

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ISSN:

Print: 3007-8547

Online: 3007-8555



دوفصلنامه

یافته‌های حقوقی

سال چهارم ❁ شماره هشتم ❁ خزان و زمستان ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفی^(ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عزیز الله موسوی

سر دبیر و دبیر تخصصی: دکتر عبدالخالق فصیحی

ویراستار: زکریا فصیحی

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: احمد علی صادقی، سید حسن انوری، سید عزیزالله موسوی، سید علی مطهری، عبدالخالق

فصیحی، عبدالخالق قاسمی، محمد علی امینی، نعمت الله نبوی

دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی»، آماده دریافت و نشر مقالات صاحب‌نظران و نویسندگان است.

محتوای مقالات، بازتاب آرای نویسندگان بوده و لزوماً بیانگر رویکرد دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی» نیست.

دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی»، پس از دریافت مقالات، برای رد، پذیرش و ویرایش آن‌ها آزاد است.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین‌المللی المصطفی^(ص)، آمریت نشرات.

تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://lf.miu.edu.af>

ایمیل: lf.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم و راهنمای ارسال مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

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

راهنمای تنظیم ساختار مقاله علمی

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

ارسال و پیگیری مقاله

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

فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان..... ۱
- سخن سردبیر ۳
- بررسی تطبیقی قرارداد کار و پیمان کاری ۵
سید عزیز الله موسوی
- تعارض قوانین ارث در حقوق افغانستان، ایران و مصر ۲۳
محمد آصف محسنی
- واکاوی مفهوم «اساس» به مثابه شرط امکان قانون اساسی با تأکید بر اندیشه کارل اشمیت ۴۱
حیدر شجاعی
- بررسی حقوق گردشگران خارجی در قوانین افغانستان ۵۹
سید حسن انوری
- بررسی آثار غیرمالی سرپرستی کودکان در حقوق ایران و افغانستان ۷۷
سید روح الله نقوی
- امکان سنجی تغییر سیستم حقوقی در تابعیت ایران ۹۹
ام البنین مقتدایی
- حقوق مظنون در مرحله کشف جرم در نظام جزایی افغانستان ۱۲۱
عبدالخالق فصیحی

پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان

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

بدون تردید گسترش علم از زمره اساسی‌ترین عوامل رشد، انکشاف و ترقی جامعه است و رشد علمی از طریق آموزش و پژوهش به دست می‌آید. آموزش و پژوهش به مثابه بال‌های ترقی و اوج‌گیری یک جامعه است که با بهره‌گیری از آن دو، می‌توان به تعالی و شکوفایی مادی و معنوی رسید. جامعه علمی و آکادمیک افغانستان در سال‌های اخیر گام‌های نسبتاً خوبی در عرصه‌های آموزش برداشته است؛ انتظار می‌رود که پژوهش نیز در این کشور جایگاه مناسبی یافته و مورد اقبال قرار گیرد؛ زیرا رسیدن به پیشرفت مادی و معنوی، در گرو «آموزش و پژوهش» توأمان است.

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

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

از تمامی همکاران و نویسندگان محترمی که زمینه‌ی تحقق این مهم را فراهم کرده و بستر بسط معارف را گسترانده‌اند، قدردانی نموده و برای همه‌ی عزیزان آرزوی توفیقات روزافزون دارم.

سید عبدالحمید ثابت

سخن سردبیر

در دنیای پیچیده و پرتحول حقوقی امروز، مسائلی متنوع در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی توجه متخصصان و قانون‌گذاران را جلب می‌کند. این مسائل هرکدام در تعامل با قوانین و اصول بنیادین حقوقی است و تأثیرات شگرفی بر روابط اجتماعی، اقتصادی و بین‌المللی دارد. در این شماره از نشریه «یافته‌های حقوقی»، به تحلیل و بررسی چندین موضوع حیاتی پرداخته‌ایم که در حوزه‌های مختلف حقوقی، تأثیرگذار است و می‌تواند به بخشی از نیازهای علمی این رشته پاسخ بگوید. اینکه مقاله این شماره را با اختصار معرفی می‌کنیم:

۱. **تحلیل تطبیقی قراردادکار و پیمان‌کاری:** تحولات گسترده در روابط کاری، چه در سطح ملی و چه بین‌المللی، ضرورت تحلیل دقیق تفاوت‌های میان قراردادهای کار و پیمانکاری را آشکار ساخته است. این دو نوع قرارداد، اگرچه در ظاهر شباهت‌هایی دارد؛ اما از لحاظ محتوایی و آثار حقوقی، با یکدیگر بسیار متفاوت است. این مقاله به مقایسه تطبیقی این دو قرارداد در حقوق ایران و دیگر نظام‌های حقوقی می‌پردازد و چالش‌های موجود در تفسیر و اجرای آن‌ها را بررسی و تحلیل می‌کند. از جمله این چالش‌ها، می‌توان به مشکلات تفسیر تفاوت‌های موجود در تعهدات طرفین و نحوه تطبیق آن‌ها با واقعیت‌های شغلی و اقتصادی اشاره کرد.

۲. **تعارض قوانین ارث در حقوق افغانستان، ایران و مصر:** تعارض قوانین در حوزه ارث یکی از مسائل پیچیده و پراهمیت است که اگر افراد دارای تابعیت‌های مختلف یا دارایی‌ها در کشورهای مختلف باشند، اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند. این مقاله به بررسی تعارض قوانین ارث در ایران، افغانستان و مصر پرداخته و چالش‌های عملی آن را در چارچوب قوانین داخلی و بین‌المللی تحلیل می‌کند. همچنین به حل و فصل این تعارضات از منظر فقهی و حقوقی نیز توجه دارد. چنین مسائلی نیاز به هماهنگی و هم‌فکری بین سیستم‌های حقوقی مختلف دارد تا به یک راه‌حل عادلانه برسد و قابلیت اجرایی شدن پیدا کند.

۳. **مفهوم «اساس» به مثابه شرط امکان قانون اساسی:** مفهوم «اساس به مثابه شرط امکان»، به‌ویژه در قراردادهای تجاری و پیمانکاری، به‌عنوان یک شرط اساسی برای اجرای صحیح قراردادها مطرح می‌شود. این مفهوم در بسیاری از توافقات حقوقی به کار می‌رود و نقش حیاتی در مشروعیت و قابلیت اجرایی قراردادها ایفا می‌کند. این مقاله به بررسی

این مفهوم در نظام حقوقی ایران و تطبیق آن با سایر نظام‌های حقوقی با تأکید بر اندیشه کارل اشمیت می‌پردازد. شناخت صحیح این مفهوم می‌تواند در تفسیر درست قراردادها و جلوگیری از بروز اختلافات میان طرفین قرارداد، مؤثر باشد.

