌دانان این نظریه را پذیرفته‌اند. ابو زهره از فقهای اسلامی در بحث جریمه و مجازات از نگاه فقه اسلامی، تعیین مقدار دیه را با توجه به ملاک‌های شرعی، امر عقلی و مطابق تحولات و شرایط زمان دانسته می‌گوید:

«قد وضع لنا الاساس و هو تقدير الف دينار من ذهب، او مائه من الابل، فحقّ علينا ان نبني عليه ونقدم ساير الموارد عليها لانه الملاك في ديه النفس.» (محمد ابوزهره، ۱۴۱۸: ۵۷۱/۱). شارع مقدس تراز و اساس را برای ما وضع کرده که همانا هزار دينار طلا، صد شتر باشد، پس این حق برای ما هست که بر همان اساس، از موردهای دیگر، مقدار ديه را روشن سازيم.

يکي از حقوق دانان تصريح می کند که مراد از اصناف، نه برای تنويع يا تخيير، بلکه تقديري از مقادير مختلف را بيان نموده است، هيچ يک از مقادير شش گانه موضوعيت ندارد، آنچه مهم است، پرداخت آن ميزان ماليتی است که ملحوظ شارع بوده است. (مرعشی، ۱۳۸۵: ۲۱۰/۱) روايت ابي بصير از امام صادق (ع) که می فرمايد: ديه مسلمان ده هزار طلا، هزار نقره، هزار گوسفند و... است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۴/۲۹). در اين روايت فقط مقدار ديه در هر زمينه معين شده است، اين نوع تعبير در روايات ظهور در بيان مقادير ديه دارد.

۲/۳. دیدگاه تبديل در پرداخت اصناف ديه

مفهوم تبديل آن است که جانی می تواند هریک از اصناف ديه را تبديل به قيمت و يا اجناس ديگر نموده و پرداخت نمايد. بر مبنای اين نظريه، اصناف ديه موضوعيت نداشته، با تحولات اجتماعي و اقتصادي حکم اصناف تغيير می نمايد. اين دیدگاه از سوی بعضی فقها مورد تأييد قرار گرفته است. شيخ طوسی (ره) در اين باره می گوید: از اهل و دارنده هر یک از اصناف ديه، همان نوع از او گرفته می شود و اگر موجود نبود بدل از آن، گونه های ديگر (جنس يا قيمت) دريافت می شوند (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱۹/۷). يکي از فقها معتقد است که، ولی دم می تواند با تراضي يکي از اصناف را تبديل به قيمت نموده و آن را بپذيرد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴/۴۳). بنابر اين می توان گفت که اصناف

موضوعیت ندارند، چون در صورت موضوعیتِ نفس اصناف، علما اجازه‌ی تبدیل به قیمت پایین‌تر یا بالاتر را نمی‌دادند.

۳/۳. دیدگاه تراضی طرفین بر نوع پرداخت دیه

تراضی بین اولیاءِ مجنی‌علیه و جانی در نوع دیه، از اموری هستند که می‌توان با آن، از موضوعیت اصناف شش‌گانه عبور نمود. در قتل عمد ابتدا قصاص ثابت است، اما جانی می‌تواند با اولیاء دم به مقدار دیه، یا به امر خاصی به دو یا سه برابر، کمتر و یا بیشتر تراضی و مصالح نماید. همین‌طور در جنایت شبه‌عمدی و خطای محض می‌تواند بر مقداری از دیه مصالحه کنند. دیه تصالحی می‌تواند یکی از اصناف دیه یا هر چیزی دیگر باشد که جانی باید خود به اولیاء دم پرداخت کند. بدین‌سان تراضی بین جانی و اولیاء دم نشان می‌دهد که می‌توان از اصناف شش‌گانه به قیمت، مبلغ و یا نوع خاصی دیگر عبور کرد. یکی از فقها می‌گوید از اصول شش‌گانه ولی دم نمی‌تواند به قیمت بازاری آن‌ها عبور نماید، اما درجایی که تراضی بین طرفین در قیمت صورت گیرد، می‌توان قیمت را به‌جای هریک اصول دریافت نمود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴/۴۳). در مواردی که قاتل پدر باشد، یا فوت کند، یا قاتل عاقل باشد و مقتول مجنون و یا با مصلحت‌نگری حاکم نیز می‌توان از موضوعیت اصناف دیه، به قیمت و یا جنس دیگر عبور نمود. بدین‌سان حکم اصناف دیه با توجه به تحولات زمانی و شرایط خاص به حکم دیگر تغییر می‌کند.

۴. ارزیابی دیدگاه تغییر و عدم تغییر حکم اصناف دیه

پس از طرح دیدگاه‌های مخالفان و موافقان تغییر حکم اصناف دیه، دلایل آن‌ها را با دیگر سنجه‌های روایی، فقهی و اصولی موردنقد و ارزیابی قرار می‌دهیم.

۱/۴. ارزیابی دیدگاه مخالفان تغییر حکم اصناف دیه

دیدگاه مخالفان تغییر، بر موضوعیت اصناف شش‌گانه استوار است. یعنی اصناف اصل هستند و باید همان صنف به‌نحو تخییر یا تنويع با وجوب تعیین پرداخت شود، دلایل عمده‌ی آنان روایات، اجماع و شهرت بوده‌اند. اما این دیدگاه انصافاً از نارسایی‌های جدی و عدم استدلال محکم رنج می‌برد، مستندات محکمی ارائه نشده، که قابل دفاع باشند.

الف. عدم پذیرش اصالت اصناف تحت شش عدد؛ عمده دلیل اصالت شش صنف روایات می‌باشند، اولاً: اکثر روایات تمام اصناف دیه را یکجا ذکر نکرده مانند روایت محمد ابن علی؛ برخی روایاتی که بر اصالت شش قسم دلالت دارند، در معارضه با روایات دیگر مانند روایت زراره و محمد ابن مسلم قرار می‌گیرند، که دیه اصلی را فقط صد شتر می‌دانند. ثانیاً: حله یکی از مواردی اختلافی اصناف شش‌گانه است، مرحوم خوئی(ره) ادله روایی حله را نمی‌پذیرد، معتقد است که فقط دلایل اجماع و پذیرش قطعی اصحاب را با خود دارد(خوئی، ۱۴۲۲: ۲۳۳/۴۲). ثالثاً: در برخی روایات حله دو صد و در روایت شیخ صدوق صد تا ذکر شده(صدوق، ۱۴۱۵: ۵۱۴) که اختلاف در ضبط روایات، وجود حله در دیه و اصالت شش‌گانه را زیر سؤال می‌برد. رابعاً: جمیل و ابن حجاج حله را از امام صادق(ع) نقل نکرده و روایت جمیل مضمرة یا موقوفه است، خصوصاً آن روایتی که حله را ذکر نموده از حضرت پیامبر^(ص) به‌صورت مرسل بوده و از مدار اعتبار خارج است.

ب. رد اجماع بر اصالت اصناف؛ اولاً: این اجماع مدرکی است که به استناد روایات شکل گرفته‌اند، و اجماع مدرکی حجیت ندارد. از سوی دیگر، اعتبار روایات باب، از نظر سند و دلالت در جایگاهی نیستند که بشود با تکیه بر آن‌ها، اصلی بودن موارد شش‌گانه دیه را ثابت کرد. محقق اردبیلی به این اجماع با تردید نگریسته می‌گوید، ما به آن دست

نیافته‌ایم (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۱۲/۱۴). ثانیاً: برفرض پذیرش اجماع، این دلیل لبی است فقط قدر متیقن (دیه بودن اصناف شش‌گانه) را می‌گیرد، بیشتر از آن (اصالت اصناف) را نمی‌توان اثبات نمود. از سوی دیگر، اگر اختلاف فاحش در ارزش اصناف پیش آید و جانی هم مخیر باشد، حقیقتاً و عقلاً نمی‌توان اجماع فقها را ثابت دانست.

ج. عدم پذیرش تنويع به نحو وجوب تعيين یکی از اصناف؛ اولاً: در نبود یا کمبود و یا افزایش قیمت بعضی اصناف، جانی به مشقت می‌افتد و یا با پرداخت صنف تعیینی با ارزش بیشتر در حق او بی‌عدالتی می‌شود. ثانیاً: بسیاری از فقها تنويع را به نحو تسهیل و آسان‌گیری به جانی می‌دانند، نه این‌که تنويع به نحو وجوب تعيين باشد. ثالثاً: اکتفا به ظاهر روایات باب در تعیین، مفهومی این است که اگر کسی از دارندگان یکی از اصناف دیه نباشد، پرداخت دیه بر او واجب نباشد، درحالی‌که چنین نیست.

د. عدم پذیرش اصالت اصناف به نحو تخییر؛ اولاً: روایاتی دلالت‌کننده بر تعیین و تنويع، از اطلاق روایات تخییر جلوگیری می‌کنند، بدین معنا که تخییر در روایات را فقط در صورت برابری ارزش مالی اصناف منحصر نموده و در این صورت می‌توان قائل بر تخییر شد. اما امروزه با وجود تفاوت فاحش بین ارزش مالی اصناف، نمی‌توان تخییر را پذیرفت. ثانیاً: بعضی از فقها از ظاهر روایات، اصالت اصناف را استفاده نکرده، بلکه آن‌ها را حمل بر تسهیل و آسان‌گیری در امر پرداخت دیه نموده‌اند. در این صورت ادعای کسانی که از ظاهر روایات و لفظ «او» تخییر جانی را پذیرفته، مورد تردید قرار می‌گیرند. ثانیاً: انعقاد اجماع بر تخییر اصناف دیه، با وجود نظریاتی چون تعیین، تنويع، تبدیل، تقدیر و... بعید به نظر می‌رسد. برفرض پذیرش اجماع، اجماع مدرکی است، اجماع مدرکی حجیت ندارد. ثالثاً: ادعای شهرت عظیمه صاحب ریاض بر تخییر درجایی نافذ خواهد بود که دلیلی نباشد، با وجود روایات صحیحی چون صحیحہ حکم

بن عتیه و معاویه بن وهب (اصل دانستن فقط صد شتر...)، تبعیت از این شهرت واجب نیست (محمّدی، ۱۳۸۲، ش ۷، ۳۱).

هـ. عدم پذیرش اصالت شتر یا دینار؛ اولاً: روایات اصالت شتر مانند روایت صحیحۀ زراره، با روایات تخییر، تنويع و... در تعارض قرار گرفته، تعیین بر شتر را نفی می‌کنند. ثانیاً: طبق قول مشهور و تسالم فقها و جمع بین ظهور روایات، اصناف دیه شش قسم می‌باشند. برفرض پذیرش انحصار، به این روایت تا هنوز کسی عمل نکرده، و مخالف روایات مشهور است که دیه را شش قسم می‌دانند. ثالثاً: اگر شتر در لسان روایات بیشتر مورد توجه قرار گرفته، بدان جهت است که آن در جامعه‌ی اعراب قبل از اسلام و صدر اسلام با ارزش‌ترین اموال بوده، ولی امروزه در جوامع مدرن شتر دیگر آن ارزش مالی را ندارد. اما روایاتی که دینار را به عنوان دیه مطرح کرده‌اند، بر اصل بودن آن ظهور ندارند، بلکه برای آسان‌گیری و بیان مقدار در پرداخت دیه می‌باشند. برفرض پذیرش ظهور روایات در اصل بودن دینار، با روایاتی که ظهور در تخییر دارند، در تعارض قرار می‌گیرند.

۲/۴. ارزیابی دیدگاه موافقان تغییر حکم اصناف دیه

بسیاری از فقها و حقوق‌دانان معتقدند که حکم اصناف دیه از طریق تغییر موضوع، متعلق و... با توجه به تحولات زمانی، در راستای تأمین اهداف و مصالح نهفته احکام، تغییر می‌کند.

الف. تغییر حکم دیه بر مبنای تقدیر؛ بسیاری از روایات و امضای حکم دیه در صدر اسلام و تغییر از جنسی به جنس دیگر، پرداخت دیه به نحو تقدیر، تنويع، تبدیل و... نوعی تأثیر تحولات بر حکم اصناف دیه و تغییر آن را نشان می‌دهند. برخی از فقها بر این باور است که تعیین مقدار به وجب برای گُر و نیز تعیین مقدار شش قسم در دیه موضوعیت و خصوصیتی ندارد، بلکه نوعی تحدید و تحقق موضوع حکم دیه را نشان

می‌دهد (جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۱۲۴/۳۴). یکی از حقوق‌دانان اظهار می‌دارد که شتر، گاو، و... که به‌عنوان دیه تعیین شده طریق به ارزش است. (گرجی، ۱۳۸۰: ۱). بنابراین اگر در سیر تحولات زمانی و مکانی، موضوع دیگری برای دیه تحقق یابد، حکم به تبع آن تغییر می‌کند.

ب. تبدیل به قیمت مقتضای عرف و عدالت؛ در زمان صدور روایات، همه‌ی اصناف در ارزش مالی با یکدیگر مساوی بودند و مذاق شریعت، عقل و عرف بر تعادل و تساوی ارزشی اصناف دیه حکم می‌کنند، لذا اعتقاد بر تخییر بین اصناف عقلانی و عرفی بوده است. اما امروزه با تفاوت فاحش ارزشی اصناف و باوجود تعذر و تعسر در پرداخت، تبدیل نمودن اصناف به قیمت و یا به جنس دیگر، امر عقلانی و عرفی خواهد بود. مرحوم خوئی (ره) با پذیرش تقدیر اصناف به جنس دیگر در پاسخ این سؤال که آیا تقدیر دیه دوصد حله به لباس‌های موجود و مرسوم فعلی کفایت می‌کند؟ ایشان می‌فرماید هر لباسی باشد مثلاً تترن هم کفایت می‌کند (خوئی، ۱۴۱۶: ۲۸۵/۳). بنابراین می‌توان گفت که تحولات بر حکم اصناف دیه تأثیر گذاشته، و هر یک اصناف به قیمت و یا جنس دیگر تبدیل می‌گردد و بدین‌سان حکم اصناف دیه تغییر می‌یابد.

۵. لزوم تغییر حکم دیه با تأکید بر قواعد عقلی-فقهی

مطالب پیشین به‌خوبی نشان دادند که اصناف دیه دیگر، در عصر حاضر موضوعیت و کارایی ندارند. حتی اگر اصناف برای بیان مقدار دیه باشد، همان مقدار قدیم نمی‌تواند اهداف شرع و مصالح احکام را تأمین کند، لذا اصل تشریع دیه و حکم شرع مبنی بر جبران خسارت مجنی‌علیه همچنان پابرجاست. بنابراین با توجه به لزوم جبران خسارت می‌توان با کمک قواعد عقلی، فقهی و حقوقی، حکم اصناف دیه را تغییر داد و بر اساس حکم عقل میزان دیه را تعیین نمود.

۱/۵. قاعده لاضرر و حکم عقل بر جبران کلیه خسارات

حکم دیه با موضوعیت اصناف و یا بیان مقدار دیه آن زمان، در دوره معاصر پذیرفته نیست. از سوی دیگر خسارت بر نفس، اعضا یا منافع باید جبران شود، به حکم عقل ضرر رساندن به دیگران قبیح است و تا زمانی که ضرر رفع و جبران نشود، بر قبح خود باقی است. بر اساس همین حکم عقل، بناء و سیره عقلاً نیز بر جبران خسارت شکل می‌گیرد. لذا با حفظ روح تشریع دیه با کمک قاعده لاضرر و با حکم عقل خسارات را باید جبران نمود.

قاعده عقلی- فقهی لاضرر، بر این تأکید دارد که نباید کسی به دیگری زیان رساند، اگر ضرر و یا جنایتی وارد کند به حکم عقل و شرع باید جبران کند. مستند اصلی این قاعده، عقل و بنای عقلاء بوده و این قاعده از مستقالات عقلیه به شمار می‌رود، و عقل حتی بدون نیاز به حکم شارع نیز می‌تواند حکم به جبران کلیه خسارات دهد. منظور از لاضرر، عدم تشریع حکم ضرری و صدور حکم دیگر به جبران ضرر وارده است. در حقیقت این قاعده، هر نوع ایراد ضرر و صدور احکامی که موجب خسارت و یا جنایت بر خود و دیگران شوند نفی نموده، و حکم بر جبران خسارات وارده می‌کند. یکی از علمای حقوق خسارت و ضرر را به صدمات جانی (ضرب، جرح و قتل)، تجاوز به حیثیت، اتلاف و ناقص نمودن اموال خود و دیگران؛ تعرض به ناموس دیگران؛ و تجاوز به مال غیر، تقسیم نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۴۱۵).

عقل مستقلاً با حفظ اصل تشریع دیه (جبران خسارت)، صرف‌نظر از مقدار شرعی دیه، حکم بر جبران کلیه خسارات می‌دهد. برخی از حقوق‌دانان معتقد است که قاعده‌ی لزوم جبران ضرر، یک قاعده‌ای عقلی است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۶/۱). عقل در کنار کتاب، سنت و اجماع، یکی از منابع کشف احکام شرعی و فقهی معرفی شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰: ۲۰۵/۱). می‌توان برای جبران کلیه‌ی خسارات به منابع و

دلایل عقلی و قانونی چون ماده ۴۷ قانون اساسی افغانستان، ماده ۷۵۹ قانون مدنی افغانستان استناد نمود. بعضی از فقها حکم عقل را مؤید قاعده‌ی لاضرر و این قاعده را مهم‌ترین پشتوانه‌ی اصل قابلیت جبران کلیه خسارات می‌دانند (حسینی مراغی، ۱۴۲۵: ۳۱۲/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۳۱/۱).

در عصر حاضر، پرداخت دیه با حفظ اصالت اصناف شش‌گانه، حقیقتاً با معضلات جدی روبرو است، ارزش‌های اصناف یکسان نیست و جانی صنف دارای ارزش کمتر را انتخاب می‌کند، که این نمی‌تواند جبران معقول خسارات وارده باشد. درحالی‌که بر اساس قاعده عقلی لاضرر باید تمام خسارات جبران شود. یکی از علمای حقوق می‌گوید: هدف از دادن خسارت این است که وسیله معادلی در اختیار زیان‌دیده قرار گیرد، وسیله‌ای که بتواند او را خشنود سازد... آلام روحی را تسکین دهد. پس، دادرس باید در هر مورد خاص تشخیص دهد که با چه مبلغ می‌توان برای زیان‌دیده موقعیتی به وجود آورد که اندوه ناشی از حادثه زیان‌بار تا حد معقول از بین برود (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۴۲).

یکی از حقوق‌دانان تخییر با تفاوت قیمت را امر نامعقول و ناسازگار با مقتضیات زمان می‌داند، وی بر این باور است که هدف شارع، اقامه قسط و عدل اسلامی است، باید دور تخییر را خط کشید، چون طبق عدالت نیست. (مرعشی، ۱۳۸۵: ۱۹۸/۱). بنابراین موضوعیت داشتن اصناف دیه توجیه منطقی ندارد، باید خسارتی که به مجنی‌علیه وارد شده است جبران گردد (تیموری، ۱۳۷۸، ش ۲). مرحوم اردبیلی، تخییر جانی بین اصول با تفاوت فاحش قیمت‌ها را کاری به‌شدت لغو و بیهوده می‌داند (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۶: ۸۰). از سوی دیگر در صورتی‌که یکی از اصناف بر جانی تعیین شود، و او نتواند آن جنس را به‌راحتی تهیه نماید، به عسر و حرج می‌افتد.

۲/۵. قاعده تسبیب و ضمان جبران خسارت

اصطلاح تسبیب در منابع فقهی و حقوقی در برابر مباشرت به کار می‌رود که هر دو از اسباب مهم ضامن هستند و فرد متلف و سبب، ضامن جبران خسارت است. کد جزای افغانستان مصوب ۱۳۹۵، بر جبران کلیه خسارات چنین حکم می‌کند: «شخصی که به اثر ارتکاب جرم خساره‌ای را وارد ساخته باشد، علاوه بر مجازات معینه‌ی قانونی، به جبران خساره‌ی وارده اعم از مادی و معنوی، نیز محکوم می‌گردد. این حکم در مواردی نیز تطبیق می‌شود که قانون صریحاً به جبران خساره حکم نکرده باشد.» (ک.ج.ا، ۱۳۹۵: م ۱۴، ب ۲) طبق این ماده قانونی فردی که بر شخص جنایتی وارد کرده او را به قتل برساند و یا نقص عضو نماید، باید از نگاه مادی با دادن وجه نقد و یا اموال دیگر و معنوی با اعتذار و امثال آن، کلیه خسارات را جبران کند. بر اساس ماده ۳۷ کد جزای افغانستان، افرادی که با اعمال مجرمانه، سبب ایجاد جرم و جنایتی گردند گر چه افراد از این اعمالش به احداث نتیجه علم نداشته باشند، مسئول جبران خسارات وارده شناخته می‌شوند (همان: م ۳۷). البته این شامل جرایم غیر عمدی و مسئولیت مدنی می‌گردند، در این موارد افراد با بی‌احتیاطی و یا عمداً سبب اتلاف جان و یا مالی شود، مسئول جبران خسارت خواهند بود. بعضی از فقها از جمله نوری همدانی بر پرداخت کلیه خسارات ناشی از جنایت تصریح دارند (نوری همدانی، ۱۳۹۲: ۶۰۳). بنابراین وقتی که حکم اصناف دیه به گونه‌ی قدیم در امر جبران خسارات کارگشا نباشد، باید از طریق قاعده اتلاف و تسبیب حکم بر جبران خسارت داده و اهداف عالیه شرع در تشریع دیه را تأمین نمود.

۳/۵. قاعده نفی حرج و رفع حکم حرجی دیه

وقتی انجام حکم و تکلیفی برای مکلف دشوار باشد، بر اساس قاعده نفی عسر و حرج، آن حکم از دوش مکلف برداشته خواهد شد. عسر در لغت به معنای صعوبت، مشقت و شدت آمده و حرج نیز به معنای ضیق، تنگنا و گناه آمده است. منظور از

تکلیف موجبِ عسر و حرج، بیشتر تکلیفی است که مکلف عقلاً قدرت انجام آن را دارد، ولی اجرای آن عادتاً برای مکلف قابل تحمل نیست. در اصطلاح فقهی و حقوقی منظور از این قاعده این است که تکالیفی که موجب مشقت و سختی برای مکلف باشد در دین وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ۱/۱۷۵). دلایل نقلی و عقلی مؤید این قاعده می باشند. در قرآن مجید آمده است: «وما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج، ۷۸)؛ در دین برای شما حرجی قرار داده نشده است.

تکلیف به هر چیزی که موجب مشقت باشد عقلاً محال است چون هدف از تکالیف، اطاعت و در نتیجه رسیدن به سعادت است، این هدف با تکلیف به «امر غیر قابل تحمل» نقض می شود. منظور از عسر و حرج با دقت در ادله این قاعده حرج نوعی نیست، بلکه حرج شخصی است، که در اجرای حکم به مشقت و سختی بیفتد، حکم توسط او قابل اجرا نخواهد بود. قاعده نفی حرج بر همه ادله از جمله احکام اولیه حاکم است، یعنی جز احکامی که می دانیم شارع مقدس در هیچ حال راضی به ترک عمل به آنها نیست، بقیه احکام در حال حرج، قابل اجرا نخواهند بود. در صورت تأکید بر حکم اولیه ی دیه و اصرار بر موضوعیت اصناف دیه، هم برای جانی در پرداخت و هم برای مجنی علیه و اولیای دم عسر و حرج و تعذر پیش می آید، که در ذیل مرور می کنیم.

الف. تعذر دینار، درهم و حله؛ در عصر حاضر، دینار و درهم به کلی از رواج معاملی افتاده اند، حله یمانی نیز یافت نمی شود و تهیه مقدار زیاد شتر، گاو و گوسفند نیز معمولاً برای اکثر افراد متعسر یا متعذر است، و یا برفرض تهیه تعسر در نگهداری پیش می آید. اولاً: طبق روایات و فتاوی فقها دیه باید از طلا و نقره مسکوک و رایج تعاملی باشند. ولی امروزه هیچ کدام آنها رایج در بازار دادوستد معمولی و ثمن معامله

نیستند. ثانیاً: امروزه حله به عنوان لباس متعارف نبوده و در بسیاری از کشورها موجود نیست.

ب. عسر و حرج در پرداخت احشام ثلاثه در عصر حاضر؛ اولاً: تهیهی هزار گوسفند، یا دوصد گاو و یا صد شتر، تسلیم آنها به اولیاء دم ساکن شهرها مشکل، متعسر و چه بسا متعذر است. لذا با تحولات جدید و ایجاد شهرها و کلان شهرها و یا شهرک‌نشین‌های مسلمان در کشورهای دیگر چون سوئد، فرانسه، آلمان، آمریکا، نروژ و... تهیهی هزار گوسفند، یا دوصد گاو و یا... برای جانی دارای عسر و حرج خواهد بود. همان‌طوری که بیان شد حرج هم، حرج شخصی است نه نوعی، تا بتوان گفت نوعاً این حکم حرج آور نیست. ثانیاً: برفرض امکان تهیه احشام، عسر و حرج در تحویل گرفتن، نگهداری و استفاده‌ی بهینه از آنها برای مجنی علیه و یا اولیای دم پیش می‌آید، مثلاً جانی یک‌باره صد شتر یا هزار گوسفند را در مرکز یکی از کلان شهرها (کابل، استکهلم، جاکارتا، تهران، واشنگتن، اسلام‌آباد، پاریس و...) تحویل دهد. در این صورت استیفای حق برای او مشقت داشته و چه بسا متضرر می‌شود. از سوی دیگر با خسارات وارده، مجنی علیه یا اولیاء دم در مضیقه و حرج قرار گرفته‌اند، آنها از این وضع زمانی خارج می‌شوند که تمام خسارات جبران شده باشد، یعنی مقدار دیه به‌طور عقلانی و عرفی چنان تعیین گردد که تمام خسارات را دربر گیرد. پس طبق قاعده نفی حرج و قاعده لاضرر، حکم دیه حرجی باید به حکم دیه غیر حرجی و در جهت تأمین مصالح و اهداف شرع که بتوان با آن جبران کامل خسارت نمود، تغییر یابد.

۴/۵. قاعده حرمت تنفیر از دین و رفع اصالت اصناف دیه

تنفیر و دین‌گریزی بدین مفهوم است که برخی احکام اسلامی، مصلحت عقلایی، عرفی و شرعی خود را ازدست داده باشند و یا مصلحت در اجرای آنها طوری دیگر اقتضا کند، اما درعین حال بر اجرای آن تأکید شوند. در این صورت دین‌داران بیزار

می‌شوند، غیرمسلمانان تنفر یافته به دین اسلام گرایش نمی‌یابند، مخالفان دین شبهه‌افکنی نموده و موجبات وهن و تنفر از دین را فراهم می‌نمایند.

این قاعده را یکی از حقوق‌دانان چنین تبیین نموده است: «انجام هر عملی که موجب بیزاری و نفرت مردم از دین شود، حرام است. حتی اگر عمل به یک حکم الزامی شرعی هم موجب گریزان شدن مردم از دین شود... باید از عمل به آن خودداری کرد، جز احکامی که شارع مقدس در هیچ حال راضی به ترک آن‌ها نیست.» (نوبهار، ۱۳۸۴: ش ۴۱، ۱۳۵). قاعده‌ی حرمت تنفیر از دین، هر عملی مباح و یا احکام اسلامی را که موجب بیزاری و رویگردانی انسان‌ها از دین شوند در برمی‌گیرد. یعنی اعمال مباح اسلامی و یا اجرای احکام اسلامی حتی احکام اولیه و منصوص، اگر باعث نفرت و گریز مردم از دین شوند، انجام آن‌ها حرام می‌باشند.

هدف عمده از اجرای احکام و مجازات، حفظ اسلام و امنیت جامعه اسلامی است. هدف خود امر ثابت است اما با توجه به تحولات زمانی و مکانی، وسایل رسیدن به هدف (اجرای احکام) تغییر می‌کنند. بنابراین با درک دیدگاه‌های انسان‌های عاقل، عادل و منصف که اجرای برخی احکام را تنفرآور و باعث دوری از دین می‌دانند، آن احکام را با حفظ مقاصد شریعت، باید به حکم متلائم شرعی و عقلانی تغییر داد (نیکخوا، ۱۳۹۲: ۴۸).

برخی احکام چه‌بسا قبلاً مصلحت داشته، ولی بر اثر تحولات زمانی و مکانی و...، اجرای آن دارای مفسده و مصلحتش از بین رفته باشد. مثلاً در مورد حکم سنگسار مرحوم روح‌الله خمینی معتقد بود: «اجرای سنگسار فعلاً صلاح نیست ما دشمنان زیادی داریم، علیه ما تبلیغات می‌کنند و با عمل خود نباید موجبات تبلیغات دشمن را فراهم کنیم...» (نوبهار، ۱۳۷۹: ش ۲۳، ۱۴۰). اجرای این‌گونه احکام موجب وهن اسلام و باعث نفرت مسلمان و غیرمسلمان از دین می‌گردد، اما باید مجازات جایگزین و مؤثری

را که هم بازدارنده و هم اصلاحی باشد، مقنن در این مورد مقرر بدارد. بسیاری از فقها معتقدند، اجرای حکمی سبب وهن دین و تضعیف مسلمین گردد، عدم اجرای این حکم برای حفظ اسلام معقول است، زیرا حفظ اسلام از اوجب واجبات به شمار می‌آید. (خمینی، ۱۳۶۷: ۱۷۱؛ عمید زنجانی، ۱۳۷۳: ۲۲۰/۲). امروزه حکم سنگسار با آن کیفیت، مصلحت نهفته خود را ندارد و باید به حکم مناسب تغییر یابد.

بنابراین در عصر حاضر، باوجود تحول بنیادین مفاهیم اقتصادی و عرف جامعه، حکم اصناف دیه با تأکید بر اصالت و موضوعیت اصناف، هیچ مصلحتی را با خود ندارد. در اصرار بر اجرای چنین حکمی، نه تنها مقاصد شرع تأمین نمی‌شوند، بلکه موجبات تنفر از دین فراهم می‌گردد. در زمان معاصر که بدخواهان، علیه اسلام شبهه افکنی می‌نمایند و با اشاره به مجازات اسلامی، موجبات وهن و تضعیف دین اسلام را فراهم می‌کنند، [فقها] اجرای این‌گونه از مجازات را تجویز نمی‌نمایند. (رمضانی و دیگران، ۱۳۷۸: ۱۴۲) لذا طبق قاعده حرمت تنفیر از دین و بر اساس فتاوی فقها مبنی بر عدم اجرای احکام موهن اسلام، و جلوگیری از وهن دین، ضرورت دارد که باید از موضوعیت اصناف دیه عبور نموده و به دنبال گزینه‌های جایگزین معقول، به‌روز و کارآمد به جای اقسام شش‌گانه دیه بود.

۶. پیشنهاد تعیین میزان دیه با ملاکات عقلی

حکم دیه با موضوعیت اصناف با توجه به مباحث پیشین ازجمله بر مبنای اصول و قواعد عقلی که بیان شد، ناکارآمد و غیرعقلانی هستند. امروزه عقلا، نخبگان فقهی- حقوقی، عدول از مؤمنین و متخصصان، دیه را با دلایل و ملاکات عقلی با تحفظ روح تشریع دیه (حفظ نظم، جبران خسارت) تقدیر و تعیین نمایند. تقدیر دیه نسبت به جنایات غیرعمدی است، در جنایات عمدی که اصل قصاص است، ولی طرفین می‌توانند بر دیه و مقدار آن کم یا زیاد مصالحه کنند.

طبق قواعد عقلی لاضرر، اتلاف و تسبیب و اصل جبرانِ کلیه خسارات و... نه تنها دیه موردنظر شرع، بلکه خسارات مازاد بر آن و چه بسا ضررهای معنوی، لزوم جبران دارد. یعنی نمی‌توان حکم کلی عقل را تقطیع کرده و گفت آن مقدار که مطابق دیه‌ی شرعی (اصناف دیه) است برای جبران خسارت قابل مطالبه، بیش از آن قابل وصول نیست. همان‌طور که ایراد ضرر و زیان از نگاه عقل قبیح و ناروا است، عدم جبران کلیه ضررها نیز قبیح است.

جان سخن این است که، قاعده‌ی لاضرر یک قاعده عقلی کلی عام است، شامل تمام مصادیق لاضرر بوده و حکم به جبران کلیه خسارات می‌کند، هیچ استثنایی نمی‌پذیرد. امروزه در حکم دیه با تأکید بر اصالت اصناف، خسارات به‌طور کامل جبران نمی‌شود و یا اجرای این حکم باعث حرج و اضرار به دیگران می‌گردد، اگر بگوییم که حکم دیه یک استثناء از حکم عقلی کلی جبران خسارت است، پذیرفته نیست. یکی از علمای حقوق بر اساس حکم عقل، قاعده وِزر و اصل شخصی بودن جرم و مجازات دانسته، معتقد است که نمی‌توان دیه را در خطای محض از عاقله مطالبه نموده و حکم عقل را استثناً زد و گفت در همه‌ی موارد مجرم باید خودش مجازات را متحمل شود، اما استثنائاً در این مورد، عاقله باید دیه را بپردازد (رحیم نوبهار، ۱۳۹۵: ۶۱۵)، عقلاً چنین استثنائی پذیرفته نیست. شماری از فقها، چون شیخ فاضل تونی، ملا احمد نراقی و عبدالفتاح مراغی بر اساس قاعده لاضرر و توسعه‌ی تفسیر حدیث «لاضرر» این‌که لاضرر و لاضرار، یک جمله‌ی نکره‌ی منفیه است و افاده عموم می‌کند، تمام اقسام ضرر حتی ضررهای غیر متدارک را قابل جبران دانسته‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۵: ۲۳۹). بنابراین با تأکید بر این اصل که دیه یک حکم شرعی تصریح شده در قرآن کریم است، اما مقدار آن حکم الهی نیست، برای جبران خسارت نخبگان، با کمک اصول عقلی می‌توانند مقدار معتنا بهی را که کفایت زیان‌های وارده را نماید، برای اجراء پیشنهاد

کنند. در این راستا، مقادیر و انواع ذیل در میزان دیه با توجه به ملاکات عقلی و عرفی پیشنهاد می‌شود.

الف. تعیین جایگزین دیه با حفظ روح اصناف شش‌گانه؛ امروزه اگر بر پایه اصناف شش‌گانه تقدیری صورت بگیرد که در آن کلیه خسارات به گونه‌ی معتابه جبران شود، امر معقول خواهد بود. مفهوم محور قرار گرفتن اصناف چنین رعایت شود که قیمت سوقیه و متعارف هر شش قسم (صد شتر، دوصد گاو، هزار گوسفند، و...) را باهم جمع نموده و حاصل جمع را بر شش تقسیم کنند. یعنی معدل‌گیری نموده و یک‌ششم را که معدل کل است، به‌عنوان مقدار دیه به گونه‌ی ذیل اعلام نمایند. قیمت شتر+گوسفند+گاو+دینار+درهم+حله= قیمت مجموع ÷ ۶ = قیمت معدل

تغییر حکم دیه با ملاکات عقلی- شرعی در سیره عملی حضرت پیامبر^(ص) در صدر اسلام و بزرگان دین، که مقدار جدیدی دیه را جایگزین اجناس دیگر می‌کردند، قابل مشاهده است. چنانچه در صحیحہ عبدالرحمن (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۳/۲۹) آمده است دیه در دوران جاهلیت، صد شتر بود، پیامبر^(ص) آن را پذیرفت، بعد از صد شتر به گاو، گوسفند، طلا، نقره و حله تغییر یافته است. در روایتی نیز تأثیر تحولات زمان و مکان در تغییر دیه به اجناس دیگر را می‌بینیم که شتر قبل از اسلام به‌عنوان دیه بود اسلام آن را پذیرفت، اما با کثرت سکه، حضرت علی^(ع) سکه‌ی رایج را دیه قرارداد (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۲۹/۷). پس می‌توان گفت حکم پیامبر^(ص) و بزرگان دینی در پرداخت اصناف دیه، حکم ثابت و تغییرناپذیر در هیچ زمان و مکان نبوده، بلکه یک حکم حکومتی است. حاکم اسلامی به‌عنوان ولی امر نیز می‌تواند، مقدار دیه را با در نظر داشت تحولات معاصر تعیین نماید.

