بسم الله الرحمن الرحیم

عدالت

ماهنامه‌ی تخصصی، حقوقی و فرهنگی
سال دهم /شماره‌ی مسلسل ۷۲ / دلو ۱۳۸۷

صاحب امتیاز
وزارت عدلیه ج.ا.ا
مدیر مسوول
حلیم سروش
(۰۷۹۹۴۰۲۹۳۶)

هیأت تحریر
قانون‌پوه محمد اشرف رسولی، پوهندوی دکتور فاروق بشر، قضاوت‌پوه شاه علی اصغر شهرستانی، پوهندوی عبدالقادر عدالتخواه، قضاوتپال حضرت گل حسامی، حسن رضایی، صادق باقری، علی پیام، اسماعیل حکیمی، عزیزالله علیزاده مالستانی، قانونمل انیسه احرار، محقق سیف الرحمن ستانکزی و محمد طاهر طاهری.

ویراستار
یعقوب یسنا
دیزاین جلد و صفحه آرایی
جواد سامی
امور تایپ و حروفچینی
رومان و طارق

Website: WWW.moj.gov.af
E-mail: adalat@moj.gov.af
تلفن: ۰۲۰۲۱۰۴۲۵۳

قیمت ۴۰ افغانی

نشانی: چهارراهی پشتونستان، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان، ریاست نشرات، دفتر مجله‌ی عدالت

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 نتیجه گیری 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:

- کتاب: نام و نام خانوادگی نویسنده/ نویسندگان، نام کتاب، نام مترجم، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار و شماره صفحه.
- مقاله: نام و نام خانوادگی نویسنده، «عنوان مقاله در داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد و شماره صفحه.
- سایت انترنتی: نام و نام خانوادگی نویسنده، (تاریخ دریافت مطلب (از سایت)، «عنوان مطلب در داخل گیومه»، نام سایت انترنتی و بالاخره آدرس کامل سند در سایت مزبور.
- 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.
- در صورتی که صفحهٔ 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. هر گاه 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 انترنتی دیگری نشر شده باشد.

فهرست

مقاله‌ها

- اطاله دادرسی در محاکم جمهوری اسلامی افغانستان • علی پیام ۴
- اسباب کسب ملکیت • فضل الله احسان ۲۲
- چک نوعی از اسناد قابل معامله تجارتی (ظهر نویسی) • انیسه احرار ۴۲
- د افغانستان په اساسي قوانینو کې تثبیت شوی او تسجیل شوي بشري حقوق • حضرت گل حسامی ۵۸
- سن رشد از نگاه شریعت و قانون • محمد عثمان ژوبل ۷۳
- د اسلامی فقهی قانونی مرجعیت • عبدالباری غیرت ۸۳
- تفریق از نگاه شریعت اسلامی و قوانین افغانستان • لطیفه احمد زی ۸۸
- همکاری ارگان‌های دولت در ساحه تطبیق قانون محابس • رخشانه حضرتی ۹۷
- په ګانه کې زکات او د فقهاء ؤ نظریات • عبدالکریم فضلی ۱۰۶
- نظام‌های پلیسی و دادگاهی • سید محمد احسانی ۱۱۳
- عوامل موفقیت و شکست عدالت در اندیشه رهبری و حاکمیت • قاسم قاموس ۱۲۲
- اشتباه یا غلط در معامله • موسی فکوری ۱۵۶
- په اسلام کې عدالت او مساوات • سید حبیب شاکر ۱۷۳
- اصطلاحات حقوقی • محمد عثمان ژوبل ۱۷۹

گزارش‌ها

- گزارشی از حمله انتحاری بر وزارت عدلیه و ریاست محابس، آمار شهدا و ... ۱۸۵
- شورای وزیران به ارواح پاک شهیدان حمله تروریستی ۲۳ دلو اتحاف دعا نمود.
- تایید طرح قانون مبارزه علیه مواد مخدر و تصویب طرح مقرره حمایت و تقویت تغذی طفل با شیر مادر در شورای وزیران ۱۸۹
- دیدار آقای جو هلمن با وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان ۱۹۲
- تایید طرح قانون حمل و نقل اموال و طرح تعدیل ماده دهم قانون شرکت‌های سهامی و محدود المسوولیت در شورای وزیران ۱۹۴

اطاله دادرسی در محاکم جمهوری اسلامی افغانستان

علی پیام

موضوع مقاله: دادرسی محاکم جمهوری اسلامی افغانستان
موضوع خاص: اطاله دادرسی در محاکم افغانستان
هدف مقاله: ارایه راه‌حل برای تسریع در روند رسیدگی قضایی پرونده‌های محاکم و بررسی راهکارها و راهبردها.

چکیده مقاله

مقاله حاضر ابتدا به مشکل و معضل اطاله و کندی روند رسیدگی پرونده‌های قضایی اشاره خواهد کرد. بعد از شناسایی مشکل به ارایه راه‌حل‌های برای تسریع و رعایت میعاد معینه قانونی خواهد پرداخت. برای ارایه راه‌حل و راهکارها به شیوه‌های اتخاذ شده توسط سایر کشورها نیز اشاره خواهد کرد و الگوهای برای تسریع روند دادرسی و رعایت میعاد معینه قانونی از کشورهای دیگر مثال زده خواهد شد.

کلمات کلیدی

اطاله دادرسی در محاکم افغانستان، محاکم، دادرسی، رعایت میعاد معینه قضایی

تحریر محل مناقشه: نزاع در اطاله دادرسی و کندی سیر رسیدگی قضایی پرونده‌های محاکم جمهوری اسلامی‌افغانستان است. این امر موجب مشکلات و پیچیدگی‌های روند رسیدگی پرونده‌های قضایی شده‌است که در نتیجه هم مردم و هم دولت خصوصاً دستگاه قضایی و اجرایی با مشکلات مواجهه گشته‌است. پس ادعا این است که روند رسیدگی به پرونده‌ها در دستگاه‌های عدلی و قضایی کند است، به عبارت دیگر در دادرسی‌های قضایی و عدلی میعاد معینه رعایت نمی‌گردد. و طرح این است که چه راهکارها و راهبردهای را دستمایه عبور از این مشکلات اتخاذ کرد؟

مقدمه

انباشت، تراکم، اطاله رسیدگی قضایی و پیچیدگی پرونده‌ها در محاکم افغانستان سبب شده‌است تا روند دادرسی قضایی به کندی پیش برود. این امر دو پیامد منفی را به دنبال دارد: اولا موجب تضییع وقت مردم می‌شود، یعنی از آنجایی که اطاله دادرسی به کندی پیش می‌رود، باعث می‌گردد که شهروندان درگیر در پرونده‌های قضایی در دستگاه‌های قضایی و محاکم معطل بماند و در نتیجه وقت شان هدر رود؛ دوم، اطاله باعث می‌گردد که بودجه بیشتر هزینه گردد؛ سوم، سبب می‌شود که نارضایتی مردم از سیستم قضایی اوج بگیرد و در نتیجه باعث سلب اعتماد مردم نسبت به دولت گردد؛ چهارم، از آنجا که دستگاه قضایی مرجع و منبع اصلی تامین عدالت می‌باشد، اطاله رسیدگی عبارت اخرای بی‌عدالتی است. با توجه به این موارد ضروری است که ابتدا موضوع اطاله دادرسی را شناسایی کنیم و سپس به بررسی و تحلیل اطاله پرداخته و راهکارها و راهبردهای سلب اطاله دادرسی را کشف کنیم و پیشکش نظام قضایی کشور بسازیم. تا شاید راه تفکر و تدبر را فراهم سازد. و مسوولان دستگاه قضایی آستین بالا زده و در تسریع روند رسیدگی قضایی تلاش کنند تا مسیر تامین عدالت تسهیل گردد.

کلیات بحث

تعریف اطاله دادرسی

اطاله در فرهنگ لغت به معنای «آن چیز را دراز کرد»[۱] می‌باشد. اما از نظر قضایی و در ارتباط با دادرسی عبارت است از: «طولانی شدن نامعقول و غیر متعارف جریان رسیدگی به پرونده‌ها در مراجع قضایی»[۲] منظور از اطاله در اینجا علاوه بر طولانی شدن نامعقول و غیر متعارف جریان رسیدگی قضایی پرونده‌های محاکم افغانستان، عدم رعایت میعاد معینه قانونی را نیز شامل می‌شود. بی‌گمان اطاله دادرسی یکی از معضلات و مشکلات دستگاه قضایی افغانستان است که نیازمند بررسی و اتخاذ تدابیر جدی می‌باشد. قابل یادآوری است که دامنه اطاله دادرسی وسیع است و شامل هر دو دعوای مدنی و کیفری می‌گردد که با توجه به وجوه اشتراک این دو نوع دعاوی در برخی اصول دادرسی و معیارهای کلی، علل اطاله دادرسی هر دو مورد تا حدود زیادی مشابه هستند.[۳]

مستندات بحث

نمای اول

به اعتراف یکی از مسوولین طی صحبت غیر رسمی می‌گفت که انباشت و تراکم پرونده‌ها در محاکم به حدی است که دستگاه قضایی افغانستان جواب‌گوی قضایا نیست، بنابراین پدیده اطاله دادرسی، از مشکلاتی است که به بی‌عدالتی و مشکلات مردم و دولت و دستگاه قضایی و عدلی و ظابطین قضایی دامن می‌زند. به علاوه در سال‌های آخر شخص این‌جانب، شاهد بودم که در یکی از ولایت‌های کشور برخی از پرونده‌های اتهامی جرمی بیش از ۱۲ ماه در محکمه و

سارنوالی معطل مانده بود و به یکدیگر پاس داده می‌شد و این پرونده‌ها همچنان سرگردان می‌گشت و متهمین در زندان بلاتکلیف به سر می‌بردند. و همچنین در سال‌های آخر شاهد بودم که در یکی از ولسوالی‌ها دعوایی برای رسیدگی به جرگه و یا شورای محلی (شورای ریش سفیدان قریه) واگذار گردیده بود. همچنین در همین سال‌های آخر شاهد بودم که اعضای شورای ریش سفیدان محلی در یکی از قریه‌های کشور، عینا در مقام قاضی با صلاحیت محکمه، به دعوا رسیدگی قضایی کردند. بازهم تا همین پارسال شاهد بودم که در حدود پنج ولسوالی یکی از ولایت‌های کشور فاقد دستگاه محکمه بودند.

همچنین در دوران تصدی این جانب به عنوان ناظر رعایت حقوق بشر در یکی از ولایات، رییس پولیس یکی از ولسوالی‌ها می‌گفت که دو نفر از قریه‌های خیلی دور از مرکز ولایت به خاطر دعوایی بر سر یک پاکت سیگرت مسیر طولانی و صعب العبور و کوهستانی را چند روزه پیموده بودند و در مرکز ولسوالی آمده بودند تا به دعوای شان رسیدگی قضایی شود. این درحالی بود که کرایه موتر و خورد و خوراک هریک از طرفین دعوا به همراه شهودشان ده‌ها برابر ارزش پولی پاکت سیگار می‌شد. همان رییس پولیس اضافه کرد که طرفین دعوا مدت چند روز در بازار ولسوالی معطل ماندند. افزون بر اینها در همین سال‌های آخر شخص این جانب شاهد بودم که ماجرای دعوای فامیلی به شورای ریش سفیدان ارجاع شد اما شورا با تشبث به فرهنگ قبیله‌ای و ریش سفیدی فیصله کردند که بایستی زن، همان طوری که با چادر سفید به خانه شوهر می‌رود باید با کفن سفید بیرون شود. بنابراین، هیچ توجه‌ای به ضرب و شتم مدعی نشد.

نمای دوم

ملاحظه نمای اول بحث تصور ابتدایی دادرسی در افغانستان را برای ما به وضوح بیان می‌کند که مسوولین و مقامات صلاحیتدار کشور و زمامداران نگاه دقیق و تیز بینانه‌ای به دادرسی و روند صحیح و بی دردسر و آسان داشته‌باشد. با توجه به روحیه اصلی فرهنگ و جغرافیا و سهولت‌های دادرسی و زندگی مردم شیوه‌های مفیدی را اتخاذ کنند.

آشکار است که مشکل پرونده‌های بلاتکلیف و انباشت آنها و مسیر طولانی رسیدگی و همچنین کینه توزی و کمرنگ بودن فرهنگ گذشت و صلح و فقدان شیوه‌های عادلانه و آسان حل و فصل دعاوی و همچنین کمبود و نواقص دستگاه قوه قضاییه در رفع مشکلات دعاوی شهروندان، تمام سیستم دستگاه قضایی کشور را با مسیرهای صعب العبور مواجهه ساخته‌است.

سیستم‌های رسیدگی‌کننده به دعاوی

هدف از قضا و رسیدگی قضایی و حکم قضایی و یا فرجام نیک یک پرونده ادعایی تامین عدالت است که عدالت میزان سنجش تمام سطوح زندگی یک انسان را تشکیل می‌دهد. در ارتباط با حل و فصل یک پرونده عموما دو مرجع متصور است: یکی مرجع با صلاحیت دستگاه قضایی و دیگری مرجع غیر قضایی. کشورهایی عملا برای غلبه بر اطاله دادرسی و عبور از

مشکلات طولانی شدن دادرسی به سیستم غیر قضایی نیز متسمک شده‌اند. در این نوشته به طور مبسوطی به هر دو سیستم می‌پردازیم. حق این است که مرجع صلاحیتدار رسیدگی به هرگونه دعاوی، محاکم جمهوری اسلامی‌افغانستان است. اما در یک تقسیم بندی آسان و راحت مراجع حل و فصل دعاوی مدنی و جزایی به دو قسم سیستم رسمی و قضایی که در دستگاه قضایی، و توسط قضات مامور دستگاه قضایی حل و فصل می‌گردد و سیستم غیر رسمی و عرفی و یا خارج از دستگاه قضایی، تقسیم می‌گردد.

تقسیم بندی مراجع حل و فصل پرونده مدعی و مدعی‌علیه

الف) رسیدگی با خصلت قضایی و یا رسیدگی قضایی رسمی

دایره صلاحیت

قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان دایره صلاحیت رسیدگی قضایی را معرفی کرده، چنین تصریح می‌کند: «هیچ قانون نمی‌تواند در هیچ حالت قضیه یا ساحه را از دایره صلاحیت قوه قضاییه خارج ساخته و به مرجع دیگری تفویض نماید. این حکم مانع تشکیل محاکم خاص مندرج مواد شصت ونهم، هفتاد وهشتم و یکصد وبیست وهفتم قانون اساسی و محاکم عسکری در قضایای مربوط به آن نمی‌گردد.»[۴]

قانون اساسی در تعریف قوه قضاییه گفته‌است که قوه قضاییه از ستره محکمه به حیث رییس قوه قضایه و محاکم استیناف و محاکم ابتداییه[۵] و همچنین محاکم خاص تشکیل می‌گردد.[۶] صلاحیت این قوه تطبیق قانون در تمام انواع پرونده‌های بررسی شده توسط محاکم می‌باشد.

در دایره دادرسی رسمی صلاحیت قضایی محاکم شامل رسیدگی به تمامی دعاویی است که از طرف اشخاص یا ارگان‌ها به شمول دولت، به عنوان مدعی و مدعی‌علیه اقامه می‌گردد.[۷] قانون اساسی تصریح کرده‌است که هیچ قانونی نمی‌تواند تحت هیچ شرایطی قضیه یا ساحه‌ای را از صلاحیت قوه قضاییه خارج سازد.[۸] تمام فیصله‌های قطعی محاکم اجرا می‌گردد به جز حکم به مجازات اعدام همچنان تخفیف یا عفو مجازات.[۹] همچنین محاکم افغانستان، قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند.

قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضاییه افغانستان در مورد صلاحیت رسیدگی می‌گوید: «صلاحیت قوه قضاییه شامل رسیدگی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت به حیث مدعی یا مدعی‌علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه می‌گردد.»[۱۰] طبق قانون اجراات جزایی موقت برای محاکم در خصوص صلاحیت محاکم نسبت به رسیدگی جرایم: «محکمه ولسوالی صلاحیت رسیدگی جرایم قباحت، جنحه و جنایت را مطابق احکام قانون دارا می‌باشد.»[۱۱]

با توجه به مفاد مواد مذکور رسیدگی قضایی آنگاه تحقق می‌یابد که رسیدگی در محاکم و توسط قضات رسمی صورت بپذیرد. بنابراین هرگاه شاکی و یا مدعی و یا متضرر قصد داشته‌باشد که به دعوایش رسیدگی قضایی صورت بگیرد، قطعا رسیدگی به دعاوی که در

خارج از محاکم و خارج از دایره تشریفات اصول محاکمات جزایی و مدنی و تجارتی صورت بگیرد، رسیدگی و دادرسی قضایی نخواهد بود. طوری که گفته آمد در حال حاضر دستگاه قضایی کشور توانایی غلبه بر انباشت پرونده‌ها را ندارد. پس باید در جست‌وجوی راه‌های دیگری نیز برآمد که بار مشکلات دستگاه قضایی را تقسیم کند و دوش محاکم را کمی‌سبک گرداند. آیا آن شیوه چه چیزی خواهد بود؟ و آیا تا اندازه می‌تواند مشکلات اطاله دادرسی را بر طرف کند؟

ب) رسیدگی به دعاوی با خصلت غیر قضایی

مرجع رسیدگی خارج از محاکم

سیستم عرفی

آگاهان و کارشناسان حقوق قضایی در مورد سیستم خارج از دستگاه قضایی بسیار نظر داده‌اند. کشورهای بسیاری نیز در این زمینه تجربیات نیکی دارند. این تجربیات می‌رساند که همیشه مرجع اصلی و صلاحیتدار و یا دستگاه قضایی یک کشور تمام نیست. یعنی مراجع رسمی همیشه نمی‌تواند بر مشکلات پرونده‌های قضایی غلبه کند. بلکه بر عکس گاهی است که تایرهای موتر دستگاه قضایی در زمین‌های ناهموار و مغیلان مشکلات دادرسی پنچر می‌شود. وانگهی باید به دنبال شیوه‌ای حرکت کرد که عصای دست دستگاه قضایی شود. آیا این عصای دست چیست؟ با توجه به تجربیات کشورهای مختلف تمسک به شیوه‌های غیر رسمی ممکن است که همان عصای دستی باشد که بتوان روی آن تکیه کرد. و این شیوه‌های غیر رسمی در سراسر جهان به خصوص در کشورهای در حال توسعه نفوذ گسترده دارد. برای بسیاری از مردم به خصوص فقرا و ضعفا در بسیاری از کشورها بنیانی برای حل اختلاف و دسترسی به عدالت می‌باشد. مثلاً در افغانستان معمولاً ۸۰ تا ۹۰ در صد اختلافات از طریق سازوکارهای غیر رسمی حل می‌گردد.[۱۲]

این شیوه‌ها در بسیاری از کشورهای جهان به خصوص کشورهای جنوب و جهان سومی رواج فروانی داشته و نقش مهمی را در حل دعاوی مردم بازی می‌نماید. طبق آمارها در برخی کشورها در صد بالایی از دعاوی از طرق غیر رسمی فیصله می‌گردد. مثلا در کشور مالاوی ۸۰٪ تا ۹۰٪ تمام دعاوی از طریق چوکات‌های عدلی عرفی رسیدگی می‌شود. در بنگله دیش تخمیناً ۶۰ تا ۷۰٪ دعاوی محلی از طریق «سالیش» یا چوکات عرفی حل و فصل می‌گردد. در سیرالیون تقریباً ۵۸٪ مردم در حیطه صلاحیت قانون عرفی قرار دارند که به موجب قانون اساسی به عنوان «مقررات حقوق عرفی» نسبت به جوامع خاصی در سیرالیون نافذ است. ملکیت عرفی ۷۵٪ زمین‌ها را در اغلب کشورهای آفریقایی پوشش می‌دهد که بر ۹۰٪ معاملات زمین در کشورهای مثل موزامبیک و غنا تاثیر می‌گذارد. به طور تخمینی ۸۰٪ مردم به روندی دعاوی خود را برای مصالحه آن‌هم بار اول به نهادهای رسیدگی عرفی طرح می‌نمایند.[۱۳]

آمار بالا نحوه دادرسی عرفی را اعلان می‌کند. اما درستی و صحت و تطبیق عدالت را نمی‌رساند. چه این‌که دادرسی توام با تامین عدالت روح اصلی دادرسی‌های رسمی و حل و فصل عرفی و خارج از دستگاه قضایی است.

تجربه‌های ژاپن در اتخاذ شیوه‌های غیر رسمی

نهاد حل اختلاف

آیا کشورهای دنیا برای تسریع دادرسی چه الگوها و مدل‌هایی را اتخاذ کرده‌است؟ شیوه‌های خارج از دستگاه قضاییه که اطاله دادرسی را در محاکم رسمی‌کاهش بدهد. ژاپن برای تسریع در روند رسیدگی قضایی و عبور از انباشت و تراکم پرونده‌ها در محاکم و فرار از طولانی شدن رسیدگی، اقدام به ایجاد «نهادهای حل اختلاف» کرده‌است که در زیر گزارشی از روند این کار را با هم مرور می‌کنیم: مرکز حل اختلاف سوانح رانندگی در کشور ژاپن یکی از نهادهای حل اختلاف در خارج از دادگاه است که می‌تواند در کاهش تراکم ورودی پرونده‌ها به دادگاه موثر باشد. زیان دیدگان در حوادث رانندگی معمولا مجبورند برای استیفای حق خود به دادگاه مراجعه کنند. این امر مستلزم پرداخت هزینه‌هایی از قبیل هزینه دادرسی، وکالت و کارشناسی است. شرکت‌های بیمه به انحای مختلف سعی دارند مبالغی کمتر از میزان خسارت بپردازند. طولانی بودن جریان رسیدگی و تشریفات خاص رسیدگی در دادگاه‌ها موجب تشدید خسارات زیاندیده می‌گردد. روی این ملاحظه بوده‌است که این کشور از دهه ۱۹۷۰ با همکاری اتحادیه شرکت‌های بیمه و کانون وکلا، نهادی تحت عنوان مرکز رفع اختلاف سوانح حمل و نقل (که در ابتدا شورای تشخیص سوانح نامیده می‌شد) ایجاد نماید. مبنای اصلی ایجاد چنین نهادی نیاز به وجود یک نهاد بی‌طرف در رفع اختلافات ناشی از حوادث رانندگی است. مرکز رفع اختلاف سوانح حمل و نقل توسط وکلای با سابقه و قضات بازنشسته اداره می‌شود و هزینه‌های آن را اتحادیه شرکت‌های بیمه از محل حق بیمه اشخاص ثالث می‌پردازد. مسوولین اتحادیه شرکت‌های بیمه در اداره مرکز دخالتی ندارند. در حال حاضر در این کشور به تعداد ۱۰ مرکز حل اختلاف سوانح رانندگی وجود دارد.

رسیدگی در این مراکز به جای دادگاه امتیازاتی برای زیان‌دیدگان در بردارد که ازجمله می‌توان گفت در این شیوه زیان‌دیده هیچ هزینه‌ای متحمل نمی‌شود. همچنین نتیجه رسیدگی در مقایسه با دادرسی در دادگاه، سریع‌تر حاصل می‌شود. به علاوه افرادی که میانجیگری یا داوری را بر عهده دارند، از میان وکلای با سابقه و قضات بازنشسته انتخاب شده‌اند. افزون بر اینها زیان‌دیده می‌تواند در مقایسه با دادرسی دادگاه، با ارایه دلایل ساده‌تر غرامتی یکسان با دادگاه دریافت دارد. همچنین زیان‌دیده ملزم و موظف به پذیرش طرح پیشنهادی میانجی و یا حکم داور نیست در حالی که طرف مقابل (شرکت بیمه) موظف به پذیرش است. به اضافه زیان‌دیده در هرمرحله حق مراجعه به دادگاه را دارد. بالاخره با توجه به ارتقای سطح رضایتمندی مراجعین، درآمد شرکت‌های بیمه از طریق فروش بیمه‌نامه‌ها افزایش می‌یابد. آمار نشان داده‌است که قسمت عمده پرونده‌های مرکز حل اختلاف سوانح رانندگی در

کمتر از سه ماه به نتیجه رسیده‌اند. میانگین زمان رسیدگی در دادگاه‌ها به طور دقیق مشخص نیست اما بدون شک رسیدگی در مرکز به مراتب سریع‌تر از دادگاه‌ها است.(۱۴)

با این حساب کشور ژاپن اولا برای حل و فصل سریع، دوم، کاهش ورودی پرونده‌ها در رودخانه دستگاه قضایی اقدام به ایجاد نهادهای حل اختلاف خارج از سیستم قضایی کرده است. همان طوری که گزارش مذکور نشان می‌دهد در کشور مقصد کار موفق و کارایی بوده‌است.

موسسات شبه قضایی

مدل‌ها و الگوهای از جنس شبه قضایی

الگوهای از جنس شبه قضایی نیز محصول تجربیات برخی از کشورهای دنیا است. برخی از کشورها به موازات دستگاه‌های قضایی رسمی، موسساتی تشکیل داده‌اند بدون آنکه بتوان آنها را دادگاه به معنای خاص بنامیم ولیکن عملا حل اختلافات فیمابین اشخاص را در محدوده صلاحیت خود بر عهده دارند. آمار نشان می‌دهد که این گونه تشکیلات شبه قضایی در اغلب موارد از لحاظ کمی بیش از سیستم رسمی قضایی به اختلافات پایان می‌دهند.

نمونه‌های این نوع موسسات، هم در نظام حقوقی کامن‌لا و هم در سیستم رومی – ژرمنی ملاحظه می‌شود. در کشور انگلستان موسسات شبه قضایی که بعضا به آنها دادگاه نیز گفته می‌شود همه ساله به بیش از یک میلیون دعاوی ناشی از امور اداری و مشکلات دیگر ناشی از اجرای بعضی از قوانین رسیدگی می‌کنند. وسعت موضوعاتی که در محدوده صلاحیت این موسسات قرار دارند نشان از کارآمدی این سیستم دارد.

همه کسانی که به قضاوت در این موسسات مشغولند لزوماً حقوقدان نیستند. حتا در مواردی از وکلای شاغل دادگستری نیز برای قضاوت دعوت به عمل می‌آید. البته موسسات مذکور توسط نظام قضایی رسمی انگلستان نظارت می‌گردد. فایده‌ای که این موسسات شبه قضایی دارد این است که حل اختلافات در این مرحله اشخاص را از مراجعه به دادگاه عالی قضایی که رسیدگی در آن اغلب پر هزینه و تابع تشریفات است بی‌نیاز می‌سازد. اگر چه دادگاه عالی قضایی واجد صلاحیت عام در رسیدگی به کلیه دعاوی می‌باشد.(۱۵)

ایتالیا

مراجع سازش

دعاوی ناچیز مثلا یک پاکت سیگرت واقعاً ناچیز است. درگیر کردن دستگاه قضایی با این ناچیزها آنقدر مقرون به اخلاق کریمانه افغانیگی نیست. آیا مدل‌های کشورهای دیگر در این باره چیست؟ ایتالیا از جزو آن دسته کشورهای است که برای بیرون شدن از ورودی پرونده‌های ناچیز در دستگاه عریض و خرج بردار قضایی و وقت تلف‌کن مدلی سازش بین اصحاب دعوا را روی دست گرفته‌است. حل و فصل دعاوی از طریق موسسات شبه قضایی سطوح درگیر شدن دستگاه قضایی را به دوش می‌گیرد و عصای دست قوه قضاییه می‌گردد.

این امر سبب می‌شود که دستگاه قضایی درگیر اختلافات ناچیز و مبتدی نگردیده در نتیجه محاکم فرصت دقت و تدبر در مسایل قضایی پر اهمیت را پیدا می‌کنند. چنانچه که در کشور ایتالیا در کنار محاکم ولسوالی‌ها و ولایات و دیوان عالی کشور تعداد قابل ملاحظه‌ای مراجع سازش Conciliatori نیز وجود دارد که با توجه به کثرت این مراجع (قریب به ده برابر دادگاه‌های بخش) جایگاه قابل ملاحظه‌ای در پایان دادن به دعاوی کم اهمیت را به خود اختصاص داده‌اند.(۱۶)

و این، یک راه غلبه بر اطاله دادرسی و جلوگیری از درگیر شدن نظام قضایی که کارهای عمده‌تری دارند، می‌باشد. شاید این سوال بد نباشد این‌که آیا می‌توان شیوه ایتالیا را در طبقه بندی دعاوی و سپس ارجاع آن به مراجع عرفی اتخاذ کرد؟ که البته این‌جانب در چندین پرونده قضایی در یکی از محاکم مرافعه شهری حضور داشته‌ام. و بایستی صحت مسیر دادرسی را نظارت می‌کردم. قاضی محکمه ابتداییه همین کار را کرده‌است. بماند این‌که آن مراجع عرفی‌ای که پرونده‌ها برای مصالحه و رسیدگی و یا حداقل اظهار نظر ایمانی و وجدانی به آنها ارجاع گردیدند، ظاهراً در پرونده‌ها جانبدارانه عمل کردند. این، بحث بعدی است.

ایران

شوراهای حل اختلاف

جمهوری اسلامی‌ایران شیوه‌های برای حل وفصل دعاوی از طریق مراجع غیر رسمی را تحت نام «شوراهای حل اختلاف» ایجاد کرده‌است. طبق اظهارات مسوولان قضایی و شوراهای حل اختلاف کاربرد مفیدی داشته‌است. البته این کشور مراجع حل وفصل دعاوی عرفی را از قبل به نحوی داشته‌است. مثلا حل وفصل‌های که از طریق ریش سفیدان یا به تعبیر ایرانی‌ها «کدخدا منشی» که امری غیر سازمان‌یافته بوده‌است و همچنین خانه انصاف صورت می‌گرفته‌است، در بستر تاریخ قضای خود دارد. مثلا قانون تشکیل شورای داوری مصوب ۱۳۴۵ هجری شمسی اجازه می‌داد که وزارت دادگستری به منظور رسیدگی و حل اختلافاتی که در قانون از آنها اسم برده شده بود در شهرها تاسیسی به نام شورای داوری ایجاد نماید. در حمل سال ۱۳۴۴ نیز قانون تشکیل خانه انصاف به منظور حل وفصل اختلافات میان ساکنان روستاها، از طریق شورایی به تصویب رسیده بود. اما این کشور در سال‌های آخر با توجه به تجربیات دیگر کشورها ابزار قانونی رفع برخی از اختلافات مردم را در خارج از محاکم دادگستری توسط مقنن فراهم کرده‌است. و شیوه‌ای تحت عنوان شوراهای حل اختلاف را قانونی ساخته‌است. شوراهای حل اختلاف بر مبنای ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ایران ایجاد شده است که سرآغاز تحولی در قوه قضاییه و در جهت کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی می‌باشد.(۱۷)

این کشور با بهره‌گیری از تجربیات دیگر کشورها و مطالعه روی سوابق قضایی خودش جهت تفوق بر اطاله دادرسی، شوراهای حل اختلاف را ایجاد کرده‌است تا اولا مراجعات مردم به محاکم قضایی را کاهش دهد؛ دوم، توسعه مشارکت‌های مردمی را تسهیل کند؛ سوم، اختلافات محلی

و اموری که ماهیت قضایی ندارد و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است را به شوراهای حل اختلاف واگذار کند.[۱۸] بنابراین، الگو و مدل ایران مبتنی بر این سیاست است که شوراهای حل اختلاف اولا حل و فصل اموری را به عهده بگیرد که ماهیت قضایی ندارد. دوم، حل و فصل اموری را به پیش ببرد که ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است.[۱۹]

به گفته مسوولین و مقامات مسوول ایران شوراهای حل اختلاف در کاهش انباشت پرونده‌ها نقش به سزایی داشته‌است. به قول رییس شوراهای حل اختلاف ولایت تهران، با راه‌اندازی این حوزه‌ها در سال گذشته، حجم پرونده‌های ارجاعی به دادگستری‌ها ۴۷ درصد کاهش یافته که این میزان در سال جاری به ۷۵ درصد خواهد رسید. به گفته وی، مجموع پرونده‌های وارده به این حوزه‌ها که پس از صدور رای مختوم‌شده در حوزه‌های شهر تهران حدود ۹۹/۹درصد و در سطح ولایت تهران بیش از ۱۰۰درصد بوده‌است.[۲۰]

با این حساب ایران شوراهای حل اختلاف را از جمله طرح‌های اصلاح نظام قضایی اعلام کرده‌است که توانسته است بخشی از بار دستگاه قضایی را به معتمدین مردم منتقل کند.[۲۱]

اتریش

تحولات سیستم قضایی

الگو سازی‌ها و مدل‌گیری‌ها و استفاده از تجربیات کشورهای مختلف می‌تواند سرآغاز تحول در نظام قضایی کشور باشد. سیستم قضایی سنگ نیست تا هیچ تحولی را برنتابد. بلکه یک رقم‌های شبیه به جریان آب است. منتها درایت و مدیریت می‌طلبد تا سیستم قضایی را از حالت ایستایی و سنگ شدگی به سوی تحول رهنمون کند. در ارتباط به تحول در سیستم قضایی می‌توان به کشور اتریش اشاره کرد. این کشور توانسته است با تحول سیستم قضایی چند کار را انجام بدهد. کارهای مانند کاهش هزینه‌های دادرسی، تسریع در روند رسیدگی به پرونده‌ها و توجه بیشتر به حقوق طرفین دعوا و امثال آنها. تسریع در رسیدگی به پرونده‌ها با رعایت حقوق طرفین علی رغم کمبود قاضی در دستور کار این کشور قرار گرفته‌است. سعی شده‌است از تشریفات کاسته شود و بیشتر اصل موضوع مورد توجه قرار گیرد. در سال‌های اخیر تمهیداتی اتخاذ شده‌است تا جریان دادرسی با آهنگ بیشتری انجام یابد و سریع‌تر پرونده‌ها به تصمیم نهایی منتهی شود. مبتنی بر سیاست تحول سیستم قضایی و تسریع در روند دادرسی ٪۸۵ دعاوی از هر نوعی که باشد ظرف یک سال رسیدگی و تصمیم نهایی اتخاذ خواهد شد. سایر پرونده‌ها حداکثر ظرف سه سال رسیدگی خواهد شد. بین ٪۲ تا ٪۷ پرونده‌های باقیمانده رسیدگی طولانی می‌شود و بیش از سه سال به طول می‌انجامد. رسیدگی به بعضی از پرونده‌ها یازده سال طول کشیده‌است. اتریش تابع کنوانسیون حقوقی و قضایی اتحادیه اروپا می‌باشد (کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) دادگاه اشتراسبورگ اعلام کرده‌است پرونده‌ها باید ظرف سه سال رسیدگی شود، سعی شده‌است دعاوی بیش از سه سال به طول نیانجامد. در صورت عدم رعایت کنوانسیون مذکور این کشور مورد سوال قرار خواهد گرفت و

محکوم خواهند شد. لذا از طرفین دعوا می‌خواهند تا برای تسریع در رسیدگی الزاماً باید دلایل و مدارک خود را ارایه نمایند. در خط و سیر این تحول، به طور متوسط هر قاضی در سال ۵۵۰ پرونده رسیدگی کرده‌است.[۴۲]

قالب‌های تجربیات حل و فصل سیستم عرفی

مجموع الگوهای کاری و مدل‌های حل و فصل منازعات از طریق غیر مجاری دستگاه قضایی تحت سه عنوان قرار می‌گیرد. این سه شیوه عبارتند از سازش، داوری و موسسات شبه قضایی. سازش (Conciliation) از دیدگاه قضایی یکی از مراحل قبل از ورود دادرس در رسیدگی و صدور حکم می‌باشد. دادگاه، طرفین را به حصول یک توافق تشویق می‌نماید و در صورتی که توافق حاصل بشود با تنظیم گزارشی اصلاحی به اختلاف پایان می‌بخشد.[۴۳]

اما داوری از دیدگاه قضایی ارجاع اختلاف به اظهار نظر (حکمیت) یک یا چند نفر خارج از کادر قضایی، داوری (Arbitrage) نامیده می‌شود. این شیوه امری متداول و معمول است که کاربردی به مراتب بیشتر از سازش دارد. داوری به ویژه در حل اختلافات ناشی از قراردادهای تجاری مورد استفاده قرار می‌گیرد.[۴۴]

البته داوری از منظر داوری بین‌المللی یکی دیگر از شیوه‌های رسیدگی سریع به قضیه است. نگرانی از عدم بی‌طرفی دادگاه‌های کشور طرف قرارداد و همچنین اطاله دادرسی که کمابیش از مختصات نظام‌های رسمی قضایی می‌باشد پیش‌بینی داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی را امری اجتناب ناپذیر ساخته‌است.

در این راستا سازمان‌های رسمی داوری به ویژه در ارتباط با حل و فصل اختلافات مرتبط با قراردادهای خارجی ایجاد گردیده‌است که برخی از آنها نقش قابل توجهی در رفع سریع اختلافات بازی می‌کنند. حل اختلافات تجاری از طریق موسسات تخصصی امروز بیش از پیش مورد استقبال قرار می‌گیرد. زیرا سرعت عمل، کارایی، محرمانه بودن، بی‌طرفی داوران، کم هزینه بودن و استفاده از حقوقدانان حرفه‌ای به عنوان داور، موجب شکل گیری رویه‌های مورد پسند و رضایت بخش می‌گردد و حل سریع اختلافات تجاری نیز به سهم خود از عوامل تاثیرگذار در گسترش تجاری و در نتیجه شکوفایی اقتصادی کشورها خواهد بود.[۴۵]

روش‌های حل و فصل عرفی در افغانستان

روش‌های بومی

اما اطاله دادرسی و انباشت پرونده‌ها در دستگاه‌های قضایی و سارنوالی‌ها اول بحث ماست. انباشت و تراکم پرونده‌ها با قید طولانی شدن رسیدگی و پیچیدگی‌های قضایی به عبارت دقیق‌ترش اطاله غیر معقول دو مشکل خلق کرده‌است:

۱- **مشکل مردمی:** به این معنا که اصحاب دعوا به تعقیب و دنبال پرونده‌های شان دایم سرگردانند و باید دروازه‌های محاکم را بکوبند و در چارچوبه‌های دروازه‌ها به انتظار رسیدگی

بمانند. این سرگردانی اصحاب دعوا معنای عدالت‌گستری و عدالت‌خواهی و دادرسی را خدشه‌دار ساخته و باعث رنجش مردمی می‌شوند که در سایه ولایت حکومتش زیست و زندگی بدون تشویش می‌خواهند داشته‌باشند.

۲- مشکل دولتی: پیچیدگی پرونده‌ها و جنجال‌های قضایی موجب پیچیدگی کارهای اداری در دستگاه قوه قضاییه می‌شود و این امر، مخل نظم اداری و پیراستگی کاری خواهد شد. قطعا هرگونه پیچیدگی در پرونده‌های قضایی موجب سو ظن‌ها و بدگمانی‌های اصحاب دعاوی خواهد شد که این، نخستین و ابتدایی‌ترین عیب برای دستگاه قضاییه می‌باشد. حال، دومین پرسش به جا است این‌که آیا با وجود ادعای اطاله دادرسی و با وجود تجربیات عظیم پر ثمر از سوی کشورهای مختلف برای عبور از مشکلات اطاله دادرسی چه چیزی را می‌توان پیش پای قوه قضاییه و مجریان و زمامداران و طراحان سیاست قضایی کشور گذاشت؟ و به اصطلاح چه راهکارها و راهبردهایی را می‌توان پیشکش کرد؟

قالب‌های حل وفصل عرفی افغانستان

پنهان نباید بکنیم این‌که نقایص و کمبود نیروی انسانی و کادر و پرسونل دستگاه قضاییه در سراسر کشور و کمبود قضات یکی از مواردی است که موجب اطاله دادرسی گردیده است. همان طوری که در آغاز بحث گفته شد چشمدیدهای این جانب در سطح یک ولایت نشانگر عدم موجودیت محاکم در پنج ولسوالی است. مزید بر این مشکل، خصلت انتقام جویانه و عدم گذشت مردم که همانا مربوط به فروپاشی اخلاق کریمانه و عفو و گذشت است، نیز موجب سرازیر شدن پرونده‌های که برخی شان ناچیز هستند و برخی از هویت دعاوی قضایی عاری هستند و با تشبث به حداقل پادرمیانی حل و فصل می‌گردد، باعث اطاله دادرسی گردیده‌است. دعاوی ۳۰ ساله که تمام چارستون اصلی ادله اثبات دعوا منهدم شده‌است، علت اصلی دیگر اطاله دادرسی شده‌است. حال، سوال بعدی این است که چه راه‌حل‌های عرفی‌ای که از متن زندگی مردم می‌جوشد و زلال است و سیال، می‌توان پیش پای دستگاه قضایی گذاشت؟

پس برای فروکاستن حجم وسیع پرونده‌های متراکم و انباشته باید راه مکمل و متممی را جست‌وجو کنیم. تا این مکمل بازوی توانایی باشد برای دستگاه قضایی و محاکم افغانستان که در ورطه مشکلات قرار گرفته‌است. آیا این بازوی توانای که به جدال حجم گسترده پرونده‌های انباشته و طولانی شدن رسیدگی قضایی برخیزد و دستگاه قضایی را کمکش کند، چیست؟

در یک تقسیم بندی کلی این بازوی توانا و یاور صمیمی‌هرچه باشد قطعا یا نهاد قضایی باید باشد و یا غیر قضایی. راه سومی هم متصور است که عبارت باشد از تقویت دستگاه قضایی. از نظر تیوری سه کار باید صورت بگیرد تا خانه عدل ملت را از این مشکل به سوی ساحل نجات رهنمون کند:

الف) تقویت دستگاه قضایی

این سالم‌ترین راه است. اما برای تقویت دستگاه‌های محاکم، دولت و قوه قضاییه چه کاری می‌توانند انجام بدهند؟ مشکلی که داد سخن می‌زنیم در نقص دستگاه‌های موجود محاکم است. اما بر فرض تقویت محاکم مشکل «خصلت انتقام‌جویانه و فروپاشی اخلاق کریمانه صلح و سازش» همچنان پابرجاست. البته بحث اخلاق کریمانه و بزرگوارانه در جامعه افغانستان همچنان در محاق بی‌توجهی قرار دارد و تا بنیان‌های اخلاق کریمانه توسعه پیدا نکند و تا اذهان و تفکر مردم کریم و شریف نشود، مشکل همچنان باقی است. به تعبیر هرچه راه‌های گوناگونی را طی طریق کنیم، باز هم در اول خط می‌رسیم که همانا اخلاق کریمانه گذشت و صلح است.

ب) ارجاع برخی از پرونده‌های سبک به جرگه‌ها و یا شوراهای محلی

شوراهای ریش سفیدان و یا مشابه آنها و یا جرگه‌ها یکی از نسخه‌های است که می‌توان تجویز کرد. همان طوری که در قسمت نخست اشاره گردید، دعوای دو نفر اطرافی بر سر یک پاکت سیگرت، از جزو دعاوی سبک است. دعاوی به قول مردم روستا «پشت جوی و ته جوی» از جزو همان دسته دعاوی سبک است. زخمی‌شدن پای یک بزغاله و یا کنده شدن یک نهال از مابین کشت آنقدر مهم نیست. لذا با اندک مایه گذاشتن از مجاری عرفی به سهولت می‌توان حل و فصل کرد. همان گونه که کشورهای مختلف الگو سازی کرده‌اند.

ج) رسیدگی از طریق غیر رسمی
راهکارها و راهبردهای غیر رسمی
پیش‌بینی مکانیزم‌های اخلاقی

برای اتخاذ شیوه‌های سریع و خارج از دستگاه قضایی بایسته است تا متون و مواد قوانین موضوعه کشور را ورق بزنیم، ببینیم در این باره‌ها چه راهبردهایی می‌توانیم ارایه کنیم. در متون قانونی افغانستان ابزارها و شیوه‌های مانند مصالحه و سازش، داوری به وضوح پیش‌بینی شده‌است که در اینجا به آنها می‌پردازیم:

۱- مصالحه و سازش

حق آن است که صلح و سازش در ادبیات حقوقی کشور وجود دارد. قانون مدنی از ماده ۱۲۹۷ تا ۱۳۲۱ به صلح اختصاص یافته‌است. بنابراین صلح یکی از مکانیزم‌ها و شیوه‌های قانونی در مسایل مدنی است. همین قانون در تعریف صلح گفته‌است که صلح، عقدی است که نزاع را رفع و خصومت را به اساس رضایت طرفین قطع می‌نماید.[۲۶] منتها مشروط است به این‌که حقی که از صلح ناشی می‌شود، حق خود صلح‌کننده بوده و ثابت و متعلق به محلی باشد که به منظور آن صلح صورت می‌گیرد و تعویض گرفتن از آن مجاز باشد. اخذ بدل در مقابل صلح جواز دارد.[۲۷] همچنین مصالحه در قانون میانجیگری تجارتی افغانستان نیز پیش‌بینی شده‌است. ماده اول این قانون می‌گوید که این قانون به منظور تشویق طرفین منازعه تجارتی به حل و فصل سریع، عادلانه و بی‌طرفانه از طریق میانجیگری (مصالحه)، فراهم

آوری تسهیلات در زمینه و سایر امور مربوط به آن، وضع گردیده‌است.[۲۸] پس حل و فصل سریع و عادلانه یکی از تاکیدهای است که در متون حقوقی کشور پیش‌بینی شده‌است.

۲- داوری

طبق پیش‌بینی قانون میانجی تجاری: میانجی عبارت از یک شخص حقیقی یا بیشتر از آن است که به اساس توافق طرفین، غرض حل و فصل منازعه مربوط تعیین می‌گردند و میانجیگری (مصالحه) عبارت از عملیه لازم الاجرای است که به تاسی از آن میانجی به اساس درخواست و توافق طرفین، خدمات بی‌طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات اقتصادی و تجارتی انجام می‌دهد. معامله تجارتی شامل کلیه مناسبات دارای ماهیت تجارتی و اقتصادی می‌باشد که به اساس قرارداد یا غیر آن استوار باشد.[۲۹] همچنین طرفین می‌توانند به انصراف از تطبیق احکام این قانون موافقه نمایند.[۳۰] هرگاه میانجی از طرف محکمه یا حکمیت تعیین گردد، احکام این قانون قابل تطبیق نمی‌باشد.[۳۱]

داوری نیز در متون قانونی کشور به رسمیت شناخته شده‌است. قانون حکمیت تجارتی به منظور حل و فصل سریع در منازعات، داوری و یا حکمیت را پیش‌بینی کرده‌است. طبق مفاد این قانون، حکم، شخصی است که وظیفه حکمیت را در منازعات تجارتی به عهده دارد. همچنین حکمیت، عملیه لازم الاجرایی است که به اساس آن حکم یا حکم‌ها یا اداره حکمیت بالاثر تقاضا و توافق طرفین یا قرار محکمه، خدمات بی‌طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات ناشی از قرارداد معاملات اقتصادی و تجارتی، انجام می‌دهند.[۳۲]

داوری و میانجیگری در قانون میانجیگری تجارتی افغانستان نیز اشاره شده‌است. ماده دوم این قانون تصریح می‌کند که میانجیگری عبارت است از عملیه لازم الاجرایی که به تأسی از آن میانجی به اساس درخواست و توافق طرفین، خدمات بی‌طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات اقتصادی و تجارتی انجام می‌دهد.[۳۳]

طبق پیش‌بینی همین قانون نقش میانجیگری به عهده میانجی می‌باشد که در ماده دوم قانون مذکور گفته شده‌است که میانجی، عبارت از یک شخص حقیقی یا بیشتر از آن است که به اساس توافق طرفین، غرض حل و فصل منازعه مربوط تعیین می‌گردند.[۳۴] طبق پیش‌بینی ماده دوم قانون حکمیت افغانستان، حکم شخصی است که وظیفه حکمیت را در منازعات تجارتی به عهده دارد.[۳۵]

طبق تعریف همین قانون حکمیت، عبارت است از عملیه لازم الاجرایی که به اساس آن حکم یا حکم‌ها یا اداره حکمیت پیرو تقاضا و توافق طرفین یا قرار محکمه، خدمات بی‌طرفانه را به منظور حل وفصل سریع و عادلانه منازعات ناشی از قرارداد معاملات اقتصادی و تجارتی، انجام می‌دهند.[۳۶]

قالب‌ها و شیوه‌های حل و فصل غیر رسمی دعاوی
نقش قضات در تسریع دادرسی

بریس می‌گوید که اگر در یک جامعه قانون با ناپاک دستی و دغل کاری اجرا شود در آن جامعه نمک هم شور نیست. و اگر اجرای قانون با ضعف و تردید همراه باشد، نظم جامعه گسیخته می‌شود، زیرا آنچه که خطا کار را از ارتکاب خطا باز می‌دارد قاطعیت قاضی است و نه شدت مجازات. اگر نور عدالت در میان نباشد چه تاریکی محضی! [۳۷] اهمیت قضات در نظام قضایی تا آنجاست که در سیستم قضایی انگلستان، امریکا و هند و خیلی کشورهای دیگر، قانونی به نام«قانون ساخت قاضی» judge made law وجود دارد. بدین ترتیب در قانون ساخت قاضی، قاضی نه تنها مفسر قانون است بلکه واضع قانون هم است. در خیلی از کشورها قوانین ساخت قاضی حجم معظم از مجموعه حقوقی کشور را تشکیل می‌دهد.[۳۸] اما در نظام قضایی افغانستان نقش قضات را کمی‌با تامل ملاحظه کنیم بهتر است. با توجه به نقش کمرنگ قضات و انباشت پروندها و مشکلات دعوا آفرینی مردم بایسته است تا شیوه‌های عرفی را به کمک دستگاه قضایی طلب کنیم. در زیر به مواردی اشاره می‌کنیم.

جرگه‌ها

کتاب ترمینولوژی حقوق، جرگه را لغت مغولی دانسته است به معنای دایره و حلقه محاصره صیدها در شکارگاه‌ها که روزهای بسیار بر آن می‌بودند (یعنی نظامیان به دستور امیر و سلطان) تا وحوش از آن حلقه در شوند؛ آنگاه سلطان، سپس دیگران دست به صید می‌زدند. این کار ضمنا وسیله‌ای بود برای آماده نگه‌داشتن افراد نظامی از نظر صیانت روحیه آنان. مجازا به معنای گروه و دسته متشکل آمده‌است. چنانکه ابن یمین گفته‌است: «اگر جاه جویی به جمع افاضل وگر جای خواهی به جرگ افاضل.»[۳۹]

اما این‌که همین جرگه عبارت اخرای شورای ریش سفیدان قریه هاست؟ البته که از نگاه کارکرد و نقش یکسان است. با فرض یکی بودن جرگه و شوراهای ریش سفیدان، اما یکی از راه‌های حل اختلاف و رسیدگی به دعاوی مردم و جلوگیری از انباشت و همچنین معاضدت و کمک در دستگاه قضایی حل و فصل دعاوی از طریق جرگه‌ها و یا شوراهای مردمی و یا شوراهای ریش سفیدان پیش‌بینی می‌شود. شورا در ادبیات حقوقی عبارت است از: «هیاتی که صلاحیت مشورت کردن و گرفتن تصمیم در مطلب و یا مطلبی را داشته‌باشند.»[۴۰]

آیا شورا می‌تواند به درستی بار عادلانه دستگاه قضایی را به سر منزل مقصود برساند؟ ممکن است که با توجه به روحیه سنتی و قبیله‌ای این مردم شیوه‌های عرفی خیلی بهتر از سیستم قضایی کارا باشد و شاید تجربیات ابسقال‌های ده و روستا خیلی کارکشته‌تر از قضاتی باشند که هنوز خام هستند. این بحث‌ها ابتدایی‌ترین دغدغه‌ها را حکایت می‌کند. حداقل چشم دیدهای این‌جانب از دو سه قاضی محکمه ابتدایه و مرافعه یکی از ولایات (مشت نمونه خروار) این است که این‌گونه قضات خیلی برتری از همان ابسقال‌های دهات ندارند. و شاید هم حل و فصل دعاوی از مجاری جرگه‌ای و شورایی با تمام خطرات و بدی‌هایش بهتر از اطاله دادرسی و صرف هزینه‌های سنگین و در نهایت متوسل شدن به مسایلی که نباید توسل جست، بهتر باشد.

با توجه به وجود مفاهیم صلح و سازش در متون حقوقی و ادبیات قانونی کشور و نیز سوابق جرگه و شورای ریش سفیدان و یا شورای مردمی‌در امر حل و فصل دعاوی می‌طلبد که در جهت مشارکت شوراها و جرگه‌ها در حل و فصل دعاوی از طریق صلح و سازش باید کوشید. با آنکه شوراها و یا جرگه‌ها مشکلات ذاتی خودش را دارد.

اما از سویی واقعیت این است که برخی از دعاوی آنقدر سبک و سطحی هستند که علی الاصول نباید دستگاه قضایی را مصروف داشت. با این حساب به نظر می‌رسد که صبغه شناسی گردد و دعاوی دسته بندی گردد، همان طوری که مدل‌ها و نمونه‌های خارجی برخورد کرده‌است. به تعبیر دیگر مشکل پرونده‌های محاکم از سوی دیگر ناشی می‌شود از منازعات ۳۰ سال بی‌حکومتی. مردم می‌خواهند تمام دل پری‌ها و عقده‌ها و کینه‌های شان را در دستگاه فاقد امکانات قضایی افغانستان آن‌هم به طور بسیار عاجل و در موعد قانونی حل و فصل کنند که این امر غیر معقول به نظر می‌رسد. پس حکایت پرونده‌های انباشته و دادرسی قضایی افغانستان تبدیل به موضوع متضاد شده‌است. به گونه‌ای خودش را نقض می‌کند. از یک سو باید با اطاله مبارزه کرد و از سوی دیگر دعاوی مانند یک پاکت سیگرت آن دعوای نیست که دستگاه قضایی را به آن مشغول داشت. هر آدم فهیمی تناقض را در دعاوی انبارشده محاکم افغانستان به سهولت مشاهده می‌کند. کما آنکه در سال‌های گذشته در چندین دادرسی در یکی از شعبات محکمه مرافعه به حیث ناظر رعایت حقوق بشر حضور داشتم و البته این پرونده‌ها را از مبدا یعنی از دستگاه ریاست جنایی پولیس و ریاست مرافعه سارنوالی تعقیب کرده بودم، موضوع دعوای حداقل ده سال قبل که تمامی ادله اثبات دعوا از بین رفته‌است به نظر من اگر قاضی علم غیب هم می‌داشت کار رسیدگی مشکل به نظر می‌رسید. چنین به نظر می‌رسید که یکی از راه‌های حل و فصل این‌گونه دعاوی مصالحه و سازش است.

به علاوه با توجه به شناختی که از مردم دارم به نظرم حل و فصل از طریق مجاری رسمی‌عداوت و کینه را تشدید خواهد کرد. از روی تجربیاتی که دارم و در تعدادی از منازعات و حل و فصل‌های رسمی و غیر رسمی به حیث ناظر رعایت حقوق بشر حضور داشته‌ام عرض می‌کنم. بسیاری از دعاویی که از طریق مجاری مصالحه حل و فصل شده‌است، خصومت‌ها و کینه‌ها را در همانجا ذبح کرده‌است. باز هم حل و فصل از طریق مجاری عرفی با توجه به دوکشی‌ها و ریشه‌های جنگ‌های گذشته خالی از نقص و کاستی نیست. دوباره به همان خوان اول می‌رسیم که عبارت است از تناقض‌های آشکار در حل و فصل دعاوی چه در دستگاه قضایی رسمی و یا غیر رسمی.

غلبه بر تناقضات دادرسی نخستین گام اساسی را می‌طلبد. رفع تناقضات در واقع غلبه بر مشکلات دادرسی است. با تمامی‌تناقضات در سیستم دادرسی با استفاده از تجربیات و الگوهای دیگر کشورها و به کمک طلبیدن حل و فصل از طریق مجاری غیر رسمی یکی از نسخه پیچی‌های تفوق بر اطاله دادرسی است.

نتیجه گیری

پس مفاهیمی مانند جرگه، شورا، میانجیگری (مصالحه) و حکمیت (داوری) در اسناد تقنینی و در فرهنگ مردم موجود است. اینک یک بار دیگر با طرح این سوال: آیا ممکن است با سیستم‌های کمکی به معاضدت و کمک محاکم برویم و دست این نهاد عدالت گستر را که اکنون در برابر کوه از مشکلات زمینگیر شده‌است بگیریم؟ آیا می‌شود راهی را جست‌وجو کرد که به پرونده‌های انباشته و متراکم و مشکلات کندی و یا عدم رعایت میعاد قانونی رسیدگی قضایی فاتح و پیروز و سربلند براییم و جنگ را به نفع عدالت پایان بدهیم؟

نقد و بررسی

شاید بتوان به گونه‌ای دیگر پیشنهاد کرد این‌که می‌توان سیستم غیر رسمی را به طرق زیر تقویه کرد:

اولا، دستگاه قضایی اعمال نظارت داشته‌باشند بر حل و فصل دعاوی توسط سیستم‌های غیر رسمی‌و یا مکانیزم‌های عرفی. البته از این طریق می‌توان برخی از پرونده‌های که به محاکم سرازیر می‌شوند، کاست و برخی از دعاوی را کاهش داد.

دوم، سیستم‌های عرفی و یا مکانیزم‌های سنتی را می‌توان با آموزش‌ها و دوره‌های آموزشی تقویه کرد. شاید با این شگرد بتوان بازوی توانای برای دستگاه قضایی ساخت تا این بازوی توانا بخشی از پرونده‌ها در همان ابتدا فلتر کنند تا در دستگاه قضایی انبار نشوند.

سوم، اطلاع رسانی صورت بگیرد مبنی بر حل و فصل آسان آن دسته از دعاوی که سبک است. همچنین از راه‌های مناسب و صحیح فرهنگ صلح و سازش و گذشت را تقویه کرد. تا دعاوی و خواسته‌های مانند یک پاکت سیگرت موجب هزینه‌های بی‌خود و مصروفیت دستگاه پولیس و عدلی و قضایی نشود. باز هم همچنان در تناقض دست و پا خواهیم زد. زیرا که مشکل حل و فصل دعاوی از راه ابسقالی و بعضا ناآشنایی اعضای شوراهای مردمی و جرگه‌ها با مفاهیم حقوقی همچنان باقی است. و این فیصله‌ها احتمال شایبه تخطی و نقض اصول و مسلمات حقوق بشری می‌گردد. یا این‌که شوراها و جرگه‌ها به دعاوی و جنجال‌های سبک و خفیف مردم با همان صبغه و رنگ صرفا بومی و سنتی‌اش به صلح وسازش اقدام کنند. اما سخن حق آن است که حرف‌های کارشناسانه حقوقی یک طرف، اما از کارایی تقویه فرهنگ و حل و فصل‌های عرفی و فرهنگ سازی مکانیزم‌های مانند صلح و سازش و اعتماد به مراجع محلی نباید چشم پوشی کرد.

نتیجه گیری

اولا، در متن اسناد تقنینی جمهوری اسلامی افغانستان مفاهیم ارزشمندی مانند میانجی و میانجیگری (قانون میانجیگری و مصالحه تجارتی جمهوری اسلامی افغانستان)، حکم و حکمیت (قانون حکمیت تجارتی جمهوری اسلامی افغانستان)، صلح (قانون مدنی از ماده ۱۲۹۷ تا ۱۳۲۱) و رسیدگی منازعه از طریق حل و فصل سریع و عادلانه، داریم. منتها تعمیم

این ایده و این روش و سیستماتیک کردن آنها به عنوان راه‌حل سریع، قاطع و عادلانه و کاربردی کردن این مفاهیم گام بزرگ و عدالت گسترانه‌ای بعدی است. یعنی با استفاده از معیارهای مشروع و قانونمند فوق که در متن اسناد تقنینی داریم، پیشنهاد می‌شود که استفاده گسترده‌تری شود. و بجاست که این معیارها را به مبارزه با انباشت و طولانی شدن رسیدگی قضایی به پرونده‌ها، در یک فراخوان وسیع فرستاد تا دستگاه محاکم از شر مشکلات پرونده‌های متراکم و انباشته رهایی یابد و نیز دستگیر حل و فصل سریع و دعاوی در محاکم باشد.

دوم، همان طوری‌که اشاره شد، مدل‌ها و الگوها در سایر کشورها وجود دارد که توانسته با این مدل‌ها در کاهش حجم پرونده‌ها توفیق زیادی داشته‌باشد، بنابراین می‌شود از این مدل‌ها بهره گرفت.

توصیه

امید است که مسوولین و زمامداران در سیاست‌های قضایی کشور غلبه بر اطاله دادرسی را در دستورالعمل کاری‌شان قرار بدهند. یکی از راه‌های غلبه بر اطاله دادرسی و جلوگیری از سرازیر شدن دعاوی سبک در دستگاه‌های محاکم افغانستان، مطالعه و تقویه سیستم‌های عرفی و غیر رسمی‌است. یکی از محسنات مسلم این‌گونه حل و فصل‌ها، سرعت است و مهم‌ترین آن ریشه کن کردن خصومت‌ها وکینه‌ها است. علهذا جای امیدواری است که مطالعه و نقد و بررسی و ارزیابی حل و فصل از طریق مجاری عرفی در دستور کار قرار بگیرد.

پانوشت‌ها

۱-مهیار رضا، فرهنگ ابجدی عربی -فارسی، ص۵۹

۲-محمد اسماعیل عبادی، رییس شعبه ۲۱۶ مجتمع قضایی شهید مفتح، http://www.hogoh.blogfa.com/post-2418.aspx، وبسایت: اخبار و حقوقی و علمی‌و مذهبی و سرگرمی

۳-همان

۴-قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضاییه جمهوری اسلامی‌افغانستان، ماده ۴

۵-قانون اساسی افغانستان، ماده ۱۱۶

۶-همان، مواد ۱۲۷،۱۲۲،۷۸،۶۹

۷-همان، ماده ۱۲۰

۸-همان، ماده ۱۲۲

۹-همان، ماده ۶۴، فقره ۱۸، ماده ۷۵، فقره ۱ و ماده ۱۲۹

۱۰- قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضاییه جمهوری اسلامی‌افغانستان، ماده ۳

۱۱-قانون اجرات جزایی موقت برای محاکم، ماده ۲۵، صلاحیت محاکم

۱۲- اسماعیل حکیمی، http://mosharekat.wahdat.net/index.php?num=237&id=4259، هفته نامه مشارکت ملی، شماره ۲۳۷ دوشنبه ۲۱ عقرب ۱۳۸۶ ۲ ذی القعدة ۱۴۲۸ Nov 12 2007،

۱۳-همان، شماره ۲۳۸ دوشنبه ۲۸ عقرب ۱۳۸۶ ۹ ذی القعده ۱۴۲۸ Nov 19 2007

۱۴-گزارش دفتر امور بین الملل قوه قضاییه، دعاوی مطروحه در محاکم حقوقی و دادگاه‌های خانواده، http://iranbar.org/ph1137.php، سایت: اتحادیه کانون‌های وکلای دادگستری ایران، گزارش حاضر به نقل از سایت اطلاع رسانی دفتر امور بین‌الملل قوه قضاییه به آدرس www.bia-judiciary.ir نقل شده است. ارسال شده در مورخه : سه شنبه، ۲۶ اردیبهشت، ۱۳۸۵

۱۵ – دکتر مهدی شهلا نقل از سایت دادگستری تهران، خانه انصاف، http://www.vekalat.org/public.php?cat=2&newsnum=1027110، سایت: وکالت، یک‌شنبه، ۲۱ مهر ۱۳۸۷

۱۶ -دکتر مهدی شهلا نقل از سایت دادگستری تهران، خانه انصاف، http://www.vekalat.org/public.php?cat=2&newsnum=1027110، سایت: وکالت، یک‌شنبه، ۲۱ مهر ۱۳۸۷

۱۷ -دکتر مهدی شهلا نقل از سایت دادگستری تهران، خانه انصاف، http://www.vekalat.org/public.php?cat=2&newsnum=1027110، سایت: وکالت، یک‌شنبه، ۲۱ مهر ۱۳۸۷

۱۸ – قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، ماده ۱۸۹، مصوب ۷۹/۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی

۱۹ – آیین نامه اجرایی ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، ماده ۱ بند ۲

۲۰ – http://www.aftab.ir/articles/social/law/c4c1179321068p1.php

۲۱ – http://www.sohbatenow.blogfa.com/post-46.aspx

۲۲ – گزارش دفتر امور بین‌الملل قوه قضاییه، دعاوی مطروحه در محاکم حقوقی و دادگاه‌های خانواده، http://iranbar.org/ph1137.php، سایت: اتحادیه کانون‌های وکلای دادگستری ایران، گزارش حاضر به نقل از سایت اطلاع رسانی دفتر امور بین‌الملل قوه قضاییه به آدرس www.bia-judiciary.ir نقل شده‌است.

۲۳ – دکتر مهدی شهلا نقل از سایت دادگستری تهران، خانه انصاف، http://www.vekalat.org/public.php?cat=2&newsnum=1027110، سایت: وکالت، یک‌شنبه – ۲۱ مهر ۱۳۸۷

۲۴ – همان

۳۵ – همان

۲۶ – قانون مدنی جمهوری اسلامی‌افغانستان، ج۳، ماده ماده ۱۲۹۷

۲۷ – همان، ج۳، ماده ۱۲۹۸

۲۸ – قانون میانجیگری (مصالحه) تجارتی افغانستان، ماده ۱

۲۹ – همان، ماده ۲

۳۰ – همان، ماده ۴

۳۱ – همان، ماده ۶

۳۲ – قانون حکمیت تجارتی افغانستان، ماده ۲

۳۳ – قانون میانجیگری (مصالحه) تجارتی، پیشین، ماده ۲ بند۲

۳۴ – همان، ماده ۲ بند۱

۳۵ – قانون حکمیت تجارتی، پیشین، ماده ۲، بند۱

۳۶ – قانون میانجیگری (مصالحه) تجارتی، پیشین، ماده ۲ بند۲

۳۷ – بریس – کتاب دموکراسی‌های مدرن

۳۸ – داکتر محمد علیخانی، حقوق اساسی، نشر دستان، ۱۳۷۳، ص۱۵۱

۳۹ – لنگرودی، جعفر، مبسوطی در ترمینولوژی حقوق، ج۲

۴۰ – همان، ج۳

اسباب کسب ملکیت

نویسنده: عبدالرازق احمد السنهوری
ترجمه و اقتباس: فضل الله احسان

اسباب هفتگانه برای کسب ملکیت در قانون مدنی عبارت است از: استیلا، میراث، وصیت، التصاق، عقد، شفعه و حیازت.

منظور از استیلا مسلط شدن و دست یافتن برمال است، مانند حیازت مباحات.[1] و منظور از التصاق، پیوستن مالی است به مال غیر منقول، به گونه که جزو آن به شمار آید، خواه هر دو مال از آن یک مالک باشد یانه، مانند نصب تابلو در متن دیوار. التصاق گاه طبیعی است گاه ارادی.[2]

هرگاه بخواهیم این اسباب را تقسیم عملی کنیم؛ یعنی به تصرفات قانونی اتفاقات و وقایع مادی ارجاع دهیم، عقد وصیت در دایره تصرف قانونی قرار می‌گیرد. و استیلا، میراث، التصاق، ثفعه و حیازت در چارچوب واقعه مادی قرار می‌گیرد.

اما عقد، تصرف قانونی است که از جانب متعاقدین صادر می‌شود، و وصیت، تصرف قانونی است که از یک جانب صورت می‌گیرد.

استیلا، واقعه مختلط است که در آن حیازت که عنصر مادی است، با اراده مستولی در تملک مالی با هم مختلط شده‌اند، لیک عنصر مادی در استیلا غلبه دارد، از این جهت به وقایع مادی ملحق شده است.

سبب کسب ملکیت در میراث موت است که حادثه مادی است.

التصاق، چه پیوستن به عقاد (زمین، باغ، خانه و...) باشد، یا پیوستن به منقول، عبارت از اتحاد چیزی است به چیز دیگری، به نحو اتحاد مادی. و در نتیجه صاحب شی اصلی، ملکیت شی فرعی را کسب می‌کند. و این اتحاد مادی، سبب کسب ملکیت است و یک واقعه مادی است.

شفعه، واقعه مرکب است، که در آن شیوع و اشتراک، یا همسایگی و هر ارتباط دیگری بین عقاری که در آن حق شفعه تعلق گرفته و عقاری که به سبب آن حق شفعه به وجود آمده، قایم باشد، و آن به سبب فروختن عقاری است که در آن حق شفعه تعلق گرفته است. شفعه نسبت به شفیع از این جهت که اراده خود را در اخذ به شفعه اعلان می‌دارد، واقعه مادی است و از طرفی این اعلان، تصرف قانونی هم است. و در این سلسله وقایع مرکب، غلبه به جانب واقعه مادی است، نه تصرف قانونی از این رو، می‌توان شفعه را در دایره وقایع مادی داخل کرد.[3]

اگر مال غیر منقول قابل قسمت، بین دونفر مشترک باشد و یکی از آنها حصه خود را به ثالث بفروشد، شریک حق دارد، قیمت (ثمن المسمی) را به ثالث بدهد، و به طور یک جانبه بیع را بهم زده و بیع را به تملک خود درآورد. آن حق بهم زدن بیع و تملک بیع را، حق شفعه گویند، و صاحب حق را شفیع نامند و تملک بیع را از طرف شفیع، اخذ به شفعه گویند.

اخذ به شفعه یک ایقاع اثباتی است؛ یعنی ایجاد حق برای شفیع در حصه مبیعه می‌کند، و به عکس طلاق که یک ایقاع اسقاطی است و رابطه زوجیت را ساقط می‌کند. در ایقاع مذکور، نوعی معاوضه قهری صورت می‌گیرد.[4]

حیازت، سیطره فعلی یا حقی در محل حیازت است، از این جهت حیازت در قملرو وقایع مادی داخل است.[5]

حیازت، تصرف در مال منقول مادی بلامالک است به قصد تملک. عناصر حیازت مباحات عبارتند از:

۱ ـ مال منقول مادی که در خارج موجود باشد؛

۲ ـ مال مذکور مالک نداشته باشد، خواه مباح بالاصاله باشد، مانند ماهی دریا، خواه مباح بالعرض باشد، مانند مالی که صاحبش از آن اعراض کرده‌باشد، و مالی که برای دیگران مباح شده باشد، مانند نثار عروس، داماد، حاجی و قهرمان...؛

۳ ـ بر مال مستقیما سلطه یابد، یا توسط مقدمات مانند انداختن تور ماهی گیری در دریا که مقدمه حیازت است؛ و

۴ ـ فعل را به قصد حیازت انجام دهد، فعل تنها کافی نیست.

تقسیم عملی اسباب ملکیت

قوانین مدنی در تقسیم اسباب کسب ملکیت، راه عملی را طی کرده که نزدیک‌تر به اذهان است یعنی بین کسب ملکیت ابتدایی در چیزی، که در وقت کسب ملکیت، برای آن مالکی نبوده و بین کسب ملکیت که از مالک سابق دریافت می‌شود، یعنی ملکیت از مالکی به مالکی دیگر انتقال می‌یابد، فرق گذارده‌اند، که قسم اولی عبارت است از استیلا و قسم دومی ملکیت غیر استیلایی است.

و اسباب ملکیت غیر استیلایی، یا به سبب وفات است که در میراث تمثل می‌یابد، و آن عبارت از این است که انسان بالاصاله، چیزی را توسط مردن دیگری به واسطه سبب یا نسب، استحقاق پیدا نماید. ارث وسیله انتقال قهریی‌تر که به باز ماندگان متوفا است.[6] یا توسط وصیت اوست و آن: «انشای امری است که اثر آن معلق به فوت است» خواه این امر تملیک رایگان و مستقیم مال باشد، یا دستور تصرف در آن باشد، یا فک ملک و اسقاط حق و نصیب وصی برای ادای واجبات مالی و مانند اینها باشد.[7] یا میان زندگان صورت می‌گیرد، مانند التصاق، عقد، شفعه و حیازت. [8]

ترتیب بحث

ما این اسباب را به روش مستقیم در سه باب بحث می‌کنیم:

باب اول را اختصاص می‌دهیم برای کسب ملکیت ابتدایی از طریق استیلا.

باب دوم را برای کسب ملکیت به سبب وفات قرار می‌دهیم، که شامل میراث و وصیت می‌شود.

و باب سوم را برای کسب ملکیت که بین زندگان است قرار می‌دهیم، که شامل التصاق، عقد، شفعه و حیازت می‌شود. [9]

باب اول، کسب ملکیت ابتدایی استیلایی

استیلا سبب است برای کسب ملکیت، در صورتی چیزی ملکیت آن کسب می‌شود، که درحین استیلا مالک نداشته‌باشد. پس استیلا بر اموالی که در وقت استیلا مالک داشته باشد، سبب ملک نیست. یعنی استیلا بر شی واقع می‌شود نه بر مال، و توسط استیلا آن شی مال می‌شود.[10]

بنابراین در جامعه متمدن، چیزهای که مالک نداشته‌باشد به ندرت یافت می‌شود. اما در جامعه‌های ابتدایی که منابع اقتصادی آنها تا هنوز مورد بهره‌برداری قرار نگرفته، و نیز در جامعه‌های نو بنیاد و جامعه‌های بیابان نشین، اشیای که مالک نداشته‌باشند، زیاد یافت می‌شود، از این رو، در آنجاها استیلا، مورد دارد. اشیای بدون مالک، در جوامع متمدن در مورد عقار کمتر است از اموال منقول؛ زیرا عقار چیزی است که مردم بر تملک آن توجه دارد، و عقاری که مالک نداشته‌باشد چندان وجود ندارد. اگر اراضی غیر مزروع در صحرا و کوه‌ها بدون

مالک باشد، غالبا قانونگذاران آن را، ملک دولت اعتبار می‌کنند؛ چنانکه قانونگذار مصری در متن ماده ۸۷۴ قانون مدنی گفته‌است: اراضی غیر مزروعه که مالک ندارند، ملک دولت است.[11]

پس لازم است در استیلا بین منقول و عقار تمییز داده شود.

بحث اول، استیلا بر منقول

در بعض احیان می‌شود که شی منقول، بدون مالک باشد؛ یا از ابتدای امر اصلا مالک نداشته‌باشد، یا از اول، مالک داشته ولی مالک از آن اعراض کرده، و این منقول بدون مالک شده‌است.

اما اشیای که از اول مالک نداشه، مانند اشیای مشترک، ماهی در دریا، پرنده در هوا و حیوانات غیر اهلی.

و گاهی مال منقول مالک داشته ولی، مالک آن، از آن صرف‌نظر کرده و دست برداشته است. هرگاه مالک به قصد زوال ملکیت، دست از مال خود بردارد، آن مال بدون مالک می‌شود و از این رو، جایز است برای هر کسی که آن را به سبب استیلا مالک شود. مانند آنکه کسی سطلی را که در آن کاغذ پاره و چیزهای دیگری انداخته‌است، به قصد چشم پوشی از ملکیت آن، آن را در مسیر راه‌ها می‌اندازد، کسی دیگری می‌تواند با استیلا، آن را مالک شود. یا کسی حیوانی غیر اهلی را صید کرد و آن را مالک شد، سپس آن را به قصد زوال ملکیت رها کرد، و دوباره وی یا غیر او به سبب استیلا، آن را می‌تواند مالک شود. یا پرنده را صید کرد، یا خاکی را از زیر زمین استخراج کرد، و آنها را در مسیر راه‌انداخت و...

دست بر داشتن از اموالی که موجب زوال ملکیت می‌شود، مبتنی بر دو عنصر: مادی و معنوی است؛ عنصر مادی یعنی‌انداختن و از حیازت خود بیرون کردن. و عنصر معنوی یعنی این انداختن به قصد زوال ملکیت باشد. پس اگر چیزی از دست مالک خود مفقود و ضایع می‌شود، ملکیت آن زایل نشده‌است؛ چون عنصر معنوی یعنی قصد زوال ملکیت مفقود است.

چگونه بر منقول بدون مالک، استیلا صورت می‌گیرد؟

استیلا دارای سه رکن است، هرگاه این سه رکن تمام شد، استیلا سبب می‌شود برای ملکیت:

۱ ـ منقول بدون مالک باشد، چه بالاصاله بدون مالک باشد، یا بالعرض چنانکه گفته شد. در هر دو صورت استیلا تحقق پیدا می‌کند و سبب ملکیت است. و واجب است که منقول مادی باشد، اگر منقول معنوی باشد، در مورد آن استیلا صدق نمی‌کند.

بنابراین اگر شاعری، شعری را سرود ولی پسندش نیامد و به قصد اعراض از ملکیت ورقه و حق معنوی خود در شعری که سروده است، در راه عبور و مروراندخت. و عابری آن را برداشت. وی فقط ورقه را ملک می‌شود، نه حق معنوی شعر را و از این رو، برای کسی که بر اوراق شعر دست یافته است، جایز نیست شعر را چاپ کند و برای شاعر حق تالیف بپردازد؛ زیرا حق مالی مولف، منقول معنوی است نه منقول مادی تا بر آن استیلا تحقق یابد.

مثل این کار در فرانسه صورت گرفت. نقاشی که ورقی را نقاشی کرده بود، خوشش نیامد، آن را پاره پاره کرد و در مسیر عبور و مروراندخت، راهروی پاره‌های آن را جمع آوری کرد و بهم پیوست داد و به صورت اولی آن در آورد و آن را فروخت.[12]

۲ ـ وضع ید بر این منقول: و این عنصر مادی حیازت است، و بدون آن استیلا، تحقق نمی‌یابد. استیلای که سبب ملکیت است، وقتی تحقق می‌یابد که بر منقول مسلط شود و آن را به خود اختصاص دهد.

۳ ـ نیت تملک: و این عنصر معنوی حیازت است. پس کسی که می‌خواهد به سبب استیلا، منقول را مالک شود، واجب است که جامع دو عنصر مادی و معنوی حیازت باشد. پس اگر کسی، چیزی را که در راه انداخته شده، بدون قصد تملک بر آورد، آن را مالک نمی‌شود، چون عنصر معنوی را فاقد است. بنابراین وقتی نیت تملک لازم شد، کسی که تمییز ندارد، مانند کودک بدون تمییز و مجنون، توسط استیلا، قدرت بر تملک را ندارند؛ برای آنکه نیت تملک وجود ندارد.

هم اکنون وقت آن است که به مورد استیلایی که در قوانین آمده اشاره کنیم، و بین منقولی که از اول امر مالک نداشته و منقولی که مالک داشته و بعدا بلامالک شده فرق گذاریم؛ در مورد اول اشیای مشترک، صید دریایی و غیر دریایی حیوانات اهلی را مورد بحث قرار دهیم، و در مورد دوم اشیای متروکه، گنج، اشیای گم شده، آثار عتیقه، ترکه میتی که وارث ندارد و... را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

منقولی که از ابتدای امر مالک نداشته‌است

۱ ـ مشترکات: اشیای مشترکه وجود دارد که همه مردم از آنها بهره می‌برند، مانند خورشید، هوا و آب که قابلیت معامله را ندارند. ولی در بعض شرایط تعامل با اینها ممکن است، در این صورت منقول بلامالک می‌شود و استیلا، بر آن واقع می‌شود و تملک آن جایز است؛ مانند اشعه خورشید که جمع آوری شده و در فوتو گرافی مورد استفاده قرار می‌گیرد، یا هوا را که به غرض عمل‌های شیمیایی به کار می‌برند، یا مقدرای از آب بحر را که قابلیت تملک دارد، بردارد. پس هر یک اینها به سبب استیلا، با نیت تملک، قابل ملک است. چنانچه شخصی یا شرکتی مقدرای از آب بحر را برای استخراج نمک آن بر دارد.[13] بنابراین اگر مالک از آنها اعراض کند، برای دیگر تملک آن با استیلا ممکن است.

۲ ـ صید دریایی و خشکی

ماهی دریا و پرنده هوا، منقولی است که از ابتدای امر مالک ندارد. پس هرکسی بر اینها استیلا می‌یابد، مالک آنها می‌شود. و استیلا، در این موارد، نفس صید است، هرگاه صیاد پرنده یا ماهی را صید کند، و در اختیارش قرار گیرد، آنها را مالک می‌شود.

اصل در صید پرنده، حق صید برای کسی است که زمین مورد صید، ملک خود صیاد باشد. اما اگر زمین مشاع باشد، هر که در آن زمین حصه دارد، حق صید هم دارد، اما اگر کسی حق

صید خود را برای کسی واگذار می‌کند که در آن زمین سهم ندارد، رضایت همه شرط است. اگر سرزمینی برای انتفاع آماده شده‌باشد، هر که حق انتقاع دارد، حق صید نیز دارد.