۴. حقوق گردشگران؛ چالش‌ها و حقوق بشر: با توجه به اینکه صنعت گردشگری به یکی از ارکان اصلی اقتصاد جهانی تبدیل شده، حقوق گردشگران نیز به یکی از مسائل مهم حقوق بشر بدل شده است. نقض حقوق گردشگران در کشورهای مختلف، چه از جنبه‌های اقتصادی، فرهنگی و چه از نظر دسترسی به خدمات اولیه، مسئله‌ای جدی است که نیازمند توجه و اصلاحات حقوقی است. در مقاله «بررسی حقوق گردشگران خارجی در قوانین افغانستان» حقوق گردشگران در کشورهای با سیستم‌های حقوقی مختلف بررسی و چالش‌های موجود در راستای حفظ این حقوق، مخصوصاً در قوانین افغانستان، در برابر نقض‌ها و سوءاستفاده‌ها تحلیل می‌شود.

۵. امکان‌سنجی تغییر سیستم تابعیت ایران: در سطح جهانی و به‌ویژه در ایران، مسئله تغییر سیستم تابعیت و امکان دو تابعیتی یکی از موضوعات مهم و روز است. این مقاله به بررسی امکان‌سنجی تغییر سیستم تابعیت در ایران پرداخته و چالش‌های حقوقی، اجتماعی و بین‌المللی ناشی از این تغییر را تحلیل می‌کند و کاستی‌های سیستم تابعیت ایران را برمی‌شمارد. این تغییر می‌تواند تأثیرات چشمگیری بر روابط بین‌المللی و وضعیت حقوقی افراد با تابعیت‌های مختلف داشته باشد. بررسی این موضوع ضروری است؛ زیرا با گسترش روابط فرامرزی، نیاز به انعطاف‌پذیری بیشتری در نظام‌های تابعیتی احساس می‌شود.

«یافته‌های حقوقی» در تلاش است تا با پرداختن به مسائل پیچیده و روزآمد حقوقی، نگاهی جامع و تحلیلی به چالش‌های حقوقی موجود در سطح ملی و بین‌المللی ارائه دهد. امید است که مقالات ارائه‌شده در این شماره، به روشن شدن نقاط مبهم و ارتقای دانش حقوقی در این زمینه‌ها کمک کند و منجر به گسترش بحث‌های علمی و عملی در راستای حل مشکلات حقوقی در جامعه شود. از تمامی محققان و نویسندگان محترمی که آثار علمی و پژوهشی‌شان این شماره را به سرانجام رسانده و در گسترش دانش حقوقی در جوامع مخاطب، سهم گرفته‌اند، تقدیر و تشکر می‌کنیم. امیدواریم این محققان گرامی و دیگر دغدغه‌مندان این حوزه، در شماره‌های بعدی این نشریه بین‌المللی نیز سهیم شوند.

بررسی تطبیقی قرارداد کار و پیمان کاری

سید عزیز الله موسوی^۱

چکیده

قرارداد کار و پیمان کاری دو نهاد حقوقی اجاره اشخاص است که در نظام‌های حقوقی مختلف کاربردهای گسترده‌ای دارد. با وجود شباهت‌های فراوان، این دو قرارداد از لحاظ ماهیت، حقوق و تعهدات طرفین تفاوت‌هایی نیز با هم دارد. مسئله اصلی این تحقیق، تمایز دقیق این دو نهاد حقوقی و تأثیر آن بر روابط حقوقی کارگران، کارفرمایان و پیمان کاران است. هدف این پژوهش، مقایسه قرارداد کار و پیمان کاری از منظر ماهیت حقوقی، میزان استقلال اشخاص در انجام کار، مسئولیت‌های حقوقی و آثار مترتب بر آن‌هاست و در صدد پاسخگویی به این پرسش است که، معیارهای تفکیک قرارداد کار از پیمان کاری کدام است و این تمایز چه پیامدهای حقوقی به دنبال دارد؟ این نوشتار با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، به معیارهای فقهی-حقوقی تفکیک این دو قرارداد پرداخته و یافته‌های آن نشان می‌دهد که در قرارداد کار، رابطه استخدامی با تبعیت حقوقی و اقتصادی کارگر از کارفرما همراه است، درحالی که در پیمان کاری، پیمان کار استقلال بیشتری دارد و صرفاً موظف به ارائه نتیجه کار به کارفرما است. تبیین این تفاوت‌ها برای کاهش دعاوی حقوقی و تنظیم بهتر روابط کاری، یک ضرورت پژوهشی است.

کلیدواژه‌ها: قرارداد کار، پیمان کاری، مقاطعه کاری، پیمان کار، قرارداد اجاره اشخاص

۱. دکتری حقوق خصوصی، دبیرانتمت حقوق، دانشکده فقه و حقوق، جامعه المصطفی العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان

ایمیل: azizmousavi5@gmail.com

مقدمه

قرارداد کار و پیمان کاری از مباحث مهم و کاربردی در حوزه اجاره اشخاص به شمار می‌آید و هر دو موضوع در فقه اسلامی و حقوق، جایگاه ویژه‌ای دارد. عقد اجاره در فقه اسلامی و حقوق مدنی به‌طور کلی به دو بخش تقسیم می‌شود؛ اجاره اشیا و اجاره اشخاص. در اجاره اشیا، مواردی چون منزل، زمین، باغ، ماشین‌آلات و حتی حیوانات برای استفاده‌های مختلف مانند بارکشی، شیردوشی و دیگر امور مشابه مطرح می‌شود. از طرف دیگر، اجاره اشخاص به‌ویژه در قالب قراردادهای کار و پیمان کاری، از جنبه‌های مهم و پیچیده حقوقی برخوردار است. این دو نوع قرارداد، اگرچه در برخی جنبه‌ها شباهت‌هایی دارد؛ اما از نظر ماهیت و آثار حقوقی، تفاوت‌های چشمگیری با یکدیگر دارد.

در زمینه اجاره اشخاص، مسائل و مباحث مختلفی وجود دارد که نیازمند تحلیل دقیق است. در این مختصر، هدف اصلی پژوهش، مقایسه تطبیقی قرارداد کار و پیمان کاری است و تلاش می‌شود تا تفاوت‌های این دو نوع قرارداد به‌وضوح بیان شود. از آنجا که این دو قرارداد در عرصه‌های مختلف اقتصادی و حقوقی کاربرد دارد، شایسته است که آثار و فواید تمیز این دو گونه قراردادی نیز مطرح و بررسی شود. در این راستا، پرسش‌هایی اساسی در رابطه با قرارداد کار و پیمان کاری به ذهن می‌آید که بررسی آن‌ها می‌تواند راهگشا باشد. ماهیت قرارداد کار و پیمان کاری چیست و هر کدام چه جایگاهی در تقسیمات حقوقی دارد؟ ویژگی‌های این دو قرارداد در چه زمینه‌هایی با یکدیگر تفاوت دارد؟ قوانین حاکم بر قرارداد کار چیست و چه تفاوت‌هایی با قوانین حاکم بر پیمان کاری دارد؟ در کنار این مسائل، بررسی مشترکات و تفاوت‌های قرارداد کار و پیمان کاری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. علاوه بر این، معیارهای تمیز این دو قرارداد چه است و چه تأثیری در تعیین نوع قرارداد و آثار آن دارد؟ نهایتاً تشخیص و تمیز این دو قرارداد از یکدیگر چه فواید و ثمراتی دارد و چگونه می‌تواند به‌عنوان یک ابزار مؤثر در پیشبرد اهداف حقوقی و اقتصادی عمل کند؟