ب. جایگزینی پول رایج کشور؛ شارع مقدس دیه را به هدف جبران خسارات تشریع نموده است. بنابراین با تکیه بر قواعد و اصول عقلی و با توجه بر اصل تشریع

دیه، مبلغی را از پول رایج کشور باید دیه قرارداد. یکی از فقهای معاصر، تعیین مقدار دیه را از احکام ثانوی و امور حسبیه دانسته می‌گوید، حاکم اسلامی یا دیگران حق دارند، طبق مصلحت و ضرورت اجتماعی، برای تعیین مبلغ دیه اقدام نمایند. دیه را باید با مقتضیات زمان تطبیق کرد، زمان خودمان نه زمان شارع، چنانکه خود پیامبر نیز تطبیق دادند (مرعشی، ۱۳۸۵: ۲۰۱/۱) در روایتی از امام صادق (ع) همان کالا یا جنس رایج در دسترس مردم، که به آسانی تهیه می‌شود، مدار پرداخت دیه قرار گرفته است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۷/۲۹). در زمان معاصر، اصناف دیه شرعی تکافوی تمام خسارات را نمی‌کنند، طبق قاعده لاضرر به حکم عقل باید مقدار دیه چنان معین شود که بتوان جبران کلیه خسارات (دیه شرعی و یا خسارات مازاد بردیه) نموده و مصالح احکام، عدالت قضایی و مقاصد شریعت در آن تأمین شود. لذا با استناد به اصول و قواعد عقلی پیش‌گفته و تحفظ مقاصد شرع در دیه، مقدار عقلایی پول رایج کشور که بتواند جبران کلیه خسارات نماید، به عنوان دیه رسمیت یابد.

نتیجه‌گیری

دیدگاه اصالت اصناف دیه و عدم‌تغییر حکم آن‌ها، قابل دفاع نیست، اصناف دیه اصالت ندارند، لسان روایات در ذکر اصناف فقط برای بیان مقدار دیه هستند. اجرای احکام اسلامی برای دستیابی به مقاصد و مصالح نهفته در آن‌ها است، از مهم‌ترین آن‌ها حفظ اسلام، نظم و امنیت جامعه می‌باشند. در عصر حاضر حکم دیه با اصالت اصناف به‌خاطر تحولات عمیق اجتماعی، عرف جوامع، تغییرات در موضوعات اقتصادی و... مصلحت نهفته خود را از دست داده است. این حکم نه تنها صیانت دین و جامعه را در پی ندارد، بلکه باعث اضرار به مجنی‌علیه و اولیای دم (با تخییر اصناف) و نیز به جانی (با تعیین اصناف) می‌گردد. بدین‌سان حکمت و درایت شارع و عدالت قضایی را زیر سؤال برده، موجبات وهن اسلام، تنفر و دین‌گریزی را فراهم می‌کند. نخبگان متدین در رأس آن‌ها حاکم اسلامی عالم، در راستای تأمین اهداف و مقاصد شریعت، باید حکم دیه را تغییر دهد. پیشنهاد می‌شود که با حفظ روح اصناف دیه قیمت معدل، و یا با استمداد از معیارهای عقلی با تأکید بر اصل تشریع دیه مقداری از ارزش رایج کشور را که جبران کامل خسارات بکنند، به‌عنوان دیه تعیین نمایند. ضرورت دارد که قانون‌گذار با توجه به تحولات، مسائل مستحدثه و عدم یکسانی دیدگاه علمای فقه حنفی و جعفری درباره حدود، قصاص و دیات، این سه موضوع را به‌صورت مواد قانونی منسجم و به‌روز، مانند تعزیرات در کد جزا، مورد حکم قرار دهد، مثلاً مقدار دیه را با توجه به تحولات اقتصادی، فرهنگی، زمانی، مکانی و عرف جامعه معین نموده و در مدت یک یا دو سال قابل‌تغییر بداند. جا دارد که در اندیشکده‌های فقهی حقوقی در تغییر و عدم‌تغییر برخی احکام اسلامی چون دیه، ضمان عاقله در پرداخت دیه، کیفیت سنگسار و... به‌صورت علمی، معقول و منطقی تحقیقات بنیادین صورت بگیرند.

منابع

الف. فارسی

۱. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۵) *سوء/استفاده از حق*، ج ۴، تهران: انتشارات اطلاعات.
۲. تیموری، خیرالله (۱۳۷۸)، «موضوعیت نداشتن اجناس شش گانه دیه» *پژوهشنامه متین*، سال اول، ش ۲، ص ۶۵-۸۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴) *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ بیست و هفتم.
۴. خمینی، روح الله (۱۳۶۷) *صحیفه نور*، ج ۲، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.
۵. رمضان، احمد و دیگران (۱۳۷۸)، *مجموعه آراء فقهی - قضایی*، قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه.
۶. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۳) *فقه سیاسی*، تهران: امیرکبیر.
۷. قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) ایران.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵) *الزامات خارج از قرارداد*، ج ۸، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۹. _____ (۱۳۹۴) *دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی*، ج ۱۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. *کد جزا* (۱۳۹۵) جمهوری اسلامی افغانستان، کابل: وزارت عدلیه، رسمیت یافته ۱۳۹۶.
۱۱. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۰) *دیات*، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۲. _____ (۱۳۶۵) *مقالات حقوقی*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۳. محمدی، صادق (۱۳۸۲) «*دیه کامل انسان در مذاهب فقهی اسلام*» *طلوع*، شماره ۷، پاییز، ص ۳۱-۸۰.
۱۴. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۵) *قواعد فقه (بخش مدنی)*، ج ۱، ج ۱۴، قم: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۵. مرعشی شوشتری، سید محمدحسن (۱۳۸۵) *دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران: میزان.
۱۶. معرفت، محمدهادی (۱۳۷۷) *ولایت فقیه*، قم: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی التمهید.
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۱)، «مفهوم دقیق تأثیر زمان و مکان در اجتهاد»، *مسجد*، ش ۴، ص ۹-۱۱.
۱۸. موسوی بجنوردی (۱۳۸۰) محمد، *مجموعه مقالات فقهی، حقوقی...*، ج ۱، چ اول، تهران: انتشارات عروج.
۱۹. نوبهار، رحیم (۱۳۹۵)، *دائرة المعارف علوم جنایی*، علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران: میزان.
۲۰. _____ (۱۳۸۴) «*بررسی فقهی قاعده حرمت تنفیر از دین*» *تحقیقات حقوقی*، دانشگاه شهید بهشتی، ش ۴۱، ص ۱۳۰-۱۷۱.
۲۱. _____ (۱۳۹۴) «*جستاری در تقسیم بندی بابهای فقهی و...*» *راهبرد*، ش ۸۸، ص ۷۹-۱۰۵.
۲۲. _____ (۱۳۷۹) «*اهداف مجازات در جرایم جنسی مستوجب حد در حقوق کیفری اسلام*» *نامه مفید*، ش ۲۳، ص ۱۳۴-۱۶۲.
۲۳. نوبهار، رضا (۱۳۹۲)، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ سی و چهار، تهران: گنج دانش.
۲۴. نوری همدانی، حسین (۱۳۹۲) *توضیح المسائل*، چاپ پنجم، قم: انتشارات آدینه سبز.

۲۵. نیکخو، رامین (۱۳۹۲) «نقش قاعده حرمت تنفر از دین در اجرای مجازات» پایان نامه ماستری، حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه قم.

ب. عربی

۱. ابن رشد الحفید، محمد بن احمد (۱۹۷۴) *بدایه المجتهد و نهایه المقتصد*، مصر: مصطفی البابي الحلبي.
۲. ابن منظور، محمد (۱۴۱۴) *لسان العرب*، قم: نشر ادب الحوزه.
۳. ابن قدامه، عبدالله بن احمد (بی تا) *المغنی*، بیروت: دارالکتب العربی.
۴. ابوزهره، محمد (۱۹۹۸/۱۴۱۸) *الجریمة و العقوبة فی الفقه الاسلامی*، مصر- قاهره: دارالکتب العربی.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳) *مجمع الفائدة و البرهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. جبعی عاملی شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳) *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم: معارف اسلامی.
۷. جمعی از مؤلفان، (بی تا)، *مجله فقه أهل البيت (ع)*، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
۸. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸) *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۹. حرعاملی، محمد ابن الحسن، *وسائل الشیعه* (۱۴۰۹) تهران: مؤسسه آل البيت (ع).
۱۰. حسینی مراغی، عبدالفتاح، *العناوین*، ج ۱، ج ۲، قم: انتشارات موسسه نشر اسلامی.
۱۱. حلبی، حمزه، ابن زهره ابن علی (۱۴۱۷)، *غنیة النزوع*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۲. خمینی، روح الله (۱۳۷۹) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۳. خوبی، سید ابو القاسم موسوی (۱۴۱۶)، *صراط النجاة (المحشی)*، قم: مکتب نشر المنتخب.
۱۴. _____ (۱۴۲۲)، *مبانی تکملة المنهاج*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام خوئی.
۱۵. _____ (۱۴۰۱)، *البيان فی تفسیر القرآن*، بیروت: دارالزهران.
۱۶. الزبیدی، مرتضی (۱۴۱۴)، *تاج العروس*، بیروت: دارالفکر.
۱۷. الزحیلی، وهبة (۱۴۲۲) *الفقه الاسلامی و الادلته*، بیروت: دارالفکر المعاصر.
۱۸. _____ (۱۴۰۶)، «تغییر الاحکام بتغییر الزمان او تغیر الفتوی بتغییر الزمان» دمشق: دارالفکر.
۱۹. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۳)، *قراءات فقهیة معاصرة*، قم: مؤسسه دائره المعارف مذهب اهل بیت.
۲۰. صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۵) *المقنع*، قم: مؤسسه امام هادی (ع).
۲۱. طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبد العزیز (۱۴۰۶) *المهذب (لاین البراج)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷) *تهذیب الأحکام*، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۲۳. _____ (۱۳۸۷) *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه.
۲۴. _____ (۱۴۰۷) *الخلاف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۰۰) *القواعد و الفوائد*، قم: کتابفروشی مفید.
۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۰۷)، *کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲۷. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶) كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. الفيومي، احمد ابن محمد (۱۴۱۴) مصباح المنير، قم: ايران، مؤسسه دارالهجره.
۲۹. كاشف الغطاء، محمد حسين نجفی (۱۳۵۹)، تحرير المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية.
۳۰. كليني، ابو جعفر، محمد بن يعقوب (۱۴۰۷) الكافي، قم، ناشر: دار الكتب الاسلاميه.
۳۱. محقق حلي، نجم الدين جعفر بن الحسن (۱۴۰۸) شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، قم: دار الكتب العلميه.
۳۲. مفيد، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳) المقنعه، قم: كنز جهماني هزاره شيخ مفيد (ره).
۳۳. مكارم شيرازي، ناصر (۱۴۱۸)، انوار الفقاهه، كتاب الحدود و التعزيرات، قم: مدرسه امام علي بن ابي طالب.
۳۴. — (۱۴۱۶) القواعد الفقيهيه، ج ۱، ج ۴، قم: مدرسه امام علي ابن ابي طالب.
۳۵. موسوي اردبيلي، سيد عبدالكريم (۱۴۱۶)، فقه الدييات، قم: منشورات مكتبة امير المؤمنين.
۳۶. نائيني، ميرزا محمد حسين غروي (۱۴۲۴)، تنبيه الأئمة و تنزيه المله، قم: دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه.
۳۷. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

بررسی حقوقی نحوه تنظیم قراردادهای پیمان کاری اداری در افغانستان

عبدالله ریاضت

دکتر مهدی شعبان نیا منصور

چکیده

قرارداد اداری قراردادی است که یک طرف آن دولت و موسسات عمومی و طرف دیگر شخص یا اشخاص حقوقی است. اصول احکام این قراردادها را قانون و یا عرف اداری معین داشته است و به این ترتیب آزادی طرف قرارداد را محدود کرده است از جمله این محدودیت ها شرایطی است که از پیش توسط اداره تعیین شده و در آن جای بحث چندانی نیست حتی در این قراردادها مقامات عمومی می توانند تغییراتی را در شرایط مربوط به تعهدات طرف قرارداد بدهند تا آن حد که تعادل کلی حقوق تعهدات طرفین مختل نشود. مجری قراردادهای پیمانکاری در افغانستان اداره تدارکات ملی

است. روش تحقیق حاضر توصیفی- تحلیلی و روش گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که؛ اداره تدارکات ملی برای تنظیم قراردادهای پیمانکاری قوانین و مقررات معین را تدوین کرده است که در نحوه تنظیم قراردادهای پیمانکاری اداری از آن تابعیت می‌نماید.

کلیدواژه‌ها:

قرارداد، قراردادهای اداری، پیمانکاری، نحوه تنظیم قراردادهای اداری.

مبحث اول: مفهوم قرارداد

قراردادهایی که بین دولت و اشخاص خصوصی و بین دستگاه‌های دولتی منعقد می‌شود با عنوان «قراردادهای اداری» در نظام حقوقی فرانسه، بنام «قراردادهای دولتی» در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی نظیر استرالیا، هند و کشورهای اسکاندیناوی با عنوان «قراردادهای عمومی» شناخته می‌شوند^۱

در خصوص قراردادهای اداری، تعریف جامع و دقیقی در دست نیست و تنها می‌توان بر اساس مشخصاتی که از این‌گونه قراردادها در قوانین و مقررات مختلف اداری ذکر شده و همچنین در سایه نظریات دانشمندان حقوق و تئوری‌های موجود و رویه قضائی «قرارداد اداری» را تعریف کرد. به عقیده یکی از صاحب‌نظران «قرارداد اداری قراردادی است که لاقلاً یک طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به‌عنوان حقوق عمومی منعقد شود»^۲

در تعریف دیگری آمده است «قرارداد اداری قراردادی است که یک از سازمان‌های اداری یا به نمایندگی از آن‌ها از یک‌سو با هریک از اشخاص حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر، با هدف انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی، طبق احکام خاصه (نوها ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی) منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلاف ناشی از چنین قراردادی (اختلاف در تعبیر و تفسیر و اجرا) در صلاحیت محکمه‌های اداری است.

۹۷

در قراردادهای حقوق عمومی دولت، بر اصول حاکم بر قراردادها، استثنائاتی به نفع دولت وارد آمده است که اختیارات وسیعی به دولت می‌دهد که در برخی موارد مغایر با روح و اصول حقوق مدنی یا لاقلاً مخالف عرف قراردادهای بین افراد است. این اختیارات و امتیازات عبارت‌اند از: حق تغییر یک‌جانبه قرارداد و یا فسخ کلی آن، اختیار

^۱ رضایی زاده، محمدجواد، حقوق اداری ۱، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص ۶۵

^۲ رضایی زاده، همان، ۶۷

نظارت و هدایت، اجرای قرارداد به‌طریقه امانی و یا فسخ آن، حق طرف قرارداد در زمینه حفظ تعادل مالی تصدی و ...

گفتار اول: قراردادهای اداری

در معنی عام، هر قراردادی که یک‌طرف آن، دستگاه‌های اداری، اعم از دولتی (مثل وزارتخانه‌ها و موسسات و شرکت‌های دولتی) یا شهرداری باشد؛ قرارداد دولتی است. این اصطلاح ناظر به قراردادهایی است که لاقلاً یک‌طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی بوده، و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و هم به‌عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود؛ مثل قراردادی که به‌وسیله آن کشیدن خطوط آهن به‌شرکت مشخصی اعطاء می‌گردد. «قرارداد اداری عقد است که به‌وسیله یکی از سازمان‌های اداری از یک‌طرف و اشخاص حقیقی و یا حقوقی از طرف دیگر و به‌منظور انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی بر طبق احکام خاص منعقد می‌شود»^۱

در افغانستان در قراردادهای دولتی، نهاد حکومتی از امتیازات خاص برخوردار است که طرف قرارداد از آن مستفید نیست و در صورت نیاز دولت می‌تواند قرارداد را فسخ نماید.

ادارات دولتی نیز در عقد این قراردادها آزاد نیست و تابع پروسیجرها و شرایط خاص است و نمی‌تواند به‌دلخواه خود قرارداد کند، بلکه این قرارداد از طریق داوطلبی و شیوه مناقصه و مزایده صورت می‌گیرد و دارای شرط‌نامه خاصی است و طرف قرارداد باید دارای شرایط خاص باشد.

قانون تدارکات افغانستان چندین بار اصلاح و تعدیل شده و در آخرین تعدیل کوشش شده که در مطابقت با معیارها و قواعد حقوق اداری، نحوه انعقاد و تطبیق و

^۱ اباذری فومشی، منصور، اصول تنظیم قراردادهای پیمانکاری، چاپ چهارم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷،

نظارت بر قراردادهای اداری را سهل‌تر و شفاف‌تر بسازد. بر اساس این قانون اداره خاص تدارکاتی ایجاد شده و همچنین کمیسیون تدارکات تحت ریاست رئیس جمهور تأسیس شده که میزان نظارت و کنترل قراردادها را در سطح بسیار شفاف و دقیق بالا برده و راه سوءاستفاده‌ها را بسته است. در اثر این نظارت‌ها تاکنون در کنار تأیید و تصویب صدها قرارداد مهم، ده‌ها قرارداد هم فسخ شده و تحت نظارت دقیق قرار گرفته و تعداد زیادی هم که در طول سال هامتوقف بودند از نو فعال شدند.

مطابق تعریفی که دکتر انصاری ارائه داده‌اند؛ قرارداد اداری، قراردادی است که یکی از سازمان‌ها یا موسسات دولتی یا به نمایندگی از آن‌ها، با هر یک از اشخاص حقیقی یا حقوقی، به منظور انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی، با احکام خاص منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از آن در صلاحیت محاکم اداری است.^۱

بر اساس ماده ۵۹ قانون اجراءات اداری، قرارداد اداری توافق کتبی است بین اداره و شخص خصوصی یا بین دو و یا بیشتر از دو اداره در احوال ذیل: (۱) یکی از طرفین، اداره عامه بوده و موضوع قرارداد، خدمات عامه باشد. (۲) اداره عامه در اجرای قرارداد، از اقتدار عامه استفاده نماید. (۳) موضوع قرارداد از جمله وظایف اداره عامه باشد. (۴) قانون، قرارداد را اداری تعریف نموده باشد.

گفتار دوم: ماهیت قراردادهای اداری

در خصوص ماهیت قراردادهای منعقد شده از طرف دولت با اشخاص خصوصی، اختلاف نظر بسیاری وجود دارد. گروهی از نویسندگان و حقوق دانان از جمله پروفیسور دوگی (فرانسوی) اعتقاد به وحدت قراردادهای عمومی و خصوصی دارند.

^۱ اباذری فومشی، منصور، اصول تنظیم قراردادهای پیمانکاری، چاپ چهارم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷، ص

این گروه از حقوقدانان معتقدند این گونه قراردادها مانند قراردادهای خصوصی تابع قواعد عمومی قانون مدنی و قانون تجارت بوده و اصل نسبی بودن قراردادها، اصل حاکمیت اراده طرفین و شرایط اساسی صحت معامله بر آن حاکم است. ضمناً مرجع رسیدگی به اختلافات ناشی از این نوع قراردادها، محاکم عمومی‌اند. حتی رسیدگی به پاره ای از این نوع قراردادها در محاکم اداری به منزله خروج این قراردادها از حاکمیت حقوق خصوصی نیست زیرا امر صلاحیت یک امر شکلی است نه ماهوی.^۱

ضمن آن که این نوع قراردادها مانند قراردادهای خصوصی، مشمول قوانین و مقررات آمره از قبیل قانون کار و قانون مالیات‌ها می‌شوند و معافیت‌های استثنائی موجب نمی‌شود که ماهیت این نوع قراردادها تغییر یابد. طرفداران این نظریه معتقدند که عدم رعایت مقررات حاکم بر قراردادهای دولتی از جمله مقررات حقوق عمومی و آئین‌نامه معاملات دولتی تخلف اداری محسوب می‌شوند و تاثیری در صحت و لزوم قراردادهای دولتی ندارد. گروه دیگری از حقوق‌دانان با تقسیم‌بندی حقوق به عمومی و خصوصی، معتقدند که قراردادهای عمومی واداری تابع نظام حقوق عمومی‌اند و از حیث طرز تشکیل و ماهیت با قراردادهای خصوصی اختلاف دارند.

انگیزه و هدف از انعقاد قراردادهای خصوصی گردش سرمایه، کسب منفعت و یا تأمین نیاز و احتیاجات فردی و شخصی است درحالی که هدف از انعقاد قراردادهای دولتی، حفظ حقوق دولت و منافع عمومی است. بنابراین مصلحت عمومی ایجاب می‌کند که این نوع قراردادها از امتیازات و ویژگی‌های خاصی برخوردار باشند. قواعد مربوط به انعقاد این گونه قراردادها جزء قواعد آمره محسوب و عدم رعایت این‌ها موجب بطلان قرارداد می‌شود. از این رو نمی‌توان حکم واحدی بر کلیه قراردادهایی که

^۱ طوطاخیل، سید نبی، درآمد بر قراردادهای اداری در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ص ۱۸۷

یک طرف آن دولت قرار دارد، قائل شد. بلکه هر قرارداد دولتی باید با توجه به محتوی و موضوع همان قرارداد، مورد بررسی قرار گیرد.^۱

مبحث دوم: نظام حقوقی قراردادهای اداری

قراردادهای دولتی، اعم از اداری یا غیر اداری، از نظر شکلی تابع تشریفات هستند که موضوع حقوق عمومی است؛ ولی قراردادهای اداری، علاوه بر آن، از نظر ماهوی نیز از قواعد حقوق عمومی تبعیت می کنند.^۲ البته این موضوع به این معنا نیست که احکام قوانین مدنی و تجاری در قراردادهای اداری قابل اعمال نباشد، بلکه مطلب آن است که قراردادهای اداری علاوه بر قوانین مذکور، از یک سری قواعد اختصاصی دیگری نیز تبعیت می کنند که این قواعد در تفسیر و اجرای قراردادها و رسیدگی قضایی نسبت به اختلافات ناشی از آنها از اهمیت بسزایی برخوردارند.

بنابراین نظام حقوقی قراردادهای دولتی در دو بخش قابل مطالعه می باشند:

- ۱- قواعد شکلی که شامل تشریفات قبل از انعقاد و تشریفات حین انعقاد می شود.
- ۲- قواعد ماهوی، که ناظر بر حقوق ترجیحی و حقوق اقتداری دولت و احکام عادی مدنی و تجارت است .

گفتار اول: قواعد شکلی انعقاد قرارداد اداری

الف: تشریفات قبل از انعقاد

در قراردادهای خصوصی آزادی اراده طرفین جز در موارد استثنایی، یک اصل است. قوانین تا جایی که خلاف قانون نباشد معتبر است. اما مدیران دستگاههای دولتی نماینده اداره متبوع خود هستند نه مالک آنچه تحت اداره آنهاست. مدیر یا رئیس، مالک اموال

^۱ محمد شمعی، حقوق قراردادهای اداری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص ۷۶

^۲ کوهن کارل، دموکراسی، فریبرز مجیدی، نشر خوارزمی، چاپ اول، تهران ۱۳۷۳، ص ۱۱۷

اداره تحت مدیریت خود نیست. نماینده‌ی فقط همان اختیاری را دارد که قانون به او اعطا کرده و به رسمیت شناخته باشد است. در اینجا اصل بر آزادی اراده نیست. زیرا، ریاست غیر از مالکیت است به این ترتیب انعقاد معاملات دولتی از جهات مختلف با محدودیت‌ها، ممنوعیت‌ها و رعایت تشریفات متعددی روبروست.

قانون اجراءات اداری افغانستان در ماده ۲۷ شرایط شکلی آورده است که، تصمیم اداری به طور کتبی و با امضای مقام عامه ذیصلاح صادر می‌گردد. تصمیم اداری حاوی نکات ذیل است، نشان ملی، تاریخ اتخاذ تصمیم، شماره ثبت و صدور، نام و آدرس اداره عامه تصمیم گیرنده، اجراءات توضیح‌دهنده حقوق یا مکلفین‌های مخاطب به- شمول زمان و روش اجرای تصمیم اداری، دلایل تصمیم اداری، به شمول حکم قانون که تصمیم اداری به اساس آن اتخاذ شده است و در صورت اتخاذ تصمیم اختیاری، ذکر توجیهاتی که منجر به اتخاذ آن گردیده است، نام و امضای مقام عامه صادرکننده تصمیم. هرگاه اتخاذ تصمیم به صورت فوری جهت تأمین نفع عامه یا مصونیت عامه، حتمی باشد و یا حالت و شرایط ایجاب نماید، اداره عامه می‌تواند از کتبی بودن تصمیم اداری صرف نظر نماید. در چنین احوال، اداره عامه مکلف است تصمیم را بدون تأخیر و در خال مدت پنج روز از تاریخ اتخاذ تصمیم به صورت کتبی ثبت و صادر نماید و نیز دلایل عدم کتبی بودن را توضیح دهد. این رابطه شرایط قبل از انعقاد را که عبارت‌اند از تهیه شرطنامه، اعلان تدارکات، صدور شرطنامه به داوطلبان، از طرز العمل تدارکات افغانستان می‌توان چندین مورد تشریفات قبل از انعقاد قرارداد را شناسایی کرد که ذیل بیان می‌گردد.

۱- تهیه شرطنامه

اداره، شرطنامه و مطالبه پیشنهاد را مطابق فقره (۱) ماده بیستم قانون ترتیب که علاوه بر مطالب مندرج آن، حاوی مطالب ذیل نیز است: رهنمود در مورد مهر و امضا، شرایط، محل و ضرب الاجل تسلیمی و طرز انصراف، تعدیل یا تعویض آفرها؛ نوع قرارداد، مدت و شرایط آن؛ هرگاه مراحل تدارکات مطابق فقره (۲) ماده دوازدهم قانون

با نظر داشت طرح نهایی بودجه آغاز گردیده باشد، اداره مکلف است، موضوع را طور واضح در شرطنامه و مطالبه پیشنهاد تذکر نماید. مطابق ماده بیستم قانون، شرطنامه و مطالبه پیشنهاد اساس داوطلبی بوده و تمام فورم های مندرج آن جزء لاینفک آنها محسوب می گردند. بناء داوطلب، شرطنامه و مطالبه پیشنهاد به شمول فورم های مربوط را به طور دقیق خانه پری، مهر و امضاء نماید.

۲- اعلان تدارکات

اداره مکلف است، اعلان تدارکات خویش را که حاوی مطالب مندرج فقره (۱) ماده نوزدهم قانون است، ترتیب نماید، نشر اعلان تدارکات یا اعلان دعوت به ارزیابی قبلی اهلیت طور ذیل صورت می گیرد.

۱. نشر اعلان دریکی از رسانه های چاپی کثیرالانتشار که بتواند به دسترس تعداد کافی داوطلبان جهت حصول اطمینان از رقابت مؤثر قرار گیرد؛

۲. نشر اعلان در وب سایت اداره مربوطه و اداره تدارکات ملی و در صورت امکان در وب سایت های تخصصی مربوطه؛

۳. در صورت امکان، نشر اعلان از طریق رادیو و تلویزیون و سایر روش های اطلاع رسانی.

اعلان تدارکات یا اعلان ارزیابی قبلی اهلیت که در ولایات تطبیق می گردد، از طریق رسانه های همگانی کثیرالانتشار در ولایت مربوطه نیز صورت می گیرد.

اداره می تواند اعلان تدارکات را مستقیماً بعد از تاریخ نشر آن به داوطلبان شناخته شده نیز ارسال نماید، در این صورت، نقل اعلان ارسالی توأم با لیست آن در دوسیه تدارکاتی مربوط حفظ می گردد.

۳- صدور شرطنامه به داوطلبان

شرطنامه طور ذیل صادر می شود: به تمام داوطلبانی که آن را مطالبه می نمایند؛ به تمام داوطلبان موفق در ارزیابی قبلی اهلیت و یا داوطلبان شامل شارژت لست.

مطالبه پیشنهاد به تمام داوطلبان واجد شرایط صادر می‌شود. اداره مکلف است، شرطنامه یا مطالبه پیشنهاد و ضمایم آن‌ها را بعد از مهر اداره به داوطلبان تسلیم نماید. اداره می‌تواند، شرطنامه و مطالبه پیشنهاد را به صورت الکترونیکی از طریق وب سایت اداره مربوطه (به صورتی که مشخصات داوطلب که از وب سایت اداره شرطنامه را دریافت می‌نماید، ثبت گردد) یا از طریق ایمیل، "فلش میموری" و "سی دی" به دسترس داوطلبان قرار دهد، طوری که مندرجات و شرایط آن قابل تغییر نباشد، در این صورت اداره مکلف است واضحاً تذکر نماید که در صورت هرگونه تناقض میان نسخه الکترونیکی و فیزیکی شرطنامه یا مطالبه پیشنهادات، نسخه صادره مهرشده اداره مدار اعتبار است.

۴- معیاد تسلیمی آفر

اداره مکلف است، قبل از نشر اعلان تدارکات، شرطنامه یا اسناد ارزیابی قبلی اهلیت مربوطه را ترتیب و برای توزیع آماده نماید. معیاد تسلیمی آفرها و یا اسناد پاسخ به ارزیابی قبلی اهلیت بعد از نشر اعلان تدارکات، (۲۱ الی ۹۰) روز تقویمی است، حداقل این مدت ۲۱ روز برای داوطلبی باز ملی؛ ۳۰ روز در داوطلبی باز بین‌المللی؛ شعبه تدارکات، جهت تعیین مدت مناسب آفر دهی برای هر تدارکات، با نظر داشت حداقل معیاد تسلیمی آفر نکات ذیل را نیز مدنظر بگیرد. زمان لازم برای تهیه آفر با نظر داشت توضیحات مورد نیاز، نوعیت و پیچیدگی اجناس، خدمات و امور ساختمانی؛ زمان لازم جهت اخذ اسناد قانونی مندرج شرطنامه مربوط از طرف داوطلبان؛ چگونگی موقعیت اداره، پروژه، داوطلبان و زمان لازم برای به دست آوردن شرطنامه و تسلیم آفرها به اداره؛ چگونگی قراردادهای فرعی.

۶- جلسه قبل از داوطلبی

اداره می‌تواند جهت ارائه معلومات بیشتر به داوطلبان اقدامات؛ تدویر جلسه قبل از داوطلبی به منظور ارائه معلومات به داوطلبان و مساعد ساختن فرصت جهت مطالبه توضیح توسط آن‌ها؛ و بازدید از محل اجرا یا تحویل تدارکات؛ انجام دهد. جزئیات

جلسات قبل از داوطلبی و بازدید از محل به شمول تاریخ، زمان و مکان، در شرطنامه یا مطالبه پیشنهاد و در صورت امکان در اعلان تدارکات درج می‌گردد. زمان تدویر جلسات قبل از داوطلبی یا بازدید از محل در شرطنامه یا مطالبه پیشنهاد در خلال میعاد تسلیمی آفرها طوری تنظیم می‌گردد که به داوطلبان فرصت لازم را جهت ترتیب آفرهای شان میسر ساخته و زمینه اشتراک آن‌ها را فراهم سازد. همچنان آمده است که شعبه تدارکات گزارش جلسه قبل از داوطلبی را تهیه و در اسرع وقت به تمام داوطلبانی که شرطنامه را دریافت نموده‌اند، ارسال نماید.

۷- جلسه داوطلبی یا آفرگشایی

هیئت آفرگشایی، آفرهای دریافت شده را در زمان و محل تعیین شده در شرطنامه در محضر عام مطابق ماده بیست و دوم قانون، بازخواهد نمود. بعد از ختم میعاد تسلیمی آفرها، داوطلبان اجازه انضمام یا ارائه هیچ گونه اسناد را به آفر خویش ندارند، مگر مواردی که در این طرز العمل پیش‌بینی شده است در محل آفرگشایی، رئیس هیئت آفرگشایی ابتدا آفرهایی را که با کلمه «انصراف» نشانی شده و قبل از ختم میعاد تسلیمی آفرها، اعلام انصراف خویش را تسلیم نموده‌اند، اعلام و بدون باز شدن مسترد می‌نماید. متعاقباً تمام آفرهایی که با کلمه «تعدیل» یا «تعویض» علامه گذاری شده‌اند، باز و محتویات آن به تفصیل خوانده می‌شود. در این صورت موارد و یا آفرهای تعدیل یا تعویض شده، قابل اعتبار است رئیس، متباقی آفرها را باز نموده و نام داوطلب، قیمت آفر و تخفیف در صورت موجودیت را به صدای بلند قرائت می‌نماید.

هرگونه کاستی‌های عمده مانند عدم موجودیت تضمین آفر یا تفاوت میان ارقام و حروف، عدم موجودیت مهر یا امضاء، تصحیح بدون امضاء، اعلان شده و در رویداد جلسه که توسط حاضرین در جلسه مذکور امضاء می‌گردد، درج می‌شود. هنگام باز نمودن آفرها به استثنای آفر ناوقت رسیده و یا انصراف شده، هیچ آفری به هیچ وجه قبول، رد یا ارزیابی نه گردیده و هرگونه تفاوت یا کمبود اسناد در فورم‌های آفرگشایی،

درج می‌گردد. هیئت آفرگشایی، فورم‌های معیاری آفرگشایی صادره اداره تدارکات ملی را در جلسه مذکور خانه پری، امضاء و به‌منظور مصونیت و عدم‌تغییر در مندرجات آن‌ها با دقت چسب شفاف (اسکاشتپ) می‌نماید.

حین‌خانه پری فورم‌های معیاری آفرگشایی، در صورتی‌که داوطلب در فورم معلوماتی داوطلب از ارائه معلومات پیرامون سرمایه مالی و قراردادهای اجرا شده خویش متذکر نگردیده و صرف به‌ضم بودن این اسناد اشاره نموده باشد؛ هیئت آفرگشایی مکلف است از موجودیت و چگونگی اسناد متذکره توأم با مهر و امضای آن اطمینان حاصل، درج فورمه‌های معیاری آفرگشایی نماید. در صورت عدم درج معلومات متذکره و یا عدم ذکر ضم بودن اسناد در فورم معلوماتی داوطلب، هیئت در فورم‌های آفرگشایی عدم موجودیت آن‌ها را درج می‌نماید.

در صورتی‌که داوطلبان مندرجات فقره (۱) حکم سی و دوم این طرز‌العمل را رعایت نه‌نموده باشند، هیئت آفرگشایی جدول قیمت‌های ارائه شده در آفر و فورم معلوماتی اهلیت داوطلب را با دقت چسب شفاف (اسکاشتپ) می‌نماید. هیئت آفرگشایی، تمام آفرها، نمونه‌ها و فهرست‌های تسلیم داده‌شده توسط داوطلبان را به اداره تدارکاتی جهت نگهداری طور محفوظ ارائه می‌نماید.

۸- ارزیابی آفرها

اداره، هیئت ارزیابی را مطابق جزء ۱۹ ماده سوم قانون تدارکات تعیین می‌نماید. هیئت ارزیابی مسئولیت ارزیابی درخواست ارزیابی قبلی اهلیت و مقایسه و ارزیابی آفرها، تشخیص آفرهای جواب‌گو و آفر برنده و تهیه‌گزارش ارزیابی را به‌آمر اعطای مربوطه به‌عهده دارد. در پروسه‌های تدارکاتی خاص، هیئت ارزیابی متناسب با قیمت و پیچیدگی تدارکات از جانب آمر اعطای مربوط قبل از تاریخ آفرگشایی تعیین می‌گردد که کمتر از سه نفر بوده نمی‌تواند. اعضای هیئت ارزیابی باید؛ مهارت، دانش و تجربه کافی مربوط به‌امور تدارکاتی شامل این موارد؛ مهارت‌های تخیلی؛ مهارت‌های تدارکاتی؛ مهارت‌های امور مالی؛ نمایندگی از نهاد استفاده‌کننده؛ مهارت‌های حقوقی؛ را

داشته باشند. در پروسه ارزیابی تدارکات خدمات مشورتی، هیئت ارزیابی تخنیکی و مالی طور جداگانه تعیین شده می‌تواند، همچنین در پروسه‌های تدارکاتی که ارزیابی قبلی اهلیت صورت می‌گیرد، هیئت ارزیابی جهت ارزیابی درخواست قبلی اهلیت و ارزیابی بعدی طور جداگانه تعیین شده می‌تواند.

