

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مطالعات

حقوق و سیاست

دوفصلنامه علمی - پژوهشی

سال اول، شماره اول، خزان و زمستان ۱۳۹۸

*

صاحب امتیاز: دانشگاه خاتم النبیین شعبه غزنی

مدیر مسئول: دکتر حسین حبیبی

سرمدبیر: دکتر علیرضا ناصری

مدیر اجرایی: زکریا محمدی

*

ویراستار: سیدنجیب الله و جاهت

لیتوگرافی و چاپ: مطبعه اکبر

بها: ۲۰۰ افغانی

شمارگان: ۱۰۰۰

نشانی: غزنی، سرک خواجه علی (+93-77779097) کابل، سرک اول کارته چهار (+93-787700700)
جاغوری، بازار غجور (+93-794911004)

Website: knu.edu.af

E-mail: info.ghazni@knu.edu.af

اعضای هیئت تحریریه

(دکترای روابط بین الملل)	دکتر عبدالقیوم سجادی
(دکترای جزا و جرم شناسی)	دکتر حسین حبیبی
(دکترای علوم سیاسی)	دکتر سید لیاقت علی موسوی
(دکترای حقوق خصوصی)	دکتر جمعه علی نظری
(دکترای جزا و جرم شناسی)	دکتر شاه ولی اصغری
(دکترای علوم سیاسی)	دکتر غلام رضا کریمی
(ماستر حقوق بشر)	محمد علی حیدری
(ماستر جزا و جرم شناسی)	نعمت الله محقق
(ماستر علوم سیاسی)	محمد رحیمی

فهرست مطالب

- سخن سردبیر ۴
- فصل نانوشته سیاست خارجی جمهوری اسلامی افغانستان ۵
دکتر عبدالقیوم سجادی
- عقلانیت، مهم‌ترین مبنای کرامت انسانی ۲۱
دکتر حسین حبیبی
- آثار محکومیت کیفری در پرتو نظریه برجسب زنی ۴۷
دکتر عبدالکریم اسکندری
- قراردادهای پیمان کاری در افغانستان؛ عامل توسعه یا منشأ فساد ۶۹
دکتر عبدالهادی وحید / سیدجاوید نجفی‌زاده
- عوامل و زمینه‌های همگرایی در جهان اسلام ۹۳
محمد رحیمی
- حق حبس در حقوق اسلامی و حقوق تجارت بین‌الملل ۱۲۱
دکتر جمعه علی نظری
- مطالعه تطبیقی حق شفعه در قانون مدنی افغانستان و ایران ۱۶۳
محمد علی حیدری

سخن سردبیر

بر کمتر کسی پوشیده است که امروزه پژوهش، محور توسعه در تمام زمینه‌ها به شمار می‌آید. آن چه بیشتر مایه مسرت اصحاب دانش و خردورزی می‌باشد این است که نگاه فروتر رایج در گذشته‌های نه چندان دور به علوم انسانی نیز جای خود را به نگاه برابر و گاه فراتر به این علوم انسان محور داده است. در کشورهای توسعه یافته دنیا دیگر تردیدی وجود ندارد که بستر مناسب برای توسعه در زمینه‌های گوناگون علوم طبیعی، علوم انسانی است. تصاعد ناهمگون علوم طبیعی نسبت به علوم انسانی پیامدهای ناخوشایندی برای جوامع بشری دارد که جنگهای جهانی گذشته از نمونه‌های قابل ذکر آن می‌باشد. خوشبختانه در کشور ما نیز به لطف فضای مناسب به وجود آمده در سالهای اخیر، موضوعات علوم انسانی پس از سده‌های متوالی که در محاق رفته بود در گفتار و نوشتار نسل نوین ما رخ نموده و آرام آرام به سمت پختگی در روش و محتوای مباحث به پیش می‌رود. دانشگاه خاتم النبیین به عنوان یکی از مراکز علمی پیشرو در کشور افتخار دارد که هزاران جوان مشتاق و مستعد را در رشته‌های گوناگون علوم انسانی در سطح لیسانس و ماستری تربیت نموده که هر کدام می‌توانند موجب رشد و شکوفایی در حوزه‌های خود گردیده و منشا تحولات بزرگی در سطح جامعه باشند. شعبه غزنی دانشگاه خاتم النبیین بر اساس رسالت آکادمیک خود از بدو تاسیس تلاش نمود تا در کنار فراهم نمودن آموزش معیاری، به مقوله پژوهش نیز اهتمام ورزد. از این رو، با انتشار مجله علمی - پژوهشی اندیشه خاتم که منعکس کننده مقالات و تحقیقات مختلف اعضای کدر علمی دانشگاه و دیگر فرهیختگان از مراکز علمی دیگر بود تا حدودی خلأ موجود در حوزه پژوهش را پر نمود. اما با توجه به رشد سریع علمی جامعه و احساس نیاز به تخصصی‌تر شدن موضوعات، کدر رهبری دانشگاه تصمیم گرفت تا به تفکیک دانشکده‌ها، چهار مجله علمی - پژوهشی منتشر گردد تا به صورت دقیق‌تر به نیازهای علمی و فکری جامعه پاسخ داده شود. نوشتار پیش روی، نخستین شماره از مجله علمی - پژوهشی مطالعات حقوق و سیاست است که در دستان شما فرهیخته گرامی قرار می‌گیرد. طبعاً کار بشری هیچگاه بدون نقص نیست و در این رابطه با اشتیاق فراوان پذیرای نقطه نظرات شما خوانندگان گرامی هستیم. از همین فرصت بهره برده و از تمام دوستانی که در به ثمر رساندن این اثر علمی ما را یاری رساندند تشکر و قدردانی می‌نماییم. هم چنین از اندیشمندان و صاحب نظران در داخل و خارج از کشور دعوت می‌کنیم با ارسال مقالات علمی خود در ادامه راه، یاری گر این حرکت علمی و پژوهشی باشند.

دکتر علی‌رضا ناصری

فصل نانوشته سیاست خارجی جمهوری اسلامی افغانستان

دکتر عبدالقیوم سجادی*

چکیده

فصل ناتمام سیاست خارجی جمهوری اسلامی افغانستان ناظر به ناکامی حکومت افغانستان در امر تدوین خطوط اساسی سیاست خارجی کشور است. این نوشتار تلاش می‌کند تا ضمن مرور اجمالی بر علل و عوامل ناکامی دولت در تدوین خطوط اساسی سیاست خارجی کشور، مسوده پیشنهادی از تدوین خطوط اساسی سیاست خارجی کشور را ارایه نماید. به باور نویسنده فقدان خطوط اساسی سیاست خارجی کشور در واقع بیانگر فقدان استراتژی مدون در سیاستگذاری و اجرای سیاست خارجی افغانستان است، امری که باعث رکود، سردرگمی و در نهایت انفعالی شدن سیاست خارجی افغانستان گردیده است. ضرورت تدوین استراتژی سیاست خارجی اهتمام و توجه جدی دولتمردان به این مهم را تأکید می‌کند.

کلیدواژه‌ها: سیاست خارجی، سیاست خارجی جمهوری اسلامی افغانستان، خطوط اساسی.

۱. طرح مسئله

از دوره پانزدهم شورای ملی تا کنون تدوین و ارایه خطوط اساسی سیاست خارجی یکی از خواست‌های مجلس نمایندگان از حکومت بوده است. حکومت براساس ماده ۶۴ قانون اساسی مکلف است که خطوط اساسی سیاست خارجی کشور را تنظیم و جهت تصویب به مجلس نمایندگان ارایه نماید. علیرغم تقاضای مکرر مجلس نمایندگان و اهمیت جدی تنظیم و تدوین خطوط اساسی سیاست خارجی کشور این فصل هم‌چنان نانوشته و ناتمام باقی مانده است. وضعیت خاص کشور و پیچدگی نظام بین‌الملل و شرایط سیاسی کشور همراه با ضعف و ناتوانی کارگزاران نظام سیاسی و دستگاه دیپلماسی از مهم‌ترین عوامل ناتمام ماندن این فصل از سیاست خارجی است.

بازی‌های استخباراتی و سیاسی کشورهای دخیل در افغانستان، چالش‌های امنیتی، بی‌ثباتی سیاسی و برخورد مقطعی با سیاست خارجی از عوامل ناتمام ماندن این فصل سیاست خارجی کشور ماست. در واقع سیاست خارجی ما در شرایط دشوار و پیچیده کنونی فاقد دورنمایی روشن و استراتژی تعریف شده و مدون است. فقدان استراتژی مدون، نبود دورنمایی تعریف شده در واقع یکی از عوامل انفعال و ناپویایی سیاست خارجی ماست. در این فصل ضمن مروری بر تلاش‌های انجام شده برای تدوین خطوط اساسی سیاست خارجی تلاش می‌شود تا دریچه‌ای به سوی تأمین این هدف مهم و اساسی برداشته شود.

۲. مسوده خطوط اساسی سیاست خارجی کشور

فشارهای ممتد مجلس نمایندگان بر حکومت در نهایت به اقدام عملی وزارت خارجه و دستگاه دیپلماسی کشور منجر گردید. یکبار حکومت برای تأمین این هدف مجموعه یادداشت‌هایی را با عنوان خطوط اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان تدوین و به کمیسیون امور بین‌المللی مجلس نمایندگان ارایه نمود. در این یادداشت که حاوی مجموعه‌ای از معلومات در مورد شرح وظایف ادارات مختلف دولتی بود، به باور حکومت خطوط اساسی سیاست خارجی کشور نیز گنجانیده شده بود. اما با تأسف در این یادداشت هیچ‌گونه دیدگاه روشن در مورد جهت‌گیری سیاست خارجی و خطوط اساسی سیاست خارجی ارایه نگردید. این یادداشت به دلیل فقدان ارایه یک استراتژی روشن در مورد سیاست خارجی از سوی مجلس نمایندگان مسترد گردید.

در مرحله بعدی وزارت امور خارجه در تلاش برای تدوین و تنظیم خطوط اساسی سیاست خارجی کشور در اواخر سال ۱۳۹۵ یادداشت قطور و پر حجمی را با عنوان مسوده خطوط اساسی سیاست خارجی کشور به مجلس نمایندگان ارایه نمود. مروری بر این مسوده نیز نشان می‌دهد که هنوز هم خطوط اساسی سیاست خارجی کشور قصه پر غصه و نانوخته است. داستانی که بخشی از آشفتگی و سر درگمی جهت‌گیری‌های سیاست خارجی را رقم می‌زند.

در مسوده جدید که در حد یک کتاب پر حجم و قطور تهیه گردیده، عمدتاً به پیشینه مناسبات خارجی افغانستان در قبال کشورهای مختلف پرداخته شده است. رویکرد توصیفی در مورد محورهای مورد علاقه طرفین این نوشتار را بیشتر سمت و سوی توصیفی در مورد مناسبات خارجی کشور بخشیده است. بخش عمده این یادداشت به بیان علایق سیاسی، فرهنگی و اقتصادی افغانستان با کشورهای مختلف پرداخته و هیچ‌گونه دیدگاه روشنی را در مورد استراتژی و جهت‌گیری‌های خرد و کلان کشور ارایه نمی‌دهد. در ادامه این فصل ابتدا علل و عوامل نانوخته ماندن صفحات خطوط اساسی سیاست خارجی کشور را مرور نموده و تبعات منفی این امر بر حیرت و درماندگی سیاست خارجی افغانستان را به بحث خواهیم گذاشت. در نهایت تلاش می‌شود تا تلاشی هر چند ابتدایی برای تدوین و تنظیم خطوط اساسی سیاست خارجی کشور برداشته شود.

۳. عوامل ناتمامی مسوده سیاست خارجی

همانگونه که اشاره شد علیرغم تأکید و فشار مجلس نمایندگان بر حکومت در مورد تنظیم و تدوین مسوده خطوط اساسی سیاست خارجی کشور، هنوز هم سیاست خارجی ما فاقد یک طرح منسجم و مدون به‌عنوان استراتژی ملی و خطوط اساسی سیاست خارجی است. چرا تاکنون اقدام عملی برای این مهم برداشته نشده؟ چرا سیاست خارجی ما هنوز هم فاقد جهت‌گیری اساسی و استراتژی ملی است؟ و بالأخره چرا حکومت و دستگاه دیپلماسی در مورد توجه و اهتمام کافی و لازم را ندارد؟

پاسخ ساده و روشن این پرسش‌ها به دشواری تدوین استراتژی سیاست خارجی و ناتوانی دستگاه سیاستگذاری خارجی کشور باز می‌گردد. تدوین سیاست خارجی افغانستان امروزه به مراتب دشوارتر و پیچیده‌تر از هر زمان دیگر است. تعدد بازیگران ملی، منطقه و

بین‌المللی مؤثر بر سیاست خارجی، دگرگونی‌های محیط بین‌المللی، شرایط درهم‌تنیدگی سیاسی و امنیتی کشور با سیاست و امنیت بین‌الملل و بالأخره فقدان کارگزاران متخصص و برخوردار از دید علمی و آکادمیک از عوامل این ناکامی در تدوین خطوط اساسی سیاست خارجی است.

۳-۱. تعدد بازیگران در سیاست خارجی افغانستان

هر چند در عصر جهانی شدن سیاست خارجی اکثر کشورها با تحول و دگرگونی‌های جدی روبرو گردید، اما تأثیرات این مقوله روی سیاست خارجی ما نسبت به هر کشور دیگری عمیق‌تر و گسترده‌تر است. افغانستان پس از حادثه یازدهم سپتامبر و حضور قوت‌های بین‌المللی و کشورهای عضو ناتو به‌گونه‌ای جدی و همه‌جانبه در معرض پیامدهای عملی جهانی شدن قرار گرفت. جهانی شدن سیاست خارجی افغانستان را بیش از هر زمان با تحولات جهانی و منطقه‌ای درگیر نمود. جهانی شدن حاکمیت دولت‌ها را با فرسایش و ضعف روبرو ساخته است. دیگر دولت‌ها در سیاست خارجی خویش نمی‌توانند مدعی انحصار حاکمیت و کنترل همه‌جانبه روی مسایل و موضوعات باشد. جهانی شدن در بعد تکنولوژیک مرزهای ملی و جغرافیایی واحدهای رسمی بین‌المللی را در نوردیده و بازیگران بدون مرز و فاقد سرزمین را وارد بازی‌های منطقه‌ای و بین‌المللی نمود (ر.ک. سجادی، ۱۳۹۴).

حضور بیش از چهل کشور عضو ناتو در افغانستان علاوه بر اینکه فرصت‌های ارزشمندی در اختیار افغانستان نهاد، سیاست خارجی ما را با پیچیدگی گسترده روبرو نمود. تنظیم مناسبات سیاسی منطقی و عقلانی با تأثیرات سیاسی و امنیتی این کشورها در افغانستان دستگاه سیاست خارجی ما را با مسایل و موضوعات جدی و تازه روبرو ساخت. از جانب دیگر جهانی شدن با کم‌رنگ ساختن مرزهای جغرافیایی و سرزمینی و وارد نمودن بازیگران غیر رسمی مانند سازمان‌های بین‌المللی غیر حکومتی، جریان‌های ایدئولوژیک و شرکت‌های فراملی و اقتصادی مباحث و مسایل تازه‌ای را در دستور کار سیاست خارجی کشورها از جمله افغانستان قرار داد. (کریستفر هل، ۲۷۱، ۱۳۷۸)

سیاست خارجی افغانستان با تنوع بازیگران رسمی و غیر رسمی روبرو گردید. از سویی مدیریت و تنظیم منافع متضاد کشورهای متعدد و تأثیر گزار منطقه‌ای و بین‌المللی مطرح است و از جانب دیگر تعریف جهت‌گیری عقلانی در مواجهه با جریان‌های ایدئولوژیک و

بازیگران بین‌المللی فراملی و بی‌سرزمین در دستور کار سیاست خارجی کشور قرار گرفت. هر دو امر برای سیاست خارجی افغانستان که هنوز در ابتدای راه قرار دارد دشورا به نظر می‌رسد. هر چند هر دو مقوله دارای ابعاد مثبت و منفی، تبعات سازنده و ویرانگر، ماهیت فرصت‌سازی و تهدید‌زایی است، اما بدون شک استفاده از فرصت‌های موجود نیازمند رهبری کارآمد و مدیریت مؤثر و پویا در عرصه سیاست خارجی است. عدم استفاده از فرصت‌ها و ابعاد سازنده شرایط جدید، سیاست خارجی افغانستان را در معرض آسیب‌پذیری‌های ناشی از تهدیدات و جنبه‌های منفی آن قرار داده است.

تعارض منافع کشورهای منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای دخیل و تأثیرگذار بر مسایل ملی افغانستان از دیگر جنبه‌های مشکله تعدد بازیگران در سیاست خارجی ماست که به‌گونه‌ای تنوع در جهت‌گیری سیاست خارجی ما را نیز در پی داشت. جمع میان منافع متعارض کشورهای مختلف، ایجاد تعادل میان رقبای منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای و در نهایت کنارآمدن با دیدگاه‌های و مفکوره‌های سیاسی متنوع از دیگر معضلات سیاست خارجی افغانستان در زمانه کنونی است.

۲-۳. رقابت و تعارض منطقه‌ای و بین‌المللی

هم‌چنان که در صفحات قبل اشاره گردید، تحولات بین‌المللی و دگرگونی ساختار نظام بین‌الملل از عوامل مؤثر بر سیاست خارجی کشور ماست. فروپاشی نظام دو قطبی و ظهور ساختار هژمونیک تأثیرات جدی روی جهت‌گیری کشورهای جهان سوم و توسعه نیافته از جمله افغانستان گذاشت. دگرگونی و تحولات منطقه‌ای و بین‌المللی، تعارض و رقابت قدرت‌های منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای بدون شک تأثیرات مستقیم روی مسایل سیاسی و امنیتی کشور ما دارد، که مدیریت آن نیازمند دانش و درک متخصصانه امور بین‌المللی و توانایی ملی است.

از آغاز شکل‌گیری دوره نوسازی با همکاری جامعه جهانی و رهبری حامد کرزی تاکنون، سیاست خارجی ما همواره در میانه دیدگاه‌های مختلف و متعارض سیاست خارجی کشورهای منطقه و فرامنطقه درگیر بوده است. پاکستان به‌عنوان همسایه جنوبی ما از همان آغاز شکل‌گیری دولت عصر نوسازی تاکنون جهت‌گیری رقابتی با هند، تعارض با دیدگاه‌های افغانستان و جامعه جهانی در امر مبارزه با تروریسم را در پیش گرفت.

(سپنتا، ۱۳۹۶) سیاست تعارضی همسایه غربی ما ایران با آمریکا نیز برای سیاست خارجی ما در قبال هر دو کشور محدودیت‌ساز بوده است. تعارض منافع روسیه و چین با آمریکا و رقابت‌های هر سه قدرت در سطح منطقه و جهان به‌گونه‌ای مستقیم روی مسایل سیاسی جامعه ما بازتاب داشته است.

در سطح فرمانطقه‌ای نیز تعارض منافع میان کشورهای عضو ناتو و کشورهای اسلامی در برخورد با مسایل افغانستان وجود داشته است. تعارض منافع کشورهای مختلف و دخیل در افغانستان که آنان را به‌عنوان همکاران بین‌المللی افغانستان در امر مبارزه با تروریسم و مواد مخدر، تأمین حقوق بشر و حقوق شهروندی، تحکیم اصل حاکمیت قانون و مبارزه با افراط‌گرایی و دموکراسی‌سازی در کنار هم قرار می‌داد، موجب برخوردهای متناقض این کشورها در محورهای مذکور گردید. مبارزه با دهشت افگنی و برچیدن لانه‌های تروریسم در منطقه و در نهایت تأمین حاکمیت قانون و دموکراسی در افغانستان در سایه سیاست منفعت‌جویانه و یک‌جانبه‌گرایانه همکاران بین‌المللی افغانستان رنگ باخت. سیاست خارجی افغانستان برای انسجام دیدگاه و مدیریت منافع متعارض و رقابتی و تبدیل آن به محورهای همکاری با دشواری و ناتوانی جدی روبرو بود.

در مباحث سیاست خارجی از سه الگوی رفتاری نسبتاً رایج یاد می‌شود. الگوی همکاری، الگوی رقابت و الگوی تعارض. به صورت منطقی پیچیده‌ترین سیاست خارجی برای آن دسته از کشورهایی است که در منطقه تعارضی قرار دارد. سیاست خارجی افغانستان کم و بیش در زیر سیستم‌های منطقه‌ای با هر سه نوع الگو روبرو است. الگوی همکاری منطقه‌ای می‌تواند برای سیاست خارجی کشور فرصت ایجاد کند. جهت‌گیری سیاست خارجی افغانستان با کشورهای همسایه و همکار با چالش‌های کمتری روبرو است. این چالش‌ها در تعامل سیاست خارجی افغانستان با کشورهای برخوردار از الگوی رقابتی بیشتر خواهد بود. اما پیچیده‌ترین حالت تعامل سیاست خارجی ما با آندسته از کشورهایی است که در قالب الگوی تعارضی قرار دارند. تعارض میان هند و پاکستان، رقابت میان ایران و عربستان، رقابت میان روسیه و چین با آمریکا و تعارض ایران و آمریکا هر کدام می‌تواند سیاست خارجی ما را تحت تأثیر قرار دهد.

۳-۳. وابستگی یکسویه در سیاست خارجی

امروزه در ادبیات بین‌الملل و سیاست خارجی سخن از وابستگی متقابل در جایگاه بلندی قرار داد. وابستگی متقابل به دلیل ماهیت تسری و همکاری موجبات همکاری و همگرایی در سیاست خارجی کشورها می‌گردد. براساس تئوری لیبرالیسم، وابستگی متقابل از طریق ایجاد همسویی میان دولت‌ها و نیز ایجاد محورهای مشترکی از منافع ملی و تهدیدات به گسترش همگرایی در سیاست خارجی کشورها می‌انجامد. اما وابستگی یکسویه منافع ملی کشور ضعیف را قربانی منافع ملی کشور قوی‌تر می‌سازد. (رابرت جکسون، فصل چهارم، ۱۳۸۵)

وابستگی یکسویه افغانستان به منابع اقتصادی و سیاسی جامعه جهانی، سیاست خارجی کشور را در وضعیت دشواری قرار داده است. این وابستگی موجب گردید که سیاستمداران ما به‌گونه مستمر روی مناسبات نینگ و دوستانه با همه کشورها تأکید نموده و در سیاست اعلانی خود بین دیدگاه‌های متناقض و منافع متضاد پیوند زنند. اما واقعیت این است که در حالت وابستگی یکسویه کشور تأمین‌کننده منابع اقتصادی و حمایتی، بیشترین تأثیرگذاری را روی سیاست خارجی کشور وابسته دارد.

وابستگی سیاست خارجی ما به کشورهای غربی موجب گردید که جهت‌گیری‌های سیاست خارجی کشور عمدتاً با ملاحظه نقطه نظرات این کشورها عیار گردد. جهان اسلام که تأثیرات ایدئولوژیکی عمیق و همه‌جانبه روی جامعه اسلامی افغانستان دارد نه تنها مورد توجه جدی قرار نگرفت، بلکه تحت تأثیر تصویر سازی‌های منفی جریان‌های بنیادگرا و افراطی به معضل جدی برای افغانستان تبدیل گردید. دستگاه دیپلماسی نتوانست ذهنیت سیاستمداران و افکار عمومی جهان اسلام را در راستای شرایط و موقعیت خاص افغانستان و تأمین منافع ملی کشور مدیریت نماید. این حالت نیز موجب گردید که سیاست خارجی ما دچار نوعی روزمرگی و واکنشی در قبال کشورهای اسلامی در مورد ارتباط شان با طالبان و جریان‌های نظامی مخالف دولت افغانستان کشیده شود.

۳-۴. موقعیت سیاسی و امنیتی افغانستان

یکی از چالش‌های اساسی و مهم سیاست خارجی ما در عصر کنونی شرایط دشوار و پیچیده سیاسی و امنیتی کشور است. موقعیت و جایگاه افغانستان در منطقه، تنوع اجتماعی و سیاسی موجود، شکاف‌های قومی و زبانی و در نهایت نفوذ گذاری‌های خارجی در

تصمیم‌گیری‌های ملی و فقدان دیدگاه مشترک ملی بر سر محورهای کلان منافع ملی سیاست خارجی ما را با تنگناها و محدودیت‌های جدی روبرو ساخته است.

اگر در ادبیات روابط بین‌الملل تبعیت سیاست خارجی از سیاست داخلی و قدرت ملی یک اصل است، سیاست خارجی افغانستان اما از این اصل استثناء است. سیاست داخلی ما در حالت تبعی و پیروی از مناسبات خارجی ما قرار دارد. اوضاع آشفته و نابسامان سیاست داخلی، تعارضات قومی و زبانی و نبود وفاق سیاسی بر سر محورهای اساسی و کلان منافع ملی به گونه‌ای مستقیم در ضعف و ناکامی سیاست خارجی ما تأثیر گزار می‌باشد، اما این نابسامانی‌های داخلی به‌گونه‌ای معلول مداخلات خارجی و رقابت‌های بین‌المللی است.

جهت‌گیری کلان سیاست خارجی و تنظیم مناسبات سیاسی با کشورهای مختلف منطقه و جهان بیش از هر امری نیازمند وجود دیدگاه مشترک و وفاق سیاسی میان رهبری سیاسی و سیاستمداران است. تعارض قومی و زبانی، تنوع افکار و اندیشه‌های سیاسی در یک رابطه دیپلماتیکی با رقابت قدرت‌های منطقه‌ای و جهانی، اجازه نداده است که سیاست و حکومت در جامعه افغانستان مسیر تعامل منطقی و عقلانی را بپیماید. هنوز هم این تنوعات موجب می‌گردد که منافع کلان ملی با آسیب‌پذیری‌های جدی روبرو گردد. این تنوعات هنوز هم مانع جدی بر سر راه تعریف مشخص و مورد توافق از هویت ملی، منافع ملی، تهدید ملی و امنیت ملی است. (سجادی، ۱۳۹۵، فصل دوم و سوم)

۳-۵. کمبود تخصص و دانش سیاسی

یکی از چالش‌های اساسی و مهم سیاست خارجی ما، کمبود کارگزاران و تصمیم‌سازان متخصص و توانمند در عرصه سیاست خارجی و دیپلماسی است. نظام بین‌الملل معاصر با پیچیدگی‌های خاص به خود دستگاه سیاست خارجی و دیپلماسی را با ضرورت جدی دانش و تخصص امور سیاست خارجی و بین‌المللی روبرو ساخته است. پیچیدگی‌های یاد شده همه حکایت از ضرورت کارگزاران و تصمیم‌گیرندگان متخصص و توانمند دارد. این در حالی است که هنوز دستگاه تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری ما با کمبود تخصص و دانش لازم روبرو است. تصمیم عقلانی نسبی در حوزه سیاست خارجی نیازمند صاحب نظران امور بین‌المللی و سیاست خارجی است که از درک و شناخت دقیق ماهیت محیط بین‌المللی، بازیگران و قواعد بازی بین‌المللی برخوردار باشند. در حالی که هنوز هم دستگاه دیپلماسی

کشور، همانند دیگر عرصه‌های حکومت‌داری، اسیر سیاست قومی و قبلوی بوده و گزینش کارگزاران نه بر مبنای تخصص مورد نیاز بلکه براساس روابط خویشاوندی صورت می‌گیرد. بدون تردید یکی از عوامل ناکامی ما در فقدان استراتژی ملی سیاست خارجی و ناتمام ماندن خطوط اساسی سیاست خارجی به این عامل باز می‌گردد. هم‌چنان که در فصل توصیف کارگزاران سیاست خارجی کشور مشاهده می‌شود، فیصدی بلندی از کارگزاران دستگاه دیپلماسی ما هم‌چنان فاقد تحصیلات تخصصی لازم در عرصه سیاست خارجی و امور بین‌المللی است. هر چند وزارت امور خارجه کشور دارای مرکز مطالعات استراتژیک در حوزه سیاست خارجی است، اما واقعیت تلخ این است که این نهاد صرفاً در حد یک نمایش عالمانه از سیاست سنتی و روزمره نشان دیگری ندارد.

۴. خطوط اساسی سیاست خارجی افغانستان

براساس ماده‌های ۶۴ و ۷۶ قانون اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان دولت مکلف است خطوط اساسی سیاست خارجی کشور را تنظیم و برای تأیید به مجلس نمایندگان ارایه نماید. این الزام ناشی از اهمیت خطوط اساسی برای رهنمود عملی و تعیین جهت‌گیری‌های سیاست خارجی است. در واقع خطوط اساسی نه اصول سیاست خارجی است و نه کنش‌ها و جهت‌گیری‌های مقطعی و تاکتیکی. مقصود از خطوط اساسی همانا جهت‌گیری‌های کلان و اساسی است که برای مدت نسبتاً طولانی دوام داشته و استمرار می‌یابد. در مباحث سیاست خارجی مفهوم خطوط اساسی به‌عنوان یک مفهوم تخصصی شناخته شده نیست، بلکه مفهوم استراتژی، خط مشی و جهت‌گیری بیشتر رایج و شناخته شده است.

خطوط اساسی براساس تعریف خط مشی سیاست خارجی عبارت است جهت‌گیری‌های بنیادین و کلان که با کنش‌های بازیگران کمتر دچار تحول و دگرگونی می‌گردد. براساس این تعریف در واقع خطوط اساسی مفهوم قریب به استراتژی سیاست خارجی است که مسیر حرکت و جهت‌گیری‌های کلان سیاست خارجی را روشن و واضح می‌سازد. اما تعریف استراتژی و خط مشی اساسی سیاست خارجی یک کشور نمی‌تواند خارج از اصول و ماده قانون اساسی باشد. در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان هم چنانکه قبلاً اشاره شد ماده‌های هفتم و هشتم مربوط به سیاست خارجی است. در ماده‌های یاد شده رعایت و التزام به معاهدات بین‌المللی و منشور حقوق بشر، مبارزه با مواد مخدر و

تروریزم و در نهایت حفظ استقلال، منافع ملی، تمامیت ارضی، حسن همجواری، احترام متقابل و تساوی حقوق به عنوان اصول سیاست خارجی کشور مطرح گردیده است. ماده هشتم به صراحت دولت را مکلف می‌سازد تا سیاست خارجی سیاست خارجی کشور را براساس موارد یاد شده و با التزام و احترام به میثاق‌ها، معاهدات بین‌الدول و اعلامیه جهانی حقوق بشر تنظیم و اجرا نماید. بنابر این استراتژی سیاست خارجی کشور الزاما باید در چارچوب اصول یاد شده و با التزام عملی به موارد یاد شده تهیه و تنظیم گردد.

۵. محورهای خطوط اساسی

خطوط اساسی سیاست خارجی افغانستان در چارچوب اصول کلی قانون اساسی باید تنظیم گردد. خطوط اساسی به‌عنوان استراتژی سیاست خارجی باید علاوه بر دیدگاه کلان شامل جهت‌گیری‌های اساسی در قبال حوزه‌های مختلف سیاست خارجی افغانستان باشد. اگر طبق طبقه‌بندی رییس جمهور سیاست خارجی کشور را به پنج حلقه یا حوزه تقسیم نماییم، به‌صورت منطقی استراتژی سیاست خارجی نیز در حوزه‌های یاد شده باید رهنمود عملی برای جهت‌گیری‌های کلان سیاست خارجی را واضح سازد. بدین منظور به باور نگارنده تدوین و تنظیم خطوط اساسی سیاست خارجی علی‌رغم پیچیدگی‌ها و چالش‌های موجود باید در یک چارچوب تیوریک مشخص صورت گیرد. این چارچوب تیوریک می‌تواند برای تعیین محورهای تدوین استراتژی ما را کمک نماید.

براساس تیوری (SWOT) تدوین استراتژی سیاست خارجی باید در چهار محور مهم و اساسی صورت گیرد. براساس این تیوری، استراتژی محصول فهم و شناخت علمی و دقیق از قوت‌ها، ضعف‌ها، فرصت‌ها و تهدیدها است. در هر پنج حلقه یاد شده با در نظر داشت این چهار محور اساسی باید به تهیه و تدوین استراتژی سیاست خارجی افغانستان پرداخت. بنابراین جهت‌گیری کلان سیاست خارجی کشور در هر یک از حلقات یاد شده با توجه به قوت‌ها و ضعف‌های داخلی، فرصت‌ها و تهدیدات خارجی باید تهیه و تدوین گردد.

برای تدوین خطوط اساسی سیاست خارجی علاوه بر تعریف و تعیین دقیق و عینی اهداف ملی و منافع ملی نیازمند سنجش و برآورد دقیق ابزارهای سیاست خارجی و امکانات ملی هستیم. از درون این مطالعه می‌توانیم به شناسایی دقیق نقاط ضعف و قوت خویش آگاه شویم. از جانب دیگر شناخت و تحلیل زیر سیستم‌های منطقه‌ای سیاست

خارجی افغانستان نیز برای استراتژی سازی و تنظیم خطوط اساسی اهمیت جدی دارد. مسایل سیاست خارجی افغانستان بدون شک علاوه بر این که از سیستم امنیتی جهانی تأثیر پذیر است، از زیر سیستم امنیتی منطقه‌ای نیز متأثر می‌باشد. سیاست خارجی ما با سه چهارم زیر سیستم منطقه‌ای روبرو است. تهدیدات و الزامات امنیتی هر یک از این زیر سیستم‌ها جهت‌گیری ما را در سیاست خارجی تحت تأثیر قرار می‌دهد. زیر سیستم آسیای جنوب شرقی با محوریت پاکستان و هند و با خصلت تعارضی و منازعه‌زا بودنش روی سیاست خارجی ما بازتاب جدی دارد.

زیرا سیستم منطقه‌ای خاورمیانه و کشورهای عربی و اسلامی با محوریت ایران و عربستان و خصلت رقابتی از دیگر سو سیاست خارجی ما را تحت تأثیر قرار می‌دهد. زیر سیستم سوم به منطقه آسیای مرکزی و کشورهای اقمار شوروی سابق بر می‌گردد. این زیر سیستم نیز با خصلت منازعه‌ای و رقابتی خود روی جهت‌گیری‌های سیاست خارجی افغانستان تأثیر گزار است. بویژه شکل‌گیری دور تازه از رقابت و گاه منازعه میان روسیه و آمریکا را باید مورد توجه قرار داد. در زیر سیستم منطقه‌ای چهارم محور چین و شانکهای را با ماهیت ضد هم‌مونیک آن باید مورد مطالعه و بررسی قرار داد.

بنابر این تجزیه و تحلیل ضعف‌ها و قوت‌های داخلی که به سیستم ملی افغانستان باز می‌گردد یک بخش مهم برای تدوین استراتژی است. از جانب دیگر درک و شناخت فرصت‌ها و تهدیدات ناشی از سیستم‌های جهانی و منطقه‌ای با عنایت به زیر سیستم‌های یاد شده نیز به گونه جدی سیاست خارجی ما را تحت تأثیر قرار می‌دهد. استراتژی سیاست خارجی افغانستان را از درون تعامل و رابطه قوت‌ها و ضعف‌ها، فرصت‌ها و تهدیدات باید استخراج نمود. بر اساس این الگو ما ناگزیریم برای هر یک از زیر سیستم‌های یاد شده استراتژی خاص و مناسب خود را پی‌ریزی نماییم.

اصول سیاست خارجی بیان شده در قانون اساسی کشور در جایگاه اصول غیر قابل اغماض باید در تدوین استراتژی مورد توجه قرار گیرد. اصل تعهد و التزام به معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی جهت‌گیری سیاست خارجی کشور را در راستای مصالح مشترک جامعه بشری و همگرایی با جامعه بین‌المللی سوق می‌دهد. از جانب دیگر اصل حسن هم‌جواری و عدم مداخله نیز سیاست خارجی را از جهت‌گیری تهاجمی و ماجراجویانه در منطقه و نسبت به همسایگان بر حذر می‌دارد. مبارزه با تروریسم به‌عنوان یک وظیفه ملی

سیاست خارجی کشور را در راستای همسویی با جامعه جهانی و کشورهای همسایه برای تلاش مشترک جهت تأمین نظم و امنیت منطقه‌ای هدایت می‌کند. اما در این میان اصول اساسی و راهنمای عملی سیاست خارجی همانا اصل تأمین منافع ملی، حاکمیت و استقلال ملی است که دولت افغانستان را مکلف می‌سازد تا سیاست خارجی کشور را به گونه‌ای مدیریت و رهبری نماید که علاوه بر اینکه تأمین کننده منافع ملی افغانستان باشد، حاکمیت و استقلال سیاسی کشور را نیز تأمین نماید.

مقابله با تروریسم و تهدیدات ملی از یکسو به عنوان امر ضروری و اجتناب ناپذیر سیاست خارجی ما را به سوی همراهی و جلب کمک‌های بین‌المللی سوق می‌دهد و از جانب دیگر اصل استقلال و حاکمیت ملی، ما را مکلف می‌سازد تا این همراهی و همکاری در چارچوب احترام به حقوق متقابل متساوی و اصل حاکمیت ملی تعریف گردد. هنر دیپلماسی جمع بین ممکنات و ضروریات است. در اینجا جلب همکاری و همگرایی با کشورهای همکار و متعاهد با افغانستان امر ضروری است اما از سوی دیگر توانمندی ملی ما برای تأمین حاکمیت و استقلال امر ممکن و دشوار.

قبل از معاهده استراتژیک افغانستان و آمریکا دو دیدگاه مثبت و منفی با دورویکرد خوش بینانه و بد بینانه در زمینه مطرح بود. دیدگاه مثبت و خوش بینانه با تأکید بر سازنده بودن این معاهده از سودمندی آن برای منافع ملی افغانستان در عرصه‌های امنیتی، نظامی، سیاسی و اقتصادی سخن می‌گفتند. در این تلقی استدلال اساسی این بود که ما ناگزیریم برای مقابله با تهدیدات بین‌المللی و مبارزه با تروریسم قراردادی را امضاء کنیم که برای آمریکا اجازه می‌دهد تا در چندین نقطه کشور از پایگاه نظامی برخوردار گردد. گفته می‌شد دولت نوپا و پس از جنگ افغانستان از توانمندی و ظرفیت لازم برای مقابله یک تنه با تروریسم و قطع مداخلات خارجی و همسایگان برخوردار نمی‌باشد. بدین منظور نیازمند همراهی و کمک جامعه جهانی واز جمله ایالات متحده آمریکا است. جلوگیری از مداخلات خارجی و بخصوص دست درازی‌های پاکستان در امور داخلی افغانستان در واقع یکی از استدلال‌های جدی رویکرد مثبت و خوش بینانه بود.

در جانب دیگر هم گفته می‌شد امضای این قرار داد تأمین کننده بخش مهمی از منافع اقتصادی کشوری است که هنوز هم بخش قابل توجهی از بودجه ملی خویش را از طریق کمک‌ها و قرضه‌های خارجی تأمین می‌کند. پرداخت سالیانه مبلغ قریب به پنج میلیارد دلار

برای مصارف نیروهای امنیتی و دیگر نیازهای ملی کشور از سوی آمریکا منطق اقتصادی انعقاد قرارداد استراتژیک دو جانبه میان دو کشور بود.

از منظر سیاسی نیز این دیدگاه روی اعتبار بین‌المللی افغانستان تأکید می‌کرد. اعتباری که از طریق همراهی با قدرت بزرگ غربی ایجاد می‌گردد. در این تلقی استدلال اساسی این بود که همراهی و ائتلاف افغانستان با آمریکا و کشورهای عضو ناتو می‌تواند برای افزایش اعتبار سیاسی کشور مؤثر واقع شود. این اعتبار به بلند رفتن جایگاه بین‌المللی و منطقه‌ای کشور در عرصه بین‌المللی انجامید و سیاست خارجی افغانستان را از پشتوانه سیاسی قدرتمند برخوردار می‌سازد.

دیدگاه بدبینانه عمدتاً روی نیت و اراده جانب آمریکا برای ختم جنگ و مقابله جدی با تروریسم و قطع مداخلات خارجی بویژه پاکستان انگشت گذاشته و تحقق این اهداف را با شک و تردید مطرح می‌کردند. رییس جمهور کرزی که در نهایت از امضای این قرارداد استتکاف نمود، دقیقاً با استدلال به همین نکته نسبت به امضای این قرارداد مخالفت نمود. کرزی شرط امضای قرارداد استراتژیک را ختم جنگ و آوردن امنیت در افغانستان عنوان نمود.

ادامه جنگ و گریز بنام تروریسم، طالبان و داعش و مهم‌تر از همه مداخلات آشکار و عریان پاکستان نشان داد که طرفداران دیدگاه منفی و بدبینانه تا اندازه‌ای درست فکر می‌کردند. حملات راکتی مرزبانان پاکستانی بر خاک افغانستان و تشدید این حملات در بهار سال ۱۳۹۶ در حالی صورت گرفت که آمریکا به‌عنوان متحد استراتژیک افغانستان در زمینه کمترین اقدام و حتی واکنشی از خود نشان نداد. عدم واکنش آمریکا و حتی اجتناب این کشور از محکوم نمودن این تحرکات شک و تردیدهای جدی را در همراهی صادقانه این کشور با افغانستان ایجاد کرد. از این روی دولت افغانستان ناگزیر است تا در مورد تطبیق مفاد این معاهده و تنظیم سیاست خارجی خود بازنگری جدی و همه جانبه انجام دهد.

استراتژی اتحاد و ائتلاف با قدرتهای غربی و ناتویکی از گزینه‌های پیش روی سیاست خارجی ماست. جنبه‌های مختلف این استراتژی؛ فرصت‌ها و تهدیدات آن همراه با قوت‌ها و ضعف‌های آن باید مورد تحلیل و بررسی دقیق و عالمانه قرار گیرد. فهم و شناخت جنبه‌های فرصت‌سازی و تهدیدزایی، قوت‌ها و ضعف‌ها پیش شرط اساسی برای پی‌ریزی استراتژی اتحاد و ائتلاف با غرب محسوب می‌گردد. از جانب دیگر استراتژی همگرایی منطقه‌ای نیز

گزینه‌ای است که باید با توجه به فرصت‌ها و تهدیدات احتمالی، قوت‌ها و ضعف‌های موجود مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. (جهت مطالعه بیشتر، ر. ک سجادی، ۱۳۹۷)

با توجه به زیر سیستم‌های منطقه‌های یاد شده در فوق، سیاست‌گذاران خارجی کشور باید متناسب با هر مورد به تدوین و تنظیم جهت‌گیری کلان سیاست خارجی کشور پردازند. بدین منظور درک و فهم دقیق امکانات ملی، شناخت عناصر واجزای اساسی قدرت ملی، تعریف دقیق اهداف ملی و تهدیدات ملی امر ضروری برای تعریف استراتژی سیاست خارجی کشور است. طبعاً با توجه با گستردگی اهداف و محدودیت امکانات ملی، علاوه بر تعریف دقیق اهداف ملی لازم است در یک طبقه‌بندی منطقی و عینی، اهداف ملی نیز اولویت بندی و درجه بندی گردد. اهداف ملی حیاتی و مهم از اولویت بیشتر باید برخوردار گردد. همه موارد یاد شده دستگاه سیاست خارجی را مکلف می‌سازد تا در قدم از طریق ایجاد مرکز سیاستگذاری ملی به جمع‌آوری دیدگاه‌ها و توحید اندیشه‌ها و نقطه نظرات سیاستمداران کشور در موارد فوق اقدام نماید.

بنابراین محورهای مهم خطوط اساسی سیاست خارجی افغانستان را در قبال کشورهای همسایه و منطقه، جهان اسلام، ناتو و آمریکا، روسیه و چین، جنوب شرق آسیا و بالأخره سازمان‌های بین‌المللی در چند محور زیر باید مورد توجه قرار داد.

۱. اصول و ارزش‌های حاکم بر مناسبات خارجی و سیاست خارجی کشور؛
۲. هدف‌گذاری سیاست خارجی در قبال کشورهای مختلف؛
۳. سنجش دقیق از رابطه اهداف ملی و امکانات ملی با توجه به اولویت‌های ملی؛
۴. تجزیه و تحلیل قوت‌های و ضعف‌های دستگاه سیاست خارجی با عنایت به محیط داخلی؛
۵. تجزیه و تحلیل فرصت‌های و تهدیدات ملی محیط بیرونی سیاست خارجی؛
۶. تدوین استراتژی سیاست خارجی با توجه به موارد فوق.

بنابر این باید این مهم مورد توجه قرار گیرد که تدوین استراتژی و جهت‌گیری‌های کلان سیاست خارجی کشورها از درون مطالعه و سنجش دقیق رابطه امکانات ملی و محدودیت‌های ملی استخراج می‌گردد. (کالاها، ۱۳۸۷) استراتژی‌های سیاست خارجی کشورها متناسب با قدرت و ظرفیت ملی و با توجه به محدودیت‌ها و اهداف ملی باید تهیه و تدوین گردد. سیاست خارجی فاقد استراتژی باعث نوعی بی‌ثباتی و روزمرگی در رفتار

سیاسیت خارجی کشورها می‌گردد. سیاست خارجی افغانستان فاقد استراتژی ملی و خطوط اساسی مدون و تعریف شده است. همین امر باعث گردیده است که رفتار سیاست خارجی کشور ما دچار نوعی روزمرگی گردیده و بجای جهت‌گیری فعال همواره به گونه‌ای منفعل نسبت به مسایل اقدام نماید. علیرغم اینکه قانون اساسی دولت را مکلف به تنظیم خطوط اساسی سیاست خارجی کشور می‌کند، تا کنون در زمینه اقدام عملی و جدی صورت نگرفته است.

نتیجه

با توجه به آنچه گفته شد سیاست خارجی جمهوری اسلامی افغانستان فاقد دیدگاه کلان و استراتژیک در تنظیم مناسبات خارجی است. و از این روی به باور این نوشتار تنظیم خطوط اساسی سیاست خارجی کشور و تدوین استراتژی سیاست خارجی فصل نانوشتہ و ناتمام سیاست خارجی ماست. فقدان استراتژی مدون در سیاست خارجی کشور باعث رکود، سردرگمی و درماندگی دستگاه دیپلماسی است. این امر موجب می‌شود که رفتار سیاست خارجی کشور بیشتر خصلت انفعالی و واکنشی به خود گیرد تا ماهیت فعال و ابتکاری. با عنایت به اهمیت این فصل ضروری است تا دست اندکاران سیاست خارجی کشور با استفاده از تجربیات گذشته و با سنجش دقیق فرصت‌ها و تهدیدها، امکانات و محدودیت‌های ملی در زمینه برنامه‌ریزی و اقدام نمایند. طبعاً تأمین این هدف مهم نیازمند حضور کارگزاران متخصص، مجرب و توانمند در دستگاه خارجی است که نسبت به ماهیت بازی، محیط بازی، ماهیت بازیگران و قواعد بازی‌های بین‌المللی آشنایی کافی داشته باشند.

منابع

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. اسکات برچیل و دیگران، نظریه‌های روابط بین‌الملل، ترجمه حمیرا مشیر زاده و روح الله طالبی آرانی، بنیاد حقوقی میزان، تهران، ۱۳۹۱.
۳. هل کریستفر، ماهیت متحول سیاست خارجی، ترجمه علیرضا طیب و وحید بزرگی، پژوهشکده مطالعات راهبردی، تهران، ۱۳۸۷.
۴. جکسون رابرت و دیگران، درآمدی بر روابط بین‌الملل، ترجمه مهدی ذاکریان و دیگران، نشر میزان، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
۵. سجادی عبدالقیوم، جامعه‌شناسی سیاسی افغانستان، دانشگاه خاتم النبیین، ۱۳۹۴.
۶. کالاهان ماتریک، منطق سیاست خارجی آمریکا، ترجمه داوود غرایاق زندی و دیگران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، تهران، ۱۳۸۷.
۷. سجادی عبد القیوم، سیاست خارجی افغانستان، دانشگاه خاتم النبیین، ۱۳۹۷.
۸. تمنا فرامز و دیگران، سیاست خارجی افغانستان در سپهر همکاری‌های منطقه‌ای، ج ۱، مرکز مطالعات استراتژیک وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی افغانستان، کابل، ۱۳۹۳.
۹. بوزان بری، ایالات متحده و قدرت‌های بزرگ سیاست جهانی در قرن بیست و یکم، ترجمه عبدالمجید حیدری، پژوهشکده مطالعات راهبردی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۹۰.
۱۰. پارمار ایندر جیت و مایکل کاکس، قدرت نرم و سیاست خارجی ایالات متحده، ترجمه علیرضا طیب، پژوهشکده مطالعات راهبردی، تهران، ۱۳۹۰.
۱۱. سپنتا رنگین داد فر، سیاست افغانستان؛ نگاهی از دورن، کابل، انتشارات حازم، ۱۳۹۶.

عقلانیت، مهم‌ترین مبنای کرامت انسانی

دکتر حسین حبیبی*

چکیده

بدون تردید، روح و جوهره اصلی مطالبات اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی انسان‌ها، در حوزه حقوق شهروندی و بشری، کرامت انسانی است. کرامت انسانی بر اساس بینش‌ها و نگرش‌های مکاتب فلسفی و اخلاقی، تبیین‌های متفاوتی پیدا کرده است. این تحقیق در پی تبیین مبانی و معیارهای کرامت انسان در آرا و نظریات اندیشمندان و فیلسوفان اسلامی است. در توصیف کرامت انسان و مبانی آن می‌توان گفت در آموزه‌های دینی و دیدگاه‌های فلسفی، کرامت انسانی به کرامت تکوینی یا غیر اختیاری و کرامت تشریحی یا اختیاری تقسیم شده و مواردی چون عقل، اراده، فطرت، خلافت و امانت، به عنوان بنیاد و مبنای کرامت تکوینی بیان شده است. کرامت تکوینی از آنجا که قهری و غیر اختیاری است، اولاً کلیه افراد انسانی را بدون توجه به عوارض وجودی و اتفاقی آنها شامل می‌شود و ثانیاً حداقلی و مربوط به حوزه زندگی این جهانی و مبنای حقوق عمومی، مشترک و طبیعی است. آنچه در این نوشتار مورد توجه و تأکید قرار گرفته، کرامت حداقلی و اثبات این واقعیت است که عقل و خرد انسانی یگانه مبنای کرامت ذاتی (تکوینی) و بنیاد حقوق ذاتی و اساسی بشر می‌باشد. **کلید واژه‌ها:** کرامت، عقلانیت، اراده، فطرت، خلافت و امانت.

مقدمه

در بینش اسلامی، انسان به‌عنوان اشرف مخلوقات و گل سر سبده هستی، مورد تفضیل و تکریم ویژه الهی قرار گرفته است. در این نگاه انسان در مقایسه با دیگر مخلوقات از استعدادها، نعمت‌ها، قابلیت‌های عظیم و ارجمندی برخوردار گردیده است. این ظرفیت‌ها و توانایی‌های سترگ و بی‌بدیل که به صورت تکوینی در وجود انسان قرار داده شده بدین منظور است که انسان با بهره‌گیری از این قابلیت‌ها و استعدادهای خدادادی ضمن رهایی از اسارت کشتش‌ها و گرایش‌های طبیعی و حیوانی، مانند تجاوز، حق‌کشی، تبعیض، انحصار طلبی و...، بتواند در پهنه حیات اجتماعی-سیاسی خود، به سمت ارزش‌ها، گرایش‌ها و کوشش‌های فطری و انسانی مانند امنیت، عدالت، برابری و تعالی روحی، حرکت نماید و با تکیه بر کرامت انسانی و احترام به حقوق ذاتی و مساوی، محیط و جغرافیای زندگی اجتماعی را، عاری از هر گونه وحشت، توحش و انارش‌یسم نمایند و همه انسان‌ها، با بهره‌گیری از استعدادها، ظرفیت‌ها و قابلیت‌های تکوینی و ذاتی خویش به حیات لذت بخش، سعادت آفرین و معقول اجتماعی دست یابد و به عالی‌ترین هدف آفرینش انسان، یعنی ربوبیت رحمانی نزدیک شود.

پژوهش پیرامون موضوع تحقیق، بدین جهت ضرورت یافته که کرامت انسانی به‌عنوان سنگ بنای ساختمان حقوق و مطالبات انسانی، باید مبتنی بر واقعیت همگانی، همه‌جایی و مشترک میان افراد انسانی باشد، تا از رهگذر آن به یک مجموعه حقوق مشترک، عمومی، طبیعی و منظم، دست یافت، این قلم بر این فرضیه تأکید دارد که در میان همه قابلیت‌ها و ظرفیت‌های وجودی انسان، تنها عقل و خرد انسانی است که می‌تواند مبنای کرامت ذاتی و تکوینی قرار گیرد.

کرامت

تمام نظام‌های حقوقی جهان در ابعاد وسیع زندگی سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی بر محوریت کرامت انسانی سامان یافته است. هر چند که در تعریف و توصیف آن وحدت نظر وجود ندارد و مکاتب مختلف فلسفی-سیاسی، اومانستی، و... کرامت انسانی را مطابق با بینش‌ها و گرایش‌های خاص خود تبیین و تفسیر کرده است و اندیشمندان و فیلسوفان اسلامی، دیدگاه ویژه‌ای راجع به کرامت دارند.

کرامت در لغت

کرامت واژه عربی است و معادل دقیق فارسی ندارد اما در کتاب‌های لغت، معانی مختلفی برای آن بیان شده است که مهم‌ترین آنها عبارتند از: بزرگی ورزیدن، جوانمرد گردیدن، ارزش، حرمت، حیثیت، بزرگی، بزرگواری، جوانمردی، عزت، شرافت، شأن، مقام، موقعیت، درجه، رتبه، جایگاه، منزلت، نزهت از فرومایگی و پاک بودن از آلودگی‌ها و بخشش. البته امور خارق العاده را که اولیای الهی انجام می‌دهند نیز کرامت گویند. (معین، ۱۳۶۰، ۳: ۲۹۲۹ و دهخدا، ۱۳۷۳، ۱۱: ۱۶۰۷۰)

از مجموع معانی گفته شده می‌توان نتیجه گرفت که کرامت و کریم (از ریشه کَرَم) عبارت است از: شرافت، بزرگواری، عزت و برتری یک شیئی بدون در نظر گرفتن چیزی دیگری که از آن پایین‌تر باشد و در این میان شرافت و بزرگواری محوری‌ترین معنای کرامت است و سایر معانی از لوازم آن می‌باشد.

کرامت در اصطلاح

کرامت در اصطلاح، عبارت از این است که انسان دارای حرمت است و حق دارد به طور محترمانه زیست کند و کسی حق ندارد با گفتار و رفتار خویش حیثیت او را با خطر مواجه سازد. (مصباح یزدی، ۱۳۸۰: ۲۹۱) کرامت عبارت است از پاک بودن از آلودگی‌ها، عزت و شرف و کمال مخصوص به آن که کرامت به او نسبت داده می‌شود. (جعفری، ۱۳۸۴: ۲۷۹) کرامت همان نزهت از پستی و فرومایگی است (جوادی آملی، ۱۳۶۶: ۲۱).

اقسام کرامت

کرامت در یک تقسیم‌بندی به کرامت تکوینی و تشریحی یا ذاتی و اکتسابی یا غیر اختیاری و اختیاری و یا حداقلی و حداکثری تقسیم می‌شود و منظور از کرامت تکوینی یا حداقلی، کرامتی است که برخاسته از توانایی‌ها، قابلیت‌ها و نعمت‌های تکوینی و الهی موجود در وجود انسان باشد؛ مانند عقل، اراده و اختیار، فطرت، خلافت و امانت‌داری الهی. در این پژوهش کرامت با همین مفهوم مورد بحث و کنکاش قرار می‌گیرد. همین مفهوم کرامت است که مبنای حقوق عمومی در زندگی سیاسی و اجتماعی قرار می‌گیرد. اما کرامت تشریحی، اکتسابی یا حداکثری کرامتی است که انسان از رهگذر اعمال اختیاری جهت

حرکت در مسیر عبودیت و بندگی الهی و کسب درجات و کمالات معنوی آن را تحصیل و کسب می‌کند.

عقل

عقل بزرگترین نعمت الهی و مهمترین ابزار معرفت انسانی است. حیات حقیقی انسان همان حیات معقول است و در صورت عدم استفاده از ابزار عقل، بدون تردید، زندگی انسان در سطح حیات حیوانی تنزل می‌یابد. این حق مسلم انسانی است که صاحب ارزشی‌ترین حیات در نظام طبیعت باشد. این حق جز در سایه استفاده از علم و عمل صالح که اولی محصول عقل نظری و دیگری ثمره و نتیجه عقل عملی است، به دست نمی‌آید. (جوادی آملی، ۱۳۸۴: ۲۸۶).

مفهوم عقل

واژه عقل، در لغت به معنای بستن و گره زدن است. از این‌رو، ادراکاتی که انسان دارد و آنها را در دل پذیرفته و پیمان قلبی به آنها بسته، عقل نامیده می‌شود. مدرکات آدمی و آن قوه‌ای را که در خود سراغ دارد و به وسیله آن خیر و شر و حق و باطل را تشخیص می‌دهد نیز «عقل» گویند. در مقابل این عقل، جنون، سفاهت، حماقت و جهل قرار دارد که مجموع آنها کمبود نیروی عقل است و این کمبود به اعتباری جنون و به اعتباری دیگر سفاهت و به اعتبار سوم حماقت و به اعتبار چهارم جهل نامیده می‌شود. (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۳۷۱)

عقل، مبنای کرامت انسانی

بدون تردید انسان دارای ابعاد وجودی مختلفی می‌باشد. حال این پرسش مطرح است که با توجه به این ابعاد وجودی، مبنا و منشأ کرامت انسانی چیست؟ متفکران و اندیشمندان اسلامی با توجه به مبانی فلسفی و تفسیری خود دیدگاه‌های مختلفی ارائه نموده‌اند. برخی از متفکران مبنای کرامت انسانی را عقلانیت و خردمندی دانسته و معتقدند که عقل تنها فصل‌میز و مقوم انسان و وجه تمایز آن از سایر موجودات می‌باشد. عقل تاج افتخاری است که تنها بر سر انسان نهاده شده است و موجودات دیگر کره خاکی، از این نعمت خدادادی محروم‌اند. وجه کرامت و شرافت انسان، تنها همین نیرو و نعمت است.

اساساً تفاوت کرامت و فضیلت انسانی در این است که کرامت نعمتی است که خداوند منحصرأً آن را به انسان عطا کرده است و فضیلت موهبتی است که به انسان به صورت عالی‌تر و کامل‌تر تعلق گرفته است. به دیگر سخن، بنی آدم در میان سایر موجودات عالم از یک ویژگی و خصیصه ذاتی برخوردار گردیده است. و به خاطر همان خصیصه نسبت به سایر موجودات جهان امتیاز یافته است. آن خصیصه نیروی عقلی است که به وسیله آن، انسان حق را از باطل، خیر را از شر و نافع را از مضر تمیز می‌دهد. (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۲۱۵)

نویسنده تفسیر المیزان، می‌افزاید: این که مفسرین گفته‌اند، که مقصود از آن خصیصه، مسئله نطق و گویایی است، و یا انگشت داشتن و یا خوش ترکیبی و حسن صورت و یا تسلط بر سایر مخلوقات و تسخیر آنها و... است، هیچ یک صحیح نمی‌باشد. زیرا بعضی از آنها بعد از داشتن عقل پیدا می‌شود. یعنی ابتدا عقل وجود پیدا می‌کند، سپس خط و نطق و تسلط بر سایر مخلوقات. بعضی دیگرش از مصادیق تفضیل است نه تکریم چون در سایر مخلوقات هم مقدار کمترش وجود دارد. بنابراین تکریم انسان به برخورداری از عقل است که به هیچ موجود دیگر داده نشده است. انسان به وسیله آن خیر را از شر، نافع را از مضر و نیک را از بد تمیز می‌دهد. (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۲۱۵)

کرامت، معقول ثانی فلسفی

تقسیم مفاهیم و تعریف اصطلاحات در هر علمی، به رغم آن که از مغالطات لفظی و معنوی، جلوگیری و صیانت می‌کند، نمایانگر روابط منطقی مجموعه مسایل و موضوعات آن علم نیز می‌باشد. فیلسوفان مسلمان با دقت نظر تمام، اصطلاحات فلسفی و منطقی را از یکدیگر تفکیک و متمایز نموده که با توجه به این دسته‌بندی‌ها، می‌توان گفت کرامت از نوع معقول ثانی فلسفی است که در ادامه روشن‌تر خواهد شد.

کرامت از دیدگاه ابن سینا

از نظر ابن سینا، معقولات یا مفاهیم کلی مورد استفاده در علوم و معارف عقلی، بر دو دسته‌اند، معقول اولی و معقول ثانی، معقول اولی مفاهیمی هستند که از اشیا و ماهیات موجود در خارج حکایت دارند مانند مفهوم انسان، حیوان، درخت، گیاه، آب، خاک، آسمان، زمین و... این قبیل مفاهیم، بر امور موجود در خارج حمل می‌گردد، اموری مانند

زید، حامد، محمود و ... را ابتدا از طریق حواس درک می‌کنیم و سپس ذهن به صورت خودکار مفهوم کلی انسان را از آن انتزاع و بر آن حمل می‌کند، اگر چه حمل یک فعالیت ذهنی است، اما موضوعی که انسان بر او حمل می‌شود در خارج از ذهن وجود دارد و این حمل، خودکار و بدون نیاز به تأمل صورت می‌گیرد، به عبارتی اتصاف و عروض این قبیل مفاهیم در خارج است.