در این نوشتار کوتاه، تلاش شده که به این پرسش‌ها پاسخ داده شود. ابتدا هرکدام از قرارداد کار و پیمان کاری به‌صورت مختصر و جامع بررسی شده و ویژگی‌ها و ماهیت



هر یک توضیح داده شده است. سپس معیارهای تمیز این دو قرارداد مطرح گردیده و در ادامه، فواید و آثار حقوقی تمیز آن‌ها بیان شده است. این مقایسه، می‌تواند به حقوق‌دانان، کارفرمایان و کارگران در شناخت دقیق‌تر و به‌جایگزینی از ماهیت قراردادهایشان کمک کرده و راهگشای بسیاری از مسائل حقوقی و عملیاتی در این حوزه باشد.

۱. قرارداد کار

یکی از نهادهای مهم حقوقی قراردادکار است که در راستای حمایت از طبقه کارگر شکل گرفته است. در ماهیت حقوقی این قرارداد بحث است که آیا از شعبه‌های حقوق عمومی است یا زیرمجموعه حقوق خصوصی؛ زیرا از طرفی مثل دیگر عقود، تابع اراده مستقل کارفرما و کارگر است که با توجه به این جهت می‌توان آن را از شعبه‌های حقوق خصوصی دانست؛ اما از طرف دیگر، دولت برای حمایت از کارگر نقش بسزایی در این‌گونه قراردادها ایفا می‌کند و با وضع مقررات خاص جلو زیاده‌خواهی‌های کارفرمایان را می‌گیرد و زمینه آرامش فکری و آسایش نسبی کارگر را فراهم می‌کند. ازاین‌جهت، حقوق کار داخل در حقوق عمومی است. بنابراین حقوق کار ماهیت دوگانه دارد.

۱-۱. مفهوم قرارداد کار

پیش از بیان تعریف قرارداد کار، لازم است دو واژه «قرارداد» و «کار» به‌طور مختصر و گذرا بررسی گردد تا با توجه به معانی لغوی و اصطلاحی این دو واژه، تعریف جامع و نسبتاً کم‌نقصی ارائه شود.

۱) **قرارداد:** واژه قرارداد اسم مشتق (صفت مفعولی) است که از لفظ «قرار» اشتقاق یافته و به معنای قول، شرط و پیمان است و قرار بستن؛ یعنی عهد بستن و پیمان بستن. ماده «قرار» به معنای ثبات و قرار ورزیدن، استواری و پایداری و هم‌چنین عهد، شرط، قول و تأکید، در زبان عربی نیز متداول است؛ اما لفظ «قرارداد» یک واژه فارسی محسوب می‌شود و فقط در ادبیات فارسی به کار رفته است (دهخدا، ۱۳۷۷: واژه قرار). در اصطلاح حقوقی بسیاری از دانشمندان حقوق، قرارداد را مترادف با عقد و به معنای ربط قرار به قرار دیگر یا ارتباط دو قرار معاملی دانسته‌اند. گرچه برخی از حقوق‌دانان نظریه ترادف را نپذیرفته‌اند؛ بعضی از

ایشان قرارداد را اعم از عقد دانسته و گفته‌اند: «قرارداد توافق دو یا چند نفر در مورد چیزی است که واجد نفع حقوقی باشد. موضوع قرارداد ممکن است شناسایی یا ایجاد یا تغییر یا اسقاط تعهد و یا انتقال حقی قرار گیرد. قراردادی که موضوع آن ایجاد تعهدی باشد، عقد نامیده می‌شود. به عبارت دیگر عقد اخص از قرارداد و قرارداد اعم از عقد است» (امیری قائم مقامی، ۱۳۸۷: ۲، ۲۹). بعضی دیگر، در بیان فرق میان عقد و قرارداد گفته‌اند: «منظور از عقود همان عقود معین در قانون مدنی است که به موجب آن بین دو یا چند نفر روابط حقوقی برقرار می‌شود، ولی منظور از قراردادها، بقیه مواردی است که تحت عناوین دیگری غیر از عناوین عقود معین مصرح در قانون مدنی بین دو یا چند نفر روابط حقوقی برقرار می‌شود» (امامی، ۱۳۸۰: ۱۷۵-۱۵۴). بعضی دیگر با اعتراف به ترادف میان قرارداد و عقد، پنداشته‌اند که در بسیاری موارد کلمه عقد فقط در عقود با نام و معین استعمال می‌شود و قرارداد شامل کلیه عقود اعم از با نام و بی نام است (امامی، ۱۳۸۴: ۱، ۱۶۹).

با توجه به شباهتی که در معنای لغوی میان عقد و قرارداد وجود دارد و نیز وجود توافق اراده که در هر دو به عنوان شرط اساسی مطرح است، قول به ترادف به صواب نزدیک‌تر می‌نماید. به همین دلیل است که دیگر نویسندگان حقوقی به عدم تفاوت آن‌ها از این لحاظ تصریح کرده و گفته‌اند که هر دو اصطلاح مترادفند و بر همه عقود، اعم از بانام و بی نام، اطلاق می‌گردند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱، ۱۱). طبق این نظریه، هر تعبیری که از «توافقات طرفینی مبتنی بر قصد انشاء» صورت گیرد، تفاوتی ندارد، خواه آن را عقد نامیده باشند یا قرارداد، احکام و آثار حقوقی یکسان دارد. گفتنی است که در محاورات، گاهی به خود سند و مدرک کتبی که عقد و پیمان طرفین در آن نگاشته شده هم «قرارداد» گفته می‌شود (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۱، ۹۰).

بنابراین با اینکه در قانون مدنی قرارداد تعریف نشده است، ولی می‌توان گفت: «قرارداد تعهدی است معمولاً کتبی که بر اساس آن دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی، وظایف و حقوقی نسبت به یکدیگر در نظر می‌گیرند» (انوری، ۱۳۸۱: ۶، ۵۵۱۰).

۲) کار: در لغت به معنای فعالیت‌های مبتنی بر عمل؛ یعنی آنچه از کسی سر می‌زند. شغل؛ یعنی فعالیتی که شخص به طور روزانه به آن مشغول است و معمولاً بابت آن حقوق



دریافت می‌کند و سرگرمی؛ آنچه کسی را مشغول می‌کند، است (انوری، ۱۳۸۱: ۶، ۵۶۴۱). در اصطلاح حقوقی، شامل هر فعل یدی و صنعتی و علمی و هنری است و آن عبارت است از قسمتی از نیروی انسانی که منتهی به بازده قابل تقویم به پول باشد. پس کار فکری مؤلفان و صاحبان هنر مشمول این تعریف است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۴، ۲۹۸۴، ش ۱۱۱۵۹).

