

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مطالعات حقوق اسلامی

سال دهم ❁ شماره بیست و یکم ❁ خزان و زمستان ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: دانشگاه بین المللی المصطفی (ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سر دبیر: دکتر عبدالخالق فصیحی

دبیر تخصصی: سید محمد موسوی

ویراستار: زکریا فصیحی

طراح جلد و صفحه آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: ضیاء حسین یوسفی، عبدالخالق فصیحی، عید محمد احمدی، محمد علی توحیدی،

محمد عیسی هاشمی، محمد ناصر واعظی، محمد عیسی عالمی (بصیر)، نجیب الله حکیمی

دوفصلنامه «مطالعات حقوق اسلامی»، آماده دریافت و نشر مقالات صاحب نظران و نویسندگان است.

محتوای مقالات، بازتاب آرای نویسندگان بوده و لزوماً بیانگر رویکرد دوفصلنامه «مطالعات حقوق اسلامی» نیست.

دوفصلنامه «مطالعات حقوق اسلامی»، پس از دریافت مقالات، برای رد، پذیرش و ویرایش آن‌ها آزاد است.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین المللی المصطفی (ص)، آمریت نشرات

تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://ls.miu.edu.af>

ایمیل: ls.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم و راهنمای ارسال مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع‌دهی، نتیجه‌گیری و منابع معتبر است.
۲. مقاله علمی باید روشمند، مستند، تحلیلی، برخوردار از ساختار منطقی دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
۳. فایل مقاله در قالب «word» ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۶۵۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۵۰۰ کلمه نباشد.
۴. افیلیشن مقاله در پاورقی صفحه اول شامل: عنوان وظیفه نویسنده، وابستگی سازمانی، ایمیل آدرس. اگر مقاله دو نویسنده یا بیشتر دارد: عنوان وظیفه نویسنده دوم، وابستگی سازمانی، ایمیل آدرس.

راهنمای تنظیم ساختار مقاله علمی

۱. چکیده: عنوان چکیده با فونت BNazanin11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۰۰ تا ۲۵۰ کلمه و با فونت BNazanin11 معمولی. در چکیده باید به تبیین موضوع، بیان هدف پژوهش، روش تحقیق، سؤال اصلی تحقیق، روش گردآوری داده‌ها و بیان مهم‌ترین یافته‌های تحقیق با اختصار اشاره شود. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص ماضی معلوم استفاده شود. از علائم اختصاری و نقل قول مستقیم و ذکر عناوین فرعی پرهیز شود.
۲. کلیدواژه‌ها: حداقل ۴ و حداکثر ۷ واژه که با کامه از هم جدا شده باشد و در یک خط نوشته شود.
۳. مقدمه: در مقدمه به ترتیب به بیان مسئله، سؤال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، پرداخته شود.
۴. بدنه مقاله: باید دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی [و فرعی‌تر] و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۵. نتیجه‌گیری: نتیجه‌گیری متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارت است از پاسخ به سؤال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد شده، به‌صورت مختصر آورده می‌شود.
۶. ارجاع‌دهی به‌صورت درون‌متنی به شیوه APA باشد. مثال منابع تک‌جلدی: (محسنی «حکمت»، ۱۳۹۰: ۵۴۶)؛ منابع چندجلدی: (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۱۸: ۴۰۲)
۷. منابع و مآخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند. مثال: محسنی «حکمت»، محمد آصف، (۱۳۹۰)، زنان در افغانستان (فرصت‌ها، چالش‌ها و راهکارها، قم: انتشارات المصطفی^(ص))

ارسال و پیگیری مقاله

۱. مقاله باید از طریق سامانه نشریات به این آدرس ارسال شود: <http://ls.miu.edu.af>
۲. مراحل ارسال مقاله: ورد به سامانه نشریات از طریق آدرس فوق، انتخاب نشریه موردنظر، ثبت نام و ایجاد صفحه اختصاصی، ورود به صفحه اختصاصی با استفاده از یوزر-پسوردی که سامانه می‌دهد و اقدام به ارسال مقاله طبق راهنمایی سامانه.
۳. پیگیری مقاله: آگاهی از روند دریافت، پذیرش اولیه، داوری، ارجاع برای اصلاح، پذیرش نهایی، ویراستاری، صفحه‌آرایی، انتشار الکترونیکی، از طریق همان صفحه اختصاصی، از سوی نویسنده قابل پیگیری است.

فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان ۱
- سخن سردبیر ۳
- ماهیت داوری در فقه امامیه و حقوق افغانستان ۵
خداداد کریمی
- کاوش فقهی حقوقی بر ارزش مهریه در عقدنکاح ۲۵
محمد اسحاق حبیبی
- جایگاه اسناد بین المللی در نظام حقوقی افغانستان ۴۱
سید حسین حسینی
- ارزیابی رعایت اصل تناسب در کیفرگذاری کودکان جزایی افغانستان با تأکید بر جرائم فساد اداری ۵۹
محمد اقبال حقیار
- اصل سالانه بودن بودجه در قوانین افغانستان ۸۹
سید حسن انوری
- تحلیل حقوقی مقاومت فلسطینیان با رژیم اسرائیل در پرتو نظریه جنگ عادلانه ۱۱۱
حیدر شجاعی | محمد علم عدیل

پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان

پیشرفت بشر در زمینه‌های علم، فرهنگ، اخلاق و معنویت، مرهون تلاش‌ها و پژوهش‌های خستگی‌ناپذیر عالمان، اندیشمندان و نویسندگانی است که عمر پربرکت خود را وقف پژوهش و کشف رازهای هستی نموده‌اند؛ همان‌ها که ارزش والای حقیقت‌جویی و گوهر تقوا و فضیلت را هرگز به متاع و مقام زودگذر دنیا نفروخته‌اند. به همین جهت است که عالمان و اصحاب قلم در مکتب اسلام، ارج و منزلتی ویژه دارند و از دانشمندان و صاحبان اندیشه، با بهترین تجلیل‌ها و تمجیدها یاد می‌شود. در باب اهمیت قلم و اندیشه همین بس که در آموزه‌های اسلامی، مداد علما برتر از خون شهیدان و تکریم اندیشمندان، به عنوان وارثان انبیای الهی، در حکم احترام گذاشتن به خداوند و پیامبر قلمداد شده است؛ زیرا حیات برتر انسانی در تفکر اسلامی، درگرو اندیشه و ایمان است. لذا فرزاندانی که با اندیشه و قلم خود مشعل دانش و معرفت را فرا راه انسان‌ها برمی‌افروزند، حق عظیمی بر عهده بشریت دارند و شایسته برترین ستایش‌ها و قدردانی‌ها هستند.

بدون تردید گسترش علم از زمره اساسی‌ترین عوامل رشد، انکشاف و ترقی جامعه است و رشد علمی از طریق آموزش و پژوهش به دست می‌آید. آموزش و پژوهش به مثابه بال‌های ترقی و اوج‌گیری یک جامعه است که با بهره‌گیری از آن دو، می‌توان به تعالی و شکوفایی مادی و معنوی رسید. جامعه علمی و آکادمیک افغانستان در سال‌های اخیر گام‌های نسبتاً خوبی در عرصه‌های آموزش برداشته است؛ اما به نظر می‌رسد که پژوهش هنوز در این کشور جایگاه مناسبش را نیافته و کمتر مورد اقبال بوده است. این در حالی است که رسیدن به پیشرفت مادی و معنوی، درگرو «آموزش و پژوهش» توأمان است.

امروزه یکی از ابزارهای مؤثر برای توسعه آموزش پژوهش‌محور، انتشار مجلات علمی است. به همین دلیل نشریات دانشگاهی به بخش جدایی‌ناپذیری از ساختار دانشگاه‌ها و مؤسسات تحصیلاتی عالی تبدیل شده است. گروه‌های علمی دانشگاهی برای پیشبرد مقاصد آموزشی و پژوهشی خود و به منظور توسعه دانش بشری، نشریه‌های علمی پژوهشی را تأسیس کرده و یافته‌های پژوهشی یا گزارش‌های آموزشی اعضای هیئت علمی خود را در آن منتشر می‌کنند تا به دست دیگر دانش‌دوستان نیز برسد.



نماینده‌ی جامعه‌ی المصطفی^(ص) در افغانستان همواره نسبت به توسعه‌ی علم و پژوهش همراه با معنویت، اهتمام داشته است. این دانشگاه با هدف تولید و ترویج علوم مرتبط با حوزه‌های علوم اسلامی و انسانی و به منظور ارتقای ظرفیت‌های علمی-پژوهشی اعضای گروه‌های آموزشی، بهبود مهارت‌های پژوهشی اساتید و دانشجویان، تقویت مبادله‌ی یافته‌های علمی و تحقیقاتی بین مراکز آکادمیک، ایجاد وحدت رویه در فرایند چاپ و نشر مجلات علمی، واحد نشریات را در مرکز پژوهشی دانشگاه ایجاد کرده است. با توجه به اهمیت و ضرورت پژوهش و با عنایت به این که یکی از مهم‌ترین رسالت‌های هر نهاد آموزشی و دانشگاهی، اهتمام به تحقیقات بنیادی و پژوهش‌های کاربردی است، گسترش کمی و کیفی فعالیت‌های پژوهشی و نشراتی، به‌ویژه در حوزه‌ی مجلات علمی، مدنظر قرار گرفت. پس از فراهم شدن زیرساخت‌های لازم، مانند خرید سامانه‌ی جامع مدیریت نشریات علمی «سیناوب»، دوازده مجله‌ی علمی تخصصی ایجاد شد که مرتب به‌صورت دوفصلنامه در قالب چاپ فیزیکی و الکترونیکی منتشر می‌شود. سامانه‌ی مدیریت نشریات علمی «سیناوب» برای نظم بخشیدن و تسهیل چرخش مقاله و اطلاعات پیرامون آن در سامانه‌ی تولید نشریات علمی و دانشگاهی طراحی شده است و در نقش یک منشی پیگیر و فعال، تمامی امور مربوط به فرایند انتشار نشریات علمی را انجام می‌دهد و این امکان را فراهم می‌کند که نظریات و آثار علمی نویسندگان افغانستانی در سطح جهان در دسترس علاقه‌مندان و اصحاب علم و اندیشه قرار بگیرد.

لازم می‌دانم از تمام همکاران و نویسندگانی که زمینه‌ی تحقق این مهم را فراهم کرده و بستر بسط معارف را گسترانده‌اند، قدردانی کنم و برای همه‌ی عزیزان توفیقات روزافزون الهی، استدعا نمایم.

سید عبدالحمید ثابت

سخن سردییر

پژوهش و تحقیق در حوزه فقه و حقوق بایسته‌هایی دارد که پیاده کردن آن‌ها می‌تواند کیفیت و غنای پژوهش‌های فقهی و حقوقی را به‌طور معناداری افزایش دهد. یکی از این بایسته‌ها به‌روز و مؤثر بودن پژوهش در حوزه فقه و حقوق است؛ زیرا این دو بایسته مانع تمرکز بر آثار تکراری و کلیشه‌ای می‌شود. پژوهش‌هایی که نیازی از نیازهای جامعه را برآورده می‌کند، همواره با طراوت و دارای مخاطب است.

تحقیق و پژوهش در افغانستان، متأسفانه از لحاظ کمی و کیفی روزگار خوشی ندارد؛ زیرا تحقیقات علمی بدون تکیه بر استانداردهای حداقلی پژوهش انجام می‌شود. پژوهش‌های تکراری و غیرکاربردی بخش بزرگی از پژوهش‌ها و تحقیقات مراکز علمی و آموزشی را تشکیل می‌دهد. یکی از مشکلات اصلی نهادهای علمی و آموزشی کمبود بودجه و منابع مالی کافی برای حمایت از طرح‌های تحقیقاتی و پژوهشگران است. اهمیت به امر پژوهش در افغانستان نیاز به فرهنگ‌سازی دارد که باید از سوی حاکمیت و نهادهای ذی‌ربط، پیگیری شود و در سطح جامعه علمی و اکادمیک ترویج گردد.

«دو فصلنامه مطالعات حقوق اسلامی» با یک دهه سابقه و تجربه کاری در حوزه پژوهش‌های فقهی و حقوقی، مفتخر است که با انتشار مقالات علمی پژوهشی و علمی ترویجی فعالان حوزه فقه و حقوق، سهمی هرچند اندک را در ترویج فرهنگ پژوهش و حمایت از پژوهشگران به خود اختصاص می‌دهد. در این شماره آثار به‌روز و کارآمد برخی پژوهشگران قلمرو فقه و حقوق به زیور طبع آراسته شده است. آثار مذکور عبارت‌اند از: (۱) ماهیت داورى در فقه امامیه و حقوق افغانستان؛ (۲) کاوش فقهی حقوقی بر ارزش مهریه در عقد نکاح؛ (۳) جایگاه اسناد بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان؛ (۴) ارزیابی رعایت اصل تناسب در کیفرگذاری کود جزایی افغانستان با تأکید بر جرائم فساد اداری؛ (۵) اصل سالانه بودن بودجه در قوانین افغانستان؛ (۶) تحلیل حقوقی مقاومت فلسطینیان با رژیم اسرائیل در پرتو نظریه جنگ عادلانه.

ضمن تشکر از نویسندگان محترمی که مقالات علمی و تحقیقی شان این شماره نشریه



راسر و سامان داده است، با افتخار اعلام می‌کنیم این نشریه از مقالات پژوهشی استادان و دانشجویان حوزه فقه و حقوق استقبال می‌نماید و انتقادهای و پیشنهادهای منطقی مخاطبان را عامل پیشرفت و ارتقای خود می‌داند.

ماهیت داورى در فقه امامیه و حقوق افغانستان

خداداد کریمی^۱

چکیده

داوری به عنوان یکی از مهم ترین روش های حل اختلاف در خارج از دادگاه، کاربرد زیادی در رسیدگی و حل اختلافات دارد. اساسی ترین رکن داورى ماهیت داورى است که نیاز به شناخت و توسعه ای بیشتر دارد. درباره ماهیت داورى از منظر فقه و حقوق، نظرات مختلفی مطرح است که مهم ترین آن ها چهار نظریه اصلی ماهیت قضایی، ماهیت قراردادی، ماهیت مختلط و ماهیت مستقل است. سؤال اصلی تحقیق این است که ماهیت داورى بر اساس فقه امامیه و حقوق افغانستان، در قالب کدام یک از نظریه های موجود می گنجد و آثار و احکام هر کدام از این نظریه ها چیست. یافته های تحقیق نشان می دهد که بسیاری از فقها بر این باورند که داورى، ماهیت قضایی دارد. قانون مدنی افغانستان نیز عدالت را برای داور شرط می داند و این یعنی اینکه داورى و حکمیت ماهیت قضایی دارد؛ اما در دیگر قوانین هیچ شرطی برای داور ذکر نشده است. بدین معنا که ماهیت غیر قضایی دارد با توجه به مطالعه انجام شده به نظر می رسد که داورى در موارد مختلف، ماهیت مختلف دارد و آثار هر یک از ماهیت های قضایی و قراردادی بر آن مترتب است. ماهیت داورى بنا بر نظریه های ماهیت قضایی و قراردادی بسیط است؛ اما در نظریه مختلط ماهیت داورى ترکیبی از دو ماهیت قراردادی و قضایی است و آثار هر دو بر آن مترتب است.

کلیدواژه ها: ماهیت داورى، روش های غیر قضایی، حکمیت، حقوق افغانستان، فقه امامیه

۱. مطالعات حقوق اسلامی: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، جامعه المصطفی العالمیه، قم ایران

مقدمه

داوری به عنوان روش غیر قضایی، قراردادی است که طرفین اختلاف توافق می کنند تا حل اختلافات خود را به شخصی ثالث واگذار نمایند. مشروعیت رسیدگی و صدور حکم شخص ثالث، بستگی به عواملی دارد که ماهیت داور از آن نشأت می گیرد و اینکه مشخص شود که بر اساس فقه امامیه و حقوق افغانستان مرجع داور مجوز استماع دعوا و اتخاذ تصمیم، نسبت به دعوا را از کجا می گیرد. آیا داور ماهیت قضایی دارد و مبتنی بر قانون و اراده حاکمیت است یا ماهیت قراردادی دارد و متکی بر اراده طرفین اختلاف و توافق آنها است؟ هریک از نظریه های مختلف راجع به ماهیت داور احکام و خصوصیات گوناگونی دارد. از این رو لازم است ماهیت، احکام و آثار داور از منظر فقه امامیه و حقوق افغانستان بحث شود.

بخش اول: ماهیت داور در فقه امامیه

در خصوص ماهیت داور و حکمیت میان فقها دو نظریه اصلی مطرح است. نظریه اول داور و حکمیت را نوعی از قضاوت می دانند که آثار، احکام و شرایط قضاوت را دارد؛ اما در نظریه دوم ماهیت داور را وکالت داور از جانب طرفین اختلاف دانسته اند که در توافق طرفین اختلاف ریشه دارد و احکام و آثار وکالت بر آن مترتب می شود. لازم است هریک از این دو نظریه فقهی به صورت جداگانه بحث شود:

۱. ماهیت قضایی

بسیاری از فقها، داور را نوعی از قضاوت می دانند و بر این باورند که داور ماهیت قضایی دارد؛ زیرا منظور از داور در آیه تحکیم، حکم است. شهید ثانی می فرماید: «و لو قلنا إنه تحکیم - كما هو المتصور فقال الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوط: لا يجوز الحكم مع غيبة أحدهما، لأنَّ الحكم حينئذ مشروط ببقاء الشَّقاق والخصومة بينهما ومع الغيبة لا يعرف بقاء ذلك». (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۸: ۴۶۱) در صورتی که برای حل اختلاف میان زن و شوهر، دو شخص به عنوان داور و حکم انتخاب شود، برخی گفته اند که داوران نمی توانند حکم صادر کنند، چون حکم بر غائب است، ولی جواز صدور حکم بهتر است؛ زیرا حکم



هر دو داور مبتنی بر اصلاح ذات البین است نه تفرقه. اگر تفرقه بود، نیاز به اذن داشت. شهید در ادامه می‌گوید صدور حکم مبتنی بر این است که انتخاب داور از باب وکالت باشد. در این صورت حکم داور صحیح و نافذ است؛ زیرا تصرف وکیل در آنچه برای انجام آن وکیل شده، نافذ است. چه موکل حضور داشته باشد یا غائب باشد و چه در خصومت و شقاق باشد یا در صلح و آرامی؛ اما اگر داور را قاضی تحکیم بدانیم، چنانچه تصور می‌شود که همین‌گونه باشد، در صورت غیبت زوجین، هر دو حکم نمی‌تواند بررسی را شروع کرده و حکم صادر نمایند؛ زیرا صدور حکم مبتنی بر این است که خصومت و شقاق وجود داشته باشد. در حالی که اگر طرفین اختلاف غائب باشد، به راحتی نمی‌توان فهمید که آیا اختلافی است که حل شود یا نه. دیگر اینکه هر کدام از طرفین دعوا، می‌تواند محکوم‌له یا محکوم‌علیه باشد. در حالی که می‌توان به نفع شخص غائب حکم صادر کرد؛ اما نمی‌توان به ضرر آن حکم کرد.

شیخ طوسی داورى را نوعی از حکمیت می‌داند و می‌فرماید «بعث الحکمین فی الشقاق علی السبیل التحکیم لا علی التوکیل و به قال علی ع و ابن عباس و القول الآخر انهما علی سبیل التوکیل و به قال ابوحنیفه». (طوسی، ۱۴۰۷، ۴: ۴۱۶) دلایل که شیخ طوسی به آن استدلال می‌کند، این است که خداوند فرموده است: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا». (نساء: ۳۵) این آیه می‌گوید که برای حل اختلاف، حکم و داور انتخاب کنید، نگفته که وکیل بگیرید. دلیل دیگر این است که اگر خطاب که برای بیان احکام است، مطلق باشد انصراف به ائمه و قضات دارند. مثل آیات «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا». (مائده: ۳۸) «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ». (نور: ۲) انصراف به زوجین ندارد؛ زیرا اگر زوجین مخاطب بود، باید می‌فرمود «فابعثوا وکیلاً» که شامل هر دو طرف اختلاف می‌شد. در حال که فرمود «فابعثوا حکماً». پس وقتی مخاطب در این مطلقات، قاضی بود داورى و حکمیت ماهیت قضایی دارد. دیگر اینکه هر دو حکم نافذ است، مگر اینکه حکم به افتراق کرده باشند. اگر حکم به افتراق زوجین باشد، نیاز به اذن دارد. در حالی که اگر داور، وکیل طرفین اختلاف باشد، در تمامی تصمیمات خود باید بر مبنای نظر موکلان خود عمل کند. (طوسی، ۱۴۰۷، ۴: ۴۱۶)

۱-۱. دلایل این نظریه

بنا بر نظریه مذکور، دآوری شرایط و خصوصیات قاضی منصوب را دارد و اراده حاکمیت در رأس است. داور در چهارچوب قوانین یک کشور، می تواند اختلافات طرفین را حل نماید. تنها نقش اراده طرفین در این روش، انتخاب داور یا داوران است و صلاحیت داوران توسط قانون به داوران اعطا می شود. (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱: ۱۲۸) با توجه به ماده ۱۸۶ قانون مدنی افغانستان که عدالت را برای داور شرط می داند، حکمیت و دآوری در برخی موارد، ماهیت قضایی دارد که بر اساس آن، حکومت هم در ایجاد توافقنامه دآوری و هم در اختیارات داورها، انجام دآوری و اعتبار آن نیز مؤثر است. داوران موظفند قوانین کشوری را که دآوری در آن برگزار می شود، رعایت کنند. در صورتی که موضوعات مختلف دآوری مانند موافقت نامه دآوری، شیوه رسیدگی، صلاحیت داور قلمرو موضوعات قابل رسیدگی و حکم داور، مخالف با قواعد آمره و نظم عمومی آن کشور باشد، غیر قابل توجیه و باطل است. با ایجاد دآوری در واقع دولت در درون سرزمین خود از طریق واگذاری صلاحیت خود، نظام های دادگستری را با مدیریت اشخاص خصوصی ایجاد می کند و داوران کارکرد وظیفه ای عمومی را به انجام می رسانند. (جولیان دی ام لئو، ۱۳۹۱: ۹۸)

۱-۲. ویژگی های ماهیت قضایی

ماهیت قضایی ویژگی هایی دارد که آن را از دیگر نظریات، در مورد ماهیت دآوری، متمایز می کند؛ مانند اینکه داور باید شرایط قاضی منصوب را داشته باشد و از صلاحیت های بیشتری برخوردار است. دیگر اینکه رأی او اعتبار امر مختومه دارد. برای شناخت ماهیت قضایی دآوری، لازم است که خصوصیات احکام و آثار آن به نحوی شایسته مورد بحث و بررسی قرار بگیرد.

الف. داشتن شرایط قاضی منصوب: بر اساس این نظریه، داور از نظر ماهیت و خصوصیات احکام و شرایط مانند قاضی منصوب است و صلاحیت های قاضی منصوب را دارد. مانند اینکه داور باید مرد، عالم، عادل و مسلمان باشد. در حالی که بر اساس نظریات دیگری که در مورد ماهیت دآوری وجود دارد برخی از شرایط که در قاضی منصوب شرط است برای داور یا هیئت دآوری شرط نیست مثل اسلام و اجتهاد.



ب. اعتبار امر مختومه: یکی دیگر از لوازم ماهیت قضایی داورى این است که آرای داورى باید از اعتبار آرای قضایی برخوردار بوده و دارای اعتبار امر مختومه باشد یعنی اولاً این رأی برای اصحاب دعوا لازم‌الاجرا است ثانیاً وقتی رأی صادر شد دیگر نمی‌توان از آن عدول کرد مگر در موارد خاص ثالثاً قاضی دیگر نمی‌تواند بدون دلیل رأی صادرشده را نقض کرده و همان موضوع را مجدداً مورد رسیدگی قرار دهد (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰: ۹۷)

ج. دارا بودن صلاحیت‌های قضایی منصوب: قاضی صلاحیت‌های بیشتری نسبت به داور دارد. او می‌تواند ولی صغیر و معنون باشد و در مورد مجازات مجرم، تصمیم اتخاذ نماید. دیگر اینکه قاضی می‌تواند در موضوعات مانند رویت هلال، حکم صادر کند. همچنین در خصوص دفاع از حقوق جامعه، اقدامات لازم را انجام دهد. داورى که ماهیت قضایی دارد نیز بر اساس نظریه صلاحیتی دارای چنین اختیارات و صلاحیت‌هایی است. درحالی‌که بر اساس نظریات دیگر، داور چنین اختیاراتی ندارد، بلکه تنها در محدوده اذن که طرفین به او داده‌اند، می‌تواند در مورد حل فصل اختلافات نظر دهد.

۱-۳. اشکالات وارده بر این نظریه

اشکالات متعددی بر نظریه ماهیت قضایی داورى وارد است. با توجه به این اشکالات، پذیرش نظریه ماهیت قضایی داورى، دشوار می‌شود. برای بحث و بررسی بیشتر، لازم است برخی از اشکالات وارده بیان شود و برخی از نقدهای که وارد نیست، پاسخ داده شود:

الف. قصور دلایل: دلایلی که برای اثبات نظریه ماهیت قضایی داورى ذکرشده، نمی‌تواند ماهیت قضایی آن را ثابت کند، بلکه حداکثر چیزی را که اثبات می‌کند این است که ماهیت وکالتی ندارد و داوران، وکیل زوجین نیستند. از کلام شیخ طوسی چنین برمی‌آید که ایشان احتمال وکالت را نفی می‌کند و با نفی احتمال وکالت، نمی‌توان ماهیت قضایی داورى را اثبات کرد؛ زیرا ممکن است داورى نه قضاوت باشد نه وکالت، بلکه ماهیت مستقل دیگری داشته باشد. (هدایت نیا، ۱۳۸۷: ۷۷) این اشکال را می‌توان این‌گونه پاسخ داد که شیخ طوسی و بسیاری از فقهای دیگر، ماهیت داورى را تقسیم به قسمت ثنایی کرده‌اند. به این صورت که ماهیت حکمیت، یا قضایی است یا وکالتی و قسم سومى در کار نیست. به همین جهت وقتی وکالتی بودن آن را نفی می‌کند، به این نتیجه می‌رسد که

ماهیتی قضایی دارد.

ب. دخالت بیش از حد حکومت: اشکال دیگر این نظریه، این است که به دولت اجازه می‌دهد در امور داوری بیش از حد دخالت کند و صلاحیت‌های آن را محدود نماید. در حالی که بر اساس واقعیت موجود در داوری حدود اختیار داور به وسیله توافق طرفین، مشخص می‌شود و آن‌ها می‌توانند با توافق یکدیگر، صلاحیت داور را تعیین کنند. بنا بر آزادی اراده، طرفین آن‌ها می‌توانند بدون توجه به قوانین، بلکه با رعایت عدل و انصاف رسیدگی کرده و رأی خود را صادر نمایند. (مافی، ۱۳۹۶: ۱۹۰)

۲. ماهیت قراردادی

بر اساس دیدگاه مذکور مکان داوری، آئین رسیدگی، قانون حاکم بر داوری، موجبات جرح داور و برخی از امور دیگر توسط توافق اراده طرفین دعوا معلوم می‌شود. آن‌ها با ایجاد قرارداد داوری، حل اختلافات خود را به داور واگذار می‌کنند. قرارداد این است که یک یا چند نفر در مقال یک یا چند نفر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها واقع شود. (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۱) نقش مهم توافق اراده‌ها در ایجاد، هدایت و انحلال داوری بیانگر این است که داوری ماهیت قراردادی دارد؛ یعنی داوران از جانب طرفین اختلاف وکالت در حل و فصل اختلافات را دارند.

۲-۱. دلایل این نظریه

دلایلی که بر این ادعا طرح شده، یکی این است که از شرایط قاضی اجتهاد است. در حالی داور مجبور نیست که مجتهد باشد، بلکه در بسیاری از موارد انتخاب داور که مجتهد باشد در توان طرفین اختلاف نیست. دیگر اینکه نهاد داوری بنا بر رضایت و قرارداد طرفین اختلاف ایجاد می‌شود و آن‌ها صلاحیت و اعتبار خود را از قرارداد داوری می‌گیرد که طرفین اختلاف آن را ایجاد کرده است.

دلیل دیگری که بر وکیل بودن داور اقامه کرده‌اند، این است که اگر داوری در مورد اختلافات خانوادگی باشد هریک از زوجین بالغ و عاقل هستند و هیچ‌کس بر آن‌ها ولایت ندارد. بنابراین داور وکیل آن‌ها هستند البته در جواب این دلیل گفته‌اند، مانعی نیست که



بر بالغ رشید حکم کرد، در صورتی که از قبول حق امتناع کند. (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ۲۲۹:۱۲)

برخی در جهت رد دلایل این نظریه، گفته‌اند که داوری سنخیتی با وکالت ندارد؛ زیرا در واقع مسئولیت داور ناشی از قانونی است که حاکم بر آن‌ها است و قانون با توجه بر ضرورتی که وجود دارد، اجازه داده است که افراد می‌توانند برای حل و فصل اختلافات، شخصی را برگزینند تا نزاع آن‌ها را حل کند. پس داور کسی است که بنا بر توصیه قانون به صورت موقت و در موارد خاص، مسئولیت رسیدگی و حل اختلاف به او واگذار می‌شود و در زمان تطبیق مسئولیت خود، به عنوان یک مأمور شناخته می‌شود. قانون رأی داور را مثل رأی قاضی معتبر می‌داند؛ یعنی دارای اعتبار امر قضاوت شده است. پس موضوعی که به داوری ارجاع شده و بعد از بحث و بررسی داوران در مورد آن حکم صادر شده است، دیگر در دادگاه قابل رسیدگی نیست. (شمس و بطحایی، ۱۳۹۴: ۶)

قاضی ابن براج، تنها فقیهی است که در کتاب الکامل خود آن را آورده؛ اما در کتاب المذهب خود از آن عدول کرده است، می‌گوید: «ذکرنا فی کتابنا الکامل فی الفقه فی هذا الموضع انه علی طریق التوکیل و الصحیح انه علی طریق التحکیم». (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۳، ۲: ۲۶۶)

این نظریه‌ای نادر است که تنها ابن براج در الکامل فی الفقه خود آن را پذیرفته؛ اما در کتاب دیگر خود از آن عدول کرده است؛ زیرا بسیاری از فقه‌های دیگر، این نظریه را در کتاب‌های خود مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند. هدف از نقد و رد نظریه وکالت این است که نظریه تحکیم را تقویت نمایند و بسیاری دیگر از فقها مانند فاضل مقداد، صاحب حدائق، شهید ثانی، سبزواری نیز همین روش را انتخاب کرده‌اند. دلایل که برای رد نظریه وکالت طرح می‌کنند، این است که خداوند فرموده «فابعثوا حکما» نه «فابعثوا وکیلا». دیگر اینکه اگر داوران به عنوان وکیل در نظر گرفته شوند، مجبور هستند از میزان صلاحیتی که طرفین به آن‌ها داده‌اند، تجاوز نکنند و در هر صورت احتیاج به اجازه زن و شوهر خواهد داشت. در حالی که آنچه از روایات به دست می‌آید این است که داوران تنها برای حکم به طلاق به اجازه زوجین نیاز دارند.

دلیل دیگر که برای رد نظریه وکالت می‌توان گفت این است که داوران ملزم هستند مصلحت هردو طرف دعوا را در نظر بگیرند تا عدالت را تحقق بخشیده و احقاق حق نمایند. در حال که وکیل موظف است که تنها مصلحت موکل خود را در نظر گرفته و تابع مقررات و شرایط وکالت باشد. (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ۲: ۲۷۱) غیر از این براج اگرچه برخی دیگر از فقهای شیعه، به نظریه مذکور اشاره کرده‌اند؛ اما احتمالاً با هدف رد نظر برخی از علمای اهل سنت پرداخته باشند.

۲-۲. لوازم این نظریه

اگر پذیرفتیم که داوران وکیل طرفین اختلاف هستند، آثار وکالت را باید بر آن مترتب بسازیم. یکی از این آثار، رعایت مصالح موکل است که وکیل باید برای رسیدن به آن تلاش کند. درحالی که داور نباید به دنبال مصلحت و منفعت یک طرف از طرفین دعوا باشد، بلکه او به عنوان داور و قاضی باید بی طرفی خود را حفظ کرده و عدالت را تأمین کند. لوازم دیگر عقد وکالت این است که اختیارات وکیل محدود است و تنها در حدود صلاحیت‌های که به او داده شده، حق رسیدگی و صدور حکم دارد. دیگر اینکه هرکدام از طرفین می‌تواند هرزمانی که بخواهد قرارداد را به هم بزند و موکل حق دارد در صورت نیاز، وکیل خود را برکنار نماید. وکیل هم این حق را دارد که هرزمانی بخواهد، می‌تواند از ادامه کارش انصراف داده و کنار رود. همچنین اگر موکل این گونه به وکیل اختیار دهد که تنها می‌تواند در جهت تأمین منافع او رأی دهد، در این صورت اگر وکیل رأی صادر کند که خوشایند موکل نیست، رأی وکیل فصولی و منوط به تنفیذ موکل است. (موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۴۵) هیچ کدام از این آثار با وضعیت داوری سازگاری ندارد. بنابراین ماهیت داوری نمی‌تواند تنها ماهیت وکالتی باشد.

بخش دوم: ماهیت داوری در حقوق افغانستان

داوری در افغانستان سابقه طولانی دارد و از گذشته‌های خیلی دور حکمیت به عنوان یک نهاد شرعی موردپذیرش جامعه و مردم بوده و افراد بنا به دلایل مختلفی از مراجعه به سیستم قضایی خودداری می‌کردند. یا امکانات برای دسترسی به قضات فراهم نبود



است. لذا مردم برای حل اختلافات و دیگر مشکلات به علما، ریش سفیدان و متنفذین محل مراجعه می کردند. هنوز هم این وضعیت به طور چشم گیری در مناطق مختلف کشور مخصوصاً در مناطق دورافتاده، مورد استقبال مردم است و از این روش به عنوان یک ابزار مناسب حل و فصل اختلافات استفاده می کنند. قبل از تدوین قوانین در افغانستان، صدور حکم و فتوا و حل اختلافات بر اساس فقه امامیه یا با استفاده از کتاب های فقهی اهل سنت، مانند مجله الاحکام الاسلامی عثمانیه صورت می گرفت که در آن حکمیت به خوبی بیان شده است. (کریمی، ۱۳۹۵: ۷)

قانون گذاران افغانستان استفاده شیوه داورى و حکمیت را برای حل و فصل اختلافات مورد توجه قرار داده است. در برخی از مواد قانون مدنى و قانون اصول محاکمات مدنى این شیوه را پیشنهاد کرده و مقرراتی را جهت نحوه رسیدگی از طریق داورى وضع کرده است؛ اما اهتمام و توجه قانون گذاران افغانستان معطوف به روش داورى یا حکمیت در دعاوى داخلی بوده و برای حکمیت و حل اختلافات تجارى، موادی را در مجموعه ای از قوانین افغانستان و در بخش اخير قانون تجارت افغانستان، به حکمیت تجارى اختصاص داده است. شورای ملی افغانستان در سال ۱۳۸۵ ش. قانون حکمیت تجارى را تدوین کرد تا بتواند پاسخگویی نیازهای داورى در عصر کنونی باشد و در صورتی که داورى بین المللى در قلمرو افغانستان برگزار شود، قوانین حاکم بر داورى داخلی بر داورى بین المللى نیز حکومت خواهد داشت.

داورى بین المللى نیازها، شرایط، پیچیدگی و دشواری های دارد که قوانین داخلی نمی تواند این نیازها را برآورده سازد و برای این دشواری های راه حل پیدا کند، در راستای پاسخگویی به این نیازها و پر کردن خلأ قانونی ایجاد شده است. قانون گذاران افغانستان با الهام از قانون نمونه آنسیترال، سرانجام قانون داورى تجارى بین المللى افغانستان را در سال ۱۳۸۵ ش. تصویب کرد. تصویب این قانون دستاورد مهمی در نظام حقوقی افغانستان و نقطه عطفی در روند اصلاحات و تحولات مربوط به داورى در افغانستان است. قانون حکمیت تجارى، قوانین دیگر مربوط به داورى را تکمیل کرد و تصویر نسبتاً روشن را از نهاد داورى در افغانستان ترسیم می کند.

تحقیق در مورد داوری در افغانستان با دشواری‌های زیادی مواجه است. مهم‌ترین آن فقدان منابع در این زمینه، پراکندگی قوانین و مقررات، تغییرات که با وقوع جنگ‌ها و تحولات و انقلاب‌ها در قوانین و مقررات افغانستان ایجاد شده و بر اثر نبود شرایط مناسب اقتصادی اجتماعی و سیاسی، نهاد داوری به فراموشی سپرده شده و جایگاه مناسب خود را نتوانسته که به دست آورد. به همین جهت نه در عمل و نه در تئوری، کاری چندان انجام نشده است.

در عرصه قانون‌گذاری، اولین بار واژه حکمیت در قانون «اصول اجرائیات محاکمات حقوقی عدلی» مصوب اول جدی ۱۳۲۷ ش. ذکر شده است. بر اساس این قانون، رأی که از طرف داور صادر می‌شود، بر اساس همین رأی در محکمه ابتدایی، حکمی صادر می‌شود که قطعی و غیر استیناف‌طلبی و نیز غیر تمییز طلبی (غیرقابل فرجام‌خواهی) است. هم‌چنین در قانون تجارت مصوب سال ۱۳۳۶ ش. به مسئله حکمیت و داوری و امکان حل اختلاف از این طریق تصریح شده است. قانون اصول محاکمات تجارتي مصوب سال ۱۳۴۳ ش. نیز به حکمیت اشاره کرده است. این قانون مسئله حکمیت تجارتي را در فصل جداگانه طرح کرده و مقررات زیادی را در مورد حکمیت تجارتي اختصاص داده است. از ماده ۲۰۸ الی ۲۳۰ مسائل مختلف داوری را بیان کرده است. تعدیلاتی که در تاریخ ۱۳۵۳/۳/۲ در اصول نامه اتاق‌های تجارت و صنایع افغانستان توسط فرمان تقنینی رئیس‌جمهور انجام شد، در ماده ۴ ضمیمه آن آمده است: «حکمیت بر موضوعات تجارتي که به اتاق تجارت راجع می‌شود، از وظایف اتاق تجارت است».