ب) تشریفات حین انعقاد

۱ - اطلاعیه تصمیم اعطای قرارداد

بر اساس طرزالعمل تدارکات؛ اطلاعیه تصمیم اعطای قرارداد حاوی مطالب ذیل است. مشخصات تدارکات؛ نام و آدرس داوطلب پیشنهادشده برای عقد قرارداد؛ قیمت مجموعی قرارداد پیشنهادشده؛ این که شخص حق خواهد داشت تا در خلال میعاد مندرج این اطلاعیه، اعتراض خویش در مورد تصمیم را مطابق ماده پنجاهم قانون به اداره ارائه نماید. در اطلاعیه به وضوح تصریح گردد که این اطلاعیه به معنی عقد قرارداد نیست و الی ختم میعاد آن، قرارداد عقد نخواهد شد. میعاد اطلاعیه تصمیم اعطای قرارداد از تاریخ نشر آن الی هفت روز تقویمی است. اداره مطابق فقره (۳) ماده چهل و سوم قانون نمی‌تواند الی سپری شدن هفت روز تقویمی بعد از نشر اطلاعیه تصمیم اعطای قرارداد و یا رسیدگی به اعتراضات داوطلبان، پیشنهاد تصمیم اعطای قرارداد را به کمیسیون تدارکات ملی ارجاع و یا قرارداد را عقد نماید. اداره مکلف است، طبق فقره (۲) ماده چهل و سوم قانون همزمان با نشر اطلاعیه تصمیم اعطای قرارداد، تمام داوطلبان اشتراک کننده را نیز رسماً مطلع سازد و یک نقل این اطلاعیه را در اختیارشان قرار دهد.

۲-قبولی آفر

مطابق طرزالعمل تدارکات، اداره مکلف است، بعد از ختم میعاد اطلاعیه تصمیم اعطای قرارداد و یا رسیدگی به اعتراضات داوطلبان، در صورتی که قرارداد در حیطه صلاحیت آمر اعطای مربوطه باشد، نامه قبولی آفر را به داوطلب برنده ارسال نماید، در صورتی که قرارداد در حیطه صلاحیت کمیسیون تدارکات ملی باشد، بعد از منظوری

این کمیسیون، نامه قبول آفر به داوطلب برنده ارسال می‌شود. نامه قبول آفر حاوی مطالب؛ نام و آدرس اداره تدارکاتی و داوطلب؛ مشخصات تدارکات؛ تاریخ و شماره آفر برنده؛ قیمت مجموعی قرارداد؛ نوعیت و مقدار تضمین اجرای قرارداد و میعاد تسلیمی آن؛ زمان عقد قرارداد و میعاد اعتبار قرارداد است.

شعبه تدارکات، نامه قبولی آفر را طور رسمی به داوطلب برنده تسلیم نموده و رسید تسلیمی آن را با ذکر تاریخ در دوسیه تدارکات مربوطه حفظ می‌نماید. اداره می‌تواند مسوده قرارداد را ضمن نامه قبولی آفر به داوطلب برنده تسلیم نماید. هرگاه داوطلب برنده از تسلیمی تضمین اجرای قرارداد در میعاد مندرج نامه قبولی و یا از عقد قرارداد اجتناب ورزد، اعطای قرارداد به وی لغو و تضمین آفر وی مطابق ماده بیست و نهم قانون مسترد نگردیده و اداره مجدداً مطابق احکام ۸۲ الی ۸۷ این طرز العمل پروسه را جهت اعطای قرارداد به داوطلب بعدی که آفر جواب‌گوی دارای قیمت نازلتر ارزیابی شده را ارائه نموده است، طی مراحل می‌نماید.

۳- وجود شرایط صحت معاملات

قراردادهای دولتی، مانند سایر قراردادهای خصوصی باید از شرایط اساسی برای صحت معاملات برخوردار باشند. از این حیث تفاوتی بین قراردادهای دولتی با غیردولتی وجود ندارد. اما وجود این شرایط برای معاملات دولتی شرط کافی نیست. بلکه اثبات و احراز شرایط اختصاصی دیگری نیز ضروری است. بر اساس ماده ۲۸ قانون اجراءات اداری و ماده ماده ۱۶ قانون تدارکات افغانستان وجود شرایط صحت معاملات بین طرفین الزامی است و باید قبل از عقد قرارداد اطمینان طرفین قرارداد از صحت معامله حاصل شود.

۲- صلاحیت دستگاه اداری

دستگاه‌های اداری صلاحیت انعقاد هر قراردادی را ندارند؛ بلکه در چارچوب اهداف، مأموریت‌ها و وظایف سازمانی خود می‌توانند به انعقاد قرارداد مبادرت نمایند^۱ با استناد از ماده ۳۱ قانون اجراءات اداری افغانستان با در نظر داشت ماده ۱۹ و ۲۰ قانون تدارکات ملی افغانستان می‌توان گفت که صلاحیت برای مسئولین طرفین قرارداد باید بر اساس قوانین و مقررات اداره مربوطه تایید و مورد ارزیابی قرار گیرد.

۳- صلاحیت مقام اداری

برای صحت معاملات در قراردادهای خصوصی، داشتن اهلیت از شرایط اساسی است. ولی در قراردادهای دولتی، علاوه بر اهلیت، صلاحیت مقام اداری نیز از شرایط اساسی درستی معامله به شمار می‌آید. در قراردادهای دولتی بحث اهلیت کمتر مبتلا به- است. زیرا کارکنان دولت با داشتن یک سری شرایط خاص به استخدام درآمده اند و فقدان اهلیت (مگر در موارد استثنایی مثل محجور شدن به دلیل عارضه جنون در حین خدمت) معمولاً مطرح نمی‌شود.

مسئله اهلیت از امور وابسته به شخصیت انسان است درحالی که صلاحیت از مقوله نیابت و نمایندگی است. مقام اداری برای انعقاد هر قرارداد باید به این نکته توجه کند که آیا از نظر قانون اختیار انتخاب طرف قرارداد یا تعیین مبلغ قرارداد یا اختیار ایجاد تعهد برای دستگاه دولتی را دارد یا نه؟ در اینجا اصل بر آزادی اراده مقام اداری نیست؛ بلکه مقام اداری تا آن حد اختیار دارد که قانون به وی اعطا کرده است. بر اساس ماده ۱۶ قانون تدارکات ملی افغانستان، داوطلب و اجراکننده قرارداد باید از اهلیت و صلاحیت بر اساس قانون برخوردار باشد. اهلیت و صلاحیت شامل طرفین قرارداد می-

^۱ شمعی، محمد، حقوق قراردادهای اداری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص ۱۳۲

شود شخص داوطلب و مقام اداری که از آدرس اداره باوی عقد قرارداد می‌کند باید دارای صلاحیت قانونی باشند.

۴- کتبی بودن قرارداد

در ماده ۶۲ قانون اجراءات اداری آمده است، قرارداد اداری به شکل کتبی، منعقد می‌گردد. قرارداد اداری حاوی حقوق و مکلفین‌های طرفین به‌طور دقیق و واضح بوده و با شرایط قابل فهم ترتیب می‌گردد.

کتبی بودن قراردادهای دولتی، از شرایط اجتناب‌ناپذیر و از لوازم نظام اداری و بروکراسی است. اگرچه در حقوق خصوصی، هر قراردادی ممکن است به‌ایجاب و قبول، حتی با لفظ و بدون این‌که نوشته‌ای ردوبدل گردد؛ منعقد گردد؛ ولی کتبی بودن قرارداد در نظام حقوق اداری از ضروریات غیرقابل انکار است. هرچند در معاملات جزئی مثل خرید اقلام مصرفی و کم‌ارزش، نوشتن قرارداد به معنی اخص کلمه ضروری نیست؛ باین حال هزینه کردن منابع دولتی در جهت مصارف مورد نیاز، مستلزم ارائه فاکتورهای مربوطه است که عملاً توافقات روزمره را به شکل کتبی منعکس خواهد کرد.^۱

بر اساس فقره ۱۱ ماده سوم قانون تدارکات افغانستان قرارداد موافقه کتبی است که مطابق این قانون میان اداره و داوطلب برنده عقد و در آن شرایط و مشخصات مندرج شرطنامه و مکلفین‌های طرفین درج و طی میعاد اعتبار آن نافذ است.

۵- اخذ تضمین مناسب

دستگاه‌های اداری مکلف‌اند به منظور حفظ منافع دولت و بیت‌المال و برای اطمینان از اجرای تعهدات و تأمین پیش‌پرداخت‌ها، تضمین مناسب از طرف‌های قراردادهای

^۱ کوهن کارل، دموکراسی، فریبرز مجیدی، نشر خوارزمی، چاپ اول، تهران ۱۳۷۳، ص ۱۲۲

دولتی اخذ نمایند. تکلیف به اخذ تضمین و نوع تضمینات قابل قبول، در قانون تدارکات و طرز العمل تدارکات تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و آئین نامه اجرایی این ماده ذکر شده است. بر اساس ماده ۲۸ و ۲۹ قانون تدارکات افغانستان، داوطلب و قراردادی مکلف اند تا برای تضمین آفر جهت حصول اطمینان، مقدار پول معین یا تضمین بانکی بدون در نظر داشت نرخ آفر به طور تضمین ارایه دهد. در طرز العمل تدارکات چهار نوع تضمین آمده است: ۱. تضمین آفر. ۲. تضمین اجرای قرارداد. ۳. تضمین پیش پرداخت. ۴. تأمینات.

۶- ذکر شرایط اجباری

هر قراردادی حاصل توافق دو اراده است. شرایط مورد نظر طرفین علی الاصول با اراده آزاد خودشان تعیین می گردد. ولی ذکر بعضی از شرایط در قراردادهای دولتی، از وظایف اشخاص حقیقی نماینده دولت است.^۱ به عنوان مثال ذکر شرط التزام طرف قرارداد به بیمه نمودن کارگران خود، لزوم رعایت مقررات حفاظتی و ایمنی از طرف پیمانکار، پرداخت کسورات قانونی و موارد دیگر از جمله شروطی هستند که باید در قراردادهای دولتی قید گردند.

امروزه بسیاری از دستگاه های دولتی استفاده از نمونه قراردادهای از قبل نوشته شده را برای ادارات تابعه خود اجباری کرده اند. در این نمونه قراردادهای، شرایط اجباری به طور یکسان درج شده اند. با در نظر داشت مواد قانون اجرای ادارات و قانون تدارکات شرایط برای اجرای قرارداد الزامی است که این شرایط در متن قرارداد و مواد قانون قرارداد ذکر شده است و طرفین قرارداد ملزم بر تبعیت از آن است.

^۱ طوطاخیل، سید نبی، درآمد بر قراردادهای اداری در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ص ۷۶

۷- ترتیب و عقد قرارداد

قراردادهای اداری شامل مسایل چون عنوان قرارداد، طرفین قرارداد، موضوع قرارداد، مدت قرارداد و مبلغ قرارداد است. موارد فوق از جمله عناصر تشکیل دهنده موافقت نامه قراردادهای اداری است که در ذیل به صورت مفصل بیان گردیده است.

۱،۷- عنوان قرارداد

آنچه به حل اختلاف ناشی از قرارداد کمک می کند قصد واقعی طرفین از انعقاد قرارداد است نه این که طرفین با چه اسم و عنوانی در قرارداد شناخته می شوند و چه عنوانی برای قرارداد خود انتخاب کرده اند اما بهتر است از عنوان کلی قرارداد بدون پیشوند یا پسوند استفاده شود که نشان دهنده توافق طرفین بر موضوعی بوده است بدین ترتیب به راحتی برای حل اختلاف به عملکرد و تعهدات طرفین و سایر شرایط قراردادی توجه خواهد شد.

۲،۷- طرفین قرارداد

طرف قرارداد کسی است که با توافق متعهد برانجام امر می شود که ممکن است یک شخص حقیقی و یا شرکت ها و مؤسسات دولتی و غیر دولتی باشند. در خصوص صلاحیت طرف قرارداد در زمان تنظیم آن با اشخاص حقوقی باید با ملاحظه اساس نامه شرکت و آگهی آخرین تغییرات شرکت مندرج در روزنامه رسمی معلوم شود که آیا شرکت در محدوده موضوع فعالیت خود قصد انعقاد قرارداد دارد یا خیر و نیز مشخص شود چه کسانی دارای نمایندگی و حق امضا اسناد و قرارداد برای شرکت می باشند.

هم چنین هنگام تنظیم قرارداد با اشخاص حقیقی مسئله، بلوغ، عقل و این که فرد رسمی ممنوع المعامله نباشد بسیار مهم است. هم چنین ممکن است شخصی به نمایندگی و وکالت از سوی دیگری قرارداد را تنظیم می کند در این صورت باید برگه نمایندگی و وکالت نامه او و اعتبار آن را بررسی کرد و حتماً شماره و مشخصات آن را در متن قرارداد نوشت.

۳،۷- موضوع قرارداد

موضوع قرارداد مال یا عملی است که طرفین قرارداد متعهد به تسلیم یا انجام آن می‌باشند. برخی شرایط اساسی مال یا عملی که موضوع قرارداد است عبارت‌اند از: اولاً، دارای ارزش اقتصادی باشد.

ثانیاً، در زمان انعقاد قرارداد، موجود، معلوم و معین باشد مثل یک دستگاه خودرو با مشخصاتی که طرفین رؤیت کرده و از کیفیت آن کاملاً مطلع شوند.

ثالثاً، چنان چه در زمان انعقاد قرارداد موجود نباشد باید کیفیت و کمیت آن مال معلوم و معین بوده و کاملاً توصیف شود و طرف واگذارکننده متعهد به انجام تولید و ساخت آن و واگذاری آن پس از تولید با جزئیاتی که هیچ تردیدی باقی‌نماند می‌شود. مانند قراردادهای ساخت و واگذاری کارخانه یا سازه‌های دریایی.

رابعاً، امکان تسلیم آن باشد و از همه مهم‌تر ملک کسی باشد که قصد واگذاری آن را دارد و الا معامله فضولی بر مال غیر محسوب می‌شود و اگر مالک اصلی رضایت به انتقال ندهد، معامله قابل ابطال است.

۴،۷- مدت قرارداد

در کلیه قراردادهای باید تاریخی که طرفین بر انتقال مال یا انجام کاری توافق می‌کنند، درج شود. در برخی از قراردادهای مدت قرارداد از جمله ارکان تشکیل‌دهنده مهم آن است. مانند قراردادهایی که موضوع آن ارائه خدمات یا انجام کار می‌باشد و یا در قرارداد اجاره که تاریخ از جمله شرایط صحت و اساسی آن است به نحوی که اگر مدت اجاره معلوم نباشد، اساساً قرارداد باطل است.

توصیه می‌شود تاریخ را هم به صورت عددی و هم به صورت حروفی درج کنند زیر از نظر حقوقی آثار بسیار مهمی خواهد داشت از جمله در مواردی ممکن است تاریخ انتقال یا تاریخ انجام کار غیر از تاریخ تنظیم قرارداد باشد لذا در بند جداگانه‌ای تحت عنوان مدت قرارداد باید زمان دقیق آغاز و پایان کار تصریح شود. اگر تاریخ شروع

قرارداد به دلیلی از قلم بیفتد و در قرارداد ذکری از آن نشود تاریخ امضاء قرارداد تاریخ آغاز آن محسوب می شود.

۵,۷- مبلغ قرارداد

مبلغ یا قیمت قرارداد که در قراردادهای خرید و فروش به آن ثمن معامله گفته می شود عبارت است از ارزشی که در مقابل کالا یا خدمات پرداخت می شود. شایسته است میزان و نحوه پرداخت قیمت مورد معامله دقیقاً با ذکر جزئیات اقساط و مدت آن و یا اسنادی که به صورت چک حساب جاری و یا چک مسافرتی یا وجه نقد است توضیح داده شود تا جلوی هرگونه سوءاستفاده را در این خصوص بگیرد.

طرز العمل تدارکات در رابطه به ترتیب و عقد قرارداد موارد را از جمله عناصر تشکیل دهنده موافقت نامه قرارداد دانسته است که در حکم ۸۶ طرز العمل تدارکات؛ اداره، قرارداد را در مطابقت به شرطنامه و آفر داوطلب برنده ترتیب و بعد از اخذ منظوری آمر اعطاء به داوطلب برنده ارسال می نماید. شعبه تدارکات باید اطمینان حاصل نماید که داوطلب یا مشاور برنده قرارداد را امضا نموده است و یک نقل آن را دوباره برمی گرداند. این مراحل باید طی مدت اعتبار آفر طوری که لازم است، تکمیل گردد. سند قرارداد شامل شرایط و نکات ذیل است:

۱. شرایط عمومی قرارداد؛
۲. شرایط خاص قرارداد؛
۳. ذکر این موضوع که شرایط خاص قرارداد بالای شرایط عمومی و دستور اولویت سایر اسناد قرارداد، حاکم است؛
۴. توضیح تدارکات شامل؛ شرایط تخنیکی، کمیت، کیفیت و جدول تکمیل یا تحویل، بر اساس شرطنامه و آفر، با نظر داشت هرگونه تعدیل موافقه شده؛
۵. مجموع قیمت قرارداد و در صورت امکان شرایط قابل تطبیق، تغییر، تنظیم، تعدیل یا محاسبه دوباره قیمت واقعی قابل پرداخت؛

۶. شرایط پرداخت، به شمول مدت، جدول، اسعار و اسناد لازم پرداخت؛

۷. نوعیت و مقدار تضمینات لازم؛

۸. مرجع ذیصلاح و قانون حاکم جهت حل منازعه؛

۹. سایر شرایط کلیدی قرارداد مانند؛ ضمانت، بیمه، قرارداد فرعی، تفتیش و قبولی،

تکمیل قرارداد، تاخیرات در امور اجرائی یا غیر اجرائی، حالات طبیعی و مغایرت،
تعدیل و فسخ قرارداد؛

۱۰. معلومات در مورد پالیسی دولت در رابطه با فریب و فساد به شمول محرومیت
داوطلب و قراردادی قیمت قرارداد مطابق نوع قرارداد تعیین می گردد.

گفتار دوم: قواعد ماهوی

الف) قواعد ترجیحی

طبع ترجیحی قراردادهای اداری ایجاب می کند، برخی احکام حقوقی، که در قراردادهای خصوصی غیرمتعارف است، نسبت به این قراردادها اعمال گردد. منشأ حق- ترجیحی دولت در قراردادهای اداری، به خاطر تأمین منافع عمومی است که هدف قراردادهای دولتی است. زیرا منافع خصوصی تا آنجا محترم است که ضرری به منافع عمومی نرساند.^۱

در ماده ۶۳ قانون اجراءات اداری آمده است، علاوه بر احکام مندرج مواد ششم الی چهاردهم این قانون، اداره عامه در انعقاد قرارداد، اصول ذیل را رعایت می نماید. عدالت و انصاف در جریان مذاکرات. عدم ادغام بین دو یا چند موضوع در قرارداد اداری که از لحاظ ماهیت باهم غیر مرتبط اند. انتقال ناپذیر بودن قرارداد اداری به شکل کلی به- اشخاص ثالث قراردادی. وقتی پای منافع عمومی در میان باشد، اصل برابری طرفین

^۱ طوطاخیل، سید نبی، درآمد بر قراردادهای اداری در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ص ۱۱۱

قرارداد که از قواعد حقوق مدنی است، دچار استثناء می‌گردد. برخی از این حقوق ترجیحی عبارت‌اند از:

۱- فسخ یک‌جانبه به علت تخلف (تقصیر، تأخیر)

در حقوق عمومی راجع به قراردادهای اداری، طی کردن روند طولانی لازم نیست. دولت بدون الزام به مراجعه به محکمه می‌تواند به استناد تخلف متعهد یا تقصیر او یا تأخیر در انجام تعهد، قرارداد را فسخ نماید.^۱ در این صورت، چنانچه طرف مقابل مدعی عهدهم تخلف از مفاد قرارداد باشد، حق دارد برای اثبات ادعای خود به محکمه صلاحیت دار مراجعه کرده و دادخواهی نماید. با در نظر داشت ماده ۶۸ فقره (۵) قانون اجراءات اداری آمده است قرارداد در صورتی که فسخ می‌شود که یکی از طرفین به دلیل موجودیت فریب یا خطا در قرارداد اداری مخالفت نماید.

۲- حق تعلیق قرارداد

در قراردادهای خصوصی، تعلیق قرارداد برای مدت محدود و معین، مشروط به - حدوث شرایط فورس ماژور (مثل وقوع جنگ و زلزله و شورش‌های که شدیداً مانع اجرای قرارداد گردد) است. اما حق تعلیق قرارداد از طرف دولت، محدود به شرایط فورس ماژور نیست. تعلیق قرارداد، در شرایط خاص که مقتضیات اداری ایجاب کند، از حقوق ترجیحی دولت نسبت به طرف خصوصی قرارداد است.^۲

۳- حق افزایش یا کاهش جزئی میزان قرارداد

حق افزایش یا کاهش جزئی میزان قرارداد، در بسیاری از قراردادهای خصوصی نیز ذکر می‌شود. این موضوع در شرایط عمومی قرارداد و غالب نمونه قراردادهای دولتی

^۱ طوطاخیل، سید نبی، درآمد بر قراردادهای اداری در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ۱۲۳

^۲ طوطاخیل، سید نبی، درآمد بر قراردادهای اداری در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ص ۱۳۲

نیز ذکر شده است. هرچند عدم ذکر آن مانع اعمال این حق ترجیحی برای دولت نخواهد بود. در مجموع، برای این که طرف قرارداد نیز نسبت به تکالیف خود آشنا باشد، بهتر آن است که قواعد ترجیحی به عنوان شروط اجباری در همه قراردادهای دولتی ذکر شوند.

در حکم ۹۸ طرز العمل تدارکات آمده است که؛ هرگونه تعدیل (افزایش یا کاهش) در قیمت، میعاد و یا شرایط و مندرجات قرارداد طبق ماده سی ام قانون تدارکات صورت می گیرد. تعدیل قرارداد صرف زمانی مورد اعتبار است که توسط نماینده های باصلاحیت هر دو طرف، (اداره و قراردادی) در خلال میعاد اعتبار قرارداد امضا شده باشد. اداره مکلف است، هیئت تخنیکی را غرض بررسی و تثبیت تعدیلات مطلوب مورد نظر توظیف و دلایل موجه مبنی بر تعدیلات را به آمر اعطای مربوطه غرض تائید و یا منظوری ارائه نماید. هرگونه تعدیلات در قرارداد، طبق قیمت های مندرج اصل قرارداد محاسبه می گردد.

حداکثر تعدیل مجاز الی (۲۵) فیصد قیمت مجموعی قرارداد اصلی است، مگر این که تمویل کننده پروژه در زمینه طور دیگری موافقه نماید. در صورتی که مجموع قیمت اصلی و قیمت تعدیلات قرارداد، خارج از حدود صلاحیت پولی آمر اعطاء باشد، پیشنهاد تعدیل توأم با دلایل موجه، به کمیسیون تدارکات ملی راجع می گردد، گرچه اصل قرارداد طبق ماده شصت و سوم قانون از جانب آمر اعطای مربوطه منظور گردیده باشد. در صورتی که بنابر دلایل موجه، طبق مندرجات قرارداد و شرط نامه، تدارکات در میعاد معینه قرارداد تکمیل شده نتواند و تأخیر ناشی از اهمال و یا غفلت قراردادی نباشد، تعدیل میعاد قرارداد بدون تغییر در قیمت آن، طبق فقره (۶) ماده سی ام قانون، در خلال میعاد اعتبار آن با موافقه طرفین صورت گرفته می تواند.

در قراردادهایی که طبق فقره (۳) ماده شصت و سوم قانون از طرف کمیسیون تدارکات ملی منظور گردیده باشد، هرگونه تعدیلات، از منظوری کمیسیون تدارکات ملی قابل تعمیل است. هرگاه تعدیلات، قیمت قرارداد را از حداکثر مجاز تعدیل

افزایش دهد، طبق فقره (۵) ماده سی ام قانون، این تعدیل ایجاب طی مراحل تدارکاتی جدید را می نماید. هرگونه تعدیل صرف در خلال میعاد اعتبار قرارداد می تواند، پیشنهاد گردد. هرگونه تغییرات در قرارداد بنابر ضرورت یا وقایع پیش بینی نشده توسط مدیر قرارداد، انجنیر نظارت کننده یا مسئول ذیصلاح که در قرارداد مشخص شده است، با ذکر دلایل موجه پیشنهاد می گردد. اداره مکلف است، دلایل موجه تعدیل قرارداد را بعد از منظوری آمر اعطاء در دوسیه مربوطه حفظ نماید. قراردادی که در خلال میعاد آن، تکمیل گردیده باشد، جهت ایفای تعهدات اداره مبنی بر اجرای پرداخت های باقی مانده قراردادی نیازمند تعدیل میعاد نیست و اداره طبق مندرجات قرارداد مکلف به انجام تعهدات خویش است.

ب) قواعد اقتداری

قواعد اقتداری در قراردادهای دولتی، از اعمال حاکمیت دولت محسوب می شود. هرچند منشاء چنین حقی، همان برتری منافع عمومی نسبت به منافع خصوصی است. دولت در مواردی برای اجرای طرح های عمرانی، بدون رضایت مالکین اقدام به تملک املاک و اراضی واقع در طرح می کند. چنین اختیاری را دیگر نمی توان حق ترجیحی نامید بلکه فقط در پرتو اقتدار حاکمیت قابل توجیه است.^۱ بر اساس بند ۲ ماده ۵۹ قانون اجراءات اداری افغانستان آمده است که؛ اداره عامه در اجرای قرارداد، از اقتدار عامه استفاده نماید. این مطلب نشان دهنده این است که اقتدار در نهایت به اداره برمی گردد. و دولت از اقتدار بالاتر نسبت به داوطلب است. مواردی از حقوق اقتداری قرار ذیل است.

^۱ طوطاخیل، سید نبی، درآمد بر قراردادهای اداری در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ص ۱۶۵

۱- فسخ به علت مقتضیات اداری

پیشتر گفتیم که در صورت تخلف طرف قرارداد، دولت حق فسخ قرارداد را دارد. اما فسخ قرارداد حتی بدون تخلف طرف قرارداد، از قواعد اقتداری دولت محسوب می-شود که به لحاظ مقتضیات اداری صورت می-گیرد. دولت در چنین اقدامی باید خسارت طرف مقابل را جبران کند. فرض کنید یکی از نیروهای مسلح احداث مجموعه ورزشی و سوارکاری را به سرمایه‌گذار خصوصی واگذار نموده و به موجب این قرارداد مقرر شده است که تا ۴۰ سال بهره‌برداری از این باشگاه با سرمایه‌گذار باشد. حال ۱۰ سال از این مدت نگذشته و سرمایه‌گذار نیز طبق مفاد قرارداد به تمام تعهدات خویش عمل کرده است. ولی شرایط و نیازهای اداری به گونه‌ای است که آن نیرو باید به قرارداد خاتمه دهد و خود اداره و بهره‌برداری از مجموعه ورزشی را بر عهده بگیرد.^۱ در چنین اوضاع و احوالی طرف دولتی قرارداد می‌تواند نسبت به فسخ و خاتمه دادن به قرارداد اقدام نماید ولی باید خسارت طرف مقابل را طبق نظر کارشناس پرداخت نماید.

۲- حق گسترش قلمرو نفوذ قرارداد به غیر متعاقدين

مطابق یکی از اصول مسلم حقوق مدنی، قراردادها فقط درباره اشخاصی که در تنظیم آن دخالت داشته‌اند و قائم مقام آنان معتبر است. اما در قراردادهای دولتی، گاهی قلمرو نفوذ آن نسبت به اشخاص ثالث نیز تسری داده می‌شود.^۲ نمونه بارز این موضوع، راجع به مطالبه هزینه‌های تحصیلی دانشجویانی است که از بورس تحصیلی استفاده کرده‌اند؛ ولی به تعهدات خود عمل نه نموده‌اند. این در حالی است که وزارتخانه‌های مذکور مطابق قراردادهای رسمی فقط به میزان مندرج در اسناد مذکور حق مطالبه داشتند و ضامن‌های دانشجویان نیز فقط تا میزان معینی را ضمانت کرده بودند. ولی به موجب

^۱ طباطبایی مومنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸، ص ۸۷

^۲ طوطاخیل، سید نبی، درآمد بر قراردادهای اداری در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ص ۱۶۵

قانون مذکور که به گذشته نیز برمی گردد، به این وزارتخانه ها حق داده شد، کلیه هزینه های پرداخت شده را به نرخ روز حتی از ضامن، مطالبه نماید. با در نظر داشت مواد قانون اجراءات اداری و قانون تدارکات ملی افغانستان طرفین قرارداد بالاخص طرف دولت می تواند از گسترش دامنه نفوذ و مزایایی بیشتری برای بهبود در مفاد قرارداد استفاده نماید.

۳- حق جانشینی

حق جانشینی به این معنا است که در مواردی دولت ادامه اجرای پروژه موضوع یک قرارداد را خود بر عهده بگیرد و تمام هزینه های انجام شده را به حساب پیمانکار منظور نماید.^۱ در اینجا قرارداد فسخ نمی شود؛ بلکه دولت انجام تعهدات طرف مقابل را خود بر عهده می گیرد. باید یادآور شد مصادیق عینی درین حوزه در قراردادهای افغانستان وجود ندارد و مواد در قانون تدارکات ملی و یا قانون اجراءات اداری نیز نیامده است.

نتیجه گیری

قراردادهای اداری قراردادی است که یک طرف آن ادارات عمومی و طرف دیگران شخص حقوقی و یا حقیقی باشد و برای تامین خدمات عمومی منعقد شود «قراردادهای اداری» در نظام حقوقی فرانسه، بنام «قراردادهای دولتی» در نظام حقوقی ایالات متحده امریکا و در پاره ای از نظام های حقوقی نظیر استرالیا، هند و کشورهای اسکاندیناوی با عنوان «قراردادهای عمومی» شناخته می شوند. در افغانستان بر اساس قانون اجراءات اداری این نوع از قراردادها؛ قراردادهای اداری نامیده می شود. قراردادهای اداری از قراردادهای خصوصی متفاوت است زیرا در قراردادهای خصوصی

^۱ طباطبایی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸، ص ۹۷

از قوانین خصوصی مثل قانون مدنی، قانون تجارت پیروی می‌شود اما قراردادهای اداری بر اساس قوانین عمومی تنظیم می‌شود.

قراردادهای اداری انواع مختلف دارد که یک نوع آن قرارداد پیمانکاری یا تدارکاتی است. نحوه تنظیم قراردادهای پیمانکاری بر اساس قانون تدارکات، قانون اجراء اداری و طرزالعمل تدارکات صورت می‌گیرد. در قراردادهای پیمانکاری اداره تدارکات ملی نقش مجری را داشته و نحوه تنظیم و اجرای قراردادهای پیمانکاری در سطح کلان کشوری را بر عهده دارد. قراردادهای که بر اساس قانون تدارکات و طرزالعمل تدارکات مشخص شده است از صلاحیت‌های ادارات عمومی و وزارت خانه‌ها است البته محدوده این قراردادها مشخص شده است. صلاحیت‌های تنظیم و انعقاد قراردادها را در افغانستان به سه دسته می‌توان تقسیم کرد.

یک نوع آن قراردادهای است که ادارات عمومی مثل وزارت خانه، شهرداری‌ها، ریاست‌های عمومی صلاحیت تنظیم، طی مراحل و منظوری آن را دارد. نوع دوم قراردادهای اندک اداره صلاحیت تنظیم و طی مراحل آن را دارند اما صلاحیت منظوری آن را کمیسیون تدارکات ملی بر عهده دارد. نوع سوم قراردادهای اندک ادارات نیازمندی‌های خود را سنجش و غرض تنظیم و طی مراحل به اداره تدارکات ملی ارسال می‌نماید که منظوری آن از صلاحیت کمیسیون تدارکات ملی است. باید یادآور شد که نظر به نوع تدارکات (ساختمانی، اجناس، خدمات مشورتی و خدمات غیر مشورتی) و روش داوطلبی آن (منبع واحد، داوطلبی مقید و داوطلبی باز) صلاحیت‌های آن متفاوت است.

منابع ماخذ

۱. امامی، محمد؛ استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، جلد دوم، چاپ اول، تهران، میزان، نشر، ۱۳۸۹
۲. ابادزی فومشی، منصور، اصول تنظیم قراردادهای پیمانکاری، چاپ چهارم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷
۳. رضایی زاده، محمدجواد، حقوق اداری ۱، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰
۴. طوطاخیل، سید نبی، درآمد بر قراردادهای اداری در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲
۵. طباطبایی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸
۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشارات، ۱۳۸۵
۷. کوهن کارل، دموکراسی، فریبرز مجیدی، نشر خوارزمی، چاپ اول، تهران ۱۳۷۳
۸. محمد شمعی، حقوق قراردادهای اداری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳
۹. قانون تدارکات، سال تصویب ۱۳۹۵
۱۰. قانون اجراءات اداری، سال تصویب ۱۳۹۷
۱۱. طرز العمل تدارکات.

حق صحت و سلامت از دیدگاه حقوق ملی و بین‌المللی

مقدونه فطری

چکیده

صحت و سلامت انسان یکی از مقوله‌های است که با حیات او پیوندی بنیادین دارد. هر انسانی حق دارد تا از «عالی‌ترین استاندارد قابل حصول سلامتی در ابعاد جسمی، روحی، روانی و اجتماعی» آن بهره‌مند باشد.

حق بر صحت و سلامت در نظام بین‌المللی حقوق بشر و همچنین در نظام حقوقی کشورمان به رسمیت شناخته شده است اما مفهوم و محتوای این حق، و نیز تعهدات دولت‌ها در سطح ملی و بین‌المللی در زمینه تحقق آن به خوبی بررسی نشده است.

دولت‌ها نیز بطورکلی در ارتباط با تأمین و تضمین این حق دارای مسئولیت‌های معینی می‌باشند. واضح است که دولت‌ها نمی‌توانند بطور کامل سلامتی و مطلوب بودن سلامتی افراد را تضمین نمایند اما دولت‌ها می‌توانند شرایطی را فراهم آورند که در آن سلامتی افراد مورد حمایت قرار گیرد و دستیابی به سلامتی برای افراد ممکن گردد. حق بر سلامت جایگاه استواری در اسناد حقوق بشری و عرف بین‌المللی و نظام حقوقی

ملی دارد و می‌توان آن را در شمار اصول کلی پذیرفته شده نظام‌های حقوقی توسعه یافته دانست.

بناً این نوشته تلاشی است برای جمع‌آوری معلومات در قسمت واکاوی جایگاه، مفهوم و محتوای حق بر صحت و سلامت در اسناد ملی و بین‌المللی و نشان دادن ابعاد و قلمرو تعهدات دولت افغانستان در تحقق آن.

کلیدواژه‌ها:

صحت یا سلامت، حقوق ملی، حقوق بشری، حق بر صحت یا سلامت، میثاق، قانون

مقدمه

هر چند انسان‌ها دارای نیازهای متنوع و مختلفی هستند، اما حیات را می‌توان مهم‌ترین دارایی هر انسان دانست. اگر بپذیریم که این دارایی مهم‌ترین دارایی انسان است آنگاه یکی از زیربنایی‌ترین حقوق مترتب بر انسان‌ها حق حفظ این دارایی است. در اینجا است که نیازهای مرتبط با صحت و سلامت مندی اهمیت خود را به تصویر می‌کشد و نقش حق بر صحت و سلامت مندی به نحوی بارزی آشکار می‌گردد. حق بر صحت و سلامت یکی از مهم‌ترین مسایل جوامع امروزی است.