اکنون و پس از بررسی مفهوم قرارداد و کار، به‌عنوان جمع‌بندی مطالب گفته شده، تعریفی که حقوق کار جمهوری اسلامی ایران از «قرارداد کار» کرده، ذکر می‌شود. در ماده ۷ قانون کار آمده است: «قرارداد کار عبارت است از قرارداد کتبی یا شفاهی که به‌موجب آن کارگر در قبال دریافت حق السعی، کاری را برای مدت موقت یا مدت غیرموقت برای کارفرما انجام می‌دهد».

طبق ماده فوق، تفاوتی میان قرارداد کتبی و شفاهی نیست و از نظر قانونی اعتبار یکسان دارند. البته قرارداد کتبی بر شفاهی از جهاتی برتری دارد؛ مثلاً اینکه اگر میان دو طرف قرارداد اختلافی بروز کند، موجب سهولت در امر رسیدگی و حل مشکل می‌شود. منتها این بدان معنا نیست که اعتبار قانونی قرارداد کتبی بالاتر از قرارداد شفاهی باشد.

۲-۱. ویژگی‌های قرارداد کار

قرارداد کار دارای ویژگی‌های مهم و خاصی است که آن را از سایر قراردادها متمایز می‌کند. این ویژگی‌ها به‌طور مستقیم بر روابط کاری و حقوق و تکالیف طرفین تأثیر می‌گذارند. این ویژگی‌ها باعث می‌شود که قرارداد کار به‌عنوان یک توافق خاص میان کارفرما و کارگر شناخته شود که تحت تأثیر قوانین و مقررات ویژه‌ای قرار دارد تا حقوق هر دو طرف حفظ گردد و زمینه‌ای برای تعادل در روابط کاری فراهم شود. در ادامه به برخی از این خصوصیات، اشاره می‌شود:

۱) رضایی بودن: قرارداد کار نیاز به تشریفات خاص قانونی ندارد، بلکه صرف توافق دو طرف قرارداد کفایت می‌کند و لازم نیست این توافق در مراکز قانونی و با رعایت مقررات از پیش تعیین شده، شکل بگیرد یا به ثبت برسد؛ زیرا سکوت قوانین در این زمینه خود دلیل بر تشریفات نبودن قرارداد کار است.

(۲) شخصی بودن نسبت به کارگر: کارگر موظف است بر حسب قراردادی که با کارفرما داشته، خود به کار مورد نظر بپردازد و نمی‌تواند شخصی دیگری را به جای خود بگمارد. بنابراین قرارداد کار نسبت به کارگر قائم به شخص است؛ یعنی اگر برای کارگر مشکلی پیش آید که نتواند به کار خویش ادامه دهد، قرارداد نسبت به او خاتمه پیدا خواهد کرد؛ (مفاد ماده ۲۱ ق.ک.ا^۱ اما قرارداد کار نسبت به کارفرما قائم به شخص نیست همان‌گونه که در ماده ۱۲ ق.ک.ا آمده است: «هر نوع تغییر حقوقی در وضع مالکیت کارگاه از قبیل فروش یا انتقال به هر شکل، تغییر نوع تولید، ادغام در مؤسسه دیگر، ملی شدن کارگاه، ملی شدن کارگاه، فوت مالک و امثال این‌ها، در رابطه قراردادی کارگرانی که قراردادشان قطعیت یافته است مؤثر نیست و کارفرمای جدید، قائم مقام تعهدات و حقوق کارفرمای سابق خواهد بود».

(۳) عهدی و معوض بودن: عهدی و معوض بودن قرارداد کار از ویژگی‌های اساسی قرارداد کار است. در این نوع قرارداد، کارگر به انجام یک فعالیت یا کار خاص برای کارفرما تعهد می‌کند و در ازای آن، کارفرما نیز تعهد دارد که مبلغ مشخصی را به عنوان مزد یا حقوق به کارگر پرداخت کند. بنابراین قرارداد کار بر دو رکن اصلی استوار است: نخست، تعهد کارگر به انجام کار مورد نظر و دوم، تعهد کارفرما به پرداخت عوض یا حق الزحمه این کار. این ویژگی موجب می‌شود که قرارداد کار دارای جنبه‌ای اقتصادی و حقوقی باشد که حقوق و تکالیف هر دو طرف را به طور شفاف مشخص می‌کند.

(۴) لازم بودن: قرارداد کار از قراردادهای لازم است؛ زیرا ویژگی قرارداد لازم که هیچ‌یک از طرفین حق فسخ یک‌جانبه را ندارد،^۲ در قرارداد کار وجود دارد. قانون‌گذار در ماده ۲۵ ق.ک.ا آورده است: «هرگاه قرارداد کار برای مدت موقت و یا برای انجام کار معین، منعقد شده باشد هیچ‌یک از طرفین به تنهایی حق فسخ آن را ندارد».

(۵) محدودیت حاکمیت اراده: با اینکه قرارداد کار، قائم به اراده طرفین یا اطراف معامله است؛ «اما به جهت ماهیت و ویژگی آن و ارتباطی که به نظم عمومی اجتماعی دارد، کاملاً متکی و منطبق بر اراده طرفین قرارداد نیست، بلکه... قانون و قدرت عمومی به دقت بر نحوه انعقاد و اجرای آن نظارت دارد. بسیاری از مقرراتی که اصولاً باید بر اساس

۱. ماده ۲۱ قانون کار: قرارداد کار به یکی از طرق زیر خاتمه می‌یابد: الف) فوت کارگر ب) بازنشستگی کارگر ج) از کار افتادگی کلی کارگر و...

۲. ماده ۱۸۵ قانون مدنی: عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در موارد معینه.



دلخواه و خواست طرفین عقد تعیین می‌شد، به وسیله قانون‌گذار تعیین شده‌اند و جنبه آمره نیز دارد؛ یعنی قصد و رضای طرفین عقد نمی‌تواند بر خلاف جهت آن قواعد شکل بگیرد و از اجرای آن‌ها جلوگیری نماید» (رنجبری، ۱۳۸۵: ۷۵).