در مواد مختلف قانون اصول محاکمات مدنی مصوب ۱۳۶۸ ش. به حکمیت پرداخته شده است. حکمیت و داوری در فقره ۱۷ ماده ۶ قانون اتاق‌های تجارت و صنایع مصوب سال ۱۳۶۸ ش. تحت عنوان وظایف و صلاحیت‌های ریاست عمومی اتاق‌های تجارت و صنایع، این‌گونه بیان شده است: «حکمیت پیرامون اختلافات ناشی از معاملات تجارتي و صنعتی بین اشخاص حقیقی و حکمی داخلی و خارجی در حدود احکام قانون و مقررات، از وظایف و صلاحیت‌های ریاست عمومی اتاق‌های تجارت و صنایع است». اولین قانون رسمی که به صورت مستقل و گسترده به مسئله داوری پرداخته است، «مقرره



حکمت تجارتی» است که در سال ۱۳۷۳ ش. در ۵ فصل و ۳۲ ماده موضوعات مربوط به حکمت تجارتی را مورد بحث و بررسی قرار داده است. این قانون تا حدودی به نیازهای داوری و سؤالات مربوط به آن پاسخ گفته است؛ اما به صورت کامل نمی‌تواند ابهامات و مشکلات مربوط به داوری را حل کند. بعد از تصویب قانون اساسی جدید در سال ۱۳۸۲ ش. و تغییرات گسترده داخلی و بین‌المللی و با توجه به تأمین مصالح ملی و بین‌المللی افغانستان و به پیروی از مواد ۱۱، ۱۰ و ۱۳ قانون اساسی ۱۳۸۲ و بر مبنای تعهدات افغانستان به جامعه بین‌المللی، در اجلاس‌های بین‌المللی مربوط به افغانستان، مانند جلسه بُن آلمان و لندن که اصلاحات و نوآوری‌های زیادی را در کشور ایجاد کرد، قانون حکمت اصلاح و تعدیل گردید. دولت سرانجام در تاریخ ۱۳۸۵ ش. قانون حکمت تجارتی افغانستان را طی فرمان قانونی، توشیح و تنفیذ کرد. این قانون با الگو قرار دادن قانون نمونه آنستیرال و دیگر کنوانسیون‌های بین‌المللی، مانند کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ م. با هدف آسان کردن تجارت بین‌الملل و توجه به آخرین پیشرفت‌های جهانی در مورد داوری، وضع شده است. این قانون اگرچه دارای معایب و ابهامات زیادی است؛ اما دارای مزایای زیادی نیز است که می‌تواند هم در عرصه داخلی و هم در عرصه بین‌المللی قابل تطبیق باشد.

۴. ماهیت مختلط

بر اساس این نظریه ماهیت قضایی و قراردادی، ماهیت واقعی داوری نیست، بلکه ماهیت داوری ماهیت دوگانه‌ای است که بر اساس قانون و توافق طرفین اختلاف به وجود می‌آید و احکام و خصوصیات هریک از این دو ماهیت را دارد. طرفین در ایجاد قرارداد داوری تعیین قانون حاکم و انتخاب داوران آزاد هستند و از جانبی دیگر صحت و اعتبار توافق‌نامه داوری منوط به رعایت قواعد آمره و نظم عمومی محل داوری است. در این نظریه عناصر از ماهیت قراردادی و قضایی داوری در هم تنیده شده است. اگرچه عامل اصلی حل اختلاف و ارجاع آن به داوری، توافق طرفین اختلاف است؛ اما این توافق باید بر اساس قانون حاکم بر داوری صورت بگیرد.

با توجه به ماده ۱۸۶ قانون مدنی افغانستان، حکمت و داوری را کسی می‌تواند انجام دهد و بر اساس آن اختلافات طرفین را حل کرده و در مورد مال یا حق دیگری تصمیم بگیرد

و حکم صادر کند که عادل باشد. اشخاص که فاقد این شرطند، صلاحیت رسیدگی به اختلافات را ندارند. بیان این شرط نشان دهنده این است که قانون‌گذار، ماهیت حکمیت و داوری را حداقل در مورد رسیدگی به اختلافات خانوادگی، ماهیت قضایی می‌داند احکام آثار آن را بر او مترتب می‌کند؛ اما قانون تجارت و قانون حکمیت تجارتی افغانستان، برای داور هیچ شرطی را بیان نمی‌کند؛ یعنی اینکه طرفین اختلاف هرکسی را مناسب دید، می‌تواند برای حل اختلاف انتخاب کند. مشروعیت رسیدگی و صدور حکم داور نیز برگرفته از توافق اراده طرفین اختلاف است. از این رو می‌توان برای داوری در حقوق افغانستان، ماهیت دوگانه فرض کرد. آثار و احکام هریک آن را نیز بر آن‌ها مترتب کرد؛ به این صورت که در برخی موارد مهم، مثل حقوق خانواده داوری ماهیت قضایی دارد، هر آنچه در قاضی شرط است، در داور هم شرط است؛ اما در موارد عرفی دیگر مثل تجارت، ورزش، صنعت... داوری ماهیت قراردادی دارد و هر شخصی را که طرفین اختلاف انتخاب کرد، صلاحیت رسیدگی و حل اختلاف را دارد.

۴-۱. خصوصیات ماهیت مختلط

بنابراین نظریه داوران اختیار و صلاحیت خود را از توافق و اجازه طرفین به دست می‌آورد و با اجازه آن‌ها شروع به رسیدگی کرده و با رعایت قوانین آمره و نظم عمومی محل داوری، رأی داور معتبر است. در تمایز بین نظریه مختلط و دو نظریه دیگر می‌توان گفت که نظریه‌های قضایی و قراردادی، بسیط هستند؛ اما نظریه مختلط ترکیبی از دو ماهیت قراردادی و قضایی است که با توافق طرفین اختلاف، شروع می‌شود و با صدور رأی داوری تمام می‌شود. بنابراین نظریه، احکام و شرایط هریک از ماهیت قضایی و قراردادی هم‌زمان اجرا و تطبیق می‌شود و رأی داور برای هردو جانب الزام‌آور است. اگر با رضایت و توافق طرفین اجرا نشود، ذی‌نفع حق دارد که به محکمه مراجعه کرده و درخواست نماید تا رأی داور اجرا شود و دادگاه موظف است که رأی داور را مانند رأی قاضی به اجرا درآورد. (مافی، ۱۳۹۶: ۱۹۰)

۴-۲. نقد ماهیت مختلط

اگرچه هریک از نظریه‌های قضایی و قراردادی، نقص‌های داشت و برهم دیگر نقدهایی را وارد می‌کرد؛ اما هرکدام از این نظریه‌ها نسبت به نظریه مختلط، این امتیازات را داشت



که بر اساس هر کدام از این نظریه‌ها شناخت ماهیت، احکام، آثار و قانون حاکم بر داوری به راحتی ممکن بود. در حالی که بنا بر نظریه مختلط که ترکیب از هردو نظریه قضایی و قراردادی است، در شناخت احکام، شرایط و خصوصیات داوری با این سؤال مواجه می‌شویم که داوری بر اساس کدام یک از نظریه‌های ماهیت قراردادی یا قضایی است و احکام و شرایط آن چیست؟ نظریه مختلط خود به خود به پژوهشگران امر داوری هیچ راهکاری ارائه نمی‌دهد، بلکه آن‌ها را در انتخاب یکی از ارکان قراردادی یا قضایی آزاد می‌گذارد. این امر سبب آشفتگی در نهاد داوری می‌شود. به همین جهت شایسته است که نهاد داوری را از وابستگی به مفاهیم که از آن بیگانه است، رها کند و به جای آن از مفاهیمی استفاده کرد که متناسب با نهاد داوری است؛ زیرا مفاهیم واژه‌ها ممکن است از یک نظام حقوقی با نظام حقوقی دیگر متفاوت باشد که باعث اختلافات زیادی می‌شود. رهایی داوری از اختلافات، سبب رشد مستقل داوری گردیده و زمینه ایجاد نظام متحدالشکل برای داوری می‌شود. ایجاد این نظام در صورتی ممکن است که بدون استفاده از مفاهیم اختصاصی نظام‌های حقوقی ملی، قواعد ویژه‌ای متناسب با ماهیت اصیل داوری وضع شود. (شمس و بطحایی، ۱۳۹۴: ۷۰)

۵. ماهیت کارشناسی

داوری ممکن است ماهیت متمایزی داشته باشد که بر هیچ یک از نظریات تحکیم و وکالت تطبیق نکنند، بلکه متمایل به نظریه کارشناسی باشد؛ یعنی کسی می‌تواند عهده‌دار این مسئولیت شود که توانایی و تجربه کافی در این مورد داشته باشد. پس تخصص و تجربه برای حکم شرط است، هر چند شرایطی که از آیه تحکیم برای حکمین استنباط می‌شود با شرایط کارشناس منطبق است.

یکی از فقهایی که به این نظریه علاقه‌مند است، سید عبد الاعلی سبزواری است که گفته حکم به معنای حاکم شرع نیست، بلکه این کلمه برگرفته از احکام است که به معنای منع از تنافر و تخاصم میان زوجین است. در قرآن کریم واژه حکم گاهی به معنای اِثقان و استواری آمده است: «يُحْكُمُ اللَّهُ». (حج: ۵۲) گاهی به معنای داوری آمده است: «فَاللَّهُ يُحْكُمُ بَيْنَهُمْ». (بقره: ۱۱۳) بنابراین واژه حکم غیر از معنای حاکم شرع، معنای دیگری نیز

دارد و آن منع، استواری و تحکیم است. معنای اخیر می‌تواند معنا و مفهوم واژه حکم باشد. در این آیه با اینکه مولا در مقام بیان بوده، شرط دیگری برای داوری ذکر نکرده است؛ مانند مرد بودن داور یا مجتهد بودن آن. از عدم بیان مولا می‌توان نتیجه گرفت که برای داور، مرد بودن و اجتهاد شرط نیست. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۳۲)

۵-۱. دلایل اتحاد ماهیت داوری با کارشناسی

قرآن کریم به خانواده‌های که درگیر اختلاف می‌شوند، به جای مراجعه به محاکم قضایی، به انتخاب حکم توصیه کرده است. دلیل آن می‌تواند این باشد که حل و فصل قضایا از طریق داوری، می‌تواند به راحتی و با هزینه کم باشد. از طرف دیگر می‌تواند اعتماد طرفین اختلاف را جلب کرده و رسیدگی به صورت تخصصی و با دقت بیشتر انجام شود؛ زیرا داور مستقل و بی طرف است؛ یعنی هیچ ارتباط مالی و اجتماعی با طرفین اختلاف ندارد و به هیچ سمت و سوی گرایش ندارد؛ (امیر معزی، ۱۳۸۷: ۲۰۶) اما رسیدگی قضایی، تأثیر اندک داشته و در برخی موارد می‌تواند مسئله را پیچیده تر کند. دلایلی زیادی وجود دارد که رسیدگی به شیوه داوری، شباهت زیادی با کارشناسی دارد که مهم ترین آن ذکر می‌شود:

الف. رسیدگی به اختلافات غیر حقوقی: برخی از موضوعات که مورد نزاع واقع می‌شود، ماهیت غیر حقوقی دارد. در این گونه موارد، شیوه‌های قضایی نمی‌تواند مسئله را مدیریت کرده و برای آن راه حل ارائه نماید؛ زیرا روش قضایی نیاز به مستندات قانونی و قواعد حقوقی دارد که در این گونه موارد وجود ندارد؛ مانند برخی از امور که ماهیت اخلاقی دارد. به طور مثال اگر زوج با همسر خود سوء رفتار یا سخت گیری‌های مالی داشته باشد، تا وقتی که به حرج یا ترک انفاق منتهی نگردیده، برای آن راه حل حقوقی و قضایی وجود ندارد؛ اما داور یا کارشناس می‌تواند با اخلاق و رفتار کریمانه خود، راه حل بهتری پیدا کند.

ب. شناخت مشکلات پنهانی: برخی از مسائلی که در جامعه و خانواده‌ها اتفاق می‌افتد، جنبه‌های پنهانی دارد که حقوق و رسیدگی قضایی برای اثبات آن ابزاری در اختیار ندارد. مانند شخصی که همسرش را مورد آزار و اذیت قرار داده است، ولی در محکمه منکر آزار و اذیت می‌شود؛ اما زوجه برای اثبات آن، نمی‌تواند دلیلی ارائه کند و برای محکمه هم راهی نیست که در حریم خصوصی افراد وارد شود. در حالی که حکمین با زوجه که رابطه



خویشاوندی دارند و در ارتباط نزدیک با زوجین هستند، می‌توانند مشکلات رفتاری و اخلاقی پنهان را کشف و برای آن راه‌حل پیدا کنند. (هدایت نیا، ۱۳۹۳: ۱۸۴)

ج. حفظ حیثیت خانواده: زمانی که دعوا در محاکم قضایی مطرح می‌شود، طرفین نزاع با تمام توان سعی می‌کنند که بر یکدیگری پیروز شده و رأیی دادگاه را به نفع خود تغییر دهند. به همین جهت اسراری را که نباید فاش کنند، به زبان می‌آورند تا به‌عنوان دلیل از آن استفاده کنند. اظهار کردن اسراری خانوادگی به قداست و حیثیت خانواده لطمه وارد کرده و باعث فروپاشی خانواده‌ها می‌شود؛ اما در رسیدگی داوری که معمولاً داوران از آشنایان و مورد اعتماد طرفین هستند، زوجین دوست ندارند اسرار خود را فاش کنند یا اگر چیزی گفته شد، داوران از اسرار آن‌ها مواظبت می‌کنند. شاید به همین دلایل باشد که قرآن کریم توصیه می‌کند که برای حل و فصل نزاع خانوادگی، به جای مراجعه به دادگاه از روش داوری استفاده کنید. با توضیحات بالا روشن شد که این سه ویژگی در داوری و کارشناسی و مشابهت‌های دیگری که وجود دارد، بیانگر اتحاد ماهیت داوری و کارشناسی است.

۵-۲. نقد نظریه کارشناسی

داوری اگرچه ویژگی‌های دارد که در کارشناسی نیز این خصوصیات وجود دارد؛ اما داشتن این ویژگی‌ها نمی‌تواند به‌تنهایی ماهیت قضایی و قراردادی داوری را تغییر دهد؛ زیرا رأی و نظر کارشناس الزامی ندارد؛ اما اطاعت از رأی داوری بر طرفین اختلاف، لازم و ضروری است. همچنین کارشناسی بر اساس قوانین مشخصی انجام نمی‌گیرد؛ اما رسیدگی داوری الزاماً بر اساس قوانین حاکم بر آن انجام می‌پذیرد. تشریفات و اصولی که در رسیدگی داوری وجود دارد، هیچ‌کدام در کارشناسی وجود ندارد. دیگر اینکه هدف از کارشناسی رفع خصومت نیست، بلکه بیان حقیقت است؛ اما هدف اصلی در داوری حل و فصل اختلافات بر اساس عمل به واقعیت است. بنابراین تفاوت‌های آشکاری که داوری از کارشناسی دارد، نشان‌دهنده تفاوت در ماهیت هریک از آن‌ها است. بدیهی است که با تفاوت در ماهیت آن دو، احکام و آثار هریک نیز متفاوت می‌شود؛ به این معنا که داوری نوعی از کارشناسی نیست، بلکه چیزی غیر از آن است.

۶. ماهیت مستقل

بر اساس قانون تجارت و قانون حکمیت تجارتي افغانستان، نهاد داوری ماهیت قضایی و قراردادی ندارد، بلکه ماهیت مستقل، احکام شرایط و آثار مستقلى دارد که درواقع دربردارنده ویژگی‌های هریک از ماهیت قضایی و قراردادی است؛ اما مستلزم یک سازوکار مستقل از عناصر دیگر نظام‌ها است. به همین دلیل است که رأی داور از نظارت قانون مقرر داوری آزاد است و قانون مذکور نظارتی بر آن ندارد، بلکه داوری در فضای متفاوتی وجود دارد که قلمرو قوانین و دادگاه‌های داخلی و بین‌المللی نیست. آثاری که بر این نظریه مترتب می‌شود، انجام فرایند داوری مخصوصاً در داوری بین‌المللی براساس قانون داخلی یک کشور نیست، بلکه دادگاه‌های داخلی فقط در موارد خاصی می‌توانند در جریان داوری دخالت نمایند. نهاد داوری دارای ماهیت خودمختار و خاصی است که مستلزم سازوکار مستقل و خود آیین است و نمی‌توان آن را صرفاً در یک شیوه قراردادی یا قضایی طبقه‌بندی کرد؛ زیرا نقش دوگانه داوری به‌طوری بی‌سابقه‌ای درهم‌تنیده شده است و جدایی آن‌ها از یکدیگر امکان ندارد.

۶-۱. دلایل این نظریه

طرفداران نظریه استقلال با استناد به فراملی بودن داوری و استقلال کامل طرفین در همه جزئیات داوری، کنترل یا نظارت دادگاه محل داوری را بر اجرای داوری انکار می‌کنند و بر این باورند که داوری باید از محدودیت‌های که قانون ملی ایجاد می‌کند، آزاد باشد. قانون ملی محل داوری یا محلی که شناسایی یا اجرای رأی از آن درخواست می‌شود، نباید نقش نظارتی داشته باشد؛ اما اشکالی که این نظریه با آن مواجه است، این است که رأی داور باید بر اساس قانون اجرا شود و دارای ضمانت اجرایی باشد. به همین جهت نقش قانون و دولت را نمی‌توان نادیده گرفت؛ زیرا موفقیت داوری بستگی به اجرای کامل رأی داوری دارد که بدون حاکمیت و قانون ممکن نیست. (مافی، ۱۳۹۶: ۲۰۰)

۶-۲. نقد نظریه

توافق‌نامه داوری نقش مهمی در ایجاد داوری دارد، درحالی‌که این نظریه جایگاه توافق



داوری را نادیده می‌گیرد. بنابراین با واقعیت موجود منطبق نیست؛ زیرا موافقت‌نامه داوری که از حمایت قانون و حاکمیت برخوردار است، برای همه الزام‌آور است. ۱

شکال دیگر را که می‌توان طرح کرد این است که فقدان تنظیم قواعد داوری به وسیله قانون ملی مطلوبیت فرایند داوری را نمی‌تواند تضمین کند. این نظریه نظامی تخیلی است که نمی‌تواند واقعیت‌های موجود را نادیده گرفته و نظم حقوقی کشور محل داوری را به چالش بکشد. دیگر اینکه مطابق این نظریه رابطه بین داوران و طرفین یک رابطه ویژه است که تحت هیچ شرایطی از دید نظریه کلاسیک قراردادی قابل توجیه نیست؛ زیرا در نظریه کلاسیک طرفین مرجعی را به عنوان داور انتخاب می‌کند. در حالی که در این نظریه توافق‌نامه داوری جهت انتخاب داور مورد قبول نیست.

نتیجه‌گیری

۱. از منظر بسیاری از فقها داوری ماهیت قضایی دارد و بر اساس قوانین و مقررات حاکم بر یک کشور نظارت و اجرا می‌شود. فقهایی مانند شهید ثانی و شیخ طوسی داوری را نوعی از تحکیم و قضاوت می‌دانند، اگرچه برخی از فقها گفته‌اند که داوری ماهیت وکالتی و قراردادی دارد؛ زیرا قضاوت نوعی از ولایت است که به مجتهد جامع‌الشرایط و حاکم اسلامی تعلق دارد و داور هیچ‌گونه ولایتی ندارد؛ اما بیشتر از فقها نظریه وکالتی بودن داوری را طرح کرده تا با ردّ نظریه وکالت نظریه تحکیم را قوت ببخشد.
۲. ادله که برای اثبات ماهیت قضایی داوری ذکر شد، ماهیت وکالتی آن را نفی می‌کند؛ اما ماهیت قضایی بودن آن را اثبات نمی‌کند؛ زیرا ممکن است ماهیت داوری ماهیت مستقل باشد.
۳. داوری از منظر بسیاری از حقوق‌دانان، ماهیت دوگانه دارد که مبتنی بر حاکمیت قانون ملی و توافق هردو جانب اختلاف است و احکام و آثار هردو ماهیت بر آن مترتب است. داوری اگرچه بسیاری از ویژگی‌های کارشناسی را دارد؛ اما تفاوت اصلی داوری با کارشناسی در این است که نظر کارشناس الزامی برای طرفین ایجاد نمی‌کند؛ اما عمل بر اساس نظر داور برای طرفین الزام‌آور است. پس داوری و کارشناسی ماهیت واحد ندارد.
۴. با توجه به قوانین افغانستان به نظر می‌رسد که نمی‌توان برای داوری در تمامی موارد



ماهیت واحدی را در نظر گرفت و احکام و آثار واحدی را بر آن مترتب کرد؛ زیرا در ماده ۱۸۶ قانون مدنی افغانستان برای داور و حکم جهت حل اختلافات میان زوجین عدالت را شرط می‌دانند. درحالی‌که در دیگر قوانین افغانستان برای داور شرطی را ذکر نمی‌کنند؛ یعنی داوری و حکمیت ماهیت یگانه ندارد، بلکه در مواردی که عدالت در آن شرط است، ماهیت قضایی دارد. داوری در امور مدنی و تجاری ماهیت مستقل دارد؛ زیرا شرطی مانند عدالت برای داوری ذکر نشده است، بلکه بی‌طرفی داور کافی است. از همین جهت است که احکام و آثار هریک مختلف است.

فهرست منابع

قرآن

۱. ابن براج طرابلسی، عبدالعزيز، (۱۴۰۳ق)، المهدّب، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. امیر معزی، احمد، (۱۳۸۸)، داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی، تهران: نشر دادگستر.
۳. جولیان دی ام لئو - لوکاس ای میست لیس، استفان ام کرول، (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین المللی تطبیقی، (ترجمه: محمد حبیبی مجنده)، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
۴. حسینی روحانی، سید صادق، (۱۴۱۲ق)، فقه الصاق، قم: دار الکتاب مدرسه امام صادق.
۵. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم: مؤسسه المنار.
۶. شمس، عبدالله؛ بطحایی، فرهاد، (۱۳۹۴)، «ماهیت حقوقی داوری»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰.
۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۸. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان.
۹. طوسی محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. کریمی، سیاوش، (۱۳۹۵)، بررسی تطبیقی قانون حکمیت تجارتی افغانستان و قانون داوری تجاری بین المللی ایران، رساله دکتری، دانشگاه تهران.
۱۱. مافی، همایون و تقی پور محمدحسین، (۱۳۹۶)، «ماهیت حقوقی نهاد داوری»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱.
۱۲. محقق سبزواری، محمدباقر، (۱۴۲۳ق)، کفایة الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. موسوی خمینی، سید روح الله، (بی تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار العلم.
۱۴. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.





۱۵. هدایت نیا، فرج‌الله، (۱۳۸۷)، *دآوری در حقوق خانواده*، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۱۶. هدایت نیا، فرج‌الله، (۱۳۹۳)، «ماهیت حکمیت»، (در دعاوی خانواده) مجله قرآن و حقوق اسلامی، شماره ۱، پائیز و زمستان.

کاوش فقهی حقوقی بر ارزش مهریه در عقد نکاح

محمد اسحاق حبیبی^۱

چکیده

هدف اصلی این مقاله بررسی ارزش مهر در زندگی زناشویی با استناد به آیات قرآن کریم، احادیث معتبر معصومین^(ع) و مقررات قانون مدنی ایران است. مسئله مورد بررسی این است که مهر نباید صرفاً از جنبه مادی دیده شود و باید به ابعاد معنوی آن نیز توجه کرد. سوال اصلی تحقیق این است که جایگاه ارزشی و معنوی مهر در روابط زناشویی و جامعه چگونه است و چه تأثیری بر تداوم زندگی مشترک دارد. این پژوهش با استفاده از روش تحقیق تحلیلی و تطبیقی و تتبع در منابع دینی و حقوقی صورت گرفته است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که مهر به عنوان هدیه‌ای معنوی از سوی شوهر به همسر، دارای ارزشی فراتر از جنبه‌های مادی است و قرآن کریم و احادیث معصومین^(ع) بر این بعد معنوی تأکید دارد و که نگاه صرفاً ابزاری به مهریه، می‌تواند موجب تنش و مشکلاتی در زندگی زناشویی شود. لذا توافق طرفین در تعیین مهر و توجه به جنبه‌های معنوی آن، می‌تواند به استحکام و پایداری روابط زناشویی کمک کند. این مقاله به‌ویژه برای جوانانی که قصد ازدواج دارند، رهنمودهایی ارائه می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: عقد نکاح، ارزش مهر، اهمیت مهر، قانون مدنی

۱. ارشد حقوق خصوصی دانشگاه قم و گروه فقه معارف، مجتمع آموزش عالی فقه، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران

مقدمه

زن با ازدواج، از آغوش پر از عطوفت والدین جدا شده و خود را تسلیم شوهر می‌کند و با تمام وجود وارد زندگی متفاوتی می‌شود. در برابر این فداکاری، منطق و عقل اقتضا می‌کند که اقدامی از جانب شوهر نیز صورت بگیرد. گرچه نمی‌توان پاداشی برابر با آن یافت، ولی هدیه‌ای به نام مهر حداقل چیزی است که شاید بتواند تسکین و رضایت زن را فراهم کند. عقد نکاح بیع و معامله مَعَوَّض نیست تا مهر در آن عدل و برابر زن سنجیده و به‌عنوان قیمت زن پرداخت شود. یکی از تفاوت‌های اساسی مهر با معاملات معوض، این است که اگر در هنگام معامله معوض، ثمن معلوم و معین نباشد، معامله باطل است، ولی در عقد نکاح دائم اگر مهر معلوم و معین نباشد نکاح باطل نیست، بلکه حتی زوجین می‌توانند پس از عقد، مهر را تعیین کنند و اگر نزدیکی کرده باشند، زن مستحق دریافت مهرالمثل است. (صفایی، ۱۳۴۸، ۱: ۱۴۴)

مهر تحفه و هدیه‌ای است که از جانب پروردگار برای تکریم و احترام به مقام زن نهاده شده است. لذا این نگاه که برخی مهر را تنها از منظر اقتصادی و وسیله رسیدن به خواسته‌های مادی می‌پندارند، درست نیست. در پاسخ به این سؤالات که آیا پس از عقد نکاح امکان توافق روی مهر وجود دارد؟ آیا زن قبل از دریافت مهر، حق امتناع از تمکین خاص دارد؟ آیا مقدار مهر در صحت نکاح اثر دارد؟ باید گفت، نام بردن مهر و تعیین آن در هنگام عقد شرط صحت نکاح نیست. پس اگر زوجین در زمان بستن نکاح، مهر را تعیین نکرده باشند، پس از عقد می‌توانند روی آن توافق کنند. مقدار مال در صحت نکاح تأثیر ندارد؛ اما از نظر قلت کمتر از میزان ارزش مالی و از نظر کثرت، خارج از حد متعارف نباشد. پس از تعیین مهر، مرد به پرداخت آن مکلف است. اگر مرد از پرداخت استتکاف کند، زن حق پیدا می‌کند تا دریافت آن از تمکین خاص امتناع ورزد؛ این امتناع موجب نشوز وی نمی‌شود.

پیشینه تحقیق در خصوص موضوع مهر مثبت و قابل توجه است. کتاب‌ها، پایان‌نامه‌ها، مقالات فراوان، درباره آن نوشته و به چاپ رسیده‌اند. کتاب‌های معتبر فقهی مانند جواهر الکلام از حسن نجفی و لمعه دمشقیه از شهید ثانی و... و کتاب‌های معتبر حقوقی مانند حقوق خانواده دکتر ناصر کاتوزیان، دکتر سید حسن امامی، دکتر جعفر لنگرودی، دکتر سید



حسین صفایی و غیره، نمونه‌هایی از تألیفاتی است که در خصوص مهر یا حاوی محتوایی درباره مهر تا کنون منتشر شده است؛ اما آنچه باعث تمایز تحقیق حاضر می‌شود، تبیین بُعد ارزشی مهر به صورت منسجم است. این بعد با استفاده از منابع معتبر فقهی و حقوقی با روش توصیفی - تحلیلی و رویکرد کتابخانه‌ای مورد بررسی قرار گرفته است. کم‌رنگ شدن جایگاه اصلی مهر در میان مردم و استفاده از آن به عنوان وسیله فشار توسط هریک از زوجین و...، نگارنده را بر آن داشت که در این خصوص، تحقیق جداگانه‌ای انجام دهد.

هدف این تحقیق، آشنایی خوانندگان و زوج‌های جوان با پدیده مهر و نگاه ارزشی به آن است. چه این که اعتبار مهر در حدی نیست تا عدم آن هنگام عقد موجب ابطال عقد نکاح شود و تصور آن در حدی که زیاد بودنش باعث استحکام و تضمین زندگی زناشویی و کم بودنش باعث اختلاف، عسر و حرج و... در زندگی شود، نیز درست نیست. نمونه بارز آن، ازدواج و زندگی حضرت فاطمه زهرا^(س) با حضرت علی^(ع) است که با وجود مهر کم، مالا مال از محبت، صمیمیت و فداکاری بود. از طرفی هم کم نیست آمار طلاق‌ها در ازدواج‌های که مهر نجومی داشته است. پس مهم درک جایگاه ارزشی و معنوی مهر توسط زوجین و توافق آن دو نسبت به آن است. باید توجه داشت، ازدواج نهاد مقدس و رمز بقای اجتماع از آسیب‌های گوناگون است. لذا نگرش صرف مادی به آن، از قداست و ارزش معنوی آن کم می‌کند.

۱. معنای مهر (مهریه یا صداق)

واژه مهر عربی است و در فارسی به آن کابین گویند. (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۲۴) در کتاب‌های لغت مهر به معنای صداق و عطیه از طرف زوج به زوجه به کار رفته است (فیروزآبادی، ۲: ۱۳۶؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ۴: ۵۰) مرادف واژه مهر در عربی؛ کلمه‌های فریضه، نَحْلَه، صدق و اجر است. در قرآن دو کلمه صداق و نحل به کار گرفته شده‌اند «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً؛ صداق‌های زنان را به عنوان بخشش پرداخت کنید». (نساء: ۴) مهر در اصطلاح عبارت است از مالی که مرد با عقد نکاح، مکلف می‌شود آن به زن پرداخت کند. این الزام در اثر حکم قانون است. بنابراین سکوت طرفین نسبت به مهر هنگام عقد یا توافق بر عدم استحقاق زن، باعث رفع تکلیف مرد از مهر نمی‌شود. (ماده



۲. جایگاه ارزشی مهر

مهر با هدف تعدیل روابط و پیوند زن و مرد، از یک تدبیر ماهرانه نشئت گرفته (مطهری، ۱۳۷۴: ۲۳۱) و نشانه بروز عشق از جانب مرد است تا پاسخگوی عشق او، به زن باشد. مهر با حیا و عفاف زن یک ریشه دارد، زن با الهام فطری دریافته که عزت و احترام او در این است که خود را رایگان در اختیار مرد قرار ندهد. (مطهری، ۱۳۷۴: ۲۳۳) همچنین مهر هدیه‌ای از جانب شوهر به زن است. نفس هدیه جنبه ارزشی دارد و در ذات آن تکریم، حرمت و تعالی بخشیدن نهفته است. بدین ترتیب، هدیه از جانب هرکسی باشد، گیرنده را خوشحال و متأثر می‌کند تا جایی که تلاش می‌ورزد با بهترین شکل آن را تلافی نماید. طبیعی است وقتی هدیه از جانب شوهر باشد، زن نسبت به آینده و همسرش بیشتر عشق و علاقه پیدا می‌کند. نگاه مثبت و ارزشی زوجین به مهر، مانع رقابت‌ها و اختلاف‌های منفی می‌شود. این که قرآن کریم از مهر به عطیه، نحله، صداق و اجر نامبرده؛ هدف نگاه ارزشی و معنوی به آن است. قرآن کریم رسوم جاهلیت را در مورد مهر منسوخ نمود و آن را به حالت اول و طبیعی برگردانید. (همان: ۲۳۸)

۳. دلایل ارزشی بودن مهر

برخی از عواملی که دلالت بر جایگاه ارزشی مهر می‌کنند، ذیلاً بررسی می‌شود:

الف. مهر زنان در عقد نکاح، کمبود سهم الارث آنان را نسبت به مردان تا حدی پوشش می‌دهد و جبران می‌کند. علت آن، وضع خاصی است که قوانین برای زنان در نظر گرفته است. (مطهری، ۱۳۷۴: ۲۳) بنابراین اسلام مهر را مانند نفقه لازم و موجب استحکام زناشویی، آسایش خانواده، وحدت زن و شوهر، مانع فحشا و کاستی اقتصاد زن دانسته و بر مرد تحمیل کرده است و می‌خواهد این تحمیل را توسط دو برابر شدن سهم الارث مردان جبران کند. (همان: ۲۳۸)

ب. زن و شوهری که تصمیم به جدایی و طلاق گرفته، در برخی موارد مطالبه مهر توسط زن و نداشتن یا عدم پرداخت شوهر، طلاق را به تأخیر می‌اندازد یا باعث انصراف زوج از طلاق می‌شود.

ج. مشهور، به زن حق داده تا به دست آوردن مهر، از تمکین خاص امتناع کند. این امتناع



باعث محرومیت او از نفقه، پوشاک، مسکن، درمان و... نمی‌شود. این حق امتناع که حق حبس نیز نامیده شده، یک قاعده استثنایی و تنها برای حمایت از حقوق زن لحاظ گردیده و قابل تسری به شوهر نیست؛ زیرا تفسیر موسع از قاعده استثنایی درست نیست. (صفایی و امامی، ۱۳۸۹: ۱۶۴)

د. مهر هدیه‌ای از جانب شوهر است که باید با تمام وجود و عشق برای تقدیر از مقام همسرش و فداکاری او - که خود را وقف زندگی مشترک کرده - پرداخت کند. این نگاه ارزشی به مهر، موجب تحکیم و تضمین روابط زن و شوهر می‌شود.

۴. ارزش مهر در عقد نکاح

به محض اینکه عقد منعقد شد، مهر در ملکیت زن قرار می‌گیرد و حق تصرف در آن پیدا می‌کند. اگر برای پرداخت مهر، زمان خاصی تعیین نشده باشد، مرد مکلف است هنگام عقد نکاح آن را پرداخت کند. مطابق رأی وحدت رویه ش ۶۳۳ مصوب ۱۳۷۸/۲/۱۴ هیئت عمومی دیوان عالی ایران؛ هرگاه عقد نکاح صحیح واقع شود، زن مالک قانونی مهر شناخته می‌شود. (به نقل از ش ۱۵۸۳۲ - ۱۳۷۸/۴/۱۷، روزنامه رسمی ش ۲۰۳۴ - ۳/۳۱/۱۳۷۸ وحدت رویه ردیف: ۱۳۶۱/۷۷/۳۴ هیئت عمومی)

باین حال، مالکیت زن نسبت به کل مهر پس از نزدیکی وی با همسرش تثبیت می‌شود و قبل از نزدیکی مالک نصف مهر شناخته می‌شود. لذا اگر زن کل مهر را دریافت کند و قبل از نزدیکی از شوهر خود جدا شود، باید نصف مهر را برگرداند. این نظر مشهور، اجماعی و مطابق ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی ایران است. محمد بن مسلم از امام باقر^(ع) نقل کرده که «زمانی تمام مهر بر زوج واجب می‌شود که با زن آمیزش انجام داده باشد» (طوسی، ۱۳۶۳، ۳: ۲۲۶) همچنین با ارتداد فطری مرد و مرگ یکی از زوجین، مالکیت زن نسبت به کل مهر تثبیت می‌شود. (عظیم زاده اردبیلی، بی تا: ۴۰) مهر در دست زن باشد یا مرد، رشدی که پس از عقد در مهر تعیین شده به وجود بیاید، اختصاص به زن پیدا می‌کند. (نجفی، ۱۹۸۱، ۳: ۲۲۳)

عدم تعیین مهر، کم بودن یا عدم پرداخت آن از جانب شوهر، خللی در اعتبار نکاح ایجاد نمی‌کند چون مهر از شرایط ذاتی و ارکان نکاح محسوب نمی‌شود؛ زیرا جایگاه

عقد نکاح از مهر بالاتر است. به همین دلیل باطل بودن یا نبودن آن هنگام عقد، ضرری به صحت نکاح نمی‌زند. با توجه به این‌که بخش عمده مشکلات اجتماعی و فرهنگی از گسستن زندگی‌ها و طلاق‌ها منشأ می‌گیرد و با توجه به این‌که مهر قیمت زن و عوض وی نیست، عدم تعیین مهر، عدم پرداخت آن هنگام عقد، حتی شرط عدم مهر و...؛ دلیلی برای طلاق و به هم زدن نکاح نمی‌شود. اگر در نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیه مهر در مدت معین، نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح و شرط باطل است». (ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی، ماده ۹۹ قانون مدنی افغانستان و ماده ۱۱۲ قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان) بنابراین مدت معین، ضمانت اجرای پرداخت مهر در مدت معین نیست. (شایستگان، ۱۳۳۹: ۳۶۷)

عقد نکاح زن و مرد را در وضعیت خاص قرار می‌دهد که ناچار باید نتایج و آثار آن را تحمل کنند. چه این‌که بستن نکاح با تراضی طرفین است؛ اما آثار آن را قانون تحمیل می‌کند. مهر، نفقه، مسکن، درمان و... از آثار نکاح است. به سخن دیگر، عقد نکاح را زن و مرد با اراده و رضایت خود تحقق می‌بخشند؛ اما آثار آن با قانون است نه طرفین ازدواج. (ر.ک. مواد ۱۰۸۰ و ۱۰۸۷ قانون مدنی ایران) از این‌رو، سکوت طرفین زمان عقد یا توافقتشان به عدم مهر، تکلیف مرد را از پرداخت مهر رفع نمی‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱: ۱۳۸)

مهر مورد توافق زوجین هنگام عقد نکاح، مهرالمسمی و مهری که پس از نزدیکی با توجه به وضعیت و شرایط زن تعیین می‌شود، مهرالمثل نامیده می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۲۶) ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی ایران مقرر نموده که «طرفین می‌توانند پس از عقد، با تراضی یکدیگر، مهر را تعیین کنند و چنانچه احیاناً قبل از تراضی بر تعیین مهر، نزدیکی صورت بگیرد، زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود». صاحب جواهر، پس از نقل نظر برخی فقیهان مبنی بر عدم تلازم بین فساد مهر با فساد عقد و این‌که معروف بین اصحاب، عدم فساد عقد به فساد شرط است و صراحتی در نصوص سابقه بر تلازم فساد شرط با فساد عقد، وجود ندارد. (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۱۳: ۴۱۶) شرط عدم مهر را باطل و مبطل عقد نکاح شمرده است. (نجفی، ۱۹۸۱، ۳۱: ۴۹)



با توجه به روایات صحیح و اجماع فقیهان امامیه، مبنی بر عدم تلازم فساد شرط با فساد عقد، ادعای صاحب جواهر مورد قبول قرار نگرفته و عدم تعیین مهر یا شرط عدم آن، خللی به صحت عقد نکاح وارد نمی‌کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۲: ۱۳۶)

عبدالرحمن جزیری (دانشمند اهل سنت)، مانند امامیه زن را با عقد صحیح، مستحق کل مهر می‌داند و مهر را بعد از زناشویی، مرگ یکی از زوجین و خلوت صحیح (خلوتی که در آن مانع از نزدیکی نباشد)، قابل اسقاط ندانسته است. پیروان مذاهب شافعی و مالکی، خلوت صحیح را باعث پرداخت کل مهر ندانسته‌اند. حنفی‌ها شرط پرداخت کل مهر را نزدیکی از ناحیه جلو، در عقد صحیح می‌دانند. (جزیری، ۱۴۱۷، ۴: ۹۸-۹۹)

۵. آیات و روایات بر ارزش مهر

ذکر مهر در قرآن کریم و روایات معصومین^(ع)، نشان از ارزش و منزلت بالای مهر دارد. اینک آیات و روایات در موضوع مهر، بررسی می‌شود.

۵-۱. مهر در آیات

در قرآن کریم به جای واژه مهر، از واژه‌های مرادف با آن، مانند صدق، نحله و اجر به کار رفته است.

«وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً؛ با طیب خاطر مهریه‌هایشان را بپردازید». (نساء: ۴) به مقتضای این آیه، کم یا زیاد بودن مهر، هدف اصلی نیست، بلکه این آیه توافق زوجین را روی تعیین و مقدار مهر مورد توجه قرار داده، مبنی بر اینکه زوجین باید به توافقی که کرده‌اند، پایبند باشند.

«فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً؛ اگر با زنی ازدواج کردید و با او هم‌بستر شدید مهرش را کامل پرداخت کنید، این فریضه الهی است». (نساء: ۲۴) در این آیه، آمیزش با زن شرط پرداخت کل مهر در نظر گرفته شده و قبل از آمیزش مستحق نصف مهر مورد توافق است.

«الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ؛ مردان مسئولیت سرپرستی زنان را به عهده‌دارند؛ زیرا خداوند برخی را به خاطر توانایی‌های

جسمی و ارادی بر برخی دیگر برتری بخشیده و نیز مردان هستند که معمولاً از اموال خود برای خانواده هزینه می نمایند^(۳). (نساء: ۳)

چنانکه ملاحظه می شود، این آیه، توانایی جسمی و روحی مرد را معیار پرداخت نفقه قرار داده است. به این دلیل که مردان توان انجام کارهای سخت فیزیکی را دارند و می توانند از این طریق درآمد کسب کنند. برعکس، زنان به سبب وجود لطیفشان توان کارهای سخت و کارهای مخصوص مردان را ندارند. در کشورهای غربی برخلاف کشورهای اسلامی، زنان به مردان مهر پرداخت می کنند. زنان برای به دست آوردن مهر مردان، باید سال های متمادی کار کنند. در پاره موارد، برای دست یافتن به پول و تأمین مهر همسرشان، دست به کارهای که دون شأن و کرامت زنان عقیف است، می زنند. (زحیلی، ۱۳۸۵: ۱۴۸)

از آنجا که مهر، هدیه ای از جانب شوهر برای تکریم از مقام زن و یکی از راه های تأمین سرمایه و استقلال اقتصادی زن است، داشتن اقتصاد مستقل، زن را نسبت به آینده امیدوار می کند و اگر درست از آن بهره برداری شود، منشأ برکات فراوان خواهد بود. مصداق بارز این موضوع، اموال و دارایی حضرت خدیجه، همسر گرامی پیامبر اسلام^(ص) است که باعث کمک های بی بدیل برای نشر فرهنگ ناب اسلام و هدایت بشر شد.

ملاحظه آیات فوق، نشان دهنده تمرکز بر جایگاه ارزشی مهر است و اگر احیاناً بهره برداری های مادی و اقتصادی از مهر هم می شود، باید در راستای نگاه ارزشی به آن باشد، نه این که هدف اصلی در فلسفه وضع مهر، عوض قرار گرفتن برای زن و تأمین منافع مادی وی باشد.

۵-۲. احادیث معصومین^(ع)

تأکید و توجه آیات قرآن و روایات معصومین بر وجود مهر در عقد نکاح، نشان از اهمیت و ارزش آن دارد. این که قرآن از مهر به صدق یا نحله تعبیر کرده، یا پرداخت آن را مقید به طیب خاطر نموده، برای این هدف است که از مقام والای زن تکریم کند و او را محترم شمارد. در خصوص ارزش و اعتبار مهر، روایات فراوان است که با اختصار، به برخی از آن ها اشاره می شود.

یک. در صحیح حلی آمده است که از امام صادق^(ع)، از زنی که بدون مهر با کسی



ازدواج کرده بود، سؤال شد، حضرت در جواب فرمود: «ازدواج بدون مهر برای غیر نبی صحیح نیست. ازدواج بدون مهر برای نبی صحیح است و ازدواج شخص دیگر زمانی صحیح است که زن قبل از نزدیکی عوض بگیرد». (نجفی، ۱۹۸۱، ۳۱: ۵۰)

در این روایت که ازدواج بدون مهر برای غیر نبی باطل به حساب آمده، علتش این است که ازدواج نباید بدون پاداش، گرامیداشت و تکریم از زن باشد. قطعاً یکی از اسباب اکرام به زن هنگام عقد نکاح، دادن مهر است. این ادعا خارج از منطق و دور از عرف عقلا نیست؛ زیرا اگر صرفاً جنبه مادی در مهر مطرح بود، امکان تعیین قیمت برای زن وجود نداشت؛ چه این که مقام انسان قابل قیاس با پول و اشیا مادی نیست. فرضاً اگر مهر تنها از جنبه مادی مطرح بود، باید شرط صحت آن، زیاد بودن و فراتر از تصور می بود، درحالی که نه تنها زیاد بودن مهر شرط صحت ازدواج و مهر نیست، بلکه مکروه شمرده شده و مهر کم مورد سفارش و استحباب قرار گرفته است. لذا عدم ضرورت تعیین مهر، شرط عدم مهر هنگام عقد و عدم پرداخت مهر، آسیبی به صحت نکاح نمی زند و از اعتبار و اهمیت آن کم نمی کند.

دو. روایت صحیح زراره از امام باقر^(ع) درباره آیه ۵۰ سورة احزاب «وامرأه مؤمنه ان وهبت نفسها للنبی»؛ و زن مؤمنه را اگر ببخشد خویشتن را به پیامبر است. حضرت در تفسیر این آیه فرمود: «این هبه جز برای رسول خدا، برای کسی دیگر جایز نیست. نکاح بدون مهر صلاحیت ندارد».

با توجه به این که عقد نکاح، یک نهاد مقدس و بی بدیل است، نبودن مهر یا عدم تعیین آن، از اعتبار آن نمی کاهد. بنابراین کسی حق ندارد به سبب کم بودن مهر یا عدم تعیین آن و...؛ ازدواج را به هم بزند؛ زیرا به هم زدن آن به علت هزینه ها و آسیب های فراوان اجتماعی، فرهنگی، تربیتی که دارد جز در موارد خاص، امر نکوهیده است. چه این که باطل نمودن ازدواج و جدایی زوجین، آثار و مفاسد بزرگ تر از نبودن مهر دارد.

جایگاه رفیع ازدواج اثر مستقیم بر جایگاه ارزشی مهر و اهمیت آن دارد و باید منزلت و اهمیت هر دو در جای خود محفوظ بماند. از این رو کسی حق ندارد عقد نکاح را با کوچک ترین بهانه به هم بزند. همچنان حق ندارد اهمیت و ارزش مهر را نادیده بگیرد و آن

را وسیله‌ای برای سوءاستفاده قرار دهد. با وجود این متأسفانه کم نیستند کسانی که زنان را وسیله تأمین غرایز جنسی و سوء استفاده ... قرار می‌دهند «و از پرداخت مهر آنان امتناع می‌ورزند». (حبیبی تبار، ۱۳۸۰: ۱۹۰)

۶. ارزش مهر از نظر مقدار

کم بودن یا زیاد بودن مهر از نظر مقدار، در صحت نکاح اثر ندارد و روایاتی که کم بودن مهر را مورد تأکید قرار داده، حمل بر استحباب می‌شود.

پیامبر گرامی اسلام (ص) فرمودند: «مهر باید سبک باشد؛ زیرا مهر سبک باعث محبت بین زن و مرد می‌شود» (کاظمی خلخالی، ۱۳۶۷: ۱۲۴) و خود حضرت، همه زنان خود را با پانصد درهم به عقد ازدواج درآورده است. (حر عاملی، ۱۳۶۷، ۱۵: ۳۳) حضرت امیرالمؤمنین (ع) فرمودند: «مهر سنگین مایه دشمنی می‌شود» (کاظمی خلخالی: همان) همچنین از حضرت امام رضا (ع) نقل شده که فرمود: «پیامبر زنی را با مهر تعلیم سورة قرآن، یک درهم و یک گندم، به ازدواج درآورد». (عاملی، ۱۳۶۷، ۱۵: ۳۳)

سید مرتضی، صدوق و اسکافی مهرالمسمی را تا پانصد درهم «مهرالسنه» جایز دانسته و بیشتر از آن را حمل بر پانصد درهم می‌کنند. (علم الهدی، ۱۴۱۵: ۲۹۲؛ حر عاملی، ۱۳۶۷، ۱۵: ۳۳) برخی دیگر با استناد به اصالة الصلحه، عموم ادله و روایات معصومین (ع) بیش از مهر السنه را صحیح شمرده و برای زیاد بودن مهر محدودیتی در نظر نگرفته‌اند؛ زیرا در آیه ۲۰ سورة نساء، کلمه قنطار به کار رفته «وَأَتَيْتُمُ احْدَاهُنَّ قِنْطَارًا». قنطار به مال فراوان مانند «صد پیمانه طلا یا نقره، هفتاد هزار دینار، ۸۰ هزار درهم و...» اطلاق می‌شود. (مکی العاملی، بی‌تا: ۳۴۴)

برخی از روایاتی که بیشتر از مهرالسنه را جایز نموده، ذیلاً بررسی می‌شود:
 روایت صحیح وشا از امام رضا (ع) است که فرمودند: «اگر مردی با زنی با مهریه بیست هزار دینار ازدواج کند که ده هزار آن را برای پدرزن و ده هزار دیگر را برای مهر زن اختصاص داده باشد، ده هزار سهم پدرزن فاسد و ده هزار مهر زن جایز است». (عاملی، ۱۳۶۷، کتاب النکاح، باب ۹، ح ۱)

در روایت فضیل بن یسار از امام صادق (ع) آمده است: «مهریه مالی است که زوجین به



آن رضایت می‌دهند، کم یا زیاد بودن آن مهم نیست» (طوسی، ۱۳۷۹، ۷: ۳۵۳) در تأیید این دسته از روایات، ابن جنید گفته است: «هرچه که عنوان مالیت بر آن صحیح باشد، می‌تواند مهر قرار گیرد. ملک، مال کم یا زیاد». (نجفی، ۱۹۸۱، ۳۱: ۱۵) گرچه کم بودن مهر مورد سفارش قرار گرفته؛ اما نباید چنان کم باشد که ارزش مال بودن را نداشته باشد. پس مثلاً یک دانه گندم، ارزش مالیت ندارد و نمی‌تواند مهر قرار بگیرند (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۲۵) همچنین زیادی مهر، نباید خارج از حد متعارف باشد. اصرار عروس یا خانواده او بر مهر سنگین، منجر به کاهش محبت و صمیمیت گشته و زندگی را دچار عسر و حرج می‌کند. لذا دور از منطق و عرف عقلا است. (صفایی و امامی، ۱۳۷۸: ۱۵۲)

طریق جمع بین روایات این است که روایاتی که بیشتر از مهر السنه را جایز ندانسته، حمل بر استحباب و روایاتی که بیشتر از مهر السنه را جایز شمرده حمل بر کراهت می‌شود. بنابراین روایاتی که بیشتر از مهر السنه را باطل شمرده؛ ضعیف و حمل بر استحباب می‌شود. ادعای اجماع مبنی بر منع بیشتر از مهر السنه نیز ضعیف و مردود است. (کرکی، ۱۴۱۱، ۱۳: ۳۶۸) بنابراین کم بودن یا زیاد بودن مهر، علت فسخ نکاح قرار نمی‌گیرد. (علم الهدی، ۱۴۱۵: ۲۹۲) البته مهر باید از نظر قلت از مالیت نیفتد و از نظر کثرت هم بیشتر از عرف نباشد. (شیرازی، ۱۴۰۹، ۶۶: ۱۹۹)

۷. ارزش مهر در برابر تمکین

اثر مهر در تمکین زن از شوهر، اهمیت و جایگاه ارزشی مهر را بیان می‌کند. به این شکل که اگر زوج از پرداخت مهر به زن امتناع کند، بر مبنای نظر مشهور، زن حق دارد تا دست یافتن به مهر، از تمکین امتناع کند. البته به شرطی که مرد قدرت پرداخت داشته باشد و مهر مؤجل نباشد. ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی ایران مقرر نموده: «زن می‌تواند تا مهریه به او تسلیم نشده، از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند، مشروط بر این که مهر او حال باشد». موضوع ماده ۱۰۸۵ ناظر بر رابطه حقوقی است و نفقه زن ساقط نمی‌شود. حق امتناع زن تا زمانی معتبر است که مهر خود را دریافت نکرده باشد. لذا پس از دریافت مهر، حق امتناع را از دست می‌دهد و اگر با این وضعیت نیز امتناع از تمکین کند، ناشزه محسوب می‌شود و حق دریافت نفقه، پوشاک و مسکن را ندارد. (حلی، ۱۴۱۰، ۳: ۵۹۱)

برخی فقیهان مهر را عوض نکاح و نکاح را عقد معاوضی دانسته‌اند. از این رو حق امتناع را برای زن و شوهر «هر دو» اجماعی دانسته‌اند؛ (فاضل هندی، ۱۴۲۲، ۷: ۴۱۰) اما مشهور حق امتناع از تمکین زن را تا مقاربت وی با شوهر دانسته است؛ یعنی پس از مقاربت حق امتناع از تمکین ندارد. با این وضعیت اگر از شوهر خود تمکین نکند، ناشزه محسوب می‌شود. پیروان مذاهب شافعی و حنفی، نیز همین عقیده را دارند. (علم الهدی، ۱۴۱۵: ۲۸۷؛ محقق حلی، ۱۳۶۲: ۲۴۱؛ طوسی، ۱۴۱۵، ۲: ۳۹۳)

محمد بن مسلم در روایتی از امام باقر^(ع) نقل کرده که حضرت فرمود: «زنی که بعد از عقد نکاح با شوهرش آمیزش کند، حق امتناع وی از بین می‌رود». (کلینی، ۱۳۶۷، ۵: ۳۸۳) برخی در مخالفت با نظر مشهور، سقوط حق امتناع زن را با یک بار یا چند بار نزدیکی با شوهر قبول نکرده‌اند. به این دلیل که اگر حق امتناع، به عنوان حق برای زن شناخته شود، نباید به بهانه نزدیکی با شوهر از بین برود. این نظر «ابقای حق خودداری زن از تمکین»، بر اساس استصحاب ابقای حق خودداری زن از تمکین خاص، قوی و بدون معارض است، اگر اجماع بر نظر مشهور نباشد. (طباطبایی، ۱۴۱۲، ۷: ۱۸۳) در تأیید این دیدگاه، عده‌ای از فقها، تمتع بردن از زوجه را نفع پایدار و قابل تجدید شمرده‌اند که با یک یا چند بار مقاربت، قبض نمی‌شود. (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲، ۲: ۹۳۷)

برخی دیگر از فقیهان امامیه، زن را با عقد نکاح تسلیم مرد فرض کرده و پیش از دریافت مهر، مستحق امتناع از تمکین ندانسته و طرفین را مکلف به وظایفی می‌دانند که در برابر هم دارند. از این رو، مرد را مکلف به پرداخت مهر زن دانسته‌اند. بنابراین اگر زوج به تکلیف خود، که پرداخت مهریه باشد، عمل نکند، گناه کرده است. گناه مرد باعث ایجاد حق امتناع از تمکین برای زن نمی‌شود. بعضی با عنایت به این که در عقد نکاح، مرد مستحق بُضع و زن مستحق مهر می‌شود، نظر غیر مشهور را قوی و برابر با قواعد شرعی دانسته‌اند. پس نمی‌توان گفت در عقد نکاح امتناع یکی، ملازم با امتناع دیگری است. (بحرانی، بی تا، ۲۴: ۴۶۱؛ روحانی، ۱۴۱۴، ۲۲: ۱۴۹) از میان فقیهان عامه، تنها ابوحنیفه با نظر مشهور موافق است. حتی شاگردان او مانند محمد و ابو یوسف، مخالف نظر مشهور هستند (مغنیه، ۱۳۷۹: ۷۷)



البته با یکبار مقاربت یا بیشتر، نباید حق امتناع زن از بین برود؛ زیرا برداشتن حق، احتیاج به دلیل دارد. لیکن با وجود احادیث معتبر، اجماع و شهرت که نزدیکی زن را باعث از بین رفتن حق امتناع وی دانسته‌اند، نادیده گرفتن ادعای مشهور دشوار است. به همین دلیل، عده‌ای از استادان نظر مشهور را قریب به اجماع دانسته‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۴۷)

در خصوص این که حق امتناع زن شامل تمکین عام هم می‌شود یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد:

برخی حقوق‌دانان حق امتناع زن را شامل تمکین عام نیز دانسته و گفته‌اند: «زن حق دارد تا دریافت نفقه خود از شوهر، از مقاربت و سایر وظایف زناشویی امتناع کند». (شایستگان، ۱۳۳۹: ۳۶۷) فقیهان عامه نیز همین نظر را دارند. (جزیری، ۱۴۱۷، ۴: ۲۱۹)

برخی دیگر حق امتناع را جز حاضر شدن در اقامتگاه شوهر شامل هر نوع لذت بردن می‌دانند؛ (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۴۴۷) اما مشهور امتناع را صرفاً شامل تمکین خاص می‌داند. به این دلیل که حق حبس و امتناع در عقد نکاح، یک قاعده استثنایی است و موارد مشکوک را شامل نمی‌شود. بنابراین زن با امتناع از تمکین خاص، ناشزه محسوب نگشته و حق نفقه، پوشاک و مسکن او بر مرد باقی است. (امامی، صفایی، ۱۳۷۸: ۱۵۹؛ ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱: ۱۵۴؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۳۱: ۴۱) ادعای بعضی، مبنی بر عدم جواز حق امتناع، ضرری به شهرت حق امتناع زن از تمکین خاص نمی‌زند. (بحرانی، بی تا، ۲۴: ۴۶۱؛ روحانی، ۱۴۱۴، ۲۲: ۱۴۹)

نتیجه‌گیری

مهریه وسیله‌ای برای ارج نهادن به مقام والای زن و تکریم او توسط شوهر است که به عنوان تحفه تقدیم زن می‌شود. آنچه در صحت مهر جلب توجه می‌کند و اهمیت دارد، توافقی است که بین زوجین به وجود می‌آید و تعیین یا عدم تعیین آن هنگام عقد و کم یا زیاد بودن آن، صحت عقد نکاح را مخدوش نمی‌کند. لذا اگر مهر صرفاً از لحاظ مادی و اقتصادی معیار قرار می‌گرفت، عدم تعیین آن هنگام عقد یا کم بودن آن، باعث اخلال در صحت عقد می‌شد. همچنین اگر زندگی زن و شوهر با احترام و تکریم متقابل آغاز شود، مهر کم باعث

تخریب و مهر زیاد باعث بهتر شدن آن نمی‌شود؛ زیرا آنچه زمینه‌های خوشبختی را فراهم می‌کند، دیدن زندگی از زاویه ارزش‌هایی است که در ازدواج نهفته است. بدون تردید وضع مهر یکی از آن ارزش‌ها است.

طبق نظر مشهور، زن تا زمانی که مهر خود را دریافت نکرده، حق حبس و امتناع از تمکین دارد و امتناع از تمکین، موجب نشوز زن نمی‌شود. این حق برای زن تا وقتی است که با شوهر مقاربت نکرده باشد. اگر زن با رضایت تن به نزدیکی با شوهر داد، پس از آن حق امتناع ندارد و امتناع وی موجب نشوز وی می‌شود. برخی با عقد نکاح، زن را مالک مهر و مرد را مالک بضع و حق امتناع را برای زن و مرد ممنوع دانسته‌اند. عده‌ای دیگر ضمن این که امتناع را حق دانسته، بر این عقیده‌اند که نباید حق با نزدیکی زن و شوهر از بین برود؛ زیرا از بین رفتن حق نیاز به دلیل دارد. عده‌ای دیگر، تمتع بردن از زن را با یک‌بار نزدیکی با وی، غیرقابل حصول شمرده و نیازمند استمرار دانسته‌اند؛ اما با توجه به این که زن با عقد نکاح تعلقات مربوط به خانه والدین را یک‌دفعه رها و خود را تسلیم مرد زندگی آینده خود می‌کند و این که نظر مشهور «که حق امتناع زن از تمکین خاص تا دریافت مهر و سقوط حق امتناع وی با نزدیکی»، از اجماع و شهرت برخوردار است و بالأخره، از نگاه آیات قرآن کریم و روایات، جنبه ارزشی بودن مهر در نظر است، عقل سلیم اقتضا دارد که زن، مستحق حق امتناع از تمکین تا دریافت مهر خود باشد.

مقام ارزشی مهر در زندگی مشترک قابل لمس است؛ بنابراین، اگر مقدار مهر و تعیین آن در هنگام عقد نکاح مهم به شمار نرفته؛ یا به زن حق داده شده تا دریافت مهر از تمکین خاص امتناع کند، یا مهر مورد توجه ویژه قرآن و معصومین قرار گرفته و اینکه مهر به عنوان تحفه و تکریم از مقام زن در نظر گرفته شده، بیانگر جایگاه ارزشی و اهمیت بالای مهر است.

۱. امامی، سید حسن، (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، تهران: نشر اسلامیه.
۲. بحرانی، یوسف، (بی تا)، حدائق الناظره، قم: دفتر نشر اسلامی.
۳. جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۱۷ق)، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت: دارالفکر.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۵. حائری شاه باغ، سید علی، (۱۳۸۲)، قانون مدنی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶. حبیبی تبار، جواد، (۱۳۸۰)، گام به گام با حقوق خانواده، بی جا: نشر خرم.
۷. حر عاملی، محمد بن الحسن، (۱۳۶۷)، وسائل الشیعه، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۸. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۳۶۲)، مختصرالنافع، تهران: مرکز انتشارات علمی و فرهنگی.
۹. حلی، محمد بن منصور بن احمد بن ادریس، (۱۴۱۰ق)، السرائر، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۰. روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۴ق)، فقه الصادق، قم: دارالکتاب.
۱۱. زحیلی، وهبه، (۱۳۸۵)، فقه خانواده در جهان معاصر، «ترجمه: عبدالعزیز سلیمی»، تهران: نشر احسان.
۱۲. شایستگان، سید علی، (۱۳۳۹)، حقوق مدنی ایران، بی جا: نشر رنگین.
۱۳. شیرازی، سید محمد حسین، (۱۴۰۹ق)، الفقه، بیروت: دارالعلم.
۱۴. صفایی، اسدالله و امامی، سید حسین، (۱۳۷۸)، مختصر حقوق خانواده، تهران: نشر میزان.
۱۵. صفایی، اسدالله و امامی، سید حسین، (۱۳۸۹)، مختصر حقوق خانواده، تهران: نشر میزان.
۱۶. صفایی، حسین، (۱۳۸۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران: نشر میهن.
۱۷. طباطبایی، سید علی، (۱۴۱۲ق)، ریاض المسالك، بی جا: دارالهدی.
۱۸. طوسی، ابوجعفر محمد، (۱۳۷۹)، تهذیب الاحکام، قم: مجمع جهانی اهل البيت^(ع).
۱۹. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۶۳)، الاستبصار، تهران: دارالکتب الاسلامیه.



۲۰. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۵ق)، *الخلاف*، تهران: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۱. عظیم زاده اردبیلی، فائزه، (بی تا)، *بررسی اجمالی مهریه*، مجله ندای صادق، ش ۲۱-۲۲.
۲۲. علم الهدی علی بن الحسین، (۱۴۱۵ق)، *الانتصار*، قم: موسسه نشر الاسلامی.
۲۳. فاضل هندی، بهاء الدین محمد، (۱۴۲۲ق)، *کشف اللثام عن قواعد الاحکام*، قم: موسسه نشر اسلامی.
۲۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰ق)، *العین*، قم: دار الهجره.
۲۵. فیروز آبادی شیرازی، محمد بن یعقوب، (۱۴۱۵ق)، *القاموس المحيط*، «لوح فشرده المعجم الفقهی نسخه سوم»، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، *حقوق مدنی (خانواده)*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۷. کاظمی خلخالی، زین العابدین، (۱۳۶۷)، *زناشویی راز خوشبختی*، تهران: نشر محمد.
۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۸۶)، *اصول کافی*، تهران: نشر قائم آل محمد^(ع).
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۲)، *حقوق خانواده*، تهران: نشر علوم اسلامی.
۳۰. محقق کرکی، علی بن الحسین، (۱۴۱۱ق)، *جامع المقاصد*، بیروت: موسسه آل البيت.
۳۱. مطهری، مرتضی، (۱۳۷۴)، *نظام حقوق زن در اسلام*، تهران: انتشارات صدرا.
۳۲. مغنیه، محمد جواد، (۱۳۷۹)، *احوال شخصیه*، (مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی)، ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، تهران: نشر ققنوس.
۳۳. مکی العاملی، محمد بن جمال الدین، (بی تا)، *اللمعه الدمشقیه*، بیروت: دارالعالم الاسلامی.
۳۴. نجفی، محمد حسن، (۱۹۸۱م)، *جواهر الکلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

جایگاه اسناد بین المللی در نظام حقوقی افغانستان

سید حسین حسینی^۱

چکیده

روابط میان دولت‌ها در جهان امروزی به یک امر اجتناب‌ناپذیری تبدیل شده که بدون آن زندگی در جامعه بزرگ جهانی، اگر ناممکن نباشد، دشوار خواهد بود. امروزه منافع کشورها در گسترده‌ی روابطی که با دیگر کشورها دارند، قابل تأمین است. برای همین است که کشورها با انعقاد معاهدات بین‌المللی دوجانبه و چندجانبه، اقدام به قانونمندی روابط خود با دیگر کشورها می‌کنند. حقوق بین‌الملل، اصولاً تعیین مقام صالح برای تصویب معاهدات را به عهده حقوق اساسی کشورها واگذار کرده و از پیشنهاد یک رویه متحدالشکل در این مورد امتناع ورزیده است. پژوهش پیش رو که با روش کتابخانه‌ای از نوع توصیفی - تحلیلی انجام شده، به این سؤال اصلی جواب می‌دهد: جایگاه اسناد بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان چیست. مطابق قانون اساسی این کشور صلاحیت تصویب معاهدات انحصاراً در اختیار قوه مقننه است؛ اما قوای دیگر نیز صلاحیت‌های خاصی را در این مورد به عهده دارند. از آنجا که در افغانستان معاهدات بین‌المللی همانند قوانین عادی به تصویب می‌رسد، ناگزیر قوای دیگر نیز در تصویب به شکل غیرمستقیم دخالت دارند.

کلیدواژه‌ها: اسناد بین‌المللی، معاهدات بین‌المللی، تصویب، قانون اساسی، افغانستان

۱. دکترای حقوق بین‌الملل، پژوهشگر پژوهشکده بین‌المللی امام رضا (ع)، استاد جامعه المصطفی العالمیه، ایران، مشهد مقدس.

مقدمه

مطالعه نظریات نشان می‌دهد که موضوع مناسبات میان حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی، وابستگی تام و کامل به مسئله مبانی حقوق بین‌الملل دارد. طرفداران مکتب اراده‌گرایی با توجه به اصل حاکمیت ملی و اصل آزادی اراده کشورها برای ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل، حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی را دو نظام یا دو سیستم حقوقی مجزا و مستقل می‌دانند که هر یک دارای ماهیت و قلمرو خاصی است. این نظریه را دوگانگی یا ثنویت حقوقی (DUALISM) می‌نامند. طرفداران این نظریه از جمله تریپل آنزیلوتی و اینهایم... هستند. در مقابل طرفداران مکتب عینی‌گرایی از جمله لوفور، کلسن و... حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی را غیرقابل تفکیک دانسته و به اصل وحدت نظام حقوقی معتقدند؛ زیرا به اعتقاد ایشان، مفهوم واقعی حقوق از تجمع اصولی ناشی می‌شود که حاکم بر مجموعه فعالیت‌های اجتماعی است. این نظریه را یگانگی یا وحدت حقوقی (Monism) می‌گویند.

تصویب معاهدات، یک عمل ارادی بوده که کشورها می‌توانند با در نظر داشت منافع خویش، به چنین کاری اقدام نمایند. و در صورتی که منافع ملی کشور اقتضا کند، از التزام در مورد معاهده اجتناب کند. حقوق بین‌المللی، اصولاً تعیین مقام صالح برای تصویب معاهدات را به عهده حقوق اساسی کشورها واگذار کرده و از پیشنهاد یک رویه متحد الشکل در این مورد امتناع ورزیده است و منطقی نیز است تا این کار مطابق حقوق داخلی کشورها صورت گیرد. حقوق اساسی کشورها در این مورد رویه‌های متفاوتی با در نظر داشت قوانین اساسی خویش و نیز نظام سیاسی حاکم در آن پیش گرفته است.

در افغانستان مطابق قانون اساسی این کشور صلاحیت تصویب معاهدات انحصاراً در اختیار قوه مقننه است؛ اما قوای دیگر نیز صلاحیت‌های خاصی را در این مورد به عهده دارند. از آنجا که در افغانستان معاهدات بین‌المللی، همانند قوانین عادی به تصویب می‌رسد، ناگذیر قوای دیگر نیز در تصویب به شکل غیرمستقیم دخالت دارند.

سؤال اصلی این پژوهش این است که جایگاه اسناد بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان چیست؟ و نیز تصویب معاهدات بین‌المللی در افغانستان چگونه است؟ پژوهش پیش رو،



با روش کتابخانه‌ای از نوع توصیفی - تحلیلی انجام شده و سعی دارد که این پرسش‌ها را جواب دهد. با توجه به اینکه در افغانستان، قانون خاصی در این مورد وجود نداشته و صرف با مندرجات که در قانون اساسی در این مورد پیش‌بینی شده، عمل می‌شود.

۱. رابطه میان حقوق ملی و حقوق بین الملل

جایگاه معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان را در ضمن بحث رابطه میان حقوق ملی و بین‌المللی، جستجو خواهیم کرد. برای رسیدن به این مقصود، ابتدا نظریات گوناگونی را که در این زمینه وجود دارد، مورد مذاقه قرار داده و سپس رابطه بین حقوق ملی و حقوق بین‌الملل در افغانستان را بررسی می‌کنیم. در این راستا، ابتدا دیدگاه دوگانگی و سپس دیدگاه یگانگی را بررسی خواهیم کرد.

۱-۱. دیدگاه دوگانگی (Dualism)

نخستین کسی که بحث دوگانگی حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی را پیش کشید، هاینریش تریپل حقوقدان آلمانی و استاد دانشگاه برلین بود. وی در کتابی به نام حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی که در سال ۱۸۹۹ میلادی منتشر کرد، رابطه بین این دو رشته حقوقی را از نظر فلسفی و عملی بررسی کرد. بعد از تریپل شخصی به نام دیونیزیو آنزیلوتی (D. Anzilotti) در سال ۱۹۰۵ میلادی کتابی را برای اثبات دوگانگی حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی منتشر کرد. البته راهی را غیر از راهی که تریپل در پیش گرفته بود، انتخاب کرد و قدرت استدلال وی چنان بود که تا سال‌ها گفته‌های او عقیده رایج و بلامنازع بین حقوقدانان بود. از دیگر پیروان این مکتب می‌توان اپنهایم، کارل اشتروپ، لیست، موناکو، مورلی، زیکاردی، بالادورپالیری، کاوالیری، ردسلوب، والتز، ورس نام برد. (ذوالعین، ۱۳۸۶: ۵۳۲) طبق این نظریه، حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی دو نظام حقوقی برابر، مستقل و مجزا از یکدیگرند و این دو رشته از حقوق، مانند دو ساختمان جدا از یکدیگر است که هرکدام روی زمین خاصی بنا شده است، بدون آنکه یکی بر دیگری متکی باشد. هرچند ممکن است در مبانی و شکل‌گیری قواعد حقوقی، وجوه اشتراکی داشته باشد و دلیل این جدایی این است که طبیعت روابط افراد با طبیعت روابط دولت‌ها، به‌طور بنیادین متفاوت است و به همین

خاطر، دو نوع حقوق خاص برای آن تنظیم شده است. (عالیخانی، ۱۳۰۸: ۶۶) این نظریه نتیجه منطقی تفاوت‌های بنیادینی است که میان حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی دیده می‌شود. این تفاوت‌ها از جهات مبانی، منابع، تابعان، خصوصیت و ساختارهای حقوقی و ارزش قضایی. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۰: ۷۲)

نتایج نظریه دوگانگی حقوقی، قرار ذیل است:

۱. نتایج هر یک از دو رشته حقوقی، در قلمرو دیگری اعتبار حقوقی ندارد. طبق نتیجه فوق، قواعدی که در یکی اعتبار حقوقی دارد و لازم‌الرعايه است، در دیگری فاقد اعتبار حقوقی خواهد بود. مثلاً یک قاعده حقوق بین‌الملل در داخل کشور تولید اجبار نمی‌کند یا قانونی را که پارلمان دولتی تصویب می‌کند، برای سائر دولت‌ها اجباری نیست.
۲. بین این دو رشته حقوقی تضاد وجود دارد؛ زیرا بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی ارتباطی وجود ندارد. تعارضی هم نمی‌تواند وجود داشته باشد؛ زیرا تعارض بین دو سیستم حقوقی، موقعی متصور است که به هم مربوط باشند و با یکدیگر تلاقی کنند. حال آنکه نظریه دوگانگی مطلق، منکر چنین رابطه‌ای است، پس تعارض را نفی می‌کند. به عبارت دیگر حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی دو نظام حقوقی مختلف است؛ اما مخالف همدیگر نیست. هر چند که طبق این نظریه تعارضی پیش نمی‌آید، ولی ممکن است تزامن پیش آید که در این صورت باید به دادگاه‌های بین‌المللی رجوع شود و با دادن خسارت جبران مافات شود. (ذوالعین، ۱۳۸۶: ۵۳۹)

۱-۲. دیدگاه یگانگی (Monism)

پیروان مکتب حقوقی طبیعی قائل به این نظریه می‌باشند. در نظر طرفداران این نظریه حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی از یکدیگر جدا نبوده، بلکه قسمت‌های مختلفی از یک بنای واحد حقوقی را تشکیل می‌دهند؛ اما در اینکه جای هر یک از دو رشته در این بنای حقوقی کجا است، بین پیروان این مکتب اختلاف است. کسانی که می‌گویند حقوق بین‌الملل در طبقه بالا و حقوق داخلی در طبقه پایین قرار دارد، طرفدار برتری حقوق بین‌الملل هستند. آن‌هایی که عکس صورت فوق را می‌گویند، پیرو برتری حقوق داخلی بر بین‌الملل هستند. پس طبق این نظریه حقوق داخلی و بین‌الملل دو چیز نیست، بلکه آن‌ها دو جلوه از یک چیز



است؛ مثلاً دوگویت معتقد است که اتباع حقوق بین الملل دولت‌ها نیستند، بلکه افراد آن دولت‌ها هستند. طبق آنچه در بالا گفتیم نظریه یگانگی حقوق بین الملل و داخلی، دو شعبه دارد: ۱. یگانگی حقوق با برتری حقوق داخلی، ۲. یگانگی حقوق با برتری حقوق بین الملل. (عالیخانی، ۱۳۰۸: ۷۴)

۳-۱. یگانگی حقوق با برتری حقوق داخلی

پیروان این مکتب، کسانی مثل بن، زورن، اریش کافمن، ماکس ونزل، دوسان سیرفراندیر و... هستند. این نظریه بیشتر توسط کسانی پشتیبانی می‌شود که برای دولت‌ها قدرت بیش از اندازه قائل بود و در فرضیه حاکمیت و خودمختاری دولت‌ها، غلو می‌کردند. این نظریه بر این فرضیه استوار است که دولت‌ها قادر مطلق هستند و مقامی بالاتر از خود ندارند تا برای آن‌ها و بین آن‌ها قوانینی وضع کنند. طبق این نظریه، حقوق بین الملل بر پایه صلاحیت‌های متخذه از حقوق داخلی قرار دارد که بر اساس معاهدات بین الملل، معلوم می‌شود.

دلایل برتری حقوق داخلی بر بین المللی از حیث خصوصیت و ساختار حقوقی: امروزه با فقدان یک اقتدار و رکن فراقشوری در جامعه بین المللی، هر کشوری در قبول تعهدات خود آزاد بوده و از اختیار کامل برخوردار است. این آزادی عمل کامل را حقوق داخلی به هر کشور می‌دهد. از حیث تاریخی ابتدا کشورها به وجود آمدند و قواعدی چند مقرر شد و تردیدی نیست که روابط حقوقی اولیه میان کشورهای هم‌جوار پس از تشکیل کشورها برقرار گردید. بنابراین حقوق داخلی دوران شکوفایی و تکامل خود را سپری کرده، درحالی‌که حقوق بین الملل در مراحل اولیه شکل‌گیری است. از حیث منطقی باید قبل از ایجاد روابط حقوقی و توسعه آن میان کشورها، وجود کشور را بپذیریم. از حیث برتری قانون اساسی بر تعهدات بین الملل، حقوق داخلی و مخصوصاً قانون اساسی هر کشور، مقامات صلاحیت‌دار را برای انعقاد معاهدات بین المللی معین می‌کند. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۰: ۷۸)

۴-۱. یگانگی حقوق با برتری حقوق بین الملل

در نظر پیروان این نظریه، حقوق به‌طور کلی یک ساختمان بیشتر ندارد. در رأس این

ساختمان حقوقی، از نظر اهمیت و کلیت حقوق بین‌الملل قرار دارد و سایر رشته‌های حقوق در درجات پایین‌تری جای دارد. طرفداران این نظریه به همان درجه که برای حقوق بین‌الملل اهمیت قائل می‌شوند، با حاکمیت و استقلال و خودمختاری دولت‌ها مخالفت دارند. این مخالفت به حدی است که برخی از آن‌ها از میان کلیه رشته‌های حقوق تنها حقوق بین‌الملل را اصیل دانسته و سایر شعب حقوق را فرع بر آن می‌دانند. از جمله طرفداران این مکتب را می‌توان لوفور، بورکن، ژرژسل، پولیتین، کلسن، فردرس و... را نام برد. (ذوالعین، ۱۳۸۶: ۵۵۶)

دلایل برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی از این قرار است:

این حقوق بین‌الملل است که کشورها را حائز عنوان کشور می‌کند؛ این حقوق بین‌الملل است که حدود صلاحیت کشورها را مشخص می‌کند؛ مقررات حقوق داخلی توسط بین‌الملل ارزیابی می‌شود و نظریه مسئولیت بین‌الملل کشورها کاملاً بر این مفهوم تکیه دارد؛ هدف هر دو حقوق سعادت بشر است، ولی سعادت کل بشر که توسط بین‌الملل تأمین می‌شود، اولی از سعادت یک کشور که توسط حقوق داخلی تأمین می‌شود؛ هر دو حقوق بر اساس نیاز و مقتضیات به وجود آمده است، ولی نیاز و مقتضیات کل بشر که توسط بین‌الملل تأمین می‌شود، اولی از نیاز و مقتضیات یک کشور است که توسط داخلی تأمین می‌شود؛ دولت‌ها در عرصه بین‌الملل اغلب سعی می‌کنند که ناقض حقوق بین‌الملل نباشند و اغلب کشورها بین‌الملل را بر داخلی مقدم می‌کنند. (امیدی، ۱۳۸۸: ۴۸)

۲. مقدمه و مواد قانون اساسی افغانستان

برای نشان دادن جایگاه اسناد بین‌المللی در افغانستان، قانون اساسی را بررسی می‌کنیم. حقوق بین‌الملل، به‌خصوص انطباق با معیارهای بین‌المللی حقوق بشر، در مقدمه و احکام متعدد قانون اساسی و قوانین داخلی افغانستان ذکر شده است. در مقدمه قانون اساسی آمده است:

ما مردم افغانستان: ... با رعایت منشور ملل متحد و با احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر و... سرانجام، به‌منظور تثبیت جایگاه شایسته افغانستان در ماده ۳ «در افغانستان هیچ



قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد؛ ماده ۷ «دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند»؛ ماده ۸ «دولت سیاست خارجی کشور را بر مبنای حفظ استقلال، منافع ملی و تمامیت ارضی و عدم مداخله، حسن هم‌جواری، احترام متقابل و تساوی حقوق تنظیم می‌کند»؛ ماده ۶۴ «رئیس‌جمهور دارای صلاحیت‌ها و وظایف ذیل است: ۱۷ - اعطای اعتبارنامه به غرض عقد معاهدات بین‌الدول مطابق به احکام قانون.»، ماده ۹۰ «شورای ملی دارای صلاحیت‌های ذیل است: ۵ - تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن»؛ ماده ۱۲۱ «بررسی مطابقت قوانین، فرمان‌های تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آن‌ها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه است»؛ ماده ۱۳۱ «محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند. در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند.

ماده ۷ قانون اساسی دولت را به رعایت منشور سازمان ملل متحد و سایر معاهداتی که افغانستان آن‌ها را تصویب کرده، مکلف می‌کند. ماده ۸ قانون اساسی سیاست خارجی کشور را مورد بحث قرار می‌دهد که باید بر اساس حفظ استقلال، منافع ملی و تمامیت ارضی باشد. همچنین دولت به اصول عدم مداخله، حسن هم‌جواری، احترام متقابل به برابری حاکمیت دولت‌ها ملتزم است.

طبق ماده ۱۳۰ قانون اساسی، محاکم به تطبیق قانون اساسی و سایر قوانین مکلف هستند. حکم این ماده در ماده ۷ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم افغانستان تکرار شده که چنین تصریح می‌کند: محاکم مکلفند قضایا را مطابق قانون اساسی و سایر قوانین جمهوری اسلامی افغانستان حل و فصل نمایند. در مورد قضیه‌ای که حکمی در قانون وجود نداشته باشد، قضیه باید مطابق ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی مورد رسیدگی قرار بگیرد. ماده ۱۲۱ قانون اساسی به ستره محکمه صلاحیت تفسیر معاهدات بین‌المللی و بررسی آن‌ها

جهت انطباق با قانون اساسی را می‌دهد. ماده ۶۵ بند ۱۷ قانون اساسی، به رئیس‌جمهور صلاحیت اعطای اعتبارنامه با هدف انعقاد معاهدات بین‌الملل مطابق احکام قانون را اعطا می‌کند. این معاهده سپس باید توسط شورای ملی تصویب شود. (ماده ۹۰ بند ۵ قانون اساسی) این مطالب به معنای این است که معاهده پیش از آنکه به وزارت عدلیه برای نشر در روزنامه رسمی ارسال شود، باید به تصویب ولسی جرگه و مشرانو جرگه برسد. شورای ملی علاوه بر این، می‌تواند الغای عضویت از یک معاهده را نیز اعلام کند.^۱

با این حال، این مواد موقف معاهدات در نظام حقوق افغانستان را به‌روشنی مشخص نمی‌کند. در ماده ۷ قانون اساسی، رعایت منشور سازمان ملل متحد، سایر معاهدات تصویب شده بین‌المللی و اعلامیه جهانی حقوق بشر من حیث تکلیف دولت پیش‌بینی شده است. چنین پیش‌بینی‌ای در قانون اساسی بعضی از کشورها نیز وجود دارد و باید به‌عنوان تأیید به رسمیت شناخته شدن الزامی بودن این معاهدات از نظر حقوقی فهمیده شود.

به نظر می‌رسد چنین نیروی الزامی جزء لاینفک تصویب یک معاهده بین‌المللی است. بنابراین نباید در قوانین اساسی تصریح شود؛ اما این امر در مورد اعلامیه جهانی حقوق بشر قابل اجرا نیست. این اعلامیه، یک معاهده بین‌المللی نیست که در مفهوم کلاسیک آن باید توسط یک دولت تصویب شود تا نافذ شود. اعلامیه جهانی حقوق بشر، مکمل منشور سازمان ملل متحد است که آزادی‌های بنیادین و حقوق بشر را تعریف می‌کند.^۲ وقتی اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ تصویب شد، هدف این بود که این اعلامیه، معیارهای مشترک حقوق بشر در تمام ممالک را تدوین کند که از نظر حقوقی لازم الاجراء نباشد. طبق نشر برخی حقوق‌دانان، اعلامیه جهانی حقوق بشر، یا حداقل بخشی از آن، من حیث حقوق بین‌الملل عرفی، به رسمیت شناخته می‌شود.

این بحث به افغانستان ربطی ندارد؛ زیرا ماده ۷ قانون اساسی به‌صورت واضح نیروی الزام‌آور اعلامیه جهانی حقوق بشر را در برابر دولت افغانستان ایجاد کرده است؛ اما ماده

۱. با این حال، الغای عضویت از تمام معاهدات بین‌المللی ممکن نیست.

۲. ماده ۳ منشور سازمان ملل متحد اشعار دارد: حقوق همکاری بین‌المللی در مسائل بین‌المللی که دارای جنبه‌های اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی یا بشردوستانه است و در پیشبرد و تشویق احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همگان بدون تمایز از حیث نژاد - جنس - زبان یا مذهب، استناد بیشتر به اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌تواند در مواد ۱۳(۱)، ۵۵، ۵۶، ۷۶ منشور سازمان ملل متحد پیدا شود.



۷ در مورد رابطه حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی اشاره‌ای ندارد. بنابراین موقف حقوق بین‌الملل در نظام حقوقی افغانستان را نمی‌توان از ماده ۷ قانون اساسی استنباط کرد. ماده ۱۲۱ قانون اساسی، در این مورد مفیدتر است. نص این ماده آشکار می‌کند که معاهدات بین‌المللی باید منطبق با قانون اساسی باشد. بنابراین حقوق بین‌الملل را پایین‌تر از قانون اساسی قرار می‌دهد. با این حال، تفصیل بیشتر مربوط به سلسله‌مراتب حقوق، از این ماده نمی‌تواند استنباط شود. (کنوست و افشار، ۱۳۸۶: ۲۶)

با این حال، رابطه میان ماده ۳ قانون اساسی و معاهدات بین‌المللی مشکلاتی ایجاد می‌کند. ماده ۳ قانون اساسی حکم می‌کند که در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین اسلام باشد. نص این ماده نسبتاً مبهم است؛ زیرا احکام و معتقدات دین اسلام تعریف نشده است. با آنکه ماده ۱۳۰ قانون اساسی در صورت خلأ قانونی، فقه حنفی را من حیث ابزار فرعی قابل اجرا می‌کند. ماده ۳ صرف ناظر به اصول غیر اختلافی و مشترک میان مذاهب مختلف در میان مسلمانان است. (کنوست و افشار، ۱۳۸۶: ۳۱)

در مورد سلسله‌مراتب بین حقوق بین‌الملل و شریعت در قانون اساسی افغانستان حکمی وجود ندارد. با آنکه شریعت می‌تواند من حیث محدود کننده قوانین ملی و معاهدات بین‌المللی عمل کند، هر سه این‌ها تابع قانون اساسی افغانستان است. بنابراین ساحه محدودیت، بستگی به نهاد ستره محکمه، دارد که تحت نفوذ رئیس‌جمهور است. به بیان دیگر، ستره محکمه صلاحیت دارد تا در مورد منطبق بودن معاهده یا قانون داخلی با قانون اساسی حکم صادر کند و فقط قضات ستره محکمه حکم می‌کند که تا چه اندازه احکام و معتقدات دین اسلام رعایت شده است. تصمیم ستره محکمه در مورد انطباق یک معاهده بین‌المللی با قانون اساسی و بنابر ماده ۳ قانون اساسی، امروزه می‌تواند توسط کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نظارت شود که مطابق ماده ۱۵۷ قانون اساسی ایجاد شده است و معمولاً کمیسیون ماده ۱۵۷ نامیده می‌شود. چنین حکمی فقط اثر داخلی دارد. بنابراین افغانستان نمی‌تواند به نقض ماده ۳ قانون اساسی در صحنه بین‌المللی استناد کند.^۱ تعهدات بین‌المللی اکثر اوقات، ناقض حقوق شرعی محسوب می‌شود. بنابراین بسیاری

۱. علت این امر مواد ۲۷ و ۴۶ (۱) کنوانسیون وین در مورد معاهدات است.

از ممالک اسلامی حین امضای یک معاهده، شرط می‌گذارند که این معاهده صرف با توجه به محدودیت‌های حقوق شرعی یا فقه قابل اجرا است. به‌منظور جلوگیری از این وضع، ارگان‌های مربوطه در افغانستان، پیش از پذیرش معاهده باید اطمینان حاصل کنند که آیا معاهده مورد بحث با قانون اساسی، به‌خصوص ماده ۳ آن منطبق است. در صورت ابهام، دولت اختیار امضا و تصویب معاهده را با حق شرط دارد.^۱

در مورد حقوق عرفی، قانون اساسی افغانستان ساکت است. با این حال این امر در مقایسه با سایر قوانین اساسی، غیر معمول نیست. حقوق عرفی در عمل بر همه دولت‌ها الزام‌آور است. بنابراین افغانستان مانند هر ملت دیگر، ملتزم به رعایت قواعد عرفی حقوق بین‌الملل است.

۳. تصویب معاهدات بین‌المللی در افغانستان

روابط میان دولت‌ها در جهان، امروزه به یک امر اجتناب‌ناپذیری تبدیل شده که بدون آن زندگی در جامعه بزرگ جهانی، دشوار خواهد بود. امروزه منافع کشورها در گستردگی روابط که با دیگر کشورها دارند، قابل تأمین است. برای همین مهم است که کشورها با انعقاد معاهدات بین‌المللی دوجانبه و چندجانبه، اقدام به قانون‌مندی روابط خود با دیگر کشورها می‌کنند. تا از یک‌سو روابط بین‌المللی خویش را داخل چارچوب قواعد و اصول سازند و از سوی دیگر از تجاوز به منافع خود و دیگران جلوگیری کنند. گاهی نیز برای ایجاد یک رابطه جدیدی اقدام به انعقاد یک معاهده با دولت‌های دیگر می‌کنند. برای اینکه این معاهدات بتواند التزام لازم برای کشورها را ایجاد کند، لازم است تا مورد تأیید و تصویب مقام صالح که در حقوق اساسی هر کشور برای انجام این کار پیش‌بینی شده، برسد. تنها با این اقدام است که یک کشور در قبال یک معاهده که نماینده تام‌الاختیارش آن را مقدماتاً به امضا رسانیده، ملتزم می‌گردد. تصویب معاهدات، یک عمل ارادی بوده که کشورها می‌توانند با در نظر گرفتن منافع خویش اقدام به چنین کاری کنند و در صورتی که منافع ملی کشور اقتضا کند که از التزام در مورد معاهده اجتناب کند. حقوق بین‌الملل، اصولاً تعیین

1. Al – Jaberi, Mohammed Abed, Democracy, Human Rights and Law in Islamic Thought, centre for arab unity studies, Beirut, 2009.



مقام صالح برای تصویب معاهدات را بر عهده حقوق اساسی کشورها واگذار کرده و از پیشنهاد یک‌رویه متحدالشکل در این مورد امتناع ورزیده است. منطقی نیز است تا این کار مطابق حقوق داخلی کشورها صورت بگیرد. حقوق اساسی کشورها در این مورد رویه‌های متفاوتی با در نظر داشت قوانین اساسی خویش و نیز نظام سیاسی حاکم در آن پیش گرفته است.

امضای معاهده فقط مبین مضمون اراده دولت‌ها است و قواعد ناشی از پیمان را الزام‌آور نمی‌سازد. هر قاعده وقتی الزام‌آور است که دولت‌ها آن را تصویب کرده باشند. تصویب تأییدی است از معاهده که مقامات صلاحیت‌دار داخلی با انجام آن، دولت خود را در قبال سایر دولت‌ها متعهد و ملتزم می‌کنند. بنابراین تصویب تشریفاتی نهایی است که به معاهده اعتبار می‌دهد یا عملی است حقوقی که بنابر آن مقامات صلاحیت‌دار، اراده دولت را در اعتبار بخشیدن به معاهده تأیید می‌کنند. به عبارت دیگر، تصویب، تأیید نهایی دولت‌ها از عملی حقوقی است که نمایندگان تام‌الاختیار آن‌ها با امضای خود آن را محقق می‌سازند و با مبادله اسنادی که این تأیید در آن‌ها بیان شده است به ثبوت می‌رسد. (فلسفی، ۱۳۷۹: ۱۴۰)

به بیان دیگر تصویب عبارت است از تأیید و اعلام موافقت قطعی مقامات صالحه یک کشور نسبت به امضای یک معاهده توسط نمایندگان دولت. بدین ترتیب، تصویب معاهده به منزله التزام نهایی کلیه قوای مملکتی نسبت به اجرای مندرجات معاهده است. درحالی‌که امضای مقدماتی معاهده، چنانکه قبلاً ذکر شد فقط تعهد قوه مجریه است، آن هم نسبت به احتراز از اقداماتی که اجرای معاهده را پس از تصویب مشکل یا ناممکن می‌گرداند. (عنایت، ۱۳۷۰: ۷۱)

امروزه بیشتر معاهدات بین‌المللی نوین تنها با تصویب، لازم‌الاجرا می‌شوند. تقریباً هر دولتی مقررات داخلی مفصلی را تهیه کرده که فرآیند تصویب معاهدات را اعلام می‌دارد و هرچند مفاد قانون اساسی از کشوری به کشور دیگر بسیار تفاوت می‌کند، میزانی از توافق مشترک موجود است. به‌طور مثال عموماً تصویب را یک عمل قوه مجریه دانسته که از سوی رئیس دولت یا حکومت صورت می‌گیرد و هنگام مقتضی می‌تواند از رهگذر آن،

پذیرش رسمی معاهده اعلام شود. تا هنگامی که چنین پذیرشی صورت نگرفته، معاهده برای دولت مزبور هیچ تعهدی نمی‌آفریند، مگر در مواقع نادر که یک موافقت‌نامه تنها با امضا، الزام‌آور و نافذ می‌شود. البته نباید فراموش کرد که قصد طرفین نقش تعیین‌کننده خواهد داشت که آیا یک معاهده تصویب نشده را باید الزام‌آور تلقی کرد یا خیر. در بیشتر کشورها تصویب قوه مجریه، باید پس از اقدام قوه مقننه معمولاً اقدامی که بیانگر اعطای رضایت برای تصویب است، صورت بگیرد. در ایالات متحده، معاهده باید نظر و رضایت دوسوم حدنصاب سنا را به دست آورد و معمولاً پس از این کار، عمل تصویب از سوی رئیس‌جمهور صورت می‌گیرد. (فن‌گلان، ۱۳۸۳: ۵۵۹)

هرچند امضای معاهده، مضمون اراده متعاهدین را مشخص می‌کند؛ اما به‌هیچ‌وجه به قواعد حقوق بین‌الملل مندرج در آن، الزام حقوقی نمی‌بخشد. به‌طور کلی، معاهده تنها با عمل تصویب، قدرت حقوقی می‌یابد. البته امروزه امضای برخی از معاهدات به‌منزله تصویب آن‌ها است؛ مانند موافقت‌نامه‌های ساده اجرایی، ولی درواقع تصویب یک عمل حقوقی یک‌جانبه است که مؤخر بر امضا است و به‌وسیله آن، مقامات عالی یک کشور که طبق حقوق عمومی داخلی آن کشور (معمولاً قانون اساسی) دارای صلاحیت انعقاد معاهدات بین‌المللی است، معاهده تهیه و امضا شده توسط نمایندگان تام‌الاختیارشان را تأیید و تصدیق کرده و به اینکه معاهده قطعی و لازم‌الاجرا گردد، رضایت می‌دهند و رسماً به نام کشور متبوع خود، جهت اجرای آن در قبال سایر کشورها متعهد و ملتزم می‌شوند. بنابراین، اصطلاح «رضایت» از طریق تصویب یا تصدیق، عملی است که نه تنها از امضا متمایز است، بلکه از حیث زمان نیز از امضا مجزا است. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۸: ۴۵)

۳-۱. مقام صلاحیت‌دار تصویب معاهدات بین‌المللی در افغانستان

اصولاً حقوق بین‌الملل تعیین مقامی را که برای تصویب معاهده صالح است، به قانون اساسی هر کشور یا مقرراتی که متعاهدین به آن توافق کرده‌اند، واگذار می‌کند و این امر چه در مورد دولت‌ها و چه در مورد سازمان‌های بین‌المللی، مصداق دارد؛ (تدینی، ۱۳۸۰: ۳۷) زیرا مقام صالح را تنها می‌توان از طریق مراجعه به حقوق اساسی هر کشوری تشخیص داد که از کشوری تا کشور دیگر این مقام، چه از نظر نظام حقوقی حاکم بر آن کشور و چه



از نظر حدود و صلاحیت‌های مقامات، متفاوت است. بنابراین حقوق بین‌الملل، تعیین مقام صالح برای این کار را به حقوق داخلی کشورها واگذار کرده و هیچ راه‌حلی یک شکلی را به کشورها تحمیل نمی‌کند. قوانین اساسی کشورها در این مورد متفاوت است، گاهی صلاحیت این کار به قوه مجریه، گاهی به قوه مقننه و گاهی هردو واگذار می‌شود. از لحاظ حقوق اساسی تطبیقی، قوانین کشورها هرکدام مقامات صلاحیت‌دار خاصی را برای تصویب معاهدات مقرر و انتخاب کرده‌اند.

در قانون اساسی افغانستان، صلاحیت تصویب معاهدات بین‌المللی مربوط به قوه مقننه (پارلمان)^۱ است که با در نظر داشت تشریفات خاصی اقدام به اعمال این صلاحیت می‌کند. در ماده ۹۰ در مورد وظایف و صلاحیت‌های پارلمان آمده که «یکی از وظایف و صلاحیت‌های پارلمان تصدیق و تصویب معاهدات بین‌المللی و میثاق‌های بین‌المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن‌ها است. بند پنجم این اصل می‌نویسد که «تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن». (قانون اساسی، ماده ۹۰: بند ۵) این ماده نشان می‌دهد که مقام صالحه برای تصویب معاهدات در افغانستان مجلس شورای ملی (پارلمان) است.

در ماده هفت آمده که دولت منشور سازمان ملل متحد و میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن پیوسته و اعلامیه جهانی حقوق بشر را مراعات می‌کند. از مفاد این ماده چنین معلوم می‌شود که معاهدات بین‌المللی و میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده را در درجه بالاتر از قانون عادی و معادل با قواعد قانون اساسی است، همه ادارات و قوای سه‌گانه دولت را ملزم به رعایت آن می‌داند.

ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان در مورد صلاحیت و وظایف دادگاه عالی (ستره محکمه) تصریح دارد که «بررسی مطابقت قوانین، فرمان‌های تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آن‌ها بر اساس تقاضای حکومت و یا

۱. پارلمان (شورای ملی)، مرکب از دو مجلس بوده که عبارت از مجلس مردم که به آن در ترمینولوژی اصطلاحات حقوقی افغانستان (ولسی جرگه) و مجلس اعیان که به آن (مشرانو جرگه) خطاب می‌شود. اعضای مجلس مردم از سوی مردم یا رأی سزی و مستقیم انتخاب می‌شود و تعداد اعضای این مجلس حداکثر ۲۵۰ نفر است و اعضای مجلس اعیان دو ثلث آن از شورای استان و شهرستان و یک ثلث باقی‌مانده از سوی رئیس‌جمهور انتصاب می‌شود که رئیس‌جمهور مکلف است تا ۵۰٪ آن را از میان زنان انتخاب نماید.

محاکم مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه است». مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان دادگاه عالی افغانستان صلاحیت بررسی مطابقت و تفسیر معاهدات بین‌المللی و میثاق‌های بین‌المللی را با قانون اساسی دارد، دادگاه عالی این کار را می‌تواند قبل از فرستادن معاهدات بین‌المللی به مجلس شورای ملی با هدف تصویب یا بعد از آن انجام دهد، ولی باید توجه داشته باشیم که تطابق با قانون اساسی و ارزش‌های اسلامی که ماده سوم قانون اساسی افغانستان تأکید بر رعایت آن دارد، قبل از تصویب یک معاهده توسط پارلمان صورت می‌پذیرد و تنها تفسیر معاهدات می‌تواند قبل یا بعد از تصویب صورت گیرد. با در نظر داشت قانون اساسی افغانستان صلاحیت تصویب معاهدات بین‌المللی مربوط به قوه مقننه یا مجلس شورای ملی است.

۳-۲. تصویب معاهدات بین‌المللی در حقوق اساسی افغانستان

قانون اساسی افغانستان، مقام صالح برای تصویب معاهدات بین‌المللی را مجلس شورای ملی اعلان کرده است؛ اما شورای ملی این کار را بعد از تشریفات خاصی می‌تواند انجام دهد که یکی از این تشریفات همان بررسی مطابقت معاهدات با قانون اساسی افغانستان است. ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان در مورد صلاحیت و وظایف دادگاه عالی تصریح دارد که «بررسی مطابقت قوانین، فرمان‌های تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آن‌ها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه است». مطابق ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان دادگاه عالی افغانستان صلاحیت بررسی مطابقت معاهدات بین‌المللی و میثاق‌های بین‌المللی را با قانون اساسی دارد، هدف از این بررسی مطابقت مفاد مندرج در معاهدات بین‌المللی، با قانون اساسی و اصول و معتقدات اسلامی است که ماده سوم قانون اساسی بر آن تأکید دارد. چنانکه در این ماده بیان شده که در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مبین اسلام باشد. بنابراین دادگاه عالی کشور علاوه بر مطابقت معاهدات بین‌المللی با قانون اساسی و اصول و معتقدات اسلامی را نیز بررسی می‌کند. بعد از این بررسی و نبود تعارض است که معاهدات با تأییدیه از سوی دادگاه عالی، با هدف تصویب به شورای ملی فرستاده می‌شود. شورای ملی نیز بعد از بحث و بررسی‌های لازم



معاهده و سنجش آن با منافع ملی کشور، در صورت موافقت، آن را برای تصویب به رأی می‌گذارد. در صورتی که دوسوم اعضای حاضر به آن رأی مثبت دهند، معاهده برای نظر تأیید به مجلس اعیان (مشرانو جرگه) فرستاده شده در صورت موافقت مجلس اعیان (مشرانو جرگه) معاهده بین‌المللی تصویب شده و برای توشیح (امضا) به رئیس‌جمهور فرستاده می‌شود. در صورت عدم توافق مجلس اعیان (مشرانو جرگه) با تصویب معاهده از سوی مجلس مردم (ولسی جرگه) کمیسیون مختلط از هردو مجلس شورای ملی (ولسی جرگه و مشرانو جرگه) به تعداد مساوی اعضا انتخاب شده و در صورت رفع اختلاف، معاهده تصویب شده تلقی می‌گردد. در صورت عدم رفع اختلاف، معاهده دوباره به مجلس مردم (ولسی جرگه) فرستاده شده و دوباره به رأی گذاشته می‌شود. این بار اگر معاهده دوسوم آرای مثبت اعضای حاضر را به دست آورد، تصویب شده تلقی و بدون فرستادن به مجلس اعیان (مشرانو جرگه) با هدف توشیح به رئیس‌جمهور فرستاده می‌شود.

بنابراین تصویب معاهدات در افغانستان از صلاحیت قوه مقننه است؛ اما نقش قوه قضائیه نیز در مورد بررسی مطابقت آن با قانون اساسی و معتقدات اسلامی، درخور توجه است. اگر معاهده‌ای بعد از بررسی دادگاه عالی با قانون اساسی تعارض داشته باشد، دادگاه عالی با بیان این تعارض به شورای ملی، از تصویب یک معاهده مخالف با قانون اساسی و ارزش‌های اسلامی در افغانستان جلوگیری می‌کند. در بعد دیگر دادگاه عالی صلاحیت تفسیر این معاهدات را نیز در صورت درخواست حکومت یا محاکم دارا است.

در افغانستان علاوه بر قانون اساسی، قانون خاص دیگری در مورد معاهدات و نحوه تصویب آن به میان نیامده است. بنابراین در هنگام تصویب یک معاهده، شورای ملی و نهادهای دیگر باید همان تشریفات وضع قوانین عادی را سپری کند. در قانون اساسی افغانستان تفکیک خاصی میان معاهدات از منظر اجرایی بودن معاهده یا قانون ساز بودن یا هر معیار دیگری صورت نگرفته، بلکه با بیان کلی معاهدات بین‌المللی اکتفا شده است. بنابراین تمامی معاهداتی که دولت افغانستان با سایر دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی به امضا برساند، نیازمند تصویب از سوی شورای ملی است، ولی باید میان معاهدات با توافقنامه‌های اجرایی یا قراردادهای تجارتي و ترانزیتی قائل به تفکیک شویم که قانون

اساسی نیز این تفکیک را مجاز دانسته و با آوردن کلمه «معاهدات» در ماده ۹۰ بند ۵ توافقنامه‌های اجرایی و تجاری را از تشریفات تصویب مجزا دانسته است. رویه معمول در تصویب معاهدات تا حال نیز مؤید این تفکیک بوده چنانچه موافقت‌نامه تجارت و ترانزیت میان افغانستان و پاکستان که در سال ۲۰۱۰ به امضا رسید، بدون ارائه به منظور تصویب به پارلمان لازم‌الاجرا شناخته شد، درحالی که قرارداد استراتژیک میان ایالات متحده آمریکا و افغانستان، بعد از بحث همه‌جانبه که بر روی آن صورت گرفت، مورد تصویب پارلمان قرار گرفت. این نشان می‌دهد که تفکیک میان معاهدات از نظر ماهوی در رویه معمول وجود داشته و آوردن کلمه معاهدات بین‌المللی هرچند شامل تمامی قراردادهای می‌شود؛ اما اصولاً قراردادهای ساده و اجرایی از دایره آن خارج بوده و نیازمند تصویب پارلمان نیست.

نتیجه‌گیری

امروزه منافع کشورها در گسترده‌ی روابط که با دیگر کشورها دارند، قابل تأمین است. برای همین مهم است که کشورها با انعقاد معاهدات بین‌المللی دوجانبه و چندجانبه اقدام به قانون‌مندی روابط خود با دیگر کشورها می‌کنند. تا از یک‌سو روابط بین‌المللی خویش را وارد چارچوب قواعد و اصول کرده و از سویی از تجاوز به منافع خود و دیگران جلوگیری کنند. گاهی نیز برای ایجاد یک رابطه جدیدی اقدام به انعقاد یک معاهده با دولت‌های دیگر می‌کنند. برای اینکه این معاهدات بتواند التزام لازم برای کشورها را ایجاد کند، لازم است تا مورد تأیید و تصویب مقام صالح که در حقوق اساسی هر کشور برای انجام این کار پیش‌بینی شده، برسد.

حقوق بین‌الملل، به‌خصوص انطباق با معیارهای بین‌المللی حقوق بشر، در مقدمه و احکام متعدد قانون اساسی و قوانین داخلی افغانستان ذکر شده است. در ماده ۷ قانون اساسی، رعایت منشور سازمان ملل متحد، سایر معاهدات تصویب شده بین‌المللی و اعلامیه جهانی حقوق بشر به‌عنوان تکلیف دولت پیش‌بینی شده است. در قانون اساسی افغانستان صلاحیت تصویب معاهدات بین‌المللی مربوط به قوه مقننه (پارلمان) است که



با در نظر داشت تشریفات خاصی اقدام به اعمال این صلاحیت می‌کند. در ماده ۹۰ در مورد وظایف و صلاحیت‌های پارلمان آمده که یکی از وظایف و صلاحیت‌های پارلمان، تصدیق و تصویب معاهدات بین‌المللی و میثاق‌های بین‌المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن‌ها است. بند پنجم این اصل می‌نویسد که «تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن» (قانون اساسی، ماده ۹۰: بند ۵) این ماده نشان می‌دهد که مقام صالح برای تصویب معاهدات در افغانستان مجلس شورای ملی است. با در نظر داشت قانون اساسی افغانستان صلاحیت تصویب معاهدات بین‌المللی مربوط به قوه مقننه یا مجلس شورای ملی است.

فهرست منابع

کتاب

۱. امیدي، علي، (۱۳۸۸)، حقوق بين الملل از نظريه تا عمل، تهران: نشر میزان.
۲. تدیني، عباس، (۱۳۸۰)، حقوق بين الملل ۱ و ۲، تهران: نشر مجد.
۳. ذوالعين، پرويز، (۱۳۸۶)، مباني حقوق بين الملل عمومي، تهران: وزارت امور خارجه.
۴. ضيايي بيگدلي، محمدرضا، (۱۳۸۸)، حقوق معاهدات بين المللي، تهران: نشر گنج دانش.
۵. ضيايي بيگدلي، محمدرضا، (۱۳۹۰)، حقوق بين الملل عمومي، تهران: گنج دانش.
۶. عاليخاني، محمد، (۱۳۰۸)، حقوق بين الملل، تهران: خط سوم.
۷. عنایت، سيد حسن، (۱۳۷۰)، تنظيم معاهدات بين المللي در حقوق کنونی ايران و...، تهران: نشر علامه طباطبائي.
۸. فلسفي، هدايت الله، (۱۳۷۹)، حقوق بين الملل، تهران: نشر نو.
۹. فن گلان، گرهارد، (۱۳۸۳)، حقوق بين الملل عمومي، (ترجمه: دکتر محمدحسين حافظيان)، جلد دوم، بی جا: بی نا.
۱۰. کنوست، ماندانا، راسخ افشار، (۱۳۸۶)، رهنمود انستيتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، ج ۲، (رويه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر)، (ترجمه: حسين غلامی)، آلمان: انستيتوت حقوق مقایسه ای عامه و حقوق بين الملل ماکس پلانک.

اسناد و قوانین

۱۱. عهدنامه ۱۹۶۹ وین در مورد معاهدات.
۱۲. قانون اساسی افغانستان مصوب ۱۳۸۲.

منابع انگلیسی

13. Al – Jaber, Mohammed Abed, Democracy, Human Rights and Law in Islamic Thought, centre for arab unity studies, Beirut 2009.
14. Lauter Pacht, International Law and Human Rights, USA. stern and sons, 1986.
15. Noori, Obaid Khan, Democracy in Afghanistan Challenges and Opportunities, Afghanistan: Ministry of Foreign Affairs of Afghanistan, Kabul, 2015

ارزیابی رعایت اصل تناسب در کیفرگذاری کودکان جزایی افغانستان با تأکید بر جرائم فساد اداری

محمد اقبال حقیار^۱

چکیده

کیفرگذاری هدفمند، به معنای سیاست‌گذاری در انتخاب نوع و میزان مجازات‌ها، مبتنی بر منطق پیش‌بینی‌پذیر و قاعده‌مند است که در آن آموزه‌های کیفرشناختی و جرم‌شناختی نقش اساسی دارد. تعیین مجازات متناسب با جرم و شرایط مجرم، فرآیندی پیچیده و نیازمند توجه به مؤلفه‌های مختلف است. رعایت اصل تناسب میان جرم و مجازات، به‌ویژه تناسب میان جرم ارتكابی و شخصیت مجرم، از چالش‌های بزرگ در نظام‌های کیفری است و نیازمند دقت در فرآیند کیفرگذاری است. در این تحقیق، چگونگی رعایت اصل تناسب در کیفرگذاری در کودکان جزایی افغانستان، با تأکید بر جرائم فساد اداری، مورد ارزیابی قرار گرفته است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که اصل تناسب در کودکان جزا افغانستان در ۱۵ گفتار از جمله ۳ گفتار احکام عمومی و ۱۲ گفتار جرائم فساد اداری رعایت نشده است. این پژوهش پیشنهاد می‌کند که در بازنگری و تعدیل کودکان جزا، علاوه بر توجه به یافته‌های تحقیق، رعایت اصل تناسب در دیگر بخش‌های کودکان نیز مدنظر گرفته شود.

کلیدواژه‌ها: اصل تناسب، کیفرگذاری، اهداف مجازات، نوعیت مجازات‌ها، میزان مجازات‌ها، کودکان جزا

۱. ماستری دانشگاه آزاد اسلامی - واحد کابل، کابل، افغانستان

ایمیل: iqbal.haqyar@gmail.com

مقدمه

کیفرگذاری هدفمند به معنای سیاست گذاری در زمینه مجازات، اعم از نوع و میزان، مبتنی بر یک منطق قابل پیش‌بینی و قاعده‌مند است و آموزه‌های علمی کیفرشناختی و جرم‌شناختی در آن نقشی پررنگ دارد. از این میان یکی اصل تناسب است؛ یعنی مجازاتی که انتخاب می‌شود باید با عمل ارتكابی و شخصیت مرتکب، متناسب باشد.

نظریه تناسب جرم و مجازات تحت تأثیر آموزه‌های مکاتب مختلف کیفری و جرم‌شناختی از جمله مکتب کلاسیک، نئوکلاسیک، تحقق‌ی و دفاع اجتماعی همواره در حال تحوّل و تکامل بوده است. منظور از تناسب جرم و مجازات تنها تناسب در درجه شدت کیفر نیست، بلکه تناسب میان جرم و مجازات هم در انتخاب نوع مجازات و هم در تعیین مقدار مجازات باید رعایت شود. اگر مجازات پیش‌بینی شده برای رفتار بیش از حد شدید یا برعکس بسیار ملایم باشد، اصل تناسب نقض شده است. (حاجی ده‌آبادی و سلیمی، ۱۳۹۸: ۱۱۲) مجازات یک بزه نمی‌تواند بدون توجه به صدمه و سرزنشی که جرم باعث آن است، صورت گیرد. به بیان دیگر، بین گستره خسارات ناشی از یک جرم یا قبح اجتماعی آن و مجازات مقرر باید تناسب و تعادل برقرار باشد. واقعیت آن است که یافتن مجازات نامتناسب به مراتب آسان‌تر از مجازات متناسب است. برای مثال، مجازات اعدام برای جرائم مربوط به رانندگی مسلماً نامتناسب است؛ اما تعیین مجازات متناسب با آن، دشوار می‌نماید. تناسب جرم و مجازات که رویکردی جرم‌محور است در اواخر سده نوزدهم تا اندازه زیادی جای خود را به رویکرد مجرم‌محور داد که مطابق آن مجازات نه تنها باید با جرم متناسب باشد، بلکه تناسب آن با شخصیت مجرم نیز ضروری است. (حاجی ده‌آبادی و سلیمی، ۱۳۹۳: ۷۲) به این ترتیب تناسب جرم و مجازات کافی نیست و افزون بر آن تناسب مجازات و مجرم مقوله مهم دیگری است که نباید مغفول بماند. ممکن است یک مجازات با جرم تناسب کافی داشته باشد؛ اما عدم تناسب همین مجازات با شخصیت مجرمان یک جرم خاص به ناکارآمدی آن بینجامد.

رعایت بایسته‌های جرم‌انگاری و تعیین مجازات متناسب، از نظر نوعیت و میزان که بیشترین کارایی را داشته باشد، امری است بسیار پیچیده و مستلزم تأمل بر مؤلفه‌های



متعددی که هرکدام مستلزم ارزیابی ژرف است. چالش‌های موجود در کود جزای افغانستان، نشان می‌دهد که معیار خاصی برای کیفرگذاری حاکم نیست و در این سند تقنینی بعضی جزاها از نظر نوع و میزان نامتناسب و از جهت تحقق اهداف، ناکارآمد هستند. اثر حاضر در پی ارزیابی رعایت اصل تناسب در کود جزایی افغانستان، طی دو مبحث احکام عمومی و جرائم و جزاها - فساد اداری را تبیین کرده است.

۱. احکام عمومی

در این مبحث رعایت اصل تناسب در احکام عمومی کود جزایی افغانستان بررسی می‌شود:

۱-۱. منع محاکمه مجدد

مقتضای اصل تناسب این است که مجازات از نظر نوع و میزان با جرم ارتكابی و شخص مجرم تناسب داشته باشد. در قسمت منع محاکمه مجدد، حکم طوری است که ممکن است یک وقت مجرمی بدون مجازات بماند و در وقت دیگر بری الذمه به ناحق محکوم به مجازات شود. چنین امری کاملاً در تناقض با اصل تناسب خواهد بود، چنان‌که دیده می‌شود: «(۱) شخصی که یکبار بخاطر ارتكاب یک جرم در محاکم داخلی مورد محاکمه قرار گرفته و بالای وی حکم صادر شده باشد، به دلیل بروز دلایل جدید بخاطر ارتكاب همان جرم نمی‌توان مجدداً وی را مورد محاکمه قرار داد». (کود جزا، ماده ۱۳)

در این ماده حکم بدون قید قطعیت تذکر یافته و حالات یا مواردی که ممکن است به اثر آن تجدید نظر در حکم یا الغای حکم صورت گیرد، تصریح نشده است. کود جزا اصل منع محاکمه مجدد را به صورت مطلق، بدون قید قطعی و بدون قید حالاتی که حکم به اثر تجدید نظر لغو شود، بیان کرده است. (رسولی و دیگران، ۱۳۹۸، ۱: ۸۱) به این مفهوم که بنابر حکم فوق، در صورت بروز دلایل جدید، نمی‌توان متهم را مجدداً مورد محاکمه قرار داد. درحالی‌که با بروز دلایل جدید، مواردی متصور است که مستلزم تحت محاکمه قرار دادن متهم به ارتكاب عین اتهام قبلی و تجدید نظر است. مثلاً فردی تحت عنوان رشوت گیرنده، مورد محاکمه قرار می‌گیرد و نسبت به عدم دلایل الزام بری‌الذمه شناخته می‌شود و حکم به برائت وی صادر می‌شود. بعداً به خاطر پیدایش دلایل اثبات (وجه

رشوت نزد متهم) یا لغو حکم بر اساس تجدید نظرخواهی، متهم مجدداً به خاطر اخذ رشوت محاکمه و محکوم به مجازات خواهد شد. در چنین حالتی اگر قانون‌گذار مبنی بر منع محاکمه مجدد، استثن قائل نشود، مجرم بدون مجازات خواهد ماند که با هیچ یک از اهداف کیفرگذاری سازگاری ندارد.

در مثال دیگر برعکس قضیه یادشده را می‌توان تصور کرد که ممکن است شخصی به اتهام اخذ رشوت، از سوی محکمه محکوم به مجازات شود و بعداً با پیدا شدن وجه رشوت نزد شخص دیگر از موظفین خدمات عامه که مسئولیت انجام همان وظیفه را داشته، به دلیل تجدید نظر خواهی یا بروز دلایل جدید، حکم به محکومیت محکوم علیه لغو یا ابطال شود و موصوف مجدداً محاکمه شود که در نتیجه یا به مجازات خفیف‌تر محکوم خواهد شد یا برائت حاصل خواهد کرد. این در حالی است که در قانون اجراءات جزایی عدم جواز تکرار محاکمه، به احکام قطعی مقید گردیده است نه تمامی احکام محاکم بدون قید. «بعد از صدور حکم قطعی در مورد یک دعوای جزائی محکوم علیه را نمی‌توان بار دیگر به اساس ظهور دلایل جدید یا به اساس تغییر وصف قانونی همان جرم محاکمه کرد». (قانون اجراءات جزایی، ماده ۲۹۵)

بنابراین در فقره (۱) ماده ۱۳ کود جزا، بنابر عدم پیش‌بینی استثنا در خصوص احکام غیرقطعی در صورت بطلان و در حالاتی که حکم به اثر تجدید نظر لغو شود، قانون‌گذار اصل تناسب را رعایت نکرده است.

۱-۲. مجازات سازمانده و عضو گروه سازمان‌یافته

در احکام مندرج مواد به گروه سازمان یافته و سازمانده، با آن‌که ظاهراً قانون‌گذار با در نظر داشت اصل تناسب میزان مجازات سازمانده و عضو خارجی گروه سازمان یافته را بیشتر از میزان مجازات عضو داخلی گروه سازمان یافته مقرر داشته است، ولی تحلیل دقیق این مواد نشان دهنده آن است که نه تنها اصل تناسب رعایت نشده، بلکه در مواردی ممکن است مجازات‌های مربوط به این بحث بر عکس در نظر گرفته شده باشد.

فهم بهتر این مسئله، ایجاب می‌کند که نخست مواد مربوط به سازمانده و گروه سازمان یافته به صورت دقیق مرور شود. سازمانده: «(۱) سازمانده شخصی است که گروه سازمان



یافته جرمی را تشکیل، رهبری، هدایت یا سازماندهی نماید. (۲) سازمانده به یک و نیم چند حد اکثر مجازات جرم مرتکبه محکوم می شود. مشروط بر این که مدت حبس از سی سال تجاوز ننماید». (کود جزا، ماده ۶۰)

گروه سازمان یافته جرمی: «(۱) گروه سازمان یافته جرمی عبارت است از تشکل منسجم سه نفر یا بیش از آن که به صورت منظم به هدف ارتکاب یک یا چند جرم جنایت یا جنحه، جهت حصول مستقیم یا غیر مستقیم منفعت فعالیت نماید. (۲) مرتکبین جرائم سازمان یافته به حد اکثر مجازات جرم مرتکبه، محکوم می گردند». (کود جزا، ماده ۶۱)

مرتکب جرم سازمان یافته: «(۱) مرتکب جرم سازمان یافته شخصی است که یک یا چند جرم مندرج این باب یا جنایات مندرج این قانون را توسط گروه سازمان یافته جرمی انجام دهد. (۲) گروه سازمان یافته جرمی عبارت از دسته تشکل یافته سه نفر یا بیش از آن است که برای مدت زمانی موجود بوده و با داشتن نقش های تعریف شده برای اعضای خود، بصورت منسجم، به هدف ارتکاب یک یا چند جرم مندرج این فصل یا جرم جنایت و دریافت منفعت مالی یا سایر منافع فعالیت نماید. (۳) مرتکب جرم سازمان یافته، به حد اکثر مجازات جرم ارتكابی، محکوم می شود. (۴) هرگاه مرتکب جرائم مندرج این فصل تبعه خارجی باشد، به یک و نیم چند مجازات جرم مرتکبه، محکوم می شود». (کود جزا، ماده ۴۹۵)

سازمانده گروه سازمان یافته جرمی: «(۱) سازمانده شخصی است که گروه سازمان یافته جرمی را تأسیس، تشکیل، رهبری، هدایت یا مدیریت نماید. (۲) سازمانده به یک و نیم چند حد اکثر مجازات جرم مرتکبه محکوم می شود، مشروط بر اینکه مجموع مدت حبس وی از میعاد حبس دوام درجه ۱ بیشتر نشود و در صورت عدم ارتکاب جرم، به حبس طویل تا ده سال، محکوم می شود». (کود جزا، ماده ۴۹۶)

کود جزای افغانستان با وضع میزان مجازات یک و نیم چند یا حد اکثر مجازات جرم ارتكابی، برای سازمانده یا مرتکب جرم سازمان یافته که تبعه داخلی یا خارجی باشد، به دلیل عدم رعایت اصل تناسب مجریان قانون را با مشکل مواجه ساخته است. به این مفهوم که اگر سازمانده و یا مرتکب جرم از نوع سازمان یافته، مرتکب جرایمی گردند که طبق احکام کود

جزا مجازات آن برای مرتکبین صرفاً اعدام پیش‌بینی شده باشد که شامل مواد (۱۷۰)، ۳۳۴، ۳۳۶، ۳۳۸ و ۶۴۱ است، در این صورت معیارهای «یک‌ونیم چند و حداکثر» محل تطبیق ندارد؛ زیرا جزای اعدام حد اکثر و یک‌ونیم چند را در خود نمی‌پذیرد.

دیده می‌شود که با (۳) فرض جداگانه قرار ذیل، اصل تناسب مورد نقض قرار گرفته است: در فرض اول که گروه سازمان یافته مرتکب جرمی شود که مجازات آن صرفاً اعدام پیش‌بینی شده باشد. کدام یک از اشخاص دخیل در جرم (عضوی که تبعه داخلی است، عضوی که تبعه خارجی است یا سازمانده) به جزای اعدام محکوم می‌شود. دیده می‌شود که در صورت محکومیت هر سه طیف مزبور به اعدام، به دلیل یک سان بودن مجازات از نظر نوع و میزان میان سازمانده و عضو گروه سازمان یافته، اصل تناسب رعایت نخواهد شد. فرض دوم با در نظر داشت فقرات (۲) مواد (۶۰ و ۴۹۶) کود جزا، سازمانده به یک‌ونیم چند مجازات پیش‌بینی شده محکوم می‌شود، مشروط بر این که میزان آن از حد اکثر حبس دوام درجه ۱ یا حبس (۳۰) سال تجاوز نکند.

اگر مجازات جرم ارتكابی اعدام یا حبس دوام درجه ۱ باشد، مانده این حکم «۱... - در صورت ارتكاب جرم مندرج جزء ۱ حسب احوال به حبس دوام درجه ۱ یا اعدام...» (کود جزا، ماده ۳۳۶) در این جا دیده می‌شود که حد اکثر مجازات اعدام است و اعدام یک‌ونیم چند را در خود نمی‌پذیرد، در صورت دیگر اگر قاضی بخواهد عضو گروه سازمانده یافته را به حداکثر مجازات (اعدام محکوم نماید) و سازمانده یا عضو خارجی گروه سازمان یافته را به حبس محکوم نماید تا شامل حالت (یک‌ونیم چند) شود، باز هم قید عدم تجاوز میزان حبس از حبس دوام درجه ۱ یا حبس (۳۰) سال باعث می‌شود که قاضی فقط تا (۳۰) حبس، حکم کند. در این صورت مجازات معکوساً متناسب خواهد بود؛ یعنی عضو داخلی گروه سازمان یافته به مجازات بیش‌تر و شدیدتر از مجازات سازمانده و یا عضو خارجی گروه سازمان یافته، محکوم خواهد شد.

در فرض سوم می‌توان چنین بیان کرد که ممکن است گاهی فقط مجازات جرم ارتكابی حبس دوام درجه ۱ در نظر گرفته شده باشد، مانند «۲... - در صورت ارتكاب یکی از جرائم مندرج اجزای ۲ تا ۵، به حبس دوام درجه ۱». (کود جزا، ماده ۳۳۶) در این حالت نیز



اصل تناسب رعایت شده نمی‌تواند؛ زیرا حد اکثر میزان مجازات حبس دوام درجه ۱، (۳۰) سال است که در مورد عضو داخلی گروه سازمان یافته حکم می‌شود، در عین وقت چون در مورد سازمانده و یا عضو خارجی گروه سازمان یافته قید (عدم تجاوز میزان حبس از (۳۰) سال) وجود دارد، دو طیف دوم نیز به حبس (۳۰) محکوم خواهند شد که هیچ تفاوتی میان حبس سازمانده، عضو خارجی گروه سازمان یافته و عضو داخلی گروه سازمان یافته وجود نخواهد داشت و چنین رویکردی به صراحت نشان دهنده عدم رعایت اصل تناسب است.

۱-۳. عدم تصریح حد اقل میزان مجازات تکرار جرم

قانون‌گذار حکم مجازات تکرار جرم را چنین بیان می‌کند «مجرم متکرر به مجازات ذیل محکوم می‌شود: ۱. در جرائم تکرار خاص، مرتکب به مجازاتی که ازدو چند حد اکثر مجازات اصل جرم، بیش‌تر نباشد. ۲. در جرائم متکرر عام، مرتکب به مجازات حد اکثر یک‌ونیم چند مجازات اصل جرم». (کود جزا، ماده ۸۳) در میزان مجازات تکرار جرم، بدون ذکر حد اقل فقط قید به عدم جواز بیش‌تر از حد اکثر گذاشته شده است. وقتی حد اقل میزان مجازات قید نشود، مجازات مشدده تلقی شده نمی‌تواند؛ زیرا اگر قاضی به نصف مجازات اصل جرم بر مرتکب حکم کند، باز هم مخالف نص قانون نخواهد بود. چون میزان نصف مجازات اصل جرم نیز بیش‌تر از دوچند حد اکثر نیست. درحالی که تکرار جرم از حالات مشدده است و مطابق اصل تناسب تقاضای تشدید را دارد. لازم است قانون‌گذار با درنظر داشت اصل تناسب این جزاها را بصورت دقیق با بیان حد اقل و حد اکثر آن تصریح نماید تا در حین تطبیق نص برای قاضیان و مجریان قانون مشکلی وجود نداشته باشد و اصل تناسب به‌صورت دقیق رعایت شود.

۱-۴. تناسب جرائم و جزاها (فساد اداری)

در مورد رعایت اصل تناسب، میثاق مبارزه با فساد اداری سازمان ملل متحد چنین حکم می‌کند:

۱. دول عضو برای ارتکاب جرائم پیش‌بینی شده در این میثاق با درنظرداشت شدت و خفت آن، مجازات متناسب را در نظر می‌گیرند. (میثاق مبارزه با فساد اداری، ۱۳۸۶،

ماده ۳۰) هم‌چنان در مورد رعایت اصل تناسب در جرم انگاری و مجازات فساد اداری، تناسب جزایی را در مرحله سوم در سکتور خصوصی چنین توجیه می‌نمایند: «۱ - دول عضو در مطابقت با اصول اساسی و قوانین داخلی‌شان، تدابیری را اتخاذ می‌نمایند تا از فساد اداری در بخش خصوصی جلوگیری نمایند و نیز در موارد لازم به منظور تقویت معیارهای حسابداری و تفتیش در بخش خصوصی، در صورت عدم رعایت تدابیر فوق الذکر مجازات متناسب و بازدارنده مدنی، اداری و جزایی را پیش‌بینی می‌نمایند». (میثاق مبارزه با فساد اداری، ۱۳۸۶، جزئی، ۱۰ ماده ۳۰)

۲. رشوت و مجازات آن

جدول (۱) اصل تناسب مجازات با جرم ارتكابی در رشوت

شماره	مقدار وجه رشوت	مجازات رشوت گیرنده	مجازات رشوت دهنده/واسطه رشوت
۱	تا ده هزار افغانی	حبس قصیر	جزای نقدی پنج برابر وجه رشوت
۲	بیش از ده هزار تا بیست هزار افغانی	حبس متوسط تا دو سال	جزای نقدی از پنج تا ده برابر وجه رشوت
۳	بیش از بیست هزار تا پنجاه هزار افغانی	حبس متوسط از دو تا چهار سال	حبس قصیر
۴	بیش از پنجاه هزار تا یکصد هزار افغانی	حد اکثر حبس متوسط	حبس متوسط یک تا سه سال
۵	بیش از یکصد هزار تا یک میلیون	حبس طویل تا ده سال	به حبس متوسط سه تا پنج سال
۶	بیش از یک میلیون افغانی	حبس طویل بیش از ده سال	حبس طویل تا ده سال
۷	(۲) هرگاه وجه رشوت پول نقد، جنس یا منفعت مادی نباشد	حبس قصیر یا متوسط	حبس قصیر یا متوسط

در جزء ۷ جدول فوق، دیده می‌شود که مطابق فقرات (۲) ماده ۳۷۱ و ۳۷۲ کود جزا، هرگاه وجه رشوت پول نقد، جنس یا منفعت مادی نباشد، مرتکب صرف نظر از این‌که



رشوت دهنده است یا رشوت گیرنده، به حبس قصیر یا متوسط محکوم می‌شود. این در حالی است که میزان مجازات رشوت گیرنده به دلیل صلاحیت و اختیاری که دارد، بیش‌تر از میزان مجازاتی که برای رشوت دهنده در نظر گرفته می‌شود، مد نظر است.

در عین وقت رویکرد کیفرگذاری کودکان جزا در این زمینه طوری بوده که یک زمان ممکن است رشوت دهنده و رشوت گیرنده، هردو به حبس قصیر محکوم شوند، یک زمان دیگر ممکن است هردو طرف به حبس متوسط محکوم گردند. نامتناسب‌تر از این دو مورد؛ ممکن است یک زمان دیگر حتی رشوت دهنده به حبس متوسط و رشوت گیرنده به حبس قصیر محکوم شود. بنابراین قانون‌گذا در تعیین میزان مجازات در صورتی که وجه رشوت پول نقد، جنس یا منفعت مادی نباشد، اصل تناسب را رعایت نکرده است.

۲-۱. عدم تصریح رشوت در حزب سیاسی و جمعیت

با این‌که موضوع جرم رشوت در کودکان جزا، همانند قانون جزا از عمومیت لازم برخوردار است که حتی در ماده ۳۸۳ شروع به جرم رشوت در حکم ارتکاب جرم تام رشوت دانسته شده است؛ اما با وجود این همه توسعه، رشوت در حزب سیاسی و جمعیت مورد غفلت قرار گرفته است؛ (حسینی و بلاغت، ۱۳۹۸: ۱۰۰) زیرا به دلیل تصریح به جمعیت در جرم اختلاس و جرم در حکم اختلاس مواد (۳۸۸ و ۳۸۹) و به دلیل حصری بودن موارد یاد شده در ماده ۳۷۰ و بر اساس تعریف قانونی مؤسسه غیر دولتی و مؤسسه خصوصی، این اصطلاحات شامل جمعیت و حزب سیاسی نیست. از این توضیحات چنین برداشت می‌شود که قانون‌گذار از یک سو دامنه جرم رشوت را به حدی گسترش داده که حتی شروع به جرم را برابر با جرم تام دانسته، ولی از سوی دیگر موارد بارز رشوت را که در حزب سیاسی و جمعیت قابل تحقق است، اصلاً جرم‌انگاری نکرده که نشانه بارزی از عدم رعایت اصل تناسب در جرم‌انگاری و تعیین میزان کیفر برای اعمال جرمی است.

۲-۲. مجازات رشوت شخص حکمی

ایراد فوق در بحث مجازات جرم رشوت شخص حکمی نیز متصور است؛ زیرا قانون‌گذار بدون تفکیک میزان یا نوعیت مجازات بین رشوت گیرنده، رشوت دهنده یا واسطه رشوت، شخص حکمی را به ده برابر مقدار رشوت، محکوم کرده است. چنان‌که حکم می‌کند:

«هرگاه جرم رشوت توسط رئیس، ممثل یا نماینده قانونی شخص حکمی به نام، حساب یا منفعت شخص حکمی ارتکاب گردیده باشد، شخص حکمی به جزای نقدی ده برابر مقدار رشوت، محکوم می شود. این حکم مانع تطبیق مجازات بر اشخاص حقیقی نمی شود.»
به نظر می رسد، در این جا تناسب وجود ندارد؛ زیرا اگر شخص رشوت دهنده، رشوت گیرنده یا واسطه باشد، در همه حال به عین میزان مجازات می شود، در حالی که مطابق رویه کود جزا، مجازات رشوت دهنده یک درجه پایین تر از رشوت گیرنده است.

۲-۳. مجازات رشوت موظفین خدمات عامه

ایراد مزبور در قسمت مجازات رشوت موظفین خدمات عامه نیز مصداق دارد؛ زیرا بدون در نظر داشت این که مرتکب، رشوت دهنده، رشوت گیرنده یا واسطه باشد، علاوه بر حد اکثر مجازات مندرج فصل مربوط، به طرد از مسلک یا انفصال از وظیفه، نیز محکوم می شود. «(۱) هرگاه رشوت گیرنده، رشوت دهنده یا واسطه رشوت، مأمور ضبط قضایی، سارنوال یا موظف سارنوالی، قاضی یا موظف محکمه، موظفین ادارات حقوق و قضایای دولت، منسوبین نظامی بست جنرالی و کارکنان غیر نظامی بست دوم و بالاتر از آن باشد، مرتکب علاوه بر حد اکثر مجازات مندرج این فصل، به طرد از مسلک یا انفصال از وظیفه، نیز محکوم می شود. (۲) سایر موظفین خدمات عامه در صورتی به طرد از مسلک یا انفصال از وظیفه، محکوم می گردند که اندازه رشوت بیش از ده هزار افغانی باشد. (۳) هرگاه مقامات ذی صلاح پیشنهاد کننده، شخصی را که مطابق احکام مندرج فقره های (۱) و (۲) این ماده به طرد از مسلک محکوم گردیده، با وجود علم به محکومیت وی، تقرر او را به مقامات ذی صلاح منظور کننده پیشنهاد نماید، به حبس قصیر، محکوم می شود.» (کود جزا، ماده ۳۷۵)

در فقرات (۱) و (۲) این ماده، اصل تناسب رعایت نشده است. قانون گذار به حدی این مسئله را جدی پنداشته که در فقره (۳) برای تحقق آن ضمانت اجرا نیز وضع می کند.

۳. اختلاس و مجازات آن

قانون گذار در تعیین مجازات اختلاس، دو شاخص مرتکب و میزان مال اختلاس شده را ملاک قرار داده و بر اساس آن مجازات این جرم را معین کرده است. بر اساس معیار مرتکب



مجازات موظف خدمات عامه را که مرتکب اختلاس شده است، بیش از غیر موظف خدمات عامه تعیین کرده است. (رسولی و دیگران، ۱۳۸۹، ۲: ۵۵۸)

جدول (۲) اصل تناسب مجازات با جرم ارتكابی در اختلاس

ردیف	مقدار وجه اختلاس	مجازات اختلاس موظف خدمات عامه	مجازات اختلاس موظف موسسه غیر دولتی
۱	تا یک صد هزار افغانی	حبس متوسط تا دو سال	حبس متوسط تا دو سال
۲	بیش از یک صد هزار تا پنجمصد هزار افغانی	حبس متوسط بیش از دو سال	حبس متوسط بیش از دو سال
۳	بیش از پنج صد هزار تا یک میلیون افغانی	حبس طویل تا ده سال	حد اکثر حبس متوسط
۴	بیش از یک میلیون تا ده میلیون افغانی	حد اکثر حبس طویل	حبس طویل تا هفت سال
۵	بیش از ده میلیون افغانی	حبس دوام درجه ۲	حبس طویل تا ده سال

بر اساس منطق جزایی که قانون‌گذار آن را در تعیین مجازات جرائم لحاظ کرده است، فرق گذاشتن در حمایت جزایی از اموال و دارایی دولتی از غیر آن است. حمایت جزایی از اموال و دارایی‌هایی که متعلق به نهادهای دولتی افغانستان نیست، در صورتی که عنوان اختلاس صورت گرفته باشد، باید متفاوت‌تر و کم‌تر از اموال و دارایی دولتی باشد؛ زیرا اموال دولتی نیازمند حمایت بیشتری است؛ زیرا این اموال متعلق به همه است و هم اینکه حمایت و توجه مردم به اموال دولتی کم‌تر از اموال شخصی آنها است. پس اموال دولتی بیش‌تر در معرض آسیب و تعرض است.

از مقایسه اجزای پنج‌گانه فوق، با نظر داشت مواد ۳۹۱ و ۳۹۲ کد جزا، چنین برمی‌آید که اجزای ۱ و ۲ با اجزای ۳ الی ۵ تناسب ندارد؛ به این مفهوم که در اجزای ۱ و ۲ قانون‌گذار هیچ تفاوتی میان میزان مجازات یا نوع مجازات موظف خدمات عامه در صورت ارتکاب اختلاس با موظف مؤسسه غیر دولتی، مؤسسه خصوصی یا جمعیت در صورت ارتکاب اختلاس در نظر نگرفته، ولی در اجزای ۳ الی ۵ تفاوت بارزی میان مجازات در نظر گرفته شده است. این امر نمایان‌گر عدم رعایت اصل تناسب میان اجزای ۱ و ۲ با اجزای ۳ الی ۵ است.

۴. مجازات سوء استفاده از نفوذ

قانون‌گذار در طی مواد (۴۰۰ و ۴۰۱) کود جزا، در مورد ارتکاب جرم سوء استفاده از نفوذ به ترتیب مجازات‌های «نقدی، بدیل حبس و حبس» را به عنوان مجازات اصلی این جرم در نظر گرفته شده است.

از مقایسه این دو ماده چنین بر می‌آید که بدیل حبس مقرر در ماده (۴۰۰) کود جزا از نظر شدت، پایین‌ترین درجه مجازات دانسته شده و در ماده (۴۰۱) بعد از جزای نقدی مقرر گردیده است؛ اما در صورت تخلف محکوم از شرایط بدیل حبس، مدت باقی مانده بدیل حبس به حبس تنفیذی تبدیل می‌شود. (رسولی و دیگران، ۱۳۹۸، ۲: ۵۸۰) در این صورت ممکن است به مراتب از حبس قصیر در جزء دوم ماده (۴۰۰) بیشتر باشد که قابل دفاع و توجیه نبوده و قطعاً با اصل تناسب مطابقت ندارد. بنابراین در صورتی که بدیل حبس به صورت الزامی پیش‌بینی شده بود باید نوع و میزان آن نیز معین می‌شد تا از چنین عدم تناسب جلوگیری می‌شد.

۵. مجازات سوء استفاده از وظیفه یا موقعیت

در قسمت سوء استفاده موظف خدمات عامه، کود جزا دو حکم را در یک ماده به نحوی گنجانیده که به نظر می‌رسد اصل تناسب در آن رعایت نشده است، «(۱) هرگاه موظف خدمات عامه به منظور کسب منفعت نا مشروع برای خود یا شخص دیگری برخلاف قانون، عملی را اجرا یا از آن امتناع نماید، مرتکب جرم سوء استفاده از وظیفه گردیده، به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا سه صد هزار افغانی، محکوم می‌شود. (۲) مرتکب جرم مندرج فقره (۱) این ماده، به انفصال از وظیفه و طرد از مسلک نیز محکوم می‌شود. (۳) هرگاه یکی از مقامات مندرج ماده ۱۵۱ قانون اساسی افغانستان در مدت تصدی وظیفه، معامله انتفاعی را با دولت انجام دهد، به جزای نقدی معادل قیمت معامله انجام شده محکوم می‌شود». (کود جزا، ماده ۴۰۳)

جدول (۳) مقایسه احکام مندرج فقرات ۱ و ۲ با فقره ۳ مجازات کارکن خدمات عامه



شماره	شخصیت مرتکب	تفصیل موضوع جرم	مجازات
۱	موظف خدمات عامه	بمنظور کسب منفعت نامشروع برای خود یا شخص دیگری برخلاف قانون، عملی را اجراء یا از آن امتناع نماید	حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا سه صد هزار افغانی و انفصال از وظیفه و طرد از مسلک
۲	یکی از مقامات مندرج ماده ۱۵۱ قانون اساسی افغانستان	انجام معامله انتفاعی با دولت	جزای نقدی معادل قیمت معامله انجام شده

از مقایسه احکام مندرج در فقرات ۱ و ۲ با فقره ۳ و با توجه بر این که زمینه ارتکاب جرم برای مقامات مندرج ماده (۱۵۱) به لحاظ اعمال نفوذ و اختیاراتی که دارند، به مراتب سهل تر است نسبت به سایر موظفین خدمات عامه، ولی قانون گذار به گونه نامتناسب مجازات این جرم را برای موظفین خدمات عامه از لحاظ نوع و میزان شدیدتر و بیشتر از کسانی در نظر گرفته که شامل فقره (۳) این ماده هستند.

شاید این استدلال نیز مطرح شود که مرتکبین شامل فقرات (۱ و ۲) به منظور کسب منفعت نامشروع برای خود یا شخص دیگری برخلاف قانون، عملی را اجرا یا از آن امتناع کرده اند، ولی شخص شامل در فقره (۳) فقط معامله انتفاعی را با دولت انجام داده است. از آن جهت قانون گذار وجه افتراقی در نوع و میزان مجازات را در نظر گرفته است ولی دقت مسئله نشانه آن است که شخص شامل در فقره (۳) نیز برخلاف قانون و به منظور کسب منفعت نامشروع مرتکب عملی شده است؛ زیرا قانون اساسی حکم می کند که «رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور، وزرا، رئیس و اعضای ستره محکمه، لوی سارنوال، روسای بانک مرکزی و امنیت ملی، والیان و شاروالها در مدت تصدی وظیفه نمی توانند هیچ معامله انتفاعی را با دولت انجام دهند.» (قانون اساسی، ماده ۱۵۱) بنابر این عمل ارتكابی برخلاف قانون اساسی بوده و کسب منفعت برخلاف قانون نیز بر مبنای منطوق اولی، نامشروع است که از وجوه مشترک جرم ارتكابی میان (۱ و ۳) است.

۶. مجازات تزویر

۶-۱. تزویر با هدف ارتکاب جرم تروریستی

قانون‌گذار در قسمت مجازات تزویر، شش نوع اشیا را از طیفی می‌داند که اگر به منظور ارتکاب جرم تروریستی، تزویر شود، مرتکب با رعایت حکم ماده (۲۷۸) مجازات خواهد شد:

(۱) شخصی که یکی از اشیای آتی را به قصد تزویر بسازد یا با وجود علم به تزویر، آن را استعمال یا به کشور وارد نماید، به حبس متوسط، محکوم می‌شود: ۱. مهر، تاپه یا علامه یکی از ادارات یا تصدی‌های دولتی؛ ۲. مهر، امضاء یا علامه یکی از موظفین خدمات عامه؛ ۳. علامه رسمی مشخصه عیار طلا و نقره؛ ۴. جدول معاش یا اسناد صادره خزاین دولت؛ ۵. اوراق مالی بانک‌ها که صدور آن قانوناً مجاز باشد؛ ۶. شهادت نامه یا اسناد تحصیلی اعم از داخلی و خارجی؛ ۷. جواز شرکت‌های غیر واقعی (خیالی)؛ ۸. لایسنس و جواز سیر؛ ۹. تذکره تابعیت؛ ۱۰. پاسپورت؛ ۱۱. سند مسافرت؛ ۱۲. سند اقامت؛ ۱۳. سایر اسنادی رسمی که از طرف مراجع دولتی ترتیب و صادر می‌شود. (۲) شخصی که اسناد مندرج اجزای ۸ تا ۱۳ فقره (۱) این ماده را به منظور ارتکاب جرم تروریستی تزویر نماید، با رعایت حکم ماده ۲۷۸ این قانون مجازات می‌شود.» (کود جزا، ۴۳۷)

در فقره (۲) این ماده با اتخاذ سیاست جنایی افتراقی، برای اسناد مندرج اجزای ۸ تا ۱۳ فقره (۱) در صورتی که به منظور ارتکاب جرم تروریستی، تزویر شده باشد، حکم خاصی وضع شده است. در حالی که اسناد مندرج اجزای ۱ و ۲ فقره (۱) این ماده (۱). مهر، تاپه یا علامه یکی از ادارات یا تصدی‌های دولتی. ۲. مهر، امضاء یا علامه یکی از موظفین خدمات عامه) بیشتر ممکن است به منظور ارتکاب جرائم تروریستی تزویر گردند. به نظر می‌رسد، عدم درج این دو جزء در فقره (۲) این ماده اصل تناسب را خدشه‌دار ساخته و حکم ماده (۴۷۳) کود جزا نامتناسب تلقی شود.

۶-۲. مجازات تزویر کننده

پس از مقایسه احکام مواد (۴۳۷) با (۴۴۰)، رعایت اصل تناسب به سه لحاظ مورد تبصره و ارزیابی قرار گرفته و در ذیل بیان شده است.

جدول (۴) مقایسه ماده ۴۳۷ با ۴۴۰ کد جزا

مجازات تزویر کننده ماده ۴۳۷	استفاده بدون صلاحیت از مهر ماده ۴۴۰
(۱) شخصی که یکی از اشیای آتی را به قصد تزویر بسازد یا با وجود علم به تزویر، آن را استعمال یا به کشور داخل نماید، به حبس متوسط، محکوم می‌شود: ۱ - مهر، تاپه یا علامه یکی از ادارات یا تصدی‌های دولتی. ۲ - مهر، امضاء یا علامه یکی از مؤلفین خدمات عامه. ۳ - علامه رسمی مشخصه عیار طلا و نقره. ۴ - جدول معاش یا اسناد صادره خزاین دولت. ۵ - اوراق مالی بانکها که صدور آن قانوناً مجاز باشد. ۶ - شهادت نامه یا اسناد تحصیلی اعم از داخلی و خارجی. ۷ - جواز شرکت‌های غیر واقعی (خیالی). ۸ - لایسنس و جواز سیر. ۹ - تذکره تابعیت. ۱۰ - پاسپورت. ۱۱ - سند مسافرت. ۱۲ - سند اقامت. ۱۳ - سایر اسنادی رسمی که از طرف مراجع دولتی ترتیب و صادر می‌شود...	(۱) شخصی که بدون صلاحیت، مهر اداره یا تصدی دولتی را بدست آورد و آن را به ضرر منافع عامه یا خصوصی استعمال کند، به حبس متوسط، محکوم می‌شود. (۲) شخصی که بدون صلاحیت مهر اداره غیر دولتی را بدست آورده و آن را به ضرر منافع عامه یا خصوصی استعمال کند، به حبس قصیر، محکوم می‌شود.

اول: شخصی که مهر یکی از ادارات یا تصدی‌های دولتی را استعمال نماید، مطابق حکم فقره (۱) ماده (۴۳۷) به حبس متوسط محکوم می‌شود و در عین وقت شخصی که مهر یکی از ادارات یا تصدی‌های دولتی را به ضرر منافع عامه یا خصوصی استعمال نماید، مطابق حکم فقره (۱) ماده (۴۴۰) به حبس متوسط محکوم می‌شود. در حکم اولی به اثر استعمال مهر اداره دولتی هیچ‌گونه ضرری متوجه منافع عمومی یا خصوصی نشده است، ولی در حکم دومی به منافع عامه یا خصوصی ضرر وارد شده است؛ اما مجازات هردو جرم حبس متوسط است.

دوم: شخصی که مهر اداره غیر دولتی را به ضرر منافع عامه استعمال نماید، مطابق حکم فقره (۲) ماده (۴۴۰) به حبس قصیر محکوم می‌شود. در حکم مندرج فقره (۱) ماده (۴۳۷) چنان‌که بیان گردید، ممکن است از اثر استعمال مهر اداره دولتی هیچ‌گونه ضرری متوجه منافع عمومی یا خصوصی نباشد، ولی مرتکب آن به حبس متوسط محکوم خواهد



شد. در این حکم نیز قانون‌گذار بدون توجه به ضرر ناشی از جرم و بدون در نظر داشت ضرر به منافع عامه یا خصوصی خلاف اصل تناسب، مجازات نامتناسب وضع کرده و حتی مجازات جرمی را که از آن ضرر به منابع عامه یا خصوصی مترتب می‌شود، کم‌تر از میزان مجازات جرمی در نظر گرفته است که از اثر ارتکاب آن به منافع عامه یا خصوصی متصور نیست.

سوم: با در نظر داشت حکم مندرج ماده (۴۴۰) و با در نظر داشت قید «ضرر منافع عمومی و یا خصوصی» در صورتی که استفاده از مهر به ضرر منافع عامه یا منافع خصوصی نباشد، جرم مندرج این ماده تحقق نیافته است. (رسولی و دیگران، ۱۳۹۸، ۲: ۶۵۰) چنین شخصی محکوم به مجازات جرم استفاده بدون صلاحیت از مهر مطابق این ماده نمی‌شود. در حالی که بر حسب حکم فقره (۱) ماده (۴۳۷) نفس استعمال آن با وجود علم به تزویر، جرم‌انگاری شده است که چنین جرم‌انگاری دوگانه نیز نمادی از عدم رعایت اصل تناسب است.

اصل تناسب دربردارنده این مفهوم و معنا است که باید میان جرم و مجازات، توازن و هماهنگی وجود داشته باشد؛ این گونه که هرچه جرم زیان‌بارتر باشد و با ارزش‌های اجتماعی مابین داشته باشد، نکوهیده‌تر و در نتیجه با مجازات شدیدتری پاسخ داده می‌شود. برعکس، هرچه جرم، آثار ویران‌گر فردی و اجتماعی کم‌تری داشته باشد و کم‌تر به ارزش جامعه تعرض کند، مجازات خفیف‌تری خواهد داشت. (جوانبخت و محمدی، ۱۳۹۵: ۱۵۵)

از مباحث سه گانه فوق چنین برمی‌آید که قانون‌گذار بدون توجه به ضرر ناشی از جرم و بدون در نظر داشت ضرر وارده به منافع عامه یا خصوصی و خلاف اصل تناسب، مجازات نامتناسب وضع کرده است. در حالی که لازمه اصل تناسب این است که قانون‌گذار، پیامدهای ناشی از ارتکاب جرم را در نظر گرفته و مجازات متناسب با جرم ارتكابی وضع نماید.

۳-۶. تزویر توسط موظف خدمات عامه یا سایر اشخاص

قانون‌گذار میزان مجازات تزویر در اسناد توسط موظف خدمات عامه را از نظر میزان کم‌تر از میزان مجازات ارتکاب تزویر توسط افراد عادی (غیر موظف خدمات عامه) پیش‌بینی



کرده است. چنان‌که می‌بینیم «(۱) هرگاه موظف خدمات عامه در اثنای اجرای وظیفه، احکام صادره، تصاویر، وثایق، کتب ثبت اسناد، دفاتر و سایر اسناد و نوشته‌های رسمی را عمداً تزویر نماید، به حبس طویل، محکوم می‌شود. (۲) هرگاه تزویر مندرج فقره (۱) این ماده در اسناد عرفی صورت گیرد، مرتکب حسب احوال به حبس قصیر یا حبس متوسط که از دو سال بیش‌تر نباشد، محکوم می‌شود. (۳) هرگاه جرائم مندرج فقره‌های (۱ و ۲) این ماده توسط سایر اشخاص صورت گرفته باشد مرتکب حسب احوال، به حبس متوسط یا حبس طویل تا ده سال، محکوم می‌شود». (کود جزا، ماده ۴۳۸)

طوری‌که دیده می‌شود، برای ارتکاب این جرم توسط موظف خدمات عامه مطابق فقره (۲) ماده مزبور مجازات حبس قصیر یا حبس متوسط که از دو سال بیش‌تر نباشد حکم شده در حالی که برای مرتکب این جرم توسط اشخاص دیگر (غیر از خدمات عامه) طبق فقره (۳) همین ماده، جزای حبس متوسط یا طویل تا ده سال تعیین گردیده است. اصل تناسب مقتضی آن است که وصف موظف خدمات عامه بودن از جمله حالات مشدده در ارتکاب جرم باشد نه احوال تخفیف مجازات؛ اما قانون‌گذار دقیقاً برعکس این اصل به عوض برخورد سخت‌گیرانه با موظف خدمات عامه در ارتکاب جرم تزویر، میزان مجازات وی را هم در حد اقل و هم در حد اکثر به مراتب کم‌تر از افراد عادی در نظر گرفته و مجازات مشدده را برای افراد عادی پیش‌بینی کرده است.

۴-۶. ترتیب تصدیق مزور

ترتیب تصدیق مزور یکی از موارد خاص تزویر است و به همین اساس، تحت عنوان جرمی مشخصی توسط قانون‌گذار جرم‌انگاری شده است:

«(۱) هرگاه طبیب، جراح یا قابله یا سایر موظفین طبی، تصدیق مزور را با وجود علم در موارد موجودیت یا عدم موجودیت حمل، مرض روحی یا روانی، ضرب، جرح، کسر، عیب یا وفات و یا سایر موارد به شخص بدهد، به حبس متوسط تا سه سال، محکوم می‌شود. (۲) هرگاه جرم مندرج فقره (۱) این ماده به اثر طلب چیزی برای خود و یا شخص دیگری و یا در بدل قبول و یا اخذ وعده یا بخشش ارتکاب شود، مرتکب به جزای جرم رشوت مندرج این قانون، محکوم می‌شود». (کود جزا، ماده ۴۴۱)

به نظر می‌رسد حکم مزبور از دو لحاظ نامتناسب وضع شده است:

الف. بر اساس فقره (۱) این ماده در صورتی که طبیب با هر موظف طبّی، تصدیق مزور را بدون طلب چیزی به هر صورتی که باشد، به شخصی بدهد، به حبس متوسط تا سه سال محکوم خواهد شد، ولی به فرض مثال اگر عین سند را در بدل قبول و یا اخذ (۱۰/۰۰۰) افغانی به شخص بدهد، بر اساس فقره (۲) این ماده به جزای جرم رشوت مندرج این قانون محکوم می‌شود.

ب. با در نظر داشت فقره (۲) در اصل تعدد در جرم و رشوت به هدف جرم دیگری، یعنی به هدف ترتیب تصدیق مزور است که قانون‌گذار با قید «به جزای جرم رشوت مندرج این قانون محکوم می‌شود» این حکم را از حالت اصلی بیرون و نامتناسب ساخته است. از تبیین دو مسئله فوق برمی‌آید که در وضع حکم این ماده و مجازات مقرر بر آن، اصل تناسب در نظر گرفته نشده و مجازات نامتناسبی برای مرتکب ترتیب تصدیق مزور بدون عوض و مرتکب ترتیب تصدیق مزور در بدل عوض، وضع شده است.

۵-۶. تزویر سند جهت اثبات معلولیت

با توجه به امتیازات خاصی که دولت برای معلولین، مجروحین و ورثه شهدا پیش‌بینی کرده است، زمینه سوءاستفاده از این عناوین و انگیزه تزویر اسناد برای اثبات معلولیت دروغین به وجود آمده است. معلول شخصی است که بنابر ضایعه جسمی، حسی، ذهنی و روانی یا توأم، به تشخیص کمیسیون صحتی، سلامت و کارایی خود را طوری از دست بدهد که موجب کاهش توانمندی او در عرصه‌های اجتماعی یا اقتصادی شود. (قانون حقوق و امتیازات معلولین، ماده ۲) رفتار مجرمانه این جرم، تزویر تصدیق برای اثبات معلولیت است. اگر مرتکب خودش یا توسط شخص دیگر برای خودش، یا شخص دیگر تصدیق پزشک یا جراح را برای اثبات معلولیت خود یا دیگری تزویر نماید، در صورتی که شخص خودش تصدیق مذکور را تزویر نماید، این شخص به عنوان فاعل و مباشر جرم تزویر تصدیق معلولیت قابل مجازات است.

اگر شخصی برای تزویر از شخص دیگری استفاده کند و شخص دیگری چنین تصدیقی را تزویر نماید، در این صورت مباشر و فاعل تزویر شخصی است که چنین تصدیقی را



تزویر کرده و فردی که برای معلولیت خود یا دیگری، تصدیق مزور را استفاده کرده، عمل وی تزویر شناخته می‌شود (رسولی و دیگران، ۱۳۹۸، ۶۳۵:۲) و مشمول این حکم نیست، بلکه مطابق ماده ۴۳۷ محکوم خواهد شد.

در اینجا از وضع حکم ماده ۴۴۲ مبنی بر وضع حکم خاص برای تزویر سند جهت اثبات معلولیت، به درستی بر می‌آید که اگر فرد خودش سندی را برای اثبات معلولیت خود تزویر و آن را استعمال نماید، مشمول حکم ماده ۴۴۲ شده و مطابق آن، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکومی می‌شود؛ اما اگر سند مزبور توسط شخص دیگری ساخته شود و شخص اولی برای اثبات معلولیت خود، صرفاً این سند مزور را استفاده نماید مرتکب جرم تزویر مشمول ماده ۴۳۷ شده و مطابق آن به حبس متوسط محکوم خواهد شد. از این تبیین به درستی بر می‌آید که قانون‌گذار با وضع احکام اختصاصی برای انواع خاص تزویر مخصوصاً در اینجا با وضع حکم تزویر سند، برای اثبات معلولیت، به نظر می‌رسد کُنش معکوساً متناسب داشته و اصل تناسب را قربانی این گونه رویکرد ساخته است.

۶-۶. استعمال سند مزور

استعمال سند مزور تحت عنوان جرمی مشخص، توسط قانون‌گذار این گونه جرم‌انگاری شده است: «(۱) شخصی که اسناد مزور مندرج مواد ۴۳۶ و ۴۳۷ این قانون را با وجود علم به تزویری بودن آن استعمال نماید، طوری که آن را به محکمه یا یکی از مراجع ذیصلاح دولتی تقدیم نماید، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می‌شود». (کود جزا، ماده ۴۴۳)

استعمال و استفاده از سند تزویری در این ماده عام است و شامل تصرف و همراه داشتن آن نیز می‌شود. (رسولی و دیگران، ۱۳۹۸، ۶۵۶:۲) از آنجا که استعمال یکی از اجزای مندرج مواد ۴۳۶ و ۴۳۷ کود جزا نیز بوده و به عنوان تزویر بیان شده بود، به نظر می‌رسد. حکم مندرج ماده ۴۴۳ نامتناسب وضع شده است؛ زیرا مواد ۴۳۶ و ۴۳۷ به صراحت استعمال سند مزور را نوعی تزویر دانسته و برای مرتکب آن حبس متوسط یا حبس متوسط بیش از سه سال مقرر می‌دارد. به این توضیح که در هردو ماده عبارت «با وجود علم به

تزویر، آن را استعمال» به کار رفته است.

از تبیین مسئله فوق برمی آید که قانون گذار در مواد ۴۳۶ و ۴۳۷، یک بار استعمال سند مزور را جرم انگاری و برای مرتکب آن مجازات حبس متوسط مقرر می دارد و در ماده ۴۴۳ با ذکر عبارت «با وجود علم به تزویری بودن آن استعمال نماید، طوری که آن را به محکمه یا یکی از مراجع ذی صلاح دولتی تقدیم نماید»، به ظاهر خواسته استعمال سند مزور را از نوع دیگری بیان نماید، در حالی که در محتویات این ماده از حیث استعمال سند مزور با محتویات مواد ۴۳۶ و ۴۳۷، هیچ گونه تفاوتی ندارد. در نتیجه گفته می توانیم، در وضع حکم این ماده و مجازات مقرر بر آن، اصل تناسب در نظر گرفته نشده و جز سردرگمی برای مجریان قانون، اثر دیگری بر این حکم مترتب نخواهد شد.

۷. اخاذی و رویه سوء مؤظفین خدمات عامه در برابر افراد

قانون گذار تحت عنوان اخاذی موظف خدمات عامه، «اخاذی از مردم» را توسط دو دسته اشخاص جرم انگاری کرده است. «(۱) هرگاه منسوب نیروهای نظامی یا سایر مؤظفین خدمات عامه با استفاده از صلاحیت وظیفوی در راه عام، شاهراه ها و سایر محلات از مردم پول، مال یا منفعتی را خلاف قانون تقاضا یا اخذ نمایند، به حبس قصیر محکوم می شود. (۲) هرگاه جرم مندرج فقره (۱) این ماده توسط سایر اشخاص در سرای ها، مارکیت ها، مندوی ها یا سایر محلات شهری ارتکاب یابد، مرتکب به جزای نقدی از پنج هزار تا ده هزار افغانی، محکوم می شود». (کود جزا، ماده ۴۴۵)

از این که ابتکار این جرم از طرف موظف خدمات عامه و فرد عادی متصور بوده و جرم انگاری شده است، قانون گذار برای مرتکبی که موظف خدمات باشد، جزای شدیدتر نسبت به افراد عادی پیش بینی کرده است. از نگاه روش قانون گذاری جزای شدیدتر به موظف خدمات عامه معقول تر و منطقی تر به نظر می رسد. (شیرزاد، ۱۳۹۹: ۹) در عین حال این روش در سازگاری کامل با اصل تناسب به کار رفته است؛ اما با نگاه دقیق تر به فقره (۱) این ماده و با توجه به شخصیت مرتکب این جرم که نظامیان هستند، قانون گذار در تعیین نوع و میزان مجازات این جرم هیچ نوع معیاری را مد نظر نگرفته و مجازات این جرم



را در صورتی که از نوع مندرج فقره (۱) باشد، حبس قصیر مقرر کرده است.

این نوع کیفرگذاری وقتی با کیفرگذاری سایر جرائم مثل رشوت مقایسه می شود، به درستی عدم رعایت اصل تناسب را نشان می دهد؛ زیرا در جرم رشوت، موظف خدمات عامه در بدل وظیفه که انجام می دهد، پول، مال یا منفعتی را دریافت کرده و به تناسب وجه رشوت، مجازات آن نیز متفاوت است که از حبس قصیر الی حبس طویل بیش از ده سال مقرر شده است. (کود جزا، ماده ۳۷۱) در جرم اخاذی نیز بعید نیست که ارزش پول، مال یا منفعت دریافتی از مبلغ بسیار کم تا مبالغ هنگفتی باشد. پس به نظر می رسد که ترک چنین معیاری توسط قانون گذار، به مفهوم عدم رعایت اصل تناسب است.

۸. انتحال وظایف و القاب

جدول (۵) احکام مقایسه رعایت اصل تناسب میان مجازات های مندرج مواد (۴۵۳،

۴۵۴ و ۴۵۵)

مداخله در وظایف عامه ماده ۴۵۳	استعمال غیر قانونی یونیفورم نظامی ماده ۴۵۴	سوء استفاده از نشان یا لقب ماده ۴۵۵
شخصی که بدون داشتن صفت مأموریت یا اجازه رسمی دولت در یکی از وظایف عامه مداخله نماید و یا یکی از مکلفیت های مربوط به این وظایف را انجام دهد، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد و بیست هزار افغانی، محکوم می شود.	شخصی که بدون داشتن رتبه و استحقاق، یونیفورم نظامی را طور علنی استعمال نماید یا بدون مجوز قانونی نشان ورثه نظامی را حمل کند، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی، محکوم می شود.	(۱) شخصی که بدون مجوز قانونی، خود را به لقب افتخاری، یا رتبوی یا وظیفوی ملقب سازد و یا بصفت مأمور ضبط قضایی معرفی نماید و یا بصورت علنی نشانی را نصب کند که برایش اعطاء نگردیده، به جزای نقدی از پنج هزار تا بیست هزار افغانی، محکوم می شود. (۲) شخصی که بدون مجوز قانونی، خود را به لقب افتخاری یا رتبوی خارجی ملقب سازد و یا بصورت علنی بدون مجوز قانونی و یا اجازه رئیس جمهور نشان خارجی را تعلیق کند، به مجازات مندرج فقره (۱) این ماده محکوم می شود.

مقایسه احکام مندرج در جدول فوق، می رساند که از یک سو عنوان مندرج ماده ۴۵۵ نسبت به عناوین مندرج دو ماده قبلی، شدیدتر و تبعات آن وخیم تر به نظر می رسد؛ زیرا استعمال لفظ (سوء استفاده) به مراتب شدید است و از سوی دیگر مفاهیم مندرج این ماده همانند ارتکاب این که «خود را بصفت مأمور ضبط قضایی معرفی نماید» و یا «خود را به لقب افتخاری یا رتبوی خارجی ملقب سازد» که تبعات و پیامدهای چنین رفتارها نسبت

به اعمال و رفتارهای مندرج دو ماده قبلی به مراتب خطیرتر خواهد بود. با این حال، وضع کیفری دقیقاً عکس مسئله بیان شده است. در مواد قبلی حبس متوسط یا حبس قصیر یا جزای نقدی، از شصت هزار تا ۱۲۰ هزار افغانی مقرر شده، ولی در این ماده مجازات مرتکب، جزای نقدی از پنج هزار تا بیست هزار افغانی مقرر شده است. لذا قانون‌گذار بدون رعایت اصل تناسب، مجازات خفیف‌تری را برای اعمال پرخطر مندرج در ماده ۴۵۵، نسبت به دو ماده قبلی وضع کرده است.

۹. محو یا شکستن مهر

جرم‌انگاری این عنوان توسط قانون‌گذار، به دو لحاظ نامتناسب به نظر می‌رسد که بعد از بیان حکم ماده، به توضیح آن می‌پردازیم: «(۱) شخصی که مهر محل، اوراق یا اجناس را که به امر یکی از ادارات دولتی به منظور حفاظت یا ممانعت از فعالیت و استفاده مهر شده باشد، از بین ببرد، به جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی، محکوم می‌شود. (۲) هرگاه مرتکب جرم مندرج فقره (۱) این ماده محافظ مربوطه باشد، به حبس قصیر، محکوم می‌شود. (۳) هرگاه محل، اوراق یا اجناس مندرج فقره (۱) این ماده به امر محکمه مهر شده باشد، مرتکب به حد اکثر حبس قصیر محکوم می‌شود. (۴) هرگاه جرم مندرج فقره (۱) این ماده به اثر اهمال محافظ مربوط صورت گرفته باشد، محافظ متذکره به جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی، محکوم می‌شود». (کود جزا، ماده ۴۵۶)

اول. قانون‌گذار در طی فقرات (۱) و (۴) این ماده مباشر جرم و محافظی که در اثر اهمال وی جرم واقع شده، یک‌سان «جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی» مقرر کرده، در حالی که مسئولیت مباشر به تناسب محافظی که اهمال کرده به مراتب بیشتر است. درحالی که محافظ حتی معاونت هم نداشته؛ زیرا در معاونت وحدت قصد شرط است، ولی محافظ هیچ‌گونه قصدی نداشته و صرفاً اهمال کرده است.

مصادق این ادعای در ماده بعدی دیده می‌شود که قانون‌گذار نیز بر آن باور داشته و مجازات مباشر جرم مشابه را بیشتر از محافظی که از اثر اهمال وی جرم واقع شده، مقرر کرده است: «هرگاه جرم مندرج ماده ۴۵۶ این قانون توسط شخصی ارتکاب یابد که در



جنایت، محکوم علیه یا متهم قرار گرفته باشد، مرتکب به حبس متوسط و محافظی که به اثر اهمال او مهر محو یا شکستانده شده، به حد اکثر حبس قصیر، محکوم می‌شود». (کود جزا، ماده ۴۵۷) در این حکم دیده می‌شود که مجازات مرتکب جرم حبس متوسط و مجازات محافظی که اهمال کرده، حبس قصیر مقرر شده است.

دوم. از توجه به فقرات (۱)، (۳) و (۴) ماده مزبور به این نتیجه می‌رسیم که اگر جرم مندرج فقره (۱) این ماده در اثر اهمال محافظ تحقق یابد، محافظ متذکره به جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی، محکوم می‌شود، ولی اگر جرم مندرج فقره (۳) این ماده در اثر اهمال محافظ ارتکاب یافته باشد، از این که در فقره (۴) عبارت «هرگاه جرم مندرج فقره (۱) این ماده به اثر اهمال محافظ مربوط صورت گرفته باشد» به کار رفته و جرم مندرج فقره (۱) قید شده باشد، پس به صراحت این را می‌رساند که اهمال در جرم مندرج فقره (۳) جرم‌انگاری نشده است.

از بیان دو مورد فوق، به این باور می‌رسیم که قانونی‌گذار در ماده مزبور اصل تناسب را در نظر نگرفته و مجازات نامتناسب برای مباشر جرم و محافظی که در اثر اهمال وی جرم تحقق یافته، مقرر کرده است.

۱۰. پول شویی و مجازات آن

۱-۱۰. وضع مجازات نامتناسب با رویکرد عمومی

قانون‌گذار در بحث مجازات جرم پول‌شویی جزای نقدی و حبس را به گونه وضع کرده که به ظاهر متناسب، ولی در واقع برخلاف رویکرد عمومی وضع مجازات نقدی یا حبس در این کود در نظر گرفته شده است.

«مرتکب جرم پول شویی با نظر داشت اندازه وجوه یا دارایی قرار ذیل مجازات می‌شود:

۱. در صورتی که اندازه وجوه یا دارایی تا یکصد هزار افغانی باشد، به جزای نقدی تا یکصد هزار افغانی.
۲. در صورتی که اندازه وجوه یا دارایی بیش از یکصد هزار تا یک میلیون افغانی باشد، به حداقل حبس قصیر یا جزای نقدی بیش از یکصد هزار تا یک میلیون افغانی».

(کود جزا، ماده ۴۹۹) این در حالی است که در سایر موارد، وقتی قانون‌گذار به جزای نقدی

یا حبس در مورد جرم واحد حکم می‌کند، به صورت معمول میزان جزای نقدی سی هزار تا شصت هزار افغانی یا حبس قصیر حکم می‌کند. چنین رویکرد کیفرگذاری از ماده ۲۵۲ الی ماده ۸۸۴، در ۴۱ مورد توسط قانون‌گذار به کار رفته که مواد ۵۰۴، ۵۰۵، ۵۰۶، ۵۶۳، ۵۷۲ از مصادیق این ادعاست.

۱۰-۲. وضع مجازات بدون در نظر داشت وجوه یا دارایی

مجازات مقرر بر عضو گروه سازمان یافته جرمی مشمول فصل پولشویی این گونه بیان شده است: «هرگاه گروه سازمان یافته جرمی یا شخص حکمی ای که تحت حاکمیت یا کنترل گروه سازمان یافته جرمی قرار دارد، مرتکب جرم پول شویی شود، به مجازات ذیل محکوم می‌شود: ۱. شخص حقیقی، به حبس طویل و جزای نقدی از پنج صد هزار تا دو میلیون افغانی. ۲. شخص حکمی منحل و دارایی آن مصادره می‌شود.» (کودجزا، ماده ۵۰۸).

در این ماده دیده می‌شود که قانون‌گذار هیچ معیاری با در نظر داشت حد اقل یا حد اکثر وجوه و دارایی برای وضع میزان مجازات در نظر نگرفته و وجوه اگر اندک یا هنگفت باشد، مجازات آن در صورتی که فرضاً جرم توسط شخص حقیقی ارتکاب یافته باشد، حبس طویل و جزای نقدی از پنج صد هزار تا دو میلیون افغانی است. چنین کیفرگذاری با اصل تناسب سازگاری ندارد.

۱۱. مجازات غصب زمین و اموال غیر منقول

قانون‌گذار معیار مجازات غصب زمین را بر اساس ارزش زمین، چنین مقرر کرده است: «(۱) مرتکب غصب زمین علاوه بر استرداد زمین، قرار ذیل مجازات می‌شود: ۱. در صورتی که ارزش زمین تا سه صد هزار افغانی باشد، به حبس قصیر؛ ۲. در صورتی که ارزش زمین بیش از سه صد هزار تا یک میلیون افغانی باشد، به حبس متوسط تا دو سال؛ در صورتی که ارزش زمین بیش از یک میلیون تا پنج میلیون افغانی باشد، به حبس بیش از سه سال؛ ۳. در صورتی که ارزش زمین بیش از پنج میلیون افغانی باشد، به حبس طویل تا ده سال.

(۲) مرتکب جرم غصب زمین مکلف است در خلال سه ماه از تاریخ صدور حکم



قطعی، زمین غصب شده را تخلیه کرده و اسناد ادعای مالکیت زمین را به مالک قانونی آن تسلیم نماید.

(۳) شخصی که زمین غصب شده را به فروش رسانیده باشد، مکلف است، در خلال سه ماه از تاریخ صدور حکم، قیمت زمین غصب شده را به خریدار برگرداند.

(۴) شخصی که زمین غصب شده را به اجاره یا کرایه داده باشد، مکلف است، در خلال سه ماه از تاریخ صدور حکم، منفعت ناشی از اجاره یا کرایه را به مالک زمین برگرداند.

(۵) هرگاه زمین غصب شده ملکیت عامه یا وقفی بوده جهت اعمار سرپناه به دیگری به فروش رسیده باشد، مرتکب علاوه بر مجازات غصب زمین مندرج این فصل، مکلف به تأدیه پول اخذ شده به خزانه دولت نیز است.

(۶) هرگاه به اثر غصب، زمین تخریب یا به آن خساره وارد گردیده باشد، مرتکب به جبران خساره وارده به مالک نیز محکوم می‌شود. مقدار خساره وارده و مبلغ آن توسط اهل خبره که از طرف محکمه تعیین می‌شود، محاسبه می‌شود.

(۷) مرتکب جرم غصب زمین مکلف است زمین را مسترد کرده و اسناد ادعای مالکیت زمین وی باطل شمرده می‌شود». (کود جزا، ماده ۷۱۶)

این حکم به دو لحاظ نامتناسب به نظر می‌رسد:

اول. معیار مزبور در ماده (ارزش زمین) با مجازات مقرر، برای تحقق اصل تناسب کافی نیست؛ زیرا غصب زمین شامل صرف تصاحب نیست، بلکه دامنه گسترده‌ای دارد «تصرف، تصاحب، استفاده، انتقال، رهن، تضمین، اجاره یا کرایه زمین‌های دولتی، عامه، شخصی، مرعی (عامه و خاصه) یا وقفی بدون داشتن اسناد مدار اعتبار یا حکم قانون، غصب زمین شناخته می‌شود». (کود جزا، ماده ۷۱۵)

بنابراین موارد مندرج این حکم که هرکدام مصادیق جرم غصب زمین است، رفتارهای متفاوتی است که هرکدام می‌تواند در میزان مجازات اثر گذار باشد. به این مفهوم که متناسب نیست مجازات تصاحب با مجازات به کرایه دادن زمین یکسان باشد؛ زیرا در مورد اول غاصب ادعای ملکیت دارد و حتی ممکن است در زمین یا ملکیت غیر منقول تغییرات وارد کرده باشد، در حالی که در مورد دومی فقط زمین را به کرایه داده، بدون ادعای ملکیت. به

نظر می‌رسد در صورتی که قانون‌گذار در تعیین نوع و میزان مجازات ضمن توجه به ارزش زمین، به رفتار مرتکب نیز توجه می‌کرد، در این حالت اصل تناسب رعایت و مجازات متناسب‌تر وضع می‌شد.

دوم. قانون‌گذار در طی فقرات (۳ و ۷) حکم وضعیتی را بیان می‌کند که غاصب زمین غصب شده را به فروش رسانده باشد. در این حالت مرتکب مکلف است قیمت زمین غصب شده را به خریدار بپردازد، زمین را مسترد کرده و عقد بیع روی زمین مغضوب باطل است، ولی در فقره (۵) حکم وضعیت را بیان کرده که زمین غصب شده ملکیت عامه یا وقفی بود و به دیگری به فروش رسیده باشد. مرتکب البته به مجازات جرم غصب زمین محکوم می‌شود، ولی حکم مندرج در فقرات (۳ و ۷)، در اینجا عقد بیع جاری شده و مرتکب غصب زمین باید پول اخذ شده از فروش زمین را به خزانه دولت بدهد.

این نوع حکم دوگانه در مورد غصب زمین و فروش آن با اصل تناسب سازگار نیست. مخصوصاً وقتی بحث ملکیت عامه مطرح باشد، بر قانون‌گذار است که برای حفاظت آن تدابیر بیشتر و شدیدتری وضع کند و نباید معاملات خودسرانه بالای ملکیت عامه مجاز باشد. وقتی حکم به بطلان عقد بیع زمین غصبی ملکیت شخصی یا خصوصی صورت می‌گیرد، در مورد خرید و فروش ملکیت عامه در صورتی که غصب شده باشد، این حکم مستلزم اولویت است و زمانی متناسب خواهد بود که در این زمینه نیز حکم به بطلان عقد بیع می‌شد.

نتیجه‌گیری

جرائم در کود جزا، جرائم دیگری هم وجود دارد که وضع مجازات آن‌ها با اصل تناسب مجازات‌ها سازگاری ندارد؛ اما بررسی تمام این جرائم در این مقاله نمی‌گنجد. در این پژوهش، کیفرگذاری مجازات‌ها در چارچوب اصل تناسب مورد بررسی قرار گرفت. طبق این اصل، مجازات انتخاب شده باید با نوع جرم ارتكابی و ویژگی‌های شخص مرتکب تناسب داشته باشد. در بخش احکام عمومی، سه مورد نقض این اصل شناسایی شد که عبارتند از: «منع محاکمه مجدد»، «مجازات سازماندهندگان و اعضای گروه‌های

سازمان‌یافته» و «عدم تعیین حداقل میزان مجازات برای تکرار جرم». در بخش جرایم و مجازات‌ها، به ویژه در جرایم مرتبط با فساد اداری، اصل تناسب در برخی فصول رعایت شده است. برای مثال، در فصول مربوط به سرقت، تلف کردن اسناد رسمی و ممانعت از تطبیق عدالت، اصل تناسب به درستی اعمال شده است. با این حال، در برخی دیگر از جرایم همچون رشوه، اختلاس، سوءاستفاده از نفوذ، رعایت اصل تناسب ناقص بوده و در این موارد، مجازات‌ها با شرایط خاص جرم یا مرتکب تناسب نداشته است. بنابراین برای بهبود کارآمدی سیستم جزایی، باید به‌طور دقیق‌تر اصل تناسب در تعیین مجازات‌ها رعایت شود تا عدالت به درستی در جامعه اجرا گردد.



فهرست منابع

الف. کتب

۱. رسولی، محمد اشرف و دیگران، (۱۳۹۸)، شرح کود جزا ۱، کابل: نشر بنیاد آسیا.
۲. رسولی، محمد اشرف و دیگران، (۱۳۹۸)، شرح کود جزا ۲، کابل: نشر بنیاد آسیا.
۳. رسولی، محمد اشرف و دیگران، (۱۳۹۸)، شرح کود جزا ۴، کابل: نشر بنیاد آسیا.

ب. مجلات

۴. جوانبخت، محمد و محمدی، سهیلا، (۱۳۹۵)، «تعارض اصل تناسب جرم و مجازات با اهداف مجازات‌ها؛ با نگاهی به فقه امامیه و حقوق کیفری»، فصل‌نامه داخلی کانون و کلاهی دادگستری، شماره ۱۵، ص ۱۵۳-۱۷۷.
۵. حاجی ده آبادی، احمد، سلیمی، احسان، (۱۳۹۳)، «اصول جرم انگاری در فضای سایبر با رویکردی انتقاد بر قانون جرائم رایانه‌ای»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و یکم، شماره ۸۰، ص ۶۱-۸۸.
۶. حاجی ده آبادی، محمد علی، سلیمی، احسان، (۱۳۹۸)، «مبانی، اصول و سازکارهای اجرایی مدل کیفرگذاری هدفمند، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری»، سال هشتم، شماره ۲۹، ص ۱۰۱-۱۲۹.
۷. حسینی سید محمد، بلاغت محمد یحیی، (۱۳۹۸)، «آسیب شناسی جرم انگاری مصادیق فساد اداری در افغانستان؛ با نگاهی به کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، سال دهم، شماره ۱، ص ۹۳-۱۱۰.
۸. شیرزاد، جلیل احمد، (۱۳۹۹)، «بررسی جرم اخاذی در کود جزا»، فصلنامه وکالت، سال نهم، شماره ۵.

ج. قوانین

۹. وزارت عدلیه، قانون اجراءات جزایی، کابل، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۱۳۲، سال ۱۳۹۳.



۱۰. وزارت عدلیه، قانون اساسی، کابل: جریده رسمی، شماره مسلسل ۸۱۸، سال ۱۳۸۲.
۱۱. وزارت عدلیه، قانون حقوق و امتیازات معلولین، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۰۳۷، سال ۱۳۸۹.
۱۲. وزارت عدلیه، کود جزا، کابل، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۶۰، سال ۱۳۹۶.
۱۳. وزارت عدلیه، میثاق مبارزه علیه فساد اداری، کابل، جریده رسمی، شماره مسلسل ۹۳۶، سال ۱۳۸۶.

اصل سالانه بودن بودجه در قوانین افغانستان

سید حسن انوری^۱

چکیده

اصل سالانه بودن بودجه یکی از اصول اساسی بودجه‌ریزی است که تأکید بر تنظیم، تصویب و اجرای بودجه در یک دوره یک‌ساله دارد. این اصل به دلیل ایجاد امکان تنظیم، تصویب و کنترل مؤثرتر بودجه بر عملکرد دولت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در افغانستان، برخی از قوانین علاوه بر بودجه‌ریزی سالانه، به برنامه‌ریزی مالی چندساله نیز اشاره دارد که این امر موجب ایجاد تناقضی میان اصل سالانه بودن بودجه و نیاز به برنامه‌ریزی میان‌مدت و بلندمدت در این کشور شده است. این تحقیق با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و منابع کتابخانه‌ای، به تحلیل این تناقضات و بررسی جایگاه اصل سالانه بودن بودجه در نظام بودجه‌ای افغانستان می‌پردازد و به دنبال شفاف‌سازی پیامدهای اجرای این اصل در زمینه‌های مختلف است. براین اساس این تحقیق نشان می‌دهد که اصل سالانه بودن بودجه در قوانین افغانستان، از جمله قانون اساسی و قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، به رسمیت شناخته شده است. بااین‌حال، قانون‌گذار طبق ماده ۹۵ قانون اساسی «پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف از طرف حکومت صورت می‌گیرد» تدوین لایحه بودجه صلاحیت انحصاری قوه مجریه و طبق ماده ۷۵ این قانون ارائه گزارش از امور انجام مالی به شورای ملی مکلفیت این قوه دانسته است که اشاره به اصل سالانه بودن بودجه دارد؛ اما همچون ماده ۲۷ و ۳۲ قانون اداره امور مالی، به برنامه‌ریزی مالی چندساله نیز اشاره دارد. این نشان‌دهنده گرایش تدریجی نظام مالی افغانستان به سمت ترکیبی از بودجه‌ریزی سالانه و میان‌مدت است؛ زیرا این ترکیب به دولت امکان انعطاف‌پذیری بیشتری در مدیریت مالی را می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: بودجه، اصل، سالانه، برنامه، افغانستان

۱. ماستر حقوق عمومی از دانشگاه تهران، استاد دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان



مقدمه

اصول بودجه از قرن هجدهم میلادی به بعد با تجربیات علمی اروپا در قالب توصیه‌هایی، پدید آمده و در اداره امور مالی و مدیریت اجرایی کشورها، نقش سازنده‌ای دارد. اصول بودجه به منزله منطق بودجه است و منطق، علمی است که ذهن را از خطا بازمی‌دارد. (فرزیب، ۱۳۸۷: ۳۹۳) طراحی یک برنامه مطلوب بدون رعایت اصول و نکات لازم جهت رسیدن به مقصد امری دشواری است و به‌طور حتمی نمی‌تواند ما را به هدف برساند. مجموعه کوشش‌ها و تلاش‌هایی که در مراحل مختلف بودجه‌ریزی صورت می‌گیرد، به این دلیل است که با توجه به امکانات و توانایی‌های موجود برنامه‌های عملیاتی دولت طوری طراحی شود که حداکثر بهره‌وری و منفعت نصیب جامعه گردد و این در شرایطی تحقق می‌یابد که دیدگاه‌ها و اندیشه‌های مختلفی در خصوص آن مطرح است. از طرف دیگر باید راهبردی‌ها و سیاست‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی برنامه‌های بلندمدت و میان‌مدت دولت در چارچوب همین بودجه به‌صورت فعالیت، طرح و پروژه تبدیل گردد. چنین امری فعلیت نخواهد یافت مگر اینکه بودجه از ابتدا (تهیه و تنظیم) تا انتها (نظارت) بر اساس اصول و قواعد تنظیم گردد. قواعد و اصولی که در مراحل تنظیم تا نظارت بودجه رعایت آن ضرورت است، نشئت گرفته از قوانین اساسی و عادی آن کشور است. (بابایی، ۱۳۷۸: ۱۸)

بر این اساس یکی از اصول مهم بودجه و بودجه‌ریزی، اصل سالانه بودن بودجه است. پیش‌بینی بودجه و برآورد آن، در یک زمانی معین از ابتدا تا انتها در اختیار قانون‌گذار است. پس تمام خط‌مشی‌ها، سیاست‌ها، برنامه‌ها، عملیات، درآمدها و هزینه‌ها به‌طور کلی تمام محتویات بودجه دولت در طول یک سال شمسی در آن انعکاس می‌یابد و از آن طریق، آثار خود را به سایر امور کشور نیز تسری می‌دهد. (فرزیب، ۱۳۸۱: ۳۹۱) اجتناب از این اصل غیرممکن است، ولی دوره زمانی این اصل را در بودجه و بودجه‌ریزی می‌توان نظر به وضعیت اقتصادی و شیوه بودجه‌ریزی تغییر داد.

۱. مفهوم شناسی بودجه

بودجه از جمله ابزارهای برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی، هدایت و سرپرستی و کنترل عملیات دولت و سازمان‌های بخش دولتی است که تغییرات وسیعی در چند دهه اخیر در حجم، پیچیدگی و گستردگی عملیات و وظایف دولت صورت پذیرفته است. اهمیت این مسئله به‌خصوص در بودجه دستگاه‌های دولتی تأکید زیاد دارد. از این‌رو کارشناسان تعاریف زیادی از آن ارائه کرده‌اند.

بودجه در لغت، مجموعه محل‌های درآمد و هزینه یک بنگاه و صورت درآمد و هزینه دولت برای مدت معین (عمید، ۱۳۴۹: ۲۱۳) و منابع مالی و هزینه‌های پیش‌بینی شده برای یک دوره زمانی معین است. (صدری افشار و همکاران، ۱۳۸۲: ۲۳۹) البته کلمه (Bouget) یک کلمه فرانسوی قدیمی است و به کیف چرمی اطلاق می‌شد که وجوه نقد را در آن نگهداری می‌کردند. بدین‌جهت ابتدا کیف چرمی که حاوی صورت مخارج و درآمدهای دولت انگلیس بوده و وزیر دارایی انگلیس، آن را همراه خود در پارلمان حمل می‌کرد تا صورت‌های مخارج و درآمدهای مملکتی را از آن کیف خارج کرده و برای تصویب به پارلمان عرضه کند، در انگلیس (Budget) نامیده می‌شد. لذا کلمه بودجه در زبان فرانسه از زبان انگلیس اقتباس شده (پیرنیا، ۱۳۴۵: ۲۹۳) و در زبان فارسی نیز این لغت از زبان فرانسه مشتق گردیده که به تدریج در کشورهای فارسی‌زبان رواج یافته است. (همان) ولی امروزه اولین و ساده‌ترین مفهوم بودجه، عبارت است از دخل و خرج یا عواید و مصارف عمومی. در حقوق مالی بودجه به سندی اطلاق می‌شود که در آن دخل و خرج دولت برای مدت معینی پیش‌بینی شده و به تصویب می‌رسد و مدت مزبور را که اغلب یک سال است، سنه مالی می‌گویند. (انوری، ۱۴۰۳: ۱۳۶) اکنون بودجه یکی از نیرومندترین ابزار مدیریت در اداره امور کشور است؛ زیرا از طریق بودجه حجم بسیار عظیمی از درآمد ملی برداشت و توسط هزینه‌های عمومی در اشکال عملیات، تکالیف و خدمات به جامعه برگردانده می‌شود. اجرای این عملیات به‌منظور دستیابی به اهداف معین و مشخصی است. (فرزیب، ۱۳۸۲: ۲۷)



۲. ماهیت لایحه بودجه

واژه بودجه نخستین بار در اسناد قانونی فرانسه در سال ۱۸۶۲ میلادی تعریف شد که حاوی دو عنصر، برنامه‌ای برای سال مالی آینده و مجوز دریافت و هزینه‌های دولت است. (عزیزی، ۱۳۸۵: ۳۳) از نظر حقوقی لایحه بودجه قانون نیست، بلکه سند اداری است که درآمد و هزینه یک‌ساله دولت را پیش‌بینی کرده و اجرای آن را به دولت تجویز می‌نماید؛ (رستمی، برزگر خسروی، ۱۳۹۳: ۹۱) اما در عین حال ممکن است در این سند مالی موادی به‌عنوان ماده واحده یا تبصره به تصویب مقام صلاحیت‌دار رسیده باشد که عملاً قانون محسوب می‌شود؛ زیرا قانون از نظر حقوقی، قواعدی است که با رعایت تشریفات خاص از طرف قوه مقننه وضع می‌گردد که بر همه افراد جامعه اطاعت آن الزامی است؛ اما سند بودجه بر همه افراد جامعه الزام‌آور نبوده، بلکه صرف واحدهای بودجه‌ای آن در محدوده آن اطاعت می‌کنند. (همان: ۹۱)

بودجه از لحاظ تصویب به‌عنوان سند مالی دولت، قانون یا مجوز است که از دید دانشمندان حقوق، نظرات موافق و مخالفی را موجب شده؛ اما در هر صورت چه آن را قانون و چه مجوز وصول درآمد و پرداخت هزینه بدانیم یا آن را یک سند مالی دولت اعلام کنیم، تصویب آن باعث ایجاد یک سلسله روابط حقوقی می‌گردد که مدت اجرای تمام قوانین و مقرراتی که در سند مالی بودجه ذکر شده، مربوط به سال مشخصی است. در بند ۷ ماده ۲ قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، «سال مالی: عبارت است از مدتی که از اول ماه جدی آغاز و الی اخیر ماه قوس سال بعدی دوام می‌یابد».^۱ مگر مواردی که تداوم آن قانونی باشد. پس از ختم این مدت خودبه‌خود اجرای مقررات بودجه متوقف می‌گردد. لذا در ماده ۴۴ قانون فوق‌الذکر نیز آمده «تمام صلاحیت‌های بودجوی سال مالی با ختم همان سال ملغی می‌گردد، مگر این که قانون طور دیگری حکم نموده باشد»؛ زیرا ذکر ارقام درآمدها در بودجه منشأ حقوقی مطالبات دولت از مردم (اعم از حقیقی یا حقوقی) نیست، بلکه منشأ آن قوانین مالیاتی است که مرجع صلاحیت‌دار به‌صورت تخمینی، علیرغم که ارقام هزینه دولت در سند بودجه به شکل تحدیدی به تصویب می‌رساند.

۱. از زمان سقوط نظام جمهوری، دولت فعلی افغانستان سال مالی را از اول سال هجری شمسی الی ختم آن تعیین نموده است.



قانون‌گذار بودجه را در ماده دوم، مقررره بودجه افغانستان، مصوب ۱۳۶۲/۸/۳۰ چنین تعریف کرده است: «بودجه پلان مالی اساسی دولت است که عواید و مصارف در آن انعکاس می‌یابد و عواید مذکور برای تمویل مصارف به‌منظور رشد اقتصاد ملی، ارتقای سطح مادی و کلتوری مردم، استحکام قدرت دفاعی کشور، مصارف دستگاه دولت به استناد پلان انکشاف اقتصادی و اجتماعی سالانه در آن تعیین و تثبیت می‌گردد».

در این تعریف، بودجه «پلان مالی» بیان‌گر مفهوم برنامه مالی است که در آن عواید (درآمدها) و مصارف (هزینه‌ها) به‌صورت هدفمند برای رشد و انکشاف اقتصادی، فرهنگی، سیاسی، عمرانی و اجتماعی کشور در محدودیت زمانی یک سال، پیش‌بینی و تعیین می‌گردد.

در بند ۲ ماده ۲ قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، طرزالعمل بودجه سالانه به این صورت آمده است: «طرزالعمل بودجه سالانه، سندی است که تمام صلاحیت‌های بودجوی و منابع مصارف دولت برای سال مالی در آن درج است». در این ماده منظور از طرزالعمل بودجه، همان سند مالی سالانه است که اجازه اجرای تخصیص بودجه را با محدودیت وضع‌شده برای یک سال مالی به دستگاه‌های اجرایی می‌دهد. پس به‌صورت کل از تعاریفی که ارائه شد، به دست می‌آید که بودجه عبارت است از برنامه‌ها و پیش‌بینی درآمدها و هزینه‌ها با حفظ تعادل که ارقام آن جنبه برآوردی تخمینی دارد که اول باید درآمدها معلوم شوند بعد هزینه‌ها مشخص گردد. برای یک دوره ادواری معین (یک سال یا بیشتر از آن) شامل عملیات تعیین‌شده جهت تحقق اهداف مشخص در اجرای وظایف قانونی دولت تهیه و تنظیم شده و به تصویب پارلمان برسد. (پورولی، ۱۳۸۷: ۱۴)

۳. فلسفه وجودی بودجه

انسان‌ها در دوران مختلف همیشه درصدد بوده‌اند تا نیازها و خواسته‌های خود را به‌نوعی از امکاناتی که در طبیعت وجود دارد، تأمین نمایند؛ اما با توجه به این که نیازها و خواسته‌های انسان نامحدود و در مقابل منابع و امکاناتی که در اختیار دارد، محدود است، می‌توان گفت که بشر با دنیایی مملو از کمیابی زندگی می‌کند. لذا در مواجهه با این مشکل از قوه تعقل و قدرت تجزیه و تحلیل و توان پیش‌بینی خود استفاده کرده و با توسل به برنامه‌ریزی درصدد

برآید تا با حداقل امکاناتی که در اختیار دارد، حداکثر مطلوبیت را نصیب خود نماید. حتی آثار به جامانده از زندگی بشر اولیه در هزاران سال پیش، نشانه‌های زیادی از برنامه‌ریزی در امور دارد. با عنایت به مباحث مطرح شده، می‌توان گفت فلسفه وجودی بودجه‌نویسی دو عامل است: (بابایی ۱۳۸۷: ۱۰) یکی نیازهای نامحدود و متنوع بشر و توسعه این نیازها به تبع توسعه یافتگی جوامع و دومی منابع و امکانات محدود در اختیار بشر.

همه دولت‌ها رفع نیازهای متنوع جامعه را هدف اساسی و ملی خود می‌دانند و آن دسته از منابع و امکانات عمومی را که در جامعه وجود دارد، منابع خود می‌پندارند که البته این منابع، نسبت به جوامع موجود، بسیار محدود است.

۴. اهداف بودجه

مأموریت‌های جدید دولت، بودجه‌ریزی را از پیش‌بینی مالی سالانه عملیات بخش عمومی، به فرایند متضمن تخصیص و تعهد منابع کشور برای دوره‌های میان‌مدت و حتی برای نسل‌های آینده تبدیل کرد. (شیری نژاد، ۱۳۸۶: ۱۴) در عمل، هر تصمیم‌گیری راجع به منابع عمومی حال یا آینده کشور، منجر به تحدید دامنه انتخاب‌های قوه مقننه و نیز تداخل اختیارات دوره‌های قانون‌گذاری مختلف است. بر این اساس، در بسیاری از کشورها بودجه به عنوان ابزار اصلی سیاست‌گذاری عمومی، بخشی از برنامه‌های میان‌مدت و بلندمدت مالی دولت است. تضمین نیل به سیاستی‌های کلی حکومت در بودجه، از طریق داشتن مؤلفه هدف و برنامه قانونی محقق می‌شود.

مسئله اساسی در بودجه‌ریزی این است که بر چه مبنایی باید تصمیمی گرفت که منابع عمومی را به تمام نقاط کشور تخصیص داد. در کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، می‌توان اهداف قانون بودجه را در اسناد بالادستی مانند قانون اساسی کشف کرد. بودجه باید به نحوی تدوین شود که بر اساس معیارها و ضوابط قانونی، کشور را به اهداف مندرج در اسناد بالادستی نزدیک کند. (انوری، ۱۳۹۷: ۱۴)

۵. اهمیت بودجه

امروزه اهمیت و نقش بودجه در هدایت و ساماندهی بخش‌های مختلف جامعه انکارناپذیر

است. لذا به طور قطع می توان ادعا کرد که هر نوع پیشرفت و توسعه در بخش های مختلف یک جامعه، مدیون بودجه و بودجه ریزی موفق و کارآمد است و برعکس، هر نوع عقب افتادگی و عدم پیشرفت و توسعه را نیز باید در ضعف ساختار بودجه و بودجه ریزی جستجو کرد. (احمدی، ۱۳۸۷: ۱۸)

بودجه دولت، از لحاظ حجم و عظمت، بزرگ ترین سند مالی و از لحاظ اهمیت، مهم ترین عامل مستقل و پویا در سطح کلان اقتصادی است که برای اداره و پیشرفت اجتماعی و اقتصادی کشور به کار گرفته می شود. این سند، از لحاظ مقدار نسبی و حجم و ترکیب اقلام درآمدها و هزینه ها، حائز اهمیت بالایی است. از لحاظ فراگیر بودن نیز گسترده ترین سطح را تا دورافتاده ترین نقاط کشور و پایین ترین افراد را در طبقات درآمدی جامعه، پوشش می دهد. از لحاظ چگونگی تأمین منابع درآمدی، مقدار محل مصارف و مخارج و فاصله بین آنها نیز، بودجه دولت همه ساله تأثیری سرنوشت سازی بر عملکرد واقعی اقتصادی کشور دارد. ارزش پول رایج کشور در اثر وجود کسری های بودجه ای سالانه و روش های تورمی که معمولاً در جهت تأمین آن اعمال می گردد، کاهش می یابد. (فرجوند، ۱۳۸۴: ۳۴)

از طریق بودجه کل کشور، دولت می تواند بر سطح متغیرهای کلان اقتصادی، از قبیل سطح پس انداز ملی، سرمایه گذاری ملی، تولیدات واقعی، مصرف کالا و خدمات، اشتغال، تورم، قدرت خرید ارز و ارزش خارجی آن و غیره تأثیر بگذارد. مثلاً با تعیین حجم یا سقف تسهیلات بانکی و تعیین درصد توزیع اعتبارات بین بخش خصوصی و بخش دولتی و تعیین نرخ های متفاوت در استفاده از تسهیلات بانکی، دولت می تواند سرمایه گذاری های صنعتی توسط بخش خصوصی یا سرمایه گذاری های عمرانی بخش دولتی را تشویق نماید و از طریق این دو بخش، بر طرح اشتغال و درآمد مردم مؤثر واقع گردد. یا با ایجاد مالیات های جدید و اخذ آن از هر واحد تولید و مصرف (فروش) از تقاضای مردم، به ویژه مصرف کنندگان کالاهای زیان آور؛ مانند سیگار و یا کلاً مضر و... یا طلا و جواهرات بکاهد. یا این که از طریق اخذ مالیات های تصاعدی از دریافت های افراد پر درآمد جامعه و انتقال آنها به اقشار آسیب پذیر و کم درآمد جامعه، تعدیل نماید. به

همین مناسبت به بودجه دولت باید به عنوان وسیله و ابزاری بسیار قوی و مؤثر که بیش از هر ابزار دیگری قادر است نقایص، کاستی ها و بی عدالتی های اقتصادی جامعه را برطرف سازد، نگاه کرد.

۶. اصل سالانه بودن بودجه در بودجه ریزی افغانستان

اصل سالانه بودن بودجه یکی از اصول اساسی بودجه ریزی در نظام های مالی و اداری است که بر تعیین دوره زمانی مشخص برای بودجه تأکید دارد. بر اساس این اصل، بودجه باید برای یک دوره یک ساله تنظیم، تصویب و اجرا شود. بنابراین قانون گذار افغانستان نیز این اصل را پذیرفته که در قانون اساسی و عادی انعکاس یافته است.

طبق ماده ۹۵ قانون اساسی، «پیشنهاد طرح قانون در مورد بودجه و امور مالی صرف از طرف حکومت صورت می گیرد». قانون گذار در این ماده صلاحیت تهیه و تنظیم بودجه را فقط از صلاحیت حکومت دانسته و برای رعایت اصول شفافیت و پاسخگویی بودجه ای، بر اساس بند ۶ ماده ۷۵ قانون اساسی حکومت را مکلف به «ارائه گزارش به شورای ملی در ختم سال مالی درباره امور انجام شده و پروگرام های عمده سال مالی جدید» نموده. بند ۶ این ماده به صورت روشن اصل سالیانه بودن بودجه افغانستان را بیان نمی کند. به دلیل که «ختم سال مالی» مبهم است و قید بر یک سال ندارند؛ زیرا بودجه های که به صورت برنامه های میان مدت به تصویب می رسند و معمولاً سه سال هستند، نیز «سال مالی» یاد می گردد.

بنابراین در کنار مواد قانون اساسی، بندهایی از مواد قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، نیز به پیرامون بودجه و جوانب آن پرداخته است؛ طوری که در بند ۲، ماده ۲ این قانون طرز العمل بودجه و منابع مصارف آن را چنین تعریف می کند: «طرز العمل بودجه سالانه، عبارت است از سندی که تمام صلاحیت های بودجوی و منابع مصارف دولت برای سال مالی در آن درج است». بند «هفتم»^۱ این ماده نیز اصل سالانه بودن بودجه را بیان کرده: «سال مالی، عبارت است از مدتی که از روز اول ماه جدی آغاز و الی اخیر ماه قوس سال

۱. بند هفتم ماده دوم قانون اداره امور مالی و مصارف عامه بر اساس فرمان شماره (۷۶) مورخ ۱۳۹۰/۸/۳۰ ش. رئیس جمهوری اسلامی افغانستان تعدیل گردید.



بعدی دوام می‌یابد». پس طبق بندهای ۲ و ۷ ماده ۲ این قانون، می‌تواند استدلال کرد که سند بودجه افغانستان بر اساس اصل سالیانه بودن بودجه، به تصویب می‌رسد.

اما محتوای ماده ۲۷ این قانون اصل سالانه بودن بودجه را نادیده گرفته و بر حداقل دو سال مابعد، از آن تأکید دارد؛ به گونه‌ای که در متن ماده قانون فوق‌الذکر آمده: «بودجه بر مبنای برنامه‌های چندین ساله انکشاف، امنیت و ساختار اقتصادی ملی تهیه و ترتیب گردیده، حاوی مسائل و موضوعات بودجوی حداقل دو سال مابعد است». از آنجا که سالانه بودن بودجه بر اساس اصول بودجه‌ای، یک اصل بوده چون امکان کنترل اثربخش قوه مقننه بر قوه مجریه و نیز امکان برنامه‌ریزی دقیق و پیش‌بینی واقعی درآمدها و هزینه‌های بودجه‌ای دولت را فراهم می‌کند.

مؤید این ماده بند ۱ ماده ۳۲ این قانون نیز است که می‌گوید: «تخمین عواید و مصارف مجموعی دولت و تفاوت ناشی از آن برای سال مالی جاری و حداقل دو سال مالی مابعد آن». در این ماده درآمدها و هزینه‌های تخمینی دولتی با تفاوت سال جاری و حداقل دو سال مابعد آن (سه سال) می‌شوند پیش‌بینی می‌نمایند. لذا مواد ۲۷ و ۳۲ به صورت صوری با بند ۲ و ۷ ماده ۲ این قانون در تناقض است.

بنابراین ماده ۲۷ بر حداقل دو سال مابعد (سه ساله)، بودجه را بر مبنای برنامه‌های چندین ساله تأکید دارد؛ زیرا برنامه‌های دولتی نیازمند منابع و ایجادکننده منافعی است که مستلزم برنامه‌ریزی در یک دوره چندساله است، فراهم‌سازی برنامه‌های «انکشافی، امنیتی، اقتصادی ملی» که به صورت صریح در ماده بیان گردیده نمی‌تواند شرایط تحقق آن را در مدت یک‌ساله فراهم و امکان‌پذیر ساخت. از این رو حکومت لایحه بودجه را به صورت سالانه مبنی بر بند ۲ و ۷ ماده ۲ قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، تهیه و تنظیم می‌نماید، ولی برنامه‌های انکشافی، امنیتی و اقتصادی ملی را به صورت میان‌مدت در حدود چهارساله (سال بودجه و سه سال مابعد آن) بر اساس ماده ۲۷ این قانون برآورد و پیش‌بینی می‌کند. سپس اعتبارات مصوب و درآمدهای پیش‌بینی شده برای چهار سال (سال بودجه و سه سال مابعد آن) متوالی است؛ طوری که بودجه هر سال به صورت جداگانه مورد بررسی و تصویب قرار می‌گیرد (ابتدا بودجه سال به تصویب می‌رسد و سپس سال‌های

بعد بودجه به تصویب می‌رسد). (مصوبه سند بودجه)

برآورد و پیش‌بینی چندین ساله حکومت، بودجه‌ای آینده‌نگر را مدنظر قرار داده که در آن تصمیمات به‌صورت تخمینی در میان‌مدت صورت گرفته نه صرفاً به اساس بودجه یک‌ساله. در این شیوه تأمین مالی واحدهای مصرف‌کننده نه تنها برای یک سال، بلکه برای سه سال دیگر به وجود می‌آورد این بدان معنا است که اگر حکومت هیچ‌گونه تغییری را در برنامه به وجود نیابد، هر ساله نیاز به تصویب ندارند یعنی روند تصویب خودکار وجود دارند (سند بودجه سال ۱۳۹۷)، حتی زمانی که تصمیمات برای یک برنامه یا پروژه چندین ساله اتخاذ گردیده باشد، پروسه بودجه سالانه به حکومت اجازه می‌دهد که برنامه‌های خود را بازبینی نموده و تغییراتی را در آن به وجود آورد و شورای ملی هم این تغییرات را تصویب کند. لذا تهیه و تنظیم هر ساله لایحه بودجه توسط حکومت و پیشنهاد آن به شورای ملی برای تصویب تخصیص و تعدیلات آن، کنترل و نظارت از اجرای پروژه‌های کوتاه‌مدت و میان‌مدت است؛ زیرا بهترین کنترل و نظارت پارلمان از اجرای سیاست‌های مالی دولت مدت یک سال است.

از آنجا که ماده ۲۷ قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، بر برنامه‌های چندین ساله تأکید دارد، سند بودجه افغانستان نیز بر اساس برنامه‌های میان‌مدت جهت مدیریت درست و نهادینه ساختن منابع مالی عامه به‌طوری سالانه مطابق به تغییرات جوی، اقتصادی و فرضیه‌های که به اساس آن پیش‌بینی می‌شود، برای نیل به رشد اقتصادی پایدار بازنگری و به تصویب شورای ملی می‌رسد. پس می‌توان گفت که بودجه افغانستان با رویکرد کنترل و نظارت از اجرای پروژه‌های چندین ساله که تحت کار و در مدت یک‌ساله به اكمال نرسیده، به‌صورت سالانه به تصویب شورای ملی می‌رسد. نه اینکه اصل بودجه به‌صورت سالانه تصویب گردد. لذا برنامه چندین ساله دولت و اجرای سالانه هدف‌های آن انحراف از اصل سالانه بودن بودجه نیست، بلکه یک نوع فصل‌بندی بین بودجه و برنامه برای انجام برنامه‌های چندین ساله عمرانی است که با هماهنگی دولت و پارلمان امکان تحقق آن فراهم می‌شود. (موسی خانی، ۱۳۸۸: ۵۵)

طوری که در شکل ذیل نشان داده می‌شود.

از آنجای که افغانستان وابسته به کمک‌های بلاعوض خارجی است و منابع خارجی در قبال آن کدام تعهد الزامی ندارد، لذا به تدریج کاهش پیدا می‌کند. از این رو، در نتیجه کاهش تأمین بودجه از طریق کمک‌های بلاعوض در سال‌های بعدی پیش‌بینی‌های چندین ساله مصارف نیز کاهش می‌یابد. پس با بودجه‌ریزی چندین ساله حکومت می‌تواند آمادگی حداقلی را گرفت و در تلاش تأمین کسری بودجه بود؛ زیرا توسط افزایش در جمع‌آوری مالیات، ازدیاد قرضه یا صرفه‌جویی در مصارف تأمین شود. حکومت به خاطر تأمین کسری‌های تخمینی بودجه به شکل فعال اقدام به صرفه‌جویی در مصارف و اولویت‌بندی مجدد مصارف به اولویت‌های ملی خواهد نمود.

۶-۱. پیشنهاد اصل سالانه بودن بودجه

ریشه اصل سالانه بودن بودجه به سنت انگلستان بر می‌گردد؛ زیرا پادشاه انگلستان در اوایل قرن سیزدهم میلادی بر اساس سند «منشور بزرگ»، شاه از قدرت خود کاسته و امتیازی تصویب و کنترل لایحه بودجه را برای پارلمان داد. از این رو دولت سال یک‌بار مکلف به تهیه و تنظیم لایحه بودند و آن را برای تصویب و کنترل به پارلمان تقدیم می‌کردند. این شیوه امتیاز به مرور زمان همه کشورهای جهان را فراگرفتند و امروزه به یک اصل تبدیل گردید. (انوری، ۱۳۹۷: ۱۷)

بنابراین اگر تصویب و کنترل بودجه کمتر از یک سال باشد، وقت زیادی از پارلمان و دولت صرف بحث درباره بودجه خواهد شد؛ زیرا نه دولت به صورت درست اجرا می‌تواند و نه پارلمان بر سیاست‌های مالی دولت نظارت می‌تواند. پس زمانی کمتر از یک سال نتیجه معقول و مطلوبی به دست نمی‌دهد و کوتاه‌ترین فاصله زمانی یک سال است. علاوه بر این‌ها پیش‌بینی دخل و خرج دولت برای مدت زمانی بیشتر از یک سال از دقت پیش‌بینی آن کاسته خواهد شد. با توجه به نکات فوق، موجه‌ترین زمان پیش‌بینی برای تنظیم و تصویب دخل و خرج عمومی یک سال است. (فرج‌وند، ۱۳۸۴: ۴۳)

۶-۲. دلایل اصل سالانه بودن بودجه

یکی از دلایل سالیانه بودن بودجه «سری زمانی درآمدزایی»، مثل سالیانه بودن مالیات‌ستانی



ارضی است؛ زیرا محصولات کشاورزی یک سال است و منطقاً چرخه مالیات‌ستانی تبعیت از یک سال می‌کرده که همین دوره درآمذایی دولت‌ها، بودجه‌های عمومی یک‌ساله را رقم می‌زده؛ (حبیب نژاد و منصوری بروجنی، ۱۳۹۵: ۸۴) ولی امروزه مالیات‌ستانی بر اساس قانون مالیاتی به‌صورت ماهانه، سه‌ماهه، شش ماه و یک سال وصول می‌شود که با امکانات و اقتضائات عصر حاضر، نیازی به تأکید بر سالیانه بودن بودجه به‌عنوان یک اصل نیست. (همان، ۱۳۹۵: ۸۱) دلیل دوم اینکه سالیانه بودن بودجه «حساب‌رسی سالیانه» است؛ زیرا نائومی کایدن اصل سالیانه بودن بودجه را نخستین اصل بودجه‌های تدوین‌شده در اروپا می‌داند. جوزوف دومینیک لوئیس، وزیر دارایی فرانسه پس‌انپلئون، نخستین سند بودجه‌ای سالیانه را تقدیم پارلمان کرد. او با این کار می‌خواست بر مشکلات دیرپای فساد، عدم انضباط مالی و مصلحت‌اندیشی فائق آید و در حضور نمایندگان گفت: «ما در نظر داریم که دقیق‌ترین ارزیابی از نیازهای احتمالی خود و مجموع هزینه‌های موردنیاز برای انجام بخش‌های وزارتی خود ارائه دهیم». چون به نظر کایدن انضباط بخش مالی، تنها به مدد زمانمند کردن امکان‌پذیر می‌شد؛ زیرا زمانمند کردن بودجه، سررسید مشخصی را برای حساب‌رسی در اختیار دولت‌ها قرار داد و چارچوب زمانی معینی را برای پیش‌بینی هزینه‌ها فراهم می‌ساخت. این مسئله به مشکلات چندین قرن فرانسه و سپس سایر کشورها پایان بخشید. دیگر هیچ حسابی برای سال‌ها مفتوح نمی‌ماند و هزینه جاری برخلاف پیش‌بینی‌ها، مبتنی بر درآمدهای آینده رقم می‌خورد. هنوز فراهم کردن محدوده زمانی معین برای نظارت پارلمان بر عملکرد بودجه‌ای مجریه به‌عنوان یکی از توجیهات اصل سالیانه بودن بودجه به کار می‌رود. (انوری، ۱۳۹۷: ۴۲)

۳-۶. دوره زمانی واحد یا چندین ساله

در تئوری‌های سنتی بودجه‌ریزی، سالیانه بودن بودجه به‌عنوان یک اصل در نظر گرفته می‌شود. بدین ترتیب که بودجه عموماً برای یک سال مالی تهیه و درختم سال مازاد بودجه به اداره مرکزی برگردانده می‌شود و مدیران می‌توانند در مورد نقصان و جبران کسری آن تصمیم بگیرند. (آذر و امیرخانی، ۱۳۹۳: ۲۶) لذا اخیراً مسئله تأمین مالی هزینه‌های سرمایه‌گذاری دولتی با برخی چالش‌ها مواجه شده که نیازمند زمانی بیشتر از یک سال

است مطرح شدن ایده‌ای برنامه‌ریزی بلندمدت و میان‌مدت بودجه‌ای است که هدفش برطرف نمودن مخاطرات از فعالیت‌های بودجه‌ای دولت از طریق بودجه‌های برنامه‌ای سنجیده است در دهه ۱۹۷۰ میلادی «بودجه‌های ریاستی و پارلمانی» نوعاً پوشش یک‌ساله داشتند. در طول دهه ۱۹۸۰ میلادی افق زمانی بودجه دولتی بلندمدت‌تر شد. (مقیم، ۱۳۹۶: ۱۶۱)

بنابراین در حال حاضر در بعضی از کشورها بودجه دولتی به‌صورت چندساله تهیه می‌شود. افق زمانی طولانی‌تر، برنامه‌ریزی بهتر را ارتقا می‌بخشد و اتخاذ تدابیر صرفه‌جویی در برهه‌ای از زمان و افزایش درآمد در برهه دیگر از زمان را غیرضروری می‌سازد، ولی از جنبه فنی، محدودیت‌های مرتبط با پیش‌بینی و تخمین هزینه‌ها و درآمدها را تشدید می‌کند. (همان، ۱۳۹۶: ۱۶۲)

۷. اهمیت اصل سالانه بودن بودجه

اصل سالیانه بودن بودجه به یک دوره زمانی محدود شده که اشاره به جنبه تصویب بودجه به‌وسیله پارلمان و هم از نظر فنی و مالی، در مقایسه با بودجه‌های چندساله از ارزش و اهمیت برخوردار است. (مقیم، ۱۳۹۶: ۱۵۹)

۷-۱. جنبه سیاسی و تصویبی

بودجه مهم‌ترین ابزار اجرای و سیاسی دولت است که پارلمان از طریق فعالیت سیاسی و تصویبی، در قالب بودجه کل کشور به دولت اجازه می‌دهد تا درآمدهای عمومی را جمع‌آوری و هزینه‌های دولتی را به مصرف برساند. اگر این مجوز به‌صورت سال‌به‌سال صادر شود، امکان کنترل اثربخش‌تر قوه مقننه بر قوه مجریه بهتر فراهم می‌شود. لذا از جنبه سیاسی و تصویبی، دوره‌ای زمانی یک‌ساله در مقایسه با چندساله، زمانی بهینه محسوب می‌شود.

۷-۲. جنبه فنی و مالی

تناوب سالیانه بودجه دولت، امکان برنامه‌ریزی واقعی و پیش‌بینی واقعی‌تر درآمدها و هزینه‌های بودجه‌ای دولت را فراهم می‌کند و پاسخگویی مالی دولت را از آنجا که



بودجه‌ریزی نوعی پیش‌بینی آینده است هر چه دوره زمانی طولانی‌تر باشد، امکان تحقیق درآمدها و هزینه‌ها بر مبنای برنامه‌ریزی انجام‌شده، کمتر خواهد بود. دوره زمانی یک‌ساله از نظر فنی و مالی، توجیه بیشتر دارد.

۸. استثنائات اصل سالانه بودن

با وجود اینکه اصل سالانه بودن بودجه یک قاعده کلی در نظام مالی کشورها محسوب می‌شود، در برخی موارد این اصل استثنائاتی دارد که امکان انعطاف‌پذیری و کارآمدی بیشتر در برنامه‌ریزی مالی را فراهم می‌کند. مهم‌ترین استثنائات این اصل قرار ذیل است:

۸-۱. بودجه یک یا چند دوازدهم

زمانی که بودجه به تصویب پارلمان می‌رسد، دستگاه بودجوی اعتبارات را مطابق با تخصیص‌های قانون بودجه برای هر ماده و فصل هزینه‌ای، خرج نمایند. در جای که سال مالی آغاز شده، دولت و پارلمان هنوز به دلایل بحران‌های سیاسی یا اقتصادی بودجه سالیانه را به تصویب نرسانده است، پارلمان مجوزی موقت صادر می‌کند و به آن بودجه یک دوازدهم گفته می‌شود و میزان آن معادل یک دوازدهم معادل مخارج یک ماه از سال قبل است. (مقیمی، ۱۳۹۶: ۱۶۰) این موضوع در ماده ۹۸ قانون اساسی این گونه آمده: «هرگاه نظر به عوامل تصویب بودجه قبل از آغاز سال مالی صورت نگیرد تا تصویب بودجه جدید، بودجه سال گذشته تطبیق می‌گردد». لذا فقره اول ماده ۴۱ قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، نیز بر مؤید این موضوع اشاره دارد. «هرگاه نظر به عواملی بودجه قبل از آغاز سال مالی تصویب نگردد، الی تصویب بودجه جدید، بودجه سال گذشته، صلاحیت بودجوی مدت یک ماه (۱/۱۲) مطابق صلاحیت بودجوی سال مالی گذشته صادر می‌گردد». در فقره دوم همین ماده تصریح شده که صلاحیت بودجوی (۱/۱۲) الی تصویب بودجه سال مالی قابل اعتبار بوده و مصارف ناشی از آن، از صلاحیت تصویب بودجه سالی مالی جدید وضع می‌گردد.

۸-۲. اعتبارات برنامه‌ای

بنا بر اصل سالانه بودن بودجه، اعتباراتی که در سال مالی منظور می‌گردد، باید در جریان

همان سال مصرف شود؛ اما نظر به اینکه دولت به عملیاتی اقدام می‌کند که اجرای آن زمانی بیش از یک سال لازم دارد و سفارش‌هایی می‌دهد که ظرف چند سال قابل پرداخت است. لذا منظور کردن همه وجوه معامله در بودجه یک سال نه تنها ضرورت ندارد، بلکه باعث بالا رفتن حجم بودجه و عدم توازن بین دخل و خرج دولت می‌شود. (ابراهیمی نژاد و فرج‌وند، ۱۳۹۲: ۱۱۷)

طبق ماده ۲۷ قانون اداره امور مالی و مصارف عامه که قبلاً شرح داده شد، تعهدات برنامه با تعهدات دوره برنامه یکجا در پارلمان تصویب می‌گردد؛ اما با رویکرد کنترل و نظارت از اجرای پروژه‌های چندین ساله که تحت کار و در مدت یک سال به اكمال نرسیده، به صورت سالانه تعدیل و به تصویب شورای ملی می‌رسد. برنامه چندساله دولت و اجرای سالانه هدف‌های آن انحراف از اصل سالانه بودن بودجه نیست، بلکه یک نوع مفصل‌بندی بین بودجه و برنامه و یک نوع اعلامیه رسمی دولت مبنی بر اراده مشترک دولت و پارلمان در انجام برنامه‌های چندساله عمرانی است.

۹. مزایا و معایب بودجه‌ریزی چندساله

بودجه‌ریزی چندساله به عنوان جایگزین یا مکمل بودجه‌ریزی سالانه در بسیاری از کشورها مطرح است. در این روش، برنامه‌ریزی مالی برای دوره‌ای بیش از یک سال (معمولاً ۳ تا ۵ سال) انجام می‌شود. این نوع بودجه‌ریزی مزایا و معایبی دارد که در ادامه بررسی می‌کنیم.

۹-۱. مزایا

بودجه‌ریزی چندساله مزایای متعددی برای کشورهای در حال توسعه دارد که مهم‌ترین آن‌ها موارد ذیل است:

۱. کار آیی در تخصیص منابع دولتی: کشورهای در حال توسعه، اغلب با مشکلات بودجه‌ای بی‌شماری مواجه است. چالش‌هایی چون طرح‌های عمرانی با اعتبارات بسیار فقیرانه، کسری بودجه‌های مزمن و قرضه‌ها و وام‌های سنگین، در اکثر این کشورها به چشم می‌خورد. بودجه‌های چندساله به جای وصله کردن که در بودجه‌های سالیانه وجود دارد، از ظرفیت بیشتری برخوردار است؛ به گونه‌ای که با فراهم نمودن برنامه‌های



بلندمدت، استراتژیک و میان مدت، طرحی ارائه می کند که تعهدات هزینه ای دولت با منابع در دسترس جفت و جور می شوند و بر اساس اولویت ها، تخصیص منابع با توجه به استراتژی های مالی تعیین شده بهبود می یابد.

۲. ثبات و پایداری مالی: مدیریت مالی از طریق شناسایی عدم تعادل های ساختاری بین درآمدها و هزینه ها بهبود می یابد. در بودجه ریزی چندساله با پیش بینی سال های پیش رو، خروجی های مالی به تناسب شرایط اقتصادی متفاوت مشخص می گردد و برنامه ریزی لازم در بودجه های سالیانه، به تناسب شرایط رکود و تورم صورت می گیرد؛ به طوری که اقتصاد و مالیه عمومی در یک دوره ای چندساله «میان مدت» به تعادل برسد.

۳. بهبود مشارکت وزارتخانه ها و دستگاه های دولتی: در بیشتر کشورها، رویکرد بودجه ریزی چندساله، توانمندسازی وزارتخانه ها و دستگاه های اجرایی را در پی داشته است؛ به طوری که اقدام به تعیین نیازها و برنامه های خود در یک دوره زمانی چندساله می نمایند و همواره به دنبال درآمدزایی هستند تا خط مشی ها و طرح های جدیدشان را تأمین اعتبار کنند.

۴. بهبود برنامه ریزی استراتژیک و بلندمدت: یک استراتژی مالی معتبر و همه جانبه، یکی از پیش شرط های اساسی برای موفقیت دیدگاه خودکفایی حکومت است. حکومت رویکردهای سنجیده تر پلان گذاری مالی را متکی بر اهداف پایدار اجتماعی و اقتصادی و درازمدت برای حمایت از رشد و انکشاف اقتصادی اتخاذ می کند. برای انجام این کار حکومت ریفورم مالی خویش را ادامه خواهد داد تا حکومت قادر به تمرکز بیشتری روی افزایش محدوده مالی در پنج بُعد ذیل گردد.

۵. کارایی در انجام امور حکومتی به شمول جلوگیری کشف و مبارزه با فساد اداری.

۶. بلند بردن عواید داخلی به سطح بالاتر.

۷. جستجوی قروض مشروط و تمویل ابتکاری برای سرمایه گذاری با تأثیرات بزرگ و خطر (ریسک) کمتر.

۸. استفاده مسئولانه و مؤثرتر از کمک ها.

۹. نگاه آینده جهت اولویت بندی پالیسی ها و بهبود عملکرد مالی به مرور زمان.

۹-۲. معایب

۱. فقدان انعطاف‌پذیری به علت واکنش کم اثرتر به تغییرات اقتصادی سیاسی و مدیریتی.
۲. ظرفیت بالقوه برای افزایش حجم کار به خاطر الزامات هماهنگی و مراحل بازنگری برنامه و بودجه‌ها.
۳. افزایش حجم کار اولیه به خاطر تغییر بودجه سالیانه به بودجه چندساله و ضرورت کسب تجربه و گردآوری اطلاعات گسترده.
۴. محدودیت‌های نرم‌افزاری به واسطه تغییر یا تعدیل نرم‌افزارهای موجود که برای بودجه‌های یک‌ساله کاربرد داشته‌اند.
۵. افزایش عدم اطمینان نسبت به بودجه‌های سالیانه (به‌ویژه در شرایطی که محیط اقتصادی و سیاسی، ناپایدار باشد) که نهایتاً پیش‌بینی درآمدها و هزینه‌ها را با مشکل مواجه می‌سازد.

نتیجه‌گیری

بودجه‌ریزی یکی از ابزارهای کلیدی مدیریت مالی دولت‌ها بوده و خواهد بود که نقشی حیاتی در توسعه اقتصادی و اجتماعی کشورها دارد. از آنجا که منابع مالی دولت‌ها محدود و نیازهای عمومی گسترده و متنوع است، تدوین و اجرای یک برنامه مالی دقیق و کارآمد، ضرورتی انکارناپذیر محسوب می‌شود. در این راستا، اصول بودجه‌ای به‌عنوان راهنمایی برای تنظیم، تصویب و اجرای بودجه، دارای اهمیت بسزایی هستند. یکی از مهم‌ترین این اصول، اصل سالانه بودن بودجه است که در قوانین مالی و اقتصادی بسیاری از کشورها از جمله افغانستان به رسمیت شناخته شده است.

اصل سالانه بودن بودجه بر این مبنا استوار است که بودجه باید برای یک دوره یک‌ساله تنظیم، تصویب و اجرا شود. این اصل از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا امکان نظارت دقیق‌تر بر عملکرد دولت را برای قوه مقننه فراهم کرده و موجب شفافیت در تخصیص منابع مالی می‌شود. همچنین سالانه بودن بودجه سبب می‌شود که دولت‌ها بتوانند سیاست‌های مالی خود را با شرایط متغیر اقتصادی و اجتماعی هماهنگ کنند و در صورت نیاز،



اصلاحات لازم را در بودجه‌های سالانه اعمال نمایند.

در نظام مالی افغانستان، اصل سالانه بودن بودجه در قوانین مختلفی مورد تأکید است. قانون اساسی و قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، چارچوب قانونی این اصل را مشخص کرده‌اند. ماده ۹۵ قانون اساسی افغانستان، پیشنهاد طرح بودجه را از صلاحیت‌های انحصاری دولت دانسته و ماده ۷۵ این قانون، دولت را مکلف کرده است که در پایان هر سال مالی، گزارش عملکرد خود را به پارلمان ارائه دهد. این قوانین نشان‌دهنده پذیرش اصل سالانه بودن بودجه در ساختار مالی افغانستان است.

باین حال، بررسی‌های بیشتر نشان می‌دهد که برخی از مواد قانونی افغانستان، دوره‌های مالی چندساله را نیز مورد توجه قرار داده‌اند. ماده ۲۷ قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، بر ضرورت برنامه‌ریزی مالی برای حداقل دو سال و مابعد آن تأکید دارد. همچنین، ماده ۳۲ این قانون، پیش‌بینی درآمدها و هزینه‌ها را برای حداقل سه سال آینده مجاز دانسته است. این موضوع نوعی تناقض را میان اصل سالانه بودن بودجه و ضرورت برنامه‌ریزی میان‌مدت و بلندمدت در نظام بودجه‌ریزی افغانستان ایجاد کرده است.

به نظر می‌رسد که در نظام مالی افغانستان، اصل سالانه بودن بودجه در کنار برنامه‌ریزی میان‌مدت و بلندمدت مورد توجه قرار گرفته است. دولت افغانستان به منظور بهبود مدیریت منابع مالی، علاوه بر بودجه‌ریزی سالانه، از رویکرد بودجه‌ریزی چندساله نیز استفاده می‌کند. این رویکرد به دولت اجازه می‌دهد تا به صورت تدریجی، اصلاحات مالی لازم را در سیاست‌های خود اعمال کرده و منابع مالی را بر اساس اولویت‌های توسعه‌ای تخصیص دهد. به طور کلی، اصل سالانه بودن بودجه یکی از اصول بنیادی در نظام بودجه‌ریزی افغانستان محسوب می‌شود که شفافیت مالی، امکان کنترل دقیق‌تر بر هزینه‌های دولتی و انعطاف‌پذیری در سیاست‌های مالی را فراهم می‌آورد. باین حال، به دلیل پیچیدگی‌های اقتصادی و نیاز به برنامه‌ریزی بلندمدت، نظام مالی افغانستان ترکیبی از بودجه‌ریزی سالانه و میان‌مدت را اتخاذ کرده است تا بتواند به نحو بهتری منابع مالی را مدیریت کند. بنابراین، موفقیت این سیستم درگرو اجرای دقیق قوانین مالی، شفافیت در هزینه‌ها، نظارت مستمر و اصلاحات دوره‌ای در سیاست‌های بودجه‌ای خواهد بود.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

۱. ابراهیمی نژاد، مهدی، فرج‌وند، اسفندیار، (۱۳۹۲)، *بودجه از تنظیم تا کنترل*، تهران: نشر سمت.
۲. احمدی، علی محمد، (۱۳۸۷)، *اصول و مبانی بودجه‌ریزی؛ با تأکید بر بودجه‌ریزی عملیاتی*، تهران: نشر پژوهشکده اقتصادی دانشگاه تربیت مدرس و نورالعلم.
۳. انوری، سید حسن، (۱۴۰۳)، *حقوق مالی ۲*، کابل: دانشگاه المصطفی (ص).
۴. آذر، عادل، طویه، امیرخانی، (۱۳۹۳)، *بودجه‌ریزی بر مبنای عملکرد: تئوری و مدل پیاده‌سازی*، تهران: نشر موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی.
۵. بابایی، حسن، (۱۳۸۷)، *بودجه‌ریزی در ایران از نظریه تا سیاست*، تهران: نشر بازگانی.
۶. پورولی، بهروز، (۱۳۸۷)، *بودجه و مالیه عمومی*، تهران: نشر چوک آشتیان.
۷. پیرنیا، حسین، (۱۳۴۵)، *مالیه عمومی: مالیاتی و بودجه*، تهران: انتشارات کتابخانه ابن سنا.
۸. شبیری نژاد، علی اکبر، (۱۳۸۶)، *حقوق قوه مقننه در بررسی و رای به بودجه*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۹. صدری افشار، غلام‌حسین، حکمی، نسرتن، (۱۳۸۲)، *فرهنگ معاصر فارسی*، تهران: انتشارات فرهنگ معاصر.
۱۰. عزیزی، غلام‌رضا، (۱۳۸۵)، *فراگیرد تنظیم و کنترل بودجه دولتی (بر اساس GFS)*، تهران: نشر اصلح.
۱۱. عمید، حسن، (۱۳۴۹)، *فرهنگ عمید*، تهران: سازمان انتشارات جاویدان.
۱۲. فرج‌وند، اسفندیار، (۱۳۸۴)، *فراگیرد تنظیم تا کنترل بودجه*، تهران: نشر فروزش.
۱۳. فرزیب، علیرضا، (۱۳۸۱)، *بودجه‌ریزی دولتی در ایران (با اصلاحات قانون برنامه سوم توسعه و اضافات)*، تهران: موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی.



۱۴. فرزيب، عليرضا، (۱۳۸۲)، *رويکرد آسيب‌شناختي به نظام بودجه‌ريزي در ايران*، تهران: موسسه تحقيقاتي تدبير اقتصاد.

۱۵. فرزيب، عليرضا، (۱۳۸۷)، *بودجه‌ريزي کاربردي در ايران*، تهران: شركت تعاوني كارآفرينان فرهنگ و هنر.

۱۶. مقيمي، سيد محمد، (۱۳۹۶)، *بودجه‌ريزي دولتي - نظريه‌ها، اصول و کاربردها از تنظيم تا كنترل*، تهران: نشر مهربان و نگاه دانش.

ب. پايان‌نامه‌ها

۱۷. انوري، سيد حسن، (۱۳۹۷)، *بودجه افغانستان در پرتو اصول بودجه‌اي*، پايان‌نامه دوره كارشناسي ارشد دانشگاه تهران، دانشكده حقوق.

ج. مقالات

۱۸. حبيب‌نژاد، سيد احمد، منصوري بروجني، محمد، (۱۳۹۵)، *تحليل مباني و كاركردهاي اصل سالانه بودن بودجه در دوران كنوني*، فصلنامه دانش حقوق عمومي.
۱۹. رستمي، ولي؛ برزگر خسروي، محمد، (۱۳۹۳)، *ماهيت حقوقي بودجه (سند يا قانون)*، پژوهشنامه اسلامي.

د. قوانين

۲۰. *اصول‌نامه اجرائي*، مصوبه سنواتي سند بودجه.
۲۱. *قانون اداره امور مالي و مصارف عامه*، نشر جريده رسمي شماره (۳۴) مورخ ۱۳۸۴/۴/۵.
۲۲. *قانون اساسي جمهوري اسلامي افغانستان*، (۱۳۸۲).

تحلیل حقوقی مقاومت فلسطینیان با رژیم اسرائیل در پرتو نظریه جنگ عادلانه

حیدر شجاعی^۱ | محمد علم عدیل^۲

چکیده

در اهمیت نظریه جنگ عادلانه همین بس که مهم‌ترین تفسیر نظری از اهمیت اخلاقی جنگ و محدودیت‌های موجود به دست می‌دهد و می‌کوشد که ماهیت رفتار نظامیان با نیروهای متجاوز و غیرمتجاوز را تبیین نماید و به همین جهت، الهام‌بخش در عرصه حقوق بین‌الملل جنگ شد. ادعا و تلاش این مقاله این است که ضمن پرداختن مختصر به سیر تاریخی نزاع فلسطین با رژیم اسرائیل و به‌طور ویژه به امکان‌سنجی و تحلیل مقاومت فلسطینیان در پرتو اخلاق جنگ بپردازد. بدین رو، با کاربرست روش تحلیلی - توصیفی و بر پایه گردآوری کتابخانه درصدد پاسخ به این سؤال است که مقاومت فلسطینیان با رژیم اسرائیل بر مبنای نظریه جنگ عادلانه گویایی چه وجه حقوقی است؟ یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که پروژه ایجاد دولت اسرائیل، از ابتدا تا انتها برخلاف خواست اکثریت نودودو درصدی فلسطینیان بومی، برنامه‌ریزی و اجرا شد. بنابراین، از آنجاکه با کشتار رژیم اسرائیل اساساً منفعی برای مبارزه‌ای مدنی باقی نمانده است، نه تنها آن‌ها می‌تواند با تکیه بر نظریه جنگ عادلانه به مقاومت مسلحانه بپردازد بلکه، دولت‌های دیگر و مراجع بین‌المللی نیز ملزم است که از این مقاومت حمایت نماید.

کلیدواژه‌ها: مقاومت، نظریه جنگ عادلانه، اخلاق، فلسطین، اسرائیل

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شیراز و مدرس دانشگاه

ایمیل: haidarshojai83@gmail.com

۲. ماستری حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو هیئت علمی دانشگاه جوزجان، شبرغان، افغانستان

ایمیل: m.alam.adeel@ut.ac.ir

در میان آتش و خون، فلسطین همچون نگینی شکسته بر تارک تاریخ معاصر می‌درخشد؛ سرزمینی که مقاومت در آن نه یک انتخاب، بلکه ضرورتی وجودی است. از نخستین روزهای اشغال تا امروز، فلسطینیان با چنگ اندازی استعمارگرانه بر خاک، هویت و حق حیات جمعی خود روبه‌رو بوده‌اند. اینجا مقاومت تنها به مثابه یک تاکتیک سیاسی نیست، بلکه زبانی است که در برابر ظلم سکوت نمی‌کند و هستی از پا درآمده را فریاد می‌زند. در جهانی که قوانین بین‌المللی اغلب در سایه قدرت‌های بزرگ به حاشیه رانده می‌شود، فلسطین به آزمایشگاهی تبدیل شده که در آن «حق تعیین سرنوشت» انسانی، هرروز با تانک‌ها و دیوارهای بتنی به محاق می‌رود؛ اما چرا مقاومت، با همه هزینه‌هایش همچنان تنها راه باقیمانده است؟

پاسخ سؤال فوق را باید در بطن تناقضی جستجو کرد که غرب مدعی حقوق بشر، سال‌ها است که آن را نادیده می‌گیرد: وقتی اشغالگری، شهرک‌سازی و آپارتاید به سیاست‌های رسمی یک دولت بدل می‌شود، مقاومت نه تنها یک حق قانونی و اخلاقی، بلکه تکلیفی تاریخی است. این مقاومت، از دل خاکستر خانه‌های ویران‌شده و اشک‌های مادرانی زاده می‌شود که کلیدهای بازگشت به سرزمین اجدادی را نسل به نسل حفظ کرده‌اند. فلسطین امروز، نماد مبارزه‌ای فراتر از جغرافیا است؛ پرسشی است درباره وجدان جهانیان: آیا می‌توان در برابر کشتار و سرکوبی که حقوق اولیه بشر را زیر پا می‌گذارد، سکوت کرد؟ مقاله پیش رو می‌کوشد تا با گریز به ابعاد تاریخی، حقوقی و انسانی مسئله فلسطین، مقاومت را نه به مثابه یک گزینه سیاسی، بلکه به عنوان تنها پاسخی مشروع و حقوقی تحلیل کند. به قول خالدی، نفی حق بازگشت آوارگان تا محاصره غزه، از کشتارهای دوره‌ای تا عادی‌سازی روابط برخی دولت‌ها با رژیم صهیونیستی، مقاومت فلسطین یادآوری است بر این حقیقت ساده که هیچ زنجیری، هرچند آهنین، ابدی نخواهد بود. (خالدی، ۱۹۹۷: ۷۵)

باین وجود، از آنجا که راه حل مدنی تا اینک نتوانسته این بن‌بست را به شکل بنیادی حل کند، مسئله جدی که در این گیرودار سر برمی‌آورد این است که با امعان نظر به عدم پاسخگویی مدنی، چه پاسخ و وجه حقوقی می‌توان به این مسئله به شکل بنیادی پیدا کرد؟



بدین جهت، این تحقیق در روشنایی «نظریه جنگ عادلانه» درصدد راه حل حقوقی برای منازعه اسرائیل و فلسطین است.

فرضیه این مقاله آن است که تنها راه حل برای فلسطینیان این است که متوسل به مقاومت شده و بر مبنای نظریه جنگ عادلانه عمل نمایند و کشورهای دیگر نیز بر اساس حقوق بشردوستانه ملزم به حمایت این مقاومت است در رابطه با نظریه جنگ هر چند به شکل گذرا باید اشاره کرد که این نظریه، قدمتی طولانی داشته و ریشه در افکار متألهینی چون آگوستین قدیس و توماس آکوئیناس فیلسوفانی چون مایکل والزر و ریچارد نورمن و حقوق دانانی چون هوگو پروتیوس دارد (لوباتان، ۱۳۹۱: ۵۳۸) و در آن از چرایی و چگونگی جنگ ها و ملاک های ارزیابی اخلاق جنگ، سخن به میان می آید. (پیک حرفه، ۱۳۹۳: ۱۲۱)

در این تحقیق تلاش شده تا با ترسیم وضعیت تاریخی منازعه اسرائیل-فلسطین، طرحی هر چند ناقص و نارسای حقوقی، از نابسامانی و وضعیت بحرانی فلسطین ترسیم شود. لذا این نوشته مختصر هم پرمدها است و هم متواضع، پرمدها است چون در پس این آشفتگی و کشتار انسان های بی گناه، درصدد ترسیم نظام منسجم و استحکام عدالت است و متواضع است چون مُصر بر این ادعا نیست که راه حل فقط همین است؛ زیرا این نوشته با منطق حقوقی و مدرن به قضیه فوق نگاه کرده است و چه بسا اگر از منظر اسلام نگریسته شود و به ویژه «نقش جهاد» در بازتعریف چنین مسائل، برجسته گردد، ممکن است پاسخ جدی تری را ارائه شود که از موضوع این بحث تخصصا خارج است.

۱. وضعیت تاریخی منازعه اسرائیل-فلسطین

در باره وضعیت تاریخی منازعه اسرائیل و فلسطین، باید گفت که این مهاجرت بدون رضایت اکثریت عرب فلسطینی و با وجود اعتراضات مکرر آن ها که به طور مسالمت آمیز و خشونت آمیز ابراز شده بود، انجام شد. تا پایان سال ۱۹۴۶، جمعیت اقلیت یهودی از ۸ درصد به ۳۱ درصد جمعیت فلسطین افزایش یافت که شامل بدوی ها نیز می شد. (36-37، McCarthy: 1990) ایجاد یک اقلیت یهودی قابل توجه، ترس از ابعاد کشف شده اخیر هولوکاست و همدردی با بازماندگان هولوکاست در اروپا (که فلسطین می توانست مقصدی برای آن ها باشد) به طور جمعی حمایت سیاسی کافی برای قطعنامه مجمع عمومی سازمان

ملل در ۲۹ نوامبر ۱۹۴۷ که طرح تقسیم را توصیه کرده بود، ایجاد کرد. این طرح هرگز به مرحله اجرا درنیامد. (همان، ۱۵۹ - ۱۶۲ - ۱۶۳) در عوض، دولت اسرائیل به طور یک جانبه استقلال خود را در ۱۴ مه ۱۹۴۸ اعلام کرد و توصیه مجمع را به عنوان «غیرقابل برگشت» توصیف کرد، مرزهای پیشنهادی طرح تقسیم را از طریق اقدام نظامی گسترش داد، به فرار بیش از ۷۰۰,۰۰۰ عرب فلسطینی کمک کرد و از بازگشت آن‌ها به خانه‌هایشان جلوگیری کرد. (پاپه، ۲۰۰۶) آنچه با همزیستی در یک سرزمین با اکثریت عرب در ۱۹۱۸ آغاز شد، با فتح و تأسیس یک دولت با اکثریت یهودی در ۱۹۴۸ پایان یافت. (katan, 2009: 123)

پروژه ایجاد دولت دارای اکثریت یهودی در فلسطین، از ابتدا تا انتها بدون رضایت «جمعیت بومی»؛ یعنی اکثریت ۹۲ درصدی عرب، برنامه‌ریزی و اجرا شد. تنها جایگزین برای رضایت اکثریت عرب (به مهاجرت کافی برای ایجاد اکثریت یهودی، یا به خروج داوطلبانه در صورتی که نتوان به سرعت کافی اکثریت یهودی را ایجاد کرد) ناگزیر نیروی نظامی بود. این بدان معنا است که بنیان دولت «یهودی و دموکراتیک» اسرائیل در فلسطین در سال ۱۹۴۸، ناعادلانه و کاملاً غیر دموکراتیک بود. این برخلاف دیدگاه جان رالز است که باور دارد «تمام انسان‌ها نیازهای و مصالح اساسی دارند که تأمین آن‌ها لازمه‌ای یک زندگی حداقلی آبرومند و شایسته است. حقوق بشر درواقع ضامن تأمین آن علایق و مصالح به شمار می‌رود و در این سنت، حقوق بشر، بنا است طیف گسترده‌ای از نیازهای یک انسان به مثابه یک موجود اخلاقی و کرامتند را پاس بدارد. تأمین نیازهای که بر آمدنشان لازمه بهره‌مندی از یک زندگی حداقلی کرامت و انسانی است». (نراقی، ۱۳۹۰: ۵۲) اگر در هر یک از ۱۶ زیربخش فلسطین، همه‌پرسی در مورد طرح تقسیم سازمان ملل برگزار می‌شد، به جز در یافا (تل‌آویو) و احتمالاً (بسته به میزان مشارکت رأی‌دهندگان) حيفا، در همه جارد می‌شد. (مجمع عمومی سازمان ملل، ۱۹۴۷: بند ۶۶؛ Khalidi, 1997: 14)

از یک سو می‌توان استدلال کرد که خیر؛ زیرا بنیان کشورهای امروزی مانند ایالات متحده آمریکا، کانادا، استرالیا و نیوزیلند و همچنین سایر کشورهای «اروپای جدید»، حتی ظالمانه‌تر بوده است. این کشورها با بی‌احترامی کامل به حقوق اکثریت بومی، به عنوان مستعمره‌های اروپایی (عمدتاً مسیحی) تأسیس شد و گسترش یافت. این بدان معنا نیست



که گفتن اینکه یهودیان «فلسطین را دزدیده‌اند» تهمت خون است؛ زیرا چندین دموکراسی معتبر در اروپای جدید با «سرقت کشور» آغاز به کار کرد. همچنین به این معنا نیست که جمعیت یهودی-اسرائیلی تل‌آویو، اورشلیم غربی یا حیفا باید آنجا را ترک کنند، همان‌طور که جمعیت مسیحی-اروپایی نیویورک، تورنتو، سیدنی و اوکلند نباید این کار را کنند. (همان، ۱۶)

اکثریت عرب مسلمان در فلسطین از آنچه در راه بود، آگاه شدند و از همان ابتدا اعتراضات خود را اعلام کردند. به‌عنوان مثال، در سال ۱۸۹۱، تلگرافی از صدراعظم (در استانبول) درخواست کرد که یهودیان روسی را از ورود به فلسطین و خرید زمین در آنجا ممنوع کند. گزارشی از اطلاعات بریتانیا (احتمالاً درباره اولین کنگره ملی فلسطینی‌ها در قدس در سال ۱۹۱۹) شرکت‌کنندگان را به‌گونه‌ای توصیف کرده است که شگفت‌زده بودند که چگونه متحدین جنگ جهانی اول می‌توانند درباره حق تعیین سرنوشت صحبت کنند؛ اما فلسطین را به مردمی بیگانه که اکنون در اقلیت هستند، واگذار کنند و در نهایت آن‌ها را از زمین‌هایشان بی‌خانمان ساخته و به طرز حتمی بر آن‌ها ستم خواهند کرد... [بسیاری]... به‌طور قهری با هر تلاشی برای تأسیس یک دولت یهودی در این سرزمین مقاومت خواهند کرد. در سال ۱۹۳۵، پنج حزب سیاسی عرب درخواست «قطع فوری مهاجرت یهودیان» را کردند. کاتان تصریح می‌کند: «صهیونیسم واکنش خشن فلسطینی‌ها را برانگیخت؛ زیرا آن‌ها آن را تلاشی از سوی گروهی از مهاجران بیگانه برای گرفتن کشورشان می‌دانستند». او سپس به شورش‌های سال‌های ۱۹۲۰، ۱۹۲۱ و ۱۹۲۸-۲۹ و انقلاب بزرگ عربی ۱۹۳۶-۳۹ پرداخته است. (کاتان، ۲۰۰۹: ۸۳-۹۷). در قضیه فلسطین، او بیان می‌کند که حق تعیین سرنوشت برای اکثریت عرب «موقتاً به تعویق افتاد تا به صهیونیست‌ها فرصتی داده شود تا خانه خود را ایجاد کنند تا عرب‌ها نتوانند... [قانون] ی را برای محدود کردن مهاجرت یهودیان تصویب کنند» (همان، ۱۳۰-۱۳۱). بالفور این رفتار استثنایی را تأیید کرد.

اما اسرائیلی‌ها می‌گویند: «ما به‌طور عمدی و به‌حق، اصل حق تعیین سرنوشت را نمی‌پذیریم. اگر با ساکنان کنونی مشاوری می‌شد، بی‌شک رأی ضد یهودی (برای مهاجرت) صادر می‌کردند. توجیه ما... این است که... ما مسئله یهودیان خارج از فلسطین را یکی از



مسائل جهانی می‌دانیم و معتقدیم که یهودیان حق تاریخی برای داشتن خانه‌ای در سرزمین قدیمی خود دارند... صهیونیسم... ریشه در... امیدهای آینده دارد که اهمیت بیشتری نسبت به آرزوها و تعصبات ۷۰۰، ۰۰۰ عربی که اکنون در آن سرزمین قدیمی ساکن هستند، دارد». (کاتان، ۲۰۰۹: ۱۲۱، ۱۲۳، ۱۲۹، ۲۵۰) این در حالی است که اسناد بین‌المللی حقوق بشر در یک نقطه که احترام و تضمین حقوق بنیادین، کرامت و ارزش ذاتی انسان است، مشترکند و «اسناد گوناگون حقوق بشر (اعم از بین‌المللی، منطقه‌ای، عام و خاص، الزام‌آور و غیر الزام‌آور) همه به دنبال هدف و مقصود مشترکند و آن عبارت است از تأکید و تبیین جلوه‌های گوناگون اصل کرامت انسانی. بنابراین می‌توان ادعا کرد که هرگونه شرط یا اعلامیه تفسیری که در نهایت این هدف محوری را نادیده بگیرد، شرطی غیر معتبر و فاقد وجاهت است، خواه مورد اعتراض کشورهای دیگر در {فلسطین} قرار بگیرد، خواه نگیرد». (سید فاطمی، ۱۳۹۸: ۱۸۸)

گلدمن استدلال می‌کند که ستیزه‌جویی مسیحیان اروپایی علیه یهودیان اروپایی، یکی از شرم‌آورترین فصل‌های تاریخ اروپا است و در کنار فتح «اروپای جدید» و تبعید میلیون‌ها آفریقایی به بردگی، همواره دلیل محکمی برای تأسیس دولتی با اکثریت یهودی در بخشی از جهان که اقلیت‌های یهودی خود را مورد آزار و اذیت قرار داده بود (اروپا)، یا حداقل به دلیل اخراج مردم بومی چند صدسال قبل، «زمین اضافی» داشت («اروپای جدید») وجود داشته است؛ اما این مسیحیان اروپایی بودند که به یهودیان اروپایی مدیون یک دولت بودند، نه مسلمانان یا اعراب. هیچ‌گاه دلیلی برای تأسیس دولتی با اکثریت یهودی در فلسطین یا هر بخش دیگری از جهان عرب و مسلمان وجود نداشته است. «حق بازگشت» برای گروه‌های قومی که ۱۸۰۰ سال غایب بوده‌اند، به‌سادگی حقی نیست که بتوان آن را تعمیم داد، بدون اینکه اختلال شدیدی در انتظارات تثبیت‌شده در سراسر جهان ایجاد کند. همچنین این حقی نیست که اکثر یهودیان اسرائیلی آن را بپذیرند. مثلاً اگر گروه قومی فرضی در سال ۲۰۱۱ اعلام کند که قبل از سکونت یهودیان در آنجا، از اسرائیل باستان اخراج شده‌اند و اکنون قصد بازگشت دارند. همان‌طور که اخیراً از زبان یک زن جوان یهودی-اسرائیلی با صداقت تحسین‌برانگیز نقل شده است: «ما به خانه آن‌ها حمله



کردیم. نمی‌توانید این را انکار کنید». او در این مورد، آنچه را داوید بن گوریون در سال ۱۹۵۶ گفته است، بازتاب می‌دهد. (Goldmann, 1978: 99)

به‌رحال با این روایت که گلدمن از آن پرده می‌دارد، اساساً حق تعیین سرنوشت، حقوق بشری و اصول کلی حقوقی در فلسطین نادیده گرفته می‌شود. این درحالی است که «در حوزه حقوق بشری نمی‌توان از حق‌های بنیادین و مورد تصریح اعلامیه حقوق بشر و حق‌های عرفی مربوط به عرف بین‌المللی و اصول حقوق ملی که موردپذیرش ملت‌های متمدن است، سرباز زد». (سید فاطمی، ۱۳۹۸: ۱۹۷-۱۹۸) با این وصف تاریخی، ضرورت ایجاب می‌کند که این مسئله را باید در محک تئوری جنگ عادلانه قرار داده و با عنایت به عناصر این نظریه به مقاومت در فلسطین پرداخت.

۲. مبانی نظری

بحث از چگونگی و دوپارگی «اخلاق» و «جنگ»، برای بسیاری از متفکرین عرصه حقوق بین‌الملل و فلاسفه سیاسی همواره از جدی‌ترین موضوعات بوده که برای طرح موضوع این نوشته، باید به آرا و اندیشه‌های آنان اشاره شود؛ زیرا مقاومت آن وقت می‌تواند در محک اخلاقی بودن و غیراخلاقی بودن قرار بگیرد که نظریه‌های موجود در این باب واکاوی شده باشد.

۲-۱. اخلاق جنگ در دیدگاه‌های غربی

مفهوم جنگ عادلانه و نسبت آن با الهیات مسیحی، بیش از شانزده قرن است که در کانون بحث‌های فلسفه سیاسی در جهان مسیحیت قرار دارد. نظریه جنگ عادلانه از مهم‌ترین نظریه‌های روابط بین‌الملل و فلسفه سیاسی پیرامون صلح است که آگوستین (۳۵۴ م) آن را طرح کرده و بسط داده است. او جنگ را در صورتی عادلانه می‌داند که صادرکننده جنگ، دارای مشروعیت الهی بوده و هدفش از این کار اجرای عدالت و برپایی جامعه توحیدی و صلح باشد. از طرفی، وی محور اساسی جنگ عادلانه را گناه قرار می‌دهد و بیان می‌کند که جنگ عادلانه برای رهایی از زندگی مادی و شکل‌گیری زندگی معنوی، شکل می‌گیرد. آگوستین کوشیده تا بر اساس مباحث دینی، تعریفی متفاوت از عدالت ارائه کند و بر اساس



آن دیدگاهی متفاوت با فلاسفه گذشته خود از عدالت که صورتی زمینی داشت و تفسیری روشن از جامعه معنوی و آرمان شهر خود بر اساس ادله دینی و طبیعی ارائه کند. نظریه جنگ عادلانه به لحاظ ساختار منطقی که دارد، از طرفی با نظریه جنگ عادلانه در نزد فلاسفه کلاسیک و از طرف دیگر با نظریه جنگ مقدس نزد فلاسفه قرون وسطی هم خوانی دارد. به اعتقاد برخی از نویسندگان رایج ترین دیدگاه های اخلاقی در رابطه با اخلاق جنگ، در حوزه تفکر غربی را می توان در قالب سه الگوی اخلاقی پیگیری کرد. (موزلی، ۱۳۹۱: ۵۶-۵۵)

۲-۱-۱. الگوی فایده گرایانه

الگوی فایده گرایانه، بر این نکته تأکید دارد که با فرض پیروزی نظامی در جنگ به عنوان هدف غایی، باید با کاربست شیوه ها و روش های مختلف و مطمئن با کمترین هزینه و زمان این هدف را محقق ساخت. در این دیدگاه بر استدلال هایی که ضرورت نظامی را توجیه می کند، تأکید می شود. به عنوان مثال لازمه شکست دادن آلمان ها در جنگ جهانی دوم، بمباران شدن مراکز غیرنظامی در آلمان بود که انجام شد. به اعتقاد فایده گرایان کنوانسیون های جنگی از آن جهت که می تواند مانع تداوم جنگ شود و با کاهش هزینه های جنگ زمینه کمینه کردن انتقام جوئی را فراهم می سازد؛ مفید است. در الگوی فایده گرایانه قوانین حاکم بر رفتار جنگی تحت الشعاع نیازهای نظامی و سیاسی است: «اگر زیر پای گذاشتن برخی قواعد نفعشان بیش از ضررشان باشد، پیامدگرایان چاره ای جز تسلیم در برابر ضرورت های نظامی ندارند. (نادری، ۱۳۹۶: ۱۱)

۲-۱-۲. الگوی گوهر باورانه

الگوی گوهر باورانه، بر این نکته تأکید دارد که در وضع جنگی هیچ گونه اخلاقی وجود ندارد و اخلاق، مختص دوران صلح که امکان رجوع به نهادهای حل و فصل کننده کشمکش وجود دارد، می باشد. در این دیدگاه داشتن هدف عادلانه استدلال مبتنی بر حقانیت جواز کاربست هر وسیله ضروری برای پیروز شدن یا تنبیه دشمن را صادر می کند. (نادری، ۱۳۹۶: ۱۲)



۲-۱-۳. الگوی جنگ عادلانه

در پیشینه سنت جنگ عادلانه، از چرایی و چگونگی جنگ‌ها و ملاک‌های ارزیابی اخلاق جنگ سخن به میان آمده است. (پیک حرفه، ۱۳۹۳: ۱۲۱) نظریه جنگ عادلانه ریشه در افکار متالهینی چون آگوستین قدیس و توماس آکوئیناس و فیلسوفانی چون مایکل والزر و ریچارد نورمن و حقوق‌دانانی چون هوگو پروتیوس دارد (لوبان، ۱۳۹۱: ۵۳۸) در قرن بیستم در واکنش به سلاح‌های کشتار جمعی و شیوه‌های نوین جنگی نظیر مداخله بشردوستانه یا جنگ پیشدستانه مجدداً مباحث نظریه جنگ عادلانه جان تازه‌ای گرفت و نویسندگانی تلاش کردند جنگ‌های جهانی اول و دوم جنگ ویتنام جنگ صربستان جنگ دوم، خلیج، افغانستان و عراق را به محک این نظریه بزنند. (والزر، ۱۳۹۱: ۵۰۱-۴۹۶) به نقل از نادری، (۱۳۹۶: ۶۵) به عبارت روشن‌تر، پس از جنگ جهانی دوم، تحولات چشم‌گیری در عرصه بین‌الملل رخ داد. یکی از مهم‌ترین این تحولات برجسته شدن مقوله حقوق بشر است که نهایتاً به تحولی بنیادین در «نظریه جنگ عادلانه» انجامید. «هرچند مطابق رأی نظریه‌پردازان جدید نقض حقوق بشر، مسئله داخلی به شمار نمی‌رود و اگر حقوق اساسی شهروندان جامعه‌ای به نحو گسترده و سیستماتیک نقض شود، دولت‌های دیگر و نیز مراجع بین‌المللی می‌تواند و اساساً گاهی موظفند که برای پیشگیری از نقض حقوق آن شهروندان به زور متوسل شوند. به بیان دیگر، اقدام جنگ برای پیشگیری از نقض حقوق اساسی مردم یک کشور ثالث، البته تحت شرایط معینی، می‌تواند مصادیق جنگ عادلانه به شمار رود». (نراقی، ۱۳۹۰: ۴۵) از جمله جان راولز از جمله نظریه‌پردازان است که برای حقوق بشر در روابط بین‌الملل نقش ممتازی قائل است و نقض حقوق بشر را دلیل موجهی برای دخالت‌های بشردوستانه می‌داند. (همان) «نکته اصلی این نظریه آن است که جنگ فی‌نفسه بد و غیراخلاقی نیست، بلکه چه‌بسا در شرایطی خوب و از لحاظ اخلاقی توجیه‌پذیر باشد. بسیاری از اصول جنگ عادلانه در حال حاضر در قوانین و کنوانسیون‌های بین‌المللی انعکاس یافته است». (حاج اسماعیلی و حبیب الهی، ۱۳۹۱: ۳۲-۳۳)

۲-۲. ابعاد جنگ عادلانه

در دیدگاه‌های سنتی نظریه جنگ عادلانه سه بحث جدی و مهم یعنی «۱- دلیل منطقی

برای جنگ؛ ۲- رفتار عادلانه در جنگ؛ ۳- عدالت پس از جنگ» (ویلیامز، ۱۳۹۱: ۵۲۸) را مورد واکاوی قرار می‌دهد که مفصلاً به تبیین ماهیت آن می‌پردازد.

۲-۲-۱. مبنای حقوقی مشروعیت اعلان جنگ

در چارچوب نظریه جنگ عادلانه در اندیشه‌های کلاسیک، چهار معیار اساسی برای توجیه حقوقی آغاز جنگ ضروری شمرده می‌شود که مشخص بودن مرجع اعلان کننده جنگ، انگیزه عادلانه، قصد نیک از مهم‌ترین عناصری است که ذیلاً تحلیل می‌شود:

۱. صلاحیت مرجع اعلان کننده جنگ: تنها نهادهای دارای مشروعیت حقوقی-سیاسی (مانند حکومت‌های ملی یا نهادهای بین‌المللی موردپذیرش جامعه جهانی) مجاز به اعلان جنگند. در دوران قرون وسطی، این صلاحیت به پاپ، اسقف‌ها، پادشاهان و مرزبانان اختصاص داشت؛ اما با تکوین دولت-ملت‌ها، این حق به حاکمیت‌های ملی تفویض گردید. با این حال، این موضوع همچنان محل مناقشه است. به‌عنوان مثال، در جنگ آمریکا علیه عراق (۲۰۰۳)، واتیکان به‌عنوان نهاد حافظ سنت جنگ عادلانه، با استناد به قرار گرفتن عراق تحت نظارت سازمان ملل متحد، این جنگ را فاقد مشروعیت حقوقی دانست. (همان: ۵۳۰)

۲. انگیزه عادلانه: بر اساس اجماع نظریه‌پردازان، تنها «دفاع مشروع در برابر تجاوز مادی» به‌عنوان انگیزه عادلانه جنگ شناخته می‌شود. با این وجود، برخی اندیشمندان «جنگ تهاجمی» را در مواردی چون تعقیب و مجازات مهاجم یا اقدام پیش‌دستانه برای دفع حمله قریب‌الوقوع، مشروط به وجود ادله کافی، مجاز می‌دانند. (موزلی، ۱۳۹۱: ۵۷)

۳. قصد نیک (نیت خیر): مطابق اصل حقوقی_قصد نیک_ هدف از جنگ باید صرفاً «استقرار عدالت» باشد و نه تأمین منافع سیاسی، اقتصادی یا توسعه‌طلبی سرزمینی.

۴. جنگ آخرین چاره و راه‌حل: جنگ تنها زمانی مشروعیت می‌یابد که کلیه شیوه‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلاف، مانند مذاکره، میانجیگری و تحریم، به نتیجه نرسیده باشد. این اصل با توجه به غیرقابل بازگشت بودن پیامدهای جنگ، از جمله تلفات انسانی و تخریب زیرساخت‌ها، از جایگاه حقوقی ویژه‌ای برخوردار است. (موزلی، ۱۳۹۱: ۵۸)



۲-۳-۳. الزامات حقوقی رفتار عادلانه در حین جنگ

بر اساس نظریه جنگ عادلانه، رعایت اصول اخلاقی-حقوقی در جریان نبرد، فارغ از مشروعیت یا عدم مشروعیت هدف آغاز جنگ، الزامی است. این اصل مبتنی بر تفکیک دو سطح «حقوق آغاز جنگ» و «حقوق حاکم بر رفتار در جنگ» است. به عنوان نمونه، یک دولت ممکن است با «هدف غیرعادلانه» وارد جنگ شود؛ اما رفتارش مطابق موازین حقوق بشردوستانه باشد، یا برعکس. (موزلی، ۱۳۹۱: ۶۳)

الف) اصول سه‌گانه حاکم بر رفتار در جنگ

در این بند به اصول ثلاثه یعنی اصل تمایز، تناسب و مسئولیت پذیری علی حده می‌پردازیم:

۱. اصل تمایز (تفکیک): تفکیک دقیق میان «نظامیان» (اهداف مشروع نظامی) و «غیرنظامیان» (افراد و اهداف غیرنظامی) الزامی است. حمله عمدی به غیرنظامیان یا استفاده از ایشان به عنوان سپر انسانی، نقض کنوانسیون‌های ژنو (۱۹۴۹) و پروتکل‌های الحاقی (۱۹۷۷) محسوب می‌شود. ۲. اصل تناسب: میزان خشونت به کاررفته می‌بایست متناسب با «مزیت نظامی مورد انتظار» باشد. این اصل با دورویکرد حقوقی تبیین می‌شود: یکی اینکه رویکرد فایده‌گرایانه: کاهش حداکثری خسارات و رنج‌های غیرضروری که در صفحات پیشین ذیل الگوی اخلاق مورد بحث قرار گرفت و دیگر رویکرد اخلاق کانتی: رعایت کرامت انسانی تمامی طرف‌های درگیر. (همان: ۶۵-۶۸) ۳. اصل مسئولیت‌پذیری: یعنی جنگجویان موظف‌اند با در نظر گرفتن «پیامدهای بلندمدت اعمالشان»، به گونه‌ای عمل کنند که پس از بازگشت به زندگی مدنی، از جهت اخلاقی و حقوقی قابل دفاع باشد. این اصل بر لزوم پرهیز از جنایات جنگی تأکید دارد. (به نقل از نادری، ۱۳۹۶: ۱۴)

۳-۳-۳. اصول حقوقی حاکم بر دوره پساجنگ (Jus post Bellum)

طرفداران نظریه جنگ عادلانه، اصولی را برای تضمین عدالت در دوره پساجنگ طراحی کرده‌اند که شامل موارد زیر است: ۱. پرهیز از تحمیل خشونت یا مجازات‌های غیرمتناسب یعنی پیروزی در جنگ به دولت فاتح حق اعمال مجازات‌های خودسرانه یا تحمیل شرایط ناعادلانه را نمی‌دهد؛ ۲. تقسیم‌بندی سناریوهای پساجنگ که بر اساس وضعیت نهایی جنگ (شکست، پیروزی یا آتش‌بس). اصول حقوقی متفاوتی برای استقرار صلح پایدار

لازم است: ۱. در صورت شکست، دولت مغلوب باید از مجازات‌های غیرانسانی مصون باشد؛ ۲. در صورت پیروزی، دولت فاتح موظف به مشارکت در بازسازی مناطق آسیب‌دیده است؛ ۳. در صورت آتش‌بس، توافق‌نامه صلح باید منافع تمامی طرف‌ها را لحاظ کند. (برای بحث تفصیلی‌تر، ر.ک. موزلی، ۱۳۹۱: ۶۸-۶۹) این اصول در راستای جلوگیری از تداوم چرخه خشونت و تضمین صلحی عادلانه تدوین شده‌اند.

۳. منتقدین نظریه جنگ

اگرچه سنت جنگ عادلانه از معتبرترین و معقول‌ترین الگوهای اخلاقی جنگیدن در نزد متفکران غرب به شمار می‌آید؛ اما با این حال، نقدهای جدی به این سنت اخلاقی شده است. نوام چامسکی در سخنرانی که در آکادمیک نظامی آمریکا در سال ۲۰۰۶ م. انجام داد، به تحلیل منابع سه‌گانه موجود - آثار و نوشته‌های دانشگاهی، قضاوت‌های اخلاقی مبتنی بر شهود انسانی و قوانین مدون بین‌المللی - در رابطه با جنگ عادلانه می‌پردازد. دیدگاه نقادانه چامسکی را می‌توان این‌گونه خلاصه کرد: «اولاً آنچه در زمینه جنگ عادلانه منتشر شده، شایان توجه است؛ اما چندان آموزنده نیست و چیز زیادی به دست ما نمی‌دهد؛ دوم اینکه مفاهیم و استنباط‌های مختلف درباره طبیعت بشر باید محور اصلی بحث و فحص درباره جنگ را تشکیل دهد، گرچه تحقیقات جدی در این زمینه هنوز در مرحله جنینی است؛ سوم آنکه گرچه چارچوب‌های قانونی مدون در زمینه جنگ به‌زعم من معقول و پسندیده هستند؛ اما آنچه در جهان واقع رخ می‌دهد، تنها تأکیدی است بر آن کلام مشهور تاکیتوس یونانی که قوی هر آنچه میلش کشید، می‌کند و ضعیف تنها به فرمان‌های قوی گردن می‌گذارد». (چامسکی، ۱۳۹۱، ۵۱۵-۵۱۴)

نوام چامسکی در این سخنرانی، استدلال‌های یکی از مشهورترین فیلسوفان اخلاق و سیاست «جین بتکه الشتین» در کتاب جنگ عادلانه علیه ترور مبنی بر عادلانه بودن بمباران افغانستان را نقد می‌کند در این کتاب خانم الشتین معیارهای چهارگانه‌ای برای جنگ عادلانه ارائه می‌کند که با دیدگاه دیگر نظریه‌پردازان جنگ عادلانه همخوانی دارد: ۱. مرجعی مشروع باید آغاز جنگ را با صراحت اعلام کند یا آن را تصویب کند؛ ۲. شروع جنگ باید مبتنی بر قصد و نیت درست باشد. اعمال قوه قهریه و زور مجاز است اگر این



کار مانع از اذیت و آزار مردم بی‌گناه شود؛ ۴. توسل به جنگ باید آخرین قدم باشد.

به اعتقاد چامسکی معیار اول و دوم کاملاً پوچ و بی‌معنی است؛ زیرا اعلام جنگ از جانب متجاوز نمی‌تواند مبنایی برای عادلانه بودن جنگ باشد و جانی‌ترین متجاوزان بر خیر بودن قصد و نیتشان اذعان دارند. معیارهای سوم و چهارم به اعتقاد چامسکی معقول است؛ اما در مورد بمباران افغانستان صادق نیست». (پیشین، ۵۱۶) برخی تحلیل‌گران دیگر نیز در راستای منازعه اسرائیل و فلسطین باورمند است که «بایستی در کنار ابزارهای حقوق بین‌الملل رویکرد دیگری (مدنی) را فعال و مطابق آن عمل کرد. چگونه ادبیات حقوق بین‌الملل در مورد اکثریت بومی ساکن در یک منطقه در کانادا، ایالات متحده، استرالیا و نیوزلند به‌ضرورت رعایت حقوق ضد تبعیض رأی می‌دهند. همان رویکرد در منازعه اسرائیل-فلسطین قابل اعمال است». (صالحی، وینته میوت، ۱۴۰۳: ۴۳۳۹)

نتیجه‌گیری

با وقوع جنگ جهانی دوم، موج عظیمی از یهودیان در راستای سیاستی که انگلیسی‌ها با حمایت آمریکا برای تأسیس دولت مستقل یهودی و تقویت بنیان سیاسی صهیونیسم اتخاذ کرده بودند، رهسپار فلسطین شدند به‌طوری که در فاصله ۵ سال جنگ جهانی دوم؛ یعنی از ۱۹۳۹ تا ۱۹۴۴ میلادی تعداد یک‌صد هزار یهودی دیگر به‌سوی این سرزمین سرازیر شدند. در ۲۹ نوامبر ۱۹۴۷ میلادی، سازمان ملل متحد طرح تقسیم فلسطین به دو کشور اسرائیل و فلسطین و اداره شهر اورشلیم به‌صورت بین‌المللی را تصویب کرد. این طرح موافقت سران صهیونیست را در پی داشت؛ اما فلسطینیان و دولت‌های عرب منطقه بی‌درنگ آن را رد کردند و از تاریخ ۳۰ نوامبر ۱۹۴۷ تا ۱۴ مه ۱۹۴۸ میان شبه‌نظامیان فلسطینی و یهودی، نبردهای خونینی درگرفت. نهایتاً در ۱۴ مه ۱۹۴۸ هم‌زمان با پایان قیمومیت بریتانیا بر فلسطین، دولت اسرائیل با صدور منشور استقلال اعلام موجودیت کرد. یک روز پس از اعلام استقلال تمامی همسایگان عرب به‌طور هم‌زمان به اسرائیل حمله کردند که متحمل شکست شدند. از آن پس مجموعه‌ای از درگیری‌های نظامی بین نیروهای اسرائیلی و کشورهای عرب رخ داده که جنگ ۱۹۴۸، جنگ ۱۹۵۶ جنگ شش‌روزه ۱۹۶۷ و جنگ یوم کیپور ۱۹۷۳ مهم‌ترین آن‌ها بوده‌اند.



نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که پس از جنگ جهانی دوم، تحولات چشم‌گیری در عرصه بین‌الملل رخ داد. یکی از مهم‌ترین این تحولات، برجسته شدن مقوله حقوق بشر بود که نهایتاً به تحولی بنیادین در «نظریه جنگ عادلانه» انجامید و از سوی، نقض حقوق بشر، مسئله داخلی به شمار نمی‌رود و اگر حقوق اساسی شهروندان جامعه‌ای به نحو گسترده و سیستماتیک نقض شود، دولت‌های دیگر و نیز مراجع بین‌المللی می‌تواند و اساساً گاهی موظفند که برای پیشگیری از نقض حقوق آن شهروندان به‌زور متوسل شوند. در نتیجه مقاومت فلسطین مشروع‌ترین مقاومت است که تمام ویژگی‌های مبنایی نظریه جنگ عادلانه همچون: ۱- دلیل درست برای جنگ؛ ۲- رفتار عادلانه در جنگ؛ ۳- عدالت پس از جنگ، لحاظ شده و در ضمن اینکه، کلیه مبانی حقوقی چون مرجع مشروع، قصد نیک، جنگ آخرین گزینه را دارا بوده و همه مؤلفه‌های حقوقی را مقاومت فلسطین در بردارد. در پرتو چنین نگاهی، مقاومت اسلامی شکل گرفته و به خاطر نقض حقوق بشری، حقوق بنیادین، کشتار سیستماتیک و اشغال فلسطین، به مقاومت و دفاع پرداخته و در ضمن، دولت‌ها و مراجع بین‌المللی نیز موظفند که این مقاومت را حمایت کنند.

فهرست منابع

۱. پاپه، ایلان، (۱۳۹۶)، پاک‌سازی قومی فلسطین، (مترجم: محسن کرباس‌فروشان)، تهران: انتشارات طاعتی.
۲. پیک حرفه، شیرزاد، (۱۳۹۳)، تبیین، تحلیل و تعدیل استدلال نتیجه دوگانه در اخلاق هنجاری و بررسی تأثیر آن در قوانین بین‌المللی مربوط به جنگ، حکمت و فلسفه، سال دهم شماره اول، بهار.
۳. حاج اسماعیلی، محمدرضا؛ حبیب‌الهی، مهدی، (۱۳۹۱) بررسی و تحلیل نظری اخلاق جنگ در قرآن و حدیث، فصلنامه علمی - پژوهشی پژوهش‌نامه اخلاق، سال پنجم، شماره پانزدهم.
۴. صالحی، هادی؛ وینته میوت، رابرت، (۱۴۰۳)، گذار حقوق بشردوستانه به حقوق ضد تبعیض: تحلیلی حقوق بشری بر منازعه اسرائیل-فلسطین بر چایه شهروندی، مطالعات حقوقی، دوره شانزدهم، شماره اول، ص ۴۲۵-۴۲۷.
۵. قاری سید فاطمی، محمد، (۱۳۹۸)، درآمدی بر مباحث نظری؛ مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، تهران: نشر نگاه معاصر.
۶. لویاتان، دیوید، (۱۳۹۱) جنگ عادلانه و حقوق بشر، (ترجمه: یاسر روستایی)، مهرنامه، ویژه‌نامه جنگ و صلح، تهران: هنر سرزمین سبز.
۷. موزلی، الکزادر، (۱۳۹۱)، نظریه جنگ عادلانه، (ترجمه: خشایار دیهیمی)، مهرنامه، ویژه‌نامه جنگ و صلح، تهران: هنر سرزمین سبز.
۸. نادری، مهدی، (۱۳۹۶)، مدل نظری اخلاق جنگ در تفکر شیعی و با تأکید بر دیدگاه حضرت آیت‌الله سیستانی، دانش سیاسی، سال سیزدهم، شماره دوم، (پیاپی ۲۶)، پاییز و زمستان.
۹. نراقی، آرش، (۱۳۹۰)، اخلاق حقوق بشر، تهران: نشر نگاه معاصر.
۱۰. والزر، مایکل، (۱۳۹۱)، پیروزی نظریه جنگ عادلانه و خطرهای موفق شدن، (ترجمه: صالح نجفی)، مهرنامه، ویژه‌نامه جنگ و صلح، تهران: هنر سرزمین سبز.



11. Levine, M, (2005). Overthrowing geography: Jaffa, Tel Aviv and the struggle for Palestine, 1880-1948. Univ of California Press.
12. Simoni, M (1999). A dangerous legacy: Welfare in British Palestine, 1930-1939. Jewish History. 13(2), 81-109.
13. Victor Katan, (2009). From Coexistence to Conquest: International Law and the Origins of the Arab-Israeli Conflict, 1891–1949. London: pp 29-95.
14. McCarthy J (1990). The Population of Palestine: Population History and Statistics of the Lat Ottoman Period and the Mandate. New York: Columbia University Press.
15. Khalidi W (1997). Revisiting the UNGA Partition Resolution. Journal of Palestine Studies 27(1) 5-21.
16. Goldmann N (1978). The Jewish Paradox. London: Weidenfeld and Nicolson.