معقولات ثانیه، بر دو قسم است، معقول ثانی فلسفی و معقول ثانی منطقی، اموری مانند علت، معلول وجود، ماهیت، وجوب، امکان و مانند آن از نوع معقول ثانی فلسفی است و معقول ثانی فلسفی مفاهیمی هستند که مانند معقول اولی بر امور موجود در خارج حمل می‌گردد با این تفاوت که حمل در معقول اولی به صورت خودکار انجام می‌شود و در اینجا حمل نیاز به فعالیت و تلاش ذهن دارد. به طور مثال ذهن در ابتدا باید آب را تصور کند و سپس رطوبت ناشی از آن را و پس از سنجش و مقایسه هر دو، به این نتیجه می‌رسد که آب سبب رطوبت است از این جهت از آب مفهوم علت را انتزاع می‌کند و از رطوبت ناشی از آن مفهوم معلول را، و سپس این مفاهیم را در خارج به آن موضوعات نسبت داده می‌گوید: آب علت است و رطوبت معلول آن. (افضلی، ۱۳۹۷: ۲۰۹)

بنابراین، تفاوت معقول اولی با معقول ثانی فلسفی، در حمل نیست، چرا که حمل بر خارج در هر دو هست. تفاوت آنها صرفاً در نوع حمل است و در معقول اولی، بدون تلاش و فعالیت ذهنی و به صورت خودکار است ولی معقول ثانی فلسفی، بعد از تلاش و فعالیت ذهنی انجام می‌گیرد. (مصباح یزدی، ۱۳۷۹، ۱: ۱۹۸)

از نظر برخی دیگر از فیلسوفان معاصر، تفاوت دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه، در معقول اولی، فرد مفهوم، در خارج وجود دارد مثلاً زید فرد انسان است و در خارج وجود دارد، اما در معقول ثانی فلسفی، صرفاً مصداق مفهوم مورد نظر در خارج وجود دارد نه فرد آن مثلاً آب در خارج وجود دارد، اما آب، فرد مفهوم علت نیست بلکه مصداق آن به شمار می‌رود. (جوادی آملی، ۱۳۹۵، ۴: ۴۶۳) که البته می‌گفت این تعبیر دیگری است از این که مفاهیم فلسفی، عروض شان یعنی محلشان در ذهن ولی اتصاف شان در خارج است.

معقول ثانی منطقی: اموری مانند کلی، جزئی، جنس، نوع، فصل و مانند آنها از سنخ معقولات ثانیه منطقی هستند. حصول این قبیل مفاهیم نسبت به حصول معقول اولی تأخر دارد، نخست باید معقول اولی یا معقول ثانیه فلسفی، در ذهن حاصل گردد، سپس با امعان و

دقت نظر در ویژگی آنها می‌توان مفاهیم دیگری را که اصطلاحاً معقول ثانی منطقی گفته می‌شود بر آن اطلاق کرد، به طور مثال انسان یک مفهوم معقول اولی است اما با توجه به اینکه صدق آن بر افراد بی‌شماری جایز است آن را کلی می‌نامیم که یک معقول ثانی منطقی است. همین طور وقتی زید را ادراک می‌کنیم و ویژگی‌های آن را ملحوظ می‌نماییم به این نتیجه می‌رسیم که مفهوم زید قابل انطباق بر افراد بی‌شماری نیست با توجه به این ویژگی مفهوم جزئی را که یک معقول ثانی منطقی است بر آن اطلاق می‌کنیم (افضلی، پیشین: ۲۱۰).

با توجه به این توضیح، مفهوم کرامت، از نوع معقول ثانی فلسفی است نه از نوع معقول ثانی منطقی، و نه از نوع معقول اولی. از نوع معقول ثانی منطقی نیست چون مفهوم کرامت ناظر به مفاهیم ذهنی دیگر نیست، به طور مثال وقتی مفهوم (کلی) را به کار می‌بریم این مفهوم ناظر به مفاهیمی مانند انسان، حیوان، جسم و مانند آن است این ویژگی را ندارد زیرا کرامت اساساً وصف مفاهیم نیست، موضوع آن چیز دیگری است. از نوع معقول اولی هم نیست چون در خارج چیزی به نام کرامت وجود ندارد در حالیکه شرط اساسی برای معقول اولی این است که در خارج ما به ازاء داشته باشد. برای مفهوم کرامت آنچه در خارج وجود دارد منشأ انتزاع آن است یعنی آنچه در خارج وجود دارد انسان، صفات و عوارض وجودی آن است و این انسان و صفات و عوارض اوست که منشأ انتزاع مفهوم کرامت قرار می‌گیرد.

منشأ انتزاع کرامت

با مباحث فوق، روشن شد که کرامت جزء معقولات ثانیه فلسفی است. حال این که محل و منشأ انتزاع مفهوم کرامت در سرزمین وجود انسان چیست میان اندیشمندان و فیلسوفان مسلمان بحث‌های جدی وجود دارد که در ادامه به آنها می‌پردازیم.

عقل (نفس ناطقه)

ابن سینا معتقد است بر اینکه آنچه موجب تمایز انسان از دیگر جانداران می‌شود همان نفس ناطقه اوست یعنی تنها نفس ناطقه است که به انسانیت انسان قوام می‌باشد. (ابن سینا، ۱۴۰۰: ۲۶۳) سایر خصوصیات مادی انسان مانند قامت، رنگ، شکل و ... نقشی و مدخلیتی در تحقق ماهیت انسانی ندارد (ابن سینا، ۱۳۲۶: ۱۲۱).

مراحل تکامل عقل

از نظر فیلسوفان مسلمان، عقل از لحاظ مراحل مختلف و در جایی که در همین جهان برای تحصیل معرفت می‌پیماند به مراحل ذیل تقسیم می‌شود:

۱. **عقل بالقوه:** مرتبه‌ای است که نفس در آن مرتبه، هیچگونه معلوم و معقولی ندارد اما استعداد و زمینه کسب آنها را دارا می‌باشد. طفلی که به دنیا آمده هیچ گونه معرفت و آگاهی ندارد اما زمینه کسب معرفت در او هست. نفس را در این مرتبه، عقل بالقوه یا عقل هیولانی می‌گویند زیرا نفس در این مرحله مانند هیولای اولی، قوه و استعداد محض است.

۲. **عقل بالملکه:** نفس انسانی بعد از تولد، ابتداء از راه حواس یک سلسله تصورات و تصدیقات جزئی را درک می‌کند و آنها را ذخیره می‌نماید. سپس عقل با قوه تجرید از این تصورات و تصدیقات جزئی، به بدیهیات اولیه می‌رسد که اساس تفکر هر انسانی را تشکیل می‌دهد. این مرتبه را عقل بالملکه می‌گویند زیرا نفس، ملکه رسیدن به معقولات نظری و کسبی را به دست آورده است.

۳. **عقل بالفعل:** عقل بعد از به دست آوردن بدیهیات، به کمک حواس، در حقیقت دارای یک سرمایه بزرگی است که می‌تواند معقولات نظری را از آنها استخراج نماید و در صورت لزوم آن معلومات نظری را پیش خود حاضر نماید، عقل را در این مرتبه بالفعل گویند زیرا نفس در این مرتبه می‌تواند هر زمانی که بخواهد معقولات اکتسابی را نزد خود حاضر نماید. هر چند به خاطر اشتغالات به امور بدنی، تمامی معقولات نزد عقل حاضر نیست اما همین عقل قدرت آن را دارد که بدون زحمت حاضر نماید و گویا کل معقولات نزد او حاضر است.

۴. **عقل بالمستفاد:** کاملترین مرحله عقل انسانی است که در آن تمامی معقولات نظری و بدیهی بالفعل نزد عقل حاضرند، و نفس به خاطر عدم اشتغال به امور بدنی، تمامی این معقولات را نزد خود مشاهده می‌کند. این مرحله از عقل برای انسان‌هایی که در علم و عمل کامل می‌باشند، بعد از مفارقت از بدن حاصل می‌شود اما در این که قبل از مفارقت از بدن نیز حاصل می‌شود یا خیر، میان حکیمان اختلاف نظر وجود دارد. این مرتبه را عقل مستفاد می‌گویند چرا که تمامی معقولات، مستفاد از عقل فعال (قدسی) می‌باشد. (طوسی، ۱۳۸۳، ۲: ۴۴۸؛ طباطبایی، ۱۳۸۵: ۱۷۱)

از نظر برخی فیلسوفان مسلمان از جمله ابن سینا و ملاصدرا، نفس ناطقه، عنصر محوری

در تشکیل حقیقت و ماهیت می‌باشد یعنی انسانیت انسان از همین نقطه آغاز می‌شود. ان فی الانسان قوه تباین به سائر الحیوان و غیره وهی المسماه بالنفس الناطقه (ابن سینا، ۱۳۲۶: ۱۲۱)

آن التَّشَخُّصُ إنما یكون بالنفس الناطقه و هی حقیقه الانسان و هویته و شخصه (ملا صدرا، ۱۳۶۳: ۳۸۵)

بنابراین می‌توان گفت، منشأ انتزاع کرامت انسانی، عقلانیت یا نفس ناطقه انسانی است، و نفس ناطقه انسانی، حداقل در مرحله هیولانی آن در جمیع افراد بشر وجود دارد بدون توجه به تمایزات زبانی، نژادی، جنسیتی، عقیدتی و ... هر چند که مراحل بالاتر از آن به دلیل تغییر، سیالیت و پویایی، قابل سنجش دقیق و اندازه‌گیری روشن در افراد انسانی نمی‌باشد، زیرا برخی انسان‌ها حظ و بهره بیشتری از کمالات و ظرفیت‌های نفس ناطقه را دارند و برخی کمتر.

ذاتی بودن کرامت

با توجه به نکات پیش گفته، روشن شد که انسان دارای کرامت است، حال باید گفت که کرامت انسان ذاتی و غیر قابل انفکاک از آن است، برای توضیح این مفهوم به ناچار، به تقسیم‌بندی ذاتی از دیدگاه منطقیین و فلاسفه می‌پردازیم.

الف: ذاتی باب ایسا غوجی یا کلیات خمس، ذاتی در این باب به معنای ذاتیات یک شی و مانند جنس و فصل است یعنی اموری که در تشکیل ماهیت موضوع نقش اساسی و انحصاری دارد که این نوع ذاتی در مقابل عرض عام و خاص قرار می‌گیرد، بطور مثال، نطق از ذاتیات انسان است ولی ضحک از عرضیات.

ب: ذاتی باب حمل ۱ ذاتی باب علوم) ذاتی در این باب به معنای ذاتی در مقابل عرض غریب است معمولی در یک قضیه زمانی می‌تواند عرض ذاتی باشد که در تعریف آن، موضوع آن قضیه، معروض آن موضوع، جنس موضوع یا معروض جنس موضوع، اخذ شده باشد، مثلاً وقتی می‌گوییم: الفاعل مرفوع، الفعل الماضی مبنی یا المفعول المطلق منصوب، در همه این قضایا، ما با محمول‌هایی که عرض ذاتی هستند، مواجه هستیم، چرا که در محمول‌های این قضایا، موضوع، معروض موضوع، جنس موضوع یا معروض جنس موضوع اخذ می‌گردد.

از دیدگاه ابن سینا معیار در تشخیص عرض ذاتی از عرض غریب، اخذ محمول در تعریف موضوع یا اخذ موضوع یا یکی از مقومات موضوع (مانند جنس آن) در تعریف محمول است، اگر محمولی دارای این معیار باشد، طبعاً عرض ذاتی است. (ابن سینا، ۱۲۷:۱۳۷۵)

ج: ذاتی باب حمل ۲: ذاتی در این معنا، به مفهوم محمول بالضمیمه و در مقابل بالضمیمه است، براساس این معنا می‌گوییم الوجود موجود، از نوع عرض ذاتی است چرا که حمل موجود بر وجود نیاز به ضمیمه ندارد، اما اگر بگوییم: الماهیه موجوده، محمول از نوع بالضمیمه است چرا که حمل محمول بدون واسطه وجود بر موضوع آن امکان پذیر نیست، یعنی موجود به واسطه عروض وجود بر ماهیت، بر آن حمل می‌گردد.

د: ذاتی باب حمل ۳: ذاتی در این معنا، وصف حمل است نه وصف محمول، حمل به این معنا، در مقابل حمل شایع است، مثال‌های مانند الانسان، انسان، یا الانسان حیوان الناطق، از نوع حمل اولی ذاتی است، چرا که در این نوع حمل، موضوع و محمول عین همدیگرند و اختلاف چندانی ندارند.

ه: ذاتی باب برهان: این نوع ذاتی، شامل معنای اول و دوم ذاتی است به عبارت دیگر، ذاتی در این باب، شامل ذاتی باب ایسا غوجی و ذاتی باب حمل می‌باشد.

و: ذاتی با عِلل: این نوع ذاتی در مقابل اتفاقی است بطور مثال گفته می‌شود: خورشید طلوع کرده، چون هوا، روشن شده است، در این قضیه از یکنوع ارتباط ذاتی میان طلوع خورشید و روشنی هوا خبر داده شده است،

حال پرسش اساسی این است که ذاتی بودن کرامت انسان، به کدام معنا است؟ بدون تردید، ذاتی بودن کرامت برای انسان، از نوع ذاتی باب ایسا غوجی یا کلیات خمس نیست، زیرا کرامت هر چند که لازمه انسان است ولی جزئی از ذاتیات انسان نیست، ذاتی به معنای اولی ذاتی هم، نیست. چرا که این نوع ذاتی در جایی به کار می‌رود که بین موضوع و محمول نوعی، این همانی باشد، انسان و کریم، این همانی ندارد، ذاتی به معنای محمول بالضمیمه هم نیست، چرا که حمل کرامت بر انسان از نوع بالضمیمه نیست چون نیاز به واسطه دارد، زیرا ابتدا باید کلیه ظرفیت‌ها و قابلیت‌های وجودی انسان بررسی گردد و سپس می‌توان از کرامت سخن گفت. (افضلی، پیشین: ۲۳۵)

بنابراین اگر کرامت ذاتی باشد، باید از نوع ذاتی باب حمل باشد، در ذاتی باب حمل ۱

(باب علوم) معیارهای متفاوتی ارائه گردید، مطابق هر یک از آن معارها، کرامت عرض ذاتی برای انسان است، اگر معیار تعریف را در نظر بگیریم و بگوییم محمولی، عرض ذاتی است که در تعریف موضوع اخذ شده باشد یا موضوع یا یکی از مقومات موضوع در تعریف آن اخذ شده باشد، باید بگوییم که کرامت عرض ذاتی انسان است چرا که در تعریف کریم انسان، یا حداقل جنس انسان (حیوان) یا جنس جنس انسان (جسم) اخذ می‌شود، اما اگر بگوییم عرض ذاتی بدون واسطه یا با واسطه مساوی، عارض می‌شود، باز هم کرامت برای انسان ذاتی است چرا که کرامت ممکن است بدون واسطه عارض انسان نگردد، اما با واسطه نفس ناطقه، عارض می‌گردد که مساوی با انسان است، اما اگر معیار کذب نبودن نسبت را معیار بدانیم، دیگر هیچ اشکالی پیش نمی‌آید چرا که نسبت کرامت به انسان به هیچ وجه دور از ذهن و غریب نیست تا کذبی لازم آید.

همگانی بودن کرامت

یادآور شدیم که انسان دارای کرامت است و کرامت هم ذاتی است، حال باید گفت: کرامتی که ذاتی است طبعاً در همه انسان‌ها وجود دارد، با توجه به ذاتی بودن آن نیازی به استدلال برای عمومیت و شمولیت آن نیست، همه انسان‌ها بدون توجه به رنگ، نژاد، جنسیت، زبان، عقیده و سایر عوارض اتفاقی از کرامت ذاتی برخوردارند، چون کرامت ذاتی، برآمده از نفس ناطقه انسانی است، و نفس ناطقه، در همه افراد و ابنای بشر (زن، مرد، کودک، نوجوان، جوان، عاقل و مجنون، وجود دارد، در نتیجه کرامت نیز همگانی است، چون منشأ انتزاع آن همگانی است، پیشین همان.

ابن سینا در مورد نفس ناطقه می‌گوید: و هذه القوه موجوده فی کل من الناس، طفلاً کان او بالغاً، مجنوناً کان او عاقلاً، مریضاً کان او سلیماً. (ابن سینا رسایل: ۲۶۳)
در جای دیگری می‌گوید: ان فی الانسان قوه تباین به سایر الحيوان و غيره وهی المسماه بالنفس الناطقه، وهی موجوده فی جميع الناس علی الطلاق. (ابن سینا، ۱۳۲۶: ۱۲۱)

تشکیکی بودن کرامت

با روشن شدن این نکته که انسان دارای کرامت است و کرامت هم ذاتی اوست، باید این مسئله واضح شود که آیا کرامت انسان ساکن و ثابت است، و یا متحرک و پویا، آیا کرامت

ذاتی محدوده حداقلی و حداکثری دارد؟ به عبارت دیگر آیا کرامت ذاتی انسان، یک حد ثابت دارد که در آن تغییر و دیگر گونی راه ندارد، یا اینکه کرامت مانند بسیاری از پدیده‌های دیگر، سیال، پویا و متغیر است؟

با توجه به اینکه، منشأ انتزاع کرامت ذاتی نفس ناطقه است و نفس ناطقه دارای مراحل و فرایند تکاملی است، واضح است که قسمت دوم سوال درست است، یعنی کرامت سیال و متغیر است، چون منشأ انتزاع آن یعنی نفس ناطقه سیال و متحرک و متغیر است، هر چند که در مسیر استکمالی نفس، تعیین نقطه حداکثری ممکن نیست ولی حداقل نفس ناطقه، یعنی عقل هیولانی بصورت بالفعل در همه انسان‌ها وجود دارد، و از این جهت تفاوتی میان خوردسال و بزرگ، سالم و مریض، زن و مرد وجود ندارد و همگی متصف به انسانیت اند و دارای کرامت ذاتی که این کرامت ذاتی مقتضی و مستلزم یک سلسله حقوق ذاتی می‌باشد، به گونه ای که این حقوق قابل سلب از انسان نیست، مانند: حق حیات و زندگی، حق ممنوعیت بردگی، حق ممنوعیت شکنجه، حق ممنوعیت استفاده ابزاری، حق تعلیم و تربیت، حق ممنوعیت تحقیر و توهین، حق ازدواج، حق ممنوعیت تبعیض در برخورداری انسان‌ها از حقوق اساسی و بنیادین بشری.

عقل مبنای کرامت ذاتی در اندیشه صدرا و کانت

اجمالاً خرد به‌عنوان عالی‌ترین قوه نفس و معرفت عقلانی، بالاترین مرحله شناخت در اندیشه ملاصدرا و کانت است، اما دستیابی به تمایزات و تشابهات این دو نگاه نیازمند تحلیل و بررسی بیشتر آن است.

ملاصدرا و کانت، معانی متعددی برای عقل بیان کرده‌اند، ولی آنچه در این نوشتار به‌عنوان مخرج مشترک دو نظریه، مد نظر است، عقلی است که جزئی از قوای انسان بوده و سرچشمه استدلال، کشف حقایق و سنگ بنای کرامت و شرافت انسان است، چنین نیروی در اندیشه هر دو فیلسوف، جنبه نظری و عملی دارد، کانت با تعیین محدودیت‌ها و معذوریت‌های عقلی نظری توجه خود را به عقل عملی معطوف نموده، عقلی که مشترک میان همه ابنای بشر است و کاربرد عمومی و همگانی در همه گوشه‌ها و زاویه‌های زندگی دارد، کانت معتقد است که چنین نیرویی باید آزاد گذشته شود تا همه افراد بشر بتوانند با آگاهی و آزادی، دست به انتخاب و اعمال قواعد اخلاقی بزنند، عقل عملی بر

خلاف عقل نظری، برای رشد و تکامل، محدودیتی در جلوی خود ندارد و به‌عنوان یک استعداد مافوق‌غریزی، برای ذهنیت یافتن و بالندگی خود، حد و مرزی ندارد. (کانت، ۱۳۸۴: ۱۱)

و این نیرو در کل طبیعت، منحصراً در اختیار انسان قرار داده شده است، بدین جهت ذات خرد و همچنین خردورزی و تعقل، بنیادی‌ترین ویژگی و مبنایی‌ترین معیار برای کرامت ذاتی انسان معرفی شده است. عقل عملی از نظر کانت، همان عقل به معنای کلی کلمه است که مجهز به اراده است و یا اینکه به اراده جهت و هدف می‌دهد و چنین عقلی نخستین سنگ بنای کرامت انسان است. زیرا اولاً ذاتی، درونی و طبیعی است. (سالیوان، ۱۳۸۰: ۴۵)

همه چیز از درون ذاتش تراوش می‌کند، یعنی انسان تمام آنچه را که در ورای نظم میکانیکی وجود حیوانی و غریزی خود دارد، از درون خویش بر می‌آورد، کمال و سعادت را خلق می‌کند که خود بواسطه خرد خود بنیاد و خود قانون‌گذار آن را طراحی و مهندسی کرده است.

ثانیاً: ارتباط این نیرو با ماورای طبیعت، به منظور رسیدن به کمال علمی و عقلی منتفی است، یعنی بیرون از ساختار وجودی خود، دستور و فرمان نمی‌گیرد تا مدعی شویم که برخی افراد توانایی و قابلیت برقراری ارتباط با ماورای طبیعت را دارند و برخی محرومند چنین عقلی، عمومی، همگانی، حجت و مرجع برای همه انسانیت است.

ثالثاً: عقل ذاتی و درونی، پایه و اساس ارزش‌ها و هنجارهای اخلاقی را می‌سازد یعنی تمام رفتارهای انسانی، در همه گوشه‌ها و زاویه‌های زندگی سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی و... بواسطه خرد و عقلانیت عملی، مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرد و همین عقل مبنا و مبنای قانون، نظم و ضرورت قرار می‌گیرد. بنابراین عقل، با ویژگی‌های مذکور به‌عنوان بنیادی‌ترین مرجع در زندگی انسان، معیار کرامت و شرافت است نه استعدادهای دیگر.

از نظر ملاصدرا، تفکر و عقلانیت، بنیادی‌ترین ویژگی انسان است و از رهگذر آن به تمام حقایق وجودی عالم، عالم می‌گردد، انسان تنها موجود عاقلی است که می‌تواند مضامی و مشابه به‌عالم عینی گردد. (ملاصدرا، ۱۹۸۱، ۱: ۲۰)

و راز این مشابهت و عینیت، اتحاد معنوی انسان با حقایق وجودی آن است، زیرا در اندیشه صدرا، عقلانیت و ادراک، اولاً نحوه‌ای وجود است، نه صرفاً کیف نفسانی، ثانیاً امر مجرد و دارای شأن معنوی و روحانی است، ثالثاً ارتباط طبیعت با ماورای آن هرگز قطع نمی‌شود و صورت‌های جرنی جسمانی، رقیقه و شانی از آن حقیقت کلیه است.

صدرا نیز به تقسیمات عقل به نظری و عملی اذعان دارد، و برای نقص و کمال آنها چهار مرحله را معتقد است:

مراتب عقل نظری: ۱- عقل هیولانی ۲- عقل بالملکه ۳- عقل بالفعل ۴- عقل بالمستفاد
مراتب عقل عملی: ۱- تجلیه ۲- تخلیه ۳- تحلیه ۴- فنا (پیشین: ۲۵)

ولی بر خلاف کانت، محدودیت‌ها و قالب‌های پیشینی ذهنی و معرفت شناختی عقل نظری را نمی‌پذیرد، همان محدودیت‌های که کانت را قالب پرتگاه ایده آلیستی پیش می‌برد، صدرا بر خلاف کانت عقل نظری مبانی همه چیز می‌داند و میان حکمت نظری و عملی، شکاف و تقطیعی را معتقد نیست، عقل نظری و عملی را از نظر ماهیت یکی دانسته اما به لحاظ کاربرد حکمت نظری را مقدمه حکمت عملی می‌داند و معتقد است که بدون نظر، عمل بجائی نمی‌برد، عمل وقتی عمل است که پشتوانه نظری داشته باشد.

بنابراین در حکمت صدرایی، شان و کرامت انسان به چیزی است که اراده می‌کند و می‌خواهد. یعنی منشأ کرامت انسان در نظام فلسفی صدرا ظرفیت علمی انسان است، ولی در نظام فلسفی کانت ظرفیت عملی و اخلاقی اوست، فیلسوف اخلاق از نظر کانت کسی است که قوه عقل عملی را در وجود انسان پروراند و شکوفا سازد، در حالیکه در نظر صدرا پرورش عقل نظری غایت و نهایت حکمت است، چون نظر زمینه ساز و بستر ساز عمل است، عقلانیت مورد نظر کانت، عقل عملی است، یعنی تصمیم اراده و عمل اما در اندیشه صدرایی، بیشتر عقل نظری، یعنی اندیشه، خرد ورزی و اتصال عقل به عقل فعال در اندیشه کانت عقل جزئی خود بنیاد است و نسبتی با عقل کلی ندارد، در حالیکه در فلسفه صدرا عقل جزئی همواره از عقل کلی (قدسی) کمک می‌گیرد. (دهکردی: ۱۰۹)

بنابراین می‌توان گفت: کانت و صدرا، هر دو، عقلانیت و خردورزی را بنیادی‌ترین ویژگی و منشأ کرامت انسان می‌داند، با این تفاوت که در فلسفه صدرا، کرامت انسان در حوزه عقلانیت نظری جایگاه روشن خود را می‌یابد و در فلسفه کانت در حوزه عقلانیت عملی شان و منزلت انسان آشکار می‌گردد.

اراده

انسان ضمن آنکه موجود خردمند و عاقل است و مختصات وجودی گوناگونی دارد، دارای اراده و اختیار در اعمال و رفتار خویش نیز می‌باشد. بدین حسب است که او به عنوان موجود

اخلاقی و مسئولیت پذیر معرفی شده است. این خصیصه آن جایگاه رفیع و سرنوشت سازی دارد که برخی از اندیشمندان اساساً همین ویژگی (عنصر اراده و اختیار) را مبنای منشأ کرامت انسانی دانسته‌اند. در ادامه به این موضوع پرداخته خواهد شد.

مفهوم عام اراده

مفهوم عام اراده: عبارتست از دوست داشتن و پسندیدن. و در مورد انسان، بعنوان یک کیفیت انسانی (در برابر کراهت) شناخته می‌شود.

مفهوم خاص اراده

مفهوم خاص اراده: در مفهوم خاص اراده عبارتست از تصمیمی که ناشی از ترجیح عقلانی باشد. این مفهوم اختصاص به موجود عاقل دارد و در مورد حیوانات بکار نمی‌رود. طبق این معنی فعل ارادی مرادف با فعل تدبیری و در برابر فعل غریزی و التذادی خالص قرار می‌گیرد. در نتیجه اراده یا اختیار عبارتست از تصمیم بر انجام کاری که متوقف بر تصور و تصدیق و ناشی از ترجیح عقلانی.

تفاوت اراده با اختیار

اختیاری بودن فعل انسان را نباید با ارادی بودن آن یکی دانست. ارادی بودن یک فعل به این معنی است که قبل از آن اراده ای وجود داشته باشد و فعل مسبوق به اراده باشد. ولی اختیاری بودن به این معنی است که در صورت آن فعل، نقش اصلی را خود فرد ایفا کند؛ نه عوامل دیگر. طبق این بیان، خود اراده یک فعل اختیاری برای انسان است، هر چند یک فعل ارادی نیست. یعنی اراده کردن، نیاز به اراده قبل از آن ندارد. زیرا دور لازم می‌آید و محال است. اما اراده کاری ارادی نیست و لازم نیست قبل از آن اراده ای باشد، بلکه اختیاری است. و اختیار با اراده فرق دارد. همین که عامل اصلی نفس انسان است و اضطرار و اکراهی در کار نیست اختیاری است. هر چند قبل از آن اراده ای نباشد. (رجبی ۱۳۶۶: ۱۷۰ - ۱۶۹) در حقیقت، اراده به معنای تصمیم‌گیری فعل اختیاری است هر چند مسبوق به اراده ی دیگری نیست. (مصباح یزدی ۱۳۷۱: ۱۰۰)

اراده و اختیار مبنای کرامت انسانی

باتوجه به مفهوم اراده و تفاوت آن با اختیار، برخی از اندیشمندان عقیده دارند که اساساً، مبنا و منشأ کرامت انسان اراده و اختیار است. چون اراده و اختیار فصل مُمیّز انسان از سایر موجودات است. حیوانات و دیگر موجودات این خصیصه ذاتی را ندارند. حیوانات با غریزه کارهای خویش را انجام می‌دهند. ملانکه و فرشتگان هرچند که از نیروی خرد و عقل برخوردارند ولی قدرت تصمیم‌گیری و اراده در آنها وجود ندارند. بناءً فصل مُمیّز انسان از غیر انسان، قدرت تصمیم‌گیری و اراده است. (ایازی، ۱۳۸۶، ۱: ۲۰۸)

بدین سان فلسفه و مبنای کرامت انسان، داشتن اراده و اختیار و توانایی حق انتخاب، ابداع، بیان خواسته‌ها، نطق، خط تسلط بر دیگر موجودات است. در این میان آنچه بسیار مهم و اساسی است «توانایی حق انتخاب کردن است». موجودی که استعداد و توانایی حق انتخاب کردن را دارد کرامت دارد. پس کرامت انسان از حق انتخابش ناشی می‌شود. حتی کسانی که با آزادی و اختیار به سمت سیاهی می‌رود، کرامت دارد. چون همان وقت می‌تواند برگردد و به سمت نور و روشنایی حرکت کند. در نتیجه کرامت انسان ناشی از قدرت حق انتخابش می‌باشد. اوست که می‌تواند به سمت خوبی‌ها و فضیلت‌ها و یا به سمت بدی‌ها و رذیلت‌ها حرکت کند. این توانایی انتخاب است که سرنوشت انسان را در بعد دنیوی و اخروی می‌سازد. و حقیقتاً شخصیت انسانی و انسانیت در گرو استفاده از همین نیرو است. بدین مفهوم که اگر در مواجهه به خوبی‌ها و بدی‌ها با آگاهی و خردمندی اراده کرد که به سمت ارزش‌ها حرکت کند و تابع هواهای نفسانی و گرایش‌های حیوانی نشود، وجه انسانی او شکل گرفته و از مرزهای حیوانی فاصله می‌گیرد.

فطرت

برخی از اندیشمندان معتقدند که، مبناء و منشأ کرامت انسان، نهفته در فطرت و شیوه خلقت انسان است، و فطرت وجه تمایزی انسان از سایر موجودات است، جهت بررسی و دواکوی این باور، به مسائلی اشاره می‌شود:

مفهوم فطرت

کلمه "فطرت" بر وزن فعلت، به اصطلاح اهل لغت و ادب، بنای انواع را می‌رساند. یعنی خلقت و آفرینش خاص. چنانکه ابن مالک در کتاب سیوطی خود می‌گوید: *وفعلة لمرة كجلسه و فهلة لهيئه كجلسه*، یعنی در لغت عرب، وزن فعله (بفتح فا) به معنای مره، دفعه و مرتبه می‌آید ولی وزن فعله (به کسر فا) به معنای نوع، هیئت و حالت خاص می‌آید و در آیه شریفه «فَطَّرَ اللهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا» منظور از فطرت نوع خاصی از خلقت است. به طور کلی، فطرت یعنی صفتی که هر موجودی در آغاز آفرینش و خلقتش آن صفت را داراست و آن صفت از مختصات و ویژگی‌های ذاتی و طبیعی اوست. (معین، ۱۳۷۵، ۲: ۲۵۵۵)

فطرت در اصطلاح دانشمندان نیز به همان معنای لغوی آن اخذ شده با این تفاوت که این خلقت خاص به خداوند و حکمت الهی او اضافه شده است. فطرت یعنی آفرینش خاص و ویژه‌یی که خداوند انسان و بنی آدم را، بدان صورت آفریده و حالت و هیئت خاص، خمیره و ماهیت خاص، استعداد و قابلیت خاص به او عطا نموده است. ابن اسیر در النهایه در ذیل حدیث «کل مولود یولد علی الفطرة» می‌گوید: معنای فطرت این است که انسان به نوعی از سرشت و طبیعت آفریده شده که برای پذیرش دین، آمادگی دارد. و اگر به حال طبیعی خود رها شود همان راه را انتخاب می‌کند.

تفاوت فطرت و طبیعت

طبیعت، به مختصات و ویژگی‌های ذاتی و تکوینی در اشیای بی‌جان مانند نباتات اطلاق و استعمال می‌شود. به طور مثال گفته می‌شود که طبیعت اکسیژن این است که قابل احتراق و سوزاندگی می‌باشد. طبیعت فلان درخت آن است که طاقت سرمای شدید را دارد و ... قابل یادآوری است که واژه طبیعت در مورد حیوانات و انسان‌ها نیز بکار می‌رود. وقتی طبیعت در مورد حیوانات استفاده می‌شود منظور از طبیعت مختصات و ویژگی‌های غریزی و حیوانی حیوانات است. که این خصوصیات نیز تکوینی و غیر اختیاری است. مانند غریزه و طبیعت خوردن، آشامیدن، فرار از خطر مرگ، گرایش به جنس مخالف و آمیزش و ...، موقعی که طبیعت در مورد انسان بکار می‌رود، مراد، خصوصیات مشترک انسان و حیوانات است. یعنی مجموعه گرایش‌های طبیعی و غریزی که انسان و حیوان را به همدیگر شریک می‌سازند و انسان را به‌عنوان حیوان نیمه انسان، معرفی می‌کند. انسان تا زمانیکه براساس

محرک‌ها و گرایش‌های حیوانی و غریزی خود حرکت می‌کند، یک حیوان تمام عیار است و هنوز هویت انسانی او ظهور و نمود پیدا نکرده است. چون هنوز اقداماتش التذازی، خودکار غیر آگاهانه و غیر ارادی است. هویت انسانی زمانی شکل می‌گیرد که اولاً: اولین اقدامات و حرکاتش، به صورت تدبیری، آگاهانه و ارادی باشد و ثانیاً صرفاً در چارچوب مسائل مادی نباشد. چون تمام گرایش‌های غریزی در حیوانات در حدود و ثغور مسائل مادی است.

اما فطرت، منحصرراً در مورد انسان به کار برده می‌شود. فطرت هر چند مانند طبیعت و گزینه امر تکوینی و غیر اکتسابی است اما آگاهانه‌تر از آن است. یعنی انسان یک سلسله فطریات و گرایش‌های فطری دارد و خود نیز می‌داند که چنین فطریات و گرایش‌های دارد. این گرایش‌ها نیز فراتر از مسائل مادی و حیوانی است، که از آنها به‌عنوان ارزش‌های انسانی یاد می‌شود. (مطهری، پیشین ۲۴)

فطرت مبنای کرامت انسانی

چنانکه بیان شد، انسان دارای فطرت خاص به خود است که او را به سنت خاص زندگی و راه معینی که منتهی به هدف غایی می‌شود، هدایت می‌کند. برای انسانیت سنتی است واحد و ثابت به ثبات بنیان و اساس که همان انسان است. همین سنت است که آسیاب انسانیت بر محور آن می‌گردد و هم چنین سنت‌های جزئی که به اختلاف افراد، مکان‌ها و زمان‌ها مختلف می‌شود پیرامون آن دور می‌زند (طباطبایی پیشین، ۱۶: ۲۶)

از آیه «فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا» استفاده می‌شود که هر آن چه از نظر مادی و معنوی در عرصه‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و به درد بشر می‌خورد، در فطرت انسانی قرار داده شده است یعنی آن چیزیکه برای بشر لازم است مایه اولیه‌اش را خداوند در انسان بماند هوانسان قرار داده است. از تکریم انسان هم به همین جهت مرتبط است و میان انسان و دیگر موجودات فرق وجود دارد. (شاه آبادی ۱۳۸۶، ۸: ۱۳)

کرامت انسان، به هیکل، قیافه، قشنگی، خوب خوردن و خوابیدن نیست، بلکه کرامت انسان کمالی است که در انسان وجود دارد که همان فطرت انسان می‌باشد و مایه افتخار انسان است و همین فطرت که خداوند به خاطر آن «تبارک الله» گفت همین فطرت است که نمی‌گذارد انسان آرام بنشیند. همین فطرت است که ما را به کمال، حریت و آزادی

می‌رساند. همین فطرت و عشق به کمال است که انسان را وادار می‌کند به دنبال کمالات برود و اساس کرامت انسان در همین است.

بنابر این از مجموع آنچه بیان شد می‌توان نتیجه گرفت که: فطرت عبارت است از نحوه‌ای خاصی از خلقت و آفرینش انسان به گونه‌ای که تمام نیروها، استعدادها و قابلیت‌های لازم برای کمال، ترقی و خداگونه شدن او در تمام عرصه‌های حیات در نهاد او تعبیه شده است. این فطرت به‌عنوان نهاد جامع کمالات انسانی، میان همه انسان‌ها بدون توجه به رنگ، نژاد، جنسیت و... مشترک و مبنای کرامت انسانی می‌باشد.

خلافت الهی

در انسان شناسی دینی، انسان از مقام خلافت الهی بهره مند است. قرآن کریم در داستان آفرینش انسان، به این شأن انسان اشاره می‌کند. بدون تردید، این شأن مهم‌ترین منزلت انسانی می‌باشد. خلافت مقامی است که دیگر مخلوقات خداوند از آن بی‌بهره‌اند. تا جاییکه فرشتگان در این مورد با خداوند به گفتگو نشسته و در نهایت بر ناآگاهی خود از آنچه در وجود انسان است واقف گشته و سر تسلیم فرود آورده‌اند.

مفهوم خلافت

خلافت در لغت به معنای جانشین و نماینده‌ی کسی بودن است و این نمایندگی به خاطر غیبت یا مرگ و یا به خاطر ناتوانی صورت می‌گیرد. اما گاهی این نمایندگی و جانشینی در بیان کرامت و شرافت جانشین است و مصداق این معنی (جانشینی خداوند در زمین)، اولیای الهی است. (اصفهانی، ۱۴۰۵: ۱۵۶)

خلیفه به معنای جانشین است یعنی انسان، خلیفه و جانشین خداوند در زمین است، انسان گل سرسبد هستی و شایسته مقام خلافت الهی است. (شیرازی، ۱: ۱۷۲-۱۷۳)

خلافت مبنای کرامت انسانی

یکی از مبنای کرامت انسانی، مسئله جانشینی خداوند است. این مقام از سوی خداوند به انسان واگذار شده است. اما سوال اساسی این است که انسان خلیفه و جانشین چه کسی است؟ در این مورد میان مفسران و اندیشمندان اسلامی اختلاف نظر وجود دارد که در ادامه

به صورت مختصر به آنها اشاره خواهد شد. برخی از صاحب نظران علوم قرآنی، انسان را جانشین انسان‌های دیگر یا موجودات دیگری می‌دانند. یعنی موجوداتی که پیش‌تر در زمین، می‌زیسته‌اند و یا اینکه منظور فرشتگانی است که پیش از انسان در زمین زندگی می‌کردند، و یا منظور جانشین بودن نسل‌های انسان از یکدیگر است. (طوسی، ۱: ۱۳۱)

علامه طباطبایی می‌فرماید: در مورد خلافت انسان، به دو نکته باید توجه کرد: نکته اول اینکه: خلافت اختصاصی به شخص آدم (علیه السلام) ندارد بلکه فرزندان او نیز در این مقام به او مشترک‌اند. نکته دوم اینکه خداوند سبحان ادعای همدیگر در مورد خون ریزی و فساد آدمیان را انکار نکرد، بلکه گفته خود را تقریر و تصدیق کرد و فرمود که در آفرینش انسان مصلحتی است که ملایکه قادر به ایفای آن نیست و نمی‌توانند آن را تحمل کنند ولی این خلیفه زمینی، قادر بر تحمل و ایفای آن هست. انسان از خداوند سبحان کمالاتی را نمایش می‌دهد و اسراری را تحمل می‌کند که در وسع و طاقت ملائکه نیست. (طباطبایی، ۱: ۱۷۸-۱۷۹)

خلافت تنها برای حضرت آدم نیست بلکه برای همه فرزندان آدم که شایستگی خلافت را داشته باشند و برای تحقق عبودیت در زمین تلاش نمایند، قرار داده شده است. (عطیه ۱۴۲۲: ۲۵)

کرامت انسان طبق دلیل عقلی و نقلی پذیرفته شده است و سند تام کرامت انسان، همانا خلافت اوست یعنی چون وی خلیفه خدای کریم است از کرامت بهره مند است. (جوادی آملی: ۲۸۷)

خلیفه و جانشین بودن زمانی می‌تواند مبنا و منشأ کرامت انسان باشد که انسان اراده‌ی خدا، علم خدا، سیره‌ی خدا، منطق خدا و ... را تقدیس کند و مظهر تمام نمای ذات حق باشد. به دیگر سخن، انسان خلیفه و جانشین، خود را تجلی گاه صفات جلال و جمال بودن او بداند. اگر انسان خلیفه الله است باید حرف خدایی را که از جانب او است بزند، باید اراده‌ی خدا، علم خدا، سیره‌ی خدا، سنت خدا، منطق خدا، روش خدا را تقدیس کند. اگر خدای ناکرده حرف خودش را زد و نان خلافت را خورد، او غاصب است. چنین انسانی دیگر خلیفه نشد. دیگر کریم نیست وقتی کریم کرامت نداشت دیگر آن حقوق و مزایا را مستحق نخواهد بود. (جوادی آملی، ۱۳۸۷: ۶۵)

وقتی انسان خلیفه است که حرف (مستخلف عنه) را اولاً خوب بفهمد، ثانیاً باور کند و

ثالثاً اجرا کند. اگر بجای او بنشیند، نان خلافت را بخورد و حرف خودش را بزند می‌شود کالانعام بل هم اضل و ... بنابراین، خلافت آن است که غاصبانه زندگی نکند اگر کسی هوا مدار بود نه خدا محور، این خلیفه الله نیست وقتی خلیفه الله نیست «گَرَّمْنَا» شامل آن نمی‌شود. (جوادی آملی، ۱۳۸۶، ۱۳: ۳۷۱)

با این فطرت و عقل، انسان حرف مستحلف عنه را می‌فهمد. خدا یک پیک دارد، رسولی دارد، ولی سرمایه‌ی او محدود است و یک رسولی را می‌طلبد. بنابراین کرامت انسان به خلافت او وابسته است و خلافت او به معرفت عقلی و فطری او وابسته است. اگر فهمید، پذیرفت و عمل کرد، در همین محدوده می‌شود مظهر اسمای الهی و مورد تکریم الهی است. (همان: ۳۷۳-۳۷۴)

آیت الله جوادی آملی، در جای دیگر خلافت انسان را تکوینی دانسته و معتقد است: جانشین موجود کریم، کرامت دارد و چنین کرامتی که از ناحیه خلافت الهی باشد بهره غیر انسان نیست پس تعبیری که درباره انسان آمده، درباره هیچ موجود دیگری ذکر نشده است و آن تعبیر ممتاز همین حدیث معروف «مَنْ عَرَفَ نَفْسَهُ فَقَدْ عَرَفَ رَبَّهُ» است چون شناخت جان آدمی از آن حیث که خلیفه خدا است، این خلافت نیز تکوینی است نه قراردادی، حتماً به شناخت می‌انجامد و گرنه معلوم می‌شود که انسان به خوبی شناخته نشده است! (همان: ۱۳۸۴: ۲۱۹)

روح (نفخه رحمانی)

برخی از اندیشمندان با رویکرد قرآنی، معتقدند که اصالت و حقیقت وجودی انسان به روح و نفخه‌ی الهی است. جسم و بدن مادی انسان تبعی، طفیلی و گهواره روح است. از این جهت روح و نفخه‌ی رحمانی را مبنا و خاستگاه شرافت انسان معرفی می‌نماید. زیرا این بخش وجودی انسان است که به او ماهیت بخشیده و او را از حیوانات و سایر جانداران مشخص و متمایز می‌سازد.

مفهوم روح

روح در لغت به معنای ((نفس)) است. برخی تصریح کرده‌اند که روح و ریح، هر دو از یک ماده مشتق شده است و اگر روح انسان که گوهر مستقل و مجردی است به این نام نامیده

شده به خاطر آن است که از نظر تحرک و حیات آفرینی و ناپیدا بودن هم چون نفس و باد است: (شیرازی، پیشین، ۱۲: ۲۵۰)

روح کلیات را بدون وساطت حواس درک می‌کند و محوسات را توسط حواس ظاهری باصره، سامعه، ذایقه، شامه و لامسه و وجدانیت را مانند گرسنگی، غم، شادی، دوستی، دشمنی، ترس، شوق و ... را توسط حواس باطنی درک می‌نماید. (محسنی، ۱۳۷۶: ۹)

روح، حقیقت انسانی

روح امر وجودی است که فی نفسه یک نوع اتحاد با بدن دارد و آن این است که متعلق به بدن است. در عین حال یک نوع استقلال هم از بدن دارد. به طوری که هر وقت تعلقش از بدن قطع شد، از او جدا می‌شود. طباطبایی (پیشین، ۱۲: ۲۲۸)

چنانکه قرآن کریم می‌فرماید: «اللّٰهُ يَتَوَفَّى الْاَنْفُسَ حِيْنَ مَوْتِهَا» خدا روح مردم را هنگام مرگشان به تمامی باز می‌ستاند. (زمر/۴۳)، قل يتوفاكم ملك الموت الذي وُكِّلَ بِكُمْ ثم اِلَى ربكم ترجعون: بگو: فرشته مرگ که بر شما گمارده شده است شماها را می‌ستاند و آنگاه به سوی پروردگارتان باز گردانده می‌شوید. (سجده/۱۱)

کلمه ((توفی)) در این آیات به معنای اخذ و گرفتن است. بی‌شک فرشته هنگام مرگ، روح آدمی را می‌ستاند. زیرا بدن آدمی باقی است. از این بیان معلوم می‌شود که حقیقت انسان همان که قابض الارواح می‌ستاند می‌باشد و آدمی واقعیتی جز آن ندارد. اگر روح نیمی از انسانیت و شخصیت انسان را تشکیل می‌داد، باید قرآن کریم به جای (یتوفاکم) می‌فرمود: (یتوفی بعضکم). پس حقیقت انسان جز آنچه فرشته مرگ می‌گیرد نیست و پس از اخذ روح، چیزی از حقیقت انسان در زمین باقی نمی‌ماند.

آیاتی که درباره شهدا سخن می‌گویند، به صراحت بیان می‌دارند که شهدا زنده‌اند و نزد خدای خویش از نعمت‌های الهی بهره می‌برند. در حالیکه جسم مادی آنان متلاشی شده است. بنابراین حقیقتی که حیات انسان به آن وابسته است همان روح اوست که پس از مرگ باقی است.

وَلَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْوَاتًا بَلْ أَحْيَاءٌ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرْزَقُونَ: هرگز کسانی را که در راه خدا کشته شده‌اند مرده مپندارید بلکه زنده‌اند که نزد پروردگارشان روزی داده می‌شود. (آل عمران/۱۶۹)

از این آیات به خوبی استفاده می‌شود که اولاً انسان از ساحت بدن مادی و روح غیر مادی تشکیل یافته است و ثانیاً حقیقت آدمی، همان روح غیر مادی است که هنگام مرگ، فرشته مرگ آن را می‌ستاند.

روح مبنای کرامت انسانی

با توجه به مفهوم و حقیقت رحمانی روح، این نکته بدست می‌آید که اولاً روح یک موجود مجرد ملکوتی است و ثانیاً تمام ماهیت و حقیقت انسانی بدان وابسته و متکی می‌باشد. حال اگر روح انسانی از چنین عظمت و اهمیتی برخوردار باشد، این نتیجه بدست می‌آید که مینا و منشأ کرامت و بزرگواری انسان همان روح انسان است. چرا که روح انسانی به دلیل تجرد و جاویدانگی‌اش، مخاطب و پیام الهی است. از همین جهت است که برخی اندیشمندان بنیان و اساس کرامت انسانی را روح او می‌دانند.

خداوند متعال، فرزندان آدم علیهم‌السلام را ذاتاً مورد احترام و تکریم قرار داده و آنان را بر کائنات رجحان و برتری داده است. بنابراین افراد انسانی باید این کرامت و حیثیت را برای همدیگر به‌عنوان یک حق بشناسند و خود را در برابر آن حق، ملکف بدانند. منشأ این کرامت عبارت است از رابطه بسیار مهم و با ارزش خداوندی با انسان که از آیه شریفه *وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي* استفاده می‌گردد و با این تکریم با عظمت او را شایسته سجده فرشتگان فرمود. (جعفری، ۱۳۸۳: ۱۰۸)

به دیگر سخن، حقیقت انسان عبارت است از جان، روح و نفس او، که با کلمه (من- تو) از آن حکایت می‌کنم و روح آدمی غیر از بدن اوست و بدن در وجودش و شخصیت‌اش تابع روح است.

امانتداری

برخی از صاحب نظران اسلامی (امانت‌داری) انسان را وصف ممتاز او از سایر مخلوقات دانسته و مبنای کرامت انسان را امانت‌داری او می‌دانند. در اینکه مراد از امانت الهی که انسان حاصل این امانت است چیست؟ اختلاف نظر وجود دارد. اما در عین حال بازگشت اقوال به این است که برخی امانت را به عقل و برخی دیگر به روح و برخی آن را اراده و اختیار و ... معرفی کرده است. (شیرازی، پیشین، ۱۷: ۴۸۳-۴۸۷)

به طور کلی، آنانی که راز و رمز کرامت انسان را به عقل و خرد آدمی می‌دانند، معتقدند که لازمه بهره‌مندی انسان، از جهان هستی و تسلط بر آن و حتی به کار گرفتن دین در زندگی و حفظ کرامت دیگران و برقراری رابطه درست با خداوند، تماماً از نتایج و کارکردهای عقل و خرد انسانی است. (یدالله پور، ۱۳۷۰: ۷۴)

عقل و خرد انسانی، بازتابی از عنایت خاص خداوند به انسان و دمیدن از روح خویشتن در او است. آدمی از رهگذر این لطف ویژه الهی است که خلیفه خدا در زمین و امانتدار بزرگی می‌شود که آسمان‌ها و زمین و کوه‌ها با همه گستردگی، بزرگی و استواری، از بدوش کشیدن آن امانت بزرگ سرباز می‌زند. *إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ* (احزاب/۷۲).

جمع‌بندی

از آنچه مورد بحث و بررسی قرار گرفت می‌توان چنین نتیجه گرفت که مبانی و ملاک‌های کرامت انسانی از منظر اسلام و اندیشمندان اسلامی هر چند برخاسته از اوصاف و مختصات گوناگون وجودی مانند عقل، اراده و اختیار، جانشینی، خلافت، روح، امانتداری و... می‌باشد، اما این اوصاف و ویژگی‌های متفاوت از حقیقت موجود واحدی به نام انسان حکایت دارد. انسانی که ابعاد شخصیتی گوناگون دارد و هر یک از اوصاف فوق‌الذکر، در صدد بیان و توصیف شرافت، عزت و ارجمندی آن موجود واحد می‌باشد. اما تمام آن اوصاف و مختصات وجودی و تکوینی انسان، بر یک ستون پایه اصیل و بی‌بدیل استوار است که عبارتست از نیروی عقل و خرد انسانی به‌عنوان محوری‌ترین معیار و مبنای کرامت ذاتی.

منابع

۱. آمدی، عبدالواحد محمد، غررالحکم ۱۳۷۹.
۲. ابن سینا عبدالله، رسایل قم- بیدار ۱۴۰۰ ق.
۳. ابن سینا، عبدالله تسع رسایل فی الحکمه والطبیعات قاهره دارالعرب ۱۳۲۶ ق.
۴. ابن سینا، عبدالله، المبدأ و المبدأ و المعاد تهران، مؤسسه مطالعات اسلامی ۱۳۶۳.
۵. اعوانی، غلام رضا مصاحبه، مجموعه مقالات همایش بین المللی امام خمینی و قلمرو دین، کرامت انسانی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی چاپ اول ۱۳۸۶.
۶. افضل، عبدالروف، کرامت انسان در فلسفه اسلامی، قم- مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی ۱۳۹۷
۷. تقی سهرابی فر، محمد، چیستی انسان در اسلام، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی چاپ اول ۱۳۹۴.
۸. جعفری، محمد تقی پیام خرد، مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری چاپ دوم ۱۳۸۳.
۹. جعفری، محمد تقی، ترجمه و تفسیر نهج البلاغه، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران ۱۳۷۶.
۱۰. جوادی آملی، عبدالله: حق و تکلیف در اسلام، نظر اسرا و چاپ اول ۱۳۸۴.
۱۱. جوادی آملی، عبدالله، توصیه‌ها، پرسش‌ها و پاسخ‌ها (۱-۲) دفتر نشر معارف، چاپ ششم ۱۳۸۷.
۱۲. جوادی آملی، عبدالله، حق و تکلیف در اسلام ۱۳۹۵.
۱۳. جوادی آملی، عبدالله، مجموعه مقالات همایش بین المللی امام خمینی، قلمرو دین ((کرامت انسان)) مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی چاپ اول ۱۳۸۶.
۱۴. جوادی عبدالله، رحيق مختوم، بخش چهارم از جلد اول، قم، اسراء، ۱۳۹۵.
۱۵. شیرازی، صدرالدین، الحکمه المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی ۱۹۸۱.
۱۶. شیرازی، صدرالدین، المبدأ و المعاد تهران انجمن حکمت و فلسفه ایران ۱۳۵۴.

۱۷. طباطبایی، محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم ۱۳۷۴.
۱۸. طباطبایی، محمد حسین، اصول فلسفه و روش رئالیسم، با تعلیقه: مرتضی مطهری قم دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۵.
۱۹. طوسی محمد حسین نصیرالدین، شرح الاشارات و التنبیهاث للمحقق الطوسی، قم، نشر البلاغه ۱۳۷۵.
۲۰. عطیه سید عبدالکریم، الانسان فی القرآن، بی جا، مکتبه الزهراء، چاپ اول ۱۴۲۲.
۲۱. کانت، ایمانوئل، مبنای تاریخ کلی در غایت جان وطنی رشد عقل، ترجمه و شرح منوچهر صانعی دره بیدی، نقش و نگار، تهران ۱۳۸۴.
۲۲. محسنی، محمد آصف، روح از نظر دین، عقل و علم روحی جدید، مهر، چاپ اول ۱۳۷۶.
۲۳. مرتضی، مطهری، سرشت و سیرت چاپ اول سال ۱۳۷۷.
۲۴. مصباح یزدی، محمد تقی آموزش فلسفه ج ۱ تهران شرکت چاپ و نشر بین المللی ۱۳۷۹.
۲۵. مطهری، مرتضی، مجموعه آثار انتشارات صدرا چاپ اول ۱۳۷۵.
۲۶. مظفر، محمد رضا، المنطق، قم، انتشارات اسماعیلیان ۱۳۸۸.
۲۷. موسوی، خوئینی، سید محمد، مصاحبه، مجموعه مقالات همایش بین المللی امام خمینی و قلمرو دی (کرامت انسان) مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی چاپ اول ۱۳۸۶.
۲۸. یدالله پور، بهروز، کرامت انسان در قرآن، قم نشر ادیان چاپ اول ۱۳۹۱.

آثار محکومیت کیفری در پرتو نظریه برجسب زنی

دکتر عبدالکریم اسکندری*

چکیده

محکومیت کیفری براساس نظریه برجسب زنی، پیامدهای منفی متعددی بر زندگی محکومان، خانواده آنها و جامعه وارد می‌نماید، پذیرش هویت مجرمانه، تعارض درونی، محرومیت از اشتغال، محرومیت از حقوق اجتماعی و تکرار جرم از مهم‌ترین آثار منفی محکومیت کیفری است. با توجه به پیامدهای منفی ذکر شده نظریه پردازان جرم شناسی واکنش اجتماعی راهبردهای را جهت اصلاح و بازپروری مجرمان مطرح نموده‌اند، تحدید مداخله حقوق کیفری از طریق جرم زدایی، کیفرزدایی، قضازدای، برداشتن موانع اشتغال و استفاده از نهادهای اصلاح مدار مانند تعویق حکم، تعلیق اجرای مجازات، مجازات‌های جایگزین حبس، نظام نیمه آزادی، از مهم‌ترین راهبردهای است که می‌تواند از برجسب زنی و آثار ناشی از آن جلوگیری نماید. واژگان کلیدی: برجسب زنی، پذیرش مجرمیت، تعارض درونی، محرومیت از حقوق اجتماعی، چالش‌ها، راهبردها.

مقدمه

محکوم نمودن مرتکب جرم و اعمال مجازات مختلف به خصوص مجازات سالب آزادی یکی از قدیمی ترین روش های است که در قالب سیاست کیفری بازتاب یافته است. در مورد چرایی و فلسفه کیفر اتفاق نظر در میان اندیشمندان حقوق جزا و جرم شناسان وجود ندارد. عده ای کیفر را به عنوان پاسخی برای جرم دانسته و از منظر استحقاق و سزاگرایی آن را توجیه نموده است. در مقابل عده ای دیگر از اندیشمندان برای اعمال مجازات، اهداف دیگری را ترسیم کرده اند؛ بازدارندگی (اعم از بازدارندگی خاص و عام)، ناتوان سازی، اصلاح و بازپروری مجرم، از مهم ترین اهدافی است که از اجرای محکومیت کیفری انتظار می رود. (Heinrich, 1913, p. 255) با توجه به توسعه حقوق جزا از یک سو، پرهزینه بودن سیاست کیفری و ناکارآمدی آن در تضمین اهداف ذکر شده از سوی دیگر، اجرای آن ها به خصوص مجازاتی مانند اعدام، زندان و محرومیت از حقوق اجتماعی، با چالش ها و موانع جدی مواجه شده است. برخی از جرم شناسان، محکومیت کیفری و تطبیق مجازات را از منظر جرم شناسی انتقادی، تعامل گرایی و نظریه برچسب زنی تحلیل، پیامدها و معایب آن را یادآور شده اند.

محکومیت های کیفری و اجرای مجازات با توجه به نوع جرم و اوضاع و احوال حاکم بر آن، یا در قالب مجازات اصلی و تکمیلی جلوه می نماید و یا در چارچوب مجازات تبعی و محرومیت از حقوق اجتماعی. تحقیق پیش رو در صدد است که محکومیت کیفری را براساس نظریه برچسب زنی^۱ ارزیابی نماید. طرفداران این نظریه معتقدند که محکومیت کیفری موجب برچسب خوردن مجرم و انگ مجرمانه می شود. بدنام شدن و برچسب مجرمانه نه تنها موجب اصلاح و بازپروری مجرم نمی شود که وی را به سمت تکرار جرم سوق می دهد و لذا واکنش دستگاه عدالت جزایی در برابر رفتارهای مجرمانه باید مبتنی بر نوع سیاست تغییر مسیر باشد. بدین معنا که باید بیشتر از سیاست های ارفاقی (تعویق صدور حکم، آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات و عدالت ترمیمی) استفاده شود تا محکومیت های کیفری که باعث برچسب زنی و انحراف ثانویه می گردد.

با توجه به مطالب گفته شده سوال های که این پژوهش در مقام پاسخگویی آن می باشد

1. Labeling Theory

قرار ذیل است: برچسب زنی چیست و چه تأثیری بر وضعیت افراد دارد؟ راهکارهای پیشگیری از برچسب خوردن افراد چیست؟ پاسخگوی به سوالات مطروحه، مستلزم تبیین نظریه برچسب زنی، آثار و پیامدهای برچسب زنی و راهکارها است.

تعریف و ماهیت نظریه برچسب زنی

یکی از مشهورترین نظریات مطرح در حوزه جرم شناسی نظریه برچسب زنی است. این نظریه در قالب جرم شناسی انتقادی طی دهه ۱۹۶۰ به عنوان یک نظریه جرم شناسی جدید پدیدار گشت و در معرض انتقادات جدی قرار گرفت اما از اواخر دهه ۱۹۸۰، این دیدگاه تقویت و حیات دوباره پیدا کرد (shoemaker, 2010, p.260). نظریه پردازان برچسب زنی، تحلیل‌های خود را بر واکنش دیگران نسبت به شخص یا رفتاری که در ارزیابی رسمی به عنوان یک مسیر منفی تلقی شده متمرکز می‌کنند. براساس این دیدگاه جرم و انحراف امر ذاتی نیست بلکه در نتیجه بازخورد گروه‌های اجتماعی به وجود می‌آید و این نهادها است که افراد را منحرف و قانون‌گریز معرفی می‌کنند. گرچه این نظریه توسط اندیشمندان زیادی توسعه یافته است،^۱ اما بنیانگذاران اصلی این نظریه «ادوین لمرت»^۲ و «هوارد بکر»^۳ شناخته می‌شوند. «بکر» در مورد فرایند برچسب زنی چنین می‌نویسد: «گروه‌های اجتماعی با ایفای نقش‌های که تعدی به آن‌ها منجر به انحراف می‌شود، انحراف خلق می‌کنند و با اجرا نمودن آن نقش‌ها بر افرادی معین و برچسب زدن آنان، آن‌ها را منحرف معرفی می‌کنند. از همین رو، انحراف واژه نیست که از چگونگی رفتار مرتکب ناشی شود بلکه نتیجه قواعد و ضمانت اجراهای است که بر مجرم تحمیل می‌شود. منحرف در واقع شخصی است که این بدنامی به صورت موثر بر او چسبانده شده است».^۴ براساس این دیدگاه، هنجارها در بستر اجتماع باتوجه به معیارهای چون اخلاق، شغل، جنس، درآمد و قواعد اجتماعی شکل می‌گیرد و شکستن آن‌ها توسط افرادی موجب واکنش اجتماعی و سرانجام برچسب انحراف

1. Gove, c. Walter (1975) The labeling of deviance: Evaluating a perspective, New York: John wily & sons, pp.3-4.
2. Lemert, M. Edwin (1951) social pathology, New York: pp.457-68.
3. Becker, s. Howard (1963) outsiders: studies in the sociology of Deviance, New York: the free press.
4. Becker, H. (1963), opcit, p.22.

و یا جرم خواهد شد. بنابراین، «بکر» بین انحراف اولیه و ثانویه هیچ تفاوتی قایل نیست و حتی رفتاری اولیه که مغایر با قواعد اجتماعی باشد نیز آن را جرم و یا انحراف می‌داند که محصول واکنش نهادهای اجتماعی است. پس از نظر «بکر» جرم و انحراف یک فرایند اجتماعی است. بدین مفهوم که گروه‌های اجتماعی با ساختن قوانین که نقض آن کج رفتاری محسوب می‌شود، مفهوم کج رفتاری را می‌سازند نه این که انحراف و یا جرم کیفیت عمل واقع شده باشد.