۲. پیمان کاری

پیمان کاری یکی دیگر از انواع اجاره اشخاص است که با توجه به ویژگی‌های خاص خود، از قرارداد کار تمایز می‌یابد. یکی از تفاوت‌های اصلی آن با قرارداد کار، قانون حاکم بر هر یک است. در حالی که قرارداد کار تحت پوشش قانون کار قرار دارد و این قانون حقوق و تکالیف ویژه‌ای برای کارگران و کارفرمایان تعیین می‌کند. پیمان کاری تابع قانون مدنی است و به همین دلیل، مقررات و قواعد قانون کار برای پیمانکاران قابل اجرا نیست. علاوه بر این، در پیمان کاری، پیمانکار معمولاً مسئولیت انجام کار مشخصی را بر عهده دارد و برخلاف قرارداد کار، رابطه‌ای مستمر و وابسته به حضور فیزیکی کارگر در محل کار وجود ندارد. تفاوت‌های دیگر این دو نوع قرارداد در ادامه بررسی می‌شود:

۱-۲. مفهوم پیمان کاری

پیمانکار در لغت مترادف مقاطعه کار است و در تعابیر حقوق دانان و قوانین، این دو کلمه به جای یکدیگر به کار رفته است. واژه مقاطعه عربی و مصدر باب مفاعلة به معنای قطع کردن و فاصله ایجاد کردن بوده (مصطفوی، ۱۳۶۰: ۹، ۳۲۵) و به معنای تعهد و تضمین نیز به کار رفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۵، ۳۴۶۲، ش ۱۳۱۹۹). منتها برخی این استعمال را مجازی دانسته‌اند (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۱، ۳۸۸). به هر حال یکی از معانی پرکاربرد مقاطعه، تعهد و تضمین است و با توجه به همین معنا است که در عربی به پیمانکار، مُقَاتِع می‌گویند (رجبی نوشابادی، ۱۳۸۶: ۱۱۴).

کاربرد فقهی واژه مقاطعه، دقیقاً همان معنای تعهد و تضمین است. برای مثال، در صدر اسلام واژه مقاطعه در مورد مالیات اراضی خراجیه، استعمال می‌شد؛ یعنی کسانی که اراضی خراجیه را می‌گرفتند به موجب قرارداد (قباله، تعهد یا تقبیل) در مقابل حکومت متعهد می‌شدند که سالانه مقدار معینی را به حکومت بپردازند که به آن مقاطعه اراضی

خراجیه گفته می‌شد و نیز حاکمان جور بر مالیاتی که به صورت ظالمانه بر رعیت تحمیل می‌کردند، مقاطعه می‌گفتند.

در روایات نیز «مقاطعه» به معنای تعهد و تضمین، استعمال شده است. برای مثال، در روایتی از محمد بن مسلم نقل شده که گفت: «سَأَلْتُ عَنْ الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلَى الطَّحَّانِ الطَّعَامَ فَيَقَاطِعُهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهُ لِكُلِّ عَشْرَةِ أَزْطَالٍ اثْنَى عَشَرَ دَقِيقًا؟ قَالَ: لَا» (کلینی، ۱۴۰۷: ۵، ۱۸۹). نیز از عبید بن زراره نقل شده که گفت: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ عِنْدَ الصَّيْرِ فِي مِائَةِ دِينَارٍ وَيَكُونُ لِلصَّيْرِ فِي عِنْدَهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ فَيَقَاطِعُهُ عَلَيْهَا؟ قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۷، ۱۰۳). آقای جعفری لنگرودی پس از طرح این دو روایت، می‌نویسد: «از جمع این دو حدیث که مقاطعه و ضمان را به کار برده‌اند در مطلب واحد، پیدا است که معنای مقاطعه، همان تضمین و تعهد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵، ۱۶۷).

در اصطلاح حقوقی نیز، مقاطعه به معنای تعهد و تضمین دو طرفه اطلاق می‌گردد. بنابراین مقاطعه‌کاری عبارت است از تعهد عمل معلوم در زمان معلوم در برابر عوض معلوم. این قرارداد، متعهد مذکور را ملزم به تسلیم نتیجه عمل می‌کند و متعهدله را متقابلاً ملزم به دادن عوض می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۵۲۷).

قانون مدنی و قانون کار پیمان‌کاری را تعریف نکرده است؛ اما در ماده ۱۲ از «قانون مالیات بر درآمد» مصوب ۱۳۳۲/۵/۱۰ ش. در تعریف پیمانکار آمده است: «مقاطعه‌کار به اشخاصی اطلاق می‌شود که در ضمن عقد قرارداد یا پیمان یا صورت مجلس مناقصه، انجام هرگونه عمل و یا فروش کالایی را با شرایط مندرجه در قرارداد یا پیمان یا صورت مجلس مناقصه، در قبال مزد یا بها و به مدت معین تعهد نمایند».

بنابراین پیمان (مقاطعه) قراری است که دو یا چند تن می‌گذارند تا کاری انجام دهند یا تعهدی نسبت به هم یا به کسی داشته باشند و پیمان‌کار (مقاطعه‌کار)، شخص یا شرکتی است که انجام دادن کاری به‌ویژه امور ساختمانی و تأسیساتی را مطابق قراردادی بر عهده می‌گیرد و پیمان‌کاری عمل پیمان‌کار است (انوری، ۱۳۸۱: ۲، ۱۵۳۲).



۲-۲. ویژگی‌های پیمان کاری

پیمان کاری نیز مثل قرارداد کار، ویژگی‌های دارد که آن را از سایر قراردادها متمایز می‌کند. البته باید دانست که در همه قراردادها یک سری خصوصیات مشترک وجود دارد؛ مثل حاکمیت ماده ۱۹۰ قانون مدنی که شرایط صحت معاملات را بیان می‌کند. با این وجود، معاملات ویژگی‌های منحصر به فردی نیز دارد که به واسطه آن‌ها از دیگر عقود و تعهدات متمایز می‌گردد. ویژگی‌های پیمان کاری بر حسب تعریف که از پیمانکار شد، قرار ذیل است:

(۱) رضایی بودن: از آنجا که پیمان کاری شعبه‌ای از حقوق مدنی است و حقوق مدنی مبتنی بر اصل احترام به آزادی اراده اشخاص است، (رنجبری، ۱۳۸۵: ۳۰) می‌توان گفت که مقتضای حاکمیت اراده دو طرف قرارداد، رضایی بودن پیمان کاری است و رعایت شکل و تشریفات خاصی در آن لازم نیست. با این وجود، در پاره‌ای از موارد پیمانکار به رعایت شرایطی ملزم است که توسط قانون‌گذار وضع شده است. در چنین مواردی، اراده پیمانکار نقشی ندارد. برای مثال، در ماده ۱۳ قانون کار آمده است: «در مواردی که کار از طریق مقاطعه انجام می‌یابد، مقاطعه دهنده مکلف است قرارداد خود را با مقاطعه کار به نحوی منعقد نماید که در آن مقاطعه کار متعهد گردد که تمامی مقررات این قانون را در مورد کارکنان خود اعمال نماید» و در تبصره ۱ همین ماده ضمانت اجرای این شرط را نیز بیان کرده و آورده است: «مطالبات کارگر جزء دیون ممتاز بوده و کارفرمایان موظف می‌باشند بدهی پیمانکاران به کارگران را برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمانکار، من جمله ضمانت حسن انجام کار، پرداخت نمایند».