اما کسی که زمینی را اجاره کرده‌است، حق صید در آن ندارد مگر آنکه با صاحب زمین قرارداد کرده‌باشد. صید اگر در راه‌های عمومی باشد برای همگان جایز است، به شرط که قوانین و لوایح را که این حق را تنظیم کرده‌اند، مراعات نماید.

و جایز است اجاره دادن حق صید به تبع اجاره زمین باشد، و یا مستقلا. چنانکه جایز است زمین را به کسی اجاره دهد و حق صید را به کسی دیگر، و می‌تواند زمین را اجاره دهد و حق صید را برای خود باقی گذارد. [14]

تحقق استیلا بر پرنده هوا

استیلا بر پرنده، با صید آن و افتادن آن در حالی که مرده است و احراز آن، تحقق می‌یابد، هرچند در زمین غیر باشد. لکن در تحقق استیلا بر پرنده، احراز مادی شرط نیست، بلکه کفایت می‌کند پرنده در حالی که مرده است یا مجروح است به جراحت کشنده، به زمین بیفتد، به قسمی که از حمله سگ شکاری نتواند خود را حفظ کند و یا فرار نماید؛ در این صورت احراز آن امر محقق و قریب الوقوع است.

اما اگر پرنده به جراحت کشنده مجروح نشده و توان فرار را دارد، تا آن را نگذاشته است، تملک یا استیلا محقق نمی‌شود. جایز است غیر او بر آن استیلا یابد و آن را مالک شود. [15]

تحقق استیلا بر ماهی دریا

ماهی در میان آب و سایر زنده جان‌های آبی [16] نیز منقول بدون مالک است و تملک آن با صید آن محقق می‌شود. و سبب کسب ملکیت آن همان استیلا است. صید در دریا و دریاچه‌ها و آب‌های داخلی توسط لوایح متنوع تنظیم و قانونمند شده‌است. لکن اگر ماهی‌ای که در مجاور آب‌هایی که در ملک شخص است، یابیده شود مانند کانال و آبی که برای مصارف شخصی از دریا جدا می‌شود و مرداب‌ها، منقول بدون مالک به حساب نمی‌آیند؛ بلکه آنها ملک مالک مجرای آبی است که آن را به جریان‌انداخته است. بنابراین صید کردن ماهی در مجاری آب‌هایی که شخص خاصی آن را به جریان‌انداخته است، بدون اذن مالک آن جایز نیست، اگر این ماهی‌ها را بدون اذن صاحب آن مجاری صید کند، سارق آن است.

اما استیلا بر ماهی که مالک ندارد، توسط صید آن و افتادن آنها است در شبکه صیاد، به گونه که قدرت برجستن و فرار کردن را نداشته باشد، و اگر ماهی دوباره میان آب رفت، دوباره منقول بدون، مالک می‌شود و برای، هرکسی جایز است آن را صید و تملک نماید. [17]

۳ ـ حیوانات غیر اهلی

حیوان غیر اهلی تا زمانی که آزاد و رها است، بدون مالک است. اگر دستگیر شود و به بند کشیده شود و سپس رها شود، در صورتی که مالک آن فورا آن را دنبال نکند، یا از دنبال

کردن آن منصرف شود، بلامالک می‌شود. و حیوانی که به رجوع کردن به جای مخصوص‌اش، ریاضت و عادت شده‌است، سپس این عادت را از دست داد و رجوع نکرد، بلامالک است.

اما حیوانات اهلی از قبیل مرغ خانگی، گاو، اسب، قاطر، سگ، گربه و بوزینه‌های کوچک و غیر آنها، منقول بلامالک به شمار نمی‌آید و تملک آنها با استیلا صحیح نیست. این گونه حیوانات عادتا مالک دارند و ملکیت آنها بدون سبب که ناقل مالکیت باشد، انتقال نمی‌یابد و استیلاء، سبب ناقل مالکیت آنها نیست. پس اگر این حیوانات گم شوند یا مخفی شوند، از ملکیت صاحبان خود خارج نمی‌شوند، بلکه احکام اشیای گمشده بر آنها جاری می‌شود.

اما اگر صاحبان این نوع حیوانات از ملکیت آنها صرف نظر کنند، منقول بدون مالک می‌شوند و تملک آنها توسط استیلا جایز می‌شود؛ مانند سگ و گربه اگر صاحب آنها از ملکیت آنها اعراض نمایند، برای دیگران جایز است توسط استیلا کسب ملکیت نمایند.[18]

اما حیوانات غیر اهلی، که کبوتر و زنبور عسل از آن جمله است، و مانند حیواناتی که به طبیعت اصلی خود، آزاد و رها زندگی می‌کنند، مانند آهو، گرگ، روباه، پرندگان، بلکه از این قبیل است حیواناتی که در جنگل‌ها زندگی می‌کنند، مانند شیر، فیل و پلنگ، همه از اشیای است که از ابتدا مالک ندارند، و تازمانی که رها هستند به همان حال باقی هستند. از این جهت کسب این گونه حیوانات به استیلا جایز است. و استیلای آنها توسط گرفتن، عادت دادن و اهلی کردن تمام می‌شود. هرگاه کسی برج‌های بسازد و کبوتران را در آنها جای دهد، یا آهوی را دستگیر کند و پرنده را صید نماید و در قفسی حبس نماید، یا شیر، پلنگ و فیلی را نگه‌داری کرده و در میدان‌هایی به نمایش بگذارد. این حیوانات توسط استیلا مملوک می‌شود و تا رها نشده، همچنان باقی است.

هرگاه این حیوانات به گونه عادت داده می‌شود که اگر محل اصلی خود را ترک کنند، دوباره به همان محل عودت می‌نمایند، در ملک کسی که بر آنها استیلا یافته باقی هستند، ولو در زمانی که محل‌های خود را ترک کرده‌اند. ولی اگر این عادت عودت را از دست دادند، دوباره بدون مالک می‌شوند و برای کسی دیگری جایز است که با استیلا آنها را تملک نمایند.[19]

۳ ـ منقولی که قبلا مالک داشته‌است

منقولاتی که برای آنها، مالکی بوده از این قبیل است:

۱ ـ اشیای متروکه

منظور اشیای منقوله است که صاحبان آنها، به خاطر بی رغبتی یا خلاصی جستن از آنها دست برداشته و از ملکیت شان چشم پوشیده‌است؛ مانند اوراق و شیشه‌های که در سطل‌ها و زباله‌دان‌ها انداخته می‌شود، اثاثیه به جامانده منازل که در میان خاکروبه‌ها انداخته می‌شود، پس خورده طعام که در سطل‌ها انداخته می‌شود، و نیز سکه‌های که در مجالس عروسی و غیره برای چیدن مردم پاشانده می‌شود، که همه از اشیای متروکه‌اند.

بنابراین این ترک و واگذاری (چنانچه قبلا ذکرش رفت) از دو عنصر تشکیل می‌شود: یکی عنصرهای مادی است؛ یعنی انداختن و واگذار کردن. دیگری عنصر معنوی؛ یعنی نیت زوال

ملک، تا دیگری بتواند برآن مستولی شده و آن را مالک شود. بنابراین باید بین اشیای متروکه و اشیای که از اول امر مالک نداشه فرق گذاشت.

همین طور باید بین اشیای متروکه و اشیای ضایع شده (گم شده) فرق گذاشت؛ چه از اشیای متروکه، صاحبان آنها به طوع و رغبت خود دست برداشته و بدین سبب ملکیت خود را از دست داده‌است. اما از اشیای گم شده، صاحبان آنها به رغبت خود دست بر نداشته، بلکه آنها بدون اراده مالک از دست رفته و مالک قدرت بر پیدا کردن آنها ندارد. از این رو، ملکیت آنها باقی است و بدون سبب قانونی زایل نمی‌شود.[20]

۲ ـ گنج

و آن مالی مدفون و پوشیده‌است که احدی نمی‌تواند ملکیت خود را بر آن اثبات کند. گنج توسط فراهم آمدن دو شرط تحقق می‌یابد:

۱ ـ مدفون یا پنهان باشد. پس گنج مال منقول است. اما عقاری که در زمین مدفون است مانند موزایک، عادتا از آثار باستانی است، که بر آن احکام آثار تاریخی جاری می‌شود، نه احکام گنج. چون گنج، مدفون یا پوشیده است در حالی که جدای از زمین است و جز زمین نیست. اما معادن، نفت، احجار کریمه که همه در داخل زمین یافت می‌شوند، گنج به حساب نمی‌آیند، چون جزی از باطن زمین‌اند، نه آنکه مدفون در زمین باشند. پس اگر منقول، مدفون و پوشیده نباشد و روی زمین انداخته شده‌باشد، گنج نیست بلکه احکام اشیای گم شده بر آن جاری می‌شود.

لازم نیست گنج حتما در باطن زمین و یا داخل دیوار پنهان باشد، بلکه جایز است در منقول دیگری که آن را احتوا کند پنهان باشد، چنانچه جواهرات، طلا و سکه را در کیشوی میز، یا در میان اوراق، یا اسناد کهنی که میان صفحات کتاب و دفاتر قدیمی پنهان است، پیدا نماید، گنج است.

۲ ـ باید برای هیچ کسی ممکن نباشد، ملکیت خود را به این منقول اثبات نماید، پس اگر بتواند ملکیت خود را به این منقول اثبات نماید، گنج نیست؛ مثل آنکه کسی ادعا کند که این مدفون را او در داخل زمین یا مخفی‌گاه، به خاطر ترس از تسلط دیگران، یا مصادره آن یا برای اطمینان به محفوظ ماندن آن، دفن کرده‌است، و مالک می‌تواند آن را به ادعای استحقاق بر دارد.[21]

از این جهت گنج اگر در زمین یافت شود، از مالک زمین است. و اگر در عین موقوفه یابیده شود، از واقف یا ورثه آن است.

۳ ـ اشیای گم شده

مالی است که از دست صاحبش مفقود شده، و کسی دیگری بر آن دست یافته و آن را گرفته‌است. قبلا گفته شد که بین اشیای متروکه و اشیای گم‌شده باید فرق گذاشت. و فرق آن گفته شد.

ولی از قراین نیز می‌توان بین اشیای گم شده و اشیای متروکه تمییز داد. مثلا کسی که بقایای طعام و شیشه‌های خالی و بیکار را ببیند، می‌داند که این اشیا را صاحب آنها، بعد از

آنکه به‌اندازه کفایت طعام خورده و مشروبات نوشیده و بیرون‌انداخته‌اند، و این به قصد زوال ملکیت بوده‌است. بنابراین احکام اشیای متروکه بر آنها جاری می‌شود و تملک آنها با استیلا جایز است.

اما کیف و بکس کوچک زیر بغلی را ببیند که افتاده است، ظاهر حال دلالت می‌کند که از مسافری است که آن را فراموش کرده، نه آنکه شی متروکی باشد و صاحب آن، از آن چشم پوشیده‌باشد. از این جهت در این مورد احکام اشیای گم‌شده جاری می‌شود. اگر کسی آن را به نیت تملک بردارد، سارق است. [22]

و نیز باید بین اشیای گم شده وگنج فرق گذاشت. هر دو از چیزهای است که مالک آنها از ملکیت آنها صرف نظر نکرده‌است. پس شی بدون مالک نیست و استیلا در مورد آنها صحیح نیست. و هر دو از چیزهای است که در وقت یابیدن، مالک شناخته شده ندارند.

اما فرق در این است که اشیای‌گم شده را مالک آنها نمی‌داند درکجا بیابد. اما گنج را صاحب آن می‌داند که در کجا دفن یا پنهان کرده‌است. فرق دیگر این است که اشیای گم شده، منقولی است در برابر دید مردم؛ در میان راه یا بالای طاقچه یا قفسه. اما گنج، مال منقولی است که از دیده‌ها پنهان است، گنج در اغلب چیزهای با ارزشی است که مدفون و پنهان شده‌است.

اگر به صورت علمی بررسی شود، مالک اصلی گنج ممکن است اصلا شناخته نشود؛ زیرا ممکن است مدت‌های طولانی از دفن شدن آن گذشته باشد، که نه مالک آن معروف است و نه جای آن. اما اشیای گم شده احتمال شناسایی مالک آن نزدیک است.

از این جهت در قانون فرانسه و قانون مصر، در مورد گنج، کاملا احکام استیلا جاری نشده است. اما در قانون مدنی فرانسه ماده ۷۱۶، گنج را بین مالک عقاری که گنج در آن یابیده شده، و بین کسی که گنج را پیدا کرده به نصف تقسیم کرده‌است، این نصف به حکم قانون است نه به حکم استیلا، چون در گنج استیلا نیست. اگر کسی که گنج را یابیده، خود مالک است، همه گنج مال او است.

قانونگذار فرانسوی نظر داده که گنج و مالک آن غیر معلوم است، پس آن را دو نفری که در آن ربطی دارد، بین خود تقسیم می‌کنند، که آنان صاحب عقار و یابنده گنج است. اما یابنده گنج، برای آنکه آن را کشف کرده و پیش از آن مدفون یا پنهان بوده‌است. اما صاحب عقار، برای آنکه محتمل است صاحب گنج یکی از اجداد او بوده‌است. [23]

اما قانون مدنی مصر جنبه کسی را که گنج را یابیده نادیده گرفته و برای او بهره درگنج قایل نشده‌است. و آن را بدین گونه تفسیر کرده‌است که یابنده گنج یا از روی تصادف آن را کشف کرده‌است، که در این صورت امتیازی برای او نیست و از این جهت چیزی را مستحق نمی‌شود، و او نمی‌تواند با استیلا گنج را تملک کند چون گنج قابل استیلا نیست. یا آنکه مالک عقار او را برای کاویدن زمین به کار گرفته‌است، که در این صورت او برای مالک کار کرده و

اجره خود را مستحق است، نه آنکه در گنج استحقاقی داشته‌باشد. پس در مقابل گنج جز مالک عقاری که در آن گنج یابیده شده، باقی نمی‌ماند و بنابراین گنج از مالک عقار است.

اگر کسی در عقاری حق انتفاع یا حق انحصار داشته‌باشد، یا عقار در اجازه کسی باشد، و کسی دیگری دفینه در آن یافت، دفینه و گنج، مال صاحب رقبه عقار است؛ زیرا گنج، ثمر نیست که اشخاص فوق در آن استحقاق پیدا کند.

اگر عقاری که در آن دفینه یابیده‌شده، عین موقوفه باشد که مالک ندارد، گنج از کسی است که در حین وقف مالک عقار بوده‌است، و آن مالک واقف عقار بوده، و ممکن نیست وی گنج را هم وقف کرده‌باشد، پس در ملک او باقی می‌ماند. از این جهت است که گنج از واقف است اگر زنده‌است، و اگر مرده از وارث او است.[24]

اگر عقار از املاک عمومی یا خصوصی دولت باشد، مانند زمین‌های غیر مزروع و زمین‌های بیابانی، گنج که در آنها کشف می‌شود، نیز مال مالک عقار یعنی مال دولت است.[25]

قبلا گفته شد که کسی نمی‌تواند ملکیت گنج را به اثبات برساند، از این رو، گنج به صاحب عقاری که گنج در آن یابیده شده تعلق می‌گیرد. حالا اگر مالک گنج پیدا شد و توانست ملکیت خود را به اثبات برساند، مثل آنکه صاحب عقار به اثبات برساند که عقار از اجداد او بوده، و در آن گنج را دفینه کرده‌است، می‌تواند آن را از دست مالک عقار بگیرد؛ زیرا حق گنج با گذشت زمان ساقط نمی‌شود.[26]

۴ ـ آثار باستانی

به موجب قانون مدنی مصر ماده ۲۱۵ سال ۱۹۵۱، هر عقار یا منقولی که هنرها، دانش‌ها، آداب، ادیان، اخلاق و...، در عصر ماقبل تاریخ و عصرهای بعد از آن تا عصر حضرت اسماعیل (ع)، آفریده و پدید آورده باشند، آثار باستانی به حساب می‌آید. و نیز هر عقار یا منقولی که از تمدن‌های بیگانه که در یکی از این عصرها اتصالی به مصر داشته‌باشد، و در مصر کشف شود، به حساب آثار باستانی است. و همچنین هر عقار و منقولی که مجلس وزرای مصر تصویب کند، که مصلحت ملی در حفظ و نگه‌داری آن است، هر چند به عصر پس از عصر اسماعیل برسد، از آثار باستانی به شمار می‌آید. به شرطی که مطابق شرایط قانون آثار باستانی ثبت شده‌باشد. در حکم آثار باستانی است، اراضی دولتی که به مقتضای اوآمر یا مصوبات، یا به مقتضی مصوبه که آن را وزیر تعلیم وتربیت با موافقت وزیر اقتصاد، آثار باستانی اعتبار کرده‌است. و نیز اراضی مملوکه اشخاص که دولت آن را به خاطر اهمیت باستانی آن، در اختیار گرفته‌است.[27]

از بیان فوق روشن می‌شود که آثار باستانی گاهی عقار است و گاهی منقول، و با همین خصوصیت با گنج و اشیای گم‌شده که هردو منقول‌اند اختلاف پیدا می‌کند.

هر چند آثار باستانی از این جهت که در اغلب مدفون و پوشیده است، با گنج اشتراک دارد، اما آثار تاریخی مانند گنج تنها چیزی قیمت‌دار نیست، بلکه فوق آن است و دارای هویت به خصوص است. آثار باستانی، محصول تمدن‌های است که پشت سر هم بر کشوری گذشته، یا

محصول تمدن‌های بیگانه است که با آن کشور نزدیک است و مصلحت ملی حفظ و صیانت آن را اقتضا می‌کند.

از این جایگاه می‌شود گفت که آثار باستانی، در اصل اموالی است که مالک ندارند؛ و آن بازمانده عصرهای گذشته است که صاحبان آنها برای دیگران وا گذارده‌اند. ولی از آنجایی که آثار تاریخی، دارای ارزش عظیم است نباید، آن را مالک شود. قانون آن را از این قلمرو بیرون کرده و مقرراتی را تصویب کرده که حفظ و صیانت آن را به عهده گرفته است، تا به نسل‌های بعدی منتقل شود چنان که از نسل‌های قبلی برای ما منتقل شود. و قانون آن را در اصل از املاک عمومی دولت قرار داده‌است، مگر آنکه بر ملکیت خصوصی آن تصریح شده‌باشد.

پس آثار باستانی، محل استیلا نیست، چنانکه گنج و اشیای گم‌شده، محل استیلا نبودند. بنابراین هر کسی که از روی تصادف بر آثار تاریخی منقول یا عقاری که روی زمین یا باطن زمین است دست یابد، نمی‌تواند بر آن استیلا یابد، و واجب است گزارش آن را به اداره مربوطه آن برساند، یا آن را نگه‌داری کند یا در جهت اختصاصی آن تسلیم نماید، ورنه از کسانی برشمرده می‌شود که بدون مجوز بر آن استیلا یافته و عقوبتی که در ماده ۳۰ قانون آثار تاریخی آمده بر او اجرا شود.

اما اگر دستیابی بر اثر تاریخی در زمینی باشد که تا هنوز تاریخی بودن آن اثبات نشده، و هر چند این زمین ملک کسی باشد که به آن دست یافته‌است، نیز این اثر در املاک عمومی داخل است. و هرکه به آن دست یافته، آن را به نزدیک‌ترین اداره مربوطه گزارش و تسلیم دهد، تا در مورد آن تصویب نهایی صورت گیرد.

ماده ۷ قانون آثار تاریخی تصریح دارد بر آنکه: هیات و افراد حفاری، بدون ترخیص عمومی وزارت معارف، نمی‌توانند آثار باستانی را جست‌وجو کنند، اما پس از رایی سازمان امور باستانی و بعد از تحقق ضمانت‌های علمی، فنی، مالی و غیره می‌توانند به کاوش بپردازند.[28]

بنابراین، اصل در آثار تاریخی این است که از اموال عمومی به حساب می‌آید، و نظر به خصوصیتی که دارد، دارای قیود زیر است:

۱ ـ انهدام، انتقال، تجدید، ترمیم و تفسیر آن، بدون مجوز عمومی وزارت معارف و موافقت کمسیون ثبت آثار، به هیچ وجهی جایز نیست، و اعمالی که به آنها رخصت داده شده، نیز تحت نظر سازمان امور باستانی صورت می‌گیرد، و این سازمان است که هر زمانی که لازم دید برای حفظ آن، مخارجی را به عهده می‌گیرد.

۳ ـ تصرف در آثار باستانی به هیچ نوع آن جایز نیست، مانند آنکه بعض جاهای آن بتراشد و جای نشستن بسازد، یا آن را سوراخ کند، یا بر دیوار و جسم و بازوی آن و نیز بر زمینی که اثر روی آن است، چیزی را بگذارد. و تملک آن به هر سبب از اسباب کسب ملکیت جایز نیست؛ چنانکه عبور و مرور بر دیوار، محوطه و اراضی آن جایز نیست.

۳ ـ کسب هیچ حقی بر آثار تاریخی به سبب گذشت زمان جایز نیست.

۴ ـ جدا کردن ملکیت اراضی یا عقارات که آثار تارخی بر آن است، یا زمینی و عقاراتی که نزدیک آن است، بدون موافقت وزیر معارف و کمسیون ثبت آثار جایز نیست. و جایز نیست کود و شور یاخاک اراضی و اماکن آثار تاریخی را، بدون تجویز و نظارت اداره ویژه آن بردارد.[29]

ماده ۲۲ قانون آثار تاریخی، آثار تاریخی را که از ملکیت خصوصی شمرده می‌شود، قرار ذیل حصر کرده‌است:

۱ ـ آثاری که در وقت عمل به قانون آثار، در مجموعه خصوصی یا در حیازت تجارهای عادی باشند.

۲ ـ آثاری که برای مکتشف آن به عنوان پاداش یا مزد داده می‌شوند.

۳ ـ آثاری را که حکومت به عنوان بدل می‌پردازد، یا به سبب بیع و قرارداد در آن تصرف می‌کند؛ البته مطابق ماده ۵ قانون، آثاری که مبادله آثار منقول و بیع آن جایز می‌داند.

۴ ـ آثاری که از خارج به حساب شخص وارد می‌شود، مانند هدایا و لوح‌های هنری که هنرمندان غرب در قرن‌های پیشین ابداع کردند.

۵ ـ آثار عصر مسیحی و پیش از آن تا نهایت عصر اسماعیل که در ملکیت افراد بوده‌اند، و مطابق شرایط قانونی ثبت آنها هم کامل شده‌باشد و دولت ملکیت آنها را در اختیار نگرفته‌باشد.

۶ ـ آثاری را که موزیم‌ها به خاطر بی نیازی از آنها در معرض بیع گذاشته‌باشند.[30]

و قانون آثار تاریخی به خاطر مصلحت عمومی و حمایت از آثار، برای ملکیت خصوصی آثار، نیز قیودی را وضع کرده‌است:

۱ ـ برای کسی که به عنوان مالک اثر، عقاری ثبت شده‌است، واجب است از هرگونه تصرفی که در آن می‌کند، در خلال پانزده روز از تاریخ تصرف، به وزارت مربوطه گزارش دهد. [31]

۲ ـ نقل و انتقال هرگونه اثر تاریخی، به هر نقطه از مملکت ممنوع است، و نیز صدور آن به خارج مملکت.[32]

۳ ـ برای وزیر مربوطه به آثار تاریخی جایز است، قانونی را تصویب کند که به موجب آن، بر هرگونه اثر تاریخی منقول استیلا داشته‌باشد، که اگر مصلحت دید حفظ آن را به عهده گیرد.[33]

۴ ـ هر گاه ثبت هرگونه اثر تاریخی منقول که در ملک فرد یا هیات است، تثبیت شد، این فرد یا دولت، صاحب اختیار این اثر و مسوول حفاظت آن است، و حق احداث هیچ گونه تغییری در آن ندارد، و انتقال آن و تصرف در آن بدون قیود سابق، برایش جایز نیست.[34]

۵ ـ میراث کسی که وارث ندارد

هرگاه انسانی بیمرد، و ارثی از خود به جای نگذارد، از نظر شریعت اسلامی، ترکه او به بیت‌المال باز می‌گردد. و امروز بیت‌المال ممثل خزانه دولت است. پس ممکن است گفته شود، کسی که وارث ندارد، از املاک خصوصی دولت است.

باقی می‌ماند این نکته که بازگشت ترکه کسی که وارث ندارد به دولت از راه میراث است؛ یعنی دولت وارث کسی است که وارث ندارد؟ در این مورد آرای مختلف است. یک قول همین

است که میراث کسی که وارث ندراد، به عنوان میراث در اختیار دولت قرار می‌گیرد. قول دیگر این است که این گونه مال، بر اساس آنکه مالک ندارد، ملک دولت است و مال بدون مالک را دولت تصاحب می‌کند.

استاد احمد ابراهیم در این زمینه می‌گوید: حق این است که در این مال معنای ارث و مصلحت هردو است. یعنی بالسویه ملک همه مسلمانان است، که در آن کسانی در حین موت موجود بوده و کسانی که بعدا موجود می‌شوند، بالسویه حق دارند، مرد و زن، دور و نزدیک در آن حق برابر دارند. و قول امام مالک(رض) این است که مال کسی که از او وارث نمانده‌است، از فقرا است نه از بیت المال، که در شرح دروه‌البیضا و غیر آن به آن تصریح کرده‌اند. و در نزد شیعه اثنی عشری، این مال از امام است به حکم ولای امامت. [35]

آنچه به نظر، صحیح است این است که این ترکه، از اموال خصوصی دولت است نه از آن جهت که میراث باشد، بلکه از آن جهت که مالک ندارد. پس به مجرد وفات مالک بدون وارثی که آن را تصرف کند، دولت آن را مالک می‌شود. بنابراین دولت، وارث کسی که وارث ندارد، نیست. و این مذهب امام ابوحنیفه و اصحاب او، و مذهبی است که احمد بن حنبل نیز آن را رجحان داده‌است.

مهم‌ترین نتیجه که بنا به قول آنکه دولت، وارث «من لاوارث له» نیست، ترتیب می‌شود، این است که صاحب ترکه اگر همه ترکه خود را برای کسی وصیت نماید، نافذ است بدون آنکه دولت در مازاد بر ثلث اجازه دهد. اگر دولت وارث باشد، در مازاد بر ثلث اجازه او شرط است.

اما بنابر مذهب ابوحنیفه و مذهبی که احمد بن حنبل آن را رجحان داده‌است و بعض علمای دیگر، وصیت صاحب ترکه در صورت نبودن وارث، هرچند شامل جمیع ترکه شود، نافذ است و «موصی‌له» کسی که به نفع او وصیت شده، بر بیت‌المال مقدم می‌شود؛ زیرا بیت‌المال به نظر اینها، وارث نیست بلکه محلی است که ترکه‌های بدون وارث به عنوان اموال بدون مالک، آنجا گذارده می‌شود. پس اگر همرای «موصی له» یکی از زن و شوهر می‌ماند، و وصیت را در مازاد بر ثلث اجازه نمی‌دهد، نصیب خود را از باقیمانده مال منهای ثلث، بر می‌دارد و بعد از آن وصیت «موصی‌له» تکمیل می‌شود. و وصیت بر بیت‌المال مقدم است، هرچند همه باقی مانده را فرا بگیرد. ولی اگر یکی از زن یا شوی، وصیت را اجازه دهد، همه آنچه را که وصیت کرده از «موصی‌له» است. اگر باقی مانده‌باشد به بیت المال سپرده می‌شود، و اگر وصیت شامل همه ترکه باشد و وارث یعنی یکی از زوج یا زوجه آن را اجازه دهد، به مقتضای وصیت همه ترکه از «موصی‌له» خواهد بود. [36]

اما مقتضای آنکه ترکه کسی که وارث ندارد، مال بدون مالک است، این است که تملک این گونه اموال با استیلا جایز باشد، درست مانند اموالی که قبلا مالک داشته و هم اکنون مالک ندارد، لکن قانونگذار، ترکه‌های را که برای آنها وارث نیست، از حوزه استیلا بیرون کرده و ملکیت آنها را برای دولت قرار داده‌است؛ این به خاطر اهمیت آن و تطبیق شریعت اسلامی

است. بنابراین، دولت به مجرد وفات شخص بدون وارث، قبل از آنکه بر ترکه وضع ید نماید، آن را مالک می‌شود؛ زیرا دولت به حکم قانون آن را مالک می‌شود، نه به حکم استیلا.

ولی اگر بعد از تملک دولت، ترکه کسی را که وارث ندارد، وارث پیدا شد، یا شخص دیگری که در ترکه حقی برایش هست، مانند کسی که از متوفا طلبکار بوده، می‌توانند برای استیفای حق خود به دولت مراجعه کنند. ولی این حقوق با گذشت زمان ساقط می‌شود؛ یعنی اگر پانزده سال از تاریخ بگذرد، کسی نمی‌تواند ادعای حق کند. [37]

کسب ملکیت توسط التصاق

التصاق، درهم فرو رفتن و اتحاد و ضمیمه در چیزی است که از همدیگر ممیز و جدا بوده‌اند. و مملوک، دو مالک مختلف باشند، بدون آنکه هردو مالک بر اتحاد دو ملک توافق کرده‌باشند.

التصاق در جای صدق می‌کند که جدا کردن این دو چیز، بدون نقص و تلف یکی یا هر دو، ناممکن باشد. پس در مورد گنجی که در زمین مدفون است، صدق نمی‌کند که باهم ملحق شده‌اند؛ چون جدا کردن هردو را از یکدیگر بدون تلف یکی یا هردو ممکن است.

و نیز التصاق در جای صدق می‌کند که دوچیز، مملوک دو مالک باشند. پس اگر کسی روی ملک خود بنای را آباد نماید، آن بنا را چون روی ملک خود آباد کرده‌است، مالک می‌شود، نه توسط التصاق.

و بالاخره، التصاق در صورتی صدق می‌کند، که قبل از اتحاد دوشی (ملک) بین مالک هردو مال، اتفاقی نبوده و التصاق خود به خود صورت گرفته‌است. پس اگر صنعتگری ماده را از صاحب کار گرفت، مثلا نجاری، چوبی را از صاحب کار گرفت و چوبی یا میخی را از مال خود به آن ضمیمه و یک جا کرد، صاحب کار این دروازه یا کلکین را که درست شده است، به واسطه قرارداد و معامله مالک می‌شود، نه توسط التصاق؛ برای آنکه هردو مالک براین التصاق قبلا توافق کرده‌اند.

التصاق با این شیوه، یک واقعه و اتفاق مادی است، که سبب کسب ملکیت می‌شود؛ برای آنکه دو شی به واسطه التصاق، یک چیز شده و بدون تلف و خساره، جدا شدن آنها از همدیگر ممکن نیست. و قبلا هردو مالک موافقت نکرده‌اند که این دو شی بعد از ضمیمه شدن، ملک کدام یکی آنها باشد، پس راه‌حلی که به نظر می‌رسد این است که، این مال به طور مشاع ملک هردو باشد، هریک به نسبت چیزی را که در حال انفراد مالکیت داشت، مالک آن مال است.

لیک این راه در اکثر اوقات از نظر اقتصادی غیر مناسب است. از این رو، قانون مداخله کرده و ملکیت این شی را پس از ضمیمه شدن و التصاق، به طور کامل، ملک یکی از دو مالک قرار داده‌است. و از میان هر دو مالک، مالک شی اصلی را برگزیده و او را مالک شی تابعی که در شی اصلی ضمیمه شده‌است قرار داه‌است. مشروط بر آنکه قیمت شی فرعی را که دست مالک او از ملکیت کوتاه شده‌است، به وی بدهد. و این حل معقول است. بنابر این مالک اصلی، مالک شی تبعی نیز هست. [38]

باقی می‌ماند این موضوع که قانون چگونه بین شی اصلی وشی طبیعی تمییز می‌دهد؟ اما در مهم‌ترین صور التصاق که همان التصاق به عقار است، چندان مشکلی وجود ندارد.

معروف این است که التصاق به عقار دو حالت دارد: ۱ ـ حالت التصاق عقار به عقار، که توسط آب زیاد، زمینی به زمینی ضمیمه می‌شود؛ ۲ ـ حالت التصاق منقول به عقار در ضمیمه شدن تاسیسات و تعمیرات به زمین. پس سه حالت برای التصاق پیدا شد: التصاق منقول عقار، التصاق عقار به عقار و التصاق منقول به منقول.[39]

بنابراین زمین در همه این صور، اصل فرض می‌شود، حتا در صورتی که قمیت آن از منقولی که به آن ضمیمه شده‌است کمتر باشد؛ چنان که اگر تعمیر بزرگ را روی زمینی بنا کند، که قیمت زمین خیلی کمتر است از قیمت تعمیر، زمین اصل فرض می‌شود. و اما صورت التصاق منقول به منقول، در موارد بسیار اندک صورت می‌گیرد. پس قاعده در این موارد این است که مالک شی اصلی، مالک شی تبعی نیز هست و این ملکیت به سبب واقعه مادی به وجود آمده که همان التصاق است.

توجه: بین کسب ملکیت توسط التصاق و بین تملک ثمری که از پیوند به وجود می‌آید، فرق است. اگر کسی بر درختی کسی دیگر از شاخه درختان خود پیوند زند، و پیوند رشد کرده و به ثمر رسد، ثمر، ملک صاحب درخت است. و این ملکیت ثمر، ملکیتی جدید نیست، بلکه ملکیتی است که بر ملکیت چیزی است که میوه از آن به وجود آمده است (اصل درخت) و حق ملکیت او از آن چیز امتداد یافته و به ملکیت ثمر رسیده‌است. بنابراین مالک ثمر، آن را به سبب جدید مالک نشده، بلکه این ملکیت به موجب ملکیت اصلی و در تداوم آن است.

در حالی که ملکیت به سبب التصاق، ملکیت جدید است و مستقل است از ملکیت شی اصلی، و این ملکیت به سبب متصل قایم بذات، کسب شده‌است که همان التصاق باشد.[40]

حالت‌های التصاق

قانون مدنی برای التصاق سه حالت را فرض کرده است:

۱ ـ حالت التصاق طبیعی به عقار، و آن حالت اتصال منقول است به زمین به سبب آب.

۲ ـ حالت التصاق صنعتی به عقار، و آن حالت التصاق تاسیسات و تعمیرات است به زمین توسط فعل انسان.

۳ ـ حالت التصاق منقول است به منقول.

در صورت اول، قانون مدنی می‌گوید: زمین که توسط زیادی آب، به تدریج و به صورت غیر محسوس تکون پیدا می‌کند، و با زمین مجاور ضمیمه می‌شود، ملک مالک زمین مجاور است.[41]

بنابراین باید تراکم و فراگیری آب، به ساحل نهر و اطراف زمین مجاور، تدریجی، در خلال مدت طولانی متعاقب و به وجه غیر محسوس باشد. اما اگر نهر به صورت ناگهانی و طغیان غیر عادی، زمینی را ضمیمه زمین دیگری کرد، زمین مجاور نمی‌باشد، چون این تحول، تدریجی و غیر محسوس نیست.

گاهی تراکم آب، مدت‌های طولانی به شیوه تدریجی غیر محسوس است، بعد آب فروکش می‌کند و زمین به صورت ناگهانی در سطح بالای آب قرار می‌گیرد. این صورت نیز ملک مالکین زمین‌های مجاور است به طریق التصاق.[42]

در صورت دوم، یعنی التصاق صنعتی به عقار، هر بنا یا غرس یا تاسیسات دیگری، روی زمینی باشد یا زیر زمین، مانند سرداب، چنین فرض می‌شود این کار صاحب زمین است که با مصارف خود، اینها را بر پای داشته‌است. بنابراین اگر کسی ادعا کند که تعمیرات و تاسیسات را او برپای داشته‌است، ادعای او شنیده نمی‌شود و دلیل از او مطالبه نمی‌شود. و مالک زمین این تاسیسات صنعتی را به طریقه التصاق مالک است.

و نیز اگر کسی دلیل قانونی اقامه کرد، که قبل از به وجود آمدن تاسیسات و تعمیرات، زمین را او مالک بوده‌است، همین دلیل به تنهایی خود کافی است که فرض شود، او تاسیسات را هم مالک است، و نیاز به دلیل جدا گانه‌ای دیگری ندارد.[43]

اگر اجنبی دلیل اقامه کند بر آنکه، او با مصارف خود تاسیسات را برپای داشته‌است. یا دلیل اقامه کند که صاحب زمین، غیر از صاحب تاسیسات است؛ زیرا مواد این بناها و تاسیسات از اجنبی است. این دارای سه صورت است:

۱ ـ صاحب زمین، تاسیسات را با موادی که در ملک اجنبی بوده، روی زمین خود برپای داشته‌است.

۲ ـ اجنبی با مواد و مصالح ملک خودش، روی زمین، غیر تاسیسات را برپای داشته است.

۳ ـ اجنبی با مواد و مصالح غیر، بناها و تاسیسات را در زمین غیر بنا نهاده‌است.

در هرسه صورت، صاحب زمین، تاسیسات و تعمیرات را توسط التصاق مالک می‌شود، و عوض و مبادله تاسیسات و بناها را به صاحبانش می‌دهد.

این حکم مشروط به این است که، تاسیسات آن چنان داخل و ضمیمه زمین شده‌باشد که یک عقار گفته شود. و مجرد گذاشتن منقولی را در زمین بدون آنکه جز زمین شده‌باشد، در ملکیت صاحب زمین، آن منقول را کافی نیست.[44]

و نیز لازم است بین صوری که صاحب زمین، در به کار گرفتن مواد و مصالح غیر، حسن نیت داشته‌باشد یا سؤنیت، فرق گذارده‌شود. و نیز آنچه را که صاحب زمین توسط التصاق، مالک می‌شود، موارد و ابزار بنا است، اما غیر از ادوات بنا از قبیل تمثالی که جزء بنا می‌شود را، با التصاق مالک نمی‌شود. این نیز دارای چند فرض است:

۱ ـ صاحب زمین که دارای ابزار و مواد غیر را به کار گرفته، حسن نیت داشته؛ یعنی به این عقیده بوده که مواد، ملک خود او است. و ظن غالب می‌رود که وی، مواد را به واسطه حیازت تملک کرده‌است. پس نیازی نیست به آنکه او با التصاق تاسیسات و مواد را مالک است، بلکه توسط حیازت مالک است و احکام حیازت برآن جاری می‌شود.

۲ ـ صاحب زمین در استفاده از مواد و ادوات غیر، سؤنیت داشته؛ یعنی می‌دانسته که این مواد در ملک او نیست. این نیز دارای دو فرض است:

فرض اول: جدا کردن ادوات و مواد، بدون تحمل ضرر عمده ممکن نیست، مثل آنکه ادوات و وسایل خشت پخته، گچ، آهک و روغن ساختمانی و امثال آن باشند، چنانکه فرض غالب همین است.

در این فرض صاحب زمین، ادوات و مصالح را به مجرد آن که جز زمین می‌شود و یک عقار به حساب می‌آید، مالک می‌شود و سبب ملکیت آن، التصاق است. و صاحب زمین به پرداخت عوض مواد و وسایل مکلف می‌شود، و قیمت وقت انتقال ملکیت ادوات را به صاحب زمین می‌پردازد.[45]

فرض دوم: کندن و جدا کردن ابزار و وسایل بدون آنکه ضرر عمده وارد شود ممکن است، مانند «درب» که در ساختمان محکم کرده‌باشد، یا از ابزار طبی که به دیوار چسپانده باشد، یا سنگفرش و موزاییک که زمین ساختمان را با آنها فرش کرده‌باشد، یا چوب مخصوصی که با آن اتاق‌ها را پوشانده باشد.

در این فرض مالک زمین، این ابزار را به مجرد آنکه جز زمین می‌شود، مالک نمی‌شود، بلکه در ملک صاحب خود باقی هستند، و حق مطالبه و جدا کردن و برگرداندن آنها را دارند.[46]

اگر چیزی را که غیر از ابزار و مواد ساختمانی است، داخل و ضمیمه زمین نماید، مانند تمثال یا چیز پربهای دیگری که مال غیر است. مالک زمین اینها را با التصاق مالک نمی‌شود، و منقول در ملکیت صاحب خود باقی است، هر زمان می‌تواند آنها را استرداد نماید، هرچند پس از گذشت یکسال باشد، بلکه هرچند کندن و جدا کردن آن، ضرر عمده را به ساختمان یا زمین ایجاد نماید. این در صورتی است که صاحب زمین، منقول را با حیازت تملک نکرده‌باشد، یا زمان خیلی طولانی نگذشته‌باشد.[47]

صورت دوم: صاحب مواد و وسایل در زمین غیر بنایی را ساخته است. و این فرض در عمل بیشتر صورت می‌گیرد. این دارای چند فرض است:

۱ ـ بانی بنا سؤنیت دارد. اگر شخصی با مواد و مصالح خودش، روی زمینی که می‌داند از غیر او است، بدون رضایت صاحب زمین، ساختمانی را آباد می‌کند، صاحب زمین بین سه کار مخیر است:

۱ ـ از بانی مطالبه می‌کند که بنای خود را از روی زمین او بردارد.

۲ ـ به بقای آن راضی می‌شود، و قیمت ساختمان را در حالی که حق تخریب آن را دارد، به صاحب مواد و مصالح می‌پردازد.

۳ ـ به بقای ساختمان راضی می‌شود، و مازاد قیمت زمین را که توسط ساختمان به وجود آمده‌است، به بنا کننده ساختمان می‌دهد.[48]

۲ ـ بانی بنا حسن نیت دارد. اگر کسی با مواد و مصالح خود، روی زمینی که عقیده دارد حق دارد در آن ساختمان بنا کند، بنا می‌نماید، صاحب زمین حق مطالبه ازاله آن را ندارد، بلکه مخیر است بین آنکه قیمت مواد و اجره کار را برای صاحب مواد بدهد، و یا مبلغی را که

مساوی با مازاد قیمت زمین است با بودن ساختمان، به او بدهد. این در صورتی است که صاحب ساختمان، ازاله آن را مطالبه نکند.[49]

صورت سوم: بانی در زمین غیر با مواد و مصالح غیر، بنایی را ساخت. این نیز دارای چند فرض است:

فرض اول: از آنجایی که مواد، منقول است، پس جایز است بانی آن را به حسن نیت و سبب صحیح در تملک خود درآورده‌باشد، وقتی با آن مواد، تاسیسات و تعمیراتی را در زمین غیر ساخت، در حقیقت با مواد و مصالح خود آنها را در زمین غیر ساخته است. و حکم آن قبلا بیان شد که ساختمان، ملک صاحب زمین است و وی قیمت مواد را به بانی می‌دهد.

اگر بانی، مواد را توسط حیازت مالک نشده‌باشد، و با آن مواد در حالی که ملک غیر است، در زمین غیر بنایی ساخت، مجبور می‌شود که مواد را از زمین غیر بردارد. و این مواد را نه صاحب زمین توسط التصاق مالک شده‌است، و نه ملکیت آن با سبب ملکیت صحیح به بانی انتقال یافته‌است، پس از صاحب اصلی خود است.

فرض دوم: اگر صاحب زمین، مواد را توسط التصاق مالک شد، در برابر صاحب مواد مسوولیت ندارد که قیمت مواد را به او بدهد. بلکه در برابر بانی مسوولیت دارد که عوض مواد را به او بدهد. و بانی در برابر صاحب مواد مسوول و مدیون است.[50]

فرض سوم: آیا بانی که روی زمین غیر، بنایی آباد کرده، حسن نیت داشته یا سؤنیت داشته‌است؟

اگر سؤنیت داشته یعنی می‌دانسته که این زمین مال غیر است، صاحب زمین می‌تواند ازاله بنا و اعاده زمین را به صورت اصل آن مطالبه کند. و اگر صاحب زمین، ازاله بنا را مطالبه نکرد، آن را به سبب التصاق مالک می‌شود و واجب است برای بانی، ادنی قیمتین را بدهد: قیمت ساختمان را در حالی‌که حق ازاله آن را دارد. و مازاد قیمت زمین را که توسط تاسیسات به وجود آمده‌است.

و اگر بانی حسن نیت داشته و به این عقیده بوده که زمین مال خودش است، بانی می‌تواند مواد را از زمین خالی کند. اگر مواد را از زمین زایل نکرد، صاحب زمین ساختمان و تاسیسات را توسط التصاق مالک می‌شود. و باید برای بانی ادنی القیمتین را پرداخت کند. و در هردو صورت صاحب اصلی مواد از بانی حق استرداد آن را دارد. [51]

التصاق منقول به منقول

التصاق منقول به منقول عملا کم صورت می‌گیرد، از این رو، اهمیت آن محدود است. مهم شروط التصاق منقول به منقول است که با فراهم آمدن آن شرایط، التصاق صدق می‌کند. آن شرایط عبارت از این است:

۱ ـ هردو منقول مملوک دو مالک مختلف باشد. اگر مالک هردو یکی باشد معنا ندارد که احکام التصاق جاری شود؛ چون منقول در حالت جدید، ملک مالک واحد است.

۲ ـ منقولان به گونه‌ای در یکدیگر متحد شده‌باشند، که جدا کردن آنها بدون تلف و خساره ممکن نباشد. و شرط اصلی که قواعد التصاق را تجویز می‌کند، همین شرط است؛ چون هردو منقول با این نحو انضمام، یک منقول شده‌است و باید صاحب اصلی آن مشخص شود.

۳ ـ قبل از انضمام بین مالک هردو منقول توافق، صورت نگرفته‌باشد که پس از التصاق چگونه عمل کند. این نیز شرط جوهری است؛ چون در صورت توافق مالکین، حکم التصاق جاری نمی‌شود.

بنابراین اگر دو منقول مختلف‌القیمه باهم مخلوط شوند، قواعد عدالت حکم می‌کند که صاحب شی بزرگتر، شی‌ای را که از نظر قیمت کمتر است مالک می‌شود، و قیمت همان شی کوچک را برای صاحبش می‌دهد.

یا آنکه صاحب شی اصلی، شی تابع را مالک می‌شود و قمیت آن را به مالکش می‌دهد. پس اگر روغن با عسل مخلوط شود، یا مشربات الکلی با آب مخلوط شود، هرکدام که از نظر قیمت بالاتر باشد، یا اصلی باشد، صاحب آن، آن دیگری را که قیمت آن کمتر است یا جنبه فرعیت داشته‌باشد، مالک می‌شود و قیمت آن را به صاحبش می‌دهد.

مثلا اگر وسایل یدکی در بعض قسمت‌های عراده‌ها ضمیمه شود، ظاهرا مالک عراده، مالک شی اصلی است و قطعه یدکی را که شی تبعی است، مالک می‌شود و قیمت آن را به صاحبش می‌دهد.[52]

منابع

1ـ لنگرودی، دکتور جعفر جعفری، مبسوط ترمینولوژی حقوق، ج ۱ ص ۳۶۰، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۱
2ـ همان، ص ۵۷۸
3ـ السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج ۹ ص ۷ـ۶ داراحیاء التراث العربی، بیروت ـ لبنان.
4ـ لنگرودی، سابق، ج ۱ ص ۲۰۹ ـ ۲۰۸ و نیز، ر، ک: کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی اموال و مالک، ص ۱۷۶، چاپ هفتم، نشر میزان، ۱۳۸۲
5ـ السنهوری، سابق، ج ۹ ص ۷ و نیز، ر ، ک: کاتوزیان، ناصر، درسهای از شفعه، وصیت، ارث، ص ۸ ـ ۷ چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۲
6ـ شهید ثانی، زین الدین، اللمعة الدمشقیه، ج ۸ ص ۱۱. و نیز، ر ، ک: کاتوزیان، سابق، ص ۱۷۹ منشورات موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت ـ لبنان.
7ـ کاتوزیان، سابق، ص ۵۹ و نیز، ر، ک: منصور، جهانگیر، وصیت و ارث، ص ۱۵، تهران، موسسه انتشارات آگاه، چاپ هفتم، ۱۳۸۳
8ـ السنهوری، سابق، ج ۹ ص ۸ ـ ۷
9ـ همان، ج ۹ ص ۱۱
10ـ همان، ج ۹ ص ۱۲، به نقل از محمد علی عرفه، شرح قانون مدنی، ج ۲ ص ۱۱، فقره ۸
11ـ همان، ج ۹ ص ۱۲
12ـ همان، ج ۹ ص ۱۶ ـ ۱۵
13ـ همان، ج ۹ ص ۱۸ ـ ۱۷
14ـ همان، ج ۶ ص ۱۳۸، فقره ۱۱۲، پاورقی رقم ۲
15ـ همان، ج ۹ ص ۲۲ ـ ۲۱

16ـ از قبیل لوء لوء، انواع صدف، احجار قیمتی و قواقع، جمع قوقع، حیوانات بدون ستون فقرات و لطیفی است که از اطراف جسم آن، صدف های حلزونی پیچ پیچ می رویند. و در حین حرکت و فعالیت، چسمش از میان صدف نمودار می شود. (المعجم الوسیط، ص ۷۶۷، چاپ دفتر نشر فرهنگ اسلام)

17ـ السنهوری، سابق، ج ۹ ص ۲۲

18ـ همان، ج ۹ ص ۲۳

19ـ همان، ج ۹ ص ۲۴

20ـ همان، ص ۲۷ ـ ۲۸

21ـ همان، ج ۹ ص ۲۸

22ـ همان، ج ۹ ص ۳۵ ـ ۳۶؛ به نقل از محمد علی عرفه، شرح قانون مدنی، ج ۲ ص ۲۳، فقره ۱۶

23ـ همان، ج ۹ ص ۳۰

24ـ همان، ج ۹ ص ۳۲ ـ ۳۳

25ـ همان، ج ۹ ص ۳۳، به نقل از محمد کامل مرسی، شرح قانون مدنی، ج ۳ فقره ۱۲

26ـ همان، ج ۹ ص ۳۴

27ـ همان، ج ۹ ص ۴۰

28ـ همان، ج ۹ ص ۴۰ ـ ۴۱

29ـ همان، ج ۹ ص ۴۳، به نقل از ماده ۱۲ قانون آثار

30ـ همان، ج ۸ ص ۶۴۹

31ـ همان، ج ۸ ص ۶۴۹، به نقل از قانون آثار، ماده ۱۸

32ـ همان، ج ۸ ص ۶۴۹، به نقل از قانون آثار، ماده ۲۵

33ـ همان، ج ۸ ص ۶۵۰، به نقل از قانون آثار، ماده ۲۷

34ـ همان، ج ۸ ص ۶۵۰، به نقل از قانون آثار، ماده ۲۸

35ـ همان، ج ۸ ص ۱۵۶، به نقل از احمد ابراهیم، بحث مقارن فی المواریث فی الشریعهٔ الاسلامیه، سنه ۱۹۳۳ ـ ۱۹۳۴ (المقال الثانی ص ۵۲)

36ـ همان، ج ۸ ص ۱۵۷، به نقل از احمد ابراهیم، سابق، ص ۵۱ ـ ۵۲

37ـ همان، ج ۹ ص ۴۶

38ـ همان، ج ۹ ص ۲۴۴ ـ ۲۴۵

39ـ همان، ج ۹ ص ۲۴۵، به نقل از محمد علی عرفه، ج ۲ فقره ۲۷ و شفیق شحاته، شرح قانون مدنی ص ۳۳۳ فقره ۲۲۵

40ـ همان، ج ۹ ص ۲۴۶

41ـ همان، ج ۹ ص ۲۴۸، به نقل از قانون مدنی، ماده ۲۱۸

42ـ همان، ج ۹ ص ۲۵۳ ـ ۲۵۴

43ـ همان، ج ۹ ص ۲۶۱

44ـ همان، ج ۹ ص ۲۶۵ ـ ۲۶۶

45ـ همان، ج ۹ ص ۲۶۶

46ـ همان، ج ۹ ص ۱۷۱

47ـ همان، ج ۹ ص ۲۷۳

48ـ همان، ج ۹ ص ۲۷۶

49ـ همان، ج ۹ ص ۲۸۴

50ـ همان، ج ۹ ص ۳۲۲ ـ ۳۲۳

51ـ همان، ج ۹ ص ۳۲۴ ـ ۳۲۵

52ـ همان، ج ۹ ص ۳۲۸ ـ ۳۲۹

چک

نوعی از اسناد قابل معامله تجارتی ۲

ظهر نویسی

انیسه احرار

مقدمه

اگر چه چک ازجمله اسنادی است که در میان اشخاص حتا غیر تاجر نیز رد و بدل می‌گردد، اما تابع قانون تجارت بوده و هست، قوانین تجارتی اکثریت کشورهای جهان، چک را در پهلوی حجت و برات از جمله اسناد تجارتی شناخته و تحت عنوان اسناد تجارتی به بحث گرفته‌اند. مگر از آنجای که اسناد تجارتی تنها به این سه نوع (حجت، برات و چک) خلاصه و محدود نمی‌باشد، اسناد دیگری چون سند در وجه حامل، اوراق بهادار، اوراق قرضه، اوراق سهم، بارنامه و سایر اسناد اعتباری را نیز می‌توان تحت همین عنوان مورد مطالعه و بحث قرار داد.

اصولنامه تجارت افغانستان منتشره جریده رسمی سال ۱۳۳۶ در فصول اول، دوم و سوم باب سوم تحت عنوان اسناد تجارتی، صرفاً به بیان و تشخیص احکام در موارد برات، حجت و چک پرداخته‌است.

امروز به وضاحت دیده می‌شود که اسناد تجارتی در گردش امور اقتصادی و تجارتی اعم درسطح ملی و بین‌المللی نقش با اهمیت و بارزی را بدوش دارند، به خصوص سکتور خصوصی

که پیشگام صنعتی سازی جوامع به شمار می‌رود، تلاش می‌ورزد تا در موقعیتی قرار گیرد که بارزترین شایستگی‌های فنی و صنعتی را از خود به نمایش گذاشته و در رفع نیازمندی‌های بازار نقش ارزنده و فعال را بازی نماید.

تحقیقات علمی و دقیق درمورد اسناد تجارتی، گامی در جهت هماهنگ سازی سیستم حقوقی اقتصادی و تجارتی کشورما با کشورهای منطقه و جهان است، البته با نظرداشت اثرگذاری فرهنگ حاکم جامعه برفعالیت‌های علمی و تحقیقاتی که می‌توان به صراحت گفت که فرهنگ عمومی و حاکم مانع رشد و انکشاف تحقیقات علمی خواهد بود و عدم آگاهی عامه از ارزش تجارتی، پولی و بانکی اسناد تجارتی می‌کاهد و موجودیت فساد اداری، جعل کاری، تذویر و فریبکاری ارزش و اهمیت واقعی اسناد تجارتی را تحت سوال قرار می‌دهد.

به جا بود که در این تحقیق بحث کلی و ارزیابی عمومی در رابطه به کلیه انواع اسناد قابل معامله تجارتی صورت می‌گرفت اما به نسبت وسیع بودن موضوعات و ساحه تطبیق هریک از آنها، صرفاً به ارزیابی فشرده و بررسی گذرا از چک اکتفا شده‌است.

یک بخش از این بررسی در شماره قبلی مجله عدالت به چاپ رسیده‌است. در این بخش تلاش شده تا موضوعات ظهرنویسی جهت انتقال مالکیت، جهت توثیق سند و جهت اعطای وکالت، مورد پژوهش قرار گیرد، عنوانین کلی این بحث‌ها شامل شرایط شکلی ظهرنویسی، شرایط ماهوی و آثار ظهرنویسی می‌باشد.

هم چنان تادیه یا پرداخت مبلغ مندرج چک، شرایط تادیه، مکلف‌های طرفین چک درقبال تادیه یا عدم تادیه چک وآثار عدم تادیه چک مورد بررسی قرار گرفته‌است.

آنچه قابل تذکر است که صدور چک بدون دارایی بحث جزایی است که بعد از ارایه این بحث حقوقی در شماره بعدی خواهید خواند.

ظهر نویسی

کلیه اسنادی که مبین طلب یک شخص بالای شخص دیگر باشد، قابل انتقال می‌باشد؛ جهت تامین بهتر حقوق منتقل‌الیه، اسناد مزبور باید ظهرنویسی شود، در صورتی که اسناد تجارتی در مطابقت به اصول و قواعد موضوعه قانون تجارت ظهرنویسی شده‌باشد، در بردارنده مزایای زیادی برای طلبکار خواهد بود.

قانون تجارت کشورما بدون این‌که ظهرنویسی را تعریف کرده‌باشد، امکان ظهرنویسی را برای هریک از اسناد تجارتی مشمول باب سوم، پیش‌بینی نموده‌است.

ظهرنویسی در حقیقت عمل حقوقی است که وسیله انتقال سند تجارتی از طریق امضا و تسلیمی ورقه سند به شخصی که منتقل‌الیه یا دارنده جدید خوانده می‌شود، می‌باشد، چون عبارت انتقال سند معمولاً در ظهر(پشت) ورقه سند تجارتی قید می‌شود، این عمل حقوقی ظهرنویسی نام گرفته‌است.

همان گونه که در بخش اول این بحث که در شماره قبلی از نظر خواننده محترم گذشت تذکر یافت چک اولین بار در بازارهای کشور ایتالیا مورد کار برد قرار گرفت، ظهرنویسی اسناد

تجارتی نیز برای اولین بار درهمین کشور در قرن شانزدهم رواج یافته‌است بعداً در شروع قرن هفدهم در کشور فرانسه و سایر کشورهای اروپایی رایج شده‌است.

در ابتدا اسناد تجارتی به طور مثال برات به حواله‌کرد دارنده، صادر می‌شد و این عمل زمینه را میسر می‌ساخت تا شخص ثالث بتواند به عنوان نماینده دارنده مبلغ مندرج برات را دریافت کند و بناءً نام چنین نماینده در زمان صدور برات باید در آن ذکر می‌شد بعداً با صدور برات‌های به (حواله‌کرد دارنده) کافی دانسته شد که دارنده از طریق تنزیل برات، برات را به شخص یا دارنده جدید منتقل کند. و مبلغ مندرج آن را به دست آورد. اما با وضع قاعده ظهرنویسی، از یک سو از کاهش ارزش برات جلوگیری به عمل آمد و از طرف دیگر مسوولیت تضامنی ظهرنویسان مطرح گردید.

اما نباید فراموش کرد که ظهرنویسی اسناد تجارتی صرفاً جهت انتقال سند از یک شخص به شخص دیگر نمی‌باشد، بلکه ممکن است ظهرنویسی به منظور اعطای وکالت به کسی، جهت حصول وجه مندرج سند و یا گاهی درساحه بانکداری جهت ترتیب وثیقه صورت می‌گیرد که ذیلاً به آن‌ها اشاره می‌شود:

ظهرنویسی جهت انتقال مالکیت

معمولاً چک را جهت انتقال آن به شخص دیگر ظهرنویسی می‌نماید. و استفاده از ظهرنویسی در حالتی صورت می‌گیرد که دارنده چک آن را تنزیل داده‌باشد.

ظهرنویسی چک وکلیه اسناد قابل معامله تحت شرایط معین از نظر شکلی و ماهوی صورت می‌گیرد.

در این بحث، ضمن بررسی شرایط شکلی و ماهوی ظهرنویسی آثار آن را نیز مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

بحث اول: شرایط شکلی ظهرنویسی

از مقایسه احکام مندرج قانون تجارت کشور ما در خصوص ظهرنویسی اسناد تجارتی، ظهرنویسی برات، حجت و چک که در فصول جداگانه مورد بررسی قرار گرفته‌اند چنین نتیجه به دست می‌آید که ظهرنویسی هریک از این اسناد از نظر شکل یکسان می‌باشند. بناءً آنچه را در این بحث ملاحظه می‌فرمایید معلوماتی است در رابطه به ظهرنویسی اسناد قابل معامله تجارتی شامل برات، حجت و چک.[۱]

ظهرنویسی یا برخود سند تجارتی (برات، حجت و چک) یا به روی ورقه دیگری که ملصق به آن می‌باشد صورت می‌گیرد، ظهرنویسی به امضای ظهرنویس مدار اعتبار قرار می‌گیرد، هرگاه در ظهرنویسی اسم حامل سند ذکر نگردد و یا ظهرنویس در ظهر سند و یا ورق ملصق به آن تنها به امضا اکتفا نموده باشد این گونه ظهرنویسی قابل اعتبار بوده، صحیح می‌باشد و به نام ظهرنویسی سفید یاد می‌شود.[۲]

از این بیان قانون تجارت چنین بر می‌آید که شرایط شکلی ظهرنویسی، امضای سند و تذکر اسم دارنده یا حامل است.

اما به موجب صراحت قانون تجارت جمهوری اسلامی ایران: ظهرنویسی باید به امضای ظهرنویس برسد، ممکن است در ظهرنویسی تاریخ و اسم شخصی که سند به او انتقال داده می‌شود، قید گردد.[۳]

با ملاحظه و دقت بر متون مندرج قانون تجارت کشور ما و کشور همسایه جمهوری اسلامی ایران می‌توان شرایط شکلی ظهرنویسی را چنین بیان کرد:

الف) امضای ظهرنویس

امضای ظهرنویس به روی ورقه سند به مفهوم رضایت وی به انتقال آن می‌باشد. لذا برخلاف حالت صدور برات و حجت که با مهر صادر کننده نیز قابل اعتبار شناخته می‌شود، ظهرنویسی چک را نمی‌توان با مهر ظهرنویس صحیح دانست، مهر ظهرنویس موجب انتقال سند مذکور نمی‌گردد.

اما در مورد امضای ظهرنویس دو سوال برذهن خطور می‌نماید:

سوال اول: آیا امضا ظهرنویس حتماً و الزاماً باید در پشت ورقه سند باشد یا در روی آن؟

قانون تجارت کشور ما و هم قانون تجارت کشور ایران، به صراحت قید نکرده‌است که ظهرنویسی در پشت ورقه باشد یا به روی آن، اما از آنجایی‌که ظهرنویسی یک عمل حقوقی است و به وسیله دارنده سند می‌تواند، انجام شود، پس ظهرنویسی چه به روی ورقه سند باشد و یا در پشت آن، اثرات حقوقی خاص را مرتب می‌کند.

اما با الهام از مفهوم ظاهری عباره ظهرنویسی می‌توان گفت که ظهرنویسی الزاماً در پشت ورقه سند صورت می‌گیرد.

سوال دوم: درصورتی که ورقه سند به دلیل درج ظهرنویسی‌های متعدد، جای برای ظهرنویسی جدید، موجود نباشد، آیا می‌توان ظهرنویسی را به روی ورقه جداگانه‌ای‌که ملصق به سند می‌باشد، انجام داد؟

در نظام حقوقی کشور فرانسه در همچو حالتی، ظهرنویسی و امضا بر ورقه جداگانه اما ضمیمه شده به سند را قابل اعتبار دانسته و صحیح می‌شمارند. با وجودی که در همچو مورد قانون تجارت کشور ما به صراحت حکمی ندارد. اما این موضوع کاملاً منطقی جلوه می‌کند که جهت انتقال سند تجارتی، ظهرنویسی می‌تواند بر ورقه جداگانهٔ ضمیمه شده بر آن صورت گیرد.

همچنان از نظر حقوقی، درانتقال سند تجارتی که پشت آن به اثر ظهرنویسی‌های متعدد پر شده‌باشد، ایرادی وجود ندارد، که بر ورقه جداگانه ولی ملصق و ضمیمه‌شده بر آن سند، ظهرنویسی را مجدداً ادامه داد.

ب) درج اسم دارنده یا حامل (منتقل الیه)

ماده ۲۴۶ قانون تجارت ایران حکم کرده‌است که «... ممکن است در ظهرنویسی اسم کسی که برات به او انتقال داده می‌شود، قید گردد.»

قید عبارت «ممکن است» در این ماده، می‌رساند که سند را می‌توان به نام شخص معین یا به صورت سفید و یا به حامل، ظهرنویسی کرد.

۱- ظهرنویسی به نام شخص معین: ممکن است که ظهرنویسی به نام شخص دارنده سند و یا به حواله‌کرد وی صورت گیرد و ظهرنویسی به این عبارت نوشته می‌گردد: «فقط دروجه (اسم شخص معین) تادیه شود.» ویا «فقط در وجه (اسم شخص معین) یا به حواله‌کرد او تادیه شود.» ظهر نویسی با قید عبارات فوق صحیح و دارای اعتبار می‌باشد.

۲- ظهرنویسی سفید: هرگاه ظهرنویس نام منتقل‌الیه را ذکر نکند و صرف به امضا در پشت یا ورق ملصق بر سند اکتفا نماید، می‌تواند سند را انتقال نماید. و برطبق صراحت حکم مندرج ماده ۴۸۴ قانون تجارت افغانستان، دارنده می‌تواند، اسم خود را و یا اسم شخص دیگری را در کنار امضای ظهرنویس تحریر و سند را انتقال دهد، دارنده نیز حق دارد آن را به طور سفید بدون تذکر و قید اسم شخص دیگری در جریان قرار دهد.

همچنان دارنده یک سند دارای ظهرنویسی سفید می‌تواند آن را خودش مجدداً ظهرنویسی و امضا نماید.

قابل تذکر است، هرگاه دارنده، سند دارای ظهرنویسی سفید را بدون ظهرنویسی و امضأ جدید، و تذکر نام شخص ثالث در کنار امضا اولی، انتقال می‌دهد، خود را از حلقه مسوولان ظهرنویسی خارج می‌سازد، و نقشی در جریان انتقال سند به عهده وی باقی نمی‌ماند. مگر در صورتی که دارنده سند دارای ظهرنویسی سفید، آن را خود مجدداً ظهرنویسی و امضا می‌کند در مقابل دارنده جدید مسوولیت تضامنی خواهد داشت.

۳- ظهرنویسی در وجه حامل : سند تجارتی را می‌توان در وجه حامل ظهرنویسی و امضا کرد این نوع ظهرنویسی درحکم ظهرنویسی سفید است که قبلاً به آن اشاره شد.

ج) تاریخ ظهرنویسی

گرچه قانون تجارت افغانستان قید تاریخ را در ظهرنویسی ضروری ندانسته‌است اما درج تاریخ از جهات متعدد مفید ثابت شده‌است، به خصوص جهت تشخیص اهلیت ظهرنویس، قید تاریخ ظهرنویسی کمک می‌کند هرگاه ظهرنویس در زمان ظهرنویسی اهلیت نداشته و یا اهلیت خود را از دست داده‌باشد یا ورشکسته شده‌باشد، ظهرنویسی وی باطل خواهد بود.

بحث دوم: شرایط ماهوی ظهرنویسی

برطبق بیان قانون تجارت کشورما: «ظهرنویسی لازم است از هرگونه قید و شرط عاری باشد، هر شرط که ظهرنویسی به آن متعلق باشد، بلا اثر می‌باشد و ظهرنویسی یک قسمت از وجه سند باطل است.»

برطبق حقوق کشور فرانسه و همچنان قواعد متحدالشکل ژینو قید هرگونه شرط در سند قابل معامله باطل پنداشته می‌شود اما اصل سند را باطل نمی‌کند.

از طرف دیگر ظهرنویسی یک قسمت از وجه سند، در عمل، مشکل ایجاد خواهد کرد چه هرگاه شخصی که یک قسمت از سند به او انتقال می‌کند، مجبور است، ورقه سند را در اختیار خود داشته‌باشد و الا نمی‌تواند از سایر متعهدان سند، حقوق خود را به موجب سند مذکور دریافت نماید. به همین لحاظ حقوق کشور فرانسه و هم قواعد متحدالشکل ژینو ظهرنویسی جزء و قسمی سند را باطل و بلا اثر تلقی کرده‌اند. چنانچه در قانون تجارت کشور ما نیز باطل و بلا اثر تلقی شده‌است.(۴)

درحالی‌که در قانون تجارت کشور ایران همچو حکمی به ملاحظه نمی‌رسد گویا، قید و شرط در ظهرنویسی بدون اشکال می‌باشد و هم ظهرنویسی جزیی از سند نیز به نسبت سکوت قانون مجاز پنداشته شده‌است.

بحث سوم: آثار ظهرنویسی

مهم‌ترین اثر ظهرنویسی انتقال سند است، اگر چه ظهرنویسی حقوق ناشی از سند را به منتقل‌الیه انتقال می‌دهد اما مسوولیت انتقال‌دهنده در مقابل منتقل‌الیه هم‌چنان پا بر جا می‌ماند.

اثر دیگر ظهرنویسی همانا انتقال حقوق ناشی از سند است که به وسیله ظهرنویسی به عمل می‌آید. البته آن حقوقی که بر اثر معامله بر دوش صادرکننده و ظهرنویس سند مرتب شده‌است.

در سیستم حقوقی کشور ما این اصل موجود است که با تحریر و امضا یک سند قابل معامله به عنوان ظهرنویسی کافه حقوق متولد از سند مذکور نیز انتقال می‌نماید.(۵)

انتقال حقوق ناشی از سند به دارنده جدید به این معنا است که علاوه بر اصل دین یا طلب ناشی از سند، ملحقات و وسایل تضمین طلب یا دین مذکور نیز به دارنده (منتقل‌الیه) انتقال می‌شود.

در سیستم حقوقی کشور فرانسه، توسط ظهرنویسی یک سند قابل معامله، نه تنها کلیه حقوق اصلی ناشی از سند یعنی اصل دین ضمایم و فروعات آن به منتقل‌الیه انتقال می‌کند، بلکه دارایی مربوط سند نیز با ظهرنویسی انتقال می‌یابد. برطبق این نظریه گویا دارنده قبلی سند، صاحب دارایی بود که صادرکننده در نزد مخاطب داشته‌است. «فقره ۳ ماده ۱۱۶ قانون تجارت کشور فرانسه.»(۶)

و از طریق ظهرنویسی این دارایی در همان زمان تحقق ظهرنویسی به دارنده جدید انتقال شده‌است. این انتقال دارایی در مورد برات حتا در صورتی که برات مورد قبول واقع نشده‌باشد نیز تحقق می‌یابد.

اما در سیستم حقوقی کشور اسلامی ایران ظهرنویسی موجب انتقال دارایی نمی‌شود فقط طلب ناشی از سند به منتقل‌الیه واگذار می‌شود.(۷)

یعنی قانونگذار کشور ایران برخلاف قانونگذار فرانسه از انتقال سند صحبت می‌کند نه از انتقال دارایی آن.

انتقال تضمین‌های سند یکی دیگر از آثار ظهرنویسی است، هرگاه تعهد مندرج سند متضمن، تضمینی برای دارنده سند باشد، پس از ظهرنویسی، دارنده سند حق استفاده از تضمین مزبور را خواهد داشت.

به عباره دیگر این تضمین با انتقال سند به منتقل‌الیه انتقال یابد. طور مثال صادرکننده سند برای آن که اعتماد دارندگان را در مورد پرداخت مبلغ مندرج سند جلب کند، یک قسمت از اموال خود را وثیقه پرداخت سند می‌کند، این وثیقه با ظهرنویسی دارندگان منتقل می‌شود.

در اینجا سوالی مطرح می‌شود که: آیا در صورت عدم تادیه یا پرداخت وجه مندرج سند، دارنده می‌تواند وثیقه را به فروش رسانیده و مبلغ مندرج سند را حاصل کند؟

به سوال فوق حقوق تجارت کشور فرانسه پاسخ مثبت می‌دهد، چون‌که با پذیرفتن این اصل که با ظهرنویسی، منتقل‌الیه مالک دارایی می‌شود، باید این اصل را نیز قبول کنیم که مالک دارایی مالک تضمین آن نیز خواهد بود.

اما این اصل در حقوق تجارت کشور ایران قابل قبول نیست و قانونگذار این کشور بر این عقیده متکی است که با انتقال سند تضمین، دارایی آن که از معامله ناشی شده‌است به منتقل الیه واگذار نمی‌شود.

ظهرنویسی برای وکالت

دارنده سند قابل معامله با ظهرنویسی آن می‌تواند سند را برای شخص دیگری واگذار کند تا به حساب وی، مبلغ مندرج آن را دریافت کند. بدین گونه دارنده می‌تواند شخص دیگری را در معامله به عنوان وکیل شریک سازد.

این ظهرنویسی به شخص ثالث یا وکیل وی کمک می‌کند تا مبلغ مندرج سند ظهرنویسی شده را دریافت کند. معمولاً وکلی که به واسطه ظهرنویسی مامور حصول مبلغ مندرج سند می‌شود، بانک می‌باشد که با دریافت حق‌الزحمه یا مزدکار، با حصول سند به حساب مشتری خود مبادرت می‌ورزد. بدین گونه بانک مامور است تا مبلغ مندرج سند را درحساب وی واریز کند. ظهرنویسی برای وکالت برای دارنده سند این مفیدیت را دارا است که وی مالک سند باقی می‌ماند و حقوق ناشی از آن به وی تعلق خواهد داشت از نظر حقوقی بانکی که مامور به واریز نمودن مبلغ مندرج سند در حساب چنین صادرکننده است و سند برای وی انتقال شده مکلف به تادیه فوری و عندالمطالبه مبلغ مندرج آن به دارنده نمی‌باشد. اما درکشورهای اروپایی اغلب این نوع ظهرنویسی برای دریافت فوری مبلغ مندرج سند استفاده می‌شود، این اقدام چنین تلقی می‌شود که گویا، اعتبار کوتاه مدت از طرف ظهرنویس به وکیل (بانک) اعطا شده‌است.

ظهرنویس می‌تواند با تصریح عبارت «برای وکالت» یا «وکالت برای حصول» در ظهر سند قابل معامله به مفاد این گونه ظهرنویسی دستیابی حاصل کند. قانون تجارت کشور فرانسه و

قواعد متحدالشکل کنوانسیون ژینو، تذکار و تصریح همچو عبارات را که مبین مطلب باشد، مجاز می‌داند.[۸]

ظهرنویسی برای وکالت بیشتر به چک معمول می‌باشد، یعنی از جمله اسناد قابل معامله تجارتی (چک، برات و حجت) این نوع ظهرنویسی بروی چک‌ها انجام می‌شود. و زمانی مورد استفاده قرار می‌گیرد که دارنده، چک را برای حصول مبلغ مندرج آن به بانک مربوطه راجع سازد و بانک بعد از وصول چک، مبلغ مندرج آن به حساب مشتری واریز می‌کند.

وکالت در حصول از طریق ظهرنویسی یا با قید و تحریر هرگونه عبارتی که مبین این هدف باشد، در ظهر چک، صورت می‌گیرد. لذا جهت دریافت مبلغ مندرج آن از طریق واریز نمودن آن به حساب مشتری، لازم است تا در ظهر چک قید و تحریر گردد: «لطفاً پس از حصول چک به حساب شماره(....) واریز شود.»

خلاصه، ظهرنویسی جهت وکالت ضرورت به تاکید و قید عبارت و مفهومی دارد که بیانگر وکالت باشد. هرگاه در چک همچو عبارتی درج نباشد، ظهرنویسی به عنوان وکالت تلقی نمی‌گردد.[۹]

قواعد متحد الشکل کنوانسیون ژینو، ظهرنویسی مجدد سند قابل معامله تجارتی را توسط دارنده جدید (وکیل) مجاز دانسته و به وکیل صلاحیت می‌دهد تا جهت انتقال حق وکالت به شخص ثالث، سند تجارتی را ظهرنویسی کند که در این مورد قانون تجارت کشور ما و همچنان کشور ایران، قیدی را تذکر نداده‌است.

ظهرنویسی برای وثیقه

در ساحه بانکداری معمول است که بانک با مشتری خویش قراردادی را منعقد می‌سازد و به موجب آن هرگاه مشتری دین را در موعد سررسید آن تادیه نتواند یا تادیه نکند، بانک می‌تواند، سند را که به عنوان وثیقه باز پرداخت اعتبار نزد او است، حاصل کرد، و دین مربوط خود را از آن برداشت می‌نماید و متباقی را درحساب مشتری واریز می‌نماید. این نکته را نباید از یاد برد که سند قابل معامله تجارتی اعم از برات، حجت و چک ذاتاً بیانگر توثیق دین نیست تا زمانی که ظهرنویسی می‌گردد. به خصوص هرگاه این ظهرنویسی جهت انتقال ملکیت سند باشد، بانک برای وصول آن به گونه شخصی عمل می‌کند که مالکیت سند به او انتقال نموده‌باشد.

ظهرنویسی برای وثیقه دربسیاری کشورها دارای مقررات مشخص می‌باشد، مثلاً قانون کشور فرانسه که از قواعد متحد الشکل کنوانسیون ژینو الهام گرفته‌است این نوع ظهرنویسی را در ماده ۱۲۲ قانون تجارت خویش پیش‌بینی نموده‌است.[۱۰]

این ماده قانون تجارت کشور فرانسه در خصوص ظهرنویسی برات به منظور وثیقه چنین بیان می‌نماید:

«هرگاه در ظهرنویسی برات قید «ارزش برای تضمین» یا «ارزش برای گرو» ویا هر عبارت دیگر که متضمن وثیقه است، باشد در این صورت، دارنده برات (کسی که برات را به عنوان

وثیقه دراختیار دارد) می‌تواند کلیه حقوق را که از ظهرنویسی ناشی می‌شود، اجرا کند ولی نمی‌تواند برات را برای انتقال ظهرنویسی کند و ظهرنویسی که از سوی وی انجام شده صرفاً به عنوان ظهرنویسی برای وکالت اعتبار دارد.»

اما در این کشور بدین گونه که قانون تجارت ظهرنویسی را پیش‌بینی گردیده عمل نمی‌شود، بلکه سند تجارتی را به صورت سفید امضا و ظهرنویسی می‌نمایند و آن را در اختیار مخاطب که معمولاً بانک است، قرار می‌دهند. روابط میان بانک و ظهرنویس در چنین حالات تابع وثیقه و روابط بانک با اشخاص ثالث تابع مقررات برات‌ها می‌باشد.

اما در قوانین تجارتی کشور عزیزما افغانستان و کشور اسلامی ایران، ظهرنویسی جهت وثیقه پیش‌بینی نگردیده، ولی از آنجایی‌که بانک‌ها عملاً به چنین عمل مبادرت می‌ورزند، توجه دانشمندان حقوق تجارت و بانکداری را به خود معطوف داشته‌است.

بعضی از دانشمندان این ساحه حقوق ظهرنویسی برای وثیقه را پذیرفته و آن را «معامله باحق استرداد» نام گذاشته‌اند.(۱۱)

در این نوع معامله خریدار شرطی (خریداری که به صورت مشروط می‌خرد و در واقع همان طلب کار است) مال مورد انتقال را تملک نمی‌کند بلکه در صورت عدم پرداخت طلب می‌تواند به اداره ثبت یا محکمه مراجعه کرده فروش موضوع معامله را تقاضا کند و از حاصل فروش آن، طلب خود را حصول نماید.(۱۲)

در واقعیت ملاحظه می‌گردد که این نوع ظهرنویسی که به صورت معامله با حق استرداد انجام می‌شود از انواع ظهرنویسی مشروط می‌باشد چه در این ظهرنویسی، شرط گذاشته می‌شود که دارنده زمانی حق حصول سند قابل معامله تجارتی (چک، حجت و برات) را دارد که ظهرنویس به تعهد خویش که ناشی از اصل معامله است، عمل نکرده‌باشد.

به عباره دیگر سند تجارتی‌ای‌که به صورت مشروط ظهرنویسی می‌گردد، حصول مبلغ مندرج آن منوط به عدم اجرای تعهد اصلی می‌باشد در این صورت دارنده مکلف است ثابت نماید که ظهرنویس به تعهد خویش که از معامله اصلی ناشی شده، وفا نکرده‌است.

تادیه یا پرداخت سند قابل معامله

اصل اساسی این است که تادیه کلیه انواع اسناد قابل معامله تجارتی بایستی در سر وعده به عمل آید. برای این کار دارنده مکلف است، سند را به مخاطب ارایه کند، هرگاه در مقابل چنین ارایه مبلغ مندرج سند یا اعتبار مرقوم آن، تادیه گردد به عمر سند پایان بخشیده می‌شود. و هرگاه سند تادیه نگردد، دارنده سند حق دارد به صادرکننده و سایر اشخاص ذیدخل مسوول مراجعه کند.

پس لازم است شرایط تادیه چک و نتایج عدم تادیه چک را نیز مورد بررسی قرار دهیم.

شرایط تادیه

بر اساس هدایت قواعد متحدالشکل ژینو: «دارنده سند مکلف است، سند را جهت پرداخت در روزهای معین کار رسمی (غیرتعطیل) و یا به روز وعده پرداخت، به مخاطب ارایه کند.» پس جهت آنکه چک تادیه گردد، دارنده مکلف است آن را به بانک ارایه دهد، ارایه چک، بانک را مکلف به تادیه مبلغ مندرج آن می‌سازد اما بانک‌ها جهت تادیه مبلغ مندرج چک لازم می‌بینند تا در تادیه آن نکاتی را رعایت نمایند، در غیر آن نزد صادرکننده و سایر مسوولین چک مسوول و مقصر خواهند بود.

مکلفیت‌های دارنده چک در ارایه فوری آن

برخلاف برات و حجت، چک وسیله اعطای اعتبار نیست بنأ به همین علت به مجرد ارایه باید تادیه گردد. این موضوع در قانون تجارت کشور ایران چنین بیان گردیده‌است: وجه چک به محض ارایه کار سازی می‌شود.(۱۳)

قانون صدور چک آن کشور نیز موضوع را به این نحوه بیان کرده‌است: «هرگاه در متن چک شرطی برای پرداخت ذکر شده‌باشد، بانک به آن شرط ترتیب اثر نخواهد داد.» یعنی بانک باید بعد از بررسی شرایط صحت چک آن را تادیه کند.

از بیان این دوماده قوانین کشور ایران چنین استنباط می‌گردد که چک در اولین باری که ارایه می‌شود قابل تادیه است و درج شرایط یا تعیین تعهد برای تادیه آن، بی‌اثر و بی‌نتیجه تلقی می‌گردد. بنابراین هرگاه یک چک دارای تاریخ موخر به بانک ارایه شود، بانک مکلف است بدون توجه به این تاریخ مبلغ مندرج چک را درهمان تاریخ ارایه، تادیه نماید.

سیستم حقوق تجارت کشور ما نیز درج شرایط و تعیین مهلت برای تادیه چک را غیر قابل اعتبار دانسته است چنانچه در ماده ۶۶۳ قانون تجارت چنین آمده‌است: «چک عندالرویت قابل تادیه است، هرشرطی که برخلاف آن باشد غیر معتبر می‌باشد.»

قانون اسناد قابل معامله تجارتی نیز در خصوص تادیه سند قابل معامله چنین صراحت دارد: «مبلغ مندرج سند قابل معامله واجب التادیه به منظور بری‌الذمه ساختن صادرکننده یا قبول کننده به دارنده سند تادیه می‌گردد.»

چکی که بدون داشتن قید و شرط و درج مهلت تادیه به مخاطب (بانک) ارایه می‌شود، پرداخت یا تادیه مبلغ مندرج نمی‌تواند از جانب صادرکننده منع گردد، مگر درحالاتی که به واسطه قانون تادیه آن منع گردیده‌باشد، این حالات در قانون کشور ایران، عبارتند از: گم شدن به سرقت رفتن و یا جعل چک و نیز موردی که چک از طریق کلاهبرداری یا خیانت در امانت و جرایم دیگر تحصیل شده‌باشد.(۱۴)

پرداخت فوری چک این مفهوم را افاده نمی‌کند که دارنده مکلف است سند را درهمان روز صدور آن به مخاطب یا بانک ارایه کند.

اما جهت این‌که وی بتواند از مزایای تجارتی چک استفاده نماید، لازم است در ظرف مدت‌های مندرج قانون تجارت، چک را به بانک ارایه نماید این مدت‌ها در قانون کشور ایران به

شرح زیر ذکر گردیده‌است: «اگر چک در همان مکانی که صادر شده‌است باید تادیه گردد، دارنده چک باید در ظرف پانزده روز از تاریخ صدور وجه آن را مطالبه کند و اگر از یک نقطه به نقطه دیگر ایران صادر شده‌باشد، باید در ظرف چهل وپنج روز از تاریخ صدور چک مطالبه گردد.» (۱۵)

مدت فوق‌الذکر در قانون تجارت کشور ما در مشابهت با قانون کشور ایران چنین واضح گردیده‌است: اگر چک درهمان مکانی که صادرشده، قابل تادیه باشد، دارنده چک مکلف است که در ظرف پانزده روز از تاریخ صدرو وجه آن را مطالبه کند و اگر از یک نقطه به نقطه دیگر مملکت صادر شده‌باشد باید در ظرف دوماه از تاریخ صدور چک، مطالبه شود. درمورد چک‌های که ازخارج کشور صادر شده و باید در افغانستان پرداخته شود، مقررات راجعه به چک‌های که در افغانستان صادر شده رعایت خواهد شد. ولی مدتی که درظرف آن دارنده این چنین چک‌ها می‌تواند وجه آن را مطالبه کند، چهارماه از تاریخ صدور است.(۱۶)

قانون تجارت کشور ایران نیز برای تادیه چک‌های صادرشده درخارج از کشور مدت چهار ماه را در نظر گرفته‌است.(۱۷)

اما آنچه را که نباید فراموش کرد این است که برطبق صراحت قانون تجارت کشور ایران، همچنان بیان قانون تجارت کشور ما و هم حکم پیش‌بینی‌شده در قانون اسناد قابل معامله این است که ارایه چک باید در روزهای غیر تعطیل یعنی روزهای رسمی کاری به عمل آید. اگر آخرین روز مهلت ارایه به یکی از روزهای تعطیلات عمومی تصادف نماید چک باید در روز بعد آن به بانک ارایه گردد.

چک باید در محلی که در روی ورقه سند قید می‌شود جهت تادیه، ارایه شود این موضوع کدام مشکل عملی را خلق نمی‌کند چه بانک‌ها در چک‌های ترتیب شدهٔ خویش معمولاً اسم و آدرس خویش را درج می‌کنند و همین آدرس، محل تادیه چک می‌باشد. هرگاه دارنده چک محل اقامت و سکونت غیر از محل مندرج چک داشته‌باشد، می‌تواند از طریق اعطای وکالت به بانک خود مبلغ مندرج آن را به حساب خویش واریز کند. این مساله در حقیقت تغییر محل پرداخت یا تادیه چک نیست، چون‌که در همچو حالتی نیز تادیه در همان محلی صورت گرفته‌است که در ورقه چک قید شده‌است.

آنچه را که نمی‌توان از چشم دور داشت و فراموش کرد، این است که دارنده چک نمی‌تواند دریافت مبلغ مندرج چک را بیش از میعاد مقرر و تعیین شده قانون تاخیر نماید. هرگاه این تاخیر در حقوق‌اش صدمه ای را وارد سازد ضرر متوجه خود وی خواهد بود.

برطبق صراحت مادهٔ ۳۱۵ قانون تجارت کشور جمهوری اسلامی ایران که به آن اشاره شد، اگر دارنده چک در ظرف مواعد مذکور این ماده پرداخت وجه آن را مطالبه نکند دیگر دعوای او برعلیه ظهرنویس مسموع نخواهد بود. و اگر وجه چک به سببی که مربوط به محال‌علیه (بانک مخاطب) است از بین برود، دعوای دارنده چک برعلیه صادرکننده آن نیز در محکمه مسموع نیست.(۱۸)

اما هرگاه دارنده چک در میعاد مقرره و معینه، مبلغ مندرج چک را مطالبه کند و بعداً معلوم شود که چک بدون دارایی بوده‌است، حق تعقیب ظهرنویس‌ها را نخواهد داشت، بلکه صرفاً می‌تواند به صادرکننده مراجعه کند، چراکه ظهرنویس‌ها به تصور این که دارنده چک مبلغ مندرج آن را بلافاصله در میعاد معینه دریافت نموده‌است، خود را از عواقب دین مندرج چک بری‌الذمه دانسته و اگر احیاناً تضمینی در مورد نیز صادر شده‌باشد، اغماض می‌گردد.

هرگاه به اثر تاخیر یا عدم مراجعه دارنده چک، دارایی آن از بین برود، مثلاً بانک مفلس گردد، دارنده چک حق مراجعه به صادرکننده را نخواهد داشت. چرا که صادرکننده به این تصور است که دارنده، مبلغ مندرج چک را دریافت نموده‌است الی خودش مبلغ را از بانک دریافت می‌کرد و از عواقب و زیان ورشکستگی بانک به دور باقی می‌ماند.

مکلفیت‌های بانک منحیث مخاطب

قانون تجارت کشور ما در این مورد مسکوت است و بحث صریحی در رابطه ندارد، اما از آنجایی‌که دارنده چک با دریافت مبلغ مندرج آن دارای حقوق می‌باشد، بانک بایستی در صورت موجودیت دارایی درحساب جاری صادرکننده، مبلغ مندرج چک را به دارنده آن تادیه کند. در صورتی که بانک از پرداخت چک بدون دلیل موجه خودداری کند، مسوول جبران خساراتی خواهد بود که دارنده متقبل می‌گردد.

بانک‌ها معمولاً جهت رعایت احتیاط، عرفاً دقت می‌نمایند و این دقت بانک نسبت به صادرکننده و سایر اشخاص ذی‌نفع درچک بیشتر مراعات می‌گردد. مثلاً بانک بیشتر دقت می‌کند تا چک طور صحیح تنظیم شده‌باشد به خصوص در رابطه به امضای صادرکننده که ورقه چک موجود است با امضای صاحب حساب (که درکارت مخصوص یا صفحه برقی باخود دارد) دقت بیشتر به کار برده و آن را تطبیق می‌دهد. هرگاه امضاهای مذکور تاحد ممکن عرف تجارتی با هم تطابق نداشته‌باشد، بانک از تادیه مبلغ مندرج چک مذکور خودداری می‌کند. هرگاه بانک درصورت عدم مطابقت امضا ها، مبلغ مندرج چک را تادیه می‌کند، مسوول خواهد بود.

بانک‌ها مکلف‌اند تشریفات رسمی و قانونی تادیه مبلغ چک را رعایت نمایند در غیر آن مسوول خواهند بود. طور مثال حکم مندرج ماده ۵۶۸ اصولنامه تجارت کشور ما چنین حکم می‌نماید: «کسی‌که وجه چک را دریافت می‌کند، باید ظهر آن را رسید نماید».

مطلب فوق در ماده ۳۱۶ قانون تجارت کشور ایران نیز چنین تصریح شده‌است: «کسی که وجه چک را دریافت می‌کند، باید ظهر آن را امضا یا مهرکند، اگرچه در وجه حامل باشد.»

بانک مکلف است، امضا یا مهر مندرج ظهر چک را با امضا و مهر موجود اسناد خود مقایسه و تطبیق نماید. هرگاه چک حاوی امضا یا مهر مغشوش از طرف بانک تادیه می‌گردد، بانک در برابر صادرکننده آن مسوول خواهد بود. همچنان بانک مکلف است تا هویت شخصی را که دارنده چک در وجه شخص معین است، نیز تشخیص نماید. در حالی‌که چک قابل تادیه در

وجه حامل ایجاب چنین بررسی و دقت را لازم ندارد و بانک‌ها به بررسی و تحقیق هویت حامل نمی‌پردازند. اما قانون صدور چک کشور ایران، در ماده یازدهم چنین حکم نموده‌است:

«بانک مکلف است، هویت اولین آورنده را بررسی و در ظهرنویسی چک قید کند و می‌تواند هویت آورنده را با توجه به اوراق شناسایی او یا مطلب ظهر چک تطبیق کند. اما اگر چنین اقدامی هم نکند مسوول نخواهد بود.»

عدم تادیه چک

در موارد زیر مبلغ مندرج چک از طرف بانک کلاً یا قسماً تادیه نمی‌گردد:

۱- به علت نبودن دارایی در حساب صادرکننده اعم از پول نقد یا اعتبار یا قابل معامله،

۲- بنابر دریافت هدایت «عدم تادیه یا پرداخت» که از طرف صادرکننده چک به بانک مخاطب صادر شده‌باشد،

۳- در صورتی که صادرکننده یک قسمت یا تمام دارایی خود را از بانک خارج نموده باشد،

۴- در صورتی که دارایی صادرکننده از طرف مرجع رسمی توقیف شده‌باشد، و

۵- هرگاه صادرکننده، چک را به صورتی تنظیم و صادر نموده باشد که بانک بنابر عللی چون عدم مطابقت امضا یا مهر، یا قلم خوردگی در متن یا اختلاف در مندرجات چک و امثال آن از تادیه آن خودداری نماید.

تمام موارد فوق که باعث عدم تادیه یا امتناع از تادیه چک می‌شود به دارنده چک حق می‌دهد تا با استفاده از وسایل قانونی ممکن مبلغ مندرج چک را حاصل نماید.

دارنده می‌تواند به ظهرنویسان، صادرکننده و یا سایر اشخاص مسوول ذی ربط مراجعه کند.

و می‌تواند به استناد یکی از وسایل که در زیر تذکر می‌یابد امتناع از تادیه را به اثبات برساند:

۱- اعتراض توسط یک ورقه رسمی،

۲- تحریر در ظهر چک از طرف مخاطب با قید تاریخ، و[۱۹]

۳- تحریر محکمه تجارتی مبنی بر ارایه چک با قید تاریخ.

به موجب حکم مندرج ماده دوم قانون چک کشور جمهوری اسلامی ایران:

«چک‌های صادره عهده بانک‌هایی که طبق قوانین ایران در داخل کشور دایر شده یا می‌شوند هم چنین شعب آنها در خارج از کشور، درحکم اسناد لازم‌الاجرا است و دارنده چک در صورت مراجعه به بانک و عدم دریافت تمام یا قسمتی از وجه آن به علت نبودن محل یا به هرعلت دیگری که منتهی به برگشت چک و عدم پرداخت گردد، می‌تواند، مطابق قوانین و آیین نامه‌های مربوط به اجرای اسناد رسمی وجه چک یا باقی‌مانده آن را از صادرکننده وصول کند.»[۲۰]

و دیده می‌شود که برطبق بیان رژیم حقوقی این دو کشور، دارنده چک اعم از این که چک به نام وی صادر شده‌باشد یا به نام وی ظهرنویسی شده یا چک در وجه حامل باشد، می‌تواند گویا حق دارد که در صورت عدم دریافت مبلغ مندرج چک یا امتناع بانک مخاطب از تادیه آن جهت دریافت مبلغ مندرج چک به اقدامات زیر مبادرت ورزد:

۱- از بانک تصدیقی حاصل بدارد که مبلغ چک بنابر عدم موجودیت دارایی در حساب صادرکننده یا وصول هدایت مبنی برعدم تادیه از جانب صادرکننده، تادیه نگردید. بانک صادرکننده چنین تصدیق مکلف است تا موضوع (عدم تادیه یا امتناع از تادیه) را در اوراق مخصوص که با آرم و نشانی بانک مزین باشد، تحریر نموده و مشخصات چک، هویت و آدرس صادرکننده و دارنده، علت و علل عدم تادیه را صریحاً قید نموده و بعد از امضای و مهر و درج تاریخ به دارنده چک ارایه و تسلیم نماید. ممکن است بانک مزبور بنابر عدم مطابقت امضا صادر کننده با نمونه امضا موجود در بانک (بر طبق عرف بانکداری)، چک را نپذیرفته و آن را رد نموده‌باشد، این حالت نیز باید در ورقه مخصوص که در بالا تذکار یافت تصدیق گردد.

بعد از صدور این چنین تصدیقنامه به دارنده چک، بانک مذکور مکلف است فوراً نسخه دوم این ورقه را به آخرین آدرس صادرکننده یا صاحب حساب ارسال نماید.

۲- هرگاه موجودی دارایی در حساب صادرکننده چک کمتر از مبلغ مندرج چک باشد، بنابر تقاضای دارنده چک، بانک می‌تواند، مبلغ موجود در حساب را به دارنده چک تادیه نماید و دارنده چک با قید مبلغ دریافت‌شده در ظهر ورقه چک، مبلغ را از بانک تسلیم و بانک رسیدی را که مشتمل بر مشخصات چک و مبلغ پرداخت شده از جانب بانک باشد به دارنده ارایه می‌دارد: البته چک مذکور به نسبت مقدار مبلغی که پرداخت نشده بدون دارایی محسوب می‌شود و رسید بانک در این حالت برای دارنده چک، حیثیت و جانشین چک را خواهد داشت.

۳- دارنده چک می‌تواند، علاوه بر ارایه دعوای جزایی مبنی بر صدور چک بدون دارایی بالای صادر کننده و در خواست مبلغ مندرج چک، دعوای حقوقی مبنی بر مطالبه جبران خساره را نیز در محاکم ذیصلاح ارایه بدارد.

آثار عدم تادیه چک

هرگاه شرایط و التزامات قانونی درخصوص چک رعایت شده‌باشد به خصوص دارایی کافی درحساب صادرکننده آن موجود باشد، به مجرد ارایه چک مبلغ مندرج آن از جانب بانک یا مخاطب چک باید تادیه گردد. این تادیه ممکن است به شکل تسلیمی پول نقد به دارنده بوده یا شکل انتقال یا واریز به حساب دارنده، صورت گیرد. در هر صورت با تادیه مبلغ مندرج چک به حیات چک خاتمه داده می‌شود و موجبات سقوط تعهد صادرکننده آن تحقق می‌یابد.

برای این که دارنده بتواند از مزایای اصولنامه تجارت که به نفع وی پیش‌بینی و تصریح شده‌است، مستفید گردد، باید چک را درمیعاد معین به بانک مربوط ارایه نماید و در صورت عدم تادیه مبلغ مندرج آن موضوع عدم تادیه را مسجل ساخته و به رویت و استناد آن در موقع معینه اقامه دعوا نماید.

قسمی که قبلاً نیز بحث شد، دارنده چک زمانی می‌تواند از مزایای مندرج ماده ۵۶۴ اصولنامه تجارت استفاده نماید که چک را در همان محل صدور یا محل دیگری که مشخص شده‌است، جهت تادیه ارایه کند، لازم است تا مهلت‌های مندرج این ماده یعنی پانزده روز،

دوماه و چهار ماه را رعایت کند. در این صورت دارنده می‌تواند و حق دارد تا به تمامی اشخاص مسوول و ذیربط چک مراجعه و حقوق خود را از ایشان مطالبه نماید.

هرگاه دارنده چک مهلت‌های مندرج فوق را رعایت کرده‌باشد برطبق حکم مندرج ماده ۵۸۲ اصولنامه تجارت کشور ما درظرف شش ماه از تاریخ صدور چک به بانک مراجعه کرده ویا از تاریخ مراجعه به بانک و گرفتن تصدیق نامه عدم تادیه در ظرف شش ماه از تاریخ صدور تصدیقنامه می‌تواند به بانک مراجعه کرده و علیه صادرکننده اقامه دعوای جزایی نماید.

در صورتی‌که دارنده چک در ظرف شش ماه پس از صدور تصدیقنامه عدم تادیه به مراجع ذیصلاح قضایی مراجعه نکند، حق شکایت و اقامه دعوای جزایی از وی ساقط می‌گردد. حق شکایت صرفاً علیه صادرکننده برای وی ممکن خواهد بود و در مورد سایر اشخاص ذی‌نفع چون ظهرنویسان و ضامن قابل اعمال نخواهد بود.

مدت مذبور در قانون صدور چک کشور جمهوری اسلامی ایران نیز شش ماه پیش‌بینی گردیده‌است.[۲۱]

برای این که دارنده چک بتواند، علیه صادرکننده و سایر اشخاص مسوول و ذی‌نفع چک اقامه دعوا نماید، لازم است عدم تادیه مسجل گردد تا تعقیب جزایی صادرکننده، ممکن شود. تصدیق نامه عدم تادیه باید مشخصاً، علت عدم تادیه را توجیه و بیان کند. این عدم تادیه چک از طرف مخاطب قسمی که قبلاً نیز بدان اشاره شد یا به سبب عدم موجودیت دارایی در حساب صادرکننده یا کسر دارایی وی خواهد بود.

با توجه به اهمیت وخصوصیت ویژه‌ای چک، نظام‌های حقوقی کشورها جهت حفظ حقوق دارنده چک، وی را از طی مسیر طولانی تهیه و ترتیب و ارایه درخواست مبنی برعدم تادیه مبلغ مندرج چک به مراجع عدلی و قضایی معاف ساخته و به بانک مخاطب او تکلیف نموده‌است تا با صدور تصدیقنامه عدم تادیه مبلغ مندرج چک با تذکر و قید دلایل عدم تادیه به حالت سر درگمی و پریشانی دارنده خاتمه بخشند. که البته این تصدیقنامه نتنها موجب حفظ حقوق دارنده چک می‌شود بلکه باعث تسجیل مسوولیت مدنی صادرکننده، ظهرنویس و سایر اشخاص ذی‌نفع در چک مذکور نیز خواهد گردید.

منابع و ماخذ

۱- مواد ۴۸۳ الی ۴۸۸، ۵۴۷ و ۵۶۱ اصولنامه تجارت، شماره ۸۹ سال ۱۳۳۶.

۲- ماده ۴۸۲ اصولنامه تجارت، شماره ۸۹ سال ۱۳۳۶.

۳- ماده ۲۴۶ قانون تجارت با آخرین اصلاحیه‌ها والحاقات، تدوین جهانگیر منصور، چاپ بیست و هفتم، سال ۱۳۸۳ چاپ موسسه انتشارات آگاه، تهران، ص ۱۳۳.

۴- ماده ۴۸۱ اصولنامه تجارت، منتشره جریده رسمی شماره ۸۹ سال ۱۳۳۶.

۵- ماده ۵۵۹ قانون تجارت افغانستان.

۶- ربیعا، اسکینی، حقوق تجارت، صفحه ۹۲، چاپ نهم سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت) سال ۱۳۷۳، ص ۹۲.

۷-همان، ص ۹۲.

۸- همان، ص۲۲۴.
۹- همان، ص۲۲۵.
۱۰-همان، ص ۱۰۴.
۱۱-همان، ص ۱۰۵.
۱۲-همان، ص ۱۰۵.
۱۳-قانون تجارت واصلاحات جهانگیر منصور، ماده ۳۱۳.
۱۴-ماده ۱۴ قانون صدور چک، مصوب سال ۱۳۷۲ قانون تجارت جهانگیر جمشید.
۱۵-ماده ۳۱۵ قانون تجارت.
۱۶-ماده ۵۶۴ اصولنامه تجارت افغانستان.
۱۷-ماده ۳۱۷ قانون تجارت ایران.
۱۸-عبادی –محمدعلی –حقوق تجارت از انتشارات گنج دانش چاپ بیستم سال ۱۳۸۲ صفحه ۲۶۴.
۱۹-ماده ۵۷۳ اصولنامه تجارت.
۲۰-پیشین، عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، ص ۲۶۷.
۲۱-قانون صدور چک ایران ماده 50.

د افغانستان په اساسي قوانينو کې تثبيت شوی او تسجيل شوي بشري حقوق ۲

قضاوت پال حضرت گل حسامی

د هيواد په اساسي قوانينو کې تثبيت شوی او تسجيل شوي بشري حقوق

لکه څرنګه چې مو د څيړنې په لومړی څپرکي کې وليدل اساسي قوانين په نوره نړۍ کې خورا اوړده سابقه لري، خوزمونږ په ګران هيواد افغانستان کې اساسي قانون يوازی د هيواد د خپلواکۍ له بيرته اخيستلو وروسته د لومړي ځل له پاره وضعه شوی، چې په دې هکله ددې هيواد د سر ښندونکو بچو (د لومړی او دوهم مشروطيت) د غړيواو ددې ملي او وطني غورځنګ د ګډون کوونکو بيساري قربانۍ له پام څخه نه شو غورځولای.

زمونږ په هيوادکې د لومړي ځل له پاره په (۱۲۹۹ هـ.ش- ۱۹۲۱ ع) کې د افغانستان د اساسي تشکيلاتو نظامنامه تصويب شوه که څه هم چې نومورې نظامنامه، اساسي قانون نه ؤ خو د اساسي قانون د ځينو خصوصياتو او د اساسي تشکيلاتو په هکله د بنسټيزو حکمونو په لرلو سره د هيواد د خورا مهم تقنيني سند حيثيت لري.

پټه دې پاته نه وي چې نوموړې نظامنامه د ۱۳۰۰ هـــ.ش کال د جوزا د میاشتی په نهمه نیټه د کابل په تیپوګرافی (طبع حروفی) چاپخونه کې چاپ شویده.

اوس چې مو د قانون او اساسی قانون په هکله په تیر څپرکي کې لنډې خبرې وکړې او په بشري تاریخ کې مو د اساسي قوانینو څرک ولګاوه نو ددې څپرکي په ترڅ کې په ترتیب سره د ګران هیواد افغانستان په اساسي قوانینو کې تثبیت شوي او تسجیل شوي بشري حقوق تر څیړنې لاندی نیسو.

۱ – د ۱۳۰۱ هـــ.ش کال په اساسي نظامنامه کې د بشري حقوقو تثبیت او تسجیل

اساسي نظامنامه چې د افغانستان د ملت د آزادۍ غوښتنې او ډموکراسۍ غوښتنې دروحیی له ویاړه ډک سند دی، د هیواد په راتلونکي کې د ډموکراسۍ په بنسټ ایښودنې او ټینګښت کې یې ستر رول درلود، ځکه چې د ډموکراتیکو موسساتو هسته یې د لومړي ځل له پاره د دولت دشورا او د مشورې د مجلسونو په نامه پیش بینی کړیده او هم ددې هدف له پاره د نوموړې نظامنامی ترسیوري لاندې زیات شمیر نورې نظامنامې تدوین شوی دی او هم ددې نظامنامې د تصویب له کبله د لومړي ځل له پاره د افغانستان عنعنوی مطلقه دولت د قانوني دساتیرو پر بنسټ ودرول شو، ویلای شو زمونږ ددې لرغوني هیواد په څو زره کلن تاریخ کې د لومړي ځل دپاره د انساني عالي حقوقو پر مبادي باندې بنا یو اساسي قانون (د افغانستان د علیه دولت اساسي نظامنامه) په نامه خپور او عمل پرې وشو.

د ۱۳۰۱ هـــ.ش کال د کب د میاشتې اوومه د ۱۹۲۳ع کال د فبروری ۲۶ مه نیټه وه چې په جلال آباد کې پخپله (د پاچا اعلیحضرت غازی امان الله خان) په ریاست او د توپیر پرته د ملي وحدت پر اساس او په پراخ نظر سره د افغانستان د بیلابیلو قومونو او قبایلو ۸۷۲ تنه استازي په دې دوره کې د افغانستان په لومړۍ ملي او عنعنوي لویې جرګې کې سره راغونډ شول او د افغانستان لومړی اساسي قانون یې په لس فصلونو او ۷۳ مادوکې تصویب کړ چې د ۱۳۰۲ هـــ.ش کال په جوزا کې چاپ او خپور شو.

د نوموړې اساسي نظامنامې په ۲، ۹ او ۲۴ مې مادې باندې د لویی جرګې د ځینو غړیو د اعتراض له امله د ۱۳۰۳ هـــ.ش کال د چنګاښ د میاشتې له شلمې څخه د زمري تر نهمې نیټې پورې د نوموړو موادو د تعدیل په غرض بله لویه جرګه په پغمان کې جوړه شوه او د نوموړو موادو د تعدیل نه وروسته نظامنامه تصویب او د ۱۳۰۳ هـــ.ش کال د دلوی په اتمه د ۱۹۲۵ جنوری د اعلیحضرت امان الله خان له توشیح نه وروسته نافذه شوه.

په دې نظامنامه کې د افغانستان د اتباعو عمومی حقوق د (عام حقونه د تبعی او اوسیدونکی د افغانستان) تر عنوان لاندې له (اتمی نه تر څلیرویشتمې مادې) پورې تصریح او داسې بیان شویدي: ټول هغه کسان چې په افغانستان کې اوسیږي او د افغانستان اتباع دي، بی له توپیره د فردي آزادۍ، د تعرض نه د شخصیت او مسکن مصونیت، د اخبارونو د نشر، په تجارت او صنعت کې د شرکت او پورتنیو مقاماتو ته د شکایت د حق درلودونکی دي او همدارنګه په دې برخه کې د اسارت راوستونکي استخدام منع، د تدریس آزادي، په مدرسو او مکتبونو باندې د حکومت نظارت، د خلکو

د مالي توان په تناسب د مالياتو اندازه، د عامه ګټو له پاره استملاک، په عدلي محکمه کې شريعت او جزايي احکامو د اجرا مصونيت، د مصادرې، بيګار، زجر او شکنجې منع.

د ۱۳۰۱ هـــ.ش ـ ۱۹۲۳ع کال د اساسي قانون يوه د کتنې وړ ځانګړنه د افغانستان د اتباعو د حقوقو او آزادیو تثبيت ؤ. د اساسي قانون ترتصويب پورې په هيڅ کوم رسمي دولتي سند کې د اتباعو حقوق او آزادی نه وي ثبت شوي.

د يو پوه په وينا (اعليحضرت امان الله خان په داخل کې اساسي قانون او ورسره په جهاني سويه بشري حقوق خپل ملت ته ورو بخښل، کوم حقوق چې په فرانسې کې ملت په وچ زور له سلطنت او حکومت څخه لاس ته راوړي وو، هغه اعلحيضرت په وچه زور خپل ملت ته ور کړل، د ملت استازيو هغه نه منل او په سياسي چاروکې يې مداخله د ځان حق نه باله) چې له همدې امله د هيواد کورنيو او بهرنيو دښمنانو لاسونه سره يو کړل او زمونږ هيواد يې له يوې غميزې او اړودوړ سره لاس او ګريوان کړ مګر بياهم د هيواد د غمخورو بچيانو په درايت اغتشاشيون نيست او نابود شول او د هيواد په دوهم اساسي قانون کې د دوهم ځل له پاره هيوادوالو ته بشري حقوق اعلام شول.

۲ – د ۱۳۱۰ هـــ.ش کال په اساسي اصولنامه کې د بشري حقوقو تثبيت او تسجيل:

جنرال محمد نادرخان چې د ۱۳۰۸ هـــ.ش کال د ميزان په ۲۳ مه نيټه د هيواد د چارو واګې په خپل لاس کې ونيولې او د افغانستان د پاچا په حيث اعلام شو د هيواد د راتلونکو چارو د اصلاحاتو په هکله خپله تګلاره په لسو مادوکې د افغانستان خلکو ته ورسوله چې لسمه ماده يې د ملی شورا د استازيو د ټاکنې په باره کې وه.

د دولت د تګلارې ددې مادې د حکم په نظر کې نيولو سره د افغانستان د ملي شورا د مجلس د انتخاباتو لايحه تهيه او د ۱۳۰۹ هـــ.ش کال د لويې جرګې مجلس ته وړاندې شوه. اعليحضرت محمد نادر خان د هماغه کال د چنګاښ په مياشت کې د افغانستان د ملت په عنوان يو فرمان لويې جرګې ته د صلاحيت لرونکو او په څه پوه استازيو د ټاکنې په منظور صادر کړ چې د نوموړي فرمان په اساس د ټول هيواد څخه د ۳۰۱ په شاوخواکې استازي په لويه جرګه کې د ګډون د پاره وټاکل شول او د افغانستان پايتخت کابل ته راغلل، په دې لويه جرګه کې د ملت په انتخابي استازيو برسيره ۲۲۷ تنه د دولت مامورين او بهرنيو سفيرانو هم ګډون درلود.

ددې لويې جرګې لومړی غونډه د چهارشنبې په ورځ د ۱۳۰۹ هـــ.ش کال دوږي (سنبلې) د مياشتې په ۱۸ مه نيټه د ستوري د مانۍ په ستر تالار کې د افغانستان د پاچا اعليحضرت محمد نادرشاه په وينا پرانيستل شوه او په خپلو جلساتو يې پيل وکړ، نوموړی جرګې د لسو ورځو په موده کې خپلو غونډو ته د صدراعظم محمد هاشم خان تر رياست لاندې چې د پاچا له خوا په دې مقام ګومارل شوي ؤ دوام ورکړ او ځينې تصويبونه يې وکړل.

همدارنګه په همدې کال کې د ۱۳۱۰ هـــ.ش کال د چنګاښ په ۱۴ مه نيټه د ملي شورا د جوړولو په هکله تصميم ونيول شو، چې د نوموړې جرګې ۱۱۱ کسان د هغې په غړيتوب ومنل شول، د نورو دندو ترڅنګ ملي شورا ته اساسي قانون د تصويب دنده هم وسپارل شوه لکه هماغسې

چې د ۱۳۱۰ هـــ.ش کال د لړم په اتمه نیټه یې یونوی اساسي قانون (د افغانستان د علیه دولت اساسی اصول) په نامه په ۱۱۰ مادوکې تصویب کړ چې د اعلیحضرت محمد نادر شاه په امضا خپور شو (د ۱۹۳۱ ع کال د اکتوبر ۳۱ مه) او د (۱۳۱۰ هـــ.ش د لړم اتمه) دا اصولنامه لکه چې وړاندې مو وویل یو سلولس مادې او څلور برخې لري، لومړی برخه څلور مادې او د دیني او مذهبي ممیزاتو، استقلال، د ساحې تمامیت او د کابل پایتخت والی، دوهمه برخه د پاچا حقوق، دریمه برخه د هیواد د اتباعو حقوق او څلورمه برخه د عامه قواوو تشکیلات او صلاحیتونه توضیح کوي.

دا اصولنامه د پارلمان د تشکیل او صلاحیت (د ملی شورا او اعیانو مجلس) نه پرته په نورو عامه موسساتو کې د ۱۳۰۱ هـــ.ش کال له نظامنامې سره بشپړ ورته والی لري، په دې اصولنامه کې د اتباعو حقوق له نهمې څخه تر شپږویشتمې مادې پورې تثبیت او تسجیل شوي دي چې عموماً ۱۸ مطلبونه کیږي.

د اتباعو مساوات، د مشروعه حقوقو آزادی، د شخصي آزادی مصئونیت، د تجارت، صنعت او زراعت آزادي، په حقوقو او وظایفو کې د اتباعو مساوات، په ماموریت کې د اتباعو استخدام، د ملکیت حمایت او د استملاک جواز، د مسکن مصونیت، د اتباعو د مال او ملک د ضبطولو عدم جواز، د بیګار او مصادری منع، د شکنجې او د نورو زجرونو عدم جواز، د اتباعو د اطفالو له پاره د ابتدایی تعلیم حتمی توب، د اسلامی علومو د تدریس آزادي، د مطبوعاتو آزادي، د عرض او شکایت حق، د غیر قانوني اخاذي عدم جواز.

۳- د ۱۳۴۳ هـــ.ش کال په اساسي قانون کې د بشري حقوقو تثبیت او تسجیل

کوم وخت چې د ۱۳۴۱ هـــ.ش کال د کب د میاشتې په ۱۹ مه نیټه د ۱۹۶۳ع کال د مارچ لسمه سردار محمد داود صدراعظم له خپلې دندې څخه استعفا وکړه او په ځای یې دده د کابینې د کانو وزیر دوکتور محمد یوسف د نوي حکومت مشر وټاکل شو.

نومورې د خپل کار په هماغه پیل کې اعلان وکړ چې دده کابینه هیله منه ده ترڅو د دولتي اداري په سیستم کې نوي ټاکلې تحولات پلي کړي او په نژدې راتلونکې کې په اساسي قانون باندې نوي کتنه وکړي، نوی اساسي قانون تهیه او سیاسي ګوندونه تاسیس شي.

حکومت د اساسي قانون د تسوید څخه وړاندې دهغه د تدوین په پروسه کې ډیره مهمه دنده په غاړه واخیستله او د هغه د پراخ تبلیغ او ترویج له لارې د اجتماعي ذهنیتونو آماده کول ؤ چې د هغه په بهیر کې حکومتی ځواکونو د د ډموکراسی، اجتماعی تحولاو، د خلکو ا و حکومت دندې، د خلکو او حکومت د وحدت لارې د عدالت تامین، د حکومت مامورین د خلکو مرستیالان او نورو اصطلاحاتو څخه یې ډیره استفاده وکړه او ستر تبلیغاتي کمپاین یې په لاره واچاوه، ترڅو ټولنیز (عامه) افکار د نوې اساسي قانون قبلولو ته تیار کړي، د همدی منظور دپاره حکومت ستر اقدامات سرته ورسول لکه ځینو اروپایي، آسیایی او افریقایی هیوادو (سویدن، هند، د مصر عربی جمهوریت) ته ددې هیوادو د اساسي قوانینو د ژورې کتنې او څیړنې په منظور د افغانستان د حقوقپوهانو استول او د بهرنیو متخصصینو (لوی فوژیر د فرانسې د اساسي حقوقو متخصص، محمد مصطفی المنفلوتی د

مصرد عربي جمهوريت د اساسي حقوقو متخصص او د هند له هيواد څخه يو نامتو متخصص) د افغانستان د نوي اساسي قانون د مسودې په برابرولو کې د ګډون دپاره رابلل. د ۱۹۶۳ ع کال د اکتوبر په لسمه نيټه د فرانسې د اساسي حقوقو متخصص او دهماغه کال د اکتوبر په څوارلسمه نيټه د مصر د عربي جمهوريت د اساسي حقوقو متخصص کابل ته راغی. بالاخره حکومت په ۱۳۴۲ هـــ.ش کال کې د عدليې د وزير سيد شمس الدين مجروح تر رياست لاندی د افغانستان د نوي اساسي قانون د مسودې د برابرولو له پاره يوه کميټه وګومارله چې د اساسي قانون د مطالعې کميټه نومیدله.

د نومورې کميټې غړي عبارت ؤ له: د عدليې وزير سيد شمس الدين مجروح، د پوهنې د وزارت سلاکار دوکتور مير نجم الدين انصاري، د عدليې د وزارت د قوانينو مدير محمد موسی شفيق، د کابل پوهنتون د حقوقو او سياسي علومو د پوهنځي رئيس حميدالله، د کانو او صنايعو د وزارت سلاکار مير محمد صديق فرهنګ، د مطبوعاتو وزير سيد قاسم رشتيا، د پوهنې د وزارت د ثانوي تدريساتو د رياست کفيل دوکتور عبدالصمد حامد.

لکه چې پورته مو ورته اشاره وکړه د عدليې وزير سيد شمس الدين مجروح د نومورې کميسيون رئيس او سيد قاسم رشتيا د کميسيون د مرستيال په حيث وټاکل شول.

له بلې خو کميټې د صدراعظم سره د معرفې نه وروسته سملاسي د عدليې په وزارت کې غونډه وکړه څرنګه چې رئيس او مرستيال يې مخکې ټاکل شوي ؤ محمد موسی شفيق د رايو په اتفاق د کميټې د منشي په حيث غوره او دنده ورکړل شوه ترڅو ټول پخواني اساسي قوانين د هريوه له سوابقو سره راجمع کړي، همدارنګه د دوستو هيوادو د سفارتخانو په وسيله د يو شمير بيلابيلو هيوادو د اساسي قوانينو متون راو غوښتل شول.

د نوي اساسي قانون د تسويد کار چې د ۱۳۴۲ هـــ.ش کال د وري (حمل) په اوومه نيټه پيل شوی ؤ د ۱۳۴۳ هـــ.ش کال در زمري په پنځمه پاي ته ورسيده، نومورې مسوده د دوکتور محمد يوسف په واسطه د پاچا په حضور ته وړاندې شوه.

ددې خبرې يا دول ضروري بولم چې د ټولنې د هغې ورځې په شرايطو کې د افغانستان د نوي اساسي قانون د کميټې کار ډير حساس او ستونزمن ؤ، ځکه چې کميټې بايد ډير ښه او نوي اساسي قوانين مطالعه کړي واى او د بشر اساسي حقوق يې په نوي اساسي قانون کې ځای په ځای کړي واي او نوی اساسي قانون بايد دارنګه برابر شوی واى چې ترڅو له يوې خوايی د عصر او زمان له شرايطو سره سمون درلودای او د هيواد ټول افرادې له ټولو مدني حقوقو او ډموکراسۍ څخه برخمن کولای او له بلې خوايې زمونږ د ټولنې لاره د يو څرګند او روښانه هدف په لوري چې د مادي او معنوي ژوندانه د سطحې د لوړولو او د فردي حقوقو د خوندي کولو متضمن واى رهبري کوله او د يوبل په وړاندې د ملت او حکومت دندې او مکلفيتونه يې مشخص کولای، په هماغه وخت کې د (اصلاح) دولتي جريدې د اساسي قانون د تسويد د کميټې د فعاليتونو د لوريو په هکله دارنګه يادونه کوله ددې کميټې وظيفه ډيره درنده او مهمه ده او بايد ډير بهترين او تازه ترين اساسي قوانين مطالعه او د بشر اساسي حقوقو ته په نوي اساسي قانون کې ځای ورکړي.

کمیټې د پورتنیو اهدافو په نظر کې نیولو سره له ۱۸ میاشتو څخه وروسته د هیواد د نوي اساسي قانون مسوده تهیه او د عظمی صدرات مقام ته یې وړاندې کړه. نوموړې مسوده بیا د صدراعظم د حکم په اساس یو مشورتي کمیسیون ته چې د اهل خبره کسانو څخه ترکیب شوی ؤ د ملي شورا د رئیس دوکتور عبدالظاهر تر ریاست لاندې وسپارل شوه ترڅو نوموړې مسوده د کمیسیون د غړیو تر غور لاندې ونیول شي.

مشورتي کمیسیون د شلو غونډو په ترڅ کې د مسودې متن مطالعه کړ، له یوڅو تعدیلونو وروسته یې حکومت ته وسپاره. بیا نوموړې مسوده د وزیرانو د مجلس د نوي غور او مطالعې لاندې ونیول شوه او بالاخره د ۱۳۴۳ هـــ.ش کال د زمري د میاشتې د پنځمې نیټې په غونډه کې تصویب شوه او وروسته په مطبوعاتو کې خپره شوه، د ۱۳۴۳هـــ.ش کال د زمري په اتمه نیټه د افغانستان د نوي اساسي قانون په مسوده باندې د بحث دپاره د لویې جرګې د دایریدو پاچایي فرمان صادرشو.

همدارنګه د نوي اساسي قانون په مسوده باندې د بحث دپاره د ۱۳۴۳ هـــ.ش کال په لویه جرګه کې د ملي شورا د یوولسمې دورې د وکیلانو د خدمت د مودې د تمدید په هکله پاچایو فرمان په دې ترتیب سره د نوی اساسی قانون په مسوده باندې د غور او بحث د پاره له ټول افغانستان څخه د خلکو انتخابي استازي د ۱۷٦ کسانو په شاوخواکې دوږي (سنبله) د میاشتې په ۱۵ مه نیټه کابل ته راغلل او دې لویې جرګې د ۴۵۲ کسانو په ګډون په لاندې شرحه دوږي (سنبله) په اتلسمه نیټه د سلامخانې دماڼۍ په ودانۍ کې په کار پیل وکړ.

۱۷٦ انتخابي کسان، ۳۴ انتصابي استازي، ۱۷٦ نفره د ملي شورا استازي، ۱۵ نفره داعیانو د مجلس غړي ۱۴ نفره د کابیني غړي ۵ نفره د تمییز د محکمې غړي، ۷ نفره د اساسي قانون د مطالعې د کمیټي غړي او ۲۵ نفره د اساسي قانون د مشورتي کمیسیون غړي.

دا لویه جرګه چې د افغانستان د نوي اساسي قانون په هکله د نهایي تصمیم د نیولو او غور په منظور د پاچایي فرمان په اثر رابلل شوي وه د ۱۳۴۳ هـــ.ش کال دوږي (سنبله) د میاشتې په ۱۸ مه نیټه د افغانستان د پاچا محمد ظاهر شاه په پیغام د سلامخانې د ماڼۍ په ودانۍ کې پرانیستل شوه، ددې لویي جرګې ریاست د ملي شورا د رئیس دوکتور عبدالظاهر په غاړه ؤ چې مخکې د صلاحیت لرونکو مقاماتو له خوا ټاکل شوی ؤ او منشي یې محمد موسی شفیق ؤ، جرګې د لسو ورځو پرله پسې غونډو په موده کې د اساسي قانون په ټولو مندرجه موادو باندې بحث او غور وکړ او په نتیجه کې یې د افغانستان اساسي قانون چه ۱۱ فصله او ۱۲۸ مادی ؤ تصویب کړ او د لویی جرګې ټولو غړیو هغه لاسلیک کړ او د ملي وثیقی په حیث یې د پاچا په توشیح هم ور ساوه چې د نوموړې د توشیح نه وروسته په هیوادکې نافذ شو ۹ میزان ۱۳۴۳ هـــ.ش.

د ۱۳۴۳ هـــ.ش کال د تلې د نهمې نیټې د اساسي قانون په دیباچه (مقدمه) کې دا څرګندونې شوې دي:

بسم الله الرحمن الرحيم

د قوي او نيامن خدای په نامه!

د زمانې له غوښتنو سره سم د تاريخ او ملي ثقافت د پيښنيو په اساس د افغانستان د ملي ژوند د سمښت د پاره.

د مساوات او عدالت پوره کولو د پاره.

د سياسي، اقتصادي او اجتماعی ډموکراسۍ د تطبيق د پاره، د افرادو د آزادۍ، هوسايی او د عمومی نظم د ساتنې په غرض د دولت د چارو او ارکانو د سمښت دپاره،

په افغانستان کې څنګ په څنګ د ژوند د ټولو چارو د پرمختګ دپاره او په نتيجه کې د اجتماعي ملګرتيا او د انساني کرامت د ساتنې په اساس د يوهوسا او پرمختللې ټولنې د جوړولو دپاره.

مونږ د افغانستان خلکو په هغو تاريخي تحولاتو باندې په پوهې سره چې زمونږ په ژوندکې د يو ملت او د بشري ټولنې ديوې برخې په حيث پيښ شوي دي او په داسې حال کې چې دغه پورتنې ارزښتونه د ټولو بشري ټولنو حق بولو د افغانستان دپاچا او د اولسي ژوند د لارښو د اعليحضرت محمد ظاهره شاه په مشرۍ دا اساسي قانون د خپل ځان او راتلونکو نسلونو دپاره کښيښود.

د هيواد د نوموړې اساسي قانون په درېيم فصل کې يې له ۲۵ مې مادې څخه تر ۴۰ مې مادې پورې د خلکو اساسي حقوق او وظايف يو ځل بيا تثبيت کړل او يو څه زياتونې او څرګندونې يې پکې وکړې، جرم يې شخصی کار وباله او نور چاته سرايت نه کوي، د انسان تعذيب يې حتی د حقايقو د کشف په لاره کې هم روا ونه باله او په زور اخيستل شوی اقرار يې بی اعتباره وګڼه، په محکمه کې د مدافع وکيل درلودل د متهم (تورن) د يو حق په توګه ومنل شو، پوروړيتوب (مقر وضيت، مديونيت) د آزادۍ د محدوديت سبب نه ګرځي، په هيوادکې د ننه او له هيواد نه بهر د افغانانو تبعيد بند شو، افغانان خارجي دولت ته په تورن کيدو نه سپارل کيږي، د مخابراتو محرميت تضمين شو، د بيان آزادي ومنل شوه، د قانون له مخې افغانانو ته د ګوندونو د جوړولو اجازه ورکړل شوه، د ناروغيو مخنيوی او تداوي د دولت دنده وګڼل شوه او کار د هر افغان فرض او حق وبلل شو...

۴- د ۱۳۵۵ هـ.ش کال په اساسي قانون کې د بشري حقوقو تثبيت او تسجيل

محمد داود خان د ۱۳۵۲ هـ.ش د چنګاښ په ۲۶ مه نيټه ديوې سپينې کودتا په ترڅ کې دچارو واګې په خپل لاس کې ونيولې او جمهوري رژيم يې اعلان کړ، نوموړې د سياسي قدرت له نيولو څخه يوه اونۍ وروسته ديو مطبوعاتی کنفرانس په ترڅ کې د يو بهرني ژورنالیست د پوښتنې په ځواب کې څرګنده کړه چې د افغانستان د جمهوريت په اعلام سره به اساسي قانون (د پاچايی دوری قانون) نور اعتبار ونلري او د جمهوريت اساسي قانون به په راتلونکې کې تدوين شي. ددې څرګندونو څخه دوه ورځې وروسته د (۱۳۵۲) هـ.ش د زمري ۴ مه نيټه د دولت د رئيس لومړی لمبر فرمان د افغانستان د اساسي قانون په هکله اعلام شو چې په هغه کې افغانستان يو جمهوري او د اسلام د حقيقي روحيې سره موافق دولت معرفي شو، په دی سربيره دا په ډاګه شوه چې د جمهوريت د اعلام

څخه وروسته د پاچايي دورې د اساسي قانون احکام له اعتبار څخه لويدلې دي، مگر په هغه صورت کې چې د هغوی رعايت د جمهوري فرمانونو په وسيله اعلام شي.

په دې ترتيب سره د هيواد قانوني چارې ددرې کلونو او اته مياشتو په ترڅ کې د دولت د رئيس د فرمانونو له لارې سرته رسول کيدې. کوم وخت چې محمد داود له نورو عمده مصروفيتونو څخه فارغ شو تصميم يې ونيو ترڅو موجوده حاکميت ته چې له نظامی لاری څخه منځ ته راغلی ؤ ملي بڼه ورکړي، اساسي قانون تصويب او خپلې رهبری ته له قانوني لارو چارو مشروعيت و بخښي، د همدې منظور له پاره يې د افغانستان د جمهوريت د اساسي قانون د مسودي د تدوين له پاره يو کميسيون وټاکه، نوموړي کميسيون د افغانستان د اساسي قانون مسوده چې ۱۲ فصله او ۱۳۱ مادې يې درلودې د ۱۳۵۴ هـــ.ش کال د کب (حوت) په ۲۹ مه نيټه بشپړه او يولوی کميسيون ته د مطالعې او غور دپاره وسپارله.

د جمهوري رياست دفتر د عدليې د وزير دوکتور عبدالمجيد په عنوان د اساسي قانون په مسوده باندې د غور او څيړنې دپاره يو فرمان صادر کړ، په نوموړې فرمان کې دوکتور عبدالمجيد مخاطب کړل شو چې دا دی د افغانستان د جمهوريت د اساسي قانون مسوده ترتيب او د وعدې سره سم يو صلاحيت لرونکی کميسيون ته چې له ۲۰ نفره غړيو څخه ترکيب شويدي او ستاسو په واسطه چې د دولت د قضائيه څواک په سرکې قرار لرئ سپارم.

د اساسي قانون د غور او څيړنې کميسيون خپل کار له څلورو مياشتو څخه وروسته بشپړ کړ او نوموړې قانون لويې جرگې ته دوړاندې کولو له پاره آماده شو. ددې منظور يعنی د لويې جرگې د تشکيل له پاره د جمهوري رياست د مقام فرمان صادر شو د (۱۳۵۵ هـــ.ش د مرغومی ۷ نيټه) د فرمان د صدور نه وروسته د حکومت له خوا د لويې جرگې د غړيو د ټاکنې د طرزالعمل ابلاغيه خپره شو او د انتخاباتو موده د ۱۳۵۵ هـــ.ش کال د مرغومي له ۱۹ څخه د مرغومي تر ۳۰ مې نيټې پورې وټاکل شوه.

په ابلاغيه کې داهم راغلي ؤ چې د افغانستان د جمهوريت لويه جرگه لاندې ارکانو څخه متشکله ده:

الف: د ملت انتخابی استازي.

ب: د حکومت او مرکزي کميټې غړي.

ج: د قضا د عالي شورا رئيس او غړي.

د: د اساسي قانون په مسوده باندې د غور او تدقيق د کميټې رئيس او غړي.

هـــ: هغه صاحب منصبان به چې د جمهوري دولت د رياست د مقام په فرمان له اردو څخه وټاکل شي.

و: هغه اشخاص چې د جمهوري دولت د رياست د مقام د فرمان په واسطه د لويې جرگې د غړيو په صفت تعينيږي.

دا لويه جرگه د ۱۳۵۵ هـــ.ش کال د سلواغې په لسمه نيټه دعامې روغتيا د کنفرانسونو په تالار کې چې د کابل په انصاري واټ کې واقع دی راغونډه شوه او شپاړس ورځې روانه وه، په نوموړې

جرګه کې ۲۲۱ استازیو د څلورو بنځو په شمول له ولایتونو او ولسوالیو څخه نمایندګی کوله او ۱۳۰ کسان د دولت د رئیس او صدراعظم د فرمان له مخې د انتصابي غړیو په څیر جرګې ته راغلل چې له هغې جملې څخه ۱۵ کسه د اردو منصبداران، ۲۳ کسه دهقانان، ۲۶ تنه کارګران، یوه بنځه د بکلوریا د تحصیلاتو لرونکی، ۵ لیسانسه بنځې، یوه بنځه فوق لیسانس او ۲۵ نارینه تعلیمیافته کسان د لیسانس، ماستر او ډاکتر په سویه ؤ، لویه جرګه د افغانستان د ولس مشر محمد داود په بیانیې سره پرانیستل شوه، په همدې افتتاحیه غونډه کې عزیزالله واصفی د لویې جرګې د رئیس په حیث انتخاب او تعیین شو.

لویې جرګې د افغانستان د جمهوري دولت نوی اساسي قانون چې مسوده یې ۱۳ فصله او ۱۳۱ مادې وه ترغور او څیړنې لاندې ونیوله او د پنځو مادو او یوې سریزې په زیاتولو سره د لویې جرګې د وکیلانو له خوا په کلي شکل سره تصویب شوه.

د ۱۳۵۵هـ.ش کال د سلواغی په شپږویشتمه ورځ لویې جرګې د خپلو غونډو په پای کې یوه اعلامیه صادره کړه.

لکه څرنګه چې پورته ورته اشاره وشوه د جمهوریت د اساسي قانون مسوده د یوشمیر تعدیلاتو وروسته د رایو په اتفاق تصویب او د همدې کال دکب د میاشتې په پنځمه د ۱۹۷۷ع کال د فبروری څلیرویشتمه د جمهور رییس (ولس مشر) محمد داود له خوا امضا او نافذه شوه.

دا اساسي قانون یوه سریزه، دیارلس فصله او یو سلوشپږدېرش ۱۳۶ مادې لري د دی اساسي قانون په سریزه کې یو ځای دارنګه راغلې دی: (مونږ د افغانستان خلکو د عصر د غوښتنو او شرایطو په درک کولو سره تصمیم نیولی دی چې خپل ملی ژوند د آزادۍ، ترقی، حق، عدالت او سولې پربنسټ دوررګلوی او سمسمی د اصولو سره سم او د ژوند فلسفه او د هیواد د نن او سبا ورځې دنسلونو سرنوشت د افغانستان د ۱۳۵۲ کال د چنګاښ د شپږویشتمی نیټې د ملی او مترقی انقلاب د اساسي او اقتصادی هدفونو پر بنا ټینګ کړو.

د دې حقایقو په درک کولو سره مودغه ملی وثیقه د جمهوری دولت د اساسي قانون په حیث د افغانستان د نجیبو خلکو د مادی او معنوی نیکمرغی، هوساینی او پرمختګ دپاره د خپل ځان او راتلونکو نسلونو د لاربنسوونې دپاره وضعه کړ.)

د اساسي قانون په دیارلسمه ماده کې دملګرو ملتونو د منشور د اساسونو او د بشر دحقوقو نړیوالې اعلامیې درناوی او دعادلانه سولې ملاتړ څرګند شویدی، ددې اساسي قانون په څلورم فصل کې د خلکو حقونه او وجیبې تسجیل شویدی چې له ۲۷ مې څخه تر ۴۷ مې مادې پورې ټولې ۲۱ مادې را نغاړی په نومورو مادو کې راغلې دی چې د افغانستان ټول خلک نر او بنځې د قانون په وړاندې مساوی حقوق او وجایب لری، آزادی د انسان طبیعی حق دی پر ته له هغه حالاتو چې د نورو آزادی، شرافت یا عمومی ښیګڼو، امنیت او ملی مصلحتونو ته ډکه یا زیان ورسوی دا حق د قانون له خوا ښودل کیږی.

همدارنګه په دې فصل کې په اتلس کلنۍ کې د رایې ورکولو حق، د ذمې برائت دا صلی حالت په توګه، د جرم او جزا مشروعیت، د جرم شخصی والی، نورو ته د جزا نه ورغځول، د شکنجی او د

انسانی کرامت نه د مخالفې سزانه ورکول، د دفاع د وکیل نیول، د پور په نسبت د آزادی نه سلبیدو او کمیدو (محدودیت) او د مسافرت او سیاحت آزادی، د تبعید منع، خارجی دولت ته د افغان نه سپارل، دکور او ملکیت مصوونیت، د مخابراتو آزادي او مصونیت، د فکر او بیان او ټولنو آزادي، د بیګار منع، د دې فصل نور مسایل دی.

۵ – د ۱۳۵۹هـ.ش کال په اساسي اصولو کې د بشری حقوقو تثبیت او تسجیل

د ۱۳۵۹هـ.ش کال د اساسي اصولو د تصویب په هکله باید ووایو نوموړی اساسي اصول چې د موقتي اساسي قانون حیثیت یې درلود دوخت د حاکم ګوندد مرکزی کمیټې د سیاسي بیورو او د وزیرانو د شورا او د انقلابی شورا د رئیسه هیأت له خوا د ګوند مرکزی کمیټی دوهم پلینوم ۱۳۵۹/۱/۲۴ ته پیشنهاد شوی ؤ د غورا تایید نه وروسته درایو په اتفاق تصویب او د نهایي تصویب له پاره دوخت انقلابی شورا ته راجع شول. انقلابی شورا د ۱۳۵۹هـ.ش کال د حمل ۲۵ مې نیټی د تاریخی اعلامیې په ترڅ کې د ا.د.ج. اساسي اصول تصویب، خپرول او انفاذ د ثور له لومړی نیټې څخه اعلام کړل. دا.د.ج. اساسي اصول یوه سریزه، لس فصله او اته شپیته ٦٨ مادې لری.

په سریزه کې د دولت د ماهیت او اهدافو په هکله توضیح ورکړل شویده او په دې ټینګار شوی ؤ چې د خلکو د پراخو پرګنو د ارادی، د ملی، تاریخی، کلتوری او دینی عنعناتو جدی رعایت، د اسلام د سپیڅلی دین د اصولو پشپړه پیروی او د بشر د حقوقو د اعلامیی د درناوی په اساس، دسوله ییز او دسیمې او نړی له ټولو خلکو سره د دوستی او همکاری د سیاست بنسټ خپل نصب العین بولی.

د اساسي اصولو په دوهم فصل کې د اتباعو د اساسي حقوقو او مکلفیتونو تر عنوان لاندې دغه موضوعات راغلي دي: د ا.د.ج. د ټولو خلکو له پاره د تابعیت او د قانون په مقابل کې برابرولی او په بهر کې د هغوی حمایت، د حقوقو او مکلفیتونو تساوی، دا.د.ج. اتباعوته د اقتصادی، سیاسي، ټولنیز او کلتوری ژوندانه په ټولو چارو کې د حقوقو د برابری تأمین او د دموکراتیکو حقوقو او آزادیو نه دنورو اتباعو د حقوقو په خلاف د استفادې منع، د ژوند او مصوونیت د حق، د دینی مراسمو او مناسکو د ادا کولو د آزادی، د کار د حق، د روغتیا د ساتنې او د ټولنیزو تأمیناتو د حق، د زده کړې د حق، د علمی، تخنیکي، کلتوری او هنری فعالیتونو د آزادی، د فکر او بیان د آزاد او په څرګند ډول بیانولو حق، په اجتماعی، دموکراتیکو او مترقی سازمانونو کې د وطن پالونکی اتحاد حق، د کور، مراسلاتو، تلیفونی خبرو، تیلګرافی مخابراتو د مصوونیت او محرمیت حق، د شکایت د حق تأمین او تضمین، د جرم او جزا قانونیت او مشروعیت، د محکمې له حکم نه پرته د مجازاتولو او د قانون د حکم پر خلاف د توقیف منعه او د دې مسألې توضیح چې تورن تر هغه مهاله چې په قطعی حکم محکوم شوی نه وی بیګناه ګڼل کیږی، تورن د دفاع حق لری، جرم شخصی کار دی، او د انسانی کرامت خلاف مجازات شکنجه او تعذیب جواز نه لری.

٦- د ١٣٦٦هـ.ش کال په اساسي قانون کې د بشری حقوقو تشبیت او تسجیل

د وخت دولت د ١٣٦٤هـ.ش کال د مرغومې د میاشتې د شپږ ویشتمې نیټې د ٨١٠ مې ګڼې مصوبې په اساس د ا.د.ج د اساسي قانون د تسوید کمیسیون د جوړیدلو په هکله تصمیم ونیو او دوخت د نظام د انقلابی شو را د رئیسه هیأت د ١٣٦٤هـ.ش کال د کب د میاشتې د دوهمې نیټې د تصمیم په اساس د دی پنځه اویا ٧٥ کسیز کمیسیون غړی اعلان او معرفی شول، چې وروسته د انقلابی شورا د رئیسه هیات د ١٣٦٦هـ.ش کال دوری (حمل) د میاشتې د ٢٢ مې نیټې د دریم لمبر فرمان په اساس ١٣ تنه نورهم د دې کمیسیون په غړیو ورزیات شول.

د دې له پاره چې د اساسي قانون طرحه آماده شی د ٢٠ میاشتو په ترڅ کې زیات کار تر سره شو. کمیسیون او دهغه د کار کمیټې د افغانستان پخوانی اساسي قوانین په مقایسوي ډول تحلیل کړل، د پنځو سو ٥٠ بهرنیو هیوادو اساسي قوانین یی مطالعه کړل او د اسلامي هیوادونو له تجربو څخه یې ګټه واخیستله.

د اساسي قانون طرحه د تسوید د کمیسیون، د انقلابی شورا د رئیسه هیأت، د واکمن ګوند د مرکزی کمیټې د سیاسي بیورو په بیلابیلو غونډو و کې مطرح شوه او بالاخره اوه ویشتمه ٢٧ مه طرحه چې یوه سریزه، دولس ١٢ فصله او یوسلو دیرش مادې یې درلودې د ١٣٦٦هـ.ش کال د چنګاښ د میاشتې په ٢٤ مه نیټه د دریو میاشتو له پاره د هیواد په تاریخ کې د لومړی ځل له پاره د خلکو د نظر غوښتنې په مقصد داوه میلیونو په تیراژ د هیواد په پنځو ژبو نشر شوه او په میلیونونو نسخې یې په لویدیځ کې د افغانی مهاجرینو او په ګاونډیو هیوادو کې د مهاجرینو په کمپونو کې وویشلی شوی او دیپلوماتیکو نمایندګیو ته ورسولې شوې، دا کار نه یوازې د نظر غوښتنې په مقصد بلکې دا پوزیسیون د نظر دراجلبولو له پاره هم تر سره شو تر څو په دې وسیله د سولې له پاره د ډیالوګ تاریخی چانس او امکان مساعدشی.

د اساسي قانون د تسوید کمیسیون د کار کمیټې په هر مساعد ځای کې په موجود اختلاف نظر باندې د غور او بحث له پاره آماده ګی وښودله او په هر ولایت، ښار او ولسوالی کې د عامه نظر غوښتنې د کار د سازماندهی قرارګاوې، تبلیغی ګروپونه او د کار کمیسیونونه ایجاد شول، د مخصوص پست بکس او دهیواد د مطبوعاتو او ټولنیز و اطلاعاتو دوسایلوله لارې د څلورو میاشتو په ترڅ کې تر دووملیونو زیاتو خلکو د اساسي قانون د طرحې په هکله په نظر غوښتنې کې ګډون وکړ او تر پنځلس زرو زیات بیلابیل پیشنهادونه د تسوید کمیسیون ته وړاندې شول.

د نظر غوښتنې په نتیجه کې د یوسلو شلو مادو د تکمیل او تغییر په هکله پیشنهادونه وړاندې شول، یو فصل په طرحه کې زیات شو او د مادو شمیر له ١٣٧نه ١٤٨ مادو ته زیات شو.

د اساسي قانون د تسوید د کمیسیون وروستی غونډه د ١٣٦٦هـ.ش کال دلیندی د میاشتې په دوهمه نیټه د نومورې کمیسیون د رئیس په مشری جوړه او د تسوید د کمیسیون د کار د کمیټې کاریې د عبدالرحیم هاتف په مشری د افغانستان د خلکو له پاره فوق العاده زیات او با اهمیته وګڼه. د اساسي قانون وروستی طرحه یې له غور وروسته تایید او د انقلابی شورا رئیسه هیات ته یې وړاندې کړه.

دوخت د انقلابی شورا رئیسه هیأت د هماغه کال دلیندۍ د میاشتې د دوهمې نیټې په غونډه کی وړاندی شوې طرحه تایید او د بررسۍ او تصویبولو له پاره یې د هغې وړاندې کول تصویب کړل او په دې توګه د اساسي قانون د تسوید د کمیسیون کار پای ته ورسید.

د لویي جرګې د فعالیت او تدویر د څرنګوالی په هکله قانون، د انقلابی شورا د رئیسه هیأت د ۱۳٦٦هـ.ش کال د لړم داومې نیټې د ۲۵۳ مې ګڼې فرمان په اساس تصویب او نافذ شو چې د هغه له مخې د لویي جرګې د تدویر نېټه، د څیړنې مسایل او دګډون کوونکو ترکیب و ټاکل شو.

د یاد شوی فرمان په اساس د ۱۳٦٦هـ.ش کال د لیندۍ د میاشتې په اتمه لویه جرګه د افغانستان د نوی اساسي قانون د تصویب او دولس مشر د ټاکنې په مقصد په کابل کې جوړه شوه چې کاریې دوه ورځې دوام وموند. د دې لویي جرګې د استازیو مجموعی شمیر ۱۵۰۰ ته رسیده او هم څه د پاسه څلورسوه داخلی او ددوستو هیوادونو میلمانه او د مترقی سازمانونو نمایندګان هم را بلل شوی ؤ.

د لویي جرګې غړیو د اساسي قانون په هره ماده باندې له غوراو خبرو وروسته له یو څه تغییراتو سره په داسې حال کې چې یوه ماده د اساسي قانون په وړاندې شوي طرحه باندې ورزیاته شوه، د هغه هره ماده، هر فصل او په مجموع کې ټول اساسي قانون دلیندۍ د میاشتې په نهمه نېټه درایو په اتفاق تصویب شو او د غوره شوی ولس مشر د لومړۍ ګڼه فرمان په واسطه دلیندۍ د میاشتې په نهمه نېټه یې انفاذ اعلام شو.

نوموړی اساسي قانون یوه سریزه، دیارلس فصله او ۱۴۹ مادی لری. په درېیم فصل کې له ۳۳ مې مادې څخه تر ٦۴ مې مادې پورې د اتباعو تابعیت، اساسي حقوق، آزادی او مکلفیتونه تسجیل شوی دی.

د سریزی په یوه برخه کې د اسلام د مبین دین د اساساتو پیروی، د هیواد د مشروطیت د غورځنګ د مواریثو ساتنه او غنا (بډاینه)، د ملګروو ملتونو د سازمان د منشور او د بشر د حقوقو نړیوالی اعلامیې ته وفاداری څرګنده شویده.

لکه چې پورته موورته اشاره وکړه چې د ۱۳٦٦هـ.ش کال د لیندۍ د میاشتې د نهمې نیټې د اساسي قانون په درېیم فصل کې د اتباعو تابعیت، اساسي حقوق، آزادی او مکلفیتونه چې لنډیزیې وړاندې کیږی تسجیل شویدی: د ټولو اتباعو له پاره د تابعیت یو شانوالی، هغه څوک چې د قانون سره سم د افغانستان د جمهوریت تابعیت لری افغان بلل کیږی، د تبعید منع او خارجی دولت ته د اتباعو نه تسلیمول، په خارج کې د افغانی اتباعو حمایت او دهغوی له حقوقو نه دفاع، د قانون په وړاندې د ټولو اتباعو د مساوی حقوقو او مکلفیتونو اعلام او په دې هکله د غیر قانونی امتیاز د ټاکلو او تبعیض منع کول، ژوند د طبیعی حق په توګه منل او دا چې هیڅوک له قانونی مجوز څخه پرته له دغه حق څخه نه بې برخې کیږی، د مسلمانانو له پاره د دینی او مذهبي مناسکو د ترسره کولو د آزادۍ تضمین او د نورو ادیانو پیروانو ته د مذهبی مراسمو په تر سره کولو کې د آزادۍ اعلام، آزادی د انسان د طبیعی حق په توګه ګڼل او ددې مسألې اعلان چې دغه حق د نورو له آزادۍ او له عامه ګټو پرته حدود نه لري، دذمې برائت اصلی حالت دی، د تورن بیګناه ګڼل د محکمی د حکم

تر قطعیته پورې، د جرم او جزا او توقیف مشروعیت، د جرم شخصي والی، ددفاع حق، د انساني کرامت څخه د مخالفی جزا، شکنجی او تعذیب ممنوعیت، د اکراه او ګواښ په وسیله له تورن او یا بل چا څخه د اقرار، شهادت او یا څرګندونې داخیستلو منع ا و د هغو بی اعتبار والی او د عامل او امر کوونکی له پاره د سزا ورکولو موضوع او ددې مسألی اعلام چې د لوړو مقاماتو په امر باندې استناد مرتکب ته د قانون نه د مخالفو اعمالو له ارتکاب څخه برائت نه ورکوي او د شخص پورې وړتوب د هغه د آزادی د سلبیدو موجب کیدلای نه شي، د کور، مراسلاتو، تلیفونی خبرو، تیلګرافي مخابراتو او د مخابراتو د نورو ډولونو د محرمیت تضمین، د دولت په ټولنیز – سیاسي ژوند او دچارو په اداره کې د برخې اخیستنې، د انتخابولو او انتخابیدلو، د بیان او فکر د آزادی حقوق، له خپریدو څخه پخوا د مطبوعاتو د سانسور منع، د سوله ییزو اعتصابونو، غونډو او تظاهراتو حق، د ډله ییز او انفرادي شکایت، د انتقاد او پیشنهاد حق او دهغوی د څېړلو په هکله د اړوندو رسمي او ارګانونو مکلفیت، د کار وړاندې د برابری اجوری (مزد) د لاس ته راوړلو حق، د روغتیا او ټولنیزو تامیناتو حق، په هیواد کې د مسافرت، اوسیدنې او اقامت د ځای د انتخاب حق او له هیواد څخه بهرته د مسافرت او بیرته راتګ حق... دا باید زیاته کړو چې د ۱۳۶۹هـــ.ش کال د جوزا د میاشتې په په اوومه او اتمه نېټه د ۱۳٦٦ هـــ.ش کال په اساسي قانون کې د تعدیلاتو د واردولو له پاره یوه لویه جرګه دایره شوه، نوموړې لوېي جرګې په اساسي اقنون کې تعدیلونه رامنځ ته کړل او د نوموړې تعدیل شوي اساسي قانون په درېیم فصل کې یې د اتباعو تابعیت، اساسي حقوق، آزادی او مکلفیتونه تثبیت او تسجیل کړل او له ۴۱ مې مادې څخه تر ٥٦ مې مادې پورې موادو ورته پخپله غیږکې ځای ورکړ.

۷– د ۱۳۸۲هـــ.ش کال په اساسي قانون کې دبشری حقوقو تثبیت او تسجیل:

لکه چې ټولو ته څرګنده ده د افغانستان د اسلامی جمهوریت نوی اساسي قانون چې د تسویداو تدقیق د کمیسیونونو د اتلس میاشتنی کار او زیاراودلویي جرګې د ۵۰۲ تنو غړیو د ۲۲ ورځود بحث او مشورې چې د کابل په ښارکې د ۱۳۸۲هـــ.ش کال د لیندی د میاشتې له ۲۲ مې نېټې څخه د مرغومی د میاشتی تر څوارلسمی نېټی پورې یې دوام ومونداو په مجموع کې د ۳۲ ملیونه ډالرو له لګښت نه وروسته په دولسو ۱۲ فصلونو او یوسلو دوه شپیتو مادو کې درایو په اتفاق تصویب شو.

نوموړی اساسي قانون د محترم حامد کرزی له خوا د هماغه کال د سلواغې د میاشتې د اوومې نیټې د ۱۰۳ ګڼې فرمان په واسطه توشیح او انفاذیي اعلام شو.

د دې اساسي قانون په دوه یم فصل کې د اتباعو اساسي حقوق او وجایب له ۲۲ مې مادې څخه تر ۵۹ مې مادی پورې تثبیت او تسجیل شویدی چې غوره حقوق او آزادی یی په لاندی توګه فهرست کولای شو.

د افغانستان د اتباعو تر منځ د هر راز تبعیض او امتیاز ممنوعیت، ژوند د انسان د طبیعی حق په حیث په رسمیت پیژندل، آزادی د انسان د طبیعی حق په توګه په رسمیت پیژندل، جرم یو شخصي

عمل ګڼل، هیڅ افغان د تابعیت په سلبیدو او په هیواد کې د ننه یا بهر په تبعید (شړل) کیدو، نه محکومیدل، د شکنجې ممنوعیت، د انسانی کرامت مخالفی جزا د ټاکلو ممنوعیت، د تورن د مدافع وکیل درلودل، پور د پوروړی د آزادۍ د سلبیدو یا محدودیت سبب نه کیدل، د انتخابولو او د انتخابیدلو حق، د فکر، وینا، لیکنې د آزادۍ حق، د ټولنو د تاسیس حق، د سوله ییزو غونډو او مظاهرو حق، د هستوګنځی د مصوونیت حق، د مخابرې او مراسلې د محرمیت حق، د مسافرت او استوګنې حق، د ملکیت د مصوونیت حق، د زده کړې حق، د کار حق، د روغتیا ساتنې حق، د هر چا د بشری حقوقو د نقض په صورت کې د افغانستان د بشر د حقوقو خپلواک کمیسیون ته د شکایت کولو حق او داسې نور حقوق او آزادۍ چې د افغانستان نوی اساسي قانون هیوادوالو ته ورکړیدی، چې له دی حقوقو او آزادیو څخه سالمه ګټه اخیستل او د دولت له خوا د دې حقوقو او آزادیو د تضمین په هکله عملی ګامونه پورته کول دیوې سوکاله افغانی ټولنې د جوړولو یوه غوره پیلامه ګڼل کیږی.

منابع او ماخذونه

۱- مجموعهٔ کامل قوانین اساسي افغانستان ۱۳۰۱- ۱۳۸۲ شمسی، چاپ اول تهیه و ترتیب ریاست نشرات وزارت عدلیه ج،ا،ا، خزان ۱۳۸٦هـ.ش.

۲- فلسفه قانونگذاری در اسلام، تالیف: داکتر صبحی محمصانی، ترجمه اسماعیل گلستانی، ناشر: کتابفروشی امید یزدانی، با همکاری موسسه انتشارات فرانکلین، تبریز، ۱۳٤٦هـ.ش

۳- د اساسي قانون د شورا کالنی، د اساسي قانون شورا، د ۱۳٦۹هـ.ش د قوس دولتی مطبعه.

۴- ترمینولوژي حقوق، تالیف، دکتر محمد جعفر جعفري لنګرودي، کتابخانه ابن سینا، تهران، آبانما ۱۳٤٦هـ.ش

۵- سیستم حکومتي ایا لات متحده، مترجم: انجینر سید حسین، ناشر: مرکز فرهنګي ایا لت متحده، محل چاپ: نیواباسین بریس، جنګي محله، پشاور، ۱۹۹۹.

۶- مجله تعاون (نشریه مرکز تعادن افغانستانه «متا»)، سال سوم، شماره بنجم، قوس و جدي ۱۳۷۴هـ.ش.

۷- کلکسیون مجله قضا، سنوات مختلفه.

۸- جنبش مشروطیت در افغانستان، پوهاند عبدالحی حبیبي، کمیته دولتي طبع و نشر ج،د،ا مطبعه دولتي، ۱۳٦۳هـ.ش.

۹- تاریخ تشکیلات سیاسي، قضایي، اقتصادي، تالیف: دکتر زکي عبدالمتعال، ترجمه احمد فرامرزي، تهران، ۱۳۳۸هـ.ش.

۱۰- تاریخ جهان باستان- جلد اول (شرق) چاپ چهارم اثر جمعي از مورخین، ترجمه مهندس انصاري و دیګران، نشر اندیشه، تهران، ۱۳۵۳هـ.ش

۱۱- سر آغاز نواندیشي معاصر دیني و غیر دیني، تالیف: مقصود فراستخواه، چاپ سوم ناشر: شرکت سهامي انتشار، ۱۳۷۷هـ.ش.

۱۲- تاریخ مختصر تئوری حقوقي در غرب، تالیف: جان کلي، مترجم: محمد راسخ، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۳هـ.ش.

۱۳- تاریخ قرون وسطي چاپ چهارم زیر نظر: پروفیسور کاسمینسکي، ترجمه مهندس صادق انصاري و محمد باقر مومني، نشر اندیشه، تهران، ۱۳۵۳هـ.ش.

۱۴- مقدمهاي بر تاریخ حقوق، مولف: جلیل امیدي، نشر احسان، چاپ اول ۱۳۸۳هـ.ش.

۱۵- مبادي علوم قانوني جلد اول و دوم تالیف: دکتور منعم بدراوي، ترجمه محمد اکرم عبقري، مرکز تحقیقات علوم اسلامي، مطبعه دولتي، ۱۳٦۷ و ۱۳٦۸هـ.ش.

۱٦- د افغانستان دوهم اساسي قانون ته یوه کتنه، قانون پوه دوکتور محمد طاهر بورګي، د آزاد افغانستان د لیکوالو ټولنه، ۱۳۷۲هـ.ش.

۱۷- قانون، نګارنده: عبدالحمید مبارز، انتشارات زیرمه وزارت مالیه، کابل، دولتي مطبعه، ۱۳۳۷هـ.ش.

۱۸- په افغانستان کې د اساسي قوانينو تدوين او د ځينو حقوقي موازينو څرنګوالی ته يوه کتنه، اسد الله زمری، دولسی جرګې دنشراتو رياست، دولتی مطبعه، ۱۳٦۸هـ.ش.
۱۹- تاريخ جرگههاي ملي در افغانستان ، عبدالله مهربان، مطبعه وزارت د فاع ملي، ۱۳٦۱هـ.ش.
۲۰- تاريخ شورا در افغانستان، عبدالله مهربان، رياست نشرات مجلس سنا، مطبعه دولتي، ۱۳۸٦هـ.ش.
۲۱- جنبش آزاديخواهي و ماهيت دولت اماني، محقق محمد اسلم افضلي، اکادمي علوم جمهوري افغانستان، مطبعه دولتي، ۱۳٦۸هـ.ش.
۲۲- فصلنامه آواي هندوکش، سال اول، شماره اول، بهار ۱۳۸۱هـ.ش مشهد.
۲۳- د افغانستان تاريخي پينليک لومړي ټوک پوهاند عبدالحی حبيبی، د بيهقی کتاب خپرولو موسسه، دولتی مطبعه، ۱۳۵۳هـ.ش.
۲۴- افغانستان مجله (د افغانستان د تاريخ د ټولنې دری مياشتنی خپرونه)، لومړی کال، لومړی گڼه (چنگاښ- وږی) ۱۳٦۹هـ.ش.
۲۵- افغانستان در قرن بيستم جلد اول مولف: امين الله دريځ، انجمن نشراتي دانش، کتابخانه دانش، بازار قصه خواني شهر پشاور، جدي ۱۳۷۹هـ.ش.
۲٦- تکامل قوانين اساسي افغانستان در زمان شاهي ۱۹۰٦-۱۹۷۳) مؤلف: دکتور خليفه بابا حميدوف، مترجم جمراد جمشيد، ديپارتمنت حقوق عامه پوهنځي حقوق و علوم سياسي پوهنتون کابل، مطبعه پوهنتون کابل، ۱۳٦۳هـ.ش.
۲۷- زمينه تکامل اجتماعی- جلد اول و دوم- چاپ اول، نوشته ميتر و پولسکی و ديگران، ترجمۀ پرويز بابايي، مرکز نشر سپهر، تهران، ۱۳۵۲هـ.ش.
۲۸- سرگذشت قانون- مباحثی از تاريخ حقوق چاپ دوم نگارش علی پاشا صالح، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تابستان ۱۳۸۳هـ.ش.
۲۹- پيام ميهن مجله کانون فرهنگی سپنتا، شماره چهارم، سال اول، حوت ۱۳۸۲هـ.ش.
...او دليکوال نور خواره واره يادډښتونه

سن رشد از نگاه شریعت و قانون

محمد عثمان زویل

-۱-

تشخیص سن در تثبیت ادوار حیات انسان از حیث داشتن اهلیت حقوقی و فقدان آن دارای نقش اساسی می‌باشد، به همین منظور است که می‌گویند: «در مورد اشخاصی که به سن بلوغ و رشد نرسیده‌اند، اصل، عدم اهلیت استیفا است. ولی همین که بلوغ و رشد شخص احراز شد، اصل، اهلیت او در تصرفات و معاملات است، مگر اینکه جنون یاعدم رشدش اثبات گردد.» از این رو با صراحت می‌توان گفت که (سن اشخاص) در مراحل مختلف حیات با (اهلیت حقوقی) و یا فقدان آن رابطه نزدیک و مستقیم دارد زیرا بر اجرای امور، خواه مدنی باشد یا جزایی زمانی اثرات حقوقی مرتب می‌گردد که اشخاص ذیربط حایز اهلیت حقوقی باشند.

اهلیت در لغت به معنای صلاحیت، بایستگی، شایستگی و سزاواری است.

در اصول به صلاحیت شخص برای (الزام) و(التزام) اهلیت گویند.

در اصطلاح حقوق، «اهلیت» عبارت است از: «صفت کسی که دارای جنون، سفه، صغر، ورشکستگی و سایر موانع محرمیت از حقوق کلاً و یا بعضاً» نباشد.[1]

---

1 -دوکتورمحمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق. «اهلیت»، (تهران:انتشارات کتابخانه ابن‌سینا، چاپخانه خواجه، ۱۳۴۶) ص ۹۷، اصطلاح شماره (۷۵۷) ودانشنامه حقوق خصوصی: جلد اول ص (۴۹۷)و دکتر سید حسین صفایی ودکتر سید مرتضی قاسم

طبق تعریف دیگر اهلیت عبارت است از: «صلاحیت شخص برای دارا شدن حق و تحمل تکلیف و به کار بردن حقوقی که به موجب قانون دارا شده‌است.»[۲]

به بیان دیگر: «اهلیت عبارت از صلاحیت قانونی است که به موجب آن یک شخص واجد حقی می‌گردد و یا در حق خویش تصرف و اجراآت می‌نماید. به عبارت دیگر صلاحیت داشتن یک حق و صلاحیت اجرای یک حق به نام اهلیت حقوقی یاد می‌شود.»[۳]

اهلیت از نظر حقوق اسلام چنین تعریف شده‌است: «اهلیت به معنای ساده و بسیط آن به صلاحیت یا سزاوار بودن و شایستگی تعبیر شده می‌تواند که در اصطلاح فقه اسلامی از خود شرایط و حدود خاص دارد زیرا مدار و اساس مکلفیت شمرده می‌شود و هم اصول و مبادی اسلامی اعم از عبادات و معاملات به آن ارتباط می‌یابد.»[۴]

در مورد تفکیک اهلیت به (وجوب) و (ادا) نظر منبع قبل‌الذکر چنین است:

«همان گونه که وجوب و ادا در ذات خود از همدیگر متفاوت و متمایز می‌باشند اهلیت وجوب و اهلیت ادا نیز از نگاه مفهوم، مصداق و فروع مربوط آن فرق دارد.

اهلیت و یا به تعبیری که گفتیم صلاحیت سزاوار بودن، از نگاه علمای اصول فقه به صورت متفق‌علیه دارای دو قسم یعنی اهلیت وجوب و اهلیت ادا بوده که اولی به صورت خلاصه عبارت از صلاحیت انسان برای این که دارای حقوق و واجبات باشد و دوم عبارت از آن است که اقوال و افعال او دارای ارزش شرعی شمرده شود مثلاً اگر نماز می‌گزارد، روزه می‌گیرد، یا زکات می‌دهد این اعمال او شرعاً درست باشد و یا عقود و معاملات او از قبیل بیع، شراً، ازدواج و طلاق صحیح پنداشته شده و به عملی نمودن و التزامات خویش مکلف شناخته شود.

ابوالفضل محی الدین ملا خسرو متوفا ۸۵۵ هـ در تعریف هر دو قسم اهلیت چنین ابراز نظر می‌کند: اهلیت وجوب یعنی صلاحیت محکوم‌علیه برای وجوب حقوق او بر دیگران و حقوق شرعی دیگران بر او و اهلیت ادا یعنی صلاحیت او برای صدور افعال که شرعاً مورد اعتبار بوده می‌تواند.»[۵]

با رعایت تعاریف فوق، اهلیت را به صورت عام به دو کتگوری از هم تفکیک نموده‌اند که عبارت‌اند از اهلیت استحقاق یا اهلیت وجوب که در اصطلاح دیگر به نام اهلیت تمتع (دارا شدن) یاد شده‌است و اهلیت ادا یا اهلیت استیفا که به آن (اهلیت اعمال حق) یا (اهلیت اجرای یک حق) نیز گفته می‌شود.

زاده. حقوق مدنی اشخاص ومحجورین.(تهران: انتشارات سازمان مطالعه وتدوین کتب علوم انسانی دا نشگاه ها (سمت)،چاپ هشتم، ۱۳۸۲)، ص (۱۸۵).

2 همان منبع، همان صفحه.

3 –دوکتورحفیظ الله دانش، « اهلیت حقوقی». مجله قضا، شماره ششم، (کابل: انتشارات ستره محکمه، مطبعه دولتی، ۱۳۶۵). ص (۱).

4 – فضل من الله فضلی.«مکلفیت واهلیت »، مجله قضاء. شماره هفتم وهشتم، (کابل: مطبعه ء دولتی، میزان وعقرب ۱۳۵۳)، ص (۲۹).

5 –همان منبع، همان صفحه.

منظور از اهلیت تمتع یا دارا شدن حق: «عبارت از صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن حق مانند صلاحیت طفلی که متولد می‌شود برای دارا شدن یک رشته حقوق» دارد.[6]

مطلوب از اهلیت ادا یا اهلیت استیفا که به نام «اهلیت تصرف و اجرای حق» نیز یاد می‌شود عبارت از: «صلاحیت شخصی برای به کار بردن حقی که دارا شده است»، می‌باشد مانند: «صلاحیت کبیر برای معامله در اموال خود که در حال صغر آنها را از پدر خود به ارث برده‌است.»[7]

نقش سن در ادوار حیات انسان

دوره‌های حیات انسان ازحیث قبول اهلیت و مکلفیت به پنج بخش تقسیم شده‌است که عبارتند از: دوران جنین، دوران صغارت فاقد تمییز، دوران تمییز، دوران بلوغ و دوران رشد.

برخی حقوقدانان ادوار حیات انسان را از تقسیم دیگر یعنی از زمان تولد الی زمان وفات به سه مرحله تقسیم نموده‌اند که عبارتند از:

۱- از زمان تولد تا زمان رسیدن به سن تمییز،

۲- از سن تمییز الی سن بلوغ، و

۳- ازسن بلوغ الی زمان موت.[8]

تا جایی که به ملاحظه می‌رسد، مقسم اول که ادوار حیات انسان را از موقع حمل الی تولد و از تولد تا موقع وفات مدنظر گرفته‌است منطقی به نظر می‌رسد. زیرا دوران حمل نیز شامل حیات بوده و جنین در این دوره مستحق حقوق می‌گردد، البته حقوق آن موقوف به این است تا زنده تولد گردد. و فرق دیگر این است که در مقسم دوم بین سن بلوغ که آغاز سن رشد است و سن رشد که مرحله متکامل دوران بلوغ می‌باشد و آن را سن اهلیت عقلی نیز گویند تفکیک قایل نشده‌است. بنابران ادوار اهلیت که از حیث سن به پنج مرحله تقسیم شده‌است نتنها منطقی می‌باشد بلکه از نظر اینکه تمام مراحل را در بر می‌گیرد، کار تحقیق و مطالعه را آسان می‌سازد. لهذا در توضیح بحث، تقسیم اول طبق شرح ذیل مدنظر گرفته شده‌است:

الف) دور ان جنین

این دوران از موقع حمل آغاز و زمانی را در بر می‌گیرد که در بطن مادر سپری می‌شود و با تولد خاتمه می‌یابد. از نظر فقها و حقوقدانان جنین در این مرحله دارای اهلیت وجوب ناقص می‌باشد.

به موجب حکم فقره دوم ماده ۳۶ قانون مدنی افغانستان: «جنین دارای حقوقی است که قانون به آن تصریح نموده است.» و طوری که حقوقدانان تصریح نموده‌اند جنین در این دوران

---

6 -دوکتورمحمدجعفر جعفری لنگرودی. ترمینولوژی حقوق« اهلیت تمتع» و«اهلیت داراء شدن حق»، (تهران: انتشارات کتابخانه ابن سینا، چاپ خواجه، ۱۳۴۶)، ص ۹۸، اصطلاحات(۷۶۳ و۶۷۴).

7 -همان منبع، ص ۹۸، اصطلاح شماره (۷۶۱) تحت عنوا ن « اهلیت استیفا».

8 - دوکتور عبدالرزاق السنهوری. الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. جلداول، مصادرالالتزام. (بیروت: منشورا ت الحلبی الحقوقیه، ۲۰۰ع)، ص (۲۹۰).

«ذمه مالی» نـدارد و «امکان ثبوت حقوق چهار گانه ضروری را در مـی‌یابـد» کـه عبارتنـد از: ثبوت نسب میراث بردن ازمورث، استحقاق دریافت حصه معـین از موصـی‌بـه و در یافـت حـصه معین از منافع موقوفه.[9]

ب) دوران طفولیت و عدم تمییز

این دوران با تولد طفل آغاز می‌گردد و تا زمان اکمال سن هفت سالگی ادامه می‌یابد. در ایـن مرحله برای صغییر غیرممیز «اهلیت وجوب کامل ثابت می‌شود و مـستحق حقـوق مـی‌شـود و همچنین به تکالیفی که از سوی ولی او بـه نیابـت از او انجـام مـی‌گیـرد التـزام خواهـد داشـت. بنابراین در معاوضات مالی عوض برعهـده او واقـع شده و بایـد آن را بپـــردازد. امـــا اهلـــیت ادا ندارد و بر سخنان او اثری مترتب نیست. و عقدی که می‌بندد باطل است. و حتـا در تبرعـات محض که در حـق او مـی‌شـود، ولـی‌اش بایـد ازجانـب و بـه نیابـت از او بپـذیرد یـا اگـر وصـی داشته‌باشد، او این کار را انجام می‌دهد.»[10]

قانون مدنی در ماده ۴۰ در مورد طفل غیر ممیز حکـم ذیـل را پـیش‌بینـی نمـــوده‌اســـت: «شخصی که از نگاه صغر سن، معتوه بـودن یـا جنـون، غیـر ممیـز باشـد، نمـی‌توانـد معـاملات حـقوقی را انجام دهد. شخصی که بـه سـن هفـت سـالگی نرسـیده‌باشـد، غیـر ممیـز محـسوب می‌گردد.»

ج) دوران تمییز

دوران تمییز از سن هفت سالگی آغاز و تازمان بلوغ عقلی (سن رشـد) کـه مطـابق بـه قـانون مدنی افغانستان هژده سال کامل را احتوا می‌نماید، ادامه می‌یابد.

اطفال بین سن هفت و هژده سال تمام، به نام اطفال ممیز یاد می‌شوند. اطفـال ممیـز دارای قوه تمییز و تشخیص‌اند و مـی‌تواننـد خـوب و بـد نفـع و ضـرر را از همـدیگر تمییـز و تفکیـک نمایند.

مجله الاحکام العدلیه به ارتباط تصرفات صغییر ممیـز طـی مـاده ۹۶۷ مـتن ذیـل را تـسجیل نموده است: «تصرف صغییر ممیز در اموری که به وی مفاد محض باشد، مانند پـذیرفتن هدیـه، بخشش و غیره اعتبار دارد، اگر چه ولی‌اش به آن اجازه نداده باشد. اما آن تصرفی که بـرای وی زیان‌آور باشد مانند اعطای بخشش و یا اهدا کردن، نفاذ نمی‌یابد.

عقودی که میان نفع و ضرر دایر است، در صورتی منعقد می‌گردد که ولی به آن اجـازه دهـد زیرا صلاحیت ایـن کـار بـا وی مـی‌باشـد. از ایـن رو اگـر آن تـصرف را بـه حـال صـغیر تحـت سرپرستی خویش مفید دید، اجازه دهد، ورنه اجازه ندهد.

---

9 - دانشنامه حقوق خصوصی: جلد اول، ص (۴۹۸)، قانون مدنی افغانستان: ج اول، باب تمهیدی، ماده (۳۶) وحقوق اشخاص حقیقی، حکمی ومحجورین: تالیف نظام الدین عبدالله، انتشارات سعید ۱۳۸۷، ص ص (۲۰۲ و۲۰۸ باستناد: الفقه الاسلامی وا دلته، ج۴، ص ص (۲۹۶۳،۲۹۶۲ و۲۹۶۶).

10 -دانشنامه حقوق خصوصی: ج اول، ص (۴۹۸).

به طور مثال: اگر طفل ممیز چیزی را بدون اجازه ولی خویش فروخت نفاذ آن به اجازه ولی موقوف است اگر چه آن را به بیشتر از قیمت آن فروخته باشد زیرا خرید و فروش بین نفع و ضرر دایر می‌باشد.»[11]

د) دوران بلوغ

این دوره از زمان بلوغ تا وقت رشد را در بر می‌گیرد.

فقهای کرام در این باره اتفاق نظردارند که: «وقتی شخصی به سن بلوغ رسید مکلف به تمامی تکالیف شرعی می‌باشد. و این موضوع به آیات قرآنی و احادیث نبوی ثابت» است.[12]

هـ) دورا ن رشد

دوران رشد با اکمال سن هژده سالگی آغاز می‌گردد و تما م دوره حیات انسان را در بر می‌گیرد. انسان در این مرحله دارای اهلیت کامل می‌باشد.

قانون مدنی افغانستان در ماده ۳۹ سن رشد را چنین تعریف نموده‌است: «سن رشد هژده سال مکمل شمسی می‌باشد. شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته می‌شود.»[13]

اینکه اشخاص با اکمال کدام سن دارای اهلیت (ادا) یا (اهلیت حقوقی) دانسته می‌شوند و از حقوق و وجایب آن برخوردار می‌گردند، به موجب قوانین کشورهای مختلف از هم فرق می‌نماید. زیرا «بعض ممالک سن اهلیت حقوقی را ۱۵ و برخی ۱۸ و در بعضی سن ۲۰ و حتا بالاتر از آن را قبول کرده‌اند.»

اصولنامه تجارت افغانستان در ماده دوم خود اهلیت تجارتی را سن ۱۸ سال تعیین کرده و قبل ازسن ۱۸ را فاقد اهلیت تجارتی می‌داند.

همچنان اصولنامه محاکمات تجارتی افغانستان در فصل چهارم تحت عنوان اهلیت در ماده ۲۳ خود چنین تذکر داده‌است: اشخاص عاقل، بالغ و غیر محجور، اهلیت اقامه دعوا را حایز و مدعی‌علیه واقع شده می‌توانند[14].

این موضوع در قانون اصول محاکمات مدنی نیز به نظر می‌خورد چنانکه در ماده ششم همین قانون احکام ذیل وجود دارد: «طرفین دعوا مطابق احکام قانون دارای اهلیت قانونی باشند در صورت نقصان یا فقدان اهلیت قانونی و غیابت احکام ولایت و وصایت و قیمومیت قابل تطبیق است.»

11 محمد عثمان«ژوبل»، مجموعه قواعد ومسایل فقهی مجلةالاحکام العدلیه، جلد سوم. (کابل: انتشارات ستره محکمه، طبع مطبعه بهیر، ۱۳۸۱ ش)، ص (۱۹۶).

12 دانشنامه حقوق خصوصی، هما ن منبع، همان صفحه.

13 -رشید: به کسی گفته می‌شودکه رشد او به یکی از راه های شرعی وقانونی ثابت شده‌باشد. (دانشنامه ح خ: جلد دوم،ص ۱۰۲۷).

14 -عبدالستار راقی.«اهلیت حقوقی»، مجله قضا ء (کابل: انتشارات ستره محکمه شماره دهم، مطبعه معارف، ۱۳۵۰)، ص (۵۶).

یکی از اجزای اهلیت که به صحت اعمال شخص ارتباط می‌گیرد بلوغ است. از نظر حقوقی بلوغ به سنی اطلاق می‌شود که انسان در آن از لحاظ قوای جسمی و دماغی کامل گردد، از سر پرستی دیگران بی نیاز باشد و امور خویش را به طور مستقل اجرا کرده‌بتواند. این موضوع در شریعت و قانون به اصطلاحات «سن رشد»، «کبارت»، «سن قانونی» و «بلوغ» یاد شده‌است.

طوری که تصریح شد بلوغ یکی از اجزای عمده اهلیت می‌باشد که بدون آن شخص را نمی‌توان حایز تصرفات حقوقی پنداشت زیرا «شخصی که از حیث صغارت سن و عدم تمییز از تصرف ممنوع گفته شود عقود و تصرفات وی باطل است و منعقد نمی‌گردد خواه نافع باشد یا مضر.»[15]

این موضوع نتنها در قوانین وضعی بلکه در حقوق سایر کشورها نیز پذیرفته شده، منشا و منبع فقهی نیز دارد.

برخی از محققین بلوغ را مرحله متکامل سن رشد می‌گویند که سن رشد را ختم ولایت مال و سن بلوغ را ختم ولایت نفس می‌دانند که با مراجعه به آثار فقهی بر هر یک توضیح مختصری خواهیم داشت:

الف) سن بلوغ

بلوغ (به ضم با و لام) از نظر لغت به معنای رسیدن، وصول و رسیدگی است و «ابلاغ هم ازهمین ریشه و به معنای رساندن است. کسی که به مرحله بلوغ رسیده بالغ نامیده می‌شود. بالغ کسی است که دوره صغر (کودکی) را پشت سر گذاشته وقوای جسمی وغریزه جنسی او نموی کافی یافته و آماده توالد و تناسل است.»[16]

از نظر فقه و حقوق، بلوغ به معنای «رسیدن به سن پایان صغارت و پای نهادن درسن تکلیف» است.

به اساس شریعت و مستند به قوانین و ضعی بلوغ عبارت از رسیدن طفل است به حال احتلام (درمرد) و حیض یا حمل (در مورد زنان).

علامات بلوغ ذکور عبارت است از:

۱- روییدن موی عانه،

۲- روییدن موی صورت،

۳- احتلام،

۴- گذشتن پانزده سال قمری از تاریخ تولد.

علامات بلوغ اناث عبارت از:

۱- حیض،

15 - مولانا استاد عبدالکریم حقانی. رهنما ی معاملات. انتشارات ستره محکمه،(کابل: مطبعغه دولتی، ۱۳۴۸)، ص ۱۲ ماده دوصدوبیست ویکم.

16 - دکتر سیدحسین صفایی ودکتر سیدمرتضی قاسم زاده. حقوق مدنی اشخاص ومحجورین.(تهران: انتشارات سازمان مطالعه وتدوین کتب علوم انسا نی دا نشگاه ها (سمت)،چاپ هشت م، ۱۳۸۲)، ص (۲۰۷).

۲- حمل، و

۳- گذشتن نه سال قمری از تاریخ تولد.

بلوغ درخنثا مشکل موقعی متحقق می‌شود که از عهده تشخیص سود و زیان خود براید تشخیص حسن و قبح ملاک بلوغ نیست.»[۱۷]

یکی از علامات مهم شرعی و قانونی بلوغ: «رسیدن به سن معینی است که می‌توان آن را اماره بلوغ دانست. در واقع شارع اسلام با رسیدن صغیر به سن معین و بر اساس غلبه فرض می‌کند که در آن سن، قوای جسمی و طبیعی صغیر به اندازه کافی تکامل یافته‌است و از این رو او را بالغ به شمار می‌آورد و احکام بالغ را بر چنین شخص بار می‌نماید. این نشانه از لحاظ سهولت اثبات برنشانه‌های طبعی برتری دارد، اما در سن بلوغ بین فقها اختلاف نظر دیده می‌شود.»[۱۸]

در صورتی که علایم بلوغ طبیعی در شخص ظاهر نشود: «یاران بلوغ را برای بچه و دختر پانزده سال» گفته‌اند ایشان در این زمینه استدلال کرده‌اند که «چون قتال بر اطفال لازم نیست لهذا حضرت پیغمبر(ص) برای این عمر در سن چهارده سالگی اجازه رفتن را نداد. اما وقتی که به سن پانزده رسید او را اجازه داد، لهذا معلوم می‌شود که سن پانزده سن رجولت است.

علاوه بر آن اطفال به صورت عموم درسن پانزده از لحاظ جسمی بالغ می‌شوند مگر این که عوامل دیگری از قبیل مریضی و غیره این بلوغ طبیعی را به تعویق اندازد.»[۱۹]

امام ابوحنیفه به اساس این آیه کریمه «ولا تقربوامال التیم الابالتی هی احسن یبلغ اشده».[۲۰] و نزدیک نشوید به مال یتیم مگر به خصلتی که نیکوست تا آن که به جوانی نرسد. استدلال نموده‌است که رسیدن طفل به قوت جسمانی در سن هژده می‌باشد بلوغ جسمی نیز مقارن با قوت جسمی است که دختر نسبت به بچه زودتر بالغ می‌شود بنابرآن بین بلوغ هر دو جنس حداقل یک سال تفاوت موجود شده می‌تواند.[۲۱]

بنابران در افغانستان تا قبل از تصویب و نفاذ قانون مدنی حد نهایی سن رشد طبق رای یاران امام ابوحنیفه(رض) اکمال سن پانزده سال دانسته شده‌بود، اما قانون مدنی طی ماده ۷۰ سن ازدواج را برای ذکور تکمیل سن ۱۸ و برای اناث تکمیل سن ۱۶ را مقرر داشت.

مجله الاحکام العدلیه طی مواد ۹۸۵ تا ۹۸۹ مسایل مربوط سن بلوغ را چنین تسجیل نموده‌است:

ماده ۹۸۵:

17 -ترمینولوژی حقوق. اثر قبل الذکر،«بلوغ »، ص (۱۱۳) اصطلاح شماره (۸۸۶) ودانشنامه حقوق خصوصی جلداول، ص (۵۶۰).

18 -حقوق مدنی اشخاص ومحجورین، اثرقبل الذکر، ص (۲۰۸).

19 -حقوق فامیل ازنگاه فقه اسلامی وقانون مدنی افغا نستان. اثر قبل الذکر، ص (۲۵۱).

20 -قرآن مجید، جزء هشتم، سوره انعام، آیه‌های یکصدوپنجاه وسوم.

21 -حقوق فامیل ازنگاه فقه اسلامی وقانون مدنی افغا نستان، اثر قبلی، ص (۴۵۱).

رسیدن به حد بلوغ به احتلام شدن، باردار شدن و حایض گردیدن اثبات می‌شود.

ماده ۹۸۶:

آغاز سن بلوغ در مرد ۱۲ سالگی است و در زن ۹ سالگی و انتهای آن در هر دو جنس ۱۵ سالکی است. اگر بچه به سن ۱۲ سالکی و دختر به سن ۹ سالکی رسید و هنوز بالغ نشد، او را مراهق می‌گویند.

ماده ۹۸۷:

کسی که به انتهای سن بلوغ برسد و آثار بلوغ وی آشکار نگردد در حکم بالغ است.

ماده ۹۸۸:

طفل خورد سالی که به سن آغاز بلوغ نرسیده باشد اگر ادعای بلوغ کند از وی پذیرفته نمی‌شود.

ماده ۹۸۹:

اگر دختر یا پسر مراهق به حضور قاضی به بلوغ خود اقرار کرد در صورتی که جثه اقرار کننده احتمال بلوغ را نداشت و ظاهرالحالش وی را تکذیب می‌کرد، تصدیق داده نشود ولی در صورتی که او احتمال بلوغ را داشت و ظاهرالحالش قول وی را تکذیب نمی‌کرد، تصدیق داده‌شود و به این صورت عقود وی نافذ و تقریرهای او معتبر پنداشته می‌شود و اگر بعداً برای فسخ عقود و تصرفات قولی خود گفت: من در وقتی که ادعای بلوغ کرده بودم بالغ نبودم به این گفته وی اعتبار داده نمی‌شود.[۲۲]

در کتاب درالمختار به استناد خزانه چنین آمده‌است: «کسی بر بلوغ اقرار داد قبل از رسیدن به سن دوازده سالکی به صورت قطعی اقرارش صحیح نیست ولی بعد از آن صحیح است.»[۲۳]

در کتاب شر نبلالیه گفته شده‌است: «همین که مراهق بگوید که بالغ شدم بدون آن که سوگند داده شود پذیرفته می‌شود.»[۲۴]

اتاسی ضمن شرح ماده ۹۸۹ می‌گوید: «در کتاب شرح مسکین بر کنز علاوه بر رسیدن برسن دوازده تذکر داده‌است که باید وی به حالی نباشد که همانندی‌های او احتلام نشوند. در پاورقی آن علامه ابو سعود به نقل قول از صمدی به استناد شرح (در) گفته‌است: برای پذیرفته شدن قول بچه و دختر شرط است که ایشان کفایت مراهق بودن خود را حینی که مورد سوال واقع می‌شوند بیان کنند.

در کتاب درالمختار به نقل قول ازمنح به استناد خانیه چنین گفته شده‌است: بچه‌ای به بلوغ خویش اقرار کرد وصی که از طرف متوفا تعیین شده به قسمت نمودن مال وی پرداخت، ابن الفصل می‌گوید: «اگر آن طور مراهق بود که همانندی‌هایش احتلام می‌شدند، گفته‌اش پذیرفته

22 -محمد صدیق راشدسلجوقی. «شرح أتاسی مجلة الاحکام، قسمت حجر، اکراه وشفع »، تألیف محمدخالد أتاسی، (کابل: ترجمه غیرمطبوع ریفرنس کتابخا نه قضاء)، صفحات (۵۳ تا۵۶) موا د(۹۸۵ تا۹۸۹).

23 -منبع قبل الذکر، ص (۵۶).

24 -هما ن منبع، صفحه (۵۷).

شود و بر تقسیم وی نیز صحه گذارده شود ولی اگر آن طـور مراهـق بـود کـه همانـنـدی‌هـایش احتلام نمی‌شدند نه گفته وی معتبر است و نه هم تقسیم صحیح است زیـرا ظـاهر حـالش او را تکذیب می‌کند. از این فهمیده می‌شود که بچه ۱۲ ساله هم اگر به حالتی نبود که هماننـدهـای او (از لحاظ جسامت و جثه) احتلام شوند اقرارش در مورد بلوغ پذیرفته نمی‌شود.»[۲۵]

ب) سن رشد

رشد در لغت: (به ضم راء و سکون شین)، مصدر (رشده) به معنای «اسـتقامت، استوارشـدن، راهیابی، به راه شدن، راه یافتن، راه راست یافتن و هدایت شدن» است.

در مباحث فقهی رشد عبارت است از «بلوغ قرین حـسن تـصرف» و «مرجـع تـشخیص رشـد عرف است».

فقهای حنفی، مالکی و حنبلی رشد را به: «خبره‌گی در اداره و بهره‌منـدی و حفـظ و اصـلاح مال حسن تصرف در آن را بیشتر میان نفع و ضرر می‌دانند، به نحوی که بدون در نظـر گـرفتن مصالح خویش آن را مصرف نکنند و به اسراف و تبذیر نپردازد.»[۲۶]

از نظر حقوقی رشد عبارت از: «کیفیت نفسانی است که دارنده آن می‌توانـد نفـع و ضـرر (در رشد مدنی) یا حسن و قبح (در رشد جزایی) را تـشخیص دهـد، چنـین کـسی را رشـید گوینـد. فاقد این وصف را اگر چه به حد جنون نرسد و صـغیر نباشـد سـفیه خوانـده و وصـف او را سـفه گویند.»[۲۷]

در جای دیگر رشید چنین تعریف شده است: «کسی کـه دارای وصـف رشـد اسـت در مقابـل غیر رشید یا سفیه استعمال می‌شود. هر رشید عاقل اسـت ولـی هـر عـاقلی رشـید نیـست زیـرا عاقل ممکن است از نظر مدنی سفیه باشد.»[۲۸]

برای خروج صغیر از حجر، «رسیدن به سن بلوغ کافی نیست بلکه رشد نیز شرط اسـت» زیـرا «مقصود از رشد این است که شـخص توانـایی اداره امـوالش را» بـه طریقـی کـه عقـل تعیـین می‌کند داشته‌باشد»[۲۹]

ابن عباس(رض) رشد را به «صلاح عقل و حفظ مال» تعبیر نموده‌است.

رسیدن به سن رشد «نظر به اشخاص و محیط فرق می‌کنـد» از ایـن لحـاظ در تعیـین سـن، علما اختلاف نظر دارند، بعض سن رشد را نزده سال، عده‌ای بیست و یک سـال و گروهـی آن را بیست و پنج سال دانسته‌اند ولی به صورت عموم فقها تقدیر سن رشد را به قاضی می‌سپارند.

اساس تعیین سن رشد را این آیت قرآن مجیـد تـشکیل مـی‌دهـد کـه فرمـوده‌اسـت: «وابتلـو الیتامی حتا اذابلغو النکاح فان انستم منهم رشداً فادفعواء الیهم اموالهم» یعنی بیازماییـد یتیمـان

25 -همان منبع، ص (۵۸).

26 -دانشنامه حقوق خصوصی: جلددوم، ص (۱۰۲۴) و(۱۰۲۵).

27 - ترمینولوژی حقوق، اثر قبل الذکر، ص (۳۳۴)، اصطلاح شماره)(۲۶۷۷).

28 -همان منبع،«رشید»، ص (۳۳۵)، اصطلاح شماره (۲۶۸۱).

29 -حقوق مدنی اشخاص ومحجورین، اثر قبل الذکر، ص (۲۱۳).

را وقتی که به سن بلوغ نکاح برسند از نگاه جنسی بالغ شوند در صورتی که در اعمال آنها احساس رشد را نمایید اموال شان را برای شان بدهید. [30]

در صورتی که در شخص احساس رشد شود مالش برایش تسلیم داده می‌شود. دادن مال نظر به آیت فوق مشروط به دو شرط است: بلوغ طبیعی و بلوغ به مرحله سن رشد. ولایت برمال صغیر از طرف پدروسایر اولیا بعد از بلوغ طفل و رسیدن به سن رشد خاتمه می‌یابد. [31]

منابع و ماخذ

۱. انصاری، مسعود وطاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی (دوره سه جلدی)، تهران: چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴ ش.

۲. حقانی مولانا استاد عبدالکریم، رهنمای معاملات، کابل: انتشارات ستره محکمه، مطبعه دولتی، ۱۳۴۸ش.

۳. دانش، دوکتور حفیظ الله، «اهلیت حقوقی»، مجله قضاء، کابل: انتشارات ستره محکمه، مطبعه دولتی، شماره ششم، ۱۳۶۵ش.

۴. دریز،پوهاند غلام محی الدین، «حقوق فامیل از نگاه فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان». کابل: اثر غیر مطبوع، ریفرنس کتابخانه پوهنتون کابل، ۱۳۵۰ش.

۵. راشد سلجوقی، محمدصدیق، شرح مجلة الاحکام، قسمت حجر، اکرا و شفع، تالیف محمد خالد اتاسی، (ترجمه غیر مطبوع ریفرنس کتابخانه قضاء)، ۱۳۶۰ش.

۶. راقی، عبدالستار، اهلیت حقوقی، مجله قضا، کابل: انتشارات ستره محکمه، مطبعه معارف شماره دهم ۱۳۵۰ش.

۷. صفایی، دوکتور سیدحسین و قاسم زاده، دکتر سیدمرتضی، حقوق مدنی اشخاص ومحجورین، تهران: انتشارات سازمان مطالعه وتدوین کتب علوم انسانی دا نشگاهها (سمت) طبع هشتم، ۱۳۸۲ش.

۸. عبدالله، نظام الدین، حقوق اشخاص حقیقی وحکمی ومحجورین، کابل: انتشارات سعید، طبع اول،۱۳۸۷ش.

۹. فضلی، فضل من الله، مکلفیت و اهلیت، مجله قضا، کابل مطبعه دولتی شماره هفتم و هشتم ۱۳۵۳ش.

۱۰. قرآن مجید:

الف جز چهارم سوره نسا آیه ششم.

ب- جزء هشتم سورهٔ انعام آیهٔ یکصدو پنجاو سوم.

۱۱. لنگرودی دوکتور محمد جعفر جعفری ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات کتابخانه ابن سینا، چاپ خانه خواجه، ۱۳۵۶.

۱۲. سایر منابعی که در متن به آن اشاره شده‌است.

30 -قرآن مجید، سوره ء نساء، آیت ششم.

31 -پوهاند غلام محی الدین دریز «حقوق فامیل ازنگاه فقه اسلامی وقا نون مدنی افغا نستان» (کابل: اثر غیرمطبوع، ریفرینس کتابخا نه پوهتون کابل، حمل ۱۳۵۰)، ص (۲۵۰).

د اسلامی فقهی قانونی مرجعیت

عبدالباری غیرت

هغه دری نعمتونه چه د الله له لوری د خدای رسول ته ورکړ شوی په لاندی ډول دی:

۱ – ایوا ءله یتیم والی څخه وروسته: کله چه پیغمبر یتیم شو نو دده کفالت ابوطالب په غاړه واخست:

په قرآن کریم کې راغلی دی ژباړه: (آیا ته یی یتیم ونه موندلی او بیایی ځای درنه کړ. بلکې دربی کړ.)

نو ددی په بدل کې او د شکرانی په توګه یی ورته وویل (نو یتیم ته قهر مه کوه)

۲ – له فقر څخه وروسته غنا: دا چه د خدای رسول فقیر ؤ او بیا غنی شو په دغه آیت کې راغلی دی: (ته یی فقیرو موندلی او بیا یی غنی وګرځولی.) ددی نعمت په مقابل کې یی د شکرانی ادا کولو په توګه داسی ورته وفرمایل: (او سوال کوونکی مه رټه).

۳ – په شرعی احکامو پوهیدنه: الله تعالی فرمایی: (او ته یې بی خبرو موندلی او لارښوونه یی ورته وکړه) یعنی شرعی احکام یی ورته وښودل، په داسی حال کې چې د مخه پری خبر نه وی. په قرآن کریم کې له ضال څخه هدف بې خبره ده.

او له هدایت څخه د شرعی احکامو ښودل دی– ددی پیغمبری ده او د الله په نزد ددی تقرب او نژدیوالی نو ددی لوی نعمت د شکرانی ادا کولو د پاره الله تعالی وفرمایل: (او د الله په نعمت باندی شکر وباسه او بیان یی کړه.)

له نعمت څخه مقصد د شرعی احکامو ښودل او دده په پیغمبری بعثت دی چه شکرانه یی دا ده چه خلکوته دا احکام ورسره او ته د قرآن په اخلاقو او اوسیږه او د احکامو رسول په اقوال– افعالو او تقریرونو سره کیږی.

لنډه دا چه پایله دا شوه چه الله تعالی وفرمایل: (ای پیغمبره ته یتیم هستوګنه می درکړه فقیروی مالدار می کړی له الهی احکامو بی خبره وی پوه می کړی. نو دا دری نعمتونه مه هیروه او د الله د حکم پیروی وکړه او دری نعمتونو شکرانه ادا کړه، د یتیمانو سره زړه سوی او مهربانی وکړه. سوال کوونکی له خپلی درګاه مه رټه او دا چه ته له شریعت بی خبروی او مادرته ښود نه وکړه دا شریعت خلکوته ورسوه. نو ښکاره شوه چه د پیغمبر اقوالو – افعالو او تقریرونو ته حدیث او سنت ویل کیږی چه دا د الله (کلام او معجز کتاب قرآن کریم شرحه کوونکی دی. د شیخ الا سلام محمد تقی عثمانی په خپل معروف اثر کې (د ترمذی درسی) د حدیث د نومولو او تسمیې په باب داسی ویلی دی. (سمه او پاکه خبره دا ده چه د پیغمبر اقوالو– افعالو ته حدیث ویل دا په خاص باندې د عام استعاره ده او ددی استعاری ماخذ او منبع په خپله د پیغمبر ځینی لارښوونی دی چه ده مبارک خپلو اقوالو ا و افعالو ته حدیث ویلی دی او په دی توګه یی ښیو: (حدثوا عنی و لاحرج) له مانه حدیث بیان کړی او په دی کې کوم تکلیف نشته. همدارنګه حضرت علی(رض) څخه روایت دی چه رسول اکرم(ص) فرمایلی دی: (اللهم ارحم خلفائی. قلنا یا رسول الله و من خلفائک. قال الذین یروون احادیثی و یعلمو نها الناس) ژباړه: ای الله زما په خلفاوو رحم وکړه. مور ووپل چه: اي پیغمبره ستا خلفا څوک دی: ده مبارک وفرمایل: دا هغه کسان دی چه له ما وروسته به راځی، زما احادیث به روایت کوی او خلکوته به یی ښیئ. د حضرت ابن عباس(رض) څخه روایت دی چه پیغمبر وفرمایل: له ما څخه د حدیث په روایت کې احتیاط وکړی ترڅو په درغو کې واقع نه شی، نو څوک چه په ما پسې دروغ ووایی د هغه ځای دوزخ دی، په پورتنیو روایاتو څخه څرګندیږی چه د پیغمبر اقوالو او افعالو ته حدیث ویل څه نوی خبره نه ده بلکی په خپله د آن حضرت صلی الله علیه وسلم څخه ثابته ده. نو په دی باب ډیرو توجهاتو ته اړتیا نشته او ښایی په دی خبره باندی اکتفا اوبسنه وکړو. نو دغه ؤ د ابن عباس روایت چه د خدای له رسول څخه یی کړی دی.

همدا لس او مونږ په زیاترو اسلامی هیوادو کې وینو چې وګړی یی په ظاهر او باطنی رنځونو او ناآرامیو باندې آخته دی، همدا دلیل دی چه قرآن کریم د ا حزاب په سورت کې مسلمانان د خدای د پیغمبر اقتداته رابللی لکه چه فرمایی: (په رښتیا چه تاسوته په رسول الله کې عزه د اخلاق (د احزاب سورت ۲۱ آیت) ددی آیت د سیاق څخه څرګندیږی چه د رسول اکرم اعمال او افعال لکه د هغه د اقوال غوندی دی چه د اسلامی امت دپاره غوره نمونی دی چه د هغه له پیروی څخه پرته د الله د محبت دعوا سمه نه ده. الله تعالی به قرآن کریم کې فرمایلی دی: (که چیری تاسو الله دوست ګڼی نو زما متابعت وکړی، الله به تاسو دوست وګڼی.) دا یو عملی درس دی چه انسان ورته اړتیا لری او له دی لاری څخه انسان قوت او پیاوړتیا پیدا کوی. لنډه دا چه د قرآن کریم ښوونه او تفسیر ددی چا په غاړه ده چه هغه منلی شخصیت – جامع الکمالات او معصوم انسان ؤ چه تل به یی د الله تعالی سره اړیکي وی.

او داسی شخص ؤ چه د هغه تعلیم، تفسیر او توضیح دوحی په اساس وو. د هغه پر عملی د خلکو قرآن کریم صفتونو کې حق څوک نشی ادا کولای. هغه یو معجز او غوره کتاب دی خو دومره وایو چه د هغه موضوعات اجمالی او کلی بنه لری د هغه توضیح تفسیر او تشریح د هغه چار کار دی یو دینی عالم وی. د قرآن کریم مفسر حضرت رسول اکرم ؤ چه اجمالی او کلی آیتونه یی د حدیث په وسیله تفصیل او تشریح کړی دی. د مثال په توګه لمونځ یو داسی عبادت دی چه د الله تعالی له خوا له ایمان څخه وروسته دوهم فرض ګڼل کیږی الله تعالی په دی باب فرمایې کې د لمانځه وختونه او د رکعتونو شمیر دا نه دی څرګند شوی او هم دا چه لمونځ څنګه ادا کیږي. که څه هم په قرآن کریم کې رکوع– سجده او قیام راغلی دی خو کیفیت او څرنګوالی یی نه دی ښودل شوی، خو ددی ټولو تفصیل د خدای رسول په خپلو اقوالو و افعالو کې بیان کړی دی. او اصحابو کراموته یی دا ټول په عملی توګه ښودلي دي همدارنګه زکات چې د اسلام مهم رکن دی په اجمال سره دا ویل شوی چې د مال په خاصه برخه کې زکات واجب دی (هغه کسان چه د دوی په مالونو کې معلوم حق دی د سائل او محروم دپاره) دا چه خاصه برخه څومره ده. په کوم حساب او په سلوکی څومره ورکول کیږی په څومره مال کې واجب ده او په کوم وخت کې واجب ده.... دا ټول د قرآن په هیڅ ځای کې نه دی راغلی ددی تفصیل د رسول الله په احادیثو کې راغلې دی ده مبارک زکات نظام په خپلو اقوالو افعالو کې ښودلی دی او په دولتی او رسمی سطحه یی عملی کړی هم دی. همدا ډول ډیر شرعی احکام چه کلی اصول او احکام ښودل شوی خو تفصیل یی بیا د رسول الله په احادیثو څرګند شوی دی.

ددی په ځای چه الله تعالی په قرآن کې بیان کړی هغه رسول الله په احادیثو کې بیان کړی دی. همدارنګه په قرآن کې راغلی چه (مورِ تاته قرآن نازل کړ خو د هغه تفصیل خلکوته وښیئی) ددی څخه مطلب داشو چه قرآن کریم په اجمالی توګه راغلی او تفصیل یی په احادیثو کې بیان شوی دی چه دا دده د پیغمبری په ۲۳ کلونو کې بشپړ شوی دی چه دده مبارک اقوالو– افعالو او تقریروته حدیث ویل کیږی. له پورته څرګندونو څخه داسی ښکاری چه نبوی احادیث د اسلام په دین کې یو اساسی حیثیت لری چه له هغه پرته به نه په قرآن څوک پوه شي او نه به ئی به احکامو عمل وشی، آن تردی چې احادیث له تشریح پرته به نه څوک لمونځ ادا کړی او نه به زکات ورکړی نه به روژه ونیسی او نه به د حج فرایض، سنتونه او واجبات معلوم کړی شی. قرآن کریم داسی کتاب دی چه یوازی عقائد او نظریات یی بشر ته نه دی راوړی بلکی داسی یو دستوري منځ ته راوړی چې معتدل او بشپړ انسانی او ټولنیز دی که چیري مورِ احادیث له منځ وباسو قرآن کریم خو مجمل او کلی نازل شوی نو بیا د قرآن احکام عملی نه شی او دغه آسمانی دین چه بشر ته را استول شوی دی دا به د ځنډاوخنډ سره مخامخ شی.

احادیث په اسلامی ټولنه کې بنیادی ارزښت لری او د قرآن سره نیغ په نیغه اړیکه لری. همدا دلیل ؤ چه محدیثنو د احادیثو په کره کولو او غونډولو کې زیات کوښښ کړی دی. او نسل په نسل یی اسلامی ټولنې ته رسولی دی. دوی چه هر ځای ته د قرآن احکام رسولی نو ورسره جوخت یی احادیث هم مطرح کیږی. نو په دی اساس سره په زغرده ویلی شو چه احادیث د مسلمانانو یوه علمی

او اجتماعی ستړه ده لکه چه حدیث د اسلامی اصولو څخه په دوه یمه درجه کې راځی چه لومړی قرآن او دوه یمه درجه احادیث دی. قرآن کریم کلی احکام بنیی او سنت تفصیل احکام بنیئی چه له سنت پرته د قرآن عملی کول مشکل دی. که له یوی خوا د حدیث او سنت په نه موجودیت کې په قرآن باندې عمل ناشونی دی. دا هم بنائي یا دولرو چه که چیری یو مسلمان د حدیث او سنت څخه خپله اړیکه وشکوی نو دغه انسان به له اسلامی عاداتو، اخلاقو او د رسالت عصر له برکاتو څخه محروم پاتی شی، ځکه همدا د حدیث برکت دی چه د رسول اکرم(ص) د وخت حالات په هماغه بنه او شکل را ته ترسیموی او مورِ له دی خیر او برکت څخه نه بی برخی کوی. علامه ندوی وایی: اسلامی ټولنه د خپل تاریخ په دورونو کې له هماغه علمی– فرهنگی، ایمانی اخلاقي او روحانی میراث څخه گټه اخلی کوم چه د رسالت د عصر صحابه ؤ واخسته او دغه میراث یوازی په عقیده او احکامو کې نه دی بلکی په اخلاقو معاشری او مزاجونو کې هم شته دی چه له یوه نسل څخه بل نسل ته انتقال کوی چه دا سلسله او لړی به تل جاری وی. ځکه په هر عصر کې داسی کسان شته چه د حضرت رسول اکرم(ص) او همدارنگه صحابه ؤ عادات او اخلاق راتلونکو نسلونو ته وښیی. ددوی عبادت – تقوا– شخصیت– صبر– استقامت– عزم– همت د آخرت غم د دنیایی میلی په نفس واکمن امر باالمعروف نهی عن المنکر او نور بنیګنی په خپلو ځانو کې پیدا کړی څو نورو نسلونو ته دوی خپل مسؤلیت ادا کړی وی. دا چه وایو د حضرت رسول اکرم(ص) دوینا، تقریرونو او عملونو پیروی دی وشی او دا پیروی د سنت په عملی کولو سره راځی. لکه چه الله تعالی فرمایي (او هغه چې د الله پیغمبر درکړل هغه واخلی او له هغه څه نه چه هغه منعه کړی نو تاسی منعه شی او له الله څخه وویریږی، بی شکه چه الله سخت سزا ورکوونکی دی) د حشر سورت ۷ آیت بل ځای فرمایي: (ستا په الله سوګند چه دوی مسلمان نه دی څو چه تا حکم وګرځوی په هغه څه کې چه دوی اختلاف لری بیا به ستا په حکم یې دوی تکلیف و نه وینی او په اطاعت سره به یې ومنی) د نسا، سورت ٦٥ آیت. له دی پرته ډیر داسی نصوصو او آیتونه راغلی چه د پیغمبر حکم د الله حکم دی او له قانون څخه جګ او واجب الا طاعت دی چه مومنان بنایي د هغه په رنا کې د حق لوری و مومی. هغه فیصله چه الله او دهغه پیغمبر کړی په هغه کې د مسلمانانو هیڅ تشبث او لاسوهنه نه ده په کار ځکه چه دا کار بیا د ایمان څخه منافی ګڼل کیږی. په بل ځای کې داسی راغلی دی: (او دغه منافقان وایي په الله او د هغه په پیغمبر موایمان راوړی او اطاعت موکړی او له هغه وروسته ددوی یوه ډله ګرځی او دوی مومنان نه دی. او کله چه دوی وغوښتل شی الله او د هغه پیغمبر ته څو د دوی په منځ کې فیصله وکړی نا ځاپه د دوی یوه ډله مخ اړوی) آل عمران ۲۳ آیت ؤ بل ځای کې راغلی دی: (خبره داده خو د مومنانو قول به همداوی کله چه الله او رسول ته وغوښتل شی څو د دوی تر منځ حکم وکړی چه وا مو وریدل او اطاعت موکړ او دغه ډله کامیابه ده)

د نور سورت ۵۱ آیت. په بل ځای کې داسی دی: (ای مومنانو په هیڅ کار کې له الله او رسول څخه مه وړاندی کیږی. له الله څخه و ویریږی ځکه چه الله ستاسو په وینا وو بنهٔ اوریدونکی او بنه عالم دی.) د حجرت سورت ۱ آیت.

په بل ځای کې داسی راغلی دی: (ووایه د الله او رسول اطاعت وکړی او که له هغه مخ وګرځوی نو الله کافران دوست نه ګڼی) آل عمران ۳۲ آیت.

په بل ځای کې وایي: (مونږ ته د خلکو د ښوونی دپاره استولی یاست او په دی باب ستاد الله شاهدی غوره ده، څوک چې د پیغمبر اطاعت وکړی نو د الله اطاعت یی کړی اوڅوک چه د پیغمبر نا فرماني وکړی د الله نافرماني یی کړی ده.) د نساء سورت ۷۹-۸۰ آیتونه. بل ځای داسی دی، (ای مومنانو د الله او دهغه د پیغمبر او تاسو د آمر اطاعت وکړی که چیری موپه څه کې اختلاف پیدا شو الله او دهغه رسول ته یی حواله کړی که چیری په الله او د آخرت په ورځ ایمان لری دا کار تاسوته غوره او نیک دی.) شورا-۱۰ آیت بل ځای فرمایي: دالله او دهغه د پیغمبر اطاعت وکړی او وویریږي، که له هغه څه مخ واړوی نو زمونږ په رسول باندی هیڅ تکلیف نشته یوازی تبلیغ دی. د مائدی سورت ۹۲ آیت.

په بل ځای کې داسی دی: (ای مومنانو تاسو د الله پیغمبر ته آواز کول داسی مه بولی لکه په خپلو منځوکې غږ کول، څوک چه دده حکمه سرغړونه وکړی یوبل ته پناه یوسی او مخ پټوی الله پری پوه دی هغه څوک چې دده د امر څخه مخالفت کوی په فتنه او یا دردناک عذاب به آخته شی.) بل ځای فرمایي. (کله چه الله او دهغه پیغمبر تاسو ایمان ته وغواړی چې په دی کې ستاسو ژونددی نو دا ومنی او پوه شی چه الله د بنده او دهغه دزړه ترمنځ حائل دی او ټول به هغه ته ورغونديږی.) دانفال سورت ۲۴ آیت.

په بل ځای کې داسی دی: (څوک چه دالله او دهغه د پیغمبر فرمان یوسی هغوی به داسی جنتونو ته داخل کړی چه ویالی به تری لاندی بهیږی او تل به پکې وی او دالویه کامیابی ده او هر څوک چه د الله او دهغه پیغمبر نافرمانی وکړی او د احکامو له حدودو څخه یی ووزی په اور کې به یی واچوی او تل په پکې وی او ده لره رسوا کوونکی عذاب دی په بل ځای کې راغلی (آیا ته هغه نه وینی چه ګومان کوی ستا په کتاب او له تانه مخکی په کتاب یې ایمان راوړی. دوی غواړی چه په طاغوت فیصله وکړی او دوی مامورشوی چه پری کافرشی او شیطان غواړی چه دوی په لیری ګمراهی کې واچوی او کله چه دوی ته وویل شی راشی هغه څه ته چه د الله په پیغمبر نازل شوی ته به منافقان وینی چه زیاته منعه راوړی د نسا صورت ۴- آیت په بل ځای کې داسی دی: تاسو لره د پیغمبر په پیروی کې ښیګڼه ده که څوک د الله او د آخرت ورځی سو کالی غواړی د الله ډیر یادوی) بل ځای فرمایي: (سوګند په هغه ستوری کله چه ولویږی ستاسو ملګری نه دی ګمراه شوی او نه په باطل کې دی او نه له هوس څخه غږیږی داهغه وحی ده چه ورته کیږی.

تفریق از نظر شریعت اسلامی و قوانین افغانستان

لطیفه احمدزی

مقدمه

خانواده همیشه در تشکیل جامعه بشری تلاش متداوم نموده و در زندگی بشری نقش تاثیرگذاری داشته‌است. دانشمندان علوم اجتماعی با استفاده از خرد و آگاهی ساختار خانواده را بررسی و سلامت این نظام را پیوسته به گسترش و انکشاف مسایل حقوقی، اجتماعی و سیاسی تشخیص داده‌اند.

اساس تشکیل خانواده ازدواج بوده و ازدواج در دین مقدس اسلام و تامین حقوق خانواده از اهمیت خاص برخودار است. فقه اسلامی معیارهای تقوا و اخلاق را در زندگی فامیلی با دقت تمام تنظیم نموده و جوانب مختلف آن را مورد تشریح قرار داده‌است.

دین مقدس اسلام که دساتیر و احکام آن جامع بوده و احاطه به همه مسایل دارد، مساله انحلال ازدواج را نیز در کنار عقد نکاح بررسی نموده و رهنمودهای مهمی را در این مورد پیش‌بینی کرده و همچنان شرایط و ایجابات خاص را در این جهت مقرر کرده‌است.

ولی با این هم مناسبات اجتماعی گاه گاهی با چالش‌ها ومشکلات مواجه می‌گردد که در اثر آن حیات فامیلی دچار بحران می‌شود.

درصوتی‌که مرد حاضر به جدایی گردد طلاق از صلاحیت آن بوده و اگر مرد حاضر به طلاق نگردد به اساس تقاضای زن بعد از حکم محاکم ثلاثه مبنی بر تفریق، طلاق تحقق می‌یابد.

قبلاً گفته شد که خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می‌دهد، در اینجا موضوع ازدواج مورد بحث قرار می‌گیرد:

مطابق قواعد فقه اسلامی پاره‌ای از حقوق و وجایب در خانواده‌ها وجود دارد که مرد در مقابل زن و زن در مقابل شوهر بایست آنها را رعایت کند.

طبق شریعت اسلامی وقتی که یک شخص آرزوی ازدواج را داشته‌باشد باید توانایی مالی داشته از نگاهی نفقه، مسکن، تربیه اولاد و غیره مشکل نداشته و از عهده‌اش برآید. همان طوری که شوهر مکلفیت‌های در زمینه تامین نفقه و تربیه اولاد و مصارف دیگر دارد، زن هم در و مسوولیت فامیلی نقش عمده و انسانی را به عهده دارد.

انواع تفریق

تفریق در قانون مدنی افغانستان دارای انواع مختلف می‌باشد که هر یک قرار ذیل‌اند:

تفریق به سبب عیب

ماده ۱۷۶ قانون مدنی افغانستان حکم می‌نماید: «زوجه وقتی می‌تواند مطالبه تفریق نماید، که زوج مبتلا به مرضی باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به نحوی‌که معاشرت با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد.»[1]

متکی به قانون عیب یکی از اسباب حکم محاکم در جدایی بین زن و شوهر است ولی عیبی که زوجه به اساس آن عیب، تقاضای طلاق نماید در قانون مدنی واضح بیان نگردیده که فلان عیب زوج سبب ایجاد طلاق برای زوجه می‌شود در قانون مدنی فقط کلمه (مرض) برجسته شده‌است.

بنابراین زوجه وقتی می‌تواند به محکمه مراجعه کرده تقاضای تفریق نماید که شوهر او مریض باشد این که چه نوع بیماری می‌تواند سبب تفریق گردد باز در قانون مدنی ذکری از آن دیده نمی‌شود به هر حال ماده ۱۷۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد که زوجه وقتی می‌تواند مطالبه تفریق نماید که زوج مبتلا به مرض باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یامدت طولانی برای معالجه اولازم باشد همان طوری‌که در ماده فوق ملاحظه می‌گردد درقانون مدنی (اعاده صحت) مورد بحث و توجه قرار گرفته است، به نحوی که بیماری قابل علاج نباشد یا اعاده صحت به طول بیانجامد، زوجه می‌تواند تقاضای تفریق نماید.

در قوانین سایر کشورها مانند قانون احوال شخصیه در مصر و سوریه وجود (عیب) در زوج سبب حق تفریق برای زوجه می‌باشد اکثر علمای فقه نیز به این امر متفق‌القول هستند.

قانون مدنی ایران نیز این حق را به محکمه خانواده که در صورت ناتوانی جنسی و جنون و سایر بیماری‌های مقاربتی که باعث امتناع زوجه از مقاربت گردد، حکم به جدایی بین زوجین نموده‌است.

جدایی در تفریق

این که جدایی به سبب عیب فسخ است یا طلاق هر کدام دارای بحث حقوقی جداگانه می‌باشد، در صورتی که فسخ نکاح به دلیل عیب صورت بگیرد (مهر) زوجه قابل اخذ می‌باشد یا نه موضوعی است که در آینده مورد بحث قرار خواهد گرفت. که نظر فقها در فسخ یا طلاق زوجه از زوج به دلیل معیوب بودن زوج، نیز ذکر خواهد شد.

آگاهی زن قبل از نکاح

گاهی ممکن است زوجه از عیب مرد قبل از این که با او ازدواج کند آگاه باشد یا این که درحین نکاح از عیب مرد مطلع گردد با وجود اطلاع از عیب و نقص با آن مرد ازدواج کند در این صورت زن بعد از نکاح نمی‌تواند تقاضای جدایی نماید، زیرا که زن باعلم و اطلاع اقدام به عملی به ضررخود نموده‌است. ماده ۱۷۷ قانون مدنی نیز مقرر داشته که هرگاه زوجه هنگام نکاح یاقبل از آن به عیوب متذکره‌ای ماده ۱۷۶ این قانون واقف بوده یا در صورت وقوع عیب بعد از نکاح طور صریح یا ضمنی به آن رضایت نشان داده باشد نمی‌تواند مطالبه تفریق نماید ولی در مورد بیماری (عنین مرد) بعض فقهای عامه معتقداند که اگر زن از بیماری عنین مرد قبل از نکاح نیز مطلع بوده باز اجازه فسخ را دارد و استناد فتوای آنها قاعده (استحسان) می‌باشد اما فقهای دیگر اطلاع زن از عیب را به ساقط شدن اختیار (فسخ) کافی می‌دانند.

عیب بخصوص مرد

عیب در وجود مرد، در صورتی که مانع رابطه زناشوهری شود تفریق صورت می‌گیرد:

۱- عنین (ناتوانی جنسی شوهر) به شرط که بعد از گذشتن مدت یک سال از تاریخ رجوع به محاکم رفع نمی‌شد. پس برای این‌که زن بتواند تفریق را به علت عنین بودن شوهر مطالبه کند، می‌تواند به محاکم ذیصلاح عریضه تقدیم و محکمه به شوهر ابلاغ و مهلتی یک ساله از تاریخ تقدیم عرض برای معالجه و رفع عیب به او داده می‌شود، هرگاه یک سال از تاریخ محکمه گذشت و عنین بودن شوهر رفع نشد، زن حق به هم زدن نکاح را دارد. یعنی می‌تواند درخواست تفریق کند.

۲- خصأ (اخته بودن مرد) مردی که اخته باشد، خصی (به فتح خا وتشدید یا) نامیده می‌شود.

۳- مقطوع بودن آلت تناسلی که در فقه آن جب (به فتح جیم) نامیده‌اند.

این عیوب، چنان‌که معلوم می‌شود هنگامی موجب حق تفریق برای زن است که مانع ایفای وظیفه زنا شوهری می‌شود و مرد نتواند مقاربت کند، در این حالت تفریق به عمل می‌آید.

عیب ذیل موجب فسخ برای زن خواهد بود:

۱- خصا،

۲- عنین به شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد، و

۳- مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.

عیب بخصوص زن

عیب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد است:

۱- قرن و آن عبارت از استخوان یا گوشت زایدی در آلت تناسلی زن است که مانع نزدیکی شوهر با او می‌گردد. هرگاه قسمت زاید گوشت باشد عیب را عفل نیز نامیده‌اند،

۲- جذام (خوره)،

۳- برص (پیس)،

۴- افضأ (یکی شدن دو مجرای بول و حیض و مجامعت)،

۵- زمین گیری، و

۶- نابینایی از هر دو چشم.

هرگاه عیب که موجب حق فسخ چه از جانب مرد باشد یا از جانب زن که هر دو جانب به تداوی دوامدار ضرورت دارد اگر یکی از جانب اگر مرد سالم گردد پس از عمل جراحی و عیب هم دارنده حق می‌تواند نکاح را برهم زند.[۲]

۲- جزام و سل و دیگر امراض صعب العلاج چه در مرد و چه در زن به شرط آن که این امراض تا یک سال قابل علاج نباشد و وجود این امراض زندگی مشترک زوجین را دچار مخاطره سازد، موجب می‌شود که طرف مقابل بتواند نکاح را با حکم محاکم فسخ نمایند.

ولی امراض صعب العلاجی که فاقد اوصاف مذکور باشد سبب انحلال تفریق نخواهد شد بنابراین پیری و ضعف بنیه و یا امراض استخوانی و نظایر آن هرچند غیر قابل علاج باشد از موارد انحلال و یا تفریق محسوب نمی‌گردد.

عیب بخصوص زوجین

عیب بخصوص مرد مثل عنین و نظایر آن که بر اثر آن مرد قادر به انجام وظایف خاص زناشویی نیست و یا عیب بخصوص زن، یعنی عیوبی که به موجب حکم محکمه منحل گردد.

اگر امراض عنوان شده از طرف زن یا مرد بر اساس تشخیص و اظهار نظر کارشناس حد اکثر ظرف مدت یک سال قابل معالجه باشد، محکمه به مریض مهلت لازم می‌دهد تا خود را معالجه کند که در این مدت زن از مقاربت با شوهر معاف و گاهی ممنوع می‌گردد و اوراق و یا اسناد امر نیز تا پایان مهلت مقرر بلا اقدام خواهد ماند.

پس از انقضای مهلت تعیین‌شده به وسیله محکمه ذیصلاح اگر مریض خود را معالجه نکرده یا علاج موثر واقع نشده‌باشد، محکمه بر جدایی زوجین حکم صادر می‌نماید. ولی در موارد امراض که غیر قابل علاج تشخیص گردیده‌اند، لازم نیست به مریض مهلت داده شود و محکمه پس از احراز غیر قابل معالجه بودن مرض، حکم برجدایی زوجین صادر می‌نماید که این حکم تفریق شده می‌تواند.

در حقوق مراکش اگر عیب به مرد تعلق گیرد باید حداقل مهرالمثل را به زوجه بپردازد.[۳]

در حقوق سوریه اگر عیب به زن تعلق گیرد سبب جدایی زوجین شود و این جدایی قبل از دخول صورت گیرد طبق ماده ۵۹ قانون احوال شخصیه سوریه عمل می‌گردد.[۴]

تفریق به سبب ضرر

ضرر یکی از موارد دیگری از باب تفریق می‌باشد که مطابق ماده ۱۳۸ قانون مدنی زوجه در صورتی‌که ادعای ضرر و زیان از طرف زوج نماید و ضرر نیز به نحوی باشد که ادامه معاشرت بین آنها غیر ممکن گردد در این صورت زوجه می‌تواند از محکمه تقاضای تفریق نماید.

ماده ۱۸۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد که هر گاه زوجه از معاشرت با زوج ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند، می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید. از مفهوم ماده فوق به نحوی استنباط می‌شود که این ماده مربوط به ضرر مادی و معنوی می‌شود و موارد بیماری را شامل نمی‌گردد مانند این که ادامه زناشوهری، سبب سو استفاده زوج از اموال همسرش، یا نزاع شدید بین آنها توام با طعن و توهین به شخصیت زن، اذیت و آزار او به وسیله گفتار و کردار شود. اگر زوج همسرش را مجبور به پدیده‌ای که جدیداً رایج گردیده قاچاق مواد مخدر یا سایر موارد نماید بر اساس مذهب مالکیه و امامیه در صورتی که شوهر اقدام به عملی نماید که ضرر بزرگ و کوچک متوجه زن گردد و زمینه کینه و دشمنی فراهم شود، و داوری اقوام و خویشاوندان آنها نیز موثر واقع نگردد، محکمه می‌تواند بین آنها به تفریق حکم کند که تفریق حکم طلاق باین را دارد.

تفریق در زمان فعلی

در قانون مدنی اشاره به ضرر و زیان در گذشته نشده‌است که منشای آن ضرر رسانی، زوج بوده واز ایجاد آن ضرر چند وقت گذشته باشد و بعد از مدتی زوجه به اهمیت ضرر پی برده و تقاضای تفریق نماید از مفهوم ماده ۱۸۳ قانون مدنی نیز که می‌گوید: «دوام معاشرت در چنین حالت را بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند» استنباط می‌شود که ضرری در محکمه قابل شنیدن است که در حال جریان باشد. ضرری که در گذشته به زن وارد شده قابل شنیدن نیست مگر ضرری که اثر آن در حال فعلی باشد مثلاً شوهر همسر خود را مجبور به عمل قاچاق مواد مخدر می‌کند پلیس آن زن را باز داشت و محکمه زن را به حبس محکوم می‌نماید بعد از سپری شدن دوره زندان زن می‌تواند به محکمه مراجعه و تقاضای جدایی نماید. زیرا اثر ضرر که اعم ازمادی و معنوی می‌باشد در حال جریان است و دوام زندگی مشترک برای زن که گذشته تلخی را تجربه نموده و سبب آن نیز شوهرش بوده عقلاً قابل پذیرش نیست همچنین ادعای ضرری نسبت به آینده نیز پذیرفتنی نمی‌باشد. زیرا ادعای ضرر نباید از ممکنات باشد، بدین معنا که ممکن است در آینده ضرر ایجاد شود و ممکن است ایجاد نشود.

تفریق به سبب ضرر در اکثر کشورهای اسلامی پذیرفته شده‌است ولی عنوان‌ها فرق می‌کند بعضی از کشورهای اسلامی تحت عنوان «سوء معاشرت» به زن اجازه داده‌است که از محکمه تقاضای طلاق نماید و سوء معاشرت نیز در حدی باشد که زندگی زنا شوهری درآن وضعیت، قابل دوام نباشد ملاک تشخیص این که چه رفتار وکردار سوء معاشرت است و تعیین درجه شدت آن که زن قادر به ادامه زندگی زناشوهری نباشد مربوط به عرف هر جامعه می‌باشد.

تشخیص ضرر

طبق مواد ۱۸۵و۱۸۶ قانون مدنی افغانستان هرگاه ضرر مورد ادعا ثابت نگردیده و زوجه به ادعای خود اصرار داشته‌باشد، محکمه دو شخص را به حیث حکم جهت اصلاح بین زوجین تعیین می‌نماید:

۱- حکم باید شخص عادل بوده یکی از اقارب زوج و دیگری از اقارب زوجه باشد اگر اقارب زوجین موجود نباشد حکم از اشخاص تعیین می‌گردد که از احوال زوجین معلومات کافی داشته به اصلاح بین زوجین قادر باشد.

۲- حکم باید در محکمه سوگند یاد نماید که وظیفه خود را به عدل و امانت‌داری ایفا می‌کند و قادر به اصلاح بین آنان نیز می‌باشد، حکم و قاضی علل اختلاف بین زوجین را تحقیق نموده و در به وجود آوردن مصالحه بین آنها کوشش می‌کند.

با توجه به مطلب فوق، به نظر می‌رسد که حکم ملاک تشخیص ضرر وارده به زوجه بوده و در عین حال تلاش می‌نماید که بین زوجین مصالحه ایجاد کند و قاضی درحکم خود نظر حکم (داوران) را مد نظر می‌گیرد.

خداوند متعال می‌فرماید: «و آن خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من اهله وحکماً من اهلها » آیه ۳۴ سوره نساء[۵] اگر نگران جدایی میان آنان بودید حکمی را از خانواده مرد و حکمی را از خانواده زن برای تصمیم گیری درآشتی نزد آنها بفرستید.

تفریق به سبب غیابت

ماده ۱۹۴ قانون مدنی افغانستان چنین صراحت دارد: هرگاه زوج مدت سه سال یا زیاده از آن بدون عذر معقول غایب گردد، در صورتی‌که زوجه از غیابت وی متضرر شود می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید گرچه زوج مالک دارایی بوده و زوجه از آن نفقه خود را تامین کرده بتواند.

ماده ۱۹۴ قانون مدنی افغانستان مدت سه سال غیابت زوج را ملاک در جدایی دانسته‌است ولی در مورد مدت غیابت شوهر بین مذاهب اسلامی اختلاف نظر وجود دارد.[۶]

مثلاً نظر به قانون مدنی کشورهای مصر و سوریه که به اساس مذاهب (مالکی و حنبلی) تنظیم گردیده‌است هرگاه زوج به مدت طولانی مفقود الاثر یا محبوس شود و زوجه در اثر آن دچار ضرر و زیان گردد ولو که مخارج زوجه از اموال مفقود الاثر تامین شود. با آن‌هم زوجه حق دارد که به محکمه مراجعه کرده تقاضای طلاق نماید این مطلب از حدیثی استنباط می‌شود: که از پیامبر اسلام(ص) نقل قول شده که ایشان فرموده‌اند: «ضرر رسانی و ضرر پذیری در اسلام پذیرفتنی نیست.»[۷] همچنین در موارد غیابت نظر دیگری را دکتر زحیلی از نظر فقه‌های مالکی نیز نقل کرده‌است که مدت غیابت زوج یک سال یا بیشتر می‌باشد[۸] همچنین امام ابوحنیفه نیز فتوا داده که مدت غیابت شش ماه می‌باشد او این نظر را از دستور خلیفه دوم استنباط نموده‌اند که ایشان به مجاهدین فرمان داده بودند که فقط شش ماه خانه خود را ترک کند.[۹] اما به نظر می‌رسد رای ابوحنیفه آن طوری که در کتاب فقه خانواده اثر سید

مصطفی محقق آمده، در مواردی‌که اشخاص مفقود الاثر (غایب) نبوده بلکه رای ابوحنیفه در مورد اشخاصی می‌باشد که مدت شش ماه منزل خود را بدون دلیل ترک می‌کند و در صدد اذیت وآزار زوجه‌اش می‌باشد زیرا دستور خلیفه دوم اسلام نیز در مورد کسانی است که مدت ششماه بیشتر در جبهه جنگ حضور می‌داشتند و از بیم این که همسران آنها دچار فساد اخلاقی و سایر معاذیر نشوند، چنین فرمانی صادر کردند، در مورد مفقودالاثر (غایب) رای دیگری از ابوحنیفه در کتاب (کنزفارسی) آمده‌است و ازمالکی نیز نقل قول وجود دارد که با مطالبی که دکتر وهبه زحیلی بیان داشته تفاوت دارد. مفتی نصرالدین کرمانی که از شارحین مذهب امام ابوحنیفه می‌باشد، می‌گوید میان زن مفقود و میان مرد مفقود تفریق نکند تا ۹۰ سال نگذرد و به قول امام مالک رحمته الله علیه بعد از چهارسال قاضی حکم به تفریق کند اگر طلب کند آن زن پس عدت وفات نگه‌دارد و پس از آن هر کسی را خواهد شوهر کند.

در قانون مدنی ایران مدت غیابت را چهارسال قبول کرده‌اند طبق ماده ۱۹۴ قانون مدنی افغانستان هم مدت غیابت سه سال و یا زیاده از آن را تعیین نموده‌است.[۱۰]

تقاضای تفریق توسط زوجه شخص غایب

ماده ۱۹۵ قانون مدنی افغانستان

تفریق از جانب زوجه شخص غایب را مطرح نموده‌اند بدین نحو که محکمه تقاضای تفریق زوجه شخص غایب را استماع نموده و موضوع تقاضای تفریق را کتباً به زوج اعلام می‌دارد که زوج به منزل مسکونی خود حاضر گردد.

اگر زوج همچنان به غیابت خود ادامه بدهد محکمه به تفریق حکم می‌کند.

در واقع غایب (مفقودالاثر) کسی است که مدت مدیدی از وطن خود دور بوده و هیچ کسی از زنده بودن یا فوت او اطلاع ندارد موضوع ترک منزل مشترک وقتی مطرح می‌گردد که شخص وظایف همسری را ترک کرده و در محل دیگری زندگی کند که در این حالت زنده بودنش حتمی می‌باشد ولی ممکن است مکان مشخصی نداشته‌باشد اما قدر مسلم این است که در کدام شهر و کشور زندگی می‌کند ماده ۱۹۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد، موضوع را به زوج غایب کتباً اعلام نموده و مدتی را تعیین می‌نماید، نیز موضوع ترک منزل را تفهیم می‌نماید بدین معنا که محکمه از اقامتگاه غایب مطلع می‌باشد که به خواست زوجه نیز می‌تواند از زوج اطلاع داشته‌باشد در صورت اطلاع زوجه از مکان و زنده بودن زوج، حکم قضیه فرق خواهد کرد همچنین ماده ۱۹۴ ق م بیان می‌دارد بدون عذر معقول غایب گردد[۱۱] و نیز فقرۀ ۲ ماده ۱۹۵ مقرر می‌دارد (بدون عذر معقول به غیابت خود ادامه بدهد) بیان کننده زنده بودن و مشخص بودن اقامتگاه زوج است.[۱۲]

بنابرین نمی‌توان قبول کرد که مواد ۱۹۴و۱۹۵ مربوط به شخص مفقودالاثر باشد در واقع می‌شود گفت که این حکم مربوط به اشخاص غایبی است که وظایف همسری را ترک نموده‌اند. بنابراین اگر بپذیریم که کلمه (غایب) در قانون مدنی مساوی با ترک منزل است در این صورت در قانون مدنی حکمی در ارتباط با مفقودالاثر وجود ندارد.

تفریق به سبب حبس زوج

مطابق ماده ۱۹۶ قانون مدنی افغانستان، هرگاه زوج به حکم قطعی محکمه به ده سال یا بیشتر از آن محکوم به زندان شود زوجه مذکور بعد از پنج سال انتظار می‌تواند تقاضای تفریق نماید، گرچه زوج محبوس توان ادای نفقه را داشته‌باشد.

تفریق به اساس مرتد شدن زن یاشوهر

قابل ذکر است که مرتد شدن زوجین یکی از دلایل تفریق بین آنها بوده در حالت ارتداد، دین اسلام بین روابط زوجین حکم نموده که مطابق آن احکام عملی می‌شود.

خداوند متعال در آیه ۲۲۱ سوره بقره می‌فرماید:

ترجمه: «مردان مشرک تا زمانی‌که ایمان نیاوردند نکاح نکنند.»

مطابق به این آیه هیچ مسلمان با غیر مسلمان ازدواج نمی‌کند و این مطلب در قانون مدنی اکثر کشورهای اسلامی آمده‌است.

قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۹۲ وانمود ساخته: «ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان باطل است، مرد مسلمان می‌تواند با زن اهل کتاب ازدواج نماید.»

بنابراین باید به این نکته توجه داشت که ماده ۹۲ قانون مدنی مربوط به زمانی است که زن ومرد ازدواج نکرده باشند حال اگر یکی از زوجین مرتد شود به چه نحو بین آنها جدایی صورت گیرد در این زمینه نزد فقها نظریاتی وجود دارد که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد:

مرتد شدن زوجه در تفریق

امام ابوحنیفه و ابویوسف به این باوراند که هر گاه زوجه مرتد شود بدون تصمیم مرد در مورد طلاق، نکاح آنها باطل می‌شود و نیاز به حکم فسخ نیست.

در این مورد مفتی نصیرالدین کرمانی در مساله پنجم درباب نکاح کافر می‌نویسد: «اما اگر زن امتناع از اسلام آورده به اتفاق فسخ بود.» جز (ج) فقره ۲ ماده ۱۳۳ قانون مدنی افغانستان نیز وانمود ساخته که: «امتناع زوجه غیر کتابی از مسلمان شدن در صورتی‌که زوج او مسلمان شده‌باشد» موجب فسخ عقد ازدواج می‌شود. و فسخ طبق ماده ۱۳۲ قانون مدنی افغانستان عبارت از نقض عقد ازدواج به سبب وقوع خلل در حین عقد و یا بعد از آن به نحوی که مانع دوام ازدواج گردد

مرتد شدن زوج (شوهر) در ایجاد تفریق

وقتی که زوجه مرتد می‌شود عقد نکاح بین زوجین فسخ می‌گردد یا باطل شمرده می‌شود همان طوری‌که در بحث مرتد شدن زوجه تذکر یافته، ولی هرگاه زوج مرتد شود عقد نکاح به چه نحو زایل می‌گردد؟ آیا عقد نکاح فسخ گردد یا باطل شمرده شود؟

در این مطلب شک وجود ندارد که نکاح مسلمه با غیر مسلم جواز ندارد ولی بعد از عقد نکاح اگر نکاح فسخ شود زوجه ضرر می‌بیند یعنی او مطابق حکم فسخ مستحق (مهر) تعیین شده

نمی‌تواند در این زمینه در قانون مدنی کدام حکم خاص وجود ندارد ولی مطابق ماده ۹۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد (کل مهر با وطی، خلوت صحیحه یا وفات یکی از زوجین گرچه قبل از دخول یا خلوت صحیحه صورت گرفته باشد لازم می‌گردد.)

مطابق ماده فوق زوجه در صورت فسخ نکاح مستحق مهر می‌گردد از طرف دیگر کلمه لاضرر وجود دارد که بنابراین زوجه نباید ضرری را متحمل شود.

نتیجه

با توجه به مباحثی که در مورد تفریق به عمل آمده به این نتیجه می‌رسیم که تفریق از نظر اسلام یک حکم جایز و مشروعی است و در صورت تحقق شرایطی که ذکر گردیده تجویز می‌شود. تفریق به پیشنهاد زوجه روی دلایل نامبرده به محکمه ارایه می‌گردد، طبق قانون مدنی وقتی زوجه مطالبه تفریق می‌نماید که زوج مبتلا به مرض باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه وی لازم باشد.

طبق ماده ۱۹۴ قانون مدنی هرگاه زوج یک سال یا زیاده از آن بدون عذر معقول غایب گردد، در صورتی‌که زوجه از غیابت وی متضرر شود می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید.

طبق ماده ۱۹۶ قانون مدنی هرگاه زوج به حکم قطعی محکمه به مدت ۱۰ سال و یا بیشتر از آن محکوم به زندان شود و زوجه بعد از پنج سال انتظار می‌تواند تقاضای تفریق نماید.

فرضاً در ارتباط با جلوگیری از تفریق، جامعه نقش مهمی می‌تواند داشته‌باشد و همچنان رسانه‌های گروهی ارتباط جمعی مثلاً رادیو، تلویزیون، مجلات و روزنامه‌ها و غیره می‌تواند مطالب را انعکاس دهند، مگر مطابق احکام شریعت و قانون امر حتمی و لازمی است.

منابع

۱- قانون مدنی، جدل اول، ماده ۱۷۶.

۲- داکتر صفایی، سیدحسین/ حقوق خانواده/ جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ نهم، سال ۱۳۸۲، صص ۲۱۱ و ۲۱۳.

۳- همان، صص ۳۰۹.

۴- همان، صص ۳۰۴.

۵- قرآن کریم، سوره نساء، آیه ۳۴.

۶- قانون مدنی، جلد اول، ماده ۱۹۴.

۷- محقق داماد، سید مصطفی/ تحلیل فقهی حقوقی خانواده، نکاح وانحلال آن/ انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ششم، سال ۱۳۶۷.

۸- همان.

۹- همان.

۱۰- پیشین، داکتر صفایی، حقوق خانواده، ص ۲۳۹.

۱۱- ماده ۱۹۴، جلد اول، قانون مدنی افغانستان، قانون مدنی جلد اول، ماده ۱۹۴.

۱۲- همان، ماده ۱۹۵.

همکاری ارگان‌های دولت در ساحه تطبیق قانون محابس

قانونیار رخشانه حضرتی

مقدمه

بشر همواره در دفاع از حقوق و آزادی مال و جان خویش، متخلف و متجاوز را به عناوین مختلف به جزای اعمال آن رسانده و جامعه نیز در طول تاریخ برای نظم، آرامش و امنیت مردم و تنبیه مجرمین با تطبیق مجازات واکنش نشان داده‌است. ولی با وجود این که تا کنون بیرحمانه‌ترین و شدیدترین شکنجه‌ها و مجازات در مورد مجرمین اجرا گردیده اما تا هنوز از ازدیاد مجرمین جلوگیری نشده‌است.

وقتی مجازات حبس جز مجازات اصلی بعد از جزای اعدام پذیرفته شده، تعدیلی در شدت مجازات تلقی گردید. دیری نگذشت که به علت عدم اجرای روش‌های اصلاحی و تربیتی و یا درمانی در محابس مفاسد و اضرار جزای حبس آشکار گردید با این که در جوامع کنونی مجازات حبس بعد از اعدام مهمترین سلاح و ابزار دفاع اجتماعی در مبارزه با جرایم و بر قراری نظم و امنیت است و تحقیق و بررسی نیز برای ارایه بهترین روش اصلاحی و تربیتی و تغییر انواع مجازات در قانون جزا ادامه دارد. لیکن جزایی که به عوض جزای حبس مورد قبول عامه

قرار گیرد، تعیین شده نتوانسته و سعی می‌شود با تطبیق مجازات، اجرای روش آزادی با مراقبت، رژیم نیمه آزاد، نگه‌داری محکوم در موسسات باز، حبس اخیر هفته و انتقال به کارهای عام‌المنفعه و غیره مفاسد محابس، جلوگیری شود. زیرا هدفی که اجتماع از مجازات مجرمین یا جزای حبس دارند، مورد سوال می‌باشد که آیا فردی که از هنگام تولد، تربیت صحیح نداشته و با مشکلات مادی و معنوی هم مواجه بوده‌است آیا در مدت چند ماه در محبس اصلاح و تربیت مجدد، می‌شود؟ به چه نوع و به چه وسیله، آیا نگه‌داری افراد در چهاردیواری محبس ترس و وحشت دارند ولی باکنجکاوی می‌خواهد بدانند که محبس چه محیطی است و در آنجا چه می‌گذرد؟ همین امر محابس را در زمره مسایل بین‌المللی قرار داده‌است.

متهمین و محکومینی که وارد محبس می‌شوند، دودسته می‌باشند:

دسته اول

افرادی می‌باشند که بار اول وارد محبس می‌شوند و در لحظه ورود به محبس، با قدم‌های لرزان وحالت وحشت‌زده که حاکی از ترس، اضطراب و تشویش روانی است از شرمساری سرافگنده غرق دریای غم و اندوه می‌باشند، با بسته شدن درهای آهنین محبس، رابطه شان با اجتماع و محیط آزاد قطع و زندگی جدید در محبس آغاز می‌گردد.

دسته دوم

مجرمین حرفه‌ای هستند که می‌دانند برای مدتی باید در محبس به سر برند و زندگی را به کام خود تلخ نمایند و گاهی نیز خسته از فعالیت‌های مجرمانه برای استراحت با ارتکاب جرایم مشهود، عمداً به محبس مراجعت می‌کنند.

بناءً با توجه به دو مورد فوق، شناسایی شخصیت، تفکیک و طبقه بندی محبوسین از ارکان اساسی اجرای روش‌های اصلاحی و تربیتی به حساب می‌رود.

هدف از اجرای روش‌های اصلاحی و تربیتی باید به محبوسین افهام و تفهیم گردد تا آنان با میل و رغبت، اجرای روش‌های مذکور را بپذیرند و با عزم راسخ در تزکیه نفس، تهذیب اخلاق، رفتار وکردار خود کوشیده و کارهای ارجاعی را بانهایت دقت لازم، انجام دهند و برای بازگشت به زندگی عادی اجتماعی آماده و به آینده امیدوار گردند.

اجرای روش‌های اصلاحی و تربیتی و یا درمانی، حقوق محبوسین تا آنجایی که خللی به نظم و آرامش محبس وارد نیاورد و مغایر با قوانین و مقررات موجود نباشد، بایستی محترم شمرده شود.

حقوق محبوسین قرار ذیل می‌باشد:

رعایت نظافت و بهداشت، انجام مراسم مذهبی، تهیه وسایل ضروری زندگی، تغذیه کافی، تقویت روحیه آنها با اجازه ملاقات و مکاتبه، آموزش علمی، حرفه‌ای و هنری و تنظیم برنامه‌های تفریحی است. و همچنان تمام محکومین از اصل تساوی حقوق برخوردار باشند و با

تمام آنها برخورد یکسان صورت گیرد و هیچ یک بردیگری رجحان و برتری نداشته باشند. اشتغال به کار آنها که به اساس روش‌های اصلاحی و تربیتی است، نباید جنبه انتفاعی و بهره‌برداری داشته‌باشد. کار، باید وسیله آموزش و عادت دادن مجرمین به نظم و انضباط، ترغیب و تشویق آنان برای کسب معاش و تامین ضروریات زندگی در محیط عادی باشد. در نهایت هدف غایی از اجرای جزا، حفظ آرامش و امنیت اجتماعی یا پیش‌گیری از وقوع و یا تکرار جرم است لیکن تغییردادن طرز تفکر، رفتار و کردار فرد مستلزم اجرای روش‌های اصلاحی و تربیتی در دوره نسبتاً طولانی می‌باشد.

آماده نمودن محبوس برای آزادی از محبس، زمینه کار، وسیله معاش، تهیه مسکن و تقویت روانی برای پیشگیری از جرم نهایت ضروری می‌باشد.

پیشرفت برنامه‌های اصلاحی و تربیتی را در محابس نمی‌توان طبق آمار ارزیابی کرد تمام عوامل و تغییرات و تحولات اجتماعی، اقتصادی، قانونگذاری، طرزفعالیت سازمان‌های امنیتی و انتظامی دستگاه‌های قضایی، مخصوصاً همکاری مردم با سازمان‌های مذکور در اجرای روش‌های اصلاحی و تربیتی و پیش‌گیری از تکرار جرم موثر است. با کمک رسانه‌های گروهی وسایل ارتباط جمعی بایستی طرز پیش‌گیری از وقوع جرایم و لزوم همکاری مردم با دولت برای عموم توجیه و تفهیم گردد تا آنان با مشارکت سازمان‌های خیریه، برای رفع مشکلات مادی و معنوی خانواده محبوسین و سرپرستی اطفال معصوم و بی‌گناهی آنها، تهیه مسکن و کار، و ایجاد کانون محبت برای پذیرش محبوسین آزادشده در خانواده سهیم شوند و اجرای برنامه‌های علمی در محبس و موسسات اصلاحی و تربیتی امکان پذیر شده و به تدریج تصور غیر علمی بودن اجرای روش‌های جدید و عدم امکان اصلاح و تربیت محبوسین از اذهان عمومی زدوده گردد.

بهترین نورم‌های حقوق بشر را که در محابس هم قابل تطبیق می‌باشد، می‌توان ذیلاً نام برد:

حق حیات، حق صحت، حق کار، حق تعلیم و تربیه، حق تغذیه مناسب، حق آزادی بیان، حق محاکمه عادلانه توسط قانون، حق ملاقات، حق سلامتی جسمی و روحی و عدم شکنجه و توهین در محابس و توقیفخانه‌ها به عنوان محلات سلب آزادی که جمعیت کثیری از محکومین و متهمین در آنجا به‌سر می‌برند. حقوقی که درفوق تذکر یافت از اهمیت فراوانی برخوردار می‌باشد طوری که گفته‌اند: دموکراسی را در هر کشور می‌توان از محابس آن شناخت.» ما با اکثر اصول، قواعد و ارزش‌های حقوق بشر باور داریم و رعایت آن را در محابس و توقیفخانه‌ها بسیار ضروری و مهم می‌دانیم. در اثر تحولات اخیر در کشورما، ماهیت و اهداف محابس و توقیفخانه‌ها نیز متحول گردید. بر اساس موافقه شورای محترم وزیران و با توجه به پرنسیپ‌های قبول‌شده حقوق و حمایه از اصول حقوق بشر مبنی بر این که درکشف جرم، تعقیب و تطبیق حکم از یک مرجع عدلی صورت نگیرد، اداره محابس و توقیفخانه‌ها از وزارت داخله که مسوول کشف جرم است مجزا و قرار فرمان شماره ۳ مؤرخ۱۳۸۲/۱/۱۰ریاست دولت انتقالی اسلامی افغانستان به وزارت عدلیه که ضمناً یکی از مراجع تطبیق‌کننده حکم و فیصله

محکمه نیز می‌باشد، انتقال داده‌شد. این انتقال در شرایطی صورت گرفت که تمام محابس در افغانستان تخریب شده و به چالش‌های زیادی مواجه بوده‌اند. در شرایط جدید در محابس، تنها بالای مجازات محض تکیه صورت نمی‌گیرد چون ما معتقد هستیم که سلب آزادی ظلم و به تنهایی خودش یک نوع جزا شمرده می‌شود، مجازات در محبس به اضافه سلب آزادی ظلم و بی عدالتی بوده و به هیچ صورت قابل اغماض نیست، شرایط داخل محبس باید تامین‌کننده تمام حقوق محبوسین باشد. تجربه نشان داده که همه جزاهای سنگین و وحشتناک در محبس هیچ‌گاهی کارساز نبوده‌است.

ما آرزوداریم که با تطبیق شیوه‌ها و تیوری‌های جدید علمی و روش‌های اصلاحی و تربیتی در محابس وضع محبوسین بهتر خواهد گردید.

قانون محابس و توقیفخانه‌ها که جدیداً توشیح و نافذ گردیده‌است در برگیرنده تمام جوانب مختلف حقوق بشر برای محبوسین، حقوق و مکلفیت‌های پرسونل و روش‌های جدید اصلاحی و تربیتی در محابس و توقیفخانه‌ها و همچنان روابط و همکاری ارگان‌های دولت با محابس و توقیف‌خانه‌ها می‌باشد.که ذیلاً همکاری ارگان‌های دولت را در راستای تطبیق قانون محابس و توقیف‌خانه‌ها به مطالعه می‌گیریم:

همکاری ادارات ذیربط

در رابطه به همکاری ارگان‌های دولت در ساحه تطبیق قانون محابس و توقیفخانه‌ها باید خاطر نشان ساخت که ماده ۱۳ قانون محابس و توقیفخانه‌ها منتشره جریده رسمی شماره ۹۳۲ سال ۱۳۸۶ در مورد تنظیم موثر فعالیت‌های محابس و توقیفخانه‌ها، رهبری امورآن و هماهنگ ساختن فعالیت‌های وزارت‌ها و ادارات مربوط چنین صراحت دارد:

ماده سیزدهم: به منظور تنظیم موثر فعالیت‌های مربوط به محابس و توقیفخانه‌ها، رهبری امور آن و هماهنگ ساختن فعالیت‌های وزارت‌ها و ادارات ذیربط در زمینه، شورای عالی محابس و توقیفخانه‌ها به ترکیب ذیل تشکیل می‌گردد:

۱- وزیر عدلیه به حیث رییس؛
۲- معاوون لوی سارنوالی به حیث عضو؛
۳- نماینده با صلاحیت ستره محکمه به حیث عضو؛
۴- معیین وزارت امورداخله به حیث عضو؛
۵- معیین وزارت صحت عامه به حیث عضو؛
۶- معیین وزارت معارف به حیث عضو؛
۷- معیین وزارت کار و اموراجتماعی به حیث عضو؛
۸- معیین وزارت امور زنان به حیث عضو؛
۹- معاوون ریاست عمومی امنیت ملی به حیث عضو؛
۱۰- نماینده کمیسیون مستقل حقوق بشر به حیث عضو؛
۱۱- یک نماینده از جامعه مدنی به تشخیص وزیر عدلیه به حیث عضو، و

۱۲- رییس عمومی محابس و توقیفخانه‌ها به حیث منشی.

همچنان مواد ۱۴و ۱۵ قانون متذکره در مورد رهبری امور محابس و برگزاری جلسات شورای عالی محابس احکامی را پیش‌بینی نموده‌است:

همکاری وزارت صحت عامه

حق حیات، حق صحت و انرژی، برای زندگی کردن در پرتو حقوق بشری محبوسین در نظر گرفته شده‌است، در حالی که برای محبوسین پول اندک در تخصیص داده شده، ریاست عمومی محابس به تنهایی نمی‌تواند از مقدار پولی که در اختیار آن قرار دارد یک مقدار ادویه و لوازم طبی به کلینیک‌های مخصوص محبس آماده سازد، بلکه وزارت صحت عامه منحیث ارگان همکار با ریاست عمومی محابس وزارت عدلیه ادویه و لوازم طبی را به کلینیک‌های محابس و توقیفخانه‌ها آماده می‌سازد و در حصه تداوی محبوسین مریض کمک و همکاری همه جانبه نماید. چنانچه ماده هفدهم مقرره تنظیم امور محابس و توقیفخانه‌ها منتشره جریده رسمی شماره ۹۳۵ سال ۱۳۸۶ در مورد همکاری وزارت صحت عامه چنین مشعر است:

۱- وزارت عدلیه مکلف است به همکاری وزارت صحت عامه جهت تداوی و معالجه محبوسین و اشخاص تحت توقیف مریض در محابس و توقیفخانه‌های مرکز و ولایات، مراکز صحی دایماً فعال را ایجاد نماید.

۲- مسوولین مراکز صحی محابس و توقیفخانه‌ها مکلف‌اند علاوه برمعاینهٔ محبوس و اشخاص تحت توقیف مریض حداقل هر ماه یک بار محبوسین و اشخاص تحت توقیف را معاینه صحی نمایند.

۳- اداره محبس و توقیفخانه مکلف است تدابیر صحی را طوری اتخاذ نماید که احتیاجات معالجه و تداوی مریضان در داخل محبس و توقیفخانه تامین گردد.

۴- محبوسین یا شخص تحت توقیف مبتلا به امراض ساری حسب تجویز طبیب موظف تحت تداوی قرار می‌گیرد.

۵- هرگاه امکان معالجه و تداوی محبوسین و اشخاص تحت توقیف در داخل مرکز صحی محبس و توقیفخانه ممکن نباشد، طبق حکم مندرج فقره ۲ ماده بیست و هفتم قانون محابس و توقیفخانه در مراکز صحی خارج از محبس و توقیفخانه تحت تداوی قرار گرفته می‌توانند.

۶- هرگاه طبیب موظف از اعاده صحت محبوس یا شخص تحت توقیف تصدیق نماید، در این صورت به محبس و توقیفخانه مربوط، دو باره منتقل می‌گردد.

۷- در صورتی که محبوس یا شخص تحت توقیف عمداً به جان خود صدمات وارد نماید، مصارف تداوی آن از حساب خود وی اخذ می‌گردد.

تصمیم اخذ مصارف تداوی از محبوس یا شخص تحت توقیف توسط آمر محبس یا توقیفخانه بعد از مطالعه و نتیجه‌گیری متخصص امراض روانی اتخاذ می‌گردد.

۸- هرگاه طبیب تشخیص نماید که وضع صحی محبوس، رو به وخامت می‌باشد، ادارهٔ محبس و توقیفخانه از موضوع به اسرع وقت به اقارب وی اطلاع می‌دهد.

صحت و حیات از جمله حقوق بشری محبوسین و اشخاص تحت توقیف می‌باشد که به شدت در معرض خطر قرار دارد. در محابس ولایات تا هنوز کلینیک‌های صحی وجود ندارد، طبیبان مجرب و مسلکی آماده کار کردن در محابس نیستند و ادویه و لوازم طبی که در اختیار محابس قرار داده می‌شود، جوابگوی نیازمندی واقعی محبوسین نیست. بناءً اگر به وضع بهداشت و حفظ‌الصحهٔ محبوسین توجه صورت نگیرد، باعث می‌گردد تا به امراض ساری و مزمن مبتلا گردند.

همکاری وزارت معارف

در رابطه به حق تعلیم و تربیهٔ محبوسین و اشخاص تحت توقیف همکاری وزارت معارف با اداره محبس و توقیفخانه لازم و حتمی می‌باشد. هر محبوس حق دارد به خاطر رشد و شکوفایی استعدادهای خود تعلیم و تربیه ببیند و به نفع خود و جامعه کارکنند. و این حق نتنها از لحاظ حقوق بشری بلکه برای تطبیق غایی احکام قانون محابس و توقیفخانه‌ها و مقررهٔ مربوط آن جهت تجدید تربیت و اصلاح محبوسین نیز ضرور می‌باشد.

ریاست عمومی محابس با امکانات اندکی که دارد، نمی‌تواند به تنهایی مواد و لوازم درسی را برای تعلیم و تربیه محبوسین تهیه نماید. لذا به کمک و همکاری وزارت معارف نیاز دارد تا درحصه تعلیم و تربیه محبوسین پروگرام‌های موثر را داشته‌باشد. وزارت معارف در قسمت اعزام معلمین تدریسی، سوادآموزی و مربیان سپورت و ارسال مواد درسی کمک و همکاری می‌نماید. چنانچه مادهٔ ۲۰ مقرره محابس و توقیفخانه منتشره جریده رسمی شماره ۹۳۵ سال ۱۳۸۶ در مورد چنین صراحت دارد:

«به منظور اشتغال، تقویت اراده و رشد استعدادهای محبوسین و اشخاص تحت توقیف در محابس و توقیفخانه‌ها، کورس‌های آموزش حرفوی و سواد آموزی به همکاری وزارت کار و امور اجتماعی شهدا و معلولین، وزارت معارف و سایر ادارات دولتی و موسسات غیر دولتی و خیریه ایجاد شده می‌تواند. امور مربوط به آن حسب احوال طبق لایحه جداگانه تنظیم می‌گردد.»

همچنان اداره محبس و توقیفخانه‌ها مسوولیت دارند به کمک و همکاری ادارات دولتی و موسسات غیر دولتی و خیریه کتابخانه‌های را مجهز با کتب دینی، علمی، اخلاقی، فنی و مسلکی ایجاد نماید تا محبوسین و اشخاص توقیف‌شده در ساعات معین به مطالعه بپردازند.

همکاری وزارت کار و امور اجتماعی

حق کار محبوسین برعلاوه اینکه حقوق بشری می‌باشد از لحاظ تجدید تربیت و اصلاح و همچنان از لحاظ آن که بنیه اقتصادی آنها تقویه می‌شود تا از این طریق بتوانند، اطفال و فامیل خود را اعاشه و اباته نمایند، قابل اهمیت می‌باشد.

این حق زمانی تحقق می‌پذیرد که تصدی صناعتی محابس فعالیت لازم را داشته‌باشد و این بخش خود کفایی محابس را نیز تقویت می‌بخشد و به همین منوال کمک مالی زیادی را به سایر ادارات دولتی عرضه می‌نماید. در محابس کشور ما محل مناسب برای فعال شدن

شاپ‌های تولیدی وجود ندارد و از جانبی هیچ‌گونه تخصصی در مورد نیست و محبوسین اگر کار مناسب داشته‌باشند یک مصروفیت سالم را بار می‌آورد. در کشور ما به تعداد ۳۵۰ نفر محبوس مصروف کارهای حرفوی می‌باشد. که به تناسب تعداد محبوسین بسیار ناچیز است. وزارت کار و امور اجتماعی، تصدی‌های دولتی و شرکت‌های خصوصی در زمینه کار با وزارت عدلیه در قسمت تهیه وسایل مورد ضرورت شاپ‌های تولیدی بخش صنعتی محابس و همچنان درحصه تعیین ساعات کار برای محبوسین همکاری و توجه نماید. طوری که ماده ۳۳ قانون محابس و توقیفخانه‌ها در رابطه چنین مشعر است:

۱- ادارات محابس می‌توانند فعالیت‌های صناعتی وزراعتی محابس مربوط را از طریق تصدی‌های دولتی و شرکت‌های خصوصی تنظیم نمایند. ساعات کار و رخصتی‌ها مطابق احکام قانون کار عیار می‌گردد.

۲- محبوسین زراعت پیشه، هنر پیشه و صنعت‌کار از سایر کارهای معمولی معاف بوده، می‌توانند مطابق حرفه و شغل کارهای مربوط را انجام دهند.

۳- محبوسین حق دارند، در مقابل کار، حق‌الزحمه دریافت نمایند. اندازه حق‌الزحمه از طرف شورای عالی محابس تعیین و تثبیت می‌گردد.»

همچنان مواد بیستم و بیست وچهارم مقرره محابس و توقیفخانه‌ها در مورد احکام مفصلی را پیش‌بینی نموده‌است.

همکاری جامعه مدنی

جامعه مدنی مصروف خدمات اجتماعی می‌باشد که درحصه انجام فعالیت‌های حقوقی و اقتصادی و یا تطبیق برنامه‌های تعلیمی، آموزش حرفه‌ای، فرهنگی، تفریحی و صحی به نفع محبوسین و اشخاص تحت توقیف با محابس و توقیفخانه‌ها همکاری و کمک می‌نمایند.

اداره محبس می‌تواند، کمک‌های موسسات بین‌المللی، موسسات غیر دولتی و سازمان‌های خیریه را به منظور بهبود امور محابس و توقیفخانه‌ها و نیز مساعدت به محبوسین و اشخاص تحت توقیف یا خانواده‌های شان جلب نماید.

چنانچه ماده ۳۰ قانون محابس و توقیفخانه‌ها و ماده ۲۶ مقرره محابس و توقیفخانه‌ها راجع به نقش و فعالیت جامعه مدنی چنین احکامی را پیش بینی نموده‌است:

ماده ۳۰

۱- موسسات غیر حکومتی و سازمان‌های اجتماعی‌ای که مصروف انجام خدمات اجتماعی‌اند، می‌توانند که در داخل محابس و توقیفخانه‌ها فعالیت نمایند، مشروط بر اینکه به نفع محبوسین و اشخاص تحت توقیف بوده، مخالف احکام و عقاید دین مبین اسلام نباشد و اجازه قبلی وزارت عدلیه را حاصل نموده‌باشند.

۲- طرز فعالیت موسسات مندرج فقره ۱ این ماده از طرف آمرین محابس و توقیفخانه‌ها، بعد از مشوره با سارنوالی مربوط تعیین می‌گردد.

ماده ۲۶

۱- موسسات غیر دولتی ثبت‌شده، موسسات بین‌المللی و سایر سازمان‌های خیریه ملی و بین‌المللی با رعایت حکم مادهٔ سی‌ام قانون محابس و توقیفخانه‌ها می‌توانند انجام فعالیت‌های حقوقی و اقتصادی (صناعتی و زراعتی) و یا تطبیق برنامه‌های تعلیمی، آموزش حرفه‌ای، صحی، تفریحی و فرهنگی به نفع محبوسین و اشخاص تحت توقیف را در درخواست خویش که حاوی معلومات ذیل می‌باشد، به ادارات محابس یا توقیفخانه‌ها و یا مستقیماً به وزارت عدلیه ارایه نمایند:

۱- مقصد فعالیت،

۲- مدت دوام فعالیت،

۳- فهرست مواد و وسایلی که غرض انجام فعالیت به محبس یا توقیفخانه وارد می‌گردد،

۴- فهرست و شهرت اشخاصی که جهت انجام وظایف محوله وارد محبس یا توقیفخانه می‌گردند،

۲- اداره محبس و توقیفخانه درخواست مندرج فقره ۱ این ماده را با نظرخویش به اسرع وقت به وزارت عدلیه ارسال و وزارت عدلیه در خواست را ارزیابی و تصمیم لازم در زمینه اتخاذ می‌نماید.

۳- اداره محبس و توقیفخانه بعد از منظوری در خواست، تدابیر لازم اداری و امنیتی را غرض انجام فعالیت‌ها اتخاذ نماید.

۴- ادارهٔ محبس و توقیفخانه نیز می‌تواند کمک‌های موسسات غیر دولتی ثبت‌شده و مؤسسات بین‌المللی و سایرسازمان‌های خیریه و اجتماعی را به هدف بهبود امور محابس و توقیفخانه‌ها و مساعدت به محبوسین یا اشخاص تحت توقیف یا خانواده‌های آنها با رعایت حکم مندرج فقره ۲ این ماده جلب و جذب نموده، تدابیر لازم را در زمینه اتخاذ نماید.

همکاری وزارت امورداخله

وزارت داخله در قسمت تامین امنیت خارجی محابس و توقیفخانه‌ها و مراکز اصلاح و تربیت اطفال مطابق حکم شماره ۲۸۰۰ مورخ ۱۳۸۶/۵/۲۳مقام محترم ریاست جمهوری مکلفیت خویش را ایفا نماید.

همکاری اداره سارنوالی

اداره سارنوالی مطابق احکام مندرج ماده ۵۱ قانون محابس و توقیفخانه‌ها و ماده ۳۴ مقررهٔ محابس و توقیفخانه‌ها در قسمت تطبیق قانونیت و کنترول موازین حقوق بشر و برخورد مساویانه و مناسب با محبوسین و اشخاص تحت توقیف در محابس و توقیفخانه‌ها، نظارت و همکاری می‌نماید تا مسوولین و موظفین محابس و توقیفخانه‌ها احکام قوانین و اسناد تقنینی نافذ مربوط را در اجراات شان عملی سازند. همچنان ادارات محابس و توقیفخانه‌ها برای سارنوالان موظف امکاناتی را به منظور اجرای تحقیق، نظارت از تطبیق تصامیم و فیصله‌های

مقامات ذیصلاح عدلی و قضایی و حصول اطمینان از این که هیچ شخص طور غیر قانونی حبس یا تحت توقیف قرار نگرفته یا اضافه‌تر از میعاد معینه در محبس و توقیفخانه نگه‌داری نشده‌است، فراهم نمایند.

نتیجه گیری

از بحث فوق چنین مستفاد می‌گردد که ارگان‌های ذیربط باید به همکاری و مساعی یک دیگر غرض بهبود امور محابس و توقیفخانه‌ها و به منظور رعایت و تطبیق درست، موثر و بهتر احکام قانون محابس و توقیفخانه‌ها و اسناد تقنینی مربوط آن، سعی و تلاش لازم را انجام دهند، و اقدمات شان را در جهت تعمیم اهداف قانون و اسناد تقنینی فوق الذکر هماهنگ کرده و به منصه اجرا بگذارند تا به تعاوون و همکاری، و به هدف غایی خود که همانا اصلاح و تربیت مجدد مجرمین است، نایل آیند.

ماخذ

۱- رویه عملی در زندان «کاربرد مقررات بین‌المللی در امور زنداها» مولف سازمان اصلاحات جزایی بین‌المللی، تهران سال ۱۳۸۱.

۲- داکتر دانش، تاج زمان، حقوق زندانیان و علم زندان‌ها، تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۶

۳- قانون محابس و توقیفخانه‌ها منتشرهٔ جریدهٔ رسمی شماره ۹۲۳ سال ۱۳۸۶.

۴- مقررهٔ محابس و توقیفخانه‌ها منتشرهٔ جریدهٔ رسمی شماره ۹۳۵ سال ۱۳۸۶.

په ګانه کې زکات او د فقهاء ؤ نظریات

عبدالکریم فضلی

الحمدلله شرع الاحکام الذی نور قلوب المؤمنین بنور الایمان و علی الله و اصحابه الکرام و من اهتدی بهدیه ودعی بدعوته الی یوم الدین اما بعد!

باید هرڅوک په دي خبره پوه وي، چې ترهغه پوري یو څوک پوره او کامل مسلمان نه شي جوړیدای، څو پوري چې د الله تعالی ټول احکام او فرامین و نه مني، باید هغو ته په کامله توګه غاړه کښیږدي او هغوته تسلیم شي، الله تعالی خپل بنده ګان په بیلابیلو ډولونو د عباداتو ازموي، لکه بدنی او جسماني عبادات چې لمونځ، روژه، ذکر، تلاوت د قرآن کریم تسبیح او تهلیل... ته شاملیږی. ځنی بیا مالی عبادات لکه زکات، صدقه فطر، اضحیه، قربانی عقیقه کول، عشر او نور نفلی صدقات چې د مال په وسیله سرته رسیږي، همداراز حج چې هم بدني او هم مالی عبادت دی چې د دواړو په ذریعه سرته رسیږي او ځنی داسي عبادت دي چې د ځان په ځارولو سرته رسیږي لکه جهاد کول...

دا چې زکات د اسلام له پنځو ارکانو څخه یو رکن دی او د قرآن کریم په آیاتونو کې له لمانځه سره یو ځای ذکر شوی، رسول الله صلی علیه وسلم، به د زکات د راټولولو زیات اهتمام کاوه او هغه به یې پر فقیرانو باندي ویشه، له رسول الله صلی الله علیه وسلم څخه وروسته ابوبکر صدیق، عمر فاروق عثمان ذی نورین او علی کرم الله وجهه د زکات د راټولولو لپاره عاملین لیږل، او زکات به یې

راټولو او هغوی په مستحقینو ویشلو، ددي لپاره چې په زکات کې څومره ګټي او فواید شته دي ځنی په دي مقاله کې ذکر کوم، د زکات ورکړه د مالدارانو او فقیرانو ترمینځ مینه او محبت ټینګوي، حسد، بغض او نفرت ختموي، په کومه ټولنه کې چې مالداران فقیرانو ته زکات ورکوي، په هغه ټولنه کې د مالدارانو او فقیرانو په مینځ کې خشونت او نزاع شتون نلري، دښمنی او عداوت ورڅخه کډه کوي.

دغه راز فقیرانو ته د زکات ورکړه، د مالی جرمونو مانع ګرځي، مطلب دا چې فقیران د چا پر مال او دارایي باندي تیري نه کوي، ځکه چې دوی ته مالداران د دوی حق چې مالی مساعدت دی ورکوي.

د زکات ورکړه د زکات ورکوونکې نفس او د هغه مال پاک کوي، مطلب دا چې زکات د مال د نموې، رشد او زیاتوالی لامل ګرځي او مال له کثافت څخه ساتی او هغه د خیر او برکت لورته کاږي او هر څه چې د نفس تزکیه ده، هغه دا ده چې د زکات په ورکړی سره د زکات ورکوونکې له زړه اوسیني څخه بخل. حرص او مال پرستی کډه کوي او ددی مانع ګرځی چې هغه دي د شیطان په لوموکې راګیرشي او په ګناه اخته شي، بالاخره دزکات مال، فرد او ټولنه پاک کوي.

د زکات ورکړه په حقیقت کې د الله تعالی د نعمتونو چې عبارت له مال څخه دي شکر ادا کول دي، چې په پایله کې د مال او دارایي د زیاتوالی لامل جوړیږي.

دغه راز د فقیرانو او مسکینانو سره مرسته کول دي، ترڅو د هغوی لاس نیوی وشي او د فقر څخه خلاص شي، او له دي امله د فقر له مرض څخه نجات پیدا کړی، اسلامی ټولنه مسؤلیت لري څو د فقیرانو کفایت وکړي، او له هغوی سره مرسته وکړی.

زکات په لغت کې زیاتوالی او پاکی ته وایي، او په شریعت کې په نیت د زکات د مخصوص مال څخه مخصوصه اندازه ځانګړی شخص ته ورکول عبارت له زکات څخه دی.[1] د هجرت په دوهم کال د شوال په میاشت کې فرض شوی د فرضیت د لایل یي دا دي: الله تعالی فرمایي: (اقیموا الصلوة و اتوا الزکاة.)[2] ژباړه: لمونځ وکړئ او زکات ورکړئ. په بل ځاي کې الله تعالی فرمایي: (خذمن اموالهم صدقة...)[3] ژباړه: ددوی له مالونو څخه زکات واخله. دغه راز په حدیث شریف راغلی: (بنی الاسلام علی خمس... منها ایتا الزکاة...)[4] ژباړه: اسلام پر پنځو بناوو ولاړدي له هغو څخه یو هم زکات ورکول دي. په بل حدیث شریف کې رسول الله وصلی الله علیه وسلم حضرت معاذ ته چې کله یي یمن ته لیږلو وفرمایل: (اعلمهم ان الله افترض علیهم صدقة توخذ من اغنیائهم فتردهم علی فقرائهم.)[5] ژباړه: ته دوی پوه کړه چې بیشکه الله تعالی پر دوی زکات فرض کړی چې له غنیانو څخه به اخستلای شی او فقیرانو ددوی ته به ورکول کیږی. هر څوک چې له زکات څخه انکار وکړی هغه مرتد او کافر دی که توبه یي وکړه نو ښه او که توبه یي ونه کړه نو اسلامی حکومت دی هغه ووژنی.

دا چې ددي مقالی سرلیک په ګاڼه کې زکات پوری ځانګړی شوی، نو د قلم نوکه همدی موضوع ته راګرځوم، دا موضوع می ځکه غوره کړه چې زیاتره خویندې او میرمنې د خپلو ګاڼو او زیوراتو زکات نه ورکوي، هغوی په دي بآور دي چې دا خو د استعمال لپاره دي، خو قوی او راجح مذهب

دا دي چې په ګانو کې زکات شته دي چې په دي هکله تاسو ته د فقها وو نظريات او دلايل وړاندي کوو.

له ګانو او زيورات څخه هغه سپين او سره زر مراد دي چې نارينه او ښځينه يي استعمالوي چې په دي هکله دوه مذهبه شتون لري. لومړی هغه فقهاء چې زکات په ګانو کې فرض نه بولی. امام شافعی، احمد او مالک(رح) دي. دوي په دي نظر دي چې په ګانو کې زکات نشته دي، په حديث استدلال کوي: (ليس فی الحلی زکات)[6] په ګانو کې زکات نشته. دوی وايي چې هغه د استعمال لپاره دي لکه د کار لپاره چې حيوانات دي او يا لکه د جامو په څير دي، څرنګه چې په هغو کې زکات نشته نو په حليو (ګانو) کې هم زکات نشته دی او دوی دا هم وايي چې زکات په نامی مال کې فرض دی په ګانو کې خو نمانشته دی.

دغه ډله فقهاء په هغو ګانو کې زکات فرض ګڼی چې ذخيره وي او يا ورځخه لوښی جوړشوی وی او يا نارينه داسی ګانې استعمال کړی چې هغه د ښځو لپاره وی او يا ښځينه د نارينوو زيورات استعمال کړي او يا ښځی دومره ګانې ولري چې اسراف کې داخليږی چې هغه (۸۵۰) ګرامه سپين زر دی[7] ددوی په نزد په هغو ګانو کې چې ټوټه اومات شی چې د استعمال جوګه نه وي زکات فرض دی.

دغه راز په بل حديث باندي هم استدلال کوي: (نبی کريم صلی الله عليه وسلم، فرمايلی: تصدقن يا معشر النساء ولو من حليکن)[8] ژباړه: صدقه ورکړی ای ميرمنو که څه هم د خپلو ګانو څخه وي. په دي حديث کې دا خبره پرته ده چې په ګانو کې زکات نشته دی، که چيری په ګانو کې زکات وای نو پيغمبر صلی الله عليه وسلم، د نفلی او تطوع صدقی په رديف کې نه ذکر کولو نو معلومه شوه چې په ګانو کې زکات نشته دی.

دوهم مذهب چې حنفيان دي دوی په دی نظر دي چې په ګانو کې زکات واجب دی برابره خبره چې نارينه يي ولري او که ښځينه، ځکه چې سره زر او سپين زر نمو او رشد کوي چې دوی هم په قرآن، سنت او د اصحابو کرامو په روايتونو سره استدلال کوي او د تير مذهب دلايلو ته ځواب ورکوي: الله تعالی په قرآن کريم کې فرمايي: (و الذين يکنزون الذهب و الفضة ولاينفقو نها فی سبيل الله فبشر هم بعذاب اليم)[9] ژباړه: هغه کسان چې سره او سپين زر خزانه کوي او له هغو څخه د الله تعالی په لاره کې خرڅ نه کوي نو دوی ته په دردناک عذاب زيری ورکړه.

د سپينو او سرو زرو له خزانی څخه مراد دا ده چې د هغوی زکات ورنه کړل شی، عبدالله بن عمر وايي: د هر شی چې زکات ورکړی که څه هم تر اوو زمکو لاندی وی هغه خزانه نه ده او د کوم شی چې زکات ورنه کړل شی که څه د زمکې پر مخ ښکاره پروت وي هغه خزانه ده.

دغه راز پر سنتو باندي هم استدلال کوي: حضرت ابوهريره روايت کوي چې نبی کريم(ص) وفرمايل: (مامن صاحب ذهب ولا فضة لايؤدی منها حقها الا اذا کان يوم القيامة صفحت له صفائح من نار فاحمی عليها فی نار جنهم فيکوی بها جنبه وجبينه وظهره)[10] ژباړه: نشته د سرو او سپينو زرو خاوند چې د هغو زکات ورنه کړي مګر د قيامت په ورځ به له هغو څخه داور تختی جوړی شي، د جهنم په اور به ګرميږی او د هغه اړخ، تندی او شابه وربانډی دا غل کيږي. پس څوک چې سره او

سپين زر لري برابره خبره ده چې ګانې نه وي، په هغو کې زکات واجب دی او دا حديث عموميت افاده کوي، هيڅ داسي دليل نشته دی چې له عموم څخه يي وباسی.

په بل حديث شريف کې راغلی: (ان امراة اتت رسول الله(ص) و معها ابنة لها و فی يد ابنتها مسكتان غليظتان من ذهب فقال لها: اتعطين زكاة هذا؟ قالت لا،قال: ايسرک ان يسورک الله بهما سوارين من نار.)[11] ژباړه: رسول الله صلی الله عليه وسلم ته يوه ښځه راغله له هغی سره يي لور هم وه او په لاس يي د سرو زرو دوه پېړی کړې وی پيغمبر(ص) ورته وويل: چې ته ددي زکات ورکوي، هغی وويل نه، رسول الله صلی الله عليه وسلم ورته وويل چې ايا ته خوشحاله ای چې الله تعالی تا ته داور دوه کری اووښي درواغوندي په دي حديث کې لوی و عيد د هغه چا لپاره دی چې د ګانې زکات نه ورکوی.

دغه راز په بل حديث شريف کې راغلی: حضرت عايشه(رض) وايي: چې رسول الله(ص) کورته راغي نو زما په لاسونو کې يي د سپينو زرو وښي وليدل، نو وئي فرمايل: (ما هذا يا عايشة؟ فقلت: صنعتهن اتزين لک يا رسول الله، فقال هو حسبک من النار.) ژباړه: دا څه شی دي ای عايشی، ما ورته وويل: ما ددي لپاره جوړ کړي چې تا ته ځان ښکلی او ښايسته کړم، نو رسول الله(ص) وويل: هغه تاته له اور څخه کافی دی. دغه راز په بل حديث شريف داسی راغلی: حضرت ام سلمة وايي: (كنت البس اوضاحاً من ذهب فقلت: يا رسول الله اكنزهذا؟ فقال: ما بلغ تو دي زكاته فزكى فليس بكنز.)[12] ژباړه: ما د سرو زرو زيورات کارول ما وويل ای د الله تعالی رسوله دا خزانه ده؟ رسول الله(ص) وويل هغه چې نصاب ته ورسيږي نو زکات ورکړه بيا کنز او خزانه نه ده.

نو په پورته ذکر شوو حديثونو کې د زکات پر ورکړی حکم شوی چې په ګانې کې زکات شتون او لازم دی نو که څوک ووايي چې کوم فقها په دي حديث دليل نيسي چې (ليس فی الحلی زكاة.) دي حديث ته څه ځواب کيږي، ددي حديث لپاره دری ځوابونه کوي، لومړی دا چې بيهقی ويلی چې په دي حديث کې د عافيه په نوم راوی مجهول دی او اصل نلری نو ثابته شوه چې حکم هم پری نه ثابتيږي.

دوهم دا خبره که ثابته شی چې عافيه موثق شخص دی نو په ګانو کې د زکات د ورکړی حديث قوي او ډير صحيح دي نو مقابله نه شي ورسره کولای بياهم دا خبره قوي شوه چې زکات په ګانو کې شته دی.

دريم ځواب دا دی که فرضاً داخبره ثابت شی چې پورته ذکر شوی حديث له نورو احاديثو سره مساوی دی، نو معارض واقع کيږي، نوبيا احتياطی خبره دا ده چې د ګانو د زکات ورکړی په حديثو عمل وشی لکه رسول الله(ص) فرمائي: (دع مايريبک الی ما لايريبک) ژباړه: هغه شی چې تا په شک کې اچوی پريږده د هغه شی لپاره چې تا په شک کې نه اچوی نو بايد چې دا خبره په ياد ولرو چې په ګانو زکات ورکول واجب دی. اول مسلمان بايد هغه عمل سرته ورسوی چې له شک څخه پاک اووتلی وي، په بل حديث شريف کې راځي.

هغه څوک چې له مشتبهاتو څخه ځان ساتی هغه د خپل دين او عرض ساتنه وکړه، که څه هم د ګانو په زکات کې شبهه نشته او پر قوی حديثو سره يي وجوب ثابت دی.

له آیاتونو او احادیثو وروسته د اصحابو کرامو اثار او روایتونه را وړو چې د ګانډو په هکله د هغوی دریځ څرګندوي، حضرت عمر فاورق ابو موسی ته په مکتوب کې لیکلی وو (مرمن قبلک من نسآء المسلمین أن یصدقن من حلیهن) ژباړه: د مسلمانانو ښځو ته حکم وکړه چې د خپلو ګانډو زکات ورکړي، دغه راز عبدالله بن مسعود څخه یوي ښځی دا پوښتنه وکړه چې زه ګانډه لرم په هغی کې زکات شته دی: عبدالله بن مسعود هغی ته وویل: (اذا بلغ مائتی درهم ففیه زکات ژباړه: کله چې دوه سوه درهمو ته ورسیږی په هغی کې زکات شته دی) دغه راز عبدالله بن عمر بن العاص څخه روایت راغلی چې هغه به لونډو او میرمنو ته ددی حکم کاوه چې د ګانډوزکات ورکړئ) دغه راز په دارالقطنی کې روایت راغلی چې حضرت عایشی به وویل: (لاباس بلبس الحلی اذا اعطی زکاته) [۱۳] ژباړه: (د ګانډو په اغوستلو کې پروانشته کله چې د ګانډو زکات ورکوی) خو امام مالک په موطا کې له عبدالرحمن بن قاسم له خپل پلار او هغه له عایشی څخه روایت کوی چې د حضرت عایشی په پالنه کې خپلی وریری (دوررلونی) درلودي هغوي ګانی درلودی حضرت عایشي د هغوی د ګانډو زکات نه ورکاوه) دا چی د عایشي څخه یو روایت ثابت شوی چې په ګانډو کې زکات شته او په بل روایت کې راغلی چې د خپلو وریریو د ګانډو زکات به یي نه ورکاوه، نو دغه دوه روایتونه په خپل منځ کې معارض دی د دواړو روایتونو جمع داسی کیږی چې حضرت عایشه په دی نظر وه چې دیتیمانو مال کې زکات نشته دی، او بل ځواب داسې کیږي چې د زکات نه ورکړه فعل ده او فعل پر عمومیت باندی دلالت نکوی ځکه چې ځنی اسباب به منځ ته راغلی وی چې عایشې به زکات نه وی ورکړی.

که څوک پوښتنه وکړی چې د مباح ګانډو او مباح جاموتر منځ څه توپیر دی چې په ګانډو کې زکات واجب ګڼل شوی او په جامو کې زکات نشته دی، ددی پوښتنی ځواب دادی چې شارع د دواړو تر منځ توپیر کړی چې به سرو او سپینو زرو کې له استثناء څخه پر ته زکات ورکړی او تردی پوری چې په ګانډه کې خاص نصوص هم واردشوی چې زکات په هغوی کې واجب دی، لکه چې په دی مورد کې تاسوته مخکې حدیث وړاندی شول، او هر څه چې په لباس او جامو کې زکات نه دی واجب، هغه ځکه چې جامی د اصلی حوایجو په جمله کې راځی لکه دآس او د خدمت لپاره غلام څرنګه چې په هغو کې زکات نشته نو په جامو کې هم زکات نشته دی لکه په حدیث شریف کې دا خبره راغلی: (لیس علي المسلم فی عبده و لا فرسه صدقة)[۱۴] ژباړه: پر مسلمان باندی د هغه په غلام او آس کې زکات نشته دی) نو کله چې جامی د استعمال لپاره وی په هغو کې زکات نشته دی او که د تجارت او سوداګری لپاره وی په هغو کې زکات شته دی، که څوک پوښتنه وکړی چې د ګانډو قیاس پر جامو باندي درست او صحیح دی لکه څرنګه چې په جامو کې زکات واجب نه دی نو په ګانډو کې دی هم واجب نشي، ځکه چې دواړه د استعمال لپاره دی او په حوایجو کې داخلیږي ددی ځواب داسي کیږی چې د ګانډو قیاس پر جامو صحیح نه دی، ځکه چې دا قیاس د نص په مقابل کې دی او قیاس د نص په مقابل کې فاسد دی که قیاس ته جواز ورکړشی نو پر نص باندی عمل کوله له منځه ځي، کله چې نص د دوه څیزونو تر منځ په حکم کې توپیر وکړی نو دا د دی دلیل ګرځي چې پیوستوالی یو پر بل پوری منع کوی. د دواړو ترمنځ بیلتون او جداوالی واجب دی.

د سرو زرو د نصاب اندازه شل دیناره دی، او له دینار څخه مراد هغه اسلامی دینار چې وزن یې (۴.۲۵) څلور ګرامه او څلورمه برخه د ګرام ته رسیږی، چې د شلو دینارو وزن پنځه اتیا ګرامه جوړیږی، او د سپینو زرو نصاب دوه سوه درهم دی، مراد له درهم څخه هغه اسلامی درهم مراد دی چې وزن یې ۲.۹۷۵ ګرامه ده، چې د دوه سوو درهمو ټول وزن ۵۹۵ ګرامه ته رسیږی.[۱۵]

دا خبره به موږه یاد وی چې که په ګانډه کې یا قوت، زمرد او داسی نور غمی وی، هغه باید حساب نه شی په هغو کې زکات نشته دی، خو یا قوت، زمرد او نورغمی د تجارت لپاره وی بیا په روپیو کې چې نصاب ته ورسیږی زکات واجب دی.

کله چې سره زر شل مثقال او یا شل دینارو ته ورسیږی نو د مثقال نیمایي برخه زکات او یا نیم دینار زکات واجب ګرځی، او کله چې دراهم دوسوه درهم او یا ۵۹۵ ګرامو ته ورسیږی پنځه درهمه زکات واجب ګرځی، لکه په حدیث شریف کې رغلی: اذا کانت لک مائتا درهم و حال علیها الحول ففیها خمسة دراهم ولیس علیک شی حتی یکون لک عشرون دینارا و حال علیها الحوال ففیها نصف دینار)[۱۶] ژباړه: کله چې ته دوه سوه درهمه ولری او پر هغو کال تیرشی نو پنځه درهمه زکات واجب دی او کله چې ته شل دینار ولری او پر هغو پوره کال تیرشی په هغو کې نیم دینار زکات واجب ګرځی)

نو په هر هیواد کې د چې د نقدو روپیو اندازه د سپینو او یا سروز رونصاب ته ورسیږی او دهغه له اصلی اړتیا وو څخه زیاتی وی زکات وربانډی واجب دی.

په اخر کې هر مسلمان ورور او مسلمانی خور څخه دا غوښتنه لرم چې له الله تعالی څخه ووږیږی او د حق په پیژندنه کې فکر او کوښښ وکړی او کله چې د قرآن او سنت په رڼا کې ور ته حق معلوم شو پر هغه عمل وکړی او پر قرآن او سنت باندی د هیچا خبره وړاندی نه کړی. مونږ د قرآن او سنت تابع یو دهغو په پیروی کې باید ژوند وکړو، تر هغه پوره مونږ مؤمنان جوړیدلای نه شو، تر څو خپل منازعات په قرآن او سنت حل او فصل نه کړو لکه الله تعالی فرمایي: فان تنازعتم فی شی فرد وه الی الله و الرسول ان کنتم تؤمنون با الله و الیوم الاخر...)[۱۷]

ژباړه: که چیری تاسی په کوم څیز کې اختلاف وکړی نو هغه الله تعالی او پیغمبر(ص) ته ردکړی که چیری تاسو په الله تعالی او پر ورځ د قیامت ایمان راوړی وی...) مطلب ددی آیت چې ذکر شو دا دی چې کوم څیز کې مسلمانان اختلاف ولری نو هغه اختلاف دی د قرآن او سنتو په رڼا کې حل کړی او بل هیڅ قانون ته دی مخ نه ګرځوی، د مسلمان او مؤمن عقیده او باور دا وی چې هر اختلاف او مشکل په قرآن او سنت حل کیدلای شی، دغه راز رسول الله صلي الله علیه وسلم فرمایي: علیکم بسنتی وسنة الخلفا الراشدین المهدیین من بعدی تمسکوا بها و عضوا علیها بالنواجذ)[۱۸] ژباړه: پرتاسو لازم دی چې زما په سنتو عمل وکړی او د راشده خلفا په لاره چې له ما څخه وروسته دی منګو لی ټینګی کړي او پر هغوی باندی غاښ ولګوی).

باید د مسلمان ژوند برابره خبره ده چې فردي ژوندوي، کورنی ژوند وي او که ټولنیز ژوند وي د قرآن او سنتو مطابق وي، د قرآن او سنت غوښتنه همدا داده چې مسلمان په هر لحظه کې قرآن او سنت ته غاړه ایښودونکې وي.

ماخذونه

۱- الدرالمختار، تالیف ابن عابدین، دوهم توک، دوهم مخ.
۲- دبقرې سورت ۴۳ ایت.
۳- توبه ۱۰۳ ایت.
۴- صحیح البخاری، تالیف محمد اسماعیل بخاری، باب الایمان و قول النبی بنی... لومړی جز ۱۷ مخ.
۵- سنن ابوداود، باب فی زکاة السائمة، پنځم جز، ۱۱۳ مخ.
۶- ترمذی، باب ماجا فی زکاة الحلی، دریم جز ۸۶ مخ.
۷- الفقه الاسلامی و ادلته، تالیف دکتور وهبة الزحیلی، دریم توک، ۱۸۲۷-۱۸۲۸ مخ.
۸- صحیح مسلم، باب الزکاة فضل النفقة والصدقة، شپږم جز، ۳۰۴ مخ.
۹- د توبی سورت، ۳۴ آیت.
۱۰- صحیح مسلم، باب اثم مانع الزکاة، شپږم جز، ۲۶۷ مخ.
۱۱- سنن ابوداود، باب الکنز ماهوزکاة، پنځم جز، ۹۱ مخ.
۱۲- سنن ابو داود، باب زکاة الحلی، پنځم جز، ۹۲ مخ.
۱۳- دارالقطنی، باب تفسیر الخلیطین و ما جا فی... پنځم جز، ۲۱۳ مخ.
۱۴- موطامالک، تالیف امام مالک، باب ماجا فی صدقة الرقیق، دوهم جز، ۳۰۹ مخ.
۱۵- الفقه الاسلامی و ادلته، دریم توک، ۱۸۲ مخ.
۱۶- ابوداود، باب الزکاة السمائمة، پنځم جز، ۱۰۲ مخ.
۱۷- د النساء سورت ۵۹ آیت.
۱۸- سنن ابن ماجه، باب اتباع سنة الخلفا لومړی جز، ۵۱ مخ

نظام‌های پلیسی و دادگاهی

سید محمد احسانی

مقدمه

جامعه انسانی بر اساس نظم و به واسطه هنجارهای اجتماعی اداره می‌شود.

هنجارهای اجتماعی عبارت از الگوها و شیوه‌های رفتار، قواعد و تعیین‌کننده کنش متقابل میان مردم است که پیروی از آنها موجب تعادل و نظم در جامعه گردد. هنجارهای اجتماعی با سه ویژگی اجبار، عمومیت و خارجی بودن، جامعه را اداره نموده و نظم اجتماعی را بر قرار می‌کنند. تضعیف هر یک از این ویژگی‌ها اختلال هنجاری و بی نظمی را به همراه خواهد داشت؛ چنانچه افراد جامعه اجبار و فشارهای هنجاری را تحمل نکنند یا هنجارها مصلحت عمومی بودن خود را از دست بدهند و فراگیر نشوند، جامعه با اختلال هنجاری مواجه خواهد شد. اگر افراد جامعه به هنجارهای اجتماعی و قوانین و مقرراتی که ویژگی خارجی بودن دارند و برای آنها وضع و مقرر می‌شوند مقید نباشند، فعالیت‌های انسان متوقف، یا دستخوش هرج ومرج خواهد شد. این موضوع را می‌پذیریم که همیشه همه افراد جامعه از هنجارهای اجتماعی پیروی نمی‌کنند و به این لحاظ است که دادرسی‌های جنایی و نظام‌های پلیسی ایجاد گردد تا بتواند با عملکرد شان از میزان جرایم کاهش دهد.

در اینجا به تحلیل و بررسی نبردهای قانونی که در درون دولت مسوولیت نظم و حفاظت از قانون را به عهده دارند پرداخته و تمام جنبه‌های «نظام دادرسی جنایی» را به بررسی می‌گیریم.

لاوسون وهیتون ۱۹۹۹، اید ۲۰۰۰ و ماسلند، ۲۰۰۳ نظام دادرسی جنایی شامل پلیس، دادگاه‌ها و زندان‌ها است، با این حال اصطلاح نظام دادرسی جنایی گمراه‌کننده است، زیرا به عوامل اجرای قانون و نظام منسجم دادگاه‌ها اشاره دارد: «به طور دقیق، نظام دادرسی جنایی مجموعه‌ای از بوروکراسی‌های نیمه مستقیل است که هر یک از آنها صلاحیت قابل ملاحظه‌ای برای رسیدگی به امور جنایی دارد» این صلاحیت‌ها به استفاده از داوری شخصی توسط ماموران پلیس، دادستان‌ها، قضات و دیگر ماموران نظام دادرسی جنایی رجوع نموده و براین امر توجه می‌کند که این افراد چگونه در یک موقعیت معین اقدام کنند.

پلیس یکی از موضوعات اساسی در تحقیقات جامعه شناختی است که نقش و کارکرد پلیس، ویژگی‌ها، مسوولیت‌های اجتماعی و مشکلاتش در برخورد با جامعه و انحرافات اجتماعی پلیس را پوشش می‌دهد.

در ارتباط با نظام‌های دادگاهی، جامعه شناسی انحرافات و جرایم شناسی به قانون، قربانی شدن و قربانی شناسی و فرایند آیین دادرسی جنایی می‌پردازد. در این مقاله می‌خواهم، این موضوعات را با رویکرد جامعه شناختی بررسی نمایم.

۱– پلیس

موضوع اساسی در نظام پلیسی به کارگیری شیوه‌های تصمیم‌گیری در اجرای قوانین است: «پلیس نیروهای قانونی، درون ساختار دولت است، که مسوولیت کنترل جرایم، حفظ نظم و محافظت از قانون در ناحیه جغرافیای معین را به عهده دارد.» در باره حفاظت از شهروندان، انتظارات مردم از پلیس در مقایسه با کارکنان سازمان‌های دیگر خیلی بیشتر و بعضاً دوگانه است.

از یک طرف در مواقع بحرانی از پلیس انتظار می‌رود که از خود شجاعت نشان داده، غافل گیر نشود. و در صورت لزوم برای انجام وظیفه در این مواقع مجاز به استفاده از رفتار خشونت آمیز است. از طرف دیگر در مواقع عادی از پلیس انتظار می‌رود که با آرامش و خون سردی در اجرای قوانین تصیم‌گیری عقلانی نموده، با مردم و شهروندان با احترام برخورد کنند، بنابراین پلیس و نظام پلیسی یکی از بحث برانگیزترین موضوعات است، زیرا جدی‌ترین موقعیت‌ها را در جامعه معاصر به عهده دارد. اولین واکنش دولت‌ها نسبت به جرم، جنایت و بزهکاری کنترل جرایم، تعقیب و دستگیری مجرمان و بزهکاران است. که نظام پلیسی و پلیس مسوول دستیابی به این هدف است. ماموران پلیس در استفاده از اجرای قانون در مورد مظنونین به ارتکاب جرم حالتی از شک و تردید داشته، زیرا آنان باید در یک محیط خطرناک این

تصمیمات را بگیرند. ماموران پلیس، از یک طرف، باید به تقاضای احترام از جانب متخلفان پاسخ مثبت دهند و از طرف دیگر باید جوابگوی افسران فرا دست خود باشند.

ماموری پلیس در برخورد، با شهروندان، متهم به رفتار متفاوت بر حسب برخی از ویژگی‌های مظنونین و متخلفان نظیر قومیت، نژاد، جنس و سن هستند. این امر موجب شد، تصویری منفی از پلیس در اذهان مردم به وجود آید. ممکن است این موضوع به این دلیل باشد که مامورین پلیس از نژادها و قومیت‌های خاصی هستند و در این مورد نسبت مبنی به نفع مردان است.

2– نقش و کارکردهای پلیس

یکی از رویکردهای مورد بحث و مطالعه در حوزه جامعه‌شناسی و کارکرد پلیس این است که آن را به عنوان یک بوروکراسی مورد توجه قرار داده و نقش و کارکرد آن را در این راستا بررسی می‌کند.

با توجه به تحقیقاتی که در سال ۱۹۶۰ روی نیروی پلیس در بریتانیا انجام شد نشان داده است که اغلب رفتار بی‌رحمانه از خود نشان می‌داد، البته نه این‌که ماهیتاً بی‌رحم باشند، بلکه شغل آنان دستگیری مجرمان است و برای این منظور از هر ابزار ممکن استفاده می‌کنند؛ بنابراین آنان احترام کمتری به اجرای فرایند قانون دارند. و از سال ۱۹۶۰ به بعد ویژگی‌های بوروکراسی بودن نظام پلیسی در راستای کنترل جرایم بیشتر شد.

ماموران پلیس، اصل رعایت سلسله مراتب را که از اصول اساسی نظام بوروکراسی است بر گرایش‌های قومی و نژادی خود ترجیح می‌داند.

وظایف و مسوولیت‌های پلیس اجرای قانون و وظایف مرتبط با خدمات است. برخی از کارکردهای پلیس، قرار شرح زیر است:

الف) اعمال زور، با هدف پیشگیری از قانون شکنی و متوقف کردن و بازداشت افرادی که قانون شکنی می‌کنند، این کارکرد پلیس دامنه‌ای گسترده دارد

ب) پلیس به عنوان نیروهای صف مقدم نظام عدالت جنایی، در این کارکرد دادگاه، زندان‌ها تعقیب قانونی و سازمان‌های اصلاح رفتار اساساً متکی بر فعالیت‌های پلیس می‌باشند.

ج) کارکردهای مرتبط با ارایه خدمات به عامه مردم: از شایع‌ترین کارکردهای پلیس انجام خدماتی است که سازمان‌های غیر پلیسی نیز می‌توانند انجام دهند. مردم ممکن است در وقوع برخی از حوادث غیر منتظره آگاهی لازمه نداشته‌باشند که چگونه مشکلات شان را حل کنند در این مورد از پلیس کمک می‌گیرند.

د) پلیس به عنوان نمادی از حکومت: یکی از بحث برانگیزترین کارکردهای اجتماعی پلیس در جوامع دموکراتیک این است که پلیس نمادی از دولت است. زیرا وظیفه اصلی دولت‌ها ایجاد امنیت برای ملت است و سازمان پلیس نماد برقراری امنیت بوده و در نظر مردم به عنوان نماینده دولت است. و مهم‌ترین کارکردی که اکثر دانشمندان جرم شناسی و جامعه شناسی برای پلیس تعریف نموده‌اند حفظ و نگه‌داری نظم است.

ویلسون ۱۹۶۸: «از این کارکرد به عنوان مدیریت تضادها یاد می‌کند. نظم یعنی عدم حضور بی نظمی و بی نظمی یعنی رفتاری که باعث اضطراب یا تهدید برای صلح عمومی یا اضطراب در روابط چهره به چهره می‌شود.» به اعتقاد ویلسون حفظ نظم یکی از کارکردهای با اهمیت پلیس است.

کلینگ ۱۹۸۲ بر این باور است، به تدریج فعالیت‌های پلیس حرفه‌ای‌تر می‌شود تاکید بیشتری بر کارکرد اجرای قانون صورت گرفته، که به وسیله حفظ نظم می‌تواند اندازه‌گیری شود. کلینگ اذعان می‌دارد وقتی که پلیس در کارکرد نظم درگیر است، راطه بین پلیس و اجتماع بهبود می‌یابد.

۳ – انحرافات اجتماعی پلیس

فساد و انحرافات پلیس در شهر بزرگ شرمن ۱۹۷۴ مهم‌ترین فساد پلیس قبول رشوه با این هدف است، کاری که وظیفه وی نبوده انجام دهد و یا از وظیفه خود عدول کند. سوال اساسی علم جامعه شناسی این که چرا میزان قابل توجهی از فساد و انحراف در میان نیروهای پلیس اتفاق می‌افتد، رایج است، و انتظار دارند که در قبال دریافت پول از وظایف خود تخطی نمایند.

و در بعض مواقع ممکن است هنگامی که پلیس سعی در اجرای قانون دارد با مقاومت‌هایی از جانب مردم نیز روبه‌رو شود و این امر گرفتن رشوه از متخلف را برای پلیس توجیه می‌کند.

متغییرهای تاثیرگذار دیگر بر فساد پلیس نوع سازماندهی بخش‌های مختلف اداره پلیس است. اداره‌های پلیس به شیوه انجام خدمات به مردم در حل مشکلات شان و اجرای قانون و حفظ نظم و گشت زنی سازماندهی می‌شوند. که بالاترین میزان فساد در شیوه گشت‌زنی یافت می‌شود.

در یک اداره پلیس که بر اساس شیوه گشت‌زنی منظم شده نیروهای بومی و محلی بیشتر به استخدام شغل پلیسی در می‌آیند. آنان معمولا از سطح سواد پایینی برخوردارند و حقوق کمی دریافت می‌کنند. این عوامل موجب می‌گردد که این نوع ماموران پلیس در معرض فساد بیشتر قرار بگیرند. بر طبق نظر شرمن، فساد پلیس یک انحراف اجتماعی دو جانبه است که هم از فرصت‌های نیروی پلیس و هم از پاسخ فرد به این موقعیت‌ها ناشی می‌شود.

از دیگر انحرفات اجتماعی رایج در بین نیروهای پلیس این است که نرخ طلاق را بین ماموران پلیس در مقایسه با شاغلان سایر حرفه‌ها بالاتر است. مسایل خاص حرفه پلیسی باعث استرس و فشار زیاد بر نیروهای پلیس می‌شود. یکی از شاخصه‌های که به وسیله آن می‌توان استرس و فشار عصبی را در میان مجریان قانون، به ویژه پلیس، اندازه‌گیری کرد بالا بودن نرخ طلاق است.

دانشمندان علوم به دنبال پاسخ به این سوال هستند که چگونه می‌توان انحرفات پلیس را کاهش داد بنسون ۱۹۸۱ بر این باور است که: «تصویر منفی جامعه از نیروهای پلیس به بروز رفتار خشونت‌آمیز از طرف جامعه و پلیس منجر می‌شود» اگر مردم تصویر مثبتی از نیروهای

پلیس داشته باشند، احتمالاً بیشتر مایلند با پلیس در کنترول جرایم همکاری نموده و استرس و فشارهای عصبی پلیس را کاهش دهند.

معمولاً، افرادی نظیر اقلیت‌ها، فقرا و قربانیان جرایم هنگامی که احساس می‌کنند مورد تبعیض واقع شده‌اند تمایل کمتری به همکاری با پلیس دارند. باید این نگرش را درپلیس و مردم به وجود آورد که پلیس یعنی مردم و مردم یعنی پلیس، نقش پلیس تلاش وسیع و تمام وقت در حل مسایل شهروندان است و پلیس هم یک بخش در میان دیگر بخش‌های خدماتی است که سعی در بهبود بخشیدن به کیفیت زندگی مردم دارد. چنین تصور و نگرش مردم نسبت به پلیس موجب می شود که مردم تخطی از قانون و مسوولیت را با پیشنهاد رشوه از پلیس تقاضا نکند.

۴ – دادگاه[۳۲]

دادگاه‌های جنایی، مجرم و غیر مجرم را بر اساس ارتکاب و تخطی از قانون مشخص می‌کند. به لحاظ نظری قضاوت در دادگاه‌ها که به منظور اثبات جرم انجام می‌شود یک فرایند رقابتی به اجرا در می‌آید که طی آن دادستان مجرم را مشخص، و اظهارات وکیل مدافع غیر مجرم را مشخص می‌کند. دادگاه‌ها را می‌توان محور نظام‌های عدالت جنایی به شمار آورد، به این که در درون دادگاه‌ها مراحل قبل از محاکمه، و بعد از محاکمه، دادخواست، تقاضای تجدید نظر، و دیگر مسایل مانند ضمانت و صدور حکم اتفاق می‌افتد و در همه این مراحل سه عنصر متهم به جرم، قربانی و نظام آیین دادرسی وجود داشته و با مردمی که از وقوع جرایم، حقوق اجتماعی‌شان تقبیح شده و در تعامل می‌باشند. دادگاه بخشی از قوه قضاییه بوده و اختیار دارد که به موضوعات جنایی، جرایم شهری، موضوعات مربوط به خانواده، نظیر طلاق و جرایم مالی رسیدگی کند.

جامعه شناسان، شیوه‌های دادگاه‌ها در برخورد با متهمان و قربانیان، قربانی‌شناسی و چگونگی استفاده از قانون در نظام‌های دادگاهی و آیین دادرسی جنایی چه از لحاظ نظر و چه از لحاظ عملی را مورد توجه قرار داده‌اند. اولد ۱۹۵۸، فوکو ۱۸۷۷، اسمارت ۱۹۸۹، لاوسون و هیتون ۱۹۹۹ آنان سوگیری‌های نظام‌های دادگاهی و فرایند قضاوت در مورد رسیدگی به حقوق متهمان و قربانیان در باره زنان، اقلیت‌های قومی و نژادی را مورد انتقاد قرار داده‌اند؛ برای مثال اسمارت ۱۹۸۹: «فرایند قضاوت را ذاتاً به صورت مرد محوری می‌بینند که به جای توجه به زنان به مردان تمرکز بیشتری دارد. وقتی زنان برای دادرسی به دادگاه مراجعه می‌کنند، درخواست زنانه آنان تحت سیطره مرد سالاری رسیدگی می‌شود، زیرا تصمیم‌گیری قضایی را اساساً مردان انجام می‌دهند.»

---

32 - اثر۳، ص۱۴۵.

۵– قانون[۳۳]

در حالی‌که کارکردگرایان قانون را در مجموع نظام‌های دادگاهی مفید و مناسب در جهت حفظ، تعادل و هماهنگی در جامعه می‌دانند، تا دهه ۱۹۵۰ نظریه‌های تضاد به نظام‌های دادگاهی در استفاده از قانون توسط گروه‌های قدرتمند جامعه به عنوان منبع حفظ و گسترش گروهی شان علاقمند. بوده‌اند قانون در نظام‌های دادگاهی به عنوان سلاح بود که می‌توانست رفتار جرم‌زای گروه‌های ضعیف را که در تضاد با قدرت و امتیاز گروه‌های قدرتمند بودند توجیه کند. از نظر ولد ۱۹۵۸ گروه‌ها در جامعه، در تضاد با یکدیگر قرار می‌گیرند، آنان برای کنترل نیروی پلیس و فرایند قانونگذاری به کشمکش می‌پردازند. هدف این کنترل، جرم را نشان دادن، رفتار آن دسته از گروه‌های است که نتوانسته‌اند چنین کنترلی را به دلیل ضعیف بودن توانایی خود در رسیدن به قدرت در جامعه به دست آورند. بر اساس دیدگاه والد، فرایند وضع قوانین را گروه‌های سیاسی حامی دولت در انحصار خود می‌گیرند با این هدف که می‌خواهند از حمایت متقابل گروهی حمایت‌های کافی را برای خود جلب کند، قوانین را در راستای جلوگیری از منافع گروه مخالف و محدود ساختن آن وضع خواهد کرد. به اعتقاد والد، فرایندهای سیاسی قانونگذاری، قانون شکنی و اعمال قانون به نوعی بازتاب مستقیم تضادهای ریشه‌داری است که بین منافع گروه‌ها وجود دارد.

از نظر مارکیست‌ها قانون ابزار طبقه حاکم است. که به تعریف جرم در جامعه و چگونگی رسیدگی به وضعیت مجرمان و قربانیان جرم در نظام‌های دادگاهی می‌پردازد و از منافع طبقه حاکم حمایت می‌کند، بدون این‌که حقوقی انسانی را در نظر بگیرد. فعالیت‌های حاکم از جریمه و پیگیری‌های قانونی معاف است.

قانون قسمتی از مجموعه نهادهای است که فرهنگ برتر را به وجود می‌آورند. تغییراتی که در نظریه مارکیستی طی سال‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ به وجود آمد موجب مطرح شدن ایدیولوژی نظم و قانون گشت که طرفدار تنبیه و مجازات مجرمان به منظور متوقف ساختن یا کاهش جرایم است. و برخی از نو مارکیست‌ها نیز به بررسی عملکرد نظام‌های دادگاهی در رسیدگی به مسایل جزایی پرداخته و به این نتیجه رسیده‌اند که قوانین نظام‌های دادگاهی و استفاده‌های که از قوانین می‌شود در راستای حمایت از قشر ثروتمند و جامعه است.[۳۴]

پامبلیس وسیدمن ۱۹۷۱ در کتاب قانون، نظم و قدرت، اظهار نموده‌اند که سلطه سیاسی و اقتصادی اداره نظام رسیدگی به امور جزایی را به گونه تحت تاثیر قرار داده که در جوامع صنعتی مثل امریکا مجرمانی که مستحق بشترین مجازات می‌باشند «نظیر مجرمان ثروتمند و سرمایه داران و سفیدان» در عمل کمترین مجازات را تحمل می‌کنند، در حالی‌که برای افرادی

33 -اثر۳، ص ۱۵۲.

34 -اثر۳، ص ۲۴۴ -۳۳۹.

که جرایم آنان جزیی است و به دلایلی مانند نیاز اقتصادی مرتکب جرم می‌شوند، شدیدترین نوع مجازات درنظر گرفته می‌شود.

برخی از جامعه شناسان فرا نوگرا رویکرد دیگر به قانون دارند. آنان این ایده را که قانون به وسیله گروه‌های قدرتمند اجتماعی به منظور حفظ قدرت و امتیازات شان به وجود آمده مردود می‌دانند. آنان باور دارند که روابط اجتماعی قانون را به وجود آورده‌اند؛ به عبارت دیگر، قانون روابط اجتماعی غیر قانونی را تغییر می‌دهد، ولی روابط اجتماعی غیر قانونی به قانون رخنه می‌کند و به صورت جزیی از آن در می‌آید، بنابراین قانون و جامعه ماهیتاً از یکدیگر جدا نیستند، بلکه این دو درهم تنیده و به هم آمیخته‌اند. همان طوری که فوکو اظهار می‌کند، قانون جزی از محصولات اجتماعی است که به منظور مراقبت از جامعه اشاعه یافته‌است. به این ترتیب، قانون مجموعهٔ ثابتی از شناخت قواعد یا رویه‌های نیست، بلکه نتیجه پیچیده‌ای از روابط ضرورت‌های قانونی و سایر شکل بندی‌های اجتماعی است.

حقوق متهمان، قربانی شدن، قربانی شناسی[۳۵]

متهمان که مورد سو ظن در ارتکاب جرم قرار گرفته‌اند، باید مطابق قانون اساسی همه کشورها از حقوق شهروندی برخوردار بوده، حقوق فردی و اجتماعی آنان محفوظ بماند.

برخی از حقوق متهمان که در قانون اساسی اکثر کشور برآن تاکید شده به شرح ذیل است:

الف) متهمان را نمی‌توان با زور وادار به اقرار علیه خود شان کرد؛ بنابراین کار برد روش‌های فزیکی، ذهنی و روانی برای گرفتن اقرار، منع شده‌است.

ب) افراد و دارایی آنان را بدون دلیل نمی‌توان بازرسی کرد. بعضی از بازرسی‌ها نظیر متوقف کردن موترها، توقف افراد و بازدید از خانه متهم با مجوز دادگاه عالی و دادستان به منظور حفظ نظم در جامعه مجاز شمرده می‌شود، ولی در بیشتر موارد بازرسی بدون اجازه معتبر تخطی از قانون محسوب می‌شود.

ج) متهمان مستحق اطلاع از اتهام علیه خود، و برخورداری از محاکمه عادلانه توسط هیات منصفه هستند. اگر آنان نتوانند وکیل بگیرند، دولت باید برای آنان وکیل تعیین کند و تا جرم شان اثبات نشده بی‌گناه تلقی شوند. و در برخی کشور علاوه بر حق داشتن گرفتن و کیل، برای متهمان حق مشاوره و استفاده از امکانات مشاوره‌ای نیز قایل شده‌اند. (رید ۲۰۰۰).[۳۶]

برخی براین باورند که توجه بیش از حد به حقوق متهمان به غفلت از قربانیان منجر می‌گردد.

دهه ۱۹۹۰ با جنبش جدی جهت شناخت حقوق قربانیان مشخص می‌شود که توجه بیشتر نظام‌های دادگاهی به حقوق متهمان و قربانی شناسی را به همرا داشت. این جنبش تا دهه ۱۹۹۰ ادامه یافت که با دو رویکرد مشخص می‌شد:

---

35 -اثر۱، ص ۲۴۸.

36 -اثر ۱، ص ۲۴۹.

الف) افزایش مشارکت قربانیان در دادگاه‌ها، و
ب) جبران خسارت برای قربانی.

به منظور شناسایی افرادی که قربانی جرایم شده‌اند و در معرض آسیب‌های آشکار و خصوصی و پنهان قرار می‌گیرند. جامعه شناسان و جرم شناسان مفهوم قربانی شناسی را توسعه دادند.

اصطلاح قربانی شناسی را نخستین بار مندلسون در سال ۱۹۴۰ برای نشان دادن کسانی که در فعالیت‌های مجرمانه رنج برده بودند، به کار برد. در مراحل اولیه مفهوم قربانی شناسی در شیوه‌ای اثبات‌گرا و محافظه‌کارانه برای تاکید بر موقعیت‌های که جرایم خشونت‌آمیز خیابانی به آنها صورت گرفته و شناسایی افرادی که قربانی شده بودند به کار گرفته شد. در سال ۱۹۷۵ افرایش توجه فمینیسم و مطالعات مربوط به قربانی شدن توده‌ای، موجب توسعه قربانی‌شناسی شد و توجه جامعه‌شناسان از خیابان به طرف خانه و محیط‌های خصوصی معطوف گشت. کشف زن آزاری و سایر اشکال خشونت خانگی به مفهوم‌پردازی مجدد قربانی کمک کرد، به جای قربانیانی که موضوع آسیب‌های عمومی بودند، قربانی شناسانی افراطی مفهوم قربانی را برای کسانی که در معرض آسیب‌های خصوصی یا پنهان بودند، گسترش دادند، این مفهوم نتنها قربانیان خشونت خانگی را در بر می‌گرفت، بلکه کسانی را که در جریان کار در اثر غفلت کار فرمایان صدمه می‌دیدند و نظایر آنها را نیز شامل می‌شد. از سال ۱۹۹۰ به بعد «قربانی شناسی انتقادی» به عنوان شاخه‌ای از قربانی‌شناسی به انتقاد از رویکردهای محافظه کارانه پرداخت و مقوله قربانی را به کسانی که حقوق انسانی آنان تضییع شده‌بود گسترش داد. مطابق این تعریف چنانچه دولت حقوق مردم را مورد غفلت قرار دهد، همه در معرض قربانی شدن هستند.

خلاصه

نظام دادرسی جنایی مجموعه‌ای از بوروکراسی غیر مستقل است که هر یک از آنها صلاحیت قابل ملاحظه‌ای برای رسیدگی به امور جنایی دارد. انتظارات مردم از پلیس در مقایسه با کارکنان سازمان‌های دیگر خیلی بیشتر است و بعضاً دوگانه، ماموران پلیس در استفاده از اجرای قانون در مورد مظنونان به ارتکاب جرم، حالتی از کشف و تردید دارند، زیرا آنان باید در یک محیط خطرناک این تصمیمات را بگیرند. پلیس کارکردهای مختلف دارد که مهم‌ترین آنها حفظ و نگه‌داری نظم است که ویلسون از آن به عنوان مدیریت تضادها یاد می‌کند. پلیس یکی از اجزای نظام‌های دادرسی جنایی است که مسوولیت ایجاد نظم و امنیت در جامعه، تعقیب متهمان و تحویل آنان به نظام دادرسی و محافظت از زندگی و دارایی شخصی افراد را به عهده دارد. مهم‌ترین فساد پلیس قبول شده با این هدف است که کاری را که وظیفه‌اش نیست انجام دهد و یا از وظیفه خود عدول کند. یکی از علل شیوع فساد و انحراف در سازمان پلیس این است که حرفه پلیس مملو از فرصت‌هایی برای فساد است از دیگر انحرافات اجتماعی رایج در بین نیروهای پلیس است که نرخ طلاق در بین ماموران پلیس در مقایسه با سایر حرفه‌ها بالاتر

است. بنسون براین باور است که تصویر منفی جامعه از نیروهای پلیس به بروز رفتار خشونت آمیز از طرف جامعه و پلیس منجر می‌شود باید این نگرش را در پلیس و مردم ایجاد کرد که پلیس یعنی مردم و مردم یعنی پلیس. جرم شناسان و جامعه شناسان، حقوق متهمان را همچون حقوق قربانیان در نظر گرفته‌اند. نخستین بار مندلسون برای نشان دادن کسانی که در فعالیت‌های مجرمانه رنج برده بودند اصطلاح قربانی‌شناسی را به کار برد و بر این نکته تاکید که باید به حقوق قربانیان نیز توجه شود.

منابع

۱- احمدی، حبیب، جامعه شناسی انحرافات، چاپ اول، تهران سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۴.

۲- گیدنیز، آنتونی، منوچهر صبوری، چاپ نزدهم، تهران، نشر نی، ۱۳۷۶.

۳- کوئن، بروس، مبانی جامعه شناسی، غلام عباس توسلی و رضا فاضل، چاپ هفدهم، تهران سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت) ۱۳۷۲.

۴-محسنی، منوچهر، مقدمات جامعه شناسی، چاپ هشتم، تهران، دیبا، ۱۳۷۰.

عوامل موفقیت و شکست عدالت در اندیشه رهبری و حاکمیت

قاسم قاموس

مقدمه

جامعه برای تغییر، به اندیشه‌ای نیاز دارد که راهکارهای هر گونه تغییری را از میان انبوه مهم و مهم‌ترین‌ها باز شناخته و برای تحقق این مهمترین، خوب رهبری شود. وظیفه اصلی رهبر، در واقع بازشناخت تمام اولویت‌های تغییر در جامعه است. چرا که اولویت‌های تغییر در هر جامعه‌ای، متفاوت از جامعه دیگر است. هر جامعه‌ای در هر دوره زمانی از مشکلات خاصی رنج برده‌است. در این میان، استعداد رهبری خوب در این بوده است که با چنین مشکلاتی به مبارزه برخواسته و خطوط مبارزاتی‌اش را در مهار و کاهش آن تعیین نموده و برای تحقق موفقیت در این زمینه تلاش نموده‌است. از این رو برای موفقیت در اجرای عدالت، توجه به موضوعاتی چون اندیشه عدالت، موانع عدالت، استعداد داوری قانونگذار، رابطه فرد با دولت و عکس آن، ماهیت فرمانروایی دولت، الهام و راهنمای سیاستمدار، وابستگی و واقعیت‌های استقلال، اصول و حصول صلح، فرصت‌های تحرک اجتماعی، استفاده از فرصت‌ها، عوامل پیشرفت و انحطاط دولت، شاخصه‌های یک دولت مورد احترام و مواردی از این گونه، به عنوان یک ضرورت، مطرح بوده‌است چیزی که در این نوشتار روی آنها بحث صورت گرفته‌است.

اهمیت عدالت اجتماعی

هنری دیوید تورو، در نیمه اول سده هژدهم زمانی که امریکا در جنگ‌های داخلی می‌سوخت و طرفداران و مخالفان بردگی، سخت به جان هم افتاده بودند با اندیشه نافرمانی اجتماعی به میدان آمد. هر چند میان اعلام رسمی نافرمانی اجتماعی تورو و جنگ‌های داخلی امریکا کمتر از ده سال فاصله بود اما در صورت استفاده درست از این اندیشه، می‌توانست وضعیت آن روز جامعه امریکا را به سوی تغییر بدون جنگ و خونریزی هدایت نماید. اساس طرح اندیشه نافرمانی اجتماعی تورو، تغییر از راه‌های مسالمت‌آمیز بوده‌است. او به این عقیده بود که از راه‌های مسالمت آمیز نیز می‌توان به تغییر دست یافت. تورو، همانند یک رهبر عادل، بحث عدم پرداخت مالیات سرانه را به میان کشید. چرا که باور داشت هزینه جنگ و برده‌داری از دریافت همین پرداخت مالیات تامین می‌شود. تورو در این زمینه در مورد مصرف مالیت‌ها با صراحت اعلام داشته‌است: «می‌خواهم از وفاداری و اطاعت دولت سرباز زنم و به نحو موثری از آن کناره گیرم و در کناری بایستم.»[۱]

تورو اما در کل مخالف پرداخت مالیات سرانه نبود، چرا که میان مالیات‌ها تفاوت قایل بود. اما چیزی که او را نخست آزار می‌داد هزینه کلان جنگ و برده‌داری از دریافت مالیات سرانه در برنامه کاری دولت مرکزی بوده‌است. اما در عین حال از برداشت سوای که می‌توانست از این حرکت و اندیشه او در جامعه بازتاب یابد واهمه داشت. او می‌خواست تنها به این خاطر با پرداخت مالیات سرانه به مخالفت برخیزد که دولت از هزینه بیت المال در امور تفرقه‌آمیز و خلاف منفعت همگانی دست بردارد. تورو به این باور بود که با این کنش می‌تواند دولت را سرانجام از هزینه غیر از توسعه و سازندگی از مصرف مالیات بازدارد و هیچ هدفی دیگری از این کنش در اندیشه‌اش نداشت. به گفته بی‌داونز: «تورو به هیچ رو نمی‌خواست که قیافه یک شهید و یا رهبر مقدس را به خود گیرد.»[۲]

تورو برای جلوگیری از این ذهنیت که پرداخت مالیات سرانه یک عمل ناعادلانه در سطح کلان ملی است و میان مالیات‌ها تفاوت قایل شده‌باشد و از سویی نیز از هر گونه برداشت غلط در این زمینه جلوگیری کرده‌باشد، گفته‌است: «من هرگز از پرداخت مالیات برای ایجاد و نگاه‌داری راه‌ها و شاهراه‌های مورد نیاز مردم و نیز از پرداخت مالیات برای ایجاد و نگاه‌داری مکاتب امتناع نکرده‌ام، آرزومندم که یک انسان خوب باشم.»[۳]

نافرمانی اجتماعی تورو، خیزش و یا تحریک خیزش همگانی در برابر دولت نیست با این‌که از وضعیت موجود و عملکرد دولت ناراضی است. او به این باور است که با نافرمانی اجتماعی در قالب اعتراض‌های بدون توسل به خشونت می‌توان دولت را از عملکرد غلط و خلاف منافع همگانی بازداشت. تغییر با این راهکار می‌تواند کم هزینه‌تر و با صرفه‌تر از هر گونه تغییری در جامعه باشد. وضعیت آن زمان امریکا برای افرادی مانند تورور و دیگر همفکران او غیر قابل تحمل بود. چرا که کشور در بسیاری از زمینه‌ها وضعیت ناهنجاری داشت. این زمانی بود که امریکا هنوز قدرت تولد نداشت و کشور از بسیاری جهات وابسته به دریافت مالیات سرانه بود تا

خودش را بچرخاند. تورو و همفکران او با درک همین موضوع و نکته آسیب‌پذیر دولت، بحث خودداری از پرداخت مالیات سرانه را در قالب «نافرمانی اجتماعی» پیش کشیدند.

موضوع عدم پرداخت مالیات سرانه از سوی تورو و همفکران او از سوی خود آنها در گام نخست به عنوان آغاز اعتراض همگانی در برابر عملکرد غلط دولت در پیش گرفته نشد. تورو و همفکران او با این کنش، در واقع به منبع اصل درآمد دولت حمله برده بودند. اهمیت این موضوع اما برای دولت، غیر قابل تحمل و پذیرفتنی نبود. از همین روی، در برابر کنشی که می‌توانست تغییر از پایین به بالا باشد واکنش داد و چنین حرکت و کنشی اصلاحگرانه را در موفقیت، با تاخیر روبه‌رو نمود

به گفته رابرت بی دوانز، تورو در ۱۸۴۳ به سبب نپرداختن مالیات سرانه بازداشت و زندانی شد. تورو، در مورد امتناع از پرداخت مالیات، از سرمش برونسون الکوت Bronson Alcott نویسنده کتاب زنان کوچک Little Women که دو سال پیش به همین جرم توقیف شده بود، پیروی کرد. هر دو آنها از این وسیله به منظور اعتراض علیه حمایتی که دولت از برده‌داری می‌نمود، استفاده می‌کردند.(۴)

در آن زمان، درک دولت از چنین موضوع با اهمیتی، پایین بود. شاید اگر دولت به نافرمانی اجتماعی تورو و همفکران او گردن می‌نهاد و آن را جدی می‌گرفت، می‌توانست کشور را از رفتن به سوی خشونت و درگیری میان طرفداران و مخالفان برده‌داری نجات دهد. در هر جامعه‌ای کسانی خطر را قبل از اتفاق، گوشزد کرده‌اند که اگر جدی با آن برخورد صورت گرفته و به آن توجه شده‌است، در نطفه خنثا شده‌است. این یعنی پیشگیری قبل از وقوع یک حادثه و بحران که می‌تواند در صورت بی‌توجهی به آن، کشور را به آشوب و خشونت و جنگ بکشاند. گزینه غیر از جنگ و خشونت برای تغییر، راهکارهای صلح جویانه و مسالمت‌آمیزی است که بدون دست بردن به ابزار جنگ، قابل دسترسی است. موفقیت در این زمینه، موفقیت اندیشه و ایده و تغییر اجتماعی – سیاسی در قالب نافرمانی اجتماعی اعتراضی برای تغییر و اصلاح در دولت غیر دموکراتیک بوده‌است.

اما وقتی تغییر با رویکرد خشونت‌گرایانه همراه بوده، هزینه کلانی روی دست جامعه و دولت گذاشته‌است. در جوامع دستخوش نوسازی و نااستواری سیاسی، بیشتر با راهکارهای خشونت‌گرایانه‌ای از تغییر روبه‌رو بوده‌ایم که از سوی گروه‌های سیاسی و اجتماعی برای دست‌یابی به تغییر در حاکمیت، در پیش گرفته شده‌است. وضعیت اجتماعی، سیاسی و فرهنگی و حتا اقتصادی، در این‌گونه جوامع که آشفته و نامناسب بوده در اتخاذ چنین پالیسی از سوی گروه‌های اجتماعی و سیاسی، دست یافتنی‌تر است. در حالی که هر گونه ایجاد تغییر در جامعه، با اندیشه پرهیز از خشونت، منطقی‌تر و دست یافتنی‌تر است. اما موضوع مهمتر در اینجا اهمیت عدالت اجتماعی است که می‌بایست در اندیشه رهبری ایجاد تغییر وجود داشته‌باشد.

تطبیق قانون و تامین عدالت

اصولاً زمینه نافرمانی اجتماعی در فرایند نابرابری‌های اجتماعی شکل گرفته و ریشه دوانیده‌است. لایه‌های جامعه، زمانی از اندیشه تغییر در قالب نافرمانی متاثر شده‌است که هر گونه کوشش در این زمینه برای تغییر، با شکست روبه‌رو بوده‌است. مادامی‌که اندیشه همگانی برای ایجاد تغییر در جامعه وجود نداشته، جامعه در فرایند کنش غیر دموکراتیک دولت، به سوی ناهنجاری‌ها و بحران اجتماعی و سیاسی پیش رفته‌است. در چنین وضعیتی، این وظیفه و مسوولیت رهبری جریان‌های اصلاح طلب در جامعه است که برای ایجاد تغییر در ساختار و عملکرد دولت، منطقی‌ترین راهکار را در پیش گیرند. چرا که هیچ کسی به اندازه رهبری جریان‌های اصلاح طلب، آگاهی از مشکلات جامعه نداشته و برای کاهش و مهار آن، تعهد و اندیشه ندارد.

در جوامع دستخوش نوسازی و نا استواری سیاسی به ویژه پس از جنگ‌های استقلال طلبانه و داخلی، بیش از هر زمان و وضعیت دیگر، گرایش دولت به سوی کنش غیر دموکراتیک بوده که چنین وضعیتی زمینه‌های شکل گیری نارضایتی‌ها از عملکرد دولت را در سطح گسترده‌تر به وجود آورده‌است. چرا که در این گونه وضعیت و شرایط اجتماعی و سیاسی، بیش از هر زمان و موقعیت دیگری زمینه‌های بروز ناهنجاری‌ها در سطح وسیع‌تر فراهم بوده‌است. در امریکا، پس از جنگ‌های استقلال طلبانه و خارجی، دقیقاً با وضعیت اجتماعی ناهنجاری روبه‌رو بوده‌ایم که ریشه در ماهیت دولت پس از جنگ و خشونت داشته‌است.

رابرت بی‌داونز، در آن سال‌ها وضعیت امریکا را این گونه به بررسی گرفته‌است: «جنگ امریکا و مکزیک در ۴۷-۱۸۴۶ تازه پایان یافته بود و برده داری مساله حادی به شمار می‌رفت. «قانون بردگان فراری» که خشم و آزردگی خاص تورو را بر می‌انگیخت، به زودی به مرحله اجرا می‌رسید. این مسایل به اضافه نبرد او علیه مالیات سرانه، الهام بخش نافرمانی اجتماعی بود.»[۵] موفقیت در هر گونه مبارزه‌ای مستلزم پایداری در ثابت نمودن آن ایده‌ای است که در اندیشه رهبری آن وجود داشته‌است. در هر جامعه‌ای نوع هنجارهایی که به ناهنجاری کشیده شده‌است مسیر مبارزه برای اصلاح آن را تعیین کرده‌است. کنش غیر دموکراتیکی که از سوی دولت صورت گرفته، کسانی را عملا در برابر عوامل آن کنش قرار داده‌است. تورو وقتی بحث نافرمانی اجتماعی را پیش کشید واکنش‌های متفاوتی در برابر چنین کنشی، از سوی موافقان و مخالفان آن بروز داده شده‌است. به نظر می‌رسد میان اندیشه تورو که در قالب نافرمانی اجتماعی، برجسته شده و دولت که از درآمد دریافت مالیات سرانه برای ترویج و گسترش برده‌داری سود برده، نیز طرفداران برده داری که بیشتر در جنوب امریکا در میان زمینداران بزرگ وجود داشته، تضاد بزرگی وجود داشته‌است. چرا که تورو همواره بر منع برده‌داری و محکومیت جنگ تاکید ورزیده و طرفداران آن در هیات دولت و زمینداران بزرگ جنوب، به ترویج آن کوشیده‌اند.

عامل عقیم ماندن اندیشه تورو که در قالب نافرمانی اجتماعی بازتاب یافته‌است، اصرار و پافشاری طرفداران جنگ و برده‌داری بوده که حاضر به عقب نشینی از موضع شان نبوده‌اند. چنین موضعی بدون شک اصل رابطه فرد با دولت و رابطه دولت با فرد را خدشه دار نموده و در بسیاری از زمینه‌ها با پرسش‌های جدی روبه‌رو نموده‌است. چرا که همین رابطه‌ها هستند که دولت-ملت را به وجود آورده و به قانونمندی آن کمک کرده‌است. ارزش انسان در یک جامعه، زمانی حفظ شده‌است که از تمام حقوق طبیعی و قانونی برخوردار بوده؛ تضمین کننده چنین حقی، دولت است. کار دولت، تنها اعمال قدرت و حکمروایی بر فرد نیست بلکه در سطح گسترده‌تر، تامین عدالتی است که قانون به عهده دولت گذاشته‌است.

اساس نارضایتی‌ها در جامعه زمانی گذاشته شده‌است که دولت از تطبیق درست مواد قانون، عاجز مانده و خود به عامل قانونگریزی تبدیل شده‌باشد. واکنش تورو به کنش دولت، ناشی از عملکرد دولت در قضایای جاری کشور بوده‌است. او می‌دیده که هر روز کشور به سوی بحران و ناهنجاری‌ها پیش می‌رود و نیاز به بازدارنده‌ای دارد که آن را از خطر سقوط حتمی نجات دهد. طرح و اندیشه تورو در قالب نافرمانی اجتماعی، نشانی از درک بالای او در این زمینه داشته‌است. رابرت بی داونز، اندیشه تورو و وضعیت دولت آن سال‌های امریکا را این‌گونه به بررسی گرفته‌است: «تورو که ذاتاً همه چیز بود جز سیاستمدار، معتقد شد که زمان بررسی ماهیت دولت و فرمانروایی آن فرا رسیده‌است. رابطه فرد با دولت و رابطه دولت با فرد، چگونه باید باشد؟ از مطالعه و تعمق در این پرسش‌ها بود که فلسفه تورو درباره استقلال فردی و مقام انسان در جامعه، پدید آمد.»(۶)

چگونگی رابطه فرد با دولت و رابطه دولت با فرد، اساس ماهیت دولت سازی و ملت سازی بوده‌است. اما این موضوع اساسی در بسیاری از جوامع انسانی مورد توجه قرار نگرفته و با بی‌تفاوتی و سهل‌انگارانه با آن برخورد می‌باشد. در حالی‌که شناسایی عامل ناهنجاری‌ها در جامعه، از وظایف دولت بوده‌است. اما وقتی دولت، خود به عامل ناهنجاری‌ها تبدیل شده، جامعه به سوی بحران و خشونت پیش رفته‌است. عوامل زیادی می‌تواند در بروز ناهنجاری‌ها در جامعه نقش داشته‌باشد و دولت نیز به عنوان بازدارنده و خنثاکننده هر گونه ناهنجاری‌ها وارد عمل شود تا زمانی‌که این‌گونه رابطه میان دولت و فرد وجود داشته، جامعه از خطر ابتلا به ناهنجاری‌ها در امان است. جامعه اما زمانی از کنترول خارج شده که دولت در مقام و موقعیت رهبری جامعه به وظیفه و مسوولیت خویش به خوبی عمل نکرده و راه خطا در پیش می‌گیرد. در حالی‌که اساس نجات یک جامعه از افتادن به دام ناهنجاری‌ها، برخورداری دولت از اندیشه عدالت اجتماعی می‌باشد. چرا که دولت، همواره شعار دموکراسی و عدالت اجتماعی سر می‌دهد.

پرسش اصلی اما همواره این بوده‌است که برای تحقق صلح و عدالت اجتماعی در جامعه، دولت تا چه اندازه تعهد و صداقت دارد؟ مادامی‌که تعهد و صداقت دولت در تطبیق قانون و تامین عدالت وجود داشته، قابل احترام بوده‌است. اما دولت فاقد ویژگی‌های یک دولت خوب،

هیچگاه مورد احترام فرد به عنوان ملت نبوده‌است. تورو گفته‌است: «تحمل مجازات مقاومت در برابر دولت، برای من از هر لحاظ سهل‌تر از اطاعت فرمان‌های حکومت است. احساس می‌کنم که اگر به اوامر دولت گردن می‌نهادم، ارزش کمتری می‌داشتم.»[۷] تورو به عنوان یک فرد ناراضی از علمکرد دولت در حمایت از جنگ و برده‌داری، درعمل ثابت کرده‌است که اساس مخالفت او با دولت و عملکرد آن، تحقق انسانی‌تر قانون و تامین عدالت اجتماعی است که دولت به آن توجه نکرده‌است.

راه خطا و خلاف منفعت همگانی

هدایت جامعه به سوی پویایی و توسعه، در عملکرد دولت است. مادامی‌که اندیشه پیشرفت و نوآوری در اندیشه دولتمردان وجود داشته، جامعه به این مسیر حرکت می‌کند. بهترین مثال در این زمینه کشورهای جنوب شرق آسیا خواهد بود که در کمتر از نیم سده به پیشرفت و توسعه همگانی دست یافته‌اند.

همین طور ایالات متحده امریکا که در مدت چیزی بیشتر از دو سده به یکی از قطب‌های بزرگ اقتصادی و صنعتی جهان تبدیل شده که. همه اینها نتیجه تلاش و کوشش دولتمردان این کشورها می‌باشد. اما موضوع مهمتر درفرایند هر پیشرفت و توسعه، توجه به اصل توسعه متوازن و استفاده از تمامی ظرفیت‌های موجود در یک جامعه است. چرا که نیروهای خلاق جامعه در سراسر کشور پراکنده‌اند و شناسایی و کشف و استفاده از توانایی‌های برتر افراد در جامعه است که جامعه را به سوی پیشرفت و توسعه می‌برد.

عدالت اجتماعی در چنین وضعیتی است که اهمیت خود را به عنوان یک اصل توسعه همگانی بازیافته است. اما وقتی دولت به اصل توسعه همگانی و توسعه متوازن بی‌اعتنا است و اهمیتی به آن قایل نیست زمینه‌های پیشرفت و توسعه نیز به خودی خود از بین رفته و جامعه به سوی وابستگی به قدرت اقتصادی و سیاسی پیش می‌رود.

رهبران گروه‌های اجتماعی و سیاسی اصلاح طلب با توجه به درک چنین موضوع مهمی در برابر عملکرد غیر دموکراتیک دولت قرار گرفته و به اصلاح ساختار دولت تاکید ورزیده‌اند. تورو به عنوان یک رهبر اجتماعی اصلاح طلب با طرح نافرمانی اجتماعی با هدف اصلاح عملکرد غلط دولت در برابر دولت قرار گرفت. رابرت بی داونز می‌گوید: «تورو به گفته، خودش شش سال به پیروی از اصول خویش مالیات سرانه نپرداخت. مدت کوتاهی که در زندان به سر برد در عقاید وی تزلزلی به وجود نیامد، بلکه علاقه و احترام او به دولت کمتر [نیز] شد.»[۸]

موفقیت در اصلاح جامعه می‌بایست از اصلاح دولت آغاز شده‌باشد. چرا که دولت فاسد، جامعه را به فساد می‌کشد. پس هرگونه تغییر می‌بایست به اصلاح ساختار دولت بینجامد تا نتیجه آن در سطح جامعه احساس گردد. وقتی جامعه به سوی قانونگریزی پیش رفت، عامل آن تطبیق ناقص قانون از سوی دولت می‌باشد. ضرورت تغییر در ساختار دولت، زمانی احساس شده‌است که دولت، فاقد اندیشه تحقق عدالت اجتماعی در جامعه باشد. از این رو چنین دولتی

همواره از سوی رهبران گروه‌های اجتماعی و سیاسی فعال، مورد سرزنش قرار گرفته و در برابر عملکرد آن، به مخالفت برخاسته‌اند.

در چنین وضعیتی نظر به ساختار سیاسی و اجتماعی هر جامعه، نوع و ابزار مخالفت‌ها و راهکارهای بازدارنده برای توقف عملکرد غلط دولت‌ها، متفاوت بوده‌است. چنانچه در امریکا در سده هژدهم، موضوع مالیات سرانه از اهمیت زیادی برخوردار بوده و به همین روی، تورو و همفکران او به عنوان رهبران گروه‌های اجتماعی ناراضی، از عدم پرداخت مالیات سرانه به دولت به عنوان یک ابزار قوی بازدرانده عملکرد غلط دولت استفاده کرده‌اند که در قالب نافرمانی اجتماعی صورت گرفته‌است.

رابرت بی داونز می‌گوید: «تورو، به عنوان مظهر نافرمانی اجتماعی، شیوه‌ای را که دست یازیدن بدان برای همه کس مسیر و بلامانع است معرفی و توجیه و تبلیغ می‌کند و آن: امتناع ورزیدن از پرداخت مالیات است. تورو می‌اندیشد که اگر هزار نفر و حتا عده کمتری، نارضایتی خویش را از دولت بدین سان بیان کنند، اصلاحات خواه ناخواه به دنبال آن خواهد آمد، گرچه مقاومت در برابر هیات حاکمه تنبیه و مجازات را در برداشته‌باشد.»[۹] مهم، آغاز حرکت اصلاح‌گرانه رهبران گروه‌های اجتماعی و سیاسی برای اصلاح دولت غیر دموکراتیک می‌باشد. اما مهم‌تر از آن، ابزار و راهکارهای موثری است که می‌بایست برای اصلاح عملکرد غیر دموکراتیک دولت مورد استفاده قرار گیرد.

موضوع بازهم مهم‌تر در روند و فرایند اصلاح دولت غیر دموکراتیک، عدالتی است که حرکت اصلاحگرانه رهبران گروه‌های اجتماعی و سیاسی را هدف و جهت داده‌است. از این رو، عدالت اجتماعی لازمه هرگونه حرکت‌های اصلاح‌گرانه‌ای است که برای اصلاح دولت‌های غیر دموکراتیک سازماندهی شده‌است. چرا که موفقیت حرکت‌های اصلاحگرانه، مستلزم برخورداری از عدالت اجتماعی است که در اندیشه رهبران اصلاحات وجود داشته است. شاید تفاوت عمده میان عملکرد دولت و یا هر سیاستمدار و سرمایه‌دار طرف را عملکرد دولت و رهبران اصلاح طلب، اجرای عدالت اجتماعی بوده که یکی فاقد این اندیشه و دیگری برخوردار از این اندیشه بوده‌اند.

به گفته تورو: «واقعیت مطالب این است که مخالفین اصلاحات ماساچوست یکصد هزار سیاستمدار ولایت‌های جنوبی امریکا نیستند بلکه یکصد هزار تاجر و مالک هستند که به تجارت و کشاورزی بیش از انسانیت علاقه‌مندند و به هیچ قیمتی حاضر نیستند در برابر بردگان و کشور مکزیک عادلانه رفتار کنند.»[۱۰] دقیقاً آنچه یک حرکت اصلاحگرانه را به موفقیت رسانده عمل به شعارهایی بوده‌است که از سوی رهبران اصلاح طلب داده شده و تحقق عدالت اجتماعی از برجسته‌ترین این شعارها می‌باشد.

سقوط و انحطاط دولت‌ها در بیشتر موارد، عامل درونی داشته‌است. یعنی دولتی که با شعار و برنامه‌های کاری توسعه متوازن، فقر زدایی و اشتغال زایی با هدف تحقق برابری اجتماعی روی کار آمده، در عمل اما به شعارها و برنامه‌های کاری‌اش عمل نکرده و راه خطا و خلاف منفعت

همگانی در پیش گرفته‌است. برای گروه‌های اجتماعی و سیاسی و رهبران اصلاح طلب نیز در صورت دست‌یابی به قدرت و عمل نکردن به شعارها و برنامه‌های کاری شان، چنین سرنوشتی قابل پیش‌بینی است. بدون شک، تحقق عدالت اجتماعی در جامعه، زمانی با موفقیت همراه است که اندیشه آن در ایده دولتمردان و رهبران سیاسی و اجتماعی وجود داشته‌است.

موانع اقتصادی عدالت

عامل اقتصادی، همواره یکی از موانع عمده در راه تحقق عدالت در جامعه است. انباشت پول و عدم توزیع عادلانه آن در جامعه، به ناکامی توسعه اقتصادی می‌انجامد، چرا که به پولدارشدن افراد و گروه‌های خاصی کمک کرده و مانع استفاده آن در سطح کلان ملی می‌شود. اندیشه عدالت وقتی در دولت وجود نداشته به جای توسعه اقتصادی، افراد و گروه‌های خاصی به پول‌های کلان دست یافته‌اند که در نهایت، به فاصله طبقاتی تمام شده‌است. دولت در چنین وضعیتی که خود به وجود آورده به جای توجه به مردم، به حمایت طبقه ثروتمند و صاحب شرکت‌های بزرگ چشم دوخته‌است، در این‌گونه جوامع رابطه دولت با فرد بر معیارهای دموکراسی استوار نبوده بر معامله و باج‌دهی و امتیازگیری همراه بوده‌است.

افراد و گروه‌هایی که در یک نظام متمرکز و غیر دموکراتیک به قدرت اقتصادی دست یافته‌اند همواره منافع شان در حمایت از دولتی برآورده گردید که در موجودیت و اقتدار آن به پول و ثروت رسیده‌اند. از این رو در هیچ یک از حرکت‌های اصلاحی گروه‌های اجتماعی و سیاسی برای تغییر در عملکرد دولت سهم نگرفته و حتا در برابر آن ایستاده‌اند. زمانی‌که تورو به عنوان یک ناراضی اجتماعی، حرکت اصلاحی‌اش را با طرح نافرمانی اجتماعی آغاز کرد در نخستین گام، از پرداخت مالیات سرانه خودداری کرد. او می‌پنداشت با این‌گونه حرکت اصلاحی، گروه‌های زیادی از اجتماع با این حرکت او همسو خواهند شد. چرا که به چنین واکنشی از سوی توده‌های مردم امیدوار بود. اما هیچگاه به همراهی افراد و گروه‌های ثروتمند و صاحب شرکت‌های بزرگ که صاحب قدرت اقتصادی زیادی بودند امیدی نداشت.

رابرت بی داونز می‌گوید: «تورو می‌دید که طبقه مالک و ثروتمند اگر بخواهد سر به شورش و عصیان بردارد آن قدر منافع و علایق مالی دارد که قادر به چنین کاری نباشد.»[11] صاحبان شرکت‌های تولیدی و تجارتی برای حفظ قدرت اقتصادی شان، همواره نگران امنیت مالی و جانی شان بوده‌اند. از این رو هرگونه حرکت‌های اصلاحگرانه‌ای که از سوی گروه‌های اجتماعی و سیاسی برای اصلاح عملکرد دولت در پیش گرفته می‌شود به نوعی تهدید برای قدرت اقتصادی گروه‌ها و افراد انحصارگر قدرت اقتصادی نیز به شمار می‌آید. بی تفاوتی و واکنش مخالف افراد و گروه‌های انحصارگر قدرت اقتصادی در برابر حرکت‌های اصلاحگرانه گروه‌های سیاسی و اجتماعی که خواستار اصلاح عملکرد غلط دولت اند، قابل تامل و بررسی است.

از دلایل عمده طرفداری افراد و گروه‌های ثروتمند و صاحب قدرت اقتصادی از دولت، حتا زمانی‌که عملکرد غیر دموکراتیک داشته، نگرانی از به خطر افتادن قدرت اقتصادی و از دست دادن آن بوده‌است. درحالی‌که توده‌های مردم با تبعیضی که در مورد آنها از سوی دولت اعمال

شده و از روند و فرایند توسعه اقتصادی به دور مانده‌اند چیزی برای از دست دادن نداشته‌اند تا در روند حرکت‌های اصلاحی نگران آن باشند. از سویی نیز توده‌های مردم در چنین وضعیتی هیچ‌گونه وابستگی به دولت نداشته‌اند تا مانع موضع‌گیری آنها در برابر عملکرد غلط دولت شده‌باشد. اما وضعیت طبقه ثروتمند در این میان کاملاً متفاوت با وضعیت اکثر توده‌های مردم بوده‌است که در تمام زمینه‌ها از حقوق طبیعی شان محروم بوده‌اند.

تورو گفته‌است: «مرد ثروتمند، بی‌آن‌که بخواهیم در مقام قیاس‌های رنجش‌آور برآییم، برای همیشه به دستگاهی که او را ثروتمند می‌سازد فروخته می‌شود و بدان پای‌بند است. اگر بخواهیم درست و دقیق سخن گوییم باید بگوییم: پول هر اندازه بیشتر، تقوا به همان اندازه کمتر، زیرا پول واسطه میان انسان و اشیای دلخواه اوست و آنها را برای وی فراهم می‌آورد.»[۱۲] اقتصاد، همواره عامل رشد و توسعه انسانی در جامعه می‌باشد. این البته زمانی میسر است که عملکرد دولت، منفعت همگانی را در نظر گرفته و براساس چنین مسوولیت و مصلحتی عمل کرده‌باشد. اما اقتصاد، زمانی مانع توسعه اجتماعی می‌شود که بدون درنظرداشت منافع همگانی، در خدمت افراد و گروه‌های خاصی قرار بگیرد. در فرایند چنین وضعیت اجتماعی، طبقه ثروتمند و صاحب شرکت‌های تولیدی و تجارتی از میان افراد و گروه‌های انحصارگر امکانات اقتصادی به وجود آمده‌است.

امکانات اقتصادی در حالی‌که متعلق به تمام توده‌های مردم در یک جامعه است اما وقتی با عملکرد غلط دولت در انحصار افراد و گروه‌های خاصی درآمده، خود تبدیل به مانع توسعه همه جانبه در جامعه شده‌است. تمام اینها ناشی از سیاست غلط دولت در فرایند نوسازی بوده که پول و دیگر امکانات برای توسعه همه جانبه را در انحصار افراد و گروه‌های خاصی قرار داده و به این ترتیب، هم توسعه همه جانبه و هم تحقق عدالت را در سطح کلان ملی با ناکامی روبه‌رو کرده‌است. چرا که عدالت، زمانی قابل اجرا است که موانع آن قبلا برداشته شده‌باشد. از این رو آغاز حرکت‌های اصلاحی برای اصلاح عملکرد غلط دولت می‌تواند به عنوان یک راهکار مناسب و بجا مطرح باشد. در این میان، همراهی توده‌های مردم از چنین حرکت‌هایی می‌تواند در موفقیت آن تاثیر زیادی داشته‌باشد.

آنهایی‌که با حرکت‌های اصلاحی برای اصلاح عملکرد غلط دولت، همراه می‌شوند می‌بایست تعهد لازم را در این راستا داشته‌باشند. به صورت معمول، کسانی با حرکت‌های اصلاحی با هدف اصلاح و تغییر در عملکرد دولت، همراه می‌شوند که دغدغه منافع ملی داشته و از عدم تحقق و تطبیق عدالت در جامعه رنج برده‌اند. یک نظریه در این زمینه این بوده‌است که به صورت معمول، افرادی آغازگر حرکت‌های اصلاحی بوده‌اند و یا با آن همراه شده‌اند که از توان و امکانات اقتصادی بی‌بهره بوده‌اند. شاید هنری دیوید تورو از جمله این گونه افراد بوده که دلبستگی به ثروت نداشته‌است. به گفته رابرت بی داونز: «تورو که پای‌بند ثروت نبود می‌توانست مقاومت کند.»[۱۳]

شاید یکی از راهکارهای موثر در اصلاح عملکرد دولت، مقاومت در برابر مجازات دولت باشد که در برابر افراد و گروه‌های اصلاح طلب، اعمال شده‌است. بدون شک، همه، توان مقاومت در برابر مجازات‌های اعمال شده دولت را نخواهند داشت و به زودی میدان مبارزه را به نفع دولت و عوامل حمایتی آن خالی خواهند کرد. اما در این میان کسانی نیز تا آخر خواهند ایستاد و در برابر هرگونه زورگویی و اعمال فشار دولت و عوامل آن مقاومت خواهند کرد. برای هر گونه تغییر در عملکرد دولت که مانع تحقق عدالت گسترده در جامعه شده‌است توسل به هر وسیله مناسب به عنوان یک راهکار می‌بایست مورد استفاده قرار گیرد. اصلاح سیستم اقتصادی دولت و ضرورت تحقق توسعه اقتصادی می‌تواند از انباشت پول در مراکز معینی جلوگیری نموده و برای برنامه‌های نوسازی در سراسر کشور هزینه شود. اما عملکرد غلط دولت در این زمینه برنامه‌های توسعه متوازن را با شکست روبه‌رو نموده و مانع تحقق عدالت در جامعه شده‌است.

استعداد داوری قانونگذار

پرسشی که همواره در مورد قانونگذار مطرح بوده، این است که آیا یک قانونگذار خوب یا متوسط در زمان قانونگذاری، استعداد داوری درباره موضوعات اجتماعی را دارد یا فاقد چنین استعدادی است؟ اصلاً می‌بایست قانونگذار دارای چنین ویژگی‌هایی باشد که به ساختن قانون و نقد آن، همزمان توانایی داشته‌باشد. تمام موضوعات و مسایل کوچک و بزرگی که در جامعه وجود دارد در حیطه کار قانونگذار می‌باشد. از این رو کار قانونگذار پرداختن به تمام موضوعات و مسایلی است که قانون، صلاحیت آن را به قانونگذار داده‌است.

قانونگذار اما تا چه اندازه به این وظیفه‌اش عمل کرده و چقدر کوتاهی از او سر زده، بحث اصلی در اینجا می‌باشد. مادامی‌که قانونگذار توانایی نقد و بررسی موضوعات و مسایلی را که قرار است قانونی برای آن بسازد یا ساخته است نداشته‌باشد، همواره یک گوشه کار خواهد لنگید. شاید قانونگذار توانایی ساختن قانون خوبی را داشته اما در مقام منتقد، ضعیف عمل کرده‌است. از نظر تورو قانونگذاران از استعداد داوری مفید و موثر درباره مسایل نسبتاً کوچک، چون وضع مالیات و امور مالی و تجارتی و صنعتی و کشاورزی، بی‌بهره‌اند. [زیرا] اگر بنا باشد که هادی و راهنمای ما فقط قدرت سخنوری قانونگذارانی باشد که از تجارب درست و شکایات مثبت مردم استمداد نجسته‌اند، امریکا نخواهد توانست مقام خود را در میان ملت‌ها دیر زمانی حفظ کند.[۱۴]

قانون ساخته‌شده، زمانی از کیفیت و ویژگی‌های خوب برخوردار است که قانونگذار، دانش قانونی و توانایی نقد و بررسی آن را داشته‌باشد. قانونگذار وقتی از چنین ویژگی برخوردار است که قانون ساخته‌شده قبل از ساخته شدن، تا حدود زیادی ضعف زدایی شده‌باشد. در حالی‌که در وضعیت خلاف چنین فرایندی، قانون ساخته‌شده از ضعف و مشکلات زیادی رنج خواهد برد. تنها دانش قانونی برای یک قانونگذار کافی نیست بلکه غایت جامعه ایده‌آل، قانونی است که از کمترین ضعف و نارسایی برخوردار است.

شرایط قانونگذار خوب، همانند داستان نویسی است که با ویژگی‌های نقد داستان آشنا است و تجربه‌هایی هم به شکل تیوری و عملی در نقد نویسی دارد. چنین تجربه‌ای دستاورد فراگیری دانش نقد نویسی در زمینه نقد و بررسی داستان است که یک نویسنده داستان می‌بایست برای کیفیت کاری‌اش از آن برخوردار باشد. چرا که داستان نویس موفق کسی است که بر کار نقد داستان نیز اشراف دارد و ویژگی و شاخصه یک داستان خوب و قوی را از داستان متوسط و یا تا حدودی برخوردار از ویژگی‌های خوب، تشخیص داده بتواند.

شرایط و ابزار برای نقد و بررسی قانون نیز این گونه است. هیچ کس بهتر از قانونگذار تشخیص داده نمی‌تواند که چگونه قانونی با چه ویژگی‌هایی برای جامعه، مناسب است. زیرا مردم، تابع قانون هستند و دولت، مجری آن. از این رو این وظیفه قانونگذار است که در موقعیت قانوندان و قانون شناس، یک قانون با ویژگی‌های خوب بسازد. چرا که قبلاً جایگاه همه مشخص شده‌است. یعنی مردم، دولت و قانونگذار، هر کدام وظایف و مسوولیت‌هایی دارند که در قانون اساسی درج شده‌است. هدف غایی در هر جامعه‌ای این است که قانون ساخته‌شده به صورت واقعی آن تطبیق گردد.

اهمیت تشخیص و تفکیک جایگاه گروه‌های اجتماعی در جامعه همواره به عنوان یک بحث جدی مطرح بوده‌است. نظر روسو در این زمینه این بوده‌است: «مردمی که تابع یک قانون هستند باید خود انشاکننده آن باشند؛ اساسنامه یک شرکت باید به وسیله کسانی تنظیم شود که تشکیل‌دهنده آن شرکت هستند. ولی آنها چگونه این اساسنامه را تنظیم می‌کنند؟ آیا این کار به صورت یک توافق مشترک یا یک الهام ناگهانی صورت خواهد گرفت؟ آیا هیات سیاسی عضوی دارد که بیانگر خواسته آن باشد؟... چگونه یک توده چشم بسته و نا آگاه که به ندرت می‌داند که چه می‌خواهد (زیرا به ندرت می‌داند که چه چیز برایش خوب است) می‌تواند مساله‌ای به این دشواری یعنی طرح یک نظام قانونگذاری را برای خود حل کند؟ مردم به خودی خود همواره در جست‌وجوی سعادتند؛ ولی، خود به تنهایی همیشه نمی‌دانند که سعادت‌شان در چیست. اراده همگانی همیشه درست است، ولی آن قوه تشخیصی که راهنمای آن است همیشه روشن نیست...»[۱۵]

وقتی از جامعه قانونمند صحبت به میان می‌آید دقیقاً به این معنا است که نخست، قانون خوب وجود داشته‌باشد، چنین قانونی، خوب اجرا شده‌باشد و در گام بعدی، مردم تابع قانون، تبعیت خوبی از قانون‌ساخته و وضع‌شده داشته‌باشند. تمام اینها در صورتی ممکن است که جایگاه همه گروه‌های اجتماعی و سیاسی و قانونگذاری در جامعه روشن باشد. مادامی‌که هرگونه عدم شفافیت در کارکرد گروه‌های قانونگذاری از یکسو و سهل‌انگاری در اجرای قانون وضع‌شده از سوی دیگر در عملکرد گروه‌های سیاسی بر سر اقتدار وجود داشته، اختلال در نظم جامعه پیش آمده و جامعه به سوی قانونگریزی پیش رفته است. به صورت مشخص، قانونگذار در بسیاری موارد می‌تواند جلو قانونگریزی‌ها را در جامعه بگیرد. این در صورتی

ممکن است که زمینه‌های ساختن قانون و موانع اجرای آن از نگاه اجتماعی و فرهنگی، قبلا از سوی قانونگذار، شناسایی و در قانون ساخته‌شده مورد بررسی قرار گرفته‌باشد.

در یک نتیجه‌گیری کلی می‌توان گفت که قانونگذار می‌بایست غیر از داشتن از دانش قانونی، منتقد و مفسر قانون نیز باشد. یعنی دانش بررسی و تفسیر قانون را نیز به صورت عملی و نظری دارا باشد. چرا که موفقیت قانون‌ساخته و وضع‌شده در این است که از سوی فرد، مورد پذیرش و تبعیت قرار گیرد. تورو در این زمینه در موقعیت فرد به عنوان تابع قانون گفته‌است: «من خواستار ستیزه با هیچ انسان و هیچ ملتی نیستم. من نمی‌خواهم میان افراد جدایی اندازم و یا این‌که خود را بهتر از همنوعان خویش جلوه دهم. بلکه می‌توان گفت حتا می‌کوشم بهانه‌ای بجویم تا به موجب قواعد و قوانین این کشور رفتار کنم. اما حقیقت این است که نمی توانم با شتاب‌زدگی خود را آماده تبعیت از قوانین سازم. در حقیقت دلایلی در دست دارم که از این جهت درباره خود مشکوک باشم. هر سال که هنگام وصول مالیات فرا می‌رسد مایلم اعمال و وضع دولت مرکزی و ایالات، و روحیه مردم را مورد تجدید نظر قرار دهم تا بهانه‌ای بیابم که بر طبق قواعد و قوانین رفتار کنم و اعمال خویش را با آنها هماهنگ سازم.»[۱۶] وقتی قانونگذار فاقد استعداد داوری در مورد قانونی است که خود، ساخته، بدون شک در اجرا با مشکل روبه‌رو خواهد بود که هزینه کلانی برای دولت و مردم خواهد داشت.

دولت بر ضد فرد

این همواره فرد نیست که در برابر دولت به مخالفت برخاسته است بلکه زمانی هم دولت بر ضد منافع فرد عمل کرده‌است. اصولاً دولت دست به کنشی نمی‌زند که منافع فرد در موقعیت ملت، متضرر گردد. از این رو دولت همواره به آنچه می‌اندیشد که منافع فرد در آن لحاظ شده‌باشد. اما بدترین وضعیت سیاسی و اجتماعی در یک جامعه زمانی است که دولت، بی‌مهابا و به دور از اندیشه ملی بر ضد منافع همگانی جامعه کنشی را مرتکب شده و به چنین کنش ضد ملی پافشاری کرده‌است. به گفته تورو: «این درست ناشی از طبع حکومت است که با تحولات و اصلاحات به مخالفت برخیزد و با منتقدان خویش بدرفتاری کند.»[۱۷] این تنها نوعی از ضدیت با فرد از سوی دولت بوده‌است.

بدرفتاری از سوی دولت با فرد در موقعیت منتقد، با این‌که قابل پذیرش نیست اما قضیه زمانی پیچیده و غیر قابل تحمل نشده که دولت کاملاً ضد منافع ملی جامعه و فرد عمل کرده‌است. چنین وضعیتی بیشتر در زمانی صورت گرفته که کشور از استقلال واقعی برخوردار نبوده و قدرت‌های بزرگ نظامی و اقتصادی به صورت مستقیم و غیر مستقیم در آن سلطه داشته‌اند. در حالی‌که دولت دموکراسی رفتار کاملا منطقی و عاقلانه در قضایای کشور در پیش می‌گیرد. زیرا از ویژگی‌های دولت دموکراتیک، رعایت اصول دموکراسی در جامعه است. وقتی فرد با تمام احساس و اشتیاق، به نفع دولت دموکراسی رای داده‌است انتظار عمل دموکراسی را از دولت دارد.

اما وقتی دولت راه خطا در پیش می‌گیرد و بر ضد فرد عمل می‌کند در واقع با تمام اصول دموکراسی به ضدیت برآمده‌است. زیرا فردی که تحقیر یا بازداشت شده، نماینده ملتی است که به چنین سرنوشتی گرفتار آمده‌است. فرقی نخواهد داشت که چنین فردی نامدار است یا گمنام. چرا که در هر دو صورت، اصول دموکراسی نقض شده‌است. پس دموکراسی و عمل به آن از سوی دولت می‌تواند به عنوان یک بازدارنده قوی در جلوگیری از عمل غیر دموکراتیک از سوی دولت مطرح باشد.

اما وقتی اصول دموکراسی در یک جامعه از سوی دولت دموکراسی نقض می‌گردد زمینه هر گونه سوء استفاده و برداشت غلط از دموکراسی فراهم شده‌است. دولت در چنین وضعیت و شرایطی در جنگ با منتقدان و مخالفان خویش از شگردها و ابزار زیادی سود برده‌است. آنجا که یکی را تکفیر کرده و دیگری را با مارک‌های مختلف به جامعه معرفی کرده‌است. تمام اینها در دولت دموکراسی وقتی اتفاق افتاده، آبروی دموکراسی می‌رود. وقتی دولت به صورت واقعی از اصول دموکراسی فاصله گرفته و دیکتاتوری پیشه کرده برای توجیه کنش ضد دموکراسی که در پیش گرفته به مسایل و موضوعاتی چون مذهب، دین و عقیده و دیگر گرایش‌های اجتماعی و فرهنگی متوسل شده‌است.

تورو زمانی پرسش در برابر چنین دولتی را این گونه مطرح است: «چرا مسیح را هماره حکومت به صلیب می‌کشد و کوپرنیک و لوتر را همیشه حکومت تکفیر می‌کند و واشنگتون و فرانکلین را پیوسته یاغی می‌خواند؟»[۱۸] چنین رویکردی در هر کشوری می‌تواند اتفاق بیفتد. اما آنچه مهم است شناسایی راه‌های مبارزه با آن بوده‌است. زیرا دولت‌ها در هر کشوری از راه‌های مختلف به ضدیت با فرد برآمده‌است. از این رو با هر دولتی می‌بایست از همان راهی وارد شد و آن را از کنش ضد دموکراتیک بازداشت که در پیش گرفته‌است. وقتی دولت به ضد فردی عمل می‌کند که هیچ‌گونه عملکرد ضد منافع همگانی نداشته، روشن می‌گردد چنین عملی برخاسته از نوعی گرایش غیر ملی از سوی دولت بوده‌است. چنین عملی از سوی دولت، می‌تواند ریشه‌های قومی، نژادی، زبانی و یا مذهبی داشته‌باشد.

هرگونه ضدیت با فرد از سوی دولت در سطح گسترده‌تر، به نارضایتی فرد از دولت می‌انجامد و زمینه‌های خیزش را به وجود می‌آورد. موضع خصمانه دولت در برابر فرد، از ویژگی‌های دولت دیکتاتور بوده‌است. چرا که اندیشه دولت دیکتاتور، موضع خصمانه در برابر فرد بوده‌است. این فرد که شکل همگانی داشته در برابر دولتی که بر او حکومت کرده همواره یک اکثریت مطلق بوده‌است. از این رو، دولت می‌بایست به نفع این اکثریت، کار و عمل نماید.

به عنوان یک عمل بازدارنده در برابر دولتی که همچنان با اندیشه و رویکرد ضد فرد پیش می‌رود راه‌های بی‌شماری موجود است که در هر جامعه‌ای می‌تواند متفاوت باشد. عدم شرکت در انتخابات ریاست جمهوری، پارلمانی، شهرداری‌ها، شوراهای شهر و غیره می‌تواند یکی از متعدد راه‌های مبارزه با دولت ناقض اصول دموکراسی باشد. اما تا زمان برگزاری انتخابات آینده و تا اتمام دوره ریاست جمهوری، پارلمانی و غیره می‌بایست راه‌های غیر از این جست‌وجو

گردد تا نتیجه زودتر حاصل گردد. اما یکی از راه‌های بازدارنده دولت ناقض اصول دموکراسی از ضدیت با فرد و جامعه، امتناع از پرداخت مالیات سرانه است.

تورو گفته‌است: «امتناع ورزیدن از پرداخت مالیات است [که دولت را می‌تواند از اعمال ضد اصول دموکراسی در برابر فرد و جامعه بازدارد.»[۱۹] خودداری از پرداخت مالیات سرانه از سوی فرد می‌تواند به عنوان یک عمل بازدارنده و اصلاح دولت مورد استفاده قرار گیرد. اما این عمل بازدارنده در جوامع توسعه نیافته که هنوز پرداخت مالیات سرانه موضوع ناآشنایی است و یا به صورت بسیار ناچیزی اخذ می‌گردد نمی تواند کارآیی چندانی داشته‌باشد.

به هر روی، خودداری از پرداخت مالیات سرانه می‌تواند یک عمل بازدارنده قوی در برابر عملکرد غیر دموکراتیک دولت دموکراسی باشد. حتا اگر دولت بر ضد تمامی کسانی‌که از پرداخت مالیات سرانه سرباز زده‌اند وارد عمل شود و به بازداشت آنها پردازد، در نهایت، موفقیت با فرد خواهد بود.

تورو گفته‌است در چنین وضعیتی: «هنگامی که دولت مردم را به ناحق به زندان می‌افکند، جایگاه درست و واقعی انسان شریف و هوادار حق و عدل زندان است... اگر دولت بر سر این دو راهی قرار گرفته‌باشد که آیا همه مردان شریف را باید به زندان افکند یا این‌که از جنگ و برده‌داری دست بردارد، دولت رد انتخاب راه دلخواه خویش تردید به خود راه نخواهد داد.»[۲۰] بی داونز می‌گوید فرد به عنوان: «تابع حکومت، با پرداخت مالیات به یک دولت ستمگر، ستمکاری‌های وی را نادیده می‌گیرد و بر آنها صحه می‌گذارد.»[۲۱] از هر راه ممکن می‌توان در برابر دولت ستمگر ایستاد و چنین حاکمیتی را از عملکرد غیر دموکراتیک و خلاف منافع همگانی فرد و جامعه بازداشت. با چنین کنشی می‌توان به ضدیت دولت با فرد خاتمه داد و زمینه حاکمیت دموکراسی واقعی را به وجود آورد.

ماهیت فرمانروایی دولت

دولت همواره به عنوان یک قدرت، حکومت می‌کند. اما باید دید این قدرت از کجا به دست می‌آید؟ کسانی‌که چنین قدرتی را به دولت داده‌اند، در مقابل آن، چه چیزی از دولت مطالبه داشته‌اند. چرا که در این میان قانونی که از سوی قانونگذار ساخته شده و از سوی دولت وضع شده روی توده‌های مردم به اجرا گذاشته شده‌است. از این رو ماهیت چنین قانونی بسیار با اهمیت است که چگونه ساخته و چگونه وضع شده‌است. زیرا مرز میان قانون و بی‌قانونی از همین‌جا تفکیک می‌گردد. بدون شک قانون ساخته و وضع شده می‌بایست در یک نگاه کلی منفعت همگانی را در سطح کلان ملی در نظر گرفته باشد. چرا که هر گونه سهل‌انگاری در این زمینه، توده‌های مردم را در برابر قانون ساخته شده قرار خواهد داد که از سوی دولت، وضع شده‌است. در چنین وضعیتی، قانونگذار نیز اهمیت و ارزش خود را به عنوان یک قانوندان و قانون شناس از دست می‌دهد.

تورو نیز به این نظر است که فرد تابع حکومت، هرگز معتقد نیست که: «در برابر قانونگذار از وجدان خویش چشم پوشد و دست بردارد...»[۲۲] این‌گونه موضع‌گیری در برابر قانون و

قانونگذار بازهم بستگی به جوامعی دارد که از نگاه سیاسی و مدنی، توسعه یافته‌تر اند. چرا که درک آگاهی سیاسی افراد بستگی به توسعه انسانی آنها دارد. از این رو هرگونه اعتراض و خیزش در برابر قانون نامناسب و غیر عادلانه از سوی انسانی صورت گرفته که قبلا به توسعه انسانی رسیده‌است. شاید از دلایل عمده عدم توسعه انسانی در بیشتر جوامع توسعه نیافته به ویژه در زمان اشغال، چنین هدفی بوده‌است.

به هر روی، زمان زیادی است که نیاز بررسی ماهیت دولت و فرمانروایی آن احساس شده‌است. از این رو تمام عوامل و ابزاری که در فرمانروایی دولت نقش داشته، بدون کم و کاست، نیاز به بررسی دارد. در این میان، تورو، با این‌که برای سیاستمداران به عنوان افراد یک طبقه، ارزش و احترامی قایل نیست اما وقتی موضوع عوامل و ابزار دولت پیش آمده از تمام این عوامل و ابزار بدون هیچ نوع تفکیکی نام برده‌است. او به این نکته تاکید داشته‌است که «اکثر قانونگذاران و سیاستمداران و حقوقدانان و وزیران و صاحب منصبان و روسای ادارات، قبل از هر چیز با استفاده از مغزهای خود خدمت دولت می‌کنند؛ و چون فضایل اخلاقی در میان ایشان نادر است، می‌توان احتمال داد که همچنان که به خداوند خدمت می‌کنند، بی‌قصد و غرض به خدمت شیطان درآیند. عده بسیار معدودی: قهرمانان و وطن پرستان و شهیدان و اصلاح طلبان (به معنای وسیع کلمه) و انسان‌ها با به کار انداختن عقل و وجدان هر دو، خدمت دولت می‌کنند و از این رو به ناچار غالباً در برابر دولت مقاومت می‌کنند و دولت معمولاً با آنان چون دشمنان خویش رفتار می‌کند.»[۲۳]

رابطه دولت و فرد، معمولاً یک رابطه دو سویه است. دولت قانون می‌سازد و قانون ساخته شده را وضع می‌کند و افراد به عنوان ملت، چنین قانونی را پاس می‌دارند. تا اینجا هیچ‌گونه مشکلی وجود نخواهد داشت. اما قضیه زمانی از روند عادی خارج شده‌است که قانون ساخته‌شده به صورت اصلی آن تطبیق نشده و یا از همان ابتدا مشکل داشته‌است. از سویی نیز هر گونه قانون ساخته و وضع‌شده می‌بایست تمام نیاز جامعه را در نظر گرفته‌باشد. چرا که هر گونه کار در جامعه چه از سوی دولت برای جامعه و مردم و چه از سوی مردم برای خود و جامعه و حتا نوع خدمت و وفاداری آنها به دولت، بازهم می‌بایست در قانون ساخته‌شده و وضع‌شده گنجانیده شده‌باشد. انتخاب دولت و رای مردم به آن، از وظایف اصلی مردم در برابر جامعه و دولت بوده‌است. از این رو سطح و میزان آگاهی توده‌های مردم در برابر چنین وظیفه‌ای از اهمیت زیادی برخوردار بوده‌است.

اما آیا آرای رای دهندگان تفاوتی در سرنوشت آنها داشته‌است؟ شاید این موضوع هم در جوامع مختلف، نتیجه متفاوتی داشته‌است. اما در یک برداشت و موضع‌گیری کلی، نظر تورو، در این زمینه این است که: «در این بازی شخصیت رای دهندگان مورد شرط بندی نیست... حتا رای دادن به خاطر حق و عدالت، تاثیری در کار حق و عدل ندارد. رای شما تنها با صدای ضعیفی شوق و رغبت شما را که خواستار پیروزی حقیقت و اشاعه آن هستید برای مردم بیان می‌کند... در اعمال توده‌های مردم فضیلت کمتر وجود دارد.»[۲۴]

بدون شک نتیجه هر انتخاباتی زمانی رضایت بخش است که تحقق حق و عدالت، قربانی سیاست و بازی‌های پیدا و نهان سیاسی نشده‌باشد. چرا که از غایت هر جامعه‌ای، تحقق حق و عدالت در آن جامعه است.

اما دولت، همیشه به چنین غایتی نمی‌اندیشد زیرا آن صداقت و ایمانی که برای تحقق هر گونه حق و عدالت لازم است در اندیشه دولتمردان، کمتر وجود داشته‌است. پس دولت زمانی موفق است که به مسوولیت و وظیفه‌اش به صورت واقعی آن عمل کرده‌است. به خاطری که هر گونه کم کاری و غفلت در عملکرد دولت، جامعه را به سوی سراشیبی سقوط پیش برده‌است. از این رو دولت در هر شرایط زمانی، وظیفه‌اش را شناخته و به آن عمل کرده‌است که از خیزش توده‌های مردم به این صورت جلوگیری شده‌است.

دولت در ساده‌ترین شکل آن قدرتی برای اعمال دارد که برگرفته از آرای مردم است. اما هرگاه این اعمال قدرت به شکل غیر دموکراتیک صورت گیرد، مشروعیت دولت به شدت زیر سوال می‌رود که برای دولت دموکراتیک رسوایی بزرگی است. چرا که مشروعیت دولت دموکراتیک در عملکردی است که از او سر می‌زند. وقتی دولت از تطبیق قانون عاجز می‌ماند هیچ مرجعی نیست که او را نجات دهد. زیرا تطبیق قانون از وظایف اصلی دولت است و هرگاه چنین روندی از مسیر اصلی‌اش منحرف گردد، دولت، مشروعیت، اقتدار، آرامش و امینت خود را از دست خواهد داد. واقعیت ماهیت فرمانروایی دولت در تحقق قانونی است که وضع شده‌است. توده‌های مردم زمانی از فرمانروایی دولت نفع می‌برند که در فرایند چنین فرمانروایی به توسعه انسانی رسیده‌باشند. جامعه نیز در چنین روند و فرایندی شاید توسعه همگانی خواهد بود. اما قبل از آن بحث اساسی‌تری که مطرح است این است که دولت خوب، چگونه دولتی است و برای انتخاب آن به چه کسی می‌بایست رای داد.

شهر و شهریار

ویژگی خوب یک شهریار در کنشی است که از او سر می‌زند. ماکیاولی زمانی گفته بود: «که شرط اساسی آن است که شهریار نگذارد مورد نفرت و کینه مردم قرار گیرد.»[۲۵] او دو عاملی را که می‌تواند باعث نفرت مردم از شهریار گردد این‌گونه شرح داده‌است: «یکی این‌که حریص و طماع باشد و دیگر این‌که به جان و ناموس رعایای خود دست درازی کند... امیری که متلون و نامرد و جبون و یا سست اراده باشد منفور خواهد بود.»[۲۶]

ماکیاولی با این‌که اخلاق در سیاست را قبول ندارد و به رد آن تاکید دارد، اما روشن ساخته است که زمینه‌های سقوط یک زمامدار چگونه فراهم می‌گردد. زیرا نظم یک شهر به شهریار آن وابسته است. از این رو هرگاه بخواهیم شهری قانونمند گردد، انتخاب شهریار قانونگرا به عنوان یک پیش شرط لازم است. اما تیوری ماکیاولی زمانی به سوی سیاست عاری از اخلاق گرایش می‌یابد که شهریار را به نوعی به تظاهر فرا می‌خواند و تاکید می‌دارد که: «شهریار زیرک نه می‌تواند و نه بایستی به عهد و پیمان خود، که اکنون زیان‌آور گشته و یا علل وجودی آن از میان رفته، پابند بماند. اگر مردم همه خوب بودند این پند پسندیده نبود. اما از آنجایی که

ایشان نادرستند و بر پیمان خود استوار نمی‌مانند، شخص نیز ناگزیر نیست عهد خود را با ایشان محترم شمارد.»[۲۷] در سیاست عاری از اخلاق، که ماکیاولی یکی از طرفداران و ترویج‌کنندگان آن است، اخلاق در سیاست جایی ندارد. در چنین وضعیتی است که ابزار، هدف را توجیه می‌کنند. یعنی برای رسیدن به هدف از هر راه ممکن، در حالی‌که در نقاط مقابل این‌گونه سیاست، سیاستی را داریم که کاملاً با موازین اخلاقی همخوانی دارد.

ماکیاولی تاکید کرده‌است: «امیری که برای توجیه پیمان شکنی خود به جست‌وجوی دلایل عقلانی بر می‌آید هرگز در تنگنا نمی‌ماند. اما مردم چنان از دوراندیشی بی‌بهره و چنان ساده دل‌اند و چنان تحت نفوذ احتیاجات آنی خود قرار گرفته‌اند، هرکس که بخواهد فریبشان دهد هرگز در یافتن ساده دلان موافق در مضیقه نخواهد افتاد... لهذا چه بهتر که شخص رحیم و نوع دوست و صدیق و خداپرست و صالح جلوه کند و به این صفات هم عمل نماید. اما فکر بایستی دارای چنین توازنی باشد که هرجا لازم شود شخص بتواند در جهت مخالف قدم بردارد... همه کس ظاهر حال شخص را می‌بینند، ولی تنها عده کمی به باطن او پی می‌برند.»[۲۸]

شهریار باید ویژگی‌های یک زمامدار خوب را دارا باشد. هرگونه کوتاهی در این زمینه از سوی شهریار، شهر را به آشوب می‌کشاند. در ابتدایی‌ترین شکل از انتظاری که از شهریار می‌توان داشت این است که او یک جامعه شناس به تمام معنا باشد تا یک سیاستمدار ناآگاه به ویژگی‌های جامعه‌اش. مشکل بسیاری از زمامداران به ویژه در جوامع توسعه نیافته و کمتر توسعه یافته این است که ویژگی‌های جامعه خود را در موقعیت یک شهریار نمی‌شناسند. درحالی‌که ویژگی یک شهریار خوب و با صلاحیت، شناخت واقعی از جامعه‌ای است که بر آن حکومت می‌کند. زیرا حکومت به معنای این نیست که حاکم یا شهریار، اعمال قدرت کند و وظیفه اصلی‌اش را که خدمت است فراموش نماید.

سعادت و حقارت یک جامعه به کنشی بستگی دارد که شهریار در پیش گرفته‌است. مادامیکه شهریار، اعمال قدرت کرده و از توجه به شهر و شهروندان غافل مانده هرگونه ناهنجاری، شهر را تهدید کرده‌است. چرا که خیرهمگانی شهروندان به عواملی بسته است که در جامعه وجود دارد و از سوی شهریار، عملی می‌گردد. پس، جامعه زمانی به رفاه و خیر همگانی می‌رسد که ابزار آن قبلاً فراهم شده‌است. مشخصه‌های بارز یک شهریار با صلاحیت در هر دوره و کشوری، متفاوت است. مهم این است که چنین تفاوت‌هایی باید شناسایی گردد. جوامعی که به خیر همگانی و سعادت جمعی رسیده‌اند زمینه‌های تحقق چنین هدفی قبلاً در این‌گونه جوامع به وجود آمده‌است.

ماکیاولی در وضعیتی که ایتالیا از هر سو مورد تاخت و تاز بیگانه‌ها قرار گرفته، امیر فرضی خود را این‌گونه بر مسند قدرت می‌نشاند تا ایتالیا را نجات دهد و مردم ایتالیا را در پذیرش شهریار او این‌گونه فراخوانده‌است: «... و با چه تشنگی انتقام جویانه و چه وفاداری خلل ناپذیر و چه فداکاری و چه اشک‌هایی به حال انتظار سر راهش خواهند ایستاد، بیان من از شرحش

عاجز است. کدام دروازه است که به روی او بسته‌باشد؟ کدام مردمی است که سر از اطاعتش پیچد؟ کدام رشک و حسدی است که سر راهش شود؟ کدام ایتالیایی است که از او سپاسگذاری نکند؟ در بینی کیست که این گند فساد نکرده‌باشد؟.»[۲۹]

مشخصه‌های اصلی شهریاری را که ماکیاولی در کتاب «شهریار» ترسیم کرده در نهایت، نجات دهنده ایتالیا از تاخت و تاز بیگانه‌ها بوده‌است. حتا همین ایتالیایی که زمانی ترحم برانگیز بود و انتظار شهریاری را می‌کشید تا او را نجات دهد، در زمان‌های بعدی، حسادت‌هایی را در میان زمامداران آن وقت برانگیخت زیرا زمانی بود که ایتالیای مستعمره، در هیئت استعمارگران درآمده‌بود. تمام اینها به چرخشی بر می‌گشت که کتاب «شهریار» ماکیاولی در وضعیت ایتالیا ایجاد کرده بود. کشورهایی که در وضعیت و شرایط کنونی، شباهت‌هایی با ایتالیای دوره ماکیاولی دارد، «شهریار» می‌تواند رموز اداره شهر و شهریاری را به آنها بیاموزد. البته با پرهیز از سیاست منهای اخلاق ماکیاولی.

به هر روی، شهر زمانی به توسعه و قانونمندی دست می‌یابد که انگیزه چنین مهمی وجود داشته‌باشد. از اهداف غایی جامعه به سوی ثبات، تغییر در وضعیت موجود جاری آن جامعه است. مادامی‌که انگیزه تغییر وجود داشته‌باشد جامعه به سوی پویایی حرکت می‌کند. در جوامع دستخوش دگرگونی، اهمیت شهریار خوب، برجسته است. زیرا در چنین وضعیتی است که وجود شهریار خوب برای هر کلان شهری، به عنوان یک ضرورت مطرح می‌شود. از این رو، موفقیت یک شهریار در اداره هر کلان شهری، موفقیت یک جامعه برای توسعه و پویایی نیز می‌باشد در نهایت به عنوان یک هدف غایی، انتخاب شهریار خوب، یک انتخاب خوب است اما آنچه مهم است کنشی است که یک شهریار می‌تواند در اداره و توسعه یک جامعه در پیش گیرد.

الهام و راهنمای سیاستمدار

هر آثار بزرگ، دستاورد بزرگی داشته‌است. اما استفاده از هر دستاورد علمی، ادبی، هنری، دو وجهه دارد: مثبت و منفی. در این میان «شهریار» ماکیاولی از جمله این آثار می‌باشد. کسانی با الهام از «شهریار» راه خطا در پیش گرفته‌اند و دسته‌ای آن را راهنما قرار داده و حکومت کرده‌اند. به هر روی، سیاستمدار آگاه، با الهام از «شهریار» دستاوردهایی در عرصه سیاست داشته‌است. آن طوری‌که هر مکتب و نظریه سیاسی می‌تواند به عنوان منبع الهام و راهنما مورد استفاده قرار گیرد.

رابرت بی داونز می‌گوید: «البته نمی‌توان کتمان کرد که مستبدان و ظالمان هر دوره از تاریخ پندها و دستورهای مفیدی از «شهریار» یافته‌اند. امپراتور شارل پنجم و کاترین دومدیچی این اثر را بسیار تحسین می‌کردند؛ الیور کرامول یک نسخه از آن را به دست آورد و اصولش را در راه تقویت حکومت مشترک‌المنافع بریتانیا به کار برد؛ هانری سوم و هانری چهارم پادشاهان فرانسه، هنگامی که مقتول شدند نسخه‌ای از این کتاب همراه داشتند؛ این کتاب به شاهزاده فردریک کبیر در پرداختن سیاست پروس کمک فراوانی کرد؛ لویی چهاردهم از این کتاب

چون بهترین شب کلاهش استفاده می‌کرد؛ یک نسخه کتاب که پر از یادداشت و اظهارنظر بود در کالسکه ناپلیون بناپارت هنگامی که در وانرلو بود به دست آمد نظریات ناپلیون سوم درباره حکومت کلا از این کتاب اقتباس شده؛ بیسمارک شاگرد وفادار مکتب ماکیاولی بود؛ و نیز آدولف هیتلر به قول خودش کتاب «شهریار» را همیشه کنار بستر خود نگه می‌داشت تا همیشه منبع الهامات وی قرار گیرد.»[۳۰]

معمولا همیشه با برخوردها و موضع‌گیری‌های متفاوتی در مورد کتاب و نظریه‌ها روبه‌رو بوده‌ایم.

اما آنچه در اینجا با اهمیت است واقعیتی است که در ماهیت مکتب و نظریه‌ای وجود دارد. زیرا مکتب و نظریه ماندگار در اندیشه‌ای است که صاحبان و بنیانگذاران آن مکتب و نظریه به عنوان یک ایده و تفکر برتر با خود دارند. یک سیاستمدار باید این زحمت را به خود بدهد و برای موفقیت در عملکرد سیاسی‌اش چه در درون دولت و چه در موقعیت اپوزیسیون و یا درون پارلمان، به منابع و راهنماهای توسل جوید که ارزش واقعی آن را داشته‌باشد.

در این میان ماکیاولی به عنوان یک اندیشه سیاسی حرف‌های زیادی برای گفتن و تیوری زیادی برای عمل دارد. از این رو، استفاده از چنین اندیشه و تیوریی می‌بایست همراه با واقعیت‌های هر جامعه‌ای باشد. چرا که بدون چنین ملاحظه‌ای، راه هر گونه خطا و اشتباه کاملا باز است.

حتا بدنام‌های سیاسی چون بنیتو موسولینی در مورد «امیر» گفته‌است: «به عقیده من کتاب امیر ماکیاولی عالی‌ترین راهنما برای هر سیاستمداری است. مکتب وی هنوز زنده است زیرا طی چهارصد سال هیچ تغییر ژرفی در اذهان آدمیان و یا در کردار ملت‌ها روی نداده‌است.»[۳۱]

ما به گفته رابرت بی داونز: «بعدها موسولینی تغییر عقیده داده، زیرا در سال ۱۹۳۹ در صورت اسامی نویسندگان کهن یا نو که به دستور حزب فاشیست آثارشان نمی‌بایستی بین مردم پخش شود نام کتاب «شهریار» نیز ذکر شده بود.»[۳۲]

یک مکتب و نظریه سیاسی با این‌که یک الهام و راهنما است در مواردی هم در صورت استفاده غلط از آن، تباه‌کننده جامعه و زوال دموکراسی و انحطاط و مرگ دولت‌ها بوده است. در حالی‌که می‌تواند به عنوان عامل دستاورد، مطرح باشد. به ویژه اگر این دستاورد در زمینه سیاست باشد و مدعیان سیاستمداری از روبه‌رو شدن با آن واهمه داشته‌باشند. شکست یک سیاستمدار، دقیقا زمانی است که از تاریخ سیاسی جامعه خود و جهان غافل مانده و درس‌هایی فرا نگرفته‌است. وقتی یک سیاستمدار جامعه را به سوی بحران و تباهی پیش می‌برد به این معنا است که او از تاریخ هیچ درس و عبرتی نگرفته‌است. رابرت بی داونز گفته‌است: «از طرف دیگر تحلیل کنندگان موشکاف وقایع تاریخی آشکار کرده‌اند که جبارانی چون هیتلر و موسولینی به این سبب دچار سرنوشت شوم خود گردیدند یا به پاره‌ای از اصول اساسی ماکیاولی توجهی نکردند و یا آنها را به غلط تعبیر کردند.»[۳۳]

ماکیاولی زمانی برای نجات ایتالیا اندیشیده بود و موسولینی چهارسده بعد آن ایتالیا این زادگاه مشترک را به تباهی کشانیده‌است. یک نفر در هیات ناجی و دیگری همانند سردار لشکر دشمن به تاراج کشور اقدام کرده‌است. کنشی که موسولینی با الهام از اندیشه فاشیستی هیتلر و دیگر همفکران او در پیش گرفت هرگونه فضای صلح و امنیت را از ایتالیا دور ساخت. شاید این شهریار همانند بسیاری از شهریارهای کشورهای توسعه نیافته به اهمیت توسعه سیاسی و ثبات اجتماعی و اقتصادی نرسیده‌بود که این چنین بی‌مبالات و عجولانه کشور را به سوی یک جنگ خانمان سوز جهانی پیش برد.

در حالی‌که به گفته رابرت بی داونز: «ماکیاولی کتاب خود «شهریار» را به فصلی تحت عنوان «الزام نجات ایتالیا» خاتمه می‌دهد و از حس میهن پرستی مردم آن کشور استمداد می‌طلبد. [زیرا] در آن زمان وقت آن رسیده بوده‌است که امیر جدیدی به صورت یک «قهرمان ایتالیایی» برای نجات کشورش ظهور کند، چرا که ایتالیا در «وضع اسفبار کنونی‌اش» از یهودی اسیرتر و از ایرانی مظلوم‌تر و از آتنی پراکنده‌تر است؛ بی‌رهبر و پراکنده حال و فاسد و از هم پاشیده و تاراج‌شده برجا مانده و درماندگی و تباهی بر کلیه شوون آن حکمفرمایی می‌کنند... و می‌بینیم چگونه دست استغاثه به درگاه خداوند دراز کرده و استمداد می‌طلبد تا بلکه کسی را به نجاتش بفرستد و از این ظلم‌ها و ستم‌های وحشیانه رهایش سازد.

می‌بینیم چگونه آماده است تا خود را تحت حمایت کسی قرار دهد که اصول و موازینی سر راهش بگذارد.»[۳۴] همین وضعیت، در سده‌های قبل و بعد از آن نیز وجود داشته‌است. وقتی جامعه‌ای به سوی تباهی پیش می‌رود سرنوشت انسان‌ها چقدر شبیه هم می‌شوند. همان وضعیتی که ایتالیای اواسط هزاره دوم را تهدید می‌کرد به صورت مشخص و بارزی افغانستان اوایل هزاره سوم را نیز شاید گسترده‌تر و وحشتناک‌تر از آن تهدید کند.

در چنین وضعیتی سیاستمدار افغانی چقدر از وضعیت آن روز ایتالیا عبرت و از راهکارهای برون رفت سیاسی آن الهام گرفته‌است. چرا که تاریخ همواره تکرار می‌شود و جوامع پویا، خردمندانه به دام عوامل نفاق نمی‌افتند.

وابستگی و واقعیت استقلال

هیچ پارادوکسی از این واضح‌تر نیست آنجا که با دو گونه‌ای از وضعیت در یک کشور روبه‌رو هستیم. در چنین وضعیتی به صورت ناخوشایندی شاهد وابستگی شدید فرد به دولت و دولت به بیگانه هستیم. اما صورت ناخوشایندتر این وضعیت، زمانی چهره می‌نمایاند که ادعای استقلال نیز در سطح کلان ملی از سوی فرد و دولت وجود داشته‌باشد. چنین وضعیتی، بیشتر در کشورهای پس از جنگ استقلال طلبانه و یا داخلی به عنوان یک واقعیت عینی خودش را بر جامعه تحمیل می‌کند. در چنین وضعیتی می‌باشد که وابستگی شدید در بسیاری از زمینه‌ها به بیگانه‌ها، یک واقعیت تلخ و تحمیل‌شده برای جامعه‌ای بوده است که احساس و ادعای آزادی داشته‌است.

وابستگی فرد به دولت و وابستگی دولت به بیگانه، از آفت‌های آزادی است. جامعه زمانی به سوی تباهی پیش می‌رود که تعریف روشنی از استقلال وجود نداشته‌باشد. فردی که برای تامین مصارف روزانه‌اش به دولت وابسته است و دولتی که برای پاسخ به چنین نیازی به کمک‌های خارجی وابسته است هر دو استقلال ندارند. به گفته هانتینگتون: «استقلال در عینی‌ترین سطح آن، به روابط میان نیروهای اجتماعی از یک سو و سازمان‌های سیاسی از سوی دیگر بستگی دارد. نهادمندی سیاسی از جهت استقلال آن، به معنای رشد سازمان‌ها و شیوه‌های عمل سیاسی است. چندان که این سازمان‌ها دیگر تنها بیانگر مصالح گروه‌های اجتماعی خاص نباشند. آن سازمان سیاسی که ابزار دست یک گروه اجتماعی (خانواده، کلان و طبقه) باشد از استقلال و نهادمندی بی‌بهره است.»[۳۵] استقلال واقعی در اندیشه و کارکرد فرد به عنوان ملت و گروه‌های اجتماعی- سیاسی درون دولت و یا بیرون از آن، تبارز می‌یابد. مادامی‌که این‌گونه ایده و عملکرد وجود داشته، استقلال واقعی نیز وجود می‌یابد. چرا که بدون اندیشه و کارکرد مستقل، استقلال واقعی وجود نخواهد داشت.

استقلال واقعی زمانی حاصل می‌شود که دولت به سوی کاهش وابستگی به خارج، گام بردارد. احساس استقلال، به تنهایی کافی نیست بلکه کارکرد و عملکرد در سطح ملی نیز می‌بایست استقلال طلبانه باشد. مرز بین استقلال واقعی و ادعای استقلال در جایی تعیین می‌گردد که واقعیت‌های این دو وضعیت، قبلا مشخص و روشن شده‌است. در یک وضعیت خوب اجتماعی- سیاسی، جامعه به سوی رفع وابستگی‌ها حرکت می‌کند. در حالی‌که ماندن در وضعیت وابستگی، استقلال کشور را با چالش جدی و از هم پاشیدگی روبه‌رو می‌شود. یک جامعه مستقل، تمام ارگان‌ها و نهادهای سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی آن برنامه‌های کاری ملی‌گرایانه باید داشته‌باشد. چنین رویکردی البته از سوی دولت حمایت می‌شود. هرگونه دستاوردی در سطح ملی، نتیجه افزایش توان تولیدات داخلی در برابر محصولات وارداتی از خارج بوده، بدون شک زیربنای دست‌یابی به استقلال واقعی، استقلال نهادهای سیاسی در یک جامعه است. چرا که تمام عوامل پیشرفت یک جامعه به ساختار سیاسی آن وابسته است. استقلال نهادهای سیاسی جامعه، به دیگر نهادهای جامعه، خطر و جهت می‌دهد. از سویی عدم مداخله نهادها در کار یکدیگر، استقلال نهادها را تضمین می‌کند.

هانتینگتون می‌گوید: «یک دستگاه قضایی در صورتی مستقل است که از معیارهای قضایی و یژه‌ای پیروی کند و نگرش‌ها و رفتارهایش مستقل از نهادهای سیاسی و گروه بندی‌های اجتماعی دیگر باشد. همچنان که در مورد دستگاه قضایی گفته‌ایم، استقلال نهادهای سیاسی نیز با این معیار سنجیده می‌شود که این نهادها تا چه اندازه از مصالح و ارزش‌های خاص و متمایز از آن نهادها و نیروهای اجتماعی دیگر برخوردارند.»[۳۶]

استقلال یک کشور در سطح گسترده‌تری از رهایی، وابستگی به خارج قابل بررسی است. مادامی‌که کشور در زمینه‌های مختلف به خارج وابسته است رسیدن به استقلال واقعی تا حدود زیادی دور از دسترس به نظر می‌رسد. چرا که دست‌یابی به استقلال واقعی بدون

برنامه‌های بلندمدت و میان‌مدت و کوتاه مدت برای چنین هدفی ممکن نیست. از این رو برای نیل به استقلال واقعی، راهکارهای راهبردی لازم است. یک کشور زمانی قادر است به سوی استقلال واقعی گام بردارد که سرنوشت آن به دست خود او باشد. هیچ کشور بیگانه‌ای در بهترین وضعیت اقتصادی نمی‌تواند یک کشور ضعیف‌تر از خود را برای نیل به استقلال در زمینه‌های مختلف کمک نماید. چرا که اصول استقلال بر پایه خودباوری و خودکفایی در زمینه‌های مختلف بنا شده و هرگاه چنین روند و فرایندی بهم خورده، استقلال کشور نیز آسیب پذیر و متضرر از نفوذ و اهداف بیگانه گردیده‌است.

پین به این عقیده است که: «هیچ چیز نظیر استقلال آشکار و مبتنی بر تصمیم، قادر نیست امور خود را حل و فصل کند.»[۳۷] برنامه‌ای که یک کشور خارجی و یا در سطح کلانتر، جامعه جهانی برای توسعه یک کشور در زمینه‌های مختلف می‌تواند داشته‌باشد در نهایت، پاسخگوی نیاز واقعی آن کشور نخواهد بود زیرا در پس چنین برنامه‌ای، اندیشه ملی نبوده‌است بلکه اهداف و استراتیژی جامعه جهانی قرار دارد. پس توسعه یک کشور به استقلال و عدم وابستگی آن به خارج، بستگی زیادی دارد. با طرح و برنامه خارجی نمی‌توان به توسعه دست یافت. زیرا اساس توسعه و نوسازی، جزء طرح‌های ملی در یک کشور است. در حالی‌که هرگونه طرح وارداتی از خارج برای توسعه یک کشور، هر اندازه صادقانه به نظر آید بازهم گره‌گشای مشکلات جامعه به سوی دست‌یابی به اهداف توسعه و نوسازی نیست.

استقلال، وقتی از واقعیت آن دور می‌گردد و کشور را به خارج وابسته می‌سازد، احتمال هر گونه توطیه و تخریب از سوی بیگانه قابل پیش‌بینی است. به این صورت، اولین چیزی که آسیب پذیر می‌گردد استقلال کشور است. نظر هانتینگتون درباره جوامع با این ویژگی این است که: «در برخی از این موارد، می‌توان با وارد کردن قاچاقی چند عامل انسانی و تعدادی جنگ افزار به یک کشور، رژیم آن کشور را سرنگون کرد. در موار دیگر، با تبادل چند کلمه و چند هزار دالر میان یک سفیر بیگانه و چند جنرال ناراضی، می‌توان رژیم یک کشور را برانداخت. هم اتحاد شوروی [سابق] و هم ایالات متحده [امریکا]، مبالغ قابل توجهی را برای رشوه دادن به کارگزاران بلند پایه نظام‌های سیاسی آسیب پذیر اختصاص می‌دهند، در حالی‌که هرگز در صدد آن بر نمی‌آیند که برای نفوذ گذاشتن بر بلندپایگان کشوری همدیگر، چنین مبالغی را به دور ریزند.»[۳۸]

اصولا استقلال و ماهیت آن، در نوعیت ساختار دولت‌ها بستگی دارد. وقتی کشوری به صورت واقعی مستقل نیست و به نوعی وابسته به بیگانه است، واقعیت استقلال آن نیز به شدت زیر سوال می‌رود. چرا که مرز وابستگی و استقلال نیز از همین جا تفکیک شده‌است. پس، استقلال واقعی، زمانی دست یافتنی است که جلو هرگونه اعمال نفوذ خارجی در تمام اشکال آن گرفته شود.

اصول و حصول صلح

صلح، بیشتر پس از جنگ و خشونت به عنوان یک ضرورت مطرح می‌شود. حکومتی که کنترل و قدرت را در چنین وضعیتی به دست می‌گیرد مسوولیت بس خطیری در حفظ و حراست از صلح به عنوان یک دستاورد پس از جنگ به عهده دارد. اما در خارج از محدوده مناطق جنگزده و بحرانی، صلح، همیشه مهم بوده است. همین اهمیت دادن به صلح در جوامع فارغ از جنگ و بحران بوده‌است که به پیشرفت و گسترش صلح کمک کرده‌است.

در این میان رابطه صلح و امنیت یک رابطه قوی و ناگسستنی است زیرا برای حاکمیت و مردم صلح ارزش حیاتی دارد و پاسداری آن از اهمیت زیادی برخوردار است. اعمال سیاست درست و منطقی از سوی حاکمیت و پرهیز از افراط و تفریط در برخورد با قضایای کشور، ضامن اصلی تامین صلح در جامعه می‌باشد. در پیش گرفتن سیاست مناسب و مطابق با وضعیت جاری کشور و توجه و اهمیت دادن به مناسبات میان گروه‌های قومی، زبانی و مذهبی و احترام به آرا و عقاید آنها از افتادن به دام کژوی‌ها جلوگیری کرده و از برخورد خصمانه میان این گروه‌های اجتماعی جلوگیری می‌کند.

در پیش گرفتن حد میانه در سیاستگذاری‌های حاکمیت، بسیاری از هنجارهای پذیرفته شده اجتماعی را در سطح جامعه تقویت نموده و از رفتن به سوی نا هنجاری‌ها باز می‌دارد.

اما همواره این نظریه مطرح بوده که امنیت، صلح و صلح، امنیت را می‌آورد. در فرایند امنیت و گسترش آن در سطوح مختلف جامعه است که صلح به وجود آمده و نهادینه می‌شود. مادامی‌که امنیت در فرایند و بستر خوب قرار نگیرد، صلح به شکل واقعی آن به وجود نیامده و شکننده خواهد بود. وقتی از حصول صلح می‌گوییم، اصول آن را باید در نظر بگیریم. حالا باید دید این اصول چه است و چگونه باید آن را به کار بست؟

مونتسکیو پیوسته این نظریه را مطرح می‌سازد که: «اعتدال، شرط اصلی حصول صلح و امنیت [در جامعه] است. و غایت هر حکومت چیزی جز صلح و امنیت نیست.»[۳۹] صلح برای حصول، نیاز به راهکارهایی دارد که همواره از سوی حاکمیت، شناسایی و پاسداری می‌شود. حکومت برای بقا و اعمال قدرت، به امنیت و تقویت آن ارج می‌نهد. از این رو صلح یک پدیده اجتماعی آشنا و دوست‌داشتنی به نظر می‌آید و همه خود را در برابر آن مسوول احساس می‌کنند. چنین مسوولیتی نه یک امر تحمیلی که آگاهانه و از روی خیر اخلاقی است.

صلح در جامعه زمانی دست‌یافتنی می‌شود که گروه‌های اجتماعی نیز همانند حاکمیت، در برابر آن موضع دوستانه اتخاذ نموده و از آن به عنوان تنها راه درست زیستن در کنار دیگر گروه‌های اجتماعی استفاده نمایند. مخاطب این نظریه، عام است و شامل تمام گروه‌ها و نهادها و جنبش‌ها و احزاب می‌شود، حتا اگر این نهادها و جنبش‌ها و احزاب، از نظر عاطفی و اخلاقی تعلقات و وابستگی‌هایی به گروه‌های اجتماعی داشته‌باشند. هانتینگتون نظریه یکی از انسان شناسان را آورده است که گفته: «یک سازمان اجتماعی کارآمد چه در فنون نگه‌داشت صلح و

چه در هنرهای رفع ستیزه گروهی، به یکسان شایستگی دارد و این قضیه در مورد جوامع متمدن و نیمه متمدن تفاوتی نمی‌کند.»[۴۰]

دستیابی به صلح همانقدر با ارزش است که نگه‌داشت آن در فرایند امنیت در جوامع پس از جنگ و در فرایند توسعه در جوامع توسعه یافته. در این میان تفاوت میان نهادها، سازمان‌ها و احزاب در جوامع متمدن و نیمه متمدن به همان میزان تمدن آنها است. تمدن عامل مانع بسیاری از ناهنجاری‌ها در جوامع بشری بوده درحالی‌که هر چه از تمدن فاصله می‌گیریم به میزان ناهنجاری‌ها نیز در جامعه افزوده می‌شود. پس تمدن می‌تواند به ناهنجاری‌ها نقطه پایان بگذارد و جوامع بشری را از تخاصم خصمانه میان آنها بازدارد. تمام اینها در موجودیت فرهنگ و خرد انسانی صورت می‌گیرد که در جوامع متمدن‌تر بیشتر است.

صلح و دموکراسی از بسیاری جهات با هم یکی‌اند و هرگاه یکی متضرر شود دیگری نیز ضرر خواهد کرد. اما در جوامع مختلف بشری این جهات و یکی بودن، تفاوت‌هایی با هم دارد. صلح در جوامع توسعه نیافته که در فرایند توسعه به وجود آمده تا صلحی که در جوامع کمتر توسعه یافته و توسعه نیافته در فرایند امنیت، گذار از جنگ و بحران شکل گرفته، از خاستگاه و بستر متفاوتی برخوردارند. در چنین وضعیتی پرداختن به صلح با این‌که یک امر متمدنانه به نظر می‌آید اما در جوامع توسعه‌نیافته و کمتر توسعه یافته دستیابی به آن با مشکلاتی روبه‌رو است که در جوامع متمدن و توسعه یافته، نیست.

اصلاً رابطه تمدن و توسعه یک رابطه اجتماعی و فرهنگی مرتبط با هم می‌باشد. پس تمدن می‌تواند صلح واقعی را در جوامع بشری تامین نماید همان طوری که جنگ با توسعه نیافتگی و فقر، رابطه تنگاتنگی دارد. زمینه‌های تحقق صلح در جوامع مختلف، به راهکارهای مختلفی نیز نیازمند است تا موفقیتی در این زمینه داشته‌باشد.

صلح، بیشتر زمانی تهدید می‌گردد که بازی‌های سیاسی در پشت آن قرار داشته‌باشد. شکست روند صلح به ویژه در جوامع پس از جنگ و بحران، تقریباً ممکن به نظر می‌رسد. از این رو جلوگیری از شکست روند تحقق هرگونه صلحی در جامعه مستلزم همکاری دوجانبه حکومت و مردم است. وظیفه حکومت، در فرایند روند تحقق صلح در جامعه سنگین و مسوولانه است. فرایند موفقیت‌آمیز نوسازی در جوامع پس از جنگ و بحران، تضمین صلح واقعی و گسترش امنیت سراسری در جامعه می‌باشد. اما هرگاه فرایند نوسازی با شکست روبه‌رو گردد، صلح نیز در فرایند تحقق، خسارت زیادی می‌بیند که در کوتاه‌مدت خطر از هم پاشی آن در سطح کلان ملی وجود دارد.

در این میان مسوولیت حکومت‌های پس از جنگ و بحران در جوامع توسعه نیافته و کمتر توسعه یافته سنگین و پاسداری از دستاوردهای صلح می‌باشد. صلحی که در فرایند امنیت بوجود می‌آید بسیار شکننده است و با اعمال ضد ملی از سوی حاکمیت و گروه‌های قومی و نژادی که از ویژگی‌های بارز جوامع توسعه نیافته و کمتر توسعه یافته‌است با خطر شکست روبه‌رو خواهد شد.

تاوان چنین شکست بزرگی را بازهم مردم پرداخت می‌کنند زیرا با آغاز یک جنگ دوباره و فروپاشی فرایند امنیت، صلح نیز از دست خواهد رفت و دولتمردان و رهبران گروه‌های قومی و نژادی و مذهبی به خارج از کشور پناه می‌برند و بازنده اصلی در این میان، توده‌های میلیونی مردم است که می‌بایست برای یک دوره‌ای نامعلوم دیگر، شکست صلح و بحران و خشونت دیگری را باید تجربه نمایند. اما با جست‌وجوی راهکارهای مناسب می‌توان به فرایند امنیت و صلح سرعت بخشید و جامعه را یکبار دیگر از سقوط در دامن ناامنی و بحران نجات داد.

فرصت‌های تحرک اجتماعی

درگذار از هر بحرانی، با تحرک اجتماعی روبه‌رو هستیم. در چنین شرایطی، جامعه خودش را باز می‌یابد و توده‌های سرخورده از وضعیت قبل، به صحنه می‌آیند تا گرد و غبار جنگ، ناامنی و هرناهنجاری اجتماعی، سیاسی و نظامی را که بر روی زندگی شان نشسته بروبند و یکبار دیگر چهره شهر و روستا را از آلودگی‌ها پاک نمایند.

در هرگذاری از بحران، فرایندی به وجود می‌آید که دو سرنوشت دارد: نیک فرجام و بد فرجام. فرایندگذار از بحران به ثبات هرگاه با موفقیت همراه باشد، فرجام نیکی خواهد داشت. اما وقتی این فرایند در میانه راه به بیراهه کشیده شده و از مسیر واقعی خود دور شود، فرجام بدی خواهد داشت. در ابتدای هر فرایند گذار از بحران به ثبات، خوش‌بینی و امید زیادی در تحقق آن وجود دارد. اما آنچه مهم است تعهد و صداقت در تطبیق برنامه‌های نوسازی در فرایند نوسازی می‌باشد.

علاقه و اشتیاق مردم در فرایند نوسازی، ضامن هرگونه موفقیتی در روند نوسازی می‌باشد. این ضمانت و موفقیت، تحرک اجتماعی را به وجود می‌آورد که بسیار با ارزش است. دشمن موفقیت فرایند نوسازی، انحصار طلبی از سوی گروه‌های قومی و نژادی است که یکبار دیگر سعی در تمامیت‌خواهی دارند و روند نوسازی را از حرکت بازمی دارند. در هر جامعه‌ای این‌گونه ناهنجاری‌ها وجود ندارد اما هرگاه چنین موانعی در راه تحقق برنامه‌های نوسازی در فرایند نوسازی وجود داشته‌باشد، فرجام بدی در انتظار نوسازی خواهد بود.

جنگ و گرایش به خشونت با این‌که در مواردی یک امر معمول و فراگیر بوده اما در چند دهه اخیر، وضعیت در این زمینه فرق کرده و کشورهایی که جنگ را برای اصلاحات انتخاب کرده‌اند و کشورهایی که اصلاحات را در فرایند صلح جست‌وجو کرده‌اند راه شان از یکدیگر جدا شده‌است. در اروپا، شمال امریکا، جنوب شرق آسیا، شمال امریکا و اقیانوسیه، به جز موارد معدود، جنگی در دهه‌های اخیر صورت نگرفته‌است. اما در مناطق دیگری از جهان هنوز جنگ، کمابیش وجود دارد و راه‌حل در جنگ جست‌وجو می‌گردد. در این میان، جوامع سنتی وضعیت به مراتب بدتری در مقایسه با جوامع نوین در زمینه نوسازی و فرایند نوسازی داشته‌اند.

ادامه این وضعیت، در نهایت به سرخوردگی اجتماعی می‌انجامد و هرگونه دستاورد در راستای دگرگونی را با شکست روبه‌رو می‌سازد. به گفته هانتینگتون: «در جوامع سنتی، این

نابرابری به عنوان بخشی از طرح طبیعی زندگی پذیرفته می‌شود. اما تحرک اجتماعی آگاهی به این نابرابری و ناخرسندی از آن را می‌افزاید.»[۴۱] در فرایند بن در افغانستان آنچه اتفاق افتاد و می‌توان از آن به عنوان یک دستاورد اجتماعی نام برد، تحرک اجتماعی بوده‌است که مردم را نسبت به سرنوشت سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی شان حساس ساخته و احساس مسوولیت می‌کنند که چگونه سرنوشتی باید داشته‌باشند و یا حداقل در مورد نسل آینده حساسیت بیشتری در مقایسه با قبل پیدا کرده‌اند.

اما فرایند بن در مسیر حرکت خویش به بیراهه کشیده شد و مورد دستبرد تعدادی از انجوها یا موسسات داخلی و خارجی قرار گرفت و نیز از سوی بعضی از نهادها و ارگان‌های دولتی، برنامه‌های پلان‌شده آن به اجرا در نیامد و در نهایت در کمتر از ده سال، وضعیت تقریبا در بعضی از زمینه‌ها به حال سابق یعنی قبل ا زآغاز این فرایند برگشته است. در این میان آنچه از اهمیت زیادی برخوردار بوده و نسبت به آن توجهی زیادی صورت نگرفته امنیت، اجتماع و اقتصاد بوده است. دستاورد در زمینه امنیت با گذشت هر سال و هر روز در حال از بین رفتن است، توسعه اجتماعی صورت نگرفته و هنوز رفاه اجتماعی یک چیز دست نیافتنی به نظر می‌رسد و حتا در شهرها نیز کار زیادی در این زمینه صورت نگرفته و روستاها وضعیت بدتر از شهرها دارند. در حالی‌که یکی از انتظارات مردم در فرایند بن، تحقق برنامه‌های این فرایند بود که رفاه اجتماعی و اشتغال زایی و رفع مشکل مسکن و در نهایت توسعه اجتماعی به شکل واقعی آن بوده‌است. شاید تمام این چیزها و چیزهای دیگری که می‌توانست به توسعه همه جانبه در افغانستان بینجامد در برنامه‌های فرایند بن نیامده باشد اما در کلیت آن به چنین دستاوردی اشاره شده‌است که می‌بایست در فرایند نوسازی همه جانبه صورت می‌گرفت.

توسعه اقتصادی از دیگر موارد مهم در برنامه‌های فرایند بن بوده است که فقرزدایی و بهبود اقتصاد خانواده‌ها از اهداف آن بوده‌است. اما در فرایند بن آنچه در زمینه توسعه اقتصاد اتفاق افتاده است به جای توسعه اقتصادی و توزیع عادلانه ثروت، انباشت پول در جاهای معینی بوده که به چاق شدن بیشتر تعدادی از افراد و گروه‌ها انجامیده و سایر بخش‌ها همچنان محروم از پول‌های کمک شده جامعه جهانی مانده‌اند.

هانتینگتون گفته‌است: «هجوم افکار نو، مشروعیت توزیع ثروت به شیوه کهن را به زیر پرسش می‌برد و امکان پذیری و خوشایندی توزیع درآمد برابرانه‌تر را القا می‌کند.»[۴۲] افکار نو در این زمان می‌تواند موثر واقع شود که واقعاً نو باشد و طرح‌هایی برای کار داشته‌باشد. در فرایند بن خوش‌بینی‌های زیادی نسبت تکنوکرات‌ها وجود داشت و یکی از عواملی که به تحرک اجتماعی انجامیده بود و مردم را به صحنه آورده بود همین مساله بود. اما با گذشت زمان دیدیم که تکنوکرات‌ها نیز در فرایند بن، راه گروه‌های سنتی را در پیش گرفتند و در واقع به صورت مشترک به حیف و میل پول و امکانات ارایه شده از سوی جامعه جهانی برای تطبیق برنامه‌های فرایند بن پرداختند. در این بین، تکنوکرات‌ها که بیشتر از غرب برگشته بودند و انتظار می‌رفت نقش زیادی در موفقیت فرایند بن در زمینه نوسازی همه جانبه داشته

باشند، سنتی‌تر از دیگر گروه‌های موجود در ساختار قدرت عمل کردند که به عنوان گروه‌های سنتی و غیر متخصص شناخته شده بودند. یکی از عوامل سرخوردگی اجتماعی مردم در فرایند بن که منجر به از دست رفتن فرصت‌های تحرک اجتماعی شد غیر مسوولانه و سنتی عمل کردن تکنوکرات‌ها در روند این فرایند بود.

اقتصاد آزاد از دیگر مواردی بود که فرایند بن را با موانع جدی در تحقق روبه‌رو نمود. در حالی‌که یکی از راه‌های اصلی توسعه اقتصادی و توزیع مشروع ثروت در جامعه و برخورداری تمام مردم به صورت یکسان از آن مطابق به جایگاه و موقعیت اجتماعی شان، اقتدار سیاسی و اقتصادی حکومت واختیارات بشتر آن در این زمینه بوده‌است. در حالیکه اقتصاد آزاد چنین اختیاراتی را از حکومت‌ها می‌گیرد و این در افغانستان نیز به عنوان یک مشکل جدی در برابر توسعه اقتصادی قرار گرفت. آنچه در افغانستان فرایند بن اتفاق افتاد و برنامه‌های این فرایند را با شکست روبه‌رو نمود عدم تطبیق درست فرایند اقتصاد آزاد بوده‌است. در اینجا با شکل افسار گسیخته‌ای از اقتصاد آزاد روبه‌رو بودیم که در کمتر کشور دیگری وجود داشته‌است. حتا اگر اقتصاد آزاد هم با تمام جنبه‌های منفی آن به صورت درست تطبیق می‌شد حالا وضع بهتر از این می‌بود.

فقدان عدالت در فرایند نوسازی

کنفرانس بن، آغازی بوده است برای حرکت به سوی یک افغانستان نوین عاری از خشونت وتبعیض، جمع شدن گروه‌های سیاسی افغانی زیر یک سقف که در ۲۵ سال گذشته هر کدام راه خود را رفته و ساز خود را نواخته بودند در نفس خود کار درخور توجه و کم نظیری بود. تشکیل دولت موقت دربن در واقع نقطه شروعی بود برای پیاده نمودن یک ساختار جدید در افغانستان. تشکیل لویه جرگه اضطراری برای انتخاب رییس جمهور دوره انتقالی، تشکیل لویه جرگه قانون اساسی و برگزاری انتخابات ریاست جمهوری از مواردی بوده است که در کنفرانس بن طرح ریزی شده بود.اما اینکه چقدر توانسته است انتظارات مردم را برآورده نماید موضوعی دیگر است که اینجا مجال پرداختن به آن نیست.

این درحالی است که بیشترین کمک‌ها را برای بازسازی و نوسازی افغانستان بزرگترین کشورهای صنعتی جهان که گروه هفت را تشکیل می دهند مستقبل شده اند.کشورهایی که هر پلان کوچک و بزرگ داخلی شان در هر زمینه‌ای که باشد روی برنامه‌های کارشناسانه برنامه ریزی شده و برای هزینه آنها بودجه سالانه اختصاص می دهند. غربی‌ها این نکته مهم و اساسی را به درستی درک کرده‌اند که سرمایه‌گذاری در افغانستان می‌تواند امنیت و آسایش این منطقه و جهان را به دنبال داشته‌باشد.

اما آنها خواسته هایی هم دارند، هزینه ای که در افغانستان می‌کنند به این معنا نیست که پولی را به گدایی داده‌باشند و درباره مصرف آن انتظاراتی نداشته باشند، بلکه آنها می خواهند مطیمن باشند که تمام پول‌های داده‌شده در جای درست و در زمینه‌های ضروری به مصرف برسد. در حالی که سیستم به جا مانده دولتی افغانستان که همچنان آن را یدک می‌کشد

سیستمی جهان سومی واز جمله عقب‌مانده‌ترین آنها می‌باشد که بوروکراسی، رشوه خواری، خویش خوری، رابطه‌های خانواده‌گی، فامیلی، آشنایی‌ها و دوستی‌ها بر ظابطه‌ها، قانونیت، کارآیی و کاردانی در اولویت کاری قرار دارد.

دولت افغانستان حال که توجه جهان را به خود جلب کرده‌است و حداقل نیمی از بودجه سالیانه آن در حال حاضر از سوی کشورهای صنعتی تامین می‌شود، هرچه زودتر باید رفرم دولتی در ادارات را به وجود آورده و مطابق استاندارد کشورهای صنعتی کمک‌کننده عملکرده، تا بتواند با استفاده از کمک‌های آنها بر مشکلات اقتصادی موجود فایق آمده و بیشترین استفاده را از این پول‌ها در راستای بازسازی و نوسازی نماید.

حدود یک دهه از عمر دولت‌های موقت، انتقالی و انتخابی می‌گذرد و مردم امید و خوش‌بینی‌هایی که در اوایل داشتند کم کم هر روز کم رنگ‌تر می شود. شعارهای سران دولتی تا حال کمتر عملی شده‌است و مردم هر روز در سطح شهر و ادارات دولتی بیشتر از پیش خود را بیگانه احساس می‌کنند. تجملات، بوروکراسی و رشوه خواری، دیگر جزء برنامه کاری ادارات دولتی و سران مملکتی شده‌است.

فاصله سطح زندگی دولتمردان بلند پایه با مردم هر روز بیشتر می‌شود. یکی از دست آورد بزرگی که دولت در هفت سال گذشته داشته است و از آن به عنوان یک دستآورد بزرگ یاد می‌شود بازسازی جاده کابل- قندهار است، هر چند در مورد کیفیت و استاندارد بودن آن با معیارهای جهانی حرف و حدیث‌های زیادی وجود دارد.

با این که مردم افغانستان خیلی قانع و کم توقع هستند و این حداقل در طول بیش از سه دهه گذشته و حتا در طول تاریخ به اثبات رسیده که عدم پیشرفت و نوآوری در زندگی آنها مبین این واقعیت تلخ است، اما وقتی شعارهای مراجع مسوول، شعور مردم را به سخره می گیرد و به خوش‌باوری آنها می‌خندند دیگر جایی برای گذشت و قناعت و کم توقع بودن مردم باقی نمی‌ماند. و مردم از خود می‌پرسند کدام نوسازی، کدام بازسازی، و کدام سازندگی؟

مردم ازخود می‌پرسند پول‌های کلانی که دنیا برای بازسازی و نوسازی و سازندگی افغانستان و برای بهتر شدن وضعیت مردم آن کمک می‌کنند چرا باید تنها زندگی مسوولان بازسازی و نوسازی شود. هر روز ویلایی به ویلای شان اضافه شود، موتری به موترشان اضافه گردد، حساب بانکی شان بالا برود و پروژه‌های شخصی‌شان افزوده شود. اما در عوض مرم هر روز نادارتر شده و مشکلی به مشکلات شان افزوده می شود. زمانی می تواند برای کشورهای کمک‌کننده به بازسازی و نوسازی افغانستان و نیز برای دولت افغانستان دستاوردی خوبی داشته‌باشد که بعد از اولویت بندی بازسازی و نوسازی افغانستان و مشخص شدن هزینه هر بخش آن، بر کارکرد آن نیز نظارت و کنترل دایمی صورت بگیرد. امری که در هفت سال گذشته کمتر به آن توجه شده‌است و بسیاری از حیف و میل‌هایی که در زمینه بازسازی از سوی انجوهای داخلی و خارجی و نیز از سوی موسسات دولتی صورت گرفته است از همین‌جا ناشی می‌شود. زیرا وقتی نظارت و کنترلی در زمینه بازسازی و نوسازی وجود نداشته‌باشد طبعاً

جریان سازندگی از مسیر اصلی خود خارج شده و آنچه را که در هفت سال گذشته شاهد آن بودیم می‌تواند اثبات این نظریه باشد.

تنها پرداخت کمک‌های نقدی و غیرنقدی کشورهای تمویل کننده بازسازی و نوسازی افغانستان به سازمان‌های غیر دولتی (انجوها) و یا به موسسات دولتی، مسوولیتی را که آنها در این زمینه به عهده گرفته رفع نشده بلکه اجرای درست پروژه‌های بازسازی و نوسازی افغانستان تا مرحله اکمال و بهره‌برداری است که می‌تواند مسوولیتی را آنها به عهده گرفته‌اند هم به نفع کشورهای کمک‌کننده و هم به نفع مردم و دولت افغانستان تمام شود. از این رو می‌طلبد تا بعد از این بر کارکرد پروژه‌های کوچک و بزرگ بازسازی و نوسازی افغانستان نظارت و کنترل دقیقی صورت گرفته تا حداقل بعد از این شاهد حیف و میل‌های کلان نبوده و به جای بازسازی و نوسازی افغانستان زندگی‌های شخصی افراد و گروه‌های شریک در قدرت، بازسازی و نوسازی نگردد. دراین میان کشورهای کمک‌کننده برای اجرای هر چه بیشتر و بهتر سازندگی باید نظارت و کنترل دایمی بر جریان سازندگی داشته‌باشند.

با تمام این موارد از کنفرانس بن تا امروز که هفت سال می گذرد و ده‌ها میلیارد دالر که از سوی کشورهای کمک‌کننده به بازسازی و نوسازی افغانستان پرداخت شده‌است باید صرف سازندگی افغانستان شده‌باشد. اما آیا به راستی این مبلغ صرف سازندگی افغانستان شده‌است؟ از فرصت‌های موجود در هفت سال گذشته چقدر استفاده شده‌است؟ و سوء استفاده‌هایی هم که در این مدت صورت گرفته‌است به چه میزانی بوده‌است؟

درحالی‌که اولویت بندی برنامه بازسازی و نوسازی افغانستان، زمانی می‌تواند موفقیتی در پی داشته باشد که نگاهی دقیقی به کارکردهای هفت سال گذشته درزمینه سازندگی افغانستان صورت بگیرد. اما این‌که چقدر و به چه میزانی به این مهم توجه شده است و یا اصلاً به آن توجهی صورت نگرفته‌است پرسشی است که می بایست پاسخ داده شود. اما بدون شک توسعه افغانستان، زمانی می تواند دستاورد قابل توجه و مفیدی را در امر بازسازی و نوسازی به دنبال داشته باشد که به صورت دقیق و کارشناسانه به این مهم که در هفت سال گذشته روند سازندگی افغانستان چگونه بوده‌است و بعد از این چگونه باید باشد توجه شده و راهکارهای جدید و عملی‌تری را برای سازندگی افغانستان ارایه گردد.

عوامل از دست رفتن دولت

دولت منتخب، با انتخابات روی کار می‌آید. این یعنی دولت جمهوری که مردم در ایجاد آن نقش ایفا کرده‌اند. ظاهراً، ظاهر کار چنین است و ما با دولت انتخابی‌ای روبه‌رو هستیم که برخاسته از آرمان مردم است برای تحقق بخشیدن به آرمان‌های مردم. اما بسیار فریبنده است که قبول کنیم کار با انتخاب فردی که بعد از پیروزی در انتخابات، دولت تشکیل می‌دهد و رییس جمهور می‌شود پایان یافته‌است.

کار مردم با انتخاب کاندید مورد نظرشان و موفقیت او در مبارزات انتخاباتی و راه یافتن به ارگ ریاست جمهوری می‌تواند تمام شده‌باشد اما کار واقعی رییس جمهور منتخب از اینجا

آغاز می‌شود. یعنی تشکیل کابینه که مردم هیچ نقشی در آن ندارند. وقتی دولت انتخابی در فرایند جمهوری به بیراهه می‌رود عامل آن می‌تواند همین موضوع باشد و یا حداقل یکی از عوامل عمده آن.

رییس جمهور منتخب می‌تواند یک جامعه را به سوی سودمندی اجتماعی ببرد و یا به سوی تباهی و حتا از بین بردن دستاوردهای دولت‌های قبلی. اگر منفعت همگانی در دولت انتخابی به عنوان یک اصل مطرح نباشد امید زیادی نمی‌توان از چنین دولتی داشت. چنین دولتی دیر یا زود با شکست روبه‌رو خواهد شد که جبران چنین شکستی در دوره بعدی در دولت آینده مشکل خواهد بود. زیرا وقت و هزینه زیادی لازم است تا همه چیز را یکبار دیگر از نو طرح نمود و ساخت.

اعتماد مردم به رییس جمهوری که از طرف آنها انتخاب شده می‌بایست برای موفقیت آن، اعتماد دو سویه وجود داشته‌باشد و مردم نگران این نباشند که رییس جمهور منتخب، چه کسانی را برای پر کردن پست‌های موجود در کابینه انتخاب می‌کند. این انتخاب باید بر اساس اصل سودمندی استوار باشد و بتواند به آرزوهای مردم پاسخ گوید. اما بدترین حالت در چنین وضعیتی این است که افرادی وارد کابینه دولت انتخابی شوند که منافع شخصی خودشان برایشان اهمیت بیشتر داشته‌باشد.

آنچه در افغانستان با فرایند بن اتفاق افتاد عدم همخوانی خواسته‌های مردم با وضعیت اکثر وزیران کابینه در دولت انتخابی بود. مردمی که بعد از سه دهه جنگ و ناامنی و با تجربه تلخ مهاجرت‌های خارجی و جابه جایی‌های داخلی به دولت انتخابی رای داده‌بودند و در وضعیت بد اقتصادی به سر می‌بردند با وزیران و مشاورانی روبه‌رو شدند که هنوز حاضر نشده بودند خانواده ایشان را از کشورهای خارجی به ویژه از غرب به افغانستان بیاورند.

این وضعیت کاملا وضعیت داخل افغانستان مغایرت داشت و در تضاد کامل قرار می‌گرفت. زیرا مردمی که رییس جمهور را انتخاب کرده بودند و توقع داشتند دولتی روی کار آمد که آنها درک خواهند کرد اما این طور نشد و با کابینه کاملا رفاه‌زده روبه‌رو شدند که تنها به معاش‌های دالری می‌اندیشید و دلبستگی چندانی به افغانستان نداشتند. همین انتخاب غلط اعضای کابینه از سوی رییس جمهور منتخب بود که حالا با گذشت حدود یک دهه از فرایند بن، دستاوردها محسوس نبوده و هنوز فقر به عنوان بزرگترین چالش، فراروی مردم قرار دارد و جنگ و ناامنی و بی‌ثباتی نیز.

مشکل، تنها این نبود بلکه واگذار نمودن اقتصاد کشور به بازار آزاد، ضربه دیگری بود که به اقتصاد بیمار و در حال احتضار کشور وارد آمد و آن را از نفس انداخت. زیرا در اقتصاد بازار آزاد وقتی چیزی برای عرضه و رقابت با کالاهای وارداتی از خارج وجود نداشته‌باشد برای کشوری با این وضعیت اقتصادی، یک فاجعه اقتصادی خواهد بود.

در چنین وضعیت بد اقتصادی به جای تقویت و گسترش نیروهای نظامی داخلی که می‌توانست با هزینه کمتری عملی شود به نیروهای نظامی خارجی به عنوان یک گزینه در

راستای تامین امنیت تکیه داده‌شد که هیچ‌گونه همخوانی‌ای با وضعیت اقتصادی کشور نداشته‌است، زیرا معاش هر سرباز خارجی در افغانستان حداقل ده هزار دالر در ماه بوده‌است و معاش سربازان افغانی چیزی در حدود صد دالر در ماه. مشکل دیگری که دولت در این زمینه ایجاد کرد گرفتن باور مردم از آنها بود و آنها چنین تصور می‌کنند که لیاقت و شایستگی دفاع از کشورشان را ندارند و می‌بایست خارجی‌ها چنین کاری را انجام دهند.

روسو گفته‌است: «آن هنگام که خدمات عمومی دیگر مهمترین موضوع برای شهروندان نباشد، و آن زمان که مردم ترجیح دهند که به جای شخص خود، پول خود را در خدمت عمومی قرار دهند، دولت نزدیک به اضمحلال است. هنگامی که کشورشان در جنگ باشد، سربازانی را برای جنگ اجیر می‌کنند و خود در خانه می‌مانند.»43

در اینجا یعنی افغانستان، این کار با پول جامعه جهانی صورت گرفته در حالی‌که می‌توانست این همه پول که برای سربازان اجیر شده خارجی هزینه شود هم نیروهای نظامی افغانستان و هم اقتصاد این کشور را بسازد. اما چنین نشد و هنوز نیز همان اشتباه که در آغاز فرایند بن صورت گرفت تکرار می‌شود. در ادامه چنین وضعیتی سرنوشت کشور در بعد از فرایند بن چه خواهد شد؟

قانونی که بتواند به ناهنجاری‌های موجود در جامعه پایان دهد یا هنوز ساخته نشده و یا در اجرا با مشکل جدی روبه‌رو شده‌است. به هر صورت به وضعیت موجود نمی توان زیاد خوش‌بین بود و مادامی‌که تغییر و تحول شگرف در ساختار دولت فعلی و آینده صورت نگیرد توقع زیادی نمی‌توان از دولت داشت. دولت برای اصلاح، نیاز به بازنگری جدی در تمام زمینه‌ها دارد. اما اگر چنین ضرورتی احساس نگردد و وضعیت به همین شکل باقی بماند باید اعتراف کرد که دولت، حداقل از نگاه ارزش و اعتباری که می‌تواند برای مردمی که به آن رای اعتماد داده‌اند از دست رفته‌است و نیاز به تجدید رای و اعتماد سازی دارد.

حکومت مورد احترام

عمل به قانون اساسی و احترام به دیگر قوانین وضع‌شده ملی و بین‌المللی از سوی حکومت، غایت هر حکومتی است که با شعار دموکراسی روی کار آمده و به موازین دموکراسی وفادار است. احترام به قانون به صورت کلی می‌تواند جامعه را از افتادن به دام آنارشیسم رهایی بخشد. در حالی‌که غفلت از اعمال هر گونه راهکاری که به قانونمندی در جامعه می‌انجامد از آفت‌های قانونگرایی به شمار می‌آید. اصولاً در نظرداشت همین چیزها است که حکومت مورد احترام به عنوان یک حاکمیت خوب و مورد قبول مطرح می‌گردد.

حکومت خوب می‌تواند از مشخصه‌های جامعه مدرن و قانونگرا باشد. اما این بدان معنا نیست که در جوامع سنتی و یا به سوی مدرن شدن، حکومت خوب که مورد احترام افراد جامعه باشد روی کار نخواهد آمد. چرا که حکومت خوب در هر شرایطی قابل ایجاد است. این ظرفیت جامعه و عوامل تشکیل‌دهنده حکومت در آن جامعه است که ساختار یک حکومت را می‌سازد.

تورو وقتی از ساختار حکومت و ویژگی انسان تابع آن حکومت می‌گوید به این نکته تاکید می‌کند که: «خصوصیات ذاتی مردم امریکا موجد همه چیزهایی است که تا کنون صورت پذیرفته و اگر حکومت گاهی مانع مردم نمی‌شد و در سر راه آنان قرار نمی‌گرفت، بیش از اینها کار از پیش می‌بردند. زیرا حکومت وسیله‌ای است که به یاری آن انسان‌ها بتوانند یکدیگر را آزاد گذارند و همچنان که گفته شد حکومت هنگامی بسیار مفید است که مردم تحت فرمان خود را کاملاً آزاد گذارد و با ایشان کاری نداشته‌باشد.»(۴۴)

وقتی از آزادی می‌گوییم، دقیقاً به معنای آرمان‌شهری نیست که همواره به جست‌وجوی آن هستیم. چرا که اینجا با واقعیتی روبه‌رو هستیم که هرگونه موارد غیر واقعی در آن راه ندارد. از این رو، هر گونه آزادیی می‌بایست پارادوکسی از وضعیت جامعه نباشد. یعنی با زیاده روی و سهل‌انگاری‌های در این زمینه روبه‌رو نباشیم. پس آزادی می‌تواند آزادی فرد را در جامعه تضمین نماید بدون این‌که در تضاد با آزادی‌های دیگران قرار گرفته‌باشد. اما برای تحقق هرگونه آزادی در جامعه، وجود حکومت به عنوان یک ضرورت اصلی مطرح است. مادامی‌که حکومت، مورد احترام افراد جامعه است، جامعه به سوی کمال پیش رفته‌است زیرا از عوامل پیشرفت جامعه، نوع کارکرد و عملکرد حکومت است.

در حالی‌که حکومت مورد نفرت، جامعه را به سوی تباهی می‌برد و هرگونه زمینه پیشرفتی را از آن جامعه می‌گیرد. تورو گفته‌است: «من به نام فردی که تابع حکومت است و می‌خواهد درباره مطالب امکان پذیر و عملی سخن گوید، برخلاف آنها که خود را هواخواه هیچ حکومتی نمی‌دانند، خواستار این سیستم که حکومت بی‌درنگ برافتد و هیچ‌گونه حکومتی وجود نداشته‌باشد؛ بلکه خواستار آنم که بی‌درنگ حکومت بهتری پدید آید. بگذارید هر انسانی اعلام نماید که چگونه حکومتی مورد احترام او است، و همین کار، گامی برای به دست آوردن آن خواهد بود.»(۴۵)

چنین زمینه‌ای بدون شک در هر جامعه‌ای فراهم نیست. در بسیاری موارد میان خواست مردم از چگونگی حکومت با واقعیت‌هایی که در مورد ساختار حکومت در آن جامعه وجود دارد تفاوت و فاصله زیادی است. چرا که حکومت بهتر، در هر جامعه‌ای قابل دسترس نیست. از این رو برای ایجاد حکومت بهتر، نیاز به اندیشه بهتر و آگاهی بیشتر است. زیرا زمانی می‌توان به حکومت خوب دست یافت که قبلاً ویژگی‌های حکومت خوب، تعریف شده‌باشد. پس، این هدف زمانی برآورده خواهد شد که افراد جامعه به تعریف روشنی از حکومت رسیده‌باشند. اما این‌که یک حکومت خوب چگونه و با کدام راهکار ایجاد می‌گردد از ویژگی جامعه‌ای است که افراد آن از توانایی‌های خوبی برای درک منافع همگانی برخوردارانند.

اصولا عمل به قانون و تعهدی که در شعارهای انتخاباتی کاندیداتوران ریاست جمهوری وجود داشته حالا در موقع اعمال قدرت، از وظایف دولتی است که با چنین شعارهایی به قدرت رسیده‌است. از این رو، دولت می‌بایست به اصل تعهد در برابر مردم و جامعه وفادار باقی بماند. چرا که به گفته تورو، دولت برای افراد است نه افراد برای دولت. اما قضیه زمانی به سوی

بحران پیش رفته‌است که چنین جایگاهی جابه‌جا شده‌است. آنجا که دولت وظیفه و تعهدش را در برابر مردم به فراموشی سپرده و در عمل به آن کوتاهی کرده‌است. چنین دولتی به طور قطع، مورد احترام نیست و نفرت همگانی را برخواهد انگیخت. حال چنین دولتی با کدام روی، بار دیگر به مردم مراجعه خواهد کرد. زیرا برای تمدید و یا تجدید حکومت، بار دیگر به آرای مردمی نیاز است که هیچ‌گونه کاری برای‌شان صورت نگرفته است.

دولتی که مشروعیت خود را از آرای مردم می‌گیرد، مجبور است برای دور بعدی انتخابات، شعارهای انتخاباتی قبلی‌اش را جامه عمل پوشانیده‌باشد. چرا که آنچه به استحکام رابطه حکومت با مردم کمک کرده‌است، عمل به شعارهای انتخاباتی است که قبلاً قول آن را داده‌است. اما وقتی حداقلی از شعارهای انتخاباتی لیست شده کاندید برنده‌ای که دولت تشکیل داده برآورده نشده‌است، در دور بعدی انتخابات، شانسی برای موفقیت نخواهد داشت. اما اگر زدوبندهای سیاسی پشت پرده در این میان وجود داشته‌باشد دیگر، کلمه شانس، مفهومی نخواهد داشت. چرا که آنچه عامل موفقیت حزب یا افراد در یک انتخابات است میزان وفاداری برنده انتخابات در نزد حامیان ذی نفوذ خارجی است نه محبوبیت داخلی آنها.

نتیجه

اگر حکومت خواسته باشد مورد احترام واقع شود در دوره اقتدار خویش به تمام آنچه قول تحقق آن را برای مردم داده‌است عمل نماید. زیرا عامل شکست دولت‌ها در انتخابات بعدی، عدم تحقق برنامه‌های کاری آن دولت در دوره زمامداری آن بوده است. از سویی نیز وقتی تحقق برنامه‌های کاری دولت پیش می‌آید، در صورت دولت حزبی، یک حزب مسوولیت آن را به عهده دارد. اما وقتی رییس دولت به عنوان یک فرد مستقل قرار دارد، اینجا مسوولیت اصلی متوجه همان فردی است که در راس دولت، اعمال قدرت می‌کند. به هر روی، حکومت، زمانی از احترام توده‌های مردم برخوردار خواهد بود که به وظایف و مسوولیت هایش به شکل صحیح آن عمل کرده و متعهد به آرمان‌ها و برنامه‌های کاری‌اش برای تحقق در جامعه باشد. چرا که هرگونه فریبکاری از سوی حکومت، توده‌های مردم را در برابر آن قرار داده و زمینه‌های خیزش توده‌ها را به همراه داشته‌است. در حالی‌که عمل به وظایف و تعهد به مسوولیت‌ها از سوی حکومت، به تحقق عدالت اجتماعی و توسعه همگانی کمک کرده و جلو بسیاری از نارضایتی را در سطح جامعه گرفته‌است. چنین حکومتی همواره مورد احترام است.

منابع

۱- هنری دیوید تورو، کاوه دهگان، کتاب‌هایی که دنیا را تغییر دادند، تهران، ۱۳۳۶، ص ۱۰۳.
۲- رابرت بی داونز، همان، ص ۹۹.
۳- شماره ۱، ص ۱۰۴.
۴- رابرت بی داونز، همان، ص ۹۸.
۵- همان، ص ۱۰۳.
۶- هنری دیوید تورو، همان، ص ۱۰۴.

۷- شماره ۱، ص ۱۰۵.
۸- رابرت بی داونز، همان، ص ۱۰۵.
۹- همان، ص ۱۰۴.
۱۰-هنری دیوید تورو، همان، ص ۱۰۵.
۱۱-رابرت بی داونز، همان، ص ۱۰۴.
۱۲-هنری دیوید تورو، همان، ص ۱۰۴.
۱۳-رابرن بی داونز، همان، ص ۱۰۴.
۱۴-شماره ۱، ص ۱۰۶.
۱۵-زان زاک روسو، و. ت. جونز، علی رامین، خداوندان اندیشه سیاسی، تهران، ۱۳۷۶، ص ۳۸۳.
۱۶-شماره ۱، ص ۱۰۶.
۱۷-همان، ص ۱۰۳.
۱۸-همان.
۱۹-همان.
۲۰-همان.
۲۱-رابرت بی داونز، همان، ص ۱۰۳.
۲۲-هنری دیوید تورو، همان، ص ۱۰۲.
۲۳-همان.
۲۴-همان.
۲۵-نیکولو ماکیاولی، رابرت بی. داونز، هوشنگ پیر نظر، شماره ۱، ص ۲۲.
۲۶-همان.
۲۷-همان، صص ۲۲، ۲۳.
۲۸-همان، ص ۲۵.
۲۹-همان.
۳۰-رابرت بی داونز، همان، صص ۲۴، ۲۵.
۳۱-بنیتو موسولینی، رابرت بی. داونز، شماره ۱، ص ۲۶.
۳۲-همان، صص۲۶، ۲۷.
۳۳-رابرت بی دانز، شماره ۱، ص ۲۷.
۳۴-همان.
۳۵-ساموبل هانتینگتون، محسن ثلاثی، سامان سیاسی در جوامع دستخوش دگرگونی، تهران، ۱۳۷۵، ص ۳۵.
۳۶-همان، صص ۳۵، ۳۶.
۳۷-توماس پین، رابرت بی. داونز، کاوه دهگان، شماره ۱، ص ۴۵.
۳۸-شماره ۳۵، ص ۳۷.
۳۹-مونتسکیو، شماره ۱۵، ص ۳۲۵.
۴۰-شماره ۳۵.
۴۱-همان، ص ۸۸.
۴۲-همان.
۴۳-شماره ۱۵، صص ۴۱۵، ۴۱۶.
۴۴-شماره ۱، صص ۹۹، ۱۰۰.
۴۵-همان، ص ۱۰۰.

اشتباه یا غلط در معامله ۲

موسی فکوری

اشتباه در کمیت

کمیت مبیع عبارت است از هر چیزی که در مبیع قابل اندازه‌گیری باشد و به آن «وصف داخلی»[۱] نیز گفته می‌شود. درفقه امامیه جهل به مقدار کالا به هنگام عقد و قردادهای جزافی در حقوق اسلام ممنوع است و جهل به آن درهمهٔ موارد موجب بطلان است.[۲] حال اگر نسبت به مقدار مورد معامله یکی از متعاملین در تردید باشد، می‌تواند معامله را به شرط مقدار مورد نظر انجام دهد و نتیجهٔ آن شمول شرط صفت علاوه برکیفیت برکمیت است. از این رو فقهاء خصوصیت مورد معامله که مربوط به کمیّت است را شرط وصف می‌دانند.[۳] بنا براین کمیت نیز از اوصاف معامله به شمار آمده است. اینک بحث در این است که هرگاه کالای را به شرط داشتن مقدارمعین مورد معامله قراردهند، ولی پس از عقد معلوم شود که درآن اشتباهی رخ داده است حکم آن اشتباه کدام است؟

میان فقهاء دراین مساله اختلاف است. عده‌ای وصف مربوط به کمیت را از اوصاف جوهری می‌دانند وگروهی دیگر آن را از اوصاف عرضی شمرده‌اند و عده‌ای دیگر در نحوهٔ شرط کمیت که « بشرط شیء» باشد یا «لابشرط» قایل به تفصیل شده‌اند. مرحوم شیخ انصاری بحث را

تحت عنوان«مساله: لواخبرالبایع بمقدارالمبیع...» مطرح نموده و ابتداء وجه اعتماد به بایع و اینکه اخبار او رافع جهالت و غرور است را مورد بررسی قرار داده‌است. سپس این بحث را مطرح نموده که اگر بعد از معامله معلوم شود در خبار به مقدار، اشتباه رخ داده و تخلفی صورت گرفته است حکم آن چیست؟

در این باره چند بحث مهم مطرح است: گاهی تخلف و اشتباه مربوط به کمی و نقیصهٔ مقدار است و گاهی مربوط به زیادی مقدار است.

در مساله نقیصهٔ مقدار اعلام شده، مرحوم شیخ انصاری (مکاسب.ص۱۹۴.) قایل به صحت معامله است، ولی به دلیل نقصان، مشتری را دارای حق خیار فسخ دانسته و در نوع خیار در آن نیز سه وجه غبن، شرط و تبعض صفقه را ذکر می‌نماید.

درمساله اشتباه درزیادی مقدار هم حکم مانند اشتباه در نقیصهٔ مقدار است، با این فرق که در اینجا گفته شده بایع خیار دارد.

مرحوم خویی مانند بحث از اشتباه درخود موضوع معامله، در اینجا هم می‌فرمایند[۴]: قیمت برای اشیا به اعتبار اوصاف آنهاست، گرچه اوصاف به تنهایی مقابل بامال قرار نمی‌برند، بلکه اوصاف واسطهٔ ثبوت مالیت برمواد اولیه و ثانویه هستند. حالت خلف و اشتباهی که در اوصاف موضوع معامله (بیع) رخ می‌دهد، اگر از اوصاف مقوم باشد که از دیدگاه عرف ازصورت نوعی است، اشتباه در آن موجب بطلان است و میان عنوان و معنون در این موارد تطابق نبوده و ملاک در آن هم عرف است نه عقل، مثل اینکه عرف، رجولیت وانوثیت را دو حقیقت مقوم می‌شناسند، به خلاف عقل که آن دو را واحد می‌داند و اگر از اوصاف غیر مقوم در نظر عرف باشد مانند وصف کتابت. خیاطت و...در اینجا معامله باحق خیار صحیح است. حال اشتباه در مقدار مربوط به اوصاف غیر مقوم است، زیرا پنج کیلو یا سه کیلو و... از عناوین غیرمقوم نزد عرف است و با تبدیل پنج کیلو به سه کیلو عنوان بیع بکلی منتفی نمی‌شود و تنها وصف انضمام مقدار زاید منتفی شده است. پس بیع در حقیقت به دو بیع متعدد منحل می‌شود زیرا وقتی بایع می‌گوید: «بعتک هذه الحنطهٔ التی عشرهٔامنان بعشرهٔ دراهم» در اینجا هرمن یک در هم است ولی هر بیعی مشروط به انضمام آن به بیع دیگر، بنا براین هرگاه معلوم شود که حنطه پنج من است، معامله نسبت به آن پنج من صحیح است و مشتری خیارتخلف وصف و شرط دارد، اما نسبت به آن پنج من مفقود معامله باطل است».

فقیهان این بحث را با عنوان دیگری هم مطرح نموده‌اند که آیا در شرط کمیت جنبهٔ وصفی آن مورد نظر است یا جنبهٔ جزء بودن در آن مطرح است؟

این مطلب را در قالب مثالی توضیح می‌دهیم:

شخصی به نام احمد زمینی را به محمود می‌فروشد با این شرط که هزار متر است و قیمت هر متر را هزارافغانی تعیین می‌کند، ولی بعد از معامله معلوم می‌شود که نهصد متر بوده‌است یا در همین فرض، بعد از معامله معلوم می‌شود که زمین هزار و صدمتر بوده‌است، حکم اشتباه در شرط مزبور کدام است؟

قبل از بیان حکم مساله، لازم به توضیح است که گاهی مورد معامله متساوی الاجزاست و گاهی مختلف الاجزا و در هر دو صورت گاهی تخلف و اشتباه به نقیصه است وگاهی به زیاده.

در پاسخ سوال حکم اشتباه در شرط مزبور، دو احتمال قابل طرح است:

۱. در این مثال معامله روی ذات زمین و قیمت آن است، اما شرط هزار متر بودن مانند سایر اوصاف، قید موضوع معامله است، پس مورد معامله «زمین هزار متری»است. در فقه مستدل شده که در برابر قید، بخشی از ثمن قرار نمی‌گیرد بلکه با تخلف شرط و اشتباه در وصف، مشروط له حق فسخ خواهد داشت.

۲. شرط مذکور مانند جزء است و در این مثال در برابر هر متر هزار افغانی قرار می‌گیرد، گویی به تعداد متراژ، قرارداد بیع صورت گرفته است و لذا در صورت کم بودن متراژ بهای مقدارکمبود قابل استرداد است.

حال هرکدام از این دو احتمال در قالب دو نظریه میان فقها طرفدارانی دارد ودلایلی هم ذکر کرده‌اند و آن چیزی که در این دو نظریه مشترک است این است که مشروطله حق فسخ دارد. ولی اختلاف در اینجاست که اگر وی تصمیم به امضای معامله بگیرد، امضای او در برابر بخشی از ثمن است و لذا حق دریافت بخشی از آن را دارد یا امضای او در برابر همهٔ ثمن است و نمی‌تواند بخشی از ثمن را مسترد نماید.

نظر مشهور فقها این است که مشروط له با امضای معامله حق دریافتی قسمتی از ثمن را دارد، یعنی قایل به جزء بودن شرط کمیت شده، دریافت ثمن را در موضوع متساوی الاجزا (مانند کالاهای مثلی) و مختلف الاجزا (مانند کالاهای قیمتی) مطرح نموده و برابر این نظریهٔ خود دو دلیل ذکرکرده‌اند:

نخست این که در مثال مذکور، مورد معامله «هزارمتر زمین» است نه اینکه مبیع خود زمین باشد و هزارمتر بودن وصف آن محسوب شود، هر چند مقدار معین به صورت ذکر شود، بلکه عرف ثمن پرداخت شده را برابر با هزار متر می‌بیند و نه به صورتی که ثمن در برابر اصل زمین باشد و هزار متر بودن صفت آن !لذا در صورت اشتباه مشتری وی با امضای معامله حق در یافت قسمتی از ثمن را دارد.

دلیل دوم این گروه روایت عمر بن حنظله است «رجل باع ارضا علی ان فیها عشره اجر به فاشتری المشتری منه لحدوده و نقد الثمن واوقع صفقهٔ البیع و افترقا، فلما مسح الارض فاذاهی خمسه اجر به، قال: ان شاء استرجع فضل‌ماله و اخذ الارض، و ان شاء رد المبیع و اخذماله کله» [۵] که در فرض مزبور شخص می‌تواند معامله را کلا فسخ و تمام ثمن را بگیرد یا معامله را امضا نموده و بخشی از ثمن را باز پس گیرد.

گروهی دیگر از فقها معتقدند که مشتری در صورت امضای معامله حق گرفتن قسمتی از ثمن را ندارد[۶]، زیرا اولا مورد معامله در مثال مذکور، ذات زمین است و فروشنده مقدار هزار متر را متعهد گردیده است مانند وصف کتابت برای عبد که مورد معامله عبد است و کتابت وصف آن است و چون وصف درخارج موجود نیست، نمی‌تواند مقابل ثمن قرارگیرد و بایع آن

چیزی که درخارج موجوداست را فروخته نه کلی فی‌الذمه، ثانیا تخلف در وصف مذکور (هزار متر بودن زمین) از موارد تعارض اشاره با وصف است که اشاره مقدم می‌شود، یعنی بایع به زمین خاصی در خارج اشاره نموده و می‌گوید این زمین را با این وصف که هزار متر است می‌فروشم و در اینجا زمین مورد معامله بوده و وصف آن یک نوع تعهد و التزام تبعی فروشنده است. بنا براین با تقدیم اشاره، بیع که اصل زمین باشد به طور تام و کامل در مقابل ثمن قرار می‌گیرد و اگر وصف مقدم شود، مورد معامله زمین هزار متری خواهد بود. مرحوم شیخ انصاری در مسالهٔ تقدم اشاره بر وصف در باب خیار رؤیت، در پاسخ مرحوم صاحب جواهر می‌گوید: اگر اشاره مقدم باشد معلوم می‌شود که تمام اعتبار به اشاره است و وصف اعتباری ندارد و لذا در صورت تخلف وصف چرا حکم به حق خیار داده می‌شود؟!

وی همچنین در مساله تخلف از وصف مقدار، معتقد است که مقدار ذکرشده در موضوع معامله جنبهٔ شرط وصفی دارد نه جزئیت، ولی اینکه نظریهٔ دوم مدعی شدکه در برابر شرط وصف بخشی از ثمن قرار نمی‌گیرد و تنها در این مورد خیار تخلف شرط ثابت است را قبول نمی‌کند و تصریح می‌کند که اوصاف دو نوع هستند: برخی مانند شرط کتابت خیاطت و... هستند که عرف تنها ذات مورد معامله را در مقابل ثمن قرار می‌دهد نه اوصاف مذکور، ولی برخی دیگر مانند شرط مقدار معین در مبیع و... هستند که عرف بخشی از ثمن قرارداد را در مقابل آن می‌بیند و ثمن را بر شرط نیز توزیع می‌کند. مفهوم دیگر بیان شیخ، تفصیل میان اوصاف ذاتی و عرضی است.

در پاسخ به این سوال که آیا وصف‌کمیت جزو اوصاف فرعی است یا جوهری؟ باید گفت عده‌ای گاهی آن راء جزء اوصاف فرعی و گاه جز اوصاف جوهری می‌دانند: «وصف کمیت مورد معامله از این لحاظ که تعیین کننده مقدار موضوع معامله است، ذاتی و جوهری به شمار می‌آید؛ ولی از این جهت که حاوی وصف اجتماع اجزای مورد معامله است در زمره اوصاف فرعی قرار می‌گیرد. پس هرگاه مبیع کمتر از مقدار معهود در آید، به دلیل فقدان وصف اجتماع، خریدار حق فسخ دارد و بر مبنای کمبود مقدار (وصف ذاتی) می‌تواند از ثمن به نسبت بکاهد.»[۷]

تا اینجا دیدگاه فقهای امامیه را پیرامون اشتباه در اوصاف کمی با امعان نظر در مبانی آنها مورد بررسی قراردادیم و وجه اختلاف آنها نیز معلوم گردید.

اما مواد ۲۲۳ الی ۲۲۶ المجله اشتباه درکمیت را به سه قسم اشتباه در مکیلات، موزونات، و (مزروعات و سایر اشیا) تقسیم نموده و در صورت و قوع اشتباه در کمیت حکم جداگانه‌ای برای هرکدام بارکرده است.

الف- مکیلات: در مکیلات و عددیات متقار به و موزونات تجزیه پذیرکه (در تبعضشان ضرری نیست)، اگر مبیع از مقدار تعیین شده کمتر باشد برای مشتری خیار فسخ وجود دارد یعنی مخیر است که معامله را فسخ کند و یا اینکه معامله را قبول نماید البته در مقابل بخشی از ثمن و در علت آن گفته شده (لتفرق الصفقه علیه فلم یقع رضاه بالموجود...) در این صورت

فرقی نمی‌کند که ثمن در مقابل مبیع به صورت مجموع قرار گرفته باشد و یا این که اجزا ثمن در مقابل اجزای مبیع قرارگرفته باشد. اما در صورت زیادی زیاده مال بایع است و مازاد بر مقدار تعیین شده داخل در عقدنیست (لان القدرلیس به وصف حتا یدخل فی البیع (درر)...) یعنی در این مورد مقدار و کمیت را به عنوان جزء در نظرگرفته نه وصف.[۸]

ب) موزونات: موزونات را به تجزیه پذیر و غیر قابل تجزیه تقسیم کرده و در صورت تجزیه ناپذیر بودن، ثمن یکمرتبه در مقابل یک مبیع به صورت مجموع قرارگرفته، در این فرض گاهی تخلف و اشتباه مربوط به کمی و نقیصهٔ مقدار است و گاهی مربوط به زیادی مقدار است، در صورت اشتباه در نقیصه، مشتری حق خیاردارد، و درصورت اشتباه در زیاده زیادی مال مشتری است و بایع حق خیار ندارد. و مرتبه‌ای دیگر اجزاء ثمن در مقابل اجزای مبیع قرارگرفته در این فرض در صورت زیاده و نقیصه مشتری حق خیار فسخ دارد (درنقصان به جهت تبعض صفقه و در زیاده به جهت ضرر مشتری بالتزام الزائدمن الثمن).[۹]

ج) مذروعات و سایر اشیا: در این مورد در جایی که کالا مانند فرش یا ساختمان و... تجزیه ناپذیر باشد و تقسیم کالا از ارزش آن کم کند و ثمن مورد معامله نیز در مقابل مبیع به صورت مجموع قرار گیرد، حکم موزونات تجزیه ناپذیر را دارد.

اشتباه در اشیا و امتعه‌ای که در تبعض‌شان ضرری نیست، حکم‌شان حکم مکیلات است.[۱۰]

نظر قانون مدنی افغانستان

قانون مدنی افغانستان درمادهٔ ۱۰۸۲ اگر مبیع کمتر از مقدار تعیین شده‌باشد، بایع را به حسب عرف مسوول دانسته ولی مشتری از جهت نقص در مبیعه طلب فسخ عقد را نمی‌تواند مگر این که ثابت نماید نقص به اندازهٔ است که اگر مشتری قبلا به آن علم می‌داشت بیع را انجام نمی‌داد؛ همچنین مادهٔ ۱۰۸۳ در صورت زیادی مبیع، مشتری را به کمال ثمن مکلف گردانیده و ثمن زیادی بر مقدار تعیین شده را به بایع باید بپرداز فقط در صورت که زیادی فاحش باشد برای مشتری حق خیارداده، بنابراین می‌توان گفت قانون مدنی، از طرفی توجه به حفظ استحکام و استواری معاملات نموده چون در هرحال برای مشتری حق خیار فسخ قرار نداده و از طرفی دیگر با احترام گذاشتن به ارادهٔ زیان دیده برای آن حق خیار داده تا با اعمال خیار جبران ضرر نماید. و آن در صورتی است که نقیصه و زیاده مورد توجّه باشد.

با این توضیحات، می‌توان گفت وصف کمیت هرگاه در معامله شرط نشده‌باشد، هیچ حقی برای بایع یا مشتری در خصوص زیاده یا نقیصه نیست؛ اما هرگاه کمیت به صورت شرط صفت در آمده باشد، در صورتی که مبیع قابل تجزیه باشد، وصف کمیت از اوصاف جوهری و در صورتی که غیر قابل تجزیه باشد، از اوصاف عرضی است. پس هرگاه شخصی فرشی را به شرط اینکه دوازده متر باشد بخرد و هنگام تسلیم، کاشف به عمل آید که فرش ده متری بوده است، از آنجا که نمی‌توان مقدار اضافه را بطور جداگانه به او تحویل داد، برای مشتری خیار فسخ قرار داده شده است تا به این صورت از ورود ضرر به او جلوگیری شود. اما اگرمبیع، ده تن گندم بوده و هنگام تسلیم، نه تن باشد، چون گندم قابل تجزیه است، مشتری می‌تواند معامله را

فسخ یا ابقا کندکه در این صورت، بایع مکلف است قیمت یک تن گندم کسری را به نسبت ثمن به مشتری برگرداند.

اشتباه در ارزش مورد معامله: در این فرض، بایع یا خریدار در باره ارزش مال مورد معامله در اشتباه هستند. فرضا مشتری به تصور این که خانه مورد معامله صد میلیون ریال می‌ارزد، آن را می‌خرد و سپس متوجه می‌شود که آن خانه در واقع پنجاه میلیون ارزش داشته است و یا با لعکس، بایع به تصور اینکه خانه او پنجاه میلیون ارزش دارد، آن را می‌فروشد و پس از معامله، متوجه می‌شود که درخصوص ارزش آن در اشتباه بوده است و آن خانه صد میلیون ارزش داشته‌است.

برای اشتباه در ارزش مورد معامله، در فقه اصطلاح «غبن» به کار رفته که عبارت است از تملیک مالی با قیمت زیاد تر از قیمت واقعی در صورت جهل دیگری.[11] غبن در لغت به معنای خدعه، نیرنگ و خلاف واقع نشان دادن است، مثل اینکه اموال شخصی خود را به بیش از قمت واقعی فروخته و وانمود می‌کند که قمت واقعی همان است. ماده ۵۷۰ ق.م افغانستان در این باره می‌گوید: «فریب عبارت از بکار بردن وسایل حیله آمیز قولی یا فعلی‌ای است که طرف مقابل عقد را به راضی شدن انعقاد عقد بکشاند، به نحوی که این وسایل اگر به کار برده نمی‌شد، رضایت وی در عقد به میان نمی‌آمد.» ولی آن چیزی که از معنای لغوی و تعریف فقهی غبن بر می‌آید این است که برای تحقق غبن شرایطی لازم است:

۱.عقد معوض و غیر محاباتی باشد ۲. به هنگام معامله قیمتی زاید و غیر قابل تسامح عرفی پرداخت شود ۳. شخص مغبون بایدجاهل به قیمت باشد و این جهل مرکب باشد نه بسیط، زیرا اگر بداند که قیمت واقعی مال را نمی‌داند و سپس با همین حال معامله نماید، مغبون محسوب نمی‌شود.

در مورد میزان اشتباه در ارزش مورد معامله و موثر بودن آن در ایجاد غبن، قانون مدنی افغانستان ماده ۵۷۱ عبارت غبن فاحش را به کار برده و گفته: «هرگاه به سبب فریب یک طرف عقد، غبن فاحش متوجه طرف مقابل گردد، فریب خورده می‌تواند فسخ عقد را مطالبه نماید. غبن وقتی فاحش گفته می‌شود که تفاوت بین قمت حقیقی مال در هنگام عقد و قیمتی که مال به فروش رسیده به (۱۵) فی صد یا بیشتر از آن بالغ گردد.» و بعضی‌ها هم عرف را معیار قرار می‌دهد. بدین صورت که آیا از دیدگاه عرف، اشتباه صورت گرفته در ارزش مورد معامله، قابل مسامحه است یا خیر؟ البته بعضی از فقها برای تشخیص عرف قایل به مثال شده‌اند؛ از جمله شیخ انصاری که تفاوت قیمت تا یک دهم و دو دهم را نسبت به قیمت واقعی، قابل مسامحه دانسته، موجبی برای وقوع غبن نمی‌داند.[12]

کم و زیاد بودن ثمن، با در نظر گرفتن شروطی که ضمیمه عقد بیع شده‌است، اندازه گیری می‌شود؛ مثلا هرگاه مالی که صد دینار ارزش داشته به قیمتی بسیارکمتر از آن فروخته شود و برای بایع شرط خیار فسخ قرار داده شود، عرفا غبنی‌صورت نگرفته است؛ زیرا جنسی که با بیع خیاری فروخته می‌شود، ثمن آن از ثمن مبیع در بیع غیر خیاری و لازم کمتراست.

به هر حال در فقه اهل سنت، در مذاهب حنفی، شافعی و حنبلی به غبن در صورتی اعتنا می‌شود که همراه با تعزیر باشد، مگر در موارد خاص مانند غبن در مال محجور یا مال وقف و یا بیت المال که بدون تغریر هم غبن فاحش موجب خیار فسخ است[۱۳] در ماده ۳۵۶ المجله آمده است: «اذاوجدغبن فاحش ولم یوجد تغریر، فلیس للمغبون ان یفسخ البیع الااذاوجدالغبن وحده فی مال الیتیم، ومال الوقف وبیت المال حکمه حکم مال الیتیم».

در مذهب سالکی هم با تفصیل بیشتری به این بحث پرداخته شده‌است که در برخی صور، غبن با تدلیس حکم واحدی دارد و اما غبنی که ناشی از اشتباه در ارزش موضوع عقد باشد، موجب خیار فسخ است و البته با توجه به اقسام سه گانه‌ای که برای غبن ذکر شده، معلوم می‌شود در این مذهب، غبن دایره‌ای وسیع‌تر از اشتباه در ارزش موضوع معامله دارد.[۱۴]

۲. در فقه امامیه نظریه غبن به عنوان قاعده عمومی با تأمل در روایات، قاعده لاضرر و... مورد پذیرش قرار گرفته و به وسیلهٔ فقهای متأخرشرح و بسط یافته است.[۱۵] موافقان نظریهٔ غبن در استدلال‌های خود سه مبنا برای آن ذکر کرده‌اند:۱.جبران ضرر ناروا (قاعده لاضرر)،۲. تخلف ازشرط ضمنی۳. غبن به عنوان عیب رضا.

الف) موضوع معامله، انجام کار است

گاهی موضوع عقد، انجام عمل است. مثل اینکه آبیاری زمینی در مدت معینی‌مورد تعهد قرار می‌گیرد و پس از عقد مشخص می‌شود که یکی از طرفین در باره اندازه زمین در اشتباه بوده است. البته ممکن است در این مثال گفته شود که زمین، موضوع عقد نیست بلکه آبیاری موضوع عقد است؛ اما به هر حال زمین در موضوع عقد مؤثر است؛ زیرا هر چه زمین بزرگتر باشد، آبیاری آن وقت بیشتری‌می‌گیرد. یا اینکه آبیاری باغی را به تصور این که درخت در آن کاشته شده است بر اساس معامله‌ای برعهده می‌گیرد و سپس متوجه می‌شود که در آن باغ، گل‌کاشته شده است. چنین اشتباهی نیز در نفس عمل مورد تعهد (آبیاری)، مؤثراست؛ زیرا گل نسبت به درخت احتیاج بیشتری به دفعات آبیاری دارد؛ یا در همین‌مثال، متعهد در نوع آبیاری دچار اشتباه‌شده باشد و با تصور اینکه آبیاری قطره‌ای است، انجام عمل را تعهد می‌کند و بعد متوجه می‌شود که آبیاری به طریق دیگری مثلا نشتی باید صورت گیرد. در تمام حالات فوق، متعهد یا متعهد له می‌توانند در خصوص موضوع معامله، ادعای اشتباه کنند؛ زیرا اشتباه در موضوع معامله مختص به عین بودن آن نبوده و مبانی فقهی که بر اشتباه آورده شده است از جمله آیه «تجارهٔ عن تراض» و قاعده «ماقصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» در این موارد نیز صادق است.

در بحث مستند قانونی این اشتباه، باید به ماده ۵۸۴ قانون مدنی که «هرگاه موضوع وجیبه را اجرای یک عمل تشکیل دهد، عمل مذکور باید معین گردیده یا قابلیت تعیین را داشته باشد.» اشاره کرد.

ب) موضوع معامله حق معنوی‌است

منظور از حق معنوی: «حقی است غیر از حق عینی و حق دینی؛ از این رو که نـه بـه عـین و نه به ذمه تعلق می‌گیرد. بلکه مزیتی است قانونی و غیر مـادی،ماننـد حـق مختـرع بـه اختـراع خود.» [۱۶]

موضوع معامله می‌تواند حقوق معنوی مثل حق التالیف یا حق سر قفلی (حق کسب) و غیـره باشد و همچنان که در موضوع عین و تعهد می‌تواند اشتباه رخ دهد، هرگاه موضوع معامله، حق معنوی باشد و در آن اشتباه اساسی رخ دهد، می‌تـوان ایـن‌اشـتباه را در معاملـه مـؤثر دانـست، مانند اینکه نویسنده‌ای حق التالیف کتاب داستان خود را می‌فروشـد و خریـدار بـه تـصور اینکـه حق التالیف کتابی با موضوع حقوقی را از نویسنده می‌خرد، به معامله رضایت می‌دهـد. موضـوع کتاب در اینجا همان «جنس» کتاب را تشکیل می‌دهد که اشـتباه در آن باعـث بطـلان معاملـه می‌گردد. دکتر کاتوزیان درباره اشتباه در حق‌معنوی، معاملـه علامـت تجـاری کـالایی را مثـال می‌زند که خرید و فروش آن کالا به هنگام عقد ممنوع باشد و اشتباه در وصف ذاتی و جـوهری حق معنوی را باجمع آمدن شرایط، مؤثر در عقد دانسته‌اند. [۱۷]

ج) اشتباه در توابع مبیع

ماده ۷۲۶ق.م «تابع، تابع حکم متبوع بوده، حکم جداگانه بر آن مرتب نمی‌گردد.»

ماده ۷۲۷ق .م «شخصیکه مالک شی گردد، مالک آنچه از ضروریات آن باشد نیز می‌گردد.»

گاهی مبیع دارای متعلقات و توابعی‌است. مانند ضـبط صـوت کـه از توابـع اتومبیـل اسـت یـا دستگاه برودتی و شوفاژ و منبع آن که از توابع خانه است و هنگام فروش خانه جز و مبیـع قـرار می‌گیرد. به طورکلی توابع مبیع، عبارتند از آنچه که همراه مبیـع بـوده، از آن جـدایی ناپذیرنـد؛ اماتشخیص آنها همیشه به آسانی صورت نمی‌گیرد و در بسیاری موارد در ورود مـالی در توابـع مبیع، ابهام به وجود می‌آید. معیارهای تشخیص توابع مبیع‌عبارتنداز:

عرف و عادت: عرف عبارت اسـت از آنچـه کـه در ذهـن شـناخته شـده و «مـانوس و مقبـول خردمندان است» [۱۸] در اصطلاح فقها عبارت است از: «روش مستمر قومی درگفتار و رفتـار»؛ [۱۹] البته روش خاصی نیز که غالب افراد یـک جامعـه بـرای انجـام عملـی بـه کـار مـی‌برنـد، عـرف محسوب می‌شود و لازم نیست تمام افراد جامعه بـه آن روش‌آشـنا باشـند. آنچـه طبـق عـرف و عادت‌محل از توابع مبیع محسوب می‌شود،جزو مبیع است؛ مثل تـابع بـودن وسـایل برودتـی در بیع خانه.

قراین: «جمع قرینه و در لغت، عبارت‌است از علامت، شبیه و چیـزی کـه بـرای انـسان ماننـد دلیل باشد برای پی بردن به‌امری» [۲۰] قرینه در عالم حقوق عبارت از «کیفیتی اسـت کـه عـارض چیزی شود و به آن چیز معنی و جلوه دیگری بخشد. خواه‌آن چیز که قرینه بر آن عـارض شـده است، سخن باشد یا چیز دیگری غیر از سخن.» [۲۱]

در تعیین توابع مبیع علاوه بر عرف، از قرینه نیز می‌توان اسـتفاده کـرد. مـثلا هرگـاه خریـدار اتومبیل بگوید: «این اتومبیل را می‌خرم زیرا گوش دادن به رادیو را در هنگام رانـدگی دوسـت

دارم»، جمله اخیر نشانگر آن است که خریدار رادیوی اتومبیل را نیز به تبع آن خریده است و قرینه‌ای بر تابع بودن رادیو در مبیع است.

تصریح: بهترین راه تشخیص توابع مبیع این است که هنگام بیع صراحتا آن را در کنار و همراه مبیع قرار دهند، به این‌صورت که خریدار بگوید: «این دستگاه اتومبیل را به همراه ضبط صوت داخل آن می‌خرم.» تصریح همراه با لفظ صورت می‌گیرد و این لفظ، صراحت در داخل بودن تابع در بیع دارد. اما گاهی‌ضمنی است نه صریح؛ البته می‌توان لفظ ضمنی را نوعی قرینه لفظی به حساب‌آورد.

مواد ۲۳۰و ۲۳۱و ۲۳۳ المجله [۲۲]: در تعیین توابع مبیع، معیار عرف، و تصریح را بیان داشته و در ماده ۲۳۰ هر چیزی را که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود، داخل در بیع و متعلق به مشتری می‌داند؛ هر چند که در عقد، به صراحت ذکر نشده باشد و یا متعاملین‌جاهل به عرف باشند. اصولا ادعای جهل به عرف، مانند ادعای جهل به قانون‌پذیرفته نیست. مثلا در بیع خانه، فرد نمی‌تواند ادعا کند که نمی‌دانسته طبق‌عرف، شوفاژ و منبع آن نیز جزء مبیع محسوب می‌شود، و از این جهت ادعای‌اشتباه کند.

ماده ۲۳۳ المجله تصریح به توابع مبیع را مورد اشاره قرار داده هر چیزی را که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع بر شمرده نشود، داخل در بیع نمی‌داند؛ مگر این که صریحا در عقد ذکرشده باشد. و نیز چند مورد را به عنوان مثال آورده است. از جمله بیع باغ و تابع بودن درختان را در باغ مثال زده و سپس به بیع خانه پرداخته و هر چه را ملصق به بنا باشد، به طوری که نتوان آن را بدون خرابی انتقال داد، داخل در مبیع می‌داند. اما در مثال‌های دیگری زراعت را در بیع زمین و حمل را در بیع حیوان، داخل در مبیع نمی‌داند؛ مگر این که در باره آن تصریح شده باشد، یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. شاید از این جهت که باغ بدون درخت، دیگر باغ نیست، اما زمین بدون زراعت، زمین محسوب می‌شود و به هر حال بعد از رسیدن زراعت، باید آن را ازاله کرد. همچنین است در مثال حمل حیوان که حیوان بدون‌حمل نیز لفظ حیوان را بر خود دارد و ماهیت‌حیوان بدون حمل تغییر نمی‌کند. بنا براین حمل و زراعت را نباید از توابع مبیع دانست؛ اما باغ بدون درخت، ماهیتش دگرگون و تبدیل به زمین می‌شود بنابراین درختان در بیع باغ، جزئی از آن هستند. حال اگر باغ به عنوان زمین فروخته شود، دیگر درختان جزء مبیع محسوب نمی‌شوند.

مواد قانون مدنی در توابع مبیع، از فقه اقتباس شده و در این مورد اختلاف نظری بین فقها دیده نمی‌شود. [۲۳]

شرایط تاثیر اشتباه

در این قسمت، قصد ما پاسخ به این‌سؤال است که آیا هر اشتباهی می‌تواند در عقد موثر واقع شود؟ در صورت منفی بودن پاسخ، چه نوع اشتباهی در صحت و نفوذ عقد موثر است؟ به عبارت دیگر، در چه شرایطی، اشتباه، موثر در عقد است؟

می‌دانیم حفظ مصالح و منافع جامعه ایجاب می‌کند که تا حد ممکن، از پاشیدگی عقود

جلوگیری شود؛ جز در زمانی که در اثر معامله، به حقوق فرد لطمه جدی وارد می‌شود؛ به گونه‌ای که‌عدم کوشش در رفع این ضرر، موجب مخدوش شدن قاعده انصاف گردد. اما این نیز مسلم است که نمی‌توان به ادعای بروز هر اشتباهی، عقد را متزلزل ساخت؛ زیرا در این صورت هرگاه فرد بعد از انعقاد عقد، پشیمان شد و آثار آن را مخالف منافع خود دید، باید به او این حق را دادکه با استناد به اشتباهی هر چند جزیی، عقد را به هم زند و خود را از زیر بار تعهدات آن خارج سازد. امکان توسل به هر اشتباهی برای متزلزل ساختن عقد، موجب سوء استفاده افراد فرصت طلب شده، امنیت معاملات و عقود را به خطر می‌اندازد. لذا باید بین این دو منفعت، یعنی نظم امنیت معاملات و منافع افرادی‌که واقعا دچار اشتباه شده‌اند، تعادل بر قرار کرد؛ بنابراین برای تاثیر اشتباه باید قایل به شرایطی شد.

به طور کلی می‌توان گفت هر اشتباهی در صورت داشتن شرایط زیر می‌تواند در عقد موثر واقع شود:

۱- اشتباه اساسی باشد: اشتباه اساسی، اشتباه در انگیزه‌های اصلی است که به رضا منتهی می‌شود. یعنی اشتباه، «علت‌اصلی یا عمده تصمیم گرفتن» [۲۴] باشد. قبل‌از تراضی طرفین، جهات گوناگونی در ترغیب و تشویق دو طرف به انجام معامله تاثیر می‌گذارد. بعضی از این جهات، شوق اصلی را که به رضایت منتهی می‌شود، ایجاد می‌کند و بعض دیگر هر چند مشوق رضا می‌باشند، شوق‌اصلی را بر نمی‌انگیزند. اشتباه در انگیزه‌هایی که شوق اصلی منتهی به رضا را بر می‌انگیزد، موثر در عقد است. یعنی هنگامی اشتباه، اساسی است که در ارکان عقد باشد و در عامل اصلی ترغیب فرد به انجام معامله، صورت پذیرد.

برای تشخیص اشتباه اساسی، ضابطه و قاعده‌ای‌که در قانون مدنی افغانستان ماده ۵۶۴ وجود دارد این است که: « هرگاه غلطی به اندازۀ فاحش باشد که عقدکننده در صورت وقوف برآن از ابرام امتناع می‌ورزید چنین غلطی اساسی پنداشته می‌شود.» یعنی باید به هر مورد، جداگانه توجه و این سوال را مطرح‌کرد که اگر شخص معامله‌گر از وجود این اشتباه آگاه بود، باز هم راضی به انجام معامله می‌شد یا خیر؟ هرگاه جواب این‌سوال منفی باشد، می‌توان اشتباه را در عقد موثر دانست؛ به طور مثال هرگاه در عقود، شخصیت طرف، علت عمده عقد باشد، اشتباه در آن، طبق قانون می‌تواند به‌عقد خلل وارد کند؛ مثل عقد هبه و نکاح. البته برای شناخت اشتباه اساسی، دو ملاک عرف و ملاک شخصی را باید در نظر گرفت. گاهی با مراجعه به عرف، می‌توان مساله را حل کرد؛ مثلا هر گاه واهب در شخصیت طرف مورد هبه، اشتباه کرده‌باشد، عرف به ما می‌گوید که در چنین عقدی شخصیت طرف، علت‌عمده عقد است و باید اشتباه را موثر درعقد دانست. در مورد معیار شخصی باید به انگیزه و خواسته شخص توجه کرد. به عنوان مثال هر گاه شخصی ظرفی را به‌عنوان عتیقه بخرد اما ظرف عتیقه نباشد، عرف در این باره نظری ندارد. هدف و انگیزه شخص در خرید این ظرف، عتیقه بودن آن است نه اوصاف دیگر مثل‌جنس، رنگ، طرح و شکل. بنابراین در چنین حالتی باید اشتباه را موثر در عقد دانست؛ زیرا اگر از خریدار سوال شود که در صورت عدم وجود وصف قدمت در ظرف، آن

را می‌خرید یا نه مسلما جواب منفی است.

در مورد دو معیار عرف و انگیزه شخصی، باید گفت آنچه را عرف، اساسی می‌داند، تصریح آن توسط طرفین معامله لازم نیست؛ مثلا در عقد هبه، لازم نیست واهب تاکید کند که شخصیت طرف برای او مهم است. انگیزه شخصی را وقتی می‌توان موثر دانست که به نحوی به آن اشاره شده‌باشد. بیان انگیزه می‌تواند صریح یا ضمنی باشد؛ مثلاً: «در مورد ظرف عتیقه، خریدار می‌تواند وصف عتیقه بودن را هنگام معامله ذکر کند و بگوید «من این گلدان عتیقه را به صد هزار تومان می‌خرم» یا می‌تواند وصف را به طور ضمنی در قصد مشترک خود با طرف دیگر وارد کرده و بگوید «من این گلدان را برای کلکسیون عتیقه‌های خود می‌خرم.»

۲- اشتباه، سبب عدم تطابق دو اراده یاعدم تحقق تراضی باشد: اشتباه وقتی باعث مخدوش شدن عقد می‌گردد که موجب دو سویه شدن اراده‌ها گردد؛ طوری که دو اراده بر یک مطلب توافق نکرده‌باشند صرف نظر از این‌که زمان ایجاد اشتباه در چه مرحله‌ای از معامله بوده‌است. اشتباه در مراحل مختلفی از سیر تحولی معامله می‌تواند صورت گیرد:

۱- اشتباه در هنگام تصمیم گرفتن: به طورکلی اشتباه به عنوان عیب اراده می‌تواند مطرح شود - البته با داشتن شرایط دیگر از جمله اساسی بودن - که هنگام تصمیم گرفتن رخ داده باشد و در این باره بحثی نیست.

۲- اشتباه در بیان اراده: در این فرض، اراده واقعی با آنچه اعلام شده تفاوت دارد یعنی گاهی اراده به طورصحیح به وجود می‌آید؛ اما هنگام بیان آن دچار اشتباه می‌شوند؛ [۲۵] مثلا: «فروشنده کالایی، بهای آن را به اشتباه کمتر اعلام می‌کند (ثمن را به جای صد هزار افغانی، ذکر می‌کند)، یا خریدار خانه‌ای که می‌خواهد آن را به اقساط بخرد شرطی در این باره نمی‌کند و ایجاب خرید با ثمن نقد به فروشنده می‌رسد و طرف معامله نیز ایجاب را می‌پذیرد. پس این مساله مهم مطرح می‌شود که آیا از توافق اراده‌های ظاهری نیز التزامی به وجود می‌آید یا آنچه اعلام شده به دلیل تعارض با مبنای درونی آن، اعتبار ندارد؟ قانون مدنی افغانستان ماده ۵۱۳ می‌گوید: «اراده‌ای که خلاف مافی الضمیر شخص اظهار شده‌باشد، باطل پنداشته نمی‌شود، مگر این‌که طرف مقابل به مخالفت اراده اظهارشده یا نیت شخص علم داشته‌باشد.» در اینجا باید گفت که در بیان اراده نیز، مانند رضای باطنی، اشتباه در صورتی آثار توافق را از بین می‌برد که مقصود اصلی معلوم یا قابل فهم باشد یعنی در اینجا باید با مراجعه به عرف، بررسی کرد که آیا اشتباه فوق، مانع از تراضی شده‌است یا خیر؛ هر گاه از اوضاع و احوال، چنین استنباط شود که خریدار از غیر واقعی بودن قیمت می‌توانسته اطلاع یابد، مسلما چنین ادعایی در مورد اشتباه قابل قبول است و همچنین است هرگاه فی و تعداد کالای مورد معامله مشخص باشد و در بیان قیمت کل اشتباه رخ دهد. اما در موارد که مخاطب با حسن نیت آن را می‌پذیرد و اوضاع و احوال چنان نیست که انسانی متعارف بتواند و جود اشتباه را استنباط کند؛ مثلا هر گاه تفاوت قیمت واقعی مورد قصد فروشنده با قیمت بیان شده چندان زیاد نباشد، طوری‌که عرف از آن مسامحه کند، ادعای‌فروشنده را در بروز اشتباه

نباید پذیرفت.

۳- اشتباه در انتقال اراده: در این حالت، اراده صحیح بیان شده اما به عللی که ناشی از طرف خطاب یا وسیله انتقال اراده است، مخاطب معنایی متفاوت از آنچه بیان شده، استنباط می‌کند؛ به عنوان‌مثال به‌علت‌خراب بودن سیم تلفن، در ایجاب و قبول تلفنی، صدای فروشنده به خوبی به خریدار نمی‌رسد و به خریدار، ایجابی متفاوت از آنچه که به او خطاب شده تفهیم می‌شود. در این حالت با توجه به این‌که در انتقال اراده، اشتباه رخ داده و ایجاب و قبول بر چیز واحدی قرار نگرفته اصلاً توافقی انجام نشده است و صرف نظر از این‌که عامل ایجاد اشتباه، طرفین معامله باشند یا شخص ثالث و یا عامل خارجی، باید ادعای مبنی بر اشتباه هر یک از طرفین را، موثر در عقد دانست. ماده ۵۶۹ قانون مدنی افغانستان: «احکام مربوط به غلطی درمورد مقاصد یا هر و سیطی‌که اراده یکی از طرفین عقد را تحریف شده به دیگری نقل نماید، قابل تطبیق می‌باشد.»

به طور کلی می‌توان گفت اشتباه مختل‌کننده اراده، در هنگام تصمیم گرفتن رخ می‌دهد. چنین اشتباهی گاه می‌تواند از تحقق تراضی جلوگیری کند و عقد را از ابتدا باطل سازد؛ گاه نیز تاثیری در عقد ندارد و آن وقتی است که طرف دیگر، عرفاً می‌بایست از وقوع اشتباه در بیان، آگاه باشد. گاه نیز اشتباه در انتقال اراده است که در این صورت اساساً تراضی‌صورت نگرفته تا عقدی بر پایه آن تراضی‌حاصل شده باشد؛ لذا عقد را باید باطل‌دانست.

۴- اشتباه در قلمرو قصد مشترک قرار گیرد: مقاصد و نیات درونی، در صورتی در عالم حقوق اهمیت پیدا می‌کند که به نوعی بیان شوند؛ ماده ۵۰۹ ق.م افغانستان: «اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتی‌که عرفاً متداول باشد، صورت می‌گیرد. همچنان اظهار اراده به داد و ستدی‌که برحقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می تواند». بنابراین اشتباه وقتی می‌تواند در عقد خلل وارد کند که بیان شده و به اطلاع طرف مقابل برسد. بیان قصد و اراده می‌تواند به دو صورت‌صریح و ضمنی باشد،ماده ۵۱۰ ق.م افغانستان: «اظهار اراده طور ضمنی صورت گرفته می‌تواند، مگر این‌که صریح بودن آن را قانون و یا عاقدین شرط گذاشته باشند». هر گاه مشتبه مدعی اعلام اراده به طور ضمنی باشد، برای تشخیص آن باید به عرف مراجعه‌کرد و این مطلب را دریافت که آیا یک فرد متعارف می‌توانسته از گفته‌های طرف مقابل، این اعلام ضمنی را استنباط کند یاخیر؟

حقوق فرانسه

با توجه به رویه قضایی حقوق فرانسه، سه شرط اساسی برای تاثیر اشتباه ذکر شده‌است:

۱- اشتباه باید تعیین‌کننده باشد: «رویه‌های قضایی فرانسه به نحو کلی متذکرشده‌اند که عنصری که اشتباه برآن واقع شده بایدسبب تعهد شده و تعیین کننده آن باشد.»[۲۶] و براساس نظریه شخصی تعدیل معیار تعیین کنندگی، نوعی است و میزان، انسان متعارفی است که در شرایط و اوضاع و احوال عادی اقدام به معامله می‌کند و دادرس به دنبال یافتن اثر واقعی

اشتباه در اراده متعامل است.[۲۷]

۲- اشتباه باید در موضوع تراضی و به تعبیر دیگر در قلمرو تراضی باشد: و عده‌ای از این شرط اراده اشتباه مشترک نموده‌اند که غیر قابل قبول است و در حقوق فرانسه هم آن را نپذیرفته‌اند، زیرا جوهره عقد توافق دو اراده است و معیوب بودن یکی از آن دو برای بطلان عقد کفایت می‌کند.[۲۸]

۳- اشتباه باید قابل اغماض باشد: مراد از آن این است که زیان‌دیده بر اثر بی‌مبالاتی و تقصیر خود به اشتباه نیفتاده باشد. بدیهی است معیار یافتن اشتباه‌های قابل اغماض و غیر قابل اغماض موردی است و مدعی باید آن را اثبات نماید و نسبت به اشخاص تحصیل کرده، سن، خانواده، موقعیت شغلی، منطقه جغرافیایی و...می تواند در تعیین غیر قابل اغماض بودن اشتباه نقش داشته‌باشد و همچنین عناصر اخلاقی که در این نگرش تاثیر دارد و فلسفهٔ آن حمایت از زیان‌دیده‌ای است که محق است و شایستگی دارد.[۲۹]

نظریه اشتباه مشترک

موضوع ماده ۵۶۳ قانون مدنی افغانستان: «شخصی که در غلط اساسی واقع گردیده، به شرطی می‌تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که طرف مقابل وی نیز در عین غلطی واقع شده یا از غلطی واقف بوده و یا این‌که به سهولت می‌توانست به آن واقف گردد».

در بحث از شرایط تاثیر اشتباه یکی از شرایط را قرار گرفتن اشتباه در قلمرو تراضی ذکر کردیم که در حقوق فرانسه از آن به عنوان این‌که اشتباه باید تعیین کننده باشد یاد شد. و در آنجا متذکر شدیم که بعضی ادعا کرده‌اند اشتباه در صورت موثر است که مشترک بین طرفین باشد یعنی دو طرف قرارداد مقصود یکدیگر را می‌دانند، ولی نسبت به واقعیت تصور خطایی دارند و هر دو در اشتباه هستند، مثل این‌که نمی‌دانند موضوع قرارداد از بین رفته است. بر این اساس هرگاه متعاملین در وصف موضوعی توافق کنند هر چند اساسی هم نبوده، ولی در واقع آن وصف موجود نباشد این اشتباه در صورتی موثر است که هر دو طرف در اشتباه مشترک باشند و هردو نسبت به فقدان وصف مورد توافق جاهل باشند.

نظریه اشتباه مشترک (Common) در مقابل اشتباه متقابل (Mutual) و اشتباه فردی یا یک طرفی (Unilateral) در حقوق انگلیس به طور مبسوطی مطرح شده‌است: «در این نظام حقوقی سه نوع اشتباه موثر وجود دارد: مشترک، متقابل، فردی یا یک طرفی، اشتباه متقابل در جایی است که دو طرف نسبت به مقصود یکدیگر دچار سو تفاهم شده‌اند، برای مثال، فروشنده ماشین فورد خود را می‌فروشد و خریدار بدین پندار که ایجاب ناظر به اتومبیل شورلت او است آن را می‌خرد یعنی توافق ظاهری است و ایجاب و قبول با هم مطابقت ندارد، اما اشتباه فرد یا یک طرفی جایی است که تنها یکی از دو طرف در اشتباه است و دیگری می‌داند یا می‌بایست آگاه از اشتباه طرف خود فرض شود، مانند این‌که خریداری بدین پندار که مبیع قطعه هنری اصیل است آن را می‌خرد، در حالی که فروشنده می‌داند که تقلید شدهٔ آن اثر را معامله می‌کند، بنابراین در این دو مورد تراضی واقعی به وجود نمی‌آید و به همین

جهت در اثر مطابق نبودن ایجاب و قبول عقد باطل است.» و در این نظام حقوقی اولاً نتیجه چنین اشتباهی بطلان مطلق است. ثانیاً در آن ایجاب و قبول مطابق هم هستند و تراضی حاصل شده‌است، به خلاف اشتباه متقابل و فردی که در آن اصلاً توافقی حاصل نشده‌است. ثالثاً قلمرو آن در حقوق انگلیس تنها در موضوع‌هاست نه اشتباه‌های حقوقی[۳۰] «به هر حال نظریه اشتباه مشترک براساس مبانی خاص در حقوق انگلیس پذیرفته شده و در حقوق فرانسه طرفدارانی مانند کاپیتان و کلن دارد».[۳۱] و بحث ما پیرامون این نظریه این است که آیا اشتباه مشترک متعاملین از شرایط تاثیر اشتباه در قراردادها است یا خیر؟ و این نظریه با مبانی حقوقی ما سازگاری دارد یا خیر؟

این نظریه طرفداران و مخالفانی دارد که هر کدام دلایلی بر نظر خود ذکر کرده‌اند که به مهم‌ترین آنها اشاره مختصری می‌شود:

دلایل طرفداران نظریه اشتباه مشترک

۱- این نظریه موجب حفظ استقرار معاملات و پشتوانه اصل ثبات قراردادها است، زیرا معیارهای شخصی و مراجعه به انگیزه‌های شخصی و اراده باطنی افراد گرچه با روح آزادی خواهی و حمایت از حقوق فردی تناسب بیشتری دارد، ولی عقد یک نوع رابطه اجتماعی است و نظم اجتماعی و امنیت معاملات اقتضا می‌کند که اشتباهی موثر باشد که مشترک متعاقدین بوده و ملاک قرار گرفتن معیارهای شخصی در اشتباه، موجب به خطر افتادن منافع طرف مقابل شده‌باشد، به علاوه به کوچک‌ترین مناسبت و ادعای اشتباهی، قرارداد در معرض تزلزل و نابودی قرار می‌گیرد.

۲- این نظریه با عدالت سازگارتر است، زیرا عدل و انصاف حکم می‌کند که زیان‌های ناشی از اعمال هر کس دامنگیر خود او شود نه طرفی که از واقعه بی‌اطلاع بوده و با حسن نیت اقدام به انعقاد عقد نموده‌است و لذا نظریه اشتباه مشترک مانع به خطر افتادن منافع طرف دیگر می‌شود و به موجب آن هر دو طرف درباره مبنا و علت عمده عقد تصوری خلاف واقع دارند.[۳۲]

دلایل مخالفان نظریه اشتباه مشترک

این نظریه را نمی‌توان پذیرفت زیرا:

۱- نظریه اشتباه مشترک با منطق حقوق سازگار نیست، زیرا عقد از ترکیب و توافق اراده‌ها به وجود می‌آید و معیوب شدن اراده هر کدام از آن دو کافی است که موجب بطلان یا تزلزل عقد شود. در صورتی که اشتباه عیب اراده باشد، از لحاظ منطق حقوقی تفاوتی نمی‌کند که اثر آن منوط به اشتباه طرف مقابل شود یا خیر، به بیان دیگر وقتی انگیزه غلط موجب تحریک کسی برای انعقاد عقد شد چه تفاوتی می‌کند که طرف مقابل او هم همین اشتباه را مرتکب شود یا نشود![۳۳]

۲- نظریه اشتباه مشترک بر عدالت استوار نیست، زیرا اگر تصور کنیم اشتباهی که روی داده مشترک نیست اما متعامل دیگر که رضای او در معامله سالم است به تصور غلط طرف دیگر

برای ورود به عقد آگاه بوده و او را در اشتباه نگه‌داشته و آگاه نکرده‌است، طبق نظریه اشتراک، این اشتباه تاثیری در صحت عقد ندارد و این نتیجه بی تردید با عدالت سازگار نیست، به جهت این‌که اگر قرار باشد اشتراک اشتباه بر منطق عدالت اقتضای بطلان داشته‌باشد، در هنگامی که یک طرف از اشتباه طرف اول آگاه بوده و او را از پندار غلط نرهانیده است، به طریق اولی باید براساس عدالت معامله را باطل بدانیم! در اینجا ذکر این نکته ضروری است که یکی از اقسام اشتباه در حقوق انگلیس، اشتباه یک جانبه است و در این مورد اشتباه هنگامی موثر است که طرف مقابل از اشتباه آگاه باشد یا شرایطی باشد که شخص می‌توانسته آگاه شود. در همین مورد عده‌ای گفته‌اند آگاهی طرف مقابل شرط تاثیر اشتباه نیست، مگر این‌که وی قصد کلاهبرداری و تدلیس داشته‌باشد.[۳۴] حال در این دلیل، مستدل مدعی است که فرض استدلال این است که از طرف شخص مطلع هیچ گونه عملیاتی صورت نگرفته که طرف مقابل را به اشتباه اندازد و در نتیجه از ضمانت اجرای تدلیس بهره ببرد، بلکه عمل جنبه سلبی محض داشته و اشتباهی که روی داده فردی است و براساس نظریه مشترک نباید تاثیری در صحت عقد داشته‌باشد و این به عدم عدالت نزدیک‌تر است تا عدم اجرای حکم اشتراک مشترک. نظریه اشتباه مشترک متعاملین شرط لازمی برای تاثیر اشتباه نیست و حفظ استحکام معاملات و امنیت قرارداد متعاملین به پیروی این نظریه وابسته نمی‌باشد، زیرا، همان طوری که در گذشته یادآور شدیم، در امر معاملات به عنوان موجودات اعتباری جامعه باید مصلحت اندیشی کرد و میان احترام به آزادی افراد و حاکمیت اراده با حفظ استواری و استحکام معاملات و نظم اجتماع به نحوی جمع نمود که منافع هر دو تا حدودی تامین شود و این ضرورت مورد توافق بسیاری از علمای حقوق است. توجیه منطقی این جمع در قانون مدنی افغانستان پذیرش دو شرط کلی تاثیر اشتباه در اعمال حقوقی است که اولاً اشتباه باید در علت عمده عقد یا اساسی باشد. ثانیاً اشتباه وارد قلمرو تراضی طرفین شده و مبنای قصد انشا قرار گرفته‌باشد که توضیح این شروط را در گذشته بیان کردیم. علاوه بر اینها، نظریه اشتباه فردی استحکام معاملات را به هم نمی‌ریزد، زیرا در بحث رسیدگی به دعوا اشتباه مدعی اشتباه باید ثابت کند که براساس پندار غلط اقدام به معامله نموده و یا حتا ثابت نماید که طرف مقابل از اشتباه وی آگاه بوده یا می‌توانسته آگاه گردد، حال اگر این موارد ثابت نشود معلوم می‌گردد که طرف مقابل حسن نیت داشته‌است.[۳۵] لذا برای حفظ استحکام معاملات نیازی به نظریه اشتباه مشترک نیست و هر گاه مطابق قانون مدنی یکی از متعاملین در علت عمده تراضی و شخصیت طرف دیگر و خود موضوع یا اوصاف اساسی و ... اشتباه کند، موثر بوده و موجب فسخ یا بطلان معامله خواهد شد و به آگاهی یا عدم آگاهی طرف دیگر ارتباطی ندارد.

ادامه دارد

منابع

1) جعفری لنگرودی - محمد جعفر: همان‌منبع، ص ۷۴۷)
2) مکاسب.ص ۱۹۱.شرح لمعه.ج ۳.ص ۳۶۶.سرائر«بحث فی الغروروالمجازفة».منهاج الفقاهة.ج ۵.ص ۴۲به بعد.)
3) قواعدالفقهیه.ج ۳.ص ۲۸۱.
4) مصباح الفقاهة.ج ۵.ص ۳۴۷و ۳۴۸.)
5) جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۸۸)
6) یزدی، سید محمد کاظم. حاشیةالمکاسب.ج ۲.ص ۶۴به بعدو ۱۷۸.مصباح الفقاهة.ج ۵.ص ۳۴۸.)
7) کاتوزیان - ناصر: همان منبع، ص ۴۳۱)
8) ماده ۲۲۳المجله:المکیلات والعددیات المتقاربه والموزونات التی لیس فی تبعیضهاضرراذابیع منها جملة مع بیان قدرها صح البیع سواء سمّی ثمنهاجملة اوبیّن وفصل لکل کیل اوفرداورطل منهاثمن علی حده [لان الحکم لایتفاوت بان یسمّی البایع جملة الثمن اوان یفصل لکل کیل اوفرد ثمنا]الانه اذاوجدعندالتسلیم تامّالزم البیع وان ظهرناقصا کان المشتری مخیرااان شاءفسخ البیع وان شاء اخذالمقدارالموجودبحصّته من الثمن [لتفرق الصفقه علیه فلم یقع رضاه بالموجود...]واذاظهرزائدافالزیادةللبائع[لان البیع وقع علی قدرمعین وقد وجدفصح العقد ومازادعلیه لایدخل فی العقد لان القدرلیس بوصف حتی یدخل فی البیع(درر)].
9) ماده ۲۲۴المجله :لوباع مجموعامن الموزونات التی فی تبعیضهاضررویّن قدره وذکر ثمن مجموعه فقط وحین وزنه وتسلیمه ظهرناقصا عن القدرالذی بیّنه فالمشتری مخیّر ان شاء فسخ البیع وان شاء اخذالقدرالموجودبجمیع الثمن المسمّی)
ودرشرح آن گفته«لان الوزن فیمایضرّه التبعیض وصفٌ والوصف فی الاصطلاح الفقهاء مایکون تابعالشیءغیرمنفصل عنه اذاحصل فیه یزیده حسناوان کان فی نفسه جوهرا(درر)واذاوجدالمبیع بهذه الصورة ناقصا عن القدرالمعین کان نقصانه عبارة عن فوات وصف مرغوب فیه وفوات الوصف لایوجب سقوط شیء من الثمن المعین بل یخیّرالمشتری فقط،وان وجدزائداعن القدرالذی بیّنه فالزیادة للمشتری ولاخیار للبائع لأنّه وجدالمبیع مع الزیادة وهی فی الکمیةالمتّصله وصفٌ وتبعٌ والوصف اذالم یکن مقصودابالتناول لایقابله شیء من الثمن کمالوباعه علی انّه معیبٌ فوجده سلیما فان المشتری یأخذه بالثمن المسمّی ولاخیارللبائع لان السلامة وصفٌ لایقابلها شیء من الثمن(مجمع الانهر)مثلالوباع فصامن الماس علی انه خمسة قراریط بعشرین الف قرش فاذاظهراربعة قراریط ونصفاکان المشتری مخیرااان شاءفسخ البیع وان شاء اخذالفص بعشرین الف قرش واذاظهر خمسة قراریط ونصفا اخذه المشتری بعشرین الف قرش ولاخیارللبایع فی هذه الصورة.ومثل هذالوطلب رجل من آخران یبیع منه اشجارافی ارضه للحطب فاتفقاعلی رجال من اهل البصرلینظروا الی الاشجارکم یکون منها من الاوقارفاتفقواعلی ان هذه الاشجار خمسة وعشرون وقرا من الحطب فاشتراها بثمن معلوم فلمّاقطعها کانت اکثر من خمسة وعشرین وقرافارادالبائع ان یمنع الزیادة عن المشتری لیس له ذلک(هندیه)».
ماده ۲۲۵المجله :اذابیع مجموع من الموزونات التی فی تبعیضهاضررمع بیان مقداره وبیان اثمان اقسامه واجزائه وتفصیلهاوظهروقت التسلیم زائدا اوناقصاً عن القدرالذی بیّنه فالمشتری مخیّر ان شاء فسخ البیع وان شاء اخذالمجموع بحساب الثمن الذی بیّنه وفصّله لاجزائه واقسامه .
شرح ماده :لان الوزن فیمایضرّه التبعیض وان کان وصفالایقابله شیءمن الثمن صارهنااصلابافراده بذکرالثمن فانهم قالواالوصف یقابله شیء من الثمن اذاصارمقصودابالتناول حقیقة(درر)وانماخیرالمشتری فی الصورتین لان فی صورةالنقصان یتضرربتفریق الصفقة علیه وفی صورةالزیادةیتضرربالتزام الزائدمن الثمن (درمنتقی). شرح المجله،ص ۱۰۹،سلیم رستم بازاللبنانی،داراحیاءالتراث العربی،بیروت.
10) ماده ۲۲۶المجله:اذابیع مجموع من المزروعات سواء کان من الاراضی اومن الامتعة وسائرالاشیاءوبین مقداره وجملة ثمنه فقط اوفصل اثمان ذرعانه ففی هاتین الصورتین یجری الحکم علی مقتضی حکم الموزونات التی فی تبعیضهاضررواّمّاالامتعةوالاشیاءالتی لیس فی تبعیضهاضرر کالجوخ والکرباس فالحکم فیهاکالحکم فی المکیلات.مثلالوبیعت عرصة علی انهامائةذراع بالف غرش فظهرانها خمسةوتسعون ذراعا فالمشتری مخیران شاءترکهاوان شاءاخذتلک العرصة بالف غرش واذاظهرت زائدة اخذهاالمشتری ایضابالف غرش فقط وکذالوبیع ثوب قماش علی انه یکفی قباوانه ثمانیة اذرع باربعمائة

غرش فظهر سبعهٔ اذرع خیرالمشتری ان شاء ترکه وان شاء اخذه باربعماهٔ غرش وان ظهرتسعهٔ اذرع اخذه المشتری بتمامه باربعمائهٔ قرش ایضا کذلک لو بیعت عرصهٔ علی انها مئهٔذراع کل ذراع بعشرهٔ غروش فظهر خمسهٔ وتسعین ذراعا اومائهٔ وخمسهٔ اذرع خیرالمشتری ان شاء ترکها وان شاءاخذها اذاکانت خمسهٔوتسعین ذراعابتسعمایهٔوخمسین قرشا واذاکانت مئهٔ وخمسهٔ اذرع بالف وخمسین قرشا وکذااذابیع ثوب قماش علی انه یکفی لعمل قباءوانه ثمانیهٔ اذرع کل ذراع بخمسین قرشا فاذاظهرتسعهٔ اذرع اوسبعهٔ اذرع کان المشتری مخیرا ان شاء ترک الثوب وان شاء اخذه اذاکان تسعهٔ اذرع باربعمایهٔوخمسین قرشاواما اذابیع ثوب جوخ علی انه مأهٔ وخمسون ذراعا سبعهٔ آلاف وخمسمائهٔ قرش اوان کل ذراع منه بخمسین قرشا فاذاظهرمائهٔواربعین ذراعا خیّرالمشتری ان شاء فسخ البیع وان شاء اخذالمائهٔ والاربعین ذراعابسبعهٔ الاف غرش فقط واذاظهرزائداعن المائهٔ والخمسین ذراعا کانت الزیادهٔ للبائع.

11) تملیک ماله بما یزید علی قیمته مع جهل‌الآخر" (مکاسب، ج ۱۵، ص ۱۳۲)

12) انصاری - شیخ مرتضی: مکاسب، موسسهٔالنور للمطبوعات، بیروت، لبنان، ۱۴۱۰ ه.ق، ط ۱،ج ۱۵، ص ۱۷۶)

13) مصادرالحق فی الفقه الاسلامی.ج ۲.ص ۱۳۳به بعد،عیوب الاراده فی الشریعهٔ الاسلامیه،ص ۶۷۸.)

14) الوسیط فی شرح القانون المدنی.ج ۱.ص ۳۰۲. مصادرالحق فی الفقه الاسلامی.ج ۲.ص ۱۳۳. عیوب الاراده فی الشریعهٔ الاسلامیه،ص ۶۷۸.)

15) کفایهٔ الاحکام ص ۹۲.مکاسب .ص ۲۳۲. مستند الاحکام.ج ۲.ص ۳۵۸. منیهٔالطالب فی شرح المکاسب.ج ۲.ص ۵۷به بعد.)

16) جعفری لنگرودی - محمد جعفر: همان‌منبع، ص ۲۲۷، شماره ۱۸۱۶)

17) کاتوزیان - ناصر: همان منبع، ص ۴۵۵)

18) جعفری لنگرودی - محمد جعفر : همان‌منبع، ص ۴۴۷)

19) همانجا، شماره ۳۵۶۲)

20) عمید حسن: همان منبع، ص ۸۸۹)

21) جعفری لنگرودی - محمد جعفر: همان‌منبع، ص ۵۴۲، شماره ۴۲۸۳)

22) شرح المجله ،سلیم رستم بازاللبنانی ،داراحیاءالتراث العربی ،بیروت)

23) نجفی - شیخ محمد حسن: جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، موسسهٔ المرتضی العالمیهٔ،بیروت، ۱۴۱۲ ه.ق، ج ۸ص ۳۲۲)

24) کاتوزیان - ناصر: اعمال حقوقی، قرارداد -ایقاع، شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۱، ص ۸۷)

25) کاتوزیان - ناصر: قواعد عمومی‌قراردادها، ج ۱، ص ۴۲۱)

26) مجموعه رویه قضایی، ج ۲، ص ۱۸۰به بعد[بی جا]، آرشیو حقوقی کیهان، ۱۳۴۲هـ.ش.)

27) دوره حقوق مدنی فرانسه، ش ۷۲ (به نقل از کتاب قواعد عمومی قراردادها) ج ۱).

28) دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱،ص ۴۱۷)

29) همان،ش ۱۹۱و ۱۹۴)

30) قواعد عمومی قراردادها، ج ۱،ص ۴۸۵).

31) نظریه العقد. ص ۱۸۹).

32) مصادرالحق.ج ۲. ص ۱۱۴، بیروت، داراحیاءالتراث العربی،۱۹۵۴م).

33) نظریه العقد. ص ۳۷۹.غنی طه،الوجیز فی نظریه العامه للالتزام. ج ۱ . ص ۹۰و ۹۵،بغداد،مطبعهٔالمعارف، ۱۹۷۱م.) .

34) K.V. Rayans Introduction to Civil Law. P.50. Geofffvy Cneshire and Cecil Fifoot, the Law of Contracts, P.166. P.W.D.Redmond, General Principles of English Law. P.100.).

35) مصادرالحق . ج ۲. ص ۱۰۰. و(دکترصبحی محمصانی، النظریه العامه للموجبات و العقود فی شریعه الاسلامیه. ج ۲. ص ۴۱۸) .

په اسلام کې عدالت او مساوات

سید حبیب شاکر

عدالت د تیری او تجاوز خلاف کار په معنی استعمالیږی، په لغت کې د قصد کولو په مانا راغلی دی، د افراط او تفریط ترمنځ کارته د عدالت توکی استعمالیږي، عادل انسان هغه دي چې خبره او فیصله یي د خلکو لپاره د قبول وړ وي، عدالت د عربي ژبي د قاموس په اساس د عدالت لرونکی په معنی استعمال لري.

د عدل د کلمی استعمال پر مفرد، تشنیه او جمع باندي رواج لري. د اسلامی شریعت فقها عدل پدي ډول معرفی کوي: (هغه څوک چې نیکی یي پر بدیو زیاتی وی هغه د مروئت لرونکی او متهم ندی)[1]

ددغه تعریف په اساس عادل هغه شخصی ته ویل کیږي چې کوم اتهام ور باندی نوی لګول شوي او یا خو هغه کسی ته ویل کیږي چې نیکی یي بر بدیو زیاتوالی ولری، نیکی هم په خپل وارسره ډیر وسیع مفهوم لري چې ټولو انسانی ښیګڼوته شاملیږي.

د عربي ژبي څه نورتو کې هم شته چې د عدل په معنی راغلی دی د مثال په ډلو قسط د عدل په معنی راغلی دی اما د قسط کلمه له عدالت څخه عام مفهوم ادا کوي ظلم د عدالت خلاف توکی دي څوک چې ظلم کوي هغه ته هیڅکه عادل نه ویل کیږي، د ظلم د توکی تعریف د اسلامی شریعت پوهان داسی کوي: (له حق څخه د باطل لورته میلان ظلم بلل کیږی.)[2]

د ظلم په څير فسق هم د عدالت ضد توکی دی، له اطاعت څخه سرغړونه فسق بلل شوی دی، ظلم د فسق په پرتله عام دی، ظلم کول له غیر فاسق څخه هم تصور کیدای شي.

عدل او عدالت هغه الفاظ دی چې د نړۍ ټول نظام د هغو په اساس چلیږي همدا وجه ده چې د الله تعالی له نومونو څخه یو نوم عدل دی، د عدل په واسطه زمونږ شمسی نظام خپل کار ترسره کوي د نړۍ هر څه د عدل په واسطه استمرار پیدا کوي ځمکه آسمان سپوږمی او ټول لوي واړه ستوری د عدل په توکی باندي حرکت کوی که لږ د عدل له معنی مفهوم څخه سرغړونه وکړي د دنیا نظام ګډوډ کیږي.

په نړۍ کې سیاسي نظامونه هغه وخت له خطر سر مخ کیږي چې د عدالت له معیارونو څخه سرغړونه وکړی، همدا وجه ده چې په نړۍ کې حکومتونه او نظامونه وخت په وخت بدلون پیدا کوي، عربي مقوله ده (الحکم یبقی مع اللکفر ولا یبقی مع الظلم) حکومت له کفر سره پاتي کیږي خو له ظلم سره نه پاتی کیږي.

د اسلامی شریعت ټول احکام په داسی توګه سره جوړ شوی دی چې د هغو په اساس عدل خپله لاره خپله وي په عباداتو کې اسلامی شریعت د عدالت مراعات ته پاملرنه کړي ده د مثال په توګه یو زیات شمیر فقها پدي نظر دی چې د لمانځه امام باید عادل وي ځکه عادل له ټولو څخه غوره وی او رسول الله (ص) فرمایلي دی (اجعلو ائمتکم خیارکم)[۳] د زکات په اړه هم د اسلام نظریه دا غوښته کوي چې زکات جمع کوونکی باید عادل وی د امانت په صفت باندي برابروي ځینی فقها پدی عقیدی دي چې زکات ټولولو کې د عدالت مفهوم دا دی چې ټولوونکی د زکات باید فاسق نوی ترڅو په خپل کار کې خیانت ور څخه ونشي، د رمضان د میاشتی په لیدوکی فقها د عدالت خبره مطرح کوي هغوی وایي څوک چې د رمضان میاشت وینی باید د عدالت صفت ولري که عادل نوي د هغه شهادت نه قبلیږي.

د قبلی په اړه هم فقها د عادل خبره منی څوک چې دغه صفت ونلري د قبلی د جهت په اړه یې خبره یو شمیر پوهان نه منی. داوبو د نجاست په اړه هم علما د هغه شخصی خبری ته اعتبار ورکوي چې هغه عادل وي، غیر عادل انسان د اوبو د طهارت او نجاست په اړه خپله خبره په چا باندی نشی منلی.

ځینی فقها پدی نظر دی چې د نکاح ولایت هم د عدالت په شرط باندی باید ملبس وي هغه ولی چې عدالت نلري د نکاح سرپرستي یي نه صحیح کیږي.

د دولتي په پوستونو د اشغالوونکی په اړه په ځینی مواردوکې د عدالت شرط په کلکه توګه هغه خلیفه، رئیس دولت چې عدالت ونلري د اسلام د اصولو خلاف بلل کیږي مالکیان، شافعیان او حنفیان پدی عقیده دي چې د فاسق امامت (ریاست) ځکه د اسلام په قاموس کې نه قبلیږي ځکه هغه په خپل دین کې متهم دی نو د نورو خلکو مسولیتونه باید هغه ته ونه سپارل شي.

د ټولو هغه عمومی پوستونو مسؤلین چې د خلکو زیات شمیر کارونه په هغو پوری اړه ولري که د عدالت صفت ونلري دنده یي د شریعت په اساس درسته نده، د اسلام پوهان پدی نظر دي چې د لښکر مشر د حکومت وزیران د دولت د شوری غړی باید عادل اشخاص وی، ځکه دغه ټولی داسی

دندی دي چې د زيات شمير خلکو تر هغوی پوری تړل شوی وي که عدالت ونلري کارونه په انصاف باندی په وړاندی نشی بولی.

مالکیان، شافعیان او حنبلیان پدی نظر دی چې قاضی، مفتي، محتسب او داسی نور داسی مسؤلیتونه باید هغه اشخاصوته وسپارل شي چې عدالت ولري.

د حنفی مذهب پوهان عدالت د قاضی لپاره د کمال شرط بولی اما پورتنی نور دری مذهبه دغه شرط د صحت لپاره ضروری ګڼی.

د شهادت په اړه هم دری پورتنی مذهبه د عدالت شرط ضروری بولی هغوی وایي هغه څوک چې شهادت په کومه پیښه کې ورکوی هغه باید عادل وي احناف پدی عقیده دي چې فاسق سړی شهادت پورته کولی شی اما د شهادت د ادا پر مهال د عدالت خبره شرط ده، پدی اساس هغه شخص چې د فسق په وخت کې شهادت واخلی بیاتوبه وباسی نو هماغه شهادت چې د فسق پر مهال یي اخیستی دی ادا کولی شي.

پدی اړه الله تعالی فرمایلی دی: (وا شهدوا ذوی عدل منکم)[۴] ستا سوله ډلی دوه عادل خلک باید شاهدي ورکړي.

په بل ځای کې الله تعالی فرمایلی دي: (یا ایها الذین آمنوا ان جائکم فاسق بنباء فتبنیوا)[۵] ای مومنانو هر کله چې فاسق خبر درته راوړ نو د هغه په اړه ښه پلټنه وکړی.

د رسول الله(ص) د احادیثو په نقل کې هم د ناقل عدالت علما ؤ شرط کړی دی، د حدیثو او فقه علما وایي د هغه راو ي په حدیث باندي استدلال کیدای شي چې هغه عدالت ولری. ځکه په حدیث شریف کې راغلی دی (لا تاخذوا العلم الاعمن تجیزون شهادته)[۶] علم له هغه چا څخه مه اخلی چې شهادت یي نه قبلوی.

د راوی عدالت بدون لدی چې د هغه سبب ذکر شی قبلیږی ځکه د عدالت لاملونه زښت زیات دی د ټولو ذکر خستکن تمامیږي. اما دجرح (نیوکې) په اړه دا خبره ضروری ده چې لاملونه یي په تفصیل ذکر شي او دا ځکه چې د جرح کوونکو ذوقونه فرق کوی دا باید معلومه شي چې جرح یي دلایل لري او که ذوقی نظر دی.

دا ټولی خبری د اسلامی شریعت پوهان ځکه مطرح کوي چې د اسلامی شریعت احکام ټول د عدالت پر بنسټ باندي ولاړ دي.

د عدالت تر ټولو مهمه برخه د حکم کولو په اړه عدالت دی چې د اسلام ټول منابع ور باندی تینګار کوي ځکه الله تعالی فرمایي: (ان الله یامر بالعدل و الاحسان)[۷] الله تعاله آمر کوی چې په عدالت او نیکي سره چلند کوی. د عدالت اهمیت پدی کې پروت دی چی الله تعالی د هغه په کولو سره امر کوي. په بل ځای کې الله تعالی امر کوی (و اقسطوا ان الله یحب المقسطین)[۸] انصاف کوی الله انصاف کوونکی دوست ګڼي.

دغه نصوص او دی ته ورته نور نصوص پدی باندی دلالت کوي چې حاکمان په خاص ډول او نور ټول واکمن هر یو په خپل ځای په عدالت کولو باندی مکلف دي هر کله چې څوک واک تر لاسه کوي هغه باید الله تعالی حاضر او ناظر وبولی او هر وګړی ته خپل حق په خپل وار سره ورکړي، د

عدالت مراعاتول دوه بنيګنې لرى لومړى دا چې هغه د عدالت په مراعات سره د الله تعالى اجر تر لاسه کوى دوهم دا چې په دنيا کې عادل انسان تر ټولو ښه ژوند لرى ټول ور څخه راضى وي.

ټولو مسلمانانو ته په کار دى چې د ځان لپاره عادل واکمن انتخاب کړي ځکه د امير غوره کول، مسؤليت د يو چا په غاړه ور اچول، ددى غوښتنه وي چې هغه خپل اهل ته وسپارل شي (و ان تؤ دوا الامانات الى اهلها)[9] او وسپارى امانتونه خپلو اهل لرونکو خلکو ته هر دنده د ځان لپاره اهل لرونکى مسؤلين غواړى او دغه کار امانت دى.

په اوسنيو نظامونو کې رئيس جمهور او د پارلمان اعضا په خپل وارسره دولس له خو ټاکل کيږي، ولس په شرعى لحاظ پدې خبره مکلف دى چې عادل اشخاص په ټولنه کې تشخيص کړى او د خپل وکيل په توګه يې د پارلمان لپاره په خپل وخت وټاکى هغه وکيل چې د خلکو له خوا جرګى ته ټاکل کيږي پدى مکلف دى چې خپله دنده د عدالت پر اصولو ولاړه په وړاندى بوزى، پدى معنى چې وکيل او ماکيل دواړه مسوولیت لرى چې د عدالت په معيار باندى ولاړ چلند په انتخاب او کړنه کې ترسره کړي، کوم مسؤلين چې عدالت نکوى په امانت کې خيانت کوي.

د عدالت صفت هغه صفت دى چې د اسلامى شريعت په وړو اولويو کارونو کې يې مراعات يو ضروري امر دى، د مثال په توګه هر پلار مکلف دى چې د خپلو اولادونو تر منځ په ټولو تعاملاتو کې په عدالت ولاړ چلند اختيار کړي، رئيس دولت مکلف دى چې دولس د وګړو ترمنځ په پوره انصاف تعامل وکړى د وظايفو په سپارلو د مالیو په اخستلو او نورو ټولو ورکړو کې له عدالت څخه کار واخلي، د ولس له هروګړى سره ښه چلند او تعامل د عدالت غوښتنه ده.

د مساوات توکې هم د عدالت په معنى په ا سلامى شريعت کې کارول شوى دى. اما د دواړو ترمنځ يو څه تفاوت شتون لري چې لاندى تفصيل يې توضيح کوي:

مساوات د افرادو په مسؤليتونو او حقونو کې يووالى ته ويل کيږى، هغه پدى توګه چې د هر فرد په هماغه اندازه مسوولیتونه وى لکه د دوهم شخص پرغاړه چې پراته وى او همدومره حقونه ورته ورکړل شې چې په هماغه اندازه دوهم فرد ته ورکړل شوى وي، د انسانانو ترمنځ د مساوات په معيار او تله باندى تعامل ډير سخت کار دى ځکه قدرت او توان د هر انسان له بل سره تفاوت لرى ځينى افراد ددى اهليت لرى چې يو مسؤليت ور وسپارل شي اما بل انسان د هماغه مسؤليت له عهدى څخه نشى وتلى هر کله چې د مسؤليت په پورتکولو کې فرق شتون لري نو د حق په ورکولو کې هم شتون امکان شته

د عدالت توکى دا معنا ورکوي چې هر انسان ته د هغه د ظرفيت او اهليت په اندازه مسؤليت وسپارل شي او د هماغه مسؤليت د اداء په نتيجه کې ورته حقوق ورکړل شي.

اما په عامه توګه ټول انسانان له يوه او بل سره په ځينى انساني مسؤليتونو کې له يوه او بل سره يو شان دى، او ځينى عام حقونه د هر انسان مسلم حقوق بلل کيږي د مثال په ډول هر انسان د ژوند حق لرى د تعليم حق لري د ملکيت حق لري او داسى نور حقونه چې ټول انسانى او بشرى مکتبونه هغه منى او ورته د قبول وړ دى، دغه ډول مسلم حقوق ټول حق اديان منى او پدى اړه ارشادات لري په اسلامى شريعت کې هر انسان ته د ژوند حق ورکړل شوى دى د انسان وينه تويول بدون له موجب او حق څخه عدالت تر پښو لاندى کول بلل کيږي، د ملکيت حق اسلام هر انسان ته ورکړى

دی څوک چې انسان له دی حق څخه محروموی په حقیقت کې د عدالت اصل تر پښو لاندی کوي، د تعلیم حق د هر انسان لپاره منل شوی حق دی، اسلام د غه حق مسؤلیت بولی او د علم زده کړه پر هر چا باندی لازمی ګڼي کوم خلک چې د علم په وړاندی خنډ پیدا کوی د عدالت او انصاف اصول تر پښو لاندی کوي، اما ځینی مسؤلیتونه داسی وي چې هغه د خاص ټرون په نتیجه کې شخص ته سپارل کیږي د هماغه مسؤلیت په ادا کولو سره د ځینو حقونو مستحق بلل کیږي دغه ډول حقوق ادا کول هم د عقد د طرفینو پر غاړه دا لازموي چې له یوه او بل سره په عدالت ولاړ تعامل خپل کړی، پدی ډول کړنو کې انصاف باندی چلند هم د اسلامی شریعت غوښتنه ده.

په عربي ژبه کې د مساوت د توکی پر ځای د تسویې توکی هم استعمال شوی دی، تسویه په لغت کې د عدل او انصاف په معنی راغلی ده، په عربی ژبه کې ویل کیږي: (واستوی القوم فی المال) ټول قوم په مال کې سره برابر شول، دا په هغه وخت کې چې د ټولو حصه له یوه او بل سره برابره وي.

د قسم توکی هم همدی ته ورته استعمالیږي په عربي کې ویل کیږي: (قسمت الشئ بین الشرکا) د شریکانو ترمنځ می شئ تقسیم کړ او هر شریک ته می خپل قسم ورکړ له همدی نوع توکو څخ تقسیم هم دی یوائی دومره، خبره ده چې تقسیم کې دا ضروری نده چې همیشه به د تساوی په اساس وی کله کیدای شي چې تقسیم د تفاضل تقضاوکوي، یو طرف ته بنا پر ځینو ملحوظاتو زیات ورکړل شي.

د تسویه توکی په اسلامی شریعت کې په زیاتو ځایو کې استعمال شوی دی، د مثال په توګه په حدیث شریف کې راغلی دی (د سووصفو فکمو فان تسویة الصفوف من تمام الصلاة)[۱۰] صفونه برابر کړی ځکه د صفونو برابروالی د لمانځه تکمیلیدل دي، لمونځ چې د اسلامی ستره پایه ده په هغه کې هم د برابری معیار لازمی شوی دی.

د اسلامی شریعت له ارکانو څخه یو رکن زکات ورکول دی، د زکات ورکړه په شریعت کې اته نوع افراد یاد شوی دی چې هغوی ته باید زکات ورکړل شې، ځینی فقها پدی عقیده دې چې مشرتابه پدی مکلف دی چې جمع شوی زکاتونه دغو اتو واړو ډولوته په مساوی توګه ورسوي ځکه قرآنکریم د د همدی خلکو یادونه کړی ده نو د دوی ترمنځ باید مساوات وشی د قضائیه قوی لپاره په اسلامی شریعت کې دا اصل وضع شوی دی چې هغه به د متخاصمو جهتوو تر منځ په مجلس، خطاب تلفظ، اشاره، راشه درشه غوږ نیول د هغو لپاره دریدل او یا نه دریدل، د سلام ښه جواب ورکول او یا نه ورکول، په پراخه ټنډه له هغوی سره تعامل او یا په تروشه ټنډه، مساوات او عدالت مراعات کوي ځکه پدی اړه ډیر احادیث راغلی دی د هغو له جملی څخه (من ابتلی بالقضا بین المسلمین، فلیعدل بینهم فی لفظه و اشارته و مقصده، و لایرفع صوته علی احد الخصمین مالایرفعه علی الاخر)[۱۱] څوک چې د قضا ددندی په مسؤلیت و ګمارل شو ترڅو د مسلمانانو ترمنځ پریکړی وکړی، نو د هغوی ترمنځ به په تلفظ، اشاره، ناسته کې له عدالت څخه کار اخلی، په داسی توګه به په یوه باندی آواز نه پورته کوي چې پر بل یې نه وی پورته کړی.

دغه حدیث د قضائیه قوی ټول غړی پدی مکلف بولی چې هغه د مدعی او مدعی علیه ترمنځ د عدالت لاره اختیار وي او دظلم مخنیوی به کوي، یوه او بل لوری ته به میلان نکوي.

پدی اړه د حضرت عمر فاروق رضی الله عنه هغه لیک چې خپل قاضی ابو موسی اشعری رضی الله عنه ته یې لیږلی د کانی کرښه ده هغه لیکی (ان این بین الناس فی و جهک و عدلک و مجلسک،

حتی لا یطمع شریف فی حیفک، ولا ییاس ضعیف من عدلک) د خلکو په منځ کې مساوات کوه په ناسته کې او حتی په مخامخ کیدوکې ترڅو شریف انسان ستا د ظلم طمع ونکړی، او ضعیف انسان د له عدالت څخه مایوس نشی.

یو زیات شمیر دینی پوهان په دی نظر دی چې که په مدعی او مدعی علیه کې یو کافر بل مسلمان وی بیاهم بی عدالتی جواز نلری قاضی مکلف دی چې په انصاف سره له دواړو سره تعامل وکړی، پدی اړه په هغه اثر باندی استدلال کوي چې پکی راغلی دی (حضرت علی رضی الله عنه بازارته لاړه خپل سپریي له یوه یهودی سره ولید، هغه ته یې وویل زما سپر په پلانی ځای کې لویدلی وو اوس له تا سره دی. یهودی وویل: دا زما سپر دی زما په لاس کې دی زما او ستا ترمنځ به مسلمان قاضی فیصله کوي. دواړو خپله دعوه شریح رضی الله عنه ته وروړه او شریح د یهودی په نفع فیصله وکړه.[۱۲] مسلمان قاضی د عدالت د مراعات له کبله د خپل امیر په خلاف فیصله کوی او د یهودی لپاره د سپر د ملکیت لرلو فیصله کوي.

دا ټول هغه شواهد دي چې اسلامی شریعت د هغو پر بنسټ خپل احکام بنا کړی دی، انصاف، عدالت او مساوات د اسلام هغه مبادی جوړ وي چې مراعاتول یې په هر مسلمان باندی لازمی او ضروري دی.

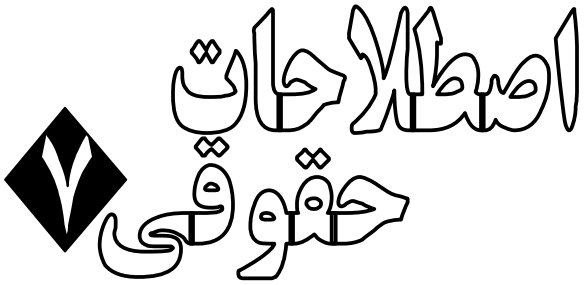
حاکم (واکمن) او محکوم دواړه مکلف دی چې د عدالت پر بنسټ ولاړه پریکړه ومنی، هر هغه مسلمان چې د عدالت اصول تر پښولاندی کوی هغه په حقیقت کې د اسلام اصول ترپښو لاندی کوي.

د اسلام احکام ټول انسانی پرنسیبونه او منفعت لرونکی قوانین منی چې د انسان حقوقو په هغه کې مراعات کیږي، د عدالت اصل د ټولو انسانانو ترمنځ منل شوی اصل دی خو مشکل په انسانانو کې دی چې په ځینو ځایو کې هغه ترپښو لاندی کوي.

اسلام د عدالت اصل پر مقننه قوه، اجرائیه قوه او قضائیه او بالاخره پر ټولو مسلمانانو باند لازمی کړی دی څوک چې عدالت نه منی په حقیقت کې اسلام نه منې او نور انسانی بشری قوانین نه منی، دغه خلک د ټولنی مکروب بلل کیږي.

ماخذونه

۱ – معین الحکام، ص ۸۲.
۲ – لسان العرب.
۳ – دارقطني، ج۲، ص ۸۸.
۴ – الطلاق۲.
۵ – الحجرات ٦.
٦ – تاریخ بغداد، ج۹، ص ۳۰۱.
۷ – النحل ۹۰.
۸ – الحجرات ۹.
۹ – النسا ۵۸.
۱۰ – مسلم، ج۱، ص ۳۲۴.
۱۱ – دارقطني، ج۴، ص ۲۰۵.
۱۲ – بیهقی، ج۱۰، ص ۱۳٦.



محمد عثمان زوبل

۱. وزنی و موزون

عبارت از چیزی است که وزن می‌شود.

۲.وصی

شخصی است که ازجانب متوفا (پدر وپدر کلان پدری صغار) یا ازجانب قاضی برای حفظ اموال صغار تعیین گردیده باشد.

۳. وقف

در لغت به فتح واو وسکون قاف به معنای حبس، نگاه داشتن.

در حقوق مدنی عقدی است از عقود احباس که به موجب آن، مالک مال معین را کاملاً حبس می‌نماید یعنی ازحق اتلاف آن و نقل و انتقال آن، خود را محروم می‌سازد. و منافع آن را به صورت اباحه یاتملیک به دیگران واگذار می‌نماید.

به بیان دیگر وقف عبارت ازحبس عین برحکم ملک واقف و صدقه دادن منفعت درجهت خیری است.

۴. وکالت

عقدی است که به موجب آن موکل شخص دیگری را در تصرفات قانونی و معلوم قایم‌مقام خود می‌سازد. تفویض کننده صلاحیت را (موکل) و شخصی که به او تفویض صلاحیت شده است (وکیل) و موضوع تفویض شده را (موکل به) گویند.

۵. وکیل

به شخصی اطلاق می‌گردد که از جانب دیگری (موکل) در اجرای کاری قایم‌مقام وی گردد و این صلاحیت برایش تفویض شده‌باشد.

۶. وکیل بالخصومت

مرادف (وکیل دعوا) و (وکیل محکمه) بوده، به وکیلی اطلاق می‌گردد که به موجب صلاحیت مفوضه قانونی از جانب مدعی، به اقامه دعوا و یا از جانب مدعی‌علیه در دفع دعوای وی وتعقیب قضیه مشخص شامل وکالت اقدام نماید.

۷. وکیل بالقبض

کسی که ازطرف موکل اختیار وصول مالی را به استناد دعوایی که به اساس حکم نهایی محکمه ذیصلاح ثابت شده‌باشد، دارا باشد.

۸. وکیل مسخر

کسی است که ازجانب محکمه بـــرای دفاع ازحقوق مدعی‌علیه غایب، که به رضای خود، حاضر به محکمه نشود و امکان احضار اجباری وی نیز موجود نباشد، مقرر می‌شود.

۹. ولایت

در لغت مفهوم سلطه و نصرت را افاده می‌نماید. و گویند که به فتح واو به حیث مصدر و با کسر واو به شکل اسم مورد استعمال قرار می‌گیرد:

در اصطلاح فقها معانی ذیل را در بر دارد:

عبارت است از سلطه شرعی که به اقوال و تصرفات نافذ انسان تعلق می‌گیرد و صبی و مجنون دارای ولایت نمی‌باشند زیرا اقوال و تصرفات شان غیر نافذ است.

شغل و منصب مهم مانند عمل قضا.

حوزه صلاحیت محلی عامل مانند صلاحیت والی در یک ولایت.

۱۰. ولایت اجباری

مرادف ولایت خاص، ولایت ذاتی و ولایت قهری است و آن عبارت است از ولایت پدر وجد و وصی منسوب از سوی آنان برصغیر، مجنون و سفیه.

۱۱. ولایت برنفس

مورد این ولایت تربیت و نگه‌داری مولی‌علیه است. یعنی صغار و دیوانگان و سفیهان، ولی خاص و وصی و قیم عهده‌دار این ولایت‌اند.

۱۲. ولایت خاصه

(ولایت به معنای خاص) به معنای ولایت اولیا در موارد خاص است مانند ولایت پدر وجد صغیر و وصی منصوب از طرف آنان، و نیز ولایت همان اشخاص بر مجنون و سفیه‌ای که جنون و سفه آنان متصل به صغر باشد. این اصطلاح در برابر ولایت عام به کار می‌رود. ولایت خاص اقوی و مقدم بر ولایت عام است.

۱۳. ولایت عامه

به معنای ولایت عام، در حقوق اسلام عبارت است از منصب ریاست عالیه کشور. یعنی امامت عظمی که قدرت او تمام ولایات مملکت را احتوا می‌نماید. این صلاحیت در جمهوری اسلامی افغانستان منوط به رییس جمهور اسلامی افغانستان می‌باشد.

۱۴. ولایت قضا

یعنی تصدی شغل قضا، ولایت ازجانب خلفا و سلاطین.

۱۵. ولی

کسی است که به حکم شریعت اختیار دیگری را در قسمتی از امور دارا می‌باشد مانند ولی صغـــیر، مجنون، معتوه و امثال آن.

۱۶. هبه

عبارت از تملیک مال به شخص دیگر بدون عوض می‌باشد که به فاعل آن واهب و به مال متذکره موهوب و به شخصی که آن را پذیرفته است موهوب‌له گفته می‌شود. و اتهاب به معنای قبول هبه آمده‌است.

۱۷. هبه مضافه

هبه‌ای است که به زمان آینده مضاف گردد. مثلاً واهب به موهوب‌له بگوید که این مال را در راس فلان ماه برایت هبه نمودم، این هبه شرعاً صحیح نمی‌گردد.

۱۸. هدیه

مالی است که به خاطر تکـریم و احترام شخص به او اعطا یا ارسـال گردد.

۱۹. هلاک

در لغت به معنای نابودی، از بین رفتن، مردن، نیست شدن، نابودی ثمن و کم شدن است.

از نظر حقوق: وصفی است برای چیزی که از جهت انتفاعی که برای آن مقرر شده‌است، بیرون شود، مانند موتری که مقصد انتفاع از آن سوار شدن، از جایی به جای دیگر رفتن و احتمالاً محل بار است. در صورتی که اگر بلایی بر سر موتر بیاید که امکان انتفاع مورد نظر از آن از بین برود در واقع هلاک شده‌است.

۲۰. هلاک مبیع

از بین رفتن مبیعه به طوری که دیگر قابل استفاده نباشد. خواه در اثر عمل قصدی از میان رفته باشد مانند عمل انسان، یا در اثر حوادث غیر مترقبه از قبیل آن که به وسیله سیلاب طوفان یازلزله از میان رود.

۲۱. ید

تصرف در مالی را گویند خواه قانونی باشد یا غیر قانونی و در اصطلاحات، ید امانی، ید شرعی، ید سابق، ید لاحق، ید غیر قانونی و ید قانونی به کار رفته‌است.

۲۲. ید امانی

تصرف در مال غیر به منظور نگه‌داری آن به اذن مالک یا نماینده او یا به اذن قانون. بـه ارتباط ماده ۱۶۷۹ و ت ح: ص ۷۶۶ ش ۶۱۷۸.

۲۳. ید سابق

بر تصرفی اطلاق می‌گردد که تاریخ آن مقدم باشد، در مقابل ید لاحـق اسـتعمال مـی‌گـردد. مثلاً ید بایع نسبت به مشتری ید سابق است.

۲۴. ید شرعی

مرادف ید قانونی است. رک: ید قانونی.

۲۵. ید عدوانی

مرادف یدغیر قانونی و عبارت است از تصرف در مال غیر که بدون اذن مالک و قانون صورت گیرد. مانند تصرف غاصبانه و تصرفی که در حکم غصب است.

۲۶. ید غیر قانونی

مرادف ید عدوانی بوده و عبارت است از تصرف در مال غیر بدون اذن مالک یا اذن قانون. مانند تصرف غاصبانه و تصرفی که در حکم غصب است.

اصطلاح مقابل آن ید قانونی و ید شرعی است.

۲۷. ید قانونی

مرادف ید شرعی و عبارت است از این که تصرف شخص مطابق به اذن مالک و یا اذن قانون باشد.

۲۸. ید لاحق

به تصرفی اطلاق می‌گردد که از حیث تاریخ موخر باشد مثلاً کسی که مالی را به اساس شفع اخذ می‌نماید ید او نسبت به مشتری قبلی و نسبت به بایع ید لاحق است.

۲۹. یسار

عکس حالت اعسار را گویند. و از آیت ذیل مفهوم است. (ان مع العسر یسرا).

۳۰. یمین

در لغت به مفهوم قوت و قدرت آمده‌است، در اصطلاح عبارت از ذکر مقدسات دینی بر سخنی یا عقدی برای اثبات صحت سخنی و یا استقرار و ثبات عقد می‌باشد. گویی سوگند سخن را قوت می‌بخشد. یادکننده سوگند را حالف گویند.

طبق قاعده «البینهٔ علی المدعی والیمین علی من انکر» بار اثبات به دوش مدعی و یمین بالای مدعی‌علیه (منکر) است.

اصطلاحات: حلف، قسم و سوگند نیز عین مفهوم را افاده می‌نماید.

۳۱. یمین استظهار

سـوگندی است که از حقـوق قـضا بوده و بر طبق آن محکمه مدعی را، بدون طلب قسم می‌دهد که موارد و انواع ذیل را در بر می‌گیرد:

یمین استحقاق؛

یمین خیار بلوغ؛

یمین خیار عیب؛

یمین دین برمتروکه؛ و

یمین الشفعه.

۳۲. یمین استحقاق

در دعوای استحقاق که مدعی‌به به دست دیگری باشد و مستحق آن را به طور استحقاق دعوا نماید، محکمه بعد از ثبوت و قبل از صدور حکم، مدعی را قسم می‌دهد که آیا مدعی‌به را به کسی نفروخته است و به کسی بخشیده است و به کسی طور هدیه و صـدقه نداده‌است؟.

این سوگند را یمین استحقاق گویند.

۳۳. یمین بتات (قاطع)

آن است که شخصی به فعل خودش سوگند داده شود مثلاً حالف سوگند نمایدکه من زوجه خود را طلاق نکردم یا این مال را نفروختم و امثال آن.

۳۴. یمین به حاصل

آن است که حالف در مورد بقا یاعدم بقای امری سوگند داده شود. مثلاً قسم به بقا عقد الی الآن و یا به عدم بقای آن یمین به حـــاصل است.

۳۵. یمین به سبب

سوگندی است که به ارتباط وقوع یک امر یاعدم وقوع آن صورت گیرد. مثلاً حالف بگوید که بین مبیع عقد نشده و امثال آن.

۳۶. یمین به علم

آن است که حالف به فعل منسوب به غیر سوگند داده شود. مثلاً بگوید که از دینی که بالای مورث من ادعا شده علم ندارم.

۳۷. یمین خیار بلوغ

منکوحه‌ای که خیار بلوغ دارد و از قاضی فسخ نکاح خود را مطالبه می‌کنـد، قاضـی بـه فـسخ نکاح او حکم کرده نمی‌تواند مگر آنگاه که او را قسم دهد که آیا بعد از علم به بلـوغ خـود فـوراً فسخ خود را خواسته‌است؟.

این سوگند را یمین خیار بلوغ گویند.

۳۸. یمین خیار عیب

اگر مشتری مبیعه را به سبب عیب رد کند، محکمه نخست به او سوگند می‌دهد که آیا به عیب مذکور راضی نشده‌است؟.

و این سوگند به نام یمین خیارعیب یاد می‌گردد.

۳۹. یمین دین بر متروکه

کسی که بالای متوفا ادعای دین و یا حقی را می‌نماید، بر محکمه لازم است که بعد از ثبوت و قبل ازحکم به مدعی قسم بدهد که آیا (دین و یا حق مورد ادعا) بالذات یا با لواسطه از جانب متوفا برایش نرسیده‌است؟.

این سوگند را یمین دین بر متروکه گویند.

تبصره: یمین استظهار تنها در دعوای دین برذمه متوفا منحصر نیست بلکه به تمام حقوقی که به متروکه متوفا متوجه می‌باشد، عمومیت دارد خواه عین باشد یا دین.

۴۰. یمین الشفعه

اگر حق شفیع بعد از اثبات شرعی موجب قضاوت قاضی قرار گیرد لازم است که قاضی شفیع را سوگند دهد که آیا شفع را به وقت آن خواسته و حقوق شفع خود را به هیچ صورت از بین نبرده است؟.

این سوگند را یمین الشفعه نامند.

۴۱. یمین نفقه

اگر شخصی غایب باشد و زنش از مال شوهر نفقه بخواهد قاضی به او قسم بدهد که آیا از شوهر برای وی نفقه نمانده و یا وی را از قید نکاح فارغ نکرده است؟.

این سوگند را یمین نفقه گویند.

منابع

۱) اتاسی، محمد خالد. شرح المجله. کتاب ششم، امانات، (کویته، میزان مارکیت: طبع مکتبه اسلامیه) ۱۴۰۳ ق.
۲) الحنفی، محمد الحسینی. الاحوال الشخصیه. (مصر، دار النهضة العربیه: طبع ثالث) ۱۹۶۴ ع.
۳) الکبیسی، دوکتور عید عبدالله. احکام وقف فی الشریعت الاسلامی. انتشارات: وزارت اوقاف عراق. طبع مطبعه ارشاد، ۱۹۷۷ ع.
۴) قضا، ارگان ستره محکمه. دومین سمینار روء سای محاکم ولایات ۱۳۵۰. کابل: انتشارات ستره محکمه، شماره فوق العاده، ۱۳۵۱ ش.
۵) لنگرودی، دوکتور محمدجعفر جعفری. ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات ابن سینا، ۱۳۴۶.
۶) لنگرودی، دوکتور محمدجعفر جعفری. دایرة المعارف علوم اسلامی، دوره دو جلدی، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱.
۷) لنگرودی، دوکتور محمدجعفر جعفری، مبسوط در ترمینولوژی حقوق،
۸) منیرالقاضی، شرح مجلة الاحکام. انتشارات وزارت معارف عراق. طبع مطبعه العانی، ۱۹۴۸م.
۹) وزارت عدلیه، اصولنامه اداری محاکم عدلی. مصوب ۱۳۳۵. کابل: مطبعه دولتی، طبع چهارم، شماره ۸۸). ۱۳۴۷ ش.
۱۰) وزارت عدلیه، قانون مدنی. جلد سوم، کتاب دوم، عقود معینه، جریده رسمی، کابل: مطبعه دولتی، شماره فوق العاده (۳۵۳) ۱۵ جدی ۱۳۵۵ ش.
۱۱) هواوینی، نجیب. تنسیق المجله الاحکام العدلیه. انتشارات قدیمی کتب خانه، آرام باغ، کراچی.

گزارشی از
حمله انتحاری بر وزارت عدلیه و ریاست محابس، آمار شهدا و مجروحین وزارت عدلیه

تروریستان، دشمنان آزادی، آرامش و سعادت مردم و دولت افغانستان، بار دیگر دست به دهشت افکنی و جنایت و پیش از ظهر روز چهار شنبه مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۲۳ با حمله انتحاری و استفاده از سلاح‌های آتشین، به ساختمان وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان و ریاست عمومی محابس و توقیفخانه‌ها، با قساوت و شقاوت تمام، ۲۲ تن از کارکنان و منسوبین بی‌گناه وزارت عدلیه، سربازان و کارمندان امنیتی و مراجعین بی‌گناه را به شهادت رسانیده و ۴۰ تن دیگر را مجروح ساختند.

وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان لیست اسامی و شهرت شهدای این حادثه المناک را در ذیل منتشر می‌کند:

اسامی و شهرت شهدای مربوط وزارت عدلیه

شماره	شهرت		وظیفه
	اسم	ولد	
۱	سید محمود	سید حسین	اجیر ریاست نشرات
۲	عبد الرشید	عبد الرحمن	اجیر آمریت خدمات
۳	محمد علم	محمد انور	آشپز
۴	شیر پادشاه	میر محمد علی	کارمند ریاست اداری
۵	عبدالقدیر	سنگین محمد	کارمند امنیت ملی
۶	میر اسلام الدین	شمس الدین	کارمند امنیت ملی
۷	احمد رشاد	سردار محمد	کارمند ریاست اداری
۸	عصمت الله	کته بای	اجیر ریاست تقنین
۹	غریب حسین	احمد حسین	اجیر ریاست اداری
۱۰	ذوالفقار	علم گل	رنگمال
۱۱	محمد امین مظفری	جهانگیر	مسوول امنیت شبکه آمریت IT
۱۲	کاکا خیر محمد	شیر محمد	اجیر ریاست اداری
۱۳	حسین علی	سرور	محافظ مقام وزارت
۱۴	محفوظ الله	عبدالحفیظ	مراجع از ولسوالی کشم
۱۵	عبدالشکور	عبدالصمد	مراجع از ولایت هرات

اسامی و شهرت شهدای مربوط ریاست عمومی محابس و توقیفخانه‌های وزارت عدلیه

شماره	شهرت		وظیفه
	اسم	ولد	
۱	سمونوال هدایت الله	حیات الله	آمر کارتوتیک
۲	محمد	قربان	دریور مدیریت لوژستیک
۳	سعید	عبدالغیاث	سارمن توقیفخانه کابل
۴	شیرشاه	پردل	عضو محاکم
۵	عبدالمنان	محمد فاروق	اجیر محاکم
۶	محمد ظاهر	نور احمد	سمونمل محاکم
۷	محمد مهدی فصیحی	محمد قیس فصیحی	کارمند ریاست عمومی محابس

شهرت مکمل مجروحین مربوط ریاست عمومی محابس و توقیفخانه‌های وزارت عدلیه

شماره	شهرت		وظیفه
	اسم	ولد	
۱	دگرمن عبدالله	غلام حیدر	محاسب صحیه
۲	رحمت الله	فضل خدا	اجیر محابس
۳	بریالی	عبدالحکیم	عضو تولی
۴	نظیفه	عبدالعزیز	فارمسست
۵	داکتر صدیق همت		سرطبیب
۶	پرویز	اختر محمد	کمپیوتر کار آمریت صنعتی
۷	اول خان	محمد یار	قوماندان تولی
۸	خلیل	عبدالواحد	اجیر لوژستیک
۹	اسلام الدین	امام الدین	ساتنمن تولی
۱۰	دوست محمد سمونیار	جان محمد	آمر لوژستیک محبس خاص مواد مخدر
۱۱	شفیع	محمد علی	سمونمل عضو
۱۲	شیرمحمد	صاحب گل	آمر اعاشه
۱۳	سمونمل خیر محمد	گل احمد	آمر مفروشات
۱۴	عبدالخالق	عبدالرزاق	عضو تولی
۱۵	عبدالمختار	عبدالرحمن	معاوون کادری
۱۶	محمد آصف	محمد یوسف	عضو تولی
۱۷	جان محمد	ابوالمحمد	دریور مالی اجیر
۱۸	عبدالغفور	عبدالقدیر	عضو تولی
۱۹	حبیب الله	خیر محمد	معتمد صحی
۲۰	سرسارمن غلام معروف	غلام فاروق	عضو تولی
۲۱	نورالله	عبدالله	دریور اوپراتیفی محابس
۲۲	سردارمحمد	بازمحمد	کادری
۲۳	دریم بریدمن بشیر احمد	شیر محمد	مامور لوژستیک محابس
۲۴	عبدالله	عبدالرحمن	ساتنمن تولی
۲۵	محمد آصف	محمد عزیز	تولی
۲۶	حبیبه	غلام محمد	محاکم

۲۷	ذکیه	سیدکریم	صحیه
۲۸	عبدالاحمد	سلطان محمد	مالی
۲۹	بصیر	شیر محمد	مامور لوژستیک
۳۰	عفیفه	میر اسمعیل	دگرمن کادری

شهرت مجروحین وزارت عدلیه

شماره	شهرت		وظیفه
	اسم	ولد	
۱	محمد هاشم	عبدالغفور	کارمند وزارت
۲	سید محمد دهقان	سید عبدالحکیم	مدیر ارتباط عامه
۳	عبدالغفور عثمانی		مشاور وزارت
۴	نجیب الله جامی		مسوول دفتر ریمو
۵	شمس الله جاوید		کارمند دفتر ریمو
۶	مجیب الله	حبیب الرحمن	کارمند دفتر ریمو
۷	نذیراحمد احمدی		کارمند دفتر ریمو
۸	حامد	شیر احمد	کارمند ارتباط عامه
۹	سید عبدالقادر	سید عبدالوهاب	کارمند ارتباط عامه
۱۰	عبدالصمد مقصودی	خادم	آمر انسجام خدمات تکنالوژی
۱۱	فیض الله	برادر شهید میر اسلام الدین که بعد از شهادت برادرش صدمه دیده و وفات نمود	

وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان ضمن تقبیح این عمل بزدلانه دشمنان صلح و آزادی، مراتب تسلیت خویش را حضور خانواده‌های داغدار این شهدا ابراز داشته و از بارگاه خداوند متعال برای شهدا بهشت برین و برای بازمانده‌گان شان اجر جزیل و صبر جمیل و برای مجروحین و مصدومین شفای عاجل مسئلت می‌نماید.

قابل یادآوری است که محافظین مقام وزارت، نیروهای امنیتی و نظامی با شجاعت و دلیری و با اقدام به موقع تروریستان را به هلاکت رساندند. و همچنین وزارت صحت عامه و پرسونل شفاخانه‌های شهر کابل با دلسوزی و تلاش‌های پیگیر به تداوی و معالجه مجروحین پرداختند. وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان از رشادت‌ها و تلاش همگی آنان تشکر و سپاسگذاری می‌نماید.

شورای وزیران به ارواح پاک شهیدان حمله تروریستی ۲۳ دلو اتحاف دعا نمود.

تایید طرح قانون مبارزه علیه مواد مخدر و تصویب طرح مقرره حمایت و تقویت تغذی طفل با شیر مادر در شورای وزیران

جلسه نوبتی شورای وزیران، تحت ریاست حامد کرزی رییس جمهوری اسلامی افغانستان، روز دوشنبه ۲۸ دلو ۱۳۸۷ در قصر گلخانه ارگ ریاست جمهوری، برگزار گردید.

در آغاز مجلس، رییس جمهوری اسلامی افغانستان به ارواح پاک شهیدان حملات تروریستی ۲۳ دلو در وزارت عدلیه و ریاست عمومی محابس و توقیفخانه‌ها در شهر کابل که از سوی دشمنان وطن صورت گرفت، اتحاف دعا نموده، از بارگاه ایزد متعال برای شهیدان، بهشت برین، برای بازماندگاه آنها صبر جمیل و برای مجروحان حادثه صحت عاجل استدعا نمود.

رییس جمهور از رهبری نهادهای امنیتی و شجاعت منسوبان ریاست دهم امنیت ملی، پولیس و اردوی ملی و سایر کارمندان دلیر ریاست عمومی امنیت ملی قدردانی نموده،

اقدام‌های به موقع، هماهنگ و قاطع نیروهای امنیتی کشور را در واکنش سریع به حملات تروریستی دشمنان وطن که توانست از وسعت دامنه صدمات و تلفات بیشتر به مردم ملکی جلوگیری نمایند، ستود.

همچنین رییس جمهور، از صبر، حوصله‌مندی و شجاعت وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان که با وصف مساعد بودن شرایط؛ نخواستند وزارت را ترک نمایند و ترجیح داد تا در دشوارترین لحظات در کنار همکاران شان قرار داشته‌باشند، به نیکویی یاد نمود.

رییس جمهوری اسلامی افغانستان یکبار دیگر به مسوولان ذیربط هدایت داد که در مداوای مجروحان حادثه اخیر با جدیت بیشتر تلاش نمایند و نیز وزارت امور داخله موظف شد؛ تا به خاطر دلجویی و غم شریکی با بازمانده‌گان شهیدان این حادثه، هفته آینده زمینه ملاقات آنها را با رییس جمهور تنظیم نماید.

در مجلس شورای وزیران به مسوولان نهادهای امنیتی کشور اکیدا هدایت داده شد تا با تمام توان و امکانات بدون احساس خستگی در راه تامین امنیت و جلوگیری از حملات تروریستی به مساعی همه جانبه و وطن دوستانه شان ادامه دهند.

همچنین طبق آژندا، وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان طرح قانون مبارزه علیه مواد مخدر (که فیصله کمیته قوانین شورای وزیران است) را به جلسه ارایه نمود.

طرح قانون مبارزه با رعایت مندرج ماده هفتم قانون اساسی افغانستان به منظور مبارزه علیه مواد مخدر، در پنج فصل و شصت ماده وضع گردیده‌است.

اهداف این قانون عبارتند از:

- جلوگیری از زرع خشخاش، بنگ، کوکا و سایر نباتات مولد مواد مخدر؛
- جلوگیری از تولید، تهیه، پروسس، خرید، فروش، نگه‌داشت، توزیع، کمیشن کاری، صادرات، حمل و نقل (ترافیک)، عرضه، استعمال، ذخیره و اخفای مواد مخدر یا مواد مختل کننده روان؛
- تنظیم و کنترول مواد مخدر، ادویه روانی، مواد کیمیاوی اولیه و تجهیزات مورد استعمال در تولید و پروسس مواد مخدر و ادویه روانی به منظور جلوگیری از استعمال غیر قانونی آنها و حصول اطمینان از این‌که مواد مذکور برای مقاصد طبی، علمی، تحقیقاتی و صنعتی، طبق احکام قانون در مورد استفاده قرار می‌گیرد؛
- مجازات مرتکبین جرایم قاچاق مواد مخدر.
- تامین هماهنگی میان ادارات دولتی و غیر دولتی در امر مبارزه علیه مواد مخدر و نظارت و ارزیابی از تطبیق استراتیژی ملی کنترول مواد مخدر؛
- تشویق دهاقین به زرع نباتات مفیده به عوض خشخاش، بنگ، کوکا و سایر نباتات مولد مواد مخدر؛ و

- جلب همکاری و مساعدت سازمان‌های غیر حکومتی داخلی و خارجی و سازمان‌های بین‌المللی در امر مبارزه علیه مواد مخدر، ادویه روانی و مواد کیمیاوی و تجهیزات مورد استعمال در تولید و پروسس آن.

بر اساس این قانون وزارت مبارزه علیه مواد مخدر به حیث اداره رهبری کننده، مسوولیت هماهنگی امور مبارزه علیه مواد مخدر، ارزیابی از تطبیق احکام این قانون و استراتیژی ملی کنترول مواد مخدر را در مشوره با سایر وزارت‌ها و ادارات ذیربط به عهده دارد، مکلف است، تدابیر لازم را به این منظور در ادارات مرکزی و ولایتی مربوط اتخاذ نماید.

شورای وزیران بعد از بحث همه جانبه، طرح قانون مبارزه علیه مواد مخدر را مورد تایید قرار داده و وزارت عدلیه را موظف نمود تا طرح تایید شده قانون مبارزه علیه مواد مخدر را از طریق دفتر وزیر دولت در امور پارلمانی غرض تصویب به پارلمان کشور ارسال نماید.

همچنان طرح مقرره حمایت و تقویت تغذی طفل با شیر مادر توسط وزیر عدلیه و صحت عامه جمهوری اسلامی افغانستان به جلسه مطرح شد.

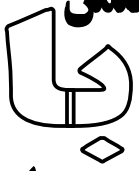
طرح مقرره حمایت و تقویت تغذی با شیر مادر پس از تحقیقات علمی و حقوقی ریاست امور قانونگذاری در وزارت عدلیه مورد تدقیق قرار گرفته و در پنج فصل و بیست و هشت ماده ترتیب گردیده‌است.

طرح این مقرره در روشنی حکم مندرج فقره ۱ ماده سی و سوم قانون صحت عامه وضع گردیده‌است و اهداف عبارتند از:

- تامین صحت و سلامتی جسمی و روحی طفل و مادر؛
- تغذی مصوون و کافی طفل از طریق حمایت و تقویت تغذی با شیر مادر؛
- یقینی ساختن استفاده مناسب از محصولات مشخص؛
- تشویق مادر به تغذی طفل با شیر مادر؛
- تغذی طفل با غذاهای متمم شیر مادر؛ و
- تامین غذای سالم طفل با استفاده از مواد صحی طبق معیارهای ملی و بین‌المللی.

شورای وزیران پس از استماع فواید و مزایای مقرره حمایت و تقویت تغذی طفل با شیر مادر طرح مقرره حمایت و تقویت تغذی طفل با شیر مادر را مورد تصویب قرار داد.

دیدار آقای جو هلمن



وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان

آقای جو هلمن مدیر حکومت‌داری و امور عامه بانک جهانی در جنوب شرق آسیا و خانم لوبا بیروسلی مسوول پروژه اصلاحات عدلی و قضایی و خانم سیلوانا مسوول پروژه اصلاحات عدلی و قضایی از سوی بانک جهانی در افغانستان روز سه شنبه ۸ دلو ۱۳۸۷ با وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان دیدار و گفت‌وگو نمودند.

آقای جو هلمن پیشرفت‌های پروژه اصلاح سکتور عدلی و قضایی افغانستان را قابل ملاحظه، ارزیابی کرده و افزود که سکتور عدلی و قضایی و وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان بسیار خوب بوده‌است.

آقای سرور دانش وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان نیز در این ملاقات گفت که پس از کنفرانس بین‌المللی روم استراتیژی ملی عدلی و قضایی افغانستان ساخته شده و در همین راستا پروژه اصلاح سکتور عدلی و قضایی کشور تنظیم گردیده‌است.

وزیر عدلیه با اشاره به سخنان رییس جمهور که مردم بعد از امنیت اولین چیزی که می‌خواهند عدالت است، افزود با آن‌که در بخش سکتور عدلی و قضایی افغانستان در حال پیشرفت هستیم و در زمینه‌های حقوق بشر، حقوق زنان، حقوق اطفال، آزادی بیان و... پیشرفت‌های خوبی صورت گرفته‌است اما هنوز به انتظاراتی که مردم افغانستان و جامعه جهانی دارند، نرسیده‌ایم. اکنون فرصت خوبی پیش آمده که دولت با کمک جامعه جهانی مردم را برای دسترسی به عدالت کمک کند.

آقای دانش گفت که برای شروع کار پروژه اصلاحات عدلی و قضایی در چند سال اخیر دو مشکل عمده داشتیم. یکی فقدان پالیسی و استراتیژی ملی و دیگری ناهماهنگی‌هایی که بین سکتور عدلی و جامعه جهانی وجود داشت. اما از سال ۲۰۰۸ مشکل هماهنگی با جامعه جهانی تا حدودی حل شده‌است و در مجموع میان ارگان‌های عدلی و قضایی و کشورها و موسسات بین‌المللی کمک‌کننده ارتباط حسنه و فضای تفاهم به وجود آمده‌است. و همچنین در قسمت پالیسی و استراتیژی نیز اکنون استراتیژی ملی سکتور عدلی و قضایی ساخته شده و نهادهای عدلی و قضایی در پرتو آن عمل خواهند نمود. در مجموع میان نهادهای سکتور عدلی و قضایی در داخل کشور و دولت ها و موسسات کمک‌کننده هماهنگی لازم تامین شده و وقت آن رسیده تا با کمک یکدیگر کارهای عملی را شروع نموده و سرعت ببخشیم.

وزیر عدلیه در مورد پروژه اصلاح سکتور عدلی و قضایی افغانستان گفت که در مدت شش ماه که از شروع کار این پروژه گذشته، کارهای انجام‌شده رضایت بخش است، همکاران بین‌المللی و ادارات عدلی و قضایی کشور تلاش فراوانی کرده‌اند و امیدواریم که در سال ۲۰۰۹ نه تنها فاز اول پروژه بلکه فاز دوم آن را نیز شروع کنیم.

وزیر عدلیه ارتقای ظرفیت و آموزش کارمندان، زیربناهای فزیکی و تجهیزات را به عنوان موضوعاتی یاد کرد که باید در جریان پروژه اصلاح سکتور عدلی و قضایی کشور باید مورد تاکید قرار گیرد.

آقای جو هلمن با اظهار رضایت از کارهای انجام‌شده، افزود که در موارد ارتقای ظرفیت‌ها و زیربناها و مسایلی که مورد نیاز و مورد تایید طرفین باشد حاضر به همکاری‌های همه جانبه هستیم.

تایید طرح قانون حمل و نقل اموال و طرح تعدیل ماده دهم قانون شرکت‌های سهامی و محدودالمسوولیت در شورای وزیران

جلسه نوبتی شورای وزیران روز دو شنبه ۱۴ دلو ۱۳۸۷ تحت ریاست حامد کرزی، رییس جمهوری اسلامی افغانستان در قصر گلخانه ارگ ریاست جمهوری برگزار شد.

طبق آژندا، وزیر عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان طرح قانون حمل و نقل اموال و طرح تعدیل ماده دهم قانون شرکت‌های سهامی و محدودالمسوولیت (فیصله‌های کمیته قوانین شورای وزیران جمهوری اسلامی افغانستان) را به جلسه شورای وزیران ارایه نمود.

طرح قانون حمل و نقل اموال با رعایت حکم مندرج ماده یازدهم قانون اساسی افغانستان به منظور تنظیم امور حمل و نقل اموال و خدمات مربوط به آن در ۷ فصل و ۳۰ ماده وضع گردیده‌است.

طرح قانون حمل و نقل اموال به هدف فراهم نمودن زمینه تسهیلات حمل و نقل اموال، تامین مصوونیت حمل و نقل اموال، تعیین حقوق و وجایب متصدیان حمل و نقل اموال ساخته شده‌است.

با انفاذ و تطبیق این قانون، زمینه تسهیلات بیشتر برای متصدیان حمل و نقل فراهم خواهد گردید و بر طبق پیش‌بینی طرح قانون حمل و نقل اموال، انتقال اموال از یک محل به محل دیگر بر طبق قرارداد فی مابین متصدی وفرستنده اموال صورت خواهد گرفت. طرح قانون مذکور حقوق و وجایب طرفین قرارداد را مشخص و معین ساخته و هم عملیات حمل و نقل را هماهنگ خواهد ساخت که در نتیجه سبب رشد و انکشاف خدمات مربوط به حمل و نقل اموال در سطح ملی و بین‌المللی خواهد گردید.

عناوین فصل‌های طرح قانون حمل و نقل اموال به ترتیب ذیل است:

فصل اول: احکام عمومی

فصل دوم: بارنامه

فصل سوم: مسوولیت‌های متصدی

فصل چهارم: مسوولیت‌های فرستنده و گیرنده

فصل پنجم: حقوق و وجایب متصدی

فصل ششم: حقوق و وجایب فرستنده و گیرنده

فصل هفتم: احکام متفرقه

شورای وزیران جمهوری اسلامی افغانستان طرح قانون حمل و نقل اموال را پس از بحث و بررسی همه جانبه مورد تایید قرار داد.

همچنین شورای وزیران جمهوری اسلامی افغانستان پس بحث و بررسی لازم، طرح تعدیل ماده دهم قانون شرکت‌های سهامی و محدودالمسوولیت را تایید نمود.