

دليات

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

ماهانه تخصصي، حقوقی و فرهنگي - سال بیست ويکم / شماره مسلسل ۲۰۵ / حوت ۱۳۹۸

نشانی: ناجیہ ششتم، افشار دارالامان، سرک شہر کے امید سبز، وزارت عدالیہ ج.ا.ا، ریاست نشرات، مدیریت مجلہ عدالیہ

هیأت تحریر:

- ❖ الحاج سید محمد هاشمی،
قانونیوہ محمد اشرف رسولی،
قانونوال عبدالقدیر قیومی،
پوهاند نصرالله ستانکری،
قانونپال فهیمہ واحدی،
دکتور مفتی محمدولی حنیف،
قانونمل محمد رحیم دقیق،
دکтор عید محمد احمدی
دکتور غلام حضرت برہانی،
حليم سروش،

صاحب امتیاز

وزارت عدالیہ د. ج. ا.ا

مدیر مسؤول

حليم سروش
(۰۷۹۹۴۰۲۹۳۶)

ویراستار

عبدالقیوم قیومی

دیزاین جلد

صحابہ سیرت و

مرتضی کمیل و کیلیان

امور تایپ و صفحہ آرائی

صحابہ سیرت

Website: www.moj.gov.af

E-mail: adalat@moj.gov.af

تیراڑ چاپ: (۵۰۰) جلد

قيمت اين شماره: (۱۱۷,۶) افغانی

چاپ: مطبعہ پرویز

یادآوری به نویسنده‌گان

- (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 نتیجه گیری نهایی باشد. چکیده باید به گونه‌ای نوشته شود که محتوای مقاله را به اختصار بیان کند.
- (۵) چکیده فارسی یا پشتیوی 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 / نویسنده‌گان، 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 ایترنی: نام و نام خانوادگی نویسنده، (تاریخ دریافت مطلب (از سایت)، «عنوان مطلب در داخل گیومه»، نام سایت ایترنی و بالاخره آدرس کامل سند در سایت مزبور.
 - d. هرگاه به منبع اشاره شود که قبلًا معرفی شده و تفاوتی حتا در صفحه مورداستفاده نداشته باشد، کلمه «همان» (یا در انگلیسی Ibid) آورده شود.
 - e. درصورتی که صفحه مورداستفاده تفاوت داشته باشد؛ کلمه «پیشین» (در انگلیسی op.cet) و صفحه مورداستفاده آورده شود.
- (۷) معادل لاتین نام‌های خارجی و اصطلاحات مورداستفاده در نوشته در پایین صفحه آورده شود.
- (۸) هرگاه مقاله ارسالی ترجمه باشد، نام نویسنده و منبع موردنظر 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) مطلب ارسال شده پس فرستاده نمی‌شود.
- (۱۲) مقاله ارسالی نباید قبلًا در مجله یا سایت ایترنی دیگری نشر شده باشد.

فهرست

مقالات‌ها

- ◀ برسی تطبیقی حالات ضرورت و اضطرار و جایگاه کود جزای افغانستان **ڈاکر حسین رضایی** ۴
- ◀ برسی حقوق زندانیان در اسلام و قوانین نافذه کشور **محمد ولی حنیف** ۳۵
- ◀ قرارداد اختیار معامله در حقوق افغانستان و اصلاحات ۲۰۱۶ حقوق مدنی فرانسه **مرتضی محقق** ۵۱
- ◀ برسی فقهی و حقوقی وصیت واجبه **سید علی اکبر حیدری و عبدالملک بیک** ۷۲
- ◀ خلع از نظرفقه و قانون مدنی افغانستان **رویا دقیق** ۸۹
- ◀ نگاه حقوقی به نظام مالی افغانستان **ممتاز احمدی** ۱۲۹

گزارش‌ها

- ◀ گزارش کامل وزارت عدله در کنفرانس خبری پاسخ‌دهی حکومت به ملت ۱۵۴
- ◀ امضای تفاهم‌نامه همکاری میان وزارت عدله و بنیاد بین‌المللی حقوقی افغانستان ۱۵۸
- ◀ فراغت ۱۳۷ دانش‌آموخته ستاز تقنینی وزارت عدله ۱۶۰

بررسی تطبیقی حالات ضرورت و اضطرار و جایگاه کود جزای افغانستان

ذاکر حسین رضایی

چکیده

ضرورت و اضطرار بعنوان یکی از موانع مسئولیت جزایی، به دلیل آثار و احکام ویژه خود، گاه بعنوان یکی از علل موجهه جرم و گاه بعنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت جزایی، همواره در مباحث حقوقی مطرح است. درخصوص حالت اضطرار و ضرورت بین علمای حقوق نظریات متفاوت مطرح اند. برخی بین این دو حالت فرق قائل نیست. عده‌ای تفاوت ظاهری قائل اند. اما در یک بررسی دقیق حقوقی، این نتیجه حاصل می‌شود که مفاهیم ضرورت و اضطرار از لحاظ ماهوی باهم متفاوت اند. هرگاه موضوع نیاز شخصی مطرح باشد و فرد برای رفع نیاز شخصی خود یا کسانی که مسئولیت در قبال آنان داشته و نیاز ایشان، نیاز او محسوب شود، مرتكب جرمی گردد، حالت اضطرار پدید آمده است. در مقابل هرگاه نیاز شخصی در بین نباشد، لیکن حفظ جان، مال و یا عرض شخص دیگری در معرض خطر بوده و اقدام فردی غیر از مضط

موجب رفع خطر گردد، این اقدام تحت عنوان ضرورت قابل توجیه و غیر قابل مجازات خواهد بود. اعم از اینکه منشاء خطر داخلی و یا خارجی بوده و یا خطر متوجه فرد، گروه و یا جامعه باشد. کوچکی افغانستان با استفاده از ترجمه مفهوم "صرف حالت اضطرار را جرم انگاری نموده و آنرا از جمله عوامل رافع مسئولیت جزایی دانسته اند.

کلیدوازه ها: اضطرار، ضرورت، عوامل رافع مسئولیت جزای، علل موجهه جرم، کوچکی افغانستان.

علل

مقدمه

موانع مسئولیت جزایی در حقوق جزا به دو دسته عمده و اساسی موسوم به علل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت جزایی تقسیم می شوند. منظور از علل موجهه جرم مجموعه اوضاع و احوال و شرایط عینی است که مانع وصف مجرمانه می گردد. یعنی گاه رفتار ظاهر مجرمانه دارد، لیکن از آنجا که قانونگذار تحت شرایطی خاص آنرا مشروع دانسته است، به دلیل فقدان عنصر قانونی، اساساً جرم محسوب نشده و هیچ یک از آثار و تبعات عمل مجرمانه و حتی مسئولیت مدنی و ضمان مالی بر آن بار نمی شود. طوریکه مصادیق این دسته در ماده ۱۱۸ کود جزا شامل رضایت مجنی عليه، ایفای وظیفه، امر آمر قانونی و دفاع مشروع ذکر شده است. اما علل رافع مسئولیت جزایی مجموعه شرایط، اوضاع و احوالی ذهنی است که مانع انتساب رفتار مجرمانه به مرتكب می گردد. بعبارت دیگر، گاه قانونگذار رفتاری را که جرم تلقی کرده و برای آن مجازات درنظر گرفته است، بواسطه وجود حالت یا خصوصیتی که در مرتكب آن وجود دارد، قابل انتساب به وی ندانسته و مسئولیت جزایی را زایل دانسته اند. این رفتارها بر عکس نوع نخست ماهیتی مجرمانه دارند، وصف مجرمانه از بین نمی رود و تنها به دلیل شرایط و حالات شخص مرتكب،



مسئولیت جزایی را زائل می‌گرداند ولی مسئولیت مدنی و ضمان باقی می‌ماند. این عوامل از اینکه منشاء داخلی یا خارجی داشته باشند یا عامل ایجادی آن انسان یا غیر انسان باشد به جهت اینکه بر آزادی اراده مرتكب تأثیری می‌گذارد و موجب زوال یا تخدیش اراده می‌گردد، عوامل رافع مسئولیت جزایی نامیده شده اند. مصادیق این دسته از موانع مسئولیت جزایی در ماده ۸۸ کود جزای کشور شامل جنون، مستی، خواب و بی هوشی، طفویلت، اضطرار و اکراه ذکر شده است.

تفکیک و تمایز بین این دو دسته از موانع مسئولیت جزایی با درنظر گرفتن معیار فوق درنگاه نخست آسان می نماید. اما دریک مورد ابهام دارد که تاکنون بطور دقیق واضح نگردیده است. ابهام مذبور درمورد رفتاری است که از سر ناگزیری و ناچاری و در مقام حفظ جان و مال ارتکاب یافته و عاملی غیر انسانی موجب آن بوده است. لذا سوال مطرح می گردد که آیا رفتار مذبور که درقانون عنوان مجرمانه دارد، در زمرة نوع نخست یعنی عوامل موجهه جرم است یا در ردیف علل رافع مسئولیت جزایی است؟ رفتار مذبور در قانون جزای سابق(۱۳۵۵) تحت عنوان حالت اضطرار تبین گردیده بود و ذیل عنوان موانع مسئولیت جزایی بصورت عام قرار گرفته بود. درحالیکه کود جزا رفتار مذبور را تحت عنوان حالت اضطرار مطرح کرده و از جمله علل رافع مسئولیت جزایی تلقی نموده اند. اما اینکه برچه اساس و مبنایی، حالت اضطرار را از جمله علل رافع مسئولیت جزایی تلقی کرده و مصاديق حالت اضطرار را به حالت ضرورت نیز گسترش داده است، معلوم و مشخص نیست. به نظر می رسد مقنین کشور هردو مفهوم را تحت اصطلاح «Necessity» جمع و تحلیل نموده است. چراکه هردو مفهوم در ذیل یک قاعده حقوقی(قاعده ضمان) قابل بحث و تحلیل اند. درحالیکه نمی توان به صرف اینکه مباحثی چند تحت یک عنوان مطرح گردد، آنها را تماماً از هر حیث تحت یک قاعده و حکم قرار داد. زیرا برخی از مباحث مطروحه تحت یک عنوان به جهاتی از دیگر مباحث مطروحه تحت همان عنوان متمایز و متفاوت باشد، توان جداسازی و بحث مستقل را خواهند داشت. لذا سوال مطرح می شود که آیا حالت اضطرار و

ضرورت از همدیگر فرق دارد یا خیر؟ در صورت متفاوت بدون هردو مفهوم، اساسی ترین تفاوت ماهوی این دو حالت در چیست؟ درنهایت، حالت اضطرار و ضرورت در کدام از دسته‌ای از موانع مسئولیت جزایی قرار دارد؟

برای پاسخ دادن به سوالات مذکور در فوق نگارنده تحقیق خویش را طی سه گفتار طوری سازمان دهی نموده اند که در گفتار یکم مفاهیم حالت اضطرار و ضرورت را و در گفتار دوم، وجوده اشتراک و تفاوت ظاهری حالت ضرورت و اضطرار و در گفتار سوم، اساسی ترین تفاوت ماهوی حالت اضطرار و ضرورت را طور ذیل مورد بحث و بررسی قرار داده است.

۱. گفتاریکم: مفهوم شناسی

به منظور دستیابی کامل به مفهوم دو واژه ضرورت و اضطرار و یافتن اتحاد یا افتراق معنای لغوی و اصطلاحی این دو واژه، لازم است مفهوم هریک را طور جداگانه مطالعه نماییم. درخصوص معنای لغوی اضطرار و ضرورت در کتب لغت تفکیکی قائل نشده است. چراکه «هردو واژه ذیل یک لغت ضر معنا شده و از یک ریشه مصادری هستند».^۱ لذا در ذیل نگارنده سعی نموده اند که تفاوت این دو مفهوم را از لحاظ اصطلاحی طور ذیل مورد بحث و مذاقه قرار دهد.



جزءیکم: مفهوم اضطرار

درخصوص اضطرار از سوی حقوقدانان تعاریف متعددی ارائه شده اند. از جمله در یکی از تعاریف آمده است: «اضطرار از عوامل رافع مسئولیت کیفری، موقعیت شخصی است که با فقدان هرگونه تعریض بیرونی، برای حفظ حقوق یا اموال در

^۱. جهت کسب معلومات بیشتر نک: قائم فرد، سیدمحسن، مقایسه تطبیقی اضطرار و ضرورت در حقوق کیفری، رساله جهت اخذ درجه دکتری، دانشگاه قم، دانشکده حقوق، سال ۱۳۹۴، صص ۹ الی ۱۳.

جزء دوم: مفهوم ضرورت

درمورد مفهوم ضرورت از لحاظ اصطلاحی تا اندازه‌ای که نگارنده مطالعه نموده اند، به تعاریف مشخص و معینی دست نیافته اند. اما دریک تعریف آمده است: «حال ضرورت موقعتی است تهدید کننده که هرگاه فرد در آن قرار گیرد، برای رهایی و حفظ منفعت و مصلحت مهمتر و دفع مفسده بیشتر از خود و یا دیگری، چاره‌ای جز ارتکاب فعل نهی شده ندارد».^۱ هرچند این تعریف با تعاریفی که در مورد اضطرار مطرح شده است تفاوتی چشمگیری ملاحظه نمی‌گردد. اما با توجه به عبارت «...چاره

^۱. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۹۷، چاپ شانزدهم، ص ۴۶۰.

^۲. شمس ناتری، محمدابراهیم و عبدالله یار، سعید، حالت ضرورت و دفاع مشروع مطالعه تطبیقی ادل، مبانی و شرایط، تهران، انتشارات مجده، سال ۱۳۹۰، چاپ اول، ص ۴۹.

جز ارتکاب فعل نهی شده ندارد»، نگارنده بر این باور می رسد که در حالت ضرورت حق انتخاب برای فرد موجود می گردد. لذا در صورتی که حق انتخاب برای فرد موجود گردد بحث حالت ضرورت مطرح می گردد. اما منشاء این حق انتخاب یک امر بیرونی است. طوریکه دون دیو دو وابر دانشمند فرانسوی براین باورند که «در مورد حالت ضرورت، شخص مرتکب دارای «حق انتخاب» بوده و می تواند بین ارتکاب عمل و خودداری از ارتکاب عمل یکی را انتخاب کند؛ در حالیکه در مورد قوه قهریه و فورس ماژور، شخص مرتکب هیچ گونه اختیاری در انتخاب نداشته و ناگزیر از ارتکاب عمل است». ^۱

علق



۹

جزء سوم: موقف کود جزا

در یک بررسی کلی تعاریف اصطلاحی مفاهیم اضطرار و ضرورت در فوق (جزء یکم و دوم) به این نتیجه می رسیم که حقوق‌دانان مذکور، مفاهیم اضطرار و ضرورت را از حیث عوامل بیرونی و درونی یا منشاء داخلی و خارجی تفکیک نموده‌اند. در حالیکه چنین تفکیک بنابر دلائل ذیل دقیق و پستنده نیست. عده‌ای از حقوق‌دانان عوامل داخلی مانند گرسنگی را ضرورت تلقی کرده و برخی آنرا اضطرار و همینطور، یکی از حقوق‌دانان عواملی که از بیرون به انسان وارد شده و او را ناچار به ارتکاب جرم می نماید، فورس ماژور یا قوه قاهره خوانده‌اند، درحالیکه این عوامل از نظر دیگری نام ضرورت گرفته‌اند. دوم، در مقابل آنچه بعنوان عوامل داخلی مانند گرسنگی از نظر یکی ضرورت نام گرفته شده است و از دیگری آنرا اضطرار نامیده است.^۲ درحالیکه مقصود

^۱. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، مسئولیت کیفری، تهران، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۶، چاپ اول، ص ۲۵۸.

^۲. جهت کسب معلومات بیشتر، نک: گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، ج ۲، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۷۶، ص ۲۰۸، باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی (تقریرات)، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۰.

از فورس مأذور و قوه قاهره، صرف عوامل خارجي نيسست، بلکه آن گروه از عوامل خارجي است که بروز آنها هرگونه اختيار را از فرد سلب می کند و در چنین حالاتی هيچ گونه اراده اي برای فرد، متصور نisست. اين درحالیست که «آنچه بين اضطرار و ضرورت از تفاوت در آثار و احکام وجود دارد، هيچ يك اراده آزاد فاعل را زائل نمی سازد». ^۱ بعارت ديگر، ضرورت عبارت از موقعیتي است که در آن موقعیت، انسان برای حفظ منفعت بزرگتری ناچار به از بين بردن منفعت کوچکتری می شود و شخصی که در حالت ضرورت قرار گرفته است در مقام تصاصم و ترجیح يکی از دو منفعت متضاد قرار دارد.

اما درخصوص موقف کود جزا باید گفت که باتوجه به صراحت ماده ۱۱۵ه این کود^۲، مدنظر مقنين همان مفهوم اضطرار بوده که در آن نياز شخصی مطرح است. چراکه در ماده ۱۱۶ه آن تصريح نموده است که خطر بزرگ و آني باشد. لذا خطر زمانی آنی است که در آن حق انتخاب دچار مشکل می گردد. لذا درصورتی که حق انتخاب در اقدام اضطراري زائل گردد بحث حالت اضطرار مطرح می گردد. چون حق انتخاب درحالت ضرورت همیشه مطرح است.^۳ درصورت پذيرش اين موضوع کلمه «ديگري» را می توان چنین تفسير نمود که مدنظر ديگري آنهای اند که فرد اقدام کننده مسئوليتی در قبال آنها داشته باشد و نياز اقدام کننده، نياز آنها محسوب گردد.

چاپ اول، ص ۳۴۸ و محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، مسئولیت کیفری، ج ۳، تهران، انتشارات گنجان دانش، سال ۱۳۷۶، چاپ اول، ص ۲۵۸.

^۱. قائم فرد، محسن، پيشين، ۴۴.

^۲. اضطرار حالتی است که شخص در معرض خطری قرار گيرد که خوف مرگ، جراحت شدید یا اتلاف مال وی یا شخص ديگر از آن متصور باشد و برای دفع آن مرتكب جرم گردد. مشروط بر اين که خطر به طريق ديگري دفع شده نتواند (ماده ۱۱۵ کود جزا).

^۳. محسنی، مرتضی، به نقل از حقوقدان فرانسوی (دون ديو دو واير)، پيشين، ص ۲۵۸.

در غیر صورت، عدم تفکیک حالت اضطرار و ضرورت و یکسان پنداری این دو مفهوم، از لحاظ حقوقی طوریکه بعداً آمده، جایگاهی نداشته و چنین قانونگذاری زمینه تضییع عدالت را فراهم خواهد نمود. لذا برای جلوگیری از تالی فاسد آن، مواد مذکور را بصورت مضيق تفسیر نماییم.

گفتار دوم: نظریه‌های وحدت یا تفاوت مفهوم ضرورت و اضطرار

ماده ۸۸ کود جزا کشور برخلاف محتواه عنوان، موانع مسئولیت جزایی را به دسته های نظیر جنون و امراض روانی، سکر، خواب یا بی هوشی، طفولیت، اضطرار و اکراه دسته بندی کرده است. حال آنکه موانع مسئولیت جزایی در ابتدا به دو بخش کلی دسته بندی می گردد: علل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت جزایی. و مصادیق مذکور در ماده ۸۸ کود جزا ذیل علل رافع مسئولیت جزایی قابل بحث و بررسی اند.

به صورت، ماده مذبور تحت عنوان موانع مسئولیت جزایی مباحثی را عنوان کرده اند. اینکه عنوان صحیح موضوع مطروحه، اضطرار است یا ضرورت و یا می تواند هر دو آن ها باشد، هر چند کم تر مورد دقت کامل و بررسی همه جانبی نویسندها حقوق کشور قرار گرفته است. لیکن در عین حال به آن اشاراتی در سائر کشورها از جمله نوشته های حقوقی در کشورهای عربی و ایران رفته و عباراتی در این خصوص عنوان شده است. اما قریب به اتفاق نویسندها ایرانی و عربی، اضطرار و ضرورت را متراff و دریک مفهوم و مبنای همگی متراff **Neseccity** دانسته اند و تنها برخی انگشت شمار بین مفاهیم مذبور تفاوتی ظاهری قائل شده که در ذیل هر کدام از نظریات مذکور را طور جداگانه مورد بحث و بررسی قرار میدهیم.

جزء یکم: نظریه یکسانی ضرورت و اضطرار

مطابق این نظریه که قائلین به آن اکثریت قریب به اتفاق اساتید حقوق، دیگر نویسندها و مجموعه کسانی را که در این موضوع آثاری قلمی از خود بجای گذاشته اند، شامل می شود، بر این باورند که اضطرار و ضرورت دارای یک معنا و مفهوم است.

براساس این نظریه اکثر حقوقدانان ایرانی بر این باورند که مجموعه مصاديق هریک از اضطرار و ضرورت را می توان بعنوان مصدق آن دیگری بر شمرد، منشاء آن اعم از اینکه داخلی باشد یا خارجی، نیاز شخصی باشد یا نیاز دیگری، خواه نیاز فردی باشد و خواه نیازی اجتماعی و هردو از جمله علل رافع مسئولیت جزایی است. طوریکه ضمان و مسئولیت مدنی در هردو آن ثابت است.^۱ بعبارت دیگر، از نظر قائلین این نظریه همین قدر که نیاز، فاقد عامل انسانی باشد، ضرورت و اضطرار حادث شده است و موجب جواز اقدام مجرمانه خواهد بود. همینطور، اثار و احکام هیچ یک از این موارد با دیگر موارد تفاوتی ندارد و مرتكب در عین اینکه قابل مجازات نیست، مسئولیت مدنی خود را همچنان پر عهده خواهد داشت.

همچنین، در بین حقوقدانان عرب نیز همین روش وجود دارد که هیچ گونه تفاوتی بین ضرورت و اضطرار عنوان نگردیده و استمراراً طی تعاریف و یا مثال‌های متعدد هر دو عنوان اضطرار و ضرورت را دریک معنا و به جای یکدیگر استعمال نموده‌اند.^۲ همینطور، باید اضافه کرد که در حقوق غرب نیز بهای هردوی این مفهوم از کلمه Neseccity استفاده شده است.^۳

۱. نک: داور، میرزا علی اکبر خان، نگرشی بر حقوق جزای عمومی (تقریرات)، تهران، انتشارات مجده، سال ۱۳۸۰،
۵۶۱ صص ۵۶۱ الی ۵۶۲، عوده، عبدالقدار، بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلام و قوانین عرفی- جرم و ارکان
چاپ اول، آن، ج ۱، ترجمه: دکتر حسن فرهود نیا، تهران، انتشارات موسسه مطالعات بنیادین پویه، سال ۱۳۹۰، چاپ اول،
۵۲۶ صص ۵۲۶ الی ۵۳۰، عبدالحسین، علی آبادی، حقوق جنایی، ج ۱، تهران، انتشارات فردوسی، سال ۱۳۷۳، چاپ سوم،
۲۱۵ صص ۲۱۵، صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه ملی، سال ۱۳۵۶، چاپ اول، صص
۲۲۰ الی ۲۲۱، ناتان، مهدی، احمد، هدایت کارشناسی، ۱۴۰۰

^٢. عمار عباس الحسيني، حاله الضرورة و اثرها في المسئولية الجنائية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، چاپ اول، سنه ١٤٣٨، ص ١٧-٢٠.

^۳. ظهیریان، محمد مهدی، اصول کلی حقوق جزای انگلستان، تهران، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۶، چاپ دوم، ص ۲۵.

درنهایت به نظر می‌رسد که مقنین کشور ما نیز با پیروی از منابع و نوشه‌های فوق به مفهوم اضطرار بستنده کرده و ذکری از حالت ضرورت عنوان موانع مسئولیت جزایی یا اسباب اباحه در کود جزا و سائر قوانین جزایی نشده است.

جزء دوم: نظریه تفاوت مفهوم ضرورت و اضطرار

با مطالعه و بررسی کتب و مقالات که به نوعی خواه عنوان موضوع اصلی و خواه عنوان بحثی فرعی از اضطرار یا ضرورت یاد کرده اند، تنها در چند نوشته، قول به تفاوت اضطرار و ضرورت وجود دارد. حال آنکه اگر بصورت دقیق به دلائل تفاوت آنها نظر دوخته شود، تفاوت مطرح شده اساسی نبوده و بصورت ظاهری و صوری مطرح شده است. لذا نظریات آنها بشرح ذیل قابل بررسی و نقد می‌باشد:

الف) تفاوت از حیث منشاء داخلی و خارجی

برخی حقوقدانان، تفاوت اضطرار و ضرورت را از حیث منشاء داخلی و خارجی بررسی نموده و بر این باور رسیده اند که حالت اضطرار و ضرورت به رغم وجود اشتراک زیاد به جهت درونی بودن عامل، یا بروز خطر ناشی از پدیده‌های طبیعی و حوادث بیرون از وجود انسان که منشاء حالت ضرورت می‌باشد از هم متمایز هستند. بنابراین، «منشاء اضطرار امری درونی بوده و منشاء ضرورت امری خارجی اند».^۱ بعارت دیگر، طرفداران این نظریه بر این باورند که دو دسته از عوامل انسان را وادر به ارتکاب جرم می‌نماید:

دسته اول عوامل بیرونی نظیر سیل، زلزله و آتش سوزی و غیره از جمله عواملی می‌باشند که معمولاً انسان در پیدایش آنها تأثیری نداشته و ناشی از قوای طبیعت می‌باشد(حالت ضرورت). دسته دیگر عبارت از عواملی درونی است که مربوط به نفس

^۱. باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی(تقریرات)، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۰، چاپ اول، ص ۳۴۸.

انسان بوده و ناشی از ضرورت های دفاع نفس است، خواه این دفاع نفس مربوط به شخص مرتکب و یا دیگری باشد(حال اضطرار). و «در حالت اضطرار فاعل جرم قادر به انتخاب می باشد».^۱

نظريات مذكور را برخى دیگر از حقوقدان چنین مورد انتقاد قرار ميدهد؛ در صوريكه عوامل بيرونی(قوه قاهره و فورس ماژور) اراده فرد را زائل نمایند، بحث حالت ضرورت مطرح نمی گردد. چراكه در حالت ضرورت، شخص مرتکب دارای حق انتخاب می باشد. عبارت دیگر، «در مورد حالت ضرورت، شخص مرتکب دارای حق انتخاب بوده و می تواند بین ارتکاب عمل و خود داری از ارتکاب عمل یکی را انتخاب کند؛ در حالیکه در مورد قوه قهریه یا فورس ماژور، شخص مرتکب هیچ گونه اختیاری در انتخاب نداشته و ناگزیر از ارتکاب عمل است».^۲

لذا طرفداران این نظریه که بر اساس عوامل بيرونی و درونی بین اضطرار و ضرورت قائل به تفکیک شده اند، نظری یکسانی دارد، لیکن از جهت اینکه نامهای یکسانی برای عوامل درونی و بيرونی انتخاب ننموده اند از یکدیگر متمایز می شوند.

ب) تفاوت در عین یکسان پنداري

برخى ها هرچند عنایت به نوعی تفاوت بین دو حالت اضطرار و ضرورت داشته اند، در عین حال پس از بررسی موضوع این دو را یکسان قلمداد کرده اند. طورمثال شمس ناتری و عبدالله یار در کتاب شان تفاوت اضطرار و ضرورت را بیان کرده اما در نتیجه گیری، براین باور رسیده اند که اضطرار و ضرورت دو مفهوم متراff می باشند و به نظر می رسد که ضرورت مورد بحث در حقوق عرفی همان اضطراری است که در عبارت فقهاء مورد بحث قرار گرفته و تنها تفاوت موجود آن است که فقهاء

^۱. على آبادی، عبدالحسین، پیشین، ص ۲۱۵.

^۲. محسنی، مرتضی، پیشین، ص ۲۵۸.

دامنه ای آنرا به امور عبادی و غیر حقوقی گسترش داده و استفاده ای وسیع تری از آن کرده اند و درحالی که مصادیق آنرا محدود و به طور عمد فقط از خوردن و آشامیدن سخن به میان آورده اند، اما آنچه مربوط به آثار می شود، درفقه و حقوق یکسان است.^۱ همینطور این نویسنده درجای دیگر آورده اند که «البته اگر گفته شود حالت ضرورت و اضطرار فقط از جهت عامل پیدایش با یکدیگر تفاوت دارند، اما از نظر احکام و آثاری که بر آنها مترب می شود، یکسان هستند».^۲ لذا درنوشته های فوق ضمن اینکه با توجه به عناوین بحث و محتوای آن، در ابتدا نظر به عدم یکسانی ضرورت و اضطرار بوده، لیکن از آنجا که در پایان، جمع بندی و تفکیک دقیقی، بدست نیامده است، نهایتاً نظر به یکسان بودن اضطرار و ضرورت داده شده است.

ج) تفاوت از حیث تصادم منفعت

در این نوع اظهار نظر هرچند تصریح به یکی بودن جوهره و ماهیت ضرورت و اضطرار شده است. اما سه تفاوت بین این دو اصطلاح بشرح ذیل ذکر گردیده است: «نخست، اینکه ضرورت تصادم و ترجیح دو منفعت متضاد است و اضطرار، لزوم انجام رفتار مجرمانه برای خارج شدن از موقعیتی است که مضطرب در آن قرار گرفته اند. دوم، آنکه مضطرب دریک جهت تحمل ضرر برای خود یا دیگری و درجهت دیگر انجام رفتار ممنوعه را دارد ولی در ضرورت علی الاصول هردو منفعت متعلق به دیگری و حفظ منفعت مهم تر مستلزم نفی منفعت دیگر است. سوم، آنکه در مواردی ضرورت

^۱. شمس ناتری، محمدابراهیم و عبدالله یار، سعید، پیشین، صص ۵۰ الی ۵۲.

^۲. شمس ناتری، محمدابراهیم و ریاضت، زینب، قانون مجازات اسلامی درنظم حقوق کنونی، ج ۱، تهران، انتشارات میزان، سال ۱۳۹۲، چاپ اول، ص ۲۸۳.

موجد اضطرار است، دراین صورت عمل قابل مجازات نیست و گاه نفس ضرورت است که موجب اباحه عمل می گردد».^۱

بنابراین، پیرامون این اظهار نظر می توان گفت که در قسمت نخست بعنوان تفاوت ضرورت و اضطرار بیان شد که صرف درحال ضرورت، تصادم و ترجیح دو منفعت مطرح می شود. حال آنکه در اضطرار نیز در واقع تصادم و ترجیح دو منفعت متضاد مطرح است. عبارت دیگر، در هردو حالت اقدام کننده با دو موضوع مواجه است و فرض بر این است که درصورت احراز شرایط، عدم اقدام موجب از دست دادن منفعت بیشتر می گردد، منفعتی که شرع یا قانون آنرا از اقدامی که فرد در این دو حالت انجام داده و خساراتی که بواسطه آن ایجاد می نماید، مهمتر و بیشتر می داند. همینطور، درقسمت دوم، کلمه دیگری را بصورت عام مطرح کرده است. یعنی ممکن است دیگری شامل کسانی گردد که در قبال آنها هیچ گونه مسئولیتی نداشته باشد و نیاز آنها نیز از همدیگر متفاوت باشد. همچنین، درخصوص قسمت سوم آمده است که در مواردی ضرورت موجد اضطرار است. «حال آنکه مقدمه هر اضطراری، ضررورت است و این ضرورت نه ضرورتی است که در عرض اضطرار و بعنوان یک قاعده برای توجیه عمل مجرمانه است، بلکه ضرورت به مفهوم لغوی آن است که همواره در هر اضطراری موجود است. عبارت دیگر، با استدلال مطروحه همواره اضطرار ناشی از ضرورت بوده و قسم دیگری نخواهد داشت درحالی که ضرورت بعنوان یک قاعده در کنار اضطرار بدون اینکه موجد اضطرار باشد، خود حالتی است که دارای آثار متفاوتی از اضطرار است».^۲ اما درخصوص تفاوتی که در قسمت سوم بحث شد باید گفت که این مبحث

^۱. حبیب زاده، محمدجعفر، اضطرار(ضرورت)، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، سال ۱۳۷۵، شماره های ۱۵ و ۱۶، بهار و تابستان، صص ۷۴ الی ۷۵.

^۲. قائم فرد، سیدمحسن، پیشین، صص ۴۷ الی ۴۸.

می تواند از اساسی ترین تفاوت ماهوی میان اضطرار و ضرورت باشد که در ذیل مورد بحث و بررسی بیشتر قرار خواهیم داد.

گفتار سوم: تفاوت ماهوی ضرورت و اضطرار

هرچند در گفتار دوم نیز جهات اشتراک و افتراء، اضطرار و ضرورت که ازسوی برخی حقوقدانان مطرح شده بود، ذکر شد اما اشتراکات و تفاوت های مذکور ظاهری و صوری بود و در فوق مورد بررسی و نقد قرار گرفت اما در این گفتار نگارنده سعی نموده اند که اساسی ترین جهات اشتراک و افتراء اضطرار و ضرورت بصورت دقیق مورد بشرح ذیل مورد بحث و مذاقه قرار دهد.

علل



۱۷

جزء یکم: جهات اشتراک

جهات اشتراکی که صرف بین حالت اضطرار و ضرورت وجود داشته باشد، نیست، بلکه عموم اشتراکاتی که بین این دو به نظر می رسد، خصوصیات و ویژگی هایی است که بین یکی از این دو مانع یا هردوی آن ها با یک یا چند مانع دیگر از موانع مسئولیت کیفری مشترک است و این به نوبه خود به خوبی به اثبات می رساند که یکسان پنداری آن دو هیچ توجیه جدی، منطقی و یا حقوقی نداشته است. لذا جهات مذکور طور ذیل قابل بررسی است:

الف) وجود ناچاری

اساس بسیاری از موانع مسئولیت کیفری، ناچاری و ناگزیری است. در حالت اضطرار و ضرورت نیز آنچه موجب جواز اقدام و عدم اعمال مجازات گردیده، ناچاری است. به حدی که قانونگذار راضی نیست، در ازای تمکین به اوامر و نواهی او، چنین آثار زیانباری به مرتكب و یا دیگری تحمیل گردد. بنابراین، قانونگذار رضایت دارد که مقرراتش نقض گردد تا شری بزرگتر حادث نشود. طوریکه در این زمینه ماده ۱۱۵ کود جزا تصریح می دارد: «اضطرار حالتی است که شخص در معرض خطری قرار گیرد که

خوف مرگ، جراحت شدید یا اتلاف مال وی یا شخص دیگر از آن متصور باشد و برای دفع آن مرتکب جرم گردد. مشروط بر این که خطر به طریق دیگری دفع شده نتواند». یا ماده ۱۱۶ کود مذکور مقرر می دارد: «شخصی که به منظور نجات نفس یا مال خود و یا شخص دیگر به خطر بزرگ و آنی مواجه گردد به نحوی که بدون ارتکاب جرم قادر به دفع آن نباشد، مسئول شناخته نمی شود، مشروط بر این که موصوف قصداً سبب ایجاد خطر متذکره نگردیده و ضرر مورد اجتناب شدیدتر از ضرری باشد که از جرم نشأت می نماید». همینطور، در فلسفه حقوق نیزآمده است که: «حقوق باید براساس خطمش عمومی تشویق کند فردی را که ضرر خفیف تر را پذیرفته و از ضرر بزرگتری پرهیز کرده است».^۱

بنابراین، ناچاری و ناگزیری بودن باعث نمی شود که ما هردو حالت را یکی بدانیم. چراکه بحث ناگزیری و ناچاری در اکثر از موانع مسئولیت جزایی مطرح است. طورمثال در اکراه و دفاع مشروع نیز هستند که ناچاری و ناگزیری علت جواز اقدام در آن حالات است. یعنی مکره و مدافعت مشروع زمانی حق اقدام داشته و معاف از مجازات قلمداد می گردند که برای حفظ جان یا مال خود به شرح و شرایطی که قانونگذار معین نموده، چاره ای جز ارتکاب عمل مجرمانه برای پیشگیری از خسارات جسمی یا مالی وارده نداشته باشند. چراکه در غیرصورت یعنی درصورتی که شرایط مذکور موجود نگردد ویا به حد لازم و متعارف و معقول نرسد، عمل هریک از کسانی که درهایک از حالات اضطرار، ضرورت، اکراه، دفاع مشروع، عمل جراحی بدون رضایت و غیره اقدام می نمایند، وصف مجرمانه خود را حفظ کرده و قابل مجازات خواهد بود

^۱. Roger, Geary, Understanding Criminal Law, London, p.114.

ب) توجیه اقدام بواسطه قاعده اهم و مهم

براساس صدر ماده ۱۱۵ و ذیل ماده ۱۱۶ کود جزا، خطر باید جدی و بزرگ باشد. بنابراین، درهایک از اضطرار و ضرورت باید به نحوی اقدام گردد که با زیر پا گذاشتن قانونی که از اهمیت نیز برخوردار است، امری اهم از آن رعایت گردد. یعنی برای حفظ جان مال از بین برود یا آسیب بر جسم موجب حفظ جان شود. چراکه درغیرصورت عمل قابل دفاع بعنوان اضطرار یا ضرورت نخواهد بود. طورمثا، درحال اضطرار، ورود خسارت به مال دیگری به منظور حفظ جان خود، جایز و واجب است. اما صدمه به جسم دیگری به منظور حفظ مال خود، حرام و غیر جایز است. همینطور درحال ضرورت، صدمه به جسم نیازمند برای نجات جسم مضطرب یا نیازمند، احسان است. یا کشنن نیازمند برای نجات جسم مضطرب غیر جایز و قتل عمد است وغیره.

درنتیجه، تبعیت از قاعده اهم و مهم را نمی توان دلیلی بر یکی بودن حالت اضطرار و ضرورت دانست. چراکه این قاعده در اکثر از موافع مسئولیت جزایی دیگری نظیر دفاع مشروع و اکراه نیز مطرح است. یعنی هیچ مدافع، مکره و جراح یا داکتر طب نمی تواند ادعا کند که به نا چار مبادرت به اقدام سنگین تر و با اهمیت تر از خطری که با او مواجه است نموده اند.

ج) عدم مسئولیت جزایی

کسی که با احراز شرایط هریک از اضطرار و ضرورت مبادرت به ارتکاب عمل مجرمانه ای نماید، فاقد مسئولیت جزایی بوده و مجازت نخواهد شد. طوریکه دراین زمینه ماده ۱۱۶ کود جزا به صراحة مقرر می دارد: «شخصی که به منظور نجات نفس یا مال خود یا شخص دیگر به خطر بزرگ و آنی مواجه گردد به نحوی که بدون ارتکاب جرم قادر به دفع آن نباشد، مسئول شناخته نمی شود». بنابراین، موضوع عدم مسئولیت جزایی نیز موضوعی نیست که منحصر در اضطرار و ضرورت باشد. حتی کودک و

ه) عدم دخالت مستقیم عامل انسانی

یکی دیگر از جهت اشتراک ضرورت و اضطرار آن است که درهیچ یک از آنها عامل انسانی به صورت مستقیم، مبادرت به ایجاد حالت ضرورت یا اضطرار نه نموده است به نحوی که رفع آن عامل موجب رفع ضرورت گردد. گاه هست که عامل انسانی

^۱. عوده، عبدالقدیر، پیشین، ص ۵۲۷.

دیوان و فرد مست نیز علاوه بر دفاع مشروع، اکراه، عملیات جراحی، اقدامات والدین و غیره نیز از ویژگی عدم مجازات برخوردارند و اساساً به همین جهت تحت عنوان موانع مسئولیت جزایی قرار گرفته اند. درنتیجه عدم مجازات و فقدان مسئولیت جزایی نیز، خصوصیتی نیست که تنها بین اضطرار و ضرورت مشترک باشد.

د) به حد اقل ممکن اکتفا شود

از دیگر جهات اشتراک اضطرار و ضرورت آن است که اقدام کننده در حال ضرورت یا اضطرار، تنها تا حدی که رفع خطر گردد، مجاز به اقدام بر اساس جواز عامل اضطرار یا ضرورت است. درصورتی که با هر مقدار از اقدام، خطر رفع گردد و ضرورت متفقی شود، از همان مرحله هرگونه اقدام عنوان جزایی خود را همچنان خواهد داشت. طوریکه قسمت اخیر ماده ۱۱۶ کود جزا مقرر می دارد: «...و ضرر مورد اجتناب شدیدتر از ضرری نباشد که از جرم نشأت می نماید». طورمثال، در رفع اضطرار از گرسنگی تنها می توان در حد رفع خطر مرگ از غذای دیگری تناول کرد. یا «انسان گرسنه حق ندارد از غذای دیگری بخورد مگر به اندازه ای که سد رمق کند».^۱ درنتیجه، محدود بودن اقدام تنها در حد رفع خطر یکی از ویژگی های حالت ضرورت و اضطرار بوده و این ویژگی منحصر به این دو عامل نبوده بلکه شامل موانع دیگری همچون اکراه و دفاع مشروع نیز می گردد.

موجب ایجاد حالت ضرورت یا اضطرار شده است، لیکن رفع این عامل انسانی موجب رفع حالت ضرورت یا اضطرار نمی‌گردد. طورمثال، کسی در حالت تشنجی با وجود امکانات، آب را از دیگری دریغ دارد. دراین حالت هرچند حالت اضطرار یا ضرورت حادث می‌شود، لیکن رفع تشنجی مستلزم برخورد با عامل انسانی نیست. بلکه یافتن آب، موجب رفع تشنجی است.^۱ بعارت دیگر، اضطرار یا ضرورت به لحاظ فقدان یک عامل لازم، برای رفع نیاز و خطر است، نه مستقیماً به خاطر وجود عامل انسانی.^۲ در حالیکه در اکراه، عامل انسانی موجب ناچاری و ناگزیری شده و در دفاع مشروع نیز عامل ایجاد خطر، می‌تواند عامل انسانی باشد همانگونه که ممکن است عامل غیر انسانی مانند حیوان نیز باشد. درنهایت، شاید بتوان این ویژگی را تنها وجه اشتراک اضطرار و ضرورت نامید که دیگر موانع مسئولیت کیفری با آن مشترک نیستند. زیرا اگر عامل انسانی بصورت مستقیم در ایجاد خطر و ناچاری شرکت یابد، موضوع به اکراه و یا دفاع مشروع تبدیل می‌شود.

جزء دوم: جهات افتراق دو حالات اضطرار و ضرورت

هرچند در فوق جهات افتراق، حالات اضطرار و ضرورت تبیین شد اما بنابر دلائلی که تشریح شد، تفکیک مطرح شده خالی از اراد نبود. لذا نگارنده دراین قسمت از بحث سعی نموده اند که عمدۀ ترین تفاوت اضطرار و ضرورت را در احکام تکلیفی و آثار آن (ضمان) طور ذیل مورد بحث و بررسی قرار دهد.

^۱. قائم فرد، سید محسن، پیشین، صص ۱۰۹ الی ۱۱۰.

^۲. طوریکه در ماده ۱۱۵ کود جزا عبارت دفع آن، اشاره بر حالتی دارد که فرد مضطرب در آن وضعیت و حالت قرار گرفته است.

الف) تفاوت در احکام تکلیفی

دو قاعده اضطرار و ضرورت در احکام، بایکدیگر متفاوتند. در خصوص احکام اضطرار سه نظریه ذیل مطرح است: نخست، برخی براین باور اند که رفع به معنای عرفی آن یعنی آنچه موجود است و امکان بقا دارد و توسط شارع برداشته شده است، معتقدند که حکم حرمت ایجاد شده و سپس مجازات، در حالت اضطرار برداشته می‌شود (اضطرار از جمله علل رافع مسئولیت جزایی است). دوم، در مقابل برخی معتقدند رفع به معنای دفع است و موجب می‌شود که در حالت اضطرار حرمت از عمل برداشته شود (اضطرار از جمله علل موجهه جرم است).^۱ سوم، «اگر عمل ارتکابی از سوی مضطرب از اعمال ممنوعه به شمار آید، در این حالت اضطرار از جمله علل رافع مسئولیت جزایی است اما اگر اعمال ارتکابی مجاز باشد، حالت اضطرار از جمله علل رافعه محسوب می‌گردد».^۲

لذا همه براین باورند که مسئولیت جزایی در حالت اضطرار از مضطرب برداشته می‌شود. یعنی رفتار مجرمانه اعم از فعل یا ترک فعل در حالت اضطرار، وصف و جوب یا حرمت خود را از دست می‌دهد. یا عملی که تا پیش از اضطرار، ممنوع و یا انجام آن واجب بود، در حالت اضطرار، ممنوعیت یا لزوم و واجب خود را از دست میدهد. البته این جواز تا حدی است که به تعرض به جان دیگری متنه نگردد. طوریکه در این خصوص بین حقوقدانان و فقهاء اعم از اهل سنت و تشیع، اختلافی وجود ندارد. طور مثال، در حالت اضطرار ورود خسارت به مال دیگری، به منظور حفظ مال خود، به منظور حفظ جسم خود و به منظور حفظ جان خود جایز است. اما صدمه به جسم دیگری به منظور حفظ مال خود، حفظ جسم خود و حفظ جان خود غیر جایز است. یا

^۱. جهت کسب معلومات بیشتر، نک: قائم فرد، سید محسن، مقایسه تطبیقی اضطرار و ضرورت در حقوق کیفری، رساله جهت اخذ درجه دکتری، دانشگاه قم، دانشکده حقوق، سال ۱۳۹۴، صص ۱۳۰ الی ۱۳۱.

^۲. عوده، عبدالقدار، پیشین، صص ۵۲۷ الی ۵۳۰.

قتل دیگری به منظور حفظ مال خود، حفظ جسم خود و حفظ جان خود غیر جایز است.

بر عکس در حالت ضرورت چنین مستدات قاطعی وجود ندارد و اظهار نظر درخصوص حکم ضرورت به گونه های مختلفی نظیر حرمت، جواز و یا حتی وجوب مطرح اند. طور مثال، اگر فرض نمایم که اقدام کننده برای نجات جان شخصی، چاره ای جز ورود جنایت به جسم شخص ثالثی نداشته باشد، در چنین فرضی حالات مختلفی ذیل متصور است: نخست، ورود جنایت به جسم دیگری برای پیشگیری از ورود جنایت به جسم شخص دیگر جایز نیست (غیر جایز). دوم، تلف جان شخصی برای نجات جان دیگری نیز قطعاً غیر جایز و حرام است (حرام). سوم، اگر ورود جنایت به جسم، برای نجات جان دیگری باشد، در این خصوص ممکن است یکی از حالات وجود اقدام مطرح گردد: در صورتی که با ضرر کمتر از هلاکت نفس پیشگیری شود، وجود اقدام مطرح می گردد (وجوب). اما اینکه نجات نفس با ورود جنایت به دیگری همراه است، واجب نیست. بنابراین، تکلیفاً حکم به جواز توجیه پذیر است. لذا هیچ دلیلی وجود ندارد که نجات جان دیگری در هر شرایط، با هر وسیله و به هر سببی، همواره واجب باشد. این واجب تا زمانی است که شخص، مرتكب جنایت دیگری مشابه خطر موجود نشود و ورود جنایت به ثالث، هر چند متنه‌ی به قتل وی نشود، همچنان حرام است و این استدلالی که در مقابل این جنایت، حیات دیگری حفظ می گردد، دلیل جواز اقدام نخواهد بود.^۱

درنتیجه، با بررسی هریک از فروض فوق این مقصود حاصل می شود که بین حکم تکلیفی اضطرار و ضرورت تفاوت جدی وجود دارد. ضرورت دارای فروض و احتمالات متعددی است که بسیاری از آنها در اضطرار با توجه به محدودیت موارد

^۱. همان، صص ۱۶۴ الی ۱۶۵.

آن(خطری که مضطرب را تهدید می کند و زیانی که مضطرب به دیگری وارد می سازد)، احتمال وقوع ندارد و پاسخ حالت های اضطرار، صریح و روشن قابل استخراج است. اما در حالت ضرورت موارد آن زیاد(خطر، زیان، اقدام کننده، متتفع از اقدام و زیان دیده) بوده و پاسخ حالت های آن متعدد و روشن نیست.

ب) تفاوت در آثار(ضمان)

ثبت ضمان در موارد اضطرار مورد تردید هیچ حقوقدانی قرار نگرفته است. اما با چنین قاطعیتی درهمه موارد ضرورت، نمی توان قائل به ضمان گردید. هرچند مسئولیت جزایی درحال اضطرار از مضطرب را بروز داشته می شود. اما اینکه ضمان و مسئولیت مدنی به حالت خود باقی است یا خیر جای بحث دارد. درخصوص موضوع ضمان درحال اضطرار باید گفت از آنجا که مضطرب با فعل اضطراری خود، موجب تلف مال دیگری گردیده است، احکام قاعده اتلاف بر آن جاری بوده و در هر مورد باید نسبت به جبران خسارات واردہ براساس قاعده اتلاف عمل نماید. این درحالیست که تبعیت ضمان در قاعده ضرورت از قواعد مختلف نظیر «قواعد احسان، اقدام و اتلاف پیروی می کند».^۱

بنابراین، وضعیت ضمان مالی در موارد ضرورت، بطور کامل همانند اضطرار نیست. یعنی آنگونه که در موارد اضطرار، همواره حکم بر بقاء ضمان می‌شود، نمی‌توان به همان نحو در موارد ضرورت حکم به بقاء ضمان نمود. بلکه تصمیم گیری درخصوص ضمان در موارد ضرورت، بستگی به شرایط هر مورد دارد. عبارت دیگر، از حیث ضمان، در اضطرار، شرایط همواره یکسان است؛ نیاز شخصی فردی موجب زیان به دیگری شده است و بنابراین متفع از این خسارت، خود، عامل زیان است و طبیعی است که باید زیان را جبران نماید. طور مثال، کسی که همراه با چند نفر در قایقی پر از

^۱. قائم فرد، سید محسن، پیشین، ص ۱۳۲.

کالا سوار است و قایق به سبب سنگینی بار در معرض غرق شدن قرار می‌گیرد. در این مورد، نجات یافتن سرنشینان قایق منوط به آن است که محموله ای قایق کمتر شده باشد و بخشی از کالاهای موجود در آن به آب انداخته شود. همینطور از مثالهای دیگر حالت اضطرار، گرسنگی و تشنگی شدید است که به انسان دست می‌دهد. انسان گرسنه و تشنگه اگر بداند که از راه مشروع چیزی برای خوردن و نوشیدن نمی‌یابد و در نتیجه به هلاکت می‌رسد و تحت تأثیر گرسنگی و تشنگی به سرقت چیزی که سد جوع یا رفع تشنگی کند، وادار می‌شود؛ یا به خوردن غذا و مشروب حرام ناچار می‌گردد و نیز مانند کسی که از شدت سرما درحال هلاکت است و برای گرم شدن و یا اعلام موقعیت خود به دیگران، ناچار هیزم متعلق به غیر را آتش می‌زنند.^۱ درکلیه این موارد انسان خود را در حالتی می‌یابد که کشنده است. بنابراین، درتمامی موارد فوق شخص مضطرب مبنای حدیث رفع که مواد ۱۱۵ و ۱۱۶ کود جزا نیز مبتنی بر آن تبیین و مقرر شده است، مسئولیت جزایی ندارد.^۲ چراکه برای نجات جان خود ناچار به عمل حرام و ممنوعی شده اند. اما از بابت اینکه مضطرب مال را بخاطر مصلحت شخصی خویش تلف نموده است، درصورت اثبات وجوب ضمان و موجودیت شرایط پرداخت

۲۵

^۱. یا شخصی در داخل فروشگاه است و ناگهان در آنجا حریق شدید اتفاق می‌افتد. شخص راهی برای فرار ندارد مگر اینکه شیشه فروشگاه را شکسته و خود را به بیرون اندازد، لیکن وی مطلع است که به اثر شکستن شیشه، افرادی که در زیر قرار دارند جراحت برخواهند داشت. دراین صورت چون بیم آن می‌رود که شخص مذکور در حریق جان خود را از دست بدهد، ارتکاب چنین جرمی درحال اضطرار صورت گرفته است.

^۲. اما عدالت اقتضاء می‌کند که شخص مضطرب به کسی که به او ضرر مدنی رسانیده است، جبران خساره پردازد. دلیل دیگر این است؛ شخصی که به او ضرر رسیده است هیچ تقصیری در ایجاد ضرر نداشته است. درنتیجه، شخص مضطرب تنها از مسئولیت جزایی معاف می‌باشد و در قبال خساره ای که ایجاد کرده است، مسئولیت پرداخت جبران خساره را دارد. نک: شرح کود جزا، ج ۱، کابل، انتشارات آسیا فوندیشن، سال ۱۳۸۹، ص ۳۳۸.

¹ پرداخت داشته باشد)، رد عوض برای او واجب است.

لذا ضمان در حالت اضطرار تابع قاعده اتلاف (من اتلف مال غیره فهو ضامن) است. بنابراین، ضمان مضطرب در موارد اتلاف، ضمان قهقی است. پس ضمان قهقی که مسئولیت مدنی نیز نامیده می شود عبارت است از مسئولیت انجام امری و یا جبران زیانی که کسی در اثر عمل خود به دیگری وارد آورده استو بدون نیاز به امر دیگری موجب مسئولیت او می شود. همینطور، اتلاف اعم از اینکه اتلاف حقیقی یا حکمی باشد، موجب ضمان خواهد بود. یعنی علاوه بر مواردی که مال توسط مضطرب تلف شود، مواردی نیز که مال تلف نشده ولی در حکم تلف است و صاحب آن نتواند از آن بهره برداری کند، موجب مسئولیت مضطرب خواهد بود. درنهایت، ضمان مضطرب اعم از اینکه موضوع تلف مال باشد یا جان، و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت، در هر حال موجب ضمان خواهد بود. و در ضمان مضطرب، شرط عدم وجود ندارد و همین قدر که صدق اتلاف نماید، برای مسئولیت او کافی است.^۲

حال آنکه در حالت ضرورت اولاً، نیاز، نیاز شخص اقدام کننده نیست و ثانیاً مالک حق یا مالی که در حال ضرورت، خسارتی متوجه آن شده است، همواره آنگونه که در اضطرار مشخص است، منحصر در فرد دیگری غیر از مضطرب نیست. بلکه مالک مال یا حق، ممکن است شخص اقدام کننده یا شخصی که برای رفع ضرورت و نیاز وی اقدام صورت پذیرفته و یا حتی شخص ثالث باشد.^۳ طورمثال، داکتری در اطاق عمل جراحی، برای حفظ حیات مصدوم بیهوشی که دچار حادثه شده، مبادرت به قطع

^۱ چنانچه اقدام فرد مضری بر اساس مصلحت عمومی هم باشد، الزاماً در تمام موارد نمی توان مدعی عدم ضمان گردید. نک: همان، ص ۱۳۵.

^٢. رحمانی، محمد، قواعد اتلاف، قواعد فقهی ۵، فقه اهل بیت.

۱۳۵ ص، همان.

عضوی از اعضای او می نماید. همینطور، لباس یا دست کارگری در حین کار با دستگاهی، درگیر با غلطک دستگاه شده، تمام بدن او هر آن در حال قرار گرفتن زیر غلطک است. در این حال، همکار وی، لباس یا حتی دست کارگر را به منظور نجات جان او قطع می کند. یا اینکه کترول موتری از دست راننده خارج شده و در حال برخورد با تعدادی عابر و یا سقوط در پرتگاه است. در این حالت شخصی از خارج موتر، با ورود خسارت به موتر، مسیر آن را منحرف و مانع برخورد موتر با عابرین یا سقوط در گودال می شود و غیره. لذا درمثال های فوق، مسئولیت مدنی با ضمان یکسان نبوده و در برخی موارد حتی ثابت نیست. لذا وجود مسئولیت و شناخت ضامن در این موارد، بستگی به شرایطی نظیر اقدام کننده، متضرر و متفع از اقدام دارد. بدین معنا که در حالت اضطرار مشخص است که اقدام کننده و متفع از اقدام، شخص مضطر است و متضرر از اقدام شخص ثالث است. اما در حالت ضرورت، اساساً اقدام کننده، متفع از اقدام نیست. و متضرر از اقدام می تواند شخص اقدام کننده باشد یا شخص متفع از اقدام و یا حتی شخص ثالث. لذا ضمان تابع سه قاعده‌ای مختلف نظیر قاعده اقدام، قاعده احسان و قاعده اتلاف است.

هرچند قاعده اتلاف در مورد اضطرار تبیین شد ولی در ذیل بخاطر روشن شدن نقاط تفاوت حالت اضطرار و ضرورت به تشریح مثالهای از قواعد احسان و اقدام، بعنوان قواعدی که می تواند در موارد ضرورت، مبنای حکم نسبت به مسئولیت مدنی اقدام کننده قرار گیرد، اکتفا می شود.

نخست: فقدان مسئولیت متفع براساس قاعده احسان

در برخی موقع براساس قاعده ضرورت، شخصی بخاطر دفع ضرر بزرگتر به شخصی دیگری، با ایراد خسارت به وی یا شخص ثالث، از معرض مسئولیت مدنی دور ساخته می شود. طورمثال دست کارگری در زیر دستگاه غلطک شده و دستگاه مذکور در حال کشیدن کارگر به زیر غلطک و کشتن اوست، اما همکار کارگر دست وی

را قطع می کند. در این پرونده متضرر و متفع از اقدام، کارگر است و اقدام کننده، همکار وی می باشد. لذا این مورد علی الاصول تحت قاعده احسان بحث می شود. چراکه صدمه به کارگر، توسط همکار او، بخاطر پیشگیری از ورود خسارت بیشتری بوده است. لذا هرچه صدق مسئولیت بر فرد نیکو کار یا محسن نماید، نفی می شود. قابل یادآوریست که موارد احسان به دو صورت مختلف قابل تفکیک است:

برخی موقع شخص محسن در مقام احسان، مبادرت به انجام اعمال یا ترک اقداماتی می کند که نفع صاحب مال در آن است و نفس اقدام، زیان بار نیست. لیکن اتفاقاً در اثر اقدامات وی، خساراتی متوجه مالک می شود. اما در برخی موقع شخص محسن از ابتدا می داند نفس اقدام وی موجب زیان صاحب مال است، لیکن اقدام او برای حفظ مال با ارزش تر یا جان مالک، ضرورت دارد. در خصوص ورود زیان به اموال فرد، در هردو حالت ورود احتمالی خسارت ویا ورود عمدی خسارت، قاعده احسان موجب عدم مسئولیت محسن خواهد بود. لیکن در خصوص تمامیت جسمانی فرد، موضوع عدم مسئولیت محسن قابل بحث اند.

طوريکه برخی ها با این باورند که قاعده احسان رافع مسئولیت دیه نیست و تنها قصاص را ساقط می کنند. «چنانچه در خصوص آسیب بدنی که توسط ولی به منظور تأدیب به طفل وارد می شود، از آنجا که قصد تأدیب بوده و اتفاقاً موجب آسیب بدنی شده، قصاص ساقط و از آنجا که انتساب محرز است، دیه ثابت خواهد بود». ^۱ اما برخی دیگر بر این باورند «از آنجا که احسان هرگونه مسئولیتی را رفع می نماید، با صدق احسان هیچ گونه مسئولیتی برای محسن وجود ندارد، و این عدم مسئولیت حتی شامل قصاص، دیه و تعزیر و حد هم می شود». ^۲ این درحالیست که برخی حقوقدانان دلیل

^١. خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمیله المنهاج، ج ٢، بیروت، دار الزهراء، بی تا، ص ٢١١.

^٢ قائني، محمد، المبسوط في فقه المسائل المعاصرة، المسائل الطبية، ج ١، قم، مركز فقه الائمه الاطهار، چاپ اول، سال ١٤٢٤ هجری، ص ١٧١.

عدم ضمان را قاعده اضطرار(ضرورت) دانسته اند. طورمثال، گوسفندی گم شده‌ای که فردی آنرا بباید و برای حفظش در محل نگهداری نموده، اتفاقاً به واسطه خرابی محل تلف شود، عدم مسئولیت نگهدارنده مورد اتفاق است. اما دلیل آنرا برخی قاعده احسان دانسته^۱ و برخی از باب ضرورت پنداشته اند.^۲ بر عکس برخی براین باورند که «عدم ضمان براساس حسبه است نه ضرورت و احسان».^۳ درحالیکه در این مثال «حال اضطرار مطرح نیست و موضوع، ضرورت عام است و موجب جریان قاعده ای احسان گردیده و در نتیجه مسئولیتی وجود ندارد».^۴

لذا قاعده احسان قاعده ای مستقل است که بر اساس آن هرگاه کسی در مقام احسان برآید و از عمل او عمداً و یا اتفاقاً خسارتنی به متتفع از اقدام محسن وارد شود، مسئولیت از محسن سلب خواهد شد. دراین گونه موارد، شرط جریان قاعده احسان، هیچ گونه ارتباطی با ضرورت ندارد. هرچند ضرورت، موجب اقدام محسن شده یا نشده باشد. بعبارت دیگر، هیچ یک از ضرورت و احسان مقدمه و یا شرط تحقق دیگری نیستند و هریک قاعده ای مستقل اند که می توانند در برخی موارد، بصورت اتفاقی مقدمه دیگری و یا مجرای دیگری قرار گیرند و دراین گونه موارد، هر دو قاعده دریک مصدق خارجی، کاربرد خواهند داشت. ضمن اینکه هر کدام مستقل از دیگری بوده و شرایط، ضوابط و نتایج خاص خود را به همراه دارند.

درنتیجه، دلیل قطع دست کارگر و نگهداری گوسفند گم شده، به ترتیب بخاطر جلوگیری از خطر بزرگ و حفاظت بوده است. طوریکه در مثال اول، عدم مسئولیت مدنی اقدام کارگری براساس قاعده احسان قابل توجیه بوده و در مثال دوم، دلیل موجه

^۱. شمس ناتری، محمدابراهیم و عبدالله یار، سعید، پیشین، صص ۱۴۹ الی ۱۵۰.

^۲. کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۶۹، چاپ دوم، ص ۵۲۱.

^۳. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، (۲)، تهران، انتشارات سمت، سال ۱۳۷۴، صص ۱۴۶ الی ۱۴۷.

^۴. همان، ص ۱۳۴.

اقدام مزبور بخاطر ضرورت عام بوده که موجب جریان قاعده ای احسان گردیده و در نتیجه مسئولیت مدنی را مرتفع گردیده است.

دوم: قاعده اقدام و موارد ضرورت

گاه عمل طبق قاعده ضرورت انجام می پذیرد و جان یا مال شخص، از معرض خسارت دور می شود. لیکن اقدام کننده، به منظور نجات جان یا مال دیگری، چاره ای جز ورود زیان به جان یا مال خود ندارد. عبارت دیگر اقدام کننده بصورت متعارف و معقول، با ورود خسارت به جان یا مال خویش، جان یا مال دیگری را نجات می دهد. این مورد از مصاديق بارز ضرورت است و به هیچ عنوان تحت قاعده اضطرار به مفهومی که ارتکاب جرم برای رفع نیاز شخصی دانسته شد، قرار نمی گیرد و به همین دلیل نمی توان آثار و احکام وضعی اضطرار را بر آن ساری و جاری دانست. چراکه فرد متضرر، متنفع از اقدام نبوده و به مال یا جان دیگری آسیب نرسانده است. بلکه متنفع، شخص دیگری غیر از اقدام کننده است و خسارت دیده، شخص اقدام کننده است.

طورمثال، فردی درحال سوختن باشد و کسی او را نجات دهد و درحال نجات دستش بسوزد. دراین حالت، دیه دست اقدام کننده به عهده متنفع خواهد بود.^۱ سوال مطرح می شود که متنفع از کسی نخواسته تا برای نفع او اقدامی علیه مال خود انجام دهد تا اکنون مسئول پرداخت خسارت واردہ به او باشد. درپاسخ می توان گفت که امری که می تواند این عدم اذن را جبران نماید، ضرورت است. یعنی «ضرورت موجب شده است تا امکان اخذ اذن از متنفع وجود نداشته باشد و متعارف و عقلانی بودن اقدام اقدام کننده موجب می شود که فرض شود متنفع درحال ناگزیری و ناچاری خود، قاعدهاً راضی بوده است تا به منظور حفظ جان یا مال معتبره او، خسارتی مالی به

^۱. همان، ص ۱۴۷.

دیگری وارد آید و او خود را ملزم به پرداخت خسارت وارد بداند». ^۱ البته چنین اظهار نظری در همه موارد صادق نیست، گاه هست که مضطر رضایت به نجات خود و یا اینکه دیگری برای نجات او یا مالش، هزینه‌ای متحمل شود، ندارد. یعنی در عین گرفتاری، اعلام عدم رضایت نسبت به نجات خود از طریق اتلاف مالی توسط مالک می‌نماید، در چنین حالتی مالک نمی‌تواند با وجود چنین علم یا اعلامی خواه تصریحاً ذکر شده و خواه اقدام کننده به نحوی از آن آگاه باشد، مبادرت به اتلاف مال خویش نموده و سپس برای جبران خسارات وارد به خود به متفع مراجعت نماید. هرچند در این حالت ممکن است براساس مبانی شرعی نجات جان دیگری نیازمند رضایت او نباشد.

درنتیجه، انچه مهم است و به لحاظ آن موضوع اقدام در این تحقیق مطرح گردید، آن است که اثبات شود موضوع اضطرار و ضرورت از حیث احکام و آثار متفاوت هستند و نمی‌توان همان گونه که در اضطرار نسبت به وجود مسئولیت مدنی در همه موارد حکم می‌شود، نسبت به موارد ضرورت نیز به همان روای حکم کرد و در همین حد طرح موضوع اقدام، بحث حاضر را به اثبات می‌رساند.^۲

نتیجه گیری و پیشنهادات

على رغم وجود تشابهات بسیار بین اضطرار و ضرورت، این دو حالت از حیث ماهوی متفاوت اند. هر کدام دارای مستندات مختلف و احکام تکلیفی خاص خود را دارا هستند. طوریکه اضطرار در موارد نیاز شخصی بکار می‌رود که فرد برای رفع نیاز شخصی خود یا کسانی که مسئولیتی در قبال آنان داشته و نیاز ایشان نیاز او محسوب

^۱. همان، ص ۱۴۷.

^۲. جهت کسب اطلاعات بیشتر، نک: آقاپور، جلیل، بررسی قاعده اقدام از منظر فقه و حقوق موضوعه، پایان نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز، پردیس بین المللی ارس، سال ۱۳۹۴.

شود، مرتکب جرمی گردد. اما در حالت ضرورت نیاز شخصی در بین نیست، لیکن حفظ جان، مال و یا عرض شخص دیگری در معرض خطر بوده و اقدام فردی غیر از مضطرب موجب رفع خطر می گردد.

هر چند برخی حقوقدانان تفکیک بین این دو مفهوم قائل شده است. اما تفاوتی را که آنان مطرح کرده اند جنبه صوری و ظاهری دارد و از لحاظ ماهوی و بصورت اساسی تفاوت های این دو را مطرح نکرده است. همینطور اشتراکات این دو مفهوم را که حقوقدانان تاکنون تبیین نموده است بازهم دقیق نیست. چراکه اشتراکات مطرح شده از سوی آنان، خصوصیات و ویژگی هایی اس ت که بین یکی از این دو مانع یا هردوی آن ها با یک یا چند مانع دیگر از موانع مسئولیت کیفری مشترک است و این به نوبه خود به خوبی به اثبات می رساند که یکسان پنداری آن دو هیچ توجیه جدی، منطقی و یا حقوقی نداشته است. حال آنکه حالت اضطرار و ضرورت از لحاظ ماهوی متفاوت بوده و هر کدام آثار و تکالیف خاص خود را دارد. بدین معنا که در حالت اضطرار ثبوت ضمانت مورد تردید هیچ یک از حقوقدانان قرار ندارد. اما درخصوص ثبوت ضرورت، اتفاق نظر واحد وجود ندارد. یعنی حالت اضطرار بر اساس قاعده ائتلاف قابل اثبات می باشد. اما ثبوت ضمانت در حالت ضرورت مبتنی بر قواعد ائتلاف، احسان و اقدام است.

هرچند کود جزای افغانستان بصورت مشخص چنین تفکیکی را قائل نشده است. اما از لابلای مصاديق و عبارات مذکور در مواد ۱۱۵ و ۱۱۶ کود جزا می توان به این نتیجه رسید که در حقوق افغانستان حالت اضطرار از جمله یکی از مصاديق علل رافع مسئولیت جزایی بوده و به موضوع رفع نیاز شخصی پرداخته است. یعنی اگر فردی بخاطر رفع نیاز شخصی خود یا کسانی که مسئولیت درقبال آنان داشته و نیاز ایشان، نیاز او محسوب شود، مرتكب جرمی گردد، مسئولیت جزایی نداشته و مسئولیت مدنی آن در صورت اثبات قابلاً اثبات اند. لذا بیشنهاد مشخص این تحقیق آن است که:

نخست: مقنین کشور بین موضوع رفع نیاز شخصی و موضوعی که در آن رفع نیاز شخصی مدنظر نباشد، باید تفکیک قائل گردد.

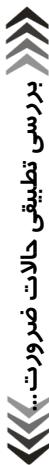
دوم: وضع قوانین جزایی را براساس یکی از مکاتب و نظریه های کیفری، بنامایند.

سوم: در وضع قوانین، اصول و قواعد فقهی را لحاظ نمایند.

چهارم: مفاهیم نظیر اضطرار و ضرورت، اکراه و اجبار و سائر مفاهیم مشابه را به دقت مورد بحث و بررسی قرار داده و اقدام به وضع قوانین نمایند.

پنجم: مصداق هریک از حالات اضطرار و ضرورت را درهنگام وضع قوانین لحاظ نموده و اقدام به قانونگذاری نمایند.

۱۰



۳۳

فهرست منابع

- ۱ قرآن کریم.
- ۲ آقابور، جلیل، بررسی قاعده اقدام از منظر فقه و حقوق موضوعه، پایان نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز، پردیس بین المللی ارس، سال ۱۳۹۴.
- ۳ باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی (تقریرات)، تهران، انتشارات مجده، سال ۱۳۸۰، چاپ اول.
- ۴ باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی (تقریرات)، تهران، انتشارات مجده، سال ۱۳۸۰، چاپ اول.
- ۵ حبیب زاده، محمد جعفر، اضطرار (ضرورت)، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، سال ۱۳۷۵، شماره های ۱۵ و ۱۶، بهار و تابستان.
- ۶ خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المناهج، ج ۲، بیروت، دار الزهراء، بی تا.
- ۷ داور، میرزا علی اکبر خان، نگرشی بر حقوق جزای عمومی (تقریرات)، تهران، انتشارات مجده، سال ۱۳۸۰، چاپ اول.
- ۸ شرح کود جزا، ج ۱، کابل، انتشارات آسیا فوندیشن، سال ۱۳۸۹.
- ۹ شمس ناتری، محمد ابراهیم و ریاضت، زینب، قانون مجازات اسلامی درنظم حقوق کنونی، ج ۱، تهران، انتشارات میزان، سال ۱۳۹۲، چاپ اول.
- ۱۰ شمس ناتری، محمد ابراهیم و عبدالله یار، سعید، حالت ضرورت و دفاع مشروع مطالعه تطبیقی ادله، مبانی و شرایط، تهران، انتشارات مجده، سال ۱۳۹۰، چاپ اول.
- ۱۱ صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه ملی، سال ۱۳۵۶، چاپ اول.
- ۱۲ ظهیریان، محمد مهدی، اصول کلی حقوق جزای انگلستان، تهران، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۶، چاپ دوم.
- ۱۳ عبدالحسین، علی آبادی، حقوق جنایی، ج ۱، تهران، انتشارات فردوسی، سال ۱۳۷۳، چاپ سوم.

- ۱۴- عمار عباس الحسيني، حاله الضرورة و اثراها فى المسئولية الجنائية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، چاپ اول، سنه ۲۰۱۱.
- ۱۵- عوده، عبدالقادر، بررسی تطبيقی حقوق جزای اسلام و قوانین عرفی - جرم و اركان آن، ج ۱، ترجمه: دکتر حسن فرهود نیا، تهران، انتشارات موسسه مطالعات بنیادین پویه، سال ۱۳۹۰، چاپ اول.
- ۱۶- قائم فرد، سید محسن، مقایسه تطبيقی اضطرار و ضرورت در حقوق کیفری، رساله جهت اخذ درجه دکتری، دانشگاه قم، دانشکده حقوق، سال ۱۳۹۴.
- ۱۷- قائeni، محمد، المبسوط في فقه المسائل المعاصره، المسائل الطبيه، ج ۱، قم، مركز فقه الاتهمه الاطهار، چاپ اول، سال ۱۴۲۴.
- ۱۸- کاتوزيان، ناصر، مسئوليت مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۶۹، چاپ دوم.
- ۱۹- گلدوزيان، ايرج، حقوق جزای عمومی ايران، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۹۷، چاپ شانزدهم.
- ۲۰- محسني، مرتضى، دوره حقوق جزای عمومی، مسئوليت کیفری، تهران، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۶، چاپ اول.
- ۲۱- محسني، مرتضى، دوره حقوق جزای عمومی، مسئوليت کیفری، ج ۳، تهران، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۶، چاپ اول.
- ۲۲- محقق داماد، سیدمصطففي، قواعد فقه بخش مدنی، (۲)، تهران، انتشارات سمت، سال ۱۳۷۴.

بررسی حقوق زندانیان در اسلام و قوانین نافذه کشور

محمد ولی حنیف

چکیده

اگر دقیقاً نگرسته شود زندان مسکنی نیست که در آن شخصیت آدمی زیر سوال برود و به جایگاه انسانی آن لطمه وارد کند؛ زندان جای است جهت تنبه و تربیت که به نسل آدمی مهیا گردیده است تا در جهت بروز شخصیت انسان مفید واقع شود. اگر از روزنه اسلام نگرسته شود در میابیم که افراد زندانی از حقوق ویژه‌ی برخوردار است و زندان از نظر اسلام جای تربیت و اصلاح انسانهای مجرم می‌باشد، هدف اساسی ایجاد زندانها به اساس یک میکانیزم مشخص تربیتی و اصلاحی بوده و تمام آموزه‌های تعلیمی و تربیتی بایست در زندانها در نظر گرفته شود تا اشخاصیکه از

زندان رهای میابند فرد سالم جامعه بار آمده واز گذشته های منفی خویش اظهار ندامت و به روش خاص انسانی زندگی خویش ادامه داده ازیک جایگاه خاصی انسانی بهره مند شود.

واژه های کلیدی : حقوق، زندانیان، حبس، محاسب، اسلام و قانون.

مقدمه

در اسلام زندان به عنوان مدرسه ای برای تادیب جنایتکاران و مجرمان در جامعه ایجاد شده است با مطالعه و مقایسه زندان های زمان پیامبر صلی الله علیه وسلم با عصر حاضر برای ما مشخص می شود که در آن زمان تا آن اندازه که مسجد جایگاه رشد و شکوفایی مردم بوده است می بینیم که ده برابر آن زندان محل اصلاح و درست کردن و هدایت مردم بوده است.اما در این زمانه نه تنها زندان باعث اصلاح و تنبیه افراد گناهکار نشده است بلکه اغلب افراد خلافکار را پرورده کرده است؛ زیرا از بس که زندانیان را مورد تنبیه بدنی قرار داده اند که هیچ فرصتی را برای فکر کردن و هوشیار شدن او باقی نگذاشته اند تا به فکر اصلاح و تغییر خودش باشد. در این مقاله سعی برآن است که در آغاز نگاهی کوتاه بر زندان وسپس به حقوق زندانیان از نظر اسلام و قانون بر یک شهروند مطرح بحث است تحقیق صورت گیرد تا باشد که حقوق حقه‌ی یک فرد زندانی با توجه به نگرش های دینی و حقوقی برملا گردد. در آغاز به جای می دانم در مورد زندان (محبس) معلومات ارایه گردد و بعد اصل موضوع که بررسی حقوق زندانیان در اسلام و قوانین نافذه کشور مطرح بحث است پرداخته شود.

معنای زندان

زندان از واژه عربی سجن که در لغت معنای منع و نگاه داشتن می آید و مقابل آن تخلیه – آزاد ساختن – میباشد . به جای گفته می شود که در آنجا اشخاص

مجرم نگاه داری وزندانی می شوند. (۱۱: ۱۲۴) . و در این مورد خداوند متعال جل جلاله فرموده است: (رب السجن أحب إِلَيْهِ) (۱: یوسف، ۳۳).

ترجمه: (یوسف که این تهدید همسر عزیز و اندرز زنان مهمان برای فرمانبرداری از او را شنید) گفت: پروردگارا! زندان برای من خوشایندتر از آن چیزی است که مرا بدان فرا می خوانند.

در اصطلاح زندان: (هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه) (۲: ۱۰۱).
يعني عبارت است از گرفتار نمودن شخصی از کار و بازداشت وی از تصرف.

در قانون محاسب چنین تعریف گردیده است: محاسب و توقيف خانه با رعایت ارزش‌های اسلامی، اصول و شرایط معیاری سازمان ملل متحد اعمار میگردد (۱۸). (۲۲۸:

الفاظ ارتباطی

الف) حجر: به فتح حا و سکون جیم یک لفظ عربی است به معنای مطلق منع کردن، از تصرف در اموال خود می‌آید (۸۷: ۹).

۱- فقهای کرام از این لفظ، منع از تصرفات مالی چون منع از تصرفات سفیه (بی خرد) منع از تصرفات قولی مثل منع از فتاوی مفتی بی پروا منع از تصرفات عملی مثل منع داکتران نادان در معالجه مریضان. در اینجا مقصد فقهاء گرفتار نمودن شخص از کار و بازداشت وی از تصرفات میباشد (۴: ۱۴).

۲-ب) حصر: به فتح حا و سکون صاد به معنای حبس و منع می‌آید چنانچه خداوند متعال فرموده است: {وجعلناهم للكافرين حصيرا} (١: الإسراء، ٨) یعنی: دوزخ را برای کفار بندی خانه گردانیدیم (٩: ١٠).

۳- فقهای کرام حصار ویا حصر را در منع از انجام دادن افعال حج استعمال نموده اند: خواه آن افعال منع از طرف دشمن به سبب حبس - زندانی ساختن - ویا به سبب امراض صورت گرفته باشد (۵: ۲۹۶).

۴- در بین کلمه "منع" و "حبس" عموم و خصوص من و جه میباشد یک ماده اجتماعی و یک ماده افتراقی دارند. ماده اجتماعی آن کلمه منع در برگیرنده منع و حبس است و ماده افتراقی آن هردو دارای معانی جداگانه میباشند شخصی محصر- حصرشده - گاهی قادر به تصرف مالی نیست . اما شخصی محبوس قادر به تصرفات مالی میباشد؛ بناء گفته میتوانیم که ارتباط واژه حصر با واژه حبس در عمومیت و خصوصیت است.

ج) وقف : یک واژه عربی بوده جمع آن اوقف و وقوف میباشد بمعنای استادن و توقف کردن ، ووازه حبس جمع آن احباس حبس به ضم حاء وباء بوده به معنای حبس وزندانی ساختن می آید (۶۸۸: ۹).
 معانی فوق دیدگاه جمهور علماء بوده در اینجا بین کلمه حبس و وقف فرق، وجود دارد. حبس به اشخاص و وقف به اعیان(خود شیء و عوارض آن) به کار می رود.

د) نفی : در لغت به معنای تبعید و راندن از وطن می آید (۶۰۱: ۹).
 کلمه "نفی" را شوافع و حنابلہ در قول خداوند متعال { اوينفوا من الأرض } [۱: المائدة، ۳۳]. ترجمه: راندن از کشورها و شهرهایمانند؛ بناء قطاع الطريق و راه زنان را گذاشته نمی شود تا به شهرهای بگیرند؛ زیرا نفی از زمین در لغت مشهور عرب، به معنای طرد و راندن می اید.

علمای احناف و عده از علماء شوافع، حنابلہ و ابن عربی از علمای مالکی می گویند مقصود از لفظ نفی حبس مراد است؛ زیرا راندن از تمام نقاط زمین ممکن نیست. در صورت انجام این کار ضرر رسانیدن به اهل زمین است . مراد از "نفی" راندن از تمام زمین نیست بلکه از برخی مناطق زمین است چنانچه خداوند متعال فرموده است: { من الأرض } [۱: المائدة، ۳۳]. پس مراد از نفی حبس است .

زیرا محبوس در حقیقت به منزله کسی است که از دنیا رخت سفر نموده است . در این باره شعری از طرف شعراء سروده شده است می گوید: "خَرَجْنَا مِنَ الدُّنْيَا

وَحْنُ مِنْ أَهْلِهَا -فَلَمَسْنَا مِنَ الْأَمْوَاتِ فِيهَا وَلَا الْأَحْيَا -إِذَا جَاءَنَا السَّجَانُ يَوْمًا لِحَاجَةٍ-
عَجِبْنَا وَقُلْنَا جَاءَ هَذَا مِنَ الدُّنْيَا" (٤١٢ : ١٠).

ترجمه: ما از دنيا بيرون شديم و در حالیکه ما از اهل دنيا بوديم ولی نه از جمع مردگان و نه از جمع زندگان بوديم وقتیکه بنديان به خاطر حاجت به نزد ما بيايد تعجب می گويم که اينها طرف ما از دنيا آمده اند.

عَنْ عُمَرَ، أَنَّهُ أُتِيَ بِرَجُلٍ قَدْ سَرَقَ، يُقَالُ لَهُ: سَدُومٌ، فَقَطَعَهُ ثُمَّ أُتِيَ بِهِ الثَّالِثَةَ، فَقَطَعَهُ ثُمَّ أُتِيَ بِهِ التَّالِيَةَ، فَأَرَادَ أَنْ يَقْطُعَهُ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ: «لَا تَفْعِلْ إِنَّمَا عَلَيْهِ يَدٌ وَرِجلٌ وَلَكِنِ احْبِسْهُ» (١٣ : ١٨٦).

ترجمه: از حضرت عمر رضي الله عنه روایت است مرد بنام سدوم نام چيزی را دزدی کرده بود دستش بریده شد و باره آورده شد دستش بریده شد بار سوم آورده شد می خواستن که دستش راقط نمایند حضرت علی رضي الله عنه گفت: دستش را نبريد که وی یک دست و یک پای دارد اما اورا بندیش کنید.

مشروعیت حبس (زندان):

تمام فقهای کرام به استثنای برخی، به مشروعیت حبس بخاطر نصوص و وقایع که وارد شده است اتفاق نظر دارند: و به دلایل ذیل استناد می نمایند.

الف) از قرآن کریم

خداؤند متعال فرموده است: { تَحْبُسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ } [١]:
المائدة، ١٠٦ [.] .

ترجمه: اگر (به هنگام شهادت در صدق آن دو) شک کردید ، بعد از نماز (عصر یا نماز دیگری که مردم در آن گرد می آیند) آن دو را نگاه دارید .
و همچنین درجای دیگر فرموده است: { حَتَّىٰ إِذَا أَتْخَتَمُوهُمْ فَشَدُّوا الْوَثَاقَ } [١]:
محمد، ٤ [.] . و همچنان ادامه دهید تا به اندازه کافی دشمن را (با کشتن و زخمی کردن ضعیف و درهم می کویید . در این هنگام (اسیران را) محکم بیندید ، بعدها یا بر

آنان مُنْتَ می گذارید (و بدون عوض آزادشان می کنید) و یا (در برابر آزادی از آنان فدیه می گیرید (خواه با معاوضه اسراء و خواه با دریافت اموال .

ب) از سنت نبوی

۱- وَعَنِ ابْنِ عُمَرَ - رضي الله عنهما - عَنْ النَّبِيِّ - صَلَى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إِذَا أَمْسَكَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ وَقَتَلَهُ الْآخَرُ، يُقْتَلُ الَّذِي قُتِلَ، وَيُحْبَسُ الَّذِي أُمْسِكَ» (۱۶۵).

ترجمه: از حضرت عبدالله بن عمر رضي الله عنه از پیامبر صلی الله عليه وسلم روایت است که گفت: شخصی به مردی شخص را نگاه کرد تا اورا بکشد قاتل کشته و نگاه دارنده زندانی گردد. این حدیث را البانی در همین کتاب صحیح قلمداد کرده است.

۲- عَنْ بَهْرَ بْنِ حَكِيمٍ، عَنْ أُبِيِّهِ، عَنْ جَدِّهِ، «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَبَسَ رَجُلًا فِي تُهْمَةٍ ثُمَّ خَلَى عَنْهُ» این حدیث را [البانی] حسن وانمود کرده است (۱۲: ۲۸).

از بهز بن حکیم از پدرش و از جدش روایت است که پیامبر صلی الله عليه وسلم شخصی را در تهمت زندانی ساخت سپس را اورا باز گذاشت .

۳ - بهز بن حکیم از پدر و او از جدش وایت نموده است: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَبَسَ رَجُلًا فِي تُهْمَةٍ ثُمَّ خَلَى عَنْهُ» (۶: ۲۸) (این حدیث را البانی حسن قلمداد نموده است).

پیامبر صلی الله عليه وسلم مردی را به سبب متهم بودنش زندانی ساخت، سپس اورا رها کرد.

۴- عَنْ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ، عَنْ أُبِيِّهِ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَئِنْ أَوْجَدِ يُحِلُّ عِرْضَةً، وَعَفْوَتَهُ» (۶: ۱۱۸).

ترجمه: از عمرین شرید از پدرش واژ رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت است که گفت: خود داری مديون از ادای دینی که می تواند آنرا ادا نماید، آبرو ریزی و مجازاتش را روا می گرداند .
آیات و حدیث فوق دلالت بر مسروعيت زندان در اسلام را می نماید.

ج) اجماع امت

اصحاب کرام و کسانیکه بعد از ایشان هستند بر مسروعيت حبس اجماع نموده اند به ویژه خلفای راشدین - رضی الله عنهم - در دوران خلافتشان گنهگاران را زندانی میکردند و یاران پیامبر - صلی الله علیه وسلم - عکس العمل مبتنی بر رد عملکرد آنها انجام نمی دادند که این کار به اجماع امت دارد (۱۵: ۲۶۸).

أنواع حبس

فقهای کرام حبس را به دونوع تقسیم کرده اند: حبس به قصد جزاء و حبس به قصد اداء .

حبس به قصد جزاء در افعال و جرایم می باشد که حدودی از طرف شریعت به آن روا نگردیده که آن ، حق خدا و یا آدمی باشد.

حبس به قصد اداء مثل زندانی ساختن اشخاصیکه از نماز حواندن و روزه گرفتن امتناع ورزد (۱۷: ۴۰۷).

مدت حبس

در فقه اسلامی برای زندانی ساختن مجرم دونوع مدت پیش بینی گردیده است مدت حبس قصیر، ومدت حبس طویل.

برخی علماء شوافع کمترین مدت حبس را زندانی ساختن از حاضر شدن در نماز جمعه را می دانند . و تعدادی فقهای دیگر می گویند : کمترین مدت حبس تعزیری یک روز است (۳: ۳۸۴).

اکثرمدت حبس

جمهورفقهاء - احناف ، مالکی ها ، وحنبله - برای حبس، حد اکثرا مقید نکرده واین را به رآی ونظر قاضی محول ساخته اند و می گویند: قاضی می تواند حسب احوال جنایت کار، حکم صادر نماید (۱۶: ۲۸۸).

در ماده های ۱۴۵ تا ۱۴۷ کود جزای افغانستان انواع حبس و مدت آن پیش بینی گردیده است:

حبس دوام درجه ۱ و مدت آن بیش از ۲۰ سال تا ۳۰ سال ، حبس دوام درجه ۲ و مدت آن بیش از ۱۶ سال تا ۲۰ سال ، حبس طویل، مدت آن بیش از ۵ سال تاشانزده سال ، حبس متوسط، و مدت آن بیش از یک سال تا ۵ سال، حبس فصیر، و مدت آن از سه ماه تا یک سال (۱۹: ۴۳-۴۵).

حقوق زندانیان از دید اسلام

با وجود اینکه اسیران جزء کسانی اند که دربرابر اسلام رزمیدند بازهم پیامبر در رابطه به آنان به نیکی و رفتار خوب دستور داده است. واین چهره واقعی اسلام است که پیشوای شان قرار دارد و در لابلای آن پی خواهند بردا که شخص پیامبر اسلام جزبخاطر رحمت و مهربانی و بیرون ساختن مردم از تاریکی کفر و گمراهی بسوی روشنایی ایمان و هدایت فرستاده نشده است. دین اسلام نه تنها به رفتار خوب با اسیران را دستور داده بلکه برای چگونگی معامله با اسیران برنامه هایی از خود بجا گذاشت، و در مقابل آنان حقوق و مسئولیت هایی به عهده مسلمانان نهاده است که حق دادن طعام، تهیه لباس، و معامله و رفتار نیکو از جمله آن به حساب می آیند. که راجع به هر یک شواهدی درست پیامبر و سنت شهرنشینی مردم و قوانین کشور جود دارد از جمله:

۱- حسن معامله و برخورد نیکو

دین اسلام راجع به اسیران به برخورد نیکو، لطف و مهربانی، عدم اذیت و عدم تجاوز به آنچه کرامت آنانرا جریحه دارمیسازد، دستور داده است. معامله نیکو با اسیر صورت های گوناگونی دارد که شامل گذشت، تداوی بیماران و موارد دیگری را ازین قبیل دربر میگیرد، که بسا اوقات برخی از آنان را همانند شمامه پسرانال وادر به پیروی از اسلام میگرداند. از سعید بن ابی سعید روایت است که از ابوهریره شنیده است که می فرمود: «**بَعْثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيْلًا قَبْلَ نَجْدِهِ، فَجَاءَتْ بِرَجْلِهِ مِنْ بَنِي حَنِيفَةَ يُقَالُ لَهُ: ثُمَّامَةُ بْنُ أَنَّاثَلٍ، سَيِّدُ أَهْلِ الْيَمَامَةِ، فَرَبَطُوهُ بِسَارِيَةَ مِنْ سَوَارِي الْمَسْجِدِ، فَخَرَجَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: مَاذَا عِنْدَكَ يَا ثُمَّامَةَ؟**» فَقَالَ: عِنْدِي يَا مُحَمَّدُ خَيْرٌ، إِنْ تَقْتُلْ تَقْتُلْ ذَا دَمِ، وَإِنْ تُنْعِمْ تُنْعِمْ عَلَى شَاكِرٍ، وَإِنْ كُنْتَ تُرِيدُ الْمَالَ فَسَلْ تُعْطِ مِنْهُ مَا شِئْتَ، فَتَرَكَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى كَانَ بَعْدَ الْغَدِ، فَقَالَ: مَا عِنْدَكَ يَا ثُمَّامَةَ؟ قَالَ: مَا قُلْتُ لَكَ، إِنْ تُنْعِمْ تُنْعِمْ عَلَى شَاكِرٍ، وَإِنْ تَقْتُلْ تَقْتُلْ ذَا دَمِ، وَإِنْ كُنْتَ تُرِيدُ الْمَالَ فَسَلْ تُعْطِ مِنْهُ مَا شِئْتَ، فَتَرَكَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى كَانَ مِنَ الْغَدِ، فَقَالَ: مَاذَا عِنْدَكَ يَا ثُمَّامَةَ؟» فَقَالَ: عِنْدِي مَا قُلْتُ لَكَ، إِنْ تُنْعِمْ تُنْعِمْ عَلَى شَاكِرٍ، وَإِنْ تَقْتُلْ تَقْتُلْ ذَا دَمِ، وَإِنْ كُنْتَ تُرِيدُ الْمَالَ فَسَلْ تُعْطِ مِنْهُ مَا شِئْتَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَطْلِقُوا ثُمَّامَةَ، فَأَنْطَلَقَ إِلَى نَخْلٍ قَرِيبٍ مِنَ الْمَسْجِدِ، فَاغْتَسَلَ، ثُمَّ دَخَلَ الْمَسْجِدَ، فَقَالَ: أَشْهُدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَشْهُدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، يَا مُحَمَّدُ، وَاللَّهُ، مَا كَانَ عَلَى الْأَرْضِ وَجْهٌ أَبْغَضَ إِلَيَّ مِنْ وَجْهِكَ، فَقَدْ أَصْبَحَ وَجْهُكَ أَحَبَّ الْوُجُوهِ كُلُّهَا إِلَيَّ، وَاللَّهُ، مَا كَانَ مِنْ دِينِ أَبْغَضَ إِلَيَّ مِنْ دِينِكَ، فَأَصْبَحَ دِينُكَ أَحَبَّ الدِّينِ كُلُّهِ إِلَيَّ، وَاللَّهُ، مَا كَانَ مِنْ بَلْدِ أَبْغَضَ إِلَيَّ مِنْ بَلْدِكَ، فَأَصْبَحَ بَلْدُكَ أَحَبَّ الْبَلَادِ كُلُّهَا إِلَيَّ، وَإِنَّ خَيْلَكَ أَخْدَتْنِي وَأَنَا أُرِيدُ الْعُمْرَةَ فَمَاذَا تَرَى؟ فَبَشَّرَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَمْرَهُ أَنْ يَعْتَمِرَ، فَلَمَّا قَدِمَ مَكَّةَ قَالَ لَهُ قَائِلٌ: أَصَبَّوْتَ، فَقَالَ: لَا، وَلَكِنِّي أَسْلَمْتُ مَعَ

رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَلَا وَاللَّهِ، لَا يَأْنِي كُمْ مِنَ الْيَمَامَةِ حَيَّةً حِنْطَةً حَتَّىٰ يَأْذَنَ فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (۱۴: ۱۳۸۶).

ترجمه: رسول خدا صلی الله علیه وسلم گروهی از سواره ها را به طرف نجد فرستاد آنان مردی از قبیله بنو حنيفه را که شمامه بن اثال نام داشت و سردار اهل یمامه بود. و او را به یکی از ستون های مسجد بستند پیامبر از منزل بیرون آمد، به سوی او رفت، و گفت: ای شمامه چه حرفی برای گفتن داری؟ شمامه گفت: سخن درستی برای گفتن دارم ای محمد! اگر مرا بکشی، انسان زنده را می کشی و اگر منظورت مال دنیا است هرچه را که می خواهی درخواست کن، پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - او را تا روز بعد ترک نمود، و روز بعد به او گفت: ای شمامه! چه سخنی برای گفتن داری؟ گفت: آنچه که قبلًا به شما گفتم، اگر نیکی و بخشش کنی با کسی که حق شناس و سپاسگزار است نیکی خواهی کرد، باز پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - تا روز بعد او را ترک کرد، وقتی که آمد، به او گفت: ای شمامه! چه حرفی برای گفتن داری؟ گفت: آنچه که قبلًا به شما گفتم، پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - گفت: شمامه را آزاد کنید، وقتی که آزادش کردند، رفت به زیر درختی خرمایکه در نزدیکی مسجد بود، و غسل محمد! قسم به خدا تا به حال نسبت به هیچ کسی به اندازه شما کینه و عداوت نداشت ولی الحال به نزد من از همه عزیزتر و محبوب تر می باشی، هیچ دینی به اندازه دین تو پیش من مبغوض نبود ولی الان از تمام دینها به نزد من محبوب تر است، از هیچ شهری به اندازه شهر مدینه متنفر نبودم ولی اکنون از همه شهرها برایم محبوب تر است، سواران شما در حالی مرا دستگیر کردند که قصد عمره داشتم، الان مشوره شما در مورد عمره من چیست؟ پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - به واسطه ایمان آوردنش به او مژده خیر و برکت و بهشت داد، به او دستور داد تا عمره اش را انجام دهد."

این رفتار نیکوی پیامبر بود که تمامه را به پذیرش اسلام وادار ساخت و اگر مورد ستم و تعذیب قرار میگرفت هیچ گاهی فکر داخل شدن در اسلام را به ذهن خود راه نمی داد.

و در (مادة پنجم) فقره (۱) قانون محاسب و توقیف خانه ها راجع به رفتار و معامله خوب با زندانیان چنین تصریح گردیده است:

(۱) کارکنان محاسب مکلف اند با محبوسین طوری بر خورد مناسب نمایند که بعداز رهایی، ایشان به حیث شهروندان تابع قانون وارد جامعه گردند.

ونیز در رابطه بارعايت حقوق بشرطدا بودن محاسب و توقیف خانه ها برای طبقه زنان و مردان در ماده های (سوم) (فقره (۱)) و (۲) و (۳) چنین تصریح گردیده است:

(۱) کارکنان محاسب و توقیف خانه ها، خارنوالان، قضات و سایر اشخاصیکه به نحوی از انحا با محبوسین و اشخاص تحت توقیف سرو کار دارند، مکلف اند حین اجرای وظایف، با محبوسین و اشخاص تحت توقیف، حقوق بشر را رعایت نموده، با آنها بدون در نظرداشت قوم، ملیت، مذهب، دین، نژاد، رنگ، جنس (زن و مرد) زبان، موقف اجتماعی یا سیاسی و سایر ملاحظات تبعیضی، طور بی طرفانه برخورد نمایند.

و در ماده (۹) نیز فرموده است: (۱) محاسب و توقیف خانه های طبقه زنان از مردان جدا می باشد.

(۲) در صورتیکه جدائی محاسب و توقیف خانه ها از هم دیگر ممکن نباشد، طبقه زنان از مردان در بخش های جداگانه آن نگهداری می شوند.

محبوسین و متهمین که سن ایشان از (۱۸) سال بالاتر و از (۲۵) سال کمتر باشد، در محاسب و توقیف خانه های جداگانه نگهداری میشوند، در صورت عدم امکان، چنین اشخاص در بخش های جداگانه قانون محاسب و توقیف خانه ها نگهداری میشوند.

۲- حق اسیر در لباس و پوشاش

از جمله مسئولیت هایی که اسلام در رابطه به اسیران بیان نموده تدارک لباس و پوشاش آنهاست. دین اسلام بر تهیه لباس مناسب برای اسیر که از گرما و سرما اورا حفاظت کند ترغیب داده است. پوشیدن لباس بصورت عموم بخاطر ستر عورت و جلوگیری از قرارگرفتن در معرض دید مردم واجب است بناءً شریعت روی هم رفته تدارک آنرا برای اسیر غرض پوشاندن عورت لازم قرار داده است.

عَنْ عُمَرٍ، سَمِعَ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: لَمَّا كَانَ يَوْمَ بَدْرٍ أُتِيَ بِأَسَارِي، وَأُتِيَ بِالْعَبَاسِ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ثَوْبٌ، فَنَظَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَهُ قَمِيصًا، فَوَجَدُوا قَمِيصًا عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي يَقْدُرٍ عَلَيْهِ، فَكَسَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِيَّاهُ، فَلَذِلِكَ نَزَعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَمِيصَةَ الَّذِي أَبْسَأَهُ » (۶۰: ۷).

ترجمه: از عمره روایت است که او شنیده است از جابر بن عبد الله رضی الله عنهم که گفت: در غزوه بدر اسیران را به نزد پیامبر آوردند که در جمله آنان عباس بن عبد المطلب کاکای پیامبر، لباسی بر تن نداشت پیامبر صلی الله علیه وسلم در فکر پیدا کردن پیراهنی گشت و یافت پراهن را که عبدالله بن ابی برایش داده بود و به وی پوشانید.

در این مورد ماده (۲۴) قانون محاسب فقره دوم چنین تصریح مینماید:

(۲) ادارات محاسب و توقيف خانه ها برای هر محبوس و شخص تحت توقيف چپر کت و بستر خواب (جداگانه را تهیه می نماید (۱۸: ۲۹۰).

۳- آزادی دینی، اسیر

وازجمله حقوقی که اسلام برای اسیر درنظر گرفته است آزادی دینی وی است که در زمان اسارت می تواند شعایر دینی خویش را به پیش برد و وی را به پذیرش و قبول اسلام مجبور ساخته نمی شود و از پیامبر سراغ نداریم که اسیری را به پذیرش اسلام و ادارکرده باشد، بلکه آنان بعد از رهایی از قید و بنده، به رضایت خود اسلام را پذیرفتند، همانگونه که تمامه پسروان بعد از رهایی از بنده غسل نمود و مشرف به اسلام شد.

چنانچه در آزادی دینی ماده (۳۴) قانون محاسب تصريح می نماید: محبوبین و اشخاص تحت توقیف حق دارند، عبادات و مناسک دینی و مذهبی را آزادانه اداء و تعلیمات دینی خویش را کسب نمایند، مشروط براینکه موجب اذیت دیگران نه گردد (۱۸: ۲۹۲).

در قانون محاسب، ماده دهم برای زندانیان نظم وامنیت درست در نظر گرفته شده است: (۱) در صورتیکه محبوسین و متهمین نسبت سلوک و روش نادرست، سبب بروز مشکلات برای سایر محبوسین و متهمین و اداره محاسب و توقیف خانه ها گردند، ایشان در محاسب و توقیف خانه های دارای امنیت خوبتر (رژیم خاص) نگهداری می شوند. (۲) هرگاه محاسب و توقیف خانه های دارای امنیت خوبتر وجود نداشته باشد، محبوسین و متهمین مندرج فقره (۱) این ماده دریک بخشی از محسن و توقف خانه که امنیت خوبتر داشته باشد، نگهداری می شوند.

باید برای زندانیان معلول و مریض سهولت های بهداشتی در نظر گرفته شود
چنانچه در ماده یازدهم قانون محاسب چنین تصریح گردیده است: محبوبین و
اشخاص تحت توقیف مصاب به امراض روانی و جسمی و معلولین در مراکز صحی
محاسب و توقیف خانه ها نگهداری میشوند. در صورت عدم موجودیت مراکز صحی،
چنین اشخاص در قسمت های خاص صحی آن نگهداری می شوند.

نتیجه گیری

حقوق زندانیان در اسلام یک امر شرعی است که آیه قرآن کریم در مورد آن نازل شده است، و همچنان حقوق زندانیان در حدیث پیامبر صلی الله علیه وسلم تذکر رفته است از جمله میتوان بر خی آنها را برشمرد:

یکی از حقوق زندانیان تهیه آب و غذای صحی و تمرینات سپورتی و برقرار کردن ارتباط با فامیل است چنانچه در ماده های ۲۵ فقره (۱) و ماده ۲۶، ۲۸ و ماده ۳۱ فقره (۱) موضوعات مذکوره پیش بینی گردیده است که ذیلا ذکر میگردد: (۱) ادارات محابس و توقيف خانه ها برای محبوسین و اشخاص تحت توقيف بانظرداشت سن، جنس (زن و مرد) حالت صحی، کار و موسم، آب و غذای صحی و مناسب تهیه می نمایند (۱۸: ۲۹۳).

ماده بیست و ششم: محبوسین حق دارند روزانه برای مدت حداقل دو ساعت در فضای آزاد گشت و گذار نموده یا تمرینات سپورتی را اجراء نمایند (۱۸: ۲۹۸).

ماده بیست و هشتم: ادارات محابس و توقيف خانه ها مکلف اند، کتابخانه های مجهز را تأسیس و زمینه مطالعه، عبادت، کار، تعلیم و تربیه، آموزش حرفه ای، فعالیت های تفریحی و فرهنگی و سایر سهولت های لازم را برای محبوسین و اشخاص تحت توقيف فراهم نمایند (۱۸: ۲۹۹).

ماده سی و یکم: (۱) محبوسین و اشخاص تحت توقيف حق دارند د محلات خاص تحت کنترول مؤظفین از طریق ملاقاتها، پست و سایر وسائلی که نظام را برهمنزند، با فامیل خویش در تماس باشند (۱۸: ۲۹۹).

۱- حسن معامله و برخورد نیکو

دین اسلام راجع به اسیران به برخورد نیکو، لطف و مهربانی، عدم اذیت و عدم تجاوز به کرامت آنان دستور داده است. معامله نیکوبالاسیر صورت های گوناگونی دارد که شامل تداوی بیماران وغیره میباشد.

۲- لباس و پوشاش

از جمله مسئولیت هایی که اسلام در رابطه به اسیران بیان نموده تدارک لباس و پوشاش آنهاست تا اسیران خود را از گرمی و سردی و گزند حشرات حفاظت نمایند.

۳- آزادی دینی برای اسیران

واز جمله حقوقی که اسلام برای اسیران در نظر گرفته است آزادی دینی است که در زمان اسارت شان می توانند شعائر دینی خویش را به هر کیش و آینی که باشند به پیش برنده و ایشان را به قبول نمودن احکام اسلامی مجبور کرده نمی شود . چنانچه در آیت قران کریم تذکر رفته است { لَا إِكْرَاهٌ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ } [۱: ۲۵۶] در این آیه کریمه خداوند به آزادی دینی اشاره دارد .

۴- همچنان در قوانین نافذ و کشور رعایت حقوق بشر، برخورد نیک با اسیران و جدا بودن اسیران زن از اسیران مردان ، طبق ارشادات دین مقدس اسلام بیش بینی گردیده و تمام حقوق و واجایب یک اسیر را در نظر گرفته شده است.

۵- فهرست مراجع

- ۱- قرآن کریم
- ۲- ابن القیم، شمس الدین بن عبد الله (۱۳۷۱ھ). الطرق الحکمیة فی السياسة الشرعیة، مصر: مطبعة آداب.
- ۳- ابن عابدین، محمد أمین بن عمر (۱۴۱۲ھ - ۱۹۹۲م). رد المحتار علی الدر المختارج ۵ - بیروت: دار الفکر. چاپ دوم.

- ٤- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر(١٤١٢هـ - ١٩٩٢م). رد المحتار على الدر المختار، ج ٦. بيروت: دار الفكر. چاپ دوم.
- ٥- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ب ت). فتح القديرج ٢. بيروت: دار الفكر .
- ٦- بخارى ، محمد بن اسماعيل (١٤٢٢هـ). صحيح البخارى ، ج ٣ . دار طوق النجاة. چاپ اول.
- ٧- بخارى ، محمد بن اسماعيل (١٤٢٢هـ). صحيح البخارى ، ج ٤ . دار طوق النجاة. چاپ اول.
- ٨- بغدادي ، على بن عمر بن أَحْمَدٍ (١٤٢٤هـ- ٢٠٠٤م). سنن الدارقطني ، ج ٤. بيروت: لبنان ، مؤسسة الرسالة. چاپ اول.
- ٩- بندریگی، محمد (ب ت) . فرنگ جدید عربی -فارسی. تهران. نشر احسان.
- ١٠- جصاص، أحمد بن على أبو بكر الرزازی (١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م). أحكام القرآن . بيروت: دار الكتب العلمية. چاپ اول.
- ١١- زبیدی، محمد بن عبدالرازق. (ب ت). تاج العروس من جواهر القانون، ج ٤. دار الهداية.
- ١٢- سلمی، محمد بن عیسی الترمذی (١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م). سنن ترمذی، ج ٤. مصر: مطبعه مصطفی البابی الحلبي .
- ١٣- صنعاني ، عبد الرزاق بن همام(١٤٠٣هـ). المصنف ج ١٠. بيروت: المكتب الإسلامي . چاپ دوم.
- ١٤- قشیری، مسلم بن الحجاج . (ب ت). مسلم ج ٣ . بيروت: دار إحياء التراث العربي .
- ١٥- لجنة من العلماء (١٣٤٠هـ). الموسوعة الفقهية، ج ١٢. کویت: مطبعه وزارة الأقاف و الشؤون الإسلامية. چاپ دوم.
- ١٦- لجنة من العلماء (١٣٤٠هـ). الموسوعة الفقهية، ج ١. کویت: مطبعه وزارة الأقاف و الشؤون الإسلامية. چاپ دوم.
- ١٧- يعمري ، إبراهيم بن على بن محمد، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م). تبصرة الحكم في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، ج ١، . مصر: مكتبة الكليات الأزهرية . چاپ اول.
- ١٨- وزارت عدليه (١٣٧٠). قانون محاسب و توقيف. کابل: مطبعه دولتی .
- ١٩- وزارت عدليه (١٣٩٦). کود جزای افغانستان . شماره مسلسل (١٢٦٠) کابل مطبعه پرویز.

قرارداد اختیار معامله در حقوق افغانستان و اصلاحات ۲۰۱۶ حقوق مدنی فرانسه

مرتضی محقق^۱

چکیده

امروزه قرارداد اختیار معامله در بازارهای مالی بسیاری از کشورهای توسعه یافته در جایگاه ابزاری کارآمد مطرح است، زیرا در کاهش ناپایداری قیمت‌ها، مدیریت خطر و افزایش کارایی بازار نقش زیادی ایفا می‌کند. اما از آنجایی که قرارداد مذبور از عقود نوظهور است در نگاه اول واجد ایرادات به نظر می‌رسد، اما با کنکاش بیشتر شاید بتوان گفت ایراداتی که بر صحت این قرارداد گرفته شده است، بیشتر ناشی از عدم شناخت دقیق موضوع این قرارداد است. با توجه به کارکرد مناسب و توجیه اقتصادی اختیار معامله، چنانچه مشروعیت متعلق قرارداد (فقدان هریک از مصاديق

^۱. دکترای حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد murtaza.mohiqi@gmail.com

مقدمه

اختیار معامله از پیچیده ترین و مهمترین ابزارهای مالی است که حدود صد سال در بازارهای دنیا، سابقه دارد. در این بازارها، معامله‌گران حرفه‌ای با استفاده از قابلیت‌های منحصر به فرد این ابزار، به کترول قوی و منعطفی بر روی سرمایه گذاری خود دست یافته‌اند. غالباً عقود اختیار و اوراق مربوط به آن، به یکی از روش‌های ذیل معامله می‌شوند: ۱- از طریق هیات‌های مخصوص در بازارهای مالی که آنها بین افرادی که مایل به خرید و فروش اختیارات هستند رابطه برقرار می‌کنند. ۲- به واسطه معامله گرانی خارج از بازارهای مالی که بین خریدار و فروشنده ارتباط برقرار می‌کنند.

اکل مال به باطل، ضرر و ضرار، غرر، ربا و حلیت دارایی پایه) محرز شود، به نظر می‌رسد بتوان به عنوان عقد مستقل در حقوق افغانستان حکم به صحت آن داد. همچنین از منظر حقوقی می‌توان گفت قرارداد اختیار معامله قابل معامله در بورس عقدی است لازم، منجز، معموض، فوری، قطعی، مغابنی، اجتماعی، تشریفاتی و ارشادی. در حقوق مدنی جدید فرانسه (اصلاحات ۲۰۱۶) در ماده ۱۱۲۴ وضعیت حقوقی قراردادهای اختیار معامله به خوبی روشن شده است. قرارداد اختیار معامله در اصلاحات جدید به صورت یک نهاد حقوقی مستقل پیشینی شده است که به وسیله آن مشروط‌علیه به ذینفع حق انتخاب برای انعقاد قراردادی که عناصر اساسی آن مشخص شده و برای انعقاد آن جز به اراده ذینفع نیازی نیست را اعطاء مینماید که کارایی این تعهد نیز با پیشینی امکان انعقاد قرارداد توسط ذینفع با مشروط‌علیه (اجرای اجرایی تعهد یک‌جانبه) و بطلان قراردادی که در نقض این تعهد با شخص ثالثی منعقدشده تقویت گردیده و بدین ترتیب به تنافضات موجود در رویه قضایی پایان داده است.^۱

واژگان کلیدی: قرارداد اختیار معامله، اصلاحات ۲۰۱۶، حقوق مدنی فرانسه، حقوق افغانستان.

درک کامل قرارداد اختیار معامله و لزوم گسترش آن در بازارهای مالی و اقتصادی نیازمند درک مفاهیمی مانند پیمان آتی و قرارداد آتی است.

بزرگترین گروه استفاده کنندگان از اختیار معامله، سرمایه‌گذارانی هستند که قصد پوشش سرمایه خود را از کاهش احتمالی قیمت در آینده دارند. این دسته که در بازار سهام اغلب خریداران اختیار فروش بوده اند، با این استراتژی خود را از خطر کاهش قیمت در آینده حفظ می‌کنند.

با تمام اهمیتی که قرارداد اختیار معامله در جهان دارد، موضوع در افغانستان نو می‌باشد و نیاز به بررسی این نوع قرارداد احساس می‌شد. همچنین نگاهی به حقوق مدنی جدید فرانسه اصلاحات ۲۰۱۶ (که این نهاد را وارد قانون کرده) می‌تواند ما را در فهم بهتر این موضوع یاری رساند.

۱- مفهوم شناسی قرارداد اختیار معامله

قرارداد اختیار که در زبان عربی به آن «عقد الاختیار» (زحیلی، ۱۴۲۳: ۵۰) و در انگلیسی به آن «Contract Option» گفته می‌شود، عبارت است از: قراردادی میان خریدار و فروشنده که بر طبق آن، خریدار اختیار^۱ با پرداخت وجهی به فروشنده اختیار^۲ خرید یا فروش دارایی مشخصی را با قیمت معین، در آینده به دست می‌آورد. قرارداد اختیار معامله، قراردادی است دو طرفه که به موجب آن، یک طرف تحت عنوان خریدار اختیار معامله با پرداخت وجهی به طرف دیگر قرارداد حق خرید یا فروش دارایی پایه قرارداد را با قیمتی که در هنگام بستن قرارداد تعیین شده است و تا زمان معین در آینده به دست می‌آورد بدون اینکه به چنین خرید یا فروشی متعهد باشد. از طرف دیگر فروشنده اختیار معامله نیز در مقابل اعطای این حق به خریدار

¹. Option Buyer or Option Holder.

². Option Writer or Option Seller.

اختیار، قیمت اختیار را دریافت می دارد و در صورت درخواست خریدار اختیار، ملزم به اجرای قرارداد و انتقال دارایی پایه است ولی خریدار مختار بوده و هیچ الزامی متوجه او نیست. او می تواند از حق خود استفاده کرده و منتفع گردد و یا از اختیار خود صرفنظر کرده و زیانی معادل مبلغ اختیار را متحمل شود. (کشتکاری، علومی یزدی، ۱۳۹۲: ۱۲۳)

اختیار معامله در واقع قراردادی است که به خریدار حق می دهد مال معینی را با قیمتی که هم اکنون تعیین میشود، در مدت زمان مقرر میان طفین، بخرد یا بفروشد.

(Cuthbertson k. And Nitzsche, 2000: 169)

قرارداد اختیار معامله، یکی از شایعترین مشتقات مالی و صورت تکامل یافته قراردادهای آتی خاص و قراردادهای آتی یکسان است. همانگونه که تجارت هر روز تخصصی تر می شود، محصول مالی جدیدی به منظور پاسخگویی بهتر به نیازهای تغییر یافته امروزی شکل می گیرد. هر ابزار جدیدی که ایجاد می شود، باید ارزش افزودهای بیشتر از ابزارهای موجود پدید آورد تا بتواند باقی بماند. (عصمت پاشا، ۱۳۸۲: ۳۰)

برای روشن شدن هرچه بیشتر قراردادهای اختیار ذکر یک نمونه ضروری به نظر می رسد. فرض کنید شخصی برای خرید موتری به نمایشگاهی مراجعه می کند و موتری را که قیمت آن یک لگ افغانی است برای خرید در نظر می گیرد اما به دلایلی، هنوز تصمیم قطعی بر خرید آن موتر ندارد، از طرف دیگر، می ترسد که اگر موتر را نخرد، قیمت آن در آینده افزایش یابد و یا به شخص دیگری فروخته شود. بنابراین با فروشنده به توافق می رسد که با پرداخت ۱۰ هزار افغانی بتواند حق خرید موتر را برای خود محفوظ نگه دارد و به این ترتیب، اگر در این مدت قیمت موتر افزایش پیدا کرد تأثیری در قرارداد ندارد ولی فروشنده متعهد است که موتر را به همان یک لگ افغانی بفروشد و خریدار نیز چنانچه در این مدت موتر مناسبتری یافت و یا به هر دلیل از خرید آن منصرف شد، می تواند قرارداد را نادیده بگیرد و متعهد به اجرای آن نیست فقط حق استرداد ۱۰ هزار افغانی مقرر در قرارداد را ندارد. این قرارداد را اصطلاحاً «

قرارداد اختیار خرید» می‌نامند. در واقع، خریدار با پرداخت این مبلغ به فروشنده، این اختیار را به دست می‌آورد که بتواند معامله را انجام دهد یا آن را کنار بگذارد.

۲- پیشینه قرارداد اختیار معامله

در ابتدای قرن ۱۷ (دهه ۱۶۳۰) اختیار معاملات، برای خرید و فروش پیاز لاله-های هلندی در بازار معاملات آمستردام رواج پیدا کرد. در دهه‌های نخستین قرن ۱۹ معامله اختیار برای سهام در بورس اوراق بهادار لندن و در دهه ۱۸۶۰ این معامله در بورس‌های آمریکا توسعه یافت. در اوایل دهه ۱۹۰۰ گروهی از شرکتها که خود را انجمن کارگزاران و معامله گران اختیار خرید و فروش معرفی می‌کردند،^۱ اقدام به ایجاد بازار اختیار معامله نمودند. در این بازار، اگر کسی قصد خرید اختیار معامله را داشت، یکی از اعضای انجمن، فروشنده‌ای که قصد فروش اختیار معامله را داشت، پیدا می‌کرد. اگر عضو مذکور نمی‌توانست فروشنده‌ای را پیدا کند، شرکت اقدام به فروش اختیار معامله می‌نمود. این بازار، در خارج از بورس رواج یافت و دارای کارایی لازم نبود. تا اینکه در سال ۱۹۷۳ کمیته مبادلات شیکاگو که قدیمی‌ترین و بزرگترین بورس معامله قراردادهای آتی کالاهای اساسی بود، یک بورس انحصاری برای اختیار معاملات بر روی سهام تشکیل داد. این بورس تحت عنوان بورس اختیار معامله کمیته شیکاگو^۲ (CBOE) نامیده شد. از آن پس، چندین بورس سهام و تقریباً تمام بورس‌های آتی کالاهای اساسی، اقدام به مبادله اختیار معامله نمودند. به تدریج، فعالیت بازار اختیار معاملات خارج از بورس رو به زوال نهاد، به طوریکه امروزه بخش اعظم معاملات اختیار معامله در بورس‌های سازمان یافته صورت می‌گیرد. (مهدي آبادي، ۱۳۹۱: ۶)

¹. Put and Call Brokers and Dealers Association.

². Chicago Board Options Exchange.

۳- ارکان قرارداد اختیار

با توجه به تعریفی که از مفهوم قرارداد اختیار معامله ارایه شد می‌توان ارکان قرارداد اختیار را چنین برشمود:

الف) قیمت اختیار:^۱ مبلغی که خریدار اختیار آن را به فروشنده اختیار می‌پردازد تا از اختیار انجام یا عدم انجام معامله برخوردار شود.

ب) دارایی پایه:^۲ دارایی پایه در قرارداد اختیار معامله مال موضوع قرارداد اصلی است که حق خرید یا فروش آن مال به خریدار اختیار داده شده است. دارایی پایه ممکن است مشهود مانند کالا، غلات، نفت یا نامشهود مانند سهام و اوراق بهادار باشد.

ج) قیمت توافقی یا قیمت اجرایی:^۳ مبلغی است که میتوان با آن دارایی پایه مذکور در قرارداد اختیار معامله را در آینده مورد معامله قرار داد. (isaacs, 1996: 102

د) تاریخ انقضا یا تاریخ سرسید اختیار معامله:^۴ آخرین «مهلت اجرایی اختیار معامله» را اصطلاحاً تاریخ انقضا یا سرسید اختیار معامله می‌نامند که مشخص کننده عمر این قراردادهاست.

و) تاریخ اجرا:^۵ هر روزی که خریدار قبل از انقضای تاریخ اختیار برای اعمال حق خود به فروشنده مراجعه کند را تاریخ اجرای اختیار می‌گویند. (کشتکاری، علومی یزدی، ۱۳۹۲: ۱۲۸)

¹. Option price-Option premium.

². Underlying asset-Underling Instrument.

³. Exercise price-Strike price.

⁴. Expiration Date-Maturity or Declaration Date.

⁵. Exercise Date.

۴- اقسام اختیار معامله

اختیار معامله از لحاظ نوع معامله واز لحاظ نحوه اعمال و دارائی تضمین شده به انواع و اقسام مختلفی تقسیم می‌شود و به گونه‌های مختلف اعمال می‌گردد: اوراق اختیار از لحاظ اختیاری که در خصوص نوع معامله ایجاد می‌کنند، به دو دسته کلی اختیار خرید و اختیار فروش تقسیم می‌شود که قبلاً توضیحاتی پیرامون آن داده شد.

اختیار معامله، از لحاظ نحوه اعمال به دو دسته کلی اختیار معامله آمریکایی^۱ و اروپائی^۲ تقسیم می‌شوند.

اختیار معامله آمریکایی به اختیاری گفته می‌شود که در هر زمانی از طول دوره خود قابل اعمال است. (Webber, 1994: 4) بنابراین قرارداد اختیار معامله آمریکایی به این لحاظ که از هنگام انعقاد قرارداد تا پایان زمان تعیین شده استمرار دارد، در زمرة عقود مستمر قرار می‌گیرد، به این معنا که در طول مدت مشخص دارنده حق اختیار، هر زمان خواست می‌تواند آن را به کار بگیرد. (مؤمن قمی، ۱۳۸۳، ۵۳)

اختیار معامله اروپائی اختیاری است که تنها در تاریخ سرسید، قابل اعمال است و قبل از تاریخ سرسید نمی‌توان از اختیار استفاده کرد. (Arditti, 1996: 7) لذا خریدار اختیار در طی دوره عمر اختیار، نمی‌تواند از حق خود استفاده نماید و آن را اعمال نماید. او باید بین فروش با اختیار معامله در بازار و یا نگهداری تا سرسید، یکی را انتخاب نماید. در اینجا عقد از نوع آنی و مضيق است، بنابراین تنها در تاریخ مشخصی می‌توان آن را اعمال کرد. هرکدام از دو حالت فوق بر اساس توافقی است که بین طرفین صورت گرفته است.

¹. American option.

². European option.

تقسیم بندی اختیار به آمریکایی و اروپایی، به موقعیت جغرافیایی ربطی ندارد و فقط زمان اجرای اختیار را بیان میکند. بنابراین، اختیار اروپایی در بورس‌های آمریکا و اختیار آمریکایی در بورس‌های اروپا کاملاً رایج است، ولی بیشتر اختیاراتی که در بورس‌های رسمی معامله میشود از نوع آمریکایی است. (درخشنان، ۱۳۸۳: ۱۹۵)

از لحاظ دارائی‌های پایه، قرارداد اختیار معامله دارای دو قسم است: اختیار معامله روی سهام، اختیار معامله شاخص.^۱ اختیار معامله روی سهام، اختیار معامله ای است که بر روی تعدادی سهام ایجاد می‌شود. این نوع اختیار که پراستفاده ترین نوع اختیار معامله می‌باشد، بر روی سهام پذیرفته شده در بورس اعمال می‌گردد و با استفاده از این نوع اختیار معامله، حق خرید و فروش سهام اعطا می‌گردد. (عصمت پاشا، ۱۳۸۲، ۱۰۵)

اختیار معامله شاخص، اختیار معامله‌ای است که روی شاخص سهام ایجاد شده است. هر شاخص در بورس نیز نشانگر مجموعه‌ای از یک سری سهام خاص می‌باشد که قاعده‌تاً اعمال اختیار معامله شاخص، مستلزم مبادله مجموعه ای از سهام با همان تناسبی است که در شاخص وجود دارد، این کار به معنی جمع آوری و مبادله مجموعه ای از سهام است که دقیقاً متناسب با ترکیب تشکیل دهنده آن مجموعه خاص می‌باشد. در واقع اختیار معامله شاخص، اختیار روی مجموعه بازار است که در مورد مطابقت و عدم مطابقت آن با قواعد شرعی بحثهای فراوانی در فقه مطرح است.

(ابهری، عبدالصمدی، ۱۳۹۰: ۲۲)

^۱. Index Option.

۵- مزایای استفاده از قراردادهای اختیار معامله

بند نخست: انعطاف پذیر بودن

دارنده یک قرارداد آتی خرید ملزم به خرید یک دارایی خاص در موعد معین و با قیمت خاص در آینده است، اما دارنده حق اختیار خرید در صورت تمایل و صلاح‌دید، دارایی خاص را در زمان معین در آینده و با قیمت مشخصی خریداری می‌کند.

بند دوم: مدیریت ریسک

با توجه به اینکه قیمت اختیار معامله بستگی به بازار نقد کالای مذکور دارد، این ابزار می‌تواند به منظور کاهش یا افزایش ریسک سرمایه‌گذاری در کالاهای نقد مورد استفاده قرار گیرد به عنوان مثال، خرید یک کالا به قیمت نقد و فروش یک اختیار خرید روی آن کالا، ریسک سرمایه‌گذار را کاهش می‌دهد. اگر قیمت نقد کالا کاهش یابد، قیمت قراردادهای اختیار معامله نیز کاهش خواهد یافت در این صورت، سرمایه‌گذار می‌تواند قرارداد را در قیمت پاییتر بازخرید نماید و سود ایجاد شده می‌تواند حداقل مقداری از خسر بخشی کالای نقد را جبران نماید. این نوع معامله به عنوان یک «پوشش» شناخته شده است.

بند سوم: برآورد قیمت^۱

بازارهای اختیار معامله هر چند از قیمت آینده کالای خاصی برآورد قطعی ندارند، اما اطلاعات مفیدی در مورد ثبات یا عدم ثبات قیمت کالا در اختیار ما قرار می‌دهند در واقع معاملاتی که در بازار اختیارات انجام می‌شود، می‌بین انتظار بازار از قیمت آینده کالا می‌باشد. (معصومی نیا، ۱۳۸۵: ۲۶۶)

۶- مهمترین دلایل مخالفان قرارداد اختیار معامله و پاسخ به آنها

مخالفین^۱ صحت شرعی اوراق اختیار معامله، موارد زیادی را به عنوان ادله خود بیان کرده اند؛ بیع مالایملک، صوری بودن، مدت خیار، منفعت داشتن فقط برای یکی از طرفین، ربا، عدم تحويل دارایی، بیع کالی به کالی، بیع العربون، تعارض با قاعده عدل، قماربازی، جدید بودن، غرر و در نهایت مصدقابازی با مجموع صفر. تحلیل نظرات مزبور نشان میدهد، در برخی موارد اختلاف مبنایی بین اندیشه فقه و دلایل مخالفین وجود دارد (مثل امضایی یا تاسیسی بودن عقود) یا اینکه اشکالهای مطرح شده به عدم درک صحیح از ماهیت واقعی اختیار معامله برミگردد. (راعی و همکاران، ۱۳۹۰: ۴)

پند نخست: غریبی بودن قرارداد اختیار معامله

اولین ایرادی که مخالفان قراردادهای مزبور بیان میدارند، وجود غرر در اختیار معامله است به گفته این عده، از آنجا که این قرارداد به عنوان ابزاری برای بورس بازی مورد استفاده قرار میگیرد و وضعیت آینده هم معلوم نیست، در آن نوعی غرر وجود دارد.^۵

می توان گفت با توجه به این که قرارداد اختیار از جمله عقود تامینی مانند عقد بیمه است که انگیزه اصلی طرفین از انعقاد چنین قراردادی، جلوگیری از ضرر است، یعنی فروشنده در قرارداد اختیار معامله با انعقاد این قرارداد در واقع رضایت خود را نسبت به این وضعیت اعلام می دارد که خرید و فروش دارایی پایه قرارداد متعلق به خریدار باشد. بنابراین همان طور که هدف از انعقاد بیمه جلوگیری از خسارات

١. عمده مخالفان صحت شرعی اختیار معامله متعارف عبارتند از: عبدالستار أبو غده، على أحمد السالوس، محمد على السلامي، الصديق محمد الأمين الفرير، على محاليدين القره داغي، عطية فياض، سمير رضوان، أحمد محاليدين أحمد، عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، مبارك بن سليمان آل سلمان و البته فنوات مشهور كنگره جده.

احتمالی است و تعهد بیمه‌گر به جبران خسارت نیز منوط به تحقق ضرر احتمالی است که ممکن است هرگز تحقق نیابد. بنابراین فروشنده کاملاً از این وضعیت آگاهی دارد و غرر از ناحیه او متغیر است.

دارنده اختیار برای اینکه از ریسک ناشی از افزایش و کاهش قیمت‌ها در آینده ضرر نکند، اقدام به انعقاد قرارداد اختیار معامله می‌کند. در صورتی که در اثر تغییر قیمت ضرری بر او وارد شود با داشتن اختیار آن را از بین می‌برد و در واقع ریسک را به فروشنده منتقل می‌کند. در صورتی که قیمت‌ها تغییر نکند فقط مبلغ شرط را از دست داده است. نظیر آنچه که در بیمه اتفاق می‌افتد که اگر خسارتی واقع شود بیمه گذار ملزم به جبران خسارت است و آن در صورت عدم وقوع خسارت، بیمه گذار فقط حق بیمه را از دست داده است. در واقع پوشش خسارت در بیمه و انتقال و پوشش ریسک در قرارداد اختیار، غرض اصلی طرفین از انعقاد قرارداد و در واقع مورد معامله است که در حصول و وقوع آن تردیدی وجود ندارد. با عطف توجه به مطالبی که بیان شد و با توجه به پذیرش عقد بیمه در نظام حقوقی افغانستان که همین مبنای در مورد آن وجود دارد و با تسری دادن آن به قرارداد اختیار معامله، شبیه غرر متغیر است.

(میرزایی، ۱۳۸۷: ۹۲)

بند دوم: قماری بودن قرارداد اختیار معامله

تفاوتهای زیادی بین ماهیت قمار و قرارداد اختیار معامله وجود دارد که از آن جمله میتوان به موارد ذیل اشاره کرد:

اولاً؛ قمار، کسب سود به وسیله شناس است و اطلاعات و دانش در آن نقشی ندارد، در واقع به محض شروع قمار، مدیریتی بر آن وجود ندارد و قمار کننده باید صبر کند تا نتیجه که کاملاً تصادفی و بر اساس شناس است بدست آید در حالی که در قرارداد اختیار، قیمت اختیار مربوط به سهام یا به موضوع معامله دیگر، با توجه به

وضعیت بازار آن، میزان ریسک قیمتها در آن زمینه، تحلیل آمار و اطلاعات در بازار، صورت میگیرد که کاملاً با شناس و تصادفی بودن متفاوت است.

ثانیاً؛ هدف از قمار صرفاً کسب بازدهی و سود است و هیچگونه فایده اقتصادی در آن وجود ندارد، اما انتظار کسب سود از نوسان محتمل آینده بازار در قرارداد اختیار معامله که مبنی بر محاسبات ریاضی و اقتصادی است، را نمیتوان با قمار یکی دانست.

ثالثاً؛ قمارباز خود را در معرض تلف مال خود قرار میدهد، در حالی که خریدار حق اختیار معامله برای خود اطمینان کسب میکند، از همین رو همه عقلاً قمارباز را مذمت میکنند، اما اقدام خریدار حق اختیار معامله را عقلایی دانسته، آن را تحسین مینمایند.

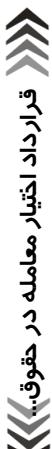
رابعاً؛ در قمار، اگر قمارباز برنده شود علاوه بر پولی که خود در وسط گذاشته است، مقداری پول اضافه نیز بدون تحمل هیچگونه خسارتخانه دریافت میکند. در حالیکه در قرارداد اختیار معامله «قیمت اختیار» هرگز به خریدار پس داده نمیشود. با توجه به همه این مسائل دلیل قانع کننده ای بر اینکه اختیار معامله نوعی قمار است، ارائه نگردیده است، به گونه ای که قمار از نظر عقلایی جامعه کاری قبیح و مذموم است؛ ولی عقلاً قرارداد اختیار معامله را کار ناشایسته ای نمی دانند. (میرزا بی، ۱۳۸۷: ۹۳)

بند سوم: عدم انطباق هیچ یک از عقود شناخته شده بر عقد اختیار معامله
 یکی از مهمترین اشکالهایی که مخالفین مشروعيت قرارداد اختیار معامله به این قراردادها وارد کرده‌اند همین امر است، غالب این صاحب نظران عقود را توقیفی میدانند و به آزادی قراردادها اعتقاد ندارند. در این رابطه نیز مجمع فقه اسلامی در دوره هفتم در جده در سال ۱۴۱۲هـ اعلام کرد که عقد اختیار معامله حرام است و گفته است: آنچه به عنوان عقد اختیار معامله در بازارهای بین‌المللی جریان دارد عقد جدیدی است که مشمول هیچ یک از عقود شرعی معروف نیست و چون حق اختیار معامله، مال یا منفعت نبوده و حق مالی قابل معاوضه هم نیست، بنابراین عقد شرعی صحیح

نبوده و مبادله آن جایز نیست. (زحلی: ۵۱۲) اغلب این صاحب نظران عقود را منحصر به عقود بانام می دانند و به اصل آزادی قراردادها اعتقادی ندارند.
(مجمع الفقه الاسلامی، ۱۴۱۲: ۱۲۸)

در پاسخ باید گفت جدید بودن معامله ای مجاز عدم صحت نیست زیرا گرچه ممکن است عقد اختیار معامله جدید باشد ولی با توجه به صحت عرفی آن و شمول عمومات و اطلاعات شرعی نسبت به آن و عدم شمول مناهی شرعیه، این عقد صحیح و ناقد است.

علل



۶۳

۷- موافقان قرارداد اختیار معامله

برای اثبات اعتبار قرارداد اختیار معامله و قابل انتقال بودن موضوع آن میتوان به ادله ذیل استناد کرد:

بند نخست- اصل صحت در قراردادها

اسلام با ارائه عموم‌هایی چون «اوپروا بالعقود»، «تجارة عن تراض» و «المؤمنون عند شروطهم»، نه فقط بر عقدها و شرطهای مطرح و رایج در زمان و مکان خود مهر تایید زده است بلکه راه را برای پذیرش دیگر عقدهایی که در زمانهای بعد و دیگر مکانها رایج میشود باز کرده است. از دیدگاه بسیاری از فقهان عموم‌های پیشگفته زمینه ساز اصلی است که از آن تحت عنوان «اصاله الصحة» یاد میشود.

اصل صحت در قراردادها در ماده ۷۰۵ قانون مدنی افغانستان نیز آمده است: «اصل در عقد، رضای متعاقدين و نتیجه آنچه که بواسطه عقد بالای خود لازم ساخته اند، می باشد.» اصل صحت نه تنها ثبات معامله‌ها و اطمینان معامله کنندگان و نظم را در روابط اجتماعی تامین می‌کند، بلکه چون در یک جامعه منظم به طور معمول روابط اجتماعی و معاملاتی افراد به طور صحیح تحقق می‌یابد، این اصل دریچه‌ای به واقعیت دارد.

بند دوم - عرف

شارع مقدس در معاملات، بنای مردم و تاسیس‌های آنها را حفظ کرده است. از اینرو زبان نص در معاملات بر بیان محدودیت‌هاست تا تاسیس و اثبات نهادها. این رویه شارع مقدس بر سیره عالمان فقه و اصول نیز تاثیر گذاشته است و به همین علت است که فقیهان از «مکاسب محترمه» سخن می‌گویند نه از «مکاسب محلله». (علیدوست، ۱۳۸۵: ۳۴۵) این سخن به این معناست که تحولات زمانی، دگرگونی شرایط، تغییر عرف و سامان زندگی مردم در تغییر حکم دخالت دارد. (صابری، ۱۳۸۴: ۱۰۲)

رواج قراردادهای اختیار معامله در سراسر گیتی نشان از یک منطق عقلایی و عرفی دارد که باعث استفاده از این قراردادها شده است. این تلقی عرفی تا زمانی که مورد ردع شارع قرار نگرفته نافذ است و مردم میتوانند براساس آن معامله کنند. قرارداد اختیار معامله عقدی معمول است که موضوع آن تعهد یک طرف قرارداد به انجام عمل حقوقی خریدن و فروختن مالی معین در آینده، در قبال تعهد طرف دیگر به پرداخت بهای چنین تعهدی است. با تحلیل مسئله و در نظر گرفتن ضوابط فقهی و حقوقی، مانعی برای اعتبار قراردادی که موضوع آن عمل حقوقی است، به نظر نمی‌رسد زیرا، از حیث عمل مورد تعهد قرارداد تفاوتی بین عمل مادی و عمل حقوقی وجود ندارد.

قرارداد اختیار معامله عقدی عهده است. عهده بودن قرارداد مزبور چنین اقتضاء دارد که رابطه طرفین آن (طلبکار بدھکار) متضمن دو چهره مثبت و منفی باشد. از جهت منفی تعهدی است که فروشنده اختیار (بدھکار) را در مقابل خریدار (طلبکار) ملتزم می‌سازد و از نظر مثبت اختیاری است که متعهدله نسبت به خرید یا فروش مالی معین به دست می‌آورد. هر یک از این دو چهره منفی و مثبت می‌تواند به عنوان موضوع قرارداد اختیار معامله در نظر گرفته شود؛ زیرا از یک سو، اقتصاد کنونی «تعهد» را به صورت مالی قابل داد و ستد درآورده است و آن را از ارکان دارایی به حساب می‌

آورد. از سوی دیگر، در محیط مادی جهان امروز توجه اصلی به اثر تعهد و نفعی است که از کار مدبون حاصل می‌شود، پس این چهره مثبت تعهد است که بیشتر مورد توجه اقتصاد دانان قرار گرفته و به مالی بالرزش تبدیل شده است.

در قرارداد اختیار معامله نیز آنچه عرفًا موضوع داد و ستد قرار می‌گیرد همان جنبه مثبت تعهد یعنی اختیار خرید و فروش است، ولی این اختیار، ناشی از تعهد فروشنده قرارداد اختیار معامله می‌باشد. به بیان دیگر، تعهد مدلول مطابق اختیار معامله است در حالی که مدلول التزامی آن ایجاد اختیار برای متعهد است و همین اختیار ناشی از تعهد چون عرفًا دارای ارزش مالی است می‌تواند در بازارهای اولیه و ثانویه مورد داد و ستد قرار گیرد.

۸- مقررات تعهدات یکجانبه قراردادی و قراردادهای با حق تقدم در اصلاحات قانون مدنی ۲۰۱۶ فرانسه

امروزه توافق‌های نوظهوری در عرصه تجارت به چشم می‌خورد. بیشتر در بازار بورس شبیه چنین قراردادهایی دیده می‌شود که به موجب آن بین خریدار و فروشنده توافق واگذاری منعقد می‌شود که به موجب آن خریدار از فروشنده اختیار معامله، حق خرید یا فروش یک دارایی را با یک قیمت معین کسب می‌کند. در اینجا نیز همانند تمام قراردادها که هرطرف امتیازی را به طرف مقابل اعطا می‌کند، خریدار به فروشنده مبلغی تحت عنوان «حق شرط» پرداخت می‌کند که در واقع همان قیمت اختیار معامله می‌باشد. فروشنده نیز حق خرید یا فروش دارایی مذکور را در یک قیمت معین به خریدار اعطا مینماید. اختیاری را که برای خرید یک دارایی داده می‌شود، «اختیار خرید» و اختیاری که برای فروش یک دارایی داده می‌شود، «اختیار فروش» گویند. اختیار معامله مدت معینی دارد حق خرید یا فروش دارایی در یک قیمت معین فقط تا تاریخ انقضایی که قبلًاً مشخص شده است، امکان خواهد داشت. پس از اینکه تولیدکننده برای یکی از مشتریان (سهامداران یا یکی از ذینفعان) خود، اختیار خرید یا فروش صادر نمود، این

اختیار خرید یا فروش در بورس، مورد معامله قرار میگیرد.

نرخ خرید یا فروش یک

قرارداد اختیار، بر اساس رقابت در بورس تعیین میشود.

این قراردادها در حقوق امریکا و اروپا «آپشن» نام دارد که معادل آن «قرارداد

اختیار معامله» یا «اختیار معامله قرارداد آتی» در زبان فارسی است. چنین قراردادهایی

در حقوق ایران شناسایی نشده است، ولی در عرف کاربرد دارد. در حقوق فرانسه

چنین قراردادهایی تحت عنوان «وعده یکجانبه» یا «پیمان اختیار» مدنظر است.

حق تقدم نهادی مشابه قرارداد اختیار معامله است که نظیر آن را می توانیم در

قانون تجارت ایران مشاهده کنیم. برابر ماده ۱۶۶ لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت،

صاحبان سهام در زمان حیات شرکت، در صورت تصمیمی به افزایش سرمایه به نسبت

سهامی که مالکند در خرید سهام جدید حق تقدم دارند. به بیان دیگر، حق تقدم به

سهامداران موجود شرکت این حق را می دهد که سهام عادی جدید شرکت را قبل از

عرضه به عموم خریداری نمایند. این حق تقدم به این علت است که ارزش دارایی

شرکت در زمان حیات آن به نسبت سرمایه به کسی جز سهام داران نرسد و نیز به این

علت است که سهام داران شرکت در طول حیات آن از پاره ای حقوق مالی محروم می

شوند. برای مثال قسمتی از سود خالص شرکت که باید بین آنان تقسیم شود به عنوان

اندوخته قانونی یا اختیاری کسر می شود و در شرکت باقی می ماند. (اسکینی، ۱۳۷۸:

(۸۱)

حق تقدم فی نفسه و صرف نظر از منشاء آن همانند اختیار خرید ناشی از

قرارداد اختیار معامله می باشد، زیرا سهامداران موجود قیمت برخورداری از چنین حقی

را با محرومیت از سود خالص شرکت، از پیش پرداخته اند. به علاوه

نامبردگان در برخورداری از چنین حقی یا انتقال آن به دیگری نیز مختار می باشند. پس

از این منظر می توان حق تقدم را شبیه اختیار خرید دانست.

در خصوص تعهدات یکجانبه قراردادی^۱ دادگاهها به طور سنتی در صورت نقض تعهد یکجانبه به جای الزام به ایفای عین تعهد، حکم به پرداخت خسارت صادر می‌کردند. اما به صورت کل، تمایل محاکم فرانسه بر این است که به زیان دیده اختیار انتخاب میان یکی از دو طرق جبران به عین یا مطالبه خسارت را اعطاء نمایند و البته در مواردی که جمع آنها مقدور باشد، وی قادر به مطالبه هر دو شیوه خواهد بود.

(Gerard, Dalloz: 03/2012, n 207)

در مقررات اصلاحی ۲۰۱۶ به این مناقشه پایان داده شد و در صورت نقض

یک تعهد یکجانبه از سوی متعهد، در طول مدتی که ذینفع حق استفاده داشته است، مانع انعقاد قرارداد نمیشود و فقط در مواردی که شخص ثالث از وجود تعهد به نفع ذینفع مطلع باشد، قرارداد باطل است. این مقرره برای اولین بار در ماده ۱۱۲۴ قانون جدید فرانسه^۲ پیشینی شده است.

ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی اصلاحی ۲۰۱۶ فرانسه مقرر می‌دارد: «وعده یکجانبه قرارداد، قراردادی است که به موجب آن یک طرف، متعهد، به طرف دیگر، ذینفع، وعده میدهد و دیگری میپذیرد که حق انعقاد قراردادی را که عناصر اساسی آن تعیین

¹. La promesse unilatérale.

². ARTICLE 1124 ■ Modifié par Ordinance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

■ La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. ■ Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

شده، لیکن برای تشکیل آن صرفاً رضایت ذینفع الزامی است، به او اعطای کند. انصراف از وعده در طی دوره مجاز برای اعلام رضایت ذینفع، مانع تشکیل قرارداد موعود نمیشود. قراردادی که با نقض وعده یکجانبه با ثالث منعقد شده و ثالث نیز از وجود آن مطلع بوده است، باطل میباشد.»

على رغم اینکه جبران به عین مزیت‌های را به دنبال دارد، برخی نویسنده‌گان فرانسه مانند ژان کاربونیه اعتقاد به محدود کردن قلمرو جبران به عین داشته و معتقد است که نباید جبران به عین را در مسئولیت قراردادی مورد استفاده قرار داد و در مسئولیت قراردادی، صرفاً مطالبه خسارت مدنظر می‌باشد. اما رویه قضایی فرانسه، جبران به عین را در هر دو نظام مسئولیت پذیرفته است. (Casson, Dalloz: ۰۳/۲۰۱۲, n 10)

میل به عینی گرایی از روم قدیم به حقوق فرانسه به ارث رسیده است. زمانی وجود داشته که رومیان در انتخاب طریقی که باید دنبال شود، مردد بوده اند. همچنین آنها توانسته بودند تاکید را به طور کامل بر روی منظر عینی تعهد قراردادی قرار دهند. (فیلیپ لوی، ۱۳۸۶: ۲۰۷)

در اسناد بین المللی الزام به ایفای عین تعهد دیده می‌شود. به عنوان مثال امکان جبران به عین در ماده ۱۰:۱۰^۱ PETL پیش بینی شده است. این نوع جبران حالت استثنایی دارد و کمتر اتفاق می‌افتد. این ماده به زیان دیده اجازه می‌دهد که به جای غرامت، مطالبه جبران به عین کند. اما این موضوع به این شرط امکان پذیر است که اولاً جبران به عین امکان پذیر باشد و ثانیاً برای مديون سنگین نباشد.

در حوزه قراردادی، حق اجرای عین تعهد در مواد ۹-۱۰۲ PECL^۲، ۳:۳۰۲^۳ DCFR، ۷-۲-۲ UPICC^۱ پیش بینی شده است. در CISG جبران

^۱. Principe of European Tort Law.

^۲. Principle of European Contract Law.

^۳. Drft Common Frame of Reference.

عینی مورد شناسایی و حکم قرار نگرفته و در این سند تنها جبران خسارت با پول به رسمیت شناخته شده است. با این وجود، می‌توان به امکان جبران نقض قبل از تسلیم طبق ماده ۳۷ و بعد از تسلیم در ماده ۴۸ به عنوان مصادیق ضعیفی از جبران عینی خسارت توجه نمود. (شعاریان، ترابی؛ ۱۳۹۵: ۷۷۷) و از جمله دلایلی که برای لزوم ایفای عین تعهد شمرده شده، حمایت از نظم اجتماعی و عدم ایجاد خلل در برنامه‌های اقتصادی و صنعتی، ثبات و امنیت قراردادها می‌باشد. (داوید، ۱۳۸۵: ۲۹۷)

نتیجه گیری

در میان ابزارهای مشتقه، قرارداد اختیار معامله از اهمیت بیشتری برخوردار است؛ زیرا اختیار معامله تنها قراردادی است که در بازارهای بورس و خارج از بورس قابل معامله است، به گونه‌ای که بازارهای فرابورس اختیار معامله با سرعت قابل توجهی رشد می‌کنند و اکنون از بازار معاملاتی بورس آن گستردگی تر شده‌اند. از سوی دیگر، انعطاف پذیری قرارداد اختیار معامله در مقایسه با دیگر ابزارهای مشتقه مالی باعث شده است تا بدینوسیله بهتر بتوان خطر ناشی از نوسانات قیمت کالاهای پوشش داد.

قانونگذار فرانسه در اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی، قرارداد اختیار معامله را وارد قانون کرده است و ضمانت اجرای نقض آن را الزام به ایفاء تعهد می‌داند. الزام به ایفاء تعهد یک روش سنتی جبران نقض قرارداد در برخی کشورهای دارای حقوق نوشه مانند فرانسه و افغانستان می‌باشد و پرداخت خسارت روش سنتی کشورهای دارای حقوق عرفی است. به نظر می‌رسد ایفاء تعهد در ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی فرانسه (اصلاحات ۲۰۱۶) با رویکرد تحلیل اقتصادی قابل توجیه است. مؤلفه‌های اقتصادی‌ای،

¹. UNDROIT Principle of International Commercial Contracts.

². U Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

منابع

الف- منابع فارسی

- ۱- ابهری، حمید، عبدالصمدی، راضیه، قرارداد اختیار معامله (مفهوم، ارکان، اقسام و معامله‌گران)، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۵۵، پاییز ۱۳۹۰.
- ۲- اسکینی، ریعا، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، ج ۲، ج ۲، تهران، سمت، ۱۳۷۸.
- ۳- داوید، رنه، نظامهای بزرگ حقوق معاصر، ترجمه حسین صفائی، محمد آشوری و عزت الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی تهران، ۱۳۸۵.
- ۴- رضایی استخرویه، مصطفی؛ اسفندیاری مهندی، افلاطون؛ تحلیل اقتصادی مورد معامله و آثار آن بر ضمانت اجرهای اجرای اجباری، فسخ و مسئولیت قراردادی، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال ۲۲، ش ۸۱، بهار ۱۳۸۴.
- ۵- رضایی، مجید؛ بررسی فقهی ابزارهای مشتقه، مجله اقتصاد اسلامی، ش ۳۵.
- ۶- زحیلی، وهبی، المعاملات المالی المعاصره، بحوث و فتاوی و حلول، الطبعه الاولی، دمشق، دارالفکر، ۱۴۲۳ق.
- ۷- شعراویان، ابراهیم؛ ترابی، ابراهیم؛ حقوق تعهدات، شهر دانش، ج دوم، تهران، ۱۳۹۵.
- ۸- شیروی، عبدالحسین، نگاهی به قانون روابط موخر و مستاجر، مجله مجتمع آموزش عالی، قم: ش ۷، ۱۳۷۹.
- ۹- شیروی، عبدالحسین، حسین زاده، جواد؛ وضعیت فقهی و حقوقی قرارداد اختیار معامله، اقتصاد اسلامی، سال هفتم، ش ۲۷ پاییز ۱۳۸۶.
- ۱۰- صابری، حسین، فقه و مصالح عرفی، موسسه بوستان کتاب قم، اول، ۱۳۸۴.
- ۱۱- عصمت پاشا، عبیدالله، فلسفه و سیر تکاملی ابزارهای مشتقه و دیدگاه‌های فقهی، ترجمه علی صالح آبادی، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، ش ۱۳۸۲، ۹.
- ۱۲- علومی بزدی، حمید رضا؛ کشتکاری، معصومه؛ ساختار و چالش‌های حقوقی قرارداد اختیار معامله، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۲، ش ۸

- ۱۳- علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، دوم، ۱۳۸۵.
- ۱۴- لوی، ژان فیلیپ، کاستادلو، آندره، تاریخ حقوق تعهدات، مترجم رسول رضایی، چاپ اول، انتشارات مهر و ماه نو، تهران، ۱۳۸۶.
- ۱۵- مجتمع الفقه الاسلامی، العدد السایع، الجزء الاول، ۱۴۱۲هـ.
- ۱۶- معصومی نیا، غلامعلی، ابزارهای مشتقه (بررسی فقهی و اقتصادی)، ج ۲، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵.
- ۱۷- مومن قمی، محمد؛ عقد اختیار معامله، مجله فقه اهل بیت، ش ۱۳۸۳، ۳۳.
- ۱۸- مهدی آبادی، ساجده اسلامی، بررسی مبانی فقهی قرارداد اختیار معامله، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، بزد، ۱۳۹۱.
- ۱۹- میرزایی، مهین؛ بررسی حقوقی قرارداد اختیار معامله، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، ۱۳۸۷.

ب- منابع خارجی

- Futures, 20- Arditti Fred D., Derivatives: A Comprehensive Resource for Options, Harvard Business Scholl Interest Rate Swaps, and Mortgage Securities, U.S.A, Press, 1996 University Press, 21- Butler Brian and Isaacs Alan, a Dictionary of Finance, Oxford 1996.
- Risk 22- Cuthbertson k. and Nitzsche, Financial Engineering - Derivatives and Management, John Wiley & Sons Ltd, 2000.
- 23- Philippe Casson, dommages et interest, Rep. civ. Dalloz, Paris, September 2009 (derniere mise a jour: 03/2012), n 10.
- 24- Gerard Legier, responsabilite contractuelle, Rep. Civ. Dalloz, Paris, aout 1089, derniere mise a jour: 03/2012), n 207.
- Pvt.Ltd 25- Webber Alan, Dictionary of Futures & Options, Vision Books,

قوانين

- ۲۶- قانون مدنی جدید فرانسه اصلاحات ۲۰۱۶

بررسی فقهی و حقوقی وصیت واجبه

سید علی اکبر حیدری^۱

و عبدالملک بیک^۲

چکیده

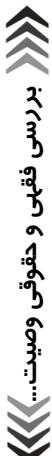
وصیت واجبه یک مسئله فقهی و حقوقی است که در این اواخر در قانون وصیت مصر و به تبع آن در قانون مدنی سوریه، مراکش، لیبی و اردن احکامی در مورد آن وضع گردیده است. از آن جایی که در تدوین قانون جزا و قانون مدنی افغانستان متخصصین بخش قانونگذاری مصر در دهه پنجاه هجری شمسی همکاری داشته اند، لذا این نهاد حقوقی وارد قانون مدنی افغانستان گردیده و احکام آن از ماده ۲۱۸۲ الی ۲۱۸۹ را در بر گرفته است. به اساس قوانین کشور های فوق وصیت واجبه نوعی

^۱- عضو کادر علمی موسسه تحصیلات عالی متأنث

^۲- عضو کادر علمی موسسه تحصیلات عالی متأنث.

وصیت است که به موجب آن مقداری از اموال متوفی برای اولاد فرزند خود که فرزندش در زندگی او یا با هم یکجا حقیقتاً یا حکماً وفات نموده باشد، تعلق می‌گیرد. در حالیکه اکثریت قاطع فقهاء با استناد و استنباط از نصوص شرعی به محرومیت از میراث نواسه‌ها حکم داده و به این باورند که حکم وجوبی وصیت برای والدین و اقارب با نزول آیات میراث و تعیین سهام میراثی ورثه، منسخ شده است. در این راستا پژوهش حاضر در تلاش است که حکم وصیت واجبه را از لابلای نظریات و فتاوی فقهاء و دانشمندان اسلامی استنباط نموده و چگونگی شمولیت آن را در قوانین مدنی کشورهای اسلامی به خصوص افغانستان بررسی نماید.

علل



۷۳

واژگان کلیدی: وصیت، واجبه، مخالفان وصیت واجبه، موافقان وصیت

واجبه، فقه، قانون

مقدمه

دین مقدس اسلام که همانا کامل ترین دین الهی است به همه ابعاد زندگی بشر توجه خویش را مبذول داشته است؛ خاصتاً موضوع ارث و میراث بسیار مورد توجه و دقت این شریعت قرار گرفته است. چنانچه پروردگار جهانیان احکام مربوط به نظام ارث را به عهده هیچ کسی نگذاشته بلکه خودش آنرا به طور مفصل بیان کرده است، که این امر دلالت بر اهمیت و جایگاه این علم می‌نماید. علاوه از میراث، یگانه تصرف حقوقی که انسان بعد از موت خود بر اموال و دارایی خویش اعمال می‌کند، وصیت است. وصیت حکم یا مصلحتی است که در دین مقدس اسلام احکام مفصلی در این خصوص وجود دارد. وصف شرعی وصیت با النظر به آرای فقهاء و اجماع امت امر اختیاری و استحبابی می‌باشد.

وصیت واجبه یکی از مباحث جدیدی است که قسماً با احکام علم میراث و قسماً با وصیت ارتباط دارد و در این اواخر در قانون وصیت مصر مصوب سال (۱۹۴۶م) در مواد (۷۶ و ۷۷) و به تبع آن در قانون مدنی سوریه، مراکش، لیبی و اردن

احکامی در مورد آن وضع گردیده است. از آن جایی که در تدوین قانون جزا و قانون مدنی افغانستان متخصصین بخش قانونگذاری مصر در دهه پنجاه هجری شمسی همکاری داشته اند، لذا این نهاد حقوقی وارد قانون مدنی افغانستان نیز گردیده که احکام آن از ماده (۲۱۸۲) الی (۲۱۸۹) را در بر گرفته است. ولی تطبیق احکام این مواد قانون مدنی با مشکل جدی رو برو است. در حقیقت این حکم قانون به یک مسئله اختلافی فقهی تبدیل شده است. چون فقهای مشهور و ائمه چهار گانه بر این نوع وصیت فتوا نداده اند. لذا در عصر حاضر اکثر علماء مخالف این حکم قانون اند، و این نوع وصیت را نوعی بدعت و نو آوری در دین دانسته مخالف کتاب الله و اصول میراث میدانند. از طرف دیگر محاکم افغانستان تاکید بر تطبیق این حکم قانون می نمایند. در حالیکه اتباع افغانستان هیچ گونه توجه و التفاتی در اعمال و اجرای این امر الزامی قانون نکرده، در تقسیم و ترکه های خویش حقوق قانونی و تنصیصی مستحقین وصیت واجبه را اعطاء نمی کنند. این وضعیت سبب تضییع حقوق مستحقین وصیت واجبه، عدم حاکمیت قانون و عدم نهادینه شدن قانونمداری گردیده است.

حال سوالاتی که در مبحث فوق مطرح می گردد این است که وصیت واجبه چیست؟ جایگاه وصیت واجبه در فقه اسلامی به خصوص در بین فقهای مشهور و ائمه مذاهب چگونه است؟ بنابر چه دلیلی این حکم شامل قانون مدنی گردیده است؟ شرایط استحقاق وصیت واجبه چیست؟ در نهایت مستحقین وصیت واجبه چه کسانی هستند؟ مقاله هذا سعی بر آن دارد که به لطف حضرت الهی سوالات مطروحه فوق الذکر را در روشنایی احکام دین مقدس اسلام و قوانین نافذه کشور واضح نماید. محقق برای اكمال این مقاله از روش تحقیق، توصیفی و تحلیلی بهره گرفته است. با این توضیح که برای جمع آوری معلومات، مستقیماً به مطالعه منابع مکتوب پرداخته است.

مفهوم شناسی و صیت واجبه

مفهوم از وصیت واجبه در این جا، وصیتی است که بنابر دیدگاه برخی از فقهاء سلف و خلف و نیز به حکم قوانین برخی از کشورها واجب است. این دسته از فقهاء جهت وجوب آن بر اساس اجتهاد فتوا صادر کرده اند که این حکم حاوی مقاصد و اهدافی در جهت شریعت اسلام نیز می باشد. [راجحی سمنگانی، ۱۳۹۰: ۳۰]

برای تبیین بهتر موضوع لازم است تا تعریفی از وصیت داشته باشیم، فقهاء و حقوقدانان از وصیت تعاریف مختلفی ارائه و ابراز نموده اند، به طور نمونه گفته اند:

«وصیت در لغت از وصی و اوصلی بالشیء لفلان گرفته شده است که به معنای گرفتن از او و به او سپردن است و وصی فلاں: به معنای قرار دادن او به عنوان وصی که در کارها و اموالش و بعد از مرگش در مورد خانواده اش تصرف کند و وصی بالشیء فلاں: به معنای امر کردن او به آن و فرض کردن کار بر او است.» [قرضاوی، ۱۳۸۲: ۳۲۴] چنانچه خداوند متعال می فرماید: یوصیکم الله فی اولادکم ...[النساء/۱۱] یعنی خداوند به شما امر کرده و بر شما فرض کرده است. وصیت این است که انسان کاری را در زمان زندگی یا بعد از مرگ خود از دیگری بخواهد که انجام دهد و این وصیت به معنای مصدری است. اما گاهی به معنی موصلی به (چیزی که به آن وصیت شده) است؛ نیز مورد استعمال قرار می گیرد. مثلاً وقتی که می گویند: این مال وصیت است یعنی موصلی به است و در استعمالات مردم بسیار متداول است. [عبدالله، ۱۳۹۴: ۲۵۳]

وصیت در اصطلاح به معنای تمیلک اضافه‌ای است که به بعد از مرگ تعلق می گیرد. یا بخششی است که به بعد از مرگ تعلق دارد. و یا عهد خاصی است که به بعد از مرگ تعلق دارد. تعریف جامعتری از وصیت این گونه ارائه شده است «وصیت عبارت از تصرفی است که به بعد از مرگ اضافه می شود. لفظ تصرف دقیق تر از بخشش و تمیلک است.» [عبدالله، ۱۳۹۴: ۲۵۳]

اما احناف به تمیلک تبرعی مضاف به پس از مرگ وصیت می گویند. [عثمانی، ۱۳۸۷: ۱۲۵] یا به عباره‌ای دیگر عبارت از تمیلکی که به بعد از مرگ منسوب بوده و

به طریقه تبع صورت گرفته باشد، برابر است که موصی به مال باشد یا منفعت.

[فیضی، ۱۳۹۶: ۹۷]

همچنان وصیت عبارت از تمیک بدون عوض که بعد از مرگ نافذ می‌شود و نفاذ آن تا یک سوم باقی مانده اموال پس از مصارف تکفین و تجهیز و ادای دین نیاز به اجازه وارثان ندارد، ولی افزون بر یک سوم نیاز به اجازه وارثان دارد. [بیزان پرست، ۱۳۹۱: ۳۹] قانون مدنی ۱۳۵۵ در ماده ۲۱۰۳ وصیت را چنین تعریف می‌نماید: (وصیت عبارت است از تصرف در متروکه به نحوی که اثر آن به مدت بعد از وفات وصیت کننده منسوب باشد).

اما فقهاء و حقوقدانان وصیت واجبه را نوع وصیتی میدانند که به موجب آن مقداری از اموال به فرع فرزند شخص فوت شده (پسرپسر، دخترپسر و دختردختر) تعلق می‌گیرد که پدرش در زمان حیات جدش وفات کرده باشد. [عبدالله، ۱۳۹۴: ۲۵۶] ماده (۲۱۸۲) قانون مدنی ۱۳۵۵ وصیت واجبه را چنین تعریف میکند: «هرگاه متوفی برای فرع ولد خود که در زندگی او فوت شده یا با متوفی یکجا حقیقتاً یا حکماً وفات نموده باشد، به مثل آنچه ولد مذکور اگر در وقت مرگ او زنده می‌بود در متروکه او مستحق میراث می‌گردید وصیت نکرده باشد برای فرع مذکور در ترکه به اندازه استحقاق ارث مذکور در حدود ثلث ترکه وصیت واجب می‌گردد، مشروط بر اینکه فرع غیر وارث بوده و متوفی در حیات خود بلاعوض به او مالی را از طریق تصرف دیگری به اندازه حصه واجبه نداده باشد». مثلاً احمد دو پسر به اسم های محمود و مسعود داشته باشد، هر گاه محمود نزد پدرش یا با پدرش یکجا در یک حادثه ترافیکی فوت نماید و از او یک پسر و یک دختر مانده باشد، به اساس اصول قواعد میراث فرزندان محمود از میراث محروم بوده در صورتیکه پدرکلان شان برای محرومین به اندازه سهم میراثی پدر شان به فرض حیات؛ مالی را تبع نکرده باشد، برای مذکوران به اندازه استحقاق میراثی پدر شان به فرض حیات در حدود ثلث ترکه وصیت واجب

می گردد و به اجبار از متروکه میت بعد از ادای دین و قبل از تقسیم و ترکه اعطاء می گردد. [سلطانی، ۱۳۸۸: ۱۳۲]

بررسی نظریات فقهاء در خصوص مشروعیت شرعی وصیت واجبه

در مورد جواز شرعی این نوع وصیت در بین فقهاء کرام دیدگاه ها و اختلاف نظر زیاد موجود است. به صورت عموم دیدگاههای فقهاء به دو کتگوری تقسیم می شود. عدهای از فقهاء وصف شرعی و اصلی وصیت را مندوب (مستحب) دانسته؛ وصیت واجبه را نوعی بدعت و نو آوری در دین می پنداشتند. اما در مقابل هستند گروهی از فقهاء مقدم و متاخر که این نوع وصیت را با استدلال از ادله روایی و عقلی واجب شمرده اجرای آنرا برای وارثین میت الزامی میدانند، که قرار آتی تحت دو مبحث جداگانه به دلایل و توجیهات هر دو گروه می پردازیم.

اول: دلایل مخالفین وصیت واجبه

۱- نسخ وجوبیت وصیت بر والدین و اقرباء به سبب نزول آیات میراث:

حکم وصیت قبل از نزول آیات میراث واجب بود چنانچه خداوند می فرماید: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبَيْنِ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" [البقره/ ۱۸۰] ترجمه: لازم گردانیده شده است بر شما وقتي که موت پیش آید يکی از شما را اگر مال بگذارد وصیت کردن برای پدر و مادر و نزدیکان به نیکوبی، لازم شده این کار بر متقیان اما حکم این آیه که وصیت را امر لازمی و واجب میداند چنانچه ابن عباس و ابن عمر (رض) گفته اند توسط آیه "لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا" [النساء/ ۷] ترجمه: برای مردان، از آنچه پدر و مادر و خویشاوندان از خود بر جای می گذارند، سهمی است؛ و برای زنان نیز از آنچه پدر و

مادر و خویشاوندان می‌گذارند سهمی است، خواه آن مال کم باشد یا زیاد این سهمی است تعیین شده و پرداختنی.

حکم وجوبیت وصیت نسبت اقارب وارث منسخ گردیده و نسبت به غیر وارث اعم از اقارب و غیر اقارب بنابر نظر جمهور علماء (حنفیه، شافعیه، مالکیه و حنبلیه) امر استحبابی است، چون وجوب وصیت برای گروه مذکور از اکثر صحابه کرام نقل نشده است، زیرا وصیت تبرع و عطیه است که در زمان حیات امر لازمی نیست، بنابر این بعد از موت نیز واجب نمی‌گردد. [عنمانی، ۱۳۸۷: ۱۵۲] همچنان اصل در تمام وصیت‌ها اختیار است و صاحب مال کسی است که اقدام به انشای عقد می‌کند چون وصیت از عقود تبرعی و غیر لازم بلکه مندوب است و وصیت اختیاری جز با قبول موصی له بعد از مرگ موصی نافذ نمی‌شود. [ندیر، ۹۷۱: ۱۳۹۲]

۲- نبود دلیل صریح در قرآن و سنت و عدم وجود فتوا در مذاهب اربعه:
وجوبیت وصیت امر قبل از نزول آیات میراث بوده و در خصوص وصیت واجبه دلیل صریحی در قرآن و احادیث وجود ندارد و اجماع اصحاب و فقهای مشهور و ائمه مذاهب چهارگانه بر این نوع وصیت فتوا نداده اند. [عبدالله، ۱۳۹۴: ۲۹۵، ۸ و ۶۱]

۳- وصیت واجبه مخالف اصول حاکم در میراث: بر اساس اصول حاکم در میراث بر فرع ولد متوفی نزد اصول یا یکجا مردگان، اصل و فرع از همدیگر میراث برده نمی‌توانند. لذا اولاد فرع وفات شده نزد پدر یا هم زمان مردگان، مستحق میراث از پدر کلان خویش نمی‌باشند. در قسمت رد توریث نواسه پسری در صورت وجود پسر، امام بخاری یک باب مستقلی را تحت عنوان (باب میراث ابن الا بن اذا لم يكن ابن) دارد و همچنان فتوای حضرت زید بن ثابت (رض) را نقل می‌نماید که در آن قاطبه صحابه کرام (رض) اجماع کرده اند. علامه عینی در عمدة القارى شرح بخاری شریف اجماع متذکره را بدین متن تصریح می‌دارد: «... ولد الابناء بمنزلة الولد اذا لم يكن دونهم ولد، ذكرهم كذكرهم و انشاهم كانثاهم، يرثون كما يرثون و يحجبون كما يحجبون و لا يرث ولد الابن مع الابن»

دوم: دلایل موافقین و صیت واجبه

چنانچه در فوق تذکر داده شد اصل در تمام وصیت‌ها اختیار است و وصیت اختیاری جز با قبول موصی له بعد از مرگ موصی نافذ نمی‌شود، اما در عصر حاضر برخی از فقهاء به نوعی کاملاً جدید از وصیت فتواء داده درج قوانین ساخته‌اند که برای اولین بار کشور مصر این نوع وصیت را در شماره ۷۱ مصوب سال ۱۹۴۶ م قانون وصیت منصوص کرده است و به تبع آن بعضی کشورهای اسلامی چون افغانستان، سوریه، مراکش، لیبی و اردن درج قوانین مدنی خویش نموده‌اند. در تحت این مبحث به ذکر دلایلی می‌پردازیم که فقهاء مذبور با استناد به آن، این نوع وصیت را مشروع دانسته، همنوا با مقاصد و اهداف شریعت اسلام میدانند.

۱- آیات میراث که، سبب نسخ وجوب وصیت برای اقارب وارث شده:

عقیده وجوب وصیت به نزدیکان غیر وارث از جمع زیادی از فقهای تابعین، فقهای بعد از آنها و از امامان فقه و حدیث روایت شده است. از جمله اینها سعید بن مسیب، حسن بصری، طاووس، امام احمد، داود، طبری، اسحاق بن راهویه و ابن حزم [عبدالله، ۱۳۹۴: ۲۵۶] اصل این نظر را از این آیه مبارکه گرفته استدلال نموده‌اند که خداوند متعال می‌فرماید: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَفَّا عَلَى الْمُنَتَّبِينَ" [البقره/ ۱۸۰] به این عقیده هستند که وصیت در ابتداء اسلام اساس میراث قرار می‌گرفت، به ورثه که سهام آنها از طرف خداوند تعین گردیده و می‌توانند از مورث خود به اساس احکام میراث مستحق ارث شوند به اساس احکام میراث مستحق ارث می‌شوند و وجوبیت وصیت نسبت به آنها منسوخ گردیده، اما وجوبیت وصیت برای اقارب که حق ارث را در مال مورث خود ندارند به حال خود باقی مانده است. [فیضی، ۱۳۹۶: ۲۸۱] عبدالله ابن عباس (رض) در

تفسیر آیه مذکور چنین می گوید: آیه میراث، وصیت را برای آنها بی که سهام شان در ارث مقرر شده منسخ نموده و حکم آن برای خویشاوندان دیگر که در ارث سهمی ندارند هنوز باقی است. [عزیز، ۱۳۹۰: ۲۵۳] چون ضرورت نسخ آیه مذکور توسط آیات مواريث برای اقارب غیر وارث دیده نمی شود، زیرا به اساس قواعد فقهی وقتی ادعاء نسخ یک حکم مورد بحث قرار می گیرد که عمل به هر دو آیه ممکن نباشد حال آنکه ممکن است آیات مواريث و آیه وصیت هر دو بدون اینکه کدام محظوظی را بار آورده مورد تعامل قرار گیرد. [فیضی، ۱۳۹۶: ۲۸۴]

جصاص وجوب وصیت را به دلالت آیه قرآنی فوق تاکید نموده می‌گوید:
«وَدَلَالَةُ الْآيَةِ ظَاهِرَةٌ فِي اِيْجَابَهَا الْوَصِيَّةُ وَتُوكِيدُ فَرْضَهَا لَانْ قُولَهُ تَعَالَى كَتَبَ عَلَيْكُمْ مَعْنَا
فَرْضَ عَلَيْكُمْ كَقُولَهُ تَعَالَى "كَتَبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامَ" ثُمَّ اَكَدَهُ بِقُولَهُ "بِالْمَعْرُوفِ حَقًا عَلَى
الْمُتَقِينَ" وَلَا شَيْءٌ فِي الْفَاظِ الْوَجُوبِ اَكَدَ مِنْ قُولِ الْقَاتِلِ هَذَا حَقُّ عَلَيْكَ وَتَخْصِيصُهُ
سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى "الْمُتَقِينَ" بِالذِّكْرِ عَلَى وَجْهِ التَّاكِيدِ لَانْ عَلَى النَّاسِ اَنْ يَكُونُوا مُتَقِينَ قَالَ
تَعْلِيَّ يَا اِيَّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَلَا خَلَافٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ اَنْ تَقُوِيَ اللَّهُ فَرْضُ فَلَمَا جُعِلَ
تَنْفِيذُ هَذِهِ الْوَصِيَّةِ مِنْ شَرَائِطِ التَّقْوِيَّةِ فَقَدْ اَبَانَ عَنِ اِيْجَابَهَا» يَعْنِي آیهُ قرآنی ظَاهِرًا بِهِ
وَجُوبُ وَصِیَّتِ دَلَالَتِ مَنْدَ وَفَرَضَتِ آنَ را تاکید می کند، زیرا کلمه "کتب" در
آیاتِ قرآنی معنای فرضیت را داشته و در این آیه نیز ذکر شده است و برای اینکه
وَجُوبُ وَصِیَّتِ تاکید شده در اخیر آیه "بِالْمَعْرُوفِ حَقًا عَلَى الْمُتَقِينَ" اضافه گردیده
است کلمه (حق) دلالت به تاکید می نماید و از آنجا که تقوی فرض بوده و تَنْفِيذُ
وَصِیَّتِ یکی از شرایط تقوی پنداشته شده وَصِیَّتِ هُمْ حُکْمٌ وَجُوبٌ را بِهِ خُودَ مَنْدَ
گَيْرِهِ. [فِيْضِيٌّ، ١٣٩٦: ٢٨٢]

چنانچه گفته شد نزد ائمه اربعه وصیت واجب نیست اما رای و نظر مسروق، ایاس، قتاده، ابن جریر، ابن حزم ظاهري، طبری، ابوبکر بن عبدالعزیز از حنابله این است که وصیت دیانتا و قضاء برای والدین و نزدیکان که به خاطر محجوب بودن شان و یا به خاطر مانعی از موانع میراث مانند اختلاف دین ارث نمی برند واجب می باشد

و اگر وصیت نکرده باشد برای ورثه او در صورتیکه وصی داشته باشد برای وصی او واجب است تا مقدار غیر معلوم از مال میت را بیرون کنند و برای والدین و کسانیکه غیر وارث هستند پردازنند. نواسه‌ی بی نصیب هم کسی است که پدر خود را در حالی از دست داده است که پدر کلان آن در قید حیات بوده و طبق قواعد میراث در صورتیکه در وقت وفات پدر کلان خویش کاکا داشته باشد از میراث پدر کلان خود محروم می‌گردد. بناء آنها نیز مطابق این دیدگاه شامل وصیت واجبه می‌گردد.

[عثمانی، ۱۲۸۷: ۸۹۰]

ابن حزم می‌گوید: بر هر مسلمانی فرض است که برای خویشاوندانی که به خاطر برده گی یا کفر و یا کسانی که باعث حجب آنها از میراث می‌شوند و یا آنها که مستحق ارث نیستند به هر مقدار که بخواهد میتواند برای آنها وصیت کند و هیچ حدی در این زمینه وجود ندارد و اگر چنین نکند به آنها مال متوفی را بدھید البته ورثه یا وصی را نیز در نظر بگیرید. [قانون مدنی ۱۳۵۵، ماده ۸۲۱-۸۲۰]

۲- وجوبیت اطاعت از قوانین بحیث اولی الامر بر اتباع: در خصوص حکم تکلیفی وصیت واجبه چنانچه در فوق مطالعه نمودیم؛ نظریات و اقوال فقهاء مختلف است. در جامعه اسلامی اولی الامر این حق و صلاحیت را دارد که از میان نظرات مختلف یک نظری را که عدالت بیشتر را تامین کند بر گزیند و تنازعی در آن وجود نداشته باشد. چون در استدلال وجوبیت اطاعت از اوامر اولی الامر این آیه مبارکه است که خداوند متعال می‌فرماید: "اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم..." و همچنان قاعده شرعی است که: امام می‌تواند به امر مباحی امر کند و آن را لازم گردداند وقتی که مردم آن را رها کرده باشند. [عثمانی، ۱۲۸۷: ۱۹۰]

کما اینکه از مکلفیت های دولت، حمایت از خانواده بوده که در ماده ۵۴ قانون اساسی افغانستان این امر ذکر گردیده است: «خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تامین سلامت 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 می کند.» بنابر این دولت به خاطر حمایت از خانواده با استفاده از صلاحیت قانونی خویش که همانا سیاست شرعی است، وصیت واجبه را که با مقاصد و اهداف شریعت همنوایی کاملی داشته را ایجاد نموده بنابر سیاست شرعی که بر مبنای قاعده‌ی فقهی بنیان گذاشته است (چون امام حکم به انجام مندوب یا مباحی امر کند تبدیل به واجب می گردد) زیرا در آن مصلحت عمومی راه یافته است. از آنجایی که آثار و پیامدهای وصیت واجبه مثبت بوده و در مواردی خصوصا در زمینه نوادگان یتیم و تهیdestی که مقداری مال میتواند کمک شایانی به آنها کند، امری پذیرفته شده و معقول است که این عملکرد الفت و مهربانی را در جامعه نمایان می سازد. بدون شک لبیک گفتن به آن مدح و شنای دنیا و اجر و پاداش آخرت را به همراه دارد و نفس توصیه شریعت اهمیت این مسئله را واضح بیان می دارد.

[قرضاوی، ۱۳۸۲: ۸۲۳]

۳- به خاطر مصلحت نواسه‌ها جهت از بین بردن کینه و عداوت: به خاطر جبران حالتی که بسیار از آن شکایت می شد و آن حالتی است که نوه‌هایی که پدر شان در زمان حیات جد شان فوت کرده یا همراه باهم مرده اند، هر چند که حکمی باشد مثل کسانی که باهم غرق، مفقود و یا سوخته اند، این افراد به ندرت بعد از مرگ جد شان یا جده شان ارث می برنند چون کسانی هستند که آنها را محجوب می کنند، در حالی که پدر شان در بنای ثروتی که این شخص بجای گذاشته شریک بوده است. پس بهترین چیز برای شخص مرده این است که برای آنها مقداری از اموالش را وصیت کند. [عبدالله، ۱۳۹۴: ۲۹۶]

در نظر گرفتن فرزندان یتیم و بی بضاعتی که به خاطر فوت زودتر پدر شان نسبت به جد شان از سهم ارث وی محروم گشته و عدم توجه و بی اعتنایی دیگر ورشه نسبت به نیازها و مشکلات ایشان، عدالت اقتضاء می کند که این فرزندان یتیم با بهره مندی قسمتی از متروکه جد شان به رفع نیازمندی های شان پرداخته و بدون کدام ترس و اضطراب به زندگی خویش ادامه دهند. وصیت واجبه در پی حل معضلات و

جلوگیری از پیامدهای سوء آن در جامعه است. وصیت واجبه که در رویه قضایی برخی از کشورها به حکم قانون امر واجب و الزامی می‌باشد بر مبنای فتوای علماء، حکمت و مقاصد شریعت صادر گردیده که هدف اساسی و کلی آن تأمین مصالح اجتماعی و ایجاد زمینه زندگی مسالمت‌آمیز بین ورثه، فامیل، حمایت از حقوق خانواده‌ها و اطفال و جلوگیری از انهدام و فروپاشی آن می‌باشد.

قانون مدنی افغانستان برای اینکه مصالح اجتماعی تأمین گردد و آتش حسد و آز، از دل اشخاصی که نمی‌توانند میراث گیرند خاموش شده و زمینه زیست مسالمت‌آمیز بین ورثه و فامیل مساعد گردیده باشد وصیت را برای نواسه‌هایی که پدر شان در حال حیات اصل (جد یا جده) فوت نموده باشد و به اساس قواعد میراثی از مورث خود میراث گرفته نتواند، نظر به قول علمایی که وصیت را به اقارب غیر وارث واجب می‌دانند تحت شرایط خاص از ماده ۲۱۸۲ الی ۲۱۸۹ احکام آن را تصریح نموده است.

[فیضی، ۱۳۹۶: ۲۸۲]

مستحقین وصیت واجبه بر اساس ماده ۲۱۸۲ قانون مدنی

علماء، اندیشمندان و رویه‌های قضایی کشورهای اسلامی مانند: مصر، لیبی، کویت و غیره بر این امر دلالت دارد که وصیت واجبه فقط شامل فرع فرزندی خواهد شد که در حیات پدر و یا مادر شان فوت نموده باشند. پس از جمله‌ی مستحقین وصیت واجبه؛ فروع پسران و دختران که هر چند پایین تر برود شامل می‌شود. ولی برخی دیگر از علماء و رویه قضایی دیگر کشورها همچون سوریه، مراکش و اردن بر این باورند که فرزندان مذکور پسر و نیز فرزندان پسرپسر هر چند پایین تر برود شامل مستحقین وصیت واجبه میدانند نه فرزندان دختر. [۲۸۵: ۸]

قانون مدنی افغانستان در این خصوص در ماده ۲۱۸۳ چنین صراحة دارد:

«وصیت مندرج ماده (۲۱۸۲) این قانون برای اهل طبقه اول از اولاد دختری و برای اولاد پسری از اولاد ظهور گرچه مراتب آنها تنزیل نماید می‌باشد به ترتیبی که هر

اعتراض وارده بر مستحقین وصیت واجبه

در قسمت حکم الزامی داشتن این نوع وصیت در فوق توجیهات نقلی و عقلی صورت گرفت که با این حساب هر کس در قسمت وصیت کردن به نزدیکان اهمال ورزد. بعد از مرگش از ترکه او برای آنها وصیت می شود، چون امر واجب است و کسی که واجبی برای دیگری مثل دین بر عهده او باشد در حال حیات و مرگ نیز باید اداء شود. اما چیزی که مورد اعتراض است و هیچ مجوزی برای آن دیده نمی شود محدود کردن مستحقین وصیت واجبه از جمله‌ی نزدیکان غیر وارث، به نواسه‌ها می باشد. شیخ مصطفی شلبی می‌گوید: وقتی که ما بر اعتبار محکم بودن این آیه به آن استناد می‌کنیم تا وصیت را بر نزدیکان غیر وارث واجب کنیم، پس معنایی برای محدود کردن آن به گروه خاصی از این میان تا زمانی که در نیاز و احتیاج مساوی باشند؛ وجود ندارد. [عبدالله، ۱۳۹۴: ۲۹۷ - ۲۹۸]

در جواب این اعتراض دلیل روایی وجود ندارد، چون حکم آیه عام است تمام نزدیکان غیر وارث را در بر می گیرد. اما تحدید مستحقین وصیت واجبه در قوانین به نواسه‌ها، علاقه و رغبت به جبران حالتی بوده که بسیار از آن شکایت می‌شد. [عثمانی، ۱۳۸۷: ۱۹۰] این حالت عبارت از مرگ جد و از دست رفتن سهم نواسه‌ها به علت مرگ پدر شان در زمان حیات جد شان، در حالی که اکثرًا پدر این نواسه‌ها در جمع آوری مال و دارایی جدشان سهم بارز داشته، اما عمر با او یاری نکرده قبل از اینکه از خدمات و کوشش‌هایی که در کسب و ازدیاد دارایی پدر خود کشیده استفاده نماید و یا اولاد او از آن استفاده نماید وفات می‌کند. در این حالت اگر اولاد او از مال جدشان محروم می‌گردد و مال و دارایی به کاکاهای شان تعلق می‌گیرد این محرومیت علاوه براینکه یأس و ناامیدی در نهایت کینه و عداوت را بار می‌آورد از عدالت و انصاف نیز بعيد خواهد بود. برای اینکه این محرومین میراث؛ از ثمره‌ای خدمات و تکالیف پدر شان که با پدر کلان آنها کشیده مستفید گردد، بهتر است یک مقدار مال از متروکه متوفی برای شان تخصیص داد شود. [عبدالله، ۱۳۹۴: ۲۸۴]

شرایط استحقاق وصیت واجبه بر اساس قانون مدنی

نواسه‌ها در صورت تحقق شرایط ذیل می‌توانند مستحق وصیت واجبه شوند.

- ۱- پدر این نواسه‌ها قبل از مرگ اصل خود و یا همراهی وی و یا حکم به مرگ فرضی وی قبل از مرگ اصل اش داده شده باشد. [فیضی، ۱۳۹۶: ۲۸۵]
- ۲- بین میت و فرع ولد میت (مستحقین وصیت واجبه) موانع میراث (قتل عمد، رقیت، اختلاف دین و دار) نباشد. [قانون مدنی، ۱۳۵۵، ماده ۸۲۳]
- ۳- زمانی فرع ولد مستحق وصیت واجبه می‌گردد که به اساس قواعد میراث از متروکه میت (جد یا جده) خویش صاحب سهم نباشد. در صورت استحقاق میراث ولو چیز کمی هم باشد، مستحق وصیت واجبه نگردیده مستحق سهم میراثی خود می‌گردد.

۴- میت (جد و جده) در زمان حیات خویش برای مستحقین وصیت واجبه مالی را به اندازه وصیت واجبه تبرع نکرده باشد. اگر برایش مقداری از مال تبرع شده بود که از اندازه وصیت واجبه کمتر باشد به اندازه‌ای که حصه او را تکمیل نماید از طریق وصیت واجبه اجراء می‌شود.

مقدار و مرتبه وصیت واجبه بر اساس قانون مدنی

- ۱- مقدار وصیت واجبه بیشتر از ثلث متروکه میت بعد از تکفین، تجهیز و ادائی دین نمی‌باشد.
- ۲- همچنان مقدار وصیت واجبه بیشتر از سهم میراثی اصل خود فرع به فرض حیات نباشد.
- ۳- وصیت واجبه بر سایر وصایا مقدم شناخته میشود. [فیضی، ۱۳۹۶: ۲۸۲]

طریقه حل مسایل وصیت واجبه

جهت معلوم و معین ساختن سهام مستحقین وصیت واجبه پروسه ذیل در نظر گرفته می‌شود.

- ۱- تعیین ثلث متروکه بعد از تکفین و تجهیز و ادائی دین.
- ۲- معلوم نمودن سهم میراثی اصل فرع ولد (مستحق وصیت واجبه) به فرض حیات.

۳- مقایسه‌ی سهم میراثی اصل فرع ولد (مستحق وصیت واجبه) به فرض حیات با ثلث متروکه میت؛ که حالات ذیل متصور است:

- الف) در صورتیکه هردو مساوی باشد، یکی آنرا مستحق می‌گردد.
- ب) در صورتیکه سهم میراثی از ثلث زیاد باشد، به اندازه ثلث مستحق می‌گردد.
- ج) در صورتیکه سهم میراثی از ثلث کمتر باشد، به اندازه سهم مستحق می‌گردد.

۴- بعد از اعطاء استحقاق مستحقین وصیت واجبه از متروکه میت باقی مانده متروکه به اساس قواعد میراث بین وارثین تقسیم می گردد. [فیضی، ۱۳۹۶: ۲۸۸]

نتیجه گیری

از بررسی و مطالعه‌ای نظریات فقهای اسلام این نتیجه به دست می آید که وصف شرعی وصیت واجبه بر اساس اصل فقهی اجتهاد بوده که بیشتر مبنی بر دلایل عقلی است تا دلایل نقلی و روایی. چون هیچ نصی صریح در کتاب الله و سنت نبوی ثابت کننده وجوبیت وصیت برای اقارب غیر وارث بعد از نزول آیات میراث، وجود ندارد. كما اینکه اجماعی هم در تفسیر و تأویل آیه ۱۸۰ سوره البقره بر وجود وصیت برای نزدیکان غیر وارث نبوده بلکه اجماع امت از صدر اسلام تا حال بر اختیاری و استحبابی بودن وصیت است.

اما حکم وجوبی این نوع وصیت و درج آن در قوانین مدنی بعضی کشورهای اسلامی به عنوان یک امر الزامی و قابل الاجراء، بر اساس فتوای اجتهادی عده‌ای از فقهای متقدم و متأخر اسلامی است که از تحلیل و تفسیر احکام آیه های میراث با آیه‌ای ۱۸۰ سوره بقره و با استناد از ادله های فقهی چون مصالح عمومی و سد ذرایع استنباط و استخراج نموده اند. از استدلالات فوق و پیامد و نتایج حاصله از تطبیق احکام وصیت واجبه عملاً در جامعه در می یابیم که این حکم در تضاد با احکام، اهداف و مقاصد شریعت اسلام نبوده بلکه حاوی مقاصد و اهدافیست جهت شریعت اسلام، چون هدف اساسی و کلی آن تامین مصالح اجتماعی و ایجاد زمینه زندگی مسالمت آمیز بین ورثه و اقارب میت، حمایت از حقوق خانواده ها و اطفال و جلوگیری از انهدام و فروپاشی آن می باشد.

منابع و مأخذ

الف: کتب و مقالات

- ۱- قرآن کریم
 - ۲- حمیدی، ئعلام نبی، مجله قضا، ستره محکمه ۱۳۹۳.
 - ۳- راجی سمنگانی، یادگار، تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد ۴، بی چاپ، سال، ۱۳۹۰.
 - ۴- سلطانی، صلاح الدین، اوث و وصیت در شریعت و قانون، کتابخانه عقیده، پیش فقه و احکام.
 - ۵- عبدالله، نظام الدین، حقوق عینی، کابل: انتشارات سعید، چاپ پنجم، بهار ۱۳۹۴.
 - ۶- عثمانی، محمد شفیع، تفسیر معارف القرآن، مترجم: مولانا محمد یوسف حسین پور، انتشارات شیخ الاسلام احمد جام، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
 - ۷- عزیز، عبدالعزیز، احکام میراث از نگاه فقه و قانون، سازمان مطالعه و تدین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، سال ۱۳۹۰.
 - ۸- فیضی، محمد آصف، حقوق میراث (مطابق شریعت و قانون)، چاپ اول، سال ۱۳۹۶.
 - ۹- قرضاوی، دکتر یوسف، دیدگاه‌های فقهی معاصر، ترجمه داکتر احمد نعمتی، تهران: نشر احسان، جلد اول، چاپخانه مهارت، سال: ۱۳۸۲.
 - ۱۰- نذیر، داد محمد، حقوق میراث از دیگاه شریعت اسلامی و قانون مدنی افغانستان، کابل: انتشارات رسالت، چاپ اول، سال ۱۳۹۲.
 - ۱۱- یزدان پرست، یونس، اوث در فقه اسلامی، تهران: نشر احسان، چاپ اول، سال: ۱۳۹۱.
- ب: قوانین
- ۱۲- قانون مدنی، مصوب ۱۳۵۵، شماره مسلسل (۳۵۳)، جریده رسمی، ۱۵ / ۱۰ / ۱۳۵۵.
 - ۱۳- قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲.

خُلُع از نظر فقه و قانون مدنی افغانستان

رویا دقیق

مقدمه

مقاله حاضر تحت عنوان (خلع از دیدگاه اسلام و قانون مدنی افغانستان) است که خلع را در پرتو عدالت اسلامی مورد بحث و بررسی قرار داده در برابر برخورداری مرد از حق طلاق دادن، زنان نیز می‌توانند از حق «خلع» استفاده کنند. خُلُع عبارت است از جدایی میان زن و مرد در مقابل مقدار مالی که زن به شوهر خود برای جدایی از او پرداخت می‌نماید. همچنین زن می‌تواند در موارد زیر از طریق دادگاه یا محکمه شرعی از شوهر خویش جدا شود:

زمانی که شوهر توانایی تأمین نفقة و مایحتاج زندگی او را نداشته باشد.

تعريف و مشروعيت خلع

گاهی اتفاق می‌افتد که شوهر از همسرش و یا بر عکس همسراز شوهرش تنفر و انزجار پیدا نماید.

در این گونه موارد، حقوق اسلام به زوجین توصیه می‌کند که صبر و شکیبائی داشته باشند. ولی، با وجود این گاه اتفاق می‌افتد که ناخوشنودی و نزاع بین زوجین تشیدد می‌آبد چاره آن دشوار می‌گردد و صبر و شکیبائی زوجین به پایان میرسد، مهر و محبت و آرامش از خانه رخت می‌بندد و زندگی زوجیت سازش ناپذیر می‌گردد. در این گونه موارد، حقوق اسلام راه حل‌های گونا گون را مانند: طلاق، خلع و تفريق پیشیبینی نموده است.

بنا بر این، هرگاه ناخوشنودی از طرف شوهر باشد، حقوق اسلام حق طلاق را به وی داده است.

پس، شوهر می‌تواند در حدود احکام قانون از آن استفاده نماید. ولی، در صورتی که ناخوشنودی و عدم رضایت از جانب زوجه باشد، حقوق اسلام حق خلع به زوجه داده است. بنا بر این، زن می‌تواند از طریق خلع برابطه زوجیت پایان ببخشد.

نباید تصور کرد که گرفتن عوض دربرابر طلاق توسط شوهر به دور از عدل و انصاف است، زیرا شوهر مقدار مال را به عنوان مهر به زن میدهد و پرداخت مخارج زندگی او و فرزندانش را نیز متعهد میشود.

بنا براین، هرگاه زن علی الرغم این همه بخواهد از مرد جدا شود، باید آنچه که مرد به وی پرداخته است را، دوباره مسترد نماید.

تعريف خلع: خُلُع به ضم خَأْ از خُلُع الثَّوَّبَ یعنی لباسش را کشیده گرفته شده است که در لغت به معنی نزع، کندن، ازاله واژین بردن رابطه زوجیت است.[۴:ج ۳ ص

.]. ۱۵۸۸

زیرا زن به معنای لباس مرد است.

در اصطلاح فقهاء تعاریف متفاوت برای آن ارائه کرده اند:

الف) احناف خلع را چنین تعریف نموده اند: خُلُع عبارت از ازاله ملک نکاح موقوف بر قبول آن توسط زوجه به لفظ خُلُع یا لفظی که به معنای خُلُع است. قید (ملک نکاح) خُلُع در نکاح فاسد، خُلُع بعد از طلاق باین و ارتداد یکی از زوجین را نفی مینماید. زیرا، در صورت نکاح فاسد طلاق باین و ارتداد یکی از زوجین خُلُع غلو و بیهوده است. قید (متوقف بر قبول زوجه) به این معنی است که باید زوجه خُلُع را قبول نماید. پس در صورتیکه زوج به زوجه بگوید: با تو خُلُع نمودم و مال را ذکر ننمائید و نیت طلاق را نیز داشته باشد، طلاق باین که غیر مسقط حق باشد به سبب عدم قبول زوجه واقع میگردد. زیرا، قبول دلالت برابر بودن بدل خُلُع را افاده می نماید و مادامیکه خُلُع در برابر بدل مالی باشد، قبول زوجه لازم است. جمله (لفظ خُلُع) به معنی نفع طلاق در برابر مال است. زیرا، آن غیر مسقط حقوق است و کلمه (لفظی که به معنی خُلُع) است شامل لفظ (مبارات، بیزاری) و لفظ (بیعه و شرا) است زیرا، این الفاظ ساقد کننده حقوق و از آن جمله مهر است.[۵:ج ۹ ص ۷۰۷]

ب) مالکی: به نظر فقهاء مالکی خُلُع عبارت از طلاق به عوض است.

ج) فقهای شافعی در تعریف خُلُع میگویند: خُلُع عبارت از جدائی میان زن و شوهر در مقابل عوض به لفظ طلاق یا خُلُع است.

د) فقهای حنبله نیز خُلُع را طلاق زوجه توسط زوج دربرابر عوض میداند.

خلاصه اینکه احناف به این نظر اند که طلاق دربرابر مال تابع احکام خُلُع است. زیرا، هر دو طلاق به عوض است. با وجود این، فقهای حنفی میان خُلُع و طلاق دربرابر مال سه فرق ذیل را برشموده اند:

خُلُع درصوتيکه در مقابل مالی باشد که شرعاً مال نباشد، مانند: شراب، خنزیر و حیوان خود مرده، طلاق باین واقع میشود وزوج مستحق دریافت چیزی نمی گردد. اما اگر عوض درطلاق دربرابر مال عوض باطل باشد، مانند اینکه آنچه را که مال متقوون نیست بدل خلع تعیین نمایند. طلاق رجعی واقع میگردد زیرا، خُلُع به نظر احناف لفظ کنائی است و به موجب لفظ کنائی طلاق باین واقع نمی شود اما، طلاق در برابر مال سریع است و زمانیکه عوض شرعاً صحیح باشد، طلاق باین واقع میگردد پس در صورتیکه عوض صحیح نباشد، کانَ لم يكُنْ پنداشته شده و طلاق سریع باقی مانده، طلاق رجعی محسوب میگردد.

به نظر امام ابو حنیفه رحمة الله عليه تمام حقوق واجبه که یکی از زوجین بر ذمه جانب مقابل دارد. مانند مهر و نفقه گذشته ساقط میگردد اما در طلاق دربرابر مال هیچ حقوقی از حقوق ناشی از امور زوجیت ساقط نمی گردد ، مگر آنچه درباره اسقاط آن توافق صورت گرفته است.

اینکه خلع طلاق است یا فسخ، چنانچه به آن فوقاً اشاره شد میان فقها اختلاف وجود دارد خلع به نظر جمهور فقهاء (حنفی، مالکی، شافعی دراظهار قولین و در روایتی از اما احمد رحمة الله عليه) طلاق باین است که از جمله طلاق های که مرد مالک آن است محسوب میگردد. در روایتی دیگر از اما احمد رحمة الله عليه خلع فسخ است و موجب کاهش شمار طلاق نمی گردد. اما در این خلع در برابر مال طلاق باین است و موجب کاهش شمار طلاق میگردد هیچ اختلافی وجود ندار.

اما قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۵۶ خویش خلع را چنین تعریف نموده است(خلع عبارت است از انحلال عقد ازدواج در بدل مالی که زوجه آنرا برای زوج می پردازد).

مشروعیت خلع

بعضا در خانواده اختلافات و تضاد ها رخ می دهد که ادامه زندگی عادی زنا شوهری را ناممکن می سازد. گاهی واقع می شود که زن و شوهر خود را دوست نمی داشته باشد و نمی خواهد با او زندگی کند، و آرزو دارد که خود را از قید نکاح وی خلاص نماید، ولی شوهر به علت های مختلف از جمله مشکلات اقتصادی و ... و همچنان نظر با مصارف و مخارجی که در ازدواج متحمل شده، حاضر به دادن طلاق نمی شود.

شریعت اسلامی ادامه چنین زندگی نفرت بار و رنج آور را ناپسند دانسته و علاوه بر قبول نمودن مطالبه حق تفریق از طرف زن راه دیگری را نیز پیش بین شده و آن طریق عبارت از خلع می باشد که مطابق آن هدف جانبین بر آورده می شود، یعنی زن از قید نکاح شوهرش رها می شود و ضرری که زن در موجودیت چنین زندگی زناشوهری احساس می نمود رفع می گردد و شوهر نیز به هدف خود که عبارت از بدست آوردن مصارف نکاح می باشد، نایل می گردد. الله تعالى در قرآن کریم می فرماید:

(فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) [آل عمران: ۲۲۹]

اگر نگران بودید که (زن و شوهر) نتوانند حدود الله را (در مورد یکدیگر) رعایت کنند. (اگر به خاطر جدا شدن) زن چیزی را (به شوهرش) بدهد، گناهی بر آنان نیست. طوری از ایه فوق معلوم می شود که اسلام مردان را از گرفتن آنچه که به خانم های شان داده اند در مقابل طلاق منع نموده مگر در احوالیکه طرفین بیم آنرا داشته باشند که حدود معینه الهی را مراعات کرده نتوانند در آن صورت به پرداخت وجه

معین که به رضا و رغبت شوهر و خانم باشد از جانب شوهر و خانم گناهی به حساب نمی آید.

احادیثی که در زمینه جدایی به سبب خلع آمده نشان می دهد که با پرداخت مهر، زن جدا می شود، یعنی با رضایت زن جدایی حاصل می شود.

(عَنْ أَبْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ امْرَأَةً ثَابَتْ بْنِ قَيْسٍ أَتَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ ثَابَتْ بْنِ قَيْسٍ مَا أَغْنَبَ عَنِيهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفُرَ فِي إِلْسَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَتَرْدِينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ قَالَتْ نَعَمْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اقْبِلْ الْحَدِيقَةَ وَطَلَّفْهَا تَطْلِيقَةً) [ج ۱۳ ص ۲۷۴]

از ابن عباس روایت شده که: همسر ثابت بن قیس به خدمت رسول الله صلی الله عليه وسلم رسید و گفت: یا رسول الله صلی الله عليه وسلم! من از دین و اخلاق شوهرم هیچ عیب و ایرادی نمی بینم، اما دوست ندارم که پس از مسلمان شدن دوباره به کفر بازگردم (و او را دوست ندارم و نمی خواهم با او زندگی نمایم). رسول خدا صلی الله عليه وسلم فرمود: «می توانی باعی (را که مهر) تو کرده به او بازگردانی؟» گفت: آری یا رسول الله صلی الله عليه وسلم! رسول الله صلی الله عليه وسلم خطاب به ثابت بن قیس فرمود: «باغ را قبول کن و او را یک طلاق بد». ۱

این گفته همسر ثابت بن قیس که " کفر در اسلام را بد می دانم" بدین معنی میباشد که چون به سبب شدت بعض سوء معاشرت و تقصیر در انجام حقوقی که شوهر دارد دست میدهد و من چنین امری را بد می بینم.

از آنجایی که خلع عقد است بناً رضایت طرفین در آن شرط است و زن نمی تواند

بدون رضایت شوهر عقد خلع را به بار آورد.[۴: ج ۳ ص ۲۲۹-۲۳۰]

خلع به سبب ضرورتی که آنرا ایجاب می کند، جایز است مانند آنکه شوهر دارای خلق بد بوده، یا زن را اذیت نموده و حقوقش را ادا نکند یا زن در معاشرت او به اساس دوریش از الله متعال بترسد، اما اگر ضرورتی که آنرا ایجاب نماید موجود نباشد، خلع ممنوع بوده و جواز ندارد.

شاید زنی بپرسد که بدین ترتیب اسلام دروازه را برای برخورد بروی مردان باز گذاشته تا زنان تقاضای خلع کنند؟ در پاسخ باید گفت: اسلام چنین کاری را حرام نموده تا در ضرر یعنی دوری شوهر و خساره مالی برای زن یکجا نشود. الله تعالى می فرماید:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آتَيْنَا لَكُمْ أَنْ تَرْثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِنَذْهَبُوا
بِعَضٍ مَا آتَيْنَاهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ) [النساء: ۱۹]

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید! برای شما درست نیست که زنان را (همچون کالائی) به ارث برید (و ایشان را بدون مهریه و رضایت، به ازدواج خود در آورید، و) حال آن که آنان چنین کاری را نمی پسندند و وادر بدان می گردند. و آنان را تحت فشار قرار ندهید تا بدین وسیله (ایشان را وادر به چشم پوشی از قسمتی از مهریه کنید و) برخی از آنچه را که بدیشان داده اید فراچنگ آرید. مگر این که آنان (با نشوز و سوء خلق و فسق و فجور) دچار گناه آشکاری شوند (که در این صورت می توانید بر آنان سختگیری کنید، یا به هنگام طلاق قسمتی از مهریه را بازپس گیرید).

ارکان خُلُع

به نظر احناف ارکان خلع صرف ایجاب و قبول می باشد. اما به نظر جمهور فقهاء ارکان خلع عبارت اند از:

(۱) قابل

(۲) موجب

(۳) عوض

(۴) معوض

(۵) صیغه قابل ملتزم به عوض، موجب شوهر یا ولی یا وکیل او است.

عوض هر آن شی مخالف به است، معوض بُضع زوجه که از آن استمتاع گرفته می شود و صیغه لفظ است، مانند اینکه شوهر به زوجه بگوید: شما را در برابر این مقدار

مال مخالفت نمود! بنا براین، به نظر جمهور فقهاء تحقق معنای خُلع متضمن موجودیت ارکان پنجگانه ذیل است:

- (۱) اینکه ایجاب توسط شوهر و یا وکیل و در صورت صغیر وسفیه غیر رشید بودن توسط ولی او صادر شود؛
- (۲) اینکه ملک متعه (رابطه زوجیت) قایم باشد تا از بین بردن آن ممکن گردد که این امر متحقق نمی گردد، مگر اینکه رابطه زوجیت به صورت حقیقی و یا حکمی با حالت خود باقی باشد. بنا براین، در صورت عدم باقی بودن رابطه زوجیت به صورت حقیقی یا حکمی، خُلع متحقق نمی گردد. پس، خُلع در نکاح فاسد صحیح نیست. زیرا، نکاح فاسد معنی ملک متعه را افاده نمی نماید. همچنین، بعد از طلاق باین و بعد از انتهاء عدت در طلاق رجعی صحیح نیست؛
- (۳) بدل از جانب زوجه و غیره: و آن عبارت از آنچه است که می تواند در عقد ازدواج مهر قرار بگیرد؛
- (۴) صیغه: و آن عبارت از لفظ خلع و یا آنچه معنی آن را افاده نماید است، مانند: ابراء، مبارات، فدیه و افتداء اعم از اینکه صریح باشد یا کنایی. زیرا، در خلع چاره ای جز ادای صیغه به لفظ معین نیست و نیز خلع به مجرد بذل مال متحقق نمی شود؛
- (۵) قبول زوجه: زیرا، خلع از جانب زوجه معاوضه است و تمام معاوضات مستلزم قبول شخصی که عوض به وی پرداخت می گردد، است. همچنین، تحقق قبول خلع ملازمه با قبول آن در مجلس ایجاب دارد. پس، در صورتی که زن ایجاب را در مجلس بشنود و مجلس را ترک نماید، بعد از آن بر قبول وی اثری مرتب نمی گردد.[۲۲۹:۸]

حکم شرعی خُلع

احناف در مورد حکم شرعی خلع می گویند: در صورتی که نشوز (نفرت و جفاء) از جانب شوهر باشد، کراحتیت دارد که از زوجه عوض بگیرد. زیرا، وی موجب ارتعاب

زوجه بخاطر خلع گردیده است. پس، زوج نباید با اخذ مال به این ارعاب و وحشت
بی افزاید. اما، در صورتی که نشوز از جانب زوجه باشد، کراحتی دارد که زوج بیشتر
از آنچه بخاطر مهر به زوجه داده است، از او اخذ نماید. پس، در صورتی که بیشتر از
آنچه به زوجه داده از وی اخذ نماید، از نظر قضایی، به سبب اطلاق آیه (فَإِنْ خَفْتُمْ أَكَانِي
يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) [البقرة: ٢٢٩] جواز دارد.^[۵]

موارد وقوع خلع

خلع موردى ندارد و به رضایت طرفین و مخصوصاً به شوهر بستگی دارد. چنانچه قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۵۶ این موضوع را چنین ذکر نموده است (خلع عبارت است از انحلال ازدواج در بدله مالیکه زوجه آنرا برای زوج می پردازد).

چگونگی خُلم در حالت حیض و طهر

خلع در حالت حیض و طهر هر دو جایز است جواز خلع مقید به وقت معین نیست. زیرا الله متعال آن را به طور مطلق بیان کرده و آن را به زمان خاص مقید نکرده است. الله متعال در این مورد می فرماید:

(إِنَّ خَفْتُمْ أَلَا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) [البقرة: ٢٢٩]

اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود الله را (در مورد همدیگر) رعایت

کنند (و اگر بخاطر جدا شدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی برآنان نیست.
همچنین پیامبر صلی الله علیه وسلم حکم خلع نسبت به زن ثابت بن قیس را به
طور مطلق بیان نمود بدون اینکه در این باره تحقیق و تفصیل را از زن استفسار نماید.
حال حیض در زن چیزی نادری نیست. بنابراین اگر لازم می‌بود، پیامبر صلی الله علیه
 وسلم آن را از زن ثابت بن قیس سوال می‌کرد.

الفاظ خُلُع

فقهاء در باره لفظ خُلُع اختلاف نظر دارند: فقهاء احناف بر این نظر اند که: الفاظ خلع پنج است که عبارت اند از:

- (۱) خُلُع
- (۲) مبارات
- (۳) طلاق
- (۴) مفارقت

(۵) بیع و شراء، مانند اینکه: مرد به زوجه اش بگوید: با تو در برابر این مقدار پو خلع نمودم، یا بگوید: تو را در مقابل این مقدار رها نمودم!، یا بگوید: خود را در برابر این مقدار پول طلاق بدہ! یا بگوید: تو را در برابر این مقدار پول از خود جدا نمودم و یا بگوید: طلاق تو را د برابر این مقدار پول فروختم و زوجه بگوید: قبول نمودم.

فقهای مالکی می گویند: خلع با لفظ خلع، مبارات، صلح و فدیه صحیح است و فقهای شافعی و حنبله می گویند: خلع به لفظ طلاق صریح یا ضمنی با نیت خلع و به زبان غیر عربی نیز صحیح است.[۵:ج ۹ ص ۳۰۲ - ۳:ج ۴ ص ۳۰۵].

در مورد لفظ خلع قانون مدنی افغانستان نظر شوافع و حنبله را اختیار نموده است.

زیرا ماده ۱۵۶ فقره دوم قانون مدنی افغانستان در این باره تصریح می نماید که: "خلع به لفظ صریح آن یا هر لفظ دیگری که مفهوم خلع را افاده کند، صورت می گیرد."

موارد وقوع خلع

خلع موردى ندارد و به رضایت طرفین و مخصوصاً به شوهر بستگی دارد. چنانچه قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۵۶ این موضوع را چنین ذکر نموده است: "خلع عبارت است از انحلال ازدواج در بدله مالیکه زوجه آن را برای زوج می پردازد."

وصف خلع

در باره وصف خلع در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای شافعی، مالکی و حنبی

براین نظر اند که: خلع، معاوضه است. بنابراین، صحت آن مستلزم قبض عوض نیست. پس، در صورتی که عقد از جانب شوهر تمام شود، و زوجه وفات نماید و یا مفلس شود، عوض خلع از ترکه او گرفته می شود و نیز رد عوض در اثر عیب جایز است. زیرا، اطلاق عقد متفقضی سلامت عوض از عیب است. پس، رد آن به سبب عیب مانند: مبيع و مهر ثابت می گردد.

بر عکس، احناف براین نظر اند که: خلع قبل از قبول زوجه نسبت به زوج یمین است. پس، رجوع زوج از آن صحیح نیست. زیرا، وی طلاق را معلق بر قبول مال نموده است و تعلیق اصطلاحاً در حکم یمین است.

ولی، خلع نسبت به زوجه معاوضه است. زیرا، زوجه ملزم به رد مال در برابر خلاصی نفسش از قید ازدواج است. برخلع به اعتبار اینکه یمین تلقی می گردد، آثار ذیل مرتب می گردد:

- (۱) رجوع زوج از خلع قبل از قبول زوجه صحیح نیست.
- (۲) ایجاب زوجه محدود و منحصر به مجلس ایجاب نیست. پس، هرگاه زوج از مجلس قبل از قبول زوجه بر خیزد، در اثر این قیام و ایستادن ایجاب وی باطل نمی گردد.

(۳) شوهر نمی تواند خیار را برای مدت معین برای خود شرط نماید. زیرا، وی مالک رجوع از خلع نیست چرا که خلع از جانب وی یمین است. پس، در صورتی که خیار شرط نماید، چنین شرطی باطل و خلع صحیح است.

(۴) شوهر می تواند خلع را متعلق به شرط و مضاف به زمان آینده نماید، مانند اینکه بگوید: هرگاه زید قدم بزند با شما در برابر این مقدار پول خلع می نمایم، یا بگوید: با شما در برابر این مقدار پول فردا یا ماه آینده خلع می نمایم.

حنابله تعلیق خلع بر شرط را صحیح نمی دانند، اما، مالکی و شوافع تعلیق خلع را بر شرط جایز می دانند، مانند اینکه: مرد به زوجه اش بگوید: هر وقت این مقدار پول را برای من بدھی تو طلاق هستی.

خلع به اعتبار اینکه در حق زوجه معاوضه تلقی گردد، آثار ذیل برآن مرتب می گردد:

(۱) زوجه می تواند از ایجاد خلع در صورتی که خود آن را ایجاد نموده باشد قبل از قبول زوج رجوع نماید؛

(۲) قبول زوجه محدود به مجلس است در صورتی که در مجلس حاضر باشد. در صورتی که از مجلس ایجاد غایب باشد، قبول وی محدود به مجلسی است که از خلع آگاهی حاصل می نماید؛

(۳) زوجه می تواند خیار قبول و یا رد خلع را برای خود برای مدت معین شرط نماید هنگامی که خلع را زوج آغاز نموده باشد، مانند اینکه: به شوهر بگوید: با تو در برابر این مقدار پول خلع می نمایم مشروط بر اینکه مثلاً: برای سه روز دارای خیار باشم. در صورتی که شوهر قبول نماید، چنین شرطی صحیح است و زوجه می تواند خلع را بپذیرد و یا رد نماید. زیرا، خلع از جانب زوجه معاوضه است و در معاوضات شرط خیار صحیح است.

امام ابویوسف رحمة الله عليه، امام محمد رحمة الله عليه و فقهای حنابله می گویند: اشتراط خیار برای زوجه صحیح نیست. زیرا، فرقت میان زوجین به تلفظ خلع واقع می گردد،

و آنچه واقع گردیده راهی برای رفع آن وجود ندارد. به نظر امام ابویوسف و امام محمد رحمة الله عليهم خلع نسبت به زوجین یمین است نه معاوضه. پس، هرگاه خیار قبول و یا رد خلع را شرط نماید، شرط باطل و خلع صحیح است.

(۴) زوجه نمی تواند خلع را معلق به شرط و مضاف به زمان آینده نماید. زیرا، خلع از جانب وی معاوضه و تمليک است و تمليکات قابل تعليق و مضاف شدن به زمان آینده نیست.

(۵) زوجه ملتزم به دادن عوض خلع به زوج نمی گردد، مگر اینکه دارای اهلیت تبرع، یعنی: عاقله و بالغه رشیده باشد. [۸: ج ۳ ص ۲۲۸، ۵: ج ۹ ص ۱۰-۷۰۱۸، ۱۰: ج ۲ ص ۲۲۸].

عوض در خلع

همانگونه که گفته شد، خلع عبارت است از : ازاله قید نکاح در برابر مال. پس مال یکی از اركان مهم خلع را تشکیل می دهد و زمانی که عوض نباشد، خلع تحقق نمی پذیرد. در نتیجه، هرگاه شوهر به زوجه اش بگوید: با تو خلع نمودم و از عوض نام نبرد، خلع واقع نمی شود. در چنین حالتی، اگر شوهر نیت طلاق را داشته باشد، طلاق رجعی واقع می گردد و اگر نیت طلاق را نداشته باشد، چیزی واقع نمی شود. زیرا، لفظ خلع برای طلاق از الفاظ کنایه است و برای اینکه طلاق واقع گردد، محتاج نیت است.

[۴: ج ۳ ص ۲۳۲].

شروط خلع

خلع نیز مانند طلاق دارای یک سلسله شروط است که بعضی مربوط به زوج، بعضی مربوط به زوجه و بعضی مربوط به مال می گردد.

شروط زوج

ماده ۱۵۷ قانون مدنی افغانستان که ترجمه ماده ۹۳ احوال شخصیه سوریه است در باره شروط زوج در خلع حکم می نماید که: "خلع وقتی صحیح می گردد که زوج واجد اهلیت.... طلاق باشد." حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، بر حسب فقه جهت صحت خلع شرط است که زوج واجد اهلیت ایقاع طلاق باشد. به این توضیح که، به نظر جمهور فقهاء بالغ و عاقل و به نظر حنابلہ ممیز عاقل باشد. پس، تمام کسانی که ایقاع طلاق آنها صحیح نیست، خلع آنها نیز صحیح نیست، مانند: مجنون، معتوه، و شخصی که به سبب مرض و یا کبر سن عقلش زایل گردیده باشد.[۵:ج ۹ ص ۷۰۱۸]

[۱۰:ج ۲ ص ۲۲۸]

خلع سفیه

طلاق هر شخص مکلف (عاقل و بالغ) رشید و سفیه صحیح است. زیرا، اشخاص مزبور از زمرة کسانی هستند که طلاق آنها صحیح است، پس، خلع آنها نیز صحیح است. زیرا در صورتی که سفیه بتواند زوجه اش را در برابر حصول هیچ نوع مال طلاق بدهد، به صورت اولی می تواند او را در برابر مال مخالفت نماید. [۵:ج ۹ ص ۷۰۱۸].

خلع ولی باز زوجة پسر مجنون و صغير

امام ابو حنیفه ، امام شافعی، امام احمد بن حنبل رحمه اللہ علیہم خلع و طلاق پدر صغیر و مجنون را با زوجة پسر صغیر و مجنون جائز نمی دانند. همچنین، هر شخص که نتواند به نمایندگی از صغیر و مجنون طلاق را ایقاع نماید، نمی تواند به نمایندگی از آنها خلع نماید. زیرا، پیامبر صلی اللہ علیہ وسلم فرموده است.

(الطلاق لمن أخذ بالسوق) [آخر جه ابن ماجه]

طلاق حق کسی است که مالک بهره مندی جنسی است.

و خلع به معنی طلاق است.[۵:ج ۹ ص ۷۰۱۹]

خلع مريض مبتلا به مرض الموت

فقهاء به اتفاق آراء به این نظر اند که: خلع مریض در مرض الموت صحیح است. زیرا، در صورتی که طلاق بدون عوض مریض مبتلا به مرض الموت صحیح باشد، خلع وی که در برابر مال است به صورت اولی صحیح است.[۹: ۱۶۲].

خلع صغیره

احناف بر این عقیده اند که: زوجه صغیره یا غیر ممیزه و یا ممیزه است و یا خلع و
ی نیز یا توسط خودش و یا توسط ولی اش صورت می پذیرد. ولی، نیز یا پرداخت
بدل خلع را تضمین می نماید یا نمی نماید که تفصیل هر یک را ذیلاً بیان می دارم.

خلع زوجة صغيرة غير مميزة

اگر زوجه صغیره غیر ممیزه باشد و با شوهرش خلع نماید، طلاق وی واقع نمی گردد و زوجه صغیره نیز مکلف به پرداخت بدل نمی گردد. علت عدم وقوع طلاق زوجه صغیره غیر ممیزه در چنین حالتی این است که شوهر وقوع طلاق را معلق به قبول زوجه در برابر بدل نموده است و قبول در شرع زمانی معتبر است که از شخصی که اهل آن باشد. صادر گردد زوجه صغیره غیر ممیزه اهل قبول نیست و معلق علیه تحقیق نمی پذیرد. پس، معلق که همان طلاق است نیز تحقیق نمی پذیرد.[۶: ص ۳۴۱].

خلع زوجة صغيرة ممizza

اگر زوجه، صغیره ممیزه باشد، و با شوهرش اصالتاً مخالعت نماید، و این خلع به لفظ طلاق باشد، یک طلاق رجعی او واقع می گردد و زوجه مکلف به پرداخت مال به زوج نمی گردد. علت این است که زوجه صغیره ممیزه اهل قبول است، ولی اهل تبع نیست و در مختلوعه شرط است که اهل تبع باشد. اما، علت اینکه طلاق او واقع می گردد این است که عبارتی را که شوهر در خلع به کار برده است، به معنی تعلیق طلاق

خلع ولی زوجه صغیره با شوهر صغیر

فقهاء معتقد اند که: هرگاه خلع بین ولی زن و شوهرش واقع شود، به نحوی که شوهر صغیر به پدر صغیره (خسرخویش) بگوید: دخترت را در برابر فلان مبلغ مال، خلع کردم و پدر زوجه صغیره عوض خلع را تضمین ننماید و بگوید: قبول کردم! در این صورت زن و زوجه صغیره ملزم به پرداخت بدل خلع نیستند. ولی، طلاق واقع می گردد. زیرا، طلاق معلق است به قبول و قبول واقع شده است چراکه پدر واجد اهلیت قبول است. علت اینکه زن در چنین حالتی ملزم به پرداخت بدل نیست، این است که زن فاقد اهلیت تبع است. اما علت عدم ملزم بودن پدر مبنی بر پرداخت عوض عدم تضمین او است. اما، در صورتی که پدر پرداخت بدل را تضمین نموده باشد، مکلف به پرداخت آن است که در چنین حالت، خلع واقع و طلاق باین تلقی می گردد.
[۶:ص ۳۴۲].

به نظر فقهای شافعی و حنبله خلع صغیره به سبب عدم اهلیت قبول صحیح نیست. همچنین، پدر و سایر اولیای صغیره، و مجنونه و سفیهه نمی توانند دختر صغیره، مجنونه و سفیهه شان را در مقابل اموال و دارایی (ملکیت) آنها مخالفت نمایند، زیرا اولیاء در اموال مولی علیهم جهت تحقق مصلحت آنها می توانند تصرف نمایند و در خلع مصلحتی برای دختر صغیره، مجنونه و سفیهه وجود ندارد، بلکه خلع موجب اسقاط حق واجب والزامی آنها می گردد. بنا براین، خلع دختری که به سبب: سفه، صغیر

به قبول زن است و این تعلیق صحیح است. زیرا، از کسی صادر شده است که اهلیت آن را دارد و معلق عليه که پذیرش زن است، حاصل گردیده است و زن واجد اهلیت قبول است چراکه برای قبول صحیح، تمیز او کافی است. پس، چون معلق عليه تحقق یافته است، طلاق معلق نیز تحقق می پذیرد. اما، اینکه طلاق رجعی است به اسن سبب است که: چون التزام مالی از طرف زن صحیح نمی باشد، طلاق خواهد بود که مالی در برابر آن پرداخت نمی گردد. پس طلاق رجعی محسوب می شود.[۶:ص ۳۴۱].

سن جنون تحت حجر قرار دارد صحیح نیست اعم از اینکه خلع توسط خود و یا الای اوی جاری گردد، زیرا خلع تصرف در مال است که محجور علیها فاقد صلاحیت تصرف در آن می باشد، ولی او نیز حق اعطای اجازه تبرعات را ندارد.
[ج:۹ ص:۲۰۷].

برعکس فقهای مالکی برای نظر اند که هرگاه زوجه واجد اهلیت نباشد و با شوهر خویش خلع نماید و زوج نیز مال او را قبض نماید، باید آن را دو باره به زوجه اشن مسترد نماید، مگر اینکه ولی زوجه اجازه دهد. [ج:۴ ص:۳۱۱-۳۱۲].

در این مورد قانون مدنی از نظر فقهاء مالکی پیروی نموده است. زیرا ماده ۱۵۹ آن که ترجمه ماده ۹۵ قانون احوال شخصیه سوریه است در این باره می گوید که: "خلع زوجه ای که فاقد اهلیت باشد، جواز دارد مگر زوجه بدون موافقت ولی مالی، به پرداخت بدل خلع مجبور گردانیده نمی شود."

خلع زوجة محجور عليها به سبب سفه

فقهاء به اتفاق آراء برای نظر اند که خلع زوجة محجور علیها به سبب سفه بدون اذن ولی او صحیح نیست. اما، اختلاف نظر دارند که اگر ولی به سفیهه اذن دهد خلعش صحیح است یا نه؟ احناف برای نظر اند که: اگر ولی، عوض خلع را از مال شخصی خود بپردازد خلع صحیح است، در غیرآن بذل باطل بوده بنا بر درست ترین روایت طلاق واقع می شود. فقهای شافعی می گویند: "خلع سفیهه به صورت مطلق صحیح نیست و واقع نمی شود خواه ولی اذن دهد و یا ندهد". با وجود این، فقهای شافعی یک حالت را استثناء قرار داده اند و آن این است که ولی بترسد که زوج اموال سفیهه را تباہ کند. در این صورت ولی زوجة سفیهه می تواند به زوجة سفیهه مبنی بر خلع اذن اعطای نماید. [۲: ص/۱۶۱]

خلع زوجة مبتلا به مرض الموت

فقهاء به اتفاق آراء برای نظر اند که: خلع زوجه مبتلا به مرض الموت مانند زجه تندرست صحیح است. اما، در باره اینکه هرگاه بخواهد بیش از ثلث مالش را به عنوان بدل به شوهر بدهد و یا بدل بیش از مالی باشد که اگر زوجه در اثنای عدت بمیرد، شوهرش مستحق آن نگردد، فقهاء اختلاف نظر دارند: امام مالک رحمه الله عليه گفته است: عوض خلع باید به اندازه ارث شوهر از او باشد، اگر از اندازه سهم الارث بیشتر باشد، حرام است و باید مبلغ اضافی برگردانده شود. اما، طلاق واقع می شود و در صورتی که شوهر صحتمند باشد از همدیگر ارث نمی برند.

حنابله نیز مانند شوافع می گویند: اگر بدل خلع به اندازه میراث شوهر و یا کمتر از آن باشد، خلع صحیح است. اما، اگر خلع بیشتر از سهم الارث زوج باشد، خلع صحیح و مقدار اضافی باطل است. امام شافعی رحمه الله عليه می گوید: اگر بر مقدار مهر المثل خود، خلع را پذیرفت، خلع صحیح است و اگر بیش از مهر المثل باشد، مقدار اضافی از یک سوم ترکه پرداخت می شود و تبرع و بخشنش به حساب می آید. احناف در این باره می گویند: این خلع صحیح است مشروط بر اینکه خلع بر بیش از ثلث مایملک زن نباشد. زیرا، تبرع در مرض الموت در حکم وصیت است و وصیت برای بیگانه در ثلث ماترك نافذ است و شوهر نیز پس از خلع اجتنبی تلقی می گردد.

احناف اضافه می نمایندکه: اگر زن در حالت مرض الموت وفات نماید، شوهر کمترین چیز از این سه چیز را مستحق می شود: بدل خلع، ثلت ترکه، و یا سهم خود از ارث زوجه. به عنوان مثال، اگر بدل خلع ۵ دینار، سهم زوجه از ارث ۴ دینار و ثلت ترکه ۳ دینار باشد، شوهر به جهت حفظ حقوق سایر ورثه و رعایت احتیاط مستحق سه دینار می شود.

اما، اگر زن در مرض الموت وفات ننماید و بهبود یابد تمام آنجه را که در بدل خلع تعهد کرده است، باید بپردازد. زیرا، در چنین حالتی تصرف وی در حالت مرض

موص نیست. در صورتی که زن بعد از انقضای عدت بمیرد، شوهر مستحق دریافت تمام بدل خلع می گردد مشروط بر اینکه از ثلث ترکه بیشتر نباشد. [۱۱: ج ۱۹ ص ۲۴۶-۲۴۷]

در باره خلع زوجه با زوج در حالت مرض الموت قانون مدنی نظر فقهای احناف را اختیار نموده است. زیرا ماده ۱۷۵ فقره های اول و دوم آن در این باره تصریح می نماید که: "(۱) هرگاه زوجه در حال مرض الموت با زوج خلع نماید، خلع صحیح و به اثر آن طلاق باین واقع می گردد. در صورتی که زوجه در اثنای عدت وفات نماید، زوج از جمله حق اirth، بدل خلع، یا ثلث ترکه، آنچه کمترین باشد مستحق می گردد.

در صورت وفات بعد از عدت از جمله ثلث ترکه و بدل خلع کمتر آن را مستحق می شود؛ و (۲) اگر زوجه صحبت یابد، زوج تمام بدل تعیین شده خلع را مستحق می شود."

خلع زوجه محجور عليها به سبب افلاس

فقهاء به اتفاق آراء براین نظر اند که: خلع زوجه محجور عليها به سبب افلاس صحیح است. زیرا، زوجه محجور عليها به سبب افلاس، دارای ذمه است و تصرف وی نیز صحیح است. ولی، شوهر باید عوض خلع را زمانی از او مطالبه نماید که رفع حجر وی صورت بگیرد. پس، بدل خلع الى رفع حجر از زوجه محجور عليها به سبب افلاس به ذمه زوجه باقی می ماند. [۱۱: ج ۱۹ ص ۲۴۶-۲۴۷]

شروط زوجه

بر اساس ماده ۱۵۷ قانون مدنی که ترجمة ماده ۹۵ قانون احوال شخصیه سوریه است: "خلع وقتی صحیح می گردد که زوج واجد صلاحیت طلاق و زوجه محل آن باشد." مبنای این ماده فقه اسلامی است. زیرا فقهاء براین نظر اند که خلع زمانی صحیح اسن که زوجه محل خلع و در قید نکاح صحیح مرد باشد خواه مدخل بها باشد خواه غیر مدخل بها، خواه مطلقه رجعيه تا زمانی که در عده است. تصرف نمایند. به این توضیح که: عاقله و بالغه و غیر محجور عليها باشد. اسباب حجر سفه، مرض، صبی یا

شروط مال (عوض)

عوض در خلع از مالی است که زوج آن را از زوجه در برابر خلع در یافت می

نماید.

براساس ماده ۱۵۸ قانون مدنی که ترجمه ماده ۹۷ قانون احوال شخصیه سوریه است: "مالی که به صفت مهر قبول شده بتواند، بدل خلع نیز قبول می گردد." مبنای این ماده فقه است. زیرا، فقهاء اتفاق نظر دارند مبنی بر اینکه: مالی که بتواند در عقد ازدواج

مهر قرار بگیرد، می تواند عوض در بدل خلع نیز قرار بگیرد. [۷۰۲۲ ج:۵ ص۹]

آنچه می تواند به نظر احناف مهر در عقد ازدواج قرار بگیرد این است که: بدل خلع مال متقوم، موجود، معلوم و یا منفعتی که قابل تقویم به مال باشد است. پس، خلع زن مسلمه با زوج در برابر خمر، خنزیر، حیوان خود مرده و خون صحیح نیست. زیرا، در چنین حالات، عوض باطل می شود و زوج مستحق دریافت چیزی نمی گردد و طلاق باین زوجه واقع می گردد. زیرا، هنگامی که عوض باطل شود، لفظ خلع باقی می ماند که لفظ کنایی است و به الفاظ کنایات طلاق باین واقع می گردد. اما، در صورتی که طلاق در برابر مال باشد، و عوض باطل گردد، چنین طلاقی، طلاق رجعی محسوب می گردد. زیرا، در چنین حالتی لفظ طلاق باقی می ماند و استعمال لفظ طلاق صریح است و طلاق رجعی محسوب می گردد.

بدل به نظر جمهور فقهاء عبارت است از: هر آنچه که تملک آن صحیح باشد خواه مال، عین، دین و منفعت باشد به استثنای خمر، خنزیر و آنچه مشابه این دو است. پس، هرگاه زوجه با زوج در برابر عوض حرام خلع نماید، مانند: خمر، خنزیر، مال مغصوب و مسروق، زوج مستحق دریافت چیزی نمی شود و طلاق باین او به نظر فقهای مالکی

طفل بودن و جنون است. پس خلع سفیهه به اتفاق فقهاء و از مرضیه به نظر شافعی و حنبله به سبب عدم صحت تصرف آنها درمال، و صغیره و مجنونه به سبب عدم موجودیت اهلیت قبول صحیح نیست.

و حنابله اقع می گردد و در حکم خلع بلا عوض است. زیرا، شوهر به استقطاع بدون عوض راضی شده و مستحق چیزی نمی شود.

اما شوافع می گویند: در صورتی شوهر با زوجه در برابر عوض حرام و یا مجھول خلع نماید، زوجه از زوج در برابر مهر مثل جدا می گردد و چنین جدائی طلاق باین است. اما، در صورتی که زوجه با زوج در برابر آنچه اصلاً مال نیست، مانند: خون، خلع نماید، طلاق رجعی او واقع می شود.^[۷۰۲۳-۷۰۲۲:ج۹ص۵]

همان گونه که خلع در برابر مالی که بتواند در عقد ازدواج مهر قرار بگیرد، صحیح است، خلع در برابر منافع مال مانند: سکونت خانه برای مدت معین، خلع در برابر حقوق مانند: ارضاع یا شیر دادن طفل زوج، حضانت طفل زوج، تأمین نفقة و سقوط نفقة عدت نیز جواز دارد که هریک را ذیلاً بیان می دارم.

خلع در برابر شیر دادن طفل

مطابق ماده ۱۶۹ قانون مدنی که ترجمۀ ماده ۱۰۲ احوال شخصیه سوریه است: "هرگاه اجرت شیردادن طفل در مدت رضاع یا حفاظت وی به شمول نفقة دریک مدت معین از طرف زوجه بدل خلع قبول گردد، زوجه مکلف به ایفای تعهدش می باشد." حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، براساس فقه خلع در برابر ارضاع یا شیر دادن طفل زوج که مدت آن دو سال است صحیح است، زیرا ارضاع طفل از اموری است که عوض گرفتن در بدل آن جواز دارد. پس، خلع در برابر خلع بدون تحديد صحیح جواز دارد. به نظر فقهای حنابله نیز ارضاع طفل در برابر خلع بدون تحديد مدت الی دو سال جواز دارد. زیرا الله متعال شیر دادن طفل را الی دو سال مقید نموده است. الله متعال در این مورد می فرماید:

(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أُولَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ

الرَّضَاعَةً) [البقرة: ۲۳۳]

ومادران باید فرزندان خود را دو سال تمام شیر بدھند (این حکم) برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند.

پس هرگاه مرضعه فوت نماید و یا شیر وی خشک گردد، و یا رضیع وفات نماید، مرضعه باید اجرت مثل بقیه مدت را به پدر رضیع بدھد. همچنین، در صورتی که طفل وفات نماید، پدر طفل متوفی می تواند طفل دیگری را به عوض رضیع متوفی به مرضعه جهت رضاع بدھد. [۷۰۲۹:۵ ج ۹ ص ۵]

در باره فوت رضیع و مرضعه قانون مدنی نیز از فقه پیروی نموده است. زیرا، ماده ۱۷۰ قانون مدنی که ترجمة ماده ۱۰۲ قانون احوال شخصیه سوریه است در این باره حکم می نماید که: "هرگاه زوجه به علتی از قبیل ازدواج با شخصی دیگر، فرار، فوت خود و یا طفlesh تعهدش را در مورد شیر دادن، حفاظت و نفقة طفل را کاملاً ایفا ننماید، زوج می تواند اجرت باقیمانده را مطالبه نماید، مگر اینکه به عدم مطالبه در صورت وفات طفل یا زوجه هنگام خلع موافقه شده باشد.".

البه، این در صورتی است که شیر دادن طفل بعد از تولد در بدل خلع تعیین گردیده باشد. بنابراین، در صورتی که شیر دادن طفل قبل از ولادت بدل خلع تعیین گردد سپس تثبیت گردد که حمل اصلاً وجود ندارد و یا بعد از وجود، سقط گردد و یا بعد از وجود و قبل از تکمیل دو سال وفات نماید، مرد می تواند تمام اجرت باقیمانده آن را از زوجه مطالبه نماید. ماده ۱۷۱ قانون مدنی که ترجمة ماده ۱۰۲ قانون احوال شخصیه سوریه است در این باره اعلام می دارد که: "هرگاه قبل از ولادت، شیردادن طفل بدل خلع تعیین گردد، پس از آن ثابت شود که طفل موجود نبوده یا سقط شده است و یا اینکه طفل قبل از تکمیل دو سال شیر خوارگی وفات نماید، زوج معادل اجرت شیر دادن تمام یا مدت باقیمانده را مطالبه کرده می تواند."

خلع در برابر حضانت برای مدت معلوم

جمهور فقهاء می گویند: خلع زوجه با زوج مبنی بر اینکه زوجه طفل زوج را بری مدت معلوم بدون اجرت تحت حضانت قرار دهد صحیح است.

اما فقهای شافعی می گویند: چنین اتفاقی صحیح نیست مگر اینکه مدت رضاع، مقدار طعام و اجرت معین گردد. مبنای این اختلاف مسأله استئجار اجیر و معین نمودن اجرت او است.

فقهای شافعی تعیین اجرت را در اجاره واجب می دانند. زیرا، از ابی سعید خدری

روایت شده است که فرمود:

(عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- نَهَى عَنِ اسْتِئْجَارِ الْأَجِيرِ يَعْنِي حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُ أَجْرَهُ)[رواه احمد في مسنده، ج: ۱۸ ص: ۱۱۶]
رسول الله صلی الله علیه وسلم نهی نموده است از استئجار اجیر تا وقتی اجرت وی معین نگردد.

اما، دلیل جمهور فقهاء عرف و استحسان و این حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم است که فرمودند:

(إِنَّ مُوسَى أَجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِ سِنِينَ أَوْ عَشْرًا، عَلَى عِقَمَةِ فَرْجِهِ، وَطَعَامِ بَطْنِهِ)[المعجم الكبير للطبراني، ج ۱۲ ص ۶۸]

موسی علیه السلام بخاطر طعام و حفظ فرج خویش هفت یا ده سال خود را جیر نمود.

به هر حال هرگاه زوجه طفل را ترک نماید و یا فرار نماید و یا اطفال و یا مادر وفات نماید، زوجه باید اجرت مثل زمان باقی مانده را بپردازد.[۵: ج ۹ ص ۳۰]

خلع مبني بر باقى ماندن طفل الى رسيدن به سن بلوغ

احناف بر اين نظر اند که: هرگاه زوجه با زوج مبني بر باقى ماندن طفل نزد وی الى رسيدن به سن بلوغ خلع نماید، خلع صحیح و شرط باطل است. زیرا، بعد از سن حضانت پدر نسبت به مادر در مورد طفل مستحق تر شناخته می شود.

البته، این در موردي است که طفل پسر باشد. پس، در صورتی که طفل دختر باشد و پدر در برابر باقى ماندن وی نزد مادر الى رسيدن به سن بلوغ خلع نماید، خلع وشرط هردو صحیح است، زیرا پسر بعد از تکمیل مدت حضانت به پدر نسبت به مادر بیشتر ضرورت دارد بخاطریکه پدر نسبت به مادر وی توانا تر است، ولی دختر به مادر نسبت به پدر بیشتر احتیاج دارد، زیرا مادر در مورد تعلیم و تربیة او از پدر توانا تر است.

اما، فقهای مالکی اشتراط بقای پسر با مادر الى رسيدن به سن بلوغ را صحیح می دانند. زیرا، سن حضانت پسر به نظر فقهای مالکی سن بلوغ است.

همچنین، فقهای مالکی اشتراط باقی بودن دختر الى ازدواج را نیز مادر صحیح می

دانند. [۳:ج ۴ ص ۳۱۶]

قانون مدنی نظر احناف را اختیار نموده است. زیرا، ماده ۱۷۳ قانون مدنی که ترجمه ماده ۱۰۳ قانون احوال شخصیه سوریه است در این باره حکم می کند که: "هرگاه هنگام خلع، بودن طفل را تا تکمیل دوره حضانت نزد زوج شرط شده باشد، عقد خلع صحیح وشرط باطل می باشد. زوجه می تواند طفل را تا تکمیل دوره حضانت نزد خود نگاه نماید مشروط براینکه این حق به سبب دیگری ساقط نگردیده باشد." علاوه براین ماده ۱۷۲ قانون مدنی نیز در این باره تصریح می نماید که: "زوجه وقتی می تواند حفاظت طفل را الى رسیدن به سن بلوغ بدل خلع تعیین نماید که طفل، دختر باشد. هرگاه زوجه در خلال این مدت با شخص دیگری ازدواج نماید، پدر دختر می تواند طفلش را از زوجه تسلیم گردیده و معادل اجرت حفاظت یا باقیمانده را مطالبه نماید گرچه به بودن طفل نزد مادر قبلًا موافقه صورت گرفته باشد."

خلع در برابر تأمین نفقة طفل

بر اساس ماده ۱۷۴ قانون مدنی که ترجمه ماده ۱۰۲ فقره دوم قانون احوال شخصیه سوریه است: "زوج نمی تواند دینی را که برذمۀ زوجه اش دارد در عوض دین نفقة طفل ماجرا کند. اگر نفقة طفل بدل خلع تعیین گردد و زوجه معسر باشد، زوج مکلف به پرداخت نفقة طفل می باشد. در صورت یسار زوجه، زوج می تواند مبالغ پرداخته شده را از وی مطالبه نماید." حکم این ماده از فقه حنفی و مالکی گرفته شده است. زیرا، فقهای احناف و مالکی براین عقیده اند که: هرگاه زوج با زوجه مبنی بر تأمین نفقة طفل زوج برای مدت معین خلع نماید، خلع صحیح است و زوجه ملزم بر اتفاق بر طفل در مدت تصریح شده می گردد. در صورتی که زن از اتفاق بر فرزند صغیر شوهر امتناع ورزد، فرزند قبل از انتهای مدت فوت نماید، پرداخت نفقة طفل بروی درمدت باقی مانده لازم می گردد. در صورتی که خود زوجه فوت نماید، این اجرت از ترکه او اخذ می گردد. هرگاه زوجه نتواند نفقة را بپردازد، زوجه می تواند نفقة را از پدر فرزند بخواهد و پدر نیز به پرداخت نفقة مجبور می شود. پس از پرداخت نفقة پدر می تواند در وقتی که زوجه مالدار شود، به زوجه رجوع نماید.[۵:ج۹ ص۷۰۳۱]

خلع در برابر ابراء از نفقة مدت عدت

براساس ماده ۱۶۸ قانون مدنی: "در خلع نفقة عدت ساقط نمی گردد، مگر اینکه زوجین هنگام خلع صراحتاً به اسقاط آن موافقه کرده باشند." حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، به موجب فقه خلع در برابر ابرای زوجه از نفقة عدت صحیح است. پس، در صورتی که زوج و زوجه مبنی بر ابرای آن صلح کنند، ذمه زوج از تأمین آن بری می گردد.[۵:ج۹ ص۷۰۳۲]

عدت

خلع زوجه با زوج مبني بر سقوط حق سكنى زوجه در منزل زوج در مدت
صحيح نیست.

عدم جواز خلع زوجه بازوج مبني بر سقوط سكنى زوجه در منزل زوج در مدت عدت

زيرا، حق سكنى زوجه در منزل زوج در مدت عدت شرعاً واجب است. پس،
زوجه نمی تواند آن را اسقاط و زوج نمی تواند زوجه را از منزل اخراج نماید.

[ج ۹ ص ۷۰۳۲]

الله متعال در این مورد می فرماید:

(لَآ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بَيْوَتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجُنَّ إِلَّا أُنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَتُلْكَ حُدُودُ
اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) [الطلاق: ۱]

بعد از طلاق آنها را تا سپری شدن عدت از خانه های شان بیرون نکنید و آنان نباید
از خانه های شان الى انقضای عدت بیرون بروند مگر اینکه آنان گناه زشت و آشکارا را
مرتكب شوند و برای شما به اثبات رسیده باشد. در این صورت اخراج آنها گناهی
ندارد. این حدود الهی است، هر کس از حدود الهی تعجازو کند به خویشتن ستم روا
داشته است.

توکیل در خلع

هر امری را که می توان به وسیله دیگران انجام، مگر اینکه قانون اجرای آن را به
عهده خود شخص گذاشته باشد.

بنابراین، کلیه اموری را که قانون تصریح ننموده که قایم به شخص است و یا قرایین
و اوضاع و احوال دلالت بر آن ننماید، به وسیله غیر می توان آن را انجام داد.

خلع از اموری نیست که قایم به شخص باشد. پس، هر یکی از زوجین یا هر دوی
آنها می توانند جهت اجرای خلع وکیل بگیرند، زира هر شخصی که خلع وی صحیح
تلقی گردد و بتواند آن اصلاتاً انجام بدهد، می تواند جهت انجام آن دیگری را وکیل

بگیرد خواه مرد، زن، مسلمان، کافر، محجور علیه به سبب سفه و رشید باشد. زیرا، خلع
عقد معاوضه است مانند بیع.^[۵: ج ۹ ص ۱۹]

آثار احکام خلع

خلع ممکن است از طرف زوجه و یا به تراضی زوجین صورت پذیرد. بر علاوه،
بعضًا هم امکان دارد شوهر زوجه اش را وادر به خلع نماید. بنا براین، خلع ممکن
است توسط زوجه، به تراضی زوجین و یا توسط زوج صورت پذیرد.

حکم اخذ بدل خلع (طلب خلع توسط زوج، زوجه و هردو)

مطلوبه خلع توسط زوجه وقتی جایز است که برای اجرای آن سببی وجود داشته
باشد مانند اینکه:

مرد عیبی داشته باشد و یا بد اخلاق باشد و حقوق زوجه اش را مراعت ننماید و
زوجه نیز نگران باشد که نتواند با چنین شوهری حقوق وی را رعایت نماید و نتواند
با وی حسن معاشرت و مصاحبی داشته باشد. پس، در صورتی که سببی برای خلع
وجود نداشته باشد، خلع ممنوع و ناجایز است، زیرا احمد و نسایی از ابو هریره رضی الله عنه
تعالیٰ عنہ روایت کرده اند که پیامبر ﷺ فرموده است:

(المختلعتات هن المناقفات) [سنن الترمذی ج: ۳ ص ۴۹۲]

زنانی که خلع می نمایند در امر زوجیت منافق و سازش نا پذیر اند.

با وجود این، هرگاه زن از شوهرش به سببی سوء معاشرت یا قبیح المنظر بودن
کراحت داشته باشد و نگران باشد که نتواند حق او را اداء نماید و مطالبه خلع نماید،
زوج می تواند او را در برابر اخذ بدل مخالفت نماید. در چنین موارد، احناف براین نظر
اند که اخذ بیش از آنچه به وی داده است بر اساس حدیث زوجه ثابت بن قیس که
تفصیل آن گذشت کراحت دارد.^[۵: ج ۹ ص ۲۷] بر عکس، جمهور فقهاء گرفتن بیش از
مهر را مادام که نشووز از جانب زوجه باشد، به زوج اجازه داده اند. با وجود این،

جمهور فقهاء می گویند. گرفتن مهر بیش از آنچه زوج به زوجه داده است مستحب نیست. زیرا، الله متعال در این مورد می فرماید:

[فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ] [البقرة: ۲۲۹]

اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود الله را (در مورد همایگر) رعایت کنند

(و اگر بخاطر جداشدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی بر آنان نیست.

الله متعال در این آیه گناه را در گرفتن بدل توسط زوج از زوجه نفی نموده است اعم از اینکه بدل کم باشد و یا زیاد.

اما، اگر سوء رفتار و نشووز از جانب زوج باشد، به اتفاق آراء فقهاء گرفتن بدل خلع بیشتر از آنچه شوهر پرداخت است، کراحتیت دارد. زیرا الله متعال می فرماید:

[وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْبِدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا] [النساء: ۲۰]

هرگاه خواستید به جای زن تان زن دیگر اختیار نمایید و به آنان مهر زیاد داده باشید، او را تحت فشار قرار ندهید تا او را مجبور گردانید که چیزی را به شما بدهد و از شما طلاق بگیرد و به وی تهمت نزنید تا به این کار راضی شود، آیا چنین کاز زشتی را مرتکب می شوید؟ هرگز چنین کاری را نکنید!.

همچنین، سوء رفتار زوج با زوجه برای اینکه وی را حاضر به پذیرش خلع نماید حرام است.

بنابراین، شوهر به هیچ وجه نمی تواند با عدم ایفای واجب واجبه، زوجه اش را بی آزار و مایه ملال و خستگی او را فراهم نماید تا حاضر برخلع گردد. پس، هرگاه شوهر به اجرای امری مبادرت ورزد که موجب مخالفت زوجه باوی گردد، در صورت اجرا، چنین خلعی باطل و بی اثر تلقی گردیده و آنچه که در برابر این خلع پرداخت شده باید دو باره به زوجه برگردانیده شود حتی اگر قاضی نیز به آن حکم کرده باشد،

زیرا در چنین حالات زوجه از دو جهت متضرر می گردد: اول از جهت از دست دادن شوهر. دوم از جهت مالی . الله متعال در این مورد می فرماید:

(وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْذِيدُوا) [النساء: ٢٣١]

زنان خود را جهت زیان رسانیدن به آنها نگه ندارید.

همچنین الله متعال می فرماید:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِعِصْمِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَ وَعَاقِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا) [النساء: ١٩]

علل

نحوه از نظر فقه و قانون مدنی

۱۱۷

ای کسانی که ایمان آورده اید ! برای شما درست نیست که زنان را (همچون کالائی) به ارت برید (و ایشان را بدون مهریه و رضایت ، به ازدواج خود در آورید ، و) حال آن که آنان چنین کاری را نمی پسندند و وادر بدان می گردند . و آنان را تحت فشار قرار ندهید تا بدین وسیله (ایشان را وادر به چشم پوشی از قسمتی از مهریه کنید و) برخی از آنچه را که بدیشان داده اید فراچنگ آرید . مگر این که آنان (با نشوز و سوء خلق و فسق و فجور) دچار گناه آشکاری شوند (که در این صورت می توانید بر آنان سختگیری کنید ، یا به هنگام طلاق قسمتی از مهریه را بازپس گیرید) . و با زنان خود به طور شایسته (در گفتار و در کردار) معاشرت کنید ، و اگر هم از آنان (به جهاتی) کراحت داشتید (شتاب نکنید و زود تصمیم به جدائی نگیرید) زیرا که چه بسا از چیزی بدتان بیاید و خداوند در آن خیر و خوبی فراوانی قرار بدهد.

این دو آیه بیانگر تحریم خلع بدون ضرورت و حاجت می باشد، زیرا خلع در صورت عدم ضرورت باعث تضرر زوجه می گردد و ضرر رسانیدن به غیر حرام است، زیرا پیامبر صلی الله علیه وسلم می فرماید:

(لَا ضَرَرَ وَ لَا ضَرَار)

ضرر رسانیدن به دیگران و پذیرفتن ضرر در اسلام جایز نیست. [٥:٢٨ ص ٩٧]

شرایط تحقق خلع

اما، هرگاه کراهیت از جانب هر دو باشد و هر دو نگران باشند که در ادای امور زوجیت تقصیر و تفریط نمایند، خلع و اخذ بدل در مقابل آن، به اتفاق نظر همه فقهاء جواز دارد، زیرا الله متعال می فرماید:

﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا يُقْيِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ﴾ [آل‌بقرة: ۲۲۹]

اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود الله را (درمورد همدیگر) رعایت کنند) و اگر بخاطر جدا شدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی برآنان نیست.

خلع مانند طلاق مستلزم آن است که ازدواج به صورت صحیح انعقاد یافته باشد. هرگاه ازدواج به صورت صحیح منعقد نگردیده باشد، در این صورت برای اختتام ازدواج، فسخ عقد ازدواج مناسب است. قانون مدنی افغانستان در ماده (۱۵۶) خویش طبق مذهب حنفی به احکام خلع پرداخته و شرایط ذیل را به تحقق خلع ضرور می داند:

الف) خلع به لفظ صریح آن، یا به هر لفظ دیگری که معنای خلع را افاده نماید، صورت می گیرد.

ب) جدایی باید در مقابل تادیه بدل از جانب زن باشد، زیرا وی تقاضای انحلال عقد زوجیت را می کند، بنابراین زن مکلف است که برای شوهر خود مال بدهد که در عقد جدید از آن استفاده کند.

ج) در خلع رضایت زن و شوهر لازمی است زیرا خلع عقد است و برای طرفین و جایی بوجود می آورد به این معنا که در خلع حقوقی که برای شوهر است، ساقط می شود باید رضایت او موجود باشد و رضایت زن از جهتی ضروری پنداشته می شود که به اثر خلع زن باید بدل را به شوهر بدهد. لذا تحت احکام عقود عمومی آمده و رضایت شرط می باشد.

د) خلع زمانی صحیح پنداشته می شود که زوج اهلیت طلاق را داشته باشد و زوجه بتواند محل طلاق واقع شود.[۷:ماده ۱۵۷].

علاوه‌تا در این مورد شرایط صحت طلاق در باره اهلیت و شخصیت زن و شوهر که فوقاً در مورد شرایط در زوج و زوجه در هنگام طلاق تذکر یافت، قابل توجه می باشد. قابل ذکر است که خلع زن فاقد اهلیت به اساس حکم ماده (۱۵۹) قانون مدنی افغانستان جواز دارد، مگر زن بدون موافقه ولی مالی خود، به پرداخت بدل خلع مجبور گردانیده نمی شود. همچنان هرگاه زوجه واجد اهلیت نباشد یا اینکه نکاح فاسد باشد و زوجه با شوهر خویش خلع نماید و زوج نیز مال او را قبض نماید، باید بدل خلع را دو باره به زوجه اش مسترد نماید، مگر اینکه ولی زوجه اجازه دهد.[۷:ماده ۱۶۶].

بدل خلع

بدل خلع به اساس حکم ماده (۱۵۸) قانون مدنی، هر مالی قبول می گردد که به صفت مهر نیز پذیرفته شده بتواند. بنا بر آن بدل هم مهر و هم یک مال دیگر بوده می تواند، در صورتیکه این مال بحیث مهر مناسب باشد. هرگاه خلع در بدل مال معین به غیر از مهر صورت گیرد، مطابق حکم ماده (۱۶۲) قانون مدنی زن به پرداخت آن مکلف می باشد. مطلبات دیگر ناشی از حقوق زوجیت از قبیل مهر یا نفقة ایام گذشته که زوجین در حین خلع به ذمه یکدیگر داشته باشند، صورت گرفته نمی تواند مالیکه به صفت مهر قبول شده بتواند، بدل خلع نیز قبول می گردد. به همین ترتیب شیردادن طفل و یا حضانت آن به حیث بدل خلع واقع شده می تواند، مثلاً شخصی با زن خود در مقابل یک سال شیردادن طفلش بدون اجرت خلع می نماید. [۷:۱۶۹].

نکته مهم در بدل خلع اینست که مال باید متفقون باشد؛ زیرا اگر مال قابل تقویم نبوده مال حرام مانند شراب خنزیر یا اینکه صید هوایی باشد، خلع صحیح می گردد، اشیای ذیل می تواند بدل خلع قرار گیرد:

پول نقد، طلا نقره، عقار (مال غیر منقول از جمله زمین، خانه، دوکان و) و دیگر اشیاء و اموال منقول که متقوم (مال ارزشمند) باشد، و اندازه آن بیش از مهر یا کمتر از آن یا برابر مهر باشد.

هرگاه خلع در بدل مهر صورت گرفته باشد، خلع صحیح بوده و زوجه حق گرفتن مهر را ندارد. هم چنان هرگاه خلع در برابر اجرت شیردادن به طفل طی مدت رضاع یا حضانت و سرپرستی وی به شمول نفقة طفل در مدت معینه صورت گیرد و زوجه به آن رضایت داده باشد، خلع صحیح پنداشته می شود.[۷: ۱۶۹]

زوجه مکلف به انجام تعهدش درین مورد می باشد. هرگاه زوجه به علتی از قبیل ازدواج با شخص دیگر، فرار، فوت خود و یا فوت طفلش تعهدش را در مورد شیر دادن، حفاظت و نفقة طفل کاملاً ایفا ننماید، زوج می تواند اجرت باقی مانده را مطالبه نماید مگر اینکه به عدم مطالبه در صورت وفات یا زوجه هنگام خلع موافقه شده باشد. هرگاه در ایام حمل شیردادن طفل بدل خلع تیین گردد بعداً حمل نباشد یا اینکه سقط گردد و یا طفل قبل از تکمیل مدت رضاع فوت نماید زوج می تواند اجرت شیر دادن طفل را از خانم خلع نموده اش مطالبه نماید.[۷: ۱۷۰-۱۷۱]

عدم تعیین و نفی بدل خلع

در صورتیکه در هنگام خلع بدل تعیین نشده باشد، طبق حکم ماده ۱۶۴ قانون مدنی افغانستان جمیع حقوق زوجیت از ذمه زوجین ساقط می گردند. شوهر نمی تواند آنچه را که به زن تسليم شده از وی استرداد نماید همچنان زن نمی تواند آنچه را که برذمه شوهر باقی مانده است، مطالبه کند خواه این خلع قبل از دخول صورت گرفته باشد، خواه بعد از دخول همچنان ماده ۱۶۵ قانون مدنی حکم می کند که با نفی بدل در هنگام خلع، طلاق باین واقع می شود که این طلاق موجب اسقاط حقوق زوجیت از یکدیگر نمی گردد.

رجوع از خلع

خلع یک معامله حقوقی دو جانبی می باشد و خلع وقتی بوجود می آید که دو اراده موافق ابراز گردد. ماده (۱۶۱) قانون مدنی به هریک از زوجین حق می دهد که قبل از قبول طرف مقابل از ایجاب خود رجوع نماید. پس هرگاه طرفی که ایجاب خلع از جانب وی ابراز شده باشد می تواند قبل از قبول طرف مقابل از ایجاب خود رجوع نماید، در این صورت رابطه زجیت باقی می ماند.

آثار و نتایج خلع

وقتی خلع بین زن و شوهر به پایه اكمال رسید، آثار آتی بالای آن مرتب می گردد:

(الف) خلع موجب یک طلاق باین می شود، قانون مدنی افغانستان این موضوع را چنین ذکر نموده: خلع در حکم طلاق باین بوده، موقوف به حکم محکمه نمی باشد. متن قانون صراحة دارد که خلع طلاق باین می باشد و علاوه از آن زن از این جهت حاضر به دادن مال به شوهر می شود که از زندگی مشترک با وی نجات یابد.

(ب) لزوم پرداخت بدل خلع به ذمة زن بوده از اینکه این بدل تمام مهر باشد و یا یک بخش آن و یا مال دیگری باشد؛ زیرا شوهر طلاق را مربوط به قبول عوض که زن رضایت داده، کرده است. طوریکه قانون مدنی افغانستان آنرا چنین بیان داشته است: هرگاه خلع در بدل مال معین بغیر از مهر صورت گیرد، زوجه به پرداخت آن مکلف می گردد.

(ج) حقوق ثابت مالی مربوط به امور زوجیت در زمان وقوع خلع ساقط می گردد. مثلاً شخصی با خانم خود در مقابل یک صد هزار افغاني خلع نمود، زن مکلف به پرداخت این مبلغ می شود، و هرچند که کل مهر خود را هم قبض نکرده باشد و یا نفقة ایام گذشته به ذمه شوهر باقی مانده باشد آنها ساقط می شوند. چنانچه قانون مدنی آنرا بیان نموده است: مطالبه دیگری ناشی از حقوق زجیت از قبیل مهر یا نفقة ایام گذشته، که در حین خلع به ذمه یکدیگر داشته باشند، صورت گرفته نمی تواند[۷:۱۶۲].

خلع فسخ است یا طلاق؟

درباره اینکه خلع طلاق است یا فسخ میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد؛ فقهای احناف، مالکی و شوافع در راجح و امام احمد رحمه الله در روایتی بر این نظر اند که: خلع طلاق باین است هرچند بدون نیت باشد. زیرا الله متعال می فرماید:

(فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ) [آل‌بقرة: ۲۲۹]

اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود الله را (درمورد همیگر) رعایت کنند (و اگر بخاطر جدا شدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی برآنان نیست. دادن فدیه زمانی تحقق می پذیرد که زوجه مالک نفس خود شود. پس، اگر خلع طلاق باین نباشد، مرد مالک رجعت می گردد و زوجه دو باره تحت حکم و قبضه مرد

بر علاوه قانون مدنی در ماده (۱۷۵) حاوی احکامی است که این احکام خلع زنی که در حال مرض موت قرار دارد، مربوط می شود. هرگاه زن در حال مرض موت با زوج خلع نماید، طبق حکم بند اول ماده فوق خلع صحیح بوده و به اثر آن طلاق باین واقع می شود.

هرگاه زن در اثنای عدت وفات نماید، درین صورت موضوع تغیر یافته و شوهر از جمله حق ارت، بدل خلع یا ثلث ترکه آنچه کمترین باشد، مستحق می گردد؛ اما در صورتیکه زن بعد از سپری نمودن عدت وفات نماید، شوهر از جمله ثلث ترکه و یا بدل خلع، هرکدام کمتر باشد مستحق می شو؛ اما هرگاه زن صحت یابد، شوهر تمام بدل تعیین شده خلع را در یافت می نماید نه چیزی دیگر. [۱۷۵:۷].

هرگاه بین زن و شوهر در مورد خلع و یا بدل آن اختلاف به میان آید مثلاً زن ادعا نماید که توافق ایشان به جدایی از طریق خلع بود و یا بگوید که بدل خلع را به شوهرش رسانیده در مقابل شوهر از این ادعا انکار ورزد و خانم به این گفته هایش شاهد و اسناد هم نداشته باشد در این حالت اگر شوهر حاضر به قسم شود سوگند او از طرف مجکمه پذیرفته می شود.

می یابد. همچنین، هدف از خلع دفع ضرر از زوجه است. پس، اگر رجعت صورت پذیرد، ضرر نیز دو باره اعاده می گردد. همچنین از حضرت عمر رضی الله تعالیٰ عنہ حضرت علی رضی الله تعالیٰ عنہ و ابن مسعود رضی الله تعالیٰ عنہ روایت شده است که رسول الله صلی الله علیہ وسلم فرموده است:

(الخلع تطليقة بائنة) [آخر جه دارقطني في سننه]

خلع طلاق باین است.

بر عکس، عده ای دیگری از فقهاء از جمله: امام احمد در روایت راجح، ابن عباس، عثمان بن عفان، طاوس، عکرمه اسحق و ابی ثور رضی الله تعالی عنهم براین نظر اند که: خلع فسخ است. زیرا الله متعال فرموده است:

(اللّٰقُ مَرْتَانٌ فِي مَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْحٍ بِإِحْسَانٍ) [البقرة: ٢٢٩]

طلاق دو بار است (آن طلاقی که حق مراجعت در آن محفوظ است . بعد از دو مرتبه طلاق، یکی از دو کار را باید کرد:) نگاهداری (زن) به گونه شایسته (و عادلانه) یا رها کردن (او) با نیکی (و بایستگی و به دور از ظلم و جور . بعد از طلاق سوم ، حق مراجعت سلب می شود مگر بعد از ازدواج راستین با شوهر دیگری و وقوع طلاق میان او و شوهر اخیر) .

سیس از فدیه دادن سخن گفته و می فرماید:

(إِنَّ خَفْتُمْ أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ) [البقرة: ٢٢٩]

پس اگر (ای گروه مؤمنان) بیم داشتید که حدود الهی را رعایت نکنند، گناهی بر ایشان نیست که زن فدیه و عوضی پیردازد (و در پرابر آن طلاقی بگیرد)

و بعد می فرماید:

(إِنَّ طَلَقَهَا فَلَا تَحْلِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ رَوْجَحاً غَيْرَهُ) [البقرة: ٢٣٠]

خلع موقوف بر حکم قاضی نیست

براساس فقه تحقق خلع متوقف بر حکم قاضی نیست. بنابراین، زوج و زوجه می‌توانند بدون مراجعه به محکمه خلع را اجراء نمایند. زیرا، خلع عقدی است که راضیت طرفین در آن معتبر است و به منزله طلاق در برابر عوض است و شوهر صلاحیت ایقاع طلاق و زوجه صلاحیت ملتزم شدن پرداخت عوض را دارد. پس، حضور اشتراط قاضی بی معنی است. [۸: ج ۳ ص ۲۲۹، ۱۱: ج ۱۹ ص ۲۴۴]

قانون مدنی نیز صحت خلع را منوط بر اصدر حکم قاضی نمی‌داند. پس، طبق قانون مدنی نیز خلع بدون حکم قاضی صحیح است. ماده ۱۶۰ قانون مدنی با اقتباس از فقه در این باره تصریح می‌نماید که: "خلع در حکم طلاق باین بوده، موقوف به حکم محکمه نمی‌باشد."

عدت مختلطه

قانون مدنی در باره عدت مختلطه سکوت اختیار نموده است. در فقه نیز در این باره در نظریه متفاوت وجود دارد: جمهور فقهاء (حنفی، مالکی و شافعی) برای نظر اند که: عدت مختلطه، عدت مطلقه است و این قول سعید بن مسیب، سالم به عبد الله،

سلیمان بن یسار، عمر بن عبد العزیز، حسن، شعبی، نخعی، زهری رضی الله تعالى عنه و غیره است. دلیل فقهای مزبور این آیه قرآن کریم است که الله متعال جل جلاله می فرماید: **(وَالْمُطَّلَّقَاتُ يَتَرَكَّبُنَّ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةٌ فُرُوعٌ)** [البقرة: ۲۲۸]. زنان مطلقه باید سه طهر یا سه حیض انتظار بکشند.

خلع جدایی بین زوجین در حالت حیات بعد از دخول است. پس، عدت مختلعه
مانند: عدت مطلقه سه حیض است. اما، امام احمد رحمة الله عليه در قولی بر این است
که عدت مختلعه یک حیض است و این از حضرت عثمان بن عفان، ابن عمر، ابن
عباس، اسحاق و ابن منذر رضی الله تعالى عنہ روایت شده است. دلیل فقهای مذبور
حدیثی است که نسائی و ابن ماجه از ابن عباس رضی الله تعالى عنہ روایت کرده است

(أن أم أم ثابت بن قيس اختتمت منه فحمة على تها حرفة) (١٣/٢٧٤)

همسر ثابت بن قيس با او خلع نمود و پیامبر عدت وی را یک حیض معین نمود.
همچنین حضرت عثمان بن عفان رضی الله تعالی عنہ این چنین قضاؤت نموده است.

وجوه افتراق و اشتراك فسخ، طلاق و خلع

فسخ، طلاق و خلع موجب انحلال عقد ازدواج می گردد. به عبارت دیگر: فسخ، طلاق و خلع سه اسباب انحلال عقد ازدواج هستند. اما، میان فسخ طلاق و خلع فرق های ذیا وجود دارد:

- (۱) عقد ازدواج در اثر اسباب معین فسخ می‌گردد. اما، طلاق براساس اراده زوج خلع بر اساس اراده زوجین صورت می‌پذیرد.

(۲) خلع همیشه در برابر مال صورت می‌پذیرد که زوجه آن را به زوج می‌پردازد. اما، در طلاق پرداخت مالی مطرح نیست. به عبارت دیگر: زوج مکلف نیست در بر این طلاق به زوجه مالی، پیر دارد.

نتیجه گیری

و از مهمترین اسباب تحقیق این سعادت برای فرد و جامعه، تشکیل خانواده و برپایی آن براساس حق می‌باشد. چراکه خدای متعال با حکمت خود خانواده را جایگاه ارزشمندی قرار داده که در اختیار زن و مرد است تا در آن استقرار یابند و به آرامش برسند. خداوند - جل جلاله - به عنوان متى بر بندگانش می‌فرماید:

(وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَوْ اجْأَأَ لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً
وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) [الروم: ۲۱]

و یکی از نشانه‌های خدا این است که از جنس خودتان همسرانی را برای شما آفرید تا در کنار آنان آرامش یابید، و در میان شما مودت و رحمت قرار داد، در این نشانه‌هایی است برای گروهی که می‌اندیشند.

آری، همسر برای آرامش یافتن خلق شده، و آیه نفرموده «لیسکن معها» بلکه فرموده «لیسکن إلیها» تا معنی آرامش و آسایش را بیشتر و بهتر القاء کند، و راحتی و آرامش را در بالاترین معنی ممکن بیان کرده باشد. بنابراین هر یک از زوجین به هنگام اضطراب از وجود زوچش آرامش می‌یابد و به هنگام سختی شاد می‌گردد.

اساس رابطه خانوادگی: همنشینی و مصاحبত است که بر دوستی، انس و الفت استوار می‌باشد. رابطه‌ای که ریشه‌های طولانی و استوار دارد. و شبیه‌ترین چیز ممکن به رابطه انسان با خودش، همسر وی می‌باشد. و خداوند این مفهوم را چنین بیان می‌فرماید:

(هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ) [البقرة: ۱۸۷]

زنان لباس شما هستند، و شما لباس آنها.

علاوه بر اینکه خانواده و این رابطه خانوادگی زمینه مناسبی برای تربیت فرزندان و
ضامن پرورش یک سلاله است ... سلاله‌ای که جز در سایه مادری دلسوز و پدری
زحمتکش معنی پیدا نمی‌کند. چه جامعه‌ای پاکتر از این فضای خانوادگی ارزشمند؟
اما بعضی اوقات می‌شود که خانم پاکدامن و مؤمنه اما شوهر یک مرد بی‌دین و
فاسق، خانم می‌اندیشد که دیگر زندگی کردن با این شوهر محال است و حال آنکه
اختیار طلاق هم در دست شوهر می‌باشد، و شوهر هم نمی‌خواهد خانمش را طلاق
دهد و خانم نمی‌تواند زندگی را همراه این شوهر به بیش ببرد، لذا دین مقدس اسلام
این موضوع را نادیده نگرفته و راه حل را برایش پیشنهاد کرده است که آن هم خلع
است پس زن می‌تواند در مقابل مال از شوهرش در صورتیکه عذر شرعی باشد در
خواست خلع نماید و الا اگر عذر شرعی نمی‌داشته باشد و خانم تقاضای خلع را می‌
کند مصدق همان حدیث شریفی می‌شود که رسول الله صلی الله علیه وسلم می‌
فرماید:

(أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما يأس فحرام عليها رائحة الجنة)

[مسند احمد ج ۳۷ ص ۶۲]

هر زنی که بدون عذر از شوهرش طلاق بخواهد بوى جنت بالاي و حرام است.

لذا کوشش، جدی، صورت گیرد تا خدای نخواسته شاما، عذاب الهی، نشویم.

مَنَابِعُ وَمَآخذُ

- ١- قرآن كريم ، البخارى، محمد بن اسماعيل ابوعبدالله . صحيح البخارى. اليمامة- بيروت دار ابن كثیر.
- ٢- جبارى، داکتر مصطفى و حميد مسجد سرایی،(١٣٨٠هـ-ش) الفقه على المذاهب الخمسة، ایران، انتشارات احسان.
- ٣-الجزايرى، عبدالرحمن.(ب ت) الفقه على المذاهب الاربعه. بيروت - لبنان: دارالكتاب العربي.
- ٤- دكتور سيد سابق.(ب ت) فقه السنة. بيروت -لبنان: دار الكتاب العربي.
- ٥- دكتور وهبة الرحيلي.(ب ت) الفقه الاسلامي و أدلته. سوريا- دمشق دارالفكر.
- ٦- عبد الحميد، محمد محى الدين(ب ت) الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية.
- ٧- قانون مدنی افغانستان
- ٨- الكاسانی الامام علاء الدين.(١٩٨٢م) بدائع الصنائع فى ترتیب الشرائع. بيروت.
- ٩- محمد جواد مغنية،() احوال شخصية
- ١٠- محمود طهماز، عبدالحميد(ب ت)الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد. بيروت دارالقرآن.
- ١١- وزارة الأوقاف و الشئون الاسلامية،(١٩٨٠م) الموسوعة الفقهية. اليمامة- بيروت، دار ابن كثیر.

نگاه حقوقی به نظام مالی افغانستان

ممتدان احمدی^۱

چکیده

منظور از نظام مالی دولت ها مجموع تشکیلات، ادارات و منابع است که در جمع آوری عواید دولت ها و توزیع مجدد آن نقش اساسی دارند. بنا براین سیستم مالی دولت افغانستان بخش های عواید و منابع آنرا از یک طرف و مصارف دولت را از جانب دیگر در بر می گیرد که در این مقاله مسئله اساسی این است که ادارات مسؤول از کدام منابع، عواید را جمع آوری نموده و به چه شکل و با استفاده از کدام سیستم آن را به مصرف می رسانند. سؤال اساسی این مقاله عبارت از این است که: ابعاد حقوقی ساختار و منابع نظام مالی افغانستان چگونه است؟

^۱- عضو مسلکی دپارتمنت قوانین اقتصادی و مالی، انسیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی.

مقدمه

نظام های مالی دولت ها عموماً شامل روش های جمع آوری عواید و توزیع مجدد آن می گردد. دولت جمهوری اسلامی افغانستان با تدوین قوانین مالی از عصر امان الله خان تا اکنون فراز نشیب های فراوانی را متقبل شده است. بنا بر این، عواید دولت افغانستان ناشی از مالیات، محصول گمرکی، قروض، فروش دارایی ها، استفاده از منابع طبیعی مثل معادن و سایر منابع، ملکیت های دولتی و غیره می گردد.

از نظر تاریخی در افغانستان با ایجاد دولت مالیات به حیث منبع تمویل کننده آن به رسمیت شناخته شده بود، مالیات طی دوره های مختلف تحولات زیادی را دیده

این مقاله به این هدف تهیه گردیده است که در قدم نخست منابع عایداتی افغانستان را با رویکرد حقوقی تبیین و مشخص کند. در مرحله دوم معرفی اینکه عواید مذکور با استفاده از کدام روش و چگونه به صورت قانونمند به مصرف می رسد. البته برخی مشکلات در سیستم مدیریت مالی افغانستان از جمله عدم جمع آوری درست عواید، فرار مالیاتی، هزینه در بخش های غیر ضروری و غیره وجود دارد که ضرورت تحقیق و مطالعه را پیرامون آن ایجاد نموده که ضمن تبیین چنین مشکلات راه حل هایی برای آن نیز پیشنهاد شده است.

مطالعات و بررسی ها در اسناد تقنینی نشان می دهد که دولت افغانستان بعد از سالهای ۲۰۰۱ تا اکنون عواید خود را از منابع مالیاتی، محصول گمرکی، قرضه ها، تصدی ها، فروش ملکیت های متفقون و غیر متفقون تأمین نموده و با استفاده از سیستم مدیریت اطلاعات مالی مطابق به قوانین و مقررات آنرا به مصرف می رسانند. هرچند عواید و مصارف دولت افغانستان در مطابقت به قوانین و مقررات با استفاده از سیستم مدیریت اطلاعات مالی صورت می گیرد اما مشکلاتی در عرصه تطبیق سیستم مذکور وجود دارد که عمدۀ ترین مشکل آن نبود امکانات تکنالوژیکی در محلات می باشد.

کلید واژه ها: نظام مالی، افغانستان، مالیات، قرضه ها، بودجه

است که نمیتوانیم همه آن را در اینجا مفصل‌اً بیان نماییم. بنابراین مطالعه خود را در دو بخش از ۱۱۶۰ تا ۱۲۹۸ و از ۱۲۹۸ تا امروز تنظیم مینماییم.

مالیات که از جمله منابع عمدۀ عایداتی دولت به شمار می‌رود، در افغانستان برای اولین بار در دوره سلطنت احمدشاه درانی موّرد توجه قرار گرفت. در جمع تشکیلات دولتی شعبه‌ای بنام دیوان همایونی اعلیٰ در سال ۱۱۶۳ ه ش تأسیس گردید و (عبدالله خان فوفلزایی) به حیث اولین متصدی آن گماشته شد، لقب دیوانبیگی به مرور زمان به مستوفی‌المالک تغییر کرد و از صلاحیت‌های وزیر مالیه برخوردار بود. تدویر امور مالی در مرکز به وسیله مستوفی‌المالک صورت می‌گرفت در ولایات مجریان مالیاتی را بنام‌های سر رشته دار، بولکدار، عامل ضبط، تحصیل داران و دفتری‌ها می‌نامیدند. در دوره سذوزی‌ها میزان عواید حاصله به تناسب سال‌های قبلی پایین آمده بود. زیرا حکومت‌های قبیلوی اکثریت عواید را مصارف خود شان مینمودند. در این دوره عواید دولت به اشكال مختلف وصول می‌گشت.^۱

بعضی از مالیات‌ها شکل اختیاری را داشت، اما بعد‌ها جنبه اجباری پیدا کرد. درین دوره نظر به موجودیت سیستم فیوдалی، رابطه چندانی بین مرکز و ولایات موجود نبود. از این رو بیشتر اراضی بدون قید جریبی، به حساب آبخوره (جوییار، نهر‌ها و کاریز‌ها) در بین دهاقین و قسمًا اربابان و مالکان تقسیم و بر اساس قرارداد جداگانه از آن‌ها مالیات بشکل جنس گرفته می‌شد. بزرگترین تحولی که در شروع قرن ییستم به ارتباط نظام مالی در افغانستان رخ داد همین دوره شاه امان‌الله خان بود. درین دوره بر علاوه وضع قانون اساسی در حدود شصت و یک نظام نامه در ساحات مختلف به تصویب رسید که بیشتر آن به مسایل مالی و بودیجوی اختصاص یافته بود.^۲

^۱- عبدالطیف، رحمانی (۱۳۹۳)، حقوق مالی و بودجه، کابل: انتشارات، سعید، ۲، ج ۲، ص ۲۲.

^۲- جعفر، کوهستانی (۱۳۹۳)، حقوق مالی، کابل: انتشارات، قرطبه، ص ۱۶۵.

در سال ۱۲۹۸ سیستم امور حسابی ادارات از سیاق حساب جمع و خرج عواید و مصارف بولکداران به سیستم جدول تعویض و تسعیر گردید. تبدیل شکل مالیات از جنس به نقد از اقدامات مؤثر دیگر بود که در این زمان صورت پذیرفت.^۱ بین سال های ۱۳۰۰ و ۱۳۰۷ از طرف دولت امان الله خان ۹ قانون و تعداد از اصلاحات بنام نظام نامه مفصل در کابل به نشر رسید.^۲

سیستم محاسبه اصول دفتری تا سال ۱۳۰۳ جریان داشت در سال ۱۳۰۴ سیستم شهریه طرح گردید که این سیستم الی ۱۳۱۴ مروج بود. در سال ۱۳۱۴ در جمله سایر انکشافات دولت وقت خواست تا سیستم مالی و حسابی عصری تری را رویکار نماید، لهذا یک نفر متخصص امور مالی و حسابی ایتالیایی را بنام مسیوزینونچولی استخدام نمود و موصوف سیستم جدیدی را بوجود آورد که بنام وی مروج شد. این سیستم تا سال ۱۳۳۱ در دفاتر رسمی مروج بود.^۳ (۲۲-۲۳: ۸) از سال ۱۳۳۳ الی ۱۳۳۸ سیستم ژیستون رایج و بعد از آن سیستم امریکایی مضاعف ایجاد گردید که تا سال ها ۱۳۸۴ مروج بوده است.^۴

مصارف دولت افغانستان مطابق اسناد تقنینی مربوط، همه ساله در اول جدی تهیه، ترتیب و تصویب گردیده و الی اخیر ماه قوس سال بعد مرعی الاجرا می باشد. افغانستان از جمله کشور هایی است که جهت تأمین مصارف و عرضه خدمات بهتر برای اتباع در جمع آوری مالیات از دو سیستم؛ مالیات مستقیم و غیر مستقیم استفاده اعظمی می نماید. البته جهت جمع آوری مالیات از روش های مختلف؛ سیستم شهریه، حسابداری دولتی، مضاعف و غیره استفاده می شود. چالش اساسی در سیستم جمع

^۱- همان، ص ۱۶۶.

^۲- سید، مسعود (۱۳۸۹)، محاسبه مالیاتی در افغانستان، کابل: انتشارات، یوسفزاد، صص ۳۴-۳۵.

^۳- محمد موسی، معروفی (۱۳۸۴)، سیرانکشاف حقوق مالی و مالیه عامه در افغانستان، کابل، مرکز نشراتی شوختک، ص ۲۲۰.

آوری مالیات نبود یک سیستم جامع می باشد که پیشنهاد می گردد از سیستم سگتاس استفاده صورت گیرد که بهترین روش برای جمع آوری مالیات شناخته می شود. مطابق قانون اداره امور مالی و مصارف عامه و مقرره مربوط آن دولت افغانستان در چارچوب قانون، مصارف تمام ادارات عامه را تهیه و بودجه آنرا تخصیص می دهد. البته سیستم مالی که امروز در ادارات عامه افغانستان مورد استفاده قرار می گیرد، روش مدیریت مالی اطلاعات افغانستان نامیده می شود که یک نوع روش کمپیوتری بوده که بر مبنای آن تمام اطلاعات مالی در وزارت مالیه ثبت می گردد.

۱- تعريف نظام مالی

سیستم یا نظام مالی عبارت از مجموع بخش های مکلف به جمع آوری وسائل پولی و مالی جهت رفع نیازمندی های دولت و جامعه می باشد که از لحاظ تاریخی تحت شرایط مناسبات کالائی و پولی و مالی تحت تأثیر انکشاف وظایف و نیازمندی های دولت ها ایجاد و انکشاف نموده است. سیستم مالی عبارت از مجموعه ساحت مختلفه یا حلقات مناسبات مالی است که هر کدام آنها دارای خصوصیات خاص در ایجاد و استفاده از ذخایر پولی بوده، رول متفاوت را در پروسه تولید مجدد باز می نماید. سیستم مالی دولت عبارت از یک بخش سیستم مالی جامعه است که مسؤولیت توزیع مجدد عاید را به عهده دارد.^۱

۱۳۳

لذا سیستم مالی دولت: عبارت از مجموعه بخش هایی است که مکلف به جمع آوری و استفاده از وسائل پولی در جهت رفع نیازمندی های دولت و جامعه می باشد. البته تعیین حدود مشخص برای نیازمندی های دولت مربوط به سطح انکشاف اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و اجتماعی یک جامعه است. سیستم مالی در برخی از

^۱- لطف علی، بخشی (۱۳۹۱)، مالیه عمومی. اقتصاد فردا، تهران، سمت، ص ۳۱.

کشور های پیشرفته عمدتاً متشکل از بخش های بودجه دولتی، امور مالی محلی، ذخایر خاص دولتی و امور مالی تصدی های دولتی می گردد.^۱

۲- تعریف نظام اقتصادی

نظام اقتصادی عبارت است از مجموعه مرتبط و منظم عناصری که به منظور ارزشیابی و انتخاب در زمینه تولید، توزیع و مصرف برای کسب بیشترین موفقیت فعالیت می کند. پروفیسور لازوژی نظام اقتصادی را طور ذیل تعریف می کند: مجموعه هماهنگ از نهاد های حقوقی و اجتماعی که در بطن آن برخی وسایل سازمان یافته به پیروی از برخی از انگیزه های برتر به منظور برقراری تعادل اقتصادی مورد استفاده قرار گرفته است.^۲

نظام اقتصادی افغانستان، نظام اقتصادی بازار بوده که بر مبنای آن تمام فعالیت های اقتصادی تنظیم می گردد، چنانچه این موضوع در ماده دهم قانون اساسی افغانستان تسجیل یافته است: دولت، سرمایه گذاریها و تشبیثات خصوصی را مبتنی بر نظام اقتصاد بازار، مطابق به احکام قانون، تشویق، حمایت و مصونیت آنها را تضمین می نماید.^۳

۳- عواید دولت

چنانچه از تعریف سیستم مالی استنباط گردید، سیستم مالی دو بخش عمدۀ را در بر می گیرد؛ یکی بخش عواید دولتی که بر اساس آن عایدات دولت جمهوری اسلامی افغانستان از منابع مختلف جمع آوری می گردد. دوم بخش مصارف که به توزیع مجدد عواید پرداخته می شود که این موضوع را تحت عنوان بودجه بررسی می

^۱- جمشید، پژویان(۱۳۸۳)، اقتصاد بخش های عمومی، چ، ۳، تهران: نشر جنگل، ص ۲۲.

^۲- حسین، نمازی(۱۳۸۹)، نظام های اقتصادی، تهران: انتشارات، شرکت سهامی انتشار، چ، ۱۰، ص ۳۹.

^۳- وزارت عدله، جریده رسمی(۱۳۸۲)، قانون اساسی افغانستان، شماره مسلسل (818)، ماده دهم.

نماییم. عواید در جزء ۴ ماده سوم مقرر تنظیم امور مالی و مصارف عامه طور ذیل تعریف شده است: «تمام وجوهی است که از طرف دولت دریافت گردیده و در آن حق انتفاع داشته باشد. دریافت های که سبب افزایش قروض، بازپرداخت قروش اعطاء شده یا کاهش در مصارف گردد، از این امر مستثنی است»^۱.

در این قسمت مهتمترین عواید دولت را به عنوان بخشی از سیستم مالی مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱-۳- مالیہ

مالیات به عنوان مهمترین منبع در آمد دولت مبلغی است که به موجب قانون
جهت تأمین مخارج عمومی به طور بلاعوض به وسیله اشخاص حقیقی و حکمی
پرداخت می شود.^۲

قانون مالیات بر عایدات افغانستان مالیه را طور ذیل تعریف نموده است: «مالیه تأديه الزامی است که به منظور تقویه بنیه مالیه دولت و رفاه عامه بدون انجام خدمت متقابل یا ارائه جنس از اشخاص حقیقی و حکمی طبق احکام این قانون اخذ می گردد».^۳

با توجه به تعریف مالیه در قانون مالیات بر عایدات افغانستان، مالیه یک تأدیه و پرداخت الزامی است. چنانچه از ماده ۴۲ قانون اساسی افغانستان نیز استنباط می‌شود مالیه مکلفیت شهروند در مقابل دولت است، بدین صورت در پرداخت مالیه شهروندان افغانستان مخیر نبوده بلکه مکلف و مجبور به پرداخت آن می‌باشد.

^١- وزارت عدليه، جريدة رسمي (١٣٨٥)، مقرره تنظيم امور مالي و مصارف عامه، شماره مسلسل (٨٩٣)، فقرة ٤ مادة سوم.

^۲- محمد، امامی (۱۳۸۴)، کلیات حقوق مالی، تهران: نشر، میزان، ص ۲۱.

^۳- وزارت عدله، جریده رسمی (۱۳۸۷)، قانون مالیات بر عایدات افغانستان، شماره مسلسل (۱۱۷)، ماده سوم.

در تعریف مذکور هدف مالیه نیز تصریح شده است که مالیه به منظور تحقق دو هدف ذیل اخذ می گردد: اولاً؛ به منظور تقویه اساس مالی و اقتصادی دولت اخذ می گردد که دولت ها از این ماجرا بتوانند عایدات خود را تأمین نمایند. ثانیاً؛ مالیه به منظور رفاه عامه اخذ می گردد یعنی مالیه از موضوعات مربوط به عمومی بوده نه خصوصی و برای عامه مردم اخذ می گردد نه برای گروهی از مردم یا برای یک سازمان مانند دولت، بلکه فلسفه اساسی مالیه همانا رفاه عمومی است.

نکته سوم در تعریف مذکور این است که در اخذ مالیه خدمات متقابل از جانب دولت معیار و ملاک نیست. معنای این جمله این است که دولت ها بخصوص دولت افغانستان مالیه را از شهروندان خود بدون در نظرداشت ارائه خدمات اخذ می نماید. قانونگذار افغانستان منطق جمع آوری مالیه را ارائه خدمات برای اتباع ندانسته است زیرا مالیه یکسان از شهروندان اخذ می گردد در حالیکه ارائه خدمات بشکل متفاوت صورت می گیرد. افزون بر آن مالیه با جنس، شی، مال و امثال آن، تبادله نمی گردد. مالیه از اشخاص حقیقی و حکمی اخذ می گردد. موارد مربوط به مالیه اشخاص حقیقی و حکمی در ماده چهارم قانون مالیات بر عایدات تصریح شده است. منظور از اشخاص حکمی در واقع همانا شرکت های تجاری، بیمه، بانک ها و مؤسسات است. نکته آخر که از تحلیل ماده مذکور استنباط می شود این است که مالیه بر مبنای حکم قانون اخذ می گردد. بر مبنای حکم ماده چهل و دوم قانون اساسی افغانستان هیچ نوع مالیه اخذ نمی گردد و هیچ نوع مالیه وضع نمی گردد مگر بر مبنای حکم قانون. این حکم بخاطری تصریح شده که تمامی موارد و موضوعات مربوط به مالیه را صرف نمایندگان واقعی مردم در قانون پیش بینی می نمایند.

سیستم مالیاتی شامل مجموع انواع مالیات مروجه کشور در یک مقطع زمانی می باشد. در کشور های مختلف سیستم های مالیاتی ممکن است مطابق به شرایط و وضعیت اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و چگونگی نظام حاکم اقتصادی به اشکال مختلف وجود داشته باشد. با توجه به بحث متذکره، سیستم های مالیاتی در افغانستان به دو

شكل مستقیم و غیر مستقیم می باشد. مالیه مستقیم به مالیه ای گفته می شود که به صورت مداوم و بر طبق لیست دریافت می شود، از قبیل مالیات بر عایدات، مالیات بر اراضی، مالیات بر دارایی وغیره. مالیات غیر مستقیم عبارت از مالیاتی است که بر طبق تعریف حصول می شود، مانند محصول گمرکی، مالیات بر تولیدات، مالیات بر فروش و غیره.^۱

۲-۳- قرضه ها

یکی از مشکلات ممالک روبه انکشاف عبارت از قلت سرمایه یا سرمایه ناکافی جهت تمویل پروژه های دولت می باشد. بنابر آن کشور های رو به انکشاف مجبور اند یک قسمت وسایل مالی برای تمویل پروژه ها را از کشور ها یا موسسات دریافت نمایند. باید تذکر داد که دریافت قرضه های خارجی تنها مختص به کشور های رو به انکشاف نبوده بلکه کشور های پیشرفته نیز در صورت ضرورت به دریافت قرضه ها اقدام می نمایند.^۲

افغانستان نیز به حیث یک کشور روبه انکشاف خاصتاً از سال ۱۳۳۵ ه ش یعنی با شروع اولین پلان اقتصادی از کمک های خارجی به پیمانه زیاد استفاده نموده است. جامعه جهانی با توجه به اهمیت تامین امنیت در منطقه و استقرار صلح و دیموکراسی و دفع خطرات جهانی تروریزم و نارکوتیزم دست همکاری به حکومت ما دراز نموده با ایجاد حکومت انتقالی در سال ۱۳۸۱ ه ش و بعد از آن سهم موثر قابل قدر را در جهت حل مشکلات مردم افغانستان به عهده گرفت. چنانچه در بودیجه اصلی سال ۱۳۸۳ ه ش در حدود ۵۰٪ از منابع خارجی تمویل شده بود. در حالیکه در بودیجه اصلی سال

^۱- عبدالکبیر، کریمی(۱۳۹۳)، مشکلات جمع آوری مالیات و راه حل های آن در افغانستان، کابل: انتشارات، یوسفزاد، ص ۱۵-۱۶.

^۲- عبدالقیوم، عارف (۱۳۹۴)، اقتصاد عامه، کابل: انتشارات، یوسفزاد، چ ۳، ص ۲۲۵.

۱۳۸۵ ه ش سهم کمک های خارجی ۷۷٪ بوده و در بودیجه اصلی سال ۱۳۸۶ سهم کمک های خارجی در حدود ۷۲٪ پیشینی گردیده بود و در بودیجه اصلی سال ۱۳۸۷ سهم کمک های خارجی ۶۶٪ در نظر گرفته شده است.

به صورت کل در طی کنفرانس های متعدد بین المللی همکاری های ذیل به افغانستان تعهد شده بود.

- در کنفرانس توکیو در سال ۲۰۰۲ مبلغ ۴.۵ مiliارد دالر.
 - در کنفرانس برلین ۸.۳ مiliارد دالر در سال ۲۰۰۴
 - در کنفرانس لندن ۱۰.۵ مiliارد دالر. و در کنفرانس پاریس در جون ۲۰۰۸ مبلغ ۲۱.۴ مiliارد دالر وعده کمک داده شده است.

- در سال ۲۰۰۶ مبلغ ۱۳ مiliارد دالر به افغانستان آمده ۲۲٪ این کمک ها از طریق دولت و ۷۸٪ آن از طریق مؤسسات غیر دولتی اجرا گردید.

- از سال ۲۰۰۲ تا سال ۲۰۰۹ جمعاً به افغانستان کمک های وعده داده شده ۶۵.۰۳۵ مiliارد دالر که از آن جمله ۳۵.۴۵۰ مiliارد دالر تادیه گردیده است.
 از جمله کمک های فوق الذکر قسمت زیاد آن کمک های بلا عوض اند. و یک قسمت کم آن هم شکل قرض را داشته که این قرضه ها و شرایط آن در جدول ذیل ترسیم شده است.^۱

شماره	مرجع قرض دهنده	مقدار قرضه	تکثنه قرضه
۱	بانک جهانی	۶۱ مiliيون دالر	٪۰.۷۵
۲	بانک انکشاپ آسیایی	۷۸۷ مiliيون دالر	٪۱

^۱ - عبدالله، حقایقی، عبدالقیوم عارف و احسان الله نظری (۱۳۹۰)، مبادی علم مالی، کابل: انتشارات یوسفزاد، چ^۳، ص ۱۳۶.

۳	بانک انکشاف اسلامی	۲۹ میلیون دالر	%۰
۴	صندوق انکشاف سعودی	۵۱ میلیون دالر	%۰
۵	مجموع	۱،۴۸۰ میلیارد دالر	

۳-۳- عواید از تشبثات دولتی

عواید تشبثات دولتی متشكل از عوایدی است که از مدرک تصدی ها و اشتراکات دولت در تصدی های مختلط به دست می آید. دولت علاوه بر اینکه از مدرک تصدی های دولتی و اشتراکات دولتی یک قسمت احتیاجات مالی خود را تأمین می نماید، در بلند ترین حجم تولید داخلی فراهم ساختن محل کار برای نیروی بشری، محدود ساختن واردات امتعه مشابه خارجی ، استقرار و ثبات قیمت ها از طریق رقابت با تشبثات خصوصی نقش عمده را دارد.^۱

در نظام حقوقی و اقتصادی افغانستان، جایگاه تصدی ها از بین رفته و شرکت های دولتی جاگزین آن شده است. روند تغییر شخصیت تصدی ها به شرکت های دولتی در قانون شرکت های دولتی، طور ذیل پیش بینی شده است: تصدی های دولتی موجود الی ۳۰ قوس ۱۳۹۸ مطابق احکام این قانون به شرکت دولتی تغییر شخصیت دهنده و مکلف اند، اساسنامه مربوط را به شرکت دولتی طبق احکام این قانون تعديل نمایند.^۲ پس در این قسمت تعریف شرکت های دولتی ضروری به نظر می رسد. قانون شرکت های دولتی، شرکت های دولتی را طور ذیل تعریف نموده است: «شرکتی که دارای شخصیت جداگانه از مالکان سهام آن است و مطابق احکام این قانون تأسیس، دارای سرمایه مشخص و منقسم به سهام بوده، مسؤولیت هر سهامدار محدود به سهم

^۱- عبدالقیوم، عارف، اقتصاد عامه، پیشین، ص ۲۴۰.

^۲- وزارت عدله، جریده رسمی (۱۳۹۷)، قانون شرکت های دولتی، شماره مسلسل (۱۳۲۲)، فقره (۶) ماده پنجم.

وی می باشد و مالکیت حد اقل ۲۵٪ سهام صادر شده در آن مربوط به یکی از ادارات دولتی به شمول ادارات محلی باشد یا زمانیکه ادارات دولتی به شمول ادارات دولتی محلی بدون در نظرداشت سهم آن ها در سرمایه شرکت، بالای شرکت کنترول داشته باشند».^۱

۳-۴- عواید از فروش دارایی سرمایوی و ثروت های طبیعی

بخشی از دارایی های دولت را سرمایه فزیکی مثل ساختمان و ماشین آلات یا سرمایه های طبیعی مانند زمین و ذخایر معدنی تشکیل می دهد. عواید از این بخش در افغانستان در سال ۱۳۸۳ شکل ذیل را داشته است:

- ۱- عواید از فروش دارایی های دولت افغانستان که در جمله عواید غیر منظم محسوب می شود بالغ بر ۱,۹۱۳,۲۸۴,۹۰۸ افغانی گردید که ۱۵٪ مجموع عایدات دولت را تشکیل می داد.
- ۲- عواید از فروش منابع طبیعی بالغ بر ۴۹,۸۳۳,۹۱۱ افغانی که ۰.۳۹٪ عایدات دولت را تشکیل می داد.
- ۳- عواید استفاده از ملکیت های دولتی بالغ بر ۳۳۳,۸۷۱,۴۲۶ افغانی که ۰.۲۶۱٪ عایدات دولت را تشکیل می داد.
- ۴- عواید کرایه دارایی های منقول ۷,۷۹۲,۳۲۳ افغانی.
- ۵- عواید کرایه جات و دارایی های غیر منقول دولت ۲۲۲,۴۹۵,۴۷۵ افغانی.
- ۶- عواید از محصول و مالیات فروش زمین و ساختمان ها ۱۱,۸۶۸,۵۲۷ افغانی گردید.^۲

^۱- همان، جزء ۱ ماده سوم.

^۲- عبدالقیوم، عارف، اقتصاد عامه، پیشین، صص ۲۲۴-۲۲۵.

۴- مصارف دولت

مصرف را جزء ۵ ماده سوم قانون تنظیم امور مالی و مصارف عامه طور ذیل تعریف نموده است: «پرداخت های است که از طرف دولت صورت می گیرد. پرداخت های اصل قرضه، اعطای قرضه، یا باز پرداخت (استرداد) مبالغی که دولت در آن حق انتفاع را ندارد، از این امر مستثنی است.»^۱

محدودیت منابع دولت و گسترشگی مصارف آن و نیز ضرورت ارزیابی عملکرد و نظرات مردم، دولت ها را وادار میسازد که برای رسیدن به اهداف برنامه ریزی کنند و مشخص کنند که در دوره های معین و محدود چه کالاهای خدمات را به چه مقدار، برای چه کسی و با چه اولویتهایی باید تولید کنند، و منابع مالی آن را چگونه و به مقدار باید کسب کنند. این فرایند بودجه بندي دولت نامیده می شود.^۲

در این قسمت مواردی را که راجع به بودجه از دید اسناد تقینی بررسی می نماییم عبارت اند از: تعریف بودجه، وظایف بودجه، انواع بودجه و تهیه بودجه.

۴-۱- تعریف بودجه

از بودجه تعاریف متعددی و مختلفی از سوی اقتصاددانان و حقوقدانان با تکیه بر جنبه های مالی، اقتصادی، سیاسی، برنامه ریزی و مدیریتی ارائه شده است که به چند نمونه آنها اشاره می کنیم:

۱- بودجه یک سند مالی است مربوط به عایدات و مصارف دولت.^۳

^۱- وزارت عدله، جریده رسمی، قانون تنظیم امور مالی و مصارف عامه، پیشین، جزء ۵ ماده سوم.

^۲- احمد، توکلی (۱۳۹۲)، مالیه عمومی، تهران: انتشارات، سمت، ص ۱۳۹.

^۳- علی رضا، فرزیب (۱۳۸۱)، بودجه برنامه ریزی در ایران، تهران: مؤسسه عای آموزشی و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، ج ۱۱، ص ۱۶.

- ۲- بودجه سندی است که در آن عایدات و مصارف یک سازمان یا دستگاه در دوره ای مشخصی از زمان مثلاً یک سال پیش بینی شده و به تصویب مقام صلاحیت دار رسیده باشد.^۱
- ۳- بودجه عبارت است از یک طرح مالی که در آن نیازمندی های پولی دولت به طور کلی برای مدت محدود پیش بینی میشود.
- ۴- تصویر فردای سازمان باید امروزه با تصمیم مدیران ترسیم شود. این آینده نگری را برنامه ریزی و تبدیل برنامه ها به زبان پول بودجه مینامیم.
- ۵- تعریف نسبتاً کامل و عام بودجه به نقل از محمد امامی که توسط دانشمند آلمانی فریش نوی مارک ارائه گردیده عبارت است از: «بودجه عبارت از یک طرح منظم و به مقابل قرار دادن مصارف پلان شده و تخمینات عواید پیش بینی شده برای تكافوی این مصارف در یک دوره معین آینده است که از نظر پرنسیپ مکلفیت تطبیق را دارا میباشد»^۲. از این تعریف خصوصیات ذیل استنباط میگردد:
- بودجه عبارت از به مقابل قرار دادن عواید و مصارف دولت است.
 - بودجه خاصیت یک پلان را دارد مربوط به یک دوره آینده میباشد.
 - ترتیب بودجه باید بصورت منظم و مداوم صورت گیرد.
 - بودجه برطبق احتیاجات ترتیب گردیده باید عواید و مصارف آن باهم مطابقت داشته باشد.
 - بودجه دارای الزام و مکلفیت حقوقی میباشد.

^۱- حسین، پیرنیا (۱۳۴۴)، مالیه عمومی، مالیات ها و بودجه، تهران: کتابخانه این سینما، چ، ۳، ص ۳۹۲.

^۲- مهدی، ابراهیمی نژاد، و اسفندیار فرجوند (۱۳۸۶)، بودجه از تنظیم تا کنترل، تهران: سمت، چ، ۵، ص ۴.

^۳- پرویز، بختیاری، و شاهین شاهنده (۱۳۷۰)، اصول و مفاهیم مالی حسابداری برای مدیران غیر مالی، تهران: سازمان مدیریت سنتی، چ، ۳، ص ۱۶۷.

^۴- محمد، امامی، کلیات حقوق مالی، پیشین، ص ۱۳۳.

۴-۲- وظایف بودجه

وظیفه اساسی بودجه عبارت از این است تا فعالیت‌های دولت را طوری ترتیب و تنظیم نماید که یک انتخاب و تطبیق مؤثر تدبیر پلان شده حکومت را امکان‌پذیر ساخته و علاوه بر آن تأمین رفاه عمومی که هدف اساسی دولت را تشکیل میدهد، توسط ارتباط مؤثر فعالیت‌های اقتصادی خصوصی و اقتصاد دولت مساعد نماید. مهمترین وظایفی که به بودجه نسبت داده میشود عبارت اند از:

- وظایف عنونی بودجه: شامل وظایف سیاسی، قانونی، سیاست مالی و

سیاست اقتصادی میشود که هر یک را طور جداگانه تشریح می‌نماییم:

- وظیفه سیاسی بودجه: به این معنی که حکومت یک پروگرام سیاسی را طرح نموده و مصارف تمام شد تطبیق این پلان در بودجه نشان داده میشود یا بودجه عبارت از انعکاس مقدار اهدافی است که توسط عاملین سیاسی انتخاب میشود.^۱ از حیث سیاسی، بودجه مهمترین و برترین ابزار اجرای سیاست توزیع درآمدهای ملی و انعکاس رقمی فعالیت‌های دولت است و لذا بر قوه مجریه است که فعالیت‌های مالی خود را رهبری کند.^۲

- وظیفه قانونی بودجه: این وظیفه الزام حقوقی هم نامیده میشود و این تابعیت حکومت و اداره را به ارقام و وظایفی که در بودجه نشان داده شده توسط قوه مقننه تثبیت شده اند، شامل میشوند.^۳ اصل قانونی بودن بودجه مصدق این وظیفه بودجه است و قانونی بودن بودجه متکی بر دو وجه است: یکی آن که اصل حاکمیت ملی به مردم و نمایندگان آن‌ها این حق را می‌دهد که هزینه‌های عمومی را که پرداخت کننده

^۱- عبدالله، حقایقی، عبدالقيوم عارف و احسان الله نظری، مبادی علم مالی، پیشین، ص ۱۹۳.

^۲- ولی، رستمی (۱۳۹۰)، مالیه عمومی، تهران: نشر، میزان، ص ۲۲۸.

^۳- عبدالله، حقایقی، عبدالقيوم عارف و احسان الله نظری، مبادی علم مالی، پیشین، ص ۱۹۳.



اصلی آن همان مردم هستند، تأیید و یا رد کنند. دیگر این که بر اساس اصل تفکیک قوا تصویب بودجه کار قوه مقننه و اجرای آن به عهده قوه مجریه است.^۱

- وظیفه سیاست مالی بودجه: سیاست مالی به کلیه اقداماتی اطلاق می شود که توسط مقامات دولت در در جهت تأثیر گذاری بر سطح تعادل در آمد ملی برای تحقق اهداف اقتصادی اتخاذ می گردد.^۲ در بودجه دولت تطابق احتیاج مالی و موجودیت وسایل مالی مطابقت کننده وظیفه اساسی سیاست مالی بودجه دولت را تشکیل میدهد که این وظیفه اولی سیاست مالی نامیده میشود. وظیفه دومی سیاست مالی عبارت از مؤثریت و معقولیت اقتصادی و رهنمائی بودجه را تقویه و مساعدت نمایند که این وظیفه بنام وظیفه رهبری کننده اقتصادی و سازمانی سیاست مالی یاد میشود.^۳

- وظیفه سیاست اقتصادی بودجه: نظر به اهمیت اقتصادی بودجه به حیث یک وسیله برای هم آهنگ ساختن اقتصادی مالی دولت و پروگرام های عمومی اقتصادی استفاده بعمل می آید که این وظیفه اولی سیاست اقتصادی بودجه است.^۴

- وظایف مدرن بودجه: شامل وظایف پلان گذاری و تحلیلی میشود که هر یک را طور جدا گانه مورد بحث قرار میدهیم:

- وظیفه پلان گذاری: مفهوم پلان گذاری بودجه به ذات خود معنی میدهد که عواید و مصارف مربوط به یک دوره معین آینده بوده و بنا بر آن تشكیل اراده سیاسی در تهیه و ترتیب بودجه خود را به معرفی اهداف معین آینده عیار مینماید. بناءً تعیین هدف و تدارک امکانات تأمین اهداف دو وظیفه پلان گذاری بودجه میباشد.^۵ پیشینی عواید و

^۱- ولی، رستمی، مالیه عمومی، پیشین، ص ۲۳۷.

^۲- سید محمد تینگار(۱۳۹۳)، مبانی علم اقتصاد، کابل: انتشارات، لاچر، ص ۱۸۷.

^۳- عبدالله، حقایقی، عبدالقیوم عارف و احسان الله نظری، مبادی علم مالی، پیشین، ص ۱۹۳.

^۴- همان، ص ۱۹۳.

^۵- همان، ص ۱۹۳.

مصارف بودجه در ماده پانزدهم مقرره تنظیم امور مالی و مصارف عامه طور ذیل تصریح شده است:

وزارت مالیه در مشوره با کمیته بودجه، پروگرام انکشاپی مالی را ترتیب و بعد از منظوری شورای وزیران آنرا نشر و جهت مطالعه به شورای ملی ارائه مینماید. این پروگرام حاوی معلومات ذیل می باشد:

- ۱- تشخیص درونمای متوسط المدت وضع اقتصادی و مالی و ارزیابی مختصر چگونگی تطبیق بودجه سالهای گذشته.
- ۲- تعیین چارچوب پلانگذاری مالی و سطح منابع کلی که در بودجه سال آینده دولت قابل دریافت باشد.
- ۳- تشخیص پیشینی های اساسی اقتصادی و تخمین عواید و مصارف بنیادی طبق پروگرام های موجوده.

۴- تخمین عواید و مصارف جهت تعیین وضعیت مالی دولت.^۱

- وظیفه تحلیلی: مطالعه تدابیر سیاست بودجه، معقولیت اقتصادی اجرآت وظیفه اولی تحلیل بودجه است و یک مقایسه بین امکانات هست، وظیفه ثانوی بودجه میباشد.^۲

۴-۳- انواع بودجه

آنچه را که تحت عنوان بودجه تا اکنون بحث کردیم منظور بودجه عمومی یا بودجه دولت بوده است. نهاد های خصوصی و شرکت های خصوصی و در کل بخش خصوصی هم مصارف خود را تحت عنوان بودجه مسمی میسازند. پس نتیجه آنست که بودجه در کل دو نوع است؛ یکی بودجه خصوصی که از طرف نهاد های خصوصی

^۱- وزارت عدیله، جریده رسمی، مقرره تنظیم امور مالی و مصارف عامه، پیشین. ماده پانزدهم.

^۲- عبدالله، حقایقی، عبدالقیوم عارف و احسان الله نظری، مبادی علم مالی، پیشین، ص ۱۹۳.



ترتیب و اجرا می‌شود و دیگری بودجه عمومی که از طرف دولت ترتیب و تنظیم گردیده و اجرا می‌شود.^۱ و در این بحث منظور از انواع بودجه، بودجه عمومی است. در افغانستان بودجه عمومی دو نوع است:

۴-۳-۱- بودجه عادی

بودجه عادی مصارف جاری دستگاه دولت را تمویل می‌نماید.^۲ بودجه عادی شامل مصارف عادی، جاری و یا مصارف روزمره دولت می‌شود، که عمدتاً مصارف عادی معاشات کارمندان دولت، مصارف تهیه اشیا و خدمات برای ادارات دولتی را در بر میگیرد که اصلاً باید از طریق منابع داخلی تمویل گردد اما متأسفانه بعد از دوران جنگ‌های داخلی الی سال ۱۳۸۱ هـ ش هنوز هم امکان آن میسر نگردیده و حتی در سال ۱۳۸۶ هـ ش تنها در حدود ۶۰٪ مصارف عادی از منابع داخلی تمویل شده بود و در سال ۱۳۸۷ هـ ش این رقم ۶۷٪ را نشان میدهد.^۳

۴-۳-۲- بودجه انکشافی

بودجه انکشافی که مربوط پروژه‌های انکشافی دولت و در حقیقت منعکس کننده سرمایه گذاری دولت در بخش‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بوده، مسؤولیت های ترمیماتی، ساختمان، احیاء و بازسازی و ایجاد پروژه‌های ضروری عام المنفعه را در بر میگیرد، که در افغانستان منابع تمویل آن متأسفانه هنوز هم کمک‌های خارجی و قرضه‌های خارجی می‌باشد.^۴

^۱- رضا، موسی زاده (۱۳۹۰)، مالیه عمومی، تهران: بنیاد حقوق میزان، چ ۹، ص ۲۰۲.

^۲- عبدالله، حقایقی، عبدالقیوم عارف و احسان الله نظری، مبادی علم مالی، پیشین، ص ۱۹۹.

^۳- عارف، عبدالقیوم، اقتصاد عامه، پیشین، ص ۹۳.

^۴- همان، ص ۹۳.

۴-۴-۴- مراحل تهیه بودجه

به منظور تهیه و ترتیب بودجه چهار مرحله طور ذیل اجرا میشود: تهیه و ترتیب بودجه، تصویب بودجه، اجرای بودجه و نظارت بر بودجه که هر یک را طور مفصل مورد بحث و بررسی قرار میدهیم.

۴-۴-۱- تهیه و ترتیب بودجه

در مرحله نخست باید بودجه تهیه و تنظیم شود که چگونگی تنظیم آن بر مبنای قانون از صلاحیت های وزارت مالیه بوده که وزارت مالیه به منظور تهیه آن به تمام ادارات دولتی دستور تنظیم آنرا صادر می نماید. بودجه در حقیقت شامل برنامه و سیاست دولت می باشد که معمولاً دولتها در آن سیاست عمومی خود را با در نظر داشت توان اقتصادی و موجودیت زیر بناهای اقتصادی انکاس میدهد. چنانچه این موضوع در ماده ۲۷ قانون اداره اموره مالی و مصارف عامه طور ذیل تصریح شده است:

«بودجه بر مبنای برنامه های چندین ساله انکشاف، امنیت و ساختار اقتصاد ملی تهیه و ترتیب گردیده، حاوی مسائل و موضوعات بودجوي حداقل دو سال مابعد می باشد.»^۱

در ماده بعدی قانون مذکور تصریح شده است که دولت در بودجه مصارف و عواید خود را طور تخمینی پیش بینی می نماید.

«حکومت بر اساس ساختار اقتصاد ملی و طرح های انکشافی، عواید قابل دسترسی و مصارف مجموعی دولت را برای سال مالی آینده تخمین و تعیین می نماید.»^۲

^۱- وزارت عدله، جریده رسمی (۱۳۸۴)، قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، شماره مسلسل (۸۵۶)، ماده بیست و هفت.

^۲- همان، ماده بیست و هشتم.

پس از اینکه بودجه از طرف وزارت مالیه تهیه گردید در شورای وزیران باید تأیید گردد. ماده بیستم مقررہ اداره امور مالی و مصارف عامه طور ذیل صراحت دارد: «شورای وزیران مسوده بودجه را بعداز غور و ارزیابی همه جانبی منظور و غرض تصویب به شورای ملی مینماید. توضیحات لازم در مورد مسوده بودجه به شورای ملی از طرف وزرا یا نمایندگان باصلاحیت ایشان نمی توانند موارد دیگر را پیشنهاد و یا پیشنهادات مندرج در مسوده بودجه را که توسط شورای وزیران منظور و به شورای ملی ارائه گردیده، تعدیل نمایند. وزارت مالی در پروسه ارائه مسوده بودجه به شورای ملی و تجدید نظر و تصویب آن، از حکومت نمایندگی می کند.^۱

۴-۴-۲ تصویب بودجه

رسیدگی و تصویب بودجه از صلاحیت های مهم قوه مقننه به شمار می رود. مهمترین و بحث برانگیزترین موضوع در مرحله رسیدگی و تصویب بودجه، حدود و اختیارت قوه مقننه در این خصوص می باشد که در قوه مقننه با توجه به اهمیت و ماهیت خاص این قانون، متفاوت با تصویب سایر قوانین و منحصر به فرد می باشد.^۲ چنانچه ماده نود و هشتم قانون اساسی افغانستان نحوه تصویب بودجه را طور ذیل پیش بینی نموده است:

«بودجه دولت و پروگرام های انکشافی حکومت از طریق مشرانو جرگه توأم با نظریه مشورتی آن به ولسی جرگه تقدیم می شود. تصمیم ولسی جرگه بدون ارائه به مشرانو جرگه بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ شمرده می شود.

^۱- وزارت عدله، جریده رسمی، مقررہ تنظیم امور مالی و مصارف عامه، پیشین، ماده بیستم.

^۲- ولی، رسمی، مالیه عمومی، پیشین، ص ۲۴۵.

هر گاه نظر به عواملی تصویب بودجه قبل از آغاز سال مالی صورت نگیرد، تا تصویب بودجه جدید، بودجه سال گذشته تطبیق می گردد.

حکومت در خلال ربع چهارم سال مالی، بودجه سال آینده را با حساب اجمالي بودجه سال جاری به شوای ملی تقدیم می نماید. حساب قطعی بودجه سال مالی قبل، در خلال مدت شش ماه سال آینده، مطابق به احکام قانون، به شورای ملی تقدیم می گردد.

ولسى جرگه نمى تواند تصویب بودجه را بیش از یک ماه و اجازه اخذ و یا
اعطای قرضه را که شامل بودجه نباشد، بیش از پانزده روز به تأخیر اندازد.

هرگاه ولسی جرگه در این مدت راجع به پیشنهاد اخذ و یا اعطای قرضه تصمیم اتخاذ نکند، پیشنهاد تصویب شده محسوب می‌گردد.^۱

جزء ۳ ماده نودم قانون اساسی نیز حکم ذیل را پیش بینی نموده است: « تصویب بودجه دولت از صلاحیت های شورای ملی است. شورای ملی دارای صلاحیت های ذیل می باشد: تصویب بودجه دولتی و اجازه اخذ یا اعطای قرضه ». ^۲

۳-۴-۴-۴- اجرای بودجه

اجرای بودجه که سومین مرحله از روند بودجه است در صلاحیت قوه مجریه می باشد.^۳ چگونگی اجرای بودجه در ماده بیست و هشتم مقرره تنظیم امور مالی و مصارف عامه طور ذیل پیش بینی شده است:

«(۱) وزارت مالیه از تنظیم امور صلاحیت های بودجوی دولت و تطبیق آن با رعایت احکام قانون اداره امور مالی و مصارف عامه و طرز العمل بودجه سالانه مصوب ولسی جرگه مسؤول می باشد.

^۱- وزارت عدليه، جريدة رسمى، قانون اساسى، پيشين، مادة نود و هشتم.

^٢ - همان، جزء ٣ ماده نودم.

^۳- رضا، موسی زاده، مالیه عمومی، پیشین، ص ۱۸۱.

(۲) واحد های اول بودجودی از اجرای بودجه و استفاده مؤثر پول عامه واحد های بودجودی مربوط مسؤول می باشند که از مبالغ مندرج صلاحیت های بودجودی معینه واحد اول بودجودی، مصارف را اجراء می نمایند.^۱

۴-۴-۴- نظارت بر بودجه

نظارت اقداماتی است که به منظور بررسی تطبیق عملیات با برنامه و جلوگیری از انحراف عملیات مالی دولت نسبت به هدف های تعیین شده در برنامه و تصحیح انحرافات احتمالی صورت می پذیرد. نظارت دارای انواع ذیل می باشد: نظارت اداری، نظارت پارلمانی و نظارت قضایی.^۲ نظارت بر بودجه در ماده شصت و سوم قانون اداره امور مالی و مصارف عامه طور ذیل تصریح شده است: «وزارت مالیه مسؤولیت سازماندهی، اداره و طرز تطبیق بودجه و نظارت بر خزانین را طبق احکام این قانون بعهده دارد.^۳

۵- سیستم مدیریت مالی اطلاعات افغانستان (افمیس)

افمیس (AFMIS) یک سیستم مبتنی بر کمپیوتر برای فعالیت های مالی دولت افغانستان است. این امر باعث سهولت در معاملات مالی در افغانستان شده است. با استفاده از AFMIS سوابق تفصیلی پرداخت های دولت بصورت الکترونیکی حفظ می شود. نسخه حمایتی از این سوابق برای جلوگیری از بین رفتن و آسیب دیدن آنها در چندین سایت ذخیره می شود. تخصیص بودجه دفاتر ولایتی وزارتتخانه های وارد شده در افمیس در کابل در هیچ دوره ای در کلیه ولایات افغانستان قابل دسترس نیست.

^۱- وزارت عدله، جریده رسمی، مقرره تنظیم امور مالی و مصارف عامه، پیشین، ماده بیست و هشت.

^۲- رضا، موسی زاده، مالیه عمومی، پیشین، ص ۱۸۹.

^۳- وزارت عدله، جریده رسمی، قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، پیشین، ماده شصت و سوم.

- مهمترین کارکرد افمیس را طور ذیل می توان بر شمرد:
- ۱- سیستم مدیریت اطلاعات مرکز و مصوب برای محاسبات مالی دولت افغانستان شناخته شده است.
 - ۲- ارائه اطلاعات مدیریت مالی به وزارتخانه ها، مؤسسات و اهداء کننده گان.
 - ۳- کنترل و پرداخت وجهه صرف نظر از منبع بودجه.
 - ۴- شامل کنترل هزینه با بودجه تصویب شده.
 - ۵- ضبط از درآمد حاصل از مرکز و ولایات.
 - ۶- انتقال پول نقد به ولایات.^۱

نتیجه گیری

در هر جامعه یک سلسله قوانین و مقررات وجود دارد که رفتار افراد، گروه ها و دولت را تنظیم نموده و به آن شکل و شیوه حقوقی می بخشد. این قوانین و مقررات بخش های مختلف را در بر می گیرد که مسائل مالی و اقتصادی یکی از مهمترین آن است. فعالیت دولت ها در تمام بخش ها بخصوص مسائل مالی و اقتصادی زمانی مشروعیت پیدا می کند که ابعاد حقوقی آن رعایت شود.

هر چند مطابق قانون اساسی افغانستان نظام اقتصادی کشور ما از نوع نظام بازار است اما در عمل اصول نظام بازار رعایت نشده و اصل آزادی اقتصادی در برخی موارد نادیده گرفته شده است. بناءً پیشنهاد می گردد که دولت افغانستان به این مسئله توجه نموده و فاصله میان حکم قانون و آنچه در عمل وجود دارد را از بین ببرد.

آنچه از بررسی نظام مالی افغانستان استنباط گردید، این است که در مقابل نیاز های نا محدود منابع محدود وجود دارد. ضمن اینکه منابع از نگاه اقتصادی محدود

^۱- WWW. Ministry of Finance. Afghanistan.

منابع و مأخذ

است از نگاه حقوقی نیز دولت افغانستان با محدودیت مواجه است که در تحصیل عواید باید اصول و قواعد حقوقی را رعایت نماید. البته این اصول و قواعد در قوانین، مقررات، لوایح و طرزالعمل ها پیش بینی شده است.

افرون به بحث بالا دولت افغانستان در تخصیص هزینه ها نیز ناگزیر است که قوانین و مقررات را رعایت نموده و بودجه بندي را مطابق آن برای یک دوره معین و بر اساس یک پلان مشخص و با طی نمودن یک سلسله تشریفات اداری و قانونی خاص تهیه، ترتیب، منظور، تصویب، اجرا و نظارت نماید. عدم رعایت اصول و قواعد تسجيل یافته در اسناد تقنینی کشور در مسائل مالی و اقتصادی مشروعیت آن را زیر سوال قرار می دهد.

- ۱- ابراهیمی نژاد، مهدی و اسفند یار فرجوند، بودجه از تنظیم تا کترل، تهران: سمت، چ ۸، ۱۳۸۶ هـ ش.
- ۲- امامی، محمد، کلیات حقوق مالی، تهران: نشر، میزان، ۱۳۸۴.
- ۳- بختیاری، پرویز و شاهین شاهنده، اصول و مفاهیم مالی حسابداری برای مدیران غیر مالی، تهران: سازمان مدیریت سنتی، چ ۳، ۱۳۷۰ هـ ش.
- ۴- بخشی، لطفعلی، مالیه عمومی. اقتصاد فردا، تهران، ۱۳۹۱.
- ۵- پژویان، جمشید، اقتصاد بخش های عمومی، چ ۳، تهران: نشر جنگل، ۱۳۸۳.
- ۶- پیرنیا، حسین، مالیه عمومی، مالیات ها و بودجه، تهران: کتابخانه ابن سینا، چ ۳، ۱۳۴۴ هـ ش.
- ۷- توکلی، احمد، مالیه عمومی، تهران: انتشارات، سمت، ۱۳۹۲.
- ۸- تینگار، سید محمد، مبانی علم اقتصاد، کابل: انتشارات، لاجورد، ۱۳۹۳.
- ۹- حقایقی، عبدالله، عبدالقيوم عارف و احسان الله نظری، مبادی علم مالی، کابل: انتشارات یوسفزاد، چ ۳، ۱۳۹۰ هـ ش.
- ۱۰- رحمانی، عبدالطیف، حقوق مالی و بودجه، کابل: انتشارات، سعید، چ ۲، ۱۳۹۳.
- ۱۱- رستمی، ولی، مالیه عمومی، تهران: نشر، میزان، ۱۳۹۰.
- ۱۲- عارف، عبدالقيوم، اقتصاد عامه، کابل: انتشارات یوسفزاد، چ ۳، ۱۳۹۴ هـ ش.
- ۱۳- فرزیب، علی رضا، بودجه برنامه ریزی در ایران، تهران: مؤسسه عالی آموزشی و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، چ ۱۱، ۱۳۸۱ هـ ش.

۱۴- کریمی، عبدالکبیر، مشکلات جمع آوری مالیات و راه حل های آن در افغانستان، کابل: انتشارات، یوسفزاد، ۱۳۹۳.

۱۵- کوهستانی، جعفر، حقوق مالی، کابل: انتشارات، قطب، ۱۳۹۳.

۱۶- مسعود، سید، محاسبه مالیاتی در افغانستان، کابل: انتشارات، یوسفزاد، ۱۳۸۹.

۱۷- معروفی، محمد موسی، سیرانکشاف حقوق مالی و مالیه عامه در افغانستان، کابل، مرکز نشراتی شوختک، ۱۳۸۴.

۱۸- موسی زاده، رضا، مالیه عمومی، تهران: بنیاد حقوق میزان، ۱۳۹۰، ۹، ج.

۱۹- نمازی، حسین، نظام های اقتصادی، تهران: انتشارات، شرکت سهامی انتشار، ۱۰، ۱۳۸۹.

۲۰- وزارت عدله، جریده رسمی، قانون اساسی افغانستان، ۱۳۸۲، ۱۳، شماره مسلسل (۸۱۸)

۲۱- وزارت عدله، جریده رسمی، قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، ۱۳۸۴، ۱۳، شماره مسلسل (۸۵۶)

۲۲- وزارت عدله، جریده رسمی، قانون مالیات بر عایدات افغانستان، شماره مسلسل (۱۱۷)، ۱۳۸۷-هـ ش.

۲۳- وزارت عدله، جریده رسمی، مقرره تنظیم امور مالی و مصارف عامه، شماره مسلسل (۸۹۳)، ۱۳۸۵.

۲۴- وزارت عدله، جریده رسمی، قانون شرکت های دولتی، شماره مسلسل (۱۳۲۲)، ۱۳۹۷.

WWW. Ministry of Finance. Afghanistan -۲۵



گزارش کامل وزارت عدليه در کنفرانس خبری پاسخ دهی حکومت به ملت ارایه



شنبه، ۳ حوت ۱۳۹۸ - کنفرانس پاسخ‌دهی حکومت به ملت اصلاح قوانین از اهداف عمدۀ وزارت عدليه است که از طريق طرح، تسويد و تدقیق اسناد تقنيي و طي مراحل چاپ و نشر به موقع آن، صورت می‌گيرد. مطابق پلان

کار تقنینی که از سوی کابینه تصویب شده بود این وزارت باید ۷۳ سند تقنینی را در سال ۱۳۹۸ طی مراحل می کرد، اما با توجه به ضرورت های دولت این وزارت توانسته است ۹۵ سند تقنینی را که شامل ۲۰ قانون، ۴۴ مقرره، تعديل، ایزاد، حذف و ضمیمه در ۲۲ شماره سند تقنینی، ۱ اساسنامه، ۲ طرز العمل، ۱ لایحه و ۵ فرمان می باشد، تدقیق و غرض طی مراحل به کمیته قوانین، کابینه و شورای ملی ارسال نماید.



عبدالبصیر انور، وزیر عدليه که در برنامه حسابدهي دولت به ملت، در مرکز اطلاعات و رسانه های حکومت صحبت می کرد افزود: وزارت عدليه از طريق برنامه آموزشی ستاز تقنینی برای ۱۳۷ تن از فارغان رشته های حقوق و شرعیات که شامل ۸۴ زن و ۸۹ مرد می شود، برای یک سال در باره مسایل مربوط به قانونگذاری آموزش داده است.

او گفت وزارت عدليه از طريق پيشبرد دعوا در محاكم و صدور قرارهای استردادی مطابق قانون قضائي دولت، از غصب جايدادهای دولتی و تصرف دارائي های عامه جلوگيري می نماید. اين وزارت از طريق اداره قضائي دولت در سال مالي ۱۳۹۸، به گونه مجموعی ۱۷۳ هزار جريپ زمين به شمول جايدادها را استرداد کرده است.

وزارت عدليه در سال مالي ۱۳۹۸، ۱۹۹۵۴ قضيه را که شامل ۱۰۵۵۴ قضие املاکی، ۴۱۰۱ قضيء ديون و ۵۲۹۹ قضيء فاميلي می شود، ثبت و به آن رسيدگي نموده است. از مجموع اين قضایا، ۸۱۶ قضيء مدنی و حقوق عامه پس از طی مراحل و فيصلة قطعی و نهايی محکمه، تطبيق گردیده است و ۳۳۹ قضيء ديگر در معرض تطبيق است. وزارت عدليه در سال مالي ۱۳۹۸ از حقوق ۹۱۴۳ تن از مظنونان و متهمان بى بضاعت که شامل ۷۳۳۲ تن ذكور، ۴۰۳ تن اناث و ۷۹۴ تن طفل می باشد، در مراجع عدلی و قضایي در کابل و ولایات دفاع نموده است. در نتیجه دفاع مساعدین حقوقی اين وزارت، ۱۳۵۲ تن برایت حاصل نموده اند و همچنان در حبس ۸۰۰۵ تن ديگر، تخفيف آمده است.



در سال مالي ۱۳۹۸، مجموعاً به تعداد ۲۸۲۸ طفل مظنون، متهم و محکوم به حجز از جمله ۸۹ طفل اناث در تمام مراکز اصلاح و تربیت اطفال کشور نگهداري، اعاشه و اباته گردیده اند و همچنان برای شان آموزش‌های تعلیمی، تربیتی، حرفوی، دینی و فرهنگی ارایه شده است.

این وزارت به صورت کل در سال ۱۳۹۸، برای ۱۰۰۲ نهاد اجتماعی که شامل ۹۱۵ نهاد جدید و ۸۷ نهاد تمدیدی می شود، جواز فعالیت داده است. همچنان، برای ۴

حزب سیاسی جواز فعالیت داده که ۳ حزب آن جدیداً جواز فعالیت گرفته اند و ۱ حزب دیگر، جواز فعالیت خویش را تمدید نموده است. ۷ حزب سیاسیو ۱۶۰۳ نهاد اجتماعی و ۲۹۱ رهنمای معاملات پس از بررسی ها جواز فعالیت شان از دفتر ثبت حذف شده است.

مجموع بودجه وزارت عدله در سال مالی ۱۳۹۸، بیش از ۱ میلیارد و ۶۲ میلیون افغانی می شود و این وزارت توانسته است ۹۴.۵۷ درصد بودجه عادی و ۸۴.۹۱ درصد بودجه انکشافی خویش را به مصرف برساند.

۱۰۱



عوايد پلان شده این وزارت در سال ۱۳۹۸ بیش از ۷۶ میلیون و ۱۶هزار افغانی بود اما این وزارت توانسته است که بیشتر از ۸۵ میلیون افغانی را به دست بیاورد. در سال مالی ۱۳۹۸ به تعداد ۴۸۶ پرونده ترک تابعیت به این اداره موافصلت ورزیده است و متقاضیان خواهان حصول تابعیت کشورهای ایران، اتریش، هالند، روسیه، آذربایجان، چاپان، اندونیزیا بوده اند. در همین حال ۱۲ پرونده کسب تابعیت در این سال موافصلت ورزیده است که متقاضیان اتباع کشور های ایران، مراکش، مصر، انگلستان، ازبکستان، پاکستان می باشند و این پرونده ها در جریان طی مراحل است. وزارت عدله با رعایت اصل آزادی بیان و براساس قانون دسترسی به اطلاعات در سال مالی ۱۳۹۸ حدود ۷۸۰ مورد اطلاع رسانی داشته است که شامل راه اندازی کنفرانس های مطبوعاتی، اعلامیه های خبری، مصاحبه ها، ارایه اطلاعات از طریق تلفن، نشر خبر و پاسخ دادن به فورم های تقاضای اطلاعات می شود.

منبع: آمریت مطبوعات

امضای تفاهمنامه همکاری میان وزارت عدله و بنیاد بینالمللی حقوقی افغانستان



وزارت عدله و بنیاد بینالمللی حقوقی افغانستان (ILF)، تفاهمنامه همکاری را در عرصه مساعدت‌های حقوقی، امضاء نمودند.

این تفاهمنامه روز دوشنبه، ۲۶ حوت میان وزارت عدله جمهوری اسلامی افغانستان و بنیاد بینالمللی حقوقی افغانستان، در عرصه مساعدت‌های حقوقی، امضاء گردید.

به اساس این تفاهمنامه، طرفین متعهد به بلند بردن سطح دسترسی به عدالت برای افراد مظنون یا متهم بی‌بضاعت و آسیب پذیر جامعه می‌باشند. همچنین طرفین متعهد به انکشاف سیستم مساعدت‌های حقوقی بوده که به اساس نیازمندی‌های جوامع مختلف طراحی شده باشد. دو طرف فعالیت‌های مشترک را به منظور ارایه مساعدت‌های حقوقی موثر، کارآمد، کم هزینه، دوامدار و باکیفیت انجام می‌دهند

از جانب دیگر وزارت عدله و بنیاد بین‌المللی حقوقی افغانستان، متعهد اند تا در تطبیق مقرره تنظیم مساعدت‌های حقوقی و حمایت مالی و تحقیکی کمیسیون عالی مساعدت‌های حقوقی و دارالانشاء آن باهم همکاری نمایند.

این در حالیست که دو طرف جهت تضمین دسترسی علی‌السویه اشخاص به عدالت و به خصوص در مورد حاکمیت قانون در افغانستان، بیشتر از یک دهه باهم همکاری نموده و برای ایجاد سیستم مساعدت‌های حقوقی پایدار، قابل دسترس و موثر، سعی و تلاش نموده اند. بنیاد بین‌المللی حقوقی افغانستان، یک نهاد مستقل و غیرانتفاعی بوده که مساعدت‌های حقوقی رایگان را ارایه می‌نماید. این بنیاد در سال ۲۰۰۳ م اولین دفتر خویش را تحت نام بنیاد بین‌المللی حقوقی افغانستان با هدف آموزش دادن به وکلای مدافع در قضایای جزایی، تکافوی مساعدت‌های حقوقی و برآورده ساختن نیازمندی مساعدت حقوقی، در افغانستان تأسیس نمود.

فراغت ۱۳۷ دانشآموخته ستاد تحقیقی وزارت عدله



وزارت عدله ج.ا، از فراغت ۱۳۷ تن از دانش آموخته گان دور سوم ستاد تحقیقی این وزارت در کابل، طی مراسم با شکوهی، بزرگداشت نمود. در این دور ستاد تحقیقی، ۱۳۷ تن که ۴۸ تن آنها را زنان تشکیل می دادند، جذب گردیده بودند. از این میان ۶۵ تن آنها را مشاورین و کارکنان حقوقی وزارت ها و

ادارات دولتی و ۷۲ تن دیگر آن‌ها را فارغان رشته‌های حقوق و شرعیات، تشکیل می‌داد.

دکتر عبدالبصیر انور، وزیر عدله کشور در این مراسم فراغت ستازان را تبریک گفته و درباره قانون و اهمیت آن در زندگی اجتماعی بشر صحبت نموده. او گفت: «در زندگی اجتماعی بشر، شاید هیچ عاملی به اندازه قانون، نقطهٔ وصل، همدیگرپذیری، اعتماد جمعی، احترام متقابل و زمینه‌ساز امنیت، نظم و عدالت، نبوده و امروزه قانون رسالت توسعه و ترقی کشورها را نیز به عهده دارد.»

علوک

فراغت ۷۳ داشن آموخته ستاز...



۱۶۱

او افزود که ابتکار قانون به دو طریق خلاصه می‌گردد؛ یکی ابتکار طرح قانون توسط قوهٔ مقننه و نمایندگان مردم در شورای ملی و دیگر ارایه مسوده طرح‌های قوانین از جانب قوهٔ مجریه که در کشور ما نیز موضوع ابتکار تهیه اسناد تقنی بیشتر در قوهٔ مجریه مرکز است.

وزیر عدله کشور گفت که وزارت‌ها و ادارات دولتی طرح ابتدایی اکثریت قوانین را تسوید نموده و غرض طی مراحل ارایه می‌دارند. بنابراین وزارت‌ها و ادارات دولتی در سیستم قانونگذاری افغانستان با توجه به تخصص این نهادها در بخش‌های مختلف و به عنوان تسوید کنندگان اسناد تقنی از مسؤولیت مهمی برخوردار هستند. او گفت:

«در حقیقت می‌توان گفت، تحقیق، تسویید و نظرخواهی در مورد اسناد تقنینی از مسؤولیت‌های ادارات دولتی بوده که بعداً این اسناد تقنینی غرض تدقیق و طی مراحل به وزارت عدله ارسال می‌گردد.»

دکتر عبدالبصیر انور گفت که قوانین باید بر مبنای روحیه جمعی و افکار عمومی و در یک رابطه نزدیک با اقسام مختلف مردم شکل گرفته و منعکس کننده امیال، توقعات و فرهنگ مردم باشد. قوانین باید بر اصل عدالت و حفظ وحدت ملی استوار بوده و مورد استقبال مردم قرار گیرد. هم چنین قوانین نباید صرف با روحیه جزاء بر شهروندان وضع شود؛ بلکه تسامح و اصلاح نیز به حیث اصول مهم مورد توجه قرار گیرد. او تاکید کرد که مطابق نیازهای این عصر، قوانین باید بر اساس رعایت انکشاف پایدار، رعایت حقوق نسل‌های آینده و حفظ محیط زیست ملی و جهانی وضع گردد.

وزیر عدله کشور گفت: «با روی کار آمدن حکومت وحدت ملی، این حکومت تلاش نموده تا در عرصه‌های مختلف اصلاحات را به میان آورده و با مشکلات موجود مبارزه نماید. اما باید گفت که اصلاحات و توسعه در هر زمینه‌ای نیازمند اصلاح، بازنگری یا وضع قوانین بوده و این مسئله کار حکومت را در وضع یا ارائه اسناد تقنینی سنگین می‌ساخت. خوشبختانه با همکاری وزارت‌ها و ادارات دولتی و سعی و کوشش شبانه روزی همکاران ما در انسٹیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی وزارت عدله صدها سند تقنینی را طی مراحل نموده است و در کنار آن با راه اندازی برنامه ستار تقنینی برای مشاورین و کارکنان حقوقی وزارت‌ها و ادارات دولتی و تعدادی از فارغان رشته‌های حقوق و شرعیات زمینه وضع اسناد تقنینی معیاری و با کیفیت نیز مساعد گردیده است.»

وی اضافه کرد که این برنامه با داشتن نصاب تحصیلی مناسب و استادان با تجربه، دستاوردهای خوبی در قسمت ارتقای سطح دانش تسویید و تدقیق اسناد تقنینی در سطح حکومت داشته که در دراز مدت کیفیت وضع و ارائه اسناد تقنینی را ارتقا می‌بخشد.



علت

فراغت ۷۳ داش آموزنده ستاز...
▼▼▼

۱۶۳

وزیر عدیله کشور از فارغان دور سوم ستاز تقنینی به خصوص مشاورین و کارکنان حقوقی وزارت‌ها و ادارات دولتی خواست که از اندوخته‌های شان در این برنامه، در قسمت تسوید، تدقیق و طی مراحل استناد تقنینی در ادارت مربوطه شان نهایت استفاده را نموده و در راستای تسوید طرح استناد تقنینی با کیفیت و معیاری از هیچ‌گونه سعی و تلاش دریغ نورزند.

وی از همکاری‌های دفتر GIZ که طی دوره‌های گذشته با برنامه ستاز تقنینی وزارت عدیله همکاری نمودند و هم چنین دفتر UNDP و دفتر محترم همکاری‌های انکشافی ایتالیا، تشکر و قدردانی نمود.

در این مراسم، عبدالقدار عدالتخواه، عضو ستره محکمه ج.ا.ا، دکتر غلام حیدر علامه، معاون لوی سارنوالی و خانم گل جان، رئیس پروژه حمایت از حاکمیت قانون دفتر GIZ، فراغت دور سوم ستاز تقنینی را تبریک گفته و بر نقش قانون و قانون‌گذار در تأمین عدالت و رفاه اجتماعی، تأکید نمودند.

در ادامه، دو تن از ستازران به نمایندگی از دیگران صحبت نموده و از برگزارکنندگان این برنامه، ابراز سپاس و قدردانی نمودند. در اخیر برای فارغان ستاز تقنینی، تصدیق‌نامه توزیع گردید.

ناگفته نماند که وزارت عدليه در سال ۱۳۹۸ برای اولين بار برای کارکنان مسلکي ادارات حقوق و قضائي دولت، ستاير حقوقى داخل خدمت را نيز برگزار نمود. در اين برنامه به تعداد ۲۷ تن از کارکنان مسلکي ادارات حقوق و قضائي دولت در مرکز تحت آموzesش های مسلکي قرار گرفته و موققانه فارغ گردیدند.

منبع: آمریت مطبوعات