(۲) عهدی و معوض بودن: در پیمان کاری تقابل دو تعهد مطرح است؛ زیرا همان‌گونه که پیمانکار متعهد به انجام عمل یا تحویل چیزی در موعد مقرر به کارفرما است، در مقابل کارفرما نیز متعهد می‌شود که طبق قرار و پیمان از پیش تعیین شده، بها و مزد عمل پیمانکار را بپردازد. بنابراین در مواردی که تعهد دوطرفه وجود ندارد که عوض یکدیگر حساب شود، پیمان کاری نخواهد بود. برخی با توجه به عهدی بودن پیمان کاری، پنداشته‌اند که پیمان کاری اجاره نیست؛ زیرا اجاره تملیک است، در حالی که پیمان کاری تعهد دوطرفه

است نه تملیک؛ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲، ۲۵۳) اما شاید بتوان گفت: «در موردی که اجاره به عمل شخص اجیر و یا به منفعت مال کلی تعلق گرفته باشد، عهدهی بودن آن روشن‌تر است» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲، ۱۰).

۳) لازم بودن: پیمان‌کاری یک قرارداد لازم است که به‌طور کامل وابسته به طرفین یا اطراف معامله است. به این معنا که هیچ‌کدام از طرفین قرارداد به‌تنهایی و به‌صورت یک‌جانبه نمی‌توانند آن را فسخ کنند. فسخ قرارداد پیمان‌کاری تنها با توافق مشترک طرفین یا از طریق اعمال حق خیار، که به‌طور مشخص در برخی شرایط قانونی یا قراردادی قابل اعمال است، ممکن خواهد بود. این ویژگی باعث می‌شود تا رابطه پیمان‌کاری از ثبات بیشتری برخوردار باشد و طرفین برای اجرای تعهدات خود فشار بیشتری احساس کنند.

۴) مستقل بودن عمل پیمانکار: عمل عامل در مقاطعه‌کاری از قید تابعیت (بین عامل و طرف او) آزاد است؛ یعنی عامل در کیفیت اجرای تعهد خود نوعی آزادی دارد و از دستور دهنده اجازه نمی‌گیرد. فی‌المثل از نظر انتخاب زمان اجرای تعهد خود، مانند واجب موسع، عمل می‌کند؛ یعنی در چهارچوب زمان مقرر در قرارداد مقاطعه می‌تواند جا به جا شود: اول وقت یا وسط وقت یا آخر وقت را برای اجرای تعهد خود برگزیند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۵۲۷).

۳. معیارهای تمیز قراردادکار از پیمان‌کاری

در اینکه قرارداد کار با پیمان‌کاری تفاوت دارد و هرکدام عهده‌دار تبیین بخشی از اجاره اشخاص است، شکی نیست. منتها در اینکه با چه معیارهایی می‌توان به تمیز میان این دو نهاد حقوقی پرداخت، نظریات گوناگون و متفاوتی بیان شده است. در زیر به برخی از این نظریه‌ها اشاره می‌رود:

۱-۳. چگونگی پرداخت دستمزد

طبق این دیدگاه، در قرارداد کار دستمزد به میزان ساعات کاری محاسبه می‌شود، درحالی‌که در مقاطعه‌کاری ساعات کار مهم نیست، بلکه انجام تمام کار مورد تعهد مطرح است؛ یعنی در قراردادکار کارفرما مزد کارگر را برحسب ساعات کاری در نظر می‌گیرد و کارگر به میزان ساعتی که کار کرده، مالک دستمزد می‌گردد و دیگر حجم کار ملاحظه نمی‌شود.



برای مثال، اگر خیاطی برای مدت یک هفته اجیر کسی شود تا برایش دوزندگی کند یا نجاری برای مدت یک روز اجیر شود تا برای کارفرما درب و پنجره بسازد، تنها به میزان ساعات و روزهایی که کار کرده است، مالک اجرت می‌شود و نمی‌تواند ادعا کند که از قرار لباس‌هایی که دوخته یا درب و پنجره‌هایی که ساخته است، باید دستمزد بگیرد.

اما در پیمان‌کاری هدف انجام کار مورد تعهد است و فرقی نمی‌کند که در یک ساعت انجام بگیرد یا در چند ساعت. برای مثال اگر خیاطی به موجب قرارداد پیمان‌کاری متعهد شود که ظرف یک هفته لباسی برای کارفرما بدوزد یا نجاری تعهد کند ظرف یک ماه شش درب و هشت پنجره برای کسی بسازد، حالا این لباس را چه در یک روز و چه در چهار روز بدوزد، فرقی نمی‌کند. هم‌چنین درب و پنجره‌ها را چه در یک هفته تمام کند و چه در دو هفته، مالک تمام اجرتی می‌شود که با کارفرما قرارداد کرده است. کارفرما هم حق ندارد بگوید چون وقتی کمتری صرف شده، باید مزد کم‌تری بگیری. بنابراین کیفیت پرداخت و تعیین دستمزد، یکی از معیارهای تفاوت قرارداد کار و مقاطعه‌کاری است که در قرارداد کار کمیت و در مقاطعه‌کاری کیفیت نقش اساسی دارد.

معیار فوق، موردپذیرش برخی قرار نگرفته و در رد آن گفته‌اند: «با اینکه بیشتر کارگران به‌عنوان روزمزد و حقوق‌بگیر در کارگاه‌ها کار می‌کنند و مقاطعه کاران به تناسب کاری که انجام داده‌اند، دستمزد می‌گیرند و ساعات کار را به حساب نمی‌آورند، به‌دشواری می‌توان این عامل را به‌عنوان معیار تمیز ماهیت قرارداد برگزید؛ زیرا هدف از قوانین کار حمایت از کارگران در برابر کارفرمایان است و معلوم نیست چرا کسی که به تناسب کار، مزد می‌گیرد نباید از این حمایت بهره‌مند باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۶۲).

۲-۳. طرف قرارداد در پیمان‌کاری و قرارداد کار

تفاوت دیگری که میان پیمان‌کاری و قرارداد کار بیان شده، عبارت است از اینکه، در جامعه یک عده با استخدام گروهی یا شخصی به‌عنوان کارگر می‌خواهند از حاصل دسترنجشان به سرمایه‌برسند و از حاصل کار ایشان بهره‌برداری کنند. در چنین مواردی که شخص نیروی کار خویش را در اختیار کارفرمایان حرفه‌ای می‌گذارد، قرارداد تابع قوانین کار است؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۶۲) یعنی اگر طرف قرارداد کارفرمایان حرفه‌ای باشد، قرارداد کار

خواهد بود. برای مثال، اگر نجاری با فروشگاه درب و پنجره‌سازی قرارداد ببندد تا برایش به درب و پنجره‌سازی مشغول شود و در مقابل کاری که انجام می‌دهد - فرق نمی‌کند به صورت محاسبه زمانی مثل روزمزد، ماهیانه و یا سالانه باشد یا به گونه نتیجه عمل مثل تعداد درب‌ها و پنجره‌ها باشد - اجرت بگیرد. یا طبیبی که با یک بیمارستان قرارداد می‌بندد تا در آن بیمارستان به معالجه بیماران پردازد و در مقابل اوقات خدمت (روزانه، ماهانه یا سالانه) یا به تعداد بیماری که معاینه می‌کند یا جراحی می‌کند، اجرت می‌گیرد. چنین قراردادهایی، قرارداد کار محسوب می‌شود.