«لمرت» بین انحراف اولیه که ناشی از عوامل فرهنگی، روان شناختی و فیزیولوژیکی است و انحراف ثانویه که برخاسته از اوضاع و احوال اجتماعی است تفاوت می‌گذارد. «لمرت» به رفتار اولیه خیلی توجه ندارد و آن را صرفاً به‌عنوان یک الگوی رفتاری و پذیرش خطر می‌پندارد و تمرکز ایشان بیشتر به رفتارهای غیر قابل پذیرش ثانویه است که در واقع موجب تحقق و تکمیل فرایند برچسب زنی می‌شود.^۱ به نظر ایشان منحرف اولیه، شخصی است که مرتکب فعلی شده که منحرفانه محسوب می‌گردد، ولی هنوز از سوی گروه‌های اجتماعی برچسب منحرف الصاق نشده است و از همین رو دچار تعارض درونی نمی‌گردد زیرا به نظر خویشتن نیز منحرف نیست (گسن، ۱۳۷۰، ص ۴۹). علاوه بر عدم احساس تغییر درونی، اگر این وضعیت (عدم واکنش و برچسب نخوردن) ادامه پیدا کند، چه بسا انحراف دیگر تکرار نگردد. اما چنانچه نهادهای کنترل اجتماعی رسمی و غیررسمی، در قبال آن واکنش نشان دهند و سرانجام مرتکب جهت محاکمه و تنبیه درگیر فرایند رسمی عدالت کیفری و برچسب زنی‌های ناشی از آن شود، زمینه ورود شخص به دنیای جرائم بیشتر و تکرار جرم، فراهم خواهد شد و انحراف ثانویه شکل می‌گیرد. بر همین اساس، انحراف ثانویه، آن کجروی است که در پی واکنش جامعه نسبت به انحراف اولیه و تحمیل برچسب منحرف بر فرد، به‌عنوان پاسخی به این واکنش، ارتکاب می‌یابد (سلیمی و داوری، ۱۳۸۰، ص ۵۴۸) این مرحله که در آن نهادهای اجتماعی به شخص به چشم عنصر نامطلوب می‌نگرد، به‌عنوان مرحله اصلی انحراف، مورد توجه لمرت، قرار گرفته است. جمله معروف او در این زمینه، بدین شرح است: «انحراف نیست که به کنترل اجتماعی ختم می‌شود، بلکه کنترل اجتماعی است که به انحراف می‌انجامد». (نجفی

1. Lemert. (1962), opcit, pp. 70-71.

ا برنآبادی، ۱۳۸۳، ص ۲۰۸۴) بنابراین ایشان، برخلاف تصورات گذشته، خود کنترل و نه عدم کنترل را علت جرم معرفی می‌نماید (ویت و هینز، ۱۳۸۳، ص ۱۸۰).

به هر صورت طرفداران نظریه برچسب زنی انحراف را ویژگی می‌دانند که بر برخی از رفتار اطلاق شده و به وسیله ناظران جامعه مورد قضاوت قرار می‌گیرد و در موارد ممکن است مرتکبان را به خاطر ارتکاب آن مجازات نمایند و چنین واکنش‌های در واقع مهم‌ترین علت استمرار فعالیت مجرمانه‌اند. پس براساس این نظریه انحراف ویژگی ذاتی و جزء تفکیک ناپذیر یک عمل نیست بلکه، مفهومی قراردادی و ساخته و پرداخته گروه‌های اجتماعی است. صاحبان قدرت برای تأمین منافع‌شان ارزش‌ها را تعیین و برکل جامعه تحمیل می‌کنند (عبدالفتاح، ۱۳۸۱، ص ۱۴۷). پس معیار ذاتی برای شناخت ارزش‌ها و ضد ارزش‌ها وجود ندارد بلکه پذیرش و عدم پذیرش گروه‌های قدرتمند اجتماعی حاکم است که خوب و بد را تعیین می‌نمایند و در صورتی که افرادی نتواند خود را با این مفاهیم دمساز سازد برچسب مجرمانه خورده و بیگانه محسوب می‌گردند.

آثار برچسب زنی

برچسب زنی و انگ مجرمانه که ناشی از برخورد گروه‌های اجتماعی مانند پولیس، دادستانی، دستگاه قضایی و یا افراد مهمی چون خانواده، معلمان و دوستان است، دارای آثار و پیامدهای مهمی است که در این قسمت بررسی می‌شود.

۱. پذیرش هویت مجرمانه

هنگامی که فرد، هنجاری را نقض و قانونی را زیر پا می‌گذارد، یا با تسامح و گذشت نهادهای رسمی و غیر رسمی مواجه می‌گردد که در این صورت برچسب مجرمیت بر او الصاق نشده و او نیز خود را به‌عنوان مجرم باز تعریف نخواهد کرد. اما اگر واکنش نهادهای اجتماعی یعنی دادگاه، پولیس، خانواده، مدرسه، رؤسای محل، دوستان و همکاران جدی بوده و فرد مجرم تلقی شود، خود او نیز در تعریف هویتی خویش، این برچسب را می‌پذیرد و خود را مجرم خواهد دانست. پس از آن براساس این تصور از خود، احتمال ارتکاب اعمال مجرمانه از سوی او بیشتر خواهد شد. چنین فردی با برچسبی که جامعه بر او تحمیل کرده است، به‌شکل همنویانه برخورد خواهد کرد و بر اساس انتظاراتی که از نقش او

به‌عنوان یک شخص منحرف می‌رود، دست به کنش خواهد شد (ممتاز، ۱۳۸۱، ص ۱۱۳). تصور و پذیرش مجرمیت بر اثر تلقین و برچسب زنی است و در حقیقت، تلقین، مقدمه ای برای بوجود آمدن تصور و باور است. هر انسانی، آن طور کنش و واکنش نشان می‌دهد که تصور می‌کند، آن گونه است. اگر شخصی تصور کند که دارای هوش و حافظه‌ی قوی است، به تدریج این حالت در ضمیر ناخودآگاه او نهادینه شده و مداومت بر آن باعث به وجود آمدن آن صفت به طور واقعی می‌گردد. تلقین و اثر پذیری یک عامل مهم در تغییر رفتار و شخصیت انسان و واقعیتی ملموس است. تمامی انسان‌ها به نوعی تحت تأثیر تلقینات می‌باشند و این تلقینات یا از طرف خودشان است و یا از طرف دیگران. در واقع، هر فکری که به ذهن اثر کرده و مورد قبول واقع شود، تلقین است. (اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۹۵ و ۹۳) پس می‌توان گفت، که نظریه برچسب زنی یک امر روانشناسی و تربیتی نیز است، بدین معنا که انسان‌ها به هر میزان که تصور مثبت و جایگاه متعالی برای خودشان قائل باشند به همان نسبت در رفتار و کردارشان تأثیرگذار است، رفتارهای انسان تابعی است از درکی که از خود دارند لذا اگر بخواهیم در راستای رشد یک انسان حرکت کنیم باید تلاش کرد تصور مثبتی از شخص به خودش ارائه دهیم و یا برعکس اگر بخواهیم شخصی را خراب کنیم باید تصور منفی از خودش به او ارائه دهیم، بنابراین پس از آن که شخصی از سوی جامعه برچسب خورد و آن را پذیرفت به تبع آن تصویر شخصی خویش را تغییر می‌دهد و خود انگارانه مجرمانه در وی شکل می‌گیرد. (ویلیامز و همکاران، ۱۳۸۳، ص ۱۵۸) از همین رهگذر، خیلی‌ها زندان را قبول ندارند زیرا هویت مجرمانه شخص تثبیت می‌شود و با رهایی از زندان به خاطر محکومیت کیفری نتواند کار مشروعی به دست آورد و برای بقا حیات دوباره خویش به ارتکاب جرم دست بزنند که این خود منجر به آن می‌شود که با افراد دیگری که مانند خود برچسب خورده‌اند، معاشرت کند. (ولد، ۱۳۹۰، ص ۳۰۳) البته ممکن است افرادی به راحتی برچسب انحراف و مجرمیت انتسابی از سوی جامعه را نپذیرد اما سرانجام مقاومت فرد در برابر واکنش جامعه تضعیف شده و تصور مجرمانه بودن را قبول و بسان مجرمان رفتار خواهد نمود به گونه‌ای که انحراف، بخشی از روش زندگی او می‌شود که به لحاظ روحی نسبت به آن، احساس بیگانگی نداشته و در واقع جزیی از هویت و شخصیت وی گشته است (شیری، ۱۳۸۴، ص ۱۸۱).

بنابراین، الصاق برچسب مجرمیت به یک فرد، خواه ناشی از کجروی اولیه باشد، یا

محصول اشتباه یا فساد قضایی در رسیدگی کیفری، به رغم عدم ارتکاب جرم از سوی شخص؛ عاملی است که انحرافات بعدی را به وجود خواهد آورد و یا حداقل موجب تقویت کج رفتاری می‌شود و فرد برچسب خورده، فرصت کمتری برای درستکاری دارد و چه بسا محکومیت‌ها و رفت و آمدهای مکرر وی به دستگاه عدالت کیفری، در آینده به موضوعی عادی تبدیل شود و او را از یک مجرم ساده به مجرم حرفه‌ای و مشتریان دایم زندان تبدیل نماید (ویلیامز و همکاران، ۱۳۸۳، ص ۱۵۵ و ۱۵۷). چرا که متصدیان عدالت کیفری اشخاص برچسب خورده را با دقت بیشتری مورد توجه و کنترل قرار داده و لذا رفتارهای بعدی آن‌ها با سرعت مورد شناسایی و برچسب خوردن دوباره قرار خواهد گرفت.

۲. ایجاد تعارض درونی

یکی از نیازهای اساسی بشر بهره‌مند شدن از احترام و عزت نفس است. براساس این اصل، آدمی نیازمند آن است که هم به خویشتن خود احترام بگذارد و هم مورد توجه، تأیید و احترام از سوی دیگران باشد (مزلو، ۱۳۶۷، ص ۱۵۴). زمانی که فرد، برچسب می‌خورد، او از طرف جامعه تحت فشار قرار می‌گیرد و از سوی درون خویش نیز خود را شایسته احترام می‌بیند، در این صورت او بین دو شناخت، شناخت خود از خویش و شناختی که جامعه با برچسب زدن به او دارد، تعارض پیدا می‌کند و باعث فشار روانی می‌شود (توسلی، ۱۳۸۶، ص ۴۲۵). نتیجه این تعارض و فشار وارد شده با توجه به شخصیت و مقاومت افراد متفاوت است. انزوا و افسردگی و گاه خودکشی و حداقل ستیز با جامعه و قواعد اجتماعی از پیامدهای این فشار خواهد بود. براساس تحقیقات انجام شده یکی از عوامل خودکشی، فقر و بیکاری است. مجرمان اقتصادی و بیکاران، دارای نرخ خودکشی بالای هستند زیرا بهبود شرایط اقتصادی، نشانگر کاهش آن است (ستوده، ۱۳۸۸، ص ۴۹). «از نظر فردی نیز، شخص برچسب خورده، در اثر تنزل هویت اجتماعی، از پریشانی روانی، مشقت اقتصادی، رسوایی، احساس حقارت و مجرمیت و کاهش یا نابودی عزت نفس رنج می‌برد» (محتشمی، ۱۳۹۲، ص ۷۷).

۳. محروم شدن از اشتغال

افرادی بدنام و دارای سابقه محکومیت کیفری، زمینه‌های شغلی خود را از دست داده و دیگر توان وارد شدن به عرصه‌های اقتصادی را ندارند. زیرا کمتر افرادی حاضر می‌شوند که این

گونه اشخاص را استخدام نموده و یا آنان را در فعالیتهای اقتصادی شان سهام سازند و حتی کارفرمایانی که قبلاً او را استخدام می کردند رغبتی برای جذب دوباره وی ندارند. بدین ترتیب محکومین بعد از تحمل مجازات به دلیل برچسب که خورده اند از کسب شغلی مشروع و قانونی ناتوان مانده و برای تأمین معشیت و نیازهای زندگی ممکن است دوباره به ارتکاب جرم متوسل گردد. «ریچارد شوارتز»^۱ و «جروم اسکولینگ»^۲ به تأثیر محکومیت های کیفری، به مطالعه تأثیرات سابقه کیفری بر فرصت های اشتغال کارگران غیر ماهر در آمریکا، پرداخته اند. در این تحقیق میدانی چهار پرونده کار با یک سابقه محکومیت کیفری که از همه جهات به استثنای سوابق کیفری داوطلبان یکسان بودند، به شرح ذیل تهیه شد:

یک- اولین پرونده حاکی از آن بود که متقاضی به خاطر جرم ایراد ضرب و جرح محکوم و مجازات شده است.

دو- پوشه شماره ۲ بیان می کرد که فرد به اتهام ایراد ضرب و جرح محاکمه و تبریه شده است. سه- پوشه شماره ۳ نیز نشان می داد که فرد به اتهام ضرب و جرح محاکمه و تبریه شده است، اما با نامه ای که از جانب قاضی در تأیید بی گناهی وی نوشته شده است. چهار- پوشه شماره ۴ محتوی هیچ گونه سابقه ای کیفری نبود.

تحقیق یاد شده حاوی نام یکصد نفر کارفرما بود که «شوارتز» و «اسکولینگ» آن ها را به چهار واحد ۲۵ نفری تقسیم کرده و به هر گروه پرونده ای حاوی درخواست یک داوطلب واقعی جهت استخدام در کارهای هتل معرفی و تحویل داده شد. نتایج تحقیق قابل توجه و به شرح ذیر می باشد:

۱. در بین کارفرمایانی که پوشه فاقد سوابق کیفری به آن ها نشان داده شده بود، ۳۶٪ پاسخ مثبت دادند.

۲. از کارفرمایانی که پوشه مربوط به فرد تبریه شده با نامه قاضی در اختیارشان گذاشته شد، ۲۴٪ به استخدام فرد داوطلب ابراز علاقه کردند.

۳. از کارفرمایانی که پوشه مربوط به فرد تبریه شده به آن ها نشان داده شد ۱۲٪ به استخدام داوطلب تمایل نشان دادند.

1. Richard Schwartz

2. Yerome Skolnick

۴. ازکارفرمایانی که پوشه فرد محکوم شده را دیدند، تنها ۴٪ حاضر به استخدام او بودند. (وینفری، ۱۳۸۸، ص ۳۰۹).

نتیجه تحقیق ذکر شده این مطلب را به اثبات می‌رساند که برجسب خوردن و سوء پیشینه کیفری، نه تنها به کاهش فرصت‌های شغلی می‌انجامد که فاصله‌ای میان مجرم و جامعه ایجاد کرده و زمینه اصلاح و بازپروری وی را با چالش مواجه می‌سازد. چرا که جامعه برجسب را باور نموده و آن را معیار تعاملات خود در روابط اجتماعی قرار می‌دهند. هرچند این تحقیق در یک جامعه توسعه یافته صورت گرفته است اما ناگفته پیداست که در جوامع جهان سومی اگر آثار بدنامی و برجسب مجرمیت روی استخدام شدیدتر از آن چه گفته شد نباشد به هیچ وجه کمتر نخواهد بود. چرا که آستانه حساسیت جامعه نسبت به نقض هنجارها و نشان دادن واکنش قاطع و کیفری در چنین جوامع بسیار شدید و عدم سابقه محکومیت معیار برای مناسبات اجتماعی به خصوص استخدام است.

۴. محرومیت از حقوق اجتماعی

محکومیت کیفری و یا به عبارتی برجسب زنی چون بدنامی، طرد اجتماعی و بی‌اعتمادی را به دنبال دارد، موجب می‌شود که شخص مرتکب علاوه بر محرومیت از اشتغال، از ادامه تحصیل، ازدواج و سایر شئون متعارف زندگی محروم گردد. محروم کردن بزهکار از حقوق اجتماعی نه تنها مشکلی را حل نمی‌کند که بر مشکلات مجرم، بزه دیده و جامعه می‌افزاید چرا که نقطه اتصال متهم را با جامعه نشانه می‌گیرد و بدین ترتیب، نهادهای اجتماعی (رسمی و غیر رسمی) با تحمیل محدودیت‌ها و محرومیت‌های گسترده، عملاً او را از ساختار اجتماعی دور و به کجروی‌های بعدی وی کمک می‌کند (فرجاد، ۱۳۷۱، ص ۵۱) عواقب اجتماعی این برجسب، برای متهمی که با محکومیت کیفری در دادگاه، رسماً مجرم و سابقه دار معرفی شده فزونی می‌یابد چرا که علاوه بر محرومیت‌های که از منظر جرم‌شناسی ذکرگردید، دچار محرومیت‌های حقوقی به‌عنوان مجازات تبعی می‌شود. محروم کردن شخص از فعالیت‌ها و حقوق اجتماعی، موجب روی آوردن وی به فعالیت‌های زیرزمینی و غیرمشروع می‌شود که مضرات اجتماعی آن به مراتب بیشتر از فعالیت‌های مشروع و قابل مشاهده است. در واقع، همین موضوع در ژاپن موجب شده که فعالیت‌های سازمان جنایی یا کوزا قانونی و آشکار باشد، تا از این طریق از زیرزمینی، شدن

فعالیت‌های این سازمان‌ها پیشگیری شود. (صدیق سروستانی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۹) بنابراین، به جای این گونه محدودیت‌های ناکارآمد باید از سیاست‌های ترمیمی و جبرانگر استفاده شود که هم چالش‌ها و مشکلات بزهکاران و خانواده‌های آنان را حل می‌کند و هم زیان‌های بزه دیده و جامعه را.

راهکارها

با توجه به پیامدهای منفی محکومیت کیفری یا همان برچسب مجرمانه، طرفداران نظریه جرم‌شناسی انتقادی، شیوه‌هایی را طراحی نموده‌اند که در این بخش این راهبردها با توجه به نظریه برچسب زنی مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌گیرد.

تحدید مداخله حقوق کیفری

نمونه‌های بارز محدود نمودن و فاصله گرفتن از نظام عدالت کیفری، کیفرزدای، قضازدای، جرم زدایی و زدودن موانع اشتغال است. این نهادها امروزه تاحدودی وارد قوانین موضوعه شده است و هرکشوری با توجه به شرایط و مناسبات اجتماعی خود سیاست جنایی‌شان را براساس پارادایم فوق تغییر داده است که بررسی این موضوع مجال دیگری می‌طلبد. در این مقام صرفاً مفاهیم و ماهیت رویگردانی‌های ذکر شده از نظام عدالت کیفری به صورت مختصر ارزیابی می‌شود.

۱. کیفرزدایی

کیفرزدایی^۱ شامل هر نوع تراکم زدایی از دستگاه عدالت کیفری است از حذف کیفرگرفته تا تخفیف و تبدیل آن به یک اقدام غیر کیفری همه را شامل می‌شود. (گسن، ۱۳۷۰، ص ۱۹) در کیفرزدایی که از آن به جرم زدایی ناقص نیز یاد شده است (نجفی ابرندآبادی و هاشم بیگی، ۱۳۷۷، ص ۲۹) هدف این نیست که خاصیت جرم بودن فعل و یا ترک فعل سلب شود بلکه منظور تراکم زدایی از نظام عدالت کیفری و اتخاذ سیاست جنایی مبنی بر کاهش شدت مجازات و یاسلب خاصیت کیفر است. (کلاتری، ۱۳۸۸، ص ۳۱۲) امروزه با توجه

1. Depenalisation

به دگرذیسی که در سیاست جنایی نوین به وجود آمده است می‌توان رفتاری را تصور نمود که برچسب و عنوان مجرمانه دارد ولی مجازاتی در برابر آن‌ها وجود ندارد چرا که ابراز واکنش سرکوبگر تنها یکی از گونه‌های پاسخ به پدیده مجرمانه به شمار می‌آید و روش‌های متنوع دیگری، به رسمیت شناخته شده است. بنابراین، کیفرزدایی در واقع یکی از جلوه‌های تحدید مداخله حقوق جزا، سعی در جلوگیری از الصاق برچسب مجرمانه و حفظ آزادی و حقوق شهروندان در عرصه تقنین، قضا و اجرا دارد. تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات و نظام آزادی مشروط از مصادیق و جلوه‌های کیفرزدایی است که تحت تأثیر گفتمان‌های جرم‌شناسی و اکادمیک وارد قوانین کشورها شده است. در نظام حقوقی اسلام نهاد توبه، انکار بعد اقرار، دفع شدن حد توسط شبه و هم چنان وطی به شبه از نمونه‌های کیفر زدایی است.

۳. قضازدایی

قضازدایی^۱ به معنای حذف و یا تحدید مداخله دستگاه قضایی و تغییر مسیردادن رسیدگی‌ها از دستگاه عدالت قضایی کیفری رسمی به سمت سازوکارهای حقوقی توسط مراجع شبه قضایی و یا کوتاه نمودن فرایند عدالت کیفری است. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۷) به دیگر سخن رسالت قضازدایی جلوگیری از رسیدگی‌های کیفری است که نظام عدالت کیفری صلاحیت رسیدگی آن را دارد با توسل از طرق غیر قضایی. قضازدایی منحصر به مرحله محاکمه نیست بلکه در هر مرحله‌ای امکان پذیر است. (اکرمی، ۱۳۸۷، ص ۲۲) پس سازوکار استفاده از قضا زدایی عمومیت داشته و در تمامی مراحل تعقیب، تحقیق و محاکمه مفید و ضروری است. به کارگیری قضا زدایی موجب می‌شود که مرتکبان جرایم یا اصولاً به دستگاه عدالت کیفری وارد نشوند و یا در صورت ورود تغییر مسیر داده شود و تدابیری ویژه اخذ گردد. میانجی‌گری، سازش و اتخاذ هرگونه راهکار جایگزین برای حل و فصل دعوی کیفری و برچسب زنی از جلوه‌های برجسته قضازدایی است که امروزه در قوانین موضوعه بازتاب یافته و به خصوص در مورد اطفال و نوجوانان بیشتر مورد استفاده و کاربرد قرار می‌گیرد.

1. Diversion

۳. جرم زدایی

جرم زدایی^۱ به مفهوم زدودن عنوان و یابرچسب مجرمانه از یک عمل یا یک رفتار است (نجفی ابرندآبادی و هاشم بیگی، ۱۳۸۲، ص ۷۷). رویکرد کلی جرم زدایی افزایش حقوق و آزادی‌های عمومی شهروندان و جلوگیری از برچسب زنی و گشودن فضای سیاسی، اجتماعی و فرهنگی توسعه یافته فرا روی آنان است. جرم زدایی در واقع کوششی برای تلطیف فرهنگ خشونت گرای جامعه (اعم از دولت و ملت) و حرکت به سمت مدنی تر کردن پاسخ‌های قدرت به ناهنجاری و مشکلات است. (محمودی جانکی، ۱۳۸۷، ص ۲۳۸)

جرم زدایی هر چند کیفرزدایی را در دل خود جا می‌دهد زیرا از دیدگاه حقوق کیفری کلاسیک، جرم و مجازات لازم و ملزوم یک دیگراند و جرمی بدون مجازات قابل تصور نمی‌باشد، اما با توجه به توسعه حقوق جزا و تحولات اخیر، تصور جرم بدون جزا هم ممکن شده است چرا که واکنش کیفری تنها یکی از گونه‌های پاسخ به پدیده مجرمانه محسوب می‌شود و تدابیر غیر کیفری نیز در سیاست جنایی کشورها برای مقابله با آن پیش بینی شده است. به همین خاطر، زمانی که استراتژی عقب نشینی حقوق جزا در قالب سلب مجازات از رفتاری که عنوان مجرمانه آن حفظ شده است صورت می‌پذیرد، از واژه کیفرزدایی استفاده می‌شود. (رایجیان اصلی، ۱۳۸۱، ص ۹۴). شورای اروپا ضمن این که جرم زدایی را به کیفر زدایی و سلب مجازات از یک رفتار معین تعریف نموده، دو نوع جرم زدایی (عملی و قانونی) را بازشناسایی کرده است. جرم زدایی عملی عبارتست از: «پدیده کاهش تدریجی فعالیت‌های نظام عدالت کیفری در قبال برخی رفتارها یا اوضاع و احوال، هر چند رسماً و قانوناً در صلاحیت آن نظام، تغییری حاصل نشده باشد.» (همان، ص ۹۷) با توجه به این تعریف جرم زدایی عملی در صلاحیت مراجع عدالت کیفری است. مثلاً پلیس از مداخله در کشف جرم صرف نظر نموده و یا پرونده را به نهادهای اجتماعی دیگری ارجاع دهد، یا دادرسا قرار منع تعقیب صادر نماید یا قاضی به تحمیل مجازاتی که جنبه نمادین دارد (مانند حبس یک روز) بسنده نماید. (پرادل، ۱۳۸۷، ص ۱۳۷).

جرم زدایی قانونی (رسمی) به سه صورت قابل تصور است.

یک- به رسمیت شناختن کامل حقوقی و اجتماعی رفتاری که از آن جرم زدایی شده

است. رفتاری که قبل از آن مغایر قانون پنداشته می‌شد عنوان اباحه را به خود گرفته و فاقد هرگونه پاسخ اعم از کیفری و غیر کیفری است.

دو- ایجاد تغییر و دگرگونی در مورد نقش مراجع رسمی کیفری در یک قلمرو معین، به گونه‌ای که مراجع کیفری به یک مقام بی طرف تبدیل گردد.

در وضعیت دوم که می‌توان آن را جرم زدایی ناقص تعبیر کرد، رفتار هم چنان مجرمانه است اما نقش سازمان‌های کیفری در قلمرو عمل مجرمانه، متحول گشته و جرم زدایی شده است و از نظر قانونگذار، مراجع کیفری صلاحیت رسیدگی به آن را ندارد و برای آن ضمانت اجراهای مدنی، اداری یا انضباطی در نظر می‌گیرد که توسط دادگاه‌های غیرکیفری (مدنی یا مراجع اداری) تطبیق می‌شود. (آقایی، ۱۳۸۱، ص ۱۷۳)

سه- «فراهم آمدن شرایطی که در آن، یک رفتار کاملاً به رسمیت شناخته نمی‌شود لیکن به افراد ذینفع، این اختیار واگذار می‌گردد که خود به برخورد با وضعیت نامطلوب بپردازند مگر این که راه حل‌های دیگری پیش بینی شود که به نام یا برپایه ابتکار مراجع دولتی اعمال گردد.» (محتشمی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۲).

روش‌های عدالت ترمیمی و نهادهای شبه قضایی که عملیات میانجیگری، سازش و جبران خسارت را عهده دار می‌باشند و رابطه میان بزه دیده و مجرم را تلطیف و ترمیم می‌نمایند از نمونه‌های بارز جرم زدایی از نوع سوم می‌باشد.

هر چند جرم زدایی در کاهش محکومیت کیفری، برجسب زنی و نرخ جمعیت زندان اثر مهمی دارد اما نباید در این مورد جانب افراط را پیمود و لذا در جرم زدایی شرایط فرهنگی و اجتماعی هر جامعه باید در نظر گرفته شود و گرنه جرم زدایی ممکن است نقشی معکوسی را ایفا نماید. بر همین اساس جرم شناسان همواره تاکید می‌کنند که جرم زدایی باید در زمینه‌های انجام شود که به نظم و امنیت عمومی لطمه‌ای نزنند. (رایجیان اصلی، ۱۳۸، ص ۹۷). نظریه پردازان نیز برپایه همین باور، جرم زدایی قانونی را بیشتر به معنای دوم و سوم یعنی واگذاری رفتار مربوطه را به مراجع غیر کیفری و استفاده از سازوکارهای حقوقی و نه زدودن عنوان مجرمانه و تقبیح از آن رفتار؛ حمل نموده‌اند و از سوی دیگر جرم زدایی را در حوزه‌های خاص مانند جرایم بدون بزه دیده، جرایم اخلاقی و عفاف، اقتصادی، راهنمایی و رانندگی توصیه کرده‌اند (محتشمی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۳ و ۱۷۶).

۴. برداشتن موانع اشتغال و استخدام

همان طوری که قبلاً بیان گردید برچسب زنی و محکومیت کیفری موجب می شود که متهمان و محکومان، زمینه های شغلی خود را از دست داده و وارد جمعیت بیکار شوند، زیرا مقررات استخدامی نهادهای عمومی حاکی از آن است که یکی از شاخص های استخدام داوطلبان، عدم سوء پیشینه کیفری است. نهادهای مذکور حتی برای استخدام در پایین ترین رده سازمانی خود، این معیار را در نظر می گیرند. مقرراتی که به این شکل تصویب شده و بزهکاران را از حق اشتغال و حقوق اجتماعی محروم می کنند، نه تنها با آرمان های عدالت کیفری در عصر مدرن، که به دنبال بازپذیری بزهکاران در جامعه است، در تضاد هستند که خود جرم زا بوده و محکومان را به سمت تکرار جرم و وارد شدن به پروسه عدالت کیفری سوق می دهد. بدیهی است که بهترین تدبیر در این مورد اشتغال زایی و برداشتن موانع اشتغال است. تدوین مقررات منظم و حساب شده جهت اعاده حیثیت بزهکاران و برخورداری آنان از حقوق اجتماعی و یا حذف نمودن رایه عدم سوء پیشینه از فرایند استخدام، راهبرد سودمند در این راستا خواهد بود. سازو کارهای ذکر شده راهبردهای است که در برخی از کشورهای توسعه یافته تطبیق و تجربه شده و از مزایای آن، هم محکومان و هم جامعه سود برده اند.

به منظور کاهش آسیب قانونی ناشی از سابقه کیفری، برخی ایالات آمریکا محدودیت های گوناگون مربوط به ضرورت اخذ مجوز اشتغال براساس قانون ایالتی را حذف کردند. معدودی از ایالات حتی قوانین «اشتغال عادلانه» را برای مجرمین پیشین تدوین نمودند. از باب نمونه، نیویورک خودداری از استخدام افراد یا خواستن مجوز اشتغال را به دلیل محکومیت کیفری ممنوع کرده است. با این حال اسسشنهای وجود دارد (چنانچه که اگر ارتباط مستقیمی میان جرم و شغل خاص یا مجوز وجود داشته، یا استخدام فرد خطر غیر معقولی برای افراد یا اموال آنان در برداشته باشد) بر طبق اصل ضرورت رابطه مستقیم، ماهیت رفتاری که فرد به خاطر آن محکوم شده است، باید رابطه مستقیم با تناسب یا توان او در انجام وظایف یا مسولیت های شغلی داشته باشد (مثلاً مجرم مواد مخدری که در داروخانه بیمارستان کار می کند)، قانون حکم می کند که کارفرمای عمومی یا خصوصی در پی درخواست داوطلب، اظهارنامه حاوی دلایل وی در رد مجوز یا خودداری از استخدام بنویسد. کمسیون حقوق بشر ایالت نیویورک این قانون را از تصویب گذرانده است (وینفری، ۱۳۸۸، ص ۳۱۰).

جامعه ای که یکی از اعضایش را به هر دلیلی از حق اشتغال و سایر فعالیت‌های اجتماعی موثر منع می‌کند، نباید انتظار حسن رفتار و انطباق با قواعد اجتماعی و بازپروری را از وی داشته باشد، زیرا این گونه افراد برای تأمین وسایل معیشت خود و خانواده‌اش و درکل ادامه حیات امکان دارد از هر روشی و لو ارتکاب جرم مجدد اقدام نماید. توجه به این امر مهم تجدید نظر قانونگذار را در مورد قوانین استخدام مجرمان بعد از تحمل مجازات در فرآیند عدالت کیفری و بازپذیری بزهکاران ایجاب می‌نماید.

به کارگیری نهادهای اصلاح مدار

دیدگاه‌های انتقادی جرم‌شناسان بر حقوق کیفری، سرانجام به بار نشست و امروزه نهادهای که در بازپروری و اصلاح مجرمان و زایل نمودن آثار محکومیت کیفری و برچسب زنی نقش مهمی ایفا می‌کند در قوانین موضوعه کیفری بسیاری از کشورها بازتاب یافته است. در این بخش این نهادها با توجه به نظریه برچسب زنی به‌عنوان یک راهبرد موثر جهت جلوگیری از برچسب زنی به طور مختصر بازشناسی می‌شود.

۱. مجازات‌های جایگزین حبس

محکومیت کیفری در قالب مجازات حبس نوعی الصاق بدنامی و طرد مجرم از جامعه و در نهایت پذیرش هویت و حرفه مجرمانه را به همراه دارد. مطالعات اندیشمندان بر محور این نوع از محکومیت، آثار و پیامدهای منفی آن را نه تنها بر مجرم که بر خانواده، اطرافیان و در مجموع جامعه ملموس ساخته است (پرادل، ۱۳۸۷، ص ۱۳۹) و لذا کشورها راهکارهای در جهت تحدید و حتی الغای آن در چارچوب مجازات جایگزین حبس پیش بینی نموده است. در ایران جنبش حبس زدایی از حدود بیست سال پیش در محافل علمی و دانشگاهی شروع و سپس در قالب یک جنبش قضایی نمایان شد. بدین معنا که از حدود بیست سال قبل قضاات در بعضی موارد از مجازات جایگزین حبس استفاده می‌کردند و مستند آن‌ها مواد ۱۷، ۲۲ و ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۲ بود. (بابایی و غلامی، ۱۳۹۱، ص ۶۰) سرانجام خطرات بی‌شمار حبس، قانونگذار را بر آن داشت که در برنامه چهارم توسعه، قوه قضاییه را مکلف نماید که به منظور بهره‌گیری از روش‌های نوین اصلاح و درمان مجرمان، لایحه جایگزین‌های مجازات حبس را تهیه و ارایه کند. این لایحه در سال ۱۳۸۴ تحت

عنوان «لایحه مجازات‌های اجتماعی» تدوین و جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی فرستاده شد. در مواد ۶۴-۸۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) راهبردهای جایگزین حبس مانند دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی و جزای نقدی روزانه برای کاهش جمعیت زندان پیش بینی شده است. قانونگذار افغانستان نیز با توجه به آسیب‌های حبس و ناکارآمدی آن مجازات جایگزین حبس را در کود جزا (۱۳۹۶) مقرر، احکام و شرایط استفاده از آن را بیان نموده است. مطابق ماده ۱۵۰ کود جزا؛ جزاهای بدیل حبس عبارت‌اند از دوره مراقبت، انجام خدمات عامه، محرومیت از حقوق اجتماعی و حبس در منزل. این ارفاق شامل مجرمانی است که حداکثر جزای قانونی آن‌ها تا پنج سال حبس باشد. هم چنین مرتکبین جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، تروریستی، تمویل تروریسم، تجاوز جنسی، فساد اداری و جرایم جنگی، ضد بشری، کشتار جمعی، تجاوز علیه دولت از بدیل حبس محروم‌اند. (کود جزا: ۱۳۹۶ فقره ۱ و ۳ ماده ۱۵۱) البته مجازات‌های جایگزین حبس در کشورهای جهان سوم به دلیل جدید بودن آن، فساد اداری، نبود بودجه لازم و متداول بودن پاسخ کیفری، شانس کمتری برای اجرا دارد اما ناممکن نخواهد بود. بنابراین تا جای که امکان دارد باید از به کارگیری مجازات بی‌ثمر پرهیز گردد و به سمت حبس زدایی و استفاده از روش‌های فایده مند رو آورد.

۲. تعویق صدور حکم

تعویق در اصطلاح حقوقی به معنای به تأخیر انداختن صدور حکم است. بدین مفهوم که قاضی صلاحیت دار رسیدگی کننده بر امر کیفری می‌تواند حکم محکومیت متهمی که جرمش نزد قاضی تثبیت شده است در صورت احراز شرایطی تا مدت مشخص صادر نکند و معطل نگه دارد. (قیاسی، ۱۳۹۱، ص ۱۹) تعویق صدور حکم در قانون اجرائات جزای افغانستان تحت عنوان تعلیق محاکمه پیش‌بینی شده است. مقنن در فقره ۱ ماده ۲۰۴ قانون مزبور تصریح کرده است که دادگاه می‌تواند در قضایای از نوع قباحت برای مدت یک سال، محاکمه متهم را به صورت مشروط تعلیق کند و در صورت که متهم در دوره تعلیق مرتکب جرم نشود، دعوای جزایی ساقط می‌شود.

نهاد تعویق علیرغم که جایگزین مناسب برای مجازات حبس است، نقش قابل توجهی در تحدید مداخله دامنه حقوق کیفری، پرهیز از برچسب زنی، اصلاح و باز پروری مجرم

دارد. اساس فلسفه تعویق صدور حکم ضمن این که هشدار به مجرمان بی سابقه و مبارزه با آثار روانی، اقتصادی و فرهنگی زندان است، با نظریه برچسب زنی نیز تطابق دارد به گونه‌ای که مانع برچسب زنی بر افراد بزهکار خواهد شد (اردبیلی، ۱۳۹۱، ص ۱۹). در تعویق صدور حکم بدون آنکه برچسب محکومیت و مجرمیت که خود عامل انحراف ثانویه است بر متهم زده شود باز اجتماعی شدن وی فراهم می‌گردد زیرا در مدت تعویق مرتکب سعی در اصلاح و بازپروری شدن خود دارد و همین ممارست و دقت در رفتار آینده وی تأثیرگذار است و جامعه بدون صرف هزینه هنگفت در تحمیل کیفر به هدف خود که همان بازاجتماعی شدن مجرم باشد نایل می‌شود. در نهاد تعلیق به دلیل عدم صدور حکم محکومیت، برچسب زنی وجود ندارد و لذا متهمان به خصوص نوجوانان خود را مجرم ندانسته و همین امر باعث جلوگیری از تکرار و فراوانی جرم می‌گردد. (ویلیامز و همکاران، ۱۳۸۸، ص ۱۵۵) بنابراین، اگر دست اندرکاران عدالت جزایی از روش مذکور به صورت صحیح و خردمندانه استفاده نمایند ضمن این که جمعیت کیفری و هزینه زندان کاهش پیدا می‌کند، موجب کاهش تکرار جرایم و بازگشت عادی مجرمان به جامعه و استفاده جامعه از کار و فعالیت آنان می‌شود. یافته‌های جرم‌شناسی حاکی از آن است که نهاد تعویق صدور حکم آثار و فواید زیادی را می‌تواند در سطح جامعه و هم در سطح نهادهای عدالت کیفری به دنبال داشته باشد. استمرار فعالیت‌های اجتماعی و اقتصادی مرتکب، فرصت جبران خطاهای گذشته صرفه جویی اقتصادی، کاهش تورم پرونده‌های کیفری و کاهش اطاله دادرسی و به تبع آن سرعت در رسیدگی، از جمله آثار تعویق صدور حکم است.

۳. تعلیق اجرای مجازات

یکی از نهادهای اصلاح مدار، تعلیق اجرای مجازات است. به تأخیر انداختن تحمیل مجازات علاوه بر این که هزینه زندان را کاهش می‌دهد، در جلوگیری از ارتکاب جرم و بازپروری مجرم نیز نقشی مهمی را ایفاء می‌نماید. «سیاست‌گذاران کیفری امیدوارند که محکومان در مدت تعلیق به شوق معافیت از مجازات و آثار آن و از بیم اجرای مجازات با پیروی از دستورهای دادگاه، در اصلاح رفتار خویش بیش از پیش بکوشند». (اردبیلی، ۱۳۹۰، ص ۲۴۱) قانون‌گذار افغانستان در فقرة ۱ ماده ۲۰۵ قانون اجراءات (۱۳۹۳) پیش بینی کرده است: محکمه در صورت موجودیت شرایطی مانند جنحه‌ای و غیر عمدی بودن جرم، عدم امتناع از کمک با

مجنی علیه، مرتکب، قبلاً محکوم به جزا نشده باشد و محکمه دریابد که متهم سابقه جرمی نداشته باشد؛ می‌تواند تا مدت سه سال تطبیق مجازات را به تأخیر اندازد. تعلیق اجرای مجازات نیز علیرغم که از الصاق برچسب زنی و محکومیت کیفری به صورت موقت و در صورت رعایت شرایط تعلیق به طور دائم جلوگیری می‌نماید، مانع تکرار جرم و ورود زیان و ضررهای اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی بر مجرم و خانواده وی می‌شود. زیرا مرتکب در ایام تعلیق علاوه بر این‌که سعی در بازپروری و قانون‌پذیری دارد در کنار خانواده و سایر افراد جامعه به فعالیت‌های اقتصادی، علمی و اجتماعی خود مشغول است و لذا اختلالی در روابط اجتماعی وی پدید نمی‌آید.

۴. نظام نیمه آزادی

نظام نیمه آزادی یکی از جلوه‌های نوین کیفرزدایی و حبس زدایی است که نقش عمده در کاهش جمعیت کیفری، حفظ ثبات خانوادگی مجرم و اصلاح وی دارد و از طرف دیگر اصل فردی بودن مجازات‌ها را نیز تضمین می‌کند. (فخرایی، ۱۳۹۳، ص ۴۳) یافته‌های جرم‌شناسی و مطالعات روی زندان نشان می‌دهد که اعمال سیاست واحد و مدیریت یکسان در مورد تمامی زندانیان در جهت تغییر و اصلاح آنان پاسخگو نیست و در مواردی باید از الگوهای دیگر مانند نظام نیمه آزادی استفاده شود. (سخت‌اوت، ۱۳۸۲، ص ۲۱) در این روش که محکوم شغل خود را روزها در خارج از محیط زندان حفظ نموده شب‌ها و روزهای تعطیل را در زندان سپری می‌نماید، می‌توان به حبس‌های پایان هفته‌ای نزدیک دانست. (آنسل، ۱۳۹۱، ص ۹۹) با اجرای شدن این نهاد می‌توان از مخاطرات زندان از جمله جامعه‌گریز شدن محکوم بعد از تحمل مجازات و از دست دادن شغل و حرفه جلوگیری نموده و اصلاح وی را تسریع بخشید خانواده محکوم و جامعه را نیز از نتایج و ثمرات کار و خدمات آنان بهره‌مند نمود (بابایی و غلامی، ۱۳۹۱، ص ۷۴) و هم‌چنین علاوه بر این‌که از این طریق از اختلال عاطفی، خانوادگی و شغلی محکوم پیشگیری شده، منویات جرم‌شناسان انتقادی نیز تأمین گردیده است.

نتیجه

نظریه برچسب زنی که از شاخه‌های جرم‌شناسی و کنش اجتماعی است جرم و انحراف را امر ذاتی ندانسته و معتقد است که رفتارهای ضد اجتماعی در نتیجه بازخورد گروه‌های اجتماعی به وجود می‌آید و این نهادها است که افراد را منحرف و قانون‌گریز معرفی می‌کنند. این نظریه

مفاهیمی جدید و انتقادی را در علت شناسی جرم وارد نمود و بدین ترتیب، زاویه دید جرم شناسی را در مقایسه با جرم شناسی پیشین که متمرکز بر عوامل درونی و بیرونی بود، متحول ساخت. موضوع اصلی جرم شناسی برچسب زنی، تحلیل نقش واکنش‌های اجتماعی برچسب زننده، اعم از رسمی و غیررسمی، در تعیین انحراف و جرم و سرانجام پذیرش و پدید آمدن انحراف و سوق گیری منحرف به سمت ارتکاب جرائمی شدیدتر و گسترده‌تر است.

از منظر روانشناسی و تربیتی نیز انسان‌ها به هرمیزان که تصور مثبت و جایگاه متعالی برای خودشان قائل باشند به همان نسبت در رفتار و کردارشان تأثیرگذار است، به همین ترتیب پس از آن که شخصی از سوی نهادهای اجتماعی برچسب خورد و آن را پذیرفت به تبع آن تصویر شخصی خویش را تغییر داده و خود انگارانه مجرمانه در وی شکل می‌گیرد. براساس این نظریه، محکومیت کیفری و برچسب مجرمانه نه تنها موجب اصلاح و بازپروری مجرم نمی‌شود که وی را به سمت تکرار جرم سوق می‌دهد و لذا واکنش دستگاه عدالت جزایی در برابر رفتارهای مجرمانه بیشتر مبتنی بر نوع سیاست تغییر مسیر باشد. بدین معنا که باید بیشتر از سیاست‌های ارفاقی (تعویق صدور حکم، آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات و عدالت ترمیمی) استفاده شود تا محکومیت‌های کیفری که باعث برچسب زنی و انحراف ثانویه می‌گردد.

جعلی و قراردادی دانستن جرایم و انحرافات اجتماعی، ضمن این که با جرایم ذاتی مانند قتل، فریبکاری، خیانت در امانت، تعدی به مالکیت و حق دیگران تعارض دارد، در مورد مرتکبان جرایم اولیه هیچ توجیه منطقی ندارد، چرا که خود متهم قبل از واکنش اجتماعی رفتار مجرمانه را مرتکب شده است، اما در موارد که نهادهای اجتماعی به اشتباه یا عمد شخص را بدنام ساخته و برچسب مجرمانه می‌زند و یا در موارد که محکوم، مجازات را تحمل کرده و به جامعه برگشته است و با وی هم چنان بادیده مجرم برخورد می‌شود، موجب می‌گردد که محکومین به جای بازپروری و اصلاح، مجدداً مرتکب جرم گردند. بنابراین، محکومیت کیفری و برچسب مجرمیت به یک فرد، خواه ناشی از تعامل نهادهای غیر رسمی باشد، یا محصول اشتباه یا فساد قضایی در رسیدگی کیفری، به رغم عدم ارتکاب جرم از سوی شخص؛ عاملی است که انحرافات بعدی را به وجود خواهد آورد و یا حداقل موجب تقویت کج رفتاری می‌شود و فرد برچسب خورده، فرصت کمتری برای درستکاری و بازپروری دارد و لذا برای جلوگیری آن ضرورت دارد که از یک سو مداخله حقوق کیفری محدود گردد و از سوی دیگر دستگاه عدالت جزایی از نهادهای اصلاح مدار و ارفاقی استفاده نمایند.

منابع

۱. آقایی، حسین، (۱۳۸۱) پیشگیری عمومی از بزهکاری: مانعی برای جرم زدایی؟. مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۴۱.
۲. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۶۶) نظام نیمه آزادی. فصلنامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی) شماره ۱۰.
۳. اسلامی، عباس، (۱۳۸۸). اعتماد به نفس (مانند عقاب باشیم). قم: انتشارات دیوان، چ ۱.
۴. آنسل، مارک، (۱۳۷۵). دفاع اجتماعی. ترجمه دکتر محمد آشوری و دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۵. بابای، محمدعلی و غلامی، میثم، (۱۳۹۱). مهم ترین جلوه های کیفرزدایی در قانون جدید مجازات اسلامی، پژوهش نامه اندیشه های حقوقی، شماره سوم.
۶. پرادل، ژان، (۱۳۸۷). تاریخ اندیشه های کیفری. ترجمه نجفی ابرند آبادی، علی حسین، تهران: سمت، چاپ سوم.
۷. توسلی، غلامعباس، (۱۳۸۶) نظریه های جامعه شناسی. تهران: سمت، چاپ سیزدهم.
۸. رایجیان اصلی، مهرداد، (۱۳۸۱). تبیین استراتژی عقب نشینی یا تحدید دامنه مداخله حقوق جزا و جایگاه آن در ایران. مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۴۱.
۹. ستوده، هدایت الله، (۱۳۸۸). آسیب شناسی اجتماعی (جامعه شناسی انحرافات). چاپ بیستم، انتشارات اوای نور.
۱۰. یری، عباس، (۸۵-۱۳۸۴). عدالت ترمیمی (مبانی و کنشگران). رساله دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شهید بهشتی.
۱۱. صدیق سروستانی، رحمت الله، (۱۳۸۷). آسیب شناسی اجتماعی. تهران: سمت، چاپ سوم.
۱۲. عبدالفتاح، عزت، (۱۳۸۱). جرم چیست و معیارهای جرم انگاری کدام است؟. ترجمه اسمعیل رحیمی نژاد، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ش ۴۱.
۱۳. فرجاد، محمدحسین، (۱۳۷۱). روانشناسی و جامعه شناسی جنایی. تهران: همراه و ویستار، چاپ دوم.

۱۴. فخرایی، رکسانا، (۱۳۹۳). نظام نیمه آزادی در قانون مجازات اسلامی. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات آذربایجان شرقی.
۱۵. قانون اجراءات جزایی افغانستان، وزارت عدلیه، نمبر مسلسل (۱۱۳۲) ۱۵ ثور ۱۳۹۳.
۱۶. قیاسی، جلال‌الدین، حیدری، مسعود و اشرفی، محمود، (۱۳۹۱). بررسی تعویق صدور حکم در لایحه قانون مجازات اسلامی. جزا و جرم‌شناسی، شماره ۱.
۱۷. کودجزای افغانستان، وزارت عدلیه، نمبر مسلسل (۱۲۶۰) ۲۵ ثور ۱۳۹۶.
۱۸. کلانتیری، کیومرث، (۱۳۸۱) تحلیل بحران در حقوق موضوعه کیفری ایران و راهکارهای خروج از آن. رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس.
۱۹. گسن، ریموند، (۱۳۷۰). جرم‌شناسی کاربردی. ترجمه م کی نیا، تهران: انتشارات مترجم، چاپ اول.
۲۰. مزلو، آبراهام، (۱۳۶۷). روانشناسی شخصیت سالم. ترجمه شیوا رویگردان، تهران: هدف.
۲۱. ممتاز، فریده، (۱۳۸۱). انحرافات اجتماعی. چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۲. محمودی جانکی، فیروز، (بررسی نظریه بازدارندگی مجازات). فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲.
۲۳. محتشمی، ندا و لمیاء رستمی تبریزی، (۱۳۹۲). نظریه تعامل گرایی و تحلیل انتقادی آن. مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره پنجم، شماره دوم.
۲۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هاشم بیگی، حمید، (۱۳۸۳). دانشنامه جرم‌شناسی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران با همکاری گنج دانش، چاپ اول.
۲۵. _____، (۱۳۷۷). دانشنامه جرم‌شناسی. تهران: گنج دانش، چاپ اول.
۲۶. وینفری، توماس ال، (۱۳۸۸). نظریه‌های جرم‌شناسی. ترجمه سید رضا افتخاری، گناباد: دانشگاه آزاد اسلامی.
۲۷. ویلیامز، فرانکلین و مک شین، ماریلین، (۱۳۸۳). نظریه‌های جرم‌شناسی. ترجمه حمید رضا ملک محمدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۲۸. ولد، جرچ و دیگران، (۱۳۹۰). جرم‌شناسی نظری (گذری بر نظریه‌های جرم‌شناسی). ترجمه علی شجاعی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات سمت.

1. Shoemaker Donald j (2010), *Theories of Delinquency*, Oxford University. press.
2. Heinrich Oppenheimer. (1913), *The Rationale Of Punishment*, London: University Of London Press.
3. Gove,c. Walter (1975), *The labeling of deviance:Evaluating aperspective*, New York: John wily &sons, pp.3-4.
4. Lemert, M. Edwin (1951), *social pathology*, New York: pp.457-68.
5. Becker, s. Howard (1963), *outsiders: studies in the sociology of Deviance*, New York: the free press.

قراردادهای پیمان‌کاری در افغانستان؛ عامل توسعه یا منشأ فساد

دکتر عبدالهادی وحید*

سید جاوید نجفی‌زاده**

چکیده

در تمامی کشورها، یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین وظایف دولت، ارائه خدمات عمومی برای شهروندان است. البته غرض از خدمات عمومی، فعالیت‌های عام‌المنفعه‌ای است که از طریق نهادهای عمومی و یا خصوصی، با هزینه عمومی و تحت نظر دولت ارائه می‌شود. از ارائه خدمات در حوزه آموزش و پرورش گرفته تا بهداشت و درمان، تأمین اجتماعی، زیرساخت‌های اقتصادی و آب و برق همه در این شماراند. اگر دولت این وظیفه‌اش را با معیارهای کارایی و اثربخشی انجام دهد، سبب توسعه کشور گردیده و اگر در انجام درست و مؤثر آن سهل‌انگاری و کوتاهی کرد، نه تنها سبب توسعه و رفاه نمی‌گردد که زمینه حیف و میل بیت‌المال را فراهم کرده و فساد را تقویت نموده و گسترش می‌بخشد. افغانستان بعد از سقوط رژیم طالبان و حضور پُرنرنگ و کمک‌های چشم‌گیر جامعه جهانی در این کشور فرصت فوق‌العاده مناسبی برای ارائه چنین خدماتی به شهروندان‌اش را به دست آورده بود تا نه تنها نیازمندی‌های ابتدایی مردم را پاسخ دهد، بلکه می‌توانست با استفاده از منابع فراهم شده و در چوکات قراردادهای تدارکات، پروژه‌های زیربنایی و بنیادین را جهت ثبات، رفاه و توسعه اقتصادی کشور طرح و اجرا نماید. اما دردمندانه، چنین اتفاقی نیفتاد.

واژگان کلیدی: قراردادهای پیمان‌کاری، خدمات عمومی، توسعه، فساد، تدارکات.

مقدمه

افغانستان به دلیل نابسامانی‌های چند دهه گذشته‌اش، یکی از عقب‌مانده‌ترین کشورهای جهان به لحاظ انکشاف اقتصادی و رفاه اجتماعی دانسته شده^۱ و دولت‌های حاکم قادر به ارائه خدمات عمومی به شهروندان این کشور نبوده است. این وضع نابسامان با تحولاتی که در نخستین سال دهه هشتاد خورشیدی به میان آمد، اندکی سامان یافته و امیدواری مردم به ایجاد تغییرات مثبت در تمامی عرصه‌های زندگی، به ویژه عرصه‌های اقتصادی و اجتماعی، بیش‌تر گردید. تصور و باور عمومی این بود که افغانستان به سمت یک کشور امن، باثبات و مرفه در حرکت است؛ زیرا مساعدت‌های بین‌المللی در راستای بازسازی و آبادانی این کشور به قدری قابل توجه و چشم‌گیر بود که خواه‌ناخواه این برق امید در چشمان مردم روشن می‌گردید که در مسیر توسعه در حرکت‌اند.^۲

هرچند در دهه‌های گذشته، خشونت و فقر دو عامل اساسی و مهم در ویرانی و به قهقرا کشیدن افغانستان دانسته می‌شود؛ اما در کنار این دو عامل، عوامل دیگری نظیر تعصبات قومی، زبانی و مذهبی، انحصارطلبی قدرت سیاسی، کم‌سوادی و بی‌سوادی قشر عظیم از مردم، سطح پایین فرهنگ هم‌دیگرپذیری و تساهل همه در رقم‌زدن و گسترش نابسامانی‌های گذشته و کم‌وبیش موجود، نقش داشته‌اند.^۳ با تحولات یادشده گمان می‌رفت این پدیده‌ها مهار گردیده و یا حداقل زمینه جولان شان محدود شده باشد. اما با تأسف باید یادآور شد که در کنار پدیده‌های مزبور، پدیده خطرناک‌تر دیگری (فساد اداری) نیز ظهور کرد و آن جرقه امید که در چشم و دل مردم تابیده بود، با گذشت زمان کم‌فروغ گردید و باور مردم به رسیدن به صلح پایدار و رفاه اجتماعی و اقتصادی سست و ضعیف

۱. تحقیق و گزارش مؤسسه پژوهشی «لگاتوم» در مورد رتبه‌بندی کشورهای جهان از نظر شاخص رفاه، ۲۰۱۶. قابل دسترس در سایت دنیای اقتصاد (www.donya-e-eqtasad.com)؛ و گزارش سازمان بررسی شاخص اجتماعی کشورهای جهان در آمریکا نیز افغانستان را به لحاظ توسعه اجتماعی در رتبه‌های آخر نشان می‌دهد. (/افغانستان در شاخص توسعه اجتماعی/http://middleeastpress.com/slideshow/؛ و بررسی‌های دیگری نیز که در مورد وضعیت سالمندان، زنان و کودکان در افغانستان انجام پذیرفته است، پایین‌ترین سطح رفاه را نشان می‌دهد.

۲. آمار کمک‌های وعده شده در کنفرانس‌های بین‌المللی لندن، توکیو، بن و ... از طرف کشورهای متعدد جهان برای بازسازی افغانستان امیدواری فوق‌العاده زیادی را برای شکوفایی و پیشرفت کشور نزد شهروندان به وجود آورده بود.

3. Nijat, Aarya, Governance in Afghanistan, An Introduction, Afghanistan Research and Evaluation Unit (AREU), Kabul, 2014, page 4.

شد؛ زیرا دولت افغانستان با عدم اتخاذ تصمیم درست و برنامه‌ریزی دقیق، منسجم، معقول و عملی در تمامی زمینه‌ها، که امر نهایت ضروری دانسته می‌شد، نتوانست از امکانات و فرصت پیش‌آمده استفاده مطلوب نماید.^۱ پرسش اساسی این مقاله این است که آیا دولت افغانستان در انجام وظیفه‌اش در راستای ارائه خدمات عمومی، به‌ویژه اجرای پروژه‌های زیربنایی در چارچوب قراردادهای پیمان‌کاری، اسباب توسعه را فراهم نموده یا خوان فساد را گسترانده است؟ از وضعیت موجود چنین به‌نظر می‌رسد که قراردادهای تدارکات (پیمان‌کاری)، به‌ویژه در حوزه زیربنایی، قبل از این‌که عامل توسعه باشد، منشأ فساد بوده و منتج به نتیجه مطلوب و قرار دادن کشور در مسیر انکشاف اقتصادی، که رضایت‌مندی شهروندان را در پی داشته باشد، نگردیده است.

۱. مفهوم شناسی

ماده سوم قانون تدارکات افغانستان مصوب ۱۳۹۵/۶/۲۷ به تعریف اصطلاحاتی پرداخته است که در فرآیند تشکیل و اجرای قرارداد تدارکاتی (پیمان‌کاری) مورد استفاده قرار می‌گیرد. تعریف و شناسایی برخی از مهم‌ترین اصطلاحات مزبور در درک درست ما از قراردادهای پیمان‌کاری در افغانستان کمک می‌کند. از این رو، به معرفی پاره‌ای از واژگان مندرج در قانون تدارکات می‌پردازیم.

۱-۱. تدارکات

تدارکات که جمع واژه تدارک است، در لغت به معنای تجهیز، تأمین، تهیه و فراهم‌سازی آمده است.^۲ تعریف اصطلاحی تدارکات از معنای لغوی آن دور نیفتاده و در ساده‌ترین تعریف آمده است که تدارکات عبارت از سفارش دادن و دریافت کالا و خدمات به مناسب‌ترین قیمت و با استفاده از روش مناقصه یا داوطلبی می‌باشد.^۳ به‌موجب بند ۱ ماده

۱. در کنار کم‌کاری، مصلحت‌اندیشی و عدم ظرفیت کاری دولت افغانستان که موجب عدم استفاده درست از فرصت پیش‌آمده گردید، دخالت‌ها و نقش کشورهای بزرگ کمک‌کننده در این ناکامی را نباید نادیده گرفت. شاهد مدعای ما در این خصوص، هزینه کردن بیش از نصف پول‌های کمک‌شده در بخش تقویت نیروی‌های امنیتی و به تبع آن تأمین امنیت در افغانستان می‌باشد که متأسفانه با گذشت هر روز شاهد بدتر شدن اوضاع امنیتی در این کشور هستیم.

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، نشر زرین، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ص ۲۳۱.

۳. نادری، عبدالقادر، تهیه و تدارکات، کابل، ۱۳۹۲، ویلاگ شخصی نویسنده.

سوم قانون تدارکات افغانستان، تدارکات عبارت است از «تهیه و فراهم‌سازی اجناس، خدمات و امور ساختمانی و خدمات ضمنی آن‌ها که توسط اداره، مطابق احکام قانون نام‌برده، در بدل وجوه عامه صورت می‌گیرد». به نظر می‌رسد که قانون تدارکات افغانستان، تهیه و فراهم‌سازی اجناس، خدمات و امور ساختمانی که توسط اداره و با وجوه عامه (بیت‌المال) صورت گیرد تدارکات تعریف نموده و اگر چنین اقدامی از جانب اشخاص و نهادهای غیر دولتی و با وجوه شخصی انجام پذیرد، تدارکات تلقی نمی‌شود. ولی از آنجایی که قانون مزبور صرفاً جهت قانون‌مند ساختن تأمین و تجهیز مایحتاج ادارات دولتی و ارائه خدمات عمومی از جانب دولت به مردم وضع گردیده است، تنها تدارکات دولتی را مورد توجه قرار داده و به تدارکات بخش خصوصی نپرداخته است.

۱-۲. اداره

منظور از اداره که در تعریف تدارکات نیز آمده است، وزارت‌خانه‌ها، ریاست‌های عمومی، کمیسیون‌های مستقل دولتی، شاروالی‌ها (شهرداری‌ها)، تصدی‌ها، واحدهای دومی آن‌ها و سایر واحدهایی بودجوی و شرکت‌های دولتی و یا شرکت‌های مختلط می‌باشد.^۱ بنابراین، نهادها، مؤسسات و شرکت‌های خصوصی و غیردولتی از شمول تعریف اداره در قانون تدارکات خارج است و قراردادهای تدارکاتی آن‌ها نیز در جمع پیمان‌های خصوصی و در چارچوب قواعد عمومی قراردادها و قانون مدنی^۲ قابل مطالعه و بررسی است نه در چارچوب تدارکات دولتی.

۱-۳. قرارداد و قراردادی

واژه قرارداد مترادف با واژه عقد است و عقد در لغت به معنی بستن می‌باشد و در اصطلاح چنان‌که فقره (۱) ماده ۴۹۷ قانون مدنی افغانستان می‌گوید: «عقد عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون». قانون مدنی ایران عقد را چنین

۱. بند ۲۱ ماده سوم قانون تدارکات.

۲. قانون مدنی افغانستان پیمان‌های خصوصی را تحت عنوان «عقد مقاوله» تعریف و احکام‌شان را بیان نموده است. ماده ۱۴۸۱ قانون مدنی عقد مقاوله را چنین تعریف کرده است: «مقاوله عقدیست که به موجب آن یکی از طرفین ساختن چیزی یا اجرای عملی را به صورت مؤقت یا غیر مؤقت برای طرف دیگر در مقابل اجرت تعهد نماید.»

