

عدالت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

ماهنامه تخصصی، حقوقی و فرهنگی - سال بیستم / شماره مسلسل ۱۹۰ / قوس ۱۳۹۷

هیأت تحریر:

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

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

صاحب امتیاز

وزارت عدلیه د. ج. ا. ا.

مدیر مسوول

حلیم سروش

(۰۷۷۱۲۰۱۹۷۸)

ویراستار

عبدالقیوم قیومی

دیزاین جلد

صحابه سیرت و

مرتضی کمال و کیلیان

امور تایپ و صفحه آرایی

صحابه سیرت

قیمت این شماره: (۶۲،۷) افغانی

چاپ: مطبعه بهیر

یادآوری به نویسندگان

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

فهرست

مقاله‌ها

- ۴ ⇐ حق مشارکت سیاسی در نظام حقوقی افغانستان* میرحسین تلاش
- ۲۵ ⇐ حمایت جزایی از محیط‌زیست در کود جزای افغانستان* فرید احمد فخر عطایی
- ۴۴ ⇐ استرداد مجرمین در اسناد بین‌الملل و حقوق جزای افغانستان* سید شمس العارفین سادات
- ۷۴ ⇐ بررسی اهلیت و عوارض آن در پرتو اصول فقه اسلامی* محمدولی حنیف
- ۱۳۳ ⇐ اصول حاکم بر قراردادهای اداری در افغانستان* محمد ادریس برمک
- ۱۵۱ ⇐ نقد و بررسی قانون طی مراحل اسناد تقنینی* محمد اخلاقی

گزارش‌ها

- ۱۷۵ ⇐ مرکز تصدیق ترجمه اسناد رسمی افتتاح شد.
- ۱۷۷ ⇐ دیدار و گفت‌وگوی وزیر عدلیه با پیری مایدون سفیر اتحادیه‌ی اروپا در افغانستان
- ۱۷۸ ⇐ استخدام متخصص ارشد روان‌شناسی به منظور ارتقای ظرفیت روان‌شناسان در مراکز اصلاح
- ۱۸۰ ⇐ برگزاری کنفرانس عدالت برای اطفال
- ⇐ افتتاح دیتابیس آنلاین قاچاق انسان و میکانیزم ملی رجعت‌دهی برای کمک به قربانیان قاچاق انسان
- ۱۸۳ ⇐ و قاچاق مهاجران

حق مشارکت سیاسی در نظام حقوقی افغانستان

میرحسین تلاش

چکیده

مشارکت سیاسی به مفهوم وسیع آن تنها در نظام‌های دموکراتیک جنبه تحقق پیدا می‌کند. علت آن فعال بودن مردم در گزینشی؛ زمامدار، نماینده‌ها، تشکیل احزاب سیاسی و نظارت بر عملکرد حکومت است که توسعه سیاسی را ممکن می‌سازد. پس در چنین جوامع، مشارکت سیاسی به عنوان یک حق باید مطرح باشد. اینکه چگونه این حق توسط شهروندان اعمال می‌شود؟ باید هنجارهای حقوقی مشخص در مورد وضع گردد. گرچه در قوانین اساسی گذشته این حق به نحوی در افغانستان مطرح شده بود اما بعد از تصویب قانون اساسی ۱۳۸۲ معنی و مفهوم وسیع‌تری پیدا کرد. اینکه مشارکت سیاسی به عنوان حق در نظام حقوقی افغانستان چی مفهومی را افاده می‌کند؟ در این پژوهش بدان پرداخته می‌شود. گرچه یافته‌ها نشان می‌دهد که مشارکت سیاسی

به این واژه، در قوانین نافذه افغانستان بکار نرفته اما از قواعد حقوقی آن می‌توان معنی گرفت که طی عناوین مختلف به بررسی گرفته می‌شود.

واژگان کلیدی: مشارکت سیاسی، تحقق مشارکت سیاسی، اشکال مشارکت سیاسی، هنجار حقوقی و چالش‌ها.

مقدمه

مردم می‌پسندند در جامعه‌ی که زندگی دارند از حقوق وسیع برخوردار باشند. اما لازمه‌ی عهده‌دار شدن حقوق بیشتر، وجود نظام دموکراسی است که مردم به سرنوشت خود حاکم استند. چون در این نظام‌ها مردم تنها تصمیم گیراند که کدام حق را برای خود بدهند. بنابراین از قبل حقوق کلی‌شان را با هنجار گذاری مشخص می‌کنند. آنان در ابتدا تشخیص می‌دهند که چگونه هنجارهای حقوقی را اساس بگذارند و بعد شرح آن توسط مجلس خاص مانند قوه‌ی مقننه (پارلمان) صورت گیرد. در نظام‌های دموکراتیک، مردم رئیس جمهور و نماینده‌هایشان را در پارلمان انتخاب می‌کنند و تشکیل احزاب را مسالمت‌ترین روش برای رسیدن به قدرت سیاسی می‌دانند و همچنان نظارت بر عملکرد حکومت دارند. مشارکت سیاسی در صورتی معنی پیدا خواهد کرد که انتخابات در کشور برگزار شود و مردم سرنوشت خود را تعیین نمایند. برای اینکه مردم برانجام این امر نایل آیند، باید از قبل آن را به‌عنوان حق برای خودشان مطرح سازند. اینکه نظام حقوقی افغانستان مشارکت سیاسی را چگونه به‌عنوان حق مطرح نموده است و مردم چطور آن را انجام می‌دهند؟ در این مقاله موردبحث قرار می‌گیرد. گرچه یافته‌ها نشان می‌دهد که مشارکت سیاسی به این واژه، در قوانین نافذه افغانستان بکار نرفته اما از قواعد حقوقی آن می‌توان معنی گرفت که طی عناوین مختلف به بررسی گرفته می‌شود. ممکن نوشته‌های زیادی در مورد انتخابات، فعالیت احزاب سیاسی در افغانستان، تقلبات انتخاباتی، نظام انتخاباتی وجود داشته باشد اما

بدیع بودن این پژوهش جهت مطرح کردن مشارکت سیاسی به عنوان حق، جنبه تحقیقی آن است که نظام حقوقی افغانستان آیا متضمن مؤثریت آن است و یا اینکه چالش‌های عمده مانند موانع فرهنگی فرا روی تطبیق آن وجود دارد. پس مشارکت سیاسی به عنوان حق طی عناوین مختلف به صورت همه جانبه در این پژوهش به بحث گرفته می شود تا حقوق دانان محترم متوجه نکات اساسی فرهنگی جامعه ما نیز باشند و هنجار حقوقی مشخصی را برای از بین بردن موانع و چالش‌های موجود در نظر گیرند.

بند اول) تعریف

نویسندگان مشارکت سیاسی را تعریف متفاوت نموده اند که چند تعریف آن را در این پژوهش نگاشته و تعریف جامع و قابل فهم از آن ارایه می نمایم.

مشارکت سیاسی مجموعه ای از فعالیت ها و اعمالی است که «شهروندان خصوصی» به وسیله آن اعمال در جستجوی نفوذ یا حمایت از حکومت و سیاست خاص هستند.

مشارکت سیاسی عمل داوطلبانه موفق یا ناموفق، سازمان یافته یا سازمان نیافته، دوره ای یا مستمر شامل روش های مشروع و غیر مشروع برای تأثیر بر انتخاب رهبران و سیاست ها و اداره امور عمومی در هر سطحی از حکومت محلی یا ملی است.

مشارکت سیاسی عبارت است از درگیر شدن توده های مردم در فعالیت سیاسی و تعیین سرنوشت خود و فقط از این رهگذر است که زمینه های ثبات و پایداری نظام سیاسی تحقق می یابد.

به سادگی می توان مشارکت سیاسی را تعریف کرد، مشارکت سیاسی عبارت از فرایندی است که مردم در انتخاب زمامدار و نماینده هایشان اقدام نمایند و یا تأثیرگذار در حاکمیت ملی باشند.

هرگاه مشارکت سیاسی را به عنوان حق مطرح کنیم، مشارکت سیاسی حقی است که طی یک فرایند خاصی مردم در انتخاب زمامدار و نماینده هایشان نقش بازی می کنند و یا برای رسیدن به قدرت احزاب سیاسی را تشکیل می دهند.

حقوق مشارکت سیاسی عبارت از مجموعه قواعد و مقرراتی است که حاکم بر تعیین زمامدار و یا نماینده های مردم و یا تشکیل احزاب سیاسی در ضمن، سایر امور سیاسی که مردم در آن مشارکت دارند، باشد.

بند دوم) مشارکت سیاسی به عنوان حق در نظام حقوقی افغانستان

قانون اساسی افغانستان در ماده سی و سوم خود مشارکت سیاسی را به عنوان حق برای شهروندان افغانستان مطرح نموده "اتباع افغانستان حق انتخاب کردن و انتخاب شدن را دارا می باشند. شرایط و طرز استفاده از این حق توسط قانون تنظیم می گردد".

چگونگی انتخاب در قانون انتخابات افغانستان توسط شورای ملی به تصویب رسیده است. چند موضوع مهمی را که قانون انتخابات مطرح نموده عبارتند از:

- ۱- رأی دهندگان در انتخابات با بهره مندی از حق تساوی اشتراک می کنند.
- ۲- رأی دهنده در انتخابات دارای حق یک رای بوده و تنها از جانب خود رأی می دهد.

۳- رأی دهندگان در انتخابات با اراده آزاد اشتراک می کنند. اعمال هر نوع محدودیت مستقیم یا غیرمستقیم بر رأی دهندگان و نامزدان به ارتباط زبان، مذهب، قوم، جنس، قبیله، سکونت و جایگاه اجتماعی ممنوع است.

همچنان این قانون شرایط انتخاب کنندگان و انتخاب شوندگان را قرار زیر بیان نموده است:

شرایط انتخاب کنندگان

هر افغان واجد شرایط آتی می تواند در انتخابات ریاست جمهوری، شورای ملی و شوراهای ولایات و شوراهای ولسوالی ها رای بدهد:

- ۱- در زمان انتخابات سن ۱۸ سالگی را تکمیل نموده باشد.
- ۲- هنگام ثبت نام تابعیت افغانستان را دارا باشد .
- ۳- به حکم قانون یا فیصله دادگاه باصلاحیت از حقوق سیاسی و مدنی محروم نشده باشد.

۴- اسمش در فهرست ثبت نام رأی دهندگان درج باشد.

شرایط انتخاب شوندگان

- ۱- هر افغان واجد شرایط می تواند خود را در انتخابات ریاست جمهوری، شورای ملی و شوراهای ولایتی و ولسوالی ها نامزد کند.
- ۲- قاضی القضاات اعضای دادگاه عالی و دادستانی حین تصدی وظیفه نمی توانند در انتخابات ریاست جمهوری، شورای ملی، شوراهای ولایات و شوراهای ولسوالی ها خود را نامزد نمایند.
- ۳- منسوبین قوای مسلح (وزارت های دفاع ملی و امور داخله و ریاست عمومی امنیت ملی) حین تصدی وظیفه نمی توانند در انتخابات ریاست جمهوری، شورای ملی، شوراهای ولایات، شوراهای ولسوالی ها خود را نامزد نمایند مگر اینکه ۷۵ روز قبل از برگزاری انتخابات از ارگان های مربوط کناره گیری نمایند.
- ۴- اعضای حکومت، قاضیان، دادستانان و کارکنان ملکی که خود را نامزد پست ریاست جمهوری، شورای ملی، شوراهای ولایات و شوراهای ولسوالی ها نمایند، مکلف اند ۷۵ روز قبل از برگزاری انتخابات از وظیفه کناره گیری نمایند.
- ۵- هرگاه نامزدان مندرج جزء ۴ این بند در انتخابات موفق نشوند عواقب کناره گیری بالایشان اجرا نگردیده در صورت مراجعه الی ۲۰ روز بعد از پایان انتخابات

دوباره به وظیفه قبلی ادامه می‌دهند. به استثنای عهده‌های انتخاباتی، مدت بین پایان، انتخابات و مراجعه در خلال ۲۰ روز به رخصتی قانونی آن‌ها محاسبه می‌شود. اعلامیه حقوق بشر نیز در ماده بیست و یکم مشارکت سیاسی را به عنوان حق مطرح نموده است که افغانستان مطابق ماده ششم قانون اساسی خود مکلف به رعایت آن است:

۱- هر کس حق دارد که در اداره امور کشور خود، خواه مستقیماً و خواه با انتخاب نمایندگان که آزادانه انتخاب شده باشند شرکت جوید.

۲- هر کس حق دارد با تساوی شرایط، به مشاغل عمومی کشور خود نائل آید.

۳- اساس و منشاء قدرت حکومت، اراده مردم است، این اراده باید به وسیله انتخاباتی ابراز گردد که از روی صداقت و به طور ادواری صورت می‌پذیرد، انتخابات باید عمومی و با رعایت مساوات باشد و با رأی مخفی و یا طریقه‌ای نظیر آن انجام گیرد که آزادی رأی را تأمین نماید.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز به عنوان یک سند الزام‌آور بین‌المللی به مشارکت سیاسی به مثابه یک حق توجه ویژه‌ای داشته و در بند اول ماده ۱ میثاق به حق تعیین سرنوشت می‌پردازد: "همه مردمان حق تعیین سرنوشت دارند و از طریق این حق، آنان آزادانه وضعیت سیاسی خود را تعیین کرده، آزادانه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش را پی می‌گیرند. ماده ۲۵ این سند نیز تذکر می‌دهد:

الف) در اداره امور عمومی بالمباشره یا به واسطه نمایندگان که آزاد انتخاب شوند شرکت کند.

ب) در انتخابات ادواری که از روی صحت به آراء عمومی مساوی و مخفی انجام شود و تضمین‌کننده بیان آزادانه اراده انتخاب‌کنندگان باشد رأی بدهد و انتخاب بشود.

ج) با حق تساوی طبق شرایط کلی بتواند به مشاغل عمومی کشور خود نائل شود. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز همانند میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در بند اول ماده (۱) عیناً با همان عبارات به حق تعیین

سرنوشت اشاره نموده که تقویت‌کننده ادعای نگارنده در اهمیت بنیادین این حق و لزوم آن در جهت دستیابی به سایر حق‌های بشری است. در سطح منطقه‌ای نیز پروتکل نخست منظم به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و منشور آفریقایی حقوق بشر و خلق‌ها به حق مشارکت سیاسی پرداخته‌اند و این امر از منظر هنجاری نیز پشتوانه‌ای قوی در جهت به رسمیت شناخته شدن و عمومیت یافتن این حق ایجاد کرده است.

همچنین نهادها معاهده‌ای همچون کمیته حقوق بشر و سایر نهادهای منطقه‌ای و بین‌المللی نیز در نظریات و رویه‌های خود بدین حق مهم بذل توجه نموده‌اند. بنا بر مطالب پیش گفته امروزه حقوق بشر بین‌المللی حق مشارکت سیاسی را به عنوان یک حق بشری به رسمیت شناخته و تمامی دولت‌های عضو ملزم به رعایت آن هستند. مشارکت سیاسی تنها محدود به انتخابات ریاست جمهوری ویا شوراهای نیست بلکه تفسیر وسیع دارد. از عضویت در احزاب سیاسی تا تشکیل نهادهای جامعه مدنی و نظارت بر عملکرد حکومت هریک تابع قواعد خاص حقوقی است که در عنوان بعدی شرح داده می‌شود.

بند سوم) شرایط لازمه تحقق مشارکت سیاسی

کائوتری جهت شکل‌گیری بسترهای مناسب برای مشارکت مردم دست‌کم چهار شرط عمده را لازم می‌داند که عبارتند از:

الف. ایدیولوژی مشارکت (بعد هنجاری)؛

ب. نهادهای مشارکتی (بعد سازمانی)؛

ج. اطلاعات کافی؛

د. امکانات مادی و تخصصی لازم.

در مطابقت به شرایط لازمه فوق از نظر هنجاری، قانون اساسی، قانون انتخابات، قانون تشکیلات و صلاحیت کمیسیون‌های انتخاباتی، مقرر، طرز العمل و لوائح وجود

دارد که درمجموع نظام حقوقی انتخابات افغانستان را تشکیل می دهد. از بُعد سازمانی یا نهادهای مشارکتی، کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون شکایات انتخاباتی وجود دارد. همان طور در مورد اطلاعات کافی، چند مرحله حساسی را از نظر اطلاع رسانی به مردم، مبارزات انتخاباتی جهت جذب رأی دهندگان توسط نامزدان زمینه سازی می شود. در ابتدا برای مردم در مورد اهمیت انتخابات تبلیغ صورت می گیرد تا مردم به گونه گسترده در انتخابات مشارکت داشته باشند و آنان کارت انتخابات را به دست آورند. سپس مرحله خاصی را برای نامزدان می گذارند تا برنامه کاری شان را در کارزارهای انتخاباتی به سمع مردم برسانند و اعتماد مردم را جلب کنند. کمیسیون مستقل انتخابات برای مبارزات انتخاباتی دوره سی روزه را تعیین می کند. این دوره (۴۸) ساعت قبل از تاریخ آغاز رای گیری پایان می شود. کمیسیون مستقل انتخابات فهرست ویا بخش های از فهرست رأی دهندگان را که در انتخابات مورد استفاده قرار می گیرد، تصدیق و (۱۵) روز قبل از شروع انتخابات، در محلات همگانی که توسط کمیسیون مستقل انتخابات تعیین می شود به منظور بررسی در دسترس همگانی قرار می دهد. کمیسیون مستقل انتخابات مراکز رای دهی را در سراسر کشور تاسیس و زمینه اشتراک رأی دهندگان را در ین مراکز طوری مساعد می سازد تا دسترسی به پروسه انتخابات برای رأی دهندگان به سهولت میسر باشد. کمیسیون مستقل انتخابات صندوق های رای گیری، برگه ها رای گیری، غرفه های رای دهی، مهرها و لوازم ضروری را تنظیم و آماده ساخته و تدابیر دیگری را که در تنظیم رای دهی سهولت به وجود می آورد و انتخابات را به طرز موثری رهنمایی می کند، اتخاذ می کند .

کمیسیون مستقل انتخابات در مورد برگه های رای دهی وظایف زیر را انجام

می دهد .

۱- تهیه برگه های رای دهی.

۲- تدارک برای تخصیص نشان ها و یا تصاویر نامزدان.

۳- ترتیب طرزالعملی که به اساس آن برگه‌های رای دهی توسط رأی‌دهندگان نشانی می‌شود .

۴- تعیین زبان‌هایی که در برگه‌های رای دهی استعمال می‌شود.

۵- ترتیب آیین‌نامه شمارش برگه‌های رای دهی .

احزاب سیاسی و نامزدانی که در انتخابات شرکت می‌ورزند مکلف‌اند (۷۵) روز قبل از برگزاری انتخابات به‌صورت کتبی از تصمیم خود به کمیسیون مستقل انتخابات اطلاع دهند. این اطلاعیه حاوی مطالب زیر است.

۱- اسم و آدرس نامزد.

۲- تصویر کارت ثبت‌نام رای دهی نامزد .

۳- تصویر سند ثبت حزب در وزارت عدلیه از جانب نامزدان احزاب سیاسی .

۴- تعهدنامه که تاریخ، محل تولد و تابعیت نامزد را تصدیق کند .

۵- سند پذیرش نامزدی امضاءشده توسط نامزد .

۶- سمبول یا نشان منتخبه نامزد یا حزب روی ورق رای دهی .

آنچه بزرگ‌ترین چالش برای انتخابات افغانستان محسوب می‌شود، امکانات مادی است. ظرفیت مادی برای برگزاری انتخابات نزد دولت افغانستان وجود ندارد و تکیه به کمک‌های خارجی به‌ویژه ایالات متحده امریکا می‌شود.

بند چهارم (علل و عوامل مؤثر در مشارکت سیاسی

نخستین عامل که برای اجتناب شهروندان در مشارکت سیاسی وجود دارد؛ دغدغه‌های فکری آنان است که سبب خودداری از شرکتشان می‌شود. به عبارت دیگر، انگیزه که برای شهروندان از نظر عقاید فکری شکل می‌گیرد تا آنان را وادار به عدم شرکت در انتخابات نماید، مفکوره دینی است. بعضی‌ها بدین باورند که رأی دادن در مغایرت به اسلام قرار دارد و یا سهم بودن زنان در امور سیاسی برخلاف قواعد اسلامی است. به صورت کل، عامل فرهنگی هم فرصت ساز برای توسعه مشارکت سیاسی است

و هم عامل محدودساز. در جوامع مانند افغانستان که فرهنگ سیاسی بیشتر رشد ننموده محدودیت‌ها بیشتر وجود دارد. در ضمن، دموکراسی که ماهیت اصلی آن مشارکت سیاسی شهروندان است به چالش کشانیده می‌شود. از این نظر، افغانستان هنوز در دنیای سوم قرار دارد. در چنین جامعه‌ای اینک دموکراسی چگونه است؟ نویسندگان باور دارند: "دموکراسی در دنیای سوم و در جوامع که رشد شعور سیاسی و فرهنگی در آن به مقیاس ملت وجود ندارد خالی از مضرات و خطرات جدی نیست". پس برای نهادینه شدن دموکراسی باید فرهنگ‌سازی نمود و شعور سیاسی مردم را بالا برد. در غیر آن دموکراسی در این حالت به صورت درست نتیجه خوب نمی‌دهد و مردم به آن گونه که مشارکت داشته باشند، فعال نیستند. پس باید شرایطی را پدید آورد که شهروندان را در مشارکت سیاسی فعال نگهداشت. ارسطو معتقد بود که تنها در یک جامعه مرفه می‌توان شرایطی را به وجود آورد که توده مردم از روی تعقل در امور سیاسی مشارکت داشته باشند و فقط در چنین شرایطی است که مردم می‌توانند از تسلیم در برابر عوام فریبان غیر مسئول دوری کنند. افزون بر این، تقلبات انتخاباتی که مردم را برای شرکتشان در انتخابات بیشتر بی‌باور می‌سازد نیز عاملی مؤثر در مشارکت سیاسی پنداشته می‌شود. باید راهکاری را ایجاد کرد تا مؤثریت رأی مردم را تضمین نمود. در این مورد دو راه حل را برای جلوگیری از تقلبات انتخاباتی از قبل پیش‌بینی می‌کنند. نخست، موارد تخنیکی است مانند کارت رأی‌دهندگان، لست کردن رأی‌دهندگان، رنگ که برانگشتان رأی‌دهندگان می‌زنند و شمارش آرا. سپس موارد تأدیبی است که بیشتر هنجار حقوقی است تا قانون مؤثریت رأی مردم را تضمین کند. مثلاً در قانون انتخابات افغانستان بعضی موضوعات را از قبل در این رابطه پیش‌بینی نموده:

"شخصی که در جریان مبارزات انتخاباتی و یا در انتخابات مرتکب یکی از اعمال زیر شود، طبق احکام قانون مورد تعقیب عدلی قرار می‌گیرد:

۱- تهدید یا تخویف رأی‌دهنده و نامزد یا اخلال در امر انتخابات.

- ۲- ممانعت از حضور رأی‌دهندگان، نامزدان و یا نمایندگان نامزدان در مراکز رای دهی بدون دلیل موجه.
 - ۳- تقلب یا فریب‌کاری در رای دهی یا شمارش آراء .
 - ۴- رای دهی یا کارت تقلبی یا کارت شخص دیگر.
 - ۵- تغیر، تبدیل، سرقت و یا محو اسناد انتخاباتی .
 - ۶- جعل کارت‌های رای دهی .
 - ۷- فریب‌کاری در کارت رای دهی .
 - ۸- استعمال کارت رای دهی جعلی .
 - ۹- مبادرت به رای دهی بیش از یک بار .
 - ۱۰- باز کردن و یا شکستن قفل محل نگهداری لوازم و اسباب، و همچنان لاک و مهر صندوق‌های رای دهی، بدون صلاحیت .
 - ۱۱- جلوگیری از اشتراک رای دهندگان یا نامزدان در پروسه انتخابات .
 - ۱۲- استفاده از پولی که از راه‌های غیرقانونی و یا منابع خارجی به‌دست‌آمده باشد .
 - ۱۳- استعمال کلمات یا سخنرانی توهین‌آمیز .
 - ۱۴- تشویق و تحریک سایر اشخاص به ارتکاب یکی از اعمال فوق.
- عامل دیگر که بیشتر در مشارکت سیاسی مؤثریت دارد؛ بخش تبلیغاتی است که در این عرصه، رسانه‌ها نقش اساسی را بازی می‌کند. بحث مشارکت سیاسی و تأثیر رسانه‌ها و وسایل ارتباط‌جمعی در ترغیب شهروندان به مشارکت در فرایندهای سیاسی جامعه، همواره موردتوجه اندیشمندان بوده است. مطالعات دانیل لرنر درباره مشارکت سیاسی ازجمله مهم‌ترین آن‌هاست که معمولاً سرآغاز تحقیقات دیگر نیز به شمار می‌رود. لرنر در اثر کلاسیک خود، با عنوان گذر جامعه سنتی: نوسازی خاورمیانه (۱۹۵۸) که حاصل مطالعه در شش کشور درحال‌توسعه (ایران، ترکیه، لبنان، مصر، سوریه و اردن) است، استدلال می‌کند که مطالعه مشارکت و توسعه در هر جامعه‌ای مستلزم عواملی ازجمله سواد، شهرنشینی و استفاده از وسایل ارتباط‌جمعی است. وی

با تأکید بر نقش ارتباطات، آن را زمینه‌ساز بسیج می‌داند و معتقد است که ارتباطات، مشارکت و توسعه سیاسی را سامان می‌بخشد. در نهایت، لرنر به این نتیجه می‌رسد که میان وجود و استفاده از وسایل ارتباط جمعی با مشارکت سیاسی و اجتماعی رابطه معناداری وجود دارد. بسیاری از پژوهشگران حوزه سیاست و ارتباطات قابلیت‌های شگرف رسانه‌های اجتماعی را برای مشارکت سیاسی و اجتماعی تحسین کرده‌اند. دولت ایالات متحده آمریکا و دیگر کشورهای دموکراتیک در جهان، برنامه‌ها و ابتکار عمل‌هایی را برای درگیر ساختن شهروندان و رأی دهندگان جوان با رسانه‌های اجتماعی اجرا کرده‌اند. در این خصوص، رسانه‌ها فوق‌العاده در اطلاع دهی و بالابردن سطح آگاهی مردم نقش بازی می‌نمایند و در افغانستان رسانه‌های متعدد؛ تصویری، صوتی، چاپی و صفحات اجتماعی وجود دارد که در راستای آگاهی دهی درست از آن استفاده شود. به صورت کل چند مورد خاص می‌تواند مشارکت سیاسی شهروندان را توسعه دهد:

- ۱- ارتقاء سطح فرهنگ.
- ۲- اعتماد مردم نسبت به مؤثریت مشارکت شان.
- ۳- آگاهی دهی و اطلاع‌رسانی دقیق و آموزنده.
- ۴- هنجارهای حقوقی.

بند پنجم) اشکال مشارکت سیاسی

ساده‌ترین شکل مشارکت سیاسی رأی دادن شهروندان به احزاب، افراد و سیاست‌هاست. اشکال دیگر مشارکت سیاسی عبارتند از مبارزات انتخاباتی، اعمال نفوذ بر سیاستمداران، تشکیل گروه‌های نفوذ و احزاب سیاسی و غیره. سطوح مشارکت سیاسی: مشارکت سیاسی محدود، مشارکت سیاسی گسترده، مشارکت سیاسی فردی و مشارکت سیاسی جمعی. انواع گوناگونی از مشارکت سیاسی نیز وجود دارد؛ مانند رأی دادن، عضویت در یک گروه یا حزب سیاسی، تلاش برای موفقیت یک کاندیدا در

انتخابات، مذاکره با نمایندگان، تبلیغ برای احزاب سیاسی، نوشتن مقالات و سخنرانی‌های سیاسی، شرکت در مبارزات سیاسی، رقابت در جهت انتخاب شدن برای پست‌های سیاسی و عمومی کشور، مشارکت سیاسی منفعلانه، مشارکت سیاسی حمایتی، مشارکت سیاسی فعال، مشارکت سیاسی ابزاری، مشارکت سیاسی خودجوش، مشارکت سیاسی برانگیخته شده، مشارکت سیاسی واقعی و مشارکت سیاسی منفی. در نظام حقوقی افغانستان دو نوع مشارکت سیاسی وجود دارد: "مستقیم غیرمستقیم". مطابق ماده چهارم قانون اساسی افغانستان: حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می‌کند. در مشارکت سیاسی مستقیم، مردم بلا واسطه در تصمیم‌گیری سیاسی دخیل‌اند مانند؛ گزینش رئیس جمهور و یا نمایندگان در شورای ملی. اما در مشارکت سیاسی غیرمستقیم، مردم خود دخیل نیستند بلکه نماینده‌هایشان به عوض مردم تصمیم می‌گیرند. آنچه برای مشارکت سیاسی مفهوم می‌دهد، حاکمیت ملی است. به عبارت دیگر چی کسانی تأثیرگذار در حاکمیت ملی می‌باشند؟ متصدیان حاکمیت ملی را به معرفی می‌گیرد. در نظام‌های دموکراتیک، حاکمیت ملی از آن مردم است. در افغانستان، مردم نیز ممثل حاکمیت ملی‌شان به گونه مستقیم (توسط خودشان) یا به طور غیرمستقیم (توسط نماینده‌هایشان) هستند. حاکمیت مفهومی بنیادین است که در بُن حقوق عمومی قرار دارد و مبین استقلال امر سیاسی است. با اتکا بر برداشتی جمعی از قدرت سیاسی آن چه آرنت با این عنوان به آن اشاره می‌کند: "فضایی این دنیای که انسان‌ها از رهگذر آن با هم در ارتباطی متقابل قرار دارند" می‌توان حاکمیت را به مثابه پدیداری ربطی شناخت. این مفهوم ربطی از حاکمیت ما را قادر می‌سازد هر دو وجه عمومی و سیاسی آن را بازشناسیم که به ترتیب، به موضوع‌های صلاحیت (اقتدار) و ظرفیت (قدرت) مربوط می‌شود. حقوق‌دانان باید قادر باشند ساختار اقتدار دولت را با دقتی ویژه بشناسند. با این حال، وقتی بحث بر قلمرو صلاحیت متمرکز می‌شود، هرگز نباید از یاد برد که حکومت قدرت خود را از رابطه سیاسی میان دولت و شهروندان به دست می‌آورد، و

این که صلاحیت و ظرفیت به نحوی ناگسستنی به هم پیوسته‌اند. سازمان ملل متحد مطابق منشور این سازمان نیز مکلف به رعایت حاکمیت کشورها است. جزء شماره اول ماده دوم منشور: "سازمان بر مبنای اصل تساوی حاکمیت کلیه اعضاء آن قرار دارد". احترام به حاکمیت کشورها، احترام به مردم آن است.

مشارکت سیاسی با رفتن مردم در پی صندوق آرا و ریختن رای شان آغاز می شود. به عبارت دیگر، مردم در یک فرایند خاص رئیس جمهور و نماینده هایشان را در شورای ملی انتخاب می کنند و سپس مطابق قانون اساسی یک سلسله صلاحیت ها را برایشان، از قبل واگذار نموده اند ناظر بر اجرای آن می باشند. وظیفه قانون گذاری را به نیابت از خودشان به شورای ملی و اجرای آن را بر عهده قوه اجراییه می گذارند. آن عده افرادی که خواستار رسیدن به قدرت باشند، احزاب سیاسی را تشکیل می دهند تا از مجرای یک جریان سیاسی به قدرت تکیه زنند. انجام فعالیت در احزاب سیاسی نیز جزئی از بحث مشارکت سیاسی است.

قانون اساسی افغانستان در ماده سی و پنجم ایجاد احزاب سیاسی را به عنوان حق برای شهروندان افغانستان مطرح نموده است:

اتباع افغانستان حق دارند به منظور تامین مقاصد مادی و یا معنوی، مطابق به احکام قانون، جمعیت ها تاسیس نمایند.

اتباع افغانستان حق دارند، مطابق به احکام قانون، احزاب سیاسی تشکیل دهند، مشروط بر اینکه:

- ۱- مرامنامه و اساسنامه حزب، مناقض احکام دین مقدس اسلام و نصوص و ارزش های مندرج این قانون اساسی نباشد؛
 - ۲- تشکیلات و منابع مالی حزب علنی باشد؛
 - ۳- اهداف و تشکیلات نظامی و شبه نظامی نداشته باشد؛
 - ۴- وابسته به حزب سیاسی و یا دیگر منابع خارجی نباشد؛
- تاسیس و فعالیت حزب بر مبنای قومیت، سمت، زبان و مذهب فقهی جواز ندارد.

جمعیت و حزبی که مطابق به احکام قانون تشکیل می‌شود، بدون موجبات قانونی و حکم محکمه باصلاحیت منحل نمی‌شود.

قانون احزاب در افغانستان اساس سیستم حزبی را این گونه تعریف می‌نماید: "اساس سیستم سیاسی دولت افغانستان مبتنی بر دموکراسی و تعدد احزاب سیاسی است." مشارکت سیاسی مردم در تشکیل احزاب سیاسی نیز چنین است: "اتباع افغانستان که در سن رای دهی قرار داشته باشند بدون در نظر داشت قومیت، نژاد، زبان، جنسیت، دین، تحصیل، شغل، نسب، دارایی و محل سکونت در کشور می‌توانند آزادانه حزب سیاسی را تاسیس نمایند."

نظارت بر عملکرد حکومت نیز مشمول بحث مشارکت سیاسی شهروندان محسوب می‌شود. مطابق ماده چهارم؛ این مشارکت هم به گونه مستقیم صورت می‌گیرد که مردم مطابق قانون اساسی از حق دسترسی به اطلاعات در ادارات حکومتی برخوردارند و موقع که تشخیص دهند؛ ادارات حکومتی در راستای تحقق منافع شهروندان فعالیت انجام نمی‌دهند، تظاهرات یا گردهمایی را سازماندهی کنند. ماده سی و ششم قانون اساسی: "اتباع افغانستان حق دارند برای تأمین مقاصد جایز و صلح‌آمیز، بدون حمل سلاح، طبق قانون اجتماع و تظاهرات نمایند." قانون اجتماعات انجام تظاهرات را قرار زیر بیان نموده است:

"اتباع کشور حق دارند، برای تأمین مقاصد جایز و صلح‌آمیزی که منافی وحدت ملی و احکام قانون اساسی نباشد، بدون حمل سلاح مطابق احکام این قانون، اجتماعات، اعتصابات و تظاهرات را راه‌اندازی نمایند."

۱- اجتماع: عبارت از گردهمایی بیش از سی نفر طور منظم و علنی در حالت توقف در محل عام غرض جلب افکار عامه، به منظور مخالفت یا طرفداری اهداف معین است که در آن اشخاص آزادانه اشتراک کرده بتوانند.

بند ششم) موانع و چالش‌های موجود فرار روی مشارکت سیاسی در افغانستان نخستین چالش که تأثیرگذار در مؤثریت رای مردم است، هنجارهای حقوقی است. با نبود هنجارهای اساسی که اراده مردم به صورت سالم آن تضمین شود، اعتماد مردم نسبت به مشارکت سیاسی‌شان در انتخابات کاسته می‌شود. رأی دادن شهروندان افغانستان بعد از ۱۳۸۲ گرچه در نظام‌های سیاسی قبل از آن بی‌سابقه است، اما تعیین‌کننده سر نوشت برای انتخاب رئیس جمهور و نمایندگان با انتقادات زیادی که در

مورد تقلبات انتخاباتی میان حامد کرزی و یونس قانونی، حامد کرزی و داکتر عبدالله و اشرف غنی و عبدالله روبرو بوده است. مردم رأی شان را در تعیین رییس جمهور تأثیرگذار نمی‌دانند جز اینکه برای پیشبرد پروسه انتخابات کمک کرده باشد. بنابراین، حکومت که مردم در آن مشارکت کند کارآمدتر است. در این مورد، پری (۱۹۷۷) تبیین‌های مشارکت سیاسی را به دودسته نظریه‌های ابزاری و نظریه‌های تکاملی تقسیم می‌کند. نظریه‌های ابزاری، مشارکت را وسیله‌ای برای یک هدف یعنی برای دفاع یا پیشبرد یک فرد یا گروهی از افراد و سدی در برابر جباریت و استبداد در نظر می‌گیرند و حکومتی که مردم در آن مشارکت داشته باشند کارآمدتر است. افرادی که از تصمیمات تأثیر می‌پذیرند حق دارند در گرفتن تصمیمات شرکت داشته باشند و مشروعیت حکومت بر مشارکت استوار است. تا اکنون مشارکت سیاسی مردم انتخابات نتیجه‌بخش نبوده که در این مورد با نظر پری نزدیک است. حکومت که مردم در آن مشارکت داشته باشند کارآمدتر است، شاید موجه باشد بگویم حکومت وحدت ملی از این نظر کارا نیست. چون این حکومت از یک طرف در نتیجه مشارکت سیاسی مردم (به اساس رأی مردم) به وجود نیامده و از طرف دیگر به خواسته‌های مردم پاسخ لازم نداده است.

مشارکت مردم تنها در پروسه انتخابات کافی نیست. مردم باید بدانند که کارگزاران نظام چه تصمیماتی را در قبال سرنوشت زندگی آنان در دست دارند. ضمناً تصمیمات چگونه در منصه اجراء قرار می‌گیرد. نظارت بر عملکرد حکومت از جمله مکلفیت‌های اساسی شهروندان در نظام‌های دموکراتیک محسوب می‌شود. هرگاه این مکلفیت از شهروندان سلب گردد، نظام شکل دیکتاتوری و استبدادی را به خود می‌گیرد. در این صورت، خواست شهروندان نزد حکومت بی‌مفهوم است. پس در چنین وضعیت، مردم نباید تقاضای بیشتر از حکومت داشته باشند تا مجدداً اختیارات شان را به دست آرند و بر عملکرد حکومت ناظر باشند. نظارت بر عملکرد حکومت، بوسیله مجراهای مختلف قابل اعمال است. به عبارت دیگر، ابزارهای مختلف نظارتی نزد

مردم وجود دارد تا کارکرد حکومت را نقد کنند از راهپیمایی تا رسانه‌ها و پارلمان. نظارت مردم در قبال تصمیم‌گیری‌های حکومتی، نظام را از حالت تک‌گرایی به تکثرگرایی جهت می‌دهد. به گونه دیگر، بجای اینکه حکومت تصمیم‌گیری فردی داشته باشد بلکه مردمی دارد. تحت این شرایط، مردم به خواسته‌هایشان بیشتر میرسند. در افغانستان نظارت بر عملکرد حکومت به‌سختی توسط نمایندگان مردم در شورای ملی ویا مستقیم توسط مردم اعمال می‌شود و ممکن به گونه مستقیم توسط مردم حتی صورت نگیرد. ادارات دولتی از دادن اطلاعات به شهروندان خودداری می‌کنند، مردم زمانی دسترسی به بعضی از اطلاعات دارند که مقامات حکومتی یا سخنگویان‌شان کنفرانس مطبوعاتی داشته باشند. اینکه در این کنفرانس‌ها چقدر اطلاع‌رسانی دقیق صورت می‌گیرد پرسشی است که برای آن جواب ندارم. در بحث نظارت نمایندگان مردم در شورای ملی بر عملکرد حکومت همواره پرتنش بوده از یک‌سو مجلس نمایندگان بعد از استیضاح وزیر در مغایرت به انتقاد خود عمل کرده از طرف دیگر، حکومت به تصامیم مجلس نمایندگان احترام نگذاشته است. در زمان حامدکرزی داکتر سپینتا وزیر خارجه آن وقت از مجلس نمایندگان رأی رد به دست آورد اما رییس جمهورکرزی آن را موجه نخواند و وزیر خارجه را ابقا کرد که در این مورد مثال‌های زیادی وجود دارد. همان‌طور ما شاهد آن هستیم که وزرای کابینه حکومت وحدت ملی در مجلس نمایندگان استیضاح می‌شوند، وزیران که با احترام در این مجلس حضور میابند رأی به دست نمی‌آورند. ولی وزیران که حضور نمی‌یابند، همه شاهد اند رأی تائید می‌گیرند. این نوع برخورد مجلس نشان می‌دهد که ایشان بر طبق خواسته‌های مردم عمل نمی‌کنند بلکه هرآنچی خودشان لازم ببندارند، عمل می‌نمایند. علاوه برآن، وزیران که از مجلس رأی رد می‌گیرند تا دیرزمانی در رأس وزارت مربوطه قرار می‌گیرند. حتی رییس جمهور کشور موقعی که فرمان تقنینی‌اش از سوی مجلس نمایندگان در مورد مالیات مخابراتی تصویب نشد به تصمیم مجلس احترام نگذاشت و را مرعی الاجرا قرار داد. تا اکنون حکومت در مورد مالیات مخابراتی به مردم پاسخگو

نبوده که از این مجرا چقدر هزینه کرده و این پول‌ها در کجا و روی چی هدفی به مصرف می‌رسد. نمایندگان مردم در مجلس هم از شرایط نمایندگی گذشتند و در مغایرت به قانون اساسی در آنجا بسر می‌برند. از طرف دیگر، برخورد بعضی از نمایندگان با مردم نیز خوب و عادلانه نبوده و حتی از بعضی نمایندگان می‌هراسند. که در چنین فضایی، نظارت از عملکرد حکومت سنگین است. مشارکت سیاسی مردم؛ در نظارت عملکرد حکومت، به گونه مستقیم و یا غیرمستقیم در افغانستان مطابق قانون درست اعمال نمی‌شود. به عبارت دیگر، مردم از این حق خود درست بهره نمی‌برند.

احزاب سیاسی در افغانستان نیز مردمی نیست. جریان‌های سیاسی باانگیزه قومی و زبانی فعالیت دارند. در انتخاب رهبران احزاب، مردم نیز نقش ندارند. از طرف دیگر، مردم بیشتر علاقمندی به انجام فعالیت در احزاب سیاسی از خودشان نمی‌دهند. یعنی مشارکت سیاسی مردم در احزاب سیاسی فوق‌العاده ضعیف است. درحالی‌که نظام حقوقی افغانستان دارای مواد غنی جهت انجام فعالیت سیاسی است که توسط احزاب سیاسی پیگیری شود. حتی در انتخابات، مردم بیشتر حزبی فکر نمی‌کنند که برای نامزدان رای دهند بلکه بیشتر متوجه هویت قومی و زبانی و یا شناخت شخصی‌شان است که تصمیم به ابراز اراده خود می‌گیرند. که سرانجام، مردم از حق مشارکت سیاسی خود در افغانستان درست استفاده نمی‌کنند و نسبتاً بی‌تفاوت هستند.

نتیجه‌گیری

مشارکت سیاسی عبارت از فرایندی است که مردم باید در انتخاب زمامدار و نماینده‌هایشان تصمیم گیر و یا تأثیرگذار در حاکمیت ملی باشند. حقوق مشارکت سیاسی عبارت از مجموعه قواعد و مقرراتی است که حاکم بر تعیین زمامدار و یا نماینده‌های مردم و یا تشکیل احزاب سیاسی در ضمن، سایر امور سیاسی که مردم در آن مشارکت دارند، باشد. قانون اساسی افغانستان در ماده سی و سوم خود مشارکت سیاسی را به عنوان حق برای شهروندان افغانستان مطرح نموده: "اتباع افغانستان حق

انتخاب کردن و انتخاب شدن را دارا می‌باشند". در مطابقت به شرایط لازمه تحقق مشارکت سیاسی از نظر هنجاری، قانون اساسی، قانون انتخابات، قانون تشکیلات و صلاحیت کمیسیون‌های انتخاباتی، مقرر، طرزالعمل و لوایح وجود دارد که درمجموع نظام حقوقی انتخابات افغانستان را تشکیل می‌دهد. از بُعد سازمانی یا نهادهای مشارکتی، کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون شکایات انتخاباتی وجود دارد. همان‌طور در مورد اطلاعات کافی، چند مرحله حساسی از نظر اطلاع‌رسانی به مردم، مبارزات انتخاباتی جهت جذب رأی‌دهندگان توسط نامزدان زمینه‌سازی می‌شود. ساده‌ترین شکل مشارکت سیاسی رأی دادن شهروندان به احزاب، افراد و سیاست‌هاست. اشکال دیگر مشارکت سیاسی عبارتند از مبارزات انتخاباتی، اعمال نفوذ بر سیاستمداران، تشکیل گروه‌های نفوذ و احزاب سیاسی و غیره. در نظام حقوقی افغانستان دو نوع مشارکت سیاسی وجود دارد: "مستقیم غیرمستقیم". مطابق ماده چهارم قانون اساسی افغانستان: حاکمیت ملی در افغانستان به ملت تعلق دارد که به‌طور مستقیم یا توسط نمایندگان خود آن را اعمال می‌کند. نظارت بر عملکرد حکومت نیز مشمول بحث مشارکت سیاسی شهروندان محسوب می‌شود.

آنچه بزرگ‌ترین چالش برای انتخابات افغانستان محسوب می‌شود، امکانات مادی است. ظرفیت مادی برای برگزاری انتخابات نزد دولت افغانستان وجود ندارد و تکیه به کمک‌های خارجی به‌ویژه ایالات متحده امریکا می‌شود. نخستین چالش که تأثیرگذار در مؤثریت رای مردم است، هنجارهای حقوقی است. با نبود هنجارهای اساسی که اراده مردم به‌صورت سالم آن تضمین شود، اعتماد مردم نسبت به مشارکت سیاسی‌شان در انتخابات کاسته می‌شود.

به‌صورت کل چند مورد خاص می‌تواند مشارکت سیاسی شهروندان را در افغانستان توسعه دهد:

- ۱- ارتقاء سطح فرهنگ.
- ۲- اعتماد مردم نسبت به مؤثریت مشارکت‌شان.

- ۳- آگاهی دهی و اطلاع رسانی دقیق و آموزنده.
- ۴- هنجارهای حقوقی مؤثر توأم با حاکمیت قانون.
- ۵- ظرفیت و امکانات مادی.

منابع

- ۱- الهی، عبدالحی حکومت و حکومت اسلامی، کابل، بینا، سال ۱۳۷۴.
- ۲- بشیریه، حسین، آموز دانش سیاسی، تهران، مؤسسه نگاه معاصر، سال ۱۳۸۲
- ۳- پناهی، محمدحسین، جامعه شناسی مشارکت سیاسی زنان، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، سال ۱۳۸۶.
- ۴- راش، مایکل، جامعه و سیاست ترجمه؛ منوچهر صبوری، تهران، سمت، سال ۱۳۹۲.
- ۵- عبداللهی نژاد، علی رضا و دیگران، رسانه های اجتماعی و مشارکت سیاسی در انتخابات، فصلنامه مطالعات رسانه های نوین، سال دوم، شماره ۵، بهار ۱۳۹۵.
- ۶- قوام، عبدالعلی، توسعه سیاسی و تحول اداری، تهران، نشر قومس، سال ۱۳۷۱.
- ۷- قراخانی، ع، نقش سازمان های غیردولتی در تقویت مشارکت اجتماعی (مطالعه NGOS شهر تهران)، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۲.
- ۸- کائوتری، هوئین و دیگران، مشارکت در توسعه، ترجمه: هادی غبرایی و داود طبایی، تهران، انتشارات روش، سال ۱۳۷۶.
- ۹- لاگین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، تهران، انتشارات نی، سال ۱۳۸۸.
10. Lester W. Milbrath. political participation, Rand Mc. Nally college publishing company, 1977, P.2.
11. Dababneh, Abeer Bashier (2012). "Jordanian Women's Political Participation: Legislative Status and Structural Challenges", European Journal of Social Sciences, Vol.27 No.2: PP 213-221.
- ۱۲- قانون اساسی مصوب ۱۳۸۲.
- ۱۳- قانون انتخابات، ۱۰ حوت سال ۱۳۸۸، نمبر مسلسل جریده رسمی ۱۰۱۲.
- ۱۴- قانون احزاب سیاسی، ۱۵ سنبله ۱۳۸۸، نمبر مسلسل جریده رسمی ۹۹۶.
- ۱۵- قانون اجتماعات، اعتصابات و تظاهرات در افغانستان، مصوب ۱۳۸۱.
- ۱۶- اعلامیه جهانی حقوق بشر
- ۱۷- میثاق های بین المللی حقوق مدنی و سیاسی.
- ۱۸- میثاق های بین المللی اقتصادی و اجتماعی.
- ۱۹- منشور سازمان ملل متحد.

حمایت جزایی از محیط زیست در کود جزای افغانستان

فرید احمد فخر عطایی

چکیده

محیط زیست در کشور و حمایت از آن امر مهم بوده و بی توجهی به این امر سبب مشکلات عدیده ای از قبیل شیوع امراض مهلک و خطرناک در میان انسان ها، حیوانات و حتی نباتات می گردد. حفاظت محیط زیست یکی از مکلفیت های مردم بوده و ایجاب می نماید که دولت ها نیز به منظور حمایت از محیط زیست قوانین را وضع و به منصفه اجرا قرار دهند تا بتواند مواردی را که باعث خطر جدی علیه محیط زیست شناخته می شود از طریق وضع مؤیدات جزایی هر چه بیشتر باعث حمایت و جلوگیری از

تخلفات جرمی علیه محیط‌زیست گردند در کشور ما دولت در قسمت حمایت و محافظت از محیط‌زیست گام‌های عملی را برداشته و از طریق ایجاد اداره محیط‌زیست و وضع قوانین در این راستا سعی به عمل آمده تا از این طریق مشکلات محیط‌زیستی را حل نمایند اما تا اکنون فعالیت‌های این اداره محسوس نبوده روزبه‌روز وضعیت محیط‌زیستی در کشور بدتر شده می‌رود.

با نظر داشت موارد بالا موجودیت قوانین شکلی بسنده نبوده ایجاب می‌نماید که در این عرصه تخطی‌ها به حیث جرم شناخته شده و برای آن مجازات تعیین گردد تا باشد که از یک طرف جلو خودسری و بی‌توجهی‌های اشخاص گرفته شده و از طرف دیگر تضمینی باشد برای محیط‌زیست پاک، صحتی و عاری از هر نوع آلودگی.

طوری که در عنوان مقاله گفته آمدیم هدف مقاله حاضر در ارتباط به موضوع جرایم و مجازات محیط‌زیستی است که در این مقاله سعی به عمل آمده تا اولاً محیط‌زیست تعریف سپس جرم محیط‌زیستی تعریف گردد و هکذا تاریخچه محیط‌زیست از نظر اسناد تقنینی در کشور مورد بررسی قرار گرفته و جایگاه جرایم محیط‌زیستی در کود جزاء مشخص خواهد گردید و ارزیابی موضوعات جرمی و مجازات آن به اساس طرح کود جزا از بدنه اصلی تحقیق حاضر به شمار می‌رود.

کلیدواژه‌ها

جرایم، مجازات، زیست محیطی، کود جزا.

مقدمه

محیط‌زیست به محیطی گفته می‌شود که بشر مجبور به زندگی در آن بوده و شامل اطراف ما است محیط‌زیست به دو شکل تبارز می‌نماید یکی محیط که طبیعی بوده و بدون دخالت انسان‌ها که از طرف خداوند ج خلق شده است مانند کوه‌ها، تپه‌ها، دریاها، جنگلات اما محیط‌زیست که انسان‌ها به نحوی از انحا مؤجد آن بوده چنانچه غرس نهال‌ها که باعث ایجاد جنگل می‌گردد. و یا ایجاد تپه‌های مصنوعی از طریق

خاک‌برداری از یکجا به جای دیگر، از اینکه بحث موردنظر ما در رابطه به جرایم محیط‌زیستی است باید اذعان نمود که پدیده جرمی علیه محیط‌زیست در کشورها عموماً به منظور کسب منفعت‌های مادی آغاز گردیده است، این امر سبب ایجاد جرایم محیط‌زیستی شده است و کشورها به منظور جلوگیری از تخریب محیط‌زیست و جبران خسارات وارده از چنین جرایم ناگزیر به اقدامات تقنینی ازجمله مواردی مهم آن را جرم‌انگاری نموده‌اند.

گفتار اول: تعریف محیط‌زیست

برای این واژه دو نگرش ایجاد شده است: یک نگرش این است که عنوان محیط‌زیست از دو کلمه محیط و زیست ترکیب یافته است که در فارسی به معنای جایگاه و محل زندگی است. این عنوان از نظر لغت مواردی هم چون آلودگی هوا، راه‌های جلوگیری از تخریب طبیعت و... را شامل نمی‌شود، اما امروزه مفاهیم گوناگون را از آن ارایه می‌نمایند مثل آب‌وهوا، جنگل، کوه، حقوق حیوانات و پرندگان، راه‌های جلوگیری از آلودگی هوا، راه‌های مبارزه با عوامل مخرب طبیعت و ... محیط‌زیست در اصطلاح به کلیه عوامل تهدیدکننده یا بهبود بخش محیط زندگی اطلاق می‌شود^۱.

اما نگرش بعدی بیانگر این است که چیزی به نام محیط وجود ندارد و این واژه یک معنای نسبی به مفهوم پیرامون دارد، همان‌طور که از مشتقات واژه با مراجعه به کتاب لغت پیدا است، این واژه یک معنای نسبی به مفهوم پیرامون دارد یعنی چیزی که توسط پیرامون خود محاط شده است. موردی که در اینجا مهم قلمداد می‌شود این است که بدانیم، منظور ما از محیط‌زیست کدام موجود است این موضوع اهمیت دارد زیرا آنچه

^۱ اصغری، لمفجانی صادق، مبانی حفاظت از محیط‌زیست در اسلام، دفتر نشر فرهنگ اسلامی و سازمان حفاظت محیط‌زیست، ۱۳۸۷.

وضعیت یک محل را برای زیست یک نوع موجود زنده بهبود می‌بخشد می‌تواند محیط‌زیست یک موجود دیگر را تباہ کند. حال درمجموع باید گفت، محیط‌زیست عبارت است از آنچه فرآیند زیستن را احاطه کرده، آن را در خود فروگرفته و با آن درکنش متقابل قرار دارد. با توجه به این تعریف آیا می‌توان مرزهای مشخصی برای محیط‌زیست تعیین نمود آیا فرایند حیات بدون استفاده از هوا و خاک میسر است آیا بدون بهره‌برداری منطقی از خاک، می‌توان مواد غذایی تولید نمود و امکان تغذیه سالم جمعیت رو به تزاید را فراهم ساخت؟

بدین ترتیب مشاهده می‌شود که محیط‌زیست همه‌چیز را دربرمی‌گیرد. هم انسان و هم طبیعت و هم رابطه این دو را شامل می‌شود. در کلیه فعالیت‌های بشر تاثیر داشته و نیز از آن متاثر می‌شود. محیط یک موجود زنده عبارت است از فضایی که موجود زنده را احاطه کرده و از طریق روابط متقابل گوناگون با آن در تماس قرار دارد. به بیان دیگر، محیط را می‌توان مجموعه عوامل جاندار و بی‌جانی دانست که در یک فضای مشخص و در زمانی معین موجود زنده را تحت تاثیر خود قرار می‌دهند. البته پدیده‌های غیرزنده نیز می‌توانند دارای محیط باشند، لیکن فاقد محیط‌زیست‌اند. در صورتی که موجود زنده از مکانی به مکان دیگر تغییر وضعیت دهد، محیط آن موجود تغییر می‌یابد مانند حرکت از محیط خانه به خیابان، محیط پارک، محیط اداره. لیکن کلیه این حرکات و جابجایی‌ها در محدوده محیط‌زیست صورت می‌گیرند، زیرا مفهوم محیط‌زیست، چه از نظر لغوی و چه از لحاظ واقعیت آن، دربرگیرنده کل فضای حیاتی کره خاکی است. به بیان دیگر این محیط‌زیست است که، در درون خود محیط‌های گوناگون را جا داده است. با توجه به سیمای متنوع سطح کره خاکی و نیز طیف وسیع مسائل زیست‌محیطی، بایستی سعی گردد، تا تعاریفی کاربردی برای محیط‌زیست ارائه شوند. بدین منظور می‌توان، آنچه را که ما را احاطه کرده، بر ما تاثیر می‌گذارد و از ما تاثیر می‌پذیرد، بر سه بخش کلی تقسیم نمود:

۱ (محیط طبیعی)

۲ (محیط اجتماعی)

۳ (محیط مصنوعی)

در حالی که در تقسیم‌بندی‌های تئوریک مانند آنچه در بالا آمده سعی در تفکیک محیط‌زیست در بخش‌های مختلف (ولی همگون و متجانس) می‌شود، در عمل تفکیک این محیط‌ها از یکدیگر غیرممکن است.^۱

گفتار دوم: تاریخچه جرم‌انگاری جرایم محیط‌زیستی

گرچه قبل از انفاذ کود جزا قوانین و مقررات محیط‌زیستی نافذ در افغانستان تخلفاتی زیست‌محیطی را به صورت واضح، همه‌جانبه جرم‌انگاری نه نموده‌اند، قانون اساسی افغانستان در ماده پانزدهم این موضوع را مهم تلقی نموده، به آن چنین پرداخته است ((دولت مکلف است در مورد حفظ و بهبود جنگلات و محیط‌زیست تدابیر لازم اتخاذ نماید)). قانون جزای سال ۱۳۵۵ در مورد جرایم محیط‌زیستی احکام مشخصی در نظر نگرفته است به تاسی از ماده پانزدهم قانون اساسی افغانستان یک سلسله اقدامات تقنینی در رابطه به محیط‌زیست در کشور صورت گرفته است که از جمله می‌توان از قانون محیط‌زیست در افغانستان یادآوری نمود، قانون مذکور به صورت بسیار محدود تحت عنوان مجازات در ماده هفتم به این امر پرداخته و برخی تخلفات زیست‌محیطی را جرم‌انگاری نموده و برایش مجازات پیش‌بینی نموده است به طور مثال فقره (۱) ماده مذکور برای متخلفینی که به صورت عمدی از شرایط مندرج جواز نامه، اجازه‌نامه و اوامر صادره مندرج قانون مذکور تخطی نمایند به جزای حبس متوسط محکوم می‌گردند فقره (۲) ماده مذکور در قسمت انجام عمل به صورت غیرعمدی صراحت داشته و برای مرتکبین آن حبس شش ماه یا جزای نقدی معادل خساره وارده را

^۱ صالح ولیدی، محمد، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، نشر میزان پاییز ۱۳۷۶، چ ۱ تهران

پیش‌بینی نموده است، هکذا فقره‌های (۳ و ۴) ماده هفتم و مواد ۷۱، ۷۲ و ۷۳ قانون متذکره^۱ برای متخلفین زیست‌محیطی جریمه‌های نقدی و جبران خساره متناسبی را در نظر گرفته است. به هر صورت تاریخچه اسناد تقنینی که در ارتباط به محیط‌زیست در کشور تدوین گردیده است می‌توان طور ذیل برشمرد:

- ۱- قانون محیط‌زیست منتشره جریده رسمی شماره (۸۷۳) سال ۱۳۸۴، لغو شده.
- ۲- قانون محیط‌زیست منتشره جریده رسمی شماره (۹۱۲) سال ۱۳۸۵.
- ۳- مقررہ کاهش و جلوگیری آلودگی صوتی منتشره جریده رسمی شماره (۱۲۱۰) سال ۱۳۹۵.
- ۴- مقررہ بستر و حریم منابع آب منتشره جریده رسمی شماره (۱۱۸۷) سال ۱۳۹۴.
- ۵- مقررہ نظارت و کنترل کیفیت منابع آب منتشره جریده رسمی شماره (۱۲۱۲) سال ۱۳۹۵.
- ۶- قانون آب منتشره جریده رسمی شماره (۹۸) سال ۱۳۸۸ و تعديلات آن منتشره جریده رسمی شماره (۱۲۰۶) سال ۱۳۸۶.
- ۷- مقررہ اثرات محیط‌زیستی منتشره جریده رسمی شماره (۹۳۹) سال ۱۳۸۶.
- ۸- مقررہ کنترل مواد مخرب لایه اوزون منتشره جریده رسمی شماره (۸۹۴) سال ۱۳۸۵.
- ۹- مقررہ کاهش و جلوگیری از آلودگی هوا منتشره جریده رسمی شماره (۹۹۱) سال ۱۳۸۲.

^۱ قانون محیط‌زیست منتشره جریده رسمی شماره (۹۱۲) سال ۱۳۸۵.

گفتار سوم: ارکان جرم، شرایط و مجازات آن

مبحث اول: رکن مادی

حقوقدانان حقوق جزا تحقق رکن مادی جرم را بر حسب نوع آن وابسته به وجود اجزا و ارکان مختلف می‌دانند به نظر برخی از آنان مهم‌ترین این اجزا عبارت‌اند از:^۱

مطلب اول: رفتار مجرمانه

الف- ارتکاب فعل، توأم با حرکت از سوی فاعل است که بر اثر آن جرم به وجود می‌آید، گاهی عناصر مادی جرم خود فعل است با قطع نظر از نتیجه آن. طور مثال ماده ۸۱۱ کود جزا

در رابطه به ارتکاب عمل چنین تصریح نموده است هرگاه شخصی مواد نفتی یا گاز مایع بی کیفیت را بدون در نظر داشت معیارهای اداره ستندرد، تولید یا توزیع نماید به حبس قصیر محکوم می‌گردد^۲ این ماده ارتکاب فعل را جرم انگاری نموده است هکذا در رابطه به ارتکاب فعل اکثر مواد مربوط به باب جرایم محیط‌زیستی احکام مشخصی را پیش‌بینی نموده است.

مطلب دوم: ترک فعل

همان‌طوری که قبلاً اشاره شد، قانون‌گذار در برخی موارد تکالیفی را از شهروندان می‌خواهد و در صورت عدم انجام این تکالیف از سوی فرد مکلف، وی به خاطر امتناع این مکلفیت مجازات می‌گردد. چنانچه در ماده ۸۱۰ کود جزا باب مربوط به جرایم محیط‌زیستی تحت عنوان عدم رعایت قواعد محیط‌زیست شخص به خاطر امتناع از عمل مورد مجازات قرار داده است طوری که فقره (۱) ماده مذکور چنین تصریح می‌دارد:

^۱ علامه، غلام حیدر، حقوق جزای عمومی افغانستان، نشر انتشارات دانشگاه ابن سینا، بهار ۱۳۹۳، چ ۱ کابل.

^۲ وزارت عدلیه، کود جزا منتشره جریده رسمی شماره (۱۲۶۰) سال ۱۳۹۶.

۱- شخصی که امر منع یا حکم مبنی بر رعایت احکام قانون حفاظت محیط زیست را عمداً تعميل نه نماید، به حبس قصير يا جزای نقدی از سی هزارتا شصت هزار افغانی محکوم می گردد.

هكذا جزء ۴ همین ماده نیز در مورد امتناع عمدی چنین تصریح می دارد:

۴- شخصی که از اجراءات تنفیذ صلاحیت ها یا انجام وظایف قانونی مفتش، عمداً ممانعت نماید به جزای که در ماده مذکور ذکر گردید محکوم می گردد.

مطلب سوم: نتیجه مجرمانه

در بسیاری از جرایم عمدی برای آنکه عملی جرم شناخته شود، بایست از اثر ارتکاب آن ضرر عاید گردیده باشد که این نوع جرایم را جرایم مقید نیز گویند و در صورتی که جرم کدام ضرر را متوجه دیگران نسازد در این حالت این عمل جرم پنداشته نمی شود اما بعضاً جرایم عمدی این طور نیست بدون اینکه ارتکاب عمل ضرر را به دیگری وارد سازد یا نسازد جرم واقع می شود که این نوع جرایم را جرایم تام یا مطلق نیز می گویند. اکثر جرایم محیط زیستی عمدی هستند و هردو شکل را در بر می گیرند به عبارت دیگر در برخی از این جرایم، جرم وقتی محقق می شود که در نتیجه وقوع آن، ضرر و خسارتی نیز به وجود آمده باشد، یعنی جرمی که واقع می شود، جرم زیست محیطی مقید است زیرا برای شکل گیری آن لازم است که نتیجه مجرمانه حاصل شود. در رابطه به جرایم زیست محیطی مقید قانون گذار در کود جزا باب جرایم محیط زیستی احکام متعدد را پیش بینی نموده است که به گونه مثال چندی از مواد مرتبط را مورد بحث قرار می دهیم:

در ماده ۸۰۷ پخش یا مخلوط نمودن مواد مضره یا مواد آلوده کننده را در آب، خاک، هوا یا زمین که به انسان یا سایر موجودات زنده، گیاهان یا بناها مضر باشد، جرم انگاری شده و برای مرتکب آن مجازات حبس متوسط پیش بینی گردیده است، در واقع این یک جرم محیط زیستی بوده و جرم مطلق به شمار می رود اما در فقره (۲) ماده

مذکور جرم انگاری از نقطه نظر جرم محیط زیستی مقید یا نتیجه مجرمانه مطرح بحث می گردد. چنانچه به اساس فقره مذکور اگر جرم مندرج فقره (۱) این ماده منجر به صدمه جسمی یا روحی یا مرگ شخص گردد، مرتکب علاوه بر حبس طویل به جزای جرم مرتکبه، نیز محکوم می گردد. ویا ماده ۸۰۸ نیز از نوع جرایمی بشمار می رود که در آن نتیجه مجرمانه مطمع نظر است چنانچه به اساس ماده مذکور در صورتی که بالاثر تخطی یا عدم رعایت شرایط جواز نامه، اجازه نامه یا اجازه صادر شده یا سایر شرایطی که از طرف اداره ملی حفاظت محیط زیست به حیث ستندرد وضع گردیده است به محیط زیست تأثیرات سوء وارد گردد، مرتکب متناسب با تأثیرات سوء وارده، به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد و هشتاد هزار محکوم می گردد. طوری که در ماده مذکور دیده می شود موضوع وارد نمودن تأثیرات سوء به محیط زیست مدنظر قانون گذار بوده است.

مطلب چهارم: رابطه سببیت

یعنی میان فعل شخص و نتیجه مجرمانه رابطه علت و معلولی وجود داشته باشد در جرایم مقید یکی از اجزای عنصر مادی آن ها را رابطه علیت تشکیل می دهد، یعنی نتیجه مجرمانه ای که حاصل شده است را به هرکسی که بتوان نسبت داد او مجرم خواهد بود و اوست که جرم و این نتیجه حاصله را مرتکب شده است بنابراین وجود چنین رابطه در این نوع جرایم (مقید) لازم است. کود جزا افغانستان رابطه سببیت را ذیل تعریف نموده است:

«رابطه سببیت عبارت از موجودیت رابطه متعارف میان عمل جرمی و نتیجه آن است.»^۱

^۱ وزارت عدلیه، جریده رسمی شماره (۱۲۶۰) کود جزا ماده ۳۶.

بناً برای جرم شناختن و اعمال مؤیدات جزایی ناشی از جرایم محیط‌زیستی
موجودیت رابطه سببیت ضروری پنداشته می‌شود.

مطلب پنجم: موضوع جرم

بخش دیگری که در عنصر مادی جرایم محیط‌زیستی مانند دیگر جرایم وجود دارد
موضوع جرم است، هرچند جرایم زیست‌محیطی دارای یک مفهوم عام و کلی مانند
جرم آلودگی محیط‌زیست و یا تهدید بهداشت عمومی هستند، ولی از آنجاکه هرکدام
آن‌ها یک یا چند مورد از ابعاد و اجزای گوناگون محیط‌زیست را شامل می‌شوند،
بنابراین موضوع هریک از آن‌ها نیز در اجزا با یکدیگر متفاوت خواهد بود. مانند ماده
۸۰۸ کود جزا که چنین تصریح می‌دارد: هرگاه از اثر تخطی یا عدم رعایت شرایط جواز
نامه، اجازه‌نامه یا اجازه صادرشده یا سایر شرایطی که از طرف اداره ملی حفاظت
محیط‌زیست به حیث ستندرد وضع گردیده است، به محیط‌زیست تأثیرات سوء وارد
گردد، مرتکب متناسب با تأثیرات سوء وارده، به حبس متوسط تا سه سال یا جزای
نقدی از شصت هزار تا یکصد و هشتاد هزار افغانی، محکوم می‌گردد.

طوری که در ماده فوق دیده می‌شود، عدم رعایت شرایط جواز نامه، اجازه‌نامه یا
اجازه صادرشده موضوع اصلی جرم مذکور را تشکیل می‌دهد، طور مثال ماده ۸۱۱
کود جزا در مورد چنین تصریح می‌دارد: شخصی که مواد نفتی یا گاز مایع بی‌کیفیت را
بدون در نظر داشت معیارهای اداره ملی ستندرد، تولید یا توزیع نماید، علاوه بر
مصادره مواد نفتی بی‌کیفیت، به حبس قصیر محکوم می‌گردد.

مبحث دوم: رکن معنوی

اراده شخص مبنی بر ارتکاب جرم یا به عبارتی دیگر ارتباط ذهن انسان با عمل
ارتكابی است کود جزا در ماده ۳۸ عنصر معنوی را شامل قصد جرمی، علم و آگاهی
به جرم و نتیجه آن یا خطای جرمی دانسته است.

مطلب اول: قصد رفتار مجرمانه

قصد جرمی سوق دادن اراده فاعل به ارتکاب فعلی است که جرم را به وجود می آورد چه نتیجه جرم موردنظر باشد یا وقوع جرم دیگر. به طور مثال در ماده ۸۱۰ کود جزا چنین تصریح گردیده است: شخصی که امر، منع یا حکم مبنی بر رعایت احکام قانون حفاظت محیط زیست را عمداً تعویل نه نماید، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی محکوم می گردد. در اینجا دیده می شود که شخص اراده خود را به منظور ارتکاب جرم سوق می دهد و انهم عدم تعویل عمدی احکام قانون حفاظت محیط زیست.

مطلب دوم: قصد و نتیجه مجرمانه

در اینجا شخص هم چنان اراده ارتکاب فعل را داشته و هم حصول نتیجه مجرمانه را قصد عموماً به دو بخش تقسیم می شود قصد معین که اراده مرتکب متوجه فعل معین باشد که مرتکب فعل نتیجه مشخص را در ذهن داشته باشد، و قصد غیر معین و آن عبارت از حالتی است که شخص مرتکب عمل جرمی گردیده باشد بدون در نظر داشت نتیجه آن باشد.

در مورد قصد معین مثلاً می توان گفت که، شخص که درخت یا ساحه سبز متعلق به اماکن عامه را قطع یا تخریب نماید در این حالت موضوع عمد و نتیجه جرمی مطرح بحث است که هر دو حالت در اینجا مطرح می شود، قطع نمودن درختان عمد بوده و نتیجه عمل جرمی در اینجا به دست آوردن چوب درختان و خراب شدن محیط زیست است. این موضوع در ماده ۸۱۲ کود جزا تصریح یافته و برای مرتکب آن جزای نقدی و حبس قصیر پیش بینی گردیده است.

مثال: در مورد قصد غیر معین، قصد غیر معین زمانی مطرح می گردد که اراده مرتکب متوجه نتیجه معین نباشد یعنی مرتکب قصد عمل معین یا نتیجه معین را نداشته باشد، مثلاً افراد یک شرکت مواد فضول خویش را در پهلوی نهری که در آنجا

در حرکت است می‌اندازد بدون در نظر داشت اینکه از این کار آن‌ها چی کسانی ضرر می‌بینند.

جز اول: علم

آگاهی و عالم بودن به عمل خلاف قانون از جمله رکن معنوی بشمار می‌رود و به این مفهوم است، که شخصی مرتکب عمل جرمی می‌گردد، علم و آگاهی داشته باشد که رفتاری را که وی انجام می‌دهد خلاف احکام قانون است.

الف - علم به موضوع:

اساساً موضوع آگاهی از جرم اصل مهم بشمار می‌رود شخصی که عملی را انجام می‌دهد که جرم باشد علم به غیرقانونی بودن آن را داشته باشد چه اگر عملی را که انجام می‌دهد نداند که آیا جرم است یا نه در این صورت موضوع عدم آگاهی مطرح بحث می‌گردد، روی این ملحوظ در بیشتر از قوانین علم به احکام قانون را یک اصل پذیرفته شده قبول نموده‌اند، چنانچه در قانون اساسی کشور اصل بر آگاهی از احکام قانون است و بی‌خبری از احکام قانون عذر پنداشته نمی‌شود، به همین سبب است که قوانین جزایی قبل از اینکه نافذ و مرعی الاجراء گردد به نشر می‌رسد تا تمامی مردم از احکام جزایی آن آگاهی پیدا نماید چنانچه کود جزا نه ماه قبل از نافذ شدن در جریده رسمی در وبسایت وزارت عدلیه نشر گردید.

علم به موضوع در جرایم محیط‌زیستی نیز ناشی از داشتن آگاهی از موضوع جرم است که این موضوع گاهی آلوده ساختن محیط‌زیست توسط انجام بعضی از اعمال که آنرا قانون جرم پنداشته است و گاهی هم امتناع از انجام اعمال که باعث رفتار مجرمانه شخص می‌گردد.

ب- علم به اجزای رکن مادی اگر غیر عمدی باشد.

جز دوم: خطا

خطا، عمل جرمی خطا عبارت از اهمال، بی احتیاطی، غفلت یا عدم رعایت قوانین و مقررات بوده که فاعل نتایج عمل خود را پیش بینی نکرده باشد. به طور مثال ماده ۸۱۴ کود جزا، انداختن مواد سمی یا مکروبی در چاه یا مخزن آب را جرم انگاری نموده مجازات آن در جرمی که به سبب خطا صورت گرفته باشد، به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا یک صد و بیست هزار افغانی، است.

۱- سهل انگاری:

منظور از سهل انگاری آن است که شخص در اعمال که باید انجام دهد سستی نموده و در نتیجه این سهل انگاری جرم واقع شود طور مثال ماده ۸۰۹ کود جزا، مؤلفی توزیع جواز نامه، اجازه نامه، مفتش یا نظارت کننده بر اجراءات امور محیط زیستی، که در اجراءات خود مرتکب اهمال و غفلت شود به مجازات حبس قصیر یا جزای نقدی از ده هزار تا شصت هزار افغانی محکوم نموده است.

۲- بی مبالاتی: همانا بی احتیاطی بوده که در جرایم ترک فعل مصداق پیدا می کند به طور مثال بعضی از اشخاص مکلف به انجام عملی هستند تا خطری برای دیگران به وجود نیاید اما در اثر همین بی مبالاتی جرم به وجود آید کود جزا کشور در رابطه به جرایم محیط زیست مواردی را که جرم از اثر بی مبالاتی رخ داده باشد به صورت جرم خطا تصریح نموده است چنانچه فقره (۳) ماده ۸۱۴ مرتکب انداختن مواد سمی، مکروبی، یا سایر اشیای مضر به صحت عامه در چاه، مخزن آب، ذخیره خانه عمومی یا سایر اشیای که به منظور استعمال عامه تهیه شده حیات یا اموال مردم را به خطر مواجه سازد، و عمل وی از روی خطا باشد، مجازات آن حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا یک صد و بیست هزار افغانی تعیین گردیده است.

گفتار چهارم: مجازات

از آنجائی که تدابیر حمایتی، حفاظتی و پیشگیرانه بیشتر و بهتر در جلوگیری از وقوع جرایم زیست محیطی موثر واقع نشد و محیط زیست در افغانستان همواره تخریب و آلوده گردید حتی میزان این آلودگی‌ها به قیمت جان و مال مردم تمام گردیده و آسیب‌های فراوانی را عاید حال مردم ما کرده قانون‌گذار ناگزیر گردید تا از شیوه‌ها و روش‌های جزایی کار گرفته و به حمایت از محیط زیست پردازند تا خواسته باشد با ارایه پاسخ‌های جزایی اقدام مؤثر تری در حمایت از محیط زیست نماید. مجازات برای مرتکبین آن تعیین گردید گرچه در حقوق جزا اصل بر این است که هر عمل نباید جرم انگاری گردد به این مفهوم که راه‌حل‌های دیگری را در زمینه قبل از جرم انگاری جستجو نمود و بعد از تطبیق تدابیر پیشگیرانه هرگاه نتیجه موثر به دست نیامد در این صورت برای حل معضل آخرین راه‌حل مجازات باید در قانون پیش‌بینی گردد. در این اواخر خوشبختانه در رابطه به حمایت از محیط زیست علاوه بر شرایط تدابیر وقایوی دیگر جرایم و مجازات در عرصه محیط زیست در کود جزا پیش‌بینی گردیده است که در این ارتباط می‌توان روی سه موضوع بحث نمود:

مبحث اول: جزاهای حبس

هرگاه به فصل مربوط به محیط زیست مندرج کود جزا مراجعه گردد دیده می‌شود که برای مرتکبین جرایم محیط زیستی نظر به شدت و خفت جرایم مرتکبه و بانظر داشت حالات ارتکاب جرم، حبس‌های مختلف تصریح گردیده است هرگاه از خفیف‌ترین آن‌ها بحث گردد دیده می‌شود که در فصل مذکور از حبس قصیر شروع شده و به اعدام که شدیدترین مجازات است ختم گردیده است و هکذا در برخی از موارد به مواد مرتبط به جرایم مرتکبه ارجاع نیز شده است به‌طور مثال در فقره‌های (۲) مواد ۸۰۷ و ۸۱۷ در مواد مذکور مرتکبین علاوه بر مجازات محیط زیستی به مجازات عمل جرمی که در نتیجه آن به شخص ضرر وارد می‌گردد نیز محکوم

می‌گردد. هکذا در بعضی موارد در فصل مربوط به جرایم و مجازات محیط‌زیستی با نظر داشت میزان جرم ارتكابی حبس متوسط، طویل، دوام نیز تصریح گردیده است، قابل یادآوریست که مطابق ماده ۱۴۶ کود جزا حبس به، حبس قصیر، حبس متوسط، حبس طویل، حبس دوام درجه ۲ و حبس دوام درجه ۱ تقسیم‌بندی شده است و به اساس ماده ۱۴۷ کود مذکور مدت‌های حبس قرار ذیل است:

الف- حبس قصیر از سه ماه تا یک سال.

ب- حبس متوسط بیش از یک سال تا پنج سال.

ج- حبس طویل بیش از پنج سال تا شانزده سال.

د- حبس دوام درجه ۲ بیش از شانزده سال تا بیست سال.

هـ- حبس دوام درجه ۱ بیش از بیست سال تا سی سال.

مبحث دوم: جزاهای نقدی

قبل از اینکه روی مواردی جزای نقدی که در فصل جرایم محیط‌زیستی در کود جزا درج گردیده است بحث نمایم لازم می‌دانم که تعریف از جزای نقدی داشته باشیم کود جزای افغانستان از جزای نقدی چنین تعریف نموده است:

جزای نقدی عبارت از مکلف ساختن محکوم علیه به پرداخت مبلغ محکوم بها به خزانه دولت.

هکذا به اساس ماده ۱۴۰ کود مذکور در رابطه به نوعیت جزای نقدی و حداقل آن تصریح می‌دارد که جزای نقدی به پول افغانی تعیین می‌شود و حداقل آن از پنج هزار افغانی کمتر نیست.

جزای نقدی در جرایم محیط‌زیستی گاهی به حیث بدیل حبس تصریح گردیده است گاهی به حیث مجازات مستقل و گاهی هم در بعضی جرایم در پهلوی جزای حبس، جزای نقدی نیز مرتکب محکوم گردیده است.

- مواردی که جزای نقدی به حیث بدیل حبس ذکر گردیده است می‌توان در مواد (۸۰۸، ۸۰۹، ۸۱۰، فقره (۳) ماده ۸۱۴، ۸۱۵، فقره‌های (۱ و ۳) ماده ۸۱۶، فقره (۱) ماده ۸۱۷ و فقره (۱) ماده ۸۱۸ نام برد.
- مواردی که جزای نقدی به حیث مجازات مستقل برای مرتکب پیش‌بینی گردیده است می‌توان از مواد ۸۱۲، ۸۱۳، ۸۱۹ و ۸۲۱ نام برد.
- مواردی که جزای نقدی علاوه بر جزای حبس تصریح یافته است. می‌توان از فقره (۳) ماده ۸۱۶ فقره (۲) ماده ۸۱۸، نام برد.

مبحث سوم: جبران خساره

هرگاه احکام کود جزا در مجموع مورد مطالعه قرار گیرد دیده می‌شود که در ارتباط به جبران خساره دو روش استفاده گردیده است در بعضی مواد به جبران خساره نیز حکم صورت گرفته است و در بعضی موارد اشاره به جبران خساره وارده صورت نگرفته است، که جرایم محیط‌زیست نیز از نوع دوم بشمار می‌رود اما نکته قابل تأمل در اینجا است که ماده ۱۴ کود جزا در رابطه به موضوع جبران خساره چنین تصریح نموده است:

(۱) شخصی که مطابق احکام این قانون مجازات می‌شود، اگر از طریق جرم، مالی را به دست آورده باشد، به رد عین مال و اگر مال موجود نباشد، به رد مثل یا قیمت آن، به مالک محکوم می‌گردد.

(۲) شخصی که به اثر ارتکاب جرم خساره‌یی را وارد ساخته باشد، علاوه بر مجازات معینه قانونی، به جبران خساره وارده اعم از مادی و معنوی، نیز محکوم می‌گردد. این حکم در مواردی نیز تطبیق می‌شود که قانون صریحاً به جبران خساره حکم نکرده باشد.

با نظر داشت احکام ماده فوق می‌توان گفت که هرگاه در احکام کود جزا به محکومیت جبران خساره حکم نگردیده باشد، فقره (۲) ماده ۱۴ موضوع را حل نموده

است. در صورتی که در کود جزا در مورد جبران خساره نیز حکم صورت گرفته باشد، تکرار احسن است.

نتیجه گیری:

آلودگی محیط‌زیستی امروزه به یک چالش جهانی مبدل گردیده است که هر لحظه حیات انسان‌ها و تمامی موجودات زنده را شدیداً تحت تهدید قرار داده است به همین منظور است که امروز جهانیان به خاطر مبارزه علیه این آلودگی به صورت مشترک دارند تدابیر پیشگیرانه و معالجوی را در سطح جهانی از طریق منعقد ساختن کنوانسیون‌های جهانی و چندین جانبه اتخاذ می‌نمایند و کشورها نیز به تبعیت از کنوانسیون‌های متذکره جهت مصئون ماندن از اضرار محیط‌زیستی همیشه تلاش ورزیده‌اند تا با این معضل مبارزه نمایند.

افغانستان نیز مانند سایر کشورها درین عرصه یک سری اقدامات را روی دست گرفته که این اقدامات شامل اقدامات غیر کیفری، از قبیل ایجاد اداره محیط‌زیست، آگاهی دهی عامه در مورد آلودگی محیط‌زیستی و غیره و همچنان اقدامات کیفری را نیز از قبیل جرم انگاری تمامی اعمالی که محیط‌زیست را صدمه می‌زند روی دست گرفته است.

چون موضوع مقاله حاضر روی حمایت‌های کیفری محیط‌زیست است بناً در قسمت حمایت کیفری محیط‌زیست می‌توان گفت که افغانستان را از منظر قانون‌گذاری می‌توان به دو دوره کلی تقسیم نمود. دوره اول قانون‌گذاری که از سال ۱۳۵۵ آغاز الی ۱۳۹۵ ادامه یافت و دوره دوم که از سال ۱۳۹۵ آغاز الی اکنون ادامه دارد.

در مورد حمایت کیفری از محیط‌زیست در دوره اول قانون‌گذاری احکام جزائی مشخص به ندرت دیده می‌شود، چون در آن زمان خطرات محیط‌زیستی و آلودگی آن نیز کمتر از امروز وجود داشت بناً مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته بود. اما در دوره دوم قانون‌گذاری که از سال ۱۳۹۵ آغاز گردید نخستین قدمی که در عرصه جزائی

برداشته شد توحید تمامی احکام جزائی قوانین پراکنده بود که تحت عنوان کود جزا جمع‌آوری شد قابل ذکر است که کود مذکور جرایم محیط‌زیستی را برای اولین بار در افغانستان مورد حمایت جزایی گسترده قرارداد و احکام جزائی جرایم محیط‌زیستی در کود جزا از مواد (۸۰۷) تا (۸۲۰) پیش‌بینی گردیده که در کل اعمال علیه محیط‌زیست در آن جرم انگاری شده است.

در مورد جرم انگاری اعمال علیه محیط‌زیست کود جزای افغانستان با در نظر گرفتن اصل رعایت تناسب جرم و جزا در مورد، جزاهای را از قبیل جزائی نقدی، حبس و اعدام برای مجرمین این عرصه در نظر گرفته است و از سوی دیگر با در نظر داشت اهمیت موضوع و عدم جبران‌پذیری اضرار آن، قانون‌گذار آنرا در زمره جرایم مطلق شمرده است و به مجردیکه شخص مرتکب جرایم علیه محیط‌زیست گردد بدون در نظر داشت نتیجه شخص مورد نظر مورد پیگرد قانونی قرار گرفته و مجازات می‌گردد.

فهرست منابع

- ۱- اصغری، لمفجانی صادق، مبانی حفاظت از محیط‌زیست در اسلام، دفتر نشر فرهنگ اسلامی و سازمان حفاظت محیط‌زیست، ۱۳۸۷ چ ۲ تهران.
- ۲- بنان، غلام علی، محیط‌زیست انسان و جلوگیری از آلودگی آن، وزارت فرهنگ هنر، چاپ ۱ تهران.
- ۳- حیدر زاده، الهام، پیشگیری از جرایم زیست محیطی، نشر میزان بهار ۱۳۹۲ تهران.
- ۴- علامه، غلام حیدر، حقوق جزای عمومی افغانستان، نشر انتشارات دانشگاه ابن‌سینا، بهار ۱۳۹۳، چ ۱ کابل.
- ۵- صالح ولیدی، محمد، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، نشر میزان پاییز ۱۳۷۶، چ ۱ تهران.
- ۶- مشهدی، علی، بنیادهای حقوق محیط‌زیست فرانسه به انضمام ترجمه قانون محیط‌زیست فرانسه، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳، قم.
- ۷- وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره مسلسل (۱۲۶۰)، سال ۱۳۹۶ کود جزا.

استرداد مجرمین در اسناد بین الملل و حقوق جزای افغانستان

دکتر مهدی مؤمنی
سید شمس العارفین سادات

چکیده

استرداد در لغت به معنی باز پس گرفتن، درخواست بازگرداندن و پس فرستادن آمده است. در اصطلاح حقوقی، به مجموعه اقداماتی گفته می شود که برای برگردانیدن بزهکار از کشور محل سکونت به کشور محل وقوع جرم صورت می گیرد. استرداد مجرمین، سابقه خیلی قدیمی دارد و در تمام دوره های تاریخ (قرون اولی، وسطی و عصر حاضر و دوره اسلامی) نیز دیده شده است.

اصولاً همه جرایم قابل استرداد است اما در اجرای استرداد مجرمین استثنای و موانعی وجود دارد که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: قاعده عدم استرداد اتباع، جرائم سیاسی و وجود مجازات ظالمانه و ترذیلی همچون اعدام، شلاق در دولت متقاضی، که ناقض قواعد حقوق بشر محسوب می‌شوند. علاوه بر این، سایر موانع از جمله تغییر در مقررات جزایی، تشریفات زاید استرداد، عدم برقراری رابطه استرداد با سایر کشورها نیز قابل ذکر است. در دهه‌های اخیر دولت‌ها متعهد شده‌اند با انعقاد معاهدات و امضای کنوانسیون‌ها بین خود، این معضل قضائی را برطرف کنند. همچنین از طریق پولیس جنائی المللی (انترپول) می‌توانند این روند را اجرایی سازند. چنانچه وقتی دولت افغانستان استرداد متهم را از دولت خارجی درخواست نماید لوی سارنوالی دلایل و مدارک مبنی بر ارتکاب جرم را جمع‌آوری و درخواست استرداد را به وزارت امور خارجه ارائه می‌نماید.

واژگان کلیدی: استرداد مجرمین، اسناد بین‌الملل، افغانستان

مقدمه

جرم یک پدیدی شومی است که جوامع انسانی از آن متضرر می‌گردد. از اینرو برای مرتکبین جرایم در جوامع قوانین جزائی نافذ گردیده است تا مرتکبین جرایم مورد پیگرد و مجازات قانونی قرار گیرد، از یکجانب تسکین اذهان عامه گردد و از جانب دیگر اصلاح و تربیه مجدد مجرم گردد.

برای اینکه به هدف فوق دولت‌ها نایل آیند قواعد متنی را در عرصه قوانین جزائی متنی اساس گذاشته‌اند و قواعد شکلی را برای پروسیجر محاکماتی تحت عنوان اصول محاکمات جزائی (اجراآت جزائی) اساس گذاشته‌اند.

در ساحه بین‌المللی هم دولت‌ها نیاز دارند تا برای پیگرد جرایم اساسات بگذارند که توسط همین اساسات اشخاصی که مرتکب جرم می‌گردند و بعداً از مرزهای

کشورهای که محل جرم در آن موقعیت دارد به نقاط دیگر کشورها فرار می‌نمایند به خاطر اینکه مجرمین جرایم بتوانند به سهولت از تعقیب عدلی و مجازات مصون باشند در این راستا نیز قواعد وجود دارد که بین دولت‌ها به شکل دوجانبه و چندین جانبه منعقد می‌گردد و این تعهدات دولت‌ها را متعهد می‌سازند که در عرصه بین‌المللی باهم یکجا علیه پدیده شومی جرمی مبارزه نمایند.

وضعیت جهان کنونی خصوصاً در دو قرن اخیر موجب انشاء تازه‌ئی در مسیر احقاق حق و دستیابی به عدالت جهان الشمول شده است از این‌رو در قرن (۱۹) میلادی اجماعی میان صاحب‌نظران و بعضی سیاستمداران پدید آمد تا با عزمی جهانی به مبارزه علیه جرم و مجرمین موارد استرداد مجرمین در سطح جامعه جهانی داشته باشند.

استرداد مجرمین یک امر عدلی قضائی و سیاسی بوده که در تحقق آن دولت‌ها باید تعهدات بین خویش داشته باشند و تعهدات در راستای استرداد مجرمین به محاکمه و مجازات قراردادن مرتکبین تأثیری بسزایی دارد.

بخش اول

مفاهیم و کلیات

مبحث اول: مفاهیم تحقیق

هر تحقیقی از یک عده مطالب کلی و یک سلسله مفاهیم و واژگانی برخوردار است که نقش اصلی را در آن تحقیق ایفا می‌کنند. تعریف و توضیح واژگان کلیدی، مفاهیم بنیادی و طرح مسایل کلی تحقیق، زمینه‌ساز ورود به مباحث اصلی پژوهش تلقی می‌شود و موجب می‌گردد فضای دریافت مسایل اصلی به‌خوبی و شفاف آماده گردد.

۱- استرداد: استرداد از نگاه لغوی و لفظی به معنی مسترد کردن، سپردن، تسلیم کردن و غیره است.

استرداد در لغت به معنی رد کرد، خواستن، داده را واپس خواستن، باز پس خواستن، بازستاندن، واپس گرفتن و پس گرفتن است.^۱ ویا استرداد در لغت به معنی باز پس گرفتن،^۲ درخواست بازگردانیدن، بازدهی و پس فرستادن آمده است.^۳ و در اصطلاح حقوقی، به مجموعه اقداماتی گفته می‌شود که برای برگردانیدن بزهکار از کشور محل سکونت به کشور محل وقوع جرم صورت می‌گیرد.^۴

استرداد آئینی است که کشور متقاضی (غالباً محل وقوع جرم) را مجاز می‌سازد از کشور دیگر تسلیم متهم یا محکوم که در قلمرو آن حضور دارد را خواستار شود.^۵

۲- مجرمین: مجرمین جمع مجرم بوده و مجرم کسی است که جرم را انجام می‌دهد.^۶ مجرم کسی است که اتهام وی در دادگاه ثابت شده باشد و برای عمل او مجازاتی که در قانون پیش‌بینی شده باشد.^۷

۳- استرداد مجرمین: مطالبه تسلیمی مظنون یا متهم به منظور تعقیب عدلی یا مطالبه‌ای تسلیمی محکوم به حبس جهت تطبیق جزای محکوم بها است که توسط یک دولت از دولت دیگر بر اساس موافقت‌نامه که قبلاً عقد گردیده باشد، صورت می‌گیرد.^۸

^۱ حسن، عمید (۱۳۸۱)، فرهنگ فارسی عمید، جلد اول، چاپ هشتم، تهران: انتشارات امیرکبیر، ص ۱۶۸.

^۲ جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، ترمینولوژی حقوق، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات گنج دانش، ص ۳۵.

^۳ آخوندی، محمد (۱۳۸۲)، آئین دادرسی کیفری، چاپ هفتم، جلد دوم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، ص ۳۱۲.

^۴ همان اثر، ص ۳۱۲.

^۵ مؤمنی، دکتر مهدی (۱۳۹۳)، حقوق بین‌المللی کیفری، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ص ۹۴.

^۶ www.prisons.ir

^۷ موسسه حقوقی اعظم شفائی. (برگرفته شده از سایت www.shamslayers.com.blogfa).

^۸ ستانکزی، نصرالله و دیگران، (۱۳۸۷). قاموس اصطلاحات حقوقی، پوهنتون کابل، چاپ اول، ص ۲۳.

و یا مطالبه تسلیمی متهم به منظور تعقیب عدلی یا مطالبه تسلیمی محکوم به حبس جهت تطبیق جزای محکوم بها است.^۱

۴- **اسناد بین الملل:** به طور کلی به هرگونه مکتوب رسمی دولت ها (تابعان حقوق بین الملل) که در قالب سند یا مدرک تنظیم می شود نظیر یک معاهده (Treaty) و در آن اهداف و مقاصد دولت ها در ارتباط با اصول یا هنجاری ها مورد تأیید قرار داده می شود.^۲

۵- **حقوق جزا:** به مجموعه قواعد کلی و مشترک حاکم بر تحقق جرایم و ضوابط تعیین شده از سوی دولت در تعریف مجازات و اقدامات تأمینی حقوق جزا گفته می شود.^۳ حقوق جزا سعی می نماید که از وقوع جرایم جلوگیری نماید و در صورت تحقق جرم میزان مسئولیت مرتکب و نحوه تعقیب و انطباق این واکنش ها را با توجه به شخصیت واقعی هر یک از مرتکبین مشخص نموده و بالاخره وسایل اصلاح و تربیت آنان را فراهم نماید.

مبحث دوم: کلیات

استرداد مجرمین یک اصل بنیادین در این اواخر از سوی دولت ها شناخته شده چنانچه در ادوار مختلف تاریخی نیز مورد بحث بوده است.

^۱ جریده رسمی (منتشره ۲۵ حمل ۱۳۹۲ نمبر مسلسل ۱۱۰۳)، قانون استرداد متهمین، محکومین و همکاری عدلی افغانستان، کابل: انتشارات وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، ماده ۳.

^۲ پژوهشکده باقرالعلوم (برگرفته شده از سایت www.pajoohe.ir).

^۳ همان سایت اینترنتی.

گفتار اول - تاریخچه استرداد

گرچه ظاهراً چنین معلوم می‌شود که پدیده استرداد یک موضوع جدید است که درین اواخر بین کشورها رایج و معمول گردیده است ولی درواقع موضوع بدین گونه نبوده بلکه استرداد ریشه‌های خیلی قدیمی دارد و در تمام دوره‌های تاریخ اشکال استرداد دیده شده است.

برای فهم بهتر موضوع ایجاب می‌کند تا چگونگی استرداد را در اعصار مختلف تاریخی (قرون اولی، قرون وسطی، قرون جدید و عصر حاضر) و در اسلام مطالعه نمائیم.

الف: تاریخچه استرداد در اعصار مختلف تاریخی

اینک چگونگی استرداد در ادوار مختلف تاریخی بحث می‌نمائیم.

۱- استرداد در قرون اولی

آغاز قرون اولی بنابر عدم موجودیت اسناد معلوم نیست ولی می‌توانیم بگوییم که قرون اولی از زمان زندگی بشریت در کره زمین آغاز و تا سال ۴۷۶ میلادی ادامه داشته است. ۴۷۶ م درواقع تاریخ سقوط امپراتوری روم به دست بربرها است از نگاه تاریخی در قرون اولی استرداد به شکل ابتدایی وجود داشت و این موضوع را ما به دو دلیل ذیل ثابت ساخته می‌توانیم.

اول- در قرون اولی در سال ۱۲۷۸ ق.م یک معاهده بین‌المللی بین پادشاه مصر رامسیس دوم و هاتوسیلی پادشاه هیتی به امضا رسید که به اساس آن هر دو پادشاه شاهان متعهد شدند که با دشمنان همدیگر کمک و معاونت نکنند و اگر دشمنان آنها از یک کشور به کشور دیگر پناهنده شوند، کشور دوم باید آنها را دوباره به کشوری اولی اعاده و استرداد نماید. این درواقع اولین معاهده استرداد است که تا امروز کشف شده است و این معاهده درواقع صرف در مورد استرداد مجرمین سیاسی است نه در مورد مجرمین عادی.

دوم- در حقوق روم قدیم یک قاعده وجود داشت که بنام قاعده ریمیسو^۱ یاد می‌شود که به معنی سپردن تسلیم نمودن و اعاده کردن یک جرم واقع می‌شد محنی علیه اعضای فامیل مجنی علیه و اعضای قبیله و طایفه مجنی علیه حق داشتند که از مجرم اعضای فامیل مجنی علیه و طایفه مجرم انتقاد بگیرند ولی قاعده ریمیسو این انتقاد گیری را محدود ساخت بدین معنی که این قاعده حکم می‌کرد در صورتی که مجرم توسط فامیل قبیله و وابستگان مجرم به فامیل قبیله و طایفه مجنی علیه سپردن شود درین صورت انتقام‌گیری محدود و منحصر به شخص مجرم می‌شود و مجنی علیه وابستگان مجنی علیه حق ندارند غیر از مجرم سایر وابستگان مجرم انتقاد بگیرند این قاعده ریمیسو درواقع اولین شکل استرداد را تنظیم نموده است.

۲- استرداد در قرون وسطی

قرون وسطی از سال ۴۷۶ م آغاز و تا سال ۱۴۵۳ م که تاریخ فتح قسطنطنیه توسط ترکان عثمانی است ادامه می‌یابد بعضی علمای تاریخ ختم قرون وسطی را تاریخ کشف امریکا توسط کرسٹوف کولم یعنی سال ۱۴۹۲ می‌دانند در قرون وسطی استرداد انکشاف می‌یابد چنانچه درین عصر تعداد معاهدات استرداد بین کشورها بیشتر می‌شود به‌طور مثال در ۱۱۷۶ بین هانری دوم شاه انگلستان و گیوم پادشاه اسکاتلند یک معاهده استرداد به امضاء می‌رسد که در آن هر دو شاه تعهد می‌کنند که به دشمنان شخصی یکدیگر کمک نخواهند کرد و اگر دشمنان شخصی آنها از یک کشور به کشور دیگر پناهنده شوند دوباره به کشور اولی برگردانیده خواهند شد.

همچنان در سال ۱۳۰۳ معاهده دیگری بین شاه فرانسه فیلیپ لوبل و ادوارد سوم پادشاه انگلستان به امضاء می‌رسد که در این معاهده نیز هر دو شاه قبول می‌کنند که

¹ Remissio

دشمنان شخصی آنها اگر از یک کشور به کشور دیگر پناهنده شوند باید دوباره به کشور اولی برگردانیده شوند.

۳- استرداد در قرون جدید

قرون جدید از سال ۱۴۵۳ م یعنی تاریخ فتح قسطنطنیه به دست ترکها آغاز سال و تا سال ۱۷۸۹ م که تاریخ انقلاب کبیر فرانسه است دوام می‌کند در قرون جدید موضوع استرداد هنوز هم توسعه می‌یابد یعنی قرون جدید نه تنها معاهدات دوجانبه هم راجع به استرداد بین کشورها به امضاء می‌رسد و به این ترتیب دامنه استرداد وسعت می‌یابد.

۴- استرداد در عصر حاضر

عصر حاضر از سال ۱۷۸۹ آغاز تا کنون ادامه دارد در عصر حاضر موضوع استرداد هنوز هم انکشاف می‌کند غالباً نظر به دو دلیل ذیل است:

اول اینکه در عصر حاضر تعداد دولت‌های مستقل زیاد می‌شود بخصوص تعداد زیادی از کشورها مستعمره بعد از جنگ جهانی دوم به استقلال می‌رسند و معاهدات استرداد را با سایر کشورها منعقد می‌نمایند که به این ترتیب تعداد معاهدات استرداد زیادتر می‌شود. دوم اینکه در عصر حاضر قوانین مدون و خاصاً قوانین جزائی مدون در بسیاری از کشورها به وجود می‌آید مثلاً: در فرانسه، قانون مدون جزائی در سال ۱۸۱۰ و قانون مدون مدنی در سال ۱۸۰۴ وضع می‌گردد.

ب- تاریخچه استرداد در اسلام

برای نخستین بار میان مسلمان و کفار قریش در سال ششم هجری پیمان صلح موسوم به (پیمان صلح حدیبیه) به امضاء رسید. از جمله مسایل مشمول این پیمان استرداد بود. در تاریخ اسلام این نخستین پیمانی بود که میان پیغمبر^(ص) و قبیله قریش که در آن زمان مسلمان نبودند بسته شد. در این پیمان طرفین یعنی پیغمبر و قریش

حاضر شدند که سمت‌های خود را اعم از الهی و بشری کنار بگذارند و نماینده هر یک از طرفین به نام خود و پدر خود خوانده شود. نماینده مسلمان محمد بن عبدالله و نماینده قریش سهیل بن عمرو. متن این صلح‌نامه یا پیمان این‌طور آمده است: (محمد بن عبدالله با سهیل بن عمرو توافق کردند که آتش جنگ به مدت ده سال خاموش بماند و در این مدت مردم آسوده باشند و به یکدیگر آسیبی نرسانند. هر کس از قریش بدون اذن ولی خود نزد محمد بیاید، محمد او را به قریش بازگرداند و هر کس از محمد نزد قریش بیاید قریش او را برنمی‌گرداند. ما دشمنی خود را آشکار نمی‌کنیم، دزدی و خیانت هم روا نمی‌داریم. هر کس می‌خواهد به پیمان محمد پیوندد آزاد است و هر کس می‌خواهد با قریش هم‌پیمان باشد او هم آزاد است).^۱ این پیمان گذشته از عقد صلح ده‌ساله قرارداد استرداد نیز بود اما استرداد یک‌جانبه. بعد در آیه دهم سوره الممتحنه این پیمان فسخ شد.^۲

^۱ مصطفی، عبدالواحد، ابن کثیر (۱۹۷۶)، السیره النبویه، الجزء الثالث، لبنان: دارالمعرفه للطباعة و النشر و التوزیع بیروت، صص ۳۲۰ و ۳۲۱.

^۲ پس از آنکه رسول خدا (ص) در حدیبیه با قریش مصالحه کرد بر اینکه هر که از قریش بدون اذن ولی خود نزد محمد بیاید، محمد او را به قریش بازگرداند و هر که از محمد نزد قریش بیاید قریش او را برنمی‌گرداند زنی از ایشان نزد آن حضرت (ص) آمد درحالی که اسلام آورده بودن، و به ام‌کلثوم بنت عقبه بن ابی معیط نام داشت، آیه دهم سوره ممتحنه قرآن کریم نازل شد که: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآثُوهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَیْسَ أَلَا مَا أَنْفَقُوا ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ بِكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (الممتحنه/۱۰)

ای کسانی که ایمان آورده‌اید! هنگامی که زنان با ایمان به‌عنوان هجرت نزد شما آیند، آن‌ها را آزمایش کنید - خداوند به ایمانشان آگاه‌تر است - هرگاه آنان را مؤمن یافتید، آن‌ها را به‌سوی کفار بازنگردانید؛ نه آن‌ها برای کفار حلال‌اند و نه کفار برای آن‌ها حلال؛ و آنچه را همسران آن‌ها (برای ازدواج با این زنان) پرداخته‌اند به آنان بپردازید؛ و گناهی بر شما نیست که با آن‌ها ازدواج کنید هرگاه مهرشان را به آنان بدهید و هرگز زنان کافر را در همسری خود نگه ندارید. (و اگر کسی از زنان شما کافر شد و به بلاد کفر فرار کرد،) حق دارید مهری را که پرداخته‌اید مطالبه کنید همان‌گونه

گفتار دوم- منابع استرداد

همگام با روند جهانی شدن و تبدیل این جهان ناپیدا به دهکده کوچک جهانی دیگر نمی توان ملت ها را جدا از هم تصور کرد و منافع آنانرا مجزا از هم دیگر بررسی کرد. با پیشرفت تکنالوژی به موازات آن مجرمین و طریقه های ارتکاب جرم نیز به پیشرفت های قابل توجهی دست یافتند، امروز دیگر نمی توان تنها در جغرافیای ملی به دنبال مجرمین باشیم، بلکه به سیستم صحیح، دقیق و منظم ضرورت است تا از یک طرف از فرار مجرمین جلوگیری شود، و از سوی نیز نباید منافع و حقوق اساسی افراد نادیده گرفته شده و مهم تر از همه ترتیبات استرداد طوری اتخاذ شود که به حاکمیت و استقلال سیاسی دولت ها لطمه وارد نیاید.

اولین و مهم ترین منبع استرداد، معاهدات بین المللی است، اکثر کشورهای جهان در کنار معاهدات با سایر کشورها در سطح ملی دارای قانون استرداد نیز می باشند، که در صورت موجودیت ابهام و یا خلأ در مواد معاهدات دوجانبه و یا چندین جانبه منعقد شده با دول، از احکام این قوانین استفاده اعظمی را برده اند. علاوه بر این قوانین مسائل مربوط به طرز العمل و اصول اجرای استرداد مجرمین نیز تنظیم می شوند.

- معاهدات بین المللی
- قوانین داخلی کشورها
- اصول عمومی حقوق
- عرف و عادات بین المللی
- شرط معامله متقابل

که آن ها حق دارند مهر زنان شان را که از آنان جدا شده اند) از شما مطالبه کنند؛ این حکم خداوند است که در میان شما حکم می کند، و خداوند دانا و حکیم است!

بخش دوم

طرز العمل درخواست استرداد مجرمین و پولیس بین المللی جنائی (انترپول)

مبحث اول: طرز العمل درخواست استرداد مجرمین

مطالعه و بررسی قانون استرداد متهمین، محکومین و همکاری های عدلی افغانستان نشان می دهد که قانون گذار افغانستان سیستم مختلط را شیوهی کار خود قرارداده است در مادهی پنج قانون مزبور مقرر شده است: که درخواست مبنی بر استرداد متهمین محکومین و همکاری های عدلی مندرج این قانون از طریق وزارت امور خارجه به نمایندگی سیاسی دولت مربوط مقیم کشور یا وزارت امور خارجه آن ارائه و همچنین قبول درخواست دولت خارجی در موارد متذکره نیز از این مجاری صورت می گیرد وفق ماده نهم قانون یاد شده درخواست استرداد مظنون یا متهم از دولت خارجی در صلاحیت لوی سارنوال و از طریق وزارت امور خارجهی آن ارائه و همچنین قبول درخواست دولت خارجی در موارد متذکره نیز از این مجاری صورت می گیرد وفق مادهی نهم قانون یاد شده درخواست استرداد مظنون یا متهم از دولت خارجی در صلاحیت لوی سارنوالی و از طریق وزارت امور خارجه مبنی بر استرداد مظنون یا متهم از دولت افغانستان از مجرای وزارت امور خارجه به لوی سارنوالی پیشنهاد می گردد لوی سارنوالی بعد از بررسی های لازم آن را به ستره محکمه ارجاع و تصمیم نهایی و قطعی در صلاحیت شورای عالی ستره محکمه خواهد بود.

مطابق فقره ۳۴ ماده ۴ قانون اجراءات جزائی افغانستان (۱۳۹۳) تعقیب عدلی (پیگیری واقعه جرمی و مرتکب آن است که شامل اجراءات کشف تحقیق جرم محاکمه و تنفیذ حکم می گردد) بدین ترتیب استرداد بر اساس قانون افغانستان حوزهی گسترده داشته و شامل مراحل کشف تحقیق محاکمه و اجرای حکم می گردد استرداد متهمین همانند استرداد مجرمین قابل مطالبه است هر چند قانون گذار افغانستان به طور مستقیم تعبیر به استرداد مجرمین نکرده است چراکه مجرمین بعد از محاکمه و اثبات مجرمیت تبدیل به محکومین می شود.

بنابراین سیستم انتخابی استرداد در نظام حقوقی افغانستان یک سیستم نیمه اداری و نیمه قضایی است که در ابتدا درخواست موضوع استرداد از سوی دولت خارجی به وزارت امور خارجه تقدیم می‌گردد در مطابق ماده دوازده قانون استرداد این وزارت خانه مکلف است بعد از دریافت درخواست استرداد و ضمایم آن و حصول اطمینان مبنی بر رعایت شرایط و اصول حاکم بر استرداد که در مواد دهم و یازدهم این قانون ذکر شده است آن را به مرجع مربوط (لوی سارنوالی) به اسرع وقت ارسال نماید مطابق فقره ۲ ماده سیزده قانون مذکور لوی سارنوالی در زمینه اقدامات ذیل را به عمل می‌آورد.

یک - ارزیابی درخواست مبنی بر اتهام وارد شده

دو - جمع‌آوری معلومات در مورد شخصیت و سوابق متهم جهت ارائه به دولت خارجی:

سه - گرفتاری شخص مطالبه شده به تجویز محکمه‌ی ذیصلاح و ابلاغ اتهام به وی
چهارم - اجرای تحقیق از مظنون یا متهم

پنج - ارائه پیشنهاد به ستره محکمه مبنی به استرداد متهم.

وفق بند سه ماده سیزده قانون استرداد شورای عالی ستره محکمه می‌تواند بر اساس درخواست لوی سارنوالی مطابق احکام قانون حکم تلاش محل گرفتاری شخص سایر محلات مشکوک و ضبط یا منجمد نمودن پولی را که نزد وی حین گرفتاری وجود داشته و یا بعداً کشف می‌گردد صادر نماید همچنین هرگاه دولت افغانستان استرداد متهم را از دولت خارجی درخواست نماید لوی سارنوالی دلایل و مدارک مبنی بر ارتکاب جرم را جمع‌آوری و درخواست استرداد را به وزارت امور خارجه ارائه می‌نماید.^۱

^۱ اسکندری، عبدالکریم (۱۳۹۵)، استرداد مجرمین و نحوه اجرای آن با تاکید بر قانون استرداد افغانستان، فصلنامه علمی پژوهشی، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، انتشارات: بورد ماستری دانشگاه فوق.

دولتی که تقاضای استرداد می‌کند دولت تقاضاکننده و دولتی که متهم یا محکوم مزبور در آن سکونت دارد و از آن تقاضای استرداد به عمل می‌آید، دولت متقاضی علیه یا دولت مسترد کننده نامیده می‌شود. اصل حاکم دولت‌ها ایجاب می‌کند که هر دولت در مورد تعقیب یا عدم تعقیب جرایمی که در قلمرو همان کشور اتفاق افتاده است تصمیم بگیرد.^۱

با این ترتیب این امکان وجود دارد که مجرمی که به داخل خاک کشور دیگر وارد می‌شود از مجازات اعمال خود معاف بماند، حتی در صورتی که کشوری که مجرم به آنجا فرار کرده، به تعقیب و مجازات جرم ارتكابی خارج از قلمرو خود بپردازد، بدون شک کشوری که مجرم به آنجا فرار کرده است از نظر تعقیب و مجازات مجرم ارتكابی ارجحیت دارد.^۲

در طرز العمل استرداد اولتر از همه مقامات ذیل ذیدخل می‌شوند:

۱- مقامات قضائی دولت متقاضی.

۲- مقامات قضائی واداری دولت متقاضی عنه.

اقدامات اداری و قضائی یک دولت به تنهایی کفایت آن را نمی‌کند تا استرداد صورت گیرد، در این ساحه همکاری متقابل دولت‌ها لازم است. حکومت می‌تواند از طریق دیپلماتیک تقاضای استرداد را نمایند.

از چند سال بدین سو یک موسسه بین‌المللی در استرداد مجرمین رول بزرگی را بازی نموده و به حکومت‌های دستیار و معاونت زیاد نموده، این موسسه (انترپول) که بعداً در فصل بعدی مفصلاً بحث خواهد شد، با دستگیر نمودن مجرمین در دورترین نقاط جهان توانسته زمینه را برای استرداد بعدی آن‌ها به شکل بهتری مهیا سازد.

^۱ جعفری، لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، جلد اول، شماره ۱۱۲۰۸،

^۲ www.hoghooghplus.ir

طرز العمل استرداد را می توان از دو جهت مورد مطالعه قرارداد: طرز العمل استرداد در کشور متقاضی و در کشور متقاضی عنه.

گفتار اول: طرز العمل استرداد در کشور متقاضی:

برای اجراءات یک عمل حقوقی ویا هر عملی که از مجرای دیپلماتیک صورت می گیرد ایجاب یک سلسله تشریفاتی می نماید که در روند قانونی شدن عمل متذکره شفافیت را نشان می دهد.

۱- فارمولیته تقاضای استرداد:

این طرز العمل با در نظر گرفتن محتویات معاهدات مختلف فرق می کند. اما در اکثر کشورهای جهان طرز العمل ذیل حاکم است:

سارنوالی به لوی سارنوال پیشنهاد استرداد را می فرستد. و در بعضی از کنوانسیون ها پیش بینی شده که ضمیمه این پیشنهاد باید یک کارت انترپومتریکی و سابقه جرمی متهم تقاضا شده نیز به سارنوال فرستاده شود.^۱ کنوانسیون هائیکه بین فرانسه و انگلستان و همچنان بین فرانسه و امریکا امضاء شده تذکر داده شده که همراه پیشنهاد استرداد لازم است اتهاماتی که علیه شخص تقاضا شده اقامه گردیده نیز تذکر داده شود.

لوی سارنوال دوسیه پیشنهادی را کنترل می کند، در صورتی که موضوعاتی چون اشتراک در جرم، تجمع جرایم مرور زمان و غیره در قضیه مطرح باشد نیز تذکر داده شود. همچنین معلومات دقیق در مورد چگونگی ارتکاب جرم و دلایلی که موجب تقاضای استرداد شده نیز تذکر داده شود که بعد از تکمیل دوسیه، آن را به وزارت عدلیه تقدیم می کند، وزارت عدلیه دوسیه را به وزارت خارجه تسلیم نموده تا تقاضای استرداد را از طریق دیپلماتیک به دولت متقاضی عنه بفرستند. و بر اساس ماده چهارم

^۱ www.dedabanblogfa.com/post74

مقرره استرداد مظنونین و متهمین و انتقال محکومین به حبس موارد قابل رعایت توسط وزارت امور خارجه را بیان می‌دارد که:

(وزارت امور خارجه مکلف است، در هر مرحله، استرداد و انتقال اتباع خارجی محکوم به حبس موارد ذیل را رعایت نماید:

۱. درخواست کشور متقاضی را با حسن نیت، با رعایت قوانین کشور و موافقت‌نامه‌های دوجانبه میان دو کشور را بررسی نموده، زمینه تسلیم دهی و بازگشت مظنونین، متهمین و محبوسین را به‌جانب دولت متبوع آن‌ها فراهم سازد.

۲. همزمان با تسلیم دهی و بازگشت مظنونین، متهمین و محبوسین اتباع خارجی به کشور متبوع شان، کشور متقاضی به رویه بالمثل در یک مرحله تعهد نماید.

۳. همزمان با استرداد مظنونین یا متهمین جرایم تروریستی به‌جانب کشور متبوع شان، تعهد بر ارائه گزارش از تازه‌ترین اطلاعات فعالیت‌های استخباراتی مظنون یا متهم به جمهوری اسلامی افغانستان، اخذ گردد.

۴. از کشور متقاضی مطالبه گردد تا سهولت‌های لازم را برای اتباع افغانستان که در آن کشور زندگی و یا در رفت‌وآمد هستند، به وجود آورد.

۵. زمینه همکاری‌های قونسل‌های کشورها با کشورهای متقاضی همسایه بهبود یابد.

۶. با کشورهای که تا هنوز موافقت‌نامه استرداد متهمین و انتقال محکوم به حبس عقد نگردیده است، برحسب ضرورت، زمینه انعقاد موافقت‌نامه‌ها را مساعد سازد.

۷. در موافقت‌نامه‌های استرداد و انتقال محکومین به حبس، مسئله شرط نبودن رضایت اتباع خارجی مرتکب جرایمی علیه امنیت ملی برای استرداد و بازگشت به کشور متبوع شان، به گونه استثنائی در نظر گرفته شود تا زمینه تسلیم دهی و بازگشت مظنونین، متهمین و محبوسین بخصوص مرتکبین جرایم علیه امنیت ملی با چالش

مواجهه نگردد و همچنان زمینه تبادل اطلاعات در خصوص جرایم علیه امنیت ملی میان دو کشور، تسهیل بخشیده شود.

۸. تمام مصارف تسلیم دهی و بازگشت مظنونین، متهمین و محبوسین طرفین که در یک مرحله انجام می‌شود، از طرف کشور مقابل پرداخت گردد.^۱

۲- حبس موقتی شخص تقاضا شده:

چون طرزالعمل استرداد طولانی است و ممکن است چندین ماه طول بکشد تا متهم آماده استرداد شود، لازم است متهم به صورت موقتی حبس شود.

پیشنهاد حبس موقتی متهم مورد جستجو نیز از طریق دیپلماتیک صورت می‌گیرد در حالات عاجل پیشنهاد حبس موقتی بدون طی مراحل دیپلماتیک توسط سارنوالی یک کشور به مقامات قضائی کشور دیگر نیز صورت گرفته می‌تواند، به شرط اینکه پیشنهاد تحریری باشد. به هر صورت همزمان با فرستادن پیشنهاد تحریر سارنوالی باید از طریق دیپلماتیک نیز یک نسخه دیگر پیشنهاد خود را بفرستد.

در کنوانسیون‌های استرداد قیدشده که باید دوسیه پیشنهاد استرداد هر چه سریعتر فرستاده شود تا هر چه زودتر سرنوشت متهم توقیف‌شده روشن شود. مدت فرستادن دوسیه استرداد بعد از پیشنهاد حبس موقتی از ۱۵ روز تا ۶ ماه در کنوانسیون‌های مختلف با در نظر گرفتن فاصله بین این کشورها تعیین شده است.

اگر در مدت معینه دوسیه استرداد فرستاده نشود متهم از حبس رها خواهد شد. در صورتی که بعد از رهایی متهم از حبس، دوسیه به مقامات کشور متقاضی عنه می‌رسد، می‌توانند او را دوباره محبوس سازند.

^۱ جریده رسمی (منتشره دوم ثور سال ۱۳۹۶)، مقرر استرداد مظنونین و متهمین و انتقال محکومین به حبس، کابل: انتشارات وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، شماره مسلسل: ۱۲۵۶، ماده ۴.

گفتار دوم: طرز العمل استرداد در کشور متقاضی عنه:

طرز العمل استرداد در کشور متقاضی عنه به دو سیستم انجام گرفته می‌تواند: سیستم اداری و سیستم مختلط.

- **سیستم اداری:** درین سیستم پیشنهاد استرداد ذریعه مقامات اداری مورد مطالعه قرار گرفته و تصمیم لازمه اتخاذ می‌شود. شخص مورد جستجو به امر مقامات ذیصلاح توسط پولیس توقیف گردیده و سند استرداد توسط رئیس دولت امضاء شده و استرداد صورت می‌گیرد. درین سیستم متهم فراری دارای هیچ نوع ضمانت قضائی نبوده، دعوی علیه او اقامه نمی‌شود، حق دفاع به وسیله وکیل مدافع را ندارد، و حق مرافعه طلبی وجود ندارد.

این سیستم در قرن نوزده معمول بود و تا چند سال قبل در پرتغال و پانامه نیز ازین سیستم پیروی می‌شد و همچنان امروز در حالت ترانزیت استرداد نیز معمول است. یعنی هنگامی که یک متهم قابل استرداد را از یک کشور سومی عبور می‌دهند. اما درین حالت نیز پیشنهاد ترانزیت از طریق دیپلماتیک صورت گرفته و یک سند ضم پیشنهاد می‌گردد که معرف غیرسیاسی بودن جرم است.

- **سیستم مختلط:** درین سیستم به مقامات قضائی اهمیت زیادی در امر استرداد قابل می‌شوند. اما مداخله مقامات اداری به کلی از بین نمی‌رود، درین سیستم مقامات قضائی واداری با همکاری یکدیگر مشترکاً کار می‌کنند. از همین جا است که نام مختلط را بدین سیستم گذاشته‌اند. درین سیستم اول مقامات اداری یک رشته اقدامات را انجام می‌دهند و بعداً موضوع را به مقامات قضائی استرداد می‌سپارند که آن‌ها بنوبه خود بعد از اصدار حکم دوسیه را دوباره به مقامات اداری تفویض می‌نمایند تا به منظور تنفیذ آن اقدامات مقتضی را بنمایند.

سپردن موضوع استرداد به مقامات قضائی جهات مثبت زیاد دارد، اولتر از همه این روش یک نوع گرانتهی قضائی به متهم فراری بشمار می‌رود که به این طریق از خود دفاع نماید. ثانیاً از سوءاستفاده مقامات اداری جلوگیری به عمل می‌آید و بالاخره در

موارد جنجالی مقامات اداری و حکومت می‌توانند ادعا کنند که تصمیم از طرف محکمه گرفته‌شده و در موضوع هیچ نوع غرض سیاسی در نظر نبوده. علاوه بر همه این دلایل چون استرداد یکی از انواع تعاون بین‌المللی در امور جنائی است تصمیم نهائی باید توسط یک محکمه گرفته شود زیرا در حقیقت استرداد یک نوع تعاون بین مقامات قضایی کشورهای مختلف است.

در اکثر کشورهای جهان کدام محکمه اختصاصی برای این موضوع وجود ندارد و در یک تعداد از ممالک مسئله به محکمه که صلاحیت بررسی جنحه را می‌داشته باشد سپرده می‌شود. در عده دیگر از کشورها به محکمه که صلاحیت بررسی جنحه را دارد موضوع تفویض می‌گردد. در جمله کشورهای اخیر می‌توان از بلژیک، ایتالیا و فرانسه را نام برد.

مبحث دوم: پولیس بین‌المللی جنائی (انترپول)

در جهان کنونی که شاهد توسعه روابط و گسترش مناسبات بین کشورها هستیم و مرزها از میان برداشته‌شده است و جهان با تسهیلات فراوانی چون توریسم، تجارت، مطالعات، تحقیقات علمی و سایر مسایل و مناسبات بین‌المللی توأم است ایجاد ارتباط بین کشورها در ابعاد مختلف اجتناب‌ناپذیر است و اوضاع و احوال حاکم بر کشورها و دنیای متمدن کنونی ایجاب می‌کند که کشورها جهت رفع مسایل و مشکلات خود به تعاون و معاضدت با یکدیگر بپردازند.

یکی از مشکلات موجود که نظم و امنیت جوامع را به مخاطره می‌افکند وجود افراد مجرم در جوامع است که با ارتکاب جرم در کشوری، با استفاده از امکانات فراوانی مسافرتی و سرعت و سهولت دستیابی به آن، به کشوری دیگر فرار می‌کنند و معمولاً این فرارها ناشی از جرم‌های بزرگ مانند: قتل، سرقت مسلحانه، خیانت‌درامانت، فریبکاری و اختلاس کلان است. که می‌توان آن‌ها از طریق پولیس بین‌المللی یا انترپول استرداد نمود.

بدیهی است که احقاق حق و اجرای قانون و عدالت تشفی خاطر بازماندگان و زیان دیدگان از جرم بدون دسترسی به مرتکب جرم میسر نیست از این رو سلب امکان گریز مجرمین و ممانعت از رهائی آنان از مجازات و ضرورت وجود همکاری و معاضدت بین‌المللی، به‌منظور مجازات مجرمین در کشورهای جهان موجب بازگرداندن آرامش به جوامع و مصونیت کشورها از بروز ارتکاب جرم می‌گردد و از آن‌جهت که یکی از اهداف مجازات، بازدارندگی و جلوگیری از وقوع ارتکاب جرم است، چنانچه چنین همکاری و تعاونی وجود نداشته باشد. واضح است که امنیت و عدالت و قانون دستخوش هرج و مرج می‌گردد.

با احساس چنین ضرورتی است که سازمان بین‌المللی پولیس جنائی شکل گرفت و معاهدات استرداد مجرمین بین کشورها منعقد گردید.

شکل‌گیری سازمان بین‌المللی پولیس جنائی یا انترپول حاصل تحول و دگرگونی روابط کشورها و مناسبات بین‌المللی است و هم‌چنین کشیده شدن مسایل و مشکلات داخلی به آن‌سوی مرزها و بین‌المللی شدن جرایم ارتكابی در کشورها است. انگیزه تشکیل سازمان بین‌المللی پولیس جنائی یا انترپول کانالیزه نمودن اقدامات جرم‌یابی و امور مربوط به سازمان‌های پولیسی و قضائی کشورها در خصوص اتباع یکدیگر بوده است. (این سازمان یک معاضدت دوجانبه وسیعی بین مقامات پولیس جنائی در چارچوب قوانین ممالک مختلف ایجاد می‌نماید تا از وقوع جنایت و جنحه‌های حقوق عمومی جلوگیری و در صورت وقوع جرم مجرمین را مجازات نماید).^۱

انترپول که اساسنامه آن در بیست و پنجمین مجمع عمومی در سال ۱۹۵۶ به تصویب رسیده است، عمدتاً با هدف همکاری متقابل بین مقامات پولیس جنائی کشورها در محدوده قوانین کشورها ملهم از روح اعلامیه جهانی حقوق بشر و تأسیس و توسعه

^۱ علی‌آبادی، دکتر عبدالحسین (۱۳۵۴)، حقوق جنائی، ج سوم، تهران: انتشارات فردوسی، ص ۴۶.

مؤسسات کارآمد جهت کمک موثر به ممانعت و جلوگیری از جرایم قانونی عادی تشکیل شده است. این سازمان نهایت تلاش و همکاری را می‌کند تا قوانین جزائی کشورها را یکسان نموده، اهداف پلید مجرمین را خنثی و درجهت اصلاح آن اقدام نماید.^۱

گفتار اول - پیشینه تاریخی

از لحاظ تاریخی سابقه فرار مجرمان از کشور محل وقوع جرم به کشور دیگر و گریز از مجازات و انتقام یا عدم تادیه خسارت زیان‌دیده به سالهای خیلی قبل برمی‌گردد. ولی از اوایل قرن بیستم به علت گسترش و پیچیدگی روزافزون جرایم به‌ویژه در کشورهای صنعتی و فراهم شدن تسهیلات بیشتر برای مسافرت بین کشورها این‌گونه فرار از عدالت افزایش بیشتری پیدا کرده است و در نتیجه کاهش اقتدار پولیس و کم شدن ضریب امنیت اجتماعی کشورهای محل وقوع جرم را به دنبال داشته است. به دلیل فقدان مقررات بین‌المللی برای دستگیری و استرداد این قبیل مجرمان و نیز عدم وجود یک سیستم صحیح تبادل اطلاعات در مورد آنان و سایر امور پولیسی بین کشورها، مجرمان فراری نه‌تنها می‌توانستند بدون واهمه از خطر تعقیب و دستگیری و استرداد با خاطر آسوده در کشور دیگر به سر برند بلکه خطر بالقوه برای امنیت کشور محل اقامت محسوب می‌شوند.^۲

برای کاهش این مشکلات و ایجاد یک سیستم کنترل و مقابله بین‌المللی با مجرمان و تاسیس مرکز تبادل اطلاعات و اخبار پولیسی بین کشورهای مختلف در سال ۱۹۱۴ به دعوت البرت اول پادشاه موناکو، نخستین کنگره بررسی مسایل پولیس به مدت شش

2. رحیم، محمد عارف (۱۳۸۵)، حقوق جزای بین‌الملل، ولایت بلخ: انتشارات پوهنتون بلخ جزوه درسی برای صنوف

چهارم فاکولته حقوق و علوم سیاسی، ص ۳۵.

3. نجابتی، مهدی (۱۳۸۴)، پلیس علمی، تهران: انتشارات سمت، ص ۲۴۱.

روز با شرکت (۱۸۸) تن از افسران عالی رتبه پولیس و حقوقدانان (۲۴) کشور جهان (فرانسه، بلژیک، دانمارک، آلمان، ایتالیا، اتریش، مجارستان، سوئیس، اسپانیا، پرتغال، صربستان، رومانی، بلغاریا، روسیه، مصر، ترکیه، مکزیکو، کیوبا، السلوادور، گواتیمالا، برازیل، ایران، امریکا و انگلیس) در موناکو تشکیل و پیرامون چهار موضوع ذیل به بررسی و تبادل نظر پرداختند:

۱- ترتیب صحیح و سریع دستگیری و بازداشت مجرمانی که به کشور دیگر فرار می کنند.

۲- توسعه و تکمیل علوم و فنون مربوط به تشخیص هویت مجرمان.

۳- متمرکز نمودن آمار جرایم در سطح بین الملل.

۴- ایجاد وحدت رویه و هماهنگی بین روش های مربوط به استرداد مجرمان.^۱

در حقیقت این کنگره اولین گامی بود در جهت تشکیل سازمان بین المللی پولیس جنائی، و قرار بود دومین کنگره آن در سال ۱۹۱۶ در شهر بخارست تشکیل و پیرامون سارقان حرفه ئی و نیز تشکیل کمیسیون بین المللی پولیس جنائی به بحث و تبادل نظر بپردازد که به علت وقوع جنگ جهانی اول تشکیل نشد، تا اینکه در سال ۱۹۲۳ کنگره یادشده با ابتکار و همت (داکتر شوبر) و با همکاری روسای پولیس کشورهای اتریش، مصر، فرانسه، دانمارک، یونان، آلمان و هنگری پایه گذاری شد و درواقع مرکزی است جهت مبادله اطلاعات و اخبار بین کشورهای جهان به منظور مقابله بین المللی با جرایم و مجرمین. در حقیقت مهم ترین اصلی که موجب توسعه و گسترش آن شده است اصلی احترام به حاکمیت دولت ها وعدم مداخله در امور سیاسی، نظامی، نژادی و مذهبی است.^۲

۱. نجابتی، همان اثر، ص ۲۴۲.

۲. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۰)، آئین دادرسی کیفری، جلد اول و دوم، تهران: انتشارات پایدار، ص ۱۵۲.

در همین اجلاسیه اساسنامه انترپول در پنجاه ماده تعین گردید و وین به عنوان محل (مقر) سکرتریت عمومی آن انتخاب شد ولی به علت وقوع جنگ دوم جهانی و سایر مسایل سیاسی روز، این کمیسیون از سال ۱۹۳۸ به بعد فعالیت چندانی نداشت تا اینکه در سال ۱۹۴۶ یکی از افسران ارشد پولیس بلژیک بنام (لواژ) کمیسیون مذکور را با شرکت نمایندگان پولیس (۱۷) کشور بلژیک، شیلی، چک سلواکیا، دنمارک، مصر، فرانسه، بریتانیا، لوکزامبورگ، هالند، ناروی، پولند، سویدن، سویس، ترکیه و یوگوسلاویا در بروکسل تشکیل داد. به موجب تصمیمات متخذه در این جلسه پاریس به عنوان محل دائمی سکرتریت عمومی کمیسیون تعین گردید. دفتر مرکزی ابتدا در ساختمان امنیت ملی فرانسه مستقر شد و از سال ۱۹۶۲ به طور مستقل به ساختمانی واقع در سنت کلود در حومه پاریس انتقال یافت. بالاخره در سال ۱۹۸۹ به محل فعلی آن در شهر لیون انتقال یافت. در سال ۱۹۵۶ نام کمیسیون پولیس جنائی بین المللی به سازمان بین المللی پولیس جنائی (ICPO) تغییر پیدا کرد و در سال ۱۹۶۹ کلمه انترپول که خلاصه عبارت (Police International) است برای عنوان تلگرافی این سازمان انتخاب شد و در سطح بین المللی مورد استفاده قرار گرفت.^۱

اساسنامه فعلی و نیز مقررات عمومی سازمان انترپول در سال ۱۹۵۶ در بیست و پنجمین اجلاس مجمع عمومی این سازمان در وینا به تصویب اعضاء رسید و بعدها به تدریج اصلاحات یا الحاقاتی در مواد آن انجام شد. در حال حاضر اساسنامه ملاک عمل سازمان در (۵۱) ماده و مقررات عمومی آن در (۶۰) ماده است. علاوه بر اساسنامه و مقررات عمومی سازمان آیین نامه های اجرای، مقررات مالی و مقررات مربوط به بهره برداری از شبکه رادیویی و کمپیوتری، تبادل پیامها و بالاخره مقررات مربوط به

^۱. نجابتی، همان اثر، ص ۲۴۶.

ارتباط متقابل دفاتر انترپول کشورهای عضو و سکرتریت عمومی برای حسن جریان امور این سازمان وضع و مورد اجراء گذاشته می‌شود.

گفتار دوم- اهداف تأسیس

گسترش وسایل حمل و نقل جمعی و همچنین سود سرشماری که در امر قاچاق وجود دارد باعث گردیده است تا مجرمین از این فرصت به نفع خویش استفاده نموده و نه تنها دایره اعمال مجرمانه خود را وسعت بخشیده بلکه با استفاده از همین امکانات و وسایل پیشرفته که اشاره شد با مجرمین کشورهای دیگر نیز همکاری نموده و مبادرت به تشکیل باندهای بین‌المللی نمایند و پس از ارتکاب اعمال خود در کشورهای مختلف به راحتی اقدام به فرار نمایند.

گفتار سوم- وظایف

تعیین هویت، جمع‌آوری علایم و آثار انگشتان، حفظ و نگهداری سوابق مجرمین، بررسی و تجزیه و تحلیل مدارک و آثار جمع‌آوری شده از محل وقوع جرایم، قسمت‌های آزمایشگاهی مجهز جنایی از قبیل: شناسایی خط، اسناد مجعول، اسلحه‌شناسی، قالب‌ریزی، قالب‌گیری، عکاسی جنایی و غیره نیز از وظایف انترپول است.

گفتار چهارم- تشکیلات سازمان بین‌المللی پولیس جنائی (انترپول):

به موجب ماده (۵) اساسنامه تشکیلات انترپول عبارت‌اند از:

- مجمع عمومی
- کمیته اجرائی
- سکرتریت عمومی
- گروه مشاوران
- دفاتر ملی مرکزی

مبحث سوم: انترپول و استرداد:

گرچند استرداد تنها از طریق انترپول صورت نمی‌گیرد طرق دیگری درین زمینه از قبیل معاهدات دوجانبه استرداد و همکاری‌های بین‌المللی نیز وجود دارد. اما به‌طور صریح می‌توان گفت که یکی از وظایف مهم و حتی دلیل وجودی آن موضوع استرداد است. بدیهی است چنانچه هر کشوری برای دستگیری و استرداد آن دسته از اتباع خویش که پس از ارتکاب جرم به کشور دیگر فرار می‌کنند، در صورتی که معاهده استرداد دوجانبه بین آن‌ها موجود نباشد ترجیح می‌دهند که این استرداد از کانال انترپول صورت بگیرد. بدین منظور اداره انترپول ملی اطلاعات ضروری برای تعقیب متهم در خارج از کشور را از طریق محکمه شاکی و سایر منابع ذیصلاح تحصیل کرده و به سکرتریت عمومی و به انترپول کشوری که متهم در آنجا اقامت دارد، و در صورتی که مشخص نباشد، متهم در کدام کشور اقامت دارد، به‌صورت بخشنامه برای تمام کشورها ابلاغ می‌کند. و درخواست شناسایی، دستگیری و استرداد متهم را به عمل می‌آورند.^۱

طبیعی است چنانچه پولیس کشور مورد درخواست، متهم را در کشور خود شناسایی نماید موضوع را به انترپول کشور شاکی اعلام می‌کند و درخواست می‌نماید که مدارک لازم برای استرداد از طریق رسمی و دیپلوماسی ارسال شود. دفتر ملی انترپول این موضوع را به اطلاع محکمه‌ی می‌رساند که دوسیه در آنجا مطرح است. و محکمه از طریق مقامات صالحه مدارک لازم برای استرداد رابه وزارت امور خارجه تسلیم می‌کند تا از آن طریق تسلیم مقامات کشور موردنظر گردد. در صورتی که در چنین حالاتی معاهده استرداد دوجانبه بین طرفین وجود نداشته باشد، معمولاً متهم با شرط اقدام متقابل از سوی کشور مذکور مسترد می‌گردد.

1. نجابتی، همان اثر، ص ۲۵۳.

باید توجه داشت که یک کشور خارجی زمانی با استرداد متهم موافقت می‌کند که اولاً جرم ارتكابی از مستثنیات ماده (۳) اساسنامه سازمان انترپول نباشد (ماده ۳ اساسنامه، این سازمان را از هرگونه دخالت در امور سیاسی، نظامی، مذهبی و نژادی منع کرده است). ثانیاً جرم قابل مجازات باشد. در غیر آن با استرداد موافقت صورت نمی‌گیرد.

در مواردیکه پولیس کشور مورد درخواست نتواند متهم را شناسایی نماید، با هماهنگی قبلی و کسب موافقت انترپول کشور شاکی می‌تواند افسری را در جریان دوسیه قرارداد و متهم را شناسایی نماید. قابل تذکر است که این افسر پولیس رأساً هیچ‌گونه عملیات پولیسی را در کشور میزبان انجام نخواهد داد و صرفاً به‌عنوان راهنما با پولیس محلی همکاری خواهد نمود.

اصل استرداد یا محاکمه متهم^۱ نیز یکی از قاعده‌های کلیدی همکاری‌های بین‌المللی است که توسط توافقات بین‌المللی تعیین شده است. طوری که در کنوانسیون بین‌المللی سرکوب بمب‌گذاری‌های تروریستی آمده (دیگر توافقات نیز لحن یکسان یا مشابهی در این زمینه دارند) اگر کشور یک شخص متهم را به کشور متقاضی استرداد نمی‌کند: (مسئولیت دارد که، بدون هیچ‌گونه استثناء و یا ملاحظه‌ای در مورد محل وقوع جرم، قضیه متهم را بدون تاخیر به مقامات باصلاحیت قضائی به‌منظور تعقیب عدلی منطبق با قوانین کشوری خود بسپارد. مقامات فوق باید تصمیم خود را باهمان روشی اتخاذ کنند که در تعقیب عدلی در مورد دیگر جرایم جدی تحت قوانین کشور، استفاده می‌شود).

(قطعنامه ۱۳۷۳ (۲۰۰۱) شورای امنیت معمولاً به‌عنوان قطعنامه‌ای یاد می‌شود که اصل استرداد یا محاکمه متهم را در خود دارد. مقرر ذکرشده در پاراگراف دوم (e) این قطعنامه از کشورهای عضو می‌خواهد تا: "اطمینان حاصل کنند که هر شخصی که در

¹ Aut dedere aut judicare

تمویل، برنامه‌ریزی، آمادگی، ویا آمادگی اقدامات تروریستی و یا حمایت از چنین اقدامات دست داشته، به پنجه عدالت سپرده می‌شود".

اصل استرداد یا محاکمه متهم به صورت غیرمستقیم توسط قطعنامه ۱۳۷۳ تایید شده است. پاراگراف سوم (d) این قطعنامه از کشورهای عضو می‌خواهد تا: "هر چه زودتر به کنوانسیون‌ها و پروتوکل‌های بین‌المللی ضد تروریسم بپیوندند".

قطعنامه‌های بعدی شورای امنیت صریح‌تر هستند. بخصوص قطعنامه ۱۴۶۵ (۲۰۰۳) و ۱۵۶۶ (۲۰۰۴) شورای امنیت مشخصاً مقرر می‌دارند که مسئولیت تعقیب عدلی تروریست‌ها "بر مبنای اصل استرداد یا محاکمه استوار خواهد بود". روند اجرائی اصل استرداد یا محاکمه همان‌طوری که در فصل دوم بررسی کردیم اکنون چند نکته‌ای را قابل ذکر می‌دانیم:

الف: تصمیم برای عدم استرداد:

این تصمیمی است که آغاز مسئولیت یک کشور برای سپردن قضیه متهم به سیستم حقوق داخلی را رقم می‌زند.

ب: سپردن قضیه به تعقیب عدلی:

تصمیم به تعقیب عدلی یک قضیه به این معنا نیست که اتهامی که بعد از تحقیقات بی‌اساس دانسته شده نیز باید با محکمه کشیده شود. قانون اساسی، قوانین اصلی و پروسه‌های قضائی هر کشور تعیین می‌کنند که حدود تعقیب عدلی تا کجا باشد.

ج: بدون هیچ گونه استثناء و ملاحظه:

این قید می‌تواند به معانی مختلفی تعبیر شود. یک تعبیر این است که عملی کردن این قید به نفع همکاری بین‌المللی نظم عامه یک کشور را با خطر روبرو می‌کند. در آن صورت، از کشور خواسته نمی‌شود که در موضوع همکاری کند که ممکن است بی‌نظمی عمومی و خشم عامه را به دنبال داشته باشد و صلح و ثبات داخلی‌اش را

تهدید کند. در چارچوب مبارزه با تروریسم و استرداد یک متهم، این امر ممکن است به مثابه خودداری از استرداد یک متهم بر اساس این نگرانی باشد که در صورت تحویل متهم به کشور متقاضی، ممکن است یک گروه تروریستی بر ضد کشور استرداد کننده و یا منافع آن دست به تلافی بزند. درعین حال عبارت: (بدون هیچ گونه استثناء و ملاحظه) یک درخواست روشن مبنی بر قبول نشدن استثناء در مورد جرایم سیاسی می تواند باشد.

د: تصمیم گیری باهمان روشی که در تعقیب عدلی در مورد دیگر جرایم جدی تحت قوانین کشور، استفاده شود:

توافقات جهانی ضد تروریسم، درحالی که به کشورها اجازه می دهند برای تعقیب یا عدم تعقیب عدلی یک متهم بر اساس صلاح دید خود عمل کنند، این نکته را تصریح می کنند که کشورها چنین صلاح دید را باید باهمان روشی عملی کنند که در مورد جرایم جدی دیگر تحت قوانین داخلی خود عملی می سازند. به عبارت دیگر، از مقامات قضائی ملی یک کشور انتظار می رود که به جرایم فردی که تقاضای استرداد او مطرح شده، باهمان روشی رسیدگی کنند که معمولاً بر جرایم جدی دیگر اعمال می کنند، در عمل، این مسئله باعث می شود که توانائی تصمیم گیری مقامات قضائی برای عدم تعقیب عدلی فرد متهم کاهش یابد.^۱

نتیجه گیری:

از مجموعه بحث های که در طول تحقیق در این پایان نامه مطرح شد، به این نتیجه میرسیم که اولاً، توسعه و گسترش صلاحیت قوانین جزای یا کیفری به خارج از قلمرو یا محدوده حاکمیت، هیچ صدمه به حاکمیت کشورهای دیگر وارد نمی کند. بخاطرکه

¹ Kelly, Michael J. Cheating justice bt cheating death: the doctrinal collision for prosecuting foreign terrorists-passage of aut dedere aut penalty. Arizona Joral of Onternational and Comparative Law, vol. 20, No. 3 (2003), pp. 491-532.

این توسعه صلاحیت به معنای داشتن قدرت اجرایی برای ورود به قلمرو حاکمیت کشورهای دیگر نیست؛ بلکه به این معناست که دولت‌ها به خود حق می‌دهند که هرگاه جرمی توسط اتباع آن‌ها یا علیه اتباع آن‌ها یا علیه منافع اساسی و حیاتی آن‌ها واقع دهد و دستگیری از راه قانونی ممکن باشد (از طریق استرداد) صلاحیت رسیدگی به جرم را داشته باشد.

استرداد در حقوق جزائی بین‌المللی طی یک قرن اخیر به بحث تبدیل شده است که می‌توان دلیل آن را در وقایع قرن گذشته جستجو کرد. هرچند استرداد مجرمین از لحاظ سابقه تاریخی به سالهای خیلی قبل از تاریخ فوق برمی‌گردد. ولی استرداد به معنای واقعی کلمه و معاهدات تصویب شده بین کشورها درین زمینه سابقه چندانی ندارد.

امروزه بحث بر سر استرداد نیست بلکه موضوع مهم‌ترتیب و چگونگی استرداد است که در آن رعایت حقوق اساسی فرد، تامین عدالت و از همه مهم‌تر احترام به حاکمیت ملی کشورها است. البته بحث استرداد تنها بجرایم جنگی و جنایات علیه بشریت محدود نبوده بلکه استفاده ازین تکنیک در جرایم عمومی که بسا موارد مجرمین آن بعد از ارتکاب جرم فرار می‌کنند نیز تعمیم یافته است. کشورها بادر نظر داشت آسیب شناسی‌شان در پهلوی سایر اقدامات علاقمند هستند تا معاهدات استرداد با کشورهای مختلف داشته باشند. یا هم با الحاق به پیمانهای بین‌المللی در مورد همکاری و معاضدت قضائی این خلاء را برطرف می‌سازند.

شکل‌گیری سازمان بین‌المللی پولیس جنایی یا انترپول حاصل تحول و دگرگونی روابط کشورها و مناسبات بین‌المللی است و هم‌چنین کشیده شدن مسایل و مشکلات داخلی به آن‌سوی مرزها و بین‌المللی شدن جرایم ارتكابی در کشورها است. انگیزه تشکیل سازمان بین‌المللی پولیس جنائی یا انترپول کانالیزه نمودن اقدامات جرم یابی و امور مربوط به سازمان‌های پولیسی و قضائی کشورها در خصوص اتباع یکدیگر بوده است. که خوشبختانه افغانستان درین اواخر عضویت پولیس بین‌المللی را کسب نموده است می‌توان امیدوار بود که در زمینه فعالیت بیشتری نماید.

پیشنهادهای:

- با انعقاد قراردادهای سوفا که بی‌تردید می‌توان آن‌ها را به قراردادهای کاپیتالاسیون قرون وسطی تشبیه کرد عملاً امکان محاکمه پرسونل نظامی خویش را در کشور مورد اقامت غیرمقدور گردانیده و دومی با پناه دادن به رهبران جنایتکار صرب و عدم تسلیم آن به محکمه یوگوسلاوی ماهیت خویش را به‌خوبی به نمایش گذاشت.
- باهمه این، مشکلات دیگری نیز در این زمینه قابل پیش‌بینی‌اند از جمله حاکمیت کشورهای عدم استرداد اتباع و ... بهر حال تمام این مشکلات نباید جلو امر مهم همچون استرداد مجرمین در عرصه بین‌الملل را بگیرد، زیرا استرداد یکی از لازمه‌های تطبیق عدالت جزائی بالای مجرمین فراری و بین‌المللی است.
- با توجه به اینکه قانون اساسی افغانستان استرداد مجرمین را به رسمیت می‌شناسد بناءً در جهت عقد قراردادهای استرداد با سایر کشورها اقدامات مقتضی روی دست گرفته شود.
- تقویت هر چه بیشتر نهادهای عدلی و قضائی و محاکمه مجرمین جنگی افغانستان یعنی قبل اینکه مجرمین از افغانستان خارج شوند و موضوع به استرداد کشانده شود محاکمه آنان صورت گیرد.

فهرست منابع و مآخذ

۱. منابع فارسی:

الف: کتاب‌ها:

۱. آخوندی، محمد (۱۳۸۲)، آئین دادرسی کیفری، چاپ هفتم، جلد دوم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
۲. جعفری، لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، جلد اول، شماره ۱۱۲۰۸.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، ترمینولوژی حقوق، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۴. حسن، عمید (۱۳۸۱)، فرهنگ فارسی عمید، جلد اول، چاپ هشتم، تهران: انتشارات امیرکبیر.

۵. ستانکزی، نصرالله و دیگران (۱۳۸۷)، قاموس اصطلاحات حقوقی، کابل: انتشارات پوهنتون کابل، چاپ اول.
۶. علی آبادی، دکتر عبدالحسین (۱۳۵۴)، حقوق جنائی، ج سوم، تهران: انتشارات فردوسی.
۷. مؤمنی، دکتر مهدی (۱۳۹۳)، حقوق بین المللی کیفری، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
۸. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۰)، آئین دادرسی کیفری، جلد اول و دوم، تهران: انتشارات پایدار.
۹. نجابتی، مهدی (۱۳۸۴)، پلیس علمی، تهران: انتشارات سمت.

ب: قوانین:

۱. جریده رسمی (منتشره ۲۵ حمل ۱۳۹۲ نمبر مسلسل ۱۱۰۳)، قانون استرداد متهمین، محکومین و همکاری عدلی افغانستان، کابل: انتشارات وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان.
۲. جریده رسمی (منتشره دوم ثور سال ۱۳۹۶)، مقرره استرداد مظنونین و متهمین و انتقال محکومین به حبس، کابل: انتشارات وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، شماره مسلسل: ۱۲۵۶.
۳. جریده رسمی (منتشره ۱۳۹۳)، قانون اجراء جزائی افغانستان، کابل: انتشارات وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان.

ج: مقاله ها و جزوه های درسی:

۱. اسکندری، عبدالکریم (زمستان ۱۳۹۵)، استرداد مجرمین و نحوه اجرای آن با تاکید بر قانون استرداد افغانستان، فصلنامه علمی پژوهشی، دانشگاه خاتم النبیین (ص)، سال اول شماره دوم.
۲. محمد عارف رحیم (۱۳۸۵)، حقوق جزای بین المللی، ولایت بلخ: انتشارات پوهنتون بلخ جزوه درسی برای صنوف چهارم فاکولته حقوق و علوم سیاسی.

۲. منابع عربی:

الف: کتب:

۱. قرآن کریم.
۲. مصطفی، عبدالواحد، ابن کثیر (۱۹۷۶)، السیره النبویه، الجزء الثالث، لبنان: دارالمعرفه للطباعه و النشر و التوزیع بیروت، صص ۳۲۰ و ۳۲۱.
۳. منابع انگلیسی:

1. Kelly, Michael J. Cheating justice bt cheating death: **the doctrinal collision for prosecuting foreign terrorists-passage of aut dedere aut penalty**. Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 20, No. 3 (2003).

۴. منابع اینترنتی:

1. www.dedabanblogfa.com/post74

2. www.hoghooghplus.ir

3. www.pajoohe.ir

4. www.prisons.ir

5. www.shamslayers.blogfa



بررسی اهلیت و عوارض آن در پرتو اصول فقه اسلامی

محمودولی حنیف

چکیده

شرط صحت تکلیف این است که مکلف اهلیت آنچه را که به آن تکلیف می‌شود، داشته باشد و این اهلیت تکلیف هم با رسیدن انسان به سن بلوغ همراه با داشتن عقل، ثابت می‌شود؛ اما علمای اصول به صورتی عام در مورد اهلیت و عوارض آن نیز سخن می‌گویند. در اینجا نیز، ما بر همین منوال عمل کرده، در ابتدا، در مورد اهلیت و سپس در مورد عوارض آن بحث می‌کنیم.

واژگان کلیدی: اهلیت، اهلیت ادا، اهلیت وجوب، عوارض اهلیت، عوارض سماوی و عوارض اکتسابی.

مقدمه

با توجه به تفاوت خلقت انسان‌ها، احکام شرعی که متوجه ایشان است نیز تغیر می‌یابد لذا انسانی که دارای اهلیت و جوب و اهلیت ادا است، تمام احکام شرع بر ذمه‌اش لازم می‌شود اما اشخاصی که تنها اهلیت و جوب داشته باشد بعضی احکام بر ذمه ایشان لازم می‌شود و برخی دیگر آن‌ها از ذمه ایشان ساقط می‌شود.

در این میان عوارضی نیز وجود دارد، که بالای اهلیت انسان تاثیری وارد کرده یا اهلیت وی را کاملاً از بین می‌برد مانند مرگ و یا در آن نقصانی را وارد می‌کنند مانند: صغر، عته، سفه و غیره و یا هم سبب تغییری بعضی احکام از ذمه وی می‌شود. بدون اینکه بالای اهلیت اش تاثیری بگذارد مانند اکراه.

با در نظر داشت این نکته، علماء کرام از اهلیت انسان به تفصیل بحث نموده و عوارضی را که باعث خدشه‌دار شدن اهلیت وی می‌شوند بیان نموده و به دو نوع تقسیم نموده‌اند که عبارت از عوارض آسمانی که به اختیار بنده نبوده و بنده در آن کدام نقشی نداشته باشد مانند: صغر، عته، جنون و غیره عوارض اکتسابی که به اختیار و اراده بنده باشد مانند: جهل، خطا، سفه، اکراه و غیره چون اهلیت انسان در تمام ادوار زندگی اش یکسان نبوده بلکه از هنگام نطفه در رحم مادر اهلیت وی آغاز و به شکل تدریجی از تولد، صغیر غیر ممیز و صغیر ممیز، بلوغ و رشد اهلیت انسان تکامل یافته و در مراحل مختلف اهلیت، احکام مربوط به آن نیز تغیر می‌یابد از جانبی هم عوارض آسمانی و اکتسابی اهلیت باعث تغیر احکام شریعت اسلامی و قوانین نیز می‌شوند.

مبحث اول: اهلیت

تعریف اهلیت

اهلیت در لغت، به معنای صلاحیت است، مثلاً وقتی کسی صلاحیت انجام کاری را داشته باشد، می‌گویند: وی برای انجام آن کار اهلیت دارد.

در اصطلاح اصولیون، اهلیت به اهلیت و جوب و اهلیت ادا تقسیم می‌شود:

اهلیت وجوب

به معنی صلاحیت انسان برای این امر است که حقوقی مشروع به نفع او و علیه او واجب و ثابت شود،^۱ یعنی صلاحیت داشتن انسان برای این که حقوق به نفع وی ثابت و واجبات بر وی واجب گردد. مبنای اهلیت وجوب، ذمه است، به این معنی که چون انسان موجودی دارای ذمه است، این اهلیت برای وی ثابت می شود.

ذمه در لغت به معنی عهد است؛ خدای متعال می فرماید: (لَا يَرْفُقُونَ فِي مَوْثِقٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً) [التوبة: ۱۰]، «آنان درباره ی هیچ فرد باایمانی رعایت خویشاوندی و پیمان را نمی کنند». افراد غیرمسلمانی که به صورت دایم و بنا بر عهد و پیمان میان ما مسلمانان و آنان، در دارالاسلام زندگی می کنند، اهل ذمه، یعنی اهل عهد و پیمان نامیده می شوند.

ذمه در اصطلاح، وصفی شرعی است که انسان را یک موجود اهل و شایسته برای تعلق حقوق به نفع او و یا به زیان او تبدیل می کند.^۲ ذمه بر اساس این معنای اصطلاحی برای هر انسانی ثابت و موجود است، زیرا هر فردی که به دنیا می آید، دارای ذمه است و درنتیجه برای وجوب اموری به نفع و علیه او صلاحیت دارد.^۳

بنابراین، می توان گفت که: اساس ثبوت اهلیت وجوب برای انسان «حیات» است، زیرا با حیات است که ذمه برای انسان ایجاد می گردد و اهلیت وجوب نیز بر آن بنا می گردد و به همین دلیل، برای جنین هم - گرچه ناقص است - به دلیل وجود حیات در آن، اهلیت وجوب ثابت است و چون حیات انسان اساس ثبوت اهلیت وجوب است، این اهلیت، تا زمانی که فرد زنده باشد، همراه وی است و فقط با مرگ از او جدا می شود.^۴

۱- شرح المنار، ابن ملک و حاشیه رهاوی، ص ۹۳۶.

۲- التوضیح، ۲ / ۱۶۱.

۳- أصول البزودی ۲ / ۱۳۵۷ و شرح ص ۹۳۸.

۴- برخی از فقها معتقدند که: بعد از مرگ هم ذمه ی انسان به نحوی باقی می ماند، چنان که بعداً خواهد آمد.

حقوق دانان، این اهلیت بامعنای اصطلاحی مدنظر اصولیون را «شخصیت قانونی» می نامند و به نظر آنان این شخصیت برای هر انسانی ثابت است و در تعریف می گویند: شخصیت قانونی به معنی صلاحیت انسان برای این امر است که حقوقی به نفع او و تکالیفی علیه او ثابت گردد^۱. این تعریف شبیه تعریف اصولیون از اهلیت وجوب است.

اهلیت ادا

به معنی صلاحیت انسان برای این امر است که ادا و انجام (اموری) از او خواسته شود و افعال و اقوال وی معتبر تلقی شده، آثار شرعی شان بر آن ها مترتب گردد، به نحوی که اگر تصرفی از او سر زد، شرعاً معتبر و دارای آثار باشد و اگر عبادتی انجام داد، ادای وی معتبر بوده، تکلیف را ساقط نماید و اگر در حق دیگران جنایتی انجام داد، بتوان او را به خاطر این کار به صورت کامل مؤاخذه نمود و مجازات بدنی و مالی علیه او اعمال کرد^۲. اساس ثبوت این اهلیت، داشتن قدرت تمییز و تشخیص است نه حیات.

اهلیت کامل و ناقص

هر کدام از دو اهلیت وجوب و ادا، با توجه به دوران هایی که انسان در زندگی خود، از زمان تکوین تا کامل شدن عقل و سپس مرگ، طی می کند، گاهی ناقص و گاهی کامل هستند. این دوران ها عبارتند از: اول: دوران جنینی؛ دوم: از تولد تا رسیدن به تمییز؛ سوم: از تمییز تا رسیدن به بلوغ و چهارم: دوران مابعد بلوغ. در سطور بعد، نوع اهلیتی را که در هر یک از این دوران ها برای انسان ثابت می شود،

۱- المدخل للقانون الخاص، د. بدر اوی، ص ۵۸.

۲- شرح مرقاة الوصول، ص / ۴۳۴؛ أصول الفقه، شیخ عبدالوهاب خلاف، ص ۱۵۰.

مورد بحث قرار می‌دهیم.

دوران اول: دوران جنینی

جنین را، گاهی این‌گونه می‌بینیم که جزئی از مادر خودش است و در حرکت و سکون خود با او هماهنگ است (و مستقل نیست) و بدین ترتیب، به ثابت نبودن ذمه برای وی حکم می‌کنیم و در نتیجه، اهلیت وجود هم در وی منتفی می‌شود و گاهی، از این جهت به جنین نگاه می‌کنیم که خود او، یک نفس و شخص مستقل بوده، از لحاظ داشتن حیات، از مادر خود جداست و آماده‌ی جدا شدن از او و تبدیل شدن به یک انسان مستقل قائم به ذات خود است و بر این اساس، به وجود ذمه برای وی حکم می‌کنیم و در نتیجه، اهلیت وجوب برای وی ثابت می‌شود. گاهی هم، هردو جهت مذکور با هم در جنین مورد ملاحظه می‌گیرند و در نتیجه، نه ذمه‌ی کاملی برای او ثابت می‌شود و نه ذمه‌ی مطلق هم از او نفی می‌شود، بلکه برای وی تنها ذمه‌ای ناقص ثابت می‌شود که فقط صلاحیت پذیرش برخی از حقوق را دارد و بدین ترتیب، جنین دارای یک اهلیت وجوب ناقص می‌شود و با آن صلاحیت این را می‌یابد که حقوقی به نفع وی ثابت گردد، نه علیه او و بنابراین، حقوقی مانند میراث، وصیت و استحقاق در وقف - که ثبوت آن‌ها به قبول نیاز ندارد - برای وی ثابت می‌گردد؛ اما حقوقی چون هبه که به قبول نیاز دارد، برای وی ثابت نمی‌شود، گرچه این حقوق نفع محضی هم برای وی محسوب می‌شوند، زیرا جنین نطق ندارد و ولی و وصیی هم ندارد که در قبول جانشین وی شوند^۱ و نیز، چنان‌که ذکر شد، به علت نقصان اهلیت وی هیچ حقی هم علیه او ثابت نمی‌گردد. لازم به ذکر است که اهلیت وجوب ناقص وقتی برای جنین ثابت می‌شود که جنین زنده متولد شود.

۱- جمهور فقها معتقدند که: جنین فاقد ولی و وصی است و فقط جایز است که برای حفظ اموال وی امینی تعیین گردد.

در مورد اهلیت ادا نیز باید گفت که جنین اهلیت ادا ندارد، زیرا به علّت عجز کامل وی صدور هیچ تصرفی از جانب وی متصور نیست و نیز بدین دلیل که مبنای ثبوت اهلیت ادا، قدرت تمییز عقلی است و جنین مطلقاً تمییز ندارد.

دوران دوم: از تولد تا رسیدن به تمییز^۱

اگر جنین زنده متولد شود، ذمه‌ای کامل و در نتیجه، اهلیت وجوب کامل برای وی پدید می‌آید و حقوق به نفع او و علیه او ثابت می‌گردد. شایسته بود که به‌مانند فرد بالغ همه‌ی حقوق علیه این جنین متولدشده ثابت شود، زیرا دارای ذمه‌ی کامل است و اهلیت با این ذمه ثابت شده است، اما چون هدف از خود وجوب صرف وجوب و ثبوت حق بر انسان نیست، بلکه مقصود از وجوب حکم آن، یعنی اداست. بنابراین، همه‌ی حقوقی که بچه امکان ادای آن را داشته باشد، بر او واجب می‌گردد و چیزهایی که ادای آن از جانب وی ممکن نباشد، بر وی واجب نمی‌شود. این حقوق را می‌توان به تفصیل زیر مورد بررسی قرارداد:

۱- حق الناس: آن دسته از حق الناس که مانند ضمانت چیزهای تلف شده، اجرت اجیر، نفقه‌ی زوجه و خویشاوندان و امثال آنها، جنبه‌ی مالی دارند، بر بچه واجب می‌شوند، زیرا مقصود از آنها مال است و ادای نیایی این حقوق هم مقبول است و ولی به نیابت از بچه آنها را ادا می‌کند؛ اما آن دسته از حق الناس که به‌مانند قصاص، مجازات هستند، بر بچه واجب نیست، زیرا بچه صلاحیت حکم آن یعنی مؤاخذه شدن با مجازات را ندارد، چه عمل بچه توصیف به تقصیر نمی‌شود و به علّت قصور معنی

۱- علما سنّ تمییز را رسیدن کودک به هفت سالگی تعیین کرده‌اند و این برای ضابطه‌مند ساختن احکام است. فقهای متقدم سنی را برای تمییز نمی‌کردند و فقط فقهای متأخر این کار را کرده‌اند و شاید اساس این کارشان این حدیث است که در مورد امر بچه‌ها به نماز می‌فرماید: «وقتی به هفت سالگی رسیدند، آنان را به نماز خواندن امر کنید و زمانی که به ده سالگی رسیدند (و نماز نخواندند) آنان را بزنید». قانون مدنی عراق و نیز مصر، سن تمییز را هفت سالگی مقرر کرده‌اند.

جنایت در کار بچه، این کار وی صلاحیت آن را ندارد که سبب این مجازات باشد و نیز، ادای این حق نیابت‌بردار نیست و نمی‌توان ولی را به نیابت از بچه مجازات کرد. مجازات، در اینجا برخلاف دیه است، زیرا دیه به خاطر عصمت و بی‌گناهی محل (مقتول) واجب شده است و بچه بودن قاتل هم نافی عصمت افراد نیست و مقصود از وجوب آن مال است و ادای مال نیز به طریق نیابتی ممکن است.

۲- حق‌الله: از حق‌الله، آنچه که شرط صحت و اصل عبادات است، یعنی ایمان و آنچه که عبادت خالص است، خواه مانند نماز بدنی محض باشد و خواه مانند زکات مالی محض باشد و خواه به‌مانند حج ترکیبی از بدنی و مالی باشد، هیچ‌کدام بر بچه واجب نیست، گرچه سبب و محل این حقوق یعنی ذمه‌ی صالح هم موجود باشد، زیرا حکم وجوب در این حقوق، آن است که این تکالیف، عملاً و به‌صورت اختیاری و نه به‌صورت نیابت جبری، به دست کسی که عبادت بر او واجب شده است، انجام گیرد، تا ابتلا و آزمایش و جزای مترتب بر آن حاصل شود و بچه هم اهلیت این امر را ندارد.^۱ از حق‌الله آنچه که مانند حدود جنبه‌ی کیفری دارد، بر بچه واجب نیست، همانند آن دسته از حق‌الناس که مثل قصاص جنبه‌ی کیفری دارند، زیرا بچه صلاحیت حکم آن، یعنی مؤاخذه‌کردن با مجازات را ندارد و این مجازات هم به نیابت انجام نمی‌شود.^۲

۱- التلویح علی التوضیح: ۱۶۳/۲. فقها در مورد وجوب زکات در مال بچه اختلاف دارند؛ کسانی که آن را واجب دانسته‌اند، زکات را حقی واجب از آن فقرا در اموال ثروتمندان دانسته‌اند و این مفهوم نیز با صیغر و بلوغ اختلاف پیدا نمی‌کند؛ اما کسانی که آن را واجب ندانسته‌اند، آن را عبادتی به سان نماز و روزه دانسته‌اند و چون عبادت اختیار و آزمایش است، بلوغ در آن شرط است و بچه نیز به علت قصور عقل صلاحیت این را ندارد که مورد اختیار واقع شود. بدایة المجتهد ۱/ ۲۲۰.

۲- کشف الأسرار، ۴/ ۱۳۶۲.

در مورد اهلیت ادا هم باید گفت که: اهلیت ادا در حق بچه در این دوران، کاملاً منتفی است، چراکه او تمیز ندارد و -چنانکه گفتیم- تمیز با عقل اساس اهلیت اداست و به همین دلیل، از بچه خواسته نمی‌شود که چیزی را شخصاً انجام دهد و حقوقی را که به سبب اهلیت وجوب بر او واجب شده‌اند هم -در آنجاهایی که نیابت صحیح است- ولی‌اش به نیابت از او ادا می‌کند.

چون بچه اهلیت ادا ندارد، هیچ اثر شرعی‌ای هم بر اقوال و تصرفات وی مترتب نمی‌شود و بنابراین، عقود و تصرفات قولی وی باطل است و به آن‌ها توجه نمی‌شود.

دوران سوم: از تمیز تا رسیدن به بلوغ

این دوران با رسیدن بچه به هفت‌سالگی آغازشده، با بالغ شدن وی پایان می‌یابد. در این دوران، اهلیت وجوب کاملی برای بچه پدید می‌آید، زیرا در صورتی که اهلیت وجوب برای صغیر غیر ممیز ثابت و موجود باشد، ثبوت آن برای صغیر -که حال و وضع بهتری از او دارد- اولی است. پس حقوق به نفع و علیه وی نیز، به تفصیلی که در مورد صغیر ممیز ذکر شد، ثابت می‌شود.

در این دوران، چون عقل بچه ناقص است، اهلیت ادای ناقص برای وی ثابت می‌شود و چون وی اهلیت ادای ناقص دارد، ایمان و عبادات بدنی وی صحیح تلقی می‌شود، زیرا برای صغیر منفعت محض در پی دارد، اما بر او واجب نیستند و او مکلف به ادای آن‌ها نمی‌شود.

اما حکم تصرفات مالی صغیر ممیز به‌قرار زیر است:

۱- انجام تصرفاتی چون قبل هبه، صدقه و وصیت از جانب صغیر که برای وی منفعت محض دارند؛ صحیح هستند و در آن، نیازی به اجازه‌ی ولی یا وصی ندارند، زیرا صحیح دانستن این تصرفات در صورت انجام مستقیم آن به دست خود صغیر، بنابر اهلیت ادای قاصر وی امکان‌پذیر است و در صحیح دانستن آن مصلحت آشکاری

برای بچه هست و ما مکلفیم که همیشه در صورت امکان، مصلحت وی را رعایت کنیم.

۲- انجام تصرفاتی چون هبه دادن و وقف کردن مال و مثل این‌ها از جانب صغیر که برای وی ضرر محض به دنبال دارد و موجب خروج بدون عوض اموال وی از مالکیتش می‌شود، صحیح نیست و حتی اصلاً منعقد هم نمی‌شود و ولی و وصی نیز نمی‌توانند با اجازه دادن خود این تصرفات صغیر را صحیح کنند، زیرا ولی و وصی نمی‌توانند این کارها را مستقیماً از جانب صغیر انجام دهند، پس همان‌طور هم نمی‌توانند این کارهای بچه را اجازه دهند، زیرا مبنای ولایت، توجّه به بچه و مراعات مصلحت وی است و انجام تصرفات مضر به مال وی و یا اجازه دادن آن تصرفات در صورت انجام آن از جانب خود صغیر، هیچ به معنای توجّه به بچه و رعایت مصلحت وی نیست.

۳- تصرفاتی مانند بیع و اجاره و سایر معاوضات مالی که برحسب اصل وضع خود متردد بین نفع و ضرر هستند^۱. این تصرفات سود و زیان دارند و اگر صغیر ممیز اقدام به انجام آن‌ها کند، به اعتبار بهره‌مندی او از اهلیت ادا، صحیح تلقی می‌شوند، اما چون اهلیت ادای ناقص دارد، متوقف بر اجاره ولی هستند و اگر ولی آن را اجازه داد، این اجازه‌ی ولی نقص اهلیت وی را جبران نموده، تصرف وی چنین تلقی می‌شود که انگار از شخصی دارای اهلیت ادای کامل صادر شده است.

۱- در اینجا، باید در نظر داشت که چیزی که به عنوان ملاک در متردد بودن یک تصرف بین نفع و ضرر مدنظر قرار گرفته است، نوع و طبیعت تصرف است و به این توجّه نشده که تصرفی که صغیر اقدام به انجام آن کرده است، منفعتی حقیقی برای وی به دنبال بیاورد یا منفعتی برای وی نداشته باشد و بنابراین، اگر صغیر عینی متعلّق به خود را به قیمتی بیشتر از بهای واقعی آن نیز بفروشد، باز هم صحت تصرف وی متوقف بر اجازه‌ی ولی است و به سودی که صغیر در این معامله به دست آورده است، توجهی نمی‌شود، زیرا بیع -بنا به طبیعت خود- از تصرفاتی است که متردد بین نفع و ضرر است.

اگر ولی احساس کرد که صغیر ممیز توان انجام کارهای تجاری را دارد، می‌تواند به وی اجازه دهد که این کارها را انجام دهد و در این حالت، تصرفات تجاری صغیر و سایر اعمال و امور لازم در تجارت که وی به آنها اقدام کرده است، صحیح و نافذ به حساب می‌آید، زیرا اذن سابق ولی به تصرف، به مانند اجازه‌ای است که ولی بعد از انجام تصرف صغیر ممیز می‌دهد (و اجازه‌ی سابق مانند اجازه‌ی لاحق است).

دوران چهارم: دوران بعد از بلوغ

۸۹- اگر فرد با وجود داشتن عقل به سن بلوغ رسید، دارای اهلیت ادای کامل شده، اهلیت این را می‌یابد که طرف توجه خطاب شرعی قرار گرفته، به همه‌ی تکالیف شرعی مکلف شود و همه‌ی عقود و تصرفات وی صحیح بوده، نیازی به اجازه کسی ندارد، به این شرط که سفیه نباشد؛ چنان‌که بعداً ذکر خواهد شد.

مبحث دوم: عوارض اهلیت

در مطالب سابق ذکر شد که در دوران جنینی، اهلیت وجوب به صورت ناقص برای انسان ایجاد و ثابت می‌شود و بعد از ولادت، کامل می‌گردد و وی، مادام که زنده باشد، دارای این اهلیت خواهد بود. اما در دوران جنینی، اهلیت ادا برای انسان ایجاد نمی‌شود و همچنین، صغیر غیر ممیز نیز اهلیت ادا ندارد و سپس، برای صغیر ممیز به صورتی ناقص ثابت می‌شود و بعد از آن، اگر فرد با داشتن عقل به بلوغ رسد، اهلیت ادای وی کامل می‌گردد. پس اساس اهلیت ادا عقل است و اگر عقل ناقص باشد، اهلیت ادا نیز ناقص است و اگر عقل کامل باشد، اهلیت ادا نیز کامل است. عقل ناقص هم، عقل صغیر ممیز و عقل کسی است که در حکم صغیر ممیز است و عقل کامل، عقل کسی است که بالغ است و مجنون و یا کودن نیست؛^۱ لکن بعد از این‌که انسان اهلیت ادای

کامل را کسب می‌کند هم، گاهی اموری بر او عارض می‌شوند که اهلیت ادای او را یا زایل می‌کنند و یا ناقص و یا این‌که با ازاله و نقصان در آن تأثیری نمی‌گذارند، بلکه سبب تغییر برخی از احکام در مورد کسی می‌شوند که این امور بر وی عارض شده است، این امور عارضی را عوارض اهلیت می‌نامند.^۱

انواع عوارض

عوارض به دودسته تقسیم می‌شود:

- ۱- عوارض سماوی: عوارضی هستند که بدون اختیار انسان و از طرف صاحب شرع ایجاد می‌شوند و به همین دلیل هم به «سما» (آسمان) منسوب شده‌اند، زیرا چیزهایی که انسان در آن‌ها اختیاری ندارد، به آسمان منسوب می‌شوند، به این معنی که این امور خارج از قدرت انسان هستند، مانند: جنون، کودن بودن، مرض و مرگ.
- ۲- عوارض مکتسب: عوارضی هستند که انسان در آن‌ها دارای کسب و اختیار است و دودسته هستند: نخست، عوارضی که از طرف خود انسان است، مانند جهل و مستی و شوخی. دوم، چیزی که از طرف غیر بر انسان عارض می‌شود و آن اکراه است. در مبحث آتی، در مورد برخی از عوارض سماوی و مکتسب بحث خواهد شد.

۱- عوارض سماوی

الف. جنون

برخی از اصولیون در تعریف جنون گفته‌اند: جنون اختلال در عقل است به نحوی که جز در موارد نادر، افعال و اقوال از مدار و شیوه‌ی عقلی خارج می‌گردند.^۲

۱- دلیل نام‌گذاری آن‌ها به عوارض این است که حالاتی هستند که ملازم انسان نیستند، بلکه منافی اهلیت می‌باشند.

۲- التوضیح ۱۶۷/۲.

جنون دو نوع است: جنون اصلی و جنون عارضی. جنون اصلی آن است که انسان در حال جنون به سن بلوغ برسد و جنون عارضی آن است که فرد درحالی که عاقل است، به سن بلوغ برسد ولی بعد از آن جنون عارض وی شود. هرکدام از این دو نوع جنون هم، یا ممتد هستند و یا غیر ممتد.

دو نوع جنون تأثیری بر اهلیت وجوب ندارند، زیرا این اهلیت با ذمه ثابت و ایجاد می‌شود و جنون با ذمه منافاتی ندارد، زیرا مبنای ثبوت ذمه، حیات انسان است؛ اما جنون در اهلیت ادا تأثیر می‌گذارد و آن را از بین می‌برد، زیرا اهلیت ادا با عقل و تمیز ثابت می‌شود و مجنون عقلش فاسد است و تمیز و تشخیص ندارد و به همین دلیل هم، مجنون در افعال و اقوال خود، حکم صغیر غیر ممیز را دارد.

در عبادات؛ اگر جنون ممتد باشد،^۱ عبادات را ساقط می‌کند، یعنی اصلاً مانع از وجوب آن‌ها می‌شود، زیرا در حال جنون قدرت بر ادا از بین می‌رود و قضای آن بعد از برطرف شدن جنون هم او را دچار حرج و سختی می‌کند و اگر به خاطر ثبوت حَرَج در قضای آن‌ها، ادا تحقیقاً و تقدیراً منتفی شود، وجوب هم از بین می‌رود، زیرا وجوب بدون ادا چیز بی‌فایده‌ای است. اما اگر جنون غیر ممتد باشد، گرچه ادای عبادت در حال جنون غیرممکن است، اما ادای آن به صورت قضا بعد از زوال جنون ممکن است و حرجی نیز به همراه ندارد و در نتیجه، ادا تقدیراً ثابت و موجود است، پس وجوب نیز باقی می‌ماند.^۲

۱- امتداد جنون حد مشخصی ندارد و حد آن با اختلاف عبادات تفاوت پیدا می‌کند؛ مثلاً در مورد روزه، اگر جنون یک ماه طول بکشد، جنون ممتد به حساب می‌آید و در غیر این صورت ممتد نیست.

۲- این حالت، زمانی است که جنون غیر ممتد عارضی باشد، اما اگر اصلی باشد، در مورد آن اختلاف وجود دارد و عده‌ای چون قاضی ابو یوسف آن را مانند جنون عارضی دانسته‌اند، اما عده‌ای دیگر چون امام محمد بن حسن شیبانی آن را ساقط کننده عبادات ندانسته‌اند. التلویح علی التوضیح ۱۶۷/۲.

جنون یکی از اسباب حِجر است و حِجر، در اصطلاح شرعی، به معنی منع از تصرفات قولی است، نه فعلی. یعنی تصرفات وی منعقد نمی‌شود و نافذ نیست. در مورد تصرفاتِ قولیِ فردِ مجنون، عدم انعقاد آن مدنظر است، یعنی تصرفات قولی وی منعقد نمی‌شود، حتی اگرچه برای وی نفع محض باشد و حکم وی مانند صغیر غیر ممیز است، زیرا صحت اقوال و اعتبار آن‌ها بستگی به عقل و تمیز دارد و اعتبار آن بدون وجود عقل ممکن نیست، گرچه ولی هم آن را اجازه داده باشد؛ زیرا وقوع آن باطل است و اجازه‌ی لاحق هم به باطل ملحق نمی‌شود و در نتیجه تصرف باطل سابق را تصحیح نمی‌کند.^۱

فردِ مجنون ذاتاً محجور است، به این معنی که هرگاه جنون عارض انسان شود، سبب حِجر بر فرد می‌شود و نیازی به صدور حکم قضایی نیز ندارد و بنابراین، از زمان آغاز جنون، اقوال وی معتبر نیست، اما اگر جنون منقطع باشد، یعنی فردِ مجنون در برخی اوقات به سر عقل بیاید، تصرفات وی در زمان وجود عقل، حکم تصرفات فرد عاقل را دارد.

ب. عَتَه (کودن بودن، سبک مغزی)

عَتَه، نوعی اختلال در عقل است که فرد را کم فهم کرده، سبب می‌شود که کلام فرد مختل شود و تدبیر و تصمیم او فاسد گردد،^۲ گاهی نیز سبب از بین رفتن ادراک و تمیز می‌شود. عته دو نوع است. نوع اول، عَتَه‌ی این است که در آن ادراک و تمیز فرد باقی نمی‌ماند و فرد در این نوع مانند مجنون می‌شود که اهلیت ادای وی از بین می‌رود، اما اهلیت وجوب او پابرجا می‌ماند و فرد احکام مجنون را دارد. نوع دوم، عته‌ی است که در آن، ادراک و تمیز فرد باقی می‌ماند، لکن مانند افراد عاقل نیست.

۱- شرح مرقاة الأصول، ۲/ ۴۳۹.

۲- شرح الکنز، زیلیعی ۵/ ۱۰۱.

باوجوداین نوع از عته، فرد بالغ، در احکام، مانند بچه‌ی ممیز می‌شود و یک اهلیت ادای ناقص برای وی ثابت و موجود است؛ اما اهلیت وجوب وی به‌صورت کامل باقی می‌ماند و بنابراین، عبادت بر وی واجب نخواهد بود، اما انجام آن از طرف وی صحیح است و مجازات در مورد وی ثابت و جاری نمی‌شوند، اما آن دسته از حق‌الناس که مانند ضمانت چیزهای تلف‌شده جنبه‌ی مالی دارند، بر وی واجب می‌شوند و ادای آن از طرف ولی صحیح است و تصرفات وی، صحیح و نافذ است، اگر برایش نفعی محض داشته باشد و باطل است، اگر برای او ضرر محض داشته باشد و موقوف به اجازه‌ی ولی است، اگر در میان سود و زیان در نوسان باشد. مُعْتَوِه (کودن) ذاتاً محجورعلیه است و ازاین جهت مانند مجنون است.

ج. نسیان

عارضه‌ای است که بر انسان عارض می‌شود و سبب می‌شود که فرد تکالیف خود را به یاد نیاورد. چون در عارضه‌ی نسیان، عقل کامل است و قدرت تمیز وجود دارد، این عارضه با اهلیت وجوب و ادا منافات ندارد^۱. نسیان در مورد حق‌الناس عذر به‌حساب نمی‌آید، زیرا حق‌الناس به خاطر نیاز مردم به آن محترم است و در آن، بحث آزمایش و ابتلا در کار نیست و این احترام با نسیان از بین نمی‌رود و بنابراین، اگر کسی از روی نسیان مال دیگری را از بین برد، پرداخت غرامت آن بر وی واجب است^۲. اما در حق‌الله نسیان عذر محسوب می‌شود (و در صورت فراموش کردن حق‌الله) گناهی بر شخص نیست؛ رسول خدا ج می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»، «خداوند متعال (گناه کارهای انجام‌گرفته از روی) خطا و نسیان و (انجام‌شده در اثر) اکراه را از امت من برداشته است». در احکام دنیا نیز، نسیان گاهی

۱- شرح مرقاة الوصول ۲/ ۴۴۰.

۲- اصل بزدوی و شرح آن ۴/ ۱۳۹۶.

عذرِ مقبولی به حساب می آید و عبادت فرد بر اثر آن تباه نمی شود، مانند آن که روزه دار از روی نسیان چیزی بخورد.

د. خواب و إغما

خواب و إغما با اهلیت ادا منافات دارند و نه با اهلیت وجوب^۱، پس مادام که انسان در خواب است یا در حالت إغما قرار دارد، اهلیت ادا ندارد، زیرا مبنای اهلیت ادا، قدرت تمییز با عقل است و انسان هم در حالت خواب و إغما فاقد تمییز و تشخیص است. بنابراین، اقوال وی مطلقاً معتبر نبوده، به خاطر افعال خود مجازات بدنی نمی شود و حتی اگر انسان در خواب غلت بزند و روی کسی بیفتد و او را بکشد، چون در این کار تمییز و اختیار نداشته و قصد وی منتفی است، مجازات بدنی نمی شود، بلکه مجازات مالی شده، پرداخت دیه بر وی لازم می شود، همان طور که اگر با فعل خود مالی را تلف کند، ضمانت آن بر وی واجب می شود. دلیل وجوب ضمانت در صرف اتلاف نفس و مال بر وی، این است که فعل در عالم واقع روی داده است و نفس و مال هم شرعاً محترم و مورد حفاظت هستند و عذر نافعی حرمت و عصمت آنها نمی شود.

در زمان خواب و اغما، ادای عبادت بر فرد لازم نیستند، زیرا خواب و اغما موجب تأخیر خطاب ادا به وقت بیداری و به هوش آمدن می شوند، زیرا در این دو حالت فرد فاقد فهم بوده، ادا محال است؛ اما وجوب عبادت ساقط نمی شود، زیرا امکان ادای حقیقی آنها در هنگام بیدار شدن و به هوش آمدن وجود دارد و یا این که فرد می تواند بعد از بیدار شدن و به هوش آمدن، جایگزین ادا یعنی قضای آن عبادات را به جا بیاورد و این، بدان خاطر است که مادامی که انجام بدون حرج قضا ممکن است، نفس عجز از ادا در زمان حال، اصل وجوب را ساقط نمی کند و چون عادتاً خواب زیاد طول نمی کشد، حرجی در قضای عبادت فوت شده وجود ندارد؛ پس وجوب آن ساقط

نمی‌شود. اغما نیز اگر ممتد نباشد، همین حکم را دارد، اما اگر ممتد باشد، وجوب ساقط می‌شود، زیرا ادای حقیقی با اغما و ادای تقدیری به خاطر وجود حرج در قضای بعد از به هوش آمدن، ازمیان‌رفته‌اند و چون ادا از بین برود، وجوب نیز ساقط می‌شود، زیرا بقای وجوب بدون ادا بی‌فایده است.^۱

هـ مرض

در اینجا، منظور از مرض چیزهایی غیر از جنون و اغماست. مرض با اهلیت وجوب و اهلیت ادا منافات ندارد و فرد مریض هر دو نوع اهلیت را به صورت کامل دارا است و به همین دلیل هم، حقوق چه به نفع او و چه به ضرر او، ثابت و موجود است، لکن با وجودی که فرد مریض دارای اهلیت کامل است، مرض در بعضی احکام تأثیر می‌گذارد؛ از جمله برخی از تصرفات وی نافذ نمی‌شود: مثلاً، جانشین مورث شدن وارث در مال مورث، به صورت جبری و با حکم شارع با مرگ مورث ثابت است، همچنان که با مرگ بدهکار مال بدهکار به بستانکار تعلق پیدا می‌کند. اما چون مرض سبب مرگ است، تعلق یافتن مال به وارث و بستانکار از زمان بروز مرض ثابت می‌شود، زیرا حکم به ابتدای سبب مضاف می‌شود^۲ و به منظور صیانت از حق وارث و بستانکار، مریض به میزانی که صیانت از این حق محقق شود، محجور می‌گردد. این میزان در مورد وارث، دوسوم اموال مریض است [یعنی مریض در دوسوم از اموال خود محجور می‌شود] اما در مورد بستانکار، بستگی به میزان دین دارد و اگر بدهی برابر با تمام اموال بیمار باشد؛ مریض در تمام اموال خود محجور می‌گردد و در غیر این صورت، به میزان دین در مال خود محجور می‌شود.^۳

۱- همان ۱۳۹۸ و ۱۴۰۰.

۲- شرح المنار، ص ۶۹۱-۶۹۲.

۳- همان ۶۹۲؛ شرح مرقاة الوصول ۴۴۶/۲. مریض در اموری چون هزینه برای خود و اجرت مداوای خویش که جزء ضروریات و حاجات وی است، محجور نمی‌گردد.

این حجر، با اسناد آن به آغاز مرضی که منجر به مرگ شده است، ثابت و موجود تلقی می‌شود، زیرا علت حجر، مرضی است که سبب مرگ شده است و اگر به مرگ منجر شود، مرض از آغاز به مرگ آور بودن متصف بوده، اما چون مرگ آور بودن مرض فقط در صورت منجر شدن آن به مرگ دانسته می‌شود، دیگر حجر با شک [یعنی صرف مریض شدن مورث یا بدهکار] ثابت نمی‌شود و به همین دلیل هم، اثر حجر قبل از مرگ ظاهر نمی‌شود و تصرفات فردی که در مرض مرگ آور^۱ است، صحیح است و وارث یا بستانکار در حال حیات وی حق اعتراض به او را ندارند و این حق، فقط بعد از وفات شخص بیمار و در صورتی برای آن‌ها ثابت می‌شود که تصرف فرد مریض برای حقوق آن‌ها مضر بوده باشد، مثلاً مال خود را هبه کرده یا بیع محاببات انجام داده باشد.^۲

نکاح مریض

جمهور علما نکاح فردی را که مبتلا به مرض مرگ آور است، صحیح می‌دانند، با این استدلال که این تصرف از فردی دارای اهلیت صادر شده است و در صورت وقوع این نکاح، زوجین از همدیگر ارث می‌برند و برخی از آنان، چون امام احمد و ظاهریه، معتقدند که: در این نکاح، مهر المسمی به زن تعلق می‌گیرد، اما برخی دیگر، چون امام شافعی معتقدند که: جهت رعایت حق ورثه و بستانکاران، مهرالمثل به وی داده می‌شود و این حکم (دوم) مربوط به زمانی است که مهر المسمی از یک سوم اموال مریض خارج نشده باشد و ورثه یا بستانکاران آن را اجازه نداده باشند. اوزاعی، معتقد است که نکاح صحیح است، اما زوجین از هم ارث نمی‌برند. امام مالک، نکاح را فاسد می‌داند و

۱- مرض مرگ آور (مرض الموت) بیماری است که فرد در صورت ابتلای به آن از انجام مصالح خارج از خانه ناتوان می‌گردد و غالباً منجر به مرگ فرد می‌شود.

۲- شرح مرقاة الوصول ۲/ ۴۴۶-۴۴۷؛ التلویح علی التوضیح ۲/ ۱۱۷.

معتقد است که با این نکاح توارث ثابت نشده، زوجین از هم ارث نمی‌برند؛ حتی برخی از اصحاب امام مالک معتقدند که نکاح با زن ذمی - که اصلاً ارث نمی‌برد - فاسد است مبدا اسلام بیاورد و وارث شود و به ورثه ضرر برساند. امام مالک قایل به این است که اگر این زن و مرد قبل از دخول از هم جدا شوند، چیزی به زن داده نمی‌شود، اما اگر بعد از دخول از هم جدا شوند، از یک سوم اموال مریض به وی مهرالمثل داده می‌شود. استدلال امام مالک در این قول، متهم بودن مریض به داشتن نیت برای ضرر زدن به ورثه از طریق نکاح و اضافه نمودن وارثی دیگر به جمع آنان است^۱.

رأی راجح ما صحت نکاح مریض و ارث بردن زن و مرد از همدیگر و وجوب مهر المسمی در صورت پایین بودن آن از مقدار مهرالمثل است، اما اگر بیشتر از مهرالمثل باشد و بخشی از حقوق وارث یا بستانکاران را شامل شود، پرداخت مقدار مازاد بر آن به اجازه‌ی وراثت یا بستانکاران نیاز دارد. قایل شدن به فساد مطلق نکاح مریض، قول ضعیفی است، زیرا نکاح یکی از نیازهای اصلی انسان است و مریض در مورد چیزی چون نکاح با مهرالمثل - که در شمار نیازهای اصلی وی است - محجور نمی‌گردد. اما اگر ثابت گردد که مریض به قصد ضرر زدن به وراثت این نکاح را انجام داده است، در این حالت می‌توان جهت طرد قصد سوء وی قایل به عدم ارث بردن زوجین از همدیگر شد.

طلاق مریض

اگر فرد مبتلا به مرض مرگ‌آور زن خود را که با وی آمیزش کرده، بدون رضایت وی طلاق باین داد، فقها معتقدند که: طلاق وی واقع می‌شود، اما در مورد میراث این زن،

۱- الأم، شافعی ۳/ ۳۱-۳۲؛ المغنی، ابن قدامه ۲/ ۳۲۶؛ المدونة الکبری، مالک ۲/ ۱۳۳؛ المحلی ۱/ ۲۵-۲۶.

باهم اختلاف دارند؛ جمهور معتقدند که: جهت طرد و ردّ قصد سوء مریض نسبت به زن مطلقه در محروم کردن وی از ارث با طلاق، زن از مریض ارث می‌برد؛ اما امام شافعی و ظاهریه معتقدند که: زن از مرد ارث نمی‌برد، زیرا طلاق باین ارث را قطع می‌کند و قصد باطنی مرد فاقد اعتبار است، زیرا مبنای احکام امور ظاهری است و رسیدگی به امور باطنی در دست خداست.

جمهور، باوجودی که قایل به ارث‌بردن این زن مطلقه‌ی باین هستند، در میزان بقای حق زوجه در ارث باهم اختلاف دارند؛ احناف معتقدند که: زن مادامی که در عده باشد، ارث می‌برد؛ حنابله معتقدند که: مادام که با مرد دیگری ازدواج نکرده باشد، از فرد ارث می‌برد، گرچه عده‌اش هم تمام شده باشد؛ امام مالک معتقد است که: در هر حال ارث می‌برد، خواه عده‌اش منقضی شده باشد و خواه نشده باشد و خواه ازدواج کرده باشد و خواه ازدواج نکرده باشد؛ علمای جعفریه (شیعه) معتقدند که: در یک سال بعد از طلاق، از مرد ارث می‌برد، اگر ازدواج نکرده باشد.

اما اگر طلاق باین قبل از دخول روی داد، امام مالک و خلال، از علمای حنبلی، معتقدند که: زن از مرد ارث می‌برد. این قول - چنان‌که شیخ طوسی در کتاب «الخلاف» ذکر کرده است، ظاهر دیدگاه علمای شیعه هم هست، اما احناف و حنابله معتقدند که: ارث نمی‌برد.^۱

و. مرگ

مرگ، آخرین عارضه‌ی سماوی است و با مرگ، انسان به‌طور کامل عاجز می‌شود و این امر موجب از بین رفتن اهلیت ادای انسان می‌گردد و جمیع تکالیف شرعی از وی ساقط می‌شود، زیرا غرض از تکالیف شرعی، ادای اختیاری آن‌هاست و ادا منوط به وجود قدرت است و باوجود مرگ قدرت فرد از بین می‌رود، زیرا مرگ عجز و ناتوانی

۱- الخلاف، طوسی ۲/ ۴۵۶. الأمام ۵/ ۳۲۹-۳۳۲. الهدایة و فتح القدير ۳/ ۱۵۰-۱۵۳.

خالص است و به همین دلیل، برخی از احناف معتقدند که در حکم دنیوی، زکات هم از ذمه‌ی متوفی ساقط می‌شود و در صورتی که فرد متوفی آن را در زمان حیات خود ادا نکرده باشد، ادای آن از ترکه‌ی وی واجب نیست، زیرا در حقوق الله، فعل مکلف مقصود و مدنظر است و فعل وی با مرگ از بین رفته است؛ اما برخی دیگر، چون امام شافعی، معتقدند که: با مرگ زکات ساقط نمی‌شود، زیرا منظور از زکات، مال است نه فعل مکلف و خارج ساختن مال واجب شده با زکات هم از ترکه ممکن است، پس ادای آن ساقط نمی‌شود.

قبلاً گفتیم که: مبنای ثبوت اهلیت وجوب، ذمه است و فقها اتفاق نظر دارند که بعد از مرگ ذمه از بین می‌رود؛ اما در مورد از بین رفتن مستقیم آن بعد از مرگ، فقها بر چند قول اختلاف کرده‌اند^۱ که در زیر به صورت خلاصه بیان می‌شود:

قول اول: بعد از مرگ مستقیماً از بین می‌رود، زیرا اساس ثبوت آن حیات انسان است و با مرگ حیات انسان زایل می‌شود، پس ذمه‌ی انسان زایل می‌گردد و مطلقاً اهلیت وجوب برای وی باقی نمی‌ماند، نه کامل و نه ناقص.

در مورد بدهی‌ها هم، اگر فرد متوفی بدهکار بود و بعد از مرگ مالی از خود بر جای نگذاشته باشد، دیون ساقط می‌شود؛ اما اگر مالی از خود بر جای گذاشته باشد، دیون بر حال خود باقی می‌ماند، زیرا دیون به مال وی تعلق پیدا می‌کنند و بازپرداخت آن‌ها واجب است. این قول برخی از حنابله است.

قول دوم: ذمه‌ی متوفی از بین نمی‌رود، بلکه ضعیف یا خراب می‌شود و به خاطر ضعف آن، اهلیت وجوب هم در کل با آن باقی می‌ماند، اما این ذمه‌ی ضعیف شده با مرگ، توان تحمل دیون را ندارد، اگر چیزی آن را تقویت نکند، از قبیل مالی که بعد از مرگ فرد از وی بر جای بماند، یا شخصی که در زمان حیات فرد بدهکار پرداخت آن

۱- الحق والذمه، علی خفیف، ص ۸۴-۹۵. أصول البزدوی وکشف الأسرار ۴/ ۱۴۳۳-۱۴۳۷؛ المغنی ۴/ ۳۸۵ و ۶/

۴۴۲؛ القواعد، ابن رجب، ص ۱۹۳.

دین را ضمانت کرده باشد. اما اگر این دو مورد وجود نداشته باشد، دین ساقط می‌شود و باقی نمی‌ماند.

بنابراین قول، کفالتِ دَینِ کسی که در حالت افلاس وفات یافته است، جایز نیست و دلیل سقوطِ دَین در این حالت، ساقط شدنِ مطالبه از بدهکار (متوفی) است و به همین دلیل هم، در تعریف دین آمده است که: «دَین یک وصفی شرعی است که اثر آن در توجّه دادنِ امر مطالبه [به فرد مدیون] آشکار می‌شود» و چون مطالبه با مرگ ساقط شده است، پس دین باقی نمی‌ماند. کفالت متوفای مفلس نیز صحیح نیست، زیرا کفالت برای التزام مطالبه آنچه شریع شده که بر ذمه اصیل - مکفول عنه - قرار دارد، نه التزام اصل دین، چه بعد از کفالت کفیل دین به مانند زمان قبل از کفالت بر ذمه اصیل باقی می‌ماند و چون مطالبه از اصیل با مرگ ساقط شده است، التزام مطالبه بعد از سقوط آن صحیح نیست. در نتیجه تحقق معنای کفالت، یعنی «منظم شدن یک ذمه به یک ذمه دیگر در مطالبه» ممکن نبوده و کفالت جایز نیست.

اگر دیون متوفی پرداخت شد و ترکه‌اش تصفیه گردید، ذمه‌ی وی متلاشی شده، از بین می‌رود، زیرا وجود آن به خاطر ضرورت ایفای حقوق و تصفیه‌ی ترکه بوده و میزان ضرورت هم بسته به مقدار آن است و همین که ضرورت زایل گردید، واجب می‌شود که ذمه به صورت کامل معدوم تلقی شود و در حقیقت، واقعیت هم همین است.

قول سوم: ذمه‌ی متوفی باقی می‌ماند و از بین نمی‌رود و همچنان درگرو دیون خواهد ماند و از قیمِ ترکه مطالبه می‌شود که از ترکه آن‌ها را ادا نماید.

قول سوم: ذمه‌ی متوفی باقی می‌ماند و از بین نمی‌رود و همچنان درگرو دیون خواهد ماند و از قیمِ ترکه مطالبه می‌شود که از ترکه آن‌ها را ادا نماید.

بنابراین رأی، کفالتِ دَینِ متوفای مفلس جایز است و دین از عهده‌ی او ساقط نمی‌شود، حتی اگر هم کسی کفالت دین او را نکرده باشد. استدلال این گروه در مورد عدم سقوط دین از متوفای مفلس و جواز کفالت وی، این است که: ادای تبرعی دین از

جانب متوفی صحیح است و بستانکار حق استیفای دین از متبرع را دارد و این حق بالاتر از حق مطالبه است و بر بقای دین دلالت دارد؛ نیز باوجود دشوار بودن استیفای دین از مفلس، کفالت شخص زنده‌ی مفلس صحیح است، پس کفالت متوفای مفلس نیز صحیح است و مؤید این امر آن است که رسول خدا ج کفالت دین بعد از مرگ را اجازه داده‌اند.

پس‌ازاین، هرگاه دیون متوفی پرداخت و تسویه شد و ترکه‌اش تصفیه گشت، در این هنگام، ذمه‌ی وی متلاشی می‌شود و او دیگر دارای هیچ‌گونه اهلیت وجوبی نخواهد بود.

۲. عوارض مکتسب

الف. جهل

جهل منافی اهلیت نیست و فقط در برخی حالات عذر به حساب می‌آید. جهل، یا در دارالاسلام روی می‌دهد و یا در دارالحرب.

جهل در دارالاسلام

قاعده، این است که جهل در دارالاسلام عذر به حساب نمی‌آید، زیرا فرض در مورد ساکنان آن بر این است که به احکام شرعی علم‌دارند و بنابراین، فرد مسلمان به خاطر جهل به احکام عمومی و روشنی که کسی در جهل به آن‌ها رخصتی ندارد و با قرآن و سنت متواتر یا مشهور ثابت‌شده، یا از احکامی است که بر آن اجماع شده است، معذور نخواهد بود، مانند وجوب نماز و روزه، تحریم می‌گساری، زنا و قتل عمد (ناحق) و حرمت تجاوز به اموال دیگران و غیره. فرد ذمی نیز از این قاعده مستثنا نیست و به خاطر جهل به آن دسته از احکام اسلامی چون قصاص، حد زنا و حد سرقت -که بر وی جاری می‌شود- معذور نخواهد بود، زیرا وی در دارالاسلام اقامت دارد و در این سرزمین، فرض بر این است که همه‌ی ساکنان به احکام شرعی علم‌دارند و به همین

دلیل هم، اگر ذمی مسلمان شد و شرب خمر کرد، مجازات وی واجب است، زیرا حکم تحریم خمر در دارالاسلام شایع و مشهور است و کسی به خاطر جهل به حکم آن معذور قلمداد نمی‌شود.

مثال دیگر این امر - یعنی عدم اعتبار جهل به عنوان عذر - جهل کسی است که با اجتهاد خود با حکم صریح قرآن یا سنت مشهور مخالفت ورزیده است؛ مورد اول، مانند قایل شدن به حلال بودن گوشت حیوانی که در هنگام ذبح آن به صورت عمدی نام خدا برده نشده است با قیاس آن بر گوشت حیوانی که به صورت سهوی در هنگام ذبح آن ذکر نام خدا ترک شده است، زیرا این قیاس مخالف این قول الهی است که می‌فرماید: (وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ) [الأنعام: ۱۲۱]، «از گوشت حیوانی نخورید که نام خدا بر آن برده نشده است». و مورد دوم، مانند قایل شدن به حلال بودن ازدواج زن سه‌طلاقه شده با شوهر اول خود به مجرد عقد با فردی دیگر و بدون آمیزش با او، زیرا این با سنت مشهور مخالفت دارد.^۱

جهل در موضع اجتهاد صحیحی که مخالف قرآن یا سنت مشهور و یا اجماع نیست، عذر به حساب می‌آید، مانند عفو یکی از اولیای مقتول از قصاص^۲ و نکاح بدون شهود با اکتفا به اعلان آن.^۱

۱- زنی که سه‌طلاقه شده باشد، حلال نیست که با شوهر اول خود که وی را سه‌طلاقه کرده است ازدواج کند، مگر آنگاه که با فردی دیگر ازدواج کرده و با آن فرد آمیزش داشته و سپس با طلاق یا چیزی دیگر از وی جدا شده و سپس عده‌اش سپری شده باشد که در این صورت، برای شوهر اول حلال است که با عقد جدیدی با او ازدواج کند؛ پس شرط حلال شدن این زن برای شوهر اول، آمیزش این زن با شوهر دوم است و این، حکمی است که در سنت مشهور ذکر شده است و فقها نیز بر آن اجماع دارند و مخالفت با آن تنها از سعید بن مسیب نقل شده است. پس قایل شدن به این که صرف عقد با شوهر دوم بدون انجام آمیزش، آن زن را برای شوهر اول حلال می‌کند، قولی غیر صحیح است و بنابراین، جهل به حکم صحیح مذکور برای مخالف این حکم عذر به حساب نمی‌آید.

۲- اگر یکی از اولیای مقتول قاتل را از قصاص عفو کند و سپس ولی دیگر قاتل را به ظن این که هریک از آنها - اولیای دم - دارای حق کامل قصاص هستند، قصاص نماید، وی قصاص نمی‌شود، زیرا این مسأله محل اجتهاد است. شرح مرقاة الوصول ۲/ ۴۵۲.

اگر ولی امر -حاکم- یکی از آرای اجتهادی را برگزید و مردم را به اتباع از آن امر کرد و آن را اعلان کرد و این اعلان در میان مردم شایع شد، در این حالت، این رأی اجتهادی مختار به احکام عمومی ثابت ملحق شده، کسی به خاطر جهل به آن معذور نخواهد بود و به اجتهاد مخالف آن هم توجه نمی‌شود.

جهل به وقایع نیز، عذر مقبولی است، مانند کسی که با زنی ازدواج کرده و نمی‌داند که ازدواج با آن زن به خاطر وجود رابطه‌ی رضاعی میان آن دو برای وی حرام است، یا مانند کسی که عصاره‌ی انگور را می‌نوشد اما نمی‌داند که به شراب تبدیل شده است؛ زیرا در این دو حالت، جرم منتفی است و بر فاعل عقاب و مجازاتی نیست. جهل شفیع به بیع -یعنی همسایه‌اش خانه‌اش را بفروشد یا شریکش سهم خود را بفروشد- نیز از این نوع است و مقبول است و به همین دلیل، هر وقت متوجه بیع شد، حق شفعه برای وی ثابت و موجود است.

جهل وکیل به عزل خود از جانب موکل نیز مقبول است و به همین دلیل، تصرفات وی قبل از علم به عزل، در مورد موکل نافذ خواهد بود.^۲

جهل در دارالحرب

قاعده این است که: علم به احکام شرعی در دارالحرب مفروض نیست، زیرا دارالحرب سرزمین علم به احکام شرعی نیست، بلکه مکان جهل به آنهاست و بنابراین، اگر کسی در آنجا اسلام آورد و حقیقت وجوب عبادات -از قبیل نماز و غیره- بر خود را

۱- با توجه به حدیث «لا نکاحَ بلا شهود» حضور شاهد شرط صحت نکاح است و پس اگر کسی بدون حضور شاهدان با زنی ازدواج کرد و به خاطر روایت «أعلنوا النکاحَ ولو بالذفوف» (نکاح را اعلان کنید، گرچه با زدن دَف هم باشد) به اعلان نکاح اکتفا کرد، جهل وی مقبول و نکاح وی صحیح است. شیخ طوسی از فقهای شیعه می‌گوید: شیعیان معتقدند که صحت نکاح به حضور شاهد نیاز ندارد. نک: الخلاف، طوسی ۳۶۳/۲.

۲- شرح مرقاة الوصول ۴۵۲/۲.

ندانست و آن‌ها را ادا نکرد، دیگر وقتی که به وجوب آن‌ها بر خود علم یافت، قضای آن عبادات بر وی لازم نیست؛ نیز اگر از روی جهل به حکم شرعی، شربِ خمر کرد، گناه و مجازاتی بر او نیست؛ زیرا مؤاخذه و لزوم تکلیف، با رسیدن حقیقی خطاب به وی و یا با رسیدن آن به طریق تقدیری و احتمالی به فرض مشهور بودن آن در محل وی ثابت می‌شوند و دارالحرب هم محل شیوع و مشهور شدن احکام شرعی نیست.^۱

ب. خطا

خطا، گاهی اطلاق می‌شود و مراد از آن چیزی است که در مقابل صواب و درستی قرار دارد و گاهی اطلاق می‌شود و مراد از آن چیزی است که در مقابل عمد قرار دارد، مانند این حدیث که می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»، «خداوند متعال (گناه کارهای انجام گرفته از روی) خطا و نسیان و (انجام شده در اثر) اکراه را از امت من برداشته است» و در بحث عوارض اهلیت نیز، همین معنای دوم مدنظر است. خطا را می‌توان چنین تعریف کرد: سر زدن فعل یا قولی از انسان برخلاف خواست و اراده‌ی خود او. خطا منافی اهلیت وجوب و اهلیت ادا نیست، زیرا فرد در هنگام وقوع خطا دارای عقل است، لکن صلاحیت این را دارد که در اسقاط حق‌الله عذر به حساب آید، مانند خطای مفتی یا کسی که به قبله جهل دارد و در اجتهاد خود دریافتن قبله به خطا می‌رود. نیز، خطا صلاحیت این را دارد که شبهه به حساب آمده، سبب اسقاط مجازات‌هایی شود که مانند حدود و از جمله حد زنا، حق‌الله به حساب می‌آیند.

در حق‌الناس، خطا چند حالت دارد؛ اگر حق، به مانند قصاص، عقوبت و مجازات باشد، با خطا واجب نمی‌شود، زیرا قصاص از عقوبت‌های کامل است و چون فرد خطاکار معذور است این مجازات بر وی واجب نمی‌شود، بلکه در قتل خطا، فقط دیه واجب

می‌شود، زیرا دیه بدل از نفسِ تلف‌شده است و پرداخت آن بر عهده‌ی عاقله قاتل است و باید آن را در طی سه سال پرداخت نمایند، زیرا خطا موجب تخفیف در هر آن چیزی است که از نوع صله و هدیه است و وجوب دیه بر عاقله از باب صله و هدیه است، زیرا در مقابل مال واجب نشده است.

در حق الناس مالی، مانند اتلافِ مال دیگران از روی خطا، ضمانت مال تلف‌شده واجب است و خطا آن امکان را ندارد که عذری برای دفع ضمانت باشد، زیرا ضمانت بدل مال است نه جزای فعل و در آن «عصمتِ محل» مبنا قرار می‌گیرد و این هم که فرد به خطا آن را تلف کرده است و معذور است با عصمت محل منافات ندارد.

برخی از احناف معتقدند که: در معاملات، خطا عذری برای جلوگیری از انعقاد تصرف و عدم ترتب اثر آن به حساب نمی‌آید و حتی اگر فرد به خطا زن خود را طلاق دهد، طلاق وی واقع می‌شود و همچنین، بیع شخص خطاکننده، به خاطر وجود اصل اختیار منعقد می‌شود اما به دلیل نبودن رضایت به انجام آن، فاسد است^۱. اما جمهور علما، چون شافعیه و جعفریه و دیگران، معتقدند که طلاقِ مخطیء واقع نمی‌شود و به دیگر تصرفاتِ وی هم توجه نمی‌شود^۲. استدلال جمهور این است که مبنای اعتبارِ کلام، داشتنِ قصد صحیح در ادای آن است و مخطیء هم در آنچه می‌گوید فاقد هرگونه قصدی است. پس قول وی معتبر نیست و به همین دلیل هم هست که اقوال فردی که در خواب یا اغماست، هَدَر و فاقد اثر است و می‌دانیم که مخطیء نیز همین‌طور است. توضیح این امر این است که: دلیل اعتبار لفظ آن است که بر قصد گوینده و اراده‌ی معنا و موجبِ لفظ از سوی وی دلالت دارد و چون این قصد منتفی شود، کلام هم لغو و

۱- شرح مرقاة الوصول ۲/ ۴۶۰.

۲- منهاج الصالحین فی فقه الجعفریة، محسن حکیم ۲/ ۱۸۲. الخلاف، طوسی ۲/ ۶۴۶؛ سبل السلام.

فاقد اثر می‌گردد^۱ و مؤید این امر نیز، این حدیث شریف است که می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»^۲.

احناف در پاسخ جمهور گفته‌اند که: عدم قصد در طلاق مخطیء از امور خفیه‌ای است که آگاهی از آن دشوار است و به همین دلیل، بلوغ توأم با عقل جایگزین قصد در طلاق شده است، زیرا سبب ظاهر، فقط وقتی جایگزین شیء می‌شود که آن شیء پنهان بوده و آگاهی از آن دشوار باشد، اما اگر ظاهر باشد، دیگر چیزی جایگزین آن نمی‌شود و به همین دلیل، در مورد فردی که در حالت خواب یا اغما قرار دارد، بلوغ توأم با عقل جایگزین قصد و رضا نمی‌شود، زیرا عدم قصد و رضایت آن دو از اموری است که به سادگی ظاهر و معلوم است، پس چیزی جایگزین آن‌ها نمی‌شود^۳.

به نظر ما، قول جمهور راجح است و بنابراین، نباید به هیچ چیز از اقوال مخطیء، چه طلاق او و چه هر گفته‌ی دیگر وی، توجه کرد، البته به این شرط که خطای وی ثابت شود.

ج. شوخی و یاوه

منظور از شوخی این است که از شیء چیزی اراده شود که برای آن وضع نشده است^۴. کلام، عقلاً برای افاده‌ی معنای حقیقی یا مجازی آن وضع شده است و تصرف قولی شرعی نیز برای افاده‌ی حکم خود وضع شده است؛ پس اگر از کلام چیزی غیر از موضوع عقلی آن اراده شود و از تصرف قولی چیزی غیر از موضوع شرعی آن -یعنی عدم افاده حکم به‌طور کلی- اراده شود، این شوخی است. پس فردی که شوخی می‌کند و یاوه می‌گوید، از روی اختیار تکلم می‌کند و به معنای کلام خویش آگاه است، بدون

۱- إعلام الموقعین، ابن قیم ۵۵/۳ و ۷۲/۴؛ التوضیح ۱۹۵/۲.

۲- سبل السلام: ۲۳۷/۳.

۳- التلویح ۱۹۵/۲.

۴- کشف الأسرار ۱۴۷۷/۴.

آن که هدفش موجب و معنای آن باشد و همچنین، او عقود و تصرفات را با رضایت و اختیار انجام می‌دهد، لکن حکم مترتب بر آن مراد وی نیست و آن را نمی‌خواهد و به وقوع آن راضی نیست^۱.

شوخی منافی اهلیت وجوب و اهلیت ادا نیست، لکن در برخی از احکام فرد شوخی کننده تأثیرگذار است.

خلاصه، این که: تصرفات قولی همراه با شوخی، سه نوع هستند و هر نوع حکم خاص خود را دارد:

۱. اخبارات

اخبارات، همان اقرارات هستند و موضوع اخبار هرچه باشد، شوخی موجب ابطال آن می‌شود، زیرا صحت اقرار مبتنی بر صحت مخبر به است و شوخی هم دلیلی آشکار بر کذب بودن اقرار است، پس به این اقرار توجه نمی‌شود و بنابراین، اگر کسی از سر شوخی به بیع یا نکاح یا طلاق و یا چیز دیگری اقرار کرد، اقرار وی معتبر نبوده، اثری بر آن مترتب نمی‌شود، حتی اگر هم خود فرد آن را اجازه بدهد، زیرا اجازه ملحق و مربوط به موضوع انعقاد یافته‌ای است که احتمال صحت و بطلان دارد و به چیزی که اصلاً منعقد نشده است ملحق نمی‌گردد، همان‌طور که اجازه کذب را صدق نمی‌کند.

۲. اعتقادات

اعتقادات، اقوالی هستند که بر عقیده‌ی انسان دلالت دارند. شوخی مانع از اثر اعتقادات نمی‌شود و به همین دلیل، اگر کسی شوخی کنان سخن کفر بر زبان آورد، در هر حال، از اسلام مرتد می‌شود، گرچه وی قصد ارتداد نداشته و آن را هم نخواست باشد، زیرا بر زبان آوردن سخن کفر از سر شوخی، استخفاف و توهین به اسلام است؛ پس شخص

۱- همان.

با همان شوخی مرتد می‌شود، گرچه قصد حکم آن را نیز نداشته باشد؛ خدای متعال می‌فرماید: (وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَءَايَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِءُونَ ٦٥ لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ) [التوبة: ٦٥-٦٦]، «اگر از آنان بازخواست کنی، می‌گویند: ما فقط برای سرگرمی و شوخی سخنانی می‌گفتیم. بگو: آیا خدا و آیات او و پیامبرش را تمسخر می‌کردید و ریشخند می‌نمودید؟! عذرخواهی نکنید شما پس از ایمان آوردن کافر شده‌اید». بر ارتداد، احکام دنیوی زیادی مترتب می‌شود، مانند جدا شدن زن و شوهر و سایر احکام که در کتب فقهی به صورت مبسوط ذکر شده‌اند.

۳. انشاءات:

انشاءات، به معنای صورت دادن به اسبابی است که احکام مقرر شرعی‌شان بر آن‌ها مترتب می‌شوند، مانند بیع، اجاره و دیگر عقود و تصرفات. انشاءات دو نوع است: نوع اول: شوخی موجب ابطال این نوع نمی‌شود، مانند نکاح، طلاق و رجعت، زیرا رسول خدا ج می‌فرماید: «ثَلَاثُ جِدْهَنْ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ»، «سه چیز وجود دارد که جدی تلقی می‌شوند، چه به صورت جدی ادا شوند و چه به صورت شوخی و عبارتند از: نکاح، طلاق و رجعت دادن (زن مطلقه)» و بر این اساس، این نوع، شامل آن دسته از تصرفاتی است که قابل فسخ نیستند. نوع دوم: آنچه که شوخی موجب ابطال یا فساد آن‌ها می‌شود، مانند بیع، اجاره و دیگر تصرفات قابل فسخ^۱ با تفصیلی که در کتب مختلف فقهی ذکر شده‌اند.

برخی از فقها، با قیاس این نوع از تصرفات بر صحت نکاح و طلاق و رجعت انجام گرفته از سر شوخی، قایل به این شده‌اند که اگر این تصرفات هم از سر شوخی انجام بگیرند، صحیح هستند. کسانی که قایل به وجود فرق میان این دو نوع شده‌اند،

۱- الأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ، ابن نجیم ۱/ ۳۵.

چنین استدلال کرده‌اند که: حدیث بر این دلالت دارد که برخی از تصرفات، از سرِ شوخی انجام بگیرند یا جدی، حکم یکسان دارند و جدی تلقی می‌شوند، اما برخی دیگر چنین حالتی ندارند و حکم انجام آن‌ها از سرِ شوخی با حکم انجام آن‌ها به صورت جدی، تفاوت دارد، زیرا اگر حکم همه‌ی تصرفات یکسان می‌بود، حدیث بیان می‌کرد که تمام عقود و تصرفات چه از سر شوخی انجام گرفته باشند و چه به صورت جدی، حکم یکسان دارند و جدی تلقی می‌شوند. از جهت معنا هم، در نکاح و امثال آن، یک نوع حق‌الله هم وجود دارد و در هر آنچه که چنین باشد هم، برای کسی جایز نیست که در آن شوخی کند و بنابراین، اگر کسی سبب را در میان آورد، حکم در مورد وی ثابت می‌شود، گرچه قصد آن را هم نداشته باشد، همان‌گونه که اگر سخن کفر بر زبان آورده باشد، چنین است، زیرا برای انسان جایز نیست که با پروردگار خود شوخی کند و آیات او را مورد تمسخر قرار دهد. این قبیل تصرفات، برخلاف تصرفات مالی است که حق‌الناس صرف هستند و با شوخی باطل می‌شوند و به علت عدم رضایت فرد شوخی کننده به حکم، حکم آن‌ها ثابت نمی‌شود. نیز، انسان گاهی با دیگری شوخی می‌کند، پس حکم به حق وی بدون رضایت خودش ثابت و جاری نمی‌شود.^۱

د. سَفَه

سفه در لغت، به معنی خِفَت (سبکی، ناچیزی و بی‌مقداری) است و در اصطلاح فقها، عبارت از این است که فرد باوجود داشتن عقل در اموال خود برخلاف مقتضای شرع و عقل عمل کند.^۲

۱- إعلام الموقعین ۳/ ۱۰۹-۱۱۱؛ المدونة الكبرى ۲/ ۱۶۱.

۲- شرح المنار، ص ۹۸.

دلیل قرار گرفتن سغه در شمار عوارض مکتسب این است که سغیه با اختیار و رضایت خود برخلاف مقتضای عقل رفتار می‌کند.^۱ سغه، منافعی اهلیت نیست، زیرا سغیه دارای اهلیت کامل و مخاطب جمیع تکالیف است؛ ولی باوجوداین، سغه در برخی از احکام تأثیر می‌گذارد و این اثر، در منع مال از بچه در صورت بالغ شدن توأم با سفاهت و در حِجر بر بالغ عاقل به سبب سغه آشکار می‌شود. پس لازم است که در مورد این دو مسأله و احکام متعلق به آن‌ها، به اختصار سخن به میان آید.

مسئله اول: پرداخت مال به شخصی که در حالت سفاهت به سن بلوغ رسیده است فقها، غیر از ظاهریه، اتفاق نظر دارند که اگر بچه در حالت سفاهت به سن بلوغ برسد، اموالش به دست وی داده نمی‌شود، زیرا خدای متعال می‌فرماید: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا) [النساء: ۵]، «اموال سفها را - که در دست‌تان است و گویی اموال شماست - به خود آنان تحویل ندهید؛ چیزی که خدا آن را قوام زندگی همه‌تان قرار داده است». اموال سفها فقط بعد از بلوغ و زمانی به آنان داده می‌شود که رشد یافتگی آنان احساس و معلوم شود، زیرا خدای متعال می‌فرماید: (وَابْتََلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) [النساء: ۶]، «یتیمان را بیازمایید تا آنگاه که به سن ازدواج (بلوغ) می‌رسند؛ اگر از آنان صلاحیت و حسن تصرف دیدید، اموالشان را بدیشان برگردانید». پس بنابر نص این آیه، شرط دادن مال به سفیهان بلوغ و رشد است.

اما ظاهریه معتقدند که کسی که باوجود عقل بالغ شده باشد، مال او به دست خودش داده می‌شود. ظاهریه این را گفته‌اند چون که رشد را به رسیدن به سن بلوغ توأم با داشتن عقل تفسیر می‌کند و سغه را عدم عقل می‌دانند، پس هرکس عاقل بالغ شود، رشید بودن وی محقق شده و واجب است که اموالش به دست وی داده شود،^۲ اما

۱- شرح مرقاة الوصول ۲/ ۴۵۸.

۲- المحلی، ابن حزم ۸/ ۲۸۶ - ۲۸۷.

جمهور رشد را به درستی و استواری عقل و داشتن قدرت بر حفظ مال تفسیر می‌کنند^۱ و بنابراین تفسیر، هر عقلی رشید نیست، گرچه هر رشیدی عاقل است. علمای جعفریه معتقدند که: رشید، کسی است که بالغ و عاقل است و در اموال خود به مصلحت رفتار می‌کند و در دین خود عدالت دارد^۲ و بنابراین تفسیر، رشید بودن به صرف توانایی بر حفظ مال محقق نمی‌شود، بلکه با آن و با داشتن عدالت در دین محقق می‌گردد. اما به نظر می‌رسد که این موضوع در میان جعفریه مورد توافق نیست، چه برخی از مجتهدان متأخر آنان ذکر کرده‌اند که رشید کسی است که در مال خود به مصلحت رفتار می‌کند و در آن، عدالت در دین را شرط نگرفته‌اند^۳. منظور از رشد

فقها در مورد منظور از رشد دو قول دارند:

قول اول، این است که منظور از رشد، حقیقتِ رشد است و بنابراین، وجود رشد و شناخت آن لازم است و صحیح نیست که چیز دیگری، از قبیل رسیدن به یک سن معین یا غیره جایگزین آن شود. بنابراین قول، بعد از بلوغ، بچه هر سنی که داشته باشد -حتی اگر به سالخوردگی هم رسیده باشد- اموالش به وی داده نمی‌شود، تا زمانی که رشد وی ثابت شود. این قول، قولِ جمهور علما از شافعیه، مالکیه، حنابله، ابو یوسف و محمد بن حسن شیبانی -شاگردان ابوحنیفه- است^۴. دلیل قائلان به این قول، دو چیز است؛ نخست این که پرداخت مال بعد از رسیدن بچه به سن بلوغ، معلق بر شناخت رشد در وی است و مادام که رشد معلوم و ثابت نگردد، پرداخت مال به فرد بالغ جایز نیست، زیرا چیزی که معلق بر شرط باشد، قبل از وجود شرط معدوم است. دوم، این که

۱- التلویح ۲/ ۱۹۱.

۲- الخلاف، طوسی ۲/ ۱۲۱.

۳- منهاج الصالحین، محسن حکیم ۲/ ۱۱۳.

۴- المغنی ۴/ ۴۵۷؛ الطوسی ۲/ ۱۲۱؛ محسن حکیم ۲/ ۱۱۳.

سفه، در حکم منع از پرداخت مال، به منزله‌ی جنون و عته است و جنون و عته هم مانع از دادن مال به مجنون و معتوه هستند، گرچه فرد به بیست و پنج سالگی و یا بیشتر از آن هم رسیده باشد، چنان‌که قبل از رسیدن آن‌ها به این سن نیز، مانع از پرداخت مال می‌شوند، پس سفیه نیز همین حکم را دارد.^۱

قول دوم از ابوحنیفه است. وی اعتقاد دارد که: قبل از رسیدن فرد به بیست و پنج سالگی، حقیقت رشد مراد است و بعد از رسیدن به این سن، مظنه‌ی رشد مدنظر است، پس اگر کسی رشد یافته بالغ شده، رشدش ثابت شد، مالش به دست خودش داده می‌شود، گرچه به بیست و پنج سالگی نیز نرسیده باشد، اما اگر بالغ شد، ولی رشید نبود، یا رشید بودن وی معلوم نبود، تا رسیدن وی به بیست و پنج سالگی صبر می‌شود و در این هنگام، حکم به رشید بودن وی شده، اموالش به وی داده می‌شود، خواه رشد وی معلوم شود و خواه نه، زیرا این سن مظنه‌ی رشد است، چه غیر از مواردی نادر افراد در این سن رشید می‌شوند و احکام هم بر حالت غالب بنا می‌شوند، نه بر حالات نادر.^۲ ابوحنیفه / در این قول خود، به چند دلیل استناد می‌کند، از جمله:

۱- منع مال از فرد بالغ غیر رشد، فقط به این خاطر است که امکان دارد سفه در ابتدای بلوغ از انسان جدا نگردد، اما اگر زمانی زیاد بر آن بگذرد و فرد به بیست و پنج سالگی برسد، لاجرم از طریق تجربه به رشدی می‌رسد، زیرا تجارب موجب باز شدن عقل و تندی و جدت ذهن و بصیرت یافتن انسان می‌شود و با این رشد به دست آمده، شرط دفع مال محقق می‌گردد، زیرا رشد - که شرط دادن مال به فرد بالغ است - در آیه به صورت نکره ذکر شده و این بر کم‌ترین درجه‌ی رشد هم صدق می‌کند.

۱- کشف الأسرار ۴ / ۱۴۹۰. دلیل ذکر سن بیست و پنج سالگی در اینجا این است که ابوحنیفه معتقد است که اگر فرد

به بیست و پنج سالگی رسید، مالش به وی داده می‌شود، گرچه رشید بودن وی شناخته نشود.

۲- التلویح علی التوضیح ۲ / ۱۹۱۱؛ أحكام القرآن، جصاص ۱ / ۴۹۰.

۲- منع مال از فرد بالغ عاقل غیر رشید، یا به منظور تأدیب وی است، یا این که مجازات او در برابر فعل حرام وی، یعنی ریخت و پاش کردن است و یا این که حکمی است که معنی معقولی ندارد و با نص ثابت شده است؛ حال اگر منع به خاطر تأدیب باشد، باید گفت که: تأدیب فقط وقتی نیکوست که امید نفعی از آن وجود داشته باشد، اما اگر این امید قطع شد، بدین شکل که فرد به بیست و پنج سالگی رسید و رشید بودن وی هنوز احساس و معلوم نشد، استمرار منع مال از وی بی معنی خواهد بود، زیرا دیگر فایده ندارد و کاری عبث است؛ اما اگر منع، عقوبت و مجازات باشد، باید گفت: عقوبت با شبهه ساقط می شود و در اینجا شبهه وجود دارد، زیرا -چنان که ذکر شد- فردی که به این سن می رسد، دارای مقداری رشد است، پس در این حالت هم دادن مال به وی لازم است، زیرا اگر مانع ساقط شود، ممنوع برمی گردد، اما اگر منع با نصی ثابت شده بود که معنی معقولی نداشت، در این حالت نیز ساقط می شود، زیرا شرط دادن مال به وی حصول مقداری رشد است و -چنان که ذکر شد- با رسیدن فرد به بیست و پنج سالگی این شرط حاصل شده است^۱.

قول راجح

گرچه دلایل ابوحنیفه قوی است، اما باید گفت که ظاهر آیه قول وی را مساعدت نمی کند، زیرا دادن مال معلق بر شناخت رشد شده است، نه رسیدن به یک سن معین و حتی اگر جایگزین ساختن سن در جای رشد هم جایز باشد، این نکته بر آن وارد است که: چرا سن کم تر یا بیش تر از بیست و پنج سالگی تعیین نشده است؟ و بنابراین، نزد ما قول جمهور راجح است.

۱- أصول البزدوی و كشف الأسرار ۴/ ۱۴۹۰ - ۱۴۹۱.

مسئله‌ی دوم: حجر بر سفیه

فقها اختلاف دارند در این‌که: آیا صحیح است که سفه سبب حجر باشد یا خیر، خواه سفه اصلی باشد، یعنی انسان با داشتن سفه به بلوغ برسد، و خواه عارضی باشد، یعنی به این نحو که انسان عاقل و رشید بالغ شود و سپس سفه بر او عارض گردد؟ می‌توان اختلاف آنان را در دو قول جمع آورد:

قول اول: جمهور، از شافعیه، حنابله، مالکیه، جعفریه و ابو یوسف و محمد بن حسن - شاگردان ابوحنیفه - معتقدند که: سفیه محجور می‌شود، زیرا سفیه سبب حجر است و اگر ایجاد شود، حجر بر وی واجب است.^۱
قول دوم: سفیه محجور نمی‌شود. این قول ابوحنیفه و ظاهریه است.^۲

دلایل جمهور

جمهور در مورد دیدگاه خود به دلایلی استدلال می‌کنند،^۳ از جمله:

۱- خدای متعال می‌فرماید: (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَئَ هُوَ فَلْيُمْلَأْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ) [البقرة: ۲۸۲]، «و اگر کسی که حق بر ذمه‌ی اوست، کم‌خرد یا ناتوان باشد یا خودش نتواند املاء کند، باید ولی او دادگرانه املاء کند». این آیه بیانگر ثبوت ولایت بر سفیه است و این ولایت فقط بعد از حجر بر او متصور است.

۱- المغنی، ابن قدامة، ۴/۴۵۸؛ أصول البزدوی و شرح آن ۴/۱۴۹۲؛ طوسی ۲/۲۲.

۲- أحكام القرآن، جصاص ۱/۴۸۹؛ المحلی ۸/۲۷۸ به بعد؛ التلویح ۲/۱۹۲. ملاحظه می‌شود که ابوحنیفه، گرچه معتقد است که مال به کسی که با داشتن سفه به بلوغ رسیده است، داده نمی‌شود تا زمانی که به سن بیست و پنج سالگی برسد، لکن این اعتقاد را ندارد که سفیه محجور شود و به نظر وی تصرفات سفیه در مال خود نافذ است.

۳- المغنی ۴/۴۵۸، جصاص ۱/۴۷ به بعد؛ كشف الأسرار ۵/۱۴۹۱ به بعد؛ طوسی ۲/۱۲۲-۱۲۳.

۲- در روایت آمده که: امام علی از خلیفه‌ی سوم عثمان بن عفان درخواست کرد که عبدالله بن جعفر را به خاطر ریخت و پاش اموال خود محجور گرداند و حال آن‌که اگر حجر بر سفیه جایز نبود، امام علی این درخواست را نمی‌کرد.

۳- صغیر به این دلیل محجور می‌شود که احتمال دارد، اموال خود را هدر دهد و این مفهوم در سفیه نیز وجود دارد. پس چنان‌که محجور کردن بی‌جه لازم است، محجور ساختن وی نیز لازم است.

۴- سفیه قادر به انجام تصرفات نیکو در اموال خود نیست و به کسی نیاز دارد که از او مراقبت و اموال او را حفظ کند و این امر هم فقط با محجور ساختن وی ممکن است، همان‌گونه که در مورد صغیر نیز همین حکم وجود دارد و گفته نمی‌شود: سفیه به دلیل هدر دادن اموال خود عاصی و گناه‌کار است، پس مستحق مراقبت و سرپرستی نیست، زیرا ما می‌گوییم: معصیت سبب این نمی‌شود که فرد گناه‌کار استحقاق سرپرستی و مراقبت و حفظ مصلحت خود از جانب دیگران را از دست بدهد، چه می‌بینیم که جنایت قاتل عمد او را از استحقاق توجّه به او خارج نمی‌کند، زیرا عفو وی جایز است؛ پس سفیه اولی به این است که مورد توجّه و سرپرستی قرار گرفته، مصلحت وی رعایت شود.

۵- محجور ساختن سفیه ضرر را از جماعت دفع می‌کند، زیرا با این وسیله مال وی حفظ می‌شود و دیگر سربارِ دیگران نشده، بیت‌المال متکفلِ پرداخت نفقه‌ی او نمی‌شود و چون محجور ساختن انسان به خاطر دفع ضرر از جماعت امری واجب است و به همین دلیل هم مفتی‌ هرزه‌گو و لوده و پزشکِ جاهل محجور می‌شود، پس سفیه نیز به خاطر دفع ضرر از جماعت محجور می‌شود.

دلایل ابوحنیفه

ابوحنیفه به چند دلیل استناد می‌کند، از جمله:

۱- سفیه، مخاطب (احکام شرعی) است، زیرا فرد به خاطر داشتنِ اهلیت است که مورد خطاب قرار می‌گیرد و اهلیت هم با بلوغ همراه با عقل است و سفیه نیز موجب ایجاد هیچ نقصی در عقل و تمیز سفیه نمی‌شود و به همین دلیل، او مخاطب حقوق شرعی باقی می‌ماند و تصرفات قولی وی، چون طلاق و نکاح، صحیح بوده، به دلیل بدهکاری به مردم زندانی می‌شود و به خاطر جرایمی که مرتکب می‌شود، مورد مجازات قرار می‌گیرد و با اقرارش به اسباب مجازات مورد مؤاخذة قرار می‌گیرد، حال اگر سفیه بعد از بلوغ هم در واجب کردنِ سرپرستیِ سفیه و مواظبت از او و لزوم حجر بر وی معتبر باشد، اولی این است که در مورد اقرار به اسباب مجازات محجور شود، زیرا ضرری که بر نفس فرد وارد می‌شود، بزرگ‌تر از ضرر وارده بر مال وی است.

۲- وقتی که انسان باوجود عقل بالغ می‌شود، اهلیت و شخصیت وی کامل می‌گردد؛ پس محجور ساختن وی در این حالت، پایمال کردن کرامت و انسانیت وی است و این جایز نیست و اگر گفته شود: حجر به خاطر مصلحت وی انجام می‌گیرد، جواب این است: ضرر پایمال کردن آدمیت او و ملحق ساختن وی به چهارپایان از راه حجر بر او، بیشتر از ضرر ضایع کردن مال بر وی گران می‌آید و قاعده‌ی شرعی مقتضی تحمل ضرر کم‌تر برای دفع ضرر بزرگ‌تر است؛ پس محجور نکردن وی به مصلحت او است.

۳- در حدیث آمده است که: فردی در معاملات خود همواره دچار ضرر می‌شد و خانواده‌اش وی را نزد پیامبر ج آوردند و از ایشان خواستند که وی را محجور سازد، اما رسول خدا وی را محجور نکرد، بلکه فقط به او امر کرد که در معاملات برای خود خیار شرط کند. ملاحظه می‌شود که اگر حجر جایز می‌بود، رسول خدا او را محجور می‌ساخت.

۴- استدلال آنان به آیهی (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ) برایشان دلیلی در خود ندارد، زیرا منظور از ولی در این آیه، ولیّ حق است نه ولی سفیه.

۵- استدلال آن‌ها به درخواست امام علی برای محجور ساختن عبدالله بن جعفر نیز دلیلی برای آنان در خود ندارد، زیرا درخواست وی حمل بر ترساندن عبدالله بن جعفر می‌شود نه الزام حجر بر وی، یا این‌که حمل بر طلب منع مال از عبدالله می‌شود، به این اعتبار که سن و سال وی کمتر از بیست و پنج سال بوده است.

۶- هدر دادن مال و ریخت و پاش در آن معصیت است و معصیت سبب مواظبت نمی‌شود و حجر بر سفیه هم از باب مراقبت و سرپرستی است، پس لازم نیست و نیز گفته نمی‌شود: معصیت موجب این نمی‌شود که عاصی مستحق توجّه و سرپرستی نباشد، با این استدلال که عفو قاتل عمد جایز است، زیرا قایلان به حجر، حجر بر سفیه را واجب می‌دانند، درحالی‌که عفو قاتل عمد جایز است نه واجب.

۷- قایل شدن به این‌که محجور شدن سفیه به خاطر دفع ضرر از جماعت است هم، قولی مردود است، زیرا سفیه در مال خود دست به تصرف می‌زند و کسی در مال وی حقی ندارد تا سفیه به خاطر این حقّ مورد ادعا از تصرف در مال خودش منع شود.

قول راجح

قول جمهور، یعنی محجور شدن سفیه است، زیرا ظواهر نصوص مؤید آن است و نیز، حجر با حفظ مال سفیه و دفع ضرر از جماعت موجب رعایت مصلحت وی هم می‌شود و نمی‌توان گفت که: وی در مال خود تصرف می‌کند و جماعت در آن حقی ندارد، زیرا ما می‌گوییم: تصرف انسان در مال خود مقید به عدم اضرار به غیر است، مگر نه آن‌که اگر کسی در خانه‌ی خود آسیابی نصب کرد به خاطر ضرر وارد کردن به همسایگان از این کار منع می‌شود؟! پس سفیه نیز از تصرف در مال خود منع می‌شود تا

مال خود را هدر نداده، سربارِ جماعت و بیت‌المال نشود، چون سربارِ جماعت شدنِ وی هم به حال جامعه ضرر دارد؛ پس واجب است که با محجور ساختن وی این ضرر دفع شود.

مسئله‌ی سوم: زمان محجور ساختن سفیه

برخی از فقها، از جمله امام محمد بن حسن، (شاگرد ابوحنیفه) معتقدند که: سفیه با نفسِ سفیه محجور است و نیازی به این ندارد که قاضی حکم به محجور شدن وی بدهد. استدلال این آن‌هم آن است که سفیه علتِ حجر است و اگر علت ایجاد شود، معلول -یعنی حجر- نیز ایجاد می‌شود و هرگاه منتفی شود، حجر نیز منتفی می‌شود، چنان‌که در مورد جنون و عته و صغیر نیز وضع به همین منوال است.

برخی دیگر از فقها، از جمله امام ابو یوسف، معتقدند که: سفیه فقط با حکم قاضی محجور می‌شود. استدلال این گروه این است که: مبنای اعمالِ حجر حفظ مصلحت محجور است و این مصلحت در نوسان است، بین این‌که محجور شود تا اموال وی حفظ شود و این‌که محجور نشود تا اموالش هدر نرود و در اموری که دارای دو وجه می‌باشند هم، ترجیح فقط بر عهده‌ی قاضی است نه کسی دیگر. نیز، سفیه امر محسوسی نیست و فقط با زیان دیدن و فریب خوردن در معاملات است که بر سفیه بودن شخص استدلال می‌شود که گاهی هم این ضرر دادن نوعی حيله است و این فقط با قضاوت قاضی ثابت می‌شود. همچنین، محجور کردنِ سفیه موردِ اختلاف فقها است؛ پس این هم به مانند حجر به سببِ دین، فقط با حکم قاضی ثابت می‌شود و همچنین که حجر فقط با حکم قاضی ثابت می‌شود، رفع حجر نیز فقط با حکم قاضی انجام می‌گیرد.

ثمره‌ی اختلاف بین این دو قول آن است که بنابر رأی ابو یوسف و پیروان وی، تصرفاتِ سفیه قبل از حجر قاضی بر وی صحیح و نافذ است؛ اما از دیدگاه محمد و موافقانش، موقوف و غیر نافذ است، یعنی چنین فرض می‌شود که انگار این تصرف از فردی سفیه صادر شده که با حکم قاضی محجور شده است.

با توجه به دلایل رأی ابو یوسف و موافقان وی، نزد ما این قول راجح است، یعنی این که ثبوت و همچنین رفع حجر تنها با حکم قاضی صورت می گیرد.

مسئله‌ی چهارم: حکم تصرفات سفیه محجور

سفیه بعد از محجور شدن، در تصرفات قابل فسخ، مانند خرید و فروش و اجاره، حکم صغیر ممیز را دارد، یعنی اگر کارش متردد بین نفع و ضرر باشد، متوقف بر اذن است و اگر به مانند هبه ضرر محض باشد، باطل خواهد بود و آنچه که نفع محض باشد، صحیح و نافذ است و نیز، استحساناً وصیت در امور خیر برای وی جایز است، گرچه وی اهل تبرع و بخشش و احسان هم نباشد و همچنین، وقف بر غیر و سپس بر خود برای وی جایز است. اما تصرفات غیر قابل فسخ وی، چون نکاح و طلاق، صحیح و نافذ است و از این نظر، حکم وی با صغیر ممیز تفاوت دارد.

هـ- مستی

مستی به معنی زوال عقل در اثر استعمال شراب و دیگر مواد مست کننده است، به نحوی که فرد مست بعد از به هوش آمدن و از بین رفتن مستی، کارهایی را که در زمان مستی از او سر زده است به یاد ندارد^۱.

پس مستی عقل را تعطیل کرده، مانع آن از تمیز می شود و به همین دلیل هم، سزاوار است که با مستی اهلیت ادا از بین رفته، تکلیف از شخص مست ساقط شود و او در حال مستی مخاطب به چیزی نباشد؛ اما فقها در مورد تمام حالات مستی بر چنین حکمی نرفته اند، بلکه آن را مقصور به زمانی کرده اند که فرد به طریقی مباح مست شده باشد، اما اگر به طریق حرام مست شده باشد، او را -با تفصیل و اختلاف دیدگاهی که

۱- ماده‌ی ۶۸ قانون ولایت بر مال (قانون عراق).

در میان آنان وجود دارد- در مورد کارهای زمان مستی خود مکلف و مورد مؤاخذه قرار داده‌اند. این اختلاف نظرها بعد از بیان حکم مستی مباح ذکر خواهد شد.

۱. مستی به طریق مباح

مستی، وقتی مباح است که فرد از روی اضطراب یا به اکراه مواد مست‌کننده را مصرف کرده باشد و یا به خاطر عدم علم به مست‌کننده بودن چیزی، با مصرف آن مست شود و یا دارویی را مصرف کند و مست گردد و چیزهایی از این قبیل.

کسی که بدین شکل مست می‌شود، در حکم کسی است که در اغما قرار دارد. و در زمان مستی مکلف به ادای چیزی از حق‌الله نیست و فقط بر وی لازم است که بعد از به هوش آمدن، آن‌ها را قضا کند، اگر قضای آن‌ها برای وی حرجی به دنبال نداشته باشد، یعنی زمان مستی طولانی نگردد، چنان‌که در حکم اغما نیز اشاره شد. همین‌طور عبارات وی صحیح نبوده، بر تصرفات قولی‌اش هیچ اثری مترتب نمی‌شود؛ اما در تصرفات عملی وی، در آنچه که در حق‌الناس مالی باشد، آثار افعال او بر آن مترتب می‌گردد و در مورد ضمانت نفس یا مالی که تلف کرده است، مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد، زیرا نفس و مال افراد محفوظ و مصون است و به خاطر هیچ عذری هدر نرفته، عصمت آن‌ها ساقط نمی‌شود.

فرد مست به خاطر افعال و جرایم خود مؤاخذه‌ی بدنی نمی‌شود، زیرا مجازات بدنی زمانی اعمال می‌شود که فرد آن کارها را با داشتن عقل و تمیز انجام داده باشد و حال آن‌که فرد مست فاقد عقل و تمیز است.

۲. مستی به طریق حرام

در اینجا، فقها در مورد حکم مست و میزان اعتبار تصرفات وی باهم اختلاف نظر دارند و سبب اختلاف آنان هم این است که زوال عقل به طریقی حرام روی داده است و به

همین دلیل نیز، دیدگاهشان در مورد حکم تصرفات وی باهم اختلاف یافته است که این اختلاف را می‌توان به صورت مختصر چنین بیان کرد^۱.

الف. حکم تصرفاتِ قولی مست

۱- برخی از فقها معتقدند که: عبارتِ مست از اعتبار ساقط است و به چیزی از اقوال وی توجه نمی‌شود و بر آنها هیچ اثر شرعی ای مترتب نمی‌گردد و بنابراین، طلاق و خرید و فروش و سایر عقود وی واقع نمی‌شود. این دیدگاه ظاهریه، جعفریه، عثمان بتی و لیث و یکی از روایات نقل شده از امام احمد بن حنبل -و همان است که ابن قیم نقل کرده که امام احمد بر این قول استمرار داشته است- و مختاری طحاوی از علمای احناف هم هست.

۲- اقوال وی معتبر است و به آنها توجه می‌شود و آثار شرعی آن اقوال نیز بر آنها مترتب می‌گردد و طلاق و سایر تصرفات قولی وی واقع می‌شود. این دیدگاه احناف، شافعیه و مالکیه است که البته در مورد برخی از تصرفات تفصیلاتی دارند، چه احناف معتقدند که: غیر از ارتداد و اقرار به آنچه که احتمال رجوع دارد، سایر اقوال وی معتبر است و مالکیه معتقدند که: غیر از اقرار و عقود، سایر اقوال وی معتبر است. اما باین وجود، همه اتفاق نظر دارند که طلاق وی واقع می‌شود.

ب. حکم افعال مست

اختلافی در این نیست که آن دسته از افعال مست که متعلق به حق الناس است، او در مورد آنها مؤاخذه‌ی مالی می‌شود و وی اگر نفس یا مالی را تلف کرد، در مورد آنها ضامن خواهد بود. اما در مورد مؤاخذه‌ی بدنی، یعنی مجازات وی به خاطر افعالی که

۱- زاد المعاد ۲/ ۲۰۲- ۲۰۳؛ إعلام الموقعین ۴/ ۴۰- ۴۲؛ المغنی ۷/ ۱۱۳- ۱۲۴؛ الأم، شافعی ۲/ ۸۲؛ المهذب، شیرازی ۲/ ۸۲؛ المحلی ۱/ ۲۰۹- ۲۱۱.

جرم هستند، اختلاف وجود دارد؛ جمهور معتقدند که: به خاطر ارتکاب آن‌ها مجازات بدنی می‌شود و بر این اساس است اگر قتل انجام داد، قصاص می‌شود و اگر زنا کرد، حد بر او جاری می‌شود و... اما ظاهریه و عثمان بتی معتقدند که: او به خاطر افعال خود مجازات بدنی نمی‌شود و فقط حد می‌گساری بر او جاری می‌گردد.

دلایل

اول- کسانی که معتقد به عدم توجه به اقوال مست و عدم مجازات بدنی وی هستند، به دلایل زیر استناد می‌کنند:

- ۱- فرد مست به آنچه که بر زبان می‌آورد، علم ندارد. زیرا خدای متعال می‌فرماید: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ) [النساء: ۴۳]، «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! زمانی که مست هستید به نماز نایستید تا آنگاه که می‌دانید چه می‌گویید». پس مست نمی‌داند که چه می‌گوید و کسی که نمی‌داند چه می‌گوید هم، جایز نیست که به اقوال خود و نیز به هیچ‌یک از احکام، چه طلاق و چه غیر آن، ملزم شود، چراکه وی، چون از اصحاب خرد نیست، مخاطب احکام شرعی هم نیست و به همین دلیل در حکم مجنون است.
- ۲- فهم، علت و خاستگاه تکلیف است و هرگاه فهمی وجود نداشته باشد، تکلیفی نیز وجود ندارد و نمی‌توان مست را به منظور مجازات کردنش مکلف باقی گذاشت، زیرا شارع حد می‌گساری را به عنوان مجازات برای او تعیین کرده است، پس نمی‌توان او را با چیزی دیگر یا با افزودن بر آن، مجازات نمود.

۳- حداقل چیزی که با آن تصرفات فرد صحیح می‌شود، قصد یا مظنه‌ی قصد است و فرد مست هیچ‌یک از این دو را ندارد.

۴- میان کسی که به طریقی مباح مست شده و کسی که به طریقی حرام مست شده است فرقی وجود ندارد، زیرا هر دو فاقد عقل و تمیز هستند و بنابراین، واجب می‌آید که در حکم نیز مساوی باشند و تأثیر مباح یا حرام بودن طریق مستی هم، فقط در

ترتیب مجازات بر خودِ مستی است [یعنی مست به طریق مباح مجازات نمی‌شود، اما مست به طریق حرام مجازات می‌شود] مگر نه این که کسی که ساق پاهایش را شکسته‌اند، به صورت نشسته نماز می‌خواند و کسی نیز که خودش ساق پاهای خویش را شکسته است، به صورت نشسته نماز می‌خواند و حال آن که فردِ دوم به خاطر شکستن ساق پاهایش مرتکب جرم هم شده است، اما فرد اول مرتکب جرمی نشده است؟!

دوم- کسانی که معتقدند طلاق و سایر تصرفات قولی مست واقع شده، او به خاطر جرایم ارتكابی‌اش به صورت کامل مؤاخذه می‌شود، چنین استدلال کرده‌اند که: مست در اینجا، کسی است که با انجام آنچه بر وی حرام بوده، سبب ازاله‌ی عقل خود شده است، پس به خاطر همین معصیت، مستحق تخفیف نیست و بنابراین، جهت مجازات و بازداشتن وی، چنین فرض می‌شود که وی در آن هنگام عقل داشته است و این حکم جای شگفتی هم ندارد، زیرا گاهی به چیزی که به صورت حقیقی زایل شده است، به صورت تقدیری و فرضی حکم موجود داده می‌شود اگر به سبب معصیتی زایل شده باشد، مانند کسی که مورث خود را به قتل رسانده است که جهت مجازات و بازداشتن، در حق وی مورثش زنده تلقی می‌شود و این قاتل از مورث خود ارث نمی‌برد. خلاصه، این که: جرم سببی برای تخفیف دادن به مجرم نمی‌گردد، بلکه ارتكاب آن بر این دلالت دارد که فرد مجرم به همه‌ی نتایج مترتب بر جرم خود راضی بوده است.

سوم- کسانی که بین اقوال و جرایم مست فرق گذاشته‌اند و معتقدند که فرد مست در مورد اقوالش مؤاخذه نمی‌شود اما در مورد جرایمش مؤاخذه می‌گردد، چنین استدلال کرده‌اند که: هدر- یعنی فاقد اثر و لغو و بی‌فایده- دانستنِ قولِ وی متضمن مفسده‌ای نیست، زیرا در صِرْفِ قولِ صادرشده از فرد غیر عاقل، هیچ مفسده‌ای وجود ندارد، اما افعال چنین نیستند و محو کردن مفاصد افعال بعد از وقوع آن‌ها ممکن نیست، پس هدر دانستن آن‌ها ضرر محض و فساد بزرگ است و این جایز نیست. نیز، اگر فردِ مست

در مورد جنایات خود مورد مؤاخذه قرار نگیرد، این امر وسیله‌ای برای ارتکاب جرایم و جرئت یافتن او بر انجام آن‌ها در زمان مستی و مباح دانستن قتل افراد بی‌گناه از جانب وی می‌شود و فساد موجود در این امر هم بسیار فراوان است و بر کسی پوشیده نیست. همچنین، مستی جرم است و جرم هم صلاحیت این را ندارد که دافع مسئولیت جنایی از جرمی دیگر شود.

چهارم- احناف که قایل به عدم اعتبار ارتدادِ مست و اقرار وی به امور قابل رجوع هستند، چنین استدلال می‌کنند که: ارتداد موجب تبدیل اعتقاد می‌شود و اعتقاد وقتی از بین می‌رود که تغییر دادن آن قصد شود، یا این که چیزی باشد که به صورت آشکار بر آن دلالت می‌کند، یعنی در حالت بیداری و هوشیاری که در آن قصد احتمال می‌رود، به آن تکلم شود و بدیهی است که مست چنین حالتی را ندارد، پس قول وی دلیلی بر تغییر اعتقادش نیست و او مرتد نمی‌شود.

عدم اعتبار اقرار وی در امور قابل رجوع هم، به این خاطر است که فرد مست بر امری استقرار و ثبات ندارد و این عدم استقرار وی جایگزین رجوع وی در اقرار می‌شود و به همین دلیل هم، اگر در زمان مستی خود به زنای خویش اقرار کرد، به خاطر این اقرار مؤاخذه نمی‌شود، زیرا اقرار به زنا احتمال رجوع دارد.

ادله‌ی احناف در مورد صحتِ دیگر اقوالِ فرد مست نیز همان ادله‌ی کسانی است که اقوال را مطلقاً صحیح می‌دانند.

پنجم- مالکیه در مورد عدم اعتبار عقود و اقرارات فرد مست، چنین استدلال کرده‌اند که: شرط صحت عقد این است که عاقد دارای تمیز باشد و حال آن که فرد مست فاقد تمیز است. اینان در مورد اقرارات می‌گویند که: اقرار وی در این حالت؛ یا به مال است که اقرارش به مال در این حالت صحیح نیست، زیرا وی به سبب مستی محجورعلیه

است؛ یا این که اقرار به غیر مال است که در این مورد باید گفت که: حدیث ماعز^۱ بر الغای اقرار فرد مست دلالت دارد.

ادله مالکیه در مورد صحتِ دیگر اقوال فرد مست نیز، همان ادله‌ی کسانی است که قایل به صحت مطلق آن می‌باشند.

مناقشه‌ی ادله و بیان قول راجح

۱- ادله‌ی قائلان به درست نبودن گفته‌های مست، پذیرفتنی و سلیم است، زیرا اعتبار قول فقط به قصد است و چون عقل فرد مست زایل شده است، وی هیچ قصدی ندارد، پس اقوال وی معتبر نیست. الزام وی به قول خود بر وجه مجازات و عقوبت هم صحیح نیست، زیرا عقوبت و مجازات از جانب شارع تعیین می‌شود نه با رأی و اجتهاد، کما این که نص نیز بیانگر این است که فرد مست نمی‌داند چه می‌گوید و کسی که نمی‌داند چه می‌گوید هم، قصد معنای آنچه را که می‌گوید نمی‌کند، پس اثری بر قول وی مترتب نمی‌شود، مانند فرد غیرعربی که لفظ طلاق را بر زبان می‌آورد، درحالی که معنای آن را نمی‌داند که بر این لفظ وی اثری مترتب نمی‌شود.

۲- این که فرد مست بر کسی قیاس شود که مورث خود را کشته است و این قاتل با زنده قراردادن حکمی و فرضیِ مورث از ارث محروم شده است، این قیاس مع الفارق است، زیرا این قاتل قصد قتل مورث خود کرده تا زودتر به ارث دست یابد و درنتیجه، با محروم شدن از ارث مجازات شده است، اما فرد مست قصد مستی کرده و -مثلاً- قصد ایقاع طلاق در زمان مستی خود نکرده است؛ پس چگونه طلاق وی واقع می‌شود؟

۱- این حدیث در این باره است که ماعز زنا کرد و نزد رسول خدا به آن اقرار نمود و رسول خدا از وی سؤال کرد یا دهان او را بویید تا مطمئن شود که مست است یا خیر، و این دلالت دارد بر آن که اقرار سکران معتبر نیست.

۳- حتی اگر قایل به این باشیم که وی بر سبیل مجازات به خاطر اقوال خود مؤاخذه می‌شود، چگونه مجازاتی را بر او اعمال کنیم که مانند طلاق دادنِ زنش در زمان مستی، به فردی بی‌گناه هم تسری می‌یابد؟

۴- آنچه که در مورد مؤاخذه شدن وی به خاطر جرایمش مورد استدلال قرار گرفته است هم، استدلالی مقبول است و چیزی وجود ندارد که آن را نقض کند و نمی‌توان مست را در این حالت با مجنون مساوی دانست، زیرا در اینجا، فرد مست هم به خاطر مست بودنش مجرم است و هم به خاطر جنایت بر دیگران پس چگونه از او جانب‌داری می‌شود و از مجنی علیه جانب‌داری نمی‌شود. از همه‌ی این‌ها گذشته، قاعده‌ی سد ذرایع و وسایل منجر به فساد نیز مؤید مؤاخذه‌ی فرد مست به خاطر جرایم ارتكابی در زمان مستی است و این قاعده، قاعده‌ای است که اصول شریعت و نصوص زیادی بر صحت آن گواهی دارند.

بنابراین، -به نظر ما- قول کسانی راجح است که معتقدند که: هیچ‌کدام از اقوال فرد مست شده به طریق حرام معتبر نیست، اما او به خاطر جرایم ارتكابی‌اش در آن وقت، به صورت کامل مؤاخذه می‌شود.

و. اِکراه

اکراه از عوارض مکتسب (کسب‌شده) است، اما حاصل فعل انسان بر خود نیست، بلکه کاری است که دیگری با وی می‌کند.

در ادامه، در مورد تعریف اکراه، شرایط تحقیق آن، انواع اکراه، منافات یا عدم منافات آن با اهلیت، اثر اکراه بر تصرفات شخص مکره، یا حکم تصرفات مکره بحث خواهد شد.

تعریف اکراه

اصولیان اکراه را با تعریفات نزدیک به هم تعریف کرده‌اند؛ از جمله نویسنده‌ی التلویح می‌گوید: اکراه وادار نمودن دیگری به انجام چیزی است که به انجام آن رضایت ندارد

و اگر او را به حال خود بگذارند، انجام آن را برنمی‌گزیند^۱. تعریف دیگر این است که: با تهدید به چیزی که وادار کننده قادر به انجام آن است و وادار شونده از آن می‌ترسد، شخص به انجام چیزی وادار شود که از انجام آن امتناع می‌کند^۲. این تعریف متضمن اموری است که وجود آن‌ها برای تحقق اکراه واجب است و به همین دلیل، از تعریف اول واضح‌تر است.

شرایط تحقق اکراه^۳

۱- مُکَرَّه (وادار کننده) قادر به عملی نمودن تهدید خود باشد و اگر قادر به عملی نمودن تهدید خود نباشد و مُکَرَّه (وادار شونده) بداند که اکراه کننده قادر به عملی نمودن تهدید خود نیست، این تهدید لغو و غیر معتبر است.

۲- اکراه شونده از این تهدید بترسد، به نحوی که پیش خود چنین فکر کند که: وادار کننده یقیناً و یا به ظن غالب به زودی تهدید خود را اجرا می‌کند و تحت تأثیر این ترس مُکَرَّه علیه را انجام دهد.

۳- چیزی که اکراه کننده اکراه شونده را به آن تهدید کرده است، ضرری باشد که سبب اتلاف نفس یا اتلاف عضو شود و یا چیزی کمتر از این‌ها، چون زندانی نمودن و بسته شدن و زدن باشد.

شافعیه و حنابلّه و جعفریه و برخی از فقهای احناف، معتقدند که: تهدید به اتلاف مال در صورتی که ناچیز نباشد، تهدیدی معتبر است و با آن اکراه محقق می‌شود و جعفریه معتقدند که: تهدید به ضرر رساندن به کسی که برای اکراه شونده دارای اهمیت است،

۱- التلویح ۲/ ۱۹۶.

۲- کشف الأسرار ۴/ ۱۵۰۳.

۳- کشف الأسرار ۴/ ۱۵۰۲؛ المغنی ۷/ ۱۲۰؛ المذهب ۲/ ۸۳.

اکراه است و احناف نیز معتقدند که: اگر تهدید در مورد ضرر رساندن به زوج یا یک خویشاوند نزدیک باشد، اکراه است و حنابله معتقدند که: اگر تهدید فرزند باشد، اکراه است.^۱

انواع اکراه

احناف، اکراه را به اکراه ملجی یا کامل و تام و اکراه غیر ملجی یا ناقص تقسیم می‌کنند.^۲

الف. اکراه ملجی

اکراهی است که با تهدید به اتلاف نفس (کشتن) یا با تهدید به اتلاف یک عضو از بدن صورت می‌گیرد، زیرا حرمت اعضای بدن هم به تبعیت از نفس و جان انسان، همانند حرمت نفس انسان است و نیز، تهدید به تلف کردن همه‌ی اموال فرد و یا تهدید به قتل کسی که برای فرد دارای اهمیت است -بنابر رأی کسانی که این نوع تهدیدها را اکراه دانسته‌اند- از این نوع اکراه به حساب می‌آیند. دلیل نام‌گذاری این نوع از اکراه به ملجی این است که: فرد را از ترس اتلاف نفس یا عضو وادار و مجبور به انجام فعل می‌کند، و این نوع از اکراه اختیار را تباه نموده، رضایت را از بین می‌برد، لکن اختیار را از بین

۱- البحر الرائق ۸/ ۲؛ حاشیه ابن عابدین ۵/ ۱۱۰؛ الإقناع- در فقه حنبلی- ۲/ ۴؛ منهاج الصالحین، در فقه جعفریه، حکیم ۲/ ۱۴؛ المغنی ۷/ ۱۲۰؛ المذهب ۲/ ۸۳. باید افزود که برخی از فقهای حنبلی مذهب برای تحقق اکراه شرط کرده‌اند که آزار و اذیت عملاً بر مکره -وادر شونده- وارد آید و تهدید به انجام آن کفایت نمی‌کند؛ لکن راجح در مذهب حنبلی این است که صرف تهدید کفایت می‌کند. المغنی ۷/ ۱۱.

۲- علمای غیر حنفی چیزهایی چون قتل زدن شدید و زندانی کردن و مانند آن را که به وادار شونده ضرر می‌رساند، ذکر می‌کنند، بدون آن که اکراه را به ملجی و غیر ملجی تقسیم کنند و نیز زدن غیر شدید و حبس برای مدت کم را نیز اکراه می‌دانند اگر اکراه شونده از افراد با مروت -افراد دارای شخصیت و شهرت- باشد، اما اگر در مورد غیر این افراد باشد، آن را اکراه نمی‌دانند و باید گفت که: این تفصیل نیکویی است. نک: المغنی ۷/ ۱۲۰؛ المذهب، شیرازی ۲/ ۸۳.

نمی‌برد. توضیح این مطلب آن است که اختیار، قصد انجام امری مقدور و متردد بین بودن و نبودن با ترجیح یکی از دو جانب آن بر جانب دیگر است و یا به عبارت دیگر: قصد انجام یا ترک یک چیز است به نحوی که ترجیح بین ترک یا انجام آن از سوی خود فاعل باشد. این مفهوم با اکراه زایل نمی‌شود؛ زیرا مکره (وادر شونده) فعل را با قصد و خواست خود انجام می‌دهد، زیرا وی آنچه را که برای خودش سهل تر و آسان تر است، برمی‌گزیند و اگر کاری که بدان وادر شده (مکره علیه) را انجام دهد، فعل وی ترجیحی از جانب خود او خواهد بود، برای جلوگیری از وقوع آنچه که به آن تهدید شده است (یعنی انجام مکره علیه را ترجیح داده تا از وقوع تهدید جلوگیری نماید) اما چون فاعل (مکره) در قصد خود مستقل نیست و اختیار و گزینش انجام گرفته از جانب وی مبنی بر اختیار و اکراه وادر کننده است، اختیارش فاسد است.

از بین رفتن رضایت با اکراه هم، به این خاطر است که رضایت، به معنی رغبت و اشتیاق به چیزی است و با وجود اکراه، این حالت صورت نمی‌گیرد.

ب. اکراه غیر ملجیء

اکراهی است که با تهدید به انجام چیزی صورت می‌گیرد که موجب اتلاف نفس یا یک عضو از بدن نمی‌شود، مانند زدن یا زندانی نمودن. این نوع از اکراه اختیار را فاسد نمی‌کند، بلکه رضایت را از بین می‌برد و این که اختیار را فاسد نمی‌کند، به این خاطر است که فرد مجبور به انجام مکره علیه نیست، چون در اینجا، او برخلاف نوع اول اکراه، می‌تواند در برابر آنچه که به آن تهدید شده است، صبر کند.

منافات اکراه با اهلیت

اکراه، خواه ملجیء و خواه غیر ملجیء، با هیچ کدام از دو اهلیت ادا و اهلیت وجوب منافات ندارد و موجب سقوط خطاب از مکره هم نمی‌شود. دلیل عدم منافات آن با دو نوع اهلیت این است که اهلیت با ذمه و عقل و بلوغ ثابت و موجود است و اکراه

اخلاقی در این موارد ایجاد نمی‌کند و دلیل عدم سقوط خطاب از مکره با اکراه نیز، این است که گاهی انجام چیزی که فرد به آن مجبور می‌شود، برای او حرام است و اگر آن را انجام دهد، گناه‌کار خواهد بود، مانند قتل و زنا، و گاهی هم، انجام آن بر وی واجب است و اگر آن را انجام ندهد، گناه‌کار است، مانند خوردن شراب و مردار، و گاهی دیگر، انجام آن رخصت است: اگر آن را انجام دهد، گناهی ندارد و اگر آن را انجام ندهد، مأجور است، مانند بیان سخن کفرآمیز و اتلاف مال دیگران. همه‌ی این امور، یعنی وجوب و حرمت و رخصت، نشانه‌ی ثبوت خطاب در حق مکره و مخاطب بودن وی هستند، زیرا این چیزها بدون وجود خطاب تکلیفی ایجاد و ثابت نمی‌شوند.^۱

اثر اکراه در تصرفات مکره

قبل از بیان اثر اکراه در تصرفات مکره، یعنی بیان حکم تصرفات وی، لازم است که قاعده‌ای ذکر شود که احکام تصرفات قولی یا فعلی مکره بر آن بنا شده است. قاعده‌ی مذکور در نزد احناف این است که: اکراه هیچ تأثیری در ابطال و هدر دادن تصرفات قولی یا فعلی مکلف ندارد، بلکه تأثیر آن فقط در تغییر دادن نسبت به این تصرفات انجام گرفته است، به این نحو که اگر ممکن باشد، این تصرفات به وادار کننده منسوب شده، در این حالت حکم آن برای او ثابت می‌شود، اما اگر ممکن نباشد، تصرف همچنان به مکره منسوب شده، حکم برای وی ثابت می‌شود. انتساب این تصرفات به وادار کننده، فقط وقتی ممکن است که بتوان فاعل (وادار شده، مکره) را آلت و ابزار وادار کننده (مکره) دانست.

بنابراین قاعده، تصرفات فاعل به این دودسته تقسیم می‌شود: نخست، آنچه که امکان انتساب آن به وادار کننده با قراردادن فاعل به عنوان آلت و ابزار وی وجود دارد؛ دوم،

۱- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ۱/ ۱۶۶۶؛ کشف الأسرار فی شرح أصول البزدوی ۴/ ۱۵۰۳-۱۵۰۴.

آنچه که امکان انتساب آن به وادار کننده وجود ندارد و همچنان منسوب به فاعل باقی مانده، حکم آن فقط علیه فاعل است.

این قاعده در نزد غیر احناف، چون شافعیه، این گونه است: اگر اکراه از روی حق باشد، مانند واداشتن بدهکار به بیع جهت پرداخت بدهی خود، اکراه در اینجا اثری نخواهد داشت و تصرف صحیح و نافذ است؛ اما اگر اکراه به ناحق باشد، در این صورت چند حالت پیش می آید: اگر اکراه انجام عمل مکروه علیه را مباح نکند، مانند اکراه بر قتل، در این صورت، حکم علیه فاعل ثابت می شود؛ اگر اکراه انجام مکروه علیه را مباح گرداند و انتساب فعل به وادار کننده ممکن باشد، مانند اتلاف مال غیر، حکم از فاعل ساقط شده و علیه وادار کننده نافذ می شود؛ اگر مانند اقوال، امکان انتساب آن به وادار کننده وجود نداشته باشد، ساقط است و هیچ حکمی، نه در حق وادار کننده و نه برای فاعل بر آن مترتب نمی شود.^۱

پس از بیان این قاعده در نزد حنفیه و غیر آنان، باید بگوییم که: اکراه یا قول است و یا فعل و هر کدام از آن ها هم، در پرتو قاعده ی سابق، حکم خاص خود را دارند، به تفصیل زیر:

۱- اقوال

اقوال، اگر اقرار باشند، حکم عدم اعتبار آنهاست، زیرا اعتبار اقرار فقط به خاطر رجحان آن جانب صدق در آن است، در حالی که با اکراه جانب کذب رجحان می یابد؛ پس معتبر نیست.

و اگر از آن دسته از تصرفات قولی ای باشد که احتمال فسخ دارند و با شوخی باطل نمی شوند، مانند نکاح و طلاق و رجعت، احناف معتقدند که: حکم آنها ثابت می شود،

۱- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ۱/ ۱۶۷- ۱۶۸؛ التلویح ۲/ ۱۹۶- ۱۹۷.

یعنی به صورت صحیح و نافذ واقع می‌شوند و اکراه در آن‌ها تأثیری ندارد. استدلال حنفیه این است که آثار این تصرفات، به صرف آن‌که از روی اختیار انجام شوند، بر آن‌ها مترتب می‌شود، زیرا شارع تلفظ به آن‌ها را جایگزین اراده‌ی معنا و حکم آن‌ها کرده است، به این دلیل که اگر کسی به شوخی هم آن‌ها را بر زبان آورد، واقع می‌شوند، حال آن‌که قصد حکم آن‌ها را داشته و نه معنای آن‌ها را نیز اراده کرده است. پس در این، مکره اولی است، چه وی هم قصد ایقاع آن را کرده و هم حکم آن را اختیار کرده است، گرچه در صورت ملجیء بودن اکراه، اختیار وی فاسد است.

اگر تصرفات قولی از انشاءاتی باشند که قابل فسخ هستند و ایقاع آن‌ها با شوخی صحیح نیست، مانند بیع، احناف معتقدند که: در این صورت، اثر اکراه بر آن‌ها «تباه شدن» است و آن‌ها فاسد می‌شوند نه باطل. استدلال احناف این است که اکراه رضایت را از بین می‌برد، نه اختیار را، و رضایت شرط صحت است نه شرط انعقاد؛ پس این تصرفات منعقد می‌شوند، منتهی فاسد هستند؛ به علاوه آن‌که احکام این تصرفات قولی به شکلی که ذکر شد، در حق فاعل ثابت می‌شوند نه در حق وادار کننده، چراکه انتساب آن‌ها به وادار کننده ممکن نیست، زیرا برای انسان ممکن نیست که با عضوی زبان دیگران تکلم کند، پس نمی‌توان فاعل را آلت و ابزار وادار کننده قرارداد و بنابراین، قول به او منسوب نمی‌شود و در نتیجه، حکم در حق وی ثابت نمی‌شود.

اما شافعیه و جعفریه و حنابله و دیگران معتقدند که: بر قول مکره حکمی مترتب نمی‌شود، بلکه اقوال وی هدر و تباه می‌شود و طلاق و بیع و دیگر تصرفات قولی وی واقع نمی‌شود. این گروه برای دیدگاه خود چند دلیل دارند:

۱- خدای متعال از کسی که در حال اجبار و اکراه به سخن کفرآمیز تکلم می‌کند، حکم کفر را ساقط کرده است و می‌فرماید: (إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ) [النحل: ۱۰۶]، «به جز آنان که وادار به اظهار کفر می‌گردند و در همان حال دل‌هایشان بر ایمان ثابت است». و بدیهی است که احکام کفر از احکام خرید و فروش و چیزهایی

از این قبیل بزرگ‌تر و شدیدتر است، زیرا بر کفر جدایی از زن و کشته شدن و گرفته شدن مال مترتب می‌شود. بنابراین، اگر بزرگ‌تر ساقط شود، کوچک‌تر هم ساقط می‌شود.

۲- در حدیث آمده که حکم از مکره برداشته‌شده و او مؤاخذه ندارد، چه پیامبر ج می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسِيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»، «خداوند متعال گناه (کارهای انجام‌گرفته از روی) خطا و نسیان و (انجام‌شده در اثر) اکراه را از امت من برداشته است» و نیز، از ایشان روایت‌شده که می‌فرمایند: «لَا طَلَّاقَ فِي إِغْلَاقٍ»، «در حالتِ إِغْلَاق، طلاق واقع نمی‌شود». و «إِغْلَاق» به اکراه تفسیر شده است. نیز از حضرت علی بن ابی‌طالب روایت است که فرمود: طلاقِ مکره واقع نمی‌شود. نمونه‌ی این سخن از بسیاری از صحابه نیز روایت‌شده است.

۳- قصدِ موقوفِ تصرف، شرطِ جوازِ تصرف است و به همین دلیل هم، تصرفِ بچه و مجنون صحیح نیست. این شرط با اکراه از بین می‌رود، زیرا مکره در تصرف خود قصدِ موضوعِ له تصرف را ندارد، بلکه قصدِ وی فقط دفعِ ضررِ شمشیر و غیره از خود است.

۴- مکره برای دفعِ آزار و اذیت از خود لفظ را بر زبان می‌آورد و قصدِ معنای آن را نداشته، حکم آن را اراده نمی‌کند؛ پس باید که اثری بر قولِ وی مترتب نشود، بلکه کلامش کلامی لغو و به‌منزله‌ی کلامِ شخصِ دیوانه و خوابیده و کسانی باشد که قصدی در ادای لفظ خود ندارند.

احناف در پاسخ این دلایل می‌گویند که: اکراه در اعتقادات عمل نمی‌کند و به همین دلیل است که اگر مکره لفظ کفرآمیز بر زبان آورد، مورد عفو قرار می‌گیرد. در مورد حدیث «عُفِيَ عَنِ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسِيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» هم باید گفت که مراد از آن اکراه بر کفر است، زیرا مردم آن هنگام تازه به دین اسلام گرویده بودند و اکراه بر

کفر در آن زمان شایع بود و حتی اگر مراد از اکراه در اینجا اکراه بر غیر کفر هم باشد، ما قبول نداریم که تصرف قولی، مُتَّکَرَّهٌ علیه (امر مورد اکراه) باشد، زیرا اکراه چنانکه در اعتقادات تأثیر نمی‌گذارد، در اقوال هم تأثیر نمی‌گذارد، زیرا کسی نمی‌تواند از زبان فردی دیگر برای تکلم استفاده کند، پس متکلم در آنچه که بر زبان می‌آورد، مختار است و بنابراین، وی مکرَّهٌ علیه حقیقی نیست و در نتیجه، حدیث شامل او نمی‌شود.

این نیز که می‌گویند: قصد موضوع تصرف شرط جواز است، برایشان قابل اثبات نیست، زیرا مگر نه این که طلاق شوخی کننده واقع می‌شود، حال آن که او قصد موضوع له تصرف خود - یعنی طلاق - را هم ندارد. نیز، حتی اگر این امر شرط جواز تصرف هم باشد، این شرط در حالت اکراه وجود دارد، زیرا مکره قصد دفع هلاک از نفس خود را دارد و هلاک هم فقط با قصد موضوع له تصرف دفع می‌شود؛ پس مکره ضرورتاً قصد آن را دارد. روایات وارده در مورد عدم وقوع طلاق مکره نیز، با نصوص دیگری که بر وقوع طلاق مکره دلالت دارند، در تعارض هستند. پس قبول روایات آنان اولی از قبول روایات ما نیست.

قول راجح

از دید ما، قول جمهور راجح است که می‌گویند: تصرفات قولی مکره واقع نمی‌شود، خواه مانند طلاق و نکاح قابل فسخ نباشد و خواه مانند بیع و اجاره قابل فسخ باشد و بنابراین، تصرفات (قولی) مکره باطل است.

آنچه احناف ذکر کرده‌اند، دلیلی برای قول آن‌ها نمی‌شود و همه‌ی آنچه ذکر کرده‌اند قابل رد و مناقشه است، از جمله کافی است که بگوییم: استدلال احناف به وقوع طلاق و نکاح فردی که شوخی می‌کند، مفید نیست، زیرا بین شوخی کننده و مکره فرق وجود دارد، چه شوخی کننده سبب را از سر اختیار و با علم به معنای آن و آثار مترتب بر آن انجام می‌دهد، اما مکره به اکراه و به قصد دفع آزار و اذیت از خود آن را انجام می‌دهد و

به منزله‌ی کسی است که قولِ فردِ دیگری را نقل می‌کند. پس باید گفت: این کجا و آن کجا؟ و این‌که: چگونه حکم این دو باهم مساوی است؟ درحالی‌که در نص وارد شده که طلاق به شوخی واقع می‌شود، اما نصی که احناف می‌گویند در مورد وقوع طلاق مکره وجود دارد، کجاست؟ نیز اعتبار تراضی (رضایت دو طرف) در بیع، به طریق اولی موجب اعتبار آن در نکاح هم هست، زیرا شأن شرمگاه بزرگ‌تر از شأن مال است و بر این اساس، چون خدای متعال اعلام کرده که اخذ مال دیگران فقط به طریق تراضی حلال است و به شیوه‌ای دیگر حرام است، بنابراین شرمگاه اولی به این است که فقط با تراضی شرعی حلال شود و به همین دلیل هم، ولی نهی شده از این‌که زن (تحت ولایت خود) را بدون کسب رضایت وی شوهر بدهد^۱. نیز، این‌که احناف می‌گویند: اکراه در اقوال عمل نمی‌کند، مردود است، چه نص قرآن بر کلمه‌ی کفری که فرد در پی اکراه بر زبان می‌آورد، اثری مترتب نکرده است و این دلیل اعتبار اکراه در اقوال است.

۲- افعال

نوع دوم از مکره علیه، افعال هستند. قبلاً در مورد نوع اول آن، یعنی اقوال، سخن به میان آمد. به صورت خلاصه می‌توان گفت که: اگر اکراه غیر ملجی باشد و مکره فعل را انجام دهد، وی به تنهایی مسئولیت کامل فعل خود را متحمل می‌شود و اثر آن کاملاً بر وی مترتب می‌شود؛ اما اگر اکراه ملجی باشد، افعال مربوط به مکره به سه دسته تقسیم می‌شوند:

اول) افعالی که شارع انجام آن‌ها را در هنگام ضرورت مباح دانسته است، مانند می‌گساری و خوردن گوشت مردار و گوشت خوک. انجام این کارها برای مکره مباح و بلکه بر وی واجب است و اگر از انجام آن امتناع نماید، گناهکار است، زیرا خدای

۱- نظریه العقد، امام ابن تیمیه، ص ۱۵۵.

متعال انجام آن را مباح کرده است و استفاده از شیء مباح برای دفع هلاک از نفس نیز واجب است، پس ترک آن جایز نیست.

دوم) افعالی که در هنگام ضرورت، انجام آن‌ها رخصت داده می‌شود و اگر فرد آن را انجام دهد، گناهی بر او نیست و اگر از انجام آن امتناع نماید و در نتیجه وادار کننده او را مورد آزار و اذیت قرار دهد، مأجور خواهد بود؛ مانند انجام افعال کفرآمیز باوجود مطمئن بودن قلب بر ایمان. ائتلاف مال غیر نیز از این نوع است، لکن ضمانت بر وادار کننده است، نه بر فاعل (مکره)، زیرا انتساب فعل ائتلاف به وادار کننده ممکن است، بدین نحو که فاعل آلت و ابزار وادار کننده قراردادده و بدین‌سان حکم در حق وی ثابت شود. این، عقیده‌ی احناف، شافعیه و دیگران است.

سوم) افعالی است که اقدام به انجام آن‌ها به‌هیچ‌وجه برای مکره حلال نیست، مانند قتل نفس، زیرا نفس دیگران هم مانند نفس خود وی معصوم و مصون است و برای انسان جایز نیست که با ضرر زدن به دیگران ضرر را از خود دفع نماید و اگر این کار را انجام دهد، گناهکار است. احناف، بنابر اصل خود در باب اکراه، معتقدند که: در این حالت، وادار کننده قصاص می‌شود، زیرا امکان انتساب قتل به وادار کننده با فرض کردن مکره به‌عنوان آلت و ابزار او وجود دارد و قصاص هم فقط بر قاتل جاری می‌شود، نه بر ابزار قتل؛ اما شافعیه و دیگران معتقدند که: فاعل قصاص می‌شود، زیرا او کاری را انجام داده که انجام آن در حالت اکراه هم برای وی جایز نیست؛ پس حکم در مورد وی ثابت می‌شود و وادار کننده نیز به این دلیل که به طریق سببیت موجب قتل شده است، کشته می‌شود.

زنا هم مانند قتل است و به اعتقاد همه‌ی علما، حکم آن در حق فاعل ثابت می‌شود، زیرا امکان انتساب فعل زنا به وادار کننده وجود ندارد، چه انسان نمی‌تواند با آلت فردی دیگر زنا بکند. احناف معتقدند که: در این حالت، به خاطر وجود شبهه، حد زنا از زانی ساقط می‌شود و شافعیه، بنابر اصل خود -یعنی این که مکره کاری را انجام داده که انجام آن در حالت اکراه هم برای وی جایز نیست- معتقدند که: حد زنا بر وی

جاری می‌شود و حکم در حق وی ثابت می‌شود و در اینجا، امکان اثبات آن در حق وادار کننده وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

در اخیر بحث خود به این نتیجه می‌رسیم که:

اهلیت به دو نوع تقسیم گردیده اهلیت وجوب و اهلیت ادا، تمام انسان‌ها دارای اهلیت وجوب است و در طول حیات ایشان این اهلیت از بین نمی‌رود لیکن اهلیت ادا در بعضی اوقات که عوارض اهلیت به انسان بوجود می‌آید اهلیت اداء برای انسان منتفی می‌گردد. انسان در تطور زندگی خویش مراحل را قبل از ولادت و بعد از آن طی می‌نماید که قبل از ولادت در حالت جنین است و بعد از ولادت مراحل انفصال الی دور تمیز، دوره تمیز الی دور بلوغ، دوره مابعد بلوغ است. عوارض اهلیت را دریافتیم که به دو نوع تقسیم گردیده بود: ۱- عوارض سماوی.

۲- عوارض مکتسبه. که هرکدام از دو نوع عوارض فوق به انواع گوناگون تقسیم گردیده بود که از نظر فقها برای هرکدام آن دیدگاه‌های وجود داشت که در ضمن این بحث خود به آن اشاره نمودیم. عوارض سماوی را دریافتیم که در آن اراده و سلطه انسان دخیل نبود و یک عرضه الهی بوده، اما در عوارض مکتسبه برخلاف عوارض سماوی عوارض اکتسابی عبارت از عوارضی است که در حصول آن کسب و اختیار بنده مؤثر بوده، با آلوده شدن به اسباب و بی غوری جهت امحای آن تحقق می‌یابد. هرگاه عوارض سماوی باشد یا عوارض اکتسابی در قسمت احکام از دیدگاه فقها فرق می‌نماید در قسمت حقوق الله عوارض سماوی ساقط می‌گردید، اما حقوق العباد که تلف کردن امور مالی انسان‌ها می‌بود ضمان به ذمت شخصی که دارای عارضه سماوی است ثابت می‌گردد زیرا که از دیدگاه فقها مال انسان معصوم است. در مورد عوارض اکتسابی در بعضی موارد حقوق الله ساقط می‌گردید و در بعضی موارد حقوق الله ساقط نمی‌گردید.

فهرست منابع :

- ١ - الزحيلي، وهبة. (١٤٠٦ هـ). أصول الفقه الإسلامي، بيروت : دارالفكر .
- ٢ - الامدي، لعلی بن محمد ، الاحكام فى اصول الاحكام ، ج ١ ، بيروت : دارالكتب العربی.
- ٣ - محمد بن محمد بن عمر ، حسامی ، پاکستان- كويته: مكتبة حبيبيه ، چاپ اول.
- ٤ - ابی البركات، عبدالله بن احمد معروف به حافظ الدين نسفى ، كشف الاسرار شرح المصنف على المنار، بيروت: دارالكتب العلمیة .
- ٥ - زيدان ، عبدالكريم ، الوجيز فى اصول الفقه ، پاکستان - پشاور: مكتبة فاروقية، چاپ اول.
- ٦ - علامة زين الدين قاسم الحنفى خلاصة الافكار شرح مختصر المنار ، بيروت : دارالكلم الطيب.
- ٧- ابی البركات عبدالله بن احمد معروف به حافظ الدين نسفى، كشف الاسرار شرح المصنف على المنار ، بيروت: دارالكتب العلمیة .
- ٨- ابن قدامه، أبو محمد عبدالله بن أحمد المقدسى . (١٤٠٥ هـ). المغنى، بيروت: دارالفكر، چاپ اول.
- ٩- ابن أميرالحاج. (١٤١٧ هـ). التقرير و التعبير فى علم الأصول، بيروت : دارالفكر .
- ١٠- ابن نجيم ، زين الدين بن ابراهيم بن محمد . (١٤٢٢ هـ). البحر الرائق شرح كنزالدقائق . ج ٣. بيروت: داراحياء التراث العربی للطباعة والنشر والتوزيع.
- ١١- ابن قيم الجوزيه، محمد بن أبى بكر أيوب الزرعى، أبو عبدالله. (١٣٩٣ هـ). إعلام الموقعين، تحقيق از: طه عبدالرؤوف سعد، لبنان - بيروت: دار الجيل.
- ١٢-الكاسانى، أبى بكر بن مسعود الحنفى. (١٤٠٢ هـ). بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، بيروت: دارالكتاب العربى، چاپ دوم.
- ١٣- الحصكفى، علاء الدين محمد بن على. (١٣٨٦ هـ ق). الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت : دارالفكر.
- ١٤- ابن عابدين، محمد امين، ردالمحتار، الرياض : دار عالم الكتب للطباعة و النشر والتوزيع .
- ١٥- القرافى، شهاب الدين ، احمد بن ادريس . (١٩٩٤ م). الذخيرة ، ج ٤ ، بيروت: دارالغرب.
- ١٦- الماوردى ، ابى الحسن على بن محمد بن حبيب . (١٤١٤ هـ). الحاوى الكبير فى فقه مذهب الامام الشافعى ، ج ٩، بيروت: دارالكتب العلمیة.

اصول حاکم بر قراردادهای اداری در افغانستان

محمد ادریس برمک

چکیده

قرارداد اداری درواقع توافق کتبی است که به اساس حکم قانون میان اداره دولتی و افراد خصوصی در خصوص یک امر عمومی یا ارائه خدمت عمومی یا بهره‌برداری از منابع طبیعی یا ثروت ملی منعقد می‌گردد. با در نظر داشت همین مسئله، در قراردادهای اداری، اداره دولتی با استناد به قدرت عمومی و در مقام نمایندگی از منافع عمومی می‌تواند از لازم الاجراء بودن قراردادهای اداری سرباز زده و به‌صورت یکجانبه در قرارداد تغییرات و تعدیلاتی وارد نموده و از سوی دیگر جانب اداره در انتخاب طرف قرارداد خود از آزادی عمل برخوردار نبوده و تابع تشریفات مزایده و مناقصه بوده و آثار قراردادهای اداری هم تنها محدود به طرفین قرارداد نبوده، بلکه آثار ناشی از آن به اشخاص خارج از قرارداد نیز سرایت می‌کند. درعین حال سلسله اصول دیگری که در

صدبدیان باید‌ها و نباید‌ها در خصوص چگونگی انعقاد این نوع قراردادهای حاکم بوده و بیانگر این مسئله هستند اند که تمامی قراردادهای اداری باید به شکل رقابتی به افراد واگذار شده و اصل شفافیت در انعقاد قرارداد نیز مدنظر قرار گرفته شده و باید تمامی اطلاعات مربوط به انعقاد قرارداد در اختیار عموم شهروندان قرار داده شده و در مورد انعقاد قرارداد صراحتاً حکم قانون وجود داشته و مقامات مربوطه در همه احوال از چگونگی انعقاد قرارداد هم به لحاظ حقوقی، سیاسی، اداری و فنی پاسخگو باشند. علاوه بر این یک سلسله اصول خاص دیگری نیز از قبیل رعایت همسویی موضوع قرارداد با قدرت عمومی، اصل همکاری در اجرای قرارداد و نگاه داشتن توازن مالی در قرارداد از جانب اداره امر حتمی و لازمی پنداشته می‌شود.

واژگان کلیدی؛ قرارداد اداری، لازم الاجراء بودن، آزادی قراردادی، نسبی بودن، حاکمیت قانون، پاسخگویی.

مقدمه

اعمال حقوقی از گذشته‌های دور، از جمله موارد مهم و اساسی در زمینه تنظیم و انسجام روابط اجتماعی انسان‌ها بوده است. اعمال حقوقی به نوبه خود شامل اعمال حقوقی یک‌جانبه و دوجانبه می‌گردد، اگرچه اعمال حقوقی چندجانبه را نیز نمی‌توان نادیده گرفت. اما از این میان؛ آنچه در تنظیم روابط اجتماعی انسان‌ها خیلی‌ها پر رنگ و بااهمیت جلوه می‌کند، همانا اعمال حقوقی دوجانبه «قراردادها» است.

در گذشته تصور و حقیقت بر این بود که اعمال حقوقی دوجانبه «قراردادها» فقط میان انسان‌ها «اشخاص حقیقی» آن‌هم در قلمرو حقوق خصوصی قابل انعقاد بوده و به اساس قواعد حقوق خصوصی امور مربوط به قراردادهای تنظیم و تنسيق شده و اصولاً قرارداد در حوزه حقوق عمومی شناسایی نگردیده و میان اشخاص حکمی قابل انعقاد نبوده است. اما با شکل‌گیری دولت‌های مدرن، آهسته‌آهسته دولت نیز به عنوان شخص حکمی حقوق عمومی، در جهت برآورده ساختن نیازهای مربوط به امور عمومی،

روابط قراردادی‌اش را با اشخاص خصوصی گسترش داد که این روابط بعدها به « قرارداد اداری » معروف گردید. ولی آنچه در بحث قرارداد میان دولت و اشخاص خصوصی پراهمیت جلوه می‌کند و نکته آغاز مشکل است؛ این است که دولت‌ها، به‌عنوان نهاد نهادها در مقام نمایندگی از مردم در جهت تأمین منافع عمومی و ارائه خدمات عمومی حاضر به تن دادن به کلیت قواعد حقوق خصوصی در روابط قراردادی‌اش با اشخاص خصوصی نبود.

بررسی مسئله اصول حاکم بر قراردادهای اداری از آن جهت ضروری پنداشته می‌شود که؛ سازمان‌های اداری برای رفع نیازهای خود و ارائه خدمات عمومی قراردادهای را با اشخاص حقیقی و حکمی منعقد می‌نمایند که از احکام و مقررات خاصی پیروی می‌کنند که این احکام، قواعد و مقررات از قواعد حقوق خصوصی متمایز می‌باشند. قراردادهای اداری در ذات خود دارای ماهیت ویژه و دوگانه‌ای بوده، طوری که در این نوع قراردادهای بر علاوه رعایت اصول و قواعد کلی قراردادهای، جزء نظام حقوق عمومی بوده و از قواعد حقوق عمومی پیروی می‌نمایند.

هنگامی که مورد بحث یک طرف قرار گرفته خدماتی هستند آن‌ها اصول حاکم برگزیده و با اهمیت جلوه می‌کند. در مقاله حاضر تلاش صورت می‌گیرد تا اصول حاکم بر قراردادهای اداری با تأکید بر نظام حقوقی افغانستان به بررسی گرفته شود.

مهم‌ترین اصول حاکم بر قراردادهای اداری شامل؛ اصول کلی حاکم بر قراردادهای اداری، اصول عام حاکم بر قراردادهای اداری و اصول خاص حاکم بر قراردادهای اداری است که در ذیل یکی بعد دیگر

۱-۱- اصول کلی حاکم بر قراردادهای اداری اصول

برای فهم بهتر این مسئله که در واقع چه اصولی بر قراردادهای حاکم است و آیا این اصول بر قراردادهای اداری نیز قابل تطبیق است یا خیر، علمای حقوق به‌طور عام و

علمای حقوق اداری به خاص بحث‌های مفصلی را انجام داده‌اند، در ذیل اصول کلی حاکم بر قراردادهای که شامل؛ اصل لزوم قراردادهای، اصل آزادی در قراردادهای و اصل نسبی بودن قراردادهای می‌شود، بررسی شده و سپس این اصول با قراردادهای اداری تطبیق داده می‌شود

۱-۱- اصل لزوم قرارداد

معنا و مفهوم اصل لزوم در اصطلاح حقوقی آن است که، هرگاه قراردادی با در نظر داشت تمامی شرایط آن به شکل درست منعقدشده باشد؛ اصل بر آن است که بین طرفین لازم الاتباع است و باید به تعهداتی که ضمن آن نموده‌اند، وفادار باشند. بنابراین هر عقد و قراردادی که به جایز بودن آن تصریح نشده باشد، لازم است و هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند آن را برهم زنند، مگر در موارد مشخص و معین. به عبارت دیگر؛ اصل لازم الاجراء بودن در قراردادهای به این معنی است که؛ قرارداد بعد از انعقاد آن با در نظر داشت تمامی شرایط و ارکان، بالای طرفین قرارداد قابل اجراء بوده هیچ‌یک از طرفین، مگر در صورت توافق دو طرف یا حالات مصرحه قانونی نمی‌توانند آن را بر هم بزنند و طرفین یا طرف‌های قرارداد مکلف به اجرای آن و مکلف به انجام تعهدات ناشی از آن است.^۱

این اصل یکی از اصول مسلم حقوق مدنی بوده و عقدی که بر اساس قانون منعقد شود و شرایط اساسی صحت معامله در آن رعایت شده باشد، این عقد به مثابه قانون طرفین در موضوع موردنظر بوده و هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند آن را برهم زده و آثار الزامی آن را از بین ببرند.^۲

۱.،،، ص ۹۴.

۲. منوچهر، طباطبایی مومنی، حقوق اداری. تهران: نشر سمت، چ ۲۰، سال ۱۳۹۵، ص ۳۴۳.

این اصل در نظام حقوقی افغانستان به رسمیت شناخته شده و در مورد مقرر داشته است « عقد بعد از انفاذ لازم پنداشته شده، رجوع از عقد و تعدیل آن بدون رضایت طرفین یا حکم قانون، جواز ندارد.»^۱

این اصل در قراردادهای اداری به شکل مطلق نه، بلکه به صورت نسبی در نظر گرفته می شود. به گونه که در قراردادهای خصوصی، ایجاد تغییر در قرارداد بعد از انعقاد آن به صورت یکجانبه امکان ندارد، اما در قراردادهای اداری، اداره با استفاده از امتیاز قدرت عمومی می تواند با استناد به مصالح و مقتضیات عمومی در مقام نمایندگی از مصالح و مقتضیات عمومی، به صورت یکجانبه در قرارداد اداری تغییر وارد نماید.^۲

این اصل؛ یعنی صلاحیت اداره در تغییر یکجانبه قرارداد اداری، در اصطلاح بنام « عمل حاکم » یاد شده که مفهوم زور را نمی رساند، بلکه دارای حدودی بوده و در همه حال قراردادی در صورت متضرر شدن حق مطالبه جبران خسارت را دارد. البته باید یادآور شد که تغییر یکجانبه تنها ناشی از عمل حاکم نبوده بلکه در صورت برهم خوردن توازن مالی قرارداد، قرارداد اداری قابل تغییر و تجدیدنظر است که این اصطلاح اصولاً بنام امور غیرقابل پیش بینی یاد می گردد.^۳ ق. اجراءات اداری افغانستان در این مورد مقرر می دارد؛ تعدیل قرارداد اداری صرف در صورتی اعتبار دارد که طرفین به آن رضایت یا حکم صریح قانون وجود داشته باشد و هرگاه قراردادی، متحمل خساره جدی گردد یا در صورت بروز فورس ماژور، مکلفیت اجرای قرارداد اداری، حسب

۱. وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون مدنی، ج اول. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۳۵۳، سال ۱۳۵۵، فقره ۱ ماده ۶۹۶.

۲. گل رحمن قاضی، حقوق اداری، پیشین، ص ۹۴.

۳. منوچهر طباطبائی، حقوق اداری، پیشین، ص ۳۴۴.

شرایط، به‌طور عادلانه و با در نظر داشت منافع طرفین، تعدیل گردیده می‌تواند.^۱ همچنان در قرارداد اداری یکی از طرفین به دلیل موجودیت فریب یا خطا در قرارداد اداری مخالفت نماید، به قرارداد خاتمه داده می‌شود.^۲ در ضمن، هرگاه یکی از طرفین در انعقاد قرارداد اداری دچار خطا و یا فریب شده باشد، طرف دیگر می‌تواند، طبق احکام حقوق خصوصی، عدم موافقت خود را علیه قرارداد اداری ابراز نماید.^۳

۲-۱- اصل آزادی قراردادی

در حقوق خصوصی اصل بر آزادی عقد و معاملات بوده که این اصل ناشی از آزادی یعنی حاکمیت اراده فردی است که پایه و اساس نظام حقوقی کشورهای آزاد جهان محسوب می‌شود. اصل آزادی قراردادی اصلی پذیرفته‌شده به این مضمون است که افراد در انعقاد قراردادهای دو یا چندجانبه آزاد هستند و کسی نمی‌تواند در این باره هیچ‌گونه محدودیتی را بر اراده انسان برای معین کردن شروط و حدود تحمیل کند.^۴ آزادی اراده ناشی حاکمیت اراده منبع بنیادی نظام قراردادهای مدنی را تشکیل می‌دهد.^۵ مفهوم آزادی در انعقاد قراردادها این است که؛ هر شخص به‌شرط داشتن اهلیت می‌تواند طرف قرارداد خود را به اراده خود انتخاب نموده و در مورد هر موضوعی که خواسته باشد، قرارداد منعقد نماید و تنها محدودیتی که بر این اصل وارد است، این

^۱. وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون اجراءات اداری. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۱۲۹۸، حمل ۱۳۹۷، ماده ۶۷.

^۲. همان، بند ۵ ماده ۶۸.

^۳. همان، ماده ۶۹.

^۴. مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: انتشارات محراب فکر، چاپ اول، ج ۱،

سال ۱۳۸۴، ص ۱۸.

^۵. آیت‌الله،، ص ۳۰۶.

است که قرارداد مخالف قوانین و مقررات نبوده، نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه را نقض ننماید.^۱

اصل آزادی در انعقاد قراردادها، دو نتیجه مهم را به وجود می‌آورد؛ اول اینکه اشخاص می‌توانند تحت هر نامی که خواسته باشند، عقد را منعقد نمایند و نتایج و آثار آن را به دلخواه خود تعیین نمایند. نتیجه دوم بر اصل آزادی قراردادها این است که قراردادها تابع تشریفات خاصی نبوده و طرفین قرارداد مکلف به بیان الفاظ مخصوص در حین انعقاد قرارداد نمی‌باشند.^۲

اما در حقوق اداری متصدیان امور در مقام انعقاد قراردادهای اداری از چنین آزادی برخوردار نبوده اولاً در انتخاب طرف قرارداد و موضوع قرارداد نداشته و ثانیاً قرار اداری معمولاً تابع تشریفات خاصی تحت نام مزایده و مناقصه هستند.^۳

۳-۱- اصل نسبی بودن قرارداد

اصل نسبی بودن قراردادها به این معنی است که، قرارداد و آثار ناشی از آن صرفاً منحصر به طرفین یا طرفهای قرارداد منحصر شده و به اشخاص ثالث و اشخاص خارج از قرارداد تسری پیدا نمی‌کند.^۴

اصل نسبی بودن قرارداد از اصول اولیه در قراردادهای خصوصی است که در قراردادهای اداری تعدیل می‌شود و این موضوع ناشی از این امتیازهاست. مثلاً در قراردادهای اداری موادی وجود دارد که قراردادی خصوصی موظف است کارگران خود را بیمه یا حقوق آنان را پرداخت کند یا حتی به کارفرما اجازه می‌دهد

^۱. منوچهر طباطبائی، حقوق اداری، پیشین، ص ۳۴۰.

^۲. محمد، شمعی، حقوق قراردادهای اداری. تهران: انتشارات جنگل، چ دوم، سال ۱۳۹۵، صص ۱۷۵-۱۷۶.

^۳. گل رحمن قاضی، حقوق اداری. پیشین، ص ۹۳.

^۴. محمد شمعی، حقوق قراردادهای اداری. پیشین، ص ۱۸۴.

در صورتی که قراردادی خصوصی حقوق کارگزارانش را ندهد، کارفرما بتواند از صورت وضعیت قراردادی مبالغی را کسر نموده و به کارگران بدهد؛ این تعهد به نفع ثالث است که با اصل نسبی بودن در قراردادهای خصوصی متفاوت است. این موارد ویژگی‌های خاصی است که در قراردادهای اداری حاکم است. بناً هر قراردادی با انعقاد، وضعیت حقوقی جدیدی را ایجاد می‌کند. اصل نسبی بودند قرارداد بدان معناست که قرار صرفاً در مورد طرفین آن مؤثر است. یعنی کسانی که اراده آن‌ها یا نمایندگان آن‌ها عقد را به وجود آورده است؛ یا اینکه عقد، به موجب حکم قانون، برای آن شخص محسوب می‌شود. با توجه به اصل مذکور عقد نمی‌تواند آثاری برای اشخاص ثالث داشته باشد چه اینکه به نفع آن‌ها تعهداتی را ایجاد کند و یا اینکه علیه آن‌ها تعهداتی را به وجود آورد. البته ذکر این نکته نیز ضروری به نظر می‌رسد که قائم مقام طرفین از نظر آثار عقد جزء طرفین محسوب می‌شوند. علت این امر این است که؛ قائم مقام در حقیقت ادامه‌دهنده شخصیت حقوقی طرف قرارداد نسبت به آثار مالی قرارداد و حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد است.^۱ نظام حقوقی افغانستان در این مورد مقرر می‌دارد « اصل در عقد، رضای متعاقدين و نتیجه آنچه که به واسطه عقد بالای خود لازم ساخته‌اند، است. »^۲

اما در مورد قراردادهای اداری مصلحت اجتماعی و منافع عمومی ایجاب می‌نماید که قراردادی که به وسیله دیگری یعنی اداره منعقد شده است، نسبت به اشخاص ثالثی که در عقد قرارداد شامل نبوده اما در قرارداد ذینفع بوده و یا بر آن‌ها مؤثر باشد تسری پیدا کند.^۳

^۱. مهدی شهیدی، آثار قراردادهای تعهدات. تهران: نشر مجد، چاپ دوم، ج ۳، سال ۱۳۸۳. ص ۲۹۴.

^۲. قانون مدنی افغانستان، پیشین، ماده ۷۰۵.

^۳. محمد شمعی، حقوق قراردادهای اداری. پیشین، ص ۱۸۵.

دلایل استثنائات وارده بر اصل نسبی بودن قراردادهای در قراردادهای اداری، ناشی از دوساله است؛ یکی منافع عمومی و خدمت عمومی و دیگری غیرقابل واگذار بودن ویژگی حاکمیتی و اقتداری اداره.^۱

استثنائات وارده بر اصل نسبی بودن قراردادهای اداری با در نظر داشت نظام حقوقی افغانستان مشمول موارد چون تفویض بعضی از امتیازات و حقوق ناشی از قدرت عمومی و یا اجرای یک امر عمومی از طرف دولت به طرف قراردادی خصوصی برای تامین امر عمومی است که؛ اولاً ممکن است به سبب انعقاد قرارداد اداری تکلیفی برای اشخاص ثالث ایجاد گردد. مثلاً موضوع استملاک زمین شخص دیگر، که این حق برای اداره ناشی می شود از اصل حاکمیت دولت در اداره امور عمومی، چنانچه در این مورد قوانین افغانستان مقرر می دارد « استملاک ملکیت شخص، تنها به مقصد تامین منافع عامه، در بل تعویض قبلی و عادلانه، به موجب قانون مجاز است...»^۲ ثانیاً ممکن است تعهداتی بر عهده قراردادی از جانب اداره به نفع کارگران، مشتریان و یا سایر اشخاص ثالث در چهارچوب قرارداد گذاشته شود. مانند رعایت قانون کار، قانون بیمه و غیره...^۳

۲- اصول عام حاکم بر قراردادهای اداری

اصول عام حاکم بر قراردادهای اداری درواقع هنجارهای هستند که، درصدد تجویز بایدها و نبایدهای برای اداره درجهت انعقاد قراردادهای اداری هستند. اصولی که ناظر بر رفتار بایسته‌ای و شایسته‌ای اداره فرض می گردند. قانون اجراءات اداری افغانستان اصول عام حاکم بر قراردادهای اداری را شامل؛ عدالت و انصاف در جریان مذاکرات،

^۱. آیت الله مولایی، قراردادهای اداری، پیشین. صص ۳۲۹-۳۳۰.

^۲. وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون اساسی. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۸۱۸، سال ۱۳۸۲، ماده ۴۱.

^۳. میر عبدالحسیب، هاشمی، حقوق قراردادهای اداری افغانستان، کابل: انتشارات مستقبل، بیتا، ص ۹۴.

عدم ادغام بین دو یا چند موضوع در قرارداد اداری که از لحاظ ماهیت باهم غیر مرتبطاند و انتقال ناپذیر بودن قرارداد اداری به شکل کلی به اشخاص ثالث قراردادی می‌داند.^۱ اما در کل اصول عام حاکم بر قراردادهای اداری شامل اصل رقابت، اصل شفافیت، اصل حاکمیت قانون و اصل پاسخگویی می‌گردد. این اصول به‌قرار ذیل به بحث گرفته می‌شود.

۱-۲- اصل رقابت

در عموم قراردادهای اداری، اصل رقابت در انعقاد قرارداد، اصالت جهان‌شمولی در دولت‌های مدرن پنداشته می‌شود.^۲ رقابت در اقتصاد به معنی سبقت و هم‌چشمی آمده و حالتی را گویند که در بازار، شمار نامحدودی تاجران نتوانند کالا به‌اندازه‌ای عرضه یا تقاضا کنند که در قیمت بازار مؤثر واقع شود. این حالت، عموماً به حالت رقابت محض یا خالص (Competition pure) یاد می‌شود و دارای مشخصات چون؛ «شمار فروشندگان بسیار است؛ کالا و خدمات مشابه یکدیگر فروخته می‌شود و فروشندگان اضافی، برای ورود به بازار، آزاد هستند.»^۳ باشد.

در نظام حقوقی افغانستان، از رقابت چنین تعریف به‌عمل آمده است «رقابت حالتی است که در بازار، عده از تولید کنندگان، خریداران و فروشندگان مستقل، برای تولید، خرید یا فروش اموال و یا خدمات مشابه طور فعالیت می‌نمایند که هیچ‌یک از آنها به‌طور جداگانه قدرت تعیین مقدار و قیمت را در بازار نداشته باشند.»^۴ و این قانون مهم‌ترین سند تقنینی است که در عرصه رقابت در افغانستان وجود دارد.

^۱ . قانون اجراءات اداری، پیشین، ماده ۶۳.

^۲ . آیت‌الله مولایی، قراردادهای اداری. پیشین، ص ۳۷۴.

^۳ . منوچهر فرهنگ، فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی، تهران، نشر البرز، ۱۳۷۱، جلد اول، ص ۳۷۱.

^۴ . وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون حمایت از رقابت. کابل: مطبعه دولتی شماره مسلسل ۱۰۱۰. فقره ۸ ماده ۳.

رقابت یکی از اصول حاکم بر انعقاد قراردادهای، در انتخاب طرف قرارداد از جانب اداره بوده و درواقع محدودیتی است بر اراده اداره در انتخاب طرف قرارداد.

۲-۲- اصل شفافیت

شفافیت در مقابل پنهان و پنهان‌کاری به کار می‌رود و به مفهوم شریک ساختن آزادانه و آسان اطلاعات توسط رسانه‌ها با مردم و شهروندان است. شفافیت اصلی است که بر اساس آن افراد بتوانند از تصمیمات اداری، خدمات عامه و معاملات تجارتي که زندگی آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد، مطلع گردند. بر اساس این اصل، نه تنها شیوه های تصمیم‌گیری و طرزالعمل‌های اجرایی اداره، بلکه رفتار و عملکرد اداری کارمندان و مدیران اداره عامه قابل رؤیت، قابل پیش‌بینی و قابل‌درک باشد. شفافیت نه تنها یک اصل ضروری در ادارات عامه و دولتی است، بلکه بخش‌های خصوصی را نیز شامل می‌شود. در سایه‌ی شفافیت، تمامی شهروندان، حتی آنانی که از تصامیم و عملکردهای مؤسسات خصوصی و عمومی متأثر هم نمی‌گردند، باید بتوانند به اسناد و اطلاعات در بخش‌های مختلف دسترسی پیدا نموده، از انطباق آن با قوانین و مقررات حاکم مطمئن گردند. البته محدوده و چارچوب دسترسی به اطلاعات و اسناد دولتی توسط شهروندان، در چوکات قوانین، معمولاً قانون دسترسی به اطلاعات تنظیم و تعیین می‌گردد.^۱

یک عمل در دو حالت وصف شفافیت را به خود می‌تواند کسب کند. اول اینکه شفافیت در اطلاعات وجود داشته باشد، یعنی در قراردادهای اداری باید تمامی مسایل مرتبط، چهارچوب حقوقی و حقوق و تکالیف طرفین قرارداد به شکل واضح و آشکار

^۱. آیت‌الله مولایی، قراردادهای اداری. پیشین، ص ۳۹۴.

و بدون پنهان‌کاری، ابهام و اجمال، به‌گونه‌ای که قابل فهم و درک بوده و مصادره به مطلوب را به حداقل ممکن کاهش بدهد، در اختیار رقابت کننده‌گان قرار گیرد.^۱

دوم اینکه؛ شفافیت در فرآیند باید وجود داشته باشد. درواقع سازوکار و شیوه اجرائی و نظارتی در پروسه واگذاری قرارداد به متقاضیان قرارداد است. ازجمله مهم‌ترین موضوعات شفافیت فرآیندی، ترجیح یا عدم ترجیح یک‌طرف یا بخش‌هایی از طرفین قرارداد به نسبت سایرین، اینکه آیا مناقصه گران حق اشتراک در جلسه مناقصه رادارند یا خیر؟ میزان اختیارات نهادهای اجرائی و نظارتی به چه میزان باشد؟ ضمانت اجرای فرآیندهای نظارتی معین است یا خیر؟ چهارچوب حقوق و تعهدات طرفین قرارداد معین و شفاف است یا خیر؟ ... این‌ها مهم‌ترین موضوعاتی هستند که درواقع شفافیت در فرآیند واگذاری قرارداد اداری را تضمین می‌نماید.^۲

مهم‌ترین بسترهای حقوقی شفافیت در مورد قراردادهای اداری شامل؛ اصل حاکمت قانون و آزادی اطلاعات می‌گردد. به‌گونه‌ای بر انعقاد تمامی انواع قراردادهای اداری، قانون حاکم بوده و اطلاعات مربوط به قراردادها تا آنجائی که قانون اجازه می‌دهد در اختیار عموم مردم قرار داده شود.

چنانچه قانون‌گذار افغانی در مورد آزادی اطلاعات مقرر می‌دارد « اداره مکلف است، به‌منظور ارائه معلومات موثق در مورد مراحل تدارکات و دسترسی داوطلبان و عامه مردم به آن، اجراءاتی چون؛ « نشر اعلان تدارکات از طریق رسانه‌های همگانی و سایر روش‌های اطلاع‌رسانی که در طرزالعمل تدارکات پیش‌بینی شده است، نشر شرط‌نامه، دعوت‌نامه، درخواست و رهنمودهای لازم جهت آماده ساختن آفرها در وب سایت اداره و سایر وب سایت‌های که اداره تدارکات ملی تجویز می‌نماید، نشر

^۱. همان، ص ۳۹۵.

^۲. همان، ص ۳۹۶.

لست قراردادهای منعقدۀ طبق طرزالعمل تدارکات در ویب سایت اداره و سایر ویب سایت‌هایی که اداره تدارکات ملی تجویز می‌نماید.^۱

۳-۲- اصل حاکمیت قانون

در مفهوم عام حاکمیت قانون به این مفهوم است که؛ هیچ شخصی با تکیه به منصب، ثروت و قدرت از بار مسئولیت‌های قانونی شانه خالی نموده و از اجرای آن امتناع ورزد. اما در مورد قراردادهای اداری باید گفت که؛ هیچ قرارداد اداری منعقدشده نمی‌تواند مکر اینکه در مورد اجازه قانون وجود داشته باشد.^۲

۴-۲- اصل پاسخگویی

پاسخ‌گویی به معنی جواب دادن و پاسخ گفتن است و در قراردادهای اداری پاسخگویی به این معنی است که مقامات ذیصلاح در انعقاد قراردادهای اداری از لحاظ حقوقی، سیاسی، اداری و فنی - حرفه‌ای مسئولیت دارند و از اعمال خود پاسخگو می‌باشند.^۳

۳-۳- اصول خاص حاکم بر قراردادهای اداری

اصول خاص حاکم بر قراردادهای اداری، شامل اصل همسویی قدرت عمومی و قراردادهای اداری، اصل همکاری در اجرای قرارداد و اصل توان مالی قرارداد می‌گردد. که در ذیل به بیان گرفته می‌شود.

۱-۳- اصل همسویی قدرت عمومی و قرارداد اداری

^۱ . وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون تدارکات. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۱۲۲۳، سال ۱۳۹۵. ماده ۴۲.

^۲ . آیت‌الله مولایی، قراردادهای اداری، پیشین، صص ۴۲۹-۴۳۲.

^۳ . همان، ص ۴۵۳.

چون تمامی قراردادهای اداری در جهت تامین اهداف عمومی و نه اهداف خصوصی منعقد می‌گردند. بنأ بسیاری از قراردادهای اداری آنچنان باهدف خدمات عمومی آمیخته است که حقیقتاً نمی‌توان چنین قراردادهایی را در ردیف قراردادهای خصوصی قرارداد. با در نظر گرفتن همین مسئله، اصل برتری منافع عمومی بر منافع خصوصی، اساساً معنی تقدم منافع جمع بر منفعت‌های فردی را در چارچوب دولت قراردادی متبادر به ذهن می‌سازد که در اثر آن قدرت عمومی یا اقتدار عمومی پشتوانه طرف اداری قرارداد اداری گرفته و مسیر قرارداد را در راستای منافع عمومی و خدمات عمومی قرار می‌دهد.^۱

یعنی هر گاهی اداره امور عمومی دیگر ادامه قرارداد اداری را در راستای تامین منافع عمومی تشخیص ندهد، می‌تواند به آن قرارداد پایان دهد.

۲-۳- قراردادهای بخش اداری و اصل حاکمیت قانون

چنانچه در بحث‌های قبلی به بیان گرفته شد؛ مهم‌ترین پیامد قرارداد درواقع همان اراده‌های آزاد طرفین بوده و از سوی دیگر اصل حاکمیت قانون مقتضی عمل در چارچوب قانون و بایدها و نبایدها آن است. نمود حقوقی و قانونی چنین هنجارهایی در واژه «صلاحیت» متبلور می‌گردد. گفته می‌شود در یک رژیم مبتنی بر اصل حاکمیت قانون، عموم اعمال قراردادی با رعایت اصل صلاحیت صورت می‌گیرد. اعمال و تصمیمات قراردادی نهاد بخش عمومی ممکن است از جهات گوناگونی چون تجاوز از صلاحیت، مشروعیت جهت معامله یا اصل سوءاستفاده از قدرت و رعایت تشریفات در تعارض با اصل حاکمیت قانون قرار گیرد.^۲

^۱. همان، ص ۴۹۲.

^۲. همان، ص ۴۳۳.

۳-۳- اصل همکاری در اجرای قرارداد

اصل همکاری در اجرای قرارداد به این معنی است که؛ قراردادی و اداره در اجرای قرارداد به مثابه همکار همدیگر بوده و اداره مکلف است قراردادی را در موارد لازم که قراردادی در اجرای قرارداد دچار ضعف و یا ناتوانی گردد، در اجرای قرارداد همکاری نماید. این مسئله ناشی می شود از اصل تداوم و استمرار ارائه خدمات عمومی با در نظر داشت دومی مؤلفه ای؛ اصل برتری منافع عمومی و اصل دوام امر عمومی.^۱

۳-۴- اصل توازن مالی قرارداد

از جمله اصول خاص دیگری که بر قراردادهای اداری حاکم است و جانب اداره مکلف به رعایت آن است، نگاه داشتن تعادل یا توازن مالی قرارداد است. به این معنی که؛ اداره میان سود و زیان قرارداد تاندازه ای که در ابتدای عقد قابل محاسبه و پیش بینی بوده باشد، حفظ نماید. در نتیجه اداره مکلف به نگاه داشتن موازنه مالی قرارداد بوده و نباید دست به عملی بزند که توازن مالی قرارداد را برهم بزند.^۲

نتیجه گیری

با توجه به آنچه در فوق بیان گردید؛ در نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای اداری در افغانستان، سه دسته از اصول بر قراردادهای اداری حاکم بوده که شامل اصول کلی، اصول عام و اصول خاص می باشند.

^۱. همان، ص ۵۱۳.

^۲. گل رحمن قاضی، حقوق اداری، پیشین، صص ۱۱۵-۱۱۶.

اصول کلی حاکم بر قراردادهای اداری درواقع تأکید بر اصولی دارند که؛ در تمامی قراردادهای، غیر از قراردادهای اداری در نظر گرفته شده و در قراردادهای اداری برعکس این اصول حاکم‌اند. یعنی اصل لزوم قراردادهای در حقوق خصوصی که به موجب آن، بعد از انعقاد قرارداد هیچ یک طرفین از ایفای الزامات ناشی از آن، به جز حالات مصرحه قانونی و یا توافق طرفین سرباز زده نمی‌توانند، در قراردادهای اداری در نظر گرفته نشده و برای جانب اداره دولتی در برخی حالات خاص با اتکاء به منافع عمومی و در مقام دفاع و حمایت از منافع عمومی و استمرار خدمات عمومی، لازم الاتباع نبوده و همچنان اصل آزادی قراردادهای، موضوع موردبحث حقوق خصوصی در قراردادهای اداری از جانب اداره دولتی محدود بوده و اداره با آزادی تمام نمی‌تواند طرف قرارداد خود را انتخاب نموده بلکه محدود و مقید به قانون و تابع تشریفات خاص تحت نام مزایده و مناقصه بوده و از سوی دیگر اصل نسبی بودن قراردادهای، در قراردادهای اداری به شکل مطلق آن در نظر گرفته نشده، بلکه آثار و نتایج مربوط به قراردادهای اداری بالای افراد خارج از قرارداد نیز سرایت خواهد کرد.

حاکم بودن اصول فوق در قراردادهای اداری درواقع؛ معیار تفکیک میان قراردادهای اداری و قراردادهای بخش خصوصی را تشکیل می‌دهند. آنچه در مورد اصول فوق قابل تأمل است، این مسئله است که اداره دولتی با اتکاء به آنها بدون حکم قانون و یا به اساس الزامات عمومی، شرایطی را بر قراردادی تحمیل نموده و به این طریق سبب وارد شدن خساره بر جانب قراردادی گردد.

در پهلوی اصول کلی قبلاً ذکر شده یک سلسله اصول عام دیگر نیز بر قراردادهای اداری حاکم بوده که بیانگر هنجارها و ارزش‌های بوده که؛ اداره واگذارکننده قرارداد، در عمل به رعایت و متابعت از آنها مکلف بوده که در صورت عدم رعایت، قرارداد منتفی بوده و با اشکال حقوقی مواجه خواهد بود. در نظر گرفتن اصل رقابت، به عنوان اولین اصل عام حاکم بر این نوع قراردادهای، بیانگر این مسئله است که؛ در هنگام

واگذاری قرارداد، تمامی متقاضیان حق اشتراک در فرآیند مناقصه را داشته و یکی بر دیگر برتری نداشته و هیچ پنهان کاری در آن مطرح نباشد. یکی از اصول عام دیگر حاکم بر قراردادهای اداری، اصل شفافیت در انعقاد قراردادها بوده و به این معنی است که؛ اطلاعات مربوط به قراردادهای اداری تا جائیکه قانون اجازه می دهد، در اختیار عموم شهروندان با استفاده از شیوه های متعارف قرار داده شده و درعین حال بر تمامی قراردادهای اداری قانون حاکمیت نموده و مقام انعقاد کننده در همه احوال در نتیجه ی به کارگیری از صلاحیت خود مسئول و پاسخگو باشد.

دسته سوم؛ اصول خاص حاکم بر قراردادهای اداری بوده که به اساس این اصول، تمامی قراردادهای اداری باید در راستای تامین منافع عمومی منعقد شده و اداره دولتی در اجرای قرارداد، در صورت دچار شدن قراردادی به ضعف در اجراء، او را همکاری نموده و از وقوع سکتگی در ارائه خدمات عمومی جلوگیری نموده و درعین حال توازن مالی را در اجرای قرارداد، جانب اداره در نظر داشته و دست به اعمالی نزنند که به اساس آن توازن مالی قرارداد برهم خورده و قراردادی متحمل خسارت گردد.

نظام حقوقی افغانستان ضمن اسناد تقنینی متعددی چون؛ قانون اساسی، قانون اجراءات اداری، قانون تدارکات، قانون مشارکت عامه و خصوصی، قانون حمایت از رقابت، قانون دسترسی به اطلاعات، طرز العمل تدارکات... اصول فوقاً ذکر شده را به رسمیت شناخته و رعایت آن اصول را به عنوان الزامی بر عهده اداره و مقام صلاحیت دار انعقاد کننده و واگذارکننده قرارداد اداری گذاشته است که در صورت عدم رعایت، مقام مربوطه با در نظر داشت شدت و خفت تخطی از احکام؛ از لحاظ اداری، مدنی و جزایی مسئولیت خواهند داشت.

منابع

- انصاری و محمدعلی، مسعود و طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی. تهران: انتشارات محراب فکر، چاپ اول، ج ۱، سال ۱۳۸۴.
- دانش، سرور، حقوق اداری افغانستان. کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، چ دوم، سال ۱۳۹۴.

- ، محمدجواد ..
- شمعی، محمد، حقوق قراردادهای اداری. تهران: انتشارات جنگل، چ دوم، سال ۱۳۹۵.
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات. تهران: نشر مجد، چاپ دوم، ج ۳، سال ۱۳۸۳.
- ...
- عبدالحمید ابوالحمد، حقوق اداری ایران. تهران: نشر توس، چ نهم، سال ۱۳۸۳.
- طباطبایی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری. تهران: نشر سمت، چ ۲۰، سال ۱۳۹۵.
- فرهنگ، منوچهر، فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی، جلد اول. تهران: نشر البرز، سال ۱۳۷۱.
- ...
- ، آیت الله ..
- هاشمی، میر عبدالحسین، حقوق قراردادهای اداری افغانستان، کابل: انتشارات مستقبل، بیتا.
- وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون اساسی. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۸۱۸، ۱۳۸۲.
- وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون اجراءات اداری. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۱۲۹۸، حمل ۱۳۹۷.
- وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون تشکیل و صلاحیت محاکم قوه قضائیه. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۱۱۰۹، سال ۱۳۹۴ هـ. ش.
- وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون اصول محاکمات مدنی. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۷۲۲، سال ۱۳۶۹ هـ. ش.
- وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون تصدیهای دولت. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۷۴۳، سال ۱۳۷۰ هـ. ش.
- وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون مدنی، ج اول. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۳۵۳، کابل: مطبعه دولتی، ۱۳۵۵.
- وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون حمایت از رقابت. کابل: مطبعه دولتی شماره مسلسل ۱۰۱۰.
- وزارت عدلیه، جریده رسمی، قانون تدارکات. کابل: مطبعه دولتی، شماره مسلسل ۱۲۲۳، سال ۱۳۹۵.

نقد و بررسی قانون طی مراحل اسناد تقنینی

محمد اخلاقی

چکیده

نسخه قدیمی "قانون طی مراحل اسناد تقنینی" به دلیل اینکه فرایند، قواعد و معیارهای ماهوی و شکلی قانون سازی را در نظام حقوقی کشور تبیین و تعیین می کند، از طرف نگارنده تعبیر به "قانون اساسی دوم افغانستان" شده بود. این قانون یا نسخه جدید از ابعاد مختلف دارای نقاط قوت بوده و حداقل به دلیل اینکه نام قانون و تعاریف اصطلاحی آن منطقی تر و حقوقی تر است، روند مثبت توجه به "رعایت تکامل و ثبات نظام حقوقی افغانستان" را ادامه داده است. به نظر می رسد که توجه و توجیه معیارهای قانون گذاری در نظام حقوقی افغانستان ریشه دوانیده و تلاش می شود تا همسانی ساختار و محتوا در اسناد تقنینی به یک الزام (قاعده) حقوقی تبدیل گردد که بجا است.

هدف عمده از نگارش این نوشتار در ادامه نقد نسخه قدیم (اول) قانون طرز نشر اسناد تقنینی، علاوه برافزایش و انتقال دانش نویسندگان در خصوص قانون‌گذاری به محققین، دغدغه و دلسوزی به سرنوشت و آینده نیک نظم و نظام تقنینی و حقوقی کشور و اساساً ضرورت و نقش بی‌بدیل قانون برای جامعه است. در همین جا لازم است از محققین دلسوز انستیتوت امور قانون‌گذاری وزارت عدلیه برای این تلاش تقنینی تشکر کنم و برایشان توفیقات مزید آرزو نمایم.

واژگان کلیدی: قانون‌سازی و قوانین کارآمد، طی مراحل تقنینی، یکسان‌سازی تقنینی، تکامل و ثبات نظام حقوقی افغانستان^۱

طرح بحث

امروزه در نظام‌های حقوقی مدرن^۲، فرایند و سیستم قاعده‌سازی حقوقی یا همان قانون‌سازی^۳ اساساً علم و عمل مسلکی است که صرف توسط متخصصین و مجربین تقنین انجام می‌شود. لذا قانون‌گذاری علمی^۴ است که علاوه بر بهره‌مندی و نقدپذیری از تجارب تقنینی و حقوقی^۵ و داکترین حقوقی^۶، اصول و قواعدی را می‌طلبد که، بر مبنای آن قانون خوب و کارآمد به جامعه تحویل و بر آن تطبیق گردد. این مبانی، منابع، قواعد و اصول در تقنین از ابعاد مختلف فنی، هنری و عملی^۷ ارزیابی و سنجش شده و تلاش می‌شود تا از هر جهت کمترین نقص و خلل را در اداره نظم و نظام اجتماعی به

^۱ . Keywords; Efficient Law-making and Laws, Legislative Processing, Legislative unification, Completion and Stabilization of the Afghanistan Legal System

^۲ . Modern legal system

^۳ . law-making

^۴ . The Science of legislation

^۵ . legal and legislative experiences

^۶ . legal doctrine

^۷ . Practical, Artistic and Technical Aspects

بار آورد. تحلیل اقتصادی تقنین یا قانون‌گذاری^۱ به‌عنوان یکی از زیر بخش‌های دانش حقوق و اقتصاد است که اقتصاد نظام قانون‌گذاری^۲ و هزینه-فایده تقنین^۳ را تحلیل می‌نماید. از مهم‌ترین اصول نظری و عملی در این دانش، پیامدسنجی قوانین بر رفتار^۴ و انتخاب اشخاص در موقعیت‌های مختلف زندگی فردی و جمعی است. بنابراین تأکید می‌شود تا قوانین بر اساس اصول و قواعد علمی ساخته‌شده تا اثرات منفی آن بر زندگی و رفاه اجتماعی^۵ از یک طرف و بر نهادهای حقوقی و قضایی^۶ از طرف دیگر به حداقل ممکن برسد.^۷

این همه حساسیت و شفافیت تأکید و تکیه بر این است که قانون مهم‌ترین مبنا و منبعی است که مشتمل و متضمن حقوق و وجایب^۸ اشخاص در تعاملات فردی و جمعی بوده و این یک اصل بدیهی و شناخته‌شده در زندگی بشر امروز است. به تعبیر دیگر، قواعد حقوقی^۹ مندرج در قوانین نافذه، احکام تقنینی^{۱۰} را برای تعیین و تحدید آزادی‌ها، صلاحیت‌ها و مسئولیت‌های اشخاص بازتاب می‌دهد. از طرف دیگر، تقنین کارآمد و تطبیق مؤثر آن دو روی سکه آبادی و آزادی یا همان توسعه و تمدن تلقی می‌شود. درواقع، قانون سازی خوب و وجود قوانین مطلوب در صورتی نقش‌آفرینی سازنده در جامعه خواهند داشت که احکام تقنینی کارآمد با قاطعیت و شفافیت در

^۱ . The Law and Economics or Economic Analysis of Legislation

^۲ . The Economics of Legislative System

^۳ . Cost-benefit of codification

^۴ . Consequences of laws on behavior

^۵ . Social welfare

^۶ . Legal and judicial institutions

^۷ . اخلاقی، محمد، تحلیل اقتصادی نظام قانون‌گذاری افغانستان، جلد اول، کابل، انتشارات سعید، چاپ اول، ۱۳۹۶،

صص ۴، ۱۵ و ۲۹

^۸ . Rights and duties

^۹ . legal rules

^{۱۰} . legislative rulings

جامعه تعميل و تطبيق گردد. در غير آن اوراق سياه شده پرهزينه‌اي بيش نخواهند بود که نام و ياد قانون را در اذهان مردم بد جلوه مي‌دهد.

بدین ترتیب، موقف و مسئولیت نهاد قانون ساز^۱ و قانون‌گذار^۲ بسیار حساس و محسوس است. در نظام حقوقی افغانستان^۳ به‌طور کلی، وزارت عدلیه^۴ به‌خصوص ریاست عمومی تقنین آن^۵ و نیز شورای ملی به‌خصوص ولسی جرگه^۶ صلاحیت و مسئولیت بس خطیری را به دوش می‌کشند. موضوعی که با تنفیذ قانون، علاوه بر صرف هزینه‌های زمانی و مالی^۷ طی مراحل تقنین، آثار و پیامدهای متعدد بر زندگی و عقاید اجتماعی به بار خواهد آورد. مثلاً تنفیذ و تطبيق قوانین مطلوب منجر می‌شود تا اجتماع به شعار روحیه حاکمیت قانون^۸ در جامعه اعتماد نموده و قانون‌مداری به‌عنوان یک سبک زندگی و تعامل مقبول در بین عام و خاص ریشه بدواند. این همان موضوعی است که تحت عنوان پیامدهای قانون بر رفتار و انتخاب افراد (نظریه رفتار عقلانی)^۹ در علم حقوق مدرن امروز نهادینه شده است.

^۱. law-making institution (LAALRI)

^۲. legislature institution (National Assembly)

^۳. The Afghanistan Legal System

^۴. Ministry of Justice (MoJ) of the I.R. of Afghanistan

۵. "انستیتوت به حیث عالی‌ترین اداره علمی - تحقیقی در امور قانون‌گذاری حکومت، اسناد تقنینی (...) را طرح، تسوید و تدقیق نموده، جهت طی مراحل به شورای وزیران جمهوری اسلامی افغانستان ارایه می‌نماید." (ماده ۴ اساسنامه انستیتوت)

۶. "شورای ملی دولت جمهوری اسلامی افغانستان به حیث عالی‌ترین ارگان تقنینی مظهر اراده مردم آن است و از قاطبه ملت نمایندگی می‌کند." (ماده ۸۱ قانون اساسی)

^۷. Financial and timely costs

^۸. the rule of law

^۹. Rational Behavior نظریه

بدین ترتیب، پالیسی تقنینی کشور^۱ بیشتر با نهاد حکومت مرتبط است که عموماً طرح‌های تقنینی^۲ نیز از مجرای وزارت عدلیه تهیه و تدوین^۳ (تسوید و تدقیق) و طی مراحل می‌شود. لذا موقف و جایگاه بی‌بدیل ریاست تقنین آن وزارت حائز اهمیت خواهد بود. قانون موردبحث نیز از دست‌آورد‌های این ریاست و وزارت است که مسیر قانون‌نویسی را در افغانستان تعیین کرده است.

اهمیت و ضرورت نقد قانون ملی مراحل اسناد تقنینی^۴

می‌توان ادعا کرد که این قانون، به‌عنوان قانون اساسی دوم افغانستان باید لقب گیرد. لقبی که نویسنده به نسخه قبلی این قانون داده است.^۵ درواقع، قانون متذکره چارچوب شکلی و متنی قانون‌نویسی یا قانون‌سازی را تبیین و قواعد حقوقی آن را نیز تعیین کرده است. لذا این قانون که نحوه ساختن دیگر قوانین را ترسیم و تصویر می‌کند، مادر قوانین خواهد بود. بدین ترتیب اهمیت این قانون در ایجاد چوکات واحد ساختاری و محتوایی برای دیگر قوانین، می‌طلبد تا نهایت جامعیت و مانعیت را در فضای ایجاد نظم، تثبیت و تکمیل نظام حقوقی افغانستان^۶ نقش‌آفرینی کند.

بر این اساس، مطلوب و مقبول بود که وزارت جلیله عدلیه طبق ماده ۲۰ قانون طرز ملی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی (نسخه اول)^۷ به‌منظور غنای آن از متخصصین نهادهای علمی و تحقیقی دولتی و غیردولتی بیشتر بهره می‌برد تا بر مفیدیت و مؤثریت آن می‌افزود. اما در قضاوت واقع‌گرایانه و عادلانه (در حد توان نویسنده) نسخه دوم

^۱ . The Afghanistan Policy of Legislation

^۲ . Legislative plan or scheme

^۳ . Codification

^۴ . The Necessity of the Law on Processing of Legislative Documents

^۵ . اخلاقی، محمد، قانون اساسی دوم افغانستان، کابل، وزارت عدلیه، ماهنامه عدالت، سال ۱۹، برج ثور، ۱۳۹۶

^۶ . The Completion and Stabilization of the Afghanistan Legal System

^۷ . The Law on Processing Manner of Publication and Enforcement of Legislative Documents (Old Version)

قانون، تاحد زیادی وزین و قوی است که نشان‌دهنده جدیت و اهتمام مسئولین تقنین وزارت عدلیه و کمیته قوانین کابینه است که قابل قدر است. چراکه کمی بیش از یک سال بعد از تنفیذ قانون پرعیب نسخه اول،^۱ این نسخه منتشر و نافذ گردید. بالاین حال، نظر به آشنایی نسبی از تقنین، قانون و وجود حس مسئولیت‌پذیری در نگارنده، نکات پیرامون غنامندی این قانون سرنوشت‌ساز برای ملت و دولت افغانستان را برمی‌شمرم. در اخیر نکته بسیار مهم دیگر که فقط اشاره کلی می‌شود و بحث حقوقی آن انشالله به‌زودی از طرف نویسنده انجام خواهد شد، مفهوم واقعی و کارکرد فرمان تقنینی و نقد قانون صدور فرمان تقنینی^۲ است. این موضوع از این جهت نگاشته شد که، قانون طی مراحل اسناد تقنینی از طرف کمیسیون اختصاصی ولسی جرگه (امور تقنینی) به استناد قانون صدور فرمان تقنینی (توشیح شده با دو ثلث آرای کل اعضا) رد شده است. این در صورتی است که، حکومت به استناد حکم ماده ۱۲۱ قانون اساسی از ستره محکمه در راستای بررسی مطابقت این قانون با قانون اساسی برآمده و شورای عالی ستره محکمه نیز آن را نظر به دلایلی (از جمله وضع قیودات اضافه بر نص قانون اساسی در اصدار فرمان تقنینی) فاقد اعتبار قانونی و حقوقی دانسته است.^۳

نقاط قوت و نوآوری‌های قانون^۴

برای نگارنده این سطور جای بسی افتخار و خوشی است که با دیدن نسخه دوم قانون مورد بررسی انتظارات و قوت‌های خوب و مناسب در آن می‌بیند. نگارنده نظر به

^۱. جهت مطالعه و آگاهی از شرح و نقد قانون طرز طی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی و مشکلات آن به منبع قبل مراجعه شود.

^۲. Law on Issuance of Legislative Decree

^۳. جهت آگاهی و بررسی احکام و قواعد قانون صدور فرمان تقنینی و قرار قضائی ستره محکمه مبنی بر عدم مطابقت آن با احکام قانون اساسی به جریده رسمی نمبر ۱۲۸۵ منتشره مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۷ مراجعه شود.

^۴. The Strengths and Innovations of New Version

دغدغه و مشغله‌ای که با امور حقوقی به‌خصوص قانون‌گذاری دارد، در طی مدت قریب به شش سال در این عرصه پژوهش کرده و نگارش یک کتاب تخصصی را نیز در کارنامه خود دارد، معلومات نسبتاً مفیدی در این زمینه به دست آورده است. بناً این نوشتار و نیز نقد نسخه اول قانون، صرف از جهت دلسوزی و انتقال داشته‌ها و یافته‌ها در زمینه تقنین به سیستم قانون‌گذاری کشور است و بس.

۱- نسخه جدید از جهات بسیاری ارزش حقوقی خوبی دارد که در ادامه به آن اشاره می‌شود.

۲- عدم وجود اغلاط تایپی و نگارشی مسرت‌بخش است. اصل بسیار بدیهی و حیاتی که نمی‌توان آن را نادیده گرفت.

۳- وضاحت و شفافیت معنای جملات یا احکام تقنینی درخور است. درواقع، مواد قانون باید مختصر، ساده، روان و عام فهم باشند که در این نسخه دیده می‌شود.

۴- حجم قانون و تعداد مواد با قانون پیشین اختلاف چندانی ندارد. (نسخه دوم ۶۱ ماده و نسخه اول ۶۸ ماده)

۵- عنوان قانون^۱: عنوان قانون قبل بسیار طولانی، نامناسب و غلط‌انداز بود. (قانون طرز طی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی) اما عنوان این نسخه (قانون طی مراحل اسناد تقنینی) مختصر، مناسب و زیبنده است.^۲ چنانکه از نام قانون مشخص است، بیشتر شرایط شکلی و فرایندی برای طی مراحل اسناد تقنینی به‌ویژه قوانین موردنظر است. بدین ترتیب برخی از اوصاف یا شرایط ماهوی نیز اگر مطرح باشد، به‌نوعی با مراحل مختلف تقنینی مرتبط خواهد بود. بناً چنانکه در این قانون نیز حکم شده است، "سند تقنینی دارای عنوان بوده که محتوای اساسی آن را بیان می‌کند." (ماده ۲۳)

^۱ . The Title of Law

^۲ . ناگفته نماند که نگارنده در مقاله قبلی از نقد نسخه اول قانون، پیشنهاد عنوان؛ قانون طرز طی مراحل اسناد تقنینی را داده بود. (مراجعه به صفحه ۳۹ مقاله از ماهنامه عدالت)

۶- تعاریف^۱ ارائه شده در ذیل اصطلاحات مناسب است. چراکه نشان دهنده تغییر و رشد نگرش عمیق نظام قانون گذاری در حکومت به قانون و قواعد حقوقی در کشور است. مثلاً در تعریف قانون، فرمان تقنینی و مقرر^۲ به دو بعد تبیین ماهوی و شکلی نظر دارد. یعنی هم به «قاعده حقوقی الزامی»^۳ و هم به «طی مراحل»^۴ آن ها اشاره و توجه نموده است. ناگفته نماند که حذف کلمه "عام" از تعریف قانون و فرمان تقنینی شاید چندان موجه نباشد. درواقع، به همان میزان که عمومیت قوانین مطرح است، الزامیت آن نیز وجود دارد. به عبارت دیگر، هر دو کلمه «عام و الزامی»^۵ از جمله اوصاف ذاتی قوانین بوده، یا هر دو نگاشته شود و یا هر دو برداشته شود.

۷- منابع سند تقنینی^۶ (ماده ۱۶): از دیگر نقاط قوت این قانون، توجه به یکی از منابع مهم تقنینی است که در دیگر نظام های حقوقی وجود دارد: «توجه به اسناد تقنینی مشابه سایر کشورها»^۷. درواقع، با مطالعه و نقد سایر قوانین در دیگر کشورها، علاوه بر بهره مندی از تجارب تقنینی و حقوقی آن ها، می توان بر غنامندی و اثربخشی قوانین جدید نیز افزود. بنأً تحدید آن به نظام های حقوقی مشابه یا ممالک اسلامی از هر نگاه و مفکوره و جاهت منطقی و حقوقی^۸ نداشت. نکته مثبت دیگر که در قانون قدیم جایش بسیار خالی حس می شد و در این نسخه ذکر شده، استفاده از "نظریات و پیشنهادات نشر شده متخصصین و محققین مراجع علمی - تحقیقی در موضوع مورد نظر" (مشهور

^۱ . Definitions

^۲ . law, legislative decree and regulation

^۳ . mandatory legal rules

^۴ . processing

^۵ . public and enforcement

^۶ . Resources of Legislative Document

^۷ . Attention to similar of legislative documents in another counties

^۸ . legal and logical justification

به داکترین حقوقی) و نیز "سایر منابع" است که دست قانون‌نویسان کشور را در بهره‌مندی کارآمد از دیگر منابع تقنینی را باز گذارده است.

اشاره کوتاه اینکه، سه منبع متذکره که جدیداً به منابع تقنینی افزود شده است، می‌تواند در جهت ثبات و تکامل نظام تقنینی و حقوقی کشور از یک‌طرف و توجه و افزایش کارآمدی یا مؤثریت نظام تقنینی و حقوقی افغانستان^۲ بسیار کمک‌کننده باشد. چراکه اولاً استفاده از تجارب تقنینی و حقوقی دیگر کشورها و نیز نظریات علمای حقوقی در تحقق و ارتقای سطح قانون‌گذاری اثرگذار بوده و منجر به رشد کیفی و محتوایی قوانین در کشور خواهد شد. دوماً دیگر راه‌رفته آن‌ها در اشتباهات یا نواقص تقنینی^۳ را طی نکرده و می‌توان از آن‌ها دوری جست.

۸. ماده ۶۱ (انفاذ و الغاء)^۴: از جمله نوآوری‌های این قانون عنوان آخرین ماده قانون است که به نظر می‌رسد عنوان جدید از نظر ماهوی نیز نیک و مطلوب است. یعنی ماده آخر قوانین به ذکر دو موضوع می‌پردازد. یکی زمان قابلیت اجرا یا نافذ شدن قانون و دیگر ذکر اسناد تقنینی ملغاً شده توسط آن است. لذا ایجاب می‌کند که عنوان ماده نیز به انفاذ و الغاء تغییر کند. اما ناگفته نماند که، این تغییر باید در تمام قوانین بعدی لحاظ شود تا همسانی مسئله در اسناد تقنینی تطبیق گردد.

^۱. متأسفانه در قانون قدیم به صراحت به "اسناد تقنینی مشابه سایر کشورهای اسلامی" نظر داشت که بسیار عجب و ناموجه بود. (فقره ۳ ماده ۴ آن)

^۲. Promotion of Efficiency of the Afghanistan Legal and Legislative System

^۳. Legislative mistakes and wrongs

^۴. Enforcement and Abolishment

نقدهای ساختاری و شکلی^۱

این نقطه نظرات بیشتر از جهت ظاهر و قواره قوانین از جمله قانون مورد بحث است. یعنی یکی از اهداف نگفته و نیامده در این قانون، همسان سازی یا یکسان نویسی اسناد تقنینی^۲ از جمله قوانین در نظام حقوقی افغانستان است. لذا در این قسمت و در ابتدا مشکلات و نقدهای شکلی و ساختار بندی قانون را برجسته می سازیم.

۱- عناوین فصول^۳: ترتیب فصول از منطق شکلی و ماهوی نسبتاً خوبی برخوردار شده است. اما هنوز برخی مشکلات دارد. مثلاً کلمه "طرز" در عنوان فصل سوم ایزاد است. (طرز تسوید سند تقنینی) چراکه عناوین فصول باید کلی و تا حد امکان مختصر باشد. از طرف دیگر، این کلمه در عنوان فصل های پنجم، ششم و هفتم نیز بکار نرفته است. یا حداقل اگر بر وجود این کلمه اصرار هست، آن را در عنوان فصل های مورد نظر هم باید افزود تا یکسان باشند.

۲- خلأهای فصل اول: اصطلاحات باید مبتنی بر تعریف و تبیین مصطلحاتی باشد که، در متن امکان وضاحت بیشتر آن وجود نداشته و پر کاربرد (از جهتی هم مهم) نیز است. «پلان کار تقنینی»^۴ به نظر می رسد که باید در ذیل اصطلاحات گنجانده شده و تعریف گردد. چراکه نظر به اهمیت و کاربرد آن، حتی عنوان فصل دوم را نیز به خود اختصاص داده است. (آن گونه که در نسخه نخست قانون بیان شده بود). لذا می توان تعریف ذیل را با اقتباس از قانون قبلی چنین بیان کرد: "سند حاوی نیازمندی های تقنینی سالانه حکومت است که نظر به ضرورت، اهمیت و اولویت پیشنهادی ادارات طبق احکام این قانون تهیه و تأیید می گردد."

^۱ . The Structural Critiques

^۲ . Unification of legislative documents

^۳ . The Title of Chapters

^۴ . Legislative action plan

۳- ساختاربندی فصل دوم: منطق قانون‌نویسی ایجاب می‌نماید که، مواد و احکام تقنینی فصل، متناسب با عنوان و محتوای آن باشد. لذا در فصل دوم (پلان کار تقنینی) مشاهده می‌شود که علاوه بر موضوع پلان کار تقنینی راجع به ضرورت وضع، دلایل توضیحی^۱ و نیز مطالبه توضیحات اضافی در مورد طرح ابتدایی سند تقنینی (مواد ۸ الی ۱۰) نیز آورده شده است. یعنی از منظر این قانون نهایی شدن پلان کار تقنینی وابسته به تدوین و ارسال دلایل توضیحی طرح ابتدایی سند تقنینی از طرف اداره پیشنهادکننده است که در آن برخی موارد و توجیهات باید درج شود که بسیار مهم می‌باشند. (ماده ۹) اما این موضوع با مرحله تسوید و تدقیق طرح ابتدایی و نهایی سند تقنینی^۲ در این قانون (فصل مربوطه) نیز ارتباط گرفته است. به عبارت دیگر، بین تدوین پلان کار تقنینی و دیگر مراحل طرح ابتدایی و نهایی سند تقنینی تفکیک قائل نشده است و دیده می‌شود که نهایی شدن پلان کار تقنینی وزارت عدلیه و نیز طی مراحل تسوید و تدقیق طرح ابتدایی سند تقنینی با مندرجات و توجیهات توضیحی نیز مرتبط است. (مواد ۱۸، ۱۹ و ۲۲ تسوید و ۴۲ تدقیق طرح ابتدایی سند تقنینی گویای این مطلب است).

۴- ماده ۱۸ (تأثیر سند تقنینی بر اسناد تقنینی نافذ):^۳ عدم تناسب عنوان ماده با بخش عمده متن آن مشکل این ماده است. یعنی عنوان ماده فقط اثر سند تقنینی بر اسناد تقنینی نافذه فعلی را طرح کرده درحالی که، محتوای ماده بر علاوه آن، اثرات سند تقنینی بر شرایط کلان جامعه و نیز ارزیابی و نتایج متوقعه ناشی از تطبیق سند را هم اشاره کرده است. می‌توان عنوان ماده را به «اثرات سند تقنینی» تحدید کرد که هم مختصر و هم متناسب است.

نواقص فصل چهارم: ساختار یک قانون کارآمد نیز شاید برای عوام و خوانندگان عادی مهم‌تر از محتوا باشد. لذا طبق رویه قانون‌نویسی که در نظام حقوقی افغانستان

^۱ . Clarification reasons

^۲ . Drafting of elementary scheme and verifying of final scheme

^۳ . Impact of Legislative Document on Enforced Legislative Documents

رعایت می‌گردد، سند تقنینی به ترتیب ذیل تهیه می‌شود: عنوان، متن و شماره فرمان رئیس‌جمهور، متن، شماره و مصوبه کابینه یا شورای ملی، فهرست مندرجات، مبنا، اهداف، اصطلاحات، احکام تقنینی در قالب مواد قانون و در اخیر ماده انفاذ. بناً فصل چهارم نیز در بیان ساختار و محتوای سند تقنینی این موارد را نیز باید رعایت کند. نه اینکه، فهرست سند تقنینی (ماده ۳۰) را بعد از احکام مربوط به مواد، فقره، جزء، بند و ارجاع حکم (مواد ۲۵ الی ۲۸) قرار دهد. همچنین بهتر بود که، ماده ۳۴ (اهداف قابل رعایت در سند تقنینی) قبل از ماده ۳۳ (تعریف اصطلاح در سند تقنینی) قرار می‌گرفت تا ساختار کلی تقنینی در این متن قانون نیز عملی می‌گشت. درواقع، همین ساختار واحد در قانون‌نویسی، باید در این قانون و به‌ویژه در فصل مربوط به ساختار تقنینی هم رعایت شود.

۵- ماده ۳۴ (اهداف قابل رعایت در سند تقنینی)^۱: اگر در سند تقنینی عبارات مشخصی به تکرار آورده می‌شوند، مطلوب است که عیناً تکرار شوند تا ظاهر و اساس موضوع مفید و متوازن جلوه کند. مثلاً در این ماده به "پیشرفت روزافزون اقتصادی، اجتماعی، حقوقی، سیاسی و فرهنگی کشور" به‌عنوان یکی از اهداف سند تقنینی اشاره دارد. اما این عبارات نیز در سه جای دیگر قانون موردبحث^۲ نیز به‌کار رفته است که کلمه "سیاسی" قبل کلمه "حقوقی" قرار گرفته است. به نظر می‌رسد که، این اشتباه جزئی ناخودآگاه رخ داده و بهتر است در تمام متن و مواد قانون، عبارات متذکره یکسان استعمال شوند. همچنین مفهوم عبارت جالب و سنگین "رعایت معیارهای لازم قانون-گذاری" در همین ماده است. درواقع بین این ماده و بند ۲۴ ماده ۳ در مورد یک موضوع است و آن؛ طرح نهایی سند تقنینی از یک‌طرف و گزارش آن توسط وزیر عدلیه به کمیته قوانین از طرف دیگر. اما در این دو ماده یک مفهوم خاص و مهم با دو عبارت

^۱. Observed Objectives in Legislative Document

^۲. فقره ۱ ماده ۹، مواد ۱۸ و ۴۳

متفاوت بیان شده است: "رعایت معیارهای لازم قانون‌گذاری"^۱ و "بانظرداشت معیارهای عالی روش قانون‌گذاری"^۲.

۶- ماده ۳۹ (درج اسناد تقنینی ملغی شده)^۳: اشتباه فاحش این ماده در عدم ذکر نمبر مسلسل اسناد تقنینی لغو شده است. یعنی آن گونه که فعلاً نیز عمل می‌شود، شماره مسلسل جریده رسمی اسناد تقنینی ملغی شده نیز در کنار تاریخ آن‌ها باید ذکر گردد تا معلومات و تجارب قبلی تقنینی نیز به دسترس مطالعه کننده قرار بگیرد.

۷- نواقص فصل ششم: عنوان فصل با محتوای فصل تطابق کامل ندارد و باکمی اصلاحات یکی از اصول اولیه و مهم قانون‌نویسی که تناسب عنوان با متن است نیز رعایت خواهد شد. همچنین عناوین مواد درعین حالی که به‌نوعی بازتاب فحوای فصل است، اما بی‌نظمی و عدم رعایت مفهوم این فصل در عنوان مواد آن نیز مشهود است. درواقع، باید علاوه بر عنوان (ظاهر) فصل و ماده، محتوا نیز باید به‌طور مطلوب و احسن آن جلوه کند. عناوین این فصل و مواد آن عبارت‌اند از:

عنوان فصل: تأیید، تصویب و توشیح سند تقنینی

عنوان ماده ۴۴: رایحه طرح نهایی سند تقنینی

عنوان ماده ۴۵: ارزیابی طرح نهایی سند تقنینی توسط کمیته قوانین و حکومت

عنوان ماده ۴۶: ارسال طرح قانون و فرمان تقنینی به شورای ملی

عنوان ماده ۴۷: توشیح

در اینجا خواننده خود قضاوت کند که موضوع از چه قرار است. بدین ترتیب برای مواد این فصل نیز پیشنهادات ذیل برای افزایش مطلوبیت ظاهر و باطن آن می‌تواند

^۱ . Observe of legislative necessary criteria

^۲ . Attention to excellent criteria of method legislation

^۳ . Stating of Abolished Legislative Documents

مفید واقع شود. عناوین قرار ذیل باشد: ارائه و ارزیابی سند تقنینی^۱، طی مراحل تأیید^۲، طی مراحل تصویب^۳ و طی مراحل توشیح^۴.

در ضمن اشکال دیگر این فصل این است که، در برخی از عناوین مواد نام اداره یا نهاد مسئول ذکر شده اما در برخی دیگر نیامده که خود نیز محل اشکال است. با قبول پیشنهاد در عناوین فوق، این مشکل نیز حل خواهد شد.

نقدهای ماهوی و محتوایی^۵

از آنجایی که اسناد تقنینی از جمله قوانین دارای دو بعد شکلی و ماهوی هستند، می-توان در ادامه نقطه نظرت متنی مندرج در قانون مورد بحث را برشمرد. اما قبل از آن اشاره شود که محتوای تقنینی مشتمل بر مواد قانون بوده که بازتاب دهنده احکام تقنینی هستند. لذا در اصول قانون نویسی^۶ ساختار قوانین نیز مانند ماهیت و احکام آن مهم بوده و حتی شکلیات و ظواهر قوانین که به هدف توحید و همسان سازی قوانین در یک نظام حقوقی مورد توجه قرار می گیرند از اهمیت بسزایی برخوردار خواهند شد.

۱- عدم لزوم وجود مواد مربوط به جریده رسمی در این قانون؛ چنانکه می دانیم قانون جریده رسمی^۷ که مصوب و منتشره تاریخ ۱۳۴۲/۱۲/۱۶ است تا هنوز نافذ است. قانونی که برخلاف دیگر قوانین ثابت و ماندگار مانده است. سوال این است که آیا این قانون را به حیث قانون تاریخی می خواهیم همچنان ماندگار و یادگار ثبت کنیم که این امر، در امور حقوقی چندان توجیه ندارد. لذا این قانون تاریخی باید نظر به شرایط و احوال فعلی تعدیل گردد و مواد مربوط به فصل هشتم (حتی فصل هفتم) در

^۱ . Providing and analysis of legislative document

^۲ . Ratification processing

^۳ . Approval processing

^۴ . Endorsement processing

^۵ . The Content Critique

^۶ . Principles of lawmaking

^۷ . Official Gazette Law

آن جابجا شود. دلیل دوم این است که، عنوان خاص جریده رسمی و نشر ایجاب این تعدیل در قانون تاریخی جریده رسمی را می‌نماید. لذا این فصل تخصصی باید در قانون تخصصی درج و تعبیه شود.

در صورت عدم عملی شدن این پیشنهاد، حداقل فصل هفتم و هشتم ادغام گردد. چراکه هم خلأ کمیت مواد فصل هفتم (سه ماده) از بین می‌رود و هم اینکه، به لحاظ ماهوی موضوع نشر و انفاذ سند تقنینی (فصل هفتم) مستقیماً با جریده رسمی (فصل هشتم) و نشر اسناد تقنینی برای آگاهی‌های عامه مرتبط است. در این صورت، عنوان فصل را می‌توان همان عنوان فصل هفتم اختیار کرد تا از بکار بردن عنوان جریده رسمی باوجود قانون اختصاصی تاریخی، خودداری نماییم.

در هر صورت، فصل هشتم یا نشر در جریده رسمی از دو جهت دیگر نیز قابل نقد است. اولاً میعاد زمانی مشخص در نشر اسناد تقنینی درمجموع لازم است. حال اگر میعاد زمانی ۱۵ و ۳۰ روزه (مطابق نسخه اول) در عمل قابل تطبیق نبود آن را تعدیل می‌کردند نه اینکه از اساس، برداشته می‌شد.^۱ دوماً برخلاف نسخه اول، فقره (۲) ماده ۵۳ این نسخه راجع به نشر قوانین و فرامین تقنینی توشیح شده که مطابق به ماده ۹۴ قانون اساسی^۲ نافذ می‌گردند، منوط به هدایت کتبی رئیس‌جمهور شده است.^۳ درواقع،

۱. در ضمن قانون قبل در ماده ۴۱ چنین حکم کرده بود که؛ "وزارت عدلیه نمی‌تواند نشر اسناد تقنینی توشیح شده را بیش از آنچه که در این قانون مشخص شده است به تأخیر بی‌اندازد." بناً این تغییر بنیادین در رویکرد وزارت نیز درخور دقت و توجه است.

۲. حقوق‌دانان می‌دانند که این ماده در مورد مفهوم قانون و طی مراحل آن از منظر قانون اساسی است. لذا "... در صورتی که رئیس‌جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته باشد می‌تواند آن را در ظرف مدت پانزده روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید. با سپری شده این مدت و یا در صورتی که ولسی جرگه آن را مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می‌گردد."

۳. "(۲) قانون و تعدیل، ایزاد، حذف، الغاء، تعلیق و ضمیمه مواد قانون که مطابق حکم ماده نود و چهارم قانون اساسی افغانستان با سپری شدن مدت پانزده روز از جانب رئیس‌جمهور توشیح نگردد یا ولسی جرگه آن را مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضا تصویب نماید، بعد از هدایت کتبی رئیس‌جمهور در جریده رسمی به نشر می‌رسد."

طبق صراحت این فقره از ماده ۵۳ نسخه جدید و خلاف صریح با قانون اساسی، قانون نافذ وابسته و متکی به هدایت کتبی رئیس جمهور شده است. سوال این است که، در صورت عدم اصدار هدایت کتبی، قانون نافذ امکان نشر را نخواهد داشت که جای بسی پرسش خواهد بود. (۱۹!) حالاتی که امکان بروز اختلاف بین رئیس جمهور و شورای ملی با وجود عدم موافقت وی با مصوبه شورا، آشکار و تحقق آن نیز زیاد بوده و نشر و اجرای قانون نیز معطل قرار خواهد گرفت.

۲- ماده ۱۳ (طی مراحل سند تقنینی)^۱: بامطالعه فقرات سه گانه این ماده متوجه می- شویم که اساساً عنوان با متن دو بحث جداگانه دارد. درواقع، فقرات مذکور در مورد «طی مراحل طرح ابتدایی سند تقنینی»^۲ و نه سند تقنینی به طور کلی است که اشتباه درج شده است. درواقع، این دو دو مسئله مجزا از یکدیگر است. یعنی، طی مراحل طرح ابتدایی سند تقنینی از اداره پیشنهادکننده شروع در وزارت عدلیه نهایی و بعداً طی مراحل بعدی تأیید، تصویب و توشیح را به دنبال خواهد داشت. اما منظور از طی مراحل سند تقنینی چیست؟ متأسفانه نسخه دوم اشاره کلی و مستقیم به این موضوع مهم و عمده که از عنوان قانون نیز هویدا است نکرده است. یعنی آن گونه که نسخه اول هم در ذیل اصطلاحات (بند ۲۴)^۳ و هم در ماده ۷ (طرز طی مراحل)^۴ طور مفصل به این مسئله اشاره کرده بود، این نسخه سهواً یا قصداً آن را مطرود گذارده است و صرف در ذیل اصطلاحات طی مراحل تقنینی را نام می برد. (بند ۱۴) به دیگر سخن، این قانون نه تنها به طی مراحل مشخص و مجزای اسناد تقنینی حکمی صادر نکرده است، بلکه

^۱. Processing of Legislative Document

^۲. Processing of elementary scheme of legislative document

^۳. "۲۴. طی مراحل: شامل تسوید، تدقیق، تأیید، تصویب، توشیح، نشر و ..."

^۴. این ماده طور مفصل و جداگانه به طی مراحل تمام اسناد تقنینی داخلی به شمول طرح اعضای ولسی جرگه و هم اسناد حقوق بین الملل اشاره کرده بود که می توانید به آن مراجعه کنید.

طور صریح به سلسله مراتب اسناد تقنینی^۱ و نیز موقف اسناد حقوق بین الملل^۲ در نظام حقوقی افغانستان را نیز معین نساخته است. بدین ترتیب سوالات یا شبهات وارده این است که؛

آیا مطابق عنوان قانون، لازم نیست که طی مراحل تقنین اسناد تقنینی در این قانون برای رفع مشکلات بعدی آن درج گردد؟ آیا تبیین و تنظیم سلسله مراتب اسناد تقنینی^۳ در نظام حقوقی کشور نباید در این قانون گنجانیده شود؟ اساساً اسناد حقوق بین الملل که بخش مهمی از نظام حقوقی و تعهدات افغانستان را به دنبال داشته و دارد، نبایست موقف و جایگاه حقوقی آن‌ها در این قانون مستند و موجه گردد؟ متخصصان تقنین انستیتوت امور قانون گذاری و تحقیقات علمی-حقوقی^۴ وزارت عدلیه حتماً جواب قانع کننده دارند.

با این وضع، ماده ۳۶ به "حالات طی مراحل مجدد سند تقنینی" پرداخته است که درواقع، به نوعی همان سخن اصلی نویسنده را بازتاب می دهد. یعنی این قانون به موضوع اصلی و عمده (طی مراحل سند تقنینی) پرداخته اما در این ماده به طی مراحل مجدد سند تقنینی نافذ و در مورد تغییرات اساسی یا جزئی آن از مجرای مربوطه نظر داده است.^۵ در ضمن این ماده مشکل دیگری که آن، معیار یا اصول شناخت و وجود تغییرات اساسی بیش یا کمتر از ۵۰ فیصد است که احتمالاً در انستیتوت موجود اما در این قانون مسکوت باشد.

^۱. هر چند می توان از فحواى بند ۱ ماده ۳ قانون جدید در مورد اسناد تقنینی آن را برداشت نمود اما همچنان مشکل اساسی را حل نکرده است.

^۲. International law documents

^۳. Hierarchy of legislative documents

^۴. Legislative Affairs and Academic-Legal Research Institute (LAALRI)

^۵. هر چند که تشخیص درست تغییرات اساسی بیش از (۵۰) فیصد نیز که در این ماده آمده است نیز مشکل خواهد بود.

۳. تضاد بین فقره (۵) ماده ۱۴ و ماده ۱۵: منطق تقنینی ایجاب می‌کند که اداره‌ای (یا ادارات) که نیاز به داشتن سند تقنینی از جمله قانون را دارد، تهداب تسوید و نیز مفاهیم و چوکات عمومی ضرورت خود را تبیین و تحدید کند. حال، توجیه دخالت رئیس‌جمهور برای ایجاد کمیسیون باصلاحیت در این خصوص چیست؟! (هرچند برای نقش کابینه شاید بتوان توجیه حقوقی پیدا کنیم.) در ضمن ماده ۱۵ حکم می‌کند که، "انستیتوت می‌تواند، طرح ابتدایی سند تقنینی را که ساحه تطبیق آن عام باشد، تسوید، تدقیق و غرض طی مراحل ارائه نماید." سوال این است که، آیا عموماً (و واقعاً) قوانین جنبه و پیامد عمومی یا کلی ندارند. یعنی اساساً قوانین در جامعه، برای اجتماع و به هدف رفع ضرورت‌های اجتماعی وضع نمی‌شوند. به نظر می‌آید که وجود این ماده جنجال انستیتوت را در تسوید افزایش داده و مشکل‌تر اینک، انجام آن نیز اختیاری تعیین است. (!)

۴. ماده ۵۹ (سند تقنینی مغایر احکام این قانون): متأسفانه اشتباه فاحش این ماده در بکار بردن کلمه سند تقنینی در عنوان ماده است. اشتباهی که عیناً در ماده ۱۳ نیز راجع به طی مراحل سند تقنینی وجود دارد که در بالا اشاره شد. منظور ماده این است که، مسوده طرح‌های ابتدایی^۱ اسناد تقنینی که با احکام این قانون مغایرت دارد باید مسترد شده و طبق قواعد این قانون تهیه و طی مراحل ولو که طی مراحل آن نهایی شده باشد شود نه اینکه سند تقنینی نافذ اما مغایر احکام این قانون مسترد و مجدد تهیه و طی مراحل گردد. به عبارت رساتر، سند تقنینی مثلاً تمام قوانین عادی نافذه مغایر احکام این قانون که طی مراحل شده مسلماً نیز نافذ و اجرایی شده است که امکان مسترد شدن آن‌ها منطقاً و حقوقاً وجود ندارد. اما مسوده یا طرح ابتدایی قوانین که اساساً و فعلاً سند تقنینی نمی‌باشد باید طبق احکام این ماده مسترد گردیده و طبق قانون جدید طی مراحل شود.

^۱ . Drafting of elementary scheme

حذفیات نسخه دوم^۱: قانون جدید درعین حالی که بخش‌های مهمی از نسخه قدیم را حذف کرده که جای سوال است، اما در کمیت مواد قانون اختلاف زیادی را ایجاد نکرده است. این حذفیات که قابل بحث است قرار ذیل عبارت‌اند از:

احکام تقنینی مربوط به بیان صریح مفهوم^۲ و سلسله‌مراتب اسناد تقنینی^۳ در نظام حقوقی افغانستان، توجه و رعایت به اصول کلی تدقیقی در مرحله تأیید در کابینه، احکام و موقف قانون به طرح قانون اعضای ولسی جرگه، معرفی و طی مراحل آن، معرفی رسمی طرح حکومت به ولسی جرگه از طرف وزیر عدلیه با بیان دلایل توضیحی آن، مفهوم، کارکرد و نشر قوانین توشیح شده به دوسوم کل اعضای ولسی جرگه، مدت زمان اداری یا کاری مربوط به طی مراحل سند تقنینی به‌خصوص نشر آن‌ها و در اخیر تعریف و طی مراحل مربوطه به بودجه ملی^۴.

ازجمله موارد فوق، دو مورد مهم‌تر آن را نقد و شرح می‌دهیم:

الف) در مورد پیشنهاد طرح قانون اعضای شورا قانون قبل نکات و قواعد خوبی درج کرده بود. اما این قانون حتی مبنا توجیه خود را نقض کرده است. ماده اول قانون مبنای خود را در روشنی ماده ۹۵ قانون اساسی تعیین و تحدید کرده است. اما ماده ۹۵ به‌صراحت به موضوع طرح‌های تقنینی پیشنهادی اشاره دارد که هم از طرح حکومت و

^۱. Eliminations of Second Generation

^۲. نسخه اول مفهوم اسناد تقنینی را در ذیل اصطلاحات این گونه تبیین نموده بود؛ "مشمول است بر قانون اساسی، قانون، فرمان تقنینی، بودجه ملی، اصول و ظایف داخلی مجلسین شورای ملی، مقرره‌ها، اساسنامه‌ها، طرز‌العمل‌ها، لوایح و ضمیمه، معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و سایر اسناد حقوق بین‌الملل که افغانستان به آن‌ها ملحق شده است." (بند ۱ ماده ۳)

^۳. ماده ۸ قانون قبلی در بیان سلسله‌مراتب اسناد تقنینی از حیث قوت این ترتیب را رعایت کرده بود: "۱. قوانین عادی، ۲. فرامین تقنینی، ۳. اسناد حقوق بین‌الملل که افغانستان به آن‌ها ملحق شده باشد. ۴. اصول و ظایف داخلی مجلسین شورای ملی، ۵. مقرره‌ها و اساسنامه‌ها، ۶. طرز‌العمل‌ها و لوایح."

^۴. National Budget

هم اعضای شورا به خصوص ولسی جرگه مطرح است. لذا اگر این توجیه باشد که این قانون صرف به تقنین قواعد کاری حکومت نظر دارد که بیشتری حجم تسوید و تدقیق را در نظام حقوقی افغانستان شامل می شود، اولاً خلاف مبنای خویش حکم نموده و دوماً قانون اصل بدیهی و جنبه جامعیت و مانعیت در مسئله را باید رعایت کند. از طرف دیگر، قانون قبل در خصوص طرح اعضای ولسی جرگه احکام خوبی گنجانیده بود که در اصول وظایف داخلی جرگه مربوطه نیز با خلأ مواجه بود. مشکل حادثتر نیز در وضعیت فعلی شورای ملی و ولسی جرگه است که نمی توان به امید اصلاح اصول وظایف داخلی آن نشست و منافع علیای مردم افغانستان را قربانی کرد.

ب) در مورد طی مراحل بودجه^۱ قانون جدید سکوت کرده است. این سکوت از جهتی مثبت و از جهت دیگر منفی است. نظر به تعریف نسخه قبلی از بودجه^۲، به نظر می رسد که نگرش فعلی حکومت به آن به عنوان یک سند تقنینی بعد از حدود یک سال تغییر کرده است. تا جایی که نگارنده جستجو نموده است، قوانین نافذ فعلی نیز از بودجه تعریف مشخصی نکرده اند جز اینکه به طی مراحل و سایر موضوعات بودجوی در قانون اداره امور مالی و مصارف عامه^۳ و مقرر تنظیم آن قانون اشاراتی شده است. همچنین فصل ۱۲ اصول وظایف داخلی ولسی جرگه (همانند فصل ۶ قانون نسخه قبلی) اختصاص به معرفی و طی مراحل بودجه در شورای ملی دارد، باین حال، موقف

^۱. Budget processing

^۲. "سند تقنینی سالانه جمهوری اسلامی افغانستان است که طبق فقره (۴) ماده ۷۵ و ماده ۹۵ قانون اساسی از طرف حکومت ترتیب و بر اساس مواد ۹۰، ۹۷، ۹۸ و ۹۹ قانون اساسی طی مراحل گردیده باشد." (بند ۴ ماده ۳)

^۳. جالب و تأسف اینکه این قانون با نسخ قانون بودجه دولت جمهوری دموکراتیک افغانستان (منتشره ۱۳۶۲) حتی تعریف بودجه قانون منسوخ شده را در خود نگنجانیده است. قانون منسوخ شده از بودجه این تعریف را نموده بود؛ "پلان مالی اساسی دولت است که عواید و مصارف در آن انعکاس می یابد و عواید مذکور جهت تمویل مصارف به منظور رشد اقتصاد ملی، ارتقاء سطح مادی و کلتوری مردم، استحکام قدرت دفاعی کشور، مصارف دستگاه دولت به استناد پلان انکشاف اقتصادی و اجتماعی سالانه در آن تعیین و تثبیت می گردد." (ماده ۲)

قوانین نافذه افغانستان در قبال مفهوم و قواعد حاکم بر بودجه با انفاذ این قانون جدید به عنوان سند مصوب شورای ملی (در حکم قانون) مغلق و مخدوش می گردد که برای یک حقوق دان (نه سیاست دان) درک آن مشکل است.

نتیجه اینکه، اگر از منظر حکومت بودجه سند تقنینی نیست حداقل باید تعریف مشخصی از آن در قوانین مربوطه به عنوان پلان سالانه مالی دولت در پیش بینی عواید و مصارف و نحوه تخصیص آن ها نظر به اولویت ها و سیاست های کلان اجتماعی، اقتصادی و سیاسی را انعکاس دهد. نه اینکه صرف به طی مراحل، تطبیق و نظارت از آن اکتفا نماید.

نتایج^۱

نسخه دوم قانون قاعده سازی حقوقی در کشور دارای برخی نقاط قوت و ضعف است. از این جهت که، امروزه قوانین به عنوان مهم ترین اساس و سازوکار تعیین و تحدید آزادی ها، صلاحیت ها، وظایف و مسئولیت ها است، لذا باید بر مبانی و منابعی استوار باشد که از گذشته درس گرفته و چراغ هدایت و امید آینده باشد. بر این اساس، لازم است تا بر تأکید و تکیه بر اصول، معیارها و روش های علمی تقنین به قانون گذاری دست زد. مثلاً قواعد حقوقی مبتنی بر موقف و مسلک اداره (بست) ساخت نه برای اشخاص و شخصیت ایشان. چه بسا، افراد می روند اما یاد و یادگاری شان خواهد ماند.

متخصصان تقنین وزارت عدلیه باید با دید و نگرش مسئولانه خویش قانون نویسی و قانون سازی کنند. نگارنده معتقد است که قانون طی مراحل اسناد تقنینی، آینده نظم یا نظام حقوقی افغانستان را خواهد ساخت. لذا تلاش کنیم علاوه بر بهره گیری از تجارب تقنینی کشور و سایر کشورها، اصولی را درج این نسخه کنیم که مبتنی بر تحقق هدف «رعایت تکامل و ثبات نظام حقوقی افغانستان» باشد. هدفی که مستقیماً با

^۱ . Conclusions

«ارتقای کارآمدی و مؤثریت نظم و نظام قانون‌گذاری و حقوقی افغانستان» مرتبط است. در این صورت است که قانون را نه برای اشخاص، بلکه برای نظام خواهیم ساخت. بدین ترتیب، موارد ذیل که در نسخه دوم از قانون آمده و یا مغفول مانده، قابل توجه است:

به حاشیه رانده شدن موقف شورای ملی در نسخه دوم به‌خصوص عدم ذکر قواعد و طی مراحل طرح اعضای ولسی جرگه.

ازدیاد نقش رئیس‌جمهور در طی مراحل اسناد تقنینی به‌خصوص در ایجاد کمیسیون خاص تسوید و نیز تعلیق نشر قوانین توشیح‌شده از طرف مصوبه مجدد یا دو ثلث کل اعضای ولسی جرگه به دستور کتبی وی.

تعیین میعاد زمانی دقیق و منطقی در طی مراحل تقنینی.

توجه جدی به اهمیت و درج تعریف و مفهوم بودجه ملی (در این قانون یا سایر اسناد تقنینی دیگر).

در اخیر لازم است اشاره شود که، نگارنده تلاش خواهد کرد تا نکات مندرج در این نوشتار را در حد توان و فهم خویش، از مجاری مختلف به‌ویژه ولسی جرگه ارائه و گزارش داده و تعدیلات پیشنهادی را یادآوری نماید. مسئولیتی که باید بدان عمل شود. اما قبل از این کار، در ابتدا خواستم با نگارش این مقاله تعهد و مسئولیت خویش را به‌نظام حقوقی و تقنینی افغانستان، ایفا نموده باشم.

پیشنهادات^۱

همت عالی نگارنده بر آن است که، نظام حقوقی افغانستان که مبتنی بر نظام تقنینی کارآمد است باید روزبه‌روز پیشرفت و هدفمندتر گام بردارد. متولیان و متخصصان تقنین و تحقیقات حقوقی هم در وزارت عدلیه و هم در شورای ملی باید در کنار

^۱ . Recommendations

یکدیگر برای رشد و تولید قوانین در کشور متعهدانه و دلسوزانه همفکر و همکار باشند. مسئولیتی که آینده‌گان از آن نام و یاد و قضاوت خواهند کرد.

برگزاری ورکشاپ‌های خاص و مسلکی‌آشنایی با روش‌ها و اصول قانون‌نویسی، توجه به تحلیل و تطبیق معیارهای عالی قانون‌گذاری در نهادهای قانون ساز و قانون-گذار، استخدام یا مشوره‌گیری از حقوق‌دانان مجرب و آگاهان تقنین در نهادهای تقنینی کشور، دغدغه برای بلند بردن حاکمیت قانون در جامعه از مجرای تقنین مؤثر و وضع قوانین کارآمد، توجه به توسعه و تکامل امور قانون‌گذاری و انجام تحقیقات علمی-حقوقی در زمینه، نشر مسوده تقنینی در سایت وزارت عدلیه جهت اخذ نظریات حقوق‌دانان، برگزاری نشست رسمی در اخذ نقد و نظر پیرامون طرح‌های تقنینی، دایر نمودن سمینارهای آشنایی با اصول و فنون تقنین برای محصلین حقوق مراکز علمی کشور از سوی ریاست تقنین وزارت عدلیه و حتی برای کارکنان ریاست امور تقنین شورای ملی (تعامل و همکاری متقابل ریاست تقنین حکومت و شورای ملی).

اگر دقیق دیده شود، مشاهده می‌شود که عمده پیشنهادات ذکرشده، در اساسنامه انستیتوت امور قانون‌گذاری و تحقیقات علمی-حقوقی و نیز قانون حقوق اعضای کادر علمی انستیتوت امور قانون‌گذاری و تحقیقات علمی-حقوقی و سایر کادرهای مسلکی مشابه به صراحت تذکر رفته است. (ماده ۲) لذا امید می‌رود که، متولیان مربوطه در جهت اعتلای قانون و حاکمیت قانون کارآمد در افغانستان بیش‌ازپیش مسئولانه و دلسوزانه اقدام نمایند. آن‌گونه که اسناد تقنینی کشور بدان مکلف ساخته است.

منابع؛

- ۱- اخلاقی، محمد، تحلیل اقتصادی نظام قانون‌گذاری افغانستان، جلد اول، کابل، انتشارات سعید، چاپ اول، ۱۳۹۶
- ۲- اخلاقی، محمد، قانون اساسی دوم افغانستان، کابل، وزارت عدلیه، ماهنامه عدالت، سال ۱۹، برج ثور، ۱۳۹۶
- ۳- قانون اساسی ج. ا. افغانستان، ۱۳۸۲
- ۴- قانون ملی مراحل اسناد تقنینی، ۱۳۹۷

- ۵- قانون صدور فرمان تقنینی، ۱۳۹۶
- ۶- قانون طرز طی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی، ۱۳۹۵
- ۷- قانون حقوق اعضای کادر علمی انستیتوت امور قانون گذاری و تحقیقات علمی-حقوقی و سایر کادرهای مسلکی مشابه، ۱۳۹۵
- ۸- قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، ۱۳۸۴
- ۹- قانون بودجه جمهوری دموکراتیک افغانستان، ۱۳۶۲
- ۱۰- مقررہ تنظیم اداره امور مالی و مصارف عامه، ۱۳۸۵
- ۱۱- اساسنامه انستیتوت امور قانون گذاری و تحقیقات علمی-حقوقی، ۱۳۸۶
- ۱۲- اصول وظایف داخلی ولسی جرگه، ۱۳۹۶

افتتاح مرکز تصدیق ترجمه اسناد رسمی



۳ قوس ۱۳۹۷

دکتر عبدالبصیر انور وزیر عدلیہ ج.ا.ا، مرکز تصدیق ترجمه اسناد رسمی (تذکرہ، نکاح خط، طلاق خط، مجرد خط، اسناد تحصیلی، قبالة و ...) را در مرکز تجارتی کابل، واقع چهارراهی حاجی یعقوب شهنو کابل، افتتاح کرد. در این مراسم جمعی از رؤسا و کارمندان وزارت عدلیہ اشتراک نموده بودند. وزیر عدلیہ افتتاح این مرکز را یک گام مثبت دانسته و گفت که با ایجاد این مرکز، مردم

از سرگردانی زیاد رهایی یافته و بسیار به سهولت می‌توانند ترجمه اسناد رسمی‌شان را تصدیق نمایند.

وزیر عدلیه از دفاتر این اداره و چگونگی طی مراحل تصدیق اسناد رسمی دیدن نموده و به مسئولان مربوط هدایت داد تا به منظور طی مراحل سریع و قانونی ترجمه اسناد رسمی شهروندان، از هیچ نوع سعی و تلاش دریغ نورزند. گفتنی است که مسئولیت تصدیق ترجمه اسناد رسمی (تذکره، نکاح خط، طلاق خط، مجرد خط، اسناد تحصیلی، قبالة و ...) را وزارت عدلیه به عهده دارد.

منبع: آمریت مطبوعات

دیدار و گفت‌وگوی وزیر عدلیه با پیری مایدون سفیر اتحادیه‌ی اروپا در افغانستان



۱۴ قوس ۱۳۹۷

دکتر عبدالبصیر انور وزیر عدلیه کشور امروز با آقای پیری مایدون سفیر اتحادیه‌ی اروپا در باره‌ی بازنگری و تداوم همکاری‌های اتحادیه‌ی اروپا در عرصه‌ی عدالت و مبارزه با فساد در افغانستان دیدار و گفتگو نمود.

در این دیدار، همچنان در رابطه به موضوع‌هایی چون تأمین عدالت، حاکمیت قانون و ثبات در کشور بحث و گفتگو گردید و دو طرف به تداوم همکاری‌های بیشتر شان در این زمینه‌ها، تأکید کردند.

منبع: آمریت مطبوعات

استخدام متخصص ارشد روان شناسی به منظور ارتقای ظرفیت روان شناسان در مراکز اصلاح



دکتر عبدالبصیر انور وزیر عدلیہ ج.ا.ا، خانم لیلا شوارتز دکتروان شناسی از پوهنتون/دانشگاه بوستون آمریکا را به حضور پذیرفت. در این دیدار، وزیر عدلیہ کشور

در باره‌ی وضعیت مراکز اصلاح و ضرورت ارایه‌ی خدمات روان درمانی برای اطفال متخلف از قانون بحث و گفت‌وگو نمود.

خانم لیلا که تجربه‌ی کار با اطفال متخلف از قانون در آمریکا را دارد، وضعیت مراکز اصلاح و تربیت اطفال افغانستان را خوب توصیف نموده و در عرصه‌ی ارایه‌ی خدمات روان درمانی برای اطفال متخلف از قانون و بلند بردن توانایی‌های مسلکی روان‌شناسان مراکز اصلاح، ابراز آمادگی کرد.

وزیر عدلیه در باره‌ی اهمیت ارایه‌ی خدمات روان درمانی برای اطفال متخلف از قانون در افغانستان تأکید نموده و از اعلام همکاری خانم لیلا در این عرصه، سپاس‌گزاری نمود.

گفتنی است که هم اکنون تعدادی از روان‌شناسان در مراکز اصلاح و تربیت اطفال در سراسر افغانستان مصروف ارایه‌ی خدمات روان درمانی اند.

منبع: آمریت مطبوعات

برگزاری کنفرانس عدالت برای اطفال



۶ قوس ۱۳۹۷

وزارت عدلیه کنفرانسی را زیر عنوان عدالت برای اطفال به منظور توضیح وضعیت اطفال متخلف از قانون در مراکز اصلاح و مسؤولیت‌های ادارات عضوی شورای مراکز اصلاح برگزار نمود.

در این کنفرانس محمد قاسم حلیمی، معین مسلکی وزارت عدلیه ج.ا.ا، معینان وزارت‌های معارف و اطلاعات و فرهنگ، معاون اداره یونیسیف، نمایندگان ادارات دولتی ذیربط و نهادهای بین‌المللی کمک کننده اشتراک نموده بودند .

در این کنفرانس مشکلات ریاست مراکز اصلاح و تربیت اطفال با نهادهای مسؤول دولتی و بین‌المللی در جریان گذاشته شد تا در هماهنگی بهتر به این مشکلات

رسیدگی صورت گیرد. معین وزارت عدلیه اطفال را قشر آسیب پذیر جامعه دانسته و بر اصلاح و تجدید تربیت بهتر آنها تأکید نمود و از نمایندگان ادارات مسئول خواست تا مشکلات مطرح شده را به دقت بررسی نموده و راه‌های حل آنها را در این کنفرانس جست‌وجو نمایند. وی گفت که پس از کار گروهی و دریافت راه حل‌ها، قطع‌نامه از سوی اعضای این کنفرانس صادر می‌شود تا ادارات مسئول دولتی با توجه به مسؤولیت‌های شان، به این اطفال رسیده‌گی نمایند.

در این کنفرانس معاون اداره یونیسف و معینان وزارت‌های معارف و اطلاعات فرهنگ نیز پیرامون موضوع صحبت نموده و روی اصلاح و تربیت مجدد اطفال متخلف از قانون که در مراکز اصلاح و تربیت اطفال نگهداری می‌شوند، تأکید نمودند. ضمن این، آقای شفیق صمیم معین تعلیمات اسلامی وزارت معارف تعهد کرد که به زودترین فرصت معلمان و مواد آموزشی بیشتری را به منظور تعلیم و تربیت بهتر اطفال متخلف از قانون در مراکز اصلاح فراهم می‌سازند.

میر فیاض‌الدین امینی، رییس مرکز اصلاح و تربیت اطفال کابل، نیز در باره‌ی وضعیت مراکز اصلاح و تربیت اطفال صحبت نموده و اضافه کرد که در کنار چالش‌های موجود، این مرکز در راستای اصلاح و تربیت اطفال متخلف از قانون، از هیچ نوع سعی و تلاش دریغ ننموده است.

در جریان کنفرانس، نمایندگان به چهار گروه تقسیم شده و روی مشکلات مطرح شده بحث نمودند. پس از آن، اشتراک‌کننده گان به منظور حل مشکل‌های موجود، راه حل‌هایی را پیشنهاد نمودند. قرار است این پیشنهادها به شکل یک قطع‌نامه تهیه شده و به امضای مقام‌های ارشد ادارات مسئول برسد، تا در راستای تطبیق آن، گام‌های عملی برداشته شود.

بر بنیاد قانون، نگهداری، اصلاح و تربیت اطفال مظنون، متهم و محکوم به تخلف از قانون، یکی از وظایف وزارت عدلیه است. وزارت عدلیه به منظور اصلاح و تربیت بهتر این اطفال، در گذشته با برخی از ادارات دولتی توافق‌نامه را امضاء نموده است. بر

بنیاد قانون و توافق‌نامه مربوطه، برخی از اداره‌های مسئول دولتی مکلف گردیده اند تا در راستای ارایه خدمات صحی، فرهنگی، دینی، تعلیمی و تربیتی، حرفوی و ورزشی، با مراکز اصلاح و تربیت اطفال وزارت عدلیه، همکاری لازم نمایند.

منبع: آمریت مطبوعات

افتتاح دیتابیس آنلاین قاچاق انسان و میکانیزم ملی رجعت‌دهی برای کمک به قربانیان قاچاق انسان و قاچاق مهاجران



۲۵ قوس ۱۳۹۷

میکانیزم ملی رجعت‌دهی قربانیان قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و دیتابیس آنلاین قاچاق انسان، امروز در یک مراسم رسمی در مرکز اطلاعات و رسانه‌های حکومت افتتاح و معرفی گردید.

هدف از ایجاد و معرفی این دیتابیس و تهیه میکانیزم ملی رجعت دهی، ثبت معلومات قربانیان قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، ثبت معلومات مرتبط به قاچاق بران انسان، حمایت از قربانیان قاچاق انسان و قاچاق مهاجران و ایجاد هماهنگی میان اداره‌های مسؤول دولتی و غیر دولتی در راستای مبارزه مؤثر با پدیده قاچاق انسان و قاچاق مهاجران می‌باشد.

این مراسم از سوی دکتر عبدالصیر انور وزیر عدلیه ج.ا.ا و رئیس عمومی کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران در حضور داشت خانم الیزابت چمبرز، معاون USAID در افغانستان، آقای لورانس هارت، نماینده خاص و رئیس هیئت IOM در افغانستان، اعضای کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان، اعضای کمیسیون‌های ولایتی مبارزه با قاچاق انسان، نهادهای ملی و بین المللی همکار با وزارت عدلیه و رسانه‌ها افتتاح گردید.

در این مراسم، وزیر عدلیه و رئیس کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران گفت: کمیسیون مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، یک ارگان عالی دولت برای مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران است که از ۱۶ نهاد دولتی و غیر دولتی تشکیل شده است. وی افزود که این کمیسیون دست‌آوردهای مهمی در راستای تعدیل و اصلاح قانون مبارزه با قاچاق انسان، رسیده‌گی به قضایا و به محاکمه کشاندن متهمان جرایم قاچاق انسان دارد. او اضافه کرد که یکی از برنامه‌های ما، ایجاد دیتابیس واحد و فراگیر به منظور ثبت معلومات قربانیان قاچاق انسان و قاچاق بران و رسیدگی نهادهای مسوول دولتی به آن بود که خوش‌بختانه اکنون تحقق یافت و شما شاهد افتتاح و معرفی آن هستید.

وزیر عدلیه از دفتر IOM و مؤسسه USAID به دلیل کمک و همکاری‌شان در تهیه میکانیزم ملی رجعت‌دهی قربانیان قاچاق انسان و دیتابیس آنلاین قاچاق انسان، ابراز سپاس و قدردانی نمود.

در ادامه خانم الیزابت، معاون USAID و آقای لورانس هارت، رئیس IOM نیز پیرامون موضوع صحبت نموده و افتتاح میکانیزم ملی رجعت‌دهی قربانیان قاچاق انسان و دیتابیس آنلاین قاچاق انسان را یک گام مهم در راستای مبارزه با پدیده قاچاق انسان و قاچاق مهاجران بیان نمودند.

در جریان این مراسم، نایف ریاضت، رئیس ارتباط خارجه وزارت عدلیه و مسؤول سکرتریت کمیسیون عالی مبارزه با قاچاق انسان و قاچاق مهاجران، اکرام الله قریشی، مسؤول مدیریت معلوماتی IOM، پرزیتیشنی را پیرامون معرفی میکانیزم ملی رجعت‌دهی قربانیان قاچاق انسان و دیتابیس آنلاین قاچاق انسان، ارایه نمودند.

منبع: آمریت مطبوعات