اما در مواردی که شخص پیشنهاد انجام خدمتی را به عموم در سطح جامعه مطرح می‌کند و بر مبنای این پیشنهاد به انجام کار تعهد می‌کند، قرارداد مقاطعه‌کاری خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۶۳). برای مثال، اگر طبیب با بیمار یا کسانی که عهده‌دار معالجه بیمار هستند، قرارداد ببندد که بر اساس آن به مداوا و بهبودی بیمار همت گمارد و در مقابل این عمل به اجرت مشخص و معین برسد یا نجاری که با مشتری قرارداد می‌بندد تا برای خانه‌اش چند درب و چندین پنجره بسازد و در مقابل اوقات خدمت (روزانه، ماهیانه یا سالانه) یا تعداد درب و پنجره مالک اجرت و مزد گردد. چنین قراردادی پیمان‌کاری است و مشمول قوانین کار نیست.

تفاوت این معیار با ملاک اول در این است که در اولی ملاک نحوه پرداخت و تعیین دستمزد است؛ یعنی اگر به صورت نتیجه مشخص یک عمل باشد، پیمان‌کاری و اگر ساعتی محاسبه گردد، قرارداد کار محسوب می‌شود؛ اما در دومی مهم طرف قرارداد است؛ یعنی اگر طرف قرارداد کارفرمایان حرفه‌ای باشد، قرارداد کار و اگر عموم مردم باشد، پیمان‌کاری به حساب می‌آید.

معیار دوم نیز مورد نقد برخی از حقوق‌دانان قرار گرفته است. با این بیان که این ضابطه با اینکه از لحاظ اجتماعی با هدف قوانین کار سازگار به نظر می‌رسد، از نظر حقوقی روشن و کافی نیست و نمی‌تواند ماهیت حقوقی قرارداد کار را نمایان سازد؛ زیرا گاهی به قراردادهایی برمی‌خوریم که در نظر عرف بی‌گمان مقاطعه‌کاری است و از نظر اجتماعی نیز هیچ لزومی ندارد که از اجیر حمایت شود، ولی بر پایه این ضابطه باید قرارداد کار



باشد. برای مثال، اگر صاحب کارخانه‌ای برای ایجاد یا تعمیر تأسیسات برق کارخانه با مقاطعه‌کاری که خود کارگران متعدد در استخدام دارد پیمانی ببندد، با اینکه نه مقاطعه‌کار زیر نفوذ اقتصادی او قرار می‌گیرد و نه صاحب‌کار جزئیات و چگونگی اجرای کار را در سرپرستی خود دارد، رابطه آن دو تابع قوانین کار می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۶۳).

۳-۳. تبعیت کارگر در قرارداد کار و استقلال کارگر در مقاطعه‌کاری

معیار دیگری که تقریباً مورد اتفاق همه حقوق‌دانان است، این است که کارگر به دستور کارفرما و برای او کار می‌کند و ناچار است بر طبق تعلیماتی که کارفرما می‌دهد و چنانکه او مایل است، انجام وظیفه کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۶۳). به تعبیر دیگر، عمل عامل مقید به قید تابعیت است؛ یعنی عامل تحت نظر اجرت دهنده کار می‌کند و در انتخاب چگونگی عمل و زمان عمل مطلقاً آزادی ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲، ۲۵۵، ش ۴۰۶). برای مثال، کسی که کارگری را استخدام می‌کند تا در ساختن خانه به کار مشغول شود، مجبور است همان‌گونه عمل کند که صاحب‌کار می‌خواهد. مثلاً ابتدا دیوار بچیند بعد سقف بزند یا ابتدا سقف بزند و بعد از آن به چیدن دیوار مشغول شود و نیز کار را از اول هفته شروع کند یا از پایان هفته و...؛ اما مقاطعه‌کار در شیوه اجرای خدمتی که به عهده گرفته، آزاد است. صاحب‌کار نتیجه‌ای را که طالب آن است، معین می‌سازد و مقاطعه‌کار نیز برای رسیدن به همان نتیجه تلاش می‌کند، ولی در ترسیم نقشه رسیدن به مطلوب صاحب‌کار، آزاد است و سازمان فعالیت‌های خود را چنانکه میل دارد، منظم می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۶۳).

نتیجه‌گیری

از مطالب پیش‌گفته نکته‌های چندی قابل استخراج است که به‌عنوان فواید و ثمرات تمیز قرارداد کار از پیمان کاری، در زیر به‌صورت گذرا مطرح می‌گردد:

۱. قرارداد کار تابع قوانین ویژه کار است، درحالی‌که بر انواع پیمان کاری قانون مدنی حکومت دارد.
۲. از آنجاکه کارگر به دستور کارفرما و با نظارت او کار می‌کند و تابع و فرمان‌بر است، قوانین کار از کارگر حمایت مخصوص می‌کند: ساعات کار، حداقل میزان دستمزد،

مرخصی کارگر و فسخ قرارداد کار و اخراج و استعفای کارگر تابع قواعدی است که قوانین یا قراردادهای جمعی مقرر داشته است و حاکمیت اراده در آن راه ندارد؛ اما در پیمان کاری اراده طرفین حاکم است و قوانین کار نقشی ندارد.

۳. کارفرما مسئول سوانحی است که هنگام کار روی می‌دهد و باید کارگران را بیمه کند و سهمی از هزینه تأمین اجتماعی را متحمل شود. ولی درباره مقاطعه کاری، چون اجیر برای خودکار می‌کند و در این راه استقلال نسبی دارد، رابطه او و صاحب کار اصولاً تابع قرارداد اجاره است.

۴. کارفرما مسئول جبران خسارتی است که از طرف کارکنان اداری یا کارگران او در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است، مگر اینکه ثابت شود تمام احتیاط‌هایی را که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌کرده، انجام داده یا اگر آن احتیاط‌ها را نیز به عمل می‌آورد، جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود (ماده ۱۲ مسئولیت مدنی). قانون‌گذار، بر مبنای اقتدار و نظارتی که کارفرما بر کارگر و شیوه کار تولید دارد، برای او فرض تقصیر کرده است، درحالی که چنین فرضی برای صاحب کار در مقاطعه کاری وجود ندارد. مقاطعه کار خود مسئول زیان‌هایی است که در اثر تقصیر به دیگران وارد می‌سازد. ۵. اتصاف پیمان کار به برخی از عناوین حرفه‌ای ممکن است، درحالی که کارگر نمی‌تواند بدان‌ها متصف گردد. برای مثال، مقاطعه کار ممکن است تاجر باشد، درحالی که کارگر مزدبگیر در هیچ حالتی نمی‌تواند چنین وصفی دارا شود.

۶. در قرارداد کار، اجیر متعهد شده که نیروی کار خود را در اختیار کارفرما گذارد، درحالی که مقاطعه کار به مسئولیت و اراده خود کار می‌کند. بنابراین اگر حادثه‌ای انجام کار را ناممکن سازد، کارگر می‌تواند مزد کاری را که برای آن اجیر شده بگیرد، ولی اگر کالایی که موضوع کار او است، به حادثه‌ای از بین برود، تلف مالی که فراهم آورده، نیز با او است.