تعریف کرده است: «عقد عبارت است از این‌که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.»^۱ وجه تناسب تعریف اصطلاحی و معنای لغوی عقد آن است که در اثر انعقاد عقد بین دو نفر، رابطه حقوقی ایجاد می‌شود و آن دو را به یک‌دیگر مرتبط می‌سازد.^۲ ولی منظور از قرارداد در قانون تدارکات، موافقه کتبی است که مطابق احکام قانون اخیرالذکر میان اداره و داوطلب برنده عقد و در آن شرایط و مشخصات مندرج شرط‌نامه و مکلفیت‌های طرفین درج و طی می‌عقد آن نافذ می‌باشد.^۳

قراردادی (پیمان‌کار) عبارت از داوطلب برنده است که قرارداد تدارکات را با اداره مربوط عقد می‌نماید و داوطلب، شخص حقیقی یا حکمی است که خود یا نماینده قانونی وی، با ارائه آفر (پیشنهاد) در داوطلبی (مناقصه‌گزاری) اشتراک می‌کند.^۴

۱-۴. توسعه

توسعه در لغت به معنای بسط یافتن، فراخ کردن، فراخی و ترقی و پیشرفت است.^۵ برخی نویسندگان توسعه را به معنای خروج از لفاف ترجمه کرده‌اند و منظورشان از لفاف، جامعه سنتی و فرهنگ و ارزش‌های مربوط به آن است.^۶ به نظر می‌رسد این معنای توسعه از جانب صاحب‌نظران نسل اول توسعه مطرح شده است که به باور آن‌ها توسعه عبارت از خروج از جامعه سنتی و رسیدن به تجدد می‌باشد. بعد از جنگ جهانی دوم و در دهه‌های ۱۹۶۰-۱۹۵۰، واژه توسعه مترادف با واژه‌های نوسازی، رشد، صنعتی شدن و نظیر این‌ها به کار می‌رفت و گفته می‌توانیم که تا کنون نیز با چنین واژه‌های قرین است، اما برخی مسائل جدیدی دیگری نیز بر آن افزوده شده است مانند سرمایه‌گذاری، برنامه‌ریزی دولتی و حکومت‌داری خوب، استفاده از فن‌آوری جدید، مبارزه با فقر و از بین بردن آن، عدم اعمال تبعیض، ارتباطات، آزادی مطبوعات و بیان و آزادی‌های مدنی و سیاسی. توجه به این

۱. ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران.

۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، دوره ۶ جلدی، نشر دیجیتالی، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان، جلد ۱، ص ۲۲۷.

۳. بند ۱۱ ماده سوم قانون تدارکات.

۴. بندهای ۳ و ۱۴ ماده سوم، همان.

۵. لغت‌نامه دهخدا و فرهنگ فارسی معین، ذیل واژه توسعه.

۶. قربانی، احمد، توسعه اقتصادی (جنگ و توسعه نیافتگی در کشورهای اسلامی)، تهران، نشر اندیشه روشن، ۱۳۹۵، ص ۲۰.

مسائل و فراهم نمودن زمینه تطبیق و تحقق آن‌ها جامعه را به‌سوی توسعه یافتن حرکت می‌دهد و هرگاه تمام این موارد بدون موانع و مشکلات در یک جامعه شکل گرفت و عملیاتی شد، جامعه مزبور در جمع جوامع توسعه یافته قرار خواهد گرفت.

چنانچه گفته شد، یکی از عوامل مهم توسعه و به‌ویژه توسعه اقتصادی در یک جامعه، برنامه‌ریزی دولتی می‌باشد. دولت افغانستان طی یک‌و نیم دهه گذشته در زمینه برنامه‌ریزی دقیق و قابل تطبیق، با ضعف بنیادینی مواجه بوده است که هیچ‌یک از ادارت دولتی نتوانسته‌اند برنامه‌هایی را که سبب توسعه اجتماعی و اقتصادی درازمدت کشور گردد طرح و اجرا نمایند. آنچه را در افغانستان اتفاق افتاده است می‌توان مصداق رشد تلقی کرد تا توسعه؛ زیرا رشد، افزایش در اندازه یا تعداد است، اما توسعه افزایش در شایستگی است. بنابراین، رشد لزوماً با افزایش در ارزش (توسعه) توأم نیست. به بیان دیگر، توسعه افزایش ظرفیت‌ها و توانایی‌ها است نه افزایش دست‌آوردها و ازدیاد تولید ناخالص ملی و درآمدهای مالی.^۱

با توجه به برآیند قراردادهای تدارکاتی (پیمان‌کاری) در افغانستان و آنچه که از جانب دولت در این خصوص گزارش داده می‌شود، صرفاً آمار و ارقامی است که نشان‌گر رشد کمی امور می‌باشد نه توسعه اقتصادی و اجتماعی، مانند اعمار صدها مکتب (مدرسه)، ده‌ها شفاخانه (بیمارستان)، هزاران کیلومتر سرک (جاده) و غیره که همه بیان‌گر رشد کمی است و نقش و تأثیر آن در رسیدن به توسعه پایدار محسوس و ملموس نبوده است.^۲

۱-۵. فساد اداری

در واژه‌نامه‌های فارسی، فساد به معنای تباه‌شدن، ظلم و ستم، شرارت و بدکاری و نابودی و پوسیدگی آمده است.^۳ همین معنا در تعریف اصطلاحی فساد نیز رسوخ نموده و در مشهورترین تعریف آن آمده است: «فساد عبارت است از استفاده از موقعیت و قدرت دولتی برای رسیدن به منافع شخصی.»^۴ بنابر این تعریف، در نظامی که مقامات و مأموران دولت

۱. ایکاف، راسل، تفاوت میان رشد و توسعه، مجله تدبیر، شماره ۱۶۶، اسفند ۱۳۸۴، ص ۷۰.

۲. در استراتژی انکشاف ملی افغانستان، ۱۳۹۱-۱۳۸۷ در تمامی بخش‌ها شاهد رشد آماری هستیم نه رشد کیفی (توسعه). همان رشد آماری که در سند مزبور پیش‌بینی شده است نیز محقق نگردیده است.

۳. لغت‌نامه دهخدا، فرهنگ فارسی معین و فرهنگ فارسی عمید، ذیل واژه فساد.

۴. فاضلی، محمد، مقدمه‌ای بر سنجش فساد، تهران، معاونت پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۲۲.

می‌توانند بخش چشم‌گیری از پول و تسهیلات دولت را اختلاس، خویش‌خوری، اعمال نفوذ و رابطه‌سالاری به خود اختصاص دهند و ثروت مند شوند؛ می‌توانند از پیمان‌کارانی که مایل به انجام معاملات با دولت‌اند، در مقابل تأمین قراردادها و ترتیبات دیگر میان دولت و پیمان‌کاران و شرکت‌های ذی‌نفع، با نقض قانون و طرزالعمل تدارکات و قربانی کردن منافع عمومی جهت تأمین منفعت شخصی خویش، مبالغی زیادی نیز اخاذی کنند و رشوه بگیرند، و این به معنای تباہ کردن جامعه و ظلم و ستم بر شهروندان و ایجاد مانع در راه توسعه کشور دانسته می‌شود.

در در ازای تاریخ، همواره ارتباط معکوسی بین استفاده درست و مطلوب از قدرت و قلمرو گسترش فساد وجود داشته است، بدین معنا که هرگاه از قدرت به‌طور صحیح و مطلوب استفاده شده، فساد کاهش یافته است و بالعکس هرگاه قدرت درست و مؤثر استفاده و به‌کار گرفته نشده است، فساد فربه گردیده است^۱

در قراردادهای تدارکات (پیمان‌کاری) دولت افغانستان، گستره فساد به‌قدری گسترش یافته است که پیش‌گیری و مهار آن خارج از توان دولت می‌نماید. هرچند تصور می‌شود که نبود اراده سیاسی جدی در امر مبارزه با فساد، عامل اصلی تداوم و گسترش روزافزون آن می‌باشد، اما با دقت و تأمل بیش‌تر در عوامل و اسباب فساد در این کشور، می‌توان چنین گفت که ریشه‌های این پدیده عمیق‌تر از آن است که دولتی با ویژگی‌های دولت افغانستان که از یک‌طرف درگیر جنگ با تروریسم و طالبان است و از جانب دیگر از ضعف شدید ساختاری، مداخلات خارجی و اعمال نفوذ زورمندان محلی رنج می‌برد، بتواند به راحتی با آن مبارزه کند.^۲

۲. کمک‌های جامعه جهانی برای بازسازی و توسعه افغانستان پسا طالبان

پس از سقوط رژیم طالبان در افغانستان در سال ۱۳۸۰ و با تشکیل کنفرانس بن جهت ایجاد اداره مؤقت، استقرار نیروهای حافظ صلح و تصویب قانون اساسی در این کشور، جامعه جهانی متعهد به کمک‌های بلاعوض هنگفتی برای تأمین امنیت و بازسازی

۱. فرج‌پور، مجید، فقر، فساد و تبعیض موانع توسعه در ایران، تهران، نشر رسا، ۱۳۸۳، ص ۳.

۲. دانش، ضیا، موانع مبارزه با فساد اداری در افغانستان، ۱۳۹۲، قابل دست‌رس در:

(<http://www.payam-aftab.com/fa/doc/article/25135/>)

افغانستان گردیدند که طی یک دهه (۱۳۸۰ الی ۱۳۹۰) رقم این کمک‌ها بالغ بر هشتاد و پنج میلیارد دلار محاسبه شده است. البته باید یادآور شد که مبلغ مزبور تمامی وجوه تعهد شده را در بر می‌گیرد که از این رقم مبلغ پنجاه و هفت الی هفتاد میلیارد آن پرداخت گردیده است.^۱

بر بنیاد اطلاعات وزارت مالیه افغانستان، بیش از نصف کمک‌های یاد شده (۵۱٪) در بخش امنیت و متباقی آن در سایر عرصه‌ها نظیر ایجاد زیربناها و تقویت نظام کشاورزی و غیره هزینه گردیده است.^۲ این رقم در واقع مبلغی هنگفت و چشم‌گیری است که اگر در قسمت مصرف آن با برنامه‌ریزی دقیق‌تر و توجه بیش‌تر کار صورت می‌گرفت مطمئناً وضعیت امنیتی و زیربنای اقتصادی و کشاورزی، از آن‌چه امروز شاهد آن هستیم، به مراتب بهتر و قوی‌تر و پیشرفته‌تر می‌بود. از جانب دیگر، برنامه‌ریزی درست و دقیق دولت افغانستان در راستای مصرف پول‌های کمک شده، می‌توانست بخش بزرگی از بی‌کاری را که مایه ناامنی و بی‌ثباتی کشور دانسته می‌شود تا حد ممکن حل کند. اما با گذشت بیش یک و نیم دهه از آغاز روند سرازیر شدن حجم عظیمی از کمک‌های جامعه جهانی به افغانستان، هنوز هم شاهد بی‌کاری تعداد کثیری از شهروندان این کشور هستیم که این افراد چاره‌ای جز پیوستن به صفوف مخالفین مسلح دولت و یا مهاجرت و ترک وطن را ندارند و راه‌حلی برای معضل بی‌کاری و عدم اشتغال شان نمی‌یابند.^۳

هرچند وزارت اقتصاد افغانستان در نخستین گزارش خویش تحت عنوان «ارزیابی اشتغال‌زایی پروژه‌های انکشافی» که در اواخر سال ۱۳۹۵ به‌نشر رسید، از تلاش دولت افغانستان در زمینه ایجاد کار و اشتغال برای شهروندان کشور سخن گفته است و مدعی اشتغال‌زایی در پروژه‌های انکشافی برای شهروندان گردیده است، اما اذعان نموده است که عدم موجودیت آمار و ارقام در وزارت‌خانه‌ها و ادارات دولتی، از رقم دقیق تعداد شغل‌های ایجاد شده توسط پروژه‌های انکشافی و میزان اشتغال شهروندان کشور در آن‌ها، معلومات

۱. وزارت مالیه، گزارش همکاری‌های انکشافی برای افغانستان، ۱۳۹۱، ص ۷؛ و شبکه اطلاع‌رسانی افغانستان، نگاهی به تاریخچه کمک‌ها در افغانستان، ۱۳۹۰.

۲. وب‌سایت رسمی وزارت مالیه جمهوری اسلامی افغانستان.

۳. طبق آمار وزارت امور مهاجرین و عودت‌کنندگان افغانستان، رقم مهاجرین این کشور به ۵/۶ میلیون می‌رسد که بالغ بر چهار میلیون آن در جمهوری اسلامی ایران و پاکستان به سر می‌برند و یک و نیم میلیون دیگر آن در سایر کشورهای جهان.

مؤثق در دست نیست.^۱ گزارش مزبور که ایجاد اشتغال را یکی از راه‌های جلب رضایت شهروندان و نیز عامل رشد اقتصادی در کشور می‌داند، اما روند هزینه و مصرف کمک‌های بی‌سابقه جامعه جهانی به افغانستان را در راستای اشتغال‌زایی و بهبود زندگی شهروندان و به‌ویژه کارگران، رضایت‌بخش نمی‌داند.^۲

با وجود کمک‌های فراوان و قابل ملاحظه جامعه جهانی به افغانستان که رقم آن در آخرین گزارش‌ها بالغ بر ۱۱۹ میلیارد دلار ذکر شده است،^۳ اما نکته قابل تأمل و در عین حال نگران‌کننده این است که در گزارش انکشاف بشری سال ۲۰۱۵ برنامه انکشافی سازمان ملل متحد، افغانستان در میان ۱۸۸ کشور انکشاف نیافته یا کم انکشاف یافته (فقیر) جهان، در رده ۱۷۱ قرار گرفته است.^۴ این جایگاه بیان‌گر این است که بیش از صد میلیارد دلار کمک‌های جامعه جهانی به این کشور که می‌توانست افغانستان کاملاً جدیدی بسازد و این کشور را به مدرن‌ترین مکان دنیا بدل کند، به درستی هزینه نگرديده و مورد حیف و میل ناشیانه‌ای قرار گرفته است. اکنون که کمک‌های جامعه جهانی به افغانستان کاهش یافته و از کمک‌های چشم‌گیر یک‌ونیم دهه گذشته استفاده بهینه صورت نگرفته است، دولت افغانستان نگران اوضاع امنیتی، اقتصادی و سیاسی در این کشور می‌باشد.

بر اساس سنجش‌هایی که از وضعیت معیشتی در افغانستان انجام یافته است، نزدیک به ۳۹٫۱ درصد جمعیت این کشور زیر خط فقر زندگی می‌کنند. نرخ بی‌کاری در این کشور قریب به ۲۲ درصد بوده که در میان جوانان این رقم به ۳۰ درصد می‌رسد.^۵ خلاصه این‌که با سرازیر شدن سیل عظیمی از کمک‌های جامعه جهانی به افغانستان، این کشور نه تنها در مسیر توسعه قرار نگرفت بلکه با گذشت هر روز اوضاع اقتصادی و اجتماعی سیر نزولی را می‌پیماید و امنیت نیم‌بند اوایل دهه هشتاد روز به‌روز شکننده‌تر و ناچورتر شده است.

۱. وزارت اقتصاد جمهوری اسلامی افغانستان، ریاست پالیسی کار و ارتقای ظرفیت قوای بشری، گزارش ارزیابی اشتغال‌زایی پروژه‌های انکشافی، ۱۳۹۵، ص ۱.

۲. همان، ص ۲.

۳. وزارت مالیه، گزارش همکاری‌های انکشافی برای افغانستان، کابل، ۱۳۹۱.

۴. گزارش توسعه انسانی برنامه انکشافی ملل متحد، ۲۰۱۵.

۵. وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین، جمهوری اسلامی افغانستان، مسوده پالیسی ملی کار، کابل، ۱۳۹۵.

۳. قراردادهای تدارکات (پیمان کاری) دستگاه‌های اجرایی

تمامی دستگاه‌های اجرایی دولت افغانستان از بودجه عادی و انکشافی برخوردارند که این بودجه را باید مطابق برنامه‌های اولویت‌بندی شده در زمان مقرر و با کسب نتایج مطلوب به مصرف برساند. ولی ارزیابی‌های انجام شده نشان می‌دهد که هیچ‌یک از دستگاه‌های اجرایی بودجه انکشافی خود را یا به صورت کامل به مصرف نرسانده^۱ و یا اگر به مصرف هم رسانده باشد، نتایج حاصل از آن مطلوب جامعه و در راستای اولویت‌ها نبوده است.^۲ متأسفانه باید خاطرنشان ساخت که ارزیابی از اولویت داشتن و مطلوب و مفید بودن پروژه‌های انکشافی اجرا شده توسط دستگاه‌های اجرایی با پیمان‌کاران‌شان چندان مورد توجه ناظرین به‌ویژه پارلمان افغانستان نبوده و تمام تأکید دستگاه‌های اجرایی و ناظرین عمومی صرفاً بر مصرف بودجه متمرکز است، و این‌که بودجه مذکور چگونه و در کدام موارد هزینه می‌شود خیلی مورد توجه قرار نمی‌گیرد. به همین دلیل است که هرچند بودجه به‌طور کامل نیز به مصرف رسیده باشد، ولی گره از مشکلات چون فقر و بیکاری و سایر مسائل زندگی اجتماعی و اقتصادی جامعه باز نمی‌کند و وضعیت زندگی به‌همان شکل قبلی ادامه می‌یابد.^۳

۳-۱. قراردادهای تدارکات وزارت دفاع ملی و وزارت امور داخله (کشور)

وزارت دفاع ملی و وزارت داخله (کشور) افغانستان بیش از نصف کمک‌های جامعه جهانی را بنابر ترجیح امنیت نسبت به هر امری دیگر در کشور، به خود اختصاص داده‌اند. بر اساس گزارش بازرس ویژه ایالات متحده امریکا برای بازسازی افغانستان،^۴ با آن‌که در بودجه تأمین امنیت و برقراری صلح در افغانستان از سال ۲۰۰۱م تا ۲۰۱۷م، تغییراتی ایجاد گردیده است، با آن‌هم در رأس تمامی بخش‌ها قرار داشته است و جز در بودجه اصلی سال مالی

۱. وزارت اقتصاد، گزارش چگونگی تطبیق پروژه‌های انکشافی در سطح کشور، کابل، ۱۳۹۴، صص ۴ و ۵.
 ۲. طبق ارزیابی وزارت مالیه افغانستان، عمده‌ترین عامل که باعث عدم مصرف بودجه انکشافی و تطبیق پروژه‌های زیربنایی، نبود ظرفیت و توانایی‌های کاری و عم نظارت دقیق از طرف ارگان‌های ذی‌ربط است. بنابراین، وزارت‌خانه‌ها سعی می‌کنند تا پروژه‌هایی را اجرا کنند که از لحاظ کاری آسان و به لحاظ بودجوی هزینه‌بر باشد. (<http://dari.trib.ir/component/k2/item/4>) و روزنامه افغانستان، ۱۳۹۱/۹/۲۳
 ۳. به گفته محمد اشرف غنی رئیس‌جمهور افغانستان، عدم مصرف بودجه انکشافی ناشی از بی‌کفایتی و نبود ظرفیت معقول در وزارت‌خانه‌ها است. به باور وی، وزیرانی که بودجه انکشافی شان را مصرف کرده نمی‌توانند، مانع توسعه همه جانبه افغانستان می‌شود. ۱۳۹۵/۸/۲۰ قابل دسترس در: (<http://parstoday.com/dari/news/uncategorised-il5001>)

4. SIGAR (Special Inspector General for Afghanistan Reconstruction)

۲۰۰۲م که در مرتبه دوم بعد از بودجه بخش مساعدت بشری قرار گرفته است، در بقیه سال‌ها بیش‌ترین بودجه در سکتور امنیتی هزینه شده است.^۱

تردید وجود ندارد که قسمت اعظم این بودجه هنگامت امنیت و صلح (وزارت‌خانه‌های دفاع ملی و داخلی) در بخش حقوق و تدارکات نیروهای دفاعی و امنیتی هزینه گردیده است؛ اما شفافیت و حساب‌دهی در این تدارکات وجود نداشته است. به نظر می‌رسد، آمار و ارقامی که از میزان مصرف بودجه ارائه می‌گردد، با آن‌که همه‌ای بودجه را شامل نمی‌شود، با آن‌هم، با توجه به قیمت‌های اجناس و لوازم و امور ساختمانی و مشورتی، غیرواقعی بوده و تا حد ممکن تلاش می‌شود که بالاترین قیمت درج گردد تا از یک جهت میزان مصرف بودجه را بالا نشان دهد و از جانب دیگر حیف‌ومیل‌های که از بودجه مذکور توسط مقامات اداری صورت گرفته است، تحت پوشش قرار گیرد. شاهد مدعای ما در این مورد، قرارداد بزرگ تدارکات مواد سوخت وزارت دفاع ملی افغانستان است که در آن فساد گسترده‌ای وجود داشته که موجب حیف‌ومیل بیش از صد میلیون دلار شده است. این امر سبب شد که رئیس‌جمهور غنی در نخستین اقدام، پیمان‌های تدارکاتی وزارت دفاع ملی را به حالت تعلیق درآورد و کارمندان آن بخش را ممنوع‌الخروج کند.^۲ قرارداد مزبور به‌طور گسترده و صریح قانون تدارکات و طرزالعمل تدارکات را نقض کرده بود؛ زیرا از یک جهت تبانی میان پیمان‌کاران با هم و از جانب دیگر تبانی میان پیمان‌کاران و اداره شکل گرفته بود که این امر به شدت در قانون و طرزالعمل تدارکات منع گردیده است.^۳ هیأت ارزیابی پیمان‌های وزارت دفاع ملی بعد از بررسی همه‌جانبه پیمان‌های مزبور به این نتیجه دست یافتند که داوطلبان پیش‌تاز در سازش با هم‌دیگر و در تبانی با مقام‌های عالی‌رتبه وزارت دفاع ملی، اداره خدمات بازسازی و توسعه‌ای افغانستان که مسؤول نظارت بر پیمان سوخت‌بار وزارت دفاع ملی بوده و نیز کمیسیون ویژه تدارکات، پیمان‌تأمین سوخت‌بار وزارت‌خانه مذکور را اضافه از صد میلیون دلار بیش‌تر از نرخ روز محاسبه و امضاء کرده‌اند.^۴ چنین اقدام خلاف قانون، نه‌تنها سبب انکشاف و پیش‌رفت کشور نگردیده،

۱. گزارش ربع‌وار سرمفتش ویژه ایالات متحده امریکا برای بازسازی افغانستان، ۳۰/۱۰/۲۰۰۸، صص ۲۵-۲۲.

۲. به‌نقل از سایت خبری بی‌بی‌سی فارسی، ۱ فوریه ۲۰۱۵.

۳. بند ۳ فقره (۱) ماده ۴۸ قانون تدارکات افغانستان، مصوب ۱۳۹۵، و بند ۳ فقره (۲) حکم ۱۱۳ طرزالعمل تدارکات، ۱۳۹۵.

۴. گزارش هیأت بررسی قراردادهای تدارکاتی وزارت دفاع ملی، ۲۰/۱/۱۳۹۴، نشر شده در شبکه خبری طلوع.

بلکه بلعیدن مبلغی به این بزرگی از سرمایه ملی و پول بیت‌المال، اوج فساد مالی را در دستگاه‌های اجرایی دولت نشان می‌دهد. گذشته از این، آنچه مایه نگرانی بوده و یا به بیان بهتر، دل‌واپسی شهروندان را در خصوص فساد گسترده اداری و مالی افزایش می‌دهد، عدم رسیدگی به پرونده‌های فساد در قراردادهای تدارکاتی است که نه تنها هیچ توجهی در این زمینه نمی‌شود، بلکه مقامات آلوده به فساد کماکان در موقف‌های بلند دولتی مشغول به کاراند.^۱ بنابراین، می‌توان گفت وقتی فساد به یک فرهنگ تبدیل شد، دیگر کسی به زشتی و نادرستی کارش نمی‌اندیشد؛^۲ زیرا از یک سو می‌بیند که همه آغشته به فساداند و تمامی عمل‌کردشان با فساد اجین گشته است و از جانب دیگر از او نیز می‌خواهد که مانند آنان فساد پیشه کند.^۳

قراردادهای تدارکاتی در وزارت امور داخله (کشور) افغانستان وضعیت به مراتب بدتری از قراردادهای وزارت دفاع ملی دارد. مهم‌ترین موردی که باعث عدم تطبیق درست قراردادهای در این وزارت‌خانه و سایر نهادها نیز می‌گردد، انتقال یا واگذاری قرارداد از جانب قراردادی (پیمان‌کار) اصلی و نخست به پیمان‌کار دوم و از دوم به سوم است که هم مخالف صریح قانون و طرزالعمل تدارکات^۴ است و هم سبب پایین آمدن کیفیت اجناس و خدمات می‌گردد.^۵ بر اساس اظهارات معاون ارشد امنیتی وزارت امور داخله (کشور)، در قرارداد تهیه مواد غذایی برای پرسنل پولیس در مرکز و ولایات، یک قرص نان به قیمت دو افغانی^۶ قرارداد شده است در حالی که قیمت یک قرص نان در بازار حداقل ده افغانی می‌باشد.

۱. نمونه بارز این مورد وزیر معارف و وزیر دفاع اسبق می‌باشند.

۲. افضل‌لی، عبدالرحمن، فساد اداری و تأثیر آن بر توسعه: علل، پیامدها و راهکارهای برون‌رفت، مجله حقوقی بین‌المللی، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، شماره ۴۵، ص ۲۳۶.

۳. رفیع‌پور، فرامرز، سرطان اجتماعی فساد، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۴۹.

۴. ماده ۳۶ قانون تدارکات بیان می‌دارد: «(۱) قراردادی (پیمان‌کار) می‌تواند بخش از قرارداد را به قراردادی (پیمان‌کار) فرعی واگذار نماید، مشروط بر این که: ۱- واگذاری قرارداد فرعی در شرط‌نامه پیش‌بینی و در قرارداد اصلی تعیین شده باشد؛ ۲- موافقه کتبی اداره در مورد کسب شده باشد؛ ۳- قرارداد فرعی در مغایرت با قرارداد فرعی نباشد. در فقره (۱) حکم ۱۰۵ طرزالعمل تدارکات نیز آمده است: «قراردادی می‌تواند با رعایت شروط ماده ۳۶ قانون تدارکات بعد از حصول موافقه کتبی اداره، الی ۲۰ درصد قیمت مجموعی قرارداد را به قراردادی فرعی واگذار کند.»

۵. مرادعلی مراد معین ارشد امنیتی وزارت امور داخله/کشور افغانستان، فساد در قراردادهای تدارکات مواد خوراکی و چند دست شدن قراردادهای را مشکل عمده در این بخش خوانده است. ۲۸ اکتبر ۲۰۱۷، قابل دست‌رس در: <http://moi.gov.af/fa/news/69007>.

۶. واحد پول افغانستان «افغانی» است.

همین‌طور یک عدد تخم مرغ نیز به قیمت دو افغانی از جانب قراردادی (پیمان‌کار) پیشنهاد شده است که پایین‌ترین قیمت را نشان می‌دهد و هیچ‌گاهی توسط هیأت کنترل و تفتیش، نظارت نشده است. علاوه بر این نرخ نهایت پایین و ناچیز، پیمان‌کار مزبور قرارداد تهیه و تدارک مواد غذایی پولیس را در بیست‌وهشت ولایت کشور با وزارت مزبور منعقد نموده است و این اوج فساد را در قراردادهای ذکر شده نشان می‌دهد.^۱

۲-۳. قراردادهای تدارکات وزارت معارف (آموزش و پرورش)

وزارت معارف (آموزش و پرورش) یکی از مهم‌ترین و بنیادی‌ترین وزارت‌خانه در جمع نهادهای دولتی است که وظیفه و مسؤلیت اساسی و سنگینی را به عهده دارد که همانا آموزش و تربیت فرزندان و نونهالان کشور می‌باشد. یکی از مشکلات و نابه‌سامانی‌هایی که دولت افغانستان با آن مواجه است، نبود و یا حداقل کم‌بود نیروی انسانی تحصیل کرده متخصص است که تمامی نهادهای دولتی و غیردولتی از آن متأثر است. وزارت معارف و در تحصیلات عالی این نیازمندی مبرم و ضروری را باید تا حد امکان مورد توجه قرار داده و در حد توان حل نمایند.

وزارت معارف افغانستان برای برداشن موانع سد راه معارف و توسعه آموزش و پرورش، همه ساله بودجه قابل ملاحظه‌ای در اختیار دارد، اما با توجه به مشکل قبلاً یاد شده (نبودن یا کم‌بود نیروی متخصص) در وزارت‌خانه مزبور، از بودجه تصویب شده برای این نهاد استفاده بهینه صورت نمی‌گیرد و قسمت زیاد آن در پروژه‌های هزینه می‌شود که مؤثریت و کارایی چندانی ندارد. هم‌چنان فساد در قراردادهای تدارکاتی این وزارت‌خانه عامل دیگر به ثمر نرسیدن پروژه‌های این نهاد می‌باشد، چنان‌چه در آماردهی خلاف واقع در قراردادهای پیمان‌کاری این وزارت به‌طور چشم‌گیری مشاهده می‌شود که تا چه حدی فساد نفوذ کرده است.^۲

در قراردادهای پیمان‌کاری این وزارت در حوزه ساخت و ساز مکاتب، چاپ کتب درسی، تهیه و تدارک تجهیزات مورد ضرورت و حتی در توزیع حقوق معلمان مکاتب (مدارس) میلیاردها افغانی مورد اختلاس و حیف‌ومیل قرار گرفته است. گزارش هیأت

۱. سخن‌رانی جنرال مرادعلی مراد، معاون ارشد امنیتی وزارت امور داخله (کشور) در جمع مقامات و افسران وزارت مزبور.

۲. آمار و ارقام خیالی در گزارش‌های وزارت معارف در مورد حقوق معلمین و بودجه مکاتب، اقتضاح و لکه‌نگی بر دامان وزیر پیشین این وزارت می‌باشد که در اکثر رسانه‌های ملی و بین‌المللی نشر شد.

حقیقت‌یاب که به دستور رئیس‌جمهور اشرف غنی به این کار گماشته شد، نشان می‌دهد که بین سال‌های ۱۳۹۰ تا ۱۳۹۳ میلیون‌ها دلار از پول‌های کمک شده به وزارت معارف از جانب کشورها و سازمان‌های بین‌المللی و حتی از بودجه دولتی این وزارت اختلاس شده است. این گزارش از تعداد مکاتب و آموزگاران خیالی سخن می‌گوید که اصلاً وجود فزیک‌کی نداشته‌اند اما بودجه آن توسط وزارت معارف به ناحق گزارش داده شده و مورد حیف‌ومیل قرار گرفته است.^۱

قراردادهای پیمان‌کاری ساخت‌وساز وزارت معارف نیز با اشکالات عمده حقوقی و قانونی مواجه است که سبب ضیاع بیت‌المال گردیده و دست‌آورد قابل ملاحظه در انکشاف معارف از آن‌ها حاصل نشده است. بر بنیاد گزارش هیأت حقیقت‌یاب، این وزارت بدون طی مراحل قانونی و استفاده از داوطلبی باز برای سپردن قراردادها به پیمان‌کاران واجد شرایط، به میل و سلیقه خود این قراردادها را واگذار کرده است و علاوه بر آن میلیون‌ها دلار نیز به پیمان‌کاران پیش‌پرداخت نموده است. با این حال، دست‌کم نیمی از این پروژه‌های عمرانی که شامل ۱۴۶۹ باب مکتب (مدرسه) می‌گردد، بدون کدام دلیل قانونی، یا نیمه‌کاره باقی مانده است و یا کلاً تعطیل گردیده است، در حالی که هزینه پروژه‌ها قسمماً و یا حتی کلاً پرداخت شده است.^۲

ملاحظه می‌گردد که در قراردادهای تدارکاتی این دو وزارت‌خانه که به‌عنوان نمونه یادآوری شد، تشکیل و اجرای قراردادها بر اساس قانون و طرز‌العمل تدارکات افغانستان صورت نپذیرفته و هیچ‌گونه پاسخ‌گویی و مسؤولیت‌پذیری نیز در این خصوص وجود ندارد. نتیجه این امر را می‌توان چنین داوری نمود که مقامات عالی‌رتبه دولتی به‌علت مسؤولیت و صلاحیت اداری و مالی‌شان، عاملین اصلی و درجه یک این حیف‌ومیل‌ها دانسته شده و باید در برابر مردم پاسخ‌گو باشند؛ زیرا از یک جهت پول بیت‌المال را ضایع نموده‌اند و از جانب دیگر مانع توسعه و پیش‌رفت کشور گردیده‌اند.

۱. ملک‌نژاد، ابودر، مرکز خبرنگاری تحقیقی پیک، ۱۳۹۶/۱/۲۱، با استناد به گزارش هیأت حقیقت‌یاب فساد در وزارت مارف بین سال‌های ۱۳۹۰ الی ۱۳۹۳.
 ۲. کمیته مستقل مشترک نظارت و ارزیابی مبارزه با فساد اداری، گزارش ارزیابی فساد در وزارت معارف، کابل، ۱۳۹۶، قابل دست‌رس در: (<http://archive.pajhwok.com/dr/2017/10/26>)

۴. اقتصاد بازار و نقش آن در گسترش فساد در افغانستان

دولت افغانستان بر اساس قانون اساسی جدید این کشور، خود را ملزم به حمایت از نظام اقتصادی بازار نموده است^۱ که به نظر می‌رسد در شرایط آشفته و نابسامان این کشور، پیروی از چنین نظامی در حوزه اقتصادی عاقلانه نمی‌باشد؛ زیرا اقتصاد بازار بدون وجود دولت مقتدر و ناظر، نهاد بی‌رحم و ویران‌گر است. گسترش یا تداوم رقابت سالم به هیچ‌وجه در ذات بازارهای آزاد دیده نمی‌شود. برعکس، بازارهای آزاد بنا بر گفته آدام اسمیت، علیه بخش دولتی توطئه می‌کند.^۲

با وجود آن‌که دولت افغانستان مبتنی بر قانون اساسی، خویش را متعهد بر پذیرش و حمایت از اقتصاد بازار کرده است، اما به نظر می‌رسد برای ترویج توسعه و انکشاف معطوف به اقتصاد بازار و کاهش پیامدهای منفی ناشی از نارسایی‌های بازار، به تدوین سیاست‌ها و مقررات حقوقی و منابع عمومی نیاز دارد. یکی از نقش‌های کلیدی دولت در این راستا، تأمین خدمات و کالاهای عمومی لازم برای دستیابی به رشد پایدار و کاهش فقر است. ولی اگر دولت این نقش مهم و کلیدی خویش را نیز به بهانه اقتصاد بازار به شرکت‌های خصوصی واگذار کند، و حتی از این نیز فراتر رفته و تدارکات مورد نیاز خود را نیز خود تأمین نکرده و طبق قرارداد به پیمان‌کاران بخش خصوصی واگذار کند، در چنین حالتی که دولت نوپای افغانستان از اقتدار کافی برای نظارت نیز برخوردار نمی‌باشد، دامنه فساد گسترش یافته و منابع عمومی مورد حیف و میل قرار می‌گیرد. بنابراین، لازم است تا دولت افغانستان ساختارهای سیاست‌گذاری مؤثر و موافق با بازار جهت کنترل و تنظیم آن ایجاد کند. اما متأسفانه ملاحظه می‌شود که دولت مزبور به مقررات و ظوابطی که بتواند وضعیت اقتصادی را به سمت انکشاف و شکوفایی سوق دهد، زیرساخت‌ها اعمار و اعاده گردد، و بخش مالی و محیط زیست به درستی نظارت و کنترل شود، توجه کافی نکرده است. بر علاوه، در بسیاری از بخش‌های تدارکاتی، مقدار، ترکیب و سمت و سوی هزینه‌های عمومی در خدمت تأمین منافع قدرت‌مندان ذی‌نفوذ بوده است که این امر اکثراً به کاهش سرمایه‌گذاری در عرصه سرمایه انسانی منجر شده و نتایج آن به اکثریت فقیر جامعه

۱. ماده ۱۰ قانون اساسی افغانستان مقرر کرده است: «دولت، سرمایه‌گذاری‌ها و تشبثات خصوصی را مبتنی بر نظام اقتصاد بازار، مطابق به احکام قانون، تشویق، حمایت و مصونیت آن‌ها را تضمین می‌نماید.»
 ۲. میدری، احمد و خیرخواهان، جعفر، حکم‌رانی خوب بنیان توسعه، تهران، دفتر بررسی‌های اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۸، ص ۳۸.

افغانستان آسیب می‌رساند و انکشاف اقتصادی را به‌کندی مواجه می‌کند. هم‌چنین تأمین منافع گروه‌های ذی‌نفع و سردمداران حکومت غالباً به اتخاذ سیاست‌های ضد رقابتی و انحصارگری انجامیده است.^۱

افغانستان در شرایط فعلی به یک دولت قانون‌مدار، کارشناس، مقتدر و آگاه نیاز دارد که فراتر از تضاد منافع میان گروه‌ها و احزاب عمل نموده و موجب تقویت منافع و خیر عامه شود. در حالی که دولت کنونی مجموعه از افرادی هستند که تصمیم‌گیری‌های اداری آن‌ها (مانند خرید و فروش کالا) در جهت حداکثر کردن سود شخصی است که به همین دلیل به جرثومه فساد تبدیل شده و شهره جهان گردیده است.^۲ علل عمده فساد اداری و مالی در افغانستان به‌ویژه در بخش پیمان‌های دولتی، عبارت‌اند از چارچوب حقوقی و مقرراتی ضعیف، خویش‌خوری و نبود شایسته‌سالاری، تسلط رابطه‌ها بر ضابطه‌ها، سیاست‌های اقتصادی بد (بازار آزاد) و عدم توجه به حقوق سیاسی و آزادی‌های مدنی. مبارزه با این عوامل و رفع آن‌ها کار سخت و زمان‌گیر است که شاید نتوان به سرعت و سهولت به آن دست یافت. برای مبارزه با فساد در افغانستان، به شفافیت، نظام مردم‌سالار و پاسخ‌گو، آزادی‌های مدنی و نظارت و مشارکت قوی دولت و جامعه مدنی بر بخش اقتصادی و به‌ویژه قراردادهای تدارکات دولتی نیاز است؛ زیرا برای دستیابی به رشد اقتصادی پایدار و نتایج توسعه‌ای بهتر، نیاز است تا تعامل میان دولت، بازارها، سازمان‌ها و جامعه مدنی به بهترین شکل برقرار گردد.^۳

نظام اقتصاد بازار زمانی در افغانستان به رسمیت شناخته شد که زمینه‌ها و بسترهای مناسب برای اجرای آن در این کشور فراهم نبود. نظام اقتصادی مزبور زمانی می‌تواند مؤثر واقع شود که بازار ملی در کشور وجود داشته باشد و تفاوت‌های عمیق فرهنگی و سنتی در جامعه وجود نداشته باشد. اما دیده می‌شد که در افغانستان چنین شرایطی مهیا نبود و تا کنون هم نیست. ضعف دولت در نظارت بر این نظام مشکل را بیش‌تر ساخته است که در نهایت پذیرش و تطبیق نظام اقتصاد بازار قبل از این که به نفع دولت و ملت باشد، به نفع

۱. گزارش تحقیقی شش‌ونیم‌طیول نیز در مورد قراردادهای تدارکات.

۲. گزارش‌های سالانه سازمان شفافیت بین‌الملل حاکی از این است که افغانستان در جمع فاسدترین کشورهای جهان قرار دارد. البته گاهی وضعیت بهتری را نیز شاهد می‌باشم. چنان‌چه در گزارش سال ۲۰۱۶ سازمان مزبور افغانستان در جایگاه هشتم قرار دارد، در حالی که در گزارش سال ۲۰۱۵ سازمان شفافیت بین‌الملل، افغانستان در مقام سومین کشور فاسد جهان قرار داشت. به نقل از سایت‌های خبری طیول نیز و یورو نیوز.

۳. وزارت اقتصاد، گزارش نهایی تطبیق استراتژی انکشاف ملی افغانستان، کابل، ۱۳۹۳، ص ۳۲.

تعداد محدود از شرکت‌های پیمان‌کار و سرمایه‌داران و سرمایه‌گذاران گردید و نه تنها فقر و بیکاری را کاهش نبخشید بلکه سبب گسترش این پدیده‌ها شد و شکاف طبقاتی را بی نهایت گسترده و عمیق کرد.^۱

۵. نقش حکومت‌داری خوب^۲ و حاکمیت قانون^۳ در توسعه اقتصادی و مبارزه با فساد در افغانستان

به هیچ عنوان نمی‌توان اهمیت حاکمیت قانون و حکومت‌داری خوب را برای رشد و توسعه اقتصادی در افغانستان دست‌کم گرفت. آن‌چه که برای دستیابی به رفاه پایدار و ریشه‌کنی فقر در این کشور لازم و ضرور است، دولت کارآمد و شفاف است که در چارچوب آزادی‌های مدنی و حاکمیت قانون عمل کند. دولت‌مردان افغانستان باید نسبت به حکومت‌داری و فساد دیدگاه یک‌پارچه اتخاذ نمایند؛ زیرا فساد نوعی عارضه ناشی از ضعف بنیادین دولت به‌شمار می‌آید، نه سرنوشت مقدر مردم از جانب خدا. بنابراین، یک حکومت قانون‌مدار و توان‌مند با نهادهای دولتی شایسته و شفاف، پیوند مستقیم با رشد درآمدها، افزایش ثروت ملی و دست‌آوردهای اجتماعی دارد. در کشورهایی که نهادهای دولتی کارآمد، درست‌کار، صادق و مبتنی بر شایسته‌سالاری هستند، قوانین و مقررات ساده و روشن‌اند، حاکمیت قانون به گونه‌ای منصفانه اعمال می‌شود، سیاست‌ها و چارچوب‌های قانونی در تصرف و انحصار گروه‌های ذی‌نفوذ نیست، جامعه مدنی و رسانه‌های گروهی صدای مستقلی دارند که پاسخ‌گویی دولت را ارتقاء می‌دهد، سرمایه‌گذاری‌ها، درآمدها و رشد افزایش می‌یابد و امید به زندگی مرفه پدیدار می‌شود.^۴

موفقیت دولت افغانستان در خصوص تعیین سیاست‌های عمومی و تخصیص منابع و هزینه‌های عمومی، به‌ویژه در عرصه قراردادهای پیمان‌کاری، بر ایجاد و نهادینه کردن اصول پاسخ‌گویی، مشارکت اجتماعی و اظهارنظر مردم و شرکت‌های رقابتی وابسته است. ایجاد و اجرای اصول نام‌برده، منجر به ایجاد نظام سالم و حکومت‌داری خوب و حاکمیت قانون

۱. سید مسعود، نظام اقتصاد بازار در افغانستان، جفای نابخشودنی در حق ملت، مصاحبه با خبرنگاری صدای افغان (آوا)، ۱۳۹۰/۱۰/۳.

2. Good Governance.

3. Rule of Law.

۴. محمدی تمکی، عبدالعلی، حقوق اداری افغانستان، تهران، انتشارات عرفان، ۱۳۹۰، ص ۳۲۷.

می‌شود. شرکت‌های پیمان‌کاری باید در چارچوب قانون و قراردادی فعالیت کنند که حافظ حقوق و منافع عمومی باشد، نه در راستای منفعت شخصی و گروهی. این اصول و سازوکارها می‌تواند مانع از تلاش و تکاپوی شرکت‌های ویژه برای تصاحب قراردادهای پیمان‌کاری دولتی شده و به نیروی بازار آزاد و رقابتی این امکان را می‌دهد که قیمت‌ها و دست‌مزدها را تعیین کنند و در کل شرکت‌ها اجازه ورود و خروج به بازار را پیدا می‌کنند. دولت نیز با به‌کار بستن این اصول قادر می‌شود تا از طریق ارائه اطلاعات^۱ و تأسیس نهادهای و از میان برداشتن حکومت‌داری بد و ضعیف، با فساد مبارزه نموده و کمک فراوانی به کاهش هزینه‌های قراردادهای پیمان‌کاری نماید.

فساد اداری و ناتوانی مدیریتی در نهادهای دولتی یکی از موضوعات مهم و جدی است^۲ که با حکومت‌داری، و به‌ویژه حاکمیت قانون، ارتباطی تنگاتنگ دارد؛ بدین توضیح که همان‌گونه که حکومت‌داری از طریق مجاری پیچیده‌ای مستقیم و غیرمستقیم بر رفاه و کیفیت زندگی تأثیر دارد، فساد نیز از طریق مجاری مستقیم و غیرمستقیم که شناخت‌شان نیز ساده نیست، بر وضعیت زندگی اجتماعی و اقتصادی تأثیر می‌گذارد. گسترش و بهبود حق اظهار نظر و پاسخ‌گویی، اثربخشی دولت و حاکمیت قانون که از مؤلفه‌های حکومت‌داری هستند، می‌تواند کیفیت زندگی مردم کشور را ارتقاء دهد، و برعکس ضعف هر یک از مؤلفه‌های مزبور نیز به تنزیل کیفیت زندگی مردم منجر خواهد شد.^۳

۶. شفافیت و پاسخ‌گویی در مصرف بودجه ملی

شفافیت و پاسخ‌گویی در تخصیص و استفاده از بودجه ملی یکی از ارکان بنیادی حکومت‌داری خوب است. پاسخ‌گویی در مدیریت هزینه‌های عمومی و بیت‌المال، مستلزم وجود شرایط زیر است:

۱. به‌موجب فقره (۱) ماده دهم قانون دسترسی به اطلاعات: «ادارات مکلف‌اند به منظور تأمین حق دسترسی اتباع به اطلاعات، مرجع مسؤل اطلاع‌رسانی را مشخص نمایند.»
۲. آریافر، عزیز، ریشه‌های ناکامی و شکست پروژه‌های ملت‌سازی و دولت‌سازی در افغانستان، چاپ دوم، کابل، انتشارات کاوه، ۱۳۹۵، ص ۳۸۰.
۳. استراتژی و طرز‌العمل اصلاح اداره و مبارزه علیه فساد اداری، کابل، ۱۳۸۵.

۶-۱. وجود بودجه جامع

بدین معنا که بودجه در وهله نخست باید فعالیت‌های دولت را به‌طور جامع تحت پوشش قرار دهد. افغانستان به‌عنوان کشوری که به تازگی از بحران بیرون شده است، که آن‌هم با تردید باید نگرسته شود، در این زمینه همواره با مشکلات شفافیت بودجه مواجه بوده است؛ زیرا گاهی در تعدادی از دستگاه‌های اجرایی بودجه انکشافی به‌قدری زیاد تصویب و تخصیص داده شده است که اداره مزبور از مصرف نصف آن نیز عاجز بوده است، و تعداد دیگر از ادارات به کم‌بود بودجه برای اجرای طرح‌های انکشافی‌شان مواجه گردیده است.^۱ این بی‌دقتی در ارزیابی، تعیین و تصویب بودجه خود می‌تواند زمینه سوءاستفاده را در شرایطی به‌وجود آورد که هیچ‌گونه نظام مؤثری برای کنترل تعهدات و اجراات ادارات دولتی در حوزه قراردادهای پیمان‌کاری نیز در این کشور وجود ندارد.

۶-۲. شفافیت در استفاده از بیت‌المال

راه‌کاری که برای ایجاد شفافیت در استفاده از سرمایه ملی وجود دارد و از آن استفاده می‌شود این است که در گام نخست باید چارچوب‌های استراتژی مصرف بودجه هر اداره و در کل دولت باید مشخص شده و تعریف گردد؛ زیرا بر اساس همین چارچوب‌های استراتژیک بودجه سالانه تدوین می‌گردد. اطلاع‌رسانی و نشر چگونگی استفاده از هزینه‌های عمومی گام بعدی برای تنویر افکار عمومی جامعه می‌باشد.^۲

۶-۳. رقابتی بودن تدارکات (مناقصات) دولتی

رقابتی بودن تدارکات یا مناقصات دولتی، به‌ویژه قراردادهای پیمان‌کاری دولتی، از ویژگی‌های مهم یک دولت پای‌بند به اصل شفافیت و مشارکت است؛ زیرا کاهش فساد مستلزم پیروی جدی از معیارهای شفافیت، مناقصه رقابتی برای قراردادهای عمده و به حداکثر رساندن حوزه مراقبت و نظارت عمومی است. دولت افغانستان هرچند با الگو گرفتن از دیگر کشورها این فرآیند را الکترونیکی ساخته است،^۳ اما به دلیل ناآشنایی اکثر

۱. وزارت مالیه، مسوده سوم طرزالعمل بودجه ملی، سال مالی ۱۳۹۱.

۲. به موجب ماده ۱۴ قانون دسترسی به اطلاعات، ادارات دولتی مکلف‌اند جزئیات خدمات مستقیم عرضه شده به مردم، وضعیت مالی اداره و ... حداقل سال یک‌بار نشر نماید.

۳. نک به: وب‌سایت‌های اداره تدارکات ملی و وزارت‌خانه‌های دولت جمهوری اسلامی افغانستان.

مردم و حتی برخی شرکت‌های پیمان‌کار با این روند از یک‌سو، و خویش‌خوری‌های لگام‌گسیخته مقامات عالی‌رتبه دولتی از جانب دیگر، کارآیی و نقش این فرآیند را در مبارزه با فساد و کاهش آن، تحت‌الشعاع قرار داده است.

۴-۶. حساب‌رسی بیرونی مستقل

کشورهای در حال گذار از بحران و دارای نظام اقتصادی نوپا معمولاً برای حساب‌رسی از امورات اقتصادی و به‌ویژه مصرف بودجه انکشافی توسط دستگاه‌های اجرایی، سازمان و یا مؤسسه حساب‌رسی عالی تشکیل می‌دهند تا با حساب‌رسی مستمر و سازنده خویش نظام مدیریت مالی دولت را بهبود بخشیده و مؤثریت آن را در راستای انکشاف اقتصادی کشور افزایش دهد. افغانستان نیز در تشکیلات سازمانی خود اداره تحت عنوان «اداره عالی تفتیش و کنترل» دارد که کار بازرسی و حساب‌رسی را انجام می‌دهد، اما به‌علت فساد گسترده در سطوح بلند حکومتی (فساد کله‌گنده‌ها)، اداره مزبور کاری از پیش برده نمی‌تواند. نهادهای متعددی دیگری نیز در راستای مبارزه با فساد در طول پانزده سال گذشته ایجاد شد^۱ که دست‌آورد چشم‌گیری در این زمینه نداشته‌اند.

نتیجه‌گیری

علی‌الاصول دولت‌ها با استفاده از منابع مالی در چارچوب قوانین و مقررات نافذ ملی و با به‌کارگیری قالب قرارداد پیمان‌کاری در تلاش ارائه خدمات همه‌جانبه به شهروندان‌شان هستند. منظور از ارائه خدمات، صرفاً رفع نیازمندی‌های مؤقتی و زودگذر نیست، بلکه مفهوم وسیع آن که عبارت از رشد و توسعه اقتصادی و اجتماعی جامعه می‌باشد، مورد نظر است. دست‌یافتن به چنین نتیجه‌ای مستلزم برنامه‌ریزی حساب‌شده و دقیق دولت و طرح و اجرای آن‌ها در چارچوب سازوکارهای قانونی و حقوقی معتبر می‌باشد. علاوه بر این، نظارت بر اجرای قراردادها و پاسخ‌گویی مقامات دولتی از مدیریت هزینه‌های عمومی و بیت‌المال، نیاز مبرم جهت شفافیت و اثر بخشی خدمات عمومی و حرکت به سمت توسعه پایدار دانسته می‌شود.

۱. از جمله نهادهای مبارزه با فساد می‌توان از «اداره عالی نظارت بر تطبیق استراتژی مبارزه علیه فساد اداری»، «مرکز عدلی و قضایی مبارزه با فساد اداری» و «شورای عالی حاکمیت قانون و مبارزه علیه فساد اداری» نام برد.

دولت افغانستان در شانزده سال اخیر که فرصت طلایی برای نایل شدن به رشد دوامدار و توسعه اقتصادی و اجتماعی پایدار را به دست آورده بود، در بهره‌گیری و بهره‌مندی از این فرصت جهت نیل به توسعه مؤفقیتی چندانی نداشته است. منظور از فرصت طلایی، سرازیر شدن حجم عظیمی از کمک‌های جامعه جهانی پس از سرنگونی طالبان در سال ۱۳۸۰ در این کشور است که در برخی گزارش‌ها کمک‌های نام‌برده با کمک امریکا به اروپا (طرح مارشال) پس از جنگ جهانی دوم مقایسه شده است. دلایل عمده این ناکامی را می‌توان در عوامل چون ضعف نهادی دولت، فساد لگام‌گسیخته در دستگاه‌های دولتی، نقش بیش از حد خارجی‌ها در مصرف پول‌های کمک شده، عدم حکومت‌داری خوب و حاکمیت قانون جست‌وجو و پیدا کرد.

با وجود تشکیل و قسماً تطبیق قراردادهای بزرگ پیمان‌کاری، نظیر اعمار جاده کابل-هرات، کابل-مزارشریف، بند آب‌گردان سلما، استخراج مس عینک، استخراج آهن از معدن حاجی‌گک، پروژه شهر جدید کابل و ده‌ها پروژه خرد و کلان دیگر که اکثراً توسط پیمان‌کاران خارجی به پیش برده شده است، نتایج مطلوب و مورد انتظار مردم را در پی نداشته و منجر به رشد و توسعه اقتصادی و اجتماعی متوقعه نگردیده است. اما برعکس، با وجود تمام انتقادهای جامعه جهانی از فساد گسترده اداری در افغانستان و مشروط کردن کمک‌های مالی شان به مبارزه دولت علیه فساد، و هم‌چنین تلاش دولت در طرح و اجرای استراتژی مبارزه با فساد و پاره‌اقدامات عملی در این راستا، مانند بازنگری پیمان‌های وزارت دفاع ملی و برخی نهادهای دیگر و ایجاد مرکز عدلی و قضایی مبارزه با جرایم سنگین فساد اداری که اکثراً به تدارکات وابسته است، تا کنون توفیق قابل ملاحظه‌ای در این خصوص نداشته است.

با توجه به این‌که بی‌کاری ازدیاد یافته، فقر رو به گسترش است، پروژه‌های زیربنایی که اعمار گردیده بود، به دلیل وجود فساد در قراردادهای آن و عدم نظارت بر اجرای آن مطابق قانون و طرزالعمل تدارکات، در حالت تخریب است، برخی پروژه‌های زیربنایی دیگر نیز یا متوقف گردیده و یا اصلاً آغاز نشده است و ... به این نتیجه می‌رسیم که قراردادهای پیمان‌کاری دولتی در افغانستان نه تنها باعث رشد و توسعه کشور نگردیده، بلکه وسیله و ابزار سودجویی و ثروت‌مندی گروه‌های ذی‌نفوذ و زورمند گردیده و منشأ اصلی فساد در دستگاه دولت شناخته می‌شود.

منابع

کتاب‌ها

۱. آریافر، عزیز، ریشه‌های ناکامی و شکست پروژه‌های ملت‌سازی و دولت‌سازی در افغانستان، چاپ دوم، کابل، انتشارات کاوه، ۱۳۹۵.
۲. استراتژی انکشاف ملی افغانستان، ۱۳۹۱-۱۳۸۷.
۳. استراتژی و طرز‌العمل اصلاح اداره و مبارزه علیه فساد اداری، کابل، ۱۳۸۵.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، دوره ۶ جلدی، نشر دیجیتال، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان، جلد ۱.
۵. ایکاف، راسل، تفاوت میان رشد و توسعه، مجله تدبیر، شماره ۱۶۶، ۱۳۸۴.
۶. دانش، ضیا، موانع مبارزه با فساد اداری در افغانستان، کابل، ۱۳۹۲.
۷. دانش، سرور، حقوق اداری افغانستان، چاپ دوم، کابل، انتشارات دانشگاه ابن‌سینا، ۱۳۹۴.
۸. فاضلی، محمد، مقدمه‌ای بر سنجش فساد، تهران، معاونت پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸.
۹. فرج‌پور، مجید، فقر، فساد و تبعیض موانع توسعه در ایران، تهران، نشر رسا، ۱۳۸۳.
۱۰. قربانی، احمد، توسعه اقتصادی (جنگ و توسعه نیافتگی در کشورهای اسلامی)، تهران، نشر اندیشه روشن، ۱۳۹۵.
۱۱. میدری، احمد و خیرخواهان، جعفر، حکم‌رانی خوب بنیان توسعه، تهران، دفتر بررسی‌های اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۸.
۱۲. محمدی تمکی، عبدالعلی، حقوق اداری، افغانستان، تهران، انتشارات عرفان، ۱۳۹۰.
۱۳. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، نشر زرین، چاپ سوم، ۱۳۸۶.

گزارش‌های تحقیقی

۱۴. گزارش ربع‌وار سرمفتش ویژه ایالات متحده امریکا برای بازسازی افغانستان (سیگار)، ۲۰۰۸/۱۰/۳۰.
۱۵. گزارش تحقیقی شش‌ونیم طلوع نیوز در مورد قراردادهای تدارکات.
۱۶. گزارش‌های سالانه سازمان شفافیت بین‌الملل، ۲۰۱۶.

۱۷. گزارش‌های سالانه سازمان شفافیت بین‌الملل، ۲۰۱۵.
۱۸. گزارش توسعه انسانی برنامه انکشافی ملل متحد، ۲۰۱۵.
۱۹. گزارش هیأت بررسی قراردادهای تدارکاتی وزارت دفاع ملی، ۱۳۹۴/۱/۲۰، نشر شده در شبکه خبری طلوع.
۲۰. گزارش مؤسسه پژوهشی «لگاتوم» در مورد رتبه‌بندی کشورهای جهان از نظر شاخص رفاه، ۲۰۱۶. قابل دسترس در: (www.donya-e-qtasad.com).
۲۱. گزارش سازمان بررسی شاخص اجتماعی کشورهای جهان در آمریکا، قابل دسترس در: (<http://middleeastpress.com/slideshow/>) افغانستان در شاخص توسعه اجتماعی.
۲۲. ملک‌نژاد، ابوذر، مرکز خبرنگاری تحقیقی پیک، ۱۳۹۶/۱/۲۱، با استناد به گزارش هیأت حقیقت‌یاب فساد در وزارت مارف بین سال‌های ۱۳۹۰ الی ۱۳۹۳.
۲۳. نادری، عبدالقادر، تهیه و تدارکات، کابل، ۱۳۹۲.
۲۴. وزارت مالیه افغانستان، گزارش همکاری‌های انکشافی برای افغانستان، کابل، ۱۳۹۱.
۲۵. وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین افغانستان، مسوده پالیسی ملی کار، کابل، ۱۳۹۵.
۲۶. وزارت اقتصاد افغانستان، گزارش نهایی تطبیق استراتژی انکشاف ملی افغانستان، کابل، ۱۳۹۳.
۲۷. وزارت مالیه افغانستان، گزارش ارزیابی عدم مصرف بودجه انکشافی و تطبیق پروژه‌های زیربنایی، قابل دسترس در: (<http://dari.irib.ir/component/k2/item/4>) و روزنامه افغانستان، ۱۳۹۱/۹/۲۳.
۲۸. وزارت امور مهاجرین و عودت‌کنندگان، آمار مهاجرین افغانستان، قابل دسترس در: (<http://morr.gov.af/fa/page/2204>)
۲۹. وزارت اقتصاد افغانستان، ریاست پالیسی کار و ارتقای ظرفیت قوای بشری، گزارش ارزیابی اشتغال‌زایی پروژه‌های انکشافی، ۱۳۹۵.
۳۰. وزارت اقتصاد افغانستان، گزارش چگونگی تطبیق پروژه‌های انکشافی در سطح کشور، کابل، ۱۳۹۴.

سخن‌رانی و مصاحبه

۳۱. سید مسعود، نظام اقتصاد بازار در افغانستان، جفای نابخشودنی در حق ملت، مصاحبه با خبرگزاری صدای افغان (آوا)، ۱۳۹۰/۱۰/۳.

۳۲. سخنرانی محمد اشرف غنی در مجلس سنا، انتقاد از عدم مصرف بودجه انکشافی و بی‌کفایتی وزارت خانه‌ها، ۱۳۹۵/۸/۲۰.
۳۳. سخنرانی جنرال مراد، مرادعلی، فساد در قراردادهای تدارکات مواد خوراکی پولیس، ۲۸ اکتبر ۲۰۱۷.
۳۴. سخنرانی جنرال مراد، مرادعلی در جمع مقامات و افسران وزارت مزبور، فساد در قراردادهای تدارکاتی وزارت امور داخله.

قوانین

۳۵. قانون اساسی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲.
۳۶. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵.
۳۷. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۰۷ با اصلاحات و اضافات بعدی.
۳۸. قانون تدارکات افغانستان، مصوب ۱۳۹۵.
۳۹. طرزالعمل تدارکات، مصوب ۱۳۹۶۵.
۴۰. قانون دسترسی به اطلاعات افغانستان، مصوب ۱۳۹۳.
۴۱. قانون اداره عالی تفتیش افغانستان، مصوب ۱۳۹۲.

منابع انگلیسی و پایگاه‌های اینترنتی

1. Nijat, Aarya, Governance in Afghanistan, An Introduction, Afghanistan Research and Evaluation Unit (AREU), Kabul, 2014
2. <http://morr.gov.af/fa/page/2204>
3. <http://dari.irib.ir/component/k2/item/4>
4. <http://parstoday.com/dari/news/uncategorised-115001>
5. <http://abdulqader.blogfa.com/post/31>
6. <http://moi.gov.af/fa/news/69007>
7. <http://middleeastpress.com/slideshow>
8. <http://www.payam-aftab.com/fa/doc/article/25135>
9. www.donya-e-eqtasad.com
10. www.bbcpersian.com
11. <http://www.afghanpaper.com/nbody.php?id=28122>

عوامل و زمینه‌های همگرایی در جهان اسلام

محمد رحیمی*

چکیده

کشورهای اسلامی به لحاظ پیوستگی جغرافیایی، سابقه تاریخی و فرهنگ مشترک اسلامی از قابلیت‌ها و ظرفیت‌های گسترده‌ای برای ایجاد همگرایی و از جمله همگرایی منطقه‌ای برخوردارند. در حال حاضر روابط میان دولت‌های اسلامی بر مبنای مرزهای سرزمینی و نظم دولت محوری و ستفالی است؛ اما مسئله فروریزی مرزها، پیوندهای فراملی و ارتباطات افقی میان ملت‌ها سبب ایجاد شرایط جدیدی شده است که زمینه همگرایی کشورهای اسلامی را افزایش می‌دهد.

در دوره جهانی شدن، کشورهای اسلامی برای حفظ هویت و ارزش‌های فرهنگی خود ناگزیر به رفع محدودیت‌ها و موانع همگرایی منطقه‌ای هستند. دیپلماسی رسمی، عمومی و فرهنگی ابزارهای کارآمدی جهت تصویر سازی مثبت، افزایش میزان اعتماد متقابل و شناسایی ظرفیت‌های همکاری و همگرایی کشورهای اسلامی است. در این میان، ابزارهای جدید اطلاعاتی و ارتباطی فرصت جدیدی را برای افزایش فرایندها و تعاملات منطقه‌ای میان دولت‌ها و ملت‌های اسلامی ایجاد کرده است؛ روندی که باید پیوسته تقویت شده و ضمن شناخت امکانات، محدودیت‌ها و موانع آن را برطرف نمایند.

تحقیق حاضر کوشیده تا این زمینه‌ها و بسترها را که موجب همگرایی جهان اسلام می‌شود؛ شناسایی و راه را برای تحقیقات بیشتر فراهم نماید. از این رو، نگارنده معتقد است که قابلیت‌های اقتصادی، منطقه‌ای، درون منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای می‌تواند به‌عنوان ظرفیت‌ها و توانمندی‌های جهان اسلام برای رسیدن به همگرایی قرار گرفته تا خود را به‌عنوان یک قدرت جهانی مطرح ساخته و در روابط بین‌الملل تأثیرگذار باشند.

کلیدواژه‌ها: جهان اسلام، همگرایی، وحدت، فرصت، روابط بین‌الملل.

مقدمه

این بخش تلاش می‌کند مفاهیم کلیدی و مرتبط با موضوع تحقیق را مورد تعریف قرار بدهد. زیرا در هر تحقیقی، مفهوم شناسی از اهمیت راهبردی برخوردار است. تا زمانی که مفاهیم اساسی تحقیق مورد تعریف واقع نشده امکان دستیابی به اهداف تحقیق امکان پذیر نیست. براساس این قاعده، بخش حاضر مفاهیمی همچون چالش، مانع، همگرایی، فرصت و جهانی شدن را مورد تعریف قرار داده مسایلی مانند ضرورت همگرایی در جهان اسلام و سطوح همگرایی در جهان اسلام به عنوان کلیات در این بخش بحث خواهد شد و در نهایت مبانی نظری تحقیق مطرح می‌گردد.

بخش اول: چارچوب مفهومی و کلی

الف) چارچوب مفهومی

۱. تعریف همگرایی

مراد از همگرایی جهان اسلام در تحقیق پیدایش فضای ذهنی مثبت، اعتماد سازی و تقویت مناسبات دولت‌های اسلامی با یکدیگر است. (ستوده، ۱۳۹۲: ۲۵۸) جالب این که اهل لغت نیز همگرایی را به معنای تقارب، تمرکز و همسویی دانسته است (معین، ۱۳۸۶: ۱۲۵۴-۹۴۸).

بنابراین هرگاه جهان اسلام دارای فضای ذهنی مثبت نسبت به یکدیگر در حوزه‌های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و امنیتی شدند و به یکدیگر اعتماد کردند و براساس این اعتماد مناسبات‌شان تقویت کردند در این صورت گفته می‌شود که جهان اسلام دارای ظرفیت همگرایی شده و می‌خواهند در حوزه‌های مذکور به شکل همسو عمل کنند. در شرایط فعلی بدلیل این که کشورهای اسلامی نسبت به یکدیگر ذهنیت مثبت ندارند و به همین خاطر نسبت به هم‌دیگر اعتماد نیز ندارند؛ و لذا در مناسبات‌شان نیز بیشتر واگرا هستند و همین واگرایی سبب ذلت و ناکامی آنها در عرصه سیاست داخلی و بین‌المللی گردیده است. این تحقیق می‌کوشد تا ضمن شناسایی عوامل بازدارنده از همگرایی؛ راه‌ها و فرصت‌های همگرایی را که زمینه ساز اعتماد و مناسبات حسنه و همسویی جهان اسلام می‌شود را مطرح سازد.

۲. تعریف فرصت

فرصت به معنای زمان مناسب برای انجام کار است. بسیاری از لغت شناسان نیز به همین ترتیب معنی نموده‌اند. مثلاً برخی گفته فرصت به معنای وقت مناسب برای انجام دادن کار است؛ یا به معنای مجال انجام کار؛ یا به معنای مساعدت روزگار و مانند آن است. (معین، همان: ۷۶۲) اما مراد تحقیق از فرصت ظرفیت‌ها، قابلیت‌ها، راهکارها و راه‌های رسیدن به همگرایی است که در جهان اسلام وجود دارد. جهان اسلام بدلیل این که دارای پتانسیل‌های مختلف فرهنگی، اقتصادی، ترانزیتی، مشترکات همجواری و مانند آن است؛ از مجموعه‌ای این ظرفیت‌ها به فرصت‌ها تعبیر می‌گردد. این فرصت‌ها و ظرفیت‌ها می‌تواند زمینه‌های همگرایی را در جهان اسلام فراهم نماید و در نتیجه جهان اسلام بعد از همگرایی بتواند جایگاه شایسته خود را در روابط بین‌الملل پیدا کرده و در این عرصه دارای تأثیرگذاری شوند. به تعبیر دیگر، اگر جهان اسلام امروزه دارای هیچ‌گونه تأثیرگذاری در سطح بین‌الملل نیست و معمولاً در برابر جامعه جهانی حالت انفعال دارند، به آن دلیل است که همگرایی در بین‌شان نیست و هرکدام به‌عنوان جزیره جداگانه همواره در صدد تضعیف همدیگر هستند. به طور که حتی برای تضعیف کشور اسلامی دیگر با دشمنان اسلام هم پیمان می‌شوند.

۳. تعریف جهان اسلام

از این که مسلمانان در قاره‌های مختلف جهان زندگی می‌کنند؛ بنابراین برای تعریف جهان اسلام می‌توان معیارها و ملاک‌های متفاوتی در نظر گرفت. چرا که ارائه یک معیار فراگیر برای تعریف جهان اسلام مشکل است. (مستوفی الممالکی، ۱۳۸۲: ۱۵) اما به نظر می‌رسد که معیار میزان جمعیت مسلمان در یک سرزمین می‌تواند تا حدی مشخص‌کننده محدوده جهان اسلام باشد. بر این اساس، در تعریف جهان اسلام می‌توان گفت: مجموعه کشورهایایی که در مناطق مختلف جهان اکثریت جمعیت‌شان مسلمان باشد، جهان اسلام را تشکیل می‌دهند. در این تعریف مبنای ترسیم جهان اسلام سرزمینی است و مرزهای جهان اسلام با سایر کشورها را که در جهان اسلام قرار نمی‌گیرند، همان مرزهای سرزمینی دولت ملی است. در این تعریف نکات زیر مهم است:

الف) کشورهایایی که جمعیت مسلمان آن پنجاه درصد به بالاست، در قلمرو جهان اسلام قرار دارند؛ اما در قلمرو امت اسلامی نیستند؛

ب) مرزهای اعتباری کشورها که مورد پذیرش دولت‌ها قرار گرفته است، در این تعریف قرار می‌گیرد و از آنجا که نظام بین‌الملل موجود مبتنی بر نظم دولت-ملت است، مفهوم جهان اسلام نیز در این چارچوب ادراک می‌شود.

ج) در قلمرو جهان اسلام می‌توان مناطقی را تصور کرد و همگرایی کشورهای اسلامی را در آن قلمرو مطالعه نمود. بر این اساس، تعریف فوق از جهان اسلام یک تعریف کاربردی که از تعریف امت اسلامی متمایز می‌شود. چون تعریف جهان اسلام سرزمینی است؛ در حال که تعریف امت اسلامی بر مبنای عقیده و ایمان است. لذا واژه امت به جماعتی اطلاق می‌شود که دارای یک مقصد و یک هدف باشند و این مقصد واحد رابطه واحدی را میان افراد ایجاد کرده باشد. (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۲: ۱۸۵) این جماعت یا امت، جهان بینی مشترک، آرمان مشترک و نظام مشترک دارند. (عمیدزنجانی، ۱۳۶۱: ۸۱-۷۱)

معنای این سخن آن است که هر فرد مسلمانی که در کشورهای غیر اسلامی به سر می‌برند؛ از مجموعه امت اسلامی به‌شمار می‌روند؛ چون امت اسلامی را مرزهای جغرافیایی نمی‌تواند از یکدیگر جدا سازند. از سوی دیگر مفهوم دارالاسلام نیز می‌تواند به تعریف جهان اسلام کمک نماید. عمید زنجانی در کتاب وطن و سرزمین نظریاتی را در باره سرزمین مطرح کرده که هرکدام بر جنبه‌ای از اسلامی بودن سرزمین تأکید می‌کند. مثلاً در یک نظریه می‌گوید: سرزمین‌هایی که در قلمرو حکومت اسلام هستند و احکام اسلام در آن اجرا و نافذ بوده و مناسک اسلامی برپا می‌شوند دارالاسلام خواهند بود. (عمید زنجانی، ۱۳۶۵: ۱۰۹)

بر این اساس جهان اسلام شامل جزیره العرب و سرزمین‌هایی است که بدست مسلمین فتح شده و نیز بلادی که در برابر قانون اسلامی سر فرود آورده و نظامات اسلامی در آن بلاد اجرا شده خواهد شد. (عمید زنجانی، همان: ۱۱۰) در حالی که در نظریه دیگر وجود «امان» و عدم آن ملاک تشخیص دارالاسلام یا دارالحرب است؛ به‌این معنا که هرگاه در سرزمین امان از طرف مسلمین باشد، مشمول جهان اسلام و هرگاه امان از طرف مسلمین نباشد جزء دارالحرب خواهد بود. (همان: ۱۱)

هریک از معیارهای فوق می‌تواند به تعریف جهان اسلام کمک نماید. زیرا اگر در کشوری از جهان اسلام که اکثریت آن مسلمان هستند؛ حکومت اسلامی ملتزم به اجرای قوانین اسلامی باشند و یا اساساً حکومت دینی باشند؛ از ویژگیهای بیشتری برای قرار گرفتن در جهان اسلام برخوردارند. اما معیار حداکثر جمعیت مسلمان می‌تواند به‌عنوان شرط

حداقلی در تعریف جهان اسلام ملاحظه شود. تعریف فوق از جهان اسلام می‌تواند این امکان را فراهم نماید که کشورهای اسلامی با حفظ مرزهای سرزمینی در چارچوب مفهومی جهان اسلامی مطالعه شود. به طور که ضمن ترسیم مرزهای سرزمینی، دسته بندی آنها در قلمرو منطقه‌ای با هدف افزایش ارتباطات درون منطقه‌ای امکان پذیر شود و از جانب دیگر، زمینه ترسیم موقعیت، جایگاه و منزلت کشورهای اسلامی را در نظام بین‌الملل جهانی فراهم می‌سازد.

۴. ضرورت همگرایی

جهانی شدن، اطلاعات و ارتباطات ارتباطات اهمیت و ضرورت همگرایی را در جهان اسلام دوچندان نموده است. زیرا امکان ادامه حیات کشورها در چارچوب نظم و ستفالی را با مشکلات فراوانی مواجه ساخته و ساختار نظام بین‌الملل دولت محور در حال تغییر بوده و جای خود را به ساختارهای منطقه‌ای و فرا منطقه‌ای و جهانی می‌دهد. در این شرایط، تأکید بر سرزمین‌های اسلامی منفک از یکدیگر نه تنها منافع ملی کشورهای اسلامی را تأمین نمی‌کند؛ بلکه امکان استحاله آنها را در نظم جدید جهانی میسر می‌سازد. (ستوده، همان: ۱۷)

جهانی شدن به‌عنوان یک واقعیت تمامی کشورها و از جمله کشورهای اسلامی را تحت تأثیر قرار داده و در چنین وضعیتی، کشوری که از ظرفیت‌ها و قابلیت‌های قدرت مادی و معنوی برخوردار باشند، امکان تعامل سازنده با سایر کشورها را بهتر پیدا می‌کند. زیرا افزایش قدرت در گرو تعامل سازنده در ساختارهای جدید اطلاعاتی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی است. در حال که حرکت به سمت اتحادیه‌های منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای از سازوکارهای کارآمد برای افزایش قدرت است.

جهان اسلام با داشتن امکانات بالفعل و بالقوه توان دستیابی به سطح بالایی از قدرت را جهت حفظ خود در دوره جهانی شدن دارد مشروط به این که از فرصتها و امکانات ایجاد شده استفاده نماید و آنها را جهت نیل به اهداف خود کنترل نماید. مثلاً جهانی شدن اقتصاد و پیدایش سازمان تجارت جهانی مجموعه‌ی از فرصت‌ها و محدودیت‌ها را برای اقتصاد کشورهای اسلامی ایجاد کرده که می‌بایست کشورهای اسلامی به خوبی از آنها استفاده نماید.

بخش دوم: فرصت‌ها و قابلیت‌های همگرایی در جهان اسلام

از وجوه همگرایی کشورهای اسلامی مربوط به همسو شدن در سیاست خارجی و اتخاذ مواضع مشترک در برابر روندها و تحولات بین‌المللی است. آنچه مسلم است آن است که کشورهای اسلامی بدلیل تنوع رژیم‌های سیاسی، نداشتن اعتماد متقابل همه جانبه و مداخله قدرتهای بزرگ کمتر قادرند مواضع جمعی فعال در مسایل منطقه‌ای و بین‌المللی اتخاذ نمایند.

این درحالی است که تجربه همکاریهای سیاسی در قالب سازمان‌های منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای گام موثری در حرکت به سمت سیاست خارجی مشترک به‌شمار می‌رود. یعنی کشورهای اسلامی با وجود موانع و چالشهای موجود از ظرفیت‌های قوی نیز جهت همگرایی برخوردارند که بتواند دیپلماسی خود را سازمان بدهند. از جمله آن فرصت‌ها می‌توان تاریخ مشترک، پیوستگی جغرافیایی و نیازهای مشترک را نام برد. لذا همگرا شدن کشورهای اسلامی در سطوح اقتصادی، سیاسی و فرهنگی مستلزم اراده سیاسی دولت‌های اسلامی بوده که می‌توان این اراده را در سیاست خارجی آنها مشاهده نمود. لذا این سوال مطرح است که آیا امکان تعریف و شناسایی سیاست خارجی مشترک کشورهای وجود دارد؟ در صورت که جواب مثبت باشد؛ کشورهای اسلامی چگونه می‌توانند از فرصت‌های موجود برای رسیدن به سیاست خارجی همگرا استفاده نمایند؟

الف) فرصت‌های سیاست خارجی مشترک

تمام دولت‌ها مطابق نیاز داخلی سیاست خارجی خود را هدایت می‌کنند. یکی از این جهت‌گیری‌ها اتحاد و ائتلاف است. دولت‌هایی که در صدد ایجاد ائتلافهای دیپلماتیک سیاسی و امنیتی دایمی هستند به این باور رسیده‌اند که نمی‌توانند به تنهایی و با تکیه به توان خود به اهداف‌شان برسند و از امنیت ملی خود دفاع نموده و تهدیدات موجود را دفع نمایند. به همین دلیل با کشورهای که مشکلات مشابه دارند وارد اتحاد و ائتلاف می‌شوند و در این اتحادها تعهداتی می‌پذیرند و از طریق این اتحاد توان خود را برای تأمین امنیت و نیاز بالا می‌برند. اگرچه در بسیاری از اتحادها عواملی وجود دارد که همگرایی به وجود آمده را تهدید می‌کند؛ مانند: عملی نشدن اهداف اتحاد بخاطر فقدان امکانات و ابزار لازم، اختلاف میان متعاهدان، عدول برخی از اعضاء از اهداف اتحاد؛ اما در کل باعث ارتقای توان یک دولت خواهد شد. (قوام، ۱۳۷۱: ۱۹۰-۱۸۵)

یکی از راههای رسیدن به همگرایی کشورها بکارگیری توان دیپلماسی کشورها در مسیر نهادها و سازمان‌های منطقه‌ای است. دولت‌ها از این طریق می‌توانند منافع سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و امنیتی مشترک و مطلوب خود را بهتر پیگیری نموده و به آنها نایل شوند. به همین دلیل در رویکرد نهادگرایی نولیبرال نهادها و سازمان‌ها را تسهیل کننده همکاری بین دولت‌ها ارزیابی می‌کنند. این رویکرد با قبول وجود عناصری از ناسازگاری در مناسبات بین دولت‌ها معتقد است نهادهای منطقه‌ای و بین‌المللی با مشروع کردن روابط مناسب و نامشروع کردن تخلفات، هزینه مبادلات را کاهش می‌دهند و روند مذاکرات را تسهیل می‌کنند. اما از این که هزینه ایجاد سازمان‌های منطقه‌ای زیاد است، نگاه همه جانبه به فرصتهای موجود در کشورهای اسلامی، با هدف اعتلای همگرایی می‌تواند باعث کاهش هزینه‌های همگرایی شود. یعنی رسیدن به صدای واحد در سیاست خارجی و مناسبات امنیتی نیازمند اصلاح و توجه بیشتر به تجربیات سازمانی منطقه، از جمله سازمان «ا.ک.و» و «سازمان کنفرانس اسلامی» است که در زیر به‌عنوان یک فرصت برای همگرایی در سیاست خارجی کشورهای اسلامی مورد تحلیل واقع می‌شود.

۱. سازمان کنفرانس اسلامی

سازمان کنفرانس اسلامی مهمترین فرصت بالفعل سازمانی است که می‌تواند رفتار کشورهای اسلامی را در موضوعات مختلف مدیریت نماید. تشکیل این سازمان نشان می‌دهد که انتقال انتظارات، تصمیمات و فعالیت‌های سیاسی به یک سازمان و ارگان مرکزی جدید بی سابقه نیست و کشورهای منطقه بارها در جهت ایجاد سیاست خارجی همگرا تلاش کرده تا سازمانها و نهادهای منطقه‌ای را ایجاد نمایند. (Laursen, 2003: 6)

سازمان کنفرانس اسلامی هم‌اکنون با داشتن ۵۷ کشور مسلمان عضو، ۷۴ درصد ذخایر نفت جهان و ۵۵ درصد ذخایر گاز جهان و با در اختیار داشتن تنگه‌ها و آبراهه‌ها و ۲۰ درصد از مناطق آبی و خاکی مهم جهان و نیز یک ونیم میلیارد جمعیت؛ دارای ظرفیت و فرصت بالایی در معادلات جهانی است. این سازمان با این امکانات و توانایی‌ها می‌تواند به‌عنوان یک عامل مهم برای همگرایی و در نتیجه باز یافتن عظمت دوباره امت اسلامی را به آسانی رقم بزند و خود را به‌عنوان یک قدرت تأثیرگذار در سطح جهانی مطرح نماید. (ستوده، همان: ۲۵۰)

مطابق اساسنامه سازمان، برخی از اهداف سازمان عبارتند از: ارتقای همبستگی اسلامی میان کشورهای اسلامی، تحکیم همکاری‌ها میان کشورهای عضو در زمینه‌های اقتصادی، سیاسی، علمی و اجتماعی، اقدامات هماهنگ از صلح جهانی و امنیت متکی بر عدالت، هماهنگی اعضا جهت حراست و محافظت از اماکن مقدسه، پشتیبانی از مردم فلسطین.

نگاهی به اهداف سازمان کنفرانس اسلامی و تلاش‌های انجام شده نشان می‌دهد که زمینه‌ها و امکانات لازم برای همگرایی سیاسی و فرهنگی کشورهای اسلامی پدید آمده؛ اما نیازمند تلاش فراوان است تا با استفاده از تجارب گذشته بتوانند محدودیت‌ها را کنار بزنند.

در حوزه فرهنگی اقدامات مهمی مانند: تدوین دوسند «استراتژی فرهنگی جهان اسلام» و «اعلامیه حقوق بشر اسلامی» و استقرار کمیته دائم همکاری‌های اطلاعاتی و فرهنگی انجام شده که با توجه به ظرفیت‌های فرهنگی مشترک، سازمان توانسته موفقیت‌هایی را در زمینه‌های روابط فرهنگی کشورها بدست آورد.

اما در حوزه اقتصادی با وجود نهادهای اقتصادی مانند: صندوق همبستگی اسلامی، نظام ترجیحات تجاری سازمان و کمیته همکاری تجاری و اقتصادی کومسک، عملکرد بانک توسعه اسلامی درخور توجه است. اهرم اجرایی ارتقای سطح اقتصادی و حرکت سرمایه بین اعضا معمولاً بانک‌ها هستند که بانک توسعه اسلامی با هدف رشد توسعه اقتصادی کشورهای اسلامی در سال ۱۹۷۵ با سرمایه دو میلیارد دینار اسلامی تشکیل شد. این بانک از ابتدای فعالیت خود اقدامات موثری را در جهت تحقق اهداف سازمان به عمل آورد و با تأمین مالی سرمایه‌گذارها و ارائه خدمات و اعطای تسهیلات در زمینه پروژه‌های زیر بنایی نقش سازنده‌ای در توسعه اقتصادی و رونق تجاری کشورهای عضو ایفا نمود.

(محمدی: www.asianews)

در واقع، عملکرد بانک توسعه اسلامی یادآور نقش اتحادیه زغال سنگ در شکل‌گیری اتحادیه اروپاست و این که همگرایی را می‌توان از حوزه اقتصادی به سایر حوزه‌ها تسری داد. بنابراین، با تنظیم دستور کار جدید همراه با اجلاسهای فوق العاده در سطوح مختلف با هدف باز تعریف امنیت و سیاست خارجی مشترک می‌توانند به وحدت سیاسی برسند. یعنی سازمان می‌تواند سیاست خارجی مشترک را با ایجاد سنخیت بین موضوعات سیاست خارجی کشورهای عضو با موضوعات عمده بین‌المللی و بر اساس اجماع میان کشورها در مقابل سایر بازیگران اتخاذ نمایند. (صدرخواه، ۱۳۸۰: ۹۰۸) بر این اساس، سازمان می‌تواند با ایجاد

اراده سیاسی میان کشورهای عضو همگرایی را ابتدا ایجاد و سپس تحکیم نمایند. زیرا اراده سیاسی و همگرایی سیاسی علاوه بر تقویت نهادهای منطقه‌ای، وابستگی به قدرتهای بزرگ را کاهش می‌دهد و قراردادهای و معاهدات و تصمیمات را در سطح بین‌المللی کارآمد می‌سازد. در این صورت، کشورهای اسلامی در یک رابطه احترام متقابل با جامعه جهانی قرار می‌گیرد که در آن از تأثیرات زیانبار سیاست جهانی خود را بیمه می‌کند.

علاوه بر ارگان‌های اقتصادی سازمان کنفرانس اسلامی نهادهای دیگری نیز مانند: «اکو»، اتحادیه مغرب عربی (AMU)، شورای وحدت اقتصادی اتحادیه مغرب عربی (AEU)، اتحادیه پولی و اقتصادی غرب آفریقا (WAEMU)، و گروه «دی هشت»^۱ حضور دارند. اصولاً عرصه اقتصاد مهمترین عرصه‌ای است که دولتمردان منطقه لزوم اتخاذ سیاست مشترک را احساس کردند. آمارها حکایت از آن دارند که طی دوره ۱۹۹۴-۲۰۰۳ تجارت کشورهای منطقه به سمت تجارت در میان اعضا گرایش داشته به طور که سهم واردات درون گروهی ۲/۲ درصد افزایش داشته است. در این باره شورای همکاری خلیج فارس در رتبه نخست، شورای وحدت اقتصادی اتحادیه مغرب عربی در رتبه دوم و سازمان اکو در رتبه‌های بعدی قرار داشتند. (ثاقب، ۱۳۸۴: ۲۴-۲۸)

از جانب دیگر ارگان‌های فرهنگی سازمان کنفرانس اسلامی مانند آیسیسکو و سازمان فرهنگ و ارتباطات اسلامی، کنفرانس وحدت، مجمع جهانی ادیان نیز عهده دار تقویت حوزه فرهنگ اسلامی بوده است. این کشورها با استفاده از این نهادهای فرهنگی همواره در پی رفع اختلاف مذاهب و ادیان از طریق تأسیس مجمع جهانی تقریب مذاهب، سازمان ارتباطات و فرهنگ، برگزاری کنفرانس وحدت اسلامی و تأسیس دانشگاه مذاهب اسلامی بوده است. این تلاشها همگی با هدف ایجاد زمینه‌های اتحاد و همگرایی جهان اسلام، همفکری دانشمندان اسلامی جهت نزدیک سازی دیدگاه‌های علمی و فرهنگی آنان در زمینه‌های فقهی، اصولی، کلامی، تفسیری و نیز مسایل مسلمانان و ارائه راهکارهای مناسب مشترک بوده است. تا بتوانند امت اسلامی را شکل داده و در نهایت به همگرایی برسند. به خصوص این که مجمع جهانی تقریب وظیفه دارد که دیدگاههای فرقه‌های اسلامی را به یکدیگر نزدیک ساخته و بازگشت به اسلام اصیل را آسان سازد.

۱. هشت کشور در حال توسعه اسلامی شامل ایران، پاکستان، ترکیه، مالزی، بنگلادش، مصر، اندونزی و نیجریه کشورهای هستند که این گروه را با اهداف همکاریهای اقتصادی ایجاد کردند.

۲. ایجاد اتحادیه امنیتی مشترک

آنچه جهان اسلام را در ارائه تعریف واحد از امنیت مشترک کمک می‌کند، تعریف بر اساس توانمندیهای دولت عضو است. نه تعریف بر اساس وابستگی، اتحاد با دولتهای غربی و ائتلاف با آنها. از سوی دیگر، تعمیق روابط منطقه‌ای از تنها از طریق درک مشترک از امنیت خارجی است که مستلزم تقسیم منافع منطقه‌ای بین ملتهای مسلمان است که در چشم انداز توسعه امنیت اثر دارد. از این گذشته، همگرایی در حوزه امنیتی مستلزم ایجاد این ذهنیت در میان رهبران است که «هیچ دولتی نمی‌تواند بدون افزایش امنیت سایرین، امنیت خود را افزایش دهد». در حال که روح غالب بر این ایده «همکاری بجای رقابت، اتفاق بجای خود اتکایی در تحصیل امنیت و حفظ امنیت منطقه» است. (عبدالله خانی، ۱۳۸۳: ۳۲۸) از این نظر، ضرورت مقابله با تهدیدات مشترک منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای بستر مناسب را برای ترتیبات امنیتی دسته جمعی منطقه‌ای با حضور کشورهای مسلمان فراهم می‌کند.

از جانب دیگر، رسیدن به امنیت مشترک نیازمند باز تعریف امنیت از حیث عوامل تهدید کننده نیز مهم است. غرب از راههای مختلف می‌کوشد حساسیت‌های ملل اسلامی از مسئله فلسطین به سمت و سوی دیگر بکشاند که در آن کل برداشت از طیف «دشمن-دوست» باید با اهداف صلح آمریکایی-عبری منطبق شود. (مشیرزاده، ۱۳۸۰: ۷۵۵) اگر این کشورها به این حقیقت برسند که آمریکا دوست ابدی این کشورها نیست، خودشان ترتیبات امنیتی خود را بدست خواهد گرفت.

۳. ظرفیت‌های اقتصادی سیاست خارجی مشترک

با وجود اختلاف در ساختارهای اقتصادی، فقر، ضعف مدیریت، فساد اداری و اختلاف سطح در توسعه اقتصادی کشورهای اسلامی، صاحب نظران باور دارند که اتحادیه اقتصادی مستلزم ایجاد بازار مشترک و پول واحد است. بازار مشترک نوع پیشرفته‌تری از طرحهای همگرایی در مقایسه با طرحهای مناطق ترجیحات تجاری، منطقه آزاد تجاری و اتحادیه گمرکی است؛ البته از بازار مشترک پیشرفته تر در زمینه همگرایی اتحادیه پولی است. ملزومات ایجاد بازار مشترک عبارتند از: حذف تعرفه‌ها در منطقه کشورهای عضو، اعمال یک تعرفه مشترک بر کشورهای غیر عضو، نبود محدودیت‌های نامرئی بر تجارت از جمله هماهنگ بودن استانداردها و روشهای تجاری، آزادی نقل و انتقالات سرمایه و نیروی کار.

با وجود این که حجم تجارت درون گروهی بالا نیست، اما با اقدامات که سازمان کنفرانس اسلامی آن هم با همت بانک توسعه اسلامی صورت گرفته، حجم تجارت از یازده درصد در سال ۱۹۹۹ به رقم تقریبی چهارده درصد در سال ۲۰۰۴ رسیده و این دلیل خوبی است که می‌توان با اتخاذ تدابیر دم‌مشترک می‌تواند در ارتقای این رقم موثر باشد. (صادقی یارندی: www.ui.ac.ir)

در زمینه پول واحد شورای همکاری خلیج فارس توافق کردند که دینار عربی را به‌عنوان پول مشترک انتخاب نمایند و سپس در آینده نه چندان دور آن را وارد بازار کنند. به طور طبیعی، تعمیم چنین تصمیمی به سایر کشورهای اسلامی نیازمند ارتقای مبادلات تجاری-اقتصادی میان کشورهای منطقه، تعمیق همکاریهای اقتصادی-تجاری و رفع موانع گمرکی و حل مشکلات پولی-مالی پیش روست. البته به گردش در آمدن پول واحد اسلامی با توجه به اقتصاد ناهمگن کشورهای اسلامی لازم است ابتدا در کشورهای که اقتصادی نزدیک به هم دارند، مانند کشورهای حوزه خلیج فارس (صادرکننده نفت) اجرا شود. علاوه بر موارد مذکور، زمینه‌های همگرایی اقتصادی دیگری نیز مطرح است مانند: سرمایه گذاری پول ناشی از فروش نفت در سایر کشورهای اسلامی، بومی سازی دانش غربی مطابق با محیط محلی و تولید تکنولوژی مناسب طرح ریزی شده برای رشد پایدار، تقویت سنتهایی چون زکات و وقف با هدف کاهش فقر میان مسلمانان، رفع محدودیت‌های گمرکی از یک طرف و کاهش محدودیت‌های نیروی کار برای نقل و انتقال در کشورهای اسلامی که همگی نوید دهنده منطقه ثروتمند و پیشرفته را می‌دهد.

اساسی‌ترین وجه مثبت فعالیت‌های فنی و اقتصادی مانند فناوری اطلاعات، آب، مبارزه با فقر، زراعت و خدمات این است که رسیدن به توافق و اجماع در این حوزه مستلزم چانه زنی از طریق مجاری دیپلماتیک و غیر رسمی است. ایجاد تعرفه‌های گمرکی و مناطق آزاد تجاری ضمن این که رفاه را برای کشورهای منطقه در بر دارد، بنا به اصل سرریزی، همگرایی را به حوزه‌های سیاسی و امنیتی تسری می‌دهد.

کشورهای نفتی منطقه، به خصوص خلیج فارس از نظر درآمدهای ارزی ناشی از نفت و ثروتهای حاصل شده، موقعیت خاصی در گردش اقتصاد و امور مالی جهان دارند؛ به خصوص اینکه درآمدهای نفتی این کشورها با ورود به قرن بیست و یک افزایش یافته است. همین امر انگیزه قوی به منظور رقابت کشورهای غربی در خلیج فارس برای جذب و برگشت

مجدد دالره‌های نفتی ایجاد کرده است. از این رو، با عنایت به اینکه صنعت انرژی یکی از سودآورترین صنایع جهان به‌شمار می‌رود، نیازی فوری به تأسیس شرکتهای چند ملیتی، شبیه به شرکت نفت مالزی (پتروناس) و سازمان‌های منطقه‌ای مثل بانک توسعه اسلامی برای افزایش رقابت صحیح سرمایه‌های مالی سرگردان وجود دارد. (ستوده، همان: ۲۸۵)

۴. اهمیت حج در همگرایی فرهنگی

مراسم حج از ظرفیت‌ها و قابلیت‌های گسترده‌ای برای همگرایی مسلمانان و اتخاذ سیاست خارجی مشترک برخوردار است. این امر در کنار پیشرفت فناوری اطلاعات در قرن بیست و یک و انقلاب اطلاعات بیش از پیش در ایجاد روابط بین اذهانی و آگاهی از اشتراکات فرهنگی و تمدنی کمک کرده و وضعیتی ایجاد کرده که همگی خود را شهروند جهانی احساس می‌کنند. در این ماراتن مذهبی مسلمانان از تمام نقاط جهان در یک جا جمع می‌شوند و با وجود تفاوت‌های مذهبی فرایض مشابهی را با هدف تقرب الهی انجام می‌دهند. در کنار امور عبادی حج، جلوه‌هایی از همگرایی فرهنگی و اعتقادی در اثر ارتباط چهره به چهره و نزدیک مسلمانان و اطلاع از اوضاع اجتماعی و سیاسی یکدیگر حاصل می‌شود که می‌توان از آن به‌عنوان ظرفیت بسیار قوی برای دستیابی به همگرایی استفاده کرد و از آن در ایجاد فضای ذهنی مثبت اعتماد سازی و تقویت مناسبات دولتهای اسلامی بهره برد.

ب) فرصت‌های توسعه اسلام سیاسی در جهان

جایگاه طرفداران اسلام سیاسی در کشورهای اسلامی نشان می‌دهد که اسلام از قابلیت‌های گسترده‌ای برخوردار است که می‌تواند در جهت تحقق همگرایی کشورهای اسلامی موثر واقع شود. برخی از این قابلیت‌ها و ظرفیت‌ها به صورت رفتار سیاسی ظهور یافته و برخی دیگر نیازمند ارائه راهکارها، طرحها و برنامه‌های مشخص جهت استفاده از آنهاست. طرفداران اسلام سیاسی در کشورهای اسلامی با تمام تنوع حزبی‌شان دارای مشترکات اساسی در بستر جامعه مطلوب سیاسی هستند. چرا که اسلام دینی است که سیاستش عین عبادتش و عبادتش عین سیاستش می‌باشد. بر این اساس آنها باید نظامی را طراحی نمایند که در پرتو شعارهای قرآنی و الهی زمینه تحقق آرمان‌های اسلامی و همگرایی امت اسلامی را فراهم نماید. برخی از این فرصت‌ها موارد زیر است.

۱. فرصت‌ها

الف) اعتقاد به نیروی مردمی: نیروی مردمی و اعتقاد به این نیرو یکی از فرصت‌های مهم برای همگرایی به‌شمار می‌رود. چرا که پتانسیل زیادی برای به حرکت در آوردن مردم علیه حاکمان ظالم در داخل و خارج وجود دارد. طرفداران اسلام سیاسی باید امیدوار باشند که امروزه حرکت‌های امیدوار کننده‌ای در کشورهای اسلامی شروع شده است. چه در ترکیه با شعار حجاب زنان و چه در لبنان ما شاهد این حرکت‌ها هستیم. حالا چه انحطاط سیاسی مصر و الجزایر را درونزا بدانیم و چه حجاب زنان ترک را برگرفته شده از فرهنگ دیگر کشورهای اسلامی بدانیم؛ نشان از این واقعیت دارد که اسلام سیاسی استعداد و قدرت بسیج مردم را دارد تا ظلم و ستم را مورد نفی قرار بدهد.

ب) اعتقاد به اسلام به‌عنوان دین زندگی: به باور اسلام‌گرایان، اسلام صرفاً دارای تعالیم فردی نیست، بلکه مکتبی است که برای تمام زوایای زندگی انسان‌ها دستور و برنامه دارد. اسلام دین زندگی بوده و برای زندگی بشر سبک زندگی ارائه می‌دهد. از این جهت، اسلام با سیاست و اقتصاد و حکومتداری پیوند عمیق و ریشه داری دارد. اسلام دینی است که در تمام زمان‌ها و مکان‌ها اجرا شدنی است و قرآن قانون زندگی اجتماعی و سیاسی بوده که در آن دولت اسلامی مجری این قوانین خواهد بود. یکی از تعالیم اسلام دوری از اختلاف و ایجاد امت اسلامی است که دولت‌های مسلمان باید در جهت تحقق آن بکوشد. نتیجه این تلاش همگرایی جهان اسلام در چارچوب تعالیم قرآن است.

ج) اعتقاد به روند تکاملی اسلام سیاسی: یکی از نقش‌های اسلام سیاسی این است که در بین کشورهای اسلامی و مسلمانان یک روند رو به تکامل را داشته و این جریان فکری امروزه به‌عنوان یک واقعیت انکارناپذیر زندگی سیاسی مردم را تحت تأثیر قرار داده است. و امروزه اسلام سیاسی به‌عنوان یک خطر برای قدرتهای بزرگ گردیده و این نشان دهنده آن است که اسلام سیاسی پیشرفت خوبی در حیات سیاسی و اجتماعی مردم داشته است.

د) خودباوری اسلامی: یافتن خود در پرتو اسلام از ظرفیت‌های است که طرفداران اسلام سیاسی به آن دست یافته‌اند. دیگران نیز باید به این نتیجه برسند که ما می‌توانیم از سیطره ظلم قدرتهای بزرگ بیرون آییم. گرچه ترویج این ایده زمانبر است اما دست یافتنی است. مسلمانان یک روزی خود به فلسفه احکام اسلامی خواهند رسید و از این طریق به خودباوری قدم خواهند گذاشت.

امروزه بزرگ‌ترین درد جوامع اسلامی این است که هنوز نه تنها به فلسفه احکام اسلامی نرسیده بلکه درک درستی از ارزشهای نیز ندارند. مثلاً حج با آن همه عظمت که دارد هنوز به صورت یک عبادت خشک باقی مانده است. حج زمانی از این حالت خارج می‌شود که مسلمین به خود باوری اسلامی برسند.

البته خودباوری گرچه در کشورهای اسلامی برای همگرایی کافی نیست اما زمینه ساز تحولات به‌شمار خواهد رفت. زیرا هرگونه اقدام و حرکت در گرو فعال شدن خودباوری اسلامی است.

۲. برخی راهکارها

الف) ایجاد ساختارهای حکومتی مردمی: یکی از راهکارها برای رسیدن به همگرایی از بین بردن حکومت‌های دیکتاتور و وابسته به قدرتهای بزرگ است. مسلمانان در کشورهای اسلامی از طرق مختلف سخت‌افزاری و نرم‌افزاری باید سعی کنند ساختارهای حکومت را مردمی بسازند. همه مسلمانان وظیفه دارند به ملیت‌های آزاد بفهمانند که حکام آنها در سلطه قدرتهای خارجی هستند و مطابق اصل استقلال ملی و قوانین اسلامی، هیچ ملت و شخصی و قدرتی حق مداخله در امور کشورهای اسلامی را ندارند. در حال که حکام دست‌نشانده کشورهای اسلامی این استقلال را از ملت‌هایشان گرفته و بر باد داده‌اند.

ب) حضور فعال در اداره جامعه: طرفداران اسلام سیاسی برای تأثیرگذاری در سیاست و اداره جامعه نیازمند نیروی نخبه هستند. بر این اساس تعلیم و تربیت نیروی مستعد گام مهمی در هدایت جامعه به سمت اهداف اسلام سیاسی است. چون اداره جامعه توسط افراد متخصص و متعهدی صورت می‌گیرد که از قابلیت‌های لازم جهت مدیریت جامعه برخوردار باشند. فهم درست تعالیم اسلام و اجرای احکام و قوانین اسلام حضور همه جانبه طرفداران اسلام سیاسی را می‌طلبد که خود نیازمند دقت و برنامه ریزی است.

ج) محور نگرش‌های قومی و قبیله‌ای: بسیاری از کشورهای اسلام گرفتار افکار و اندیشه‌های قومی و قبیله‌ای هستند مانند عربستان و یا بر اقلیت‌های مذهبی خاص متکی هستند مانند سوریه و یا به شبکه‌های نظامی متکی هستند مانند الجزیره. اسلام‌گرایان سیاسی می‌توانند با شعار محور نگرش قومی محور تلاش کنند مسلمانان را به سمت یک هویت کلان سوق دهند مانند حلف الفضول رسول خدا.

د) ایجاد اعتماد متقابل و تصویرسازی مثبت: بدون تردید ایجاد همگرایی میان کشورهای اسلامی نیازمند ایجاد اعتماد متقابل است. تصویر سازی مثبت می‌تواند برداشت‌های متفاوت از اسلام سیاسی را نزدیک ساخته و از اختلاف آرا و رفتارهای سیاسی متضاد جلوگیری کند. از این رو، مسلمانان در کشورهای اسلامی و دولت‌های اسلامی برای رسیدن به همگرایی منطقه‌ای نیازمند تصویر سازی ذهنی مثبت در نزد افکار عمومی است. این اعتماد متقابل نه تنها میان مسلمانان و غیر مسلمانان بلکه میان دولت‌های اسلامی نیز ایجاد شود و تلاش شود از قابلیت‌های اسلام سیاسی در جهت تنش زدایی استفاده گردد. بنابراین رسیدن به همگرایی در ابتدا نیازمند روابط دوجانبه و چند جانبه در سطح درون منطقه‌ای و میان منطقه‌ای است و در قدم دوم نیازمند مدیریت تعامل با قدرت‌های فرامنطقه‌ای و جهانی به منظور تأمین منافع جهان اسلام است.

ج) ظرفیت‌های محیطی جهان اسلام

جهان اسلام از ظرفیت‌ها و امکانات گسترده‌ای سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و منطقه‌ای برای دستیابی به همگرایی منطقه‌ای برخوردار است. موقعیت ژئوپلتیک جهان اسلام امکانات بالقوه و بالفعل اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و تاریخی مشترک را در اختیار جهان اسلام قرار داده که می‌تواند منزلت جهان اسلام را در سطح بین‌المللی بالا ببرد. به خصوص در عصر جهانی شدن که ارتباطات و فناوری توانسته زمینه همگرایی را سرعت بخشد. جهان اسلام برای حفظ منافع و هویت خود راه حلی به غیر از افزایش قدرت خود ندارند و همگرایی منطقه‌ای می‌تواند گام موثری در این جهت باشد. از این رو لازم است به ظرفیت‌های منطقه‌ای جهان اسلام نگاه اجمالی شود که در زیر به آن اشاره خواهد شد.

۱. ظرفیت‌های منطقه‌ای

مراد از منطقه، مجموعه‌ای از کشورهاست که با جغرافیا و ویژگی‌های مشترک مانند سطح توسعه، فرهنگ و نهادهای سیاسی با هم پیوند برقرار نمایند. یا دسته‌ای از کشورهاست که از نظر سیاسی وابستگی متقابل داشته و یا تصور می‌کنند که این گونه هستند. (لیک و مورگان، ۱۳۸۱: ۲۷) گاهی مراد از منطقه بخش‌های پهناوری در ماورای کشورهاست که دارای پویایی ژئوپلتیک ویژه خود است. (مجتهدزاده، ۱۳۸۱: ۵۱)

موقعیت و جایگاه کشورهای منطقه اسلامی نشان می‌دهد که آنها دارای موقعیت ممتازی در نظام بین‌الملل هستند. این وضعیت ژئوپلتیک باعث شده که از سایر مناطق جهان ممتازتر و خاص‌تر باشند. به نظر می‌رسد همین ویژگی سبب شده که همواره از نگاه قدرتهای جهانی استراتژیک محسوب شوند. این موقعیت به‌عنوان یک امکان و فرصت قابلیت نیرومندی را برای جهان اسلام جهت ایفای نقش موثر در نظام بین‌الملل ایجاد می‌کند.

جهان اسلام بدلیل اینکه جایگاه استراتژیک دارد، در طول تاریخ مورد توجه قدرتهای بزرگ بوده و از ظرفیت‌های آن بدلیل واگرایی کشورهای اسلامی بهره‌گیری لازم صورت نگرفته و این خلاء قدرت، زمینه را برای حضور قدرتهای بزرگ فراهم ساخته است. یک نمونه از این موقعیت مربوط به تنگه‌هایی مانند: هرمز، بسفر، داردانل، باب‌المندب و جبل الطارق در جهان اسلام است که سبب شده قدرتهای بزرگ به این مناطق توجه خاص داشته باشند. (میرحیدری، ۱۳۷۱: ۱۰۳)

از این رو، کشورهای مشرف به هرمز، بسفر و داردانل یعنی ایران و ترکیه در ساختار دوقطبی، در معادلات قدرت جهانی از موقعیت بالایی برخوردار بودند و در مقطع پس از جنگ سرد، ظرفیت نیرومندی را در ساختار جدید جهانی دارند بشرط اینکه بتوانند در قالب همکاریهای درون منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای از آن استفاده نمایند. یعنی با حرکت به سمت منطقه‌گرایی جدید سبب ایفای نقش موثر جهان اسلام شوند.

از سوی دیگر برخی از کشورهای اسلامی در تولید برخی از محصولات کشاورزی مقام اول را داراست؛ به طور مثال الجزایر در تولید انگور، تونس در تولید زیتون، عراق در تولید خرما، مصر در تولید پنبه و بنگلادش در تولید چای و مالزی در تولید کائوچو مقام اول جهانی را دارند. (گلی زواره‌ای، ۱۳۷۲: ۵۵) در حال که برخی از کشورهای اسلامی دارای موقعیت ساحلی است و در کنار دریا و خلیج‌ها واقع شده و این امر سبب شده که آنان در زمینه صید ماهی فعالیت نمایند.

از جانب دیگر، کشورهای اسلامی به لحاظ داشتن منابع زیر زمینی نیز غنی هستند. ایران، عربستان، عراق، کویت، امارات، قطر، بحرین، الجزایر، اندونزی، لیبی و نیجریه دارای منابع سرشار از نفت و انرژی هستند و تمام این کشورها عضو سازمان اوپک می‌باشند. در حال که در کشورهای مراکش، مصر، الجزایر، اردن، گینه، تونس، سنگال دارای ذخایر فسفات هستند و کشورهای نیجر و سومالی دارای ذخایر غنی اورانیوم

بوده و کشورهای اتیوپی، تانزانیا و کامرون دارای ذخایر طلای زرد و طلای سفید هستند. (فرجی، ۱۳۷۱)

این درحالی است که بسیاری از کشورهای اسلامی در خاورمیانه واقع است و خاورمیانه به لحاظ موقعیت جغرافیایی یکی از بین‌المللی‌ترین مناطق جهان است که اروپا، آفریقا و آسیا را به یکدیگر وصل می‌کند. به همین دلیل این منطقه اصلی‌ترین کانون تعامل‌های تجاری، فکری و معنوی جهان است و از نظر تاریخی، زادگاه ادیان بزرگ اسلام، مسیحیت و یهود است. میراث ارزشمند این ادیان بزرگ و سایر آثار تاریخی ارزشمند موقعیت ممتاز توریستی و گردشگری به این منطقه از عالم بخشیده. این موقعیت تاریخی، اجتماعی، طبیعی و جغرافیایی خاورمیانه سبب شده که این نقطه بستر منازعات داخلی و بین‌المللی و محل تلاقی منافع قدرتهای بزرگ باشند. در حقیقت، اینها همگی از جمله ظرفیت‌های منطقه‌ای این کشورهاست که می‌تواند باعث همگرایی اقتصادی و در نهایت همگرایی سیاسی و فرهنگی باشند. مهمتر از همه، ظرفیت‌های اطلاعاتی در منطقه است. بدون شک فناوری جدید اطلاعاتی عامل مهم و کارآمد در افزایش ارتباطات جمعی کشورهای اسلامی است. زیرا ابزارهای جدید اطلاعاتی امکان ارتباط وسیع را میان مقامات بلند رتبه کشورهای اسلامی فراهم ساخته است که می‌توانند از آنها در جهت تصمیمات مشترک استفاده نمایند. زیرا فناوری جدید و از جمله اینترنت امکان تغییر در باورها، ارزشها و در نهایت تصویر ذهنی ملت‌ها را در حد بالایی افزایش داده و زمینه همگرایی را فراهم سازد.

درحال حاضر نقش اطلاعات در شکل دهی افکار عمومی و ساخت تصویر ذهنی رو به افزایش است و این امر دولت‌ها را در مدیریت تغییر و مهندسی تعاملات منطقه‌ای و فرامنطقه‌ای یاری بدهد. (رابینز، ۱۳۸۵: ۱۵۹) به همین دلیل در عصر اطلاعات، قدرتهای بزرگ برای تسلط بر ابعاد مختلف زندگی مردم از قدرت نرم بهره می‌برند و عملاً دولت‌ها را از جنگ سنتی خارج ساخته و آنها را وارد جنگ اطلاعاتی و ارتباطی نموده است. (دارنلی، ۱۳۸۴: ۳۰) این وضعیت شرایطی را ایجاد کرده که اگر کشورهای اسلامی از ظرفیت درون منطقه‌ای استفاده نکند، جریان یکسویه اطلاعات می‌تواند محدودیت‌های را برای آنها ایجاد نماید.

۲. ظرفیت‌های درون منطقه‌ای

مطالعه مناطق مختلفی کشورهای اسلامی نشان از این واقعیت دارد که هر یک از این مناطق از ظرفیت‌های گسترده‌ای درون منطقه‌ای برخوردارند که می‌توانند امکان تقویت همگرایی را ایجاد نمایند. در زیر به این ظرفیت‌های درون منطقه‌ای اشاره می‌شود.

الف) قلمرو سرزمینی

سرزمین‌های کشورهای اسلامی بخش وسیعی از خشکی‌های جهان را در بر می‌گیرد که به لحاظ موقعیت و شکل جغرافیایی آن اهمیت فراوان دارد. «کشورهای اسلامی در مجموع یک پنجم وسعت جهان مسکون را تشکیل می‌دهد که نزدیک به چهار برابر وسعت قاره اقیانوسیه و در حدود سه برابر قاره اروپا و مقداری کمتر از کل وسعت قاره آفریقا می‌باشد. البته اگر نواحی مسلمان نشین آسیای مرکزی، آسیای جنوبی، چین؛ اروپای شرقی و سایر نقاطی که محل سکونت اقلیتهای مسلمان است به وسعت مزبور بیفزاییم، قلمرو جهان اسلامی مساحتی برابر کل وسعت قاره آفریقا خواهد داشت که خود به لحاظ سیاسی و استراتژیکی از نقطه نظر ژئوپلیتیکی می‌تواند در حد بالایی حایز اهمیت باشد. (گلی زواره‌ای، همان: ۶۲)

در یک بررسی دیگر مساحت کشورهای اسلامی به تفکیک قاره‌ها مشخص شده است: «مجموع مساحت کشورهای اسلامی حدود ۳۷ درصد مساحت سه قاره آسیا، آفریقا و اروپاست که با توجه به رشد روز افزون اسلام‌گرایی و فزونی جمعیت مسلمان، به خصوص در اروپای شرقی و شبه جزیره بالکان، سرزمین گویان، غرب چین و هند و سرزمین قفقاز ما شاهد وسعت بیشتر جمعیت و سرزمین‌های ساکن اسلامی در آینده خواهیم بود. (مستوفی الممالکی، همان: ۶۶)

ب) دریاها، اقیانوس‌ها و تنگه‌های بین‌المللی

نگاهی به نقشه جغرافیایی کشورهای اسلامی نشان می‌دهد که بیشتر کشورهای اسلامی دارای مرزهای آبی به دریاها و آب‌های آزاد هستند. مهمترین تنگه‌های بین‌المللی که اهمیت ژئوپلیتیکی و ژئواستراتژیکی دارند در مجاورت کشورهای اسلامی قرار دارند و برخی از آنها، مانند اندونزی به صورت جزیره‌ای و برخی مانند عربستان در وضعیت شبه جزیره‌ای

هستند. تعداد ۳۱ کشور اغلب به طور گسترده‌ای از یک طرف یا دو طرف به دریا، خلیج، دریاچه و اقیانوس در ارتباط هستند. (همان: ۷۱) از این رو، چنین کشورهایی در برقراری ارتباط با سایر کشورها از ظرفیت‌های بیشتری برخوردار هستند. از سوی دیگر فرصت قرار گرفتن در تنگه‌های بین‌المللی مانند تنگه‌های باب المندب، جبل الطارق، بسفر، داردانل و هرمز و مالاکا و نیز کانل سوئز بر اهمیت و نقش کشورهای اسلامی در خطوط مواصلاتی جهانی افزوده است. همچنین در سطح درون منطقه‌ای نیز هریک از کشورهای اسلامی می‌توانند از این موقعیت استراتژیک به‌عنوان منبع قدرت جهت افزایش قدرت جهان اسلام استفاده نمایند. از همه مهمتر اینکه این کشورها می‌توانند از این قابلیت‌ها در جهت همگرایی خود نیز بهره ببرند.

ج) جمعیت

کشورهای اسلامی قدرت جمعیت زیادی دارند که درصد بالایی از آن نیروی جوان و فعال هستند و برای رشد جهان اسلام قدرت عظیمی به‌شمار می‌روند. افزایش ارتباطات میان ملل اسلامی می‌تواند امکانات جهان اسلام را در جهت ایفای نقش موثر در عرصه جهانی را فعال سازد. در یک آمار، جمعیت مسلمان بالغ بر ۶/۱ میلیارد نفر (۲۷ درصد جمعیت جهان) ذکر شده که در ۵۷ کشور و در پنج قاره جهان هستند.

د) منابع و معادن

کشورهای اسلامی از نظر منابع و معادن نیز غنی هستند. مهمترین منبع انرژی یعنی نفت و گاز در کشورهای اسلامی در خاورمیانه قرار دارد. سهم منطقه خلیج فارس از تولید جهانی نفت در سال ۱۹۷۶ به ۳۷ درصد بوده که در سال ۱۹۸۵ به هفده درصد و در سال ۱۹۹۶ به ۲۷ درصد رسید. بر اساس گزارش سالانه اطلاعات انرژی آمریکا، ظرفیت تولید نفت کشورهای حوزه خلیج فارس در سال ۲۰۰۳ به ۲۲/۹ میلیون بشکه در روز یعنی ۳۲ درصد کل جهان رسید و این میزان در سال ۲۰۱۰ به ۲۶ میلیون بشکه و در سال ۲۰۲۰ به ۳۵ میلیون بشکه در روز یعنی ۳۳ درصد کل جهان خواهد بود. (مومنی، ۱۳۸۴: ۱۴۹)

عربستان سعودی با داشتن ۲۵ درصد (معادل ۲۶۴ میلیارد بشکه) ذخایر اثبات شده نفت جهان، غنی‌ترین کشور در این زمینه به‌شمار می‌رود. آژانس بین‌المللی انرژی نیز پیش‌بینی

می‌کند ظرفیت تولید نفت عربستان در سال ۲۰۲۰ به ۲/۱۸ میلیون و تا سال ۲۰۲۵ به ۵/۲۲ میلیون بشکه در روز برسد. (همان: ۱۵۱) اما کشورهای عراق، کویت و ایران کشورهای دیگری هستند که ذخایر نفتی بالایی دارند.

۳. ظرفیت‌های فرامنطقه‌ای

کشورهای اسلامی از قابلیت‌های فرامنطقه‌ای نیز برخوردارند که هر یک می‌تواند در فعال کردن ظرفیت‌های درون منطقه‌ای و افزایش تعاملات منطقه‌ای جهان اسلام موثر باشد. مهمترین متغیرهای فزاینده‌ای که از سطح جهانی ناشی می‌شود؛ پدیده جهانی شدن و ساختار کلان نظام بین‌الملل است که در زیر به آن اشاره می‌شود.

۳-۱. جهانی شدن

جهانی شدن به معنای به هم فشردگی زمان و مکان و افزایش وابستگی‌های متقابل کشورها به یکدیگر است. یان آرت شولت می‌گوید: جهانی شدن به معنای دگرگونی جغرافیای اجتماعی که به وسیله گسترش فضاها و فوق منطقه‌ای مشخص می‌شود. (شولت، ۱۳۸۲: ۲۷) مطابق این تعریف مفهوم فوق منطقه یا فراج جهانی و فرامرزی معنای مشخص جهانی بودن می‌دهد. در عین حال فوق قلمروگرایی هم از نظر منطقی و هم از نظر عمل به معنای پایان قلمروگرایی است. لذا از نظر شولت جهانی شدن فی نفسه خوب و یا بد نیست، بلکه نتایج آن ناشی از تصمیم‌گیرهای انسان است که می‌تواند به بار آورد. معنای این سخن آن است که جهانی شدن به عنوان یک فرایند به صورت یک فرصت برای کشورها ظاهر شود و در نتیجه، سیاست کشورها و برنامه‌های کشورها می‌تواند آن را به عاملی جهت تقویت قدرت و یا ضعف آن تبدیل نماید.

در نتیجه کشورهای اسلامی می‌توانند از فرصت‌ها و امکانات ایجاد شده برای افزایش روابط و تعاملات منطقه‌ای استفاده کنند. آنچه مفروض بسیاری از مطالعات معطوف به جهانی شدن است، ورود همه کشورها به دوران جدید و قرائت دوباره از مفاهیم نظم و ستفالی و نظام بین‌الملل دولت محوری است. در یک دیدگاه، با ایجاد تحول در روابط بین‌الملل و ظهور روابط فراملی و جهانی به پایان دولت-ملت می‌رسیم و روندهای آینده از ظهور نظم‌های جدید منطقه‌ای و جهانی حکایت دارد.

به همین خاطر جیمز روزنا به روابط فراملی به‌عنوان یک جبر تکنولوژیکی اشاره می‌کند که در آن روابط میان حکومت‌ها از طریق روابط بین افراد و گروه‌های غیر دولتی تکمیل می‌شود. (واترز، ۱۳۷۹: ۵۰) این وضعیت بیانگر افزایش بازیگران غیر دولتی و افزایش نقش سازمان‌ها، نهادها و احزاب فراملی در تحولات منطقه‌ای و جهانی است.

از این رو، جهان اسلام برای مواجهه با جهانی شدن می‌توانند از سه راهبرد مقاومت و ایستادگی، استقبال و پذیرش و کسب آمادگی لازم برای تأثیرگذاری هوشمندانه استفاده نمایند که هرکدام از این راهبردها دارای پیامدهای خاص خود خواهد بود. (واعظی، ۱۳۸۷: ۳۵۵)

الف) استراتژی مقاومت: جهانی شدن مانند قطاری است که امکان متوقف ساختن آن وجود ندارد و کسانی که بر آن استوار نشوند از قافله جهانی عقب مانده و پیامد آن انزوای همه جانبه از جامعه جهانی است.

ب) استراتژی استقبال و پذیرش همه جانبه: در این راهبرد، فرایند جهانی شدن به دلیل جذابیت‌های و پیامدهای مثبت خود مورد استقبال واقع می‌شود. مهمترین پیامد استقبال کامل این خواهد بود که فرهنگ و هویت ملی به تدریج تحت تأثیر فرهنگ و هویت غالب جهانی قرار می‌گیرد و در نتیجه زمینه استحاله فرهنگی فراهم می‌شود.

ج) استراتژی تعامل و رابطه متقابل: در این راهبرد، افزون بر صیانت از فرهنگ و هویت ملی می‌توان موجبات شکوفایی علمی و اقتصادی و نیز تأثیرگذاری در فرهنگ و هویت جهانی را فراهم ساخت. یعنی ملت‌های فعال و قوی می‌توانند متناسب با قدرتی که دارند با استفاده از ابزارهای لازم در کیفیت فرهنگی و هویت جهانی تأثیرگذار باشند. (باروی، ۱۳۸۱: ۱۱۳)

جهان اسلام و راهبرد تعامل: کشورهای اسلامی با داشتن دین اسلام و فرهنگ پویای دینی از قابلیت قوی‌ای برای تعامل با پدیده جهانی شدن برخوردارند. این ظرفیت را می‌توان در جهانشمولی اسلام به وضوح مشاهده نمود. زیرا اسلام دارای معیارهای همچون: ویژگی و اصول این دین، تعداد پیروان، رابطه دین با نهادهای قدرت (نهادهای اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و حکومتی)، توجه دین به تکامل رفتار انسانی و نوع نگاه پیروان دیگر ادیان به این دین (نکویی سامانی، ۱۳۸۶: ۲۱۲) از جمله معیارهایی است که دین اسلام را جهانی ساخته است. از این رو، کشورهای اسلامی می‌توانند از ظرفیت‌های آن برای حضور در عرصه جهانی استفاده نمایند. در قرآن کریم آیات فراوانی وجود دارد که بر مسئله

جهانشمولی بودن دین اسلام تأکید می‌کند.^۱ بنابراین جهان اسلام می‌تواند با سازوکارهایی مانند: آگاهی همه جانبه از تمدن غرب و روند جهانی شدن، تقویت خودباوری و ایمان به میراث فکری کشورهای اسلامی و نیز، افزایش ارتباطات دوجانبه و چند جانبه و منطقه‌ای کشورهای اسلامی، به تعامل با جهانی شدن نایل شوند.

۲-۳. ساختار کلان نظام بین‌الملل

معمولاً رفتار و سیاست خارجی کشورها تحت تأثیر ساختار کلان نظام بین‌الملل است. از دید ساختارگرایان، ساختار نظام بین‌الملل از یک سو رفتار کشورها را محدود می‌کند و از سوی دیگر فرصتهایی را ایجاد می‌کند. یعنی سیاست خارجی کشورها در درون ساختار نظام بین‌الملل مشخص می‌شود. از این رو، ساختار کلان نظام بین‌الملل در عین اینکه محدودیت‌های را برای رفتار کشورها ایجاد می‌کند فرصتهایی را نیز فراهم می‌سازد.

به همین خاطر گیدنز معتقد است که تبیین پدیده‌های اجتماعی در درون ساختار بدون توجه به انگیزه کارگزاران نادرست است. زیرا پدیده‌های اجتماعی تک‌علیتی نیست بلکه در یک فرایند چند علیتی پیچیده‌ای قرار دارند. (مارش و استوکر، ۱۳۷۸: ۲۵۱)

اصولاً بحث از نظم‌های منطقه‌ای بدون در نظر گرفتن ساختار قدرت جهانی امکان پذیر نیست و مرزهای منطقه‌ای و جهانی به یکدیگر تداخل یافته است به طور که امکان تعریف جهان اسلام بدون ارتباط با سایر مناطق و به خصوص ساختار نظام بین‌الملل وجود ندارد. بنابراین نظم‌های منطقه‌ای از طریق این قدرتها می‌توانند به پنج صورت سیطره، موازنه قوا، کنسرت، امنیت دسته جمعی و جامعه امنیتی تکثرگرا ظاهر شوند. (لیک و مورگان، ۱۳۸۱: ۱۸۸) آنچه در این حالت نمود بارز پیدا می‌کند مداخله قدرت‌های بزرگ در شکل دادن به نظم منطقه‌ای و در نتیجه ایجاد محدودیت است. این مداخله به خصوص در جهان اسلام بیش از دیگر مناطق است.

نمونه بارز این مداخلات را می‌توان در زمان نظام دوقطبی و مقطع پس از جنگ سرد در خاورمیانه، شمال آفریقا، آسیای جنوبی و جنوب شرقی مشاهده نمود. در این باره، سیاست آمریکا پس از فروپاشی شوروی وارد مرحله جدیدی شد و این کشور پس از یازده

۱. بقره/۱۸۵، تکویر/۲۷، انبیا/۱۹، انعام/۱۵۳، توبه/۳۳.

سپتامبر ۲۰۰۱ بر اساس نظریه رئالیستی تهاجمی میرشایمر، مداخلات مستقیم نظامی خود را در جهان، به خصوص در منطقه خاورمیانه افزایش داد و دو کشور افغانستان و عراق را در سال‌های ۲۰۰۱ و ۲۰۰۳ اشغال کرد و با ارائه طرح خاورمیانه بزرگ تلاش کرد نظم جدیدی را در منطقه ایجاد نماید.

از این نظر، ترسیم مرزهای منطقه‌ای و تقویت فرایندهای تعاملات درونی جهان اسلام بدون مدیریت تعامل با قدرت‌های بزرگ وجود ندارد. اما شناسایی فرصتها و افزایش سطح قدرت کشورهای اسلامی می‌تواند باعث شود که رابطه یکطرفه با قدرت‌های بزرگ را به یک رابطه دوطرفه تبدیل نماید.

د) مبارزه و مقابله با جریان‌های تکفیری

القاعده، گروه‌های تکفیری و بنیادگرایی افراطی یکی از پدیده‌های مهم و تأثیر گذار زمانه ما است که هرکسی می‌تواند روایت خاص خود را از آن داشته باشد. آنچه که امروزه در عصر رسانه از القاعده روایت می‌شود، بیشتر شبیه یک اسطوره و افسانه می‌نماید، البته اسطوره و افسانه‌ای که تمام ویژگی‌های اسطوره‌های مدرن را دارد. مثلاً یکی القاعده را به تقلید از نیچه «عفونت تاریخ» می‌خواند و ظهور القاعده را یکی از نمودهای واقعی «بازگشت گودزیلا» می‌داند. (بریزار و داسکیه، ۱۳۸۲: ۱۰) دیگری آن را «بازگشت ارواح مردگان» می‌داند که از زیر خرابه‌های تاریخ سر بر آورده است. (سعید، ۱۳۷۹: ۳۴) القاعده جریانی است که از سال ۱۹۸۸ نامش رسماً به سر زبان‌ها افتاد و با حوادث تروریستی یازدهم سپتامبر به یک بازیگر فراملی در سطح بین‌الملل مطرح گردید. واژه «القاعده» یا «قاعده» در عربی به مفهوم اساس و بنیاد، اصل، سبک، روش، نمونه، سرمشق، فرار از خدمت سربازی و در اصطلاح امروزی خود به مفهوم «پایگاه» است. (آذرنوش، ۱۳۹۸)

القاعده به لحاظ تشکیلاتی بی‌نهایت پیچیده و مرموز است که به جز چند نام مشهور چیزی زیادی از درون آن به بیرون درز نکرده است، ولی گفته می‌شود که (قدری و سعید، ۱۳۸۵: ۱۳۷۵) این سازمان به لحاظ تشکیلاتی مرکب از چهار کمیته است که عبارتند از: کمیته‌های نظامی، مالی، قانونی و رسانه‌ای. هرکدام از این کمیته‌ها دارای وظایف خاص است که اعضا و پرسنل هر یک از این کمیته‌ها اعلام نشده است. شاید کسی منکر این واقعیت نباشد که تنوع مذاهب، القاعده و جریان‌های تفکیری یکی از عمده‌ترین چالش‌های

همگرایی در جهان اسلام به‌شمار می‌رود. چرا که واژه‌هایی هم‌چون: «جهاد»، «تروریسم» و «ترور» و بنیادگرایی مفاهیمی هستند که با القاعده گره خورده؛ به گونه‌ای که تا نام القاعده را می‌شنویم، ناخودآگاه تروریسم، در ذهن ما تبادر می‌کند. گروه‌های تکفیری به رهبری سعودی‌ها روابط جهان اسلام با یکدیگر را به روابط دشمنی تبدیل نموده و باعث شده که همگرایی آنها تبدیل به واگرایی شده است. لذا یکی از زمینه‌های مهم همگرایی، عدم توجه به اندیشه‌های تکفیری و مبارزه با آنها و نیز توجه به اشتراکات مذاهب در سطح جهان اسلام و هم‌پذیری و پذیرش یکدیگر است.

جمع بندی نهایی

با توجه به آنچه گفته آمد می‌توان گفت که کشورهای اسلامی به لحاظ پیوستگی جغرافیایی، سابقه تاریخی و فرهنگ مشترک اسلامی از قابلیت‌ها و ظرفیت‌های گسترده‌ای برای ایجاد همگرایی و از جمله همگرایی منطقه‌ای برخوردارند. همگرایی نیز در مرحله نخست نیازمند اراده سیاسی است. به خصوص، در عصر جهانی شدن و انفجار اطلاعات می‌تواند عامل تسریع‌کننده همگرایی کشورهای اسلامی باشد که این مهم نیز نیازمند افزایش سطح اطلاعات، معلومات و بینش سیاسی مردم کشورهای اسلامی است.

در دوره جهانی شدن، کشورهای اسلامی برای حفظ هویت و ارزش‌های فرهنگی خود ناگزیر به رفع محدودیت‌ها و موانع همگرایی منطقه‌ای هستند. دیپلماسی رسمی، عمومی و فرهنگی ابزارهای کارآمدی جهت تصویر سازی مثبت، افزایش میزان اعتماد متقابل و شناسایی ظرفیت‌های همکاری و همگرایی کشورهای اسلامی است. در این میان، ابزارهای جدید اطلاعاتی و ارتباطی فرصت جدیدی را برای افزایش فرایندها و تعاملات منطقه‌ای میان دولت‌ها و ملت‌های اسلامی ایجاد کرده است؛ روندی که باید پیوسته تقویت شده و ضمن شناخت امکانات، محدودیت‌ها و موانع آن را برطرف نمایند. در جهان اسلام فرصت‌های فراوانی وجود دارد که می‌توانند با استفاده از آنها به همگرایی برسند. مانند:

- فرصت‌های که در زمینه سیاست خارجی وجود دارد مانند سازمان‌های منطقه‌ای،
- فرصت‌های اقتصادی که در جهان اسلام وجود دارد مانند منابع نفت و انرژی،
- فرصت‌های منطقه‌ای که در جغرافیای جهان اسلام وجود دارد مانند: سازمان اکو، اوپک، اتحادیه عرب، سازمان کنفرانس اسلامی، اتحادیه عرب، اتحادیه کشورهای

جنوب شرق آسیا (آسه آن)؛ سازمان وحدت آفریقا (اتحادیه آفریقایی)، سازمان کشورهای صادرکننده نفت (اوپک).
- فرصت‌های درون منطقه‌ای مانند توسعه سرزمینی، جمعیت جوان و منابع غنی که وجود دارد؛

فرصت‌های فرامنطقه‌ای مانند جهانی شدن و ساختار نظام بین‌الملل همگی از جمله فرصت‌ها و ظرفیت‌هایی هستند که جهان اسلام با استفاده از آنها می‌تواند به همگرایی برسند و خود را به‌عنوان یک قدرت جهانی مطرح ساخته و در روابط بین‌الملل تأثیرگذار باشند.

منابع

* قرآن کریم

۱. ایزاک، باروی و دیگران، روندهای اخیر جهانی شدن و آلترناتیوهای واقعی آن، (مجموعه مقالات)، ترجمه: احمد جواهریان و هما احمدزاده، تهران، پژوهنده، ۱۳۸۱.
۲. دارنلی، جیمز و جان فدر، جهان شبکه‌ای، ترجمه: نسرين آمین و مهدی محامی، تهران، چاپار، ۱۳۸۴.
۳. رابینز، کویز، و فرازوبستر، عصر فرهنگ فناورانه: از جامعه اطلاعاتی تا زندگی مجازی، ترجمه: مهدی داودی؛ تهران، توسعه، ۱۳۸۵.
۴. ستوده، محمد، موانع و فرصتهای همگرایی در جهان اسلام (مجموعه مقالات)، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۲.
۵. شولت، یان آرت، نگاهی موشکافانه به پدیده جهانی شدن، ترجمه: مسعود کرباسیان، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۲.
۶. صدرخواه، عسکر، مسایل معاصر در جهان اسلام، (فصلنامه سیاست خارجی؛ شماره ۳، پاییز ۱۳۸۰).
۷. طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی تفسیرالقران، جلد ۲، ترجمه: محمدباقر موسوی، قم، دفترانتشارات اسلامی، ۱۳۷۴.
۸. عبدالله خانی، علی، نظریه‌های امنیت: مقدمه‌ای بر طرح ریزی و دکترین امنیت ملی، تهران، ابرار معاصر، ۱۳۸۳.
۹. عمید زنجانی، عباسعلی، بنیادهای ملیت، تهران، واخذ تحقیقات اسلامی بنیاد بعثت، ۱۳۶۱.
۱۰. فرجی، عبدالرضا، جغرافیای کشورهای مسلمان، تهران، وزارت آموزش و پرورش، ۱۳۷۱.
۱۱. قوام، عبدالعلی، اصول سیاست خارجی و سیاست بین‌الملل، تهران، سمت، ۱۳۷۱.
۱۲. گلی زواره‌ای، غلامرضا، سرزمین اسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۲.

۱۳. لیک، دیوید ای. و پاتریک ام. مورگان؛ نظامهای منطقه‌ای، ترجمه: جلال دهقانی؛ تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۱.
۱۴. مارش، دیوید و جری استوکر، روش و نظریه در علوم سیاسی، ترجمه: امیرمحمد حاجی یوسفی، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۷۸.
۱۵. مجتهدزاده، پیروز، جغرافیای سیاسی و سیاست جغرافیایی، تهران، سمت، ۱۳۸۱.
۱۶. مستوفی الممالکی، رضا، جغرافیای کشورهای اسلامی، یزد، دانشگاه یزد، ۱۳۸۲.
۱۷. مشیرزاده، حمیرا، سازمان کنفرانس اسلامی و چالشهای آینده، فصلنامه سیاست خارجی؛ شماره ۳، پاییز ۱۳۸۰.
۱۸. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران، فرهنگ نما، ۱۳۸۶.
۱۹. مومنی، میرقاسم، (گردآوری و تدوین)؛ کتاب خاورمیانه ۴، تهران، موسسه فرهنگی مطالعات و تحقیقات بین‌المللی ابرار معاصر، ۱۳۸۴.
۲۰. میرحیدری، دره، مبانی جغرافیای سیاسی، تهران، سمت، ۱۳۷۱.
۲۱. نکویی سامانی، مهدی، دین و فرایند جهانی شدن، چ ۳، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۶.
۲۲. واترز، مالکوم، جهانی شدن، ترجمه: اسماعیل مردانی گیوی و سیاوش مریدی، تهران، سازمان مدیریت صنعتی، ۱۳۷۹.
۲۳. واعظی، حسن، استعمارفرانو: جهانی سازی، قم، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۷.
24. Laursen, Finn, Comparing Regional Integration Schemes: International Regimes or Would – be politics? University of Miami, 2003.

حق حبس در حقوق اسلامی و حقوق تجارت بین الملل

دکتر جمعه علی نظری*

چکیده

به حق خودداری از انجام تعهد تا اجرای تعهد طرف مقابل، حق حبس گفته می‌شود که یکی از روش‌های ضمانت اجرای تعهدات قراردادی می‌باشد. حق حبس را ناشی از تقابل عوضین و معاوضی بودن قراردادهای معوض دانسته‌اند که موجب می‌شود تا زمانی که یک طرف اقدام به اجرای تعهد خود نکرده است، طرف دیگر بتواند از اجرا خودداری نماید. در این پژوهش که از روش توصیفی-تحلیلی استفاده شده، پس از بررسی حق حبس در حقوق تجارت بین الملل و حقوق اسلامی به این نتیجه دست یافتیم که همه نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، اصل این حق را محترم دانسته و تفاوت‌هایی جزئی در قلمرو و شرایط و آثار آن مطرح نموده‌اند. واژگان کلیدی: حق حبس، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، تجارت بین‌الملل، اصول قراردادهای تجاری اروپایی، حقوق اسلامی.

مقدمه

لزوم وفای به عهد ریشه در حقوق طبیعی و فطری دارد. اگر چه در فقه اسلامی نیز به آیاتی نظیر «یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یا حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» تمسک شده است، ولی اصل این قاعده از احکام عقلی و از مستقلات عقلیه است، به همین جهت است که اصل این قاعده در تمام نظام‌های حقوقی جهان مورد پذیرش عقلا واقع شده است. لکن گاهی به یک متعهد اجازه داده می‌شود که از وفای به عهد خودداری کند و این امتناع را مشروع و قانونی شمرده و او را از اجرای تعهد خود معاف می‌دارد. و این زمانی است که طرف مقابل از انجام تعهد خود استنکاف نموده و یا اوضاع و احوال قطعی چنین دلالت کند که طرف مقابل به تعهد خود عمل نخواهد کرد، در اصطلاح حقوقی به این حق، «حق حبس» گفته می‌شود.

شاید عمده‌ترین دلیلی که بتوان برای مشروعیت حق حبس در عقود معوض مانند بیع اقامه کرد، آن است که عقد بیع در افاده ملکیت مبیع برای مشتری و ثمن برای بایع، مساوی است و از این جهت هیچ کدام بر دیگری ترجیح ندارد. بنابراین مقدم ساختن هر یک از آنها در قبض و اقباض ترجیح بدون مرجح است، زیرا هر یک از طرفین معامله به شرطی عقد را واقع ساخته و به انتقال ملکیت مال خود رضایت داده است که طرف دیگر نیز ملک خود را به او انتقال دهد، این اقتضای هر عقد معوض است. در این پژوهش ابتدا مفهوم حق حبس را بیان، پس از آن به ماهیت این موضوع پرداخته و سپس مبانی حق حبس را بررسی خواهیم کرد، آنگاه به تبیین و بررسی حق حبس در حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق اسلامی می‌پردازیم تا تشابهات و تفاوت‌های این نظام‌های حقوقی را در خصوص حق حبس به دست آوریم.

تعریف حق حبس

حبس در لغت به معنای پوشانیدن، متوقف کردن، (الجز، بی تا: ۴۲۸) بازداشتن و منع آمده است (عمید، ۱۳۶۳: ۵۱۵) در اصطلاح حقوقی به حق امتناع متقابلی اطلاق می‌گردد که هر یک از طرفین قرارداد در قبال طرف دیگر دارد. هر یک از طرف بعد از ختم عقد، حق دارد از تسلیم مال خود تا زمان تسلیم مال طرف مقابل خودداری نماید به طوری که تسلیم و تسلیم هم زمان به عمل آید و این عمل تسلیم و تسلیم را در اصطلاح فقهی تقابض گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۲۲۱) به موجب این حق، هر یک از طرف معاوضه می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به تسلیم عوض قراردادی (اجرای تعهد دیگری) کند. این اختیار را که بدون فسخ قرارداد اجرای تعهد را به حالت تعلیق در می‌آورد در اصطلاح حق حبس می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۸۷).

به بیان دیگر «حق امتناعی است که هر یک از طرفین معامله در صورت عدم تسلیم مورد تعهد از طرف دیگر، دارد که در اصطلاح حقوق دانان به حق حبس معروف است» (آراد، ۱۳۴۱: ۶۸). هم‌چنین «حق خودداری از تسلیم را که به بائع یا مشتری داده می‌شود در اصطلاح حقوقی حق حبس می‌گویند (عدل، ۱۳۴۲: ۲۷۱).

ماهیت حق حبس

حق حبس را از دسته حقوق الناس دانسته‌اند و به عبارت دیگر حق عبد است که با اسقاط از جانب وی ساقط و منتفی می‌گردد ولی در هر حال در مورد ماهیت حق حبس بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی آن را حق عینی و برخی دیگر آن را حق دینی می‌دانند، اما در فقه اسلامی از حق حبس به عنوان حق عینی یاد کرده‌اند به همین جهت در کتب فقهی از آن با عنوان (حق حبس العین) یاد شده است. (شهبازی، ۱۳۸۶: ۲۱) بعضی از حقوق دانان از جمله حقوق دانان اروپایی حق حبس را به آن لحاظ که حق تعقیب به کسی نمی‌دهد حق دینی شمرده‌اند (آراد، همان: ۶۹).

برخی معتقدند که حق حبس، یک ایراد است. در بین فقهای امامیه تصریحی در این خصوص دیده نمی‌شود، ولی از عبارات شیخ انصاری در مکاسب چنین بر می‌آید که وی قائل به ایراد بودن حق حبس است. (انصاری، ۱۹۹۵: ۲۶۷).

برخی از مفسران کنوانسیون نیز با دفاع دانستن حق حبس معتقدند که حق حبس عبارت

است از یک دفاع آرام که به طرف متضرر حق می‌دهد برای مدتی از اجرای تعهد خود امتناع ورزد.

طرفداران این نظریه معتقدند که حق حبس یک حق مالی نیست تا آن را جزء تقسیمات حقوق مالی بدانیم و بگوییم حقوق مالی به عینی و دینی تقسیم می‌شوند، بلکه حق حبس، صرف ایراد است، در نتیجه حق حبس یک وسیله دفاع محسوب می‌شود که به موجب آن حابس می‌تواند تقاضای طرف مقابل را رد کند و این ایراد حد اکثر یک وسیله و تضمینی است برای رد خواسته‌های طرف دعوی. البته این ایراد به رد کردن و نپذیرفتن برگرداندن مال محبوس و همین طور به رابطه بین دائن و حبس و مدیون مستقیم وی محدود نمی‌شود، بلکه در مقابل هر کسی که خواهان برگرداندن مال باشد، قابل اعمال است؛ خواه مدعی، خود مدیون باشد، یا شخص دیگر و از این جهت با حق عینی شباهت دارد. (وحیدی حاطوم، ۲۰۰۷: ۱۳۸)

مبانی حق حبس

همان گونه که بیان شد، حق حبس هم در فقه و هم در حقوق موضوعه به رسمیت شناخته شده است. سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که این حق بر چه مبنا و پایه‌ای استوار است و چرا طرفین قرارداد باید از چنین حقی برخوردار باشند؟ دانشمندان علم حقوق مبانی متعددی را برای آن بیان کرده‌اند که ذیلاً به آن اشاره می‌شود:

۱. عدالت و انصاف

برخی مبنای این حق را عدالت و انصاف می‌دانند. به این معنا که نباید به یکی از طرفین اجازه داده شود که انجام تعهد طرف مقابل را درخواست کند بدون آن که خود انجام تعهدی را که از همان عقد برای او حاصل شده، اجرا نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۲) همچنین عدالت معاوضی اقتضا می‌کند که دو تعهد متقابل باید در یک زمان اجرا شود و تبعیض میان آنها صورت نگیرد، زیرا خلاف آن، ظلم و تجاوز خواهد بود. همچنین این امکان وجود دارد که طرف مقابل به دلیل تلف قهری، اعسار، تفریط و یا تقصیر نتواند به عهد خود وفا نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۸۷).

۲. بنای متعاقدين و شرط ضمنی

مرحوم شیخ انصاری ضمن نقل دیدگاه بعضی از فقها مبنی بر عدم وجود نظر مخالف در خصوص جواز حق حبس به خاطر امتناع طرف دیگر از تسلیم چنین می‌نگارد که: «شاید علت این امر آن است که عقد بیع مبتنی بر تقابض است و هر دو تعهد باید در مقابل یکدیگر انجام شود و هر یک از طرفین تعهد کرده است که مبیع را همزمان به طرف دیگر تسلیم کند و همچنین تعهد نموده‌اند که در صورت امتناع طرف مقابل حق امتناع داشته باشد.» (انصاری، ۱۹۹۵: ۲۶۷) صاحب جواهر نیز بنای متعاقدين را به‌عنوان یکی از مبانی حق حبس ذکر نموده و بیان می‌دارد که مراد از وجوب تسلیم بر هر یک از طرفین عقد تقابض است. در غیر این صورت هر کدام از آنها می‌تواند از تسلیم امتناع ورزد در صورتی که طرف مقابل ابتداء امتناع کرده باشد. همان‌گونه که مقتضای معاوضه این است و آن چه از بنای متعاقدين و حتی اطلاق عقد معلوم می‌شود این است که گویا به این حق امتناع تصریح شده است. (نجفی، ۱۳۸۵، ۲۳: ۱۴۶)

همچنین مرحوم آیت الله خوئی بنای متعاقدين را به‌عنوان یکی از مبانی حق حبس پذیرفته و چنین استدلال نموده که بر اساس عرف و بنای عقلاً طرفین عقد معاوضی به طور ضمنی این‌گونه قصد و توافق می‌کنند که تسلیم ثمن و مثن باید همزمان صورت گیرد و این که تعهد به تسلیم موضوع عقد از جانب یکی از طرفین منوط به تسلیم موضوع عقد توسط طرف دیگر و در مقابل تعهد او می‌باشد. (توحیدی، ۱۳۶۸، ۷: ۵۳۰)

۳. عقل

بعضی از فقها معتقداند عقل نیز از مبانی حق امتناع به حساب می‌آید و عقل هیچ اولویتی در تسلیم برای یکی از متبایعین نمی‌شناسد و عقلاً تسلیم اموال را به مالک جدید امری ضروری می‌دانند و حبس مال غیر بدون اذن مالک را حرام می‌دانند. البته در صورتی که این حبس، قانونی و به حق نباشد. حال آن که در صورت امتناع یکی از متعاقدين، حق حبس برای دیگری ثابت می‌شود، زیرا حکمی عقلایی است و بر دلیل سلطنت حاکم نیست، بلکه مقدم بر دلیل سلطنت است و با وجود آن، دیگر سلطنتی در کار نخواهد بود. (موسوی خمینی، بی تا، ۵: ۳۷۱)

۴. عرف

برخی فقهاء حبس را به حکم عرف، ثابت می‌دانند. توضیح مطلب اینکه هرگاه عقدی یا التزامی در عرف، شایع شود و عقلاً به آن توجه کنند به حکم عمومات صحت معاملات، باید این رویه را پذیرفت مگر اینکه شارع از آن منع کرده باشد. ادله‌ای نظیر اوفوا بالعقود و احل الله البيع و المؤمنون عند شروطهم و.. ناظر به عقود عرفی هستند (موسوی خمینی، بی تا، ۵: ۵۵۹)

۵. همبستگی بین تعهدات قراردادی

تعدادی از فقها و حقوق‌دانان یکی از مبانی حق حبس را رابطه بین تعهد و همبستگی بین دو مورد عقد ناشی از قصد معاوضه طرفین عقد دانسته‌اند که تملیک و تعهد هر یک از طرفین در برابر تملیک و تعهد طرف دیگر می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۸۷ و امامی، ۱۳۷۱: ۴۴۶-۴۴۷) طرفداران این دیدگاه بر این باورند که در عقود معاوضه، عوض و معاوضه به گونه‌ای با هم ارتباط دارند که دارای احکام یکسانی می‌باشند. همانطور که ملکیت عوضین همزمان به طرفین منتقل می‌شود تسلیم آنها نیز باید همزمان صورت گیرد و نتیجه معاوضی بودن و همبستگی بین عوضین آن است که هر یک از دو طرف معاوضه می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد طرف مقابل نماید. و در فقه از آن به‌عنوان تقابض یاد می‌شود.

۶. قاعده لاضرر

برخی محققان مبنای حق حبس را قاعده لاضرر دانسته‌اند. به اعتقاد اینان از قواعد اولیه باب عقود نمی‌توان مبنایی برای صحت حق حبس یافت. در نتیجه باید حکم مسئله را با توجه به قواعد ثانویه روشن ساخت. (شهیدی، ۱۳۷۵، ۳: ۶۱۷) در معاملات معاوضی بر هر کدام از طرفین عقد واجب است عوض قرارداد را به طرف دیگر تحویل دهد و چنانچه یکی از طرفین از انجام آن خودداری نماید، موجب ضرر به طرف مقابل می‌گردد و به مقتضای قاعده لاضرر در فرض استتکاف یکی از طرفین قرارداد، وجوب پرداخت عوض از طرف دیگر رفع می‌شود و در نتیجه نوعی حق حبس برای او ثابت می‌گردد.

حق حبس در حقوق تجارت بین‌الملل

ابتدا به مبانی این موضوع در تجارت بین‌المللی اشاره می‌نماییم.

مبنای حق حبس در حقوق تجارت بین‌الملل

۱. ماده ۵۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی

حق حبس در بیش‌تر نظام‌های حقوقی جهان پذیرفته شده و جنبه بین‌المللی یافته است. در برخی کشورها، مانند آلمان، حق حبس قاعده‌ای حقوقی به شمار می‌رود. (شهیدی، ۳: ۱۵۸-۱۶۱) در معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز حق حبس به رسمیت شناخته شده است، از جمله در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (مصوب ۱۳۵۹ش / ۱۹۸۰) که مبنای آن ماده ۵۸ این کنوانسیون است که به موجب این ماده، فروشنده مجاز است تحویل دادن کالا یا اسناد آن را به خریدار، منوط به دریافت بها (ثمن) کند. همچنین اگر قراردادی متضمن حمل کالا باشد، فروشنده مجاز است کالای فروخته شده (مبیع) را با این قید ارسال کند که کالا یا اسناد دالّ بر واگذاری آن، فقط در صورت پرداخت بها تحویل خریدار شود. (مهراب داراب‌پور، ۱۳۷۴: ۱۷۴-۱۸۷).

۲. ماده ۳-۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UNIDROIT)

مبنای دیگر حق حبس در حقوق تجارت بین‌الملل ماده ۳-۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی است که در آن مقرر می‌دارد:

۱. در موردی که قرار است طرفین قرارداد تعهدات‌شان را به طور هم‌زمان انجام دهند، هر یک از طرفین می‌توانند تا زمانی که طرف دیگر تعهدش را اجرا نمی‌کند، از اجرای تعهدش خودداری نمایند.

در جایی که قرار است اجرای تعهدات طرف‌های قرارداد به طور متوالی باشد، طرفی که قرار است تعهدش را دیرتر انجام دهد، می‌تواند تا زمانی که طرف اول تعهدش را انجام نداده است، از اجرای تعهد خودداری نماید.

۳. اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL: Principles of European Contract Law)

مبنای دیگر حق حبس در حقوق تجارت بین‌المللی ماده ۲۰۱-۹ اصول قراردادهای اروپایی و ماده ۱۰۴-۷ آن است این اصول تحت عنوان «حق امتناع از اجرا» مقرر می‌دارد:

۱. طرفی که بایستی همزمان یا بعد از طرف دیگر تعهدی را اجرا نماید می‌تواند مادامی که طرف دیگر اجرا را تسلیم نموده یا تعهد را اجرا نموده باشد از اجرای تعهد امتناع نماید. طرف اول می‌تواند از اجرای کل تعهد یا قسمتی از آن در صورتی که به موجب اوضاع و احوال متعارف باشد خودداری نماید.

۲. طرف قرارداد مادامی که آشکار است که عدم اجرا از سوی طرف دیگر وجود خواهد داشت، می‌تواند وقتی که اجرای طرف دیگر قابل مطالبه باشد، به نحو مشابهی از اجرای تعهد خودداری کند.

چنان که در ماده ۱۰۴-۷ این اصول، تحت عنوان «ترتیب اجرا» نیز بیان می‌دارد: «تا حدی که اجرای تعهدات طرفین قرارداد می‌تواند به طور همزمان صورت پذیرد، طرفین قرارداد ملتزم به اجرای همزمان آنها می‌باشند مگر این که اوضاع و احوال بر خلاف آن دلالت کند» آن چه که می‌توان از مبانی نتیجه گرفت این است که هر کدام از مبانی یاد شده پاسخ و توجیه مناسبی برای مشروعیت حق حبس می‌باشد اما شاید عمده دلیلی که بتوان برای مشروعیت حق حبس اقامه کرد، آن است که عقد بیع در افاده ملکیت مبیع برای مشتری و ثمن برای بایع، مساوی است و از این جهت هیچ یک را بر دیگری ترجیحی نیست. بنابراین مقدم ساختن هر یک از آنها در قبض و اقباض ترجیح بدون مرجح است، زیرا هر یک از طرفین معامله به شرطی عقد را واقع ساخته و به انتقال ملکیت مال خود رضایت داده است که طرف دیگر نیز ملک خود را به او انتقال دهد، این اقتضای هر عقد معوض است.

بنا بر این در همه نظام‌های حقوقی دقیق‌ترین مبانی که برای صحت حق حبس می‌توان بیان کرد تمسک به قصد معاوضی و اراده ضمنی طرفین می‌باشد. (جهانگیری و یزدانی، ۱۳۹۱: ۲۳).

در این بخش، ابتدا به حق حبس در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا می‌پردازیم:

حق حبس در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰)

در کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، در زمینه «حق حبس» می‌توان به مواد ۵۸، ۸۵ و ۸۶ اشاره کرد، اگرچه مواد ۷۱ و ۷۲ نیز با این بحث بی‌ارتباط نیستند.

به طور خلاصه، می‌توان چنین بیان داشت که هر یک از طرفین قرارداد بیع به محض انعقاد عقد، دارای حقوق و تکالیفی می‌گردند و اگر یکی از آنها به این تکالیف خود عمل نکند، برای طرف دیگر حقی به وجود می‌آید که می‌تواند از انجام وظایف خود، امتناع ورزد تا طرف مقابل به وظایف خود عمل کند. به این حق به وجود آمده، در اصطلاح، «حق حبس» گفته می‌شود. به تعبیر دیگر، این حق مؤید لازم و ملزوم بودن تسلیم کالا و پرداختن ثمن است؛ یعنی هر طرف قرارداد فقط وقتی به اجرای قرارداد رضایت می‌دهد که طرف دیگر به وظایفش عمل کند.

همان گونه که اشاره شد، یکی از مواد راجع به «حق حبس» در کنوانسیون، ماده ۵۸ می‌باشد:

متن ماده ۵۸

۱. هرگاه مشتری ملزم به تأدیه در زمان معین دیگری نباشد، مکلف است در زمانی که بایع، کالا یا اسناد استیلای بر آن را طبق قرارداد و این کنوانسیون در اختیار او قرار می‌دهد، ثمن را تأدیه کند. بایع می‌تواند تسلیم کالا یا اسناد مربوط را مشروط به تأدیه ثمن نماید.
۲. هرگاه قرارداد متضمن حمل کالا باشد، بایع می‌تواند کالا را با قید این شرط که تسلیم یا اسناد آن به مشتری، موکول به تأدیه ثمن باشد، ارسال نماید.
۳. تا زمانی که مشتری فرصت بازرسی کالا را نیافته است، ملزم به تأدیه ثمن نیست، مگر اینکه نحوه تسلیم یا تأدیه مورد توافق متعاملین، با قایل شدن چنین فرصتی برای او منافات داشته باشد.

در حقیقت، منظور اصلی از ماده ۵۸ کنوانسیون، لازم و ملزوم بودن تسلیم کالا و پرداخت ثمن است. یک طرف قرارداد اجرای طرف دیگر قرارداد را فقط در مقابل اجرای متقابل به دست می‌آورد. پس اگر فروشنده در اجرای وظایف خود تأخیر کند، خریدار نه تنها می‌تواند مطالبه خسارت نماید، حتی این امر می‌تواند باعث از بین رفتن تضمینات داده شده نیز بشود.

از بند ۱ این ماده چنین استنباط می‌شود که اگر قواعد و توافقات صریح یا ضمنی توسط طرفین وجود داشته باشند که مثلاً در چه زمانی به تکالیف خود عمل نمایند، دیگر این ماده اعمال نمی‌گردد. لازم به ذکر است که این موضوع از ماده ۶ کنوانسیون نیز استخراج می‌گردد.

متن ماده ۶

«طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثنا، یا با رعایت ماده ۱۲ از آثار هر یک از مقررات آن عدول کنند یا آن را تغییر دهند.»

برای مثال، وقتی کالا به طور نسبه و بدون ضمانت فروخته شده باشد، تسلیم کالا و پرداخت ثمن نمی‌تواند دو شرط لازم و ملزوم باشند. این موضوع همچنین در موردی که بر پیش پرداخت یا تحصیل تضمین قبل از تحویل کالا توافق شده باشد نیز صادق است. اگر طرفین در این گونه موارد، تصریحی بر زمان یا تاریخ پرداخت یا تحصیل تضمینات نکرده باشند، این تاریخ باید از نحوه تضمین، استنتاج گردد. برای مثال، وقتی یک اعتبارنامه بانکی باید گشوده شود، این کار باید به موقع انجام گیرد تا فروشنده بتواند در اثنای مدت مورد توافق برای تسلیم کالا، از آن استفاده کند؛ یعنی اطلاعات مربوط به گشایش اعتبارنامه بانکی باید، دست کم، در ابتدای دوره تسلیم کالا به فروشنده برسد. خریدار در محقق کردن تضمین، ملزم است بدون اینکه منتظر اجرای همزمان تعهد توسط فروشنده باشد، وظیفه خود را انجام دهد. در واقع، بند ۱ ماده ۵۸ ناظر بر این گونه موارد است که در صورت تحقق این شرایط، حق حبس وجود نخواهد داشت.

ماده ۵۸ در واقع، مؤید دوروش و شیوه عمدتاً واقعی در خصوص تحویل کالا می‌باشد: در روش نخست، کالا یا اسناد در اختیار خریدار قرار داده می‌شوند؛ همان گونه که در بندهای ب و ج ماده ۳۱ آمده است. روش دوم مربوط به جایی است که مسئله حمل و نقل کالا مطرح می‌شود که امکان تغییر یا تعدیل این قرارداد توسط طرفین نیز وجود دارد. (اصغری و فخری، ۱۳۸۴، ۲: ۸۳)

در روش نخست، که کالا باید در اختیار خریدار قرار گیرد، در خصوص محل تحویل کالا، این محل می‌تواند محل تجارت خریدار یا در اختیار قرار دادن کالا به مشتری در همان مکان معینی باشد که کالا در آنجا قرار دارد. در این گونه موارد، کنوانسیون مقرر می‌دارد که پرداخت موقعی محقق شود که فروشنده کالا و یا اسناد مربوطه به واگذاری را در اختیار

خریدار قرار دهد، و در این حالت، فروشنده می‌تواند تسلیم کالا یا اسناد مربوط به آن را مشروط به پرداخت ثمن نماید. در این صورت، خریدار باید ثمن را نقداً پرداخت کند، یا اگر فروشنده قبول کند، چکی صادر نماید. به طور معمول، اسناد یا کالا به طور غیر مترقبه در اختیار خریدار قرار داده نمی‌شوند، بلکه وی قبلاً خبری دریافت می‌دارد که مشعر بر آمادگی قبض کالا است، و با وصول این خبر، وی می‌تواند خود را برای پرداخت ثمن آماده نماید.

اگر کالا یا اسناد با حسن نیت و به طور غیر مترقبه در اختیار خریدار قرار داده شوند، باید مهلت معقولی به وی داده شود تا ثمن را بپردازد. در تعیین این مدت، اوضاع و احوال از جمله مقدار ثمنی که خریدار باید بپردازد، مؤثر می‌باشد.

نحوه پرداخت ثمن توسط خریدار به تسلیم کالا ارتباط دارد. برای مثال، اگر کالا باید در محلی بجز محل تجارت خریدار قبض شود، پرداخت نقدی برای وی همراه با خطر است. این امر در مورد فروشنده نیز صادق است، چنانچه محل دریافت پول محلی غیر از محل تجارت وی باشد. از همین روست که این کار اغلب توسط نمایندگی ارسال کالا صورت می‌گیرد تا کالا را در مقابل دریافت ثمن تسلیم نماید.

در مورد روش دوم، که مربوط به موردی است که قرارداد متضمن حمل و نقل کالا باشد، تسلیم کالا و قبض در محل‌های گوناگون صورت می‌گیرد. در این موارد، در واقع فروشنده در ابتدا شروع به ارسال کالا می‌نماید و مخارج مربوط به ارسال را می‌پردازد.

یکی از مهم‌ترین نکات بند ۲ ماده ۵۸ آن است که این بند به طور ضمنی مقرر می‌دارد فروشنده باید تقبّل نماید این گونه اقدامات را انجام دهد؛ وی حق ندارد از قبل، تقاضای پرداخت نماید؛ و نیز اینکه شروع به حمل و نقل اولین اقدامی است که فروشنده کنترل و تسلط خود را بر روی کالا از دست می‌دهد. البته لازم به ذکر است که با اقدام به حمل و نقل، کنترل فروشنده به طور مطلق از بین نمی‌رود؛ زیرا مادام که فروشنده اسناد حمل و نقل کالا یا خود کالا را طبق معیارهای قانونی در اختیار دارد و به خریدار تسلیم نکرده، قادر است دستور دیگری به حمل و نقل کننده راجع به کالا بدهد. بند ۲ ماده ۵۸ مقرر می‌دارد که فروشنده حق دارد در مواردی که خریدار نیازی به دریافت اسناد کالا، برای تحویل گرفتن آن ندارد، مثل موردی که کالا از طریق راه آهن ارسال می‌گردد، قبض کالا را مشروط به پرداخت ثمن از سوی خریدار نماید. همان گونه که بند ۱ ماده ۵۸ بیان می‌دارد، تاریخ پرداخت در این مورد موقعی است که کالا یا اسناد تسلیم خریدار می‌شوند. مفهوم این

جمله آن است که هرگاه تسلیم و قبض در دو زمان متفاوت محقق می‌شوند، تاریخ قبض زمان سررسید پرداخت محسوب می‌شود. اگرچه خریدار از پرداخت بدون عذر موجّه خودداری کند، در تاریخ پرداخت، تغییری صورت نمی‌گیرد و امتناع از پرداخت منجر به نقض قرارداد خواهد شد.

چنانچه میان فروشنده و خریدار توافق شده باشد که کالا به صورت جزء به جزء تسلیم گردد وظیفه پرداخت فقط در رابطه با قسمتی است که تسلیم گردیده است. این قاعده در خصوص تحویل‌های پیاپی نیز صادق است و با هر یک از این تسلیم‌ها به‌عنوان تسلیم مستقل برخورد می‌شود. معمولاً عدم مطابقت کالا در تسلیم‌های سابق، نباید برای توجیه عدم پرداخت در مورد تسلیم‌های بعدی بهانه قرار گیرد. ولی استقلال هر تسلیم یا تحویل پیاپی ضرورتاً منجر به آن نمی‌شود که موضوع را از یک دیدگاه جداگانه بنگریم. در عمل، قبض کالا توسط خریدار مشروط به پرداخت ثمن یا تضمین به پرداخت آن می‌شود. این امر که فروشنده را کماکان ملزم به تسلیم قسمت‌های کالا نمایم، وقتی هنوز ثمن برای قسمت‌های قبلی پرداخت نشده، یا تضمین به پرداخت نشده، مغایر با رویه تجاری است؛ زیرا بر مخاطرات و ضمان معاوضی فروشنده به نحو چشمگیری افزوده می‌شود. (به این موضوع، آنجا که به ماده ۷۱ کنوانسیون پرداخته می‌شود، اشاره خواهد شد)

بند ۳ ماده ۵۸ به خریدار حق آزمایش کالا را داده است، مگر اینکه خلاف آن توافق شده باشد. اگر این حق برای خریدار محقق گردد و فروشنده مانع خریدار از بازرسی و آزمایش کالا باشد، کالا را طبق قرارداد تسلیم نکرده است و خریدار حق خواهد داشت که از پرداخت ثمن امتناع کند. ذکر این نکته هم ضرورت دارد: در صورتی که فروشنده اجازه ندهد کالا مورد بازرسی قرار گیرد، خریدار می‌تواند به جبران خسارت برای نقض قرارداد متوسل شود. از سوی دیگر، حق خریدار مبنی بر آزمایش و بازرسی کالا شامل حق در تصرف داشتن کالا نیست. بند ۳ ماده ۵۸ بیان می‌دارد که مشتری باید فرصت بازرسی و آزمایش کالا را در وضعیت معمولی تجاری داشته باشد؛ یعنی در موقعیتی که چنان آزمایشی معمولاً صورت می‌گیرد؛ مثلاً، در محلی که کالا در اختیار خریدار قرار داده می‌شود، یا جایی که او آن کالا را تصرف می‌کند.

اگر رویه‌ها و عرف جریان تسلیم یا پرداخت، مغایر با حق خریدار دایر بر فرصت داشتن بر آزمایش کالا باشد، در این حالت، حقی موصوف به «بازرسی و آزمایش کالا» برای

خریدار محقق نمی‌گردد. گاهی نیز به صراحت مسائلی در قرارداد ذکر می‌شوند که این حق را از خریدار سلب می‌کنند؛ مثلاً، توافق می‌شود که ثمن پیش پرداخت شود، یا پرداخت از طریق اعتبارنامه بانکی صورت گیرد.

بند ۳ ماده ۵۸ عواقب قانونی کشف عدم مطابقت کالا با قرارداد توسط خریدار را ذکر نمی‌کنند. می‌توان چنین اظهارنظر کرد که چنین کشفی به خریدار، حق امتناع از پرداخت ثمن را می‌دهد.

مسئله دیگری که باید مطرح گردد آن است که در صورت عدم مطابقت کالا با آنچه در قرارداد ذکر شده، خریدار می‌تواند از دو شیوه استفاده کند:

۱. با استناد به ماده ۵۰ کنوانسیون، اقدام به تقلیل ثمن کند.

۲. کالا را به فروشنده مسترد نماید.

یکی دیگر از موادی که حق حبس در کنوانسیون را مطرح می‌کند ماده ۸۵ می‌باشد که ابتدا به متن ماده ۸۵ کنوانسیون اشاره می‌شود:

متن ماده ۸۵

«هرگاه مشتری نسبت به قبض کالا تأخیر نماید، یا در موردی که تأدیه ثمن و تحویل کالا می‌بایست به صورت همزمان صورت گیرد، مشتری در تأدیه ثمن قصور ورزد و کالا در ید بایع و یا وی به نحو دیگری بر کالا استیلا داشته باشد، بایع مکلف است حسب اوضاع و احوال، اقدامات متعارف را برای حفاظت کالا معمول دارد. تا زمانی که مشتری هزینه‌های متعارف انجام شده را تأدیه نماید، بایع حق دارد کالا را حبس نماید.»

این ماده دو وظیفه را بر عهده خریدار می‌نهد که یکی از آنها «پرداخت ثمن» است و دیگری «قبض کالا». اگر خریدار موفق به پرداخت ثمن نگردد، که باید همزمان با تحویل کالا صورت گیرد در واقع، وی در اجرای قبض کالا مانع ایجاد کرده است. در این حالت، فروشنده، که کالا را در تصرف دارد، یا به نحو دیگری قادر است کنترل تصرف کالا را داشته باشد، ملزم است اقدامات متعارف برای حفظ کالا را معمول دارد و حق دارد تا زمانی که خریدار مخارج متعارف را نپرداخته است، کالا را حبس نماید.

بر اساس ماده ۸۵ خریدار باید همکاری نماید تا فروشنده وظیفه خود مبنی بر تحویل کالا را انجام دهد و وی باید کالا را قبض نماید. در هر حالتی که خریدار کالا را قبض

نماید ماده ۸۵ اعمال می‌گردد، خواه خریدار همه اعمالی را که لازمه تحویل کالا از سوی فروشنده است انجام داده باشد، یا انجام نداده باشد.

اگر در قرارداد اصلی این گونه توافق شده باشد که تأدیه ثمن همراه با تحویل کالا محقق شود، چنانچه فروشنده آماده تحویل است از سوی خریدار پرداخت صورت نگیرد، ماده ۸۵ این عمل را عدم موفقیت خریدار در پرداخت ثمن قلمداد می‌نماید. در این حالت، وظیفه فروشنده مبنی بر تسلیم، معلق می‌گردد و از این پس، وظیفه وی آن است که اقدامات لازم برای محافظت از کالا را انجام دهد. در این حالت، فروشنده می‌تواند به ماده ۶۰ این کنوانسیون استناد کند و از خریدار درخواست نماید که کالا را تحویل بگیرد و ثمن را پرداخت کند. همچنین همگام با آن، هزینه‌های متعارف متحمل شده توسط وی را نیز تأدیه کند که این مسئله را می‌توان از ماده ۸۵ کنوانسیون استخراج نمود. اگر خریدار به وظایف خود عمل نکند، فروشنده می‌تواند قرارداد را فسخ کند و به استناد ماده ۶۱ این کنوانسیون، مطالبه خسارت نماید.

سؤالی که قابل طرح است اینکه اگر توافق شود ثمن قبل از تحویل کالا پرداخت گردد و این امر محقق نشود، چه ضمانت اجرایی وجود خواهد داشت؟ در پاسخ باید گفت: در این حالت، فروشنده ملزم به تحویل کالا نیست. وی می‌تواند یا بر اساس بند ۱ ماده ۶۵ قرارداد را فسخ کند و یا به استناد ماده ۷۱ تحویل کالا را به تعویق اندازد.

لازم به ذکر است که ثمن قرارداد باید بر اساس مواد ۵۵ و ۵۶ مشخص گردد و در مکانی که طبق ماده ۵۷ تعیین می‌شود و در زمانی که مطابق مواد ۵۸ و ۵۹ مقرّر شده است، تأدیه گردد. اگر یکی از شروط مذکور در موارد مزبور اجرا نگردد، ماده ۸۵ اجرا خواهد شد، مشروط به اینکه خریدار موفق به پرداختن ثمن نشود. لازم به ذکر است که خریدار مسئول انجام همه اقدامات بیان شده در قرارداد برای پرداخت ثمن خواهد بود.

حق حبس کالا، که برای فروشنده بر اساس ماده ۸۵ به وجود آمده است، تا موقعی تحقق پیدا می‌کند که کالا در تصرف وی باشد، یا اینکه او هنوز قادر به انتقال مالکیت کالا به شخص دیگری باشد و به عبارت دیگر، حق انتقال نباید به خریدار منتقل شده باشد. اصل مهمی که در اعمال ماده ۸۵ باید در نظر گرفته شود آن است که اگر حق انتقال کالا توسط فروشنده منتقل نشده باشد، آن گاه می‌توان این ماده را اعمال کرد. در این حالت، اگر خریدار از قبض کالا امتناع نماید، فروشنده باید با توجه به اوضاع و احوال، اقدامات

متعارف برای محافظت از کالا را معمول دارد و حق دارد کالا را حبس نماید تا اینکه هزینه‌های متعارف وی توسط خریدار پرداخت گردند. (داراب پور، ۱۳۷۴، ۳: ۱۷۸)

تا زمانی که هزینه‌های متحمل شده توسط فروشنده برای نگهداری و محافظت از کالا به وی تأدیه نشده‌اند، او حق حبس کالا را دارد. این حق حبس ریشه قراردادی ندارد، بلکه مبنای آن قانون است و اثر آن این است که خریدار تضمین کند که ثمن و همچنین خساراتی را که امکان دارد در نتیجه تقصیر وی حادث شوند، همراه با هزینه‌های متعارفی که فروشنده برای نگاه داری و محافظت از کالا متحمل شده را می‌پردازد. بنابراین، حق حبس مذکور در واقع، حقی است که بر اساس ماده ۸۵ کنوانسیون به فروشنده اعطا شده است و می‌تواند از این حقی که به موجب قانون به وی داده شده، استفاده نکند و یا این حق را بر اساس مفاد ماده ۸۷ کنوانسیون، با سپردن کالا به انبار، به شخص ثالث اعمال کند یا کالا را با عنایت به مفاد ماده ۸۸ بفروشد. همان گونه که اشاره شد، حق حبس کالا توسط فروشنده ادامه پیدا می‌کند تا زمانی که طرف دیگر هزینه‌های متعارف به بار آمده را تأدیه نماید.

ماده دیگری که در خصوص حق حبس در کنوانسیون وجود دارد، ماده ۸۶ می‌باشد:

متن ماده ۸۶

۱. چنانچه مشتری کالا را دریافت نموده و قصد اعمال هر یک از حقوق خود را در چارچوب قرارداد و این کنوانسیون دایر بر رد آن داشته باشد، مکلف است حسب اوضاع و احوال، اقدامات متعارف را برای حفاظت از کالا معمول دارد. تا زمانی که با بایع هزینه‌های انجام شده را تأدیه ننماید، مشتری حق دارد کالا را حبس کند.
 ۲. چنانچه کالای ارسال شده جهت مشتری در مقصد مورد نظر در اختیار او قرار داده شود و او از حق رد استفاده کند، مکلف است به نیابت از بایع، کالا را در تصرف خود نگاه دارد، به شرط اینکه این امر بتواند بدون پرداخت ثمن و بدون زحمت نامتعارف یا هزینه‌های نامعقول صورت گیرد. چنانچه بایع یا شخص مأذونی که بتواند به نیابت از او حفظ کالا را بر عهده گیرد در مقصد حاضر باشد، شرط مزبور اعمال نخواهد شد. هرگاه مشتری در چارچوب این بند، کالا را در تصرف خود نگاه دارد، حقوق و تعهدات او مشمول بند پیشین نخواهد بود.
- ماده ۳۰ کنوانسیون به وظیفه فروشنده مبنی بر تسلیم کالا و اسناد مربوطه و انتقال

مالکیت کالا مربوط می‌شود. ماده ۸۶ کنوانسیون در دو بند خود، ناظر به دو مورد متفاوت می‌باشد: یکی آنکه خریدار کالا را دریافت کرده و قصد داشته باشد آن را رد کند و دیگر آنکه خریدار کالا را دریافت نکرده، گرچه کالا بازرگاری شده و در نهایت، در مقصد موردنظر در اختیار خریدار قرار داده خواهد شد و پس از آن وی قصد اعمال حق خود مبنی بر رد آن را دارد. در موقعیت نخست، کالا به طور فیزیکی در اختیار خریدار قرار گرفته، ولی در حالت دوم، کالا صرفاً در معرض تصرف وی قرار داده شده است. شروط و شیوه‌ای که به موجب آن کالا باید تحویل خریدار داده شود، در مرتبه اول، تابع قرارداد است، و اگر قرارداد در این خصوص ساکت باشد، در مرحله بعد، تابع مقررات کنوانسیون در رابطه با مکان، روش و سبک و زمان تحویل و سایر وظایف فروشنده خواهد بود.

از سوی دیگر، کالا باید از نظر کیفیت و کمیّت و توصیف، مطابق با آنچه در قرارداد مشخص شده باشد و نیز باید به روشی بسته بندی شده باشد که موردنظر قرارداد است. بند ۱ ماده ۸۶ بر این فرض استوار است که فروشنده کالا را تحویل داده و خریدار آنها را تحویل گرفته، ولی قصد دارد به خاطر نقض قرارداد توسط فروشنده، کالا را رد نماید؛ مثلاً، کالا مطابق آنچه در قرارداد توافق شده، نیست و یا در زمان مشخصی که باید تحویل داده شود، تحویل داده نشده است.

در این حالت، خریدار دارای این حق می‌باشد که تا وقتی تمام هزینه‌های متعارف توسط فروشنده به وی پرداخته نشده‌اند کالا را حبس کند.

خریداری که تمایل به رد کالا دارد، باید چنین کاری را ظرف مدت متعارفی پس از اینکه وی نقض کالا را کشف کرد یا باید کشف می‌کرد، انجام دهد. در این مورد باید به فروشنده اخطار شود و در این اخطار باید نوع «عدم مطابقت» اعلام گردد.

در بند ۲ ماده ۸۶ به حالتی اشاره شده است که کالا در تصرف فیزیکی خریدار قرار نگرفته است. در این صورت، برای اینکه خریدار بتواند حق خود مبنی بر رد کالا را اعمال نماید، باید کالا را به نیابت از فروشنده تصرف کند، مشروط بر اینکه انجام این کار بدون پرداخت ثمن و بدون زحمت غیرمتعارف یا مخارج نامعقول ممکن باشد. حق خریدار مبنی بر رد کالا بر این اصل استوار است که او به نیابت از فروشنده، کالا را تحویل می‌گیرد، ولی اگر فروشنده یا شخص مآذونی که بتواند به نیابت از وی کنترل کالا را به عهده بگیرد در مقصد حاضر باشد، بند ۲ ماده ۸۶ اعمال نمی‌گردد. و چنانچه کالا عیب پنهانی داشته باشد

که در هنگام قبض توسط خریدار قابل تشخیص نباشد، در این حالت، بند ۲ ماده ۸۶ قابل اجرا نخواهد بود.

مطلب دیگری که باید ذکر شود آن است که تصرف کالا به نیابت از فروشنده به طور ضمنی بر این فرض استوار است که فروشنده مقصر، مالک کالا است نه خریدار، و اینکه خریدار نمی‌تواند تصرفی در کالا نماید مثلاً از آن استفاده و یا مصرف نماید و یا اینکه مالکیت آن را منتقل کند و نیز وی موظف به محافظت از کالا می‌باشد همگی دلیل بر عدم مالکیت مشتری بوده و او تنها حق دارد کالا را تا زمانی که هزینه‌های متعارف از سوی فروشنده تأدیه نگردیده‌اند، حبس نماید.

اگر فروشنده یا فرد مأذون از طرف وی در مقصد کالا حاضر باشند، بند ۲ ماده ۸۶ اعمال نخواهد شد؛ چرا که فروشنده قادر به دریافت کالایی می‌باشد که خریدار قصد رد آنها را دارد. در این حالت، مفاد ماده ۸۵ قابل اجرا خواهد بود. در حالتی که فروشنده یا نماینده وی حضور نداشته باشند تا خریدار کالا را دریافت کند و سپس بخواهد آن را رد نماید، بند ۱ ماده ۸۶ اعمال خواهد شد در کنوانسیون، در مورد تعلیق یا فسخ قرارداد، مواد ۷۱ و ۷۲ قابل اشاره می‌باشند که در این مواد، به مسائل مربوط به حق حبس نیز پرداخته شده که لازم است ابتدا متن ماده ۷۱ بیان شود:

متن ماده ۷۱

۱. چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین به علل زیر، بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد نمود، طرف دیگر حق خواهد داشت اجرای تعهدات خود را معلق نماید:

الف. نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار او؛

ب. نحوه رفتار او در تمهید مقدمه اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد.

۲. چنانچه بایع پیش از ظهور جهات موصوف در بند پیشین، کالا را ارسال نموده باشد، می‌تواند از تسلیم آن به مشتری جلوگیری کند، هرچند مشتری دارای سندی باشد که او را محق به وضع ید بر کالا می‌کند.

۳. طرفی که اجرای تعهدات خود را، خواه قبل از ارسال یا بعد از آن، معلق می‌نماید، مکلف است فوراً اخطار تعلیق را جهت طرف دیگر ارسال نماید و در صورتی که طرف مزبور

در زمینه ایفای تعهد خود اطمینان کافی فراهم نماید، اجرای تعهد خود را از سر گیرد.»
 مقرراتی که راجع به نقض احتمالی قرارداد بحث می‌کنند، منجر به بروز مسائل متعارضی می‌شوند. مطلوب نیست یک طرف قرارداد بتواند هرگاه ظنن می‌شود که احتمال دارد طرف دیگر در شرف نقض قرارداد باشد، قرارداد را به حالت تعلیق درآورد. با وجود این، ضرورت دارد قانون برای مواقعی که احتمال واقعی وقوع نقض قرارداد وجود دارد، چنین مسئله‌ای را بیان کند. زمانی که چنین احتمالی وجود داشته باشد، درست نیست از طرف دیگر خواسته شود به اجرای تعهد خود، که در نهایت موجب ورود ضرر و زیان‌های غیرقابل جبران برای وی می‌شود، ادامه دهد. از این رو، باید در پی ایجاد توازن باشیم، که این توازن در ماده ۷۱ برقرار شده است.

ماده ۷۱ از برخی جهات، شبیه قوانین آلمان و ایالات متحده است. اجرای این ماده محدود به موارد ورشکستگی نمی‌شود. اصلاحات به عمل آمده توسط گروه تحقیق و کنفرانس وین باعث شده است که موارد اجرای آن عملی‌تر گردد. ممکن است نقض احتمالی علاوه بر اینکه موجب حق تعلیق ایفای قرارداد به موجب ماده ۷۱ شود، اگر این نقض احتمالی ویژگی‌های نقض اساسی قرارداد را داشته باشد، ممکن است زمینه‌ای برای ایجاد حق فسخ قرارداد به موجب ماده ۷۳ نیز فراهم کند. کنوانسیون به یک طرف قرارداد حق می‌دهد قرارداد را تعلیق نماید، هنگامی که طرف دیگر، قرارداد را به طور اساسی نقض کرده باشد، ولی نقض نباید به قدر کافی اساسی محسوب شود تا مجوزی برای فسخ قرارداد گردد. در تعلیق قرارداد، نیازی به دادن اخطار متعارف قبلی وجود ندارد. شروط و ملزومات تعلیق قرارداد کمتر از شروط و ملزومات فسخ قرارداد هستند. با این همه، پس از حدوث تعلیق، باید فوراً اخطار تعلیق قرارداد به طرف دیگر داده شود. در این موارد، بر اساس بند ۱ ماده ۷۱ می‌توان قرارداد را معلق نمود.

نقصان در توانایی اجرا توسط فروشنده: ممکن است در نتیجه اعتصاب در کارخانه فروشنده نقصانی در محصولات به وجود آمده باشد و این اعتصاب احتمال دارد تا مدتی ادامه داشته باشد. در این صورت، خریدار با تعلیق قرارداد، ضرورت پیش پرداخت، باز کردن اعتبارنامه بانکی برای پرداخت کالایی که در آینده تحویل خواهد شد، یا انجام اقدامات اولیه همانند ترتیب حمل کالا یا تسلیم اسناد را از بین می‌برد.

از دیگر عوامل تعلیق، نقصان در اعتبار مالی خریدار می‌باشد. ممکن است خریدار در

رابطه با دیگر قراردادهایی که با فروشنده داشته، ثمن را به موقع پرداخته باشد. این امر می‌تواند نشانگر نقصان جدی در اعتبار مالی خریدار باشد. اگر بعداً ظاهر شود که در نتیجه آن نقصان، خریدار ثمن کالایی را که فروشنده باید به موجب قرارداد مورد بحث تولید کند یا تدارک ببیند نخواهد پرداخت، فروشنده قادر خواهد بود تولید و تدارک کالا را متوقف کند.

اگر خریدار لوازم یدکی ظریف و دقیق خریده باشد که به محض دریافت کردن، آنها را مورد استفاده قرار دهد، ممکن است مطلع گردد که فروشنده به خریداران مشابه دیگر کالای معیوب تحویل داده است. اگرچه در توانایی فروشنده در تحویل کالا به طور کامل و با مختصات مورد نیاز نقصانی به وجود نیامده باشد، اگر دلیل تحویل کالای معیوب، آن باشد که فروشنده از مواد اولیه یک معدن یا منبع استفاده کرده است، خریدار ذی حق است اجرای قرارداد را به حالت تعلیق درآورد.

بند ۲ ماده ۷۱ در مواقع خاصی اعمال می‌شود که خریدار فروشنده را تهدید به عدم پرداختن ثمن می‌نماید، و این در حالی است که فروشنده کالا را ارسال کرده، ولی هنوز کالا به دست خریدار نرسیده است.

بر اساس این بند، به فروشنده در چنین مواردی اختیار داده می‌شود که از تحویل کالا به خریدار ممانعت به عمل آورد. البته باید در نظر داشت که مفاد بند ۲ ماده ۷۱ وقتی قابل اجراست که توافقی مبنی بر اجرای بند ۲ ماده ۵۸ وجود نداشته باشد دال بر این شرط که به فروشنده اجازه نمی‌دهد کالا را در صورتی تحویل دهد که ثمن پرداخته شده باشد.

بند ۲ ماده ۷۱ فقط بین خریدار و فروشنده قابل اجرا می‌باشد و بر همین اساس، متصدی حمل و نقل ملزم به رعایت دستورات فروشنده مبنی بر عدم تحویل کالا به خریدار نشده است.

لازم به ذکر است که بند ۲ به صراحت نمی‌گوید: در اخطار تعلیق، علتی را که موجب تعلیق شده است ذکر کنید، اما در عمل، بسیار مطلوب است که علت ذکر شود. به نحوی که طرفی که اخطار دریافت می‌کند در موقعیتی قرار داده شود که بتواند تضمین کافی برای اجرای قرارداد فراهم آورد.

در بحث موردنظر، اشاره به ماده ۷۲ نیز ضروری است:

متن ماده ۷۲:

۱. اگر قبل از تاریخ اجرای قرارداد، واضح باشد که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را فسخ نماید.
۲. طرفی که قصد اعلام فسخ دارد، چنانچه وقت اقتضا می‌کند، مکلف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که اطمینان کافی جهت ایفای تعهدش بدهد.
۳. چنانچه طرف دیگر اعلام کرده باشد که تعهدات خود را اجرا نخواهد کرد، الزامات مذکور در بند پیشین منتفی خواهد بود.»

در تجارت بین‌المللی، گاهی اوضاع و احوالی پیش می‌آیند که منجر به حدوث مشکلاتی در اجرای قرارداد، توسط طرفی می‌شوند که تعهدات قراردادی دارد. اگر بتوان با دادن فرصت، راهی برای حل مشکل پیدا کرد، نباید به آسانی راضی به فسخ قرارداد شد. همچنین در این حالت، نامطلوب است که قرارداد به قوت خود باقی بماند. در این گونه اوضاع و احوال، ماده ۷۲ کنوانسیون اجازه می‌دهد که قرارداد فسخ گردد. این اجازه فسخ بسیار مفید است؛ زیرا در برخی شرایط ممکن است برای یک طرف کفایت نکند که فقط تعهدات خود را معلق نماید. این ماده می‌گوید: اگر واضح باشد که نقض احتمالی رخ خواهد داد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

برخلاف ماده ۷۱ کنوانسیون، نیازی نیست نقض احتمالی در نتیجه رفتار ویژه یا اوضاع و احوال خاصی محقق گردد. بر اساس ماده ۷۲ همین قدر کافی است که نقض احتمالی واضح باشد و این وضوح از هر علتی می‌خواهد، ناشی شود. طرفی که قرارداد را فسخ می‌کند، به خاطر منافع خود، لازم است به وضوح مطمئن شود که نقض قرارداد در شرف وقوع است. در غیر این صورت، اقدام وی ممکن است فاقد اعتبار باشد و منجر به این گردد که متعاقباً عدم اجرای وظایفش نقض تعهد محسوب شود و احتمالاً مسئول پرداخت خسارت گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۴۳، ش ۲۴۱)

وقتی نقض احتمالی دارای ویژگی‌های اساسی است، طرف دیگر، هم می‌تواند از ماده ۷۱ استفاده نماید و هم می‌تواند از ماده ۷۲ استفاده کند. بر اساس ماده ۷۲ طرفی که می‌خواهد قرارداد را فسخ کند، باید اخطار متعارف و معقولی بدهد، به نحوی که به طرف دیگر فرصت داده شود تضمینات کافی برای اجرای تعهدش تدارک ببیند.

حق حبس در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی

یونیدروا، یا «مؤسسه بین‌المللی یکسان سازی حقوق خصوصی»^۱ مؤسسه مستقل بین دولتی است که بمنظور هماهنگ ساختن و یکنواخت کردن حقوق خصوصی، بویژه قوانین تجاری دولت‌های عضو در سال ۱۹۲۶ میلادی به‌عنوان یک ارگان فرعی جامعه ملل ایجاد و در شهر رم ایتالیا استقرار یافت. این مؤسسه تلاش دارد قوانین بین‌المللی مربوط به حقوق خصوصی را در سراسر کشورها از طریق قوانین یکنواخت، کنوانسیون‌های بین‌المللی و تولید دستور العمل‌ها ارائه نماید و از جمله اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی را تنظیم نموده و حق حبس را در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی با صراحت به رسمیت شناخته است. در فصل هفتم اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تحت عنوان «خودداری از اجرای تعهد (حق حبس)» در ماده ۳-۱-۷ چنین مقرر می‌دارد:

۲. در موردی که قرار است طرفین قرارداد تعهدات‌شان را به طور هم‌زمان انجام دهند، هر یک از طرفین می‌توانند تا زمانی که طرف دیگر تعهدش را اجرا نمی‌کند، از اجرای تعهدش خودداری نمایند.

۳. در جایی که قرار است اجرای تعهدات طرف‌های قرارداد به طور متوالی باشد، طرفی که قرار است تعهدش را دیرتر انجام دهد، می‌تواند تا زمانی که طرف اول تعهدش را انجام نداده است، از اجرای تعهد خودداری نماید (مؤسسه بین‌المللی یکسان سازی حقوق خصوصی (UNIDROIT)، ۱۳۸۵: ۲۴۴)

این به‌عنوان یک قاعده کلی است که اجرای تعهدات قراردادی باید به صورت هم‌زمان صورت گیرد زیرا اگر یکی از طرفین به تنهای و به صورت یک جانبه تعهدات خودش را انجام دهد ریسک بزرگی نموده است. زیرا این احتمال وجود دارد که طرف مقابل از انجام تعهد خود امتناع ورزد و در نتیجه طرف دیگر دچار تحمل ضرر و زیان گردد. پس اجرای هم‌زمان تعهدات باعث اجتناب از این خطر می‌گردد و در صورتی که یک طرف از اجرای تعهدش سر باز زند، اصول قراردادهای اروپایی به منظور جلوگیری از وقوع در این خطر و نیز به‌عنوان یکی از شیوه‌های جبران خسارت، حق حبس را به رسمیت شناخته و می‌گوید در صورتی که اجرای تعهدات هم‌زمان باشد، مطابق اصول بازرگانی، طرف دیگر حق دارد از اجرای تعهدش امتناع نموده و یا اجرای خود را معلق به اجرای تعهد متقابل نماید.

1. International Institute for the Unification of Private (UNIDROIT).

چنان که در ماده ۴-۱-۶ این اصول نیز تحت عنوان «ترتیب اجرای تعهدات» بیان می‌دارد:

۱. به میزانی که اجرای همزمان تعهدات طرفین ممکن باشد، آنها ملتزم به چنین اجرایی هستند مگر این که اوضاع و احوال برخلاف آن دلالت کند.

۲. به میزانی که اجرای تعهد از سوی فقط یکی از طرفین نیازمند مدت زمانی باشد، آن طرف ملتزم است که ابتدا تعهداتش را انجام دهد مگر این که اوضاع و احوال بر خلاف آن دلالت کند (مؤسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی (UNIDROIT) (۱۳۸۵:۱۹۳)

مطابق بند اول ماده ۴-۱-۶، قاعده این است که طرفین به اجرای همزمان تعهداتشان ملتزم اند و فروشنده حق دارد که به محض تحویل جنس، درخواست پرداخت ثمن نماید، در صورتی که یکی از طرفین از اجرای تعهداتش سر باز زند، برای جلوگیری از ضرر طرف مقابل، حق حبس به‌عنوان یکی از شیوه‌های جبران ضرر در نظر گرفته شده است.

حق حبس در اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL: Principles of European Contract Law)

همان گونه که اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی حق حبس را پذیرفته است، این حق در اصول قراردادهای اروپایی نیز به رسمیت شناخته شده و در ماده ۲۰۱-۹ این اصول تحت عنوان «حق امتناع از اجرا» مقرر می‌دارد:

۳. طرفی که بایستی همزمان یا بعد از طرف دیگر تعهدی را اجرا نماید می‌تواند مادامی که طرف دیگر اجرا را تسلیم نموده یا تعهد را اجرا نموده باشد از اجرای تعهد امتناع نماید. طرف اول می‌تواند از اجرای کل تعهد یا قسمتی از آن در صورتی که به موجب اوضاع و احوال متعارف باشد خودداری نماید.

۴. طرف قرارداد مادامی که آشکار است که عدم اجرا از سوی طرف دیگر وجود خواهد داشت، می‌تواند وقتی که اجرای طرف دیگر قابل مطالبه باشد، به نحو مشابهی از اجرای تعهد خودداری کند.

چنان که در ماده ۴-۱۰-۷ این اصول، تحت عنوان «ترتیب اجرا» نیز بیان می‌دارد: «تا حدی که اجرای تعهدات طرفین قرارداد می‌تواند به طور همزمان صورت پذیرد، طرفین قرارداد ملتزم به اجرای همزمان آنها می‌باشند مگر این که اوضاع و احوال بر خلاف آن دلالت کند».

برای اجرا و اعمال مواد ۱۰۴-۷ و نیز ۲۰۱-۹ که ترتیب اجرا را بیان می‌دارند، زمان اجرای تعهدات متقابل قراردادی باید همزمان باشد. بدیهی است در صورتی که ترتیبی برای اجرای تعهد وجود داشته باشد، طرفی که اجرای وی مقدم است باید تعهد خودش را اجرا نماید و نمی‌تواند به دلیل این که طرف دیگر مایل به اجرای تعهد خود نیست از اجرا امتناع نماید. با این وجود طرفی که باید ابتدا اقدام به اجرای تعهد نماید می‌تواند اجرای خود را معلق کند مشروط بر این که عدم اجرای اساسی از سوی طرف مقابل یک امر روشن و بدیهی باشد. در این صورت بند ۲ ماده ۲۰۱-۹ قابل اعمال می‌باشد. و در برخی موارد طرف اول قرارداد با پیش بینی عدم اجرا می‌تواند مطابق ماده ۳۰۴-۹ قرارداد را خاتمه دهد. (شعاریان، و ترابی، ۱۳۸۹: ۲۶۹، ۳۱۹ و ۳۲۰).

حق حبس در فقه

الف) حق حبس در فقه امامیه

بی تردید پس از تحقق بیع و انتقال ملکیت مبیع به مشتری و ثمن به بایع، هر یک از متبایعین ملزم خواهد بود فوراً به تعهد خود یعنی قبض و اقباض عمل کند در عین حال که حق دارد مال خود را که به واسطه بیع مالک شده است از طرف مقابل بخواهد، زیرا پس از انتقال ملکیت، نگهداشتن مال غیر و امتناع از تسلیم آن، به منزله تصرف در مال غیر و موجب ضمان است، پرسشی که در این میان قابل طرح است چگونگی تسلیم مبیع از طرف بایع و تأدیه ثمن از سوی مشتری، از حیث تقدم و تأخر است؟ یعنی آیا ابتدا باید بایع مبیع را تسلیم کند سپس مشتری ثمن را تأدیه نماید، یا به عکس؟ یا این که هر دو هم زمان متعهد به قبض و اقباض هستند؟ بدیهی است که چنانچه در ضمن عقد نحوه تقدم و تأخر قبض و اقباض معین شده باشد، طرفین متعهد به وفای به آن هستند. اما سخن در جایی است که بیع به صورت مطلق واقع شده است.

برخی از فقیهان (محقق اردبیلی، ۱۴۱۲: ۵۰۴) بر این باورند که به موجب اطلاق عقد، هر یک از طرفین معامله موظف به انجام تعهد هستند، خواه طرف دیگر تعهد خود را به انجام رساند یا خیر. بر این اساس بایع مکلف است که مبیع را بدون قید و شرط و بی آنکه تأدیه ثمن از سوی مشتری صورت پذیرد، تحویل نماید. و مشتری نیز صرف نظر از اینکه بایع، مبیع را تسلیم می‌کند یا خیر، متعهد است که ثمن را به بایع بپردازد.

اما مشهور فقیهان این نظریه را نپذیرفته‌اند، (نجفی، ۱۳۶۶، ۸: ۳۳۳) بلکه انجام تعهد هر یک از فروشنده و خریدار را مشروط به اجرای تعهد دیگری دانسته‌اند. یعنی بایع حق دارد از تسلیم مبیع که موجب عقد بیع به ملکیت مشتری درآمده است، امتناع کند و آن را نزد خود نگاه دارد تا این که مشتری ثمن را بپردازد. همان طور که مشتری نیز از چنین حق امتناعی برخوردار است و می‌تواند تأدیه ثمن را که به سبب عقد به ملکیت فروشنده درآمده است تا زمان تسلیم مبیع به تأخیر اندازد. از این حق امتناع که طرفین بیع از آن برخوردار هستند به حق حبس تعبیر می‌شود. گویا هر یک از فروشنده و خریدار، مال دیگری را نزد خود حبس می‌کند و رهایی آن را به انجام تعهد طرف مقابل مشروط می‌سازد. درحقیقت مبیع از این حیث مانند مال الرهن است که هر چند ملک مشتری و مال اوست اما حق بایع به آن تعلق دارد و تا زمانی که مشتری ثمن را نپردازد، حق مذکور به قوت خود باقی خواهد بود.

در برابر ادعای عدم خلاف در میان متأخران در مورد وجود حق حبس در عقود معاوضی (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۴۵) برخی دیگر حق حبس را حتی در عقد بیع منتفی دانسته‌اند.

مقدس اردبیلی بعد از نقل کلام علامه حلی مبنی بر اینکه تسلیم عوضین بر فروشنده و خریدار بدون هیچ گونه اولویتی واجب است مطلبی می‌نویسد که حاصل آن چنین است: بر فروشنده و خریدار واجب است که مقارن با گرفتن عوض، آنچه را که (به موجب عقد) ملک دیگری شده است به او تسلیم کند و خودداری از تسلیم مورد معامله تا زمانی که عوض آن دریافت نشده، جایز است؛ سپس می‌افزاید: و حکم این مسأله به دلیل فقدان نص، امری مشکل است ولی با این حال باید گفت که به مقتضای انتقال هر یک از عوضین به ملکیت طرف مقابل، تسلیم مال مورد انتقال به منتقل الیه با درخواست وی ضروری است و حبس عوض تا هنگام قبض، جائز نمی‌باشد و هر یک از دو طرف می‌تواند به هر شیوه‌ای که ممکن است حتی بدون اذن دیگری در مال خود تصرف نماید و خودداری یکی از دو طرف از دستیابی دیگری به حق خویش و در نتیجه ظلم به او نمی‌تواند مجوز ظلم طرف دیگر و جلوگیری نمودن طرف اول از رسیدن به حق خویش باشد.

محدث بحرانی بعد از نقل کلام مقدس اردبیلی با وجود اینکه آن را تأیید می‌کند، در فهم او از کلام علامه در ارشاد الازهان و دیگران اشکال می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۵۲) وی بر این باور است که این عبارت از فقیهان که لزوم تسلیم همزمان مبیع و ثمن را مقتضای اطلاق عقد بیع می‌دانند، در واقع ناظر به کلام شیخ طوسی است که در فرض

امتناع فروشنده و خریدار از تسلیم، معتقد است که نخست این بایع است که باید مبیع را به خریدار تسلیم کند ولی از عبارت بالا این مطلب که تا رد عوض از جانب دیگر صورت نگیرد تسلیم معوض به طرف دیگر لازم نیست، استفاده نمی‌شود.

به نظر می‌رسد قطع نظر از اشکالی که بر استدلال مقدس اردبیلی در خصوص نفی حق حبس برای متبایعین وارد است- زیرا در جای خود ثابت شده است که اگر یکی از دو طرف از تسلیم مورد معامله امتناع کند، حق مطالبه عوض را از دیگری ندارد چه حق مزبور به نظر عرف حقی مقید است نه مطلق و با خودداری فروشنده یا خریدار از تسلیم طرف دیگر حق امتناع از انجام تعهد را خواهد داشت. از ظرافت و دقت فهم محدث بحرانی از عبارت فقیهان نباید گذشت. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۷۱-۳۷۲)

واقعیت مطلب این است که در بررسی تألیفات فقیهان امامیه پیش از علامه حلی به جز شیخ طوسی، موردی که در آن به طور صریح به طرح اندیشه حق حبس در عقد بیع پرداخته شده باشد یافت نشده است. (نجفی، ۱۹۸۱م)

شاید بتوان گفت که پس از شیخ، علامه نخستین کسی است که در این باره سخن گفته است (بحرانی، ۱۴۰۵-۱۹۸۵: ۱۱۱) و پس از آن بیشتر فقیهان حق حبس را در گستره عقود معاوضی پذیرفته‌اند به طوری که امروزه دیدگاه کسانی که منکر وجود حق حبس میباشند در فقه مهجور مانده است. (شیخ طوسی، ۱۴۳۱: ۵۸۳ و موسوی خمینی، بی تا، ۵: ۲۳۸ و شیخ طوسی، بی تا، ۲۹۳)

بعضی فقیهان، حتی وجود حق حبس را در معاوضات قهری (قانونی) نیز محتمل دانسته‌اند. (نجفی، ۱۳۶۶: ۴۱ و محقق ثانی: ۳۵۸)

صاحب جواهر در کتاب غصب در موردی که غاصب تمکن از رد مال مغضوب، به مالک پیدا می‌کند احتمال داده است که او بتواند تا زمانی که مالک بدل حیلوله را به او برنگردانده است از تسلیم مال مغضوب به مالک خودداری کند. با این استدلال که هر چند در اینجا معاوضه حقیقی موجود نیست ولی به هر حال یک نوع شبه معاوضه وجود دارد. (محقق ثانی، ۱۴۱۱: ۱۳۵) و میرزای قمی از این نیز فراتر رفته و در مورد حق خودداری زوجه از تمکین برای گرفتن مهریه با تصریح به این که نکاح از معاوضات نیست و دلیل بیشتر فقیهان در خصوص جواز امتناع زن از تمکین، اجماع است ولی از آنجا که در این مورد خوف از بین رفتن حق وجود دارد، این احتمال را می‌دهد که این خودداری صرفاً از

باب تقاص باشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۱۹۱ و حسینی شیرازی، ۸۸ و قلعه جی: ۸۹۷) نتیجه استدلال اخیر آن خواهد بود که هر کجا طلبکار بیم آن داشته باشد که حق او تضییع شود می‌تواند برای دستیابی به حق خویش از ایفای تعهدی که در قبال دیگری دارد امتناع کند هر چند که در آنجا تعهدات متقابلی وجود نداشته باشد. در نتیجه دیدگاه بالا به دیدگاه حقوق برخی کشورهای اروپایی بسیار نزدیک خواهد بود.

در بحث ازدواج و نکاح نیز یکی از حقوقی که فقهای امامیه و اهل سنت برای زوجه به رسمیت شناخته و آن را موجبی برای جواز عدم تمکین خاص وی می‌دانند حق حبس است (طباطبائی، ۱۴۲۱: ۷۲) بدین معنی که زوجه حق دارد تا دریافت کلیه مهریه خود از تمکین خودداری نماید.

جواز امتناع زوجه قبل از دخول تا زمان دریافت مهریه بر اساس اجماع فقهای عظام است و (شهید ثانی: ۱۹۱) نصی در آن وجود ندارد، روایت ابی بصیر از امام صادق علیه السلام و امثال آن که در خصوص عدم جواز دخول به زوجه قبل از قبض مهریه می‌باشد از افاده حرمت قصور دارد و برای بیان جهت افضلیت حکم وارد شده است و تنها کراهت دخول، در صورت امتناع زوجه را می‌رساند. (نجفی، ۱۳۶۶، ۳۱: ۴۱) لکن اجماع علما موافق با قواعد شرعیه است، به این معنا که عقد نکاح استحقاق بضع برای زوج و استحقاق مهر برای زوجه را واجب می‌کند.

پرداخت جمیع مهر در مقابل استفاده از بضع واجب است زیرا به مجرد عقد، زوجه مهر را مالک می‌شود و مقتضای لزوم وفای به عقد ادای کل مهر است، زیرا تمام مهر در برابر بضع است و چنانچه عنوان شد در نکاح با مهر، هر کدام از متعاقدين حق امتناع از تسلیم در قبال عوض را دارد و تا زوجه چیزی از مهر دریافت نکرده باشد قبض صورت نمی‌گیرد و حق امتناع از تمکین او ساقط نمی‌شود لذا به علت عموم عسر و حرج و لاضرر، تسلیم و عدم تسلیم زوجه می‌تواند در برابر قبض تمام مهر باشد. (۱۳۶۶، ۳۱: ۴۱)

ب) حق حبس در فقه مالکی

حق حبس در فقه مالکی به طور کلی پذیرفته شده است، و این حق را برای زن مسلم دانسته و او می‌تواند تا زمانی که شوهرش مهر را پرداخت نکند از تمکین خودداری نماید. (حیب بن طاهر، ۱۴۲۶: ۲۷۸)

حق حبس در کلام برخی فقهای مالکی به طور دقیق بیان شده است. «للمرأة حبس نفسها عن زوجها، حتی يتوفر الصداق علیها کمالاً». (جوینی، ۱۴۳۰: ۱۷۲)

ج) حق حبس در فقه حنفی

حق حبس در فقه حنفی به طور گسترده مطرح گردیده از جمله در مورد حق حبس که برای زن وجود دارد این است که او می‌تواند از شوهرش مطالبه مهریه نماید و تا زمانی که شوهر مهریه را پرداخت نکرده، از تمکین خودداری نماید تمکین. (سطرچی، ۱۴۱۴: ۱۶۴-۱۶۲) برخی فقهای حنفی معتقدند که اگر زوجه تمکین کرد حق حبس از او ساقط می‌شود. (مروارید، ۱۴۱۳: ۸۴) فقهای حنفی باور دارند که در صورت عدم پرداخت مهریه از سوی شوهر، زن علاوه بر حق عدم تمکین، حق مطالبه نفقه را نیز دارد. (حنبلی، ۴۶۴: ۴۶۴) سرخسی در موارد مختلف در کتاب المبسوط به این مسئله ادعای اجماع نموده. (وهبة الزحیلی، ۱۴۱۸: ۱۷۷) و سمرقندی نیز با پیروی از او در موارد مختلف به حق حبس استناد کرده است. (سمرقندی، ۱۹۹۳، ۲: ۲۹)

د) حق حبس در فقه شافعی

فقهای شافعی در مورد حق حبس مطالبی را در ابواب متعددی بیان نموده است. (مطیعی، ۱۴۲۷: ۱۷) از جمله گفته‌اند که زن حق حبس دارد که تمکین نکند تا شوهر مهر را به طور کامل پرداخت نماید، البته به شرطی که مهر حال باشد. (غزالی، ۱۴۱۸: ۳۰) اگر مؤجل باشد زن این حق را ندارد. (حصری، ۱۴۲۲: ۱۷۵) هم چنین نووی در کتاب البیع حق حبس را پذیرفته و گفته است: «للبنات فیہ علقة و هی حق الحبس لقبض الثمن، فصار كعلقة الخيار». (نووی، ۱۹۹۴، ۶: ص ۸۵)

ه) حق حبس در فقه حنبلی

حق حبس در میان فقهای حنبلی موضوعی توجه برانگیز است. ابن قدامه در المغنی می‌نویسد: تمام علما اجماع دارند که زن می‌تواند مادامی که مهریه خود را نگرفته است، از تمکین و حتی از سفر رفتن هم خودداری کند. (غریانی، ۱۴۲۷: ۵۹۶) شرطی که فقهای حنبلی در مهر زن گذاشته این است که مهر حال باشد، (ابن قدامه، بی‌تا،

۸۱ و ضمیری، ۱۴۳۳: ۷۲۰) نکته که در تمام مذاهب مشترک است این است که در زمان عدم تمکین زن (حبس) حق نفقه زن بر شوهر واجب است. (ابن قدامه، [بی تا]، ص ۸۱). از کلام وی استفاده می شود که فقهای اهل سنت برحق حبس زوجه اجماع دارند. در کتاب کشف المخدرات نیز ضمن پذیرش حق حبس برای زوجه، ادعای اجماع شده است. (بعلی، بی تا، ۱: ۲۲۱) در کتب دیگر حنابله نظیر شرح منتهی الارادات (بهوتی، ۱۴۲۱: ۲۸۱) نیز براین حق تصریح شده است.

آثار حق حبس

البته نباید تصور کرد که در زمان حبس مبیع، مشتری حق تصرف در آن-مانند فروش و انتقال به دیگری-را ندارد، زیرا مال مذکور ملک اوست و هر گونه تصرفی می تواند در آن داشته باشد، حق تصرفاتی که متوقف بر تسلیم مال باشد مثل اجاره، ولی با این قید که چون حق بایع به آن تعلق گرفته است و مشتری ثمن را حبس نموده است، فروشنده را زمانی می توان به تسلیم مبیع مجبور کرد که مشتری هم ثمن را تأدیه نماید.

همین طور باید دانست که تمام منافع و نمائات مبیع و ثمن در زمان حبس متعلق به مالک آنهاست. یعنی نمائات مبیع متعلق به مشتری و نمائات ثمن از آن بایع خواهد بود. و هیچ یک بی اذن دیگری حق تصرف و انتفاع از آنها را نخواهد داشت، زیرا منافع و نمائات به عنوان فرع، از اصل مال تبعیت می کنند و همچون تصرف در اصل، تصرف در مال غیر محسوب شده و موجب ضمان خواهد بود، هزینه های مربوط به مبیع و ثمن در زمان حق حبس نیز از این قاعده کلی پیروی می کند، به این معنا که در مدت زمانی که مبیع در حبس بایع است، مخارج و هزینه های نگهداری آن متوجه مشتری به عنوان مالک آن خواهد بود، زیرا هر چند فروشنده آن را حبس کرده است اما چون از این حق برخوردار بوده و قانون آن را مشروع می داند، ضمانتی متوجه او نخواهد بود. آری چنانچه مثلاً مشتری ثمن را تأدیه کند و بایع همچنان از تسلیم مبیع امتناع نماید، وی مسئول پرداخت مخارج آن خواهد بود. با این مقدمه می توان گفت که آثار حبس قرار ذیل است:

۱. تعلیق اجرای تعهد

تعلیق و توقف اجرای تعهد برای مدت متعارف است، از اجرای تعهد نتایج زیر حاصل است می شود:

۱-۱. بقای تعهد با اعمال حق حبس: هدف از اعمال حق حبس، تساوی بین طرفین است، اعمال این حق، نه تنها لطمه‌ای به بقای تعهد وارد نمی‌کند، بلکه با اعمال آن می‌توان طرف دیگر را به اجرای تعهد، وادار نمود.

۱-۲. موقتی بودن حق حبس: مطابق ماده ۳۷۷ قانون مدنی ایران تا زمانی که طرف دیگر حاضر به تسلیم نشده باشد، حابس، می‌تواند اجرای تعهد خود را معلق کند، اگر اجرای تعهد، صرفاً در مدت زمان مشخصی مد نظر طرفین باشد، پس از انقضای آن مدت، دلیلی بر پایبند بودن به تعهدات وجود ندارد. در کنوانسیون وین، اثر اعمال حق حبس تعلیق اجرای تعهدات است و تعلیق قانونی و صحیح، نقض قرار داد محسوب نمی‌شود. زیرا تعلیق کننده حقی را که کنوانسیون در صورت ارائه تضمین کافی توسط ناقض احتمالی، طرف دیگر باید تعهدات خود را انجام دهد؛ ولی در صورتی که عدم ارائه تضمین کافی منجر به نقض اساسی شود، طرف تعلیق کننده حق فسخ خواهد داشت، و چنانچه منجر به نقض اساسی نشود حق فسخ نخواهد داشت. (اندرز، ۱۳۹۳: ۱۹۹)

۲. امانی بودن ید حابس

اگر موضوع تعهد، عین معین باشد، ید حابس نسبت به مال محبوس، قانونی و مشروع خواهد بود. البته در صورت تعدی و یا تفریط در نگهداری مال، مسئول است. در توجیه امانی بودن ید حابس می‌توان گفت که اصل نخستین، عدم ضمان است و اصل ضمان، اصل ثانوی متکی به ادله‌ای مانند قاعده علی الید در فقه و ماده ۶۳۱ ق.م است.

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز امانی بودن ید حابس یا تعلیق کننده اجرای تعهد، قابل استنباط است. چون اعمال حق تعلیق، منافاتی با انتقال ضمان معاوضی ندارد. (اندرز، ۱۳۹۳: ۲۰۰)

۳. تکلیف حابس نسبت به نگهداری مال محبوس و تکلیف طرف مقابل به پرداخت هزینه نگهداری

حابس در حفظ مال محبوس به طور متعارف عمل کند، طبق ماده ۹۵۱-۹۵۲ ق.م.ا ملاک عرف است. اگر مال موضوع حق حبس، عین معین باشد، هزینه نگهداری آن بر عهده مالک است یا حابسی که برای رسیدن به حق خود آن مال را حبس کرده است؟ به

اتفاق فقها و حقوق دانان، هزینه نگهداری بر عهده طرفی است که مالکیت به او منتقل شده است. (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۷۱) در کنوانسیون وین نیز مطابق ماده ۸۵ «... بایع مکلف است حسب اوضاع و احوال، اقدامات متعارف را برای حفاظت کالا معمول دارد. تا زمانی که مشتری هزینه‌های متعارف انجام شده را تأدیه ننماید، بایع حق دارد کالا را حبس کند». در کنوانسیون، صراحتاً برای بایع، در قبال هزینه‌های نگهداری کالا، حق حبس پیش بینی شده است. (اندرز، ۱۳۹۳: ۲۰۳)

۴. جواز تصرفات حقوقی مالکانه توسط مالک و عدم جواز آن توسط حابس

اگر یکی از طرفین از اجرای تعهد خود امتناع ورزد، طرف دیگر هم حق امتناع از اجرای تعهد خواهد داشت. به موجب ماده ۳۰ ق.م.ا «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد. (زینالی نسرانی، قانون مدنی، ۱۳۹۳: ۳۴)

۵. عدم جواز تصرف مادی مالک در مدت حبس عین

اما بر خلاف تصرفات حقوقی، مالک نمی‌تواند در مدت حبس عین، در آن تصرفات مادی انجام دهد به همین خاطر، با وجود داشتن حق فروش یا اجاره و ... نمی‌تواند آن را تسلیم کند. سوالی که این جا مطرح می‌شود این است که در صورت تقاضای مالک (خریدار)، آیا حابس (فروشنده) ملزم به قبول درخواست مالک برای انتفاع از منافع ملک خود می‌باشد؟ برخی فقها بر این باورند که از آنجا که تصرف مالک در این صورت با حق حابس، منافات ندارد، حابس باید تقاضای مالک را بپذیرد. ولی برخی دیگر معتقدند که حابس، تکلیفی به قبول در خواست مالک ندارد. (اندرز، ۱۳۹۳: ۷۲۸)

۶. عدم نفوذ قبض بدون اذن حابس

هرگاه یکی از طرفین، بدون آن که تعهد خود را اجراء کرده باشد، و بدون رضای طرف مقابل، مال محبوس را به قبض خود در او، قبض او از نظر قانونی نافذ نیست زیرا مجاز دانستن قبض بدون اذن حابس به معنی نادیده گرفتن حق وی می‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۷۶) کنوانسیون وین در خصوص اثر قبض بدون اجازه حابس، سکوت اختیار

کرده است، شاید علت این امر، آن است که در قراردادهای بین‌المللی به ندرت پیش می‌آید که قبض بدون اذن حابس تحقق یابد. با وجود این، از آنجا که حق حبس، فقط در موارد خاصی مانند انجام ارادی تعهد توسط یک طرف، یا تضمین کافی، یا فسخ قرارداد، یا انقضای مدت تعیین شده، پایان می‌یابد. (اندرز، ۱۳۹۳: ۲۰۷)

۷. عدم نیاز به اقامه دعوی و حکم دادگاه برای اعمال حق حبس

برای استناد به حق حبس و امتناع از تسلیم، رجوع به دادگاه و حصول رأی لازم نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۰۳) در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز در هردو نوع حق حبس ناشی از نقض فعلی، و نقض احتمالی، عدم لزوم اقامه دعوی و حصول رأی را می‌توان از سیاق موادی مانند ۵۸ یا ۷۱ به خوبی استنباط کرد.

۸. امتیاز نبودن حق حبس

حق حبس شخصی یا ذاتی دانسته شده است. بنابراین، تا زمانی که رابطه حقوقی بین طرفین با برجاست، حابس باید از مال محبوس نگهداری کند و نمی‌تواند آن را به دیگری بفروشد، یا به نحوی انتقال دهد؛ زیرا این امر تصرف در مال غیر است، که نیازمند اجازه مالک یا قانون و یادادگاه است. در کنوانسیون وین نیز به رغم سکوت، امتیاز نبودن حق حبس قابل استنباط است، زیرا در زمان تعلیق، عقد هم چنان با برجا بوده و تا زمانی که عقد به قوت خود باقی است، هریک از طرفین باید به تعهدات خود پایبند باشد تا در صورت حاضر شدن طرف مقابل، اجرای تعهد با مشکلی مواجه نشود. بنابراین، حابس نمی‌تواند در دوره تعلیق، مبیع را به دیگری بفروشد و یا خریدار نمی‌تواند کالای مورد نیاز خود را از دیگری تهیه کند. (اندرز، ۱۳۹۳: ۲۰۹)

۹. رد عین محبوسه

در کنوانسیون وین نیز حق حبس، یک شیوه خودیاری است و یک طرف، برای تضمین اجرای تعهد توسط طرف مقابل، اجرای تعهد خود را برای مدت موقت متوقف می‌کند، می‌توان گفت که حابس باید پس از پایان یافتن حبس، تعهد خود را انجام دهد و اگر موضوع عقد عین معین باشد باید آن را به طرف دیگر تسلیم کند چون با از بین رفتن مانع، دلیلی

برای حق حبس وجود ندارد و همین نکته از تفاوت‌های حق حبس و حق فسخ است.
(اندرز، ۱۳۹۳: ۲۰۹)

۱۰. تجزیه ناپذیر بودن حق حبس

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز به رغم سکوت، تجزیه ناپذیر بودن حق حبس را می‌توان استنباط کرد. مهم‌تر از همه این که مطابق ماده ۷۱ کنوانسیون، اگر تضمین کافی ارائه نشود، طرف دیگر ملزم به ادامه اجرای تعهد نیست. پس در صورتی که یک طرف تعهد خود را به طور کامل انجام ندهد یا تضمین کافی ارائه ننماید؛ حق حابس ساقط نخواهد شد مگر آن که طرفین توافق کرده باشند که مبیع و ثمن به طور اقساطی تسلیم و تأدیه گردد که در این صورت با پرداخت ثمن هر قسط، بایع باید مبیع را نسبت به آن قسمت تسلیم کند.
(اندرز، ۱۳۹۳: ۲۱۱)

پایان حق حبس

این سوال حتما مطرح می‌شود که چنانچه فروشنده و خریدار به استناد حق حبس از قبض و اقباض امتناع کرده و گروکشی را به مدت طولانی و نامعقول ادامه دهند، چه باید کرد؟ فقیهان در پاسخ به این پرسش می‌گویند از آنجای که حق حبس یک حق موقت است و فقط تا زمان اجرای تعهد طرف مقابل به رسمیت شناخته شده و در نهایت باید این عمل پایان پذیرد، راه‌های پایان دادن به حق حبس را این گونه لحاظ نموده‌اند:

۱. اجبار حاکم

همانطور که گفته شد نمی‌توان تصور کرد که حبس مال غیر برای مدتی طولانی و نامعقول ادامه یابد، چه آنکه هر چند گروکشی حق متعاملین است ولی بی‌تردید طولانی شدن آن موجب اختلال در نظم عمومی جامعه خواهد شد، لذا باید به طریقی به آن پایان داد. یکی از راه‌های پایان داد به آن اجبار حاکم است که بدون دخالت اراده طرفین در پایان دادن به حق حبس، به آن پایان می‌دهد و هر دو طرف به تسلیم اجبار می‌شوند. (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۶ و خویی، ۱۴۱۲، ۲: ۴۶) به این صورت که حاکم از آنها می‌خواهد که مال محبوس را به دادگاه آورده و خود مبیع را به مشتری و ثمن را به بایع تحویل می‌دهد. اما

راه‌های دیگری نیز هست که موجب سقوط حق حبس می‌شود و به نحوی دخالت اراده متعاملین در آن مؤثر است، این شیوه‌ها عبارت‌اند از:

۲. تسلیم مبیع

حق حبس با توجه به طبیعت آن که حق است و قابل اسقاط، می‌تواند به وسیله صاحب آن و به اختیار ساقط گردد. بنابراین چنانچه بایع، مبیع را به مشتری تحویل دهد، این عمل وی به منزله صرف نظر کردن از حق حبس است. در نتیجه چون حق حبس ثمن مشروط به تسلیم مبیع است، از لحظه تسلیم مبیع، حق مشتری زایل می‌گردد و وی ملزم است که فوراً ثمن را تأدیه نماید بی آنکه متوقف بر مطالبه بایع باشد. تفاوتی نمی‌کند که مبیع به خود مشتری یا قائم مقام او مثل وکیل، ولی، وصی یا قیم مشتری تحویل شود. ولی در صورتی که بایع، مبیع را به اشتباه به فرد دیگر تسلیم کند، نه تنها حق حبس مشتری زایل نخواهد گردید بلکه بایع ضامن ایفای ناروای خود خواهد بود. اعم از اینکه بایع در تشخیص مشتری اشتباه کرده باشد یا در تشخیص قائم مقام او. اما در فرضی که فروشنده با وجود تمام شرایط، تعهد خود را ایفا می‌نماید و مبیع را تسلیم می‌کند مشتری یا قائم مقام او حق امتناع از دریافت آن را نخواهد داشت که در صورت امتناع، وی می‌تواند با تسلیم آن به حاکم، به حق حبس مشتری پایان دهد. حال چنانچه مشتری از تأدیه ثمن امتناع ورزد، با ملاحظه سقوط حق حبس او، حاکم وی را به ایفای تعهد یعنی پرداخت ثمن اجبار می‌کند. (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۴۹۰) بنابراین بایع نمی‌تواند به بهانه این که مشتری از تأدیه ثمن امتناع می‌ورزد، استرداد مبیع را بخواهد و در حقیقت حق حبس خود را احیا نماید، چه آنکه حق حبس پس از اسقاط، قابل بازگشت نخواهد بود. یعنی همانطوری که پیش‌تر گفتیم مبنای حق حبس، عقد بیع و معاوضی بودن آن است که بایع با تسلیم مبیع از آن صرف نظر کرده است. مگر آن که عقد بیع به سببی از اسباب فسخ گردد و در نتیجه عوضین و از جمله مبیع به مالکان قبلی آن برگردد. در این صورت بایع می‌تواند استرداد مبیع را بخواهد، برای این که مجدداً به واسطه فسخ بیع، مبیع به ملکیت او درآمده است. از این رو ماده ۳۷۸ ق.م.ا اعلام داشته است که: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن، مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر به موجب فسخ در مورد خیار».

۳. تأدیه ثمن

تمام آنچه که در فرض تسلیم مبیع گفته شد، در تأدیه ثمن نیز قابل انطباق است. یعنی چنانچه مشتری پیش تر از بایع، اقدام به پرداخت ثمن نماید، بی آنکه بایع یا شخص ثانی وی را به آن وادار ساخته باشد، حق حبس فروشنده ساقط خواهد گردید و او ملزم است که فوراً کالا را به مشتری یا قائم مقام او تحویل دهد وگرنه حاکم او را ممتنع دانسته و بر تسلیم مبیع اجبار می نماید. تفاوتی نمی کند که تأدیه ثمن از طریق ایفای تعهد و پرداخت آن به بایع باشد یا از هر طریق دیگری که موجب برائت ذمه مشتری از ثمن می گردد. مثلاً چنانچه به موجب عقد دیگری، بایع به همان میزان به مشتری مدیون شود و شرایط تهاتر حاصل گردد و در نتیجه ذمه مشتری بری شود، بایع ملزم است مبیع را به مشتری تسلیم کند، زیرا تهاتر به منزله پرداخت است و به موجب آن حق حبس بایع ساقط گردیده است. (باقری، ۱۳۸۴: ۲۶۱) همچنین در فرضی که بایع ثمن در ذمه مشتری را به فرد دیگری حواله دهد یا اینکه شخص ثالثی ضامن مشتری شود و او بپذیرد، باز هم چون به موجب انتقال دین از ذمه مشتری (به واسطه حواله و ضمان)، وی بری الذمه شده است، حق حبس بایع ساقط می شود و متعهد به تسلیم فوری مبیع به مشتری خواهد بود.

ناگفته نماند که تأدیه بخشی از ثمن، حتی اگر بسیار هم قابل توجه باشد حق حبس بایع را زایل نمی گرداند، زیرا حق حبس قابل تجزیه نیست، بنابراین نمی توان بایع را ملزم ساخت که بخشی از مبیع را که در برابر بخش تأدیه شده ثمن واقع می شود، به مشتری تسلیم کند.

۴. شرط تأجیل در تسلیم

چنانچه در ضمن عقد برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن موعدی معین شده باشد حق حبس ساقط می گردد. یعنی اگر مثلاً برای تأدیه ثمن درحالی که بیع نقد است اجلی تعیین شده باشد، بایع حق امتناع از تسلیم مبیع نخواهد داشت، زیرا تعیین زمان مذکور به منزله صرف نظر کردن از حق حبس است. بنابراین بایع نمی تواند تسلیم مبیع را تا زمان تأدیه ثمن به تأخیر اندازد. (خویی، ۱۴۱۲: ۴۲) همچنان که مشتری نیز حق ندارد تأدیه ثمن را از زمان معین شده به تأخیر اندازد، زیرا شرط تأجیل در تسلیم ثمن یا مثنی به معنی عدل از تسلیم هم زمان آنهاست. در فرضی که برای تسلیم مبیع و ثمن موعدی مقرر شده باشد و أجل آنها متفاوت باشد، باز هم حق حبس ساقط است و هر یک از متعاملین باید در سر رسید زمان

شرط شده، مورد تعهد را به دیگری تسلیم نماید. اما چنانچه زمان تسلیم در هر دو مساوی باشد، حق حبس همچنان به قوت خود باقی می‌ماند و هر یک از فروشنده و خریدار می‌تواند در سر رسید أجل از تسلیم امتناع کند و آن را مشروط به تسلیم طرف مقابل نماید.

۵. شرط سقوط حق حبس

حق حبس در طبیعت خود قابل اسقاط است و هر یک از متبایعین می‌توانند از حق خود صرف نظر کنند. این اسقاط ممکن است در ضمن عقد و به صورت صریح یا ضمنی شرط شود. مثلاً فروشنده‌ای که اتومبیل خود را در مقابل ده میلیون تومان به دیگری می‌فروشد شرط می‌کند که ابتدا ثمن باید پرداخت شود و پس از آن رسید تحویل اتومبیل را از کارخانه صادر می‌نماید. در این مثال، شرط بایع به منزله سقوط حق حبس مشتری است که وقتی مشتری آن را بپذیرد، ملزم است بی‌درنگ ثمن را تأدیه نماید و چون معامله، نقد است فروشنده نیز حق ندارد تسلیم میباید و صدور رسید تحویل اتومبیل را به تأخیر اندازد. چنانچه این شرط به صورت ضمنی باشد و مثلاً بایع، اتومبیل را به قصد آزمایش آن به مشتری تحویل دهد و بگوید چنانچه آن را پسندیدی، نیاز به گرداندن آن نیست، به منزله شرط سقوط حق حبس است که در صورت پذیرش خریدار و پسند کردن اتومبیل، ملزم است ثمن آن را فوراً تأدیه نماید. تفاوتی نمی‌کند که اسقاط حق حبس در ضمن عقد بیع و در زمان انعقاد آن شرط شود یا پس از آن مثلاً در ضمن عقد دیگر، یا به صورت توافقی مستقل بر اسقاط آن تراضی شود (باقری، ۱۳۸۴: ۱۴۴).

سقوط حق حبس در مهریه

یکی از موارد سقوط حق حبس مدت‌دار بودن مهریه می‌باشد. بدین معنی که هرگاه مهریه دارای أجل باشد، و زوجه پذیرفته باشد که مهریه پس از مدت زمانی به وی تسلیم گردد، نمی‌تواند از حق حبس استفاده نماید؛ زیرا به موجب عقد نکاح، حقوق و وظایف زوجین در مقابل یکدیگر محقق می‌شود، و حق حبس هم‌چنان که در معاملات وجود دارد، در این جا نیز جاری می‌گردد. (مؤمن، ۱۳۹۲: ۳۳۴) اما هرگاه یکی از طرفین عقد، دریافت عوض را به مدتی بعد از عقد موکول نموده باشد، مانند این است که رضایت به سقوط حق حبس داده است. (نجفی ۱۳۶۶، ۳۱: ۱۷) البته در سقوط حق حبس در این حالت، باید کل مهریه مؤجل باشد. پس اگر نیمی از آن حال و نیم دیگر مؤجل بود مسقط چنین حقی نیست.

سقوط حق حبس در کنوانسیون (وین ۱۹۸۰)

در کنوانسیون بیع بین‌المللی به طور صریح به حق مشتری جهت حبس ثمن اشاره نشده است، لکن در بند ۳م ۵۸ کنوانسیون بیان شده است که مشتری تا هنگامی که امکان بازرسی کالای خریداری شده برای وی فراهم شود حق حبس ثمن را دارد، در سایر موارد به حق حبس ثمن توسط مشتری اشاره نگردیده است. البته از مفهوم ماده ۷۱ کنوانسیون می‌توان وجود چنین حقی را برای مشتری استنباط نمود، مطابق این ماده هریک از طرفین با توجه به شروط مذکور در آن، می‌تواند اجرای تعهدات خود از قبیل تسلیم کالا یا تأدیه ثمن را در صورتی که طرف دیگر به تعهدات خود عمل ننموده باشد به حالت تعلیق درآورد.

مطابق مواد ۵۸ و ۷۱ کنوانسیون، در صورتی که مشتری ثمن را تأدیه کند حق حبس مبیع توسط بایع ساقط می‌شود چرا که در اینجا مشتری به تعهد خویش که همان تأدیه ثمن می‌باشد عمل نموده است. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۳۳۴)

البته در صورتی که از نحوه رفتار مشتری آشکار شود که بخش عظیمی از وظایف خود را در تهیه و تدارک ایفای قرار داد یا اجرای آن، انجام داده اما موفق به تأدیه ثمن نشده و کالا در دست بایع باقی مانده و یا به نحوی بر نقل و انتقال آن استیلاء داشته باشد، از آنجایی که اقدامات لازم برای حفاظت از کالا مطابق م ۸۵ کنوانسیون بر عهده بایع می‌باشد وی می‌تواند تا زمانی که مشتری هزینه‌های متعارف کالا را تأدیه ننموده است کالا را حبس نماید، از اطلاق ماده مذکور چنین استفاده می‌شود که حتی در صورتی که مشتری ثمن را تأدیه کرده باشد اما هزینه‌های حفاظت از کالا را پرداخت نکرده، بایع هم‌چنان دارای حق حبس کالا است. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴، ۳: ۵۲-۵۹)

باید توجه داشت که حق مشتری در حبس ثمن، تا زمانی که امکان بازرسی از کالا برای وی فراهم شود، همچنان پا برجا خواهد بود (بند ۳م ۵۸ کنوانسیون)، لذا می‌توان از اطلاق این بند چنین استنباط نمود که هرگاه مشتری ثمن را تأدیه کرده باشد اما همچنان امکان بازرسی از کالا برایش به وجود نیامده است حق وی در حبس ثمن پا برجا بوده و ساقط نمی‌شود. (رسوق، ۱۳۹۰: ۴۶۰)

نتیجه‌گیری و جمع‌بندی

با توجه به بررسی‌های صورت گرفته در حقوق تجارت بین‌الملل که سه مورد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)، مطالعات موردی حقوق کشورهای اروپایی و هم‌چنین مطالعات صورت گرفته در فقه مذاهب اسلامی می‌توان چنین نتیجه گرفت که حق حبس یکی از حقوقی است که مورد توافق همه نظام‌های حقوقی برای جلوگیری از ضرر و زیان یکی از طرفین قرارداد است و قصد معاوضی و اراده ضمنی طرفین مبنی بر قبض و اقباض مهم‌ترین مبنای این حق می‌باشد. گر چند تفاوت‌هایی در قلمرو و شرایط آن به چشم می‌خورد مانند این که مصادق حق قبض در حقوق اسلامی بیش‌تر از حقوق بین‌الملل است مثل حق حبس در برابر مهر و تفاوت در برخی آثار مانند سکوت حقوق بین‌الملل در خصوص اثر قبض بدون اجازه حابس ولی چنین به نظر می‌رسد که اصل وجود این حق دارای جنبه عقلی بوده که هر عاقلی آن را محترم می‌شمارد. این تشابه بین نظام‌های متفاوت اسلامی و غربی می‌تواند زمینه خوبی برای نزدیک شدن حقوق کشورهای اسلامی به حقوق بین‌المللی شده و به سوی یکسان‌سازی حرکت کند و زیربنایی برای تعاملات تجاری کشورهای اسلامی و دیگر کشورها باشد.

منابع

* قرآن کریم.

۱. آرادمهر، علی، تاریخچه، ماهیت و احکام، انتشارات مصطفوی، تهران، ۱۳۴۱.
۲. ابن قدامه، المغنی و الشرح الكبير علی متن المقنع فی فقه الامام احمد بن حنبل للامامین، ج ۸، دارالفکر، بیروت، لبنان، [بی تا].
۳. اردبیلی، محقق مجمع الفایده والبرهان فی شرح ارشادالاذهان، ج ۸، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ه.ق.
۴. اندرز، داوود، حق حبس در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا، انتشارات مجد، ۱۳۹۳.
۵. انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۲، منشورات مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۹۹۵م.
۶. باقری، احمد، فقه مدنی عقود تملیکی بیع-اجاره، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۴.
۷. البهوتی، الشیخ منصور بن یونس بن ادريس، شرح منتهی الارادات، دقائق اولی النهی لشرح المنتهی، التحقیق عبدالله بن عبدالمحسن التریحی، ج ۵، مؤسسه الرساله ناشرون، ۱۴۲۱هـ.
۸. توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه (تقریرات درس آیت الله سید ابوالقاسم خویی)، انتشارات وجدانی، چاپ اول، قم، ۱۳۶۸.
۹. الجز، خلیل، المعجم العربی الحدیث، لاروس، [بی تا]، [بی جا].
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تئوری موازنه، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۱.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل (تئوری موازنه)؛ چ ۱. تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱.

۱۴. الجوينی، عبدالملك بن عبدالله بن يوسف، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج ۱۳، دارالمناج، الطبعة الثانية، ۱۴۳۰هـ.
۱۵. جهانگیری محسن و یزدانی غلام رضا، تاریخچه و قلمرو حق حبس در فقه امامیه (با نگاه تطبیقی با اهل سنت و حقوق غربی)، مجله آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.
۱۶. حاطوم، وجدی، حق الحبس فی القانون المدنی کوسيله ضمان غير مباشرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بیروت، ۲۰۰۷م.
۱۷. الحبيب بن طاهر، الفقه المالکی و ادلته، ج ۳، مؤسسة المعارف، بیروت-لبنان، ۱۴۲۶هـ.
۱۸. الحسيني الشيرازي، السيد محمد، الفقه موسوعة استدلالیه فی الفقه الاسلامی، ج ۶۷، دارالعلوم، بیروت، لبنان، ۱۴۰۹هـ.
۱۹. الحصري، روضة جمال، فقه الحسن البصري المقارن مع المذاهب الاربعة، ج ۳، دارالكلم الطيب، دمشق، ۱۴۲۲هـ.
۲۰. خویی، سيد ابوالقاسم، منهاج الصالحين «المعاملات»، ج ۲، بیروت دارالبلاغه، ۱۴۱۲هـ.
۲۱. داراب پور، مهربان، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، تهران، احمدی، ۱۳۷۴.
۲۲. دیاب، ابوالعباس الضمیری ریاض بن احمد، المسائل الفقیة التي توقف فیها الإمام احمد، مكتبة دارالمنهاج للنشر و التوزيع السعودية الرياض، ۱۴۳۳هـ.
۲۳. رسوق، محسن، تسليم مبيع و ثمن و آثار آن در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (وین ۱۹۸۰) و مقایسه آن با فقه و حقوق ایران و سوریه، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۰.
۲۴. الزحیلی، وهبة، الفقه الحنبلی المیسر بأدلته و تطبیقاته المعاصرة، ج ۳، دارالقلم، دمشق، ۱۴۱۸هـ.
۲۵. زینالی نسرانی، حسین، قانون مدنی و محشأ، قانون مدار، ۱۳۹۳.
۲۶. سطرچی، محمود، الحاوی الكبير للامام ابی الحسن علی بن محمد بن حیب الماوردی، ج ۱۲، دارالفکر، بیروت-لبنان، ۱۴۱۴هـ.
۲۷. سمرقندی، ابوبکر علاءالدين، تحفة الفقهاء، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۹۹۳ م.
۲۸. سنهوری، عبدالرزاق، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

۲۹. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، اصول قراردادهای اروپا و حقوق ایران، انتشارات فروزش، چ اول، تبریز، ۱۳۸۹.
۳۰. شهبازی، عبدالوهاب، حق حبس در عقد نکاح، گنج دانش، ۱۳۸۶.
۳۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی الجبعی؛ الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۴، بیروت، دارالعلم الاسلامی، [بی تا].
۳۲. شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۲.
۳۳. شهیدی میرزا فتاح، هدایة الطالب الی اسرار المكاسب، تبریز، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۵.
۳۴. صفایی، سید عادل و جمعی نویسندگان، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۳۵. الطباطبائی، السید علی، ریاض الماسئل، ج ۱۲، مؤسسة آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث، قم، ۱۴۲۱ هـ.
۳۶. الطوسی، حسن، المبسوط، ج ۳، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۳۱ هـ.
۳۷. الطوسی، حسن، المبسوط فی فقه الامامیه؛ ج ۲، تهران، المكتبة المرتضویة، [بی تا]، ص ۲۹۳.
۳۸. العاملی «الشهید الثانی»، زین الدین بن علی، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸، مؤسسة المعارف الإسلامیة ۱۴۱۶ هـ.ق.
۳۹. عدل، مصطفی (منصور سلطنه)، حقوق مدنی، چاپ هفتم، امیر کبیر، تهران، ۱۳۴۲.
۴۰. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، چاپخانه سپهر، ۱۳۶۳.
۴۱. الغریانی، الصادق عبدالرحمن، مدونة الفقه المالکی، وادلته، ج ۲، مؤسسة الریات، ۱۴۲۷ هـ.
۴۲. الغزالی، الحجة ابی حامد محمد بن محمد بن محمد، الوجیز فی فقه الامام الشافعی، ج ۲، تحقیق علی معوض و عادل عبدالموجود، شركة دارالارقم بن ابی الارقم، ۱۴۱۸ هـ.
۴۳. قانون مدنی ایران.
۴۴. قلعه جی، محمد رواس موسوعة فقه ابراهیم النخعی، ج ۲، دارالفائس، بیروت، الطبعة الثانية، ۱۴۰۶ هـ.

۴۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود معین: عقود اذنی، وثیقه‌های دین)، ج ۴، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
۴۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸.
۴۷. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
۴۸. الکرکی المحقق الثانی، الشیخ علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۳، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، الطبعة الثانی، ۱۴۱۵هـ.
۴۹. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی (نظریه عمومی تعهدات)؛ ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.
۵۰. محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، بیروت، دارالاضواء، الطبعة الثالثة، ۱۴۱۸هـ.ق.
۵۱. محمد سلیمان عبدالله الاسقر، المجلی فی الفقه الحنبلی، ج ۱، دارالقلم، دمشق، ۱۴۱۹هـ.
۵۲. مروارید، علی اصغر، سلسله الینابیع الفقیة، ج ۳۸، مؤسسة فقه الشیعة، بیروت، لبنان، ۱۴۱۳هـ.
۵۳. المطیعی، محمد نجیب، کتاب المجموع شرح المذهب للشیرازی، ج ۱۹، دار عالم الکتب، الرياض، الطبعة الثانية ۱۴۲۷هـ.
۵۴. مغنیه، جواد، فقه تطبیقی، ترجمه کاظم پور جوادی، مؤسسة انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد)، چاپ چهارم، ۱۳۷۲.
۵۵. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۱، مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۵هـ.ق.
۵۶. موسوی خمینی، روح الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، بی تا.
۵۷. موسوی خمینی، روح الله، البیع؛ ج ۵، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، [بی تا].
۵۸. مؤسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی (UNIDROIT)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و فرهاد امام، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ دوم، تهران، ۱۳۸۵.
۵۹. مؤمن، رقیه السادات، جایگاه محدوده حقوق جنسی زوجین در فقه امامیه و حقوق ایران، انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، ۱۳۹۲.

۶۰. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۳۱، کتاب فروشی اسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۶ ش.
۶۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلّام، ج ۲۳، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱.
۶۲. نووی، یحیی بن شرف، المجموع شرح المذهب، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۴ م.
۶۳. هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی: کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، ج ۳، ترجمه مه‌راب داراب‌پور، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۴.

مطالعه تطبیقی حق شفعه در قانون مدنی افغانستان و ایران

محمد علی حیدری*

چکیده

یکی از نهادهای حقوقی در قانون مدنی افغانستان و ایران حق شفعه است، مبنای شفعه از نظر فقهای اسلام و به خصوص فقهای امامیه حدیث «لاضرر ولاضرار فی الاسلام» بوده و حقوق دانان ایران و افغانستان به پیروی از فقها، این مبنا را پذیرفته و آن را مبنای قانون خودشان دانسته‌اند. شفعه از نظر قانون مدنی افغانستان و ایران یک حق عینی است، هرچند برخی از حقوق دانان ایران آن را نه حق، بلکه سبب و وسیله کسب حق دانسته و برخی دیگر از حقوق دانان دیگر آن را در حکم حق عینی می‌دانند. ماهیت حق شفعه، خرید مجدد شفیع از مشتری است به این معنی که معامله با بیع و مشتری در مال مشاع صحیح و لازم بوده و شفیع بعد از این معامله، فقط اولویت دارد که از حق شفعه خود استفاده نموده و مال فروخته شده را به ملکیت خود درآورد. حقوق دانان بعد از فروش مال مشاع، قائل به ملکیت مشتری هستند اما چون قانون این معامله را به ضرر شفیع می‌داند، به او حق داده است که مال تملیک شده را از ید مشتری خارج و در قبال پرداخت ثمن، خود، تملک نماید. شرایط حق شفعه عبارتند از اشاعه در مال، غیرمنقول بودن مال، قابل تقسیم بودن مال ملک، وقوع انتقال سهم شریک به وسیله عقد بیع، محدود بودن شرکاء به دو شریک.

کلید واژگان: حق شفعه، شفیع، مشتری، مال مشاع، بیع، مالکیت.

مقدمه

در قانون مدنی افغانستان و ایران و هم‌چنین در کتاب‌های فقهی امامیه و اهل سنت یکی از مباحث مهم حق شفعه است. چنانچه دو نفر شریک در مال غیر منقول سهم مشترک داشته باشند و یکی از آن دو سهم خود را به قصد بیع به شخص ثالث بفروشد، شریک دیگر اولویت دارد که مال فروخته شده را در قبال پرداخت وجه و ثمن به مشتری از آن خود نماید. از نظر ماهوی حق شفعه فسخ معامله نیست بلکه باز خرید مجدد است و قانون بر اساس مبانی فقهی برای جلوگیری از ضرر این حق را به شریک مال غیر منقول داده است. با توجه به این که در جامعه ما، مال مشترک به وفور یافت می‌شود و قانون هم‌چنین معامله‌ای را جایز دانسته است ضرورت دارد این موضوع به طور گسترده مورد بحث و تحلیل قرار گیرد، چه این که پرداختن به چنین بحث و تطبیق آن با قانون آن هم به صورت مقایسه‌ای بین قانون افغانستان و ایران، می‌تواند مانع بسیاری از ضررها شود. قانون افغانستان و ایران به پیروی از فقه‌های اسلامی، برای کسی که به صورت مشاع شریک است حق ترجیحی قایل شده است، بدین معنا که اگر بناست خریداری پیدا شود تا مال مشاع را مالک شود شریک سابق سزاوارتر است. این نظریه از جهات منطقی برخوردار است زیرا شریک سابق، خود باید تصمیم بگیرد که شریک جدید چه کسی باید باشد در غیر این صورت خسارت جبران ناپذیر برای او ممکن است از سوی خریدار ناشناخته جدید وارد شود. بر این اساس فقه‌های اسلامی و هم‌چنین قانون افغانستان و ایران برای شفیع حق ویژه قایل شده و درصوت تمایل می‌تواند مال فروخته شده را در قبال پرداخت ثمن از آن خود نماید.

تعریف حق شفعه

ماده ۸۰۸ ق. م ایران می‌گوید: هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آن دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند. برخی این تعریف را برای حق شفعه ناقص دانسته و گفته است ماده فوق بیش از آن که به تعریف حق شفعه پردازد به عناصر و شرایط حق شفعه پرداخته است. از این رو حق شفعه را چنین تعریف نموده است: شفعه حق تملک قهری است که به یکی از دو شریک سابق ملک داده می‌شود تا بتوانند حصه شریک سابق را

در برابر قیمتی که خریدار آن پرداخته تملک نماید. (یزدانی، ۱۳۸۶، ۱: ۲) این تعریف نزدیک به تعریفی است که قانون مدنی افغانستان از شفعه نموده است. ماده ۲۲۱۳ ق.م. افغانستان در تعریف حق شفعه می‌گوید: شفع عبارت از حق تملک تمام یا بعضی از عقار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصاریفی که صورت گرفته ولو به صورت اجبار باشد. ماده ۲۲۱۴ ق.م. افغانستان می‌گوید: سبب شفع اتصال ملک شفیع است با عقار فروخته شده اعم از اینکه اتصال از رهگذر شرکت باشد یا جواز. هر چند ماده دوم تاحدودی ماده اول را کامل نموده است اما باز هم این تعریف رنجور و فاقد جامعیت و مانعیت است. زیرا این تعریف معلوم نکرده که آیا حق شفعه اختصاص به دو نفر دارد یا افراد بیشتری را شامل می‌شود. ثانیاً نقص دیگری که ماده ۲۲۱۳ ق.م. افغانستان دارد این است که معلوم نکرده است شفعه، حق چه کسی است و فقط در ماده بعدی حق شفعه را برای شفیع دانسته است که جا داشت در ماده اول این حق مشخص می‌شد. ثالثاً ماده ۲۲۱۴ ق.م. افغانستان، اتصال ملک را سبب حق شفعه دانسته است که این مطلب نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا که اتصال ملک شفیع، سبب شفعه نیست بلکه اتصال یکی از شرایط شفعه به حساب می‌آید نه سبب، سبب شفعه در واقع مطابق حدیث پیامبر گرامی اسلام ﷺ و تحلیل فقهی جلوگیری از ضرر شفیع است که در مباحث آتی مفصلاً بحث می‌گردد، از این رو این تعریف هر چند به تعریف دکتر کاتوزیان نزدیک شده اما هم چنان ناقص است. از این رو تعریف دقیق‌تر برای حق شفعه، همان تعریف استاد کاتوزیان از حق شفعه است که گفته است: شفعه حق تملک قهری است که به یکی از دو شریک سابق ملک داده می‌شود تا بتواند حصه شریک سابق را در برابر قیمتی که خریدار آن پرداخته تملک نماید. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۱۴) دلیل این امر این است که دکتر کاتوزیان در تعریف خود تصریح و مشخص نموده که حق شفعه زمانی بوجود می‌آید که شریک حصه دو نفر باشند و اگر پیش از دو نفر شریک باشند دیگر حق شفعه به وجود نمی‌آید. ثانیاً دکتر کاتوزیان در تعریف خود، شفعه را معین نموده است که شفعه حق چه کسی است.

ماهیت حق شفعه

مطابق نظریه فقها، شفیع نمی‌تواند بعد از معامله با بیع و مشتری عقد را بهم زده و مال مشاع را به ملکیت بایع برگرداند، زیرا اصل در عقود، لزوم است. بنابر این معامله با بیع و مشتری

انجام شده و عقد نه تنها صحیح، بلکه لازم می‌گردد. منتها فقها بر اساس روایات به شفیع اجازه داده که مال فروخته شده را از مشتری اخذ نموده و در ملکیت خود درآورد. (نجفی، ۱۳۷۴، ۳۷: ۳۵۶) براین اساس شفیع بعد از اخذ و تملک مال، باید ثمن مبیع را به مشتری بدهد، مؤلف جواهرالکلام می‌گوید من در این موضوع مخالفی ندیدم و حتی غنیه و سرایر در این مطلب ادعای اجماع نموده است. (همان: ۳۵۵) در اخذ به شفعه، شفیع مبیع را داخل در ملکیت خویش می‌کند وانگهی شفیع حق فسخ بیع واقع بین خریدار و بایع را ندارد زیرا اصل بر لزوم عقد بیع بوده و حق وی منحصرأخذ مبیع از دست مشتری است. (یزدانی، ۱۳۸۶، ۱: ۳۶۱)

براین اساس ماهیت شفعه این نیست که شفیع مال فروخته شده را فسخ و لو با اقاله آن را به بایع برگردانده و از این طریق، مبیع را تصاحب نماید بلکه طبق نظر فقها و بر مبنای اصالت لزوم عقد، تنها می‌تواند مال فرخته شده را از مشتری مسترد و ثمن مبیع را به او برگرداند. قانون مدنی افغانستان نیز همسو با قانون مدنی ایران و دیدگاه فقهای امامیه بوده و حق شفعه را یک تملک جدید و خرید جدید برای شفیع دانسته است. ماده ۲۳۷ ق.م. افغانستان مقرر می‌دارد: تملک عقار اعم از این که قضائی باشد و یا رضائی؛ در حق شفیع، خرید جدید شمرده می‌شود. باتوجه به این ماده تملک شفیع در نتیجه فسخ معامله بایع و مشتری نیست بلکه معامله اولی صحیح و لازم بوده و شفیع این حق را دارد که حصه فروخته شده را در ملکیت خود قرا دهد.

اصولاً بایع نمی‌تواند پس از آن که شفیع اخذ به شفعه نمود آن را با او اقاله کند؛ زیرا اقاله بین متعاملین واقع می‌شود و شفیع طرف معامله بایع نبوده است تا با او بتواند اقاله نماید بلکه طرف معامله بایع، مشتری است. (امامی، ۱۳۸۷: ۴۳) نویسنده مزبور این معنی را از ماده ۲۸۳ ق.م. استنباط نموده است زیرا ماده مذکور می‌گوید: بعد از معامله، طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند. این برداشت درست است زیرا همان طور که اشاره شد طرف معامله بایع، مشتری است نه شفیع، از این رو اقاله با شفیع بی‌معنا است. از نظر تحلیل حقوقی اخذ به شفعه ایقاع است. اخذ به شفعه به وسیله اراده شفیع به تملک مبیع به عمل آید، یعنی شفیع اراده می‌نماید که مبیع را در مقابل ثمن المثل به ملکیت خود درآورده و به پیدایش اراده شفیع، ملکیت برای او محقق می‌گردد. (همان: ۳۴) برخی از حقوق دانان شفعه را حق عینی ندانسته بلکه آن را در حکم حق عینی می‌دانند. (همان: ۳۸)

بعضی دیگر از حقوق دانان شفعه را اصلاً حق ندانسته بلکه آن را بیشتر سبب و وسیله کسب حق دانسته است. (یزدانی، ۱۳۸۶، ۱: ۳۵۳) اما اساتید حقوق مدنی آن را «حق عینی» دانسته‌اند. (همان: ۳۵۳) به نظر می‌رسد که شفعه باید حق باشد کما اینکه اجلای از حقوق دانان آن را حق دانسته‌اند. مستند این سخن می‌تواند حدیث امام صادق (علیه السلام) باشد که راجع به شفعه فرموده است: إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا غَيْرَهُمَا فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ.

(کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۱) حضرت در این حدیث شریف کلمه احق را به کار برده که از ریشه حق است. از این رو به نظر می‌رسد که شفعه یک حق عینی است. ماده ۸۰۸ شرایط اعمال شفعه را بیان نموده است و آن عبارتند از: ۱- اشاعه در مال ۲- غیر منقول بودن مال ۳- قابل تقسیم بودن مال ملک ۴- وقوع انتقال سهم شریک بوسیله عقد بیع ۵- محدود بودن شرکاء به دو شریک. این ماده به توضیح بیشتری نیاز دارد که در ذیل به آن پرداخته می‌شود.

شرایط شفعه

۱. غیر منقول بودن مال

طبق ماده ۸۰۸ ق.م ایران، حق اخذ به شفعه را در موردی برای شریک ثابت می‌داند که مال غیر منقول باشد. منظور از کلمه غیر منقول، غیر منقول ذاتی از قبیل زمین است، اما غیر منقولی که به وسیله عمل انسان غیر منقول می‌شود مانند ابنیه، آسیاب و پرده نقاشی چنانچه به تبع عرصه فروخته شود، به تبع عرصه می‌تواند مورد حق شفعه قرار گیرد و چنانچه مستقلاً فروش رود طبق ماده ۸۰۹ ق.م ایران شریک حق شفعه نخواهد داشت. (امامی، همان: ۱۱) از ماده ۲۲۱۳ ق.م افغانستان نیز این مطلب استفاده می‌شود که شفعه منحصرأً مربوط به اموال غیر منقول است. ماده فوق می‌گوید: شفع عبارت از حق تملک تمام یا بعضی از عقار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصارفی که صورت گرفته ولو به صورت اجبار باشد. ماده مذکور به جای واژه غیر منقول عقار را به کار برده است که همان مال غیر منقول می‌باشد. ماده ۲۲۲۶ ق.م افغانستان، تصریح بر غیر منقول بودن حق شفعه دارد، چنانچه این ماده می‌گوید: در موارد آتی شفع نیست:

۱- در هبه بلاعوض یا در صدقه یا ارث یا وصیت یا عقراری که بدله آن مال نباشد

۲- در منقولات منصوب در زمین و اشجار، بدون زمینی که در آن استفاده فروخته شود. و اگر منقولات منصوبه و اشجار به تبعیت زمین فروخته شود در آن شفع ثابت است و... بخش دو این ماده تصریح نموده که اموال منقول مثل اشجار شفعه ندارد. اما همین اموال منقول به تبع زمین که در آن استقرار یافته است شفعه دارد. این ماده دقیقاً هم سو با ماده ۸۰۹ ق.م ایران است.

ماده ۸۰۹ ق.م ایران می‌گوید: هرگاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود. بنابر این اموال غیر منقول غیر ذاتی مثل درخت و یا ابنیه، بدون زمینی که این اموال در آن قرار گرفته فروخته شود حق شفعه ندارد؛ چه این که این اموال هر چند غیر منقول اند اما ذاتی نیستند و فقط به تبع زمین حق شفعه پیدا می‌کند. بنابر این مال غیر منقولی که به وسیله عمل انسان، غیر منقول می‌شود مثل درخت و ساختمان هر وقت همراه زمین آن فروخته شود حق شفعه ثابت می‌گردد و اگر به تنهایی و بدون زمین فروخته شود حق شفعه ثابت نمی‌گردد. (حسینی، ۱۳۸۸، ۲: ۳۰۱) این قول نظر مشهور فقهای امامیه است و اینان مکرراً در تألیفات خود دعوی اجماع بر این امر نموده‌اند. عده دیگری از فقهای امامیه مانند اسکافی، شیخ طوسی در نهایت و استبصار و شیخ مفید در مقنعه و صدوقین (پدر و پسر) و سید مرتضی و ابوصلاح و ابن ادریس و بعضی دیگر شفعه را در اموال منقول مانند لباس، آلات، کشتی، حیوان و امثال آن نیز جاری دانسته‌اند. (امامی، ۱۳۸۷، ۳: ۱۱) مبنای این عده از فقها می‌تواند این حدیث باشد که از امام صادق علیه السلام نقل شده است: **يُونُسُ عَنْ بَعْضِ رِجَالِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشُّفْعَةِ لِمَنْ هِيَ وَ فِي أَيِّ شَيْءٍ هِيَ وَ لِمَنْ تَصْلُحُ وَ هَلْ يَكُونُ فِي الْحَيَوَانِ شُفْعَةٌ وَ كَيْفَ هِيَ فَقَالَ الشُّفْعَةُ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ - مِنْ حَيَوَانٍ أَوْ أَرْضٍ أَوْ مَتَاعٍ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا غَيْرَهُمَا فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَ إِنْ زَادَ عَلَى الْاِثْنَيْنِ فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدٍ مِنْهُمُ.** (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۱) جناب یونوس از بعضی آقایان و از امام صادق علیه السلام سوال کرد که شفعه برای چه کسانی است و برای چه چیز است و چه کسانی حق شفعه دارند و آیا حق شفعه برای حیوان است حضرت در جواب فرمود که شفعه در هر امری از قبیل حیوان، زمین و یا متاع جایز است در صورتی که شفعه بین دو نفر باشد نه بیشتر. اگر یکی از دو شریک سهم خود را بفروشد، شریک او اولویت دارد که سهم او را بخرد و اما شفعه فقط اختصاص به دو نفر دارد و اگر از دو نفر بیشتر باشد دیگر حق شفعه نیست. در این حدیث حیوان و متاع نیز شامل شده که از اموال منقول به حساب می‌آید.

۲. مشاع بودن مال مشاع غیر منقول

ماده «۸۰۸» ق.م. می‌گوید: هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد ... از این ماده چنین استفاده می‌شود که یکی از شرایط بوجود آمدن حق شفعه مشاع بودن مال غیر منقول است؛ یعنی دو شریک به تمام اجزای مال سهم مشترک داشته باشد؛ به گونه‌ای که معلوم نباشد سهم یکی از دو شریک مربوط به کدام قسمت از مال مشترک است. در تعریف مال اشاعه گفته شده: مالکیت هر جزء مال بین چند شخص مشترک است. حق هر شریک منتشر در مجموع مال است و تصرف و انتفاع از هیچ بخشی در انحصار او نیست. تمام شریکان بر مال حق عینی دارند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳۷) تصرف مادی در هر ذره مال تصرف در مال دیگران است و شریک نمی‌تواند به اندازه حق اعتباری خود از عین استفاده انحصاری کند و به عنوان مثال اگر مالک سه دانگ از خانه‌ای که چهار اتاق برابردارد، دو اتاق از آن را در اختیار خود بگیرد، نمی‌تواند ادعا کند که بخش مورد تصرف را مالک است. (همان: ۱۳۹) اما اگر مال مفروز باشد ولو اینکه متصل بهم باشد و یا خانه قبلاً مشاع و مشترک بوده و بعداً تقسیم شده و سهم هر یک از شرکاء منفرداً جدا گردد، حق شفعه‌ای وجود ندارد.

این امر مورد اجماع علمای امامیه می‌باشد. بنابراین هرگاه دو نفر هر یک دارای قطعه زمینی باشد متصل به یکدیگر و یا آنکه خانه‌ای قبلاً بین دو نفر مشترک بوده و بعداً تقسیم شده و به هر یک حصه‌ای اختصاص یافته است (اگرچه عملاً تفکیک به عمل نیا شده و فاصلی نداشته باشند و از نظر فن ساختمانی قسمتی دیگر را تکمیل نمایند) و یکی از دو مالک سهم خود را به شخص ثالث بفروشد، دیگری نمی‌تواند اخذ به شفعه نماید. (امامی، ۱۳۸۷، ۳: ۱۲) یکی از شرایط ثبوت شفعه آن است که مال، مشترک باشد، زیرا شفعه برای جلوگیری از ضرر شراکت با شخص ثالث است اگر چنانچه مال مفروز باشد شراکتی نیست تاحق شفعه ثابت گردد. (قاروبی تبریزی، ۱۴۲۸، ۱۷: ۳۸) بنابر این یکی از شرایط حق شفعه مشاع و مشترک بودن مال غیر منقول است و اگر مال غیر منقول مشاع و مشترک نبوده بلکه مفروز باشد ولو متصل بهم برای همسایه حق شفعه به وجود نمی‌آید. این مطلب ضمن تصریح ماده ۸۰۸ از تتمه حدیث معروف که در کافی نقل شده نیز استنباط می‌گردد امام صادق (علیه السلام) فرموده: قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَالَ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ وَقَالَ إِذَا رُقَّتِ الْأَرْفُ وَحُدَّتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۰) حضرت فرمود زمانی که در

زمین مشترک علامت گذاشته و حدود تعیین شد دیگر شفعه نیست. یعنی وقتی مال مشترک از حالت اشاعه خارج و مفروز شد دیگر شفعه در کار نیست.

به نظر می‌رسد، قانون مدنی افغانستان حق شفعه را انحصار به مال مشترک و مشاع نکرده است؛ صرف اتصال و هم جوار بودن دو مال غیر منقول را در شفعه کافی دانسته است. ماده ۲۲۱۴ق.م افغانستان در این خصوص می‌گوید: سبب شفع اتصال ملک شفیع است با عقار فروخته شده اعم از این که اتصال از رهگذر شرکت باشد یا جوار عبارت: اتصال از رهگذر شرکت باشد یا جوار، این معنی را متبادر می‌سازد که شفعه اختصاص به شرکت ندارد بلکه صرف هم جوار بودن حق شفعه را ایجاد می‌نماید. ماده ۲۲۱۹ق.م افغانستان مقرر می‌دارد: همجوار متصل عقار فروخته شده شفیع شناخته می‌شود. و هم‌چنین ماده ۲۲۲۰ق.م افغانستان می‌گوید: هرگاه منزلی تحتانی ملک یکی و منزل فوقانی ملک دیگری باشد یکی همسایه متصل دیگری شناخته می‌شود. در دو ماده مذکور بدون ذکر اشتراک و یا مشاع، صرفاً هم جوار و اتصال را شرط حق شفعه دانسته است. هرچند این سه ماده مشاع و مشترک بودن را شرط شفعه ندانسته‌اند اما ماده ۲۲۲۵ق.م افغانستان ظاهراً اشتراک شفیع را در مال غیر منقول شرط شفعه دانسته است ماده مذکور می‌گوید: در عقاری که توسط آن شفع ثابت می‌گردد شرط است که در وقت خریدن، عقاری که به شفع برده می‌شود، ملکیت شفیع باشد و شرط است که از شفیع رضایت به بیع صراحتاً یا دلالتاً صادر نشده باشد. اگر دلیل و مبنای شفعه لاضرر باشد بنابر وحدت ملاک، و جاهت دارد، حق شفعه را به مال غیر منقول متصل نیز توسعه دهیم هرچند مشاع و مشترک نباشد به خصوص ملک دو طبقه که منزل تحتانی ملک یکی و فوقانی ملک دیگری است. اینجا هم ضرر مطرح می‌گردد و مالک هم جوار دوست ندارد که در جوار او فردناخواسته و مشکل ساز همسایه ناخواسته ساکن گردد؛ برخی به خاطر همسایه شرور و ناباب منزل خود را فروش و نقل مکان می‌کند از این اتفاق در یک جامعه کم نیست.

۳. قابل تقسیم بودن مال غیر منقول

بین فقهای امامیه، شرط قابل تقسیم بودن مال غیر منقول، مورد نزاع است، برخی این شرط را لازم و برخی دیگر آن غیر لازم می‌بینند اما مشهور فقهای امامیه قابل تقسیم بودن مال غیر منقول را شرط شفعه دانسته‌اند. (امامی، همان: ۱۳) هم‌چنین کتاب شرح لمعه تعلیق

آقای حسینی معتقد است که در قابل تقسیم مال غیر منقول دو قول است و بهترین قول، آن قولی است که قابل تقسیم را پذیرفته است. ماده ۸۰۸ ق.م. ایران به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه قابل تقسیم بودن مال غیر منقول را شرط دانسته است. دلیل این امر این است که در مال غیر قابل تقسیم شک حاصل می‌گردد و اصل عدم ثبوت شفعه در مورد شک است. (حسینی، همان: ۳۰۱) این عبارت نیازمند به توضیحی بیشتر است. تردیدی نیست که حق شفعه خلاف اصل است؛ زیرا که مقتضای حدیث: الناس مسلطون علی اموالهم. این است که هر فردی در مال خود سلطه و اختیار داشته باشد که به هر که دلش می‌خواهد بفروشد اما حق شفعه این آزادی و سلطه را از شریک مال مشاع گرفته است؛ چه اینکه شفیع بدون اجازه و اختیار، مال مشتری را تملک نموده و در اختیار خود قرار می‌دهد این حق خلاف قاعده بوده و اصل است چون که طبق حدیث فوق هر کسی باید بتواند مال خود را در چوکات قانون به هر شخصی که مایل است بفروشد. حال در مورد بحث، مالی که قابل قسمت است، به دلیل اجماع و بعضی از روایات، از تحت عموم قاعده بالا خارج شده و شفعه در آن ثابت می‌باشد و اما مالی که قابل قسمت نیست چون روایت و اجماعی بر آن نداریم و مورد نزاع می‌باشد لذا در تحت عموم قاعده بالا باقی مانده و شفعه در آن ثابت نمی‌شود. (قارویی تبریزی، همان، ۱۷: ۳۲) منظور از قابل تقسیم بودن مال غیر منقول این است که طرفین شریک بعد از تقسیم مال مشترک، بتوانند از سهم خود به راحتی استفاده نموده و متمتع شوند؛ یعنی مال به اندازه‌ای بزرگ باشد که بعد از تقسیم هنوز طرفین مال بتوانند از آن انتفاع ببرند. در برخی موارد مال به قدری کوچک است مثل یک مغازه کوچک و یا یک حمام کوچک که بعد از تقسیم دیگر قابل بهره‌برداری و انتفاع را ندارد. چنانچه آقای امامی می‌گوید: منظور از تقسیم بودن ملک مشاع آن است که بتوان آن را طوری تقسیم نمود که ضررفاحشی متوجه شرکاء نگردد؛ یعنی در اثر تقسیم ضرری بیش از آنچه از خود تقسیم ممکن است متوجه شرکاء گردد حاصل نشود. (امامی، ۱۳۸۷: ۱۳) قانون مدنی افغانستان برخلاف قانون مدنی ایران، قابل تقسیم بودن مال غیر منقول را شرط نکرده و بلکه آن را به صورت لاشرط ذکر نموده است نه بشرط شی، برعکس قانون مدنی ایران که به شرط شی را قید کرده است؛ یعنی به شرط قابل تقسیم بودن. ماده ۲۲۲۴ ق.م. افغانستان می‌گوید: به بیعی که در آن شفیع ثابت می‌شود، باید واجد شرایط آتی باشد: باید عقار مملوک باشد، گرچه غیر قابل قسمت باشد. و... روشن است که ماده مذکور قابل قسمت را شرط نکرده است و آن را به صورت

مطلق آورده است یعنی اینکه مال غیرمنقول چه قابل قسمت باشد و چه غیرقابل قسمت باشد برای شفیع حق شفعه وجود دارد.

۴. دو نفر بودن شرکاء

فقه‌های امامیه اختلاف کردند در اینکه شفعه مربوط به دو نفر است یا بیشتر، مشهور فقها قول اول را اختیار نموده‌اند؛ یعنی اینکه حق شفعه فقط اختصاص به دو نفر دارد و اگر شریک سه نفر یا بیشتر باشند حق شفعه‌ای وجود ندارد. (نجفی، همان، ۳۷: ۲۷۲ و حسینی، همان: ۳۰۱) مبنای مشهور فقهای امامیه شاید این حدیث باشد که از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است: **عَبْدُ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ: لَا تَكُونُ الشُّفْعَةُ إِلَّا لِشَرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَقَاسِمَا فَإِذَا صَارُوا ثَلَاثَةً فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ شُفْعَةٌ.** (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۱) ماده ۸۰۸.ق.م. ایران به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه، در شفعه دو نفر بودن را به عنوان شرط پذیرفته است. قول دیگر آن است که هرگاه شرکاء بیش از دو نفر باشند، یکی از شرکاء اقدام به فروش اندازه سهم خود نماید، شرکای دیگر نیز حق شفعه دارد و می‌توانند با پرداخت ثمن به مشتری ملک مشاع را به خودشان اختصاص دهند. تعدد مشتری نسبت به حق شفعه ضرری ایجاد نمی‌کند، بنابر این اگر سه مشتری سهم یکی از دو بایع را که مشاع بین دو نفر بوده بخرد، شریک دیگر حق شفعه دارد که ثمن معامله را به مشتریان پرداخت نموده و سهم فروخته شده را خود اخذ نماید. فرع فقهی دیگری در این ارتباط بوجود می‌آید و آن این است که اگر یکی از دو شریک، از مال مشاع سهم خود را به سه نفر بفروشد آیا شریک دیگر می‌تواند به بعضی از سهام فروخته شده مراجعه نموده و فقط بخشی از مال فروخته شده را پس بگیرد یا اینکه این اجازه را ندارد و باید همه مال فروخته شده را به عنوان حق شفعه بدون تفکیک پس بگیرد؟ بعضی از فقهاء بر آنند که هرگاه یکی از دو شریک سهم خود را در یک عقد به چند مشتری بفروشد، عقد مزبور منحل به عقود متعدد می‌شود و مانند آن است که مالک مزبور سهم خود را به حصه‌های کوچک به وسیله چند عقد انتقال داده باشد. در این صورت در اثر عقد بیعی که واقع شده حق شفعه برای شریک حاصل می‌شود که می‌تواند از آن حق مستقلاً استفاده بنماید، مثلاً هرگاه کسی که مالک نصف مشاع از خانه‌ای است یک دانگ آن را به کسی بفروشد و شریک دیگر نسبت به آن اخذ به شفعه کند و بعداً آن مالک یک دانگ دیگر

از سهم خود را بفروشد شریک شفیع می‌تواند نسبت به آن اخذ به شفعه بنماید. ق^۱ انون مدنی افغانستان، دو نفر بودن را شرط شفعه ندانسته و اگر شرکاء بیش از دو نفر باشند هم حق شفعه دارند. ماده ۲۲۲ق.م افغانستان می‌گوید: استحقاق شفیع برای شرکاء به اساس تعداد شرکاء اعتبار داده می‌شود نه به اساس مقدار حصص آنها در ملکیت. باین صورت اگر یک شریک حصه خود را به یکی از شرکاء دیگر بفروش برساند، شخص مذکور یکی از جمله شرکاء شناخته شده و حصه فروخته شده در بین آنها تقسیم می‌شود. بخش پایانی ماده می‌گوید: باین صورت اگر یک شریک حصه خود را به یکی از شرکاء دیگر بفروش برساند، شخص مذکور یکی از شرکاء شناخته شده و حصه فروخته شده در بین آنها تقسیم می‌شود. روشن است که ماده مزبور شرکاء را بیش از دو نفر فرض کرده است. به نظر می‌رسد در دو نفر بودن خصوصیتی نیست، اگر شریک دو نفر باشد و یا سه نفر و یا بیشتر باز هم موضوع ضرر مطرح بوده و بهتر بود که قانون‌گذار ایران هم قید دو نفر بودن را تعدیل می‌کرد.

۵. انتقال سهم مشاع به وسیله بیع باشد

یکی از شرایطی که حقوق دانان و فقهای امامیه برای حق شفعه در نظر گرفته‌اند انتقال سهم مشترک به وسیله بیع است، بنابراین اگر یکی از دوشریک سهم خود را به وسیله قرارداد مهریه به زوجه‌ای خود، یا به وسیله صدقه، یا به وسیله صلح به دیگری انتقال دهد شریک او حق شفعه نخواهد داشت و نمی‌تواند مبیع فروخته شده را از مشتری اخذ نماید، در این دیدگاه بین فقهای امامیه اختلافی وجود ندارد و حتی ادعای اجماع شده است. (نجفی، همان، ۳۷: ۲۶۶)

مبنای قول فقها حدیثی از امام صادق علیه السلام است که به طرق مختلف کلمه بیع را در فرمایشات خودش آورده بنده به ذکر دو تا حدیث که هر دو از امام صادق علیه السلام نقل شده اکتفاء می‌کنم. امام فرموده است: إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا غَيْرَهُمَا فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَإِنْ زَادَ عَلَى الْإِثْنَيْنِ فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدٍ مِنْهُمَا. (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۱) در این جمله قید بیع به کار رفته (فباع احد هما) و این خود نشان می‌دهد که شرط شفعه بیع است نه سیستم‌های حقوقی دیگر مثل صلح، هبه و یا صدق زوجه. هم‌چنین حدیث دیگر که منسوب به امام صادق علیه السلام است همین مطلب است: فَقَالَ الشُّفْعَةُ فِي الْبَيْعِ إِذَا كَانَ شَرِيكًا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِالْتَّمَنِ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۲۵: ۳۹۶). حضرت فرمود

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، چاپ بیستم ۱۳۸۷، ص ۱۵.

که شفعه دربیع است و زمانی که شریکی بخواهد اقدام به خرید کند او اولاً تراست از خرید مال مشاع. قانون مدنی ایران در ماده ۸۰۸ از قول فقهای امامیه پیروی نموده و شفعه را فقط به بیع منحصر کرده نموده است چنان که این ماده مقرر می‌دارد: هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آن دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. از این رو در صورتی که شریک مال مشترک را به صورت غیر مبیع مثل صلح، هبه و صدق به فرد ثالث انتقال دهد حق شفعه وجود ندارد. قانون مدنی افغانستان هم شرط شفعه را فقط مربوط به بیع دانسته است از این رو اگر مال غیر منقول بدون بیع و به وسیله نهادهای حقوقی دیگر انتقال یابد حق شفعه نیست. ماده ۲۲۲۶ ق.م. می‌گوید: در موارد آتی شفعه نیست:

۱. در هبه بلاعوض یا در صدقه یا ارث یا وصیت یا عقاری که بدله آن مال نباشد.
۲. در وقف و برای وقف. و...

۶. قدرت شفیع بر تأدیه ثمن

یکی از شرایط مهمی که فقها بر آن تأکید نمودند داشتن قدرت شفیع بر تأدیه ثمن مبیع فروخته شده به مشتری است و نه تنها شفیع باید قدرت بر تأمین ثمن داشته باشد که او بایستی از انجام این عمل و پرداخت ثمن به مشتری خودداری نرورد، از این رو کسی که عاجز بر تأدیه ثمن است و یا قدرت دارد اما از پرداخت امتناع می‌ورزد حق شفعه برایش وجود ندارد. در ثبوت عجز کافی است که خود شریک اعتراف نماید و لازم نیست که شرایط و اوضاع اقتصادی او بررسی گردد. (قاروبی تبریزی، همان، ۱۷: ۴۳) اگر چنانچه شریک برای استفاده از حق شفعه خود، رهن یا ضامن و یا عوض را پیشنهاد نماید لازم نیست که مشتری بپذیرد و می‌تواند از قبول شفعه برای شفیع امتناع نماید. (حسینی، همان: ۳۰۲) قانون حق اخذ شفعه را برای رفع ضرر ناشی از شرکت قرارداد است. بنابراین ناچار باید اعمال حق مزبور به نحوی باشد که موجب ضرر مشتری نگردد و این در صورتی است که شفیع قدرت بر تأدیه ثمن را دارا باشد زیرا دادن حق شفعه به شریک معسر که قدرت برای تأدیه ثمن را ندارد موجب اضرار مشتری خواهد بود و برای رفع ضرر ناشی از شرکت، ضرری بیشتری به وجود می‌آید عدم قدرت شفیع بر تأدیه ثمن به وسیله هرگونه دلیل

قابل اثبات خواهد بود و نمی‌توان از ظاهر وضعیت شفیع بر عدم قدرت او به تأدیه ثمن پی برد زیرا چه بسا اشخاص معسر که دارای اعتبار کافی می‌باشند و می‌توانند از دیگران استقراض کنند و این مسئله مانند معسر است که قدرت بر تأدیه ثمن را دارد ولی از پرداخت آن امتناع کند و یا اهمال و ممالطه در تأدیه آن بنماید زیرا نتیجه آن دو یکسان است. قانون مدنی افغانستان، قدرت شفیع را بر تأدیه ثمن شرط نکرده است. بسیار خوب بود که قانون مدنی افغانستان نیز شرط قدرت و شرط پرداخت ثمن میباید را اضافه می‌نمود، چون مبنای شفعه جلوگیری از ضرر است و اگر شفیع قدرت بر تأمین ثمن و یا تعهد به پرداخت آن نداشته باشد ضرری دیگری، بر شریک وارد می‌شود. فلسفه وضع شفعه جلوگیری از ضرر است و اگر بنا است ضرری به کسی وارد نشود باید به هیچ شریکی وارد نشود. طبیعی است که عدم قدرت بر تأمین ثمن از سوی شفیع خود یک ضرر دیگری است که می‌باید در قانون افغانستان این نهاد قانونی اضافه گردد.

۷. مسلمان بودن شفیع

از نظر فقهای امامیه مسلمان بودن شفیع یکی دیگر از شرایطی شفعه است البته این شرط در صورتی است که مشتری مسلمان باشد. بنابراین اگر شفیع کافر باشد نسبت به مشتری مسلمان حق شفعه ندارد. آقای قاروبی می‌نویسد: در صورتی که مشتری مسلمان بوده باشد باید شفیع هم مسلمان باشد تا حق شفعه برای او ثابت شود بنابراین اگر شفیع کافر بود (خواه کافر ذمی یا کافر حربی) حق شفعه بر مشتری مسلمان ندارد (خواه مشتری از مسلمان خریدار باشد یا از کافر) ولی اگر هر دو کافر باشند، حق شفعه ثابت است. (امامی، ۱۳۸۷: ۱۹) پشتوانه دیدگاه فقهای امامیه احادیثی است که از ائمه اطهار علیهم‌السلام رسیده‌اند از جمله این حدیث است: **عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام، قَالَ: «لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ شُفْعَةٌ»** (امامی، ۱۳۸۷: ۱۹) یعنی برای یهودیان و مسیحیان بر علیه مسلمانان حق شفعه نیست. و هم‌چنین در حدیث دیگری خوانیم: **عَنْ عَلِيِّ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: الشُّفْعَةُ لِلْيَهُودِ وَالنَّصْرَانِيِّ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَ لَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْهُمْ عَلَى مُسْلِمٍ شُفْعَةٌ.** (قاروبی تبریزی، همان: ۳۰۲) حضرت فرموده که حق شفعه برای خودیهودیا و مسیحیان که شفیع و مشتری باشند است اما برای آنان علیه مسلمانان حق شفعه نیست. **قَالَ عَلِيُّ عليه السلام لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ شُفْعَةٌ وَلَا شُفْعَةٌ إِلَّا لِشَرِيكِ غَيْرِ مُقَابِلِهِ.** حضرت علی عليه السلام فرموده که برای یهودیان و مسیحیان علیه مسلمانان شفعه نیست. در قانون

مدنی افغانستان مسلمان بودن شرط نشده و کسی که غیرمسلمان است هم طبق شرایط، از حق شفعه برخوردار است.

عدم اشتراط اهلیت شفیع

حق شفیع برای شریک در مال مشترک، در اثر بیع سهم مشاع بوجود می‌آید و این حق بنا بر رفع ضرر شریک حاصل می‌گردد. از این رو اهلیت شفیع شرط دارا شدن حق شفعه نیست. اما اگر شفیع محجور بخواهد از این حق استفاده نماید باید دارای اهلیت استیفاء باشد. بر این اساس اگر شفیع محجور (صغر، جنون، وسفه) باشد، ولی او باید اخذ به شفعه نماید اگر چنانچه سفیه و یا صغیر ممیز اخذ به شفعه نماید این امر نیاز به تنفیذ و اجازه ولی و یا قیم می‌باشد.

فوریت اخذ به شفعه

مشهور فقها گفته‌اند: که حق شفعه فوری است یعنی پس از آنکه شفیع اطلاع بر فروش سهم شریک خود پیدا نمود اگر می‌خواهد حقش را اعمال نماید باید هرچه زودتر در مدتی که عرفاً برای اخذ به شفعه لازم است، حق خود را اعمال نموده و مبیع را تملک نماید وگرنه حق او ساقط می‌شود. یکی از مهم‌ترین دلایل برای ادعا این است که حق شفعه حقی است برخلاف قاعده که از حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» گرفته شده است انسان بر مال خود مسلط است و هیچ کس حق ندارد مال او را قهراً و جبراً بدون رضایت وی بگیرد، اما حق شفعه به دلیل شرعی از آن قاعده استثناء شده است که شفیع حق دارد بدون رضایت مشتری، مبیع را از او به زور بگیرد. و در هر موردی که حکم برخلاف قاعده باشد بر قدر متیقن اکتفا می‌شود و در مورد مشکوک طبق قاعده باید عمل کرد. حال در مورد بحث قدر متیقن آن جایی است که حق شفعه فوراً اعمال گردد چون این صورت، مورد اتفاق همه‌ی فقها است حتی آنهایی که به جواز تأخیر حق شفعه هستند قبول دارند که حق شفعه در ابتدا بلافاصله برای شفیع ثابت می‌شود و شفیع می‌تواند فوراً اعمال حق خود را بنماید، منتها می‌گویند که آن حق را می‌تواند تأخیر بیندازد پس چون اعمال فوری حق شفعه مورد اتفاق فقهاست و قدر متیقن از مورد شفعه می‌باشد، بدین جهت ما فقط همین مورد از شفعه را تجویز می‌کنیم و در غیر این صورت حق را ساقط می‌دانیم و طبق قاعده عمل می‌کنیم که

مشتری بر مال خود مسلط می‌باشد و نمی‌توان از او گرفت. (قاروبی تیریزی، همان، ۱۷: ۷۳) ماده ۸۲۱ ق.م ایران نیز می‌گوید: حق شفعه فوری است. سید علی حسینی نیز معتقد است که شفعه فوری است. (حسینی، همان: ۳۰۴) دلیل این امر، چنین بیان شده که شفعه خلاف اصل و خلاف قاعده است. چون اصل این است که هر فردی بر مال اش سلطه دارد و کسی نمی‌تواند بدون رضایت و توافق مال اش را تملک نماید در این صورت بر قدر متقین اکتفا می‌شود و قدر متیقن و محل وفاق فوریت است. (همان: ۳۰۴) و هم چنین دلیل دیگر این است که در حدیثی شفعه برای جلوگیری از ضرر بیان شده است و در بحث آتی حدیث لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام که فقها آن را به بحث شفعه نیز بی ارتباط ندانسته‌اند مفصلاً بحث می‌شود. به هر حال شفعه برای جلوگیری از ضرر وضع شده است و اگر چنانچه بدون دلیل موجه، اخذ به شفعه به تأخیر بیافتد ضرری دیگر بر مشتری حادث می‌شود. شارع مقدس، فقها و یا حقوق دانان خواسته‌اند نهادی وضع کنند که از ضرر ناخواسته جلوگیری نمایند اما در صورتی که این قانون به موقع اجرا نشود چه بسا ضرری دیگر بوجود آید که در آن وقت فلسفه اخذ به شفعه زیر سؤال خواهد رفت.

طبق ماده ۸۲۱ ق.م ایران حق شفعه حق فوری است. از این رو تأخیر در آن بدون عذر موجه پذیرفتنی نیست. حالا اگر چنانچه ولیّ و یا قیّم اخذ به شفعه شفیع محجور را به تأخیر بیاورد از مولی علیه یعنی خود شفیع مذکور پس از بلوغ می‌تواند اخذ به شفعه نماید و تأخیر در آن از سوی ولیّ و یا قیّم نمی‌تواند حق شفعه محجور را ساقط نماید، چونکه صغر و یا جنون شفیع عذر موجه تلقی شده و کوتاهی ولیّ و یا قیّم این عذر را نمی‌تواند از بین ببرد. (امامی، ۱۳۸۷، ۳: ۲۳) بنابر این هرگاه ولیّ یا قیّم حق اخذ به شفعه را بدون رعایت غبطه صغیر و مجنون ساقط نمایند، آن حق به حال خود باقی خواهد ماند و پس از بلوغ، آنان می‌توانند اخذ به شفعه کنند ضرری که در اثر تأخیر اخذ به شفعه ممکن است متوجه مشتری گردد، نمی‌تواند موجب سقوط حق شفعه محجور شود، زیرا پس از پیدایش حق مزبور و نبودن دلیل بر اسقاط آن، حق شفعه استصحاب می‌شود. (همان: ۲۳)

تشخیص مدتی که برای فوریت اخذ به شفعه لازم می‌باشد، به نظر عرف است، بنابراین چنانچه شفیع دور از محل وقوع معامله باشد و برای اخذ به شفعه باید به محل وقوع معامله بیاید، لازم نیست که با سریع‌ترین وسیله خود را به محل مزبور برساند، بلکه با وسیله که معمولاً مسافرت می‌نمایند کافی می‌باشد، مثلاً چنانچه در این راه با عموماً با اتومبیل

مسافرت می‌کنند شفیع ملزم نیست به وسیله هواپیما به محل وقوع معامله بیاید، بلکه کافی است که با اتومبیل مسافرت نماید. (امامی، ۱۳۸۷، ۳: ۲۶)

اخذ به شفعه به دو شکل انجام می‌شود

۱. به وسیله لفظ. تملک مبیع ممکن است به وسیله لفظ، از سوی شفیع، اعلام شود مثلاً شفیع بگوید: اخذ به شفعه نمودم و یا مبیع را تملک نمودم.
۲. بوسیله یک عمل مادی انجام گردد؛ به این شکل که شفیع بدون ذکر لفظ، ثمن مبیع را تقدیم مشتری نموده و مبیع را از نزد او بردارد. بدون تأدیه ثمن به مشتری یا جلب موافقت او به تأخیر تأدیه، اخذ به شفعه صحیح نمی‌باشد. (همان: ۳۲)

صحیح بودن معامله مشتری و بایع در شفعه

۱. ماده ۸۱۳ ق.م. ایران می‌گوید: در بیع فاسد حق شفعه نیست. از این ماده چنین برداشت می‌گردد که حق شفعه از آثار بیع صحیح است. توضیح اینکه در اثر معامله شریک شفیع و فروش سهم مشاع، از نظر حقوقی مشتری مالک مبیع می‌شود، چونکه طرفین به شکل قانونی خرید و فروش نموده‌اند، بایع سهم خود را تقدیم و ثمن را دریافت نموده است، از این رو حقوق دانان بعد از فروش مال مشاع، قائل به ملکیت مشتری هستند اما چون قانون این معامله را به ضرر شفیع دانسته‌اند به او حق داده است که مال تملیک شده را از ید مشتری خارج و در قبال پرداخت ثمن خود تملک نماید. بر این اساس اگر بیع باطل بود مشتری مالک مبیع نمی‌شد، زیرا طبق ماده ۳۶۵ ق.م. بیع فاسد اثری در تملک ندارد. این ماده مبرهن می‌سازد که خرید و فروش بایع و مشتری در مال مشاع بیع صحیح بوده و منجر به تملک مشتری می‌شود، اما شفیع می‌تواند مال را از ملکیت او خارج سازد. قانون مدنی افغانستان هم صحیح بودن بیع را شرط شفعه دانسته است و در ماده ۲۲۲۴ می‌گوید:

به بیعی که در آن شفعه ثابت می‌شود، باید واجد شرایط آتی باشد:

الف - باید عقار مملوک باشد، گرچه غیر قابل قسمت باشد.

ب) - بیع صحیح و نافذ بوده یا در صورتیکه بیع فاسد باشد حق فسخ در آن ساقط گردیده و از اختیار شخص به نفع بایع عاری باشد. و...

۲. نمازات منفصله متعلق به مشتری و متصله متعلق به شفیع می‌باشد. ماده ۸۱۹ ق.م.

ایران می‌گوید: نمائتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می‌تواند بنائی را که کرده یا درختی که کاشته قلع کند. دلیل این امر روشن است زیرا فقها و حقوق‌دانان معتقدند، در این معامله، مشتری صاحب مال شناخت شده و مبیع در ملکیت او قرار می‌گیرد. از این رو نمائات منفصله در واقع در ملکیت او حادث شده و جز اموال او محسوب می‌گردد مانند نتاج، میوه درختان، زیرا مبیع در مدت مزبور ملک مشتری بوده و نمائات منفصله در ملکیت او حاصل شده است. امانائات متصله هر چند در ملک مشتری پیدایش یافته ولی قانون برای جلوگیری از اختلاف بین متعاملین نمائات متصله را در انتقال تابع مبیع دانسته است. به نظر می‌رسد این تأسیس قانونی از وجاهت منطقی برخوردار است؛ چونکه نمائات متصله قابل تفکیک از عین مبیع نیست، در صورتی که نمائات متصله را از مبیع جدا کند دیگر مبیع باقی نمی‌ماند از این رو قانون‌گذار نمائات متصله تابع خود عین قرارداد به تبع مبیع در ملکیت شفیع قرار می‌گیرد.

غیبت شفیع

قانون مدنی ایران در خصوص غیبت شفیع اشاره‌ای نکرده اما فقهای امامیه در این زمینه بحثی را مطرح نموده‌اند. صاحب جواهر از جمله این فقها است. ایشان معتقد است که فرد غایب، بدون تردید حق شفعه دارد او می‌گوید بالاتر از این در کتب تذکره و خلاف بر این مطلب، ادعای اجماع شده است و حتی در غنیه ادعا شده که شفیع با علم به بیع بعد از سپری شدن سال‌های زیادی حق شفعه دارد هر چند او در شهر خود حاضر باشد. و در حکم غایب مسافری است که از سفر برگشته و بعد از گذشتن سال‌های سال برای اخذ به شفعه مراجعه نماید (نجفی، همان، ۳۷: ۲۸۶). بنابراین شفیع غایب حق شفعه دارد و غیبت او موجب سقوط این حق نمی‌شود. فرق نمی‌کند که غیبت طولانی باشد و یا کوتاه مدت. اما در صورتی که غایب قدرت بر آمدن و یا گرفتن وکیل برای انجام این امر را داشته ولی از این قدرت استفاده نکند حق شفعه اوساقت می‌شود. زیرا که عدم تمکن حضور برای غایب و یا اخذ وکالت قید و شرط حق شفعه است از این رو اگر برای غایب امکان حضور و یا اخذ وکالت باشد او از این کار امتناع ورزد حق شفعه اش ساقط می‌شود. (نجفی، همان، ۳۷: ۲۸۶)

فرع فقهی دیگربراین مطلب مترتب می‌گردد این است در صورتی که فرد غایب، مطالبه مال مشاع را ترک و از ایقاع حق شفعه خودداری ورزد و ازسوی تمکن حضورازسفر و یا اخذ وکیل جهت تقدیم ثمن به مشتری را نداشته باشد در آیین صورت حق شفعه شفیع غایب چه می‌شود؟ صاحب جواهر می‌گوید من در آیین خصوص نصوصی از فقها ندیدم اما ازسبب وفحوائی کلام آنان چنین برداشت می‌شود که حق شفعه هم چنان باقی است. دلیل اش این است که عدم امکان حضور و عدم امکان اخذ وکیل فوریت را اثبات نمی‌تواند از این جهت در صورت شک، حق شفعه را استصحاب می‌کنیم. (همان: ۲۸۶)

در صورتی که شفیع جاهل به حکم باشد، یعنی نداند که در سهم مشاع فروخته شده او حق اولویت دارد که اخذ به شفعه نماید یا حکم را بداند اما فوریت را نداند به این معنی، شفیع می‌داند که اونسبت به مال مشترک حق شفعه دارد و می‌تواند با دادن ثمن به مشتری مال را ازید او خارج سازد اما جاهل به فوریت است و نمی‌داند که او باید در اولین فرصت بعد از اطلاع از بیع، مال فروخته شده را از مشتری اخذ و ثمن را بپردازد، و در اثر این جهل اخذ به شفعه تأخیر بیافتد، در آیین صورت حق شفعه ساقط نمی‌شود، پس از علم به حق شفعه و یا فوریت می‌تواند اخذ به شفعه نماید این مسئله به دو قسم تقسیم می‌گردد:

۱. کسی که جاهل به حکم شفعه می‌باشد، هر زمان که از آن آگاهی یافت می‌تواند اخذ به شفعه کند، زیرا تأسیس حق شفعه برای جلوگیری از ضرر ناشی از بقاء در شرکت است. در صورت جهل به حکم، حق شفعه ساقط گردد شفیع متحمل ضرری می‌شود که حق شفعه برای رفع آن برقرار شده است. بنابراین باید بر آن بود که جهل به حکم در در مورد بالا موجب معذوریت شفیع می‌باشد.

۲. کسی که جاهل به فوریت اخذ به شفعه است پس از آنکه علم به فوری بودن آن پیدا نمود، می‌تواند فوراً اخذ به شفعه بنماید. بعضی از فقها از نظر مزبور پیروی نموده و شفیع را معذور در تأخیر دانسته و بر آنند که هر زمان شفیع آگاهی به فوری بودن اخذ به شفعه پیدا نمود می‌تواند اخذ به شفعه کند، زیرا جهل به فوریت مانند جهل به اصل حق شفعه می‌باشد چنانچه گفته شود که در مورد مزبور شفیع معذور نخواهد بود، باید او را توجه داد که در این صورت ضرری که برای جلوگیری از آن، حق شفعه تأسیس شده بر طرف نمی‌گردد، و حال آنکه هدف قانون همواره جلوگیری از زیان و جبران آن است. (امامی،

ارتباط قاعده لا ضرر با شفعه

بین قاعده «لا ضرر و لا ضرار» و شفعه یک نوع رابطه است، حدیث مذکور در واقع علت شفعه است؛ شارع مقدس به منظور جلوگیری از ضرر برای شریک ملک مشاع، حق شفعه قائل شده است. این بحث نیازمند تحقیق بیشتر بوده و باید تحلیل گردد که آیا گوینده حدیث لا ضرر و لا ضرار چه کسی است پیامبر گرامی صلی الله علیه و آله، یا حضرت امام صادق علیه السلام است؟ به نظر می‌رسد که ازدو احتمال فوق احتمال اول اقوی است. زیرا طبق قاعده نحوی «الاقرب یمنع من الابد» بایستی فاعل «قال» در جمله لا ضرر و لا ضرار معطوف به نزدیک‌ترین فعل باشد و نزدیک‌ترین فعل در جمله مزبور فعل «قضی» است که مربوط به پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله است نه فعل قبل از آن. ثانیاً معروفیت صدور حدیث «لا ضرر و لا ضرار» از پیامبر صلی الله علیه و آله بر فقهای شیعه و اهل تسنن پوشیده نیست. (یزدانی، ۱۳۸۶، ۱: ۳۵۸) از این رو حدیث «لا ضرر و لا ضرار» در ذیل حدیث شفعه مربوط به پیامبر گرامی می‌باشد. بر این اساس فرض بر این است که صدور حدیث لا ضرر و لا ضرار از پیامبر مفروغ عنه است حال این پرسش مطرح می‌گردد که چه کسی این دو عبارت؛ یعنی ثبوت حق شفعه برای شفیع و قاعده لا ضرر و لا ضرار را جمع نموده است. راوی امام صادق علیه السلام و یا پیامبر گرامی صلی الله علیه و آله سه احتمال داده شده است یکی اینکه راوی جمع نموده باشد دیگر اینکه امام و سوم پیامبر گرامی صلی الله علیه و آله آن را جمع نموده باشد. اگر فرض کنیم که راوی این دو عبارت را جمع نموده، نه امام و یا پیامبر صلی الله علیه و آله در این صورت رابطه‌ای بین شفعه و قاعده «لا ضرر و لا ضرار» وجود ندارد. اما اگر قائل شویم که امام و یا پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله این عبارت را جمع نموده باشند در این فرض می‌توان گفت که بین حق شفعه و جمله «لا ضرر و لا ضرار» یک رابطه‌ای است. از میان سه احتمال فوق احتمال اول مردود است: زیرا اگر راوی دو عبارت را جمع می‌نمود، لفظ «قال» تکرار می‌شد؛ در حالی که تکراری صورت نگرفته است و این نشان می‌دهد که قول مزبور و قضاوت مذکور هر دو از قول معصوم است. از دو احتمال نخست دیگر نیز، نزدیک‌تر به صواب این است که گفته شود جمع از ناحیه پیامبر است. بنابراین به نظر می‌رسد بین دو عبارت مزبور ارتباط باشد. (همان: ۳۵۹) با توجه به اثبات رابطه قاعده «لا ضرر و لا ضرار» با حق شفعه این پرسش مطرح می‌گردد که حق شفعه از چه ضرری جلوگیری می‌کند؟ در این رابطه چند احتمال داده شده و این احتمالات به طور اختصار ذکر و مورد نقد قرار می‌گیرد.

احتمال اول

در این احتمال این مطلب اشاره شده که اصولاً شرکت و مال مشاع امر خوشایند نیست و هر کسی دوست دارد مال خود را منحصرراً در اختیار داشته باشد و آزادانه هرکاری دلش بخواهد در مایملک خود تصرف نماید در صورتی که مال به طور مشترک اداره شود ممکن است ناراحتی و یا بعضاً نزاع بوجود آید، از این رو حق شفعه بر این جلوگیری از این ضرر وضع شده است. اما ایراد این نظر این است که اولاً قبل از بیع سهم مشاع نیز، شریک (شفیع) با بایع به حالت اشاعه، مالک مبیع بوده‌اند و از نظر مالکیت مشاع در حق ملکیت شفیع، تغییری داده نشده است. در حالی که قبل از بیع سهم مشاع حق شفعه‌ای برای جبران خسارت ناشی از اشاعه وجود ندارد. (همان: ۳۶۱)

به نظر می‌رسد که این ایراد خیلی ایراد جدی نباشد. به این دلیل، درست است که قبل از بیع، مال به طور مشاع و اشتراک اداره می‌شد ولی حالا فرض بر این است که یکی از شرکاء (بایع) تصمیم گرفته است که مال مشاع را یک طرفه نموده و خود را از اشتراک بیرون نماید، و اراده نموده که سهم مشاع خود را به دیگری واگذار نماید، شاید از این اشتراک خسته شده باشد و یا فکر می‌کند که دیگر به سودش نیست از این رو تصمیم گرفته است سهم خود را به فرد دیگر واگذار نماید. با این فرض این بهترین فرصت برای شریک او یعنی شفیع است که او نیز مال خود را از شراکت رهایی داده و انحصاراً ملک را در اختیار خود قرار دهد. از این رو اگر مجدداً مال مشاع به صورت شراکت دوام پیدا کند ممکن است برای او خوشایند نباشد بر این مبنا شارع مقدس یا قانون‌گذار برای این منظور و جلوی گیری از ضررهای محتمل نهاد شفعه را وضع نموده است. مضافاً همانطوری که اشاره شد اکثر افراد دوست دارد در مایملک خود تا آنجا که قانون اجازه می‌دهد آزادی داشته باشد و این امکان بوجود نمی‌آید مگر اینکه ملک استقلالاً اداره شود.

احتمال دوم

برخی دیگر این احتمال را داده است که شفعه به خاطر جلوگیری از ضرری است که ممکن است شریک جدید این ضرر را بر شفیع تحمیل نماید. به عنوان مثال پس از آنکه شریک جدید در مال مشاع سهم پیدا کند، درخواست تقسیم مال مشاع نموده و سبب مؤونه و خرج اضافی و خسارت ناشی از تقسیم مال مشترک گردد (نجفی، همان: ۲۵۳). این استدلال تا

حدودی می‌تواند موجه باشد زیرا که برخی از اموال غیر منقول به گونه‌ای است که در صورت مشترک بودن می‌تواند منبع درآمد باشد، فرض کنیم زمینی است قابل کشت و تا تقسیم نگردد می‌تواند منبع درآمد اما بعد از تقسیم شدن، زمین مزبور بازدهی قبلی خود را از دست داده و ممکن است دیگر درآمدزا نباشد، از این رو شراکت هر چند مایه نزاع است اما در برخی موارد منبع درآمد بوده و بازدهی خوبی را دارد، به همین دلیل شارع مقدس جهت جلوگیری از ضرر، حق شفعه برای شریک سابق داده تا او بتواند از ضرر جلوگیری نماید.

با این وجود، نظریه فوق مبنی بر اینکه شفعه برای جبران ضرر ناشی از تقاضای تقسیم مال مشاع است، قابل خدشه می‌باشد، زیرا که ضرر مزبور بعد از تقاضای خریدار پدید می‌آید و ابزار دفع این ضرر نیز باید همان موقع بوجود می‌آید، در حالی که حق شفعه، بایع سهم مشاع پدید می‌آید؛ یعنی قبل از تقاضای خریدار. بنابراین صرفاً ترس از چنین درخواست احتمالی، نباید اعطاء حق شفعه به شفیع شود؛ به عبارت دیگر به فرض که شفعه برای دفع خسارت ناشی از تقاضای تقسیمی باشد که خریدار مال مشاع ممکن است مطرح نماید، بدیهی است که این حق باید در زمانی ایجاد می‌شد که خریدار یعنی شریک جدید، تقاضای تقسیم مال را می‌نمود، در حالیکه به محض بیع، حق شفعه پدید می‌آید و چه بسا اصلاً شریک جدید هیچ‌گاه تقاضای تقسیم مال را ننماید. در این صورت چرا باید قبل از این که شریک جدید تقاضای تقسیم کند و فقط به صرف ترس از چنین تقاضایی به دیگر شریک یعنی شفیع، حق شفعه اعطاء گردد. (یزدانی، همان: ۳۶۲)

احتمال سوم

احتمال دیگری که داده شده این است که شفعه برای دفع ضرر راز ورود شریک ناخواسته باشد، چون که شفیع به هر حال بعد از مدتی ممکن است که با بایع و شریک سابق مأنوس شده و با اخلاق و روحیه هم آشنا شده و به راحتی می‌تواند مال مشاع را مشترکاً اداره نمایند بخصوص اگر شریک، فرد کارکشته و با تجربه‌ای بوده که این امر سبب رونق ملک مشترک می‌گردد. مثلاً قطعه زمینی کشاورزی بوده که بین دو فرد کشاورز با تجربه و متخصص و با موفقیت اداره می‌شد اما اگر بجای یکی از این‌ها فردی بی‌تجربه و بی‌تجربه و یا تخصص در کار کشاورزی نداشته و ممکن است سبب رکود اقتصادی این ملک گردد اینجا است که شفعه برای دفع ورود چنین فرد ناخواسته ایجاد شده باشد. به عبارتی دیگر: دو

شریکی که سال‌ها در کنار هم مالی مشاع شریک بوده‌اند، هر یک با شرایط موجود ناشی از اشاعه کنار آمده و با تحمل و صبوری در پذیرش یکدیگر تا حدودی به اعمال حقوق مالی خود در مال مشاع ادامه دهند. مخصوصاً اگر کاربرد مال به نحوی باشد که هریک از دو شریک به تخصص و کارایی دیگر شریک نیاز داشته باشد، در این جا هر شریک در واقع به شریک دیگر خو کرده و با وی مانوس گشته و هر شریک ممکن است دیگر شریک را یار شاطر انگارد نه بار خاطر. (همان: ۳۶۳)

این دیدگاه هم خالی از ایراد نیست به این دلیل اصولاً معلول باید بعد از علت بوجود بیاید نه قبل از آن؛ یعنی حق شفعه بایستی بعد از آمدن شریک ناسازگار، تبیل و ناکارآمد حاصل گردد، در حالیکه در فرض ما شفعه به محض بیع برای شفیع حاصل می‌شود چه اینکه شریک فردی با تجربه باشد و یا احیاناً بی تخصص و ناکارآمد. به قول دکتر یزدانیان: اولاً شفعه با بیع محقق می‌شود در حالیکه سؤ رفتار شریک جدید در آینده پس از بیع ممکن است بروز نماید. به عبارتی اصولاً باید معلول بعد از چنین علتی پدید آید و شفعه بعد از تحقق سوء رفتار خریدار و شخصیت نامناسب وی بوجود آید نه با بیع سهم مشاع. ثانیاً اگر شفعه برای دفع چنین ضرر باشد، در صورتی که خریدار انسان نیکوکاری باشد و رعایت حقوق شریک خویش را بنماید، و مخصوصاً اگر در اداره مال، دارای تخصصی باشد که مفید به حال مال مشاع باشد، مانند داشتن تجربه در گلکاری بر روی زمینی که در آن گل پرورش می‌دهند نباید حق شفعه پدید آید در حالی که در این موارد نیز حق شفعه بوجود می‌آید. ثالثاً اگر شفعه برای دفع چنین ضرری باشد، چرا مختص عقد بیع است در حالی که اگر سهم مزبور با انعقاد صلح نیز منتقل شود، سوء رفتار منتقل الیه می‌تواند سبب ضرر شفیع گردد و در اینجا هم باید شفعه، وجود می‌داشت. در حالیکه در عقود دیگر غیر از بیع شفعه وجود ندارد. رابعاً در اموال منقول نیز ممکن است شریک ناخواسته‌ای وارد شود. پس چرا در این موارد، شفعه وجود ندارد. (همان: ۳۶۴) با اینحال با همه احتمالات فوق باز هم نقش شفعه در جلوگیری از ضرر قابل انکار نیست زیرا که شفعه مال مشاع را از حالت نیمه اختیار، خارج و شفیع را بر مال، مسلط و مستقل می‌سازد همین که مال از حالت اشاعه خارج گردد، شفیع یک نفس راحت کشیده و خود را مستقل و آزاد می‌پندارد و می‌تواند طبق میل و علاقه خود مال را اداره نماید. در صورتی که مال به طور مشترک و مشاع اداره شود شریک چندان آزادی و اختیاری نخواهد داشت و همین مطلب می‌تواند انگیزه شریک را در اداره و توسعه مال بعضاً پایین بیاورد زیرا در اشاعه همواره سوء استفاده وجود دارد چنانچه در قرآن

نیز ذکر شده که در موارد زیادی «خلطاء» بر یکدیگر ستم روا می‌دارند. و «خلطاء» به شرکاء تفسیر شده است بنابراین نفس اشاعه و شرکت در مال مقتضی ضرر است. شفعه وسیله‌ای است برای زوال مال نزاع در اداره و انتفاع از املاک.

نتیجه

در قانون مدنی ایران و افغانستان شفعه یک حق عینی بوده و پیدایش چنین تأسیس حقوقی بر مبنای حدیث پیامبر گرامی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» و تحلیل فقهی و حقوقی است. حقوق دانان با استناد و به پیروی از حدیث شریف مذکور قائل هستند که شفیع حق دارد بعد از معامله با بایع با فرد ثالث، به منظور جلوگیری از ضرر، مبیع را از ید مشتری خارج و در عوض پرداخت ثمن به او، مال مشاع را تملک نماید. تملک شفیع زائیده و محصول فسخ و یا اقاله معامله نیست. از نظر فقها، حقوق دانان و قانون مدنی ایران و افغانستان، بیع با بایع صحیح و بلکه طبق قاعده «اصل لازم بودن عقود» عقد مال مشاع صحیح و لازم است. اما حقوق دانان با هدف جلوگیری از ضرر و شریک ناخواسته، برای شفیع این اجازه را داده‌اند که در صورت توان و پرداخت ثمن به مشتری، مال فروخته شده را به ملکیت خود درآورد، از این رو، شفیع نمی‌تواند بعد از معامله با بایع و مشتری عقد را بهم زده و معامله را فسخ نماید، چون که اصل در عقود لزوم است. مضافاً طرف معامله با بایع مشتری است نه شفیع و او حق بهم زدن معامله‌ای را که بین بایع و مشتری رخ داده است را ندارد. بنابراین معامله با بایع و مشتری انجام شده و عقد نه تنها صحیح، بلکه لازم می‌گردد. منتها فقها بر اساس روایات به شفیع اجازه داده که مال فروخته شده را از مشتری اخذ نموده و در ملکیت خود درآورد و این یک خرید مجدد است. ماده ۸۰۸ شرایط اعمال شفعه را بیان نموده است: ۱- اشاعه در مال ۲- غیر منقول بودن مال ۳- قابل تقسیم بودن مال ملک ۴- وقوع انتقال سهم شریک به وسیله عقد بیع ۵- محدود بودن شرکاء به دو شریک. یکی از مهم‌ترین شرایط در شفعه، غیر منقول بودن مال مشاع است بر این اساس اگر مالی منقول باشد حق شفعه ندارد. شرط مهم دیگری که در قانون مدنی ایران و افغانستان پیشبینی شده است توانایی و صداقت داشتن شفیع بر پرداخت ثمن به مشتری است. این شرط نیز یکی از شرایط مهم شفعه است و اگر شفیع توان پرداخت ثمن را نداشته باشد و یا داشته باشد اما تعهد به پرداخت نکند نه تنها از ضرر جلوگیری نشده است که یک ضرر دیگر به مشتری وارد می‌شود و در صورت وقوع این اتفاق، فلسفه حق شفعه زیر سوال می‌رود. از این رو، شرط توان پرداخت ثمن یکی از شرایط مهم شفعه است.

منابع

* قرآن کریم

۱. امامی سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، انتشارات اسلامی، چاپ بیستم، ۱۳۸۷.
۲. باختر سید محمدرسول، اراضی و املاک در رویه قضایی انتشارات جاودانه، جنگل چاپ اول ۱۳۹۱.
۳. بیگدلی سعید، تعدیل قرارداد، نشر میزان چاپ چهارم ۱۳۹۴.
۴. حسینی، سید علی، الروضة البهية فی الشرح اللمعة دمشقیه، الجزالثانی، انتشارات دارالعلم، ۱۳۸۸.
۵. زرگوش، مشتاق، حقوق اداری، تملک اموال، شبه تملکها و سلب مالکیت از سرمایهها توسط دولت، چاپ اول ۱۳۹۱.
۶. سلطانیان، صحت الله، حقوق مدنی، اموال و مالکیت تأثیر زمان و مکان بر قانون مدنی، انتشارات جاودانه، جنگل چاپ اول ۱۳۸۹.
۷. شهیدی مهدی، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد چاپ هفتم ۱۳۸۸.
۸. قاروبی، شیخ حسن، شرح فارسی بر شرح لمعه، ج ۱۷، ۱۴۲۸ق.
۹. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (ط-الإسلامیة) - تهران، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم ۱۳۸۷.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، میزان، تهران، چاپ بیست و نهم ۱۳۹۷.
۱۲. کاتوزیان ناصر، عدالت قضایی، گزیده آراء، نشر میزان، چاپ سوم ۱۳۸۶.
۱۳. موسویان، سید ابوالفضل، ماهیت حق، انتشارات عروج ۱۳۸۲.
۱۴. مارتین لاگین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمدراسخ، انتشارات نشرنی ۱۳۸۸.
۱۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۷، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴.
۱۶. یزدانیان علیرضا، قواعد مسولیت مدنی، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۸۶.