صحت و سلامت موضوعی مطرح در بسیاری از جوامع است درواقع هر جامعه به‌عنوان بخشی از فرهنگ خود از صحت و سلامت مفهوم خاصی را در نظر دارد. حق بر صحت و سلامت در افغانستان، اصطلاحی بس ناآشنایی است و فهمی عامی که از آن می‌شود عرضه خدمات صحتی و تداوی بیماری است همانند تعریف اولیه صحت و سلامت، که عبارت است از بیمار نبودن. امروزه صحت و سلامت معنای بسیار وسیع‌تری از نداشتن بیماری دارد به‌نحوی که صحت و سلامت را رفاه کامل جسمی، روانی و اجتماعی انسان می‌دانند. بنابر تعریف سازمان جهانی صحت و سلامت از این‌قرار است: "صحت و سلامت عبارت است از تأمین رفاه کامل جسمی و روانی و اجتماعی نه فقط نبود بیماری و نقص عضو^۱."

در سطح بین‌المللی تا زمانی که پس از جنگ جهانی اول اساسنامه جامعه ملل تهیه می‌شد. صحت و سلامت از یادرفته بود و تنها در واپسین روزها، تهیه‌کنندگان پیش‌نویس اساسنامه به یاد بهداشت جهان افتادند. در کنفرانس ملل متحد در شهر سانفرانسیسکو در سال ۱۹۴۵، موضوع بهداشت به‌عنوان یک موضوع ویژه مطرح شد. باوجود این در چند دهه گذشته جنبش تازه پدید آمد و سلامت را به‌عنوان یک حق

^۱. ابوالقاسمی، محمدجواد، «مفهوم شناسی سلامت معنوی و گستره آن در نگرش دینی»، فصل‌نامه اخلاق پزشکی، سال ۶، شماره ۲۰، سال ۱۳۹۱، ص ۴۸

بشری (حق بر سلامت)، و یک هدف اجتماعی در جهان شناخته شده است؛ یعنی سلامت برای برآورده شدن نیازهای اساسی و بهبود کیفیت زندگی انسان لازم است و باید برای همه انسان‌ها در دسترس باشد.^۱

بر اساس این حق (حق بر سلامت)، هرکس حق دارد تا به بالاترین استاندارد سلامت فیزیکی و روانی دسترسی داشته باشد و این حق تمام خدمات پزشکی، بهداشت عمومی، غذای کافی، مسکن مناسب، محیط کار سالم و محیط زیست تمیز را دربر می‌گیرد. وجود ابعاد مختلفی برای سلامتی، حوزه‌های گوناگون مرتبط با سلامتی و عوامل متنوع تأثیرگذار بر آن موجب دشواری تعریف حق مزبور شده است و دولت‌ها برای تأمین امکان یک زندگی سالم ملزم به اتخاذ اقداماتی در حوزه وسیعی می‌باشند که برخی از این تعهدات مستلزم اقدامات فوری و برخی دیگر در طول زمان باید تحقق پیدا کند. این اقدامات برای تمامی دولت‌ها و ملت‌ها، ضروری بوده و سیاست‌گذاران را به بحث و بررسی در این باب، فرامی‌خواند. حق بر سلامت عمومی، جزئی از حقوق بنیادین در هر جامعه سیاسی است. هر فردی به مثابه عضوی از جامعه صرف‌نظر از ملاحظات نژادی، دینی، سیاسی و فرهنگی، دارای حق و استحقاق‌های لازم جهت بهره‌مندی از این حق است. این دسته از حقوق، که به‌طور معمول از آن‌ها در امتداد صیانت و حمایت از حق حیات افراد سخن به میان می‌آید. دارای ارتباط معنادار با حقوق بشر است. از این‌رو است که توجه لازم به حق بر سلامت از سوی دولت‌ها فارغ از ساختار سیاسی آن‌ها امری ضروری به نظر می‌رسد. تهیه، تدوین و تصویب حجم وسیعی از اسناد و معاهدات بین‌المللی مرتبط با حق بر سلامت و نیز وضع قوانین و مقررات موضوعه داخلی در این زمینه خود دلیلی بر این مدعا است. باین‌وجود پیشینه فعالیت و اقدامات دولت‌ها و نیز اشخاص تنظیم‌کننده مقررات سلامت حاکی از عدم

^۱. سجادی، حمیرا، و همکاران، «شاخص‌های سلامت اجتماعی»، پژوهشنامه سیاسی اقتصادی، شماره ۲۰۸، ۲۰۷،

وجود شناخت لازم و جامع از سوی اشخاص و نهادهای مسؤول در حوزه سلامت و نیز عدم توجه کافی به چالش‌ها و الزامات دولت‌ها در تنظیم مقررات حوزه سلامت است.^۱

۱- حق بر سلامت (صحت):

اگر بخواهیم با نگاهی واقع‌گرایانه به حق بر صحت و سلامت یا سلامت بنگریم، می‌بایست بپذیریم که مفهوم عام و همه‌جانبه‌ی نمی‌تواند به‌طور واضح و شفاف ترسیم شود. اما می‌توان گفت که در هر حال، حق بر صحت و سلامت عامل مهم و مؤثری در رفاه و کرامت انسانی باشد. صحت و سلامت معنای بسیار وسیع‌تری از نداشتن بیماری دارد به نحوی که صحت و سلامت را رفاه کامل جسمی، روانی و اجتماعی انسان می‌دانند. بنابر تعریف سازمان جهانی صحت، تندرستی تنها فقدان بیماری یا نواقص دیگر در بدن نیست بلکه « نداشتن هیچ‌گونه مشکل روانی، اجتماعی، اقتصادی و صحت و سلامت جسمانی برای هر فرد جامعه است. به عبارتی دیگر سلامتی انسان‌ها امری است اساسی برای دستیابی به صلح و امنیت که به بالاترین میزان همکاری بین مردم و دولت‌ها وابسته است.»^۲

صحت و سلامت مفهوم وسیعی دارد و تعریف آن تحت تاثیر میزان آگاهی و طرز تلقی جوامع با شرایط گوناگون جغرافیایی و فرهنگی قرار می‌گیرد، ضمن اینکه سلامتی یک‌روند پویا است و باگذشت زمان نیز مفهوم آن تغییر می‌کند. قدیمی‌ترین تعریفی که از سلامتی شده عبارت از بیمار نبودن است. در طب سنتی برای انسان چهار طبع مخالف دموی، بلغمی، صفراوی و سوداوی قائل بودند و اعتقاد داشتند که هرگاه این

^۱. متقی، سمیرا و دیگران، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۸، شماره ۲، سال ۱۳۹۶، ص ۱۲۶، ۱۲۵

^۲. رحیمی، غلام‌رضا، «سازمان بهداشت جهانی (WHO)»، مجله دانشکده پیرا پزشکی، سال ۵، شماره ۱، سال ۱۳۸۹، ص ۵۳

چهار طبع مخالف در حال تعادل باشند فرد سالم است و زمانی که تعادل میان طبایع چهارگانه مختل شود بیماری و مریضی عارض می‌شود^۱ موضوع صحت و سلامت مندی از بدو پیدایش و در قرون و اعصار متمادی مطرح بوده است، اما هرگاه از آن سخنی به میان آمده عمدتاً بُعد جسمی آن مدنظر قرار گرفته و کمتر به سایر ابعاد، آن توجه شده است.

مفهوم صحت و سلامت به معنای امروزی آن شامل تعادل و هماهنگی تمامی امکانات جسمی، روانی و اجتماعی، زندگی همراه با شادی، کار آیی و اعتدال و مقاومت در برابر فشارها و عوامل خارجی است. با توجه به این منظر، صحت و سلامت نوین به تدریج از طب سنتی فاصله گرفته است و بیشتر به نوع و سبک ویژه زندگی توجه دارد. از نظر پارسونز^۲ صحت‌مندی یکی از نیازهای کارکردی عمده برای هر عضو جامعه به شمار می‌رود. وی در اثر خود با عنوان نظم اجتماعی به تشریح اهمیت کارکرد تندرستی برای جامعه پرداخته است. پارسونز تندرستی را حالتی از ظرفیت بهینه یک شخص برای ایفای مؤثر نقش‌ها و وظایفی که برای او اجتماعی شده است در نظر می‌گیرد. وی شیوع بالای بیماری در جامعه را برای نظم اجتماعی کژ کارکردی می‌داند بیماری برای جامعه هزینه‌های بی‌شماری دارد لذا باید از گسترش آن جلوگیری شود.^۳ لذا صحت و صحت‌مندی اعضای جامعه عنصر مهمی برای حفظ کارکردها و در نتیجه حفظ حیات جامعه است. به همین دلیل بیماری‌های جدیدی امروزه مطرح شده است که با سبک زندگی ارتباط دارد و برای رفع آن‌ها باید تغییراتی در روش‌های زندگی به

^۱. زکوی، علی‌اصغر، « بررسی مبانی انسان‌شناختی صحت و سلامت معنوی در قرآن»، فصل‌نامه پژوهشنامه معارف قرآنی، سال ۳، شماره ۱۲، سال ۱۳۹۲، ص ۴۸

^۲. Parsons

^۳. پیلین، فخرالسادات، « بررسی جامعه‌شناختی عوامل مؤثر بر سلامت عمومی»، فصل‌نامه جامعه‌شناسی مطالعات جوانان، سال دوم: شماره ۵، سال ۱۳۹۱، ص ۸۱

وجود آید. از این رو مفهوم صحت و سلامت در دنیای امروز متحول شده و بیشتر معنای پیشگیری پیدا کرده است سازمان صحتی جهان ضمن توجه دادن مسئولان کشورها به لزوم تامین صحت و سلامت جسمی، روانی و اجتماعی افراد جامعه، همواره بر این نکته تأکید دارد که هیچ‌یک از این سه بعد بر دیگری برتری ندارد توجه به مسئله‌ی صحت و سلامت به عنوان یک حق انسانی می‌تواند متضمن دیگر حقوق انسانی مثلاً حقوق زنان، معلولین و اطفال نیز باشد و حالت صحت و سلامت از صفات متنوعی شکل می‌گیرد که عبارت‌اند از آمادگی برای کار، تغذیه خوب، احساس شادابی و فقدان هرگونه غم و رنج؛ ابعاد مختلف سلامتی و یا بیماری بر یکدیگر اثر کرده و تحت تاثیر یکدیگر قرار دارند. از این رو اقدامات انجام‌شده برای ارتقای سلامتی باید به تمام جوانب سلامتی فردی (جسمی، روانی و معنوی) و صحت و سلامتی کلی جامعه توجه داشته باشد.^۱

۲ - نقش دولت‌ها در احقاق حق بر صحت و سلامت

دولت، از مهم‌ترین نهادهای بشری است که نقش و اهمیت آن در طول تاریخ زندگی اجتماعی انسان بر همگان روشن و مبرهن است. سال‌ها است که انسان برای تحقق نظم عمومی و سهولت زندگی شهروندان بهره‌مندی از امنیت داخلی و دفاع در برابر دشمنان خارجی و موارد نظیر این، نهاد دولت را سامان داده است، اگرچه در دوره‌های مختلف زمانی جنبش‌های اجتماعی گوناگونی برای تغییر ساختار و حدود اختیارات و تکالیف دولت‌ها در مقابل شهروندان جوامع سیاسی شکل گرفته است،

^۱. سفیری، خدیجه و همکاران، «مطالعه جامعه‌شناختی مفاهیم سلامتی و بیماری و رفتارهای مرتبط با سلامتی دختران دانشجو»، دانشنامه علوم اجتماعی، دوره ۱، شماره ۱، سال ۱۳۸۸، ص ۱۴۹

با این حال، هیچ دیدگاه و رویکرد جامعه‌محوری نبوده که دولت را در باور خود راه نداده باشد.^۱

در اندیشه حقوق عمومی، حفظ بهداشت عمومی و تأمین سلامت عمومی شهروندان به مثابه حقی بشری از جمله تکالیف غیرقابل انکار دولت‌ها در مقابل شهروندان است. اساساً تأمین سلامت عمومی شهروندان در حوزه‌های مختلف حیات اجتماعی جوامع معنا و مفهوم می‌یابد و از سوی اشخاص ذیصلاح حقوق عمومی اعمال می‌گردد. تأمین سلامت عمومی شهروندان توسط دولت که خود طیف وسیعی از اعمال و اقدامات در حوزه سلامت را شامل می‌گردد، نوعی از مداخله دولت در سطح جامعه است. این اقدام به منظور حفظ و گسترش سلامت عمومی شهروندان و نیز ارتقای سطح سلامت آن‌ها از طریق تنظیم مقررات بر آن و جهت اجرای سیاست‌ها و فرآیندهای خط‌مشی ساز در حوزه کنترل و نظارت سلامت به کار می‌رود. این مسئله ظهور انواع نظریات حقوقی درباره میزان و نحوه دخالت دولت در عرصه‌های مختلف اقتصادی و اجتماعی در دوران معاصر، لزوم روشن ساختن جایگاه دولت در قالب نظام‌های حقوقی را امری ضروری ساخته است. با این وجود، با توجه به سابقه تاریخی موضوع و تجربه کشورهای مختلف جهان، به نظر می‌رسد که لازم است همواره میزان بهینه‌ای از مداخله دولت در هر دو حوزه مورد اشاره حفظ شود تا جامعه نه از افراط حداکثری و نه از تفریط حداقلی مداخله دولت متضرر نشود و در این مسیر منافع عمومی شهروندان نیز تضمین یا ناظر و تنظیم‌کننده مقررات گردد. دولت به عنوان کارفرما ناگزیر از دخالت در حوزه سلامت است. از این رو است که حفظ بهداشت عمومی و

^۱. متقی، سمیرا و دیگران، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال

تأمین سلامت عمومی شهروندان بدون مداخله و اعمال نظارت دولت با دشواری‌های بسیاری در مقام عمل مواجه خواهد بود.^۱

۳- دولت‌ها و چالش‌های موجود در حوزه صحت و سلامت

با توجه به ویژگی‌های حقوقی و نیز اصولی که در ارتباط به حق بر سلامت یا صحت و سلامت شهروندان مطرح می‌شود وجود چالش‌های در تنظیم این مقررات قابل چشم‌پوشی نیست که در ذیل به آن اشاره خواهیم کرد.

۱-۳- مفهوم سلامت و گستردگی آن

سلامتی در معنای لغوی محدود به کارکرد عادی و بهینه یک ارگانیزم در حالتی فارغ از مریضی یا ناهنجاری اطلاق می‌شود. اما در مقدمه‌ی اساسنامه سازمان صحت جهانی از سلامتی چنین تعریف نموده است: «سلامتی عبارت است از وضعیت رفاه کامل جسمی، روانی، اجتماعی و تنها به نبود بیماری اطلاق نمی‌شود» سلامتی مسئله‌ای است که جنبه‌های نسبی دارد. یعنی نسبت به اشخاص و محیط زندگی و نوع فعالیت و کارکردهای آنان متفاوت است. بیماری هم ممکن است جنبه موقت یا ناپایدار داشته باشد و یا خود امری طبیعی در برخی شرایط و نسبت به برخی افراد باشد. به عنوان مثال، «نمی‌توان گفت فردی که به حمله ناگهانی دریازدگی دچار می‌شود سلامتی خود را از دست داده است.»^۲ سلامتی، یعنی فقدان بیماری مستمر و عافیت و تندرستی از این روی وقتی سخن از حق بر سلامتی می‌شود نباید آن را به حق بر سالم بودن، مریض بودن، ناتوان شدن و امثال آن تعریف کرد. با توجه به این مطلب در انتخاب تعبیر درست

۱. اصغر نیا، مرتضی، «چالش‌ها و الزامات دولت‌ها در تنظیم مقررات در حوزه سلامت»، فصل‌نامه حقوقی، سال

۱۰، شماره ۳۷، سال ۱۳۹۵، ص ۳۸، ۳۷

۲. مجنده، محمد حبیبی، «حق بر سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، حقوق بشر، سال ۲ شماره ۱، جلد ۲،

سال ۱۳۸۶، ص ۱۰

برای چنین حقی و به کار بردن مناسب‌ترین واژه برای آن، اختلاف نظر وجود دارد. با این‌که عبارت "حق بر سلامتی" کاربرد وسیع‌تری دارد، تعبیری چون "حق بر مراقبت سلامتی"، "حق بر مراقبت پزشکی" و "حق بر حمایت از سلامتی" هم مورد استفاده قرار می‌گیرد^۱ با توجه به مطالب فوق به نظر می‌رسد تعبیر حق بر سلامتی دارای نارسایی است، علاوه بر اینکه برداشت متعارف از آن، حق بر مریض نشدن، ناتوان و پیر نشدن و امثال آن نیست، مفهومی بسیار گسترده‌تر از حق بر مراقبت پزشکی و مراقبت سلامتی و حتی حمایت از سلامتی دارد و به همین دلیل کاربردی عمومی‌تر به‌خصوص در سطح بین‌المللی یافته است. به بیان دیگر، تعبیر حق بر سلامتی، عبارت کوتاه شده‌ای است که محتوی وسیع‌تر از اصطلاحات یادشده دارد و از این جهت بر آنان ترجیح دارد.

۲-۳ حوزه سلامت عمومی

امروزه اهمیت توسعه بهداشت و سلامت عمومی برای برقراری عدالت اجتماعی در حوزه سلامت و توانمندسازی شهروندان به‌منظور برخورداری از شرایط مناسب ادامه حیات و فعالیت در مسیر رشد و تکامل انسانی بر هیچ‌کس پنهان نیست. با این توضیح شناخت حوزه‌های مربوط به سلامتی به‌منظور برنامه‌ریزی و انجام اقدامات لازم جهت توسعه، بهبود شرایط بهره‌مندی شهروندان از آن و ارتقای میزان آن در سطح جامعه امری ضروری و لازم به نظر می‌رسد. امری که در عین قابل فهم بودن، به دلیل تنوع و فراوانی موضوعات آن به‌آسانی دست‌یافتنی نیست، به‌طوری‌که همین امر، تنظیم مقررات در حوزه سلامت را با مشکل مواجه می‌سازد. طیف وسیعی از اقدامات مورد انتظار از دولت‌ها شامل تنظیم مقررات در حوزه بهداشت عمومی، بهداشت محیط کار

۱. آل کجیاف، حسین، «مفهوم و جایگاه حق بر صحت‌مندی در اسناد بیم المللی حقوق بشر»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۴، سال ۱۳۹۲

وزندگی، بهداشت مادر و کودک، بهداشت سالمندان و اقشار آسیب‌پذیر، پیشگیری از بیماری‌های واگیردار نظیر ایدز و کنترل بیماری‌های غیر واگیردار^۱، مانند سرطان‌ها و بیماری‌های نادر، امور مرتبط با جمعیت و تنظیم خانواده، نظارت بر وضعیت تولید و توزیع مواد غذایی، بهداشتی و آرایشی و دارو، پیشگیری از شیوع فراگیر بیماری‌های حیوانات و طیور و انجام اقدامات لازم به‌منظور کنترل و درمان آن، اجرای طرح‌های واکسیناسیون سراسری در سطح ملی در ارتباط با دیفتی^۲، کزاز^۳، سیاه‌سرفه، سرخک و فلج اطفال، ایجاد قرنطینه^۴ در مواقع اضطراری و مبارزه با شیوع بیماری‌هایی مانند مالاریا، آبله^۵، حصه^۶ و هاری^۷، جلوگیری از گسترش آلودگی‌های مختلف زیست‌محیطی اعم از آلودگی هوا، آلودگی صوتی و آلودگی‌های ناشی از زائادات جامد و زباله‌های صنعتی و انسانی و کاهش آن، اثرات سوء مواد مخدر و داروها و مواد اعتیادآور در اقسام مختلف آن تنوع و تعدد موضوعات قابل پرداختن در این حوزه را به‌روشنی بیان می‌نماید که به‌عنوان دومین چالش دولت‌ها در تنظیم مقررات در حوزه سلامت قابل‌شناسایی و بررسی است.^۸

^۱. ساری، قابل‌انتقال

^۲. دیفتی بیماری واگیرداری که باعث ایجاد غشایی کاذب در حلق و حنجره می‌شود. از عوارض آن گلودرد، تب، سرفه، گرفتگی صدا و در صورت وخامت، ناراحتی‌های قلبی، کلیوی، و فلج دست‌وپا را موجب می‌شود.
^۳. کزاز یا تیتانوس tetanus

^۴. جایی که به علت شیوع بیماری مورد محافظت قرار می‌گیرد و ورود و خروج افراد کنترل می‌شود.

^۵. آبله یا ابله مرغان نوعی بیماری ویروسی است. که در مناطق گرمسیر بیشتر است.

^۶. نوعی بیماری عفونی که از طریق غذای آلوده (سبزی‌ها و آب آلوده و میوه) منتقل می‌شود و به دستگاه گوارش صدمه می‌زند؛ تیفوئید.

^۷. بیماری سگ‌ها یا سگ دیوانه

^۸. متقی، سمیرا و دیگران، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال

۳-۳ وجود ضمانت اجرای در حمایت از حق سلامت

در خصوص ضمانت اجرا گفته شده است: «هرگاه یک قانون را یکی از افراد جامعه نقض کند قدرت عموم برای حفظ نظم و حقوقی که ضمن نقض آن قانون تباه شده به کار می افتد و عکس العمل نشان می دهد این عکس العمل را ضمانت اجرا گویند. بنابراین ضمانت اجرا عبارت است از قسمتی از قدرت عمومی که به ضرورت عکس العمل علیه ناقض قانون جلوه می کند.»^۱ هریک از شهروندان یک جامعه موظف و مکلف می باشند که قواعد و مقررات تنظیم و تدوین شده از سوی حکومت خویش را محترم شمرده و از نقض و زیر پای نهادن قواعد تنظیمی مذکور اجتناب نمایند. هر قاعده ای که از سوی دولت وضع می شود، اگر ضمانت اجرایی برای آن در نظر گرفته نشود مطمئناً آن قاعده حقوقی، را نمی توان در شمار قواعد حقوقی آورد. «قاعده ای را که اجرای آن از طرف دولت تضمین نشده است، نباید در شمار قواعد حقوقی آورد. زیرا، اگر اشخاص در اجرای فرمان های حقوق آزاد باشند و در برابر تجاوز خود هیچ مکافاتی نبینند، نمی توان ادعا کرد که نظم در جامعه وجود دارد. برای استقرار عدالت و تنظیم روابط اجتماعی، ناچار بایستی مردم در برابر هم حقوق و تکالیفی را که لازمه ی حفظ اجتماع می داند تامین سازد.»^۲

پس داشتن ضمانت اجرا یکی از لوازم و خصوصیت های حقوق است و همین صفت، قاعده ی حقوقی را از سایه قواعد اجتماعی، مانند اخلاق و مذهب، جدا و ممتاز می سازد.»^۳ چنانچه در عمل ملاحظه می گردد عدم وجود ضمانت اجرای کافی و

^۱. لنگرودی، محمدجعفر، «ترمینولوژی حقوق»، چاپ ۱۴، (سال ۱۳۸۳)، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، ص ۱۰۱.

^۲. درویشی، بابک، «ماهیت ضمانت اجرای ادارای نظام حقوقی ایران»، نشریه تحقیقات حقوقی، دوره ۷، شماره ۲۵، سال ۱۳۹۳، ص ۳۷.

^۳. نوربها، رضا، «زمینه حقوق جزای عمومی»، نشر دادآفرین، تهران، چاپ ۱۱، سال ۱۳۸۳، ص ۸۹.

مؤثر در حوزه سلامت به عنوان یکی از مهم ترین چالش های تنظیم مقررات در حوزه سلامت مستلزم بررسی و چاره اندیشی حقوقی است.

۳-۴ عوامل مؤثر بر سلامت شهروندان

اساساً تعیین کننده های سلامتی بسیار گسترده و متنوع می باشند، به طوری که مهم ترین آن ها عبارت اند از:

- عوامل ژنتیکی و فردی نظیر سن، جنسیت، شغل، طبقه اجتماعی وضع تغذیه؛
- عوامل محیطی مانند آب و هوا، مسکن، تراکم جمعیت، خاک و شرایط فرهنگی؛
- عوامل اجتماعی، اقتصادی و جغرافیایی؛
- شیوه های زندگی مردم مثل عادات غذایی، تحرک و عدم تحرک، نوع تفریحات و سرگرمی ها و نحوه ارتباط با سایر افراد جامعه؛
- وسعت و کیفیت ارائه خدمات نظیر سیاست های بهداشتی جامعه و نحوه ارائه خدمات؛
- افزایش پوشش واکسیناسیون، بهسازی محیط، تأمین آب آشامیدنی سالم، مراقبت گروه های آسیب پذیری جامعه، مانند مادران و کودکان و نظایر آن و نیز توزیع عادلانه خدمات؛
- عوامل دیگری نظیر سطح سواد، وضعیت تغذیه، سیستم ارتباطات و سایل ارتباط جمعی؛
- وضعیت جاده ها و شرایط اقتصادی اجتماعی، میزان درآمد سرانه، تفریحات و سرگرمی های سالم، امید به زندگی و مشارکت مردم در برنامه های ارتقای سلامت.^۱

^۱. متقی، سمیرا و دیگران، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال

بی‌گمان این گوناگونی عوامل مؤثر و تعیین‌کننده بر سلامتی شهروندان می‌تواند خود به‌عنوان چالش در فرآیند تنظیم مقررات از سوی دولت‌ها در حوزه سلامت عمومی تلقی گردد.

۳-۵. ارائه خدمات در حوزه سلامت

چنانکه تجربه تاریخی دولت‌ها در سطح جهان نشان داده است، صرف‌نظر از دولت‌های اقتدارگرایی که توجه چندان مطلوبی به وضعیت حقوق و آزادی‌های شهروندان نداشته‌اند، آن دسته از دولت‌هایی که برای حقوق و آزادی‌های شهروندان خود ارزش و احترام قائل بوده و در جهت تحقق آن حقوق از طریق سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، قانون‌گذاری و تنظیم مقررات حمایتی کوشیده‌اند، در تمامی اقدامات خود با دو مقوله هزینه برپودن و زمان برپودن ارائه خدمات به شهروندان در حوزه سلامت مواجه بوده‌اند. بدیهی است این دو امر به‌عنوان محدودیت‌های بنیادین خارج از اراده دولت‌ها در تحقق حق بر سلامت عمومی شهروندان همواره وجود داشته است. ازاین‌رو دولت‌ها ناگزیر به لحاظ نمودن آن دو در ارتباط با سیاست‌گذاری‌های در حال انجام در حوزه سلامت و برنامه‌های توسعه خدمات بهداشتی و درمانی و قانون‌گذاری و تنظیم مقررات در حوزه سلامت عمومی می‌باشند.^۱

تامین حق بر سلامت در نظام ملی و بین‌المللی باهم گره‌خورده است چنانچه اعلامیه حقوق بشر و میثاقین آن که توسط کشورها پذیرفته شده است بیش‌ازپیش اهمیت و توجه به این مسئله را گوش زد می‌کند و دولت‌ها را موظف به تامین و اجرای تعهدات ناشی از آن می‌نماید. اما مشکل اصلی دولت‌ها محدودیت منابع در دسترس و یا فقدان آن است. با توجه به این واقعیت اجرا و تحقق یافتن استانداردهای موردنظر میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی نیازمند استفاده حداکثری از منابع تحت

^۱. اصغر نیا، مرتضی، «چالش‌ها و الزامات دولت‌ها در تنظیم مقررات در حوزه سلامت»، فصل‌نامه حقوقی، سال

۱۰، شماره ۳۷، سال ۱۳۹۵، ص ۴۷

اختیار دولتهاست، زمانی که دولتها با عدم کفایت منابع داخلی مواجه هستند، باید تلاش کنند تا از طریق همکاری‌های بین‌المللی با سایر کشورها، از تبا نیایی‌ها و استعداد های این دولتها در جهت برطرف ساختن نقاط ضعف خود بهره بگیرند. همکاری و مساعدت بین‌المللی از سوی کشورهای ثروتمند و توسعه یافته به کشورهای ضعیف و ناتوان، به منزله اجرای فرا سرزمینی تعهدات ناشی از میثاق است.^۱

افغانستان در سال ۱۳۶۲ به میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی و در سال ۱۳۸۲ به کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان ملحق شد.^۲

و همچنان در سال ۱۳۲۴ش، منشور ملل متحد را که توسط نمایندگان ۵۰ کشور که از آن جمله افغانستان نیز است در سانفرانسیسکو به امضا رسانند.

سازمان ملل متحد، در دهم دسامبر ۱۹۴۸، اعلامیه جهانی حقوق بشر را، که محصول کارکردهای دوره‌های مختلف توسعه حقوق بشری است، به تصویب رساند. دولت افغانستان از زمان تصویب آن تا اکنون به ۷ میثاق مهم جهانی که از این اعلامیه نشات گرفته، ملحق شده است. اما این دولت تا حال نتوانسته به شیوه اجرای مفاد این میثاق‌ها، به نهادهای نظارتی آنها، که به نام " کمیته‌های نظارت بر اجرای کنوانسیون‌ها" یاد می‌شوند، گزارش ارائه دهد.

۴- جایگاه حق بر صحت و سلامت در نظام بین‌المللی حقوق بشر

بسیاری از اسناد بین‌المللی، و منطقه‌ای حقوق بشری، حق بر سلامتی را به عنوان یکی از حقوق بنیادین بشری به رسمیت شناخته‌اند که تفصیل آن قرا ذیل خواهد بود:

^۱. جاوید، احسان و همکار، « قلمرو حق سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی،

شماره ۴۱، سال ۱۳۹۲، ص ۶۱

^۲. فیض، حسن علی، « شبکه جامعه مدنی و حقوق بشر»، شنبه ۲۱ قوس ۱۳۹۴، روزنامه ۸ صبح

۱-۴ ماده ۵۵ منشور سازمان ملل متحد (سال ۱۹۴۵)

در ماده ۵۵ منشور سازمان ملل متحد به طور ضمنی به مسئله حق بر سلامتی اشاره شده است. در این ماده سازمان ملل را جهت ارتقای استانداردهای بالاتر زندگی و پیدا نمودن راهکارهای مناسب در جهت ارتقای این حق، چنین موظف نموده است: "با توجه به ضرورت ایجاد شرایط ثبات و رفاه برای تامین روابط مسالمت آمیز و دوستانه بین المللی بر اساس احترام به اصل تساوی حقوق و خودمختاری ملل، سازمان ملل متحد امور زیر را تشویق خواهد کرد.

الف: بالا بردن سطح زندگی، فراهم ساختن کار برای حصول شرایط ترقی و توسعه در نظام اقتصادی و اجتماعی؛

ب: حل مسائل بین الملل اقتصادی، اجتماعی، بهداشتی، همکاری بین المللی فرهنگی، آموزشی و مسائل مربوط به آنها؛

پ: احترام جهانی و مؤثر حقوق بشر و آزادی های اساسی برای همه بدون تبعیض از حیث نژاد، جنس و زبان یا مذهب."

اولین اشتراک به مسئله صحت و صحت عمومی در همین سند آمده است که طبق بند ب این ماده، دولت ها متعهد به ترویج راه حل هایی برای مشکلات مربوط به صحت هستند.^۱

۲-۴ ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر

در ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، صریحاً حق بر صحتمندی اشاره ای نشده است. اما نکات مهمی در خصوص این حق در این ماده وجود دارد که شایسته تأمل است. چنانچه مقرر می دارد: « ۱- هرکس حق دارد که سطح زندگی او، صحتمندی و رفاه خود و خانواده اش را از حیث خوراک و مسکن و مراقبت های طبی و خدمات

^۱ عباسی، محمود، «الزامات حقوقی اسناد بین المللی در قبال بهداشت و صحت عمومی و چالش های فراروی آن»، مجله علمی سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، دوره ۳۳، شماره ۲، سال ۱۳۹۴، صص ۱۳۹. ۱۴۰

لازم اجتماعی تأمین کند و همچنین حق دارد که در مواقع بیکاری، بیماری، نقص اعضا، بیوه گی، پیری یا در تمام موارد دیگری که به علل خارج از اراده انسان، وسایل امرارمعاش او از بین رفته باشد، از شرایط آبرومندانه زندگی برخوردار شود؛

۲- مادران و کودکان حق دارند که از کمک دولت و مراقبت مخصوصی بهره‌مند شوند. کودکان چه بر اثر ازدواج و چه بدون ازدواج به دنیا آمده باشند، حق دارند که همه از یک نوع حمایت اجتماعی برخوردار شوند.»

طبق بند ۱ این ماده هر کس حق برای تأمین زندگی شایسته از حیث خوراک، مسکن، مراقبت‌های پزشکی و خدمات اجتماعی را دارد؛ این ماده حق بر زندگی آبرومند را بیان می‌کند که یکی از لوازم زندگی شایسته و آبرومند تأمین نیازهای اولیه‌ای مثل صحت است.

در بند ۱ این ماده، دو حق به هم مرتبط ذکر شده است. حق برخورداری از استانداردهای از زندگی که در آن نیازهای اساسی فرد و خانواده‌اش به‌طور کامل برآورده شود. این نیازهای اساسی شامل صحت‌مندی و رفاه می‌شود و چنانچه فردی در وضعیت مطلوب صحت‌مندی و رفاه باشد، حق فوق تأمین شده است. صحت‌مندی معیار تحقق حق بر حداقلی از استاندارد زندگی است. در همه اسناد حقوق بشری و تمام اعلامیه‌های بین‌المللی بشر که از سال ۱۹۴۸ تاکنون به تصویب سازمان ملل رسیده، به اعلامیه جهانی استناد شده است، این امر دلیل کافی بر پذیرش حق بر سلامتی به‌عنوان قاعده‌ای از حقوق بین‌المللی عرفی است و رعایت آن در جهت ارتقای حق بر سلامتی برای همه کشورها الزامی است.^۱

^۱. آل کجیاف، حسین، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامتی در اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۴، سال ۱۳۹۲، ص ۱۴۳

۳-۴ ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی صراحتاً در زمینه حق بر صحت‌مندی در نظام بین‌الملل حقوق بشر چنین اشاره نموده است: «۱- دولت‌های عضو میثاق حق هرکس را به تمتع از بهترین حال صحت‌مندی و روحی ممکن الحصول به رسمیت می‌شناسند؛

۲- تدابیری که کشورهای طرف این میثاق برای تأمین استیفای کامل این حق اتخاذ خواهند کرد، شامل اقدامات لازم برای تأمین امور ذیل خواهد بود:

الف) تقلیل میزان مرده متولد شدن کودکان، مرگ‌ومیر کودکان و رشد سالم آنان؛

ب) بهبود بهداشت محیط و بهداشت صنعتی از جمیع جهات؛

پ) پیشگیری و معالجه بیماری‌های همه‌گیر، بومی و سایر بیماری‌ها، همچنین مبارزه علیه این بیماری‌ها.

ت) ایجاد شرایط مناسب برای تأمین مراجع پزشکی و کمک‌های پزشکی برای عموم در صورت ابتلا به بیماری.

در بند ۱ ماده ۱۲ این میثاق با الهام از اساسنامه سازمان بهداشت جهانی مقرر می‌دارد که: "دولت‌های عضو میثاق حق هرکس را به تمتع از بهترین حالت سلامتی و روحی ممکن الحصول به رسمیت می‌شناسند" و در بند ۲ ماده ۱۲ به اقداماتی که باید از سوی دولت‌های عضو در تحقق کامل حق سلامتی اتخاذ شود اشاره نموده است.^۱

همچنین سندهای بین‌المللی فراوانی در قسمت توجه حق بر صحت به امضا رسیده است که در ظرفیت یک مقاله نمی‌گنجد به‌طور مثال:

ماده ۵ کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض نژادی مصوب ۱۹۶۵ میلادی که چنین صراحت دارد: «دولت‌های عضو با اجرا و رعایت موارد اساسی که در ماده ۲ این

^۱. آل کجیاف، حسین، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامتی در اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۴، سال ۱۳۹۲، ص ۱۴۲

کنوناسیون مقرر شده است، متعهد می‌شوند که تمام اشکال تبعیض نژادی را حذف و ممنوع گردانند و همچنین تضمین می‌کنند که افراد بدون در نظر گرفتن نژاد، رنگ، ملیت و منشاء قومی در مقابل قانون برابر هستند و به‌طور یکسان از حقوق زیر برخوردار می‌باشند:

الف) برخورداری از رفتاری برابر در مقابل دادگاه و دیگر ارگانهای قضائی، اداری
ب) برخورداری از امنیت و حفاظت فردی از سوی دولت در مقابل خشونت و آسیب‌های جسمی خواه به‌وسیله مقامات اداری دولت وارد شده است و یا خواه به‌وسیله گروه‌ها و نهادها

ج) برخورداری از حقوق سیاسی به‌ویژه حق شرکت در انتخابات و رای دادن و نامزد انتخاباتی شدن بر مبنای حق رای برابر و جامع، حق دخالت در امور دولتی و نیز شرکت در امور عمومی و دستیابی به خدمات عمومی در هر سطحی
د) برخورداری از دیگر حقوق مدنی به‌ویژه:

۱- حق آزادانه رفت‌وآمد و اسکان در درون مرزهای دولت

۲- حق ترک هر دولتی از جمله دولت خود و رفتن به دولتی دیگر

۳- حق داشتن تابعیت

۴- حق ازدواج و انتخاب همسر

۵- حق مالکیت شخصی و همین‌طور مالکیت با دیگران

۱- حق وراثت

۲- حق آزادی اندیشه، وجدان و دین

۳- حق آزادی عقیده و بیان

۴- حق آزادی شرکت در مجامع و انجمن‌ها

ه) برخورداری از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به‌ویژه:

۱- برخورداری از کار، انتخاب آزاد شغل، داشتن شرایط مطلوب و عادلانه کار، حمایت در مقابل بیکاری، حق دستمزد برابر برای کار برابر و داشتن پاداش و حق الزحمه مطلوب و عادلانه

۲- حق تشکیل و پیوستن به اتحادیه‌های کارگری

۳- حق برخورداری از مسکن

۴- حق برخورداری از سلامت، بهداشت عمومی، امنیت و خدمات اجتماعی

۵- حق برخورداری از تحصیل و آموزش حرفه‌ای

۱- حق شرکت در فعالیت‌های فرهنگی به‌طور مساوی

۲- حق ورود به هر مکان یا مرکز خدماتی که مورد استفاده عموم است، مانند: هتل، رستوران، کافه، تاتر و پارک^۱

که این اسناد دولت‌های عضو را متعهد می‌سازد تا حق هر فردی را نسبت به سلامتی عمومی، مراقبت پزشکی و خدمات تأمین اجتماعی تضمین نمایند.

همچنین مواد ۱۱-۱۲ و ۱۴ کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (مصوب ۱۹۷۹) که چنین اشاره داشته است:

" ماده ۱۱

۱- دول عضو کلیه اقدامات مقتضی را به عمل خواهند آورد تا هرگونه تبعیض علیه زنان در اشتغال از بین برود و بر اساس اصل تساوی زنان و مردان، حقوق مشابه برای آن‌ها تضمین شود، به‌ویژه در موارد زیر:

الف) حق اشتغال به کار به‌عنوان حق لاینفک تمام افراد بشر؛

ب) حق استفاده از فرصت‌های استخدامی یکسان، از جمله اعمال ضوابط یکسان برای استخدام؛

^۱. کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض نژادی مصوب ۱۹۶۵ میلادی

ج) حق انتخاب آزادانه حرفه و پیشه، حق برخورداری از ارتقای مقام، حق برخورداری از امنیت شغلی و تمام امتیازات و شرایط شغلی و حق استفاده از دوره‌های آموزش حرفه‌ای و بازآموزی از جمله کارآموزی و شرکت در دوره‌های آموزش حرفه‌ای پیشرفته و آموزش مرحله‌ای؛

د) حق دریافت دستمزد برابر و نیز استفاده از مزایا و حق برخورداری از رفتار یکسان در مشاغلی که دارای ارزش برابر است و همچنین قضاوت یکسان در ارزیابی کیفیت کار مشابه؛

ه) حق استفاده از بیمه‌های اجتماعی به‌ویژه در دوران بازنشستگی، دوران بیکاری، هنگام بیماری و ناتوانی و دوران پیری و در سایر موارد از کارافتادگی و نیز حق استفاده از مرخصی استحقاقی؛

و) حق حفظ سلامتی و رعایت ایمنی در محیط کار، از جمله حمایت از وظیفه تولیدمثل؛

۲- به‌منظور جلوگیری از اعمال تبعیضات علیه زنان بر پایه ازدواج یا مادری (بارداری) و تضمین حق مؤثر آنان جهت کار، دول عضو اقدامات زیر را به عمل خواهند آورد:

الف) ممنوعیت اخراج به دلیل بارداری یا مرخصی زایمان و تبعیض در اخراج بر اساس وضعیت زناشویی و اعمال مجازات قانونی بدین منظور؛

ب) صدور اجازه مرخصی زایمان با حقوق یا مزایای اجتماعی مشابه بدون از دست دادن شغل قبلی، ارشدیت یا مزایای اجتماعی؛

ج) تشویق به ارائه خدمات حمایتی اجتماعی لازم به‌نحوی که والدین را قادر نماید تعهدات خانوادگی را با مسئولیت‌های شغلی و مشارکت در زندگی اجتماعی هماهنگ سازند، به‌خصوص از طریق ایجاد و توسعه شبکه تسهیلاتی برای مراقبت از کودکان؛

د) برقراری حمایت خاص از زنان هنگام بارداری در انواع مشاغلی که برای آنان زیان‌آور محسوب می‌گردد؛

۳- قوانین حمایت‌کننده ذکرشده در این ماده به‌طور متناوب همگام با پیشرفت اطلاعات و دانش‌های علمی و تکنولوژیکی باید موردبررسی قرار گیرد و در صورت لزوم بازنگری، لغو یا تمدید شوند.

ماده ۱۲

۱- دول عضو برای رفع تبعیض از زنان در زمینه مراقبت بهداشتی آنان کلیه اقدامات لازم را به عمل خواهند آورد تا دسترسی به خدمات بهداشتی ازجمله خدماتی که به تنظیم خانواده مربوط می‌شود بر اساس رعایت مساوات بین مردان و زنان تضمین شود.

۲- دول عضو صرف‌نظر از مفاد بند ۱ این ماده ارائه خدمات مناسب در ارتباط با بارداری، بستری برای زایمان و دوران پس از زایمان را تضمین خواهند کرد و در موارد لازم خدمات رایگان و نیز تغذیه کافی در دوران بارداری و دوران شیردهی در اختیار آنان قرار خواهند داد.

ماده ۱۴

۱- دول عضو مشکلات خاص زنان روستایی را مدنظر قرار داده و به نقش مهمی که این زنان در جهت حیات اقتصادی خانواده‌های خود ازجمله کار در بخش‌های غیرمالی اقتصاد به عهده‌دارند، توجه خاص مبذول خواهند داشت و کلیه اقدامات مقتضی را به عمل خواهند آورد تا مفاد این میثاق نسبت به زنان در مناطق روستایی اجرا گردد.

۲- دول عضو کلیه اقدامات مقتضی را جهت رفع تبعیض از زنان در مناطق روستایی به عمل خواهند آورد تا این زنان بر اساس تساوی مردان و زنان در برنامه‌های عمرانی و روستایی شرکت نموده واز آن بهره‌مند گردند و به‌خصوص از حقوق زیر برخوردار شوند:

الف) شرکت در تدوین و اجرای برنامه‌های عمرانی در کلیه سطوح؛

ب) دسترسی به تسهیلات بهداشتی کافی از جمله اطلاعات، مشاوره خدمات تنظیم خانواده؛

ج) استفاده مستقیم از برنامه‌های تأمین اجتماعی؛

د) استفاده از انواع دوره‌ها و برنامه‌های آموزشی رسمی و غیررسمی از جمله سوادآموزی عملی و نیز بهره‌مندی از خدمات محلی و فوق‌العاده به‌منظور بالا بردن کار آیی فنی آنان؛

ه) تشکیل گروه‌ها و تعاونی‌های خودیاری به‌منظور به دست آوردن امکان دستیابی مساوی به فرصت‌های اقتصادی از طریق اشتغال یا خوداشتغالی؛

و) شرکت در کلیه فعالیت‌های محلی؛

ز) دسترسی به وام‌ها و اعتبارات کشاورزی، تسهیلات بازاریابی، تکنولوژی مناسب و استفاده یکسان از زمین و برخورداری از رفتاری مساوی در چارچوب اصلاحات ارضی و روستایی و نیز در برنامه‌های جایگزینی زمین؛

ح) بهره‌مندی از شرایط زندگی مناسب، به‌ویژه مسکن، بهداشت، آب و برق، ارتباطات و حمل‌ونقل.^۱

دولت‌های عضو را مکلف به تضمین دسترسی یکسان زنان و مردان به خدمات مراقبت سلامتی نموده است. همچنان سند تقنینی دیگر به نام کنوانسیون حقوق کودک مصوب سال (۱۹۸۹) در ماده ۲۴ خود به بخش حق سلامتی کودکان چنین توجه نموده است.

^۱. کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (مصوب ۱۹۷۹)

ماده ۲۴ (مراقبت‌های صحی)

۱- حکومت‌ها، حق کودک برای داشتن سلامتی و استفاده از همه‌ی امکانات برای سلامت ماندن، بهبودی و درمان بیماری را به رسمیت می‌شناسند و تضمین می‌کنند که هیچ کودکی از این حق محروم نخواهد ماند.

۲- حکومت‌ها برای تامین این حق کودک، اقدام‌های مناسب را انجام می‌دهند:
الف) تعداد مرگ‌ومیر نوزادان و کودکان را کاهش می‌دهند.

ب) خدمات درمانی سراسری برای کودکان را سازمان می‌دهند و از تامین نیازهای اولیه بهداشتی، اطمینان حاصل می‌کنند. حکومت‌ها به سلامتی مادر قبل و بعد از زایمان توجه کرده و با بیماری‌ها و کمبود یا بدی تغذیه مبارزه می‌کنند و در این رابطه امکان تهیه مواد غذایی و آب آشامیدنی سالم را با رعایت حفظ محیط‌زیست، فراهم می‌نمایند.
ج) به امر آموزش همه مردم و به‌ویژه کودکان والدین توجه نموده و تلاش می‌کنند تا اهالی اصول اولیه بهداشتی و بهزیستی را فراگیرند. آن‌ها مثلاً با فواید از سینه شیر دادن، بهداشت شخصی و تمیز نگه‌داشتن محیط‌زیست و چگونگی پیشگیری از سوانح آشنا می‌شوند و در عمل هم از پشتیبانی حکومت‌ها برخوردارند.
د) مراکز مشاوره برای والدین و روشنگری در زمینه تنظیم خانواده را سازمان‌دهی می‌کنند.

۳- حکومت‌ها جهت مبارزه با خرافات و عادت‌هایی که برای سلامتی کودک زیان‌بخش هستند، اقدامات لازم و مناسب را انجام می‌دهند.

۴- حکومت‌ها خود را موظف می‌دانند که از همکاری‌های بین‌المللی پشتیبانی نموده و آن را تقویت نمایند تا مفاد این ماده بدون کم‌وکاست جامه عمل به خود بپوشاند و در این باره باید به نیازهای کشورهای در حال رشد توجه ویژه نمود.^۱

^۱. آبشار، الف: ترجمه، کنوانسیون حقوق کودک قدرت

در این سند حق کودک برای برخورداری از بالاترین استاندارد قابل حصول بهداشت را مطرح می‌کند. این ماده، حق کودک برای سالم بودن را ارائه نمی‌کند بلکه تعهدات کشورهای عضو برای اتخاذ اقداماتی را مطرح می‌کند که در صورت اجراء، با در نظر گرفتن ژنتیک و دیگر زمینه‌های بیولوژیکی کودک و خطراتی که بچه‌ها در معرض آن‌ها هستند، بالاترین استاندارد قابل حصول بهداشت را تضمین می‌نماید. باید علاوه نمود که در اسناد تقنین دیگری چون: کنوانسیون بین‌الملل راجع به حمایت از حقوق کارگران مهاجر و اعضای خانواده آن‌ها، کنوانسیون ۲۰۰۶ راجع به حقوق اشخاص معلول، منشور اوتاوا و اعلامیه هزاره سوم توسعه، هرکدام به‌نوعی به موضوع حق بر سلامتی توجه نموده است.

۵- نقش حکومت جمهوری اسلامی افغانستان در قبال حق بر صحت یا سلامت

به‌طورکلی در مورد حق بر سلامتی باید به چهار مؤلفه اساسی ذیل اشاره کرد:

۱- حق بر سلامتی، حقی فراگیر و عام الشمول است. هرگاه از سلامتی صحبت می‌شود، اولین و ابتدایی‌ترین مفهومی که از آن به ذهن متبادر می‌شود، دسترسی به مراقبت‌های صحتی و مراکز صحتی و درمانی است. بدون شک مراقبت‌های درمانی و بهداشتی اولیه و ضروری و در اختیار داشتن این امکانات، عنصری مهم در تحقق حق بر سلامتی هستند.

۲- حق بر سلامتی متضمن یکسری از آزادی‌هاست. در این مفهوم آزادی به این معناست که هیچ‌کس نباید بدون رضایت خود تحت انجام آزمایش‌ها یا معالجات پزشکی اجباری قرار گیرد. پیشرفت‌های علمی که در زمینه بهداشت و درمان و مسائل پزشکی صورت می‌گیرد، در کنار منافع آن، می‌تواند آثاری منفی بر سلامتی انسان نیز داشته باشد؛ به‌ویژه آنگاه که انسان، موضوع انجام انواع آزمایش‌های بالینی برای ارزیابی میزان کارایی داروها و شیوه‌های درمانی جدید قرار می‌گیرد. هرگونه آزمایش و تحقیق پزشکی اجباری می‌بایست ممنوع شمرده شده و رضایت فرد در هر مورد باید از قبل

اخذ شود. اقدامات یا آزمایش‌های پزشکی اجباری و تحمیلی به سان شکنجه یا دیگر رفتارهای غیرانسانی، ظالمانه و تحقیرکننده به شمار می‌روند. در نتیجه واضح است که به نام پیشرفت علم و دانش پزشکی، نمی‌توان آموزه‌های بنیادین حقوق بشری همچون حیات و سلامتی انسان را (که ریشه در حیثیت ذاتی او دارند)، نادیده گرفت.

۳ - حق بر سلامتی شامل استحقاقات فردی است. انسان حق دارد که در محیط و جامعه‌ای سالم و امن زندگی کند، چراکه برخورداری از محیط زندگی و اجتماع سالم، لازمه‌ی رشد و بالندگی انسان است. دولت‌ها موظف هستند تا حد امکان محیطی سالم را فراهم کنند تا شهروندان آن‌ها بتوانند در چنین محیطی، حیاتی همراه با سلامتی و رفاه داشته باشند. به بیان دیگر، دولت مکلف است برای تحقق بهداشت و سلامت همگانی سیستم صحتی برنامه‌ریزی شده، مؤثر و یکپارچه‌ای را در سطح ملی تأسیس نماید البته این سیستم صحتی همگانی باید به گونه‌ای استقرار یابد که همگان بتوانند از فرصت‌های برابر جهت بهره‌مندی از عالی‌ترین سطح سلامتی برخوردار باشند. از جمله این فرصت‌ها می‌توان به دسترسی به داروهای اساسی، خدمات و مراقبت‌های درمانی و بهداشتی اساسی، پیشگیری، درمان و کنترل بیماری‌ها اشاره کرد.

۴ - رعایت اصل عدم تبعیض و انصاف در توزیع مناسب و عادلانه امکانات و خدمات بهداشتی. این امر نقش مهمی در نیل به استاندارد بالاتر سلامتی دارد. اصل منع تبعیض، از اصول بنیادین در نظام بین‌المللی حقوق بشر و نظام‌های ملی است که در این میان برخی گروه‌ها مستحق رفتار ترجیحی نیز می‌باشند و نیازهای آن‌ها باید مورد توجه خاص قرار گیرد از جمله زنان، کودکان، افراد سالخورده و معلولان.^۱

دولت افغانستان با توجه به ۴ مؤلفه فوق در قانون اساسی خویش در مواد ۵۲، ۵۳ و ۵۴ در مورد حق بر صحت شهروندان و آرایه خدمات اشاراتی نموده است:

۱. اولیایی فرد، محمد، تاریخ ۶ بهمن ۱۳۹۵، «حق بهداشت، درمان و سلامت در اسناد بین‌المللی».

"ماده پنجاه و دوم: دولت وسایل وقایه و علاج امراض و تسهیلات صحی رایگان را برای همه اتباع مطابق به احکام قانون تامین می نماید. دولت تاسیس و توسعه خدمات طبی و مراکز صحی خصوصی را مطابق به احکام قانون تشویق و حمایت می کند. دولت به منظور تقویت تربیت بدنی سالم و انکشاف و ارزش های ملی و محلی تدابیر لازم اتخاذ می نماید."^۱

از این ماده به صورت واضح چنین استنباط می شود که ایجاد مراکز صحی، تاسیس و توسعه خدمات صحی به صورت مستقیم برای صحت شهروندان چه از نظر جسمی و چه از نظر روانی مهم پنداشته شده و مورد حمایت دولت قرار دارد.

و همچنین در ماده پنجاه و سوم چنین می نگارد که دولت به منظور تنظیم خدمات طبی و مساعدت مالی برای بازماندگان شهدا و مفقودین و برای بازتوانی معلولین و معیوبین و سهم گیری فعال آنان در جامعه، مطابق به احکام قانون، تدابیر لازم اتخاذ می نماید.

دولت حقوق متقاعدین را تضمین نموده، برای کهن سالان، زنان بی سرپرست، معیوبین و معلولین و ایتم بی بضاعت مطابق به احکام قانون کمک لازم به عمل می آورد.^۲

در این ماده نیز واضح است که برای آن تعداد از شهروندانی که با مشکلات روحی چون از دست دادن سرپرست خانواده و یا از دست دادن قسمتی از اعضای وجود خویش و یا مفقود شدن اعضای فامیل و غیره مشکلات دست پنجه نرم می کنند با توجه به قانون باید تدابیری سنجیده شود و توجه قانون در این ماده به قشر آسیب پذیر جامعه چون معلولین و معیوبین، زنان و اطفال بی سرپرست به روشنی معلوم است.

^۱. قانون اساسی ج.ا.ا، وزارت عدلیه، ص ۲۶

^۲. قانون اساسی ج.ا.ا، وزارت عدلیه، ص ۲۶

و همچنین در ماده پنجاه و چهارم توضیح و تشریح می‌نمایند که خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تامین صحت جسمی و روحی خانواده بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم اتخاذ می‌کند.^۱ این ماده نیز به مسئله صحت جسمی و روانی خانواده که رکن اصلی جامعه است به صورت کاملاً واضح توجه نموده است.

با توجه به این مواد از قانون اساسی می‌توان چنین استنباط کرد که حکومت جمهوری اسلامی افغانستان جهت تامین صحت شهروندان خویش مسؤولیت‌های را دارا می‌باشند و باید تدابیری را برای آن بسنجد.

بر اساس این مواد از قانون اساسی وزارت صحت، قانون و استراتژی‌های را ترتیب نموده است که به نشان‌دهنده توجه دولت به حق بر صحت است.^۲

همان‌طور که در سطور پیش اشاره داشتیم مواد ۵۲، ۵۳، و ۵۴ قانون اساسی افغانستان رسالت و مبنای اساسی برای صحت و حقوق و خدمات مربوطه آنرا به مردم این کشور توضیح نموده است. و بر آن اساس وزارت صحت عامه به عنوان یک نهاد دولتی رهبری کننده بوده که مسؤولیت صحت تمام نفوس کشور را به عهده دارد.

همچنان یک تعداد وزارت‌ها و ادارات دولتی دیگر نیز فعالیت‌های را که به طور مستقیم یا غیرمستقیم بالای صحت مردم تأثیرگذار است، انجام می‌دهند. شرکای انکشافی، موسسات غیردولتی^۳، انجمن‌های مسلکی، نهادهای نظارتی، و سکتور خصوصی نیز از جمله شرکای ذیدخل در بخش صحت هستند. برای حصول اطمینان از

^۱. قانون اساسی ج.ا.ا، وزارت عدلیه، ص ۲۷

^۲. قانون صحت عامه، استراتژی ملی صحت ۱۳۹۹، ۱۳۹۳ و دیگر استراتژی‌های که در این خصوص ترتیب گردیده است که دارای مواد و محتوای بسیار مفید در خصوص حق بر صحت است.

^۳. (NGO)

گسترش خدمات صحتی اساسی برای مردم محروم و آسیب پذیر پس از سقوط طالبان در سال ۱۳۸۰، وزارت صحت عامه مجموعه های خدمات صحتی اساسی^۱ و خدمات اساسی شفاخانه ی^۲ را انکشاف داد. علاوه بر این، وزارت صحت عامه یک روش قرارداد را همراه با موسسات غیردولتی به منظور ارائه خدمات در سراسر کشور، معرفی نمود. این انتخاب استراتژیک به وزارت صحت عامه اجازه داد تا روی تقویت حکومتداری سکتور صحت و انکشاف نهادی وزارت به عنوان یک نهاد دولتی تمرکز نماید. این روش جامع به منظور ایجاد تهداب برای یک سکتور صحتی که صحت مردم را در محراق توجه خود داشته باشد، در نظر گرفته شده بود. از جمله نزدیک به ۲۳۰۰ تسهیل صحتی که هسته محوری مجموعه های خدمات صحتی اساسی و شفاخانه ای را تشکیل می دهند همه خدمات صحتی اساسی را عرضه نموده به جز از ۳۴ شفاخانه ولایتی که در مراکز ولایات قرار دارند. در کنار سکتور صحت عامه، سکتور بزرگ خصوصی صحتی وجود دارد. با توجه به مصارف بالاتر از ۷۴ فیصد از جیب شخصی خانواده ها، عرضه کنندگان خدمات صحتی خصوصی نیز یک توده مهم را تشکیل می دهند. با این حال، سکتور خصوصی تا حد زیاد تنظیم نشده و غیررسمی باقی مانده است. با وجود تلاش های گذشته، هنوز هم راه طویل در پیشرو است تا مقررات کافی برای تنظیم سکتور خصوصی نافذ و همکاری بین سکتور عامه و خصوصی از طریق مشارکت عامه و خصوصی تأمین گردد^۳.

^۱. (BPHS)

^۲. (EPHS)

^۳. استراتژی ملی صحت ۱۳۹۳-۱۳۹۹، وزارت صحت عامه، ص ۷

نتیجه گیری

حق بر صحت و سلامتی از منظر هر دو رویکرد حقوق بین‌المللی و حقوق ملی حقی فراگیر، عام الشمول، انکارناپذیر و مستلزم رعایت برخی اصول حقوقی تغییرناپذیر و لازم‌الاجرا از سوی دولت‌ها است به‌نحوی که انجام اقدامات خاصی را از سوی دولت‌ها طلب می‌نماید. این حق که در بسیاری از اسناد و معاهدات بین‌المللی و نیز قوانین و مقررات ملی کشورها در سطح جهان شناسایی و موردپذیرش قرار گرفته است، تعهدات و تکالیف حقوقی ویژه‌ای را برای قوای مجریه و دولت‌ها در سطح ملی و فراملی به وجود می‌آورد.

دولت جمهوری اسلامی افغانستان با توجه به اینکه این حق را در قوانین اساسی و بنیادی و اصولی به رسمیت شناخته و استراتژی‌های مفید را در زمینه ُ تهیه و ترتیب نموده است اما با تمام این وجود آنچه کمتر به چشم می‌خورد همین حق بر صحت و سلامت است شهروندان این مرز و بوم با انواع فشارهای روحی، روانی و جسمی دست‌وپنجه نرم می‌کنند. عدم دواهای باکیفیت و عدم درست عرصه خدمات صحتی در مراکز صحتی، عدم توجه به نظافت محیط‌زیست و آلودگی بیش‌ازحد آب‌وهوا شکایات فراوان شهروندان را به دنبال دارد. و همه این مشکلات نیازمند به توجه جدید ارگان‌های مربوطه است.

چنانچه در این مقاله به رشته تحریر گرفته شد. دولت جمهوری اسلامی افغانستان، با پذیرش و الحاق در اسناد بین‌المللی و با تهیه و تدوین اسناد ملی، نسبت به این حق مهم شهروندان خویش بی‌تفاوت نبوده است. اما اینکه حق بر صحت با چالش‌های گوناگونی روبه‌رو است و آن‌چنان‌که باید اجرا گردد، اجرا نگردیده است نیازمند نظارت و تلاش برای اجرایی ساختن این اسناد امری ضروری و الزامی از سوی قوه مجریه تلقی می‌شود. که برای بهبود این فرایند، به یک برنامه جامع و یا سیاست ملی برای تحقق آن نیاز است تا شرایط مناسب برای دسترسی همه افراد به بالاترین استانداردهای

قابل حصول صحت و سلامت در نظر گرفته شده تا با سیاست گذاری و برنامه ریزی مناسب در جهت حمایت کیفری از این حقوق توجه لازم مبذول گردد.

منابع و مآخذ:

الف) کتابها

۱- لنگرودی، محمدجعفر، «ترمینولوژی حقوق»، چاپ ۱۴، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، سال ۱۳۸۳

۲- نوربها، رضا، «زمینه حقوق جزای عمومی»، نشر دادآفرین، تهران، چاپ ۱۱، سال ۱۳۸۳

ب) مقالات

۱- آل کجاف، حسین، «مفهوم و جایگاه حق بر صحتمندی در اسناد بیم المللی حقوق بشر»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۴، سال ۱۳۹۲

۲- ابوالقاسمی، محمدجواد، «مفهوم شناسی سلامت معنوی و گستره آن در نگرش دینی»، فصلنامه اخلاق پزشکی، سال ۶، شماره ۲۰، سال ۱۳۹۱

۳- اصغر نیا، مرتضی، «چالش ها و الزامات دولت ها در تنظیم مقررات در حوزه سلامت»، فصلنامه حقوقی، سال ۱۰، شماره ۳۷، سال ۱۳۹۵

۴- پیلین، فخرالسادات، «بررسی جامعه شناختی عوامل مؤثر بر سلامت عمومی»، فصلنامه جامعه شناسی مطالعات جوانان، سال دوم: شماره ۵، سال ۱۳۹۱

۵- جاوید، احسان و همکار، «قلمرو حق سلامتی در نظام بین المللی حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۱، سال ۱۳۹۲

۶- درویشی، بابک، «ماهیت ضمانت اجرای اداری نظام حقوقی ایران»، نشریه تحقیقات حقوقی، دوره ۷، شماره ۲۵، سال ۱۳۹۳

۷- رحیمی، غلام رضا، «سازمان بهداشت جهانی (WHO)»، مجله دانشکده پیرا پزشکی، سال ۵، شماره ۱، سال ۱۳۸۹، ص ۵۳

۸- زکوی، علی اصغر، «بررسی مبانی انسان شناختی صحت و سلامت معنوی در قرآن»، فصلنامه پژوهشنامه معارف قرآنی، سال ۳، شماره ۱۲، سال ۱۳۹۲

۹- سجادی، حمیرا، و همکاران، «شاخص های سلامت اجتماعی»، پژوهشنامه سیاسی اقتصادی، شماره ۲۰۸، ۲۰۷، سال ۱۳۹۰

۱۰- سفیری، خدیجه و همکاران، «مطالعه جامعه شناختی مفاهیم سلامتی و بیماری و رفتارهای مرتبط با سلامتی دختران دانشجو»، دانشنامه علوم اجتماعی، دوره ۱، شماره ۱، سال ۱۳۸۸

- ۱۱- عباسی، محمود، «الزامات حقوقی اسناد بین‌المللی در قبال بهداشت و صحت عمومی و چالش‌های فراروی آن»، مجله علمی سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، دوره ۳۳، شماره ۲، سال ۱۳۹۴
- ۱۲- فیض، حسن علی، «شبکه جامعه مدنی و حقوق بشر»، شنبه ۲۱ قوس ۱۳۹۴، روزنامه ۸ صبح
۱۳. متقی، سمیرا و دیگران، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۸، شماره ۲، سال ۱۳۹۶

پ) اسناد تقنینی

- ۱- اساسنامه سازمان صحت جهانی
- ۲- اعلامیه جهانی حقوق بشر
- ۳- قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان
- ۴- میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی
- ۵- کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض نژادی (مصوب ۱۹۶۵)
- ۶- کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (مصوب ۱۹۷۹)
- ۷- منشور سازمان ملل متحد (سال ۱۹۴۵)

ت) سایت‌های اینترنتی

- 1- <http://moph.gov.af>
- 2- <http://moj.gov.af>
- 3- <https://iranhr.net/fa/>
- 4- <http://www.ariaye.com>

جایگاه حقوقی بیگانگان در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان

میرا خان قضاوی

چکیده:

بحث اتباع خارجی یا بیگانه در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی موضوع مهمی است. در بسیاری از قوانین داخلی و حقوق بین‌الملل راجع به حقوق و تکالیف بیگانگان یا اتباع دولت‌ها در خارج از کشورشان، همانا موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی است مطرح بحث قرار دارد. این‌که اتباع خارجی در قانون اساسی افغانستان از چه جایگاه حقوقی برخوردار است، موضوع بحث این مقاله است.

در قانون اساسی افغانستان بیگانگان، جایگاه نسبتاً خوبی دارد؛ زیرا در برخی از مواد این قانون، بیگانگان دارای یک سلسله حقوق و تکالیفی شناخته شده‌اند. بنابراین بررسی این موضوع ما را در دو امر مهم کمک می‌نماید، یکی شناخت از حقوق و تکالیف بیگانگان در قانون اساسی افغانستان و دیگری این‌که، این بحث به ما می‌رساند که نسبت به قوانین اساسی سایر کشورها، این قانون اساسی از اعطائی حقوق برای بیگانگان چه قدر غنی و از لحاظ سپردن تکالیف چه قدر سهل‌تر است.

شیوه گردآوری مطالب این تحقیق، به صورت تحلیلی توصیفی بر مبنای روش کتابخانه‌ای و شرح برخی از مواد قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، راجع به حقوق و تکالیف بیگانگان (خارجی‌ها) است.

مبنای حقوقی و قانونی بررسی موضوع (جایگاه حقوقی بیگانگان در قانون اساسی اسلامی افغانستان) را ماده ۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان واضح می‌سازد، چنانچه ماده مزبور حکم می‌نماید «دولت حقوق و آزادی‌های اتباع خارجی را در افغانستان، طبق قانون تضمین می‌کند. این اشخاص در حدود قواعد حقوق بین‌الملل به رعایت قوانین دولت افغانستان مکلف می‌باشند».

واژگان کلیدی

جایگاه - حقوق - تکالیف - بیگانه - آزادی و قانون اساسی.

مقدمه

امروزه جهان شکل یک دهکده را به خود گرفته است. چون از یک طرف تکنالوژی و وسایل ارتباط همگانی و از سوی دیگر رفت و آمد و داد ستدهای مختلف میان ملت‌ها، تأثیر بسزایی در راستای ارتباط سازی در جامعه بین‌المللی داشته است. همچنین مهم‌ترین عامل که تأثیر مستقیم در نزدیکی میان ملت‌ها و تأمین روابط میان اعضای جامعه بین‌المللی (دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی) دارد، ایجاد رویه‌های بالمثل و قوانین واحد در چوکات حقوق بین‌الملل یا در زمره قوانین داخلی دولت‌ها است.

این موضوع از آن جهت مهم و اساسی است که یکی از روابط بالمثل و متقابل دولت‌ها، رفتار متقابل قانون‌گذاری است. در رفتار متقابل قانون‌گذاری دولت‌ها، معمولاً آنچه را که دولت‌های دیگر در روابطش در عرصه قانون‌گذاری با این دولت انجام می‌دهد و حقوق و تکالیفی را که برای اتباع دولت در نظر می‌گیرند، قانون‌گذاران این دولت‌ها نیز جهت حفظ و تأمین ارتباطات و رعایت، رویه بالمثل مطابق آن می‌نماید.

دولت افغانستان پس از سال ۱۳۸۱ هـ.ش و خاصاً امروزه در مرحله اساسی از دولت داری، قانون‌گذاری و تأمین روابط بین‌المللی قرار دارد. ایجاب می‌نماید که این دولت، به خاطر توسعه و انکشاف مانند سایر بخش‌ها، در عرصه‌های حقوقی و تقنینی خویش نیز توجه جدی نموده و جهت یک سطح زندگی نمودن در جامعه بین‌المللی، از یک سو برای رعایت اسناد بین‌المللی و از سوی دیگر برای متوازن نمودن سیاست کشور در جامعه بین‌المللی؛ توجه جدی نماید.

ساختار این مقاله در سه فصل تنظیم که در فصل اول آن کلیات و مفاهیم بیگانه، در فصل دوم آن حقوق بیگانگان در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان و در فصل سوم آن تکالیف بیگانگان طبق قانون مزبور بررسی گردیده است.

قابل یادآوری است، برای این که واضح گردد، کدام مواد قانون اساسی افغانستان متعلق به اتباع افغانستان، کدام مواد آن مخصوص اتباع خارجی (بیگانگان) و کدام مواد دیگر حکم مشترک برای اتباع افغانستان و بیگانگان را دارد. جهت وضاحت مسئله باید

گفت: در صورتی که به مواد قانون واژه اتباع افغانستان تحریر شده باشند، پس حکم آن تنها شامل اتباع افغانستان می‌شوند؛ اما در صورت در مواد قانون واژه‌های «شخص، انسان، فرد و کس» تحریر شده باشد، در این صورت مواد قانون حکم عام داشته که شامل: اتباع افغانستان و بیگانگان می‌شود.

فصل اول

کلیات و مفهوم بیگانه (خارجی)

در این فصل، تعریف و مفهوم بیگانه (خارجی) انواع بیگانگان اعم از حقیقی و حقوقی به صورت مختصر توضیح می‌گردد تا در روشنایی این فصل و درک درست از مفهوم و انواع بیگانگان، جایگاه آن را در فصل دوم تعریف و تشخیص نمایم.

مبحث اول: تعریف و مفهوم بیگانه

بیگانه در لغت به معنای ناشناس، ناآشنا، اجنبی، غریبه و در مقابل خودی نیز استفاده می‌شود، یا کسی که از کشور دیگر باشد.^۱ بیگانه در زبان انگلیسی «Alien یا foreigner» در زبان عربی «اجنبی» گفته می‌شود و بیگانه شخص است که به عنوان شهروند یا تبعه کشوری که در آن زندگی می‌کند شناخته نشده است.^۲

از بیگانه تعاریف مختلف صورت گرفته است که برخی آن قرار زیر است:

- در دایرةالمعارف کلمبیا می‌خوانیم: «بیگانه به هر شخص گفته می‌شود که در یک جامعه سیاسی اقامت دارد درحالی که تابعیت کشور دیگری را داراست».^۳

- دایرةالمعارف حقوق بین‌الملل آمده است: «بیگانه شخص است که در یک کشور زندگی می‌کند ولی تابعیت آن را ندارد. و اشخاص بدون تابعیت نیز بیگانه محسوب

^۱ . حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۲، ص ۳۳۵.

^۲ . آل کجباف، حسین، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۹، ص ۱۶۶.

^۳ . دانش پژوه، مصطفی، اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۶، ص ۱۹۵.

می شوند».^۱

- جزء ۹ ماده ۳ قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در افغانستان «تبعه خارجی یا بیگانه، شخصی است که تابعیت غیر از افغانستان را داشته باشد».^۲
 - به صورت عام «بیگانه شخص است که به عنوان شهروند و تبعه کشوری که در آن اقامت می کند شناخته نشده است یا اصلاً تابعیت ندارد».^۳
- مفهوم تعاریف، چنانچه گفته شد، بیگانه تعاریف متعددی دارد، ممکن برخی آن لفظاً یا معنیاً باهم شباهت و تفاوت داشته باشد. اما تعریفی را که دایره المعارف حقوق بین الملل کرده است از همه آن ارجحیت دارد. زیرا در این تعریف بر علاوه، اشخاص که در یک کشور زندگی (اقامت) می کند و تابعیت آن را ندارد، بیگانه معرفی می کند، اشخاص که اصلاً تابعیت ندارد و تبعه هیچ کشوری نیست نیز به عنوان بیگانه معرفی می نماید.

مبحث دوم: انواع بیگانگان

بیگانه، بدو مفهوم بکار برده می شود. یکی به مفهوم خاص که شامل بیگانگان حقیقی (طبیعی و فزیک) که به شش دسته دیگر تقسیم می شوند. و دیگری به مفهوم عام که هم بیگانگان حقیقی را در بر می گیرد و هم بیگانگان حقوقی و حکمی را.

گفتار اول: بیگانگان حقیقی و انواع آن

۱- بیگانه عادی

بیگانگانی که به طور معمول در کشورها زندگی یا به این کشورها مسافرت می کنند،

^۱ . عبدالله، نظام الدین، حقوق بین الملل خصوصی، کابل: انتشارات سعید، چاپ ششم، ۱۳۹۴، ص ۷۴.

^۲ . قانون اقامت مسافرت اتباع خارجی در افغانستان، جریده رسمی شماره ۱۱۸۵، سال ۱۱ میزان ۱۳۹۴ هـ.ش،

جزء ۹ ماده ۳.

^۳ . قضاوی، میراخان، حقوق بین الملل خصوصی، کابل: انتشارات سلام، ۱۳۹، ص ۱۳۵.

بیگانه عادی پنداشته می‌شوند.^۱ وضعیت حقوقی این نوع از بیگانگان (حقوق و تکالیف) آن‌ها معمولاً در قوانین داخلی کشورها تصریح می‌گردد. بیگانه عادی به دودسته دیگر تقسیم گردیده که عبارت است از :

الف: بیگانه مقیم: بیگانگان مقیم اشخاص هستند که به‌صورت موقت یا دایمی در کشوری سکونت و در آنجا به کار و فعالیت اجتماعی و زندگی مشغول می‌شوند. درمورد اقامت بیگانگان گرچه اصل بر آزادی اقامت شخص بیگانه است، اما کشورها نظر به مصالح سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و غیره خویش در این مورد، یک سلسله شرایط و محدودیت‌های را وضع می‌نمایند. امروزه اصولاً برای اقامت بیگانگان در کشورها، ویژه اقامت صادر می‌شود.

چون اقامت بیگانگان بر اساس اهداف مختلف و مدت و زمان متفاوت خواهند بود بنابراین دولت‌ها برای هر مدت و هدف خاص، ویژه مخصوص و مدت معین را در قوانین خویش در نظر گرفته‌اند. اقامت بیگانه از نقطه نظر مدت اقامت بدودسته، اقامت دایمی و اقامت موقت تقسیم می‌گردد.

- **اقامت دایمی:** چون دولت‌ها در اعطایی جواز اقامت (ویزه) منافع سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سایر مسائل خویش را در نظر می‌گیرند. پس برای افرادی که تشخیص گردد که در مسائل تأمین منافع در کشورش همکاری می‌توانند، و بیگانه خود نیز می‌خواهد که برای دایم در این کشور زندگی کند؛ پس برای این عده افراد ویژه اقامت دایمی را در نظر دارند. مانند: برای افراد متخصص، استاد، تخنیک کار، داکتر و غیره. ویزه یا اقامت دایمی مفهوم همیشگی و یک‌بارگی ندارد؛ بلکه بنام جواز اقامت برای دایم، هر سال تمدید می‌شود.^۲

- **اقامت موقت:** اقامت موقت در مواردی بوده می‌تواند که هم شخص بیگانه در

^۱ . آل کجیاف، همان اثر، ص ۷۴.

^۲ . قضاوی، همان اثر، ص ۱۳۹.

مدت کوتاهی می‌خواهد در کشوری بنابر دلایل چون سیاحت، تحصیل، تداوی، دیدوبازدید، و غیره سفر و اقامت کند و هم کشور پذیرنده می‌خواهد که برای مدت موقت بر این نوع بیگانگان ویزه کوتاه‌مدت و موقت صادر کند.^۱

ب: بیگانه مسافر: این نوع بیگانه به شخصی گفته می‌شود که بر اساس اهداف خاص در کشور خارجی سفر می‌کند و با رسیدن به همان هدف و اهدافی که دارد دوباره برمی‌گردد. مدت این نوع سفر و اقامت شخص برای مدت محدود و کوتاه‌تر از اقامت دائمی و موقت است. این نوع سفر کوتاه‌مدت را معمولاً نمایندگان دولت‌ها برای بحث خاص در کشوری دیگر و یا تاجران دولت‌ها برای مدت کوتاهی انجام می‌دهند.

۲- بیگانه مجرم فراری

بیگانه مجرم فراری شخصی است که در کشوری مرتکب جرم شده و به خاطر نجات و فرار از مجازات، در کشور دیگری فرار می‌نماید. در گذشته‌های دور، چون قواعد و اصول بین‌المللی یا وجود نداشت و یا هم رشد نکرده بود. بناءً هرگاه مجرم از کشور محل جرم فرار و به کشور دیگری پناه می‌برد. معمولاً اصول و پرنسپ برای استرداد آن وجود نداشت. تنها قدیمی‌ترین قانون که پناه‌دادن به مجرمین را جرم محسوب کرده بود، قانون حمورابی بود که طبق ماده ۱۵ آن «مجازات پناه دادن به بردگان فراری را اعدام تعیین کرده بود».

اما امروزه در سطح بین‌المللی برای استرداد مجرمین اصل وجود دارد که بنام پرنسپ استرداد مجرمین یاد می‌شود. بر اساس این پرنسپ راه فرار مجرمین از مجازات گرفته می‌شود. طبق این پرنسپ کشوری که جرم در قلمرو آن واقع شده است، از کشوری که مجرم در قلمرو آن سکونت دارد تقاضای استرداد مجرم را می‌نماید. باید گفت که این پرنسپ برای استرداد تمامی مجرمین فراری بکار برده نمی‌شود. زیرا دیده

^۱. حسینی، حسن، اقامتگاه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۴ هـ.ش، ص ۸۶.

می‌شود که این پرنسپ تنها در جرایم جنایی قابل تطبیق و اجرا است. در جرایم سیاسی بیشتر دولت‌ها از شخص پناهنده بر اساس تأکید کنوانسیون‌های مربوط به پناهندگی از پناهنده حمایت و برای وی اقامت می‌دهند.^۱

۳- بیگانه مهاجر

مهاجر در لغت به کسی گفته می‌شود که از وطن خود هجرت و آن را ترک کند و در سرزمین دیگری سکنی گزیند.^۲ در اصطلاح حقوقی، مهاجر به کسی گفته می‌شود که اقدام به تغییر محل اقامت خود، ضمن عبور از مرزهای سیاسی، برای مدت نسبتاً طولانی به جهت ملاحظه‌های سیاسی، اقتصادی، جمعیتی، مذهبی، نژادی و یا معیشتی با رعایت تشریفات قانونی می‌نماید و کشور خود را به قصد مهاجرت به کشور مهاجرپذیر ترک می‌کند.^۳

۴- بیگانه پناهنده

در دایره‌المعارف حقوق بین‌الملل تعریف پناهنده چنین آمده است «کسی که به علت ترس موجهی که داشته یا دارد از این‌که به سبب نژاد، مذهب، ملیت، تابعیت، عضویت در دسته اجتماعی و بخصوص داشتن عقیده سیاسی تحت تعقیب و آزار قرار گیرد و از کشور متبوع خود و یا اگر تابعیتی ندارد از کشوری که قبلاً ساکن آن بوده خارج شده باشد و به علت ترس فوق نتواند یا نخواهد توانست از حمایت کشور متبوع برخوردار شود و اگر فاقد تابعیت است نخواهد به کشوری که قبلاً در آنجا ساکن بوده است برگردد».^۴

^۱ . مراجعه شود به کنوانسیون ۱۹۵۱ و ۱۹۶۷ مربوط به حقوق و تکالیف بیگانگان.

^۲ . علی‌اکبر، دهخدا، لغت‌نامه فارسی، ج ۶، تهران: انتشارات دانشکده ادبیات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۵۹.

^۳ . نظری، حمید، تاج‌آبادی، بررسی جنبه‌های مختلف مسئله پناهندگی، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وابسته به وزارت امور خارجه، ۱۳۹۶، ص ۴۱.

^۴ . علی آقا بخشی، فرهنگ علوم سیاسی، تهران: مرکز مطالعات و مدارک علمی ایران، ۱۳۷۴، ص ۸۷.

۵- بیگانه آواره

آواره به اشخاص و افرادی گفته می‌شود که به دلیل جنگ و بلاهای طبیعی کشورش را ترک و به کشورهای دیگر سفر می‌کند. علت بیگانه قرار گرفتن این نوع بیگانه (آواره) دو چیز بوده می‌توانند: یکی جنگ، گاهی جنگ‌های داخلی یا بین‌المللی و یا تجاوز دولت علیه دولت دیگر، سبب مهاجرت و فرار شخص از کشورش و بیگانه قرار گرفتن وی در دولت دیگر، به دلیل همان جنگ‌ها می‌شود. دومی بلاهای طبیعی، معمولاً دیده می‌شود که اشخاص، افراد و گروه‌ها، به دلیل پیش آمدن و وقوع بلاهای طبیعی مانند، زلزله، سیلاب، سونامی و سایر حالات، محل سکونت و اقامت خویش را ترک و ممکن به کشورهای دیگر مهاجرت کند که بنام آوارگان بلاهای طبیعی یاد می‌شود.

۶- بیگانه مأمور

بیگانه مأمور به شخص یا به اشخاصی گفته می‌شود که از طرف دولت متبوع خود برای انجام مأموریت به کشوری دیگری اعزام می‌گردد. اشخاص مأمور نظر به وظیفه مأموریتشان به دودسته تقسیم می‌شوند که عبارت‌اند از:

- **مأمور سیاسی:** به کسی گفته می‌شود که در محلی در خارج از کشور خود، در حال انجام وظیفه دیپلماتیک است.^۱ به عبارت دیگر، به کسی گفته می‌شود که در حرفه دیپلوماسی مشغول و شغل او اجرای سیاست خارجی کشورش در کشور دیگر است.^۲ کنوانسیون‌های ۱۸ اپریل ۱۹۶۱ وین در مورد روابط دیپلماتیک و کنوانسیون ۲۴ اپریل ۱۹۶۳ در باره روابط قنسولی، برعلاوه وظایف، هدف و چگونگی نمایندگی از دولت‌های متبوعه‌شان را منظم می‌نماید، حقوق، تکالیف و مسئولیت‌های مأمورین سیاسی و دیپلماتیک را نیز مشخص و معین می‌سازد.

^۱ . صدر، جواد، حقوق دیپلماتیک و قنسولی، انتشارات دانشگاه تهران: ۱۳۸۶، ص ۴۰

^۲ . عبدالله، همان اثر، ص ۷۷.

- **مأمور غیرسیاسی:** مأمور غیرسیاسی، شخصی است که برای اجرای مأموریت از طرف دولت متبوع خود به کشور دیگری فرستاده شده، اما مأموریت وی سیاسی نیست و به این شخص مأمور سیاسی اطلاق نمی‌شود. مانند: مأمورین و نمایندگان در بخش‌های تجاری، فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و غیره. مأمورین غیرسیاسی از حقوق و مزایای مأمورین سیاسی مستفید شده نمی‌توانند و از حقوق کمتری نسبت به مأمورین سیاسی برخوردارند.^۱

گفتار دوم: بیگانه حقوقی

با توجه به پیشرفت ارتباطات تجاری و بازرگانی بین‌المللی و نقشی که اشخاص حقوقی در سطح بین‌المللی ایفاء می‌نمایند، اشخاص حقیقی در تجارت بین‌المللی، جای خود را به اشخاص حقوقی داده‌اند. اشخاص حقوقی دسته‌ها و مجموعه‌ای از افراد هستند که قانون‌گذار برای امکان فعالیت و پیشرفت این مجموعه‌ها، آن‌ها را به‌عنوان یک وجود حقوقی مستقل می‌شناسد. یعنی برای آن‌ها حقوق و تکالیفی مانند حقوق و تکالیف شخص حقیقی قایل می‌شود. مگر حقوقی که مختص برای اشخاص حقیقی است مانند حق ابوت و حق بنوت.^۲

فصل دوم

حقوق و تکالیف بیگانگان در قانون اساسی افغانستان

در این فصل جایگاه حقوقی بیگانگان در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مشخص و تعریف می‌شود که بیگانگان طبق این قانون اساسی دارای کدام نوع حقوق و

^۱. موسی زاده، رضا، حقوق معاهدات بین‌المللی، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۷ هـ.ش، ص ۱۳۷.

^۲. آل کجیاف، همان اثر، ص ۲۰۲.

تکالیف هستند، در مبحث نخست حقوق بیگانگان، تعریف و تبیین و در مبحث دوم تکالیف آن‌ها مشخص و معین می‌گردد.

مبحث اول: حقوق بیگانگان در قانون اساسی افغانستان

گفتار اول: حق اجرای مراسم دینی

نخستین حقی که برای اتباع خارجی یا بیگانگان در قانون اساسی افغانستان تسجیل شده است، آزادی اجرای مراسم دینی‌شان است. طبق پرگراف دوم، ماده دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان «پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی‌شان در حدود احکام قانون آزاد می‌باشند».^۱

هرچند در ماده دوم ق.ا.ا، حق آزادی اجرای مراسم دینی برای بیگانگان یا خارجی‌ها به صورت صریح ذکر نشده است. اما به دلیل این که در پرگراف اول ماده دوم این قانون، دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام به صورت رسمی پذیرفته شده و هیچ دین دیگری در این قانون به صورت رسمی پذیرفته نشده است و بیگانگان هم که با دین و آئین‌های دیگری ممکن باشد واز سوی هم هیچ قیدی برای محرومیت خارجی‌ها از این حق در این ماده وجود ندارد؛ بناً از حکم پرگراف دوم، ماده دوم این قانون استنباط می‌گردد که بیگانگان از این حق مستفید شده می‌توانند.^۲

^۱. وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ.ش، ماده ۲.

^۲. آزادی عقیده یکی از موضوعات مهم اعلامیه جهانی حقوق بشر است. در ماده ۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق‌های بین‌المللی و معاهدات بین‌المللی پذیرفته شده است. گرچه آزادی عقیده طبق شریعت اسلام برای اتباع افغانستان جواز ندارد تا از دین و آئین رسمی که در ماده ۲ قانون اساسی تعریف شده است خارج شوند. اما این آزادی برای آن عده اتباع خارجی که در افغانستان اقامت دارند و مراسم دینی که آنها دارند کاملاً آزاد می‌باشند.

گفتار دوم: حقوق مکتسبه بیگانگان طبق اسناد بین‌المللی

حقی دیگری که در قانون اساسی افغانستان برای بیگانگان در ماده هفتم این قانون تسجیل شده است، حقوق مکتسبه بیگانگان در اسناد بین‌المللی است. چنانچه ماده هفتم این قانون مقرر می‌دارد «دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌نماید».

در اعلامیه جهانی حقوق بشر، معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی یک سلسله حقوقی، برای بشر در جامعه بین‌المللی تسجیل و تدوین شده است. این نوع حقوق و رعایت آن طبق قوانین داخلی دولت‌ها از جمله حقوق مکتسبه بیگانگان در جامعه بین‌المللی شمرده می‌شود.

گفتار سوم: حق زندگی

طبق ماده ۲۳ ق.ا.ا، هیچ شخصی اعم از بیگانه و اتباع افغانستان را نمی‌توان بدون مجوز قانونی از حق زندگی محروم نمود. چنانچه ماده فوق حکم می‌نماید «زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان است. هیچ شخص بدون مجوز قانونی از این حق محروم نمی‌گردد». بر اساس صراحت مستقیم ماده فوق، زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان است، یعنی این حق برای تمامی بشر است اعم از اتباع افغانستان و بیگانه. زندگی حقی است که افزون بر قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر اسناد بین‌المللی و نظام‌های حقوقی همه دولت‌ها به‌عنوان حق طبیعی انسان، به‌دوراز بحث تابعیت و محل اقامت خاصی برای تمامی بشر شناخته شده است.

گفتار چهارم: حق آزادی

همان‌طوریکه زندگی و حیات حق طبیعی انسان است و انسان‌ها بدون تعلق بر تابعیت و اقامت کشور خاصی مستحق آن است؛ بنابراین آزادی نیز از جمله حقوق

طبیعی است. بر اساس ماده ۲۴ ق.ا.ا، آزادی حق طبیعی هر انسان و کرامت انسان از تعرض مصون است. این حقی است که برای تمامی بشر طبق ماده فوق داده شده است. چنانچه ماده فوق مقرر می‌دارد «آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می‌گردد، حدودی ندارد. آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است. دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف است».^۱

آزادی بیان نیز از جمله حقوق طبیعی انسان است و این حق بر مبنای تأکیدات حقوق بشری، به صورت رسمی در ماده فوق پذیرفته شده است، بدون این که مخصوص اتباع افغانستان باشد.

گفتار پنجم: حق برائت

در حالت اصلی و عادی انسان برّی و پاک از گناه و جرم شناخته می‌شود. مگر این که متهم به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار بگیرد. در این مورد ماده ۲۵ ق.ا.ا، حکم می‌نماید «متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه باصلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می‌شود».^۲

این حق نیز از جمله حقوق عام بشر است که هم برای اتباع افغانستان قابل اعمال است و هم برای بیگانگان عمومیت دارد.

گفتار ششم: حق شخصی بودن جرایم

این یک قاعده کاملاً کلی و عمومی است که جرم عمل شخصی است. این قاعده هم از لحاظ دینی قابل اعمال است و هم در اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی. از سوی دیگر این حکم هم در مورد اتباع افغانستان عمومیت دارد و هم در مورد بیگانگان. چنانچه

^۱. وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ ه.ش.

^۲. قانون اساسی، ماده ۲۵.

ماده ۲۶ ق.ا.ا، در این مورد مقرر می‌دارد «جرم یک عمل شخصی است. تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزاء بر او به شخص دیگری سرایت نمی‌کند».^۱

گفتار هفتم: حق قانونی بودن جرم و جزا

عنصر قانونی یکی از عناصر مهم در تکمیل جرم و اصدار محکمه مبنی بر مجازات شخص است. ماده ۲۷ ق.ا.ا، سه موضوع مهم عنصر قانونیت جرم و جزا را بیان می‌دارد که برای اتباع افغانستان و بیگانگان یک سان قابل تطبیق است. ماده فوق در این مورد حکم می‌نماید «هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود، مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. هیچ شخصی را نمی‌توان تعقیب، گرفتار یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخصی را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد».

گفتار هشتم: حق منع تعذیب

تعذیب انسان نه تنها طبق قانون اساسی افغانستان بلکه بر اساس قوانین ملی و اسناد بین‌المللی و شریعت اسلام ممنوع است. قانون اساسی افغانستان در ماده ۲۹ به صراحت این موضوع را بیان نموده است، چنانچه ماده فوق مقرر می‌دارد «تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخصی نمی‌تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگری، اگرچه تحت تعقیب، گرفتاری، یا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد».^۲

این حق نیز از جمله حقوق است که به صورت عام تدوین شده و برای بیگانه و اتباع افغانستان یکسان قابل تطبیق و تنفیذ است.

^۱. وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ.ش.

^۲. قانون اساسی، ماده ۲۹.

گفتار نهم: حق آزادی در اظهار، اقرار و ادای شهادت

اظهار، اقرار و ادای شهادتی اعتبار دارد که بر مبنایی اراده آزادی شخص ابراز گردد. هر نوع اکراه و فشار در ابراز موارد فوق باعث بی اعتباری موارد متذکره می شود. ماده ۳۰ ق.ا.ا، در این مورد حکم می نماید «اظهار، اقرار، و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسیله اکراه به دست آورده شود، اعتبار ندارد. اقرار به جرم عبارت است از اعتراف متهم با رضایت کامل و در حالت صحت عقل، در حضور محکمه باصلاحیت». این حقوق (اظهار، اقرار و شهادت) برای هر شخص و متهم است، هم برای بیگانگان و هم اتباع افغانستان.

گفتار دهم: حق داشتن وکیل مدافع

طبق ماده ۳۱ ق.ا.ا، هر شخص اعم از اتباع افغانستان و بیگانگان حق دارند برای دفع اتهام ویا برای اثبات حق خود وکیل مدافع تعیین کند. ماده فوق در این مورد حکم می نماید «هر شخص می تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری ویا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در وقت و زمانی که قانون تعیین می کند در محکمه حاضر گردد.

دولت در قضایای جنایی برای متهم بی بضاعت وکیل مدافع تعیین می نماید. محریمت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن از هر نوع تعرض مصون است. وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می گردد»^۱.

در ماده فوق موارد زیادی تسجیل و تدوین شده است. طبق ماده فوق بیگانگان (خارجی ها) حق داشتن وکیل مدافع، حق اطلاع از اتهام منسوب به آن و حق محریمت و مصونیت مکالمات، مراسلات و مخابرات را دارد. اما هیچ گاهی دولت افغانستان مکلف به تعیین وکیل مدافع در قضایای جنایی برای اتباع خارجی بی بضاعت نیست.

^۱. وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ ه.ش.

زیرا طبق ماده مزبور وظایف و صلاحیت‌های وکلای مدافع، توسط قانون تنظیم می‌گردد، اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع که وظایف و صلاحیت‌های وکلای مدافع را تعیین نموده است، وکلای مدافع را مکلف برای حمایت از حقوق و مساعدت بیگانگان نکرده است.

گفتار یازدهم: حق منع سلب آزادی در ادای دین

آزادی حق طبیعی انسان است. این حق برای تمامی بشر است، اعم از این‌که شخص جزء اتباع افغانستان باشد یا بیگانه. طبق ماده ۳۲ ق.ا.ا، «مدیون بودن شخص موجب سلب یا محدود شدن آزادی وی نمی‌شود. طرز و وسایل تحصیل دین توسط قانون تنظیم می‌گردد». چگونگی طرز تحصیل دین و اجراءات مربوط به آن توسط، قانون طرز تحصیل دین صورت می‌گیرد.

گفتار دوازدهم: حق آزادی و محرمیت مراسلات و مخابرات

باوجودی که حق مصونیت مکاتبات، مراسلات و مخابرات در ماده ۳۱ ق.ا.ا، به‌صورت عام مطرح شده بود؛ اما این مسئله بار دیگر به‌صورت عام و صریح که هم اتباع افغانستان را دربر می‌گیرد و هم بیگانگان را در ماده ۳۷ این قانون طور ذیل تحریر گردیده است «آزادی و محرمیت مراسلات و مخابرات اشخاص چه به‌صورت مکتوب باشد و چه به وسیله تلفون، تلگراف و وسایل دیگر، از تعرض مصون است. دولت حق تفتش مراسلات و مخابرات اشخاص را ندارد، مگر مطابق به احکام قانون». در روشنی این ماده از قانون اساسی، قانون خاصی وضع نشده است؛ اما احکام مربوط به تفتش مراسلات و مخابرات در کد جزا و قانون اجراءات جزایی تسجیل گردیده است.

گفتار سیزدهم: حق مصونیت مسکن

ماده ۳۸ قانون اساسی اسلامی افغانستان، مصونیت مسکن را برای اتباع افغانستان و بیگانگان (خارجی‌ها) پذیرفته است. چنانچه ماده مذکور در این مورد مقرر می‌دارد «مسکن شخص از تعرض مصون است. هیچ شخص به شمول دولت، نمی‌تواند بدون

اجازه ساکن یا قرار محکمه باصلاحیت و به غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید. در مورد جرم مشهود، مأمور مسئول می‌تواند بدون اجازه قبلی محکمه، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش کند. مأمور مسئول مکلف است بعد از داخل شدن یا اجرای تفتیش، در خلال مدتی که قانون تعیین می‌کند قرار محکمه را حاصل نماید.^۱

قابل یادمانی است، بیگانگان علاوه بر موارد که در ماده فوق تحریر یافته است مستحق و مسکن آن‌ها مصون است، عده از بیگانگان (خارجی‌ها) که وظیفه نمایندگی از دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی را در افغانستان به‌پیش می‌برند نیز از یک سلسله حقوق و امتیازات طبق کنوانسیون‌های ۱۹۶۳ وین راجع به امور قنسولی، کنوانسیون ۱۹۶۱ راجع به امور دیپلماتیک و کنوانسیون ۱۹۷۵ راجع به امور نمایندگی‌های سازمان‌های بین‌المللی، دارند.

گفتار چهاردهم: حق تأسیس مؤسسات تعلیمات عالی عمومی و اختصاصی

بر اساس حکم پرگراف سوم، ماده ۴۶ قانون اساسی کشور «دولت می‌تواند تأسیس مؤسسات تعلیمات عالی، عمومی و اختصاصی را به اشخاص خارجی نیز مطابق به احکام قانون اجازه دهد». از حکم ماده فوق استنباط می‌شود که اشخاص خارجی می‌تواند در افغانستان مؤسسات تعلیمات عالی یا به‌صورت عمومی و یا به‌صورت اختصاصی طبق احکام قانون تأسیس نمایند.

گفتار پانزدهم: حق مراجعه به قضا و اقامه دعوا

طبق قانون اساسی و قانون مدنی افغانستان هر شخص حق دارد در صورت نقض حقوقشان به محکمه مراجعه و اقامه دعوی نماید. ماده ۳۰ قانون مدنی در این باره حکم

^۱. وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ ه.ش.

می‌کند: «در مورد قواعد اختصاصی و تمام امور متعلق به اجراآت، احکام قانون دولتی تطبیق می‌گردد که دعوی در آن اقامه یا اجراآت در آن به عمل آمده باشد».

همچنان طبق پرگراف اول، ماده ۵۱ ق.ا.ا «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود مستحق جبران خساره است و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند».

علاوه بر آن طبق ماده هفتم قانون اساسی افغانستان، دولت افغانستان معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی و اعلامیه جهانی حقوق بشر را پذیرفته و رعایت می‌نماید و طبق ماده ۵۸ این قانون اساسی «دولت به منظور نظارت بر رعایت حقوق بشر در افغانستان و بهبود و حمایت از آن، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را تأسیس می‌نماید. هر شخص می‌تواند در صورت نقض حقوق بشری خود، به این کمیسیون شکایت نماید».^۱

از احکام مواد فوق به درستی، استنباط و استنتاج می‌شود، در صورت نقض حقوق بیگانگان اگر در ساحه مربوط به اجراآت حقوق خصوصی باشد طبق ماده ۳۰ ق.م.ا اقامه دعوی و تحصیل حقوق نمود. در صورت نقض حقوقشان در ساحه حقوق اداری و از سوی ادارات طبق ماده ۵۱ ق.ا.ا، می‌توان طالب جبران خساره و اقامه دعوا شد. همچنان در صورت نقض سایر حقوق بشری طبق ماده ۵۸ ق.ا.ا، می‌توان به کمیسیون مستقل حقوق بشر شکایت نمود. کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان طبق ماده مزبور می‌تواند موارد نقض حقوق بشری افراد را به مراجع قانونی راجع سازد و در دفاع از حقوق آن‌ها مساعدت نماید.

^۱. قانون اساسی، همان اثر.

مبحث دوم: تکالیف بیگانگان در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان

گفتار اول: مکلف به رعایت قوانین افغانستان در حین اجرای مراسم دینی

نخستین تکلیف نیز، برای بیگانگان (خارجی‌ها) در ماده دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان آمده است. چنانچه پراگراف دوم ماده دوم ق.ا.ا حکم می‌نماید «پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی‌شان در حدود احکام قانون آزاد می‌باشند».^۱

تکلیفی که برای بیگانگان در این ماده تسجیل شده است، آزادی اجرای مراسم دینی‌شان در حدود احکام قانون است. پس بیگانگان و سایر ادیان در اجرای مراسم دینی‌شان باید قوانین افغانستان خاصاً قانونی که در این عرصه وضع می‌شود رعایت نمایند.

راجع به اجرای مراسم دینی سایر ادیان در روشنی ماده دوم ق.ا.ا، باید قانون خاص وضع می‌گردید و در آن قانون حقوق و تکالیف سایر ادیان و بیگانگان در اجرای مراسم دینی‌شان معین و تعریف می‌گردید. اما تا هنوز در این عرصه قانون خاصی وضع نگردیده است. پس سایر ادیان و بیگانگان مکلف‌اند، قوانین افغانستان را به‌دوراز مراسم دینی در هر عرصه که باشد باید رعایت نمایند.^۲

گفتار دوم: ممنوعیت داشتن اموال عقاری

مال از لحاظ حمل‌ونقل دو نوع است. یکی اموال منقول و دیگری اموال غیرمنقول. بیگانگان می‌توانند اموال منقول را در افغانستان خریداری و تجارت نمایند. اموال منقول به اموالی گفته می‌شود که قابل حمل‌ونقل باشد یعنی قابل انتقال از یکجا به جای دیگر.

^۱. وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ.ش.

^۲. طبق ماده ۵۷ ق.ا.ا، اشخاص خارجی در حدود قواعد حقوق بین‌الملل به رعایت قوانین دولت افغانستان مکلف می‌باشند.

اموال غیرمنقول به اموالی گفته می‌شود که قابل انتقال نباشد مانند عمار. بیگانگان از تملک اموال عماری در افغانستان منع شده‌اند؛ مگر به صورت اجاره به منظور سرمایه‌گذاری و تملک آن برای نمایندگی‌های دولت‌ها و سازمانهای بین‌المللی استثناء شده است.

در این مورد ماده ۴۱ ق.ا.ا، حکم می‌نماید «اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت اموال عماری را ندارند. اجاره عمار به منظور سرمایه‌گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز است. فروش عمار به نمایندگی‌های سیاسی دول خارجی و به مؤسسات بین‌المللی که افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون، مجاز است».

بیگانه حقیقی، به صورت کل نمی‌تواند در افغانستان دارای اموال عماری باشد. مگر به صورت موقت و اجازه به منظور سرمایه‌گذاری. اما نمایندگی‌های سیاسی دول خارجی و مؤسسات بین‌المللی طبق قانون فروش عمار به نمایندگی‌های سیاسی خارجی منتشره جریده رسمی، شماره ۹۴۷ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۹، صورت می‌گیرد.

گفتار سوم: مکلف به پرداخت مالیات

مکلفیت مهم و اساسی که برای بینگان طبق قانون اساسی این کشور در نظر گرفته شده است، پرداخت مالیات است. بر اساس حکم ماده ۴۲ ق.ا.ا، که در این مورد مقرر می‌دارد «هر افغان مکلف است مطابق به احکام قانون به دولت مالیه و محصول تأدیه کند.....این حکم در مورد اشخاص و مؤسسات خارجی نیز تطبیق می‌شود.....».

طبق صراحت ماده فوق هر افغان و هر شخص و مؤسسات خارجی مکلف است طبق احکام قانون به دولت مالیه بی پردازد. یعنی اشخاص حقیقی و مؤسسات بین‌المللی خارجی نیز مکلف به پرداخت مالیه هستند.^۱

گفتار چهارم: مکلف بر رعایت استقلال، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی

بیگانگان علاوه بر رعایت حاکمیت قوانین در افغانستان، مکلف بر رعایت استقلال، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی مانند اتباع افغانستان است. در این مورد ماده ۵۹ ق.ا.ا، حکم می‌نماید «هیچ شخص نمی‌تواند با سوءاستفاده از حقوق و آزادی‌های این قانون اساسی، بر ضد استقلال، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی عمل کند». آزادی که در ماده ۲۴ این قانون اساسی آمده است، حق طبیعی هر انسان است. اما سوءاستفاده از این آزادی چه از سوی اتباع و یا بیگانگان علیه استقلال، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی جواز ندارد.

گفتار پنجم: محرومیت از حق کاندیداتوری به سمت ریاست جمهوری و معاونیت آن:

بر اساس فقره ۱ ماده ۶۲ ق.ا.ا. «شخصی که به ریاست جمهوری کاندید می‌شود، واجد شرایط ذیل است: (۱) تبعه افغانستان، مسلمان و متولد از والدین افغان بوده و تابعیت کشور دیگری را نداشته باشد». در اخیر فقره ۳ این ماده تذکره رفته است

^۱. به تاسی از ماده ۴۲ ق.ا.ا. قانون مالیات برعایدات، منتشره جریده رسمی ۱۱۰۳ مؤرخ ۲۰۱۳۹۶/۲۰ وضع گردیده است که احکام مربوط به مالیات را بیان می‌نماید. علاوه بر آن مقرر استفاده اتباع خارجی منتشره جریده رسمی شماره ۸۵۸ مؤرخ ۱۳۸۴ هجری شمسی در ماده ۱۱ آن چگونگی طرز اخذ و پرداخت مالیات را از اشخاص خارجی بیان میدارد.

«حکم مندرج این ماده در مورد معاونین رئیس جمهور نیز تطبیق می گردد».^۱
از حکم ماده ۶۲ ق.ا.ج.ا. استنباط می گردد که بیگانگان هیچ گاهی نمی توانند به سمت ریاست جمهوری و معاونیت آن خود را کاندیدا نمایند، حتی علی رغم این که تابعیت افغانستان را حاصل کرده باشند. زیرا در سمت مذکور شرایط خاص قید گردیده است که بیگانگان آن را تکمیل نمی توانند، مانند شرط تولد از والدین افغان و مسلمان بودن.

گفتار ششم: محرومیت از حق عضویت در شورای عالی ستره محکمه و ایفای وظیفه من حیث قاضی القضاة:

مطابق به فقره ۲ ماده ۱۱۸ ق.ا.ج.ا. «عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل است: ۲. تبعه افغانستان باشد».^۲ از حکم ماده مزبور به صراحت معلوم می شود که بیگانگان نمی توانند، در شورای عالی ستره محکمه راه یابند و به عنوان قاضی ایفاء وظیفه کنند، زیرا این حق مخصوص اتباع افغانستان است.

گفتار هفتم: محرومیت از حق وزیر شدن:

طبق قانون اساسی افغانستان، کسی که تابعیت افغانستان را ندارد نمی تواند وزیر شود یا در کابینه و حکومت افغانستان راه پیدا کند. چنانچه فقره ۱ ماده ۷۲ ق.ا.ج.ا. در این مورد حکم می کند «شخص که به حیث وزیر تعیین می شود واجد شرایط ذیل است: (۱) تنها حاصل تابعیت افغانستان باشد». اما در صورت که این شخص دارای دو تابعیت

^۱ . وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ. ش.

^۲ . ماده ۱۱۸ ق.ا.ج.ا.، شرایط عضویت در ستره محکمه را قرار ذیل تحریر میدارد: ۱. سن رئیس و اعضا در حین تعیین از چهل سال کمتر نباشد؛ ۲. تبعه افغانستان باشد؛ ۳. در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضائی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد؛ ۴. دارائی حسن سیرت و شهرت نیک باشد؛ ۵. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد.

باشد فقره ۱ ماده مذکور مقرر می‌دارد «هرگاه کاندید وزارت، تابعیت کشوری دیگری را نیز داشته باشد، ولسی جرگه صلاحیت تأیید و یا رد آن را دارد».^۱

گفتار هشتم: محرومیت از حق کاندیدا شدن و انتصاب به عضویت شورای ملی:

بر اساس فقره ۱ ماده ۸۵ ق.ا.ا. «شخص که به عضویت شورای ملی کاندید یا تعیین می‌شود، علاوه بر تکمیل شرایط انتخاب‌کنندگان واجد اوصاف ذیل است: (۱) تبعه افغانستان بوده یا حداقل ده سال قبل از تاریخ کاندید یا تعیین شدن تابعیت دولت افغانستان را کسب کرده باشد».^۲

گفتار نهم: محرومیت از حق انتخاب کردن و انتخاب شدن:

مطابق به ماده ۳۳ ق.ا.ا. «اتباع افغانستان حق انتخاب کردن و انتخاب شدن را دارا است. شرایط و طرز استفاده از این حق توسط قانون تنظیم می‌گردد».^۳ گرچه انتخاب کردن و انتخاب شدن بیشتر بستگی به نظام سیاسی دارد. چنانچه در نظام‌های سیاسی معاصر دیده می‌شود که ملت از طریق انتخاب کردن و انتخاب شدن سرنوشت خویش را تعیین می‌کند. چون هر ملت خود سرنوشت خویش را تعیین می‌کنند، پس بیگانگان از این حق محروم‌اند.

^۱ . ماده ۷۲ ق.ا.ا.، شخصی که به حیث وزیر تعیین می‌شود واجد شرایط ذیل است: ۱. تنها حامل تابعیت افغانستان باشد، هرگاه کاندید وزارت تابعیت کشوری دیگری نیز داشته باشد، ولسی جرگه صلاحیت تأیید و یا رد آن را دارد؛ ۲. دارائی تحصیلات عالی، تجربه کاری و شهرت نیک داشته باشد؛ ۳. سن وی از ۳۵ سال کمتر نباشد؛ ۴.

از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد.

^۲ . ماده ۸۵ ق.ا.ا.، شخصی که به عضویت شورای ملی کاندید یا تعیین می‌شود، علاوه بر تکمیل شرایط انتخاب‌کنندگان، واجد اوصاف ذیل است: ۱. تبعه افغانستان بوده یا حداقل ده سال قبل از تاریخ کاندید یا تعیین شدن تابعیت دولت افغانستان را کسب کرده باشد؛ ۲. از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری، جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد؛ ۳. اعضای ولسی جرگه سن ۲۵ سالگی را در روز کاندید یا تعیین شدن تکمیل کرده باشد.

^۳ . وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ. ش.

گفتار دهم: محرومیت از حق اعتصاب و مظاهره:

بر اساس حکم ماده ۳۶ ق.ا.ا. «اتباع افغانستان حق دارند برای تأمین مقاصد جایز و صلح آمیز، بدون حمل سلاح، طبق قانون اجتماع و تظاهرات نمایند».^۱ در عده‌ای از کشورهای غربی این حق حتی برای بیگانگان نیز داده شده است، درحالی‌که برخی از کشورهای مشرق زمین از جمله شرق میانه تا هنوز این حق را برای اتباع خویش در نظر نگرفته است.^۲

گفتار یازدهم: محرومیت از حق تشکیل حزب سیاسی:

طبق ماده ۳۵ ق.ا.ا. «اتباع افغانستان حق دارند به منظور تأمین مقاصد مادی و یا معنوی، مطابق به احکام قانون، جمعیت‌ها تأسیس نمایند. اتباع افغانستان حق دارند، مطابق به احکام قانون، احزاب سیاسی تشکیل دهند، مشروط براینکه:

۱. مرامنامه و اساسنامه حزب، مناقض احکام دین مقدس اسلام، نصوص و ارزش‌های مندرج این قانون اساسی نباشد؛

۲. تشکیلات و منابع مالی حزب علنی باشد،

۳. اهداف و تشکیلات نظامی و شبه نظامی نداشته باشد؛

۴. وابسته به حزب سیاسی و یا دیگر منابع خارجی نباشد».^۳

بر اساس صراحت ماده ۳۵ ق.ا.ا. این حق مخصوص اتباع افغانستان است. بیگانگان از این حق در افغانستان محروم هستند.

^۱ . وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ. ش.

^۲ . حق مظاهره و اعتصابات یکی از اساسی‌ترین و مهم‌ترین حقوق اساسی یک ملت است. این حق در افغانستان دیده می‌شود، برای نخستین بار طبق قانون اساسی مصوب ۱۳۸۲ هـ. ش برای اتباع افغانستان در نظر گرفته شده است، درحالی‌که بیگانگان از آن محروم‌اند. اما در بیشتری از کشورهای توسعه یافته این حق نه تنها برای اتباع آن دولت‌ها، بلکه برای بیگانگان نیز داده شده است.

^۳ . وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ. ش.

نتیجه‌گیری

قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مادر سایر قوانین و مهم‌ترین وثیقه ملی در افغانستان است. در مقایسه با قوانین اساسی اکثریت از کشورها از جمله قوانین اساسی کشورهای همسایه، این قانون اساسی غنی و از محتوای خوبی برخوردار است. در قانون اساسی افغانستان بیشترین حقوقی برای اتباع نسبت به تکالیف اتباع تسجیل شده است. بدین منوال می‌توان گفت: این قانون برای بیگانگان نیز حقوق بیشتری نسبت به تکالیف آن‌ها در نظر گرفته است. از جمله حقوق که برای بیگانگان در این قانون اساسی داده شده است عبارت‌اند از: حق اجرای مراسم دینی، حقوق مکتسبه بیگانگان طبق اسناد بین‌المللی، حق زندگی، حق آزادی، حق برائت، حق شخصی بودن جرایم، حق قانونی بودن جرم و جزا، حق منع تعذیب، حق آزادی در اظهار، اقرار و ادای شهادت، حق داشتن وکیل مدافع، حق منع سلب آزادی در ادای دین، حق آزادی و محرمت مراسلات و مخابرات، حق مصونیت مسکن، حق تأسیس مؤسسات تعلیمات عالی عمومی و اختصاصی، حق مراجعه به قضا و اقامه دعوی است.

تکالیف که برای بیگانگان در این قانون اساسی تسجیل شده است عبارت‌اند از: مکلف به رعایت قوانین افغانستان در حین اجرای مراسم دینی، ممنوعیت داشتن اموال عقاری، مکلف به پرداخت مالیات و مکلف بر رعایت استقلال، تمامیت ارضی، حاکمیت و وحدت ملی، محرومیت از حق کاندیداتوری به سمت ریاست جمهوری و معاونیت آن، محرومیت از حق عضویت در شورای عالی ستره محکمه و ایفای وظیفه منحیث قاضی القضاة، محرومیت از حق وزیر شدن، محرومیت از حق کاندیدا شدن و انتصاب به عضویت شورای ملی، محرومیت از حق انتخاب کردن و انتخاب شدن، محرومیت از حق اعتصاب و مظاهره و محرومیت از حق تشکیل حزب سیاسی می‌باشند.

نتیجه که از بحث فوق به دست میاید این است که قانون اساسی افغانستان بیشترین حقوقی را نسبت به تکالیف که برای بیگانگان وجود دارد، مطرح و در نظر گرفته است. اما با مقایسه با قوانین برخی از کشورها از جمله کشورهای توسعه یافته، قانون اساسی افغانستان کمتر حقوقی را برای خارجی ها در نظر گرفته است. این که کدام حقوقی را برخی از کشورها برای اتباع غیر از خود (بیگانه) در نظر گرفته است که در قانون اساسی افغانستان وجود ندارد آن موارد به عنوان پیشنهاد در این مقاله تحریر گردیده است.

پیشنهاها

افغانستان از یک طرف ادعای پیشرفت، ترقی و بازسازی را در برابر ملت و به عنوان یک تعهد اساسی در مقابل جامعه بین المللی و سازمان ها و مؤسسات بین المللی دارد و از طرف دیگر عضو مهم ترین نهادها، سازمان ها و اسناد بین المللی است بناً علی الرغم مکلفیت بر دادن حقوق برای اتباع است؛ مکلف بر دادن حقوق اتباع خارجی (بیگانگان) نیز است. حقوق که در قانون اساسی اسلامی افغانستان، لازمه اعطای آن برای بیگانگان (خارجی ها) است به صورت شماره وار قرار ذیل پیشنهاد می شود:

۱- آزادی بیان: در آغاز ماده ۳۴ قانون اساسی افغانستان گفته شده است که آزادی بیان از تعرض مصون است. اما در متن ماده فوق این حق انحصار برای اتباع افغانستان داده شده است. چنانچه ماده ۳۴ این قانون حکم می نماید «آزادی بیان از تعرض مصون است. هر افغان حق دارد فکر خود را به وسیله گفتار، نوشته، تصویر و یا وسایل دیگر، با رعایت احکام مندرج این قانون اساسی اظهار نماید...». حق آزادی بیان در قوانین اکثریت از کشورها علاوه بر اتباع، برای بیگانگان نیز داده شده است.

از طرفی هم، حق آزادی بیان به عنوان یک حق طبیعی در ماده ۲۴ ق.ا.ا برای تمامی انسان ها پذیرفته شده است؛ پس در صورتی که این آزادی با مصونیت همراه نباشد، بیگانگان چگونه می توانند، به صورت آزاد و بدون دغدغه از سوی دولت و جامعه، آنچه

که می‌خواهند بگویند، بیان کنند. از این جهت ایجاب می‌نماید تا حکم ماده ۳۴ قانون اساسی (آزادی بیان از تعرض مصون است) شامل اتباع خارجی نیز گردد.

۲- حق تظاهرات: تظاهرات با وجود آنکه در جمله حقوق اساسی یک ملت است. در برخی از دولت‌ها این حق برای اتباع خارجی نیز داده شده است. اما طبق ماده ۳۶ قانون اساسی افغانستان، این حق محدود برای اتباع افغانستان است. چنانچه ماده فوق مقرر می‌دارد «اتباع افغانستان حق دارد برای تأمین مقاصد جایز و صلح آمیز، بدون حمل سلاح، طبق قانون اجتماعات و تظاهرات نمایند».

از این که دولت افغانستان با سایر دول در جامعه بین‌المللی در عرصه‌های مختلفی روابط دارد و این روابط اکثراً و معمولاً بر اساس رویه بالمثل و رفتار متقابل است؛ بنابراین ایجاب می‌نماید که دولت افغانستان، حق تظاهرات را افزون بر اتباع افغانستان، برای اتباع خارجی، به خصوص اتباع آن عده از کشورهای که این حق را برای اتباع افغانستان در کشورهاشان اعطا نموده است.

منابع و مأخذ

بخش کتاب‌ها

- ۱- آل کجیاف، دکتر حسین، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۰ هـ.ش.
- ۲- ابراهیمی، سید نصرالله، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: انتشاران، سمت، ۱۳۸۳ هـ.ش.
- ۳- الماسی، نجات علی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵ هـ.ش.
- ۴- امیدی، دکتر علی، حقوق بین‌الملل از نظریه تا عمل، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸ هـ.ش.
- ۵- افضلی، عبدالواحد، رحمی، محمد اسحاق، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۲ هـ.ش.
- ۶- دانش‌پژوه، مصطفی، اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، ناشر: وزارت خارجه ایران، چاپ دوم ۱۳۸۶ هـ.ش.
- ۷- مدنی، جلال‌الدین، حقوق بین‌الملل خصوصی، نشر انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۸۴ هـ.ش.
- ۸- سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین، جلد دوم، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۷ هـ.ش.
- ۹- صفایی، سید حسین، حقوق بین‌الملل خصوصی، نشر میزان، ۱۳۷۴ هـ.ش.
- ۱۰- صافی، ودیر، حقوق بین‌الملل خصوصی، گسترش طبع شده، پوهنتن حقوق، کابل: مطبعه پوهنتون، ۱۳۶۶ هـ.ش.
- ۱۱- نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، انتشارات آگاه، چاپ سوم، ۱۳۷۵ هـ.ش.

- ۱۲- حسینی، حسن، اقامتگاه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۴ هـ.ش.
 - ۱۳- موسی زاده، رضا، حقوق معاهدات بین المللی، تهران: نشر دادگستری، ۱۳۷۷ هـ.ش.
 - ۱۴- عبدالله، نظام الدین، حقوق بین الملل خصوصی، کابل: انتشارات سعید چاپ ششم، ۱۳۹۴ هـ.ش.
 - ۱۵- قضاوی، میراخان، حقوق بین الملل خصوصی، کابل: انتشارات سلام، ۱۳۹۵ هـ.ش.
- بخش قانون و مقررات**
- ۱- قانون اساسی افغانستان، منتشره جریده رسمی شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ.ش.
 - ۲- قانون مدنی افغانستان، نافذ ۱۳۵۵، منتشره جریده رسمی شماره ۳۵۳، سال ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ هـ.ش.
 - ۳- قانون تابعیت افغانستان، منتشره جریده رسمی شماره ۷۹۲، سال ۱۴۲۱ هـ.ق.
 - ۴- مقررہ استخدام اتباع خارجی در ادارات افغانستان، منتشره جریده رسمی، شماره ۸۸۵، سال ۱۳۸۴ هـ.ش.
 - ۵- قانون اقامت مسافرت اتباع خارجی در افغانستان، جریده رسمی شماره ۱۱۸۵، سال ۱۱ میزان ۱۳۹۴ هـ.ش؛
 - ۶- قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی خارجی، منتشره جریده رسمی شماره (۹۴۲) مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۹ هـ.ش.
- بخش کنوانسیون های بین المللی**
- ۱- کنوانسیون حقوق معاهدات مصوب ۱۹۶۹ میلادی؛
 - ۲- کنوانسیون حقوق دیپلماتیک مصوب ۱۹۶۱ میلادی؛
 - ۳- کنوانسیون حقوق کنسولی مصوب ۱۹۶۳ میلادی.

بررسی جرم قاچاق و اختطاف در سیستم کیفری افغانستان

مسعوده دوغن

چکیده

سازمان جهانی مهاجرت نسبت به افزایش موارد قاچاق انسان در افغانستان هشدار داد و خواهان مبارزه جدی با پدیده قاچاق انسان در افغانستان شد. به گزارش بی.بی.سی این سازمان گفته است بررسی های تازه خود را در این زمینه در اختیار دولت افغانستان قرار می دهد. همچنین دفتر نمایندگی سازمان ملل متحد در افغانستان Unama نیز بررسی های تازه سازمان جهانی مهاجرت را تایید کرده و آن را نگران کننده خوانده است.

بدون شک پدیده قاچاق انسان به عنوان اهانت به کرامت انسان و جنایتی ناگوار علیه انسان و انسانیت است. اما درعین حال مسئله ای جدی برای همه کشورها به شمار می رود مستلزم ملاحظات در سطح ملی و منطقه ای است. امروزه در هیچ کجای جهان نمی توان نقطه ای یافت که از این پدیده شوم و آثار مخرب آن در امان باشد. افغانستان از جمله کشورهای است که خشونت، جنگ، انتحار، آدم ربایی، ترور، نبود زیرساخت های اقتصادی، نبود اشتغال و بیکاری، نبود شرایط صلح آمیز، امنیت سرتاسری، کمبود غذا،

بیماری، فقر، بلاهای طبیعی، مسایل سیاسی و نژادی از عوامل عمده مهاجرت‌ها و قاچاق انسان است.

کلید واژه‌ها: قاچاق انسان، جرم، مجازات، اختطاف، اسناد بین‌الملل.

بخش اول

مفاهیم

۱. مفاهیم

۱-۱- مفهوم جرم

۱-۱-۱- تعریف لغوی جرم

جرم در لغت به معنای گناه، بزه و خطا بوده و از جرم به ذنب، اثم، سیئه، عصیان و معصیت نیز تعبیر می‌شود. مجرم کسی است که مرتکب جرم می‌شود اما تعریف جرم آسان نیست جرم به عملی گویند که وجدان جمعی را جریحه‌دار کند به بیان دیگر هر فعل یا ترک فعلی که نظم، صلح و آرامش اجتماعی را مختل سازد و قانون برای آن مجازاتی تعیین کرده باشد جرم محسوب می‌شود و بالاخره تعریف عملی و حقوقی جرم چنین است: جرم عملی است که برخلاف یکی از موارد قانون مجازات عمومی هر کشور است و مجرم کسی است که در زمان معین عمل او خلاف مقررات قانونی رسمی کشور باشد.^۱

۱-۱-۲- تعریف اصطلاحی جرم

جرم در اصطلاح حقوقی به فعل یا ترک عملی که بر اساس قانون، قابل کیفر و یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد، تعریف شده است.^۲

^۱ باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر نی، ۱۳۸۷، ص ۳۴

^۲ باهری، همان، ص ۴۲

۱-۳- مفهوم قاچاق

۱-۳-۱- قاچاق در لغت

قاچاق در لغت به معنی ربوده (ربودن)، پنهانی عمل کردن و گریزان و در اصطلاح گمرکی به عنوان نقل و انتقال کالا بدون پرداخت حقوق و عوارض گمرکی و سود بازرگانی و تقلب گمرکی تعریف شده است.^۱

۱-۳-۲- قاچاق در اصطلاح حقوق

قاچاق در معنای اصطلاحی نیز به معنی نقل و انتقال کالا برخلاف قوانین کشوری بوده و به طور کلی آنچه عامه مردم از لفظ قاچاق در ذهن و فکرشان تداعی می شود و اعمال و رفتاری که در نزد آنان به عنوان قاچاق مشخص شده است، تعریف اصطلاحی قاچاق گفته می شود.^۲

۱-۳-۳- قاچاق انسان و مهاجرت

قاچاق انسان به تجارت انسان گفته می شود قاچان انسان به عنوان جرمی که ارتکاب آن با نقض حقوق بنیادین بشر و نادیده گرفتن حیثیت انسان است. امروزه روند رو به رشد، دارد و هیچ کشوری از این معضل مصئون نیست منافع سرشار حاصل از این فعالیت مجرمانه، موجب ورود باندهای مجرمانه فراملی به این عرصه شده است. این شکل نوین برده داری می تواند شامل همسری در قالب ازدواج های اجباری، استخراج اعضا بافت بدن، استخدام انسان ها برای وادار کردن به تن فروشی یا مجبور کردن به کارهای سخت و طاقت فرسا در کارخانه جات، رستورانها، مزارع، دامداری و پروژه های ساختمانی باشد. قاچاق انسان پس از قاچاق اسلحه و مواد مخدر، سومین تجارت غیرقانونی در دنیا به شمار می رود و از انواع بسیار رایج آن قاچاق کودکان است.

^۱ عاشور، همان، ص ۹۸

^۲ عاشور، همان، ص ۱۱۲

قاچاق انسان ممکن است در داخل یک کشور و یا برعکس به صورت بیرون مرزی انجام شود قاچاق انسان به دلیل تجاوز به حقوق قربانی به واسطه زور به دلیل سوء استفاده جنایت علیه شخص است.

مطابق گزارش سازمان بین‌المللی کار I.L.O تنها شاخه کار اجباری که یکی از شاخه‌های قاچاق انسان در سالهای اخیر حدود ۰,۵۱ میلیارد دالر در سال برای قاچاقچیان سود داشته است. در سال اخیر این سازمان به تعداد بیست یک میلیون قربانی که در جنگ برده‌داری مدرن افتاده بودند تخمین زد و به تعداد ۲.۵ میلیون انسان به صورت تحمیلی به کار اجباری گرفته شده بودند^۱.

قاچاق انسان به عنوان یکی از سریع‌ترین فعالیت‌های رو به افزایش سازمان تبهکاری بین‌المللی شناخته می‌شود و قاچاق انسان به عنوان نقض حقوق بشر توسط معاهده‌های بین‌المللی محکوم شده است.

بدون شک پدیده قاچاق انسان به عنوان اهانت به کرامت انسان و جنایتی ناگوار علیه انسان و انسانیت است. اما در عین حال مسئله‌ای جدی برای همه کشورها به شمار می‌رود مستلزم ملاحظات در سطح ملی و منطقه‌ای است.

امروزه در هیچ کجای جهان نمی‌توان نقطه‌ای یافت که از این پدیده شوم و آثار مخرب آن در امان باشد. افغانستان از جمله کشورهای است که خشونت، جنگ، انتحار، آدم‌ربایی، ترور، نبود زیرساخت‌های اقتصادی، نبود اشتغال و بیکاری، نبود شرایط صلح‌آمیز، امنیت سرتاسری، کمبود غذا، بیماری، فقر، بلاهای طبیعی، مسایل سیاسی و نژادی و در قدم دوم شرایط و عوامل مساعد جذب‌کننده مقصد مهاجرت مانند امکانات بهتر بهداشتی بیشتر به آموزش بهتر، درآمد بیشتر، مسکن بهتر و آزادی‌های سیاسی و اجتماعی بهتر توانسته است مردم افغانستان را به ویژه قشر جوان کشور را به مهاجرت

^۱ نادر پور، صمیم احمد، بازار گرم قاچاق بران انسان در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ص ۶۷

مجبور نماید و به دور از این پیامدها نمانده خواسته و نخواستہ دچار این نوع مصیبت خواهند بود. زنان نیز مانند مردان به دلایل مختلفی از جمله دلایل سیاسی، وجود جنگ یا فرار از فقر، گرسنگی مهاجرت می‌کنند اما تعدادی زیادی از زنان مهاجر هم از نظر اقتصادی به مردان وابسته‌اند و هم قانون مهاجرت اقامت آنان را به زندگی با مردان منوط می‌سازد^۱. زنانی که به‌عنوان همسر به مردی که ساکن یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا است ملحق می‌شود.

یکی از دلایل که سازمان‌های جنایی در سال‌های اخیر به قاچاق انسان به‌ویژه به زنان گرایش پیدا کرده است سودآوری کلان آن است. متأسفانه که از این تبهکاری، ماهیتاً در خفا و پنهان صورت می‌گیرد کشف و شناسایی دقیق آن کار چندان آسانی نیست زیرا قاچاق انسان یک مسئله چندبعدی است و جرمی است که مردم را از حقوق بشر و آزادی محروم سازد. و اثرات منفی آن مانند خطرات بهداشت جهانی را افزایش می‌دهد و می‌تواند به ادامه فقر و ایجاد مانع در برابر توسعه در برخی از مناطق منجر شود.

۱-۳-۳-۱- سند حقوقی بین‌المللی

مبارزه با قاچاق انسان به‌ویژه زنان و اطفال، پیشگیری از چنین قاچاق، مجازات قاچاقبران و حمایت از قربانیان چنین قاچاق به شمول تامین حقوق بشری آنان، ضرورت به اتخاذ اقدامات گسترده بین‌المللی در ممالک مبدأ، ترانزیت و مقصد دارد.^۲ نظر به اینکه علی‌رغم موجودیت اسناد بین‌المللی گوناگون در خصوص قواعد و اقدامات عملی مبارزه علیه بهره‌کشی از انسان به‌ویژه زنان و اطفال، سند جهانی که تمامی جنبه‌های قاچاق انسان را احتوا نماید وجود ندارد؛

^۱ شیدا، ناصر، پروتوکول‌های منع خشونت علی زنان و اطفال و منع قاچاق و سوءاستفاده از آن‌ها، تهران،

موسسه عدالت، ۱۳۸۷، ص ۵۴

^۲ سامانیان، بیژن، حقوق بین‌الملل عمومی ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۸۹، ص ۶۵

با ابراز نگرانی از اینکه عدم وجود چنین سندی منتج به حمایت و پشتیبانی ناکافی از افراد آسیب‌پذیر به قاچاق انسان می‌گردد؛

با یادآوری قطعنامه ۵۳/۱۱۱ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مورخ ۹ دسامبر ۱۹۹۸، که در آن مجمع بر تاسیس یک کمیته باز بین‌الدول غرض تنظیم یک کنوانسیون بین‌المللی علیه جرایم سازمان‌یافته فراملی و بحث روی تنظیم یک سند بین‌المللی راجع به قاچاق زنان و اطفال فیصله نموده بود؛

با اطمینان از اینکه الحاق یک پروتوکول به کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه جرایم سازمان‌یافته فراملی در مورد بازدارندگی، فرونشانی و تعزیر قاچاق انسان به‌ویژه زنان و اطفال در پیشگیری و مبارزه با جرم مذکور مفید و کارا است.^۱
بر مواد ذیل موافقت نموده‌اند:

اول: احکام عمومی

ماده ۱

- ارتباط پروتوکول با کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه جرایم سازمان‌یافته فراملی
۱. این پروتوکول ضمیمه الحاقی کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه جرایم سازمان‌یافته فراملی است. این پروتوکول یکجا با کنوانسیون تفسیر می‌گردد.
 ۲. احکام کنوانسیون، با در نظر داشت اختلافات مربوطه، به‌استثنای حالاتی که در این سند پیش‌بینی شده است بر پروتوکول تطبیق می‌گردد.
 ۳. تخلفاتی که ماده ۵ این پروتوکول تسجیل می‌نماید به‌عنوان تخلفات مندرج کنوانسیون تفسیر می‌گردد.

^۱ سامانیان، همان، ص ۹۰

ماده ۲

بیان اهداف

این پروتوکول اهداف ذیل را دنبال می‌نماید:

الف) جلوگیری از قاچاق انسان به‌ویژه زنان و اطفال و مبارزه با آن؛

ب) مساعدت به قربانیان قاچاق انسان و حمایت از این قربانیان با احترام کامل به حقوق بشری آنان؛

ج) گسترش همکاری‌ها میان دول عضو به‌منظور نیل به اهداف یادشده.^۱

ماده ۳

از منظر این پروتوکول:

الف) اصطلاح «قاچاق انسان» به معنای جلب، حمل‌ونقل، نگهداری و دستیابی به افراد به‌وسیله تهدید یا استفاده از زور یا سایر اشکال اجبار، آدم‌ربایی، تقلب، فریبکاری، سوءاستفاده از قدرت، حالت آسیب‌پذیری، پرداخت یا حصول پول یا منافع مالی برای تامین رضایت یک فرد، که بر فرد دیگر کنترل دارد، غرض بهره‌کشی است. بهره‌کشی کم از کم شامل بهره‌کشی جهت روسپیگری یا فحشاء یا سایر اشکال بهره‌برداری جنسی، کار اجباری، بردگی یا اعمال مشابه به بردگی، خدمت اجباری یا برداشت اعضای بدن افراد است؛

ب) رضایت قربانی قاچاق انسان به بهره‌کشی موردنظر در بند (الف) این ماده در حالتی که ابزارهای مندرج بند (الف) به کار گرفته‌شده باشد بی‌ارتباط و نامربوط است؛

ج) جلب، حمل‌ونقل، نگهداری و دستیابی به یک طفل غرض بهره‌کشی حتی اگر هیچ‌یک از ابزارهای مندرج بند (الف) این ماده استعمال نشده باشد، «قاچاق انسان» شمرده می‌شود؛

^۱ شیدا، ناصر، پروتوکول‌های منع خشونت علی زنان و اطفال و منع قاچاق و سوءاستفاده از آنها، تهران،

د) «طفل» تمام افراد زیر سن ۱۸ سال پنداشته می‌شود.

ماده ۴

ساحه تطبیق

این پروتوکول، به‌استثنای حالاتی که در این سند تصریح شده است، بر پیشگیری، تحقیق و مجازات تخلفات مندرج ماده ۵ این پروتوکول زمانی که تخلفات طبیعتاً^۱ ماورای کشور و از سوی یک گروه جنایتکار سازمان‌یافته انجام شده باشند و همچنان بر پشتیبانی از قربانیان چنین تخلفاتی تطبیق می‌گردد.^۱

ماده ۵

جرم پنداری

۱- دولت‌های عضو تدابیر تقنینی و سایر اقدامات لازم را جهت تسجیل اعمال مندرج ماده ۳ این پروتوکول به‌عنوان تخلفات جنایی زمانی که اعمال مذکور عمداً^۲ صورت می‌پذیرند، اتخاذ می‌نمایند.

۲- دولت‌های عضو تدابیر تقنینی و سایر اقدامات لازم را جهت تسجیل اعمال ذیل به‌عنوان تخلفات جنایی اتخاذ می‌نمایند:

الف) تلاش جهت ارتکاب تخلفات مندرج بند ۱ این ماده، مشروط به احکام نظام حقوقی دولت‌های عضو؛

ب) اشتراک به‌عنوان شریک جرم جهت ارتکاب تخلفات مندرج بند ۱ این ماده؛

ج) و سازمان‌دهی یا هدایت سایر افراد جهت ارتکاب تخلفات مندرج بند ۱ این ماده.^۲

^۱ سامانیان، بیژن، حقوق بین‌الملل عمومی ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۸۸، ص ۵۶

^۲ شیدا، همانن، ص ۸۷

۱-۳-۲- وجوه اشتراک اختطاف و قاچاق انسان

در اصل موضوع قاچاق عبارت از به خدمت گرفتن، خارج یا وارد ساختن و یا ترانزیت مجاز و غیرمجاز انسان، از مرزهای کشور به اجبار یا تهدید اعمال زور و سایر اشکال مانند فریب، آدم‌ربایی، سوءاستفاده از قدرت، استفاده از ضعف قربانیان به هدف کار اجباری برده‌داری و قطع اعضای اطفال، جوانان و افراد دیگر است.^۱

اما بروز این حادثه بالاتر حوادث و رویدادهای اجتماعی ازجمله خشونت‌ها، افزایش فقر و تنگدستی رونما می‌گردد، همین مسایل سبب شده است تا ده‌ها هزار تن از مردم کشور به گونه قاچاق و به‌صورت غیرقانونی از طریق قاچاقچیان انسان از افغانستان خارج می‌شوند و مورد انواع سوءاستفاده قرار می‌گیرند قابل تذکر است که در همین راستا اکثراً مشاهده گردیده که تعداد زیادی از افراد توسط قاچاقچیان به داخل افغانستان انتقال می‌یابند، چنانکه بر اساس ارقام ارائه‌شده از طریق سازمان ملل متحد سالانه اضافه از دوازده میلیون تن روی اهداف مختلف در سطح کره زمین قاچاق می‌شوند که گروه‌های تبهکار قاچاقچی از همین کار قاچاق انسان سالانه اضافه از ۳۲ میلیارد دالر سود به دست می‌آورند.

اما بر اساس نظر و دیدگاه کارشناسان باید دانست که میان اختطاف و قاچاق انسان تفاوت وجود دارد، درحالی‌که قاچاق انسان از یک دیدگاه می‌تواند اختطاف نامیده شود، اما اختطاف از لحاظ حقوقی نمی‌تواند قاچاق نامیده شود، زمانی که قانون جزای افغانستان نافذ گردید، مسئله قاچاق انسان، در افغانستان مطرح نبود، گویا این پدیده اصلاً وجود نداشت یا اینکه کم بود و از جانب دیگر دولت افغانستان به کنوانسیون منع قاچاق انسان پیوسته بود، اما نیاز بود قانون منع قاچاق انسان با درنظرداشت ماده هفتم قانون اساسی افغانستان که در آن مسجل گردید: دولت منشور ملل متحد، معاهدات

^۱ علی پور، نسرین، آثار و پیامدهای سوءاستفاده از اطفال و زنان، تهران، نشر نو، ۱۳۹۲، ص ۲۳

بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند. خوشبختانه که افغانستان اکثریت میثاق‌های سازمان ملل متحد را امضا نموده و در امر تطبیق موادات آن اقداماتی را در عرصه‌هایی که نیاز است در نظر گرفته است.^۱

همچنان فعلاً در افغانستان قانون مبارزه علیه قاچاق و اختطاف انسان توسط فرمان تقنینی رئیس جمهور نافذ و مرعی الاجرا است تا امکانات مساعد گردد و از قاچاق انسان به‌خصوص اطفال و نوجوانان که آینده‌سازان کشور اند جلوگیری به عمل آید، اگرچه راپورها و گزارش‌هایی که از طریق سازمان ملل متحد در ارتباط به مهاجرت‌های غیرقانونی و غرق شدن تعداد زیادی از مهاجران غیرقانونی به‌خصوص افغان‌ها به دریا‌های لبنان که بدون شک در میان آنان اطفال و نوجوانان قاچاق شده نیز قرار داشتند به‌عنوان خطر بزرگ خسارات جانی و انسانی در اختطاف هشداردهنده بانکی مون منشی عمومی سازمان ملل متحد برای کشورهای یونان و سایر کشورهایی که مهاجران می‌خواهند درخواست پناهندگی بدهند صادر گردید و از کشورهای مذکور خواست تا راه قانونی عبور مهاجران را جستجو نمایند تا از فاجعه بزرگ انسانی جلوگیری گردد.^۲

بخش دوم

ارکان و انواع قاچاق انسان

۱- انواع و عناصر قاچاق انسان

۱-۱- انواع قاچاق انسان

قاچاق جنسی یکی از اقسام قاچاق انسان است، بند الف ماده ۳ پروتکل الحاقی به کنوانسیون پالرمو راجع به پیشگیری، منع و مجازات قاچاق انسان‌ها، به‌ویژه زنان و

^۱ باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر نی، ۱۳۸۷، ص ۶۷

^۲ علی پور، همانن، ص ۵۴

کودکان در تعریف قاچاق انسان مقرر می‌دارد: قاچاق انسان عبارت است از عضوگیری، جابه‌جایی، انتقال و پناه دادن به اشخاص جذب‌شده با توسل به تهدید یا زور یا هر وسیله دیگر، از طریق فریب، خدعه، ربایش، سوءاستفاده از آسیب‌پذیری یا از طریق پرداخت پول یا هر امتیاز مالی برای جلب رضایت شخصی که اختیار دیگری با اوستفبه‌قصد بهره‌کشی، شامل حداقل سوءاستفاده برای روسپیگری یا سایر اشکال بهره‌کشی جنسی، کار یا خدمت اجباری بردگی یا اعمال مشابه آن، بندگی یا برداشت اعضای بدن خواهد بود^۱.

قاچاق انسان به‌منظور بهره‌کشی جنسی دارای این ویژگی است: ۱- بین‌المللی بودن ۲- سازمان‌یافته بودن جرم ۳- بی‌تأثیر بودن شرایط بزه دیده در تحقق عنوان مجرمانه ۴- بی‌تأثیر بودن میزان سوءاستفاده در تحقق عنوان مجرمانه^۲.

۱-۱-۱- قاچاق به‌قصد بهره‌کشی جنسی

یکی از اقسام قاچاق انسان در سطح بین‌المللی به شمار می‌آید که در اسناد و مقررات بین‌المللی منع و مباحثی در مورد جنبه‌های مختلف آن طرح‌شده است. قاچاق انسان به‌قصد بهره‌کشی جنسی عبارت است از عمل مجرمانه خارج یا وارد ساختن یا ترانزیت مجاز یا غیرمجاز فرد یا افراد در سطح بین‌المللی با توسل به هر شیوه ممکن، از قبیل اکراه، تهدید، اجبار، تطمیع یا سوء استفاده از اضطرار اقتصادی قربانی و... بدون اینکه میزان سوءاستفاده یا رضایت بزه دیده، تأثیری در صدق عنوان مجرم بر مرتکب یا مرتکبین آن داشته باشد^۳.

^۱ علی پور، نسرين، آثار و پیامدهای سوءاستفاده از اطفال و زنان، تهران، نشر نو، ۱۳۹۲، ص ۶۷

^۲ شامران، همان، ص ۸۷

^۳ شامران، همان، ص ۱۲۳

۱-۱-۲- قاچاق مهاجران

مهاجرت نیروی کاری است که در اقتصاد مبتنی بر جهانی سازی مسیر غلطی را پیموده است که به رغم منافع اقتصادی ، یک شکاف طبقاتی بین کشورها و جوامع فقیر و غنی به وجود آمده آورده است که هرروز نیز گسترده می شود . این اقدام تعداد قربانیان قاچاق را افزایش می دهد .^۱ افراد بسیاری که شغل خود را ازدست داده اند و برای بقا به دنبال فرصت های شغلی در خارج از کشور می باشند . در مقابل کشورهای مقصد نیز ، کنترل زیادی بر مرزهای خود دارند . لذا کارگران مهاجر تنها امید خود را در عبور از مرزها به صورت غیرقانونی می بینند . این مهاجران بسیار آسیب پذیر هستند . به ویژه زنان که به واسطه ی برخوردهای تبعیض گونه با آنها که در بخش های اقتصادی غیررسمی به کارگماشته می شوند ، آسیب پذیری بیشتری دارند.

۱-۱-۳- قاچاق زنان

حرکت دادن غیرقانونی و مخفیانه اشخاص در عرض مرزهای ملی، عمدتاً از کشورهای درحال توسعه و کشورهای دارای اقتصاد در حال گذار، با هدف نهایی واداشتن زنان و دختران به وضعیت بهره کشانه و ستمگرانه از لحاظ جنسی و اقتصادی به منظور سود به کارگیرندگان قاچاقچیان و سندیکاهای جنایت کار و نیز دیگر فعالیت های مرتبط با قاچاق هم چون کار خانگی اجباری، ازدواج دروغین، استخدام مخفیانه و فرزندخواندگی دروغین.^۲

۱-۱-۴- قاچاق کودکان

کودکان را برای مقاصد متعددی از جمله بهره کشی جنسی یا استفاده از نیروی ارزان کار آنان یا مقاصد تجاری قاچاق می کنند .

^۱ شامران ، همان ، ص ۱۳۴

^۲ شامران ، همان ، ص ۱۴۰

هرچند که آمار دقیقی از قاچاق کودکان در دست نیست ولی UN تخمین می‌زند که نیمی از قربانیان ، کودکان هستند. طبق برآورد سازمان جهانی کار هر ساله ۱,۲ میلیون کودک قاچاق می‌شوند.

با جهانی‌سازی و افزایش تقاضا برای خدمات جنسی کارگر ارزان ، انتظار می‌رود این رقم افزایش معناداری یابد.^۱

کودکانی که قربانی قاچاق هستند غالباً از خانواده‌های فقیر و بی‌چیز و بدون امکانات تحصیلی هستند ، کودکانی که از خانواده خود جدا شده‌اند یا حداقل تحصیل ، بدون مهارت و یا شغل‌های حاشیه‌ای و... در معرض بیشترین خطر هستند . این عوامل هنگامی که با جنسیت ، نژاد ، قوم و یا دلایل ناامنی مانند مناقشات نظامی یا بلایای طبیعی و... همراه باشد شرایط ایده آل برای رشد شبکه قاچاق فراهم می‌کند . تا زمانی که دلایل و شرایط فوق ادامه دارد اقدام قاطع برای پایان دادن به قاچاق کودکان موفقیت کمی به دنبال دارد.

۱-۲- اشکال و ارکان قاچاق انسان

الف (اشکال قاچاق انسان

قاچاق انسان به اشکال مختلفی به کار گرفته می‌شود تا اینکه یک قربانی را به سیستم قاچاق متقاعد سازند.^۲

۱-۲-۱- ازدواج پستی

بسیاری از زنان به لحاظ موقعیت اجتماعی و خانوادگی به قاچاق تن در نمی‌دهند، در این حالت قاچاقچیان از حربه مذهبی استفاده کرده و این زنان را به ازدواج مردان کشور خود که در خارج بسر می‌برند و یا مردان کشورهای دیگر درمی‌آورند.^۱

^۱ سامانیان ، همان ، ص ۱۱۲

^۲ علی پور ، نسرین ، آثار و پیامدهای سوءاستفاده از اطفال و زنان ، تهران ، نشر نو ، ۱۳۹۲، ص ۷۸

۱-۲-۲- ازدواج صوری

در این شیوه همانند قبل برخی خانواده‌ها برای کار کردن فرزندان خود در خارج از کشور مقاومت می‌کنند اما قاچاقچیان با پیشنهاد ازدواج با زنان موردنظر به بهانه ادامه زندگی یا کار از کشور خارج شده در آنجا از زن جدا و او را تحویل سازمان‌های جنایی می‌نمایند.^۲

۱-۲-۳- قاچاق برای تهیه اعضای بدن

این نوع قاچاق دو حالت دارد، در حالت اول شخص با میل خودش وبا دریافت مبلغ موردتوافق اقدام به دادن اعضا می‌نماید. اما نوع دوم آن با ربودن قربانی اعم از زن مرد و یا کودک اعضای بدن قربانی را در بیمارستان و یا در مراکز مجهز جدا کرده و با چند برابر قیمت به مشتریان خود پیوند می‌زنند.^۳

۱-۲-۴- توريسم جنسی

توريسم جنسی جريانی است خلاف قاچاق انسان، در توريسم جنسی شخص برای خوش گذرانی به منطقه می‌آید.^۴

۱-۲-۵- قاچاق به منظور بهره‌کشی جنسی

قاچاق انسان به منظور بهره‌کشی جنسی اولین اقدام برای تهیه نیروی کار در این صنعت است. امروزه قاچاق انسان به درجه جهانی رسیده و هیچ کشوری از آن در امان نیست. جستجوی کار در خارج از کشور که ناشی از ناهنجاری‌های اقتصادی، نرخ بالای بیکاری و از بین رفتن وسایل معاش سنتی است، زمینه را برای فعالیت سوءاستفاده گران

^۱ مظلومیار، رضا، جرم‌شناسی قاچاق انسان، تهران، نشر سمت، ۱۳۹۰، ص ۸۷

^۲ همان، ص ۹۰

^۳ همان، ص ۹۸

^۴ همان، ۱۲۳

فراهم می‌نماید. شاید بتوان گفت که قاچاق انسان به منظور بهره‌کشی جنسی جرمی است که در آن قربانی از یک محیط فقیر حرکت می‌کند تا به محیطی برسد که در آنجا امکانات رفاهی و شرایط زندگی مطلوب فراهم باشد.^۱

۱-۳-۱ ارکان تشکیل دهنده جرم قاچاق انسان

۱-۳-۱-۱ عنصر قانونی

عنصر قانونی را نباید به عنوان یک عنصر مجزا بررسی کرد. عنصر قانونی در واقع پرتوی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات و زیربنای عناصر مادی و روانی است. پس رابطه بین عنصر قانونی و دو عنصر مادی و روانی یک رابطه طولی است نه عرضی و بدین ترتیب بحث از عنصر قانونی به طور مجزای از عنصر مادی و روانی موضوعیت ندارد.

حقوق داخلی به تعریف قاچاق انسان پرداخته و در سایر مواد به تعیین مجازات آن پرداخته است. لازم به ذکر است که وارد کردن یا خارج کردن افراد از کشور بدون استفاده از وسایل اشاره شده در قانون و بدون قصد فحشا و یا سایر مقاصد مصرح در قانون عنوان قاچاق ندارد. در اسناد بین‌المللی پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات اشخاص به‌ویژه زنان و کودکان و کنوانسیون SAARC برای پیشگیری و مبارزه با قاچاق کودکان و زنان به منظور بهره‌کشی جنسی مورد توجه قرار می‌گیرد.

۱-۳-۱-۲ عنصر مادی

حقوق جزا پندار نکوهیده و قصد سوء را تا زمانی که مادّاً به منصفه ظهور نرسیده است به مجازات نمی‌رساند. برای مثال اگر کسی به قصد قتل به سوی جسدی که آن را زنده می‌انگارد و یا حیوانی که آن را انسان می‌پندارد تیراندازی کند علی‌رغم انجام عمل

^۱ مضمونمیار، همان، ص ۱۳۴

و برخورداری از سوءنیت وی مقصر به ارتکاب قتل نخواهد بود. دلیل این امر آن است که در این حالت بخشی از عنصر مادی جرم ناقص است به طور کلی باید گفت که عنصر مادی متشکل از سه جزء است.^۱

الف) رفتار فیزیکی: مجموعه شرایط و اوضاع و احوالی که وجود یا عدم آنها از نظر قانون شرط تحقق جرم است ج: نتیجه حاصله از رفتار متهم که باید رابطه علیت با جزء الف را داشته باشد تشکیل می‌گردد.^۲

۱-۳-۳- عنصر روانی

عنصر روانی این جرم از دو جزء سوءنیت عام و خاص تشکیل می‌گردد. منظور از سوءنیت عام اراده آگاه عامل در ارتکاب جرم است و این امر متضمن علم مرتکب به موضوع جرم و قانون است. جزء دوم عنصر روانی جرم قاچاق انسان به منظور بهره‌کشی جنسی سوءنیت خاص یعنی قصد بهره‌کشی جنسی از انسان دیگری در سرزمین دیگر مطابق کنوانسیون SAARC و کنوانسیون اتحادیه اروپاست.^۳

۲- عوامل اساسی در تحقق قاچاق انسان

۲-۱- عوامل مربوط به قربانیان جرم قاچاق

۲-۱-۱- فقر اقتصادی

یکی از مهم‌ترین عوامل قربانی شدن افراد در امر قاچاق انسان فقر اقتصادی و گسترش دامنه فقر بر روی افراد به‌ویژه زنان و دختران است به عبارت دیگر فقر به وجود آورنده و حفاظت کننده قاچاق انسان است لذا زنان و دختران فقیر از عواملی است که زنان

^۱ عاشوری، همان، ص ۹۰

^۲ نادر پور، صمیم احمد، بازار گرم قاچاق بران انسان در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ص ۴۳

^۳ عاشوری، همان، ص ۸۷

و دختران باراراده به سویی باندهای قاچاق می کشاند با این امید که خانواده خود را از حیث مالی تأمین و آینده اقتصادی زندگی خویش را تضمین کنند و این فقر نیز از جمله ناشی از عدم دسترسی زنان و دختران به فرصت های شغلی مناسب و آموزش های رسمی در کشور است. دکتر انور احمدی راد معتقد است که بیشتر زنان و دخترانی که با پدیده قاچاق انسان درگیر هستند زنان و دخترانی هستند که در مناطق محروم اقتصادی زندگی می کنند که از تحصیلات نیز محروم هستند و عضو طبقات محروم جامعه هستند و لذا فقر و نابرابری مطلق دست قوادان و قاچاقچیان را باز می کند.^۱

۲-۱-۲- ناسازگاری خانوادگی

از جمله عوامل زمینه ساز دیگر در قربانی شدن افراد در امر قاچاق انسان برای بهره کشی جنسی و اقتصادی عوامل مربوط به محیط خانوادگی قربانیان و نابسامانی های حاکم بر آن و فشارهایی که محیط موجود بر اعضای آن وارد می کنند است. فقر فرهنگی و نارسایی فرهنگی و سایر نابسامانی ها در محیط خانواده مثل انواع خشونت ها نسبت به زنان و دختران از قبیل ناسازگاری با والدین ، ازدواج اجباری ، اعتیاد والدین ، طلاق - کثرت فرزندان و تبعیض میان آنان و تضعیف خانوادگی و باورهای اخلاقی و دینی در این زمینه بسیار تأثیرگذار است. لذا بر اساس تحقیقات صورت گرفته ۸۰ درصد دختران فراری از خانواده های طلاق هستند و بیشتر آمار قاچاق زنان و دختران نیز از طریق همین دختران فراری صورت می گیرد.^۲

^۱ یزدی ، همان ، ص ۹۳

^۲ نادر پور ، صمیم احمد ، بازار گرم قاچاق بران انسان در افغانستان ، کابل ، نشر میوند ، ۱۳۹۲ ، ص ۷۸

۲-۱-۳- فقر فرهنگی

ا روزه فقر فرهنگی و نارسایی فرهنگی یکی از عوامل زمینه‌ساز در بروز این معضل است و اغلب دختران و زنانی که طعمه باندهای قاچاق می‌شوند غالباً افرادی هستند که تحصیلات کمی دارند و از فقر فرهنگی و ضعف اعتقادات مذهبی و دینی و اخلاقی رنج می‌برند و لذا سجایای اخلاقی بهترین مانع برای جلوگیری از این معضل است.

۲-۲- عوامل مربوط به قاچاقچیان و دلالان

۲-۲-۱- منفعت و سود این جرم

از جمله عوامل گرایش قاچاقچیان به این عمل کثیف منفعت و درآمد بسیار بالای قاچاق انسان برای مرتکبین آن است و تجارت انسان بعد از مواد مخدر واسطه سومین کالای پر سود به مشار می‌رود و امتیاز این کالا نسبت به آن دو این است که درجه ریسک آن پائین بوده و درآمد کمی از آن عاید قربانیان شده و بیشترین درآمد را نصیب دلالان می‌کند.^۱

۲-۲-۲- سوء استفاده از عملکرد نهادهای قضایی

قاچاقچیان همواره از خلاء های قانونی موجود به نفع خویش نهایت استفاده را می‌برند و از ضعف عملکرد نهادها و نیروهای امنیتی و انتظامی برای مفاصد پلید خود نیز استفاده می‌کنند چراکه اهمال و کوتاهی در زمینه سرکوب و دستگیری عاملان از سوی نهادهای عدالت کیفری موجب افزایش قاچاق انسان و جسارت قاچاقچیان در ادامه دادن با فعالیت خود می‌شود و با هر چیزی هم که برخورد نشود افزایش پیدا می‌کند عدم کنترل مرزها - تحت پیگیری قانونی قرار گرفتن قربانیان - اختیار شوهر دادن دختر قبل از سن قانونی با رضایت والدین از عوامل سوء استفاده قاچاقچیان است.^۲

^۱ شاکری، احمد فواد، عوامل موثر بر قاچاق و مهاجرت‌های غیرقانونی، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۴، ص ۸۹

^۲ نادر پور، صمیم احمد، بازار گرم قاچاق بران انسان در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲، ص ۱۱۲

۳-۱-۲- قاجاق انسان

در ماده ۵۱۱ کود جزای افغانستان آمده است که:

۱- شخصی که مرتکب جرم قاجاق انسان گردد، حسب احوال به حبس طویل تا ده سال، محکوم می‌گردد.

۲- هرگاه مجنی علیه طفل یا زن باشد، مرتکب به حبس طویل که پیش از ده سال است محکوم می‌گردد.

۳- هرگاه با مجنی علیه زنا یا لواط صورت گرفته باشد مرتکب علاوه بر جزای پیش‌بینی شده‌ای جرم قاجاق انسان به مجازات جرم زنا یا لواط نیز محکوم می‌گردد.^۱

۴-۱-۲- قطع عضو یا معلولیت مجنی علیه

در ماده ۵۱۳ کود جزا آمده است که: هرگاه به اثر جرم اختطاف یا قاجاق انسان عضوی از اعضای بدن مجنی علیه تلف یا معیوب گردد، مرتکب به جزای جرح عمدی و اگر منجر به مرگ شود به جزای پیش‌بینی شده قتل عمدی، محکوم می‌گردد.^۲

۱- شخصی که عضو یا انساج بدن مجنی علیه مندرج این قانون را قطع و برداشت نموده ولی منتج به مرگ وی نگردد، حسب احوال به حبس طویل محکوم می‌گردد.

۲- هرگاه عمل مندرج فقره (۱) این ماده منجر به مرگ مجنی علیه شود، مرتکب حسب احوال به مجازات حبس دوام یا اعدام محکوم می‌گردد.^۳

^۱ سروری، همان، ص ۸۷

^۲ نژدانی، همان، ص ۹۳

^۳ سروری، همان، ص ۸۹

۵-۱-۲- مجازات شخص حکمی

بر اساس ماده ۵۱۵ کود جزاء

- ۱- هرگاه جرم قاچاق انسان توسط شخص حکمی ارتکاب یابد، حسب احوال علاوه بر مجازات فاعل و شرکا، شخص حکمی به جزای نقدی مبلغ سه تا پنج ملیون افغانی و سلب جواز فعالیت، محکوم می گردد.
- ۲- جرمه مندرج فقره (۱) این ماده به پیشنهاد ستره محکمه، تصویب شورای وزیران و منظوری رئیس جمهور تعدیل شده می تواند.

۲-۲- مجازات قاچاق انسان در اسناد بین المللی

اعلامیه جهانی حقوق بشر ماده ۴: احدی را نمی توان در بردگی نگهداشت و داد و ستد بردگان به هر شکلی که باشد ممنوع است.

قاچاق انسان به ۳۵ میلیارد دالر گردش مالی سومین تجارت بزرگ جهان پس از قاچاق اسلحه و مواد مخدر است. این پدیده به عنوان صورتی مدرن از برده داری یک جنایت سازمان یافته فراملی است با این تفاوت از برده داری سنتی که در برده داری کلاسیک در طول چهار قرن برده داری مجموعاً ۱۱/۵ میلیون سیاه پوست آفریقایی استثمار شده اند در حالی که اکنون بیش از ۲۰۰ میلیون نفر از نژادهای مختلف به نحوی در سلطه یا اختیار قاچاقچیان، زنان و کودکان هستند. سالانه ۲۴۰۰۰۰۰ نفر از کشورهای در حال توسعه قاچاق می شوند که نیمی از آنان کودکان هستند. از این تعداد بیش از ۱۰۰۰۰۰ نفر به ایالات متحده امریکا انتقال می یابند که عمدتاً از السالوادور- مکسیکو- چین ویتنام قاچاق می شوند البته عمدتاً استفاده از قاچاق انسان بهره کشی جنسی است،^۱ ولی در امریکا این اشخاص به کارهای سخت، بدون دستمزد، بدون تعطیلی هفتگی و با ساعات کار بسیار بالا گمارده می شوند از نیروی کار این افراد در

^۱ یزدی، همان، ص ۹۰

مراکز دوخت لباس‌ها، برداشت محصولات مزارع، شستشوی ظروف رستوران‌ها، تمیز کردن اتاق هتل‌ها و ساخت‌وساز ادارات و خانه‌ها استفاده می‌شود. اما همین‌طور که گفته شد قاچاق انسان یک جنایت سازمان‌یافته فراملی است، در اینجا به‌اختصار ویژگی‌های جنایت سازمان‌یافته فراملی اشاره می‌شود. ویژگی‌های یک گروه جنایت‌کار سازمان‌یافته فراملی عبارت‌اند از:

- ۱- حداقل ۳ نفر عضو گروه باشند.
 - ۲- سلسله‌مراتب، رئیس و تقسیم‌کار وجود داشته باشد.
 - ۳- ضمانت اجرای بی‌رحمانه جریان داشته باشد.
 - ۴- هر وسیله‌ای برای رسیدن و نیل به هدف مجاز باشد.
 - ۵- سعی و اهتمام اعضای باند بر نفوذ بر حکومت‌ها و مراکز قدرت باشد.
 - ۶- خشونت و حذف فیزیکی در آن‌ها معمول باشد.
 - ۷- و مهم‌تر از همه تحصیل منافع مادی هدف باشد.^۱
- توضیح اینکه تحصیل منافع مادی وجه ممیزه جنایت سازمان‌یافته فراملی با تروریسم است که در آن منافع مادی هدف نیست و ارعاب و خشونت در جهت رسیدن به اهداف سیاسی قصد و نیت تروریست‌هاست. نکته دیگر که باید به آن توجه کرد تفکیک جنایت قاچاق انسان از قاچاق انسان است برای نیل به این مقصود یادآور می‌شوم هردوی این جنایات ضمن اینکه موضوع‌شان افراد بشر است و از کشورهای توسعه‌نیافته به کشورهای توسعه‌یافته قاچاق صورت می‌گیرد، جنایاتی سازمان‌یافته و فراملی هستند، ولی تفاوت‌هایی به شرح زیر دارند.^۲

^۱سلطانی، همان، ص ۱۴۳

^۲مظلومیار، همان، ص ۹۸

اولاً در قاچاق انسان قاچاق هدف است و موضوعیت دارد و با انجام قاچاق به مقصد، بزه خاتمه می‌یابد، درحالی‌که در قاچاق اشخاص قاچاق طریقت دارد و تازه بعد از ورود به خاک کشور مقصد جرایم و جنایات شروع می‌شود.^۱

ثانیاً قاچاق مهاجران همه مهاجران را در برمی‌گیرد و البته بیشتر مردان هدف این قاچاق هستند درحالی‌که در قاچاق اشخاص، زنان و کودکان قربانیان جنایت‌اند.^۲

ثالثاً در قاچاق اشخاص خشونت و سوءاستفاده جنسی وجود دارد که در قاچاق مهاجران به‌صورت حاد ملاحظه نمی‌شود.^۳ در اینجا به ارایه معنای واژه قاچاق انسان مندرج در بند الف ماده ۳ «پروتوکل پیشگیری، منع و مجازات قاچاق اشخاص به‌ویژه زنان و کودکان» اشاره می‌شود:

قاچاق انسان اطلاق می‌شود به استخدام، حمل، انتقال، پناه دادن یا تحویل گرفتن اشخاص با توسل به تهدید، اعمال زور یا سایر اشکال ارعاب، ربودن، تقلب، سوءاستفاده از قدرت یا موقعیت آسیب‌پذیری، پرداخت یا دریافت وجه یا مزایا به‌منظور تأمین رضایت یک شخص برای در دست گرفتن کنترل شخصی دیگر با هدف استثمار، در حداقل استثمار برای فحشا، واداشتن دیگران یا سایر اشکال استثمار جنسی، انجام کار یا خدمات به‌صورت اجباری، بردگی یا اعمال مشابه بردگی بندگی یا قطع اعضای بدن است.^۴

^۱ مظلومیار، همان، ص ۱۲۳

^۲ مظلومیار، همان، ص ۱۲۳

^۳ سروری، همان، ص ۳۴

^۴ مظلومیار، همان، ص ۱۲۴

نتیجه‌گیری

بسیاری از تحلیل‌گران و ناظران مسایل انسان بر این اعتقادند که آنچه امروزه به‌صورت جرم قاچاق انسان مطرح‌شده و در جهان کنونی ابعاد بسیار هراس‌انگیزی پیدا کرده است، نسبت رابطه‌های با مسایل بردگی دارد که سرانجام در اواخر سده‌ی نوزدهم و ابتدای سده‌ی بیستم پس از قرن‌ها ملغی شد؛ ولیکن برخی از ابعاد و رویه‌های مشابهی آن به‌گونه‌ای همچنان باقی‌مانده است. حجم عظیم قاچاق انسان که به‌صورت یک موج از ابتدای دهه‌ی ۱۹۹۰ شدت گرفت، از نظر برخی از تحلیلگران مشابهتی با برده‌داری و خریدوفروش شکل مدرن بردگی «یا» بردگی نوین «برده داشته است؛ از همین رو قاچاق انسان را نامیده‌اند. در مورد قاچاق انسان و زنان برای فحشا و ارتباط آن وصف‌های مجرمانه جزایی نیز می‌توان این نکته را اذعان داشت که هرچند این پدیده با عناوینی هم چون قواعدی و خریدوفروش انسان تداخل دارد؛ اما هیچیک از این عناوین قابل‌تعمیم به موارد قاچاق مهاجران برای بهره‌کشی و قاچاق زنان مهاجر برای فحشا نیست؛ پس می‌توان اشکال گوناگون قاچاق زنان را جرم تعزیری تلقی کرد و بسته به مراتب جرم و خصوصیات مرتکبان مجازات مناسب و کارآمد و درعین حال انسانی را پیش‌بینی کرد. در حال حاضر تجارت دختران، زنان جوان، اطفال و اعضای بدن توسط باندهای قاچاق انسان از نقاط مختلف جهان به اروپا و دیگر مناطق جهان ابعاد گسترده‌تری پیدا کرده است.

قاچاقچیان انسان زنان، دختران اطفال... جویای کار را با وعده‌ی شغل مناسب و درآمد سرشار فریب می‌دهند و آنان را چون بردگان و اسیران قرون گذشته در انبار کشتی‌ها پنهان می‌کنند و با وضع رقت باری به کشورهای اروپایی یا دیگر کشورهای مقصد می‌رسانند. اما بسیاری از این مهاجران غیرقانونی به چنگ باندهای مافیایی می‌افتند و سر از مراکز فساد درمی‌آورند.

افزایش قاچاق انسان که به خاطر سود سرشاری که نصیب قاچاقچیان می‌کند به‌صورت یک فاجعه‌ی جهانی درآمده است. دولت‌ها نیز باهم می‌کوشش‌ها و اجرای

طرح‌هایی برای مبارزه با این پدیده‌ی شوم، هنوز نتوانسته‌اند توفیقی در جلوگیری از قاچاق انسان به دست آورند. به‌طور کلی، می‌توان گفت که قاچاق زنان و کودکان شکل جدید و امروزی برده‌داری و پدیده‌ای در حال رشد است و شکل، میزان و پیچیدگی آن دائم در حال تغییر است.

در مورد قاچاق انسان ذکر این نکته لازم است که تقریباً هیچ نقطه‌ای از جهان را نمی‌توان یافت که به‌نوعی از این پدیده و پیامدهای شوم آن معاف باشد. اما برخی از مناطق جهان به‌طور سستی و یا به دلایل دیگر بیش‌تر با آن دست‌به‌گریبان هستند از آن جمله افغانستان و این مسئله در آنجا نمود بیشتری دارد. در مورد اسناد بین‌المللی نیز می‌توان گفت که از آغاز سده‌ی بیستم چندین سند بین‌المللی برای سرکوب قاچاق زنان تدوین شد که مورد تصویب دولت‌ها قرار گرفت. اما هیچ‌یک از آن اسناد بین‌المللی که تا پیش از پروتکل پیش‌گیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص به‌ویژه زنان و کودکان به تصویب رسیده‌اند نتوانسته‌اند موفقیتی در سرکوب یا پیشگیری از این جرم داشته باشند. نکات ضعف اساسی موجود در این اسناد، عمده‌ترین مانع دستیابی آن‌ها به اهداف مقرر گشته برایشان محسوب می‌شود. به‌عبارت دیگر اسناد بین‌المللی که تاکنون تدوین گشته‌اند، از امکان و توان پیش‌گیری و سرکوب کامل قاچاق انسان برخوردار نیستند.

منابع مأخذ

الف (کتب

- ۱- باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر نی، ۱۳۸۷
- ۲- سلطانی، محمد یاسین، جرایم علیه بشریت، کابل، نشر سعادت، ۱۳۹۰
- ۳- سروری، هارون، مجازات قصاص، دیات، تعزیرات، حدود، در حقوق جزایی افغانستان، کابل، نشر سعادت، ۱۳۹۳
- ۴- سامانیان، بیژن، حقوق بین‌الملل عمومی ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۸۹
- ۵- شامران، سمیع، از قاچاق تا قاچاقبر، تهران، نشر نو، ۱۳۹۳
- ۶- شیدا، ناصر، پروتوکول‌های منع خشونت علی زنان و اطفال و منع قاچاق و سوءاستفاده از آن‌ها، تهران، موسسه عدالت، ۱۳۸۷
- ۷- شاکری، احمد فواد، عوامل موثر بر قاچاق و مهاجرت‌های غیرقانونی، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۴

- ۸- عبدالله، نظام‌الدین، شرح قانون جزای افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۰
- ۹- عاشوری، سید یحیی، درآمد بر قانون جزای افغانستان، کابل، نشر میوند، سال ۱۳۹۰
- ۱۰- علی پور، نسرتین، آثار و پیامدهای سوءاستفاده از اطفال و زنان، تهران، نشر نو، ۱۳۹۲
- ۱۱- مظلومیاری، رضا، جرم‌شناسی قاچاق انسان، تهران، نشر سمت، ۱۳۹۰
- ۱۲- نادر پور، صمیم احمد، بازار گرم قاچاق بران انسان در افغانستان، کابل، نشر میوند، ۱۳۹۲
- ۱۳- یزدانی، عبدالله، جرم‌شناسی اسلامی، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰
- ۱۴- یزدی، حسن فر، جزا و جرم‌شناسی، تهران، نشر سمت، ۱۳۸۷

دیدار و گفتگوی دکتر عبدالصیر انور وزیر عدلیه با رئیس بخش حاکمیت قانون یوناما



۱ حوت ۱۳۹۷

جلالتمآب دکتر عبدالصیر انور وزیر عدلیه کشور، خانم رومانا شویگر، رئیس بخش حاکمیت قانون یوناما را پس از چاشت امروز در دفتر کارش به حضور پذیرفت. در این دیدار، دو طرف روی قانون شوراها و جرگه ها و سایر موارد مورد علاقه بحث و گفتگو نمودند.

منبع: آمریت مطبوعاتی

**دیدار و گفتگوی دکتر عبدالصیر انور وزیر عدلیه کشور با
رییس عمومی پروگرام حمایت سکتور عدلی (JSSP)
در افغانستان**



۷ حوت ۱۳۹۷

جلالتمآب دکتر عبدالصیر انور وزیر عدلیه کشور، رییس پروگرام حمایت سکتور عدلی افغانستان را پس از چاشت دیروز در دفتر کارش به حضور پذیرفت. در این دیدار، دو طرف در باره‌ی مدیریت سیستم ثبت قضایا، پلان‌های آینده وزارت عدلیه، مسایل مرتبط به تقنین و سایر موارد مهم، بحث و گفتگو نمودند.

منبع: آمریت مطبوعاتی

تحويل دهی مدیریت دیتابیس آنلاین قاچاق انسان و قاچاق مهاجران به وزارت عدلیه از سوی سازمان بین المللی مهاجرت



۴ حوت ۱۳۹۷

مدیریت بانک معلوماتی و یا دیتابیس آنلاین قاچاق انسان و قاچاق مهاجران از سوی آقای لورانس هارت نماینده و رییس هیئت مأموریت سازمان بین المللی مهاجرت در افغانستان و همکاران شان به جلالتمآب دکتر عبدالصیر انور وزیر عدلیه و رییس عمومی کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران کشور، امروز تحويل داده شد.

هدف از ایجاد و تحویل دهی این دیتابیس به کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، ثبت معلومات قربانیان قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، ثبت معلومات مرتبط به قاچاق بران انسان، حمایت از قربانیان قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و ایجاد هماهنگی میان اداره‌های عضوی کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران در راستای مبارزه مؤثر با پدیده قاچاق انسان و قاچاق مهاجران می‌باشد.

در این مراسم، دکتر عبدالصیر انور وزیر عدلیه و رئیس کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران گفت: ایجاد این دیتابیس یک اقدام مهم و قابل ستایش است. انتظار ما این است که این دیتابیس، قابلیت ثبت معلومات را با جزییات و به تفکیک اهمیت قضیه داشته باشد تا پس از این، در مورد وضعیت قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، معلومات جامع و دقیق داشته باشیم.

وزیر عدلیه به رئیس سازمان بین المللی مهاجرت همچنان گفت که انتظار می‌رود تا حمایت‌های تان را به بخش مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران این وزارت، ادامه دهید.



آقای لورانس هارت رئیس سازمان بین المللی مهاجرت از توجه و تمرکز وزیر عدلیه و سکرتریت کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران مبنی بر ایجاد این دیتابیس ابراز سپاس نمود. وی همچنان گفت که به منظور تجهیز دفترهای

ولایتی این کمیسیون و آموزش مسئولان آن در ولایت‌ها، حمایت‌های شان را ادامه می‌دهند. آقای هارت اضافه کرد که هم‌اکنون دیتابیس آنلاین قاچاق انسان و قاچاق مهاجران در ولایت‌های (ننگرهار، بلخ، تخار، قندهار، نیمروز، خوست، هرات، فراه و بدخشان) ایجاد و فعال گردیده است .

گفتنی است که این دیتابیس از سوی کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران وزارت عدلیه و سازمان بین‌المللی مهاجرت به همکاری مالی USAID پس از شش ماه تلاش، ایجاد گردیده است.

منبع: آمریت مطبوعاتی



برگزاری نخستین کنفرانس ملی "وضعیت شناسی جایگاه زنان در افغانستان"



۱۶ حوت ۱۳۹۷

در کنفرانسی که به منظور بزرگداشت از روز جهانی زن از سوی وزارت عدلیه در کابل برگزار گردیده بود، شماری از مقام های عالی رتبه دولتی، نمایندگان سفارت های مقیم کابل و نهادهای بین المللی، استادان، محققان کشور و فعالان حقوق زن اشتراک داشتند.

کنفرانس ملی وضعیت شناسی جایگاه زنان در افغانستان نخستین نشستی بود که به پیشواز از هشت مارچ، روز جهانی زن با رویکرد متفاوت برگزار گردید. در پنل اول

این نشست، مقامات عالی رتبه حکومتی درباره کارکردهای ادارات خود در جهت تقویت جایگاه زنان صحبت کرده و به پرسش های اشتراک کنندگان پاسخ گفتند. در پنل دوم، ۴ نویسنده از ۱۰ نویسنده مقالات برتر، یافته های تحقیق خود را در رابطه با جایگاه زنان در افغانستان با اشتراک کنندگان شریک ساختند. قابل ذکر است که از میان ۶۰ مقاله علمی-تحقیقی ارسالی به دبیرخانه کنفرانس ملی وضعیت شناسی جایگاه زنان در افغانستان، ۱۰ مقاله برتر شناخته شد و از این میان، ۳ مقاله مستحق جوایز گردیدند.



وزیر عدلیه کشور در این نشست ضمن قدردانی از داکتر زکیه عادلۃ معین امور اجتماعی وزارت عدلیه برای برگزاری این کنفرانس، گفت: حضور زنان در سطوح بلند مدیریتی این وزارت نه تنها سمبولیک نمی باشد بلکه آنها به شایستگی به موقف خود دست یافته اند و در بسیاری موارد از وزارت عدلیه به خوبی نمایندگی می کنند. وی هم چنان تعهد نمود که فرصت های بیشتری را برای زنان در اداره های حقوق و سایر بخش ها ایجاد نماید.

داکتر میرویس بلخی، وزیر معارف کشور نیز برگزاری این کنفرانس را ابتکاری موثر برای جامعه عنوان کرد و از دستاوردها و اقدامات وزارت معارف برای تقویت جایگاه زنان یادآور شد. در ادامه خانم سپوژمی وردک معین پالیسی وزارت زنان و خانم انیسه

رسولی، رییس عمومی محکمه استیناف مبارزه با جرایم سنگین از کارکردهای ادارات خود درباره زنان صحبت کردند.



در پایان داکتر زکیه عادل، معین امور اجتماعی وزارت عدلیه ضمن قدردانی از حضور مهمانان و زحمات همکاران، مهم ترین اهداف برگزاری کنفرانس را چنین برشمرد: ۱- فراهم آوری زمینه ی پاسخگویی مسوولین و مقامات حکومتی در خصوص کارکردهای خود برای تقویت جایگاه زنان در افغانستان ۲- افزایش انگیزه علاقه مندان تحقیق در حوزه زنان ۳- آسیب شناسی علمی جایگاه زنان در افغانستان ۴- تولید و نشر مجموعه مقالات با هدف ایجاد یک اثر علمی-تحقیقی ماندگار. قابل یادآوری است مقالات برتر در ویژه نامه ای به همین منظور به چاپ خواهد رسید و در اختیار علاقمندان و محققان قرار خواهد گرفت.

منبع: آمریت مطبوعاتی

برگزاری برنامه آگاهی‌دهی اهداف انکشاف پایدار از سوی وزارت عدلیه و وزارت اقتصاد



چهارشنبه، ۲۲ حوت ۱۳۹۷

وزارت عدلیه جمهوری ا.ا به همکاری وزارت اقتصاد، برنامه آگاهی‌دهی از اهداف انکشاف پایدار و تعهدات دولت افغانستان مبنی بر انطباق‌دهی برنامه‌های حکومت با اهداف انکشاف پایدار و تطبیق آن و نقش مؤثری اهداف مذکور در فراهم‌سازی زمینه‌های بهتر رفاه و آسایش جمعی را برگزار نمود.

در این برنامه که جمع کثیری از رؤسا و کارمندان وزارت عدلیه اشتراک نموده بودند، موضوعات چون: تفاوت‌های اهداف انکشاف پایدار و اهداف انکشاف هزاره،

اهداف هفده گانه انکشاف پایدار، تمرکز اهداف انکشاف پایدار، اهمیت اهداف انکشاف پایدار برای افغانستان، چالش‌های موجود در تطبیق اهداف انکشاف پایدار در افغانستان و مراحل تطبیق آن، ساختار اهداف انکشاف پایدار- افغانستان... و سایر موارد، مورد بحث قرار گرفت.

در سال ۲۰۱۵ نمایندگان ۱۹۳ کشور جهان گرد هم آمدند و به منظور جلوگیری از قحطی، خشک‌سالی، جنگ، آفت‌ها و فقر که بخش عظیمی از جهان را زیر تاثیر آورده است، برنامه مشترک اهداف انکشاف پایدار را ایجاد نمودند تا پاسخگوی مشکلات جهان باشد.

اهداف انکشاف پایدار یک چارچوب برای انکشاف جهانی است که برای سال‌های ۲۰۱۵ الی ۲۰۳۰ ترتیب گردیده است. پیش از این، اهداف انکشافی هزاره (MDG) یا برنامه انکشافی سازمان ملل متحد برای انکشاف متوازن کشورهای در حال توسعه و کشورهای کمتر توسعه یافته، وجود داشت که تا سال ۲۰۱۵ تطبیق گردید.

عمده ترین اهداف انکشاف پایدار را، محو فقر، از بین بردن گرسنگی، زندگی صحت‌مند، آموزش باکیفیت، تساوی جنسیتی، آب پاک و بهداشت، انرژی پاک و ارزان، کار مناسب و رشد اقتصادی، صنعت- نوآوری و زیرساخت‌ها، کاهش نابرابری، شهرها و جوامع پایدار، تولید و مصرف مسوولانه، اقدامات برای اقلیم، زندگی روی زمین، صلح/ عدالت و نهادهای نیرومند و مشارکت برای اهداف تشکیل می‌دهد.

منبع: آمریت مطبوعاتی