هرگاه کاری که اجیر عهده‌دار آن می‌شود، خدمت عمومی باشد (مانند حمل مسافر به وسیله تکسی یا هواپیاره) که مقام‌های عمومی اجازه یا امتیاز آن را به اجیر داده‌اند، میزان اجرت و تکالیف و مسئولیت‌های آنان را در برابر یکدیگر نظامنامه‌های دولتی معین می‌کند.



قرارداد با مسافر چهره خصوصی دارد، ولی همانند قرارداد کاری است که شرایط آن محدود به پیمان‌های جمعی کار می‌شود. به همین جهت بعضی گفته‌اند، شرایطی که دولت در قرارداد امتیاز یا واگذاری انحصار به مجریان این خدمات‌ها به سود مصرف‌کنندگان تحمیل می‌کند، شرط به سود ثالث است، ولی باید توجه داشت که مصرف‌کننده به‌طور مستقیم و رایگان از این شرط منتفع نمی‌شود. استفاده او منوط به انعقاد قرارداد و دادن اجرت به صاحب امتیاز است و ماهیت محدودیت‌هایی که او دارد با شرط به سود ثالث تطبیق نمی‌کند. پس باید گفت آنچه میان دولت و مؤسسه مجاز یا صاحب امتیاز واقع می‌شود، یک قرارداد جمعی است که دولت نقش نماینده مستأجران را در آن دارد.

فهرست منابع

۱. امامی، سید حسن (۱۳۸۴)، *حقوق مدنی* (ویرایش ۲)، تهران: نشر اسلامیه.
۲. امامی، مصطفی (۱۳۸۰)، *کانون وکلا*، «ماده ۱۰ قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی»، ش ۱۷۵.
۳. امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۸۷)، *حقوق تعهدات*، تهران: نشر میزان.
۴. انوری، حسن (۱۳۸۱)، *فرهنگ بزرگ سخن*، تهران: نشر سخن، چاپ اول.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۰)، *فلسفه حقوق مدنی*، تهران: نشر گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: نشر گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، *فرهنگ عناصر شناسی حقوق مدنی - حقوق جزا*، تهران: نشر گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، *الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق*، تهران: نشر گنج دانش.
۹. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، *لغت نامه دهخدا*، تهران: نشر دانشگاه تهران.
۱۰. رجبی نوشابادی، فرهاد، (۱۳۸۶)، *فرهنگ موضوعی اصطلاحات معاصر*، قم: ذوی القربی.
۱۱. رنجبری، ابوالفضل، (۱۳۸۵)، *حقوق کار: به ضمیمه قانون کار جمهوری اسلامی ایران*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۲. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۴۰۷ ق)، *تهذیب الأحکام* (تحقیق: خرسان)، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، تهران: انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، *حقوق مدنی: معاملات معوض، عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره، قرض*، تهران: بی نا.
۱۵. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، (۱۴۰۷ ق)، *الکافی*، تهران: نشر اسلامیه.



۱۶. محقق داماد، سید مصطفی و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: نشر سمت.
۱۷. مصطفوی، حسن، (۱۳۶۰)، التحقیق فی کلمات القرآن، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
۱۸. واسطی، زبیدی، محب الدین، (۱۴۱۴ ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع.

تعارض قوانین ارث در حقوق افغانستان، ایران و مصر

محمد آصف محسنی^۱

چکیده

یکی از موضوعات قابل توجه، بحث تعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی، ارث‌بری و نحوه چیدمان وراثت، اختلاف در خطوط ارث، تابعیت و حجب است. مشی نظام‌های حقوقی در متوفای بدون وصیت، نسبت به اعمال اراده قانون‌گذار در تقسیم ماترک بین وراثت، تقریباً یکسان است؛ اما با دخالت عامل بیگانه در حقوق هر کشور، رویکرد نظام‌ها در مبنای تقسیم‌بندی اموال متوفی دوگانه است. برخی مبنای تقسیم‌بندی را قانون ملی و تعداد دیگر ملاک را قانون مقر دادگاه می‌دانند؛ حتی در ماترک منقول و غیرمنقول، واکنش قانون‌گذاران در اینکه قانون اقامتگاه صاحب مال یا قانون محل وقوع مال صلاحیت دارد، متفاوت است. رویکرد قانون‌گذاران ایران، افغانستان و مصر نسبت به اعمال قانون ملی متوفی واحد است؛ اما در خطوط ارث، تابعیت و حجب در صورت وجود عامل بیگانه (از دین)، اختلافاتی وجود دارد. هدف این تحقیق، بررسی همین اختلاف دیدگاه‌هاست که ضرورت پژوهش تطبیقی را در بین نظام‌های حقوقی همچون ایران، افغانستان و مصر، می‌طلبد تا گامی کوچکی در راستای اتحاد حقوقی بین کشورهای متذکره برداشته شود.

کلیدواژه‌ها: احوال شخصیه، تعارض قوانین، ارث، خطوط ارث، حجب، طبقات ارث، قوانین حل تعارض

۱. دکتری حقوق خصوصی، استاد دانشگاه اشراق، هرات، افغانستان.

مقدمه

قوانین در حراست و انتقال اموال از مورث به ورثه به نحو منضبط، نقش مؤثری دارد. با توجه به اینکه نقش متوفی نسبت به دارایی با مرگ او پایان نمی‌پذیرد، انسان‌ها همواره به دنبال تنظیم یک رژیم حقوقی ناظر به انتقال اموال متوفی بوده‌اند. این رویکرد را می‌توان در نظام‌های حقوقی کنونی نیز به نحوی منضبط‌تر، مشاهده کرد. اگرچه تلاش نظام‌های حقوقی نتیجه یکسانی در پی نداشته‌اند؛ اما گام مهمی در انتقال مسالمت‌آمیز اموال متوفی به ورثه، برداشته شده است. از سوی دیگر، مرگ خط پایان شخصیت حقوقی اشخاص حقیقی محسوب می‌شود و رابطه متوفی با اموالش یا به اراده او (در صورت وصیت) آن هم تا حدی معینی (ثلث) است، یا به خواست قانون‌گذار شکل می‌گیرد که پس از ادای دیون و تصفیه مالیاتی، به ملکیت وراثت هنگام فوت او (بر اساس نصاب تعیین شده) درخواهد آمد؛ اما رویکرد نظام‌ها در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی، هم در چینش طبقه‌بندی ارث‌بران و هم میزان ارث‌بری، متفاوت است و در برخی موارد، قواعد حل تعارض داخلی هر نظام به‌خصوص ایران، افغانستان و مصر با قانون ملی متفاوت است.

لذا این ضرورت را می‌طلبد که یک مطالعه تطبیقی بین نظام‌های مزبور، صورت بگیرد تا وجوه افتراق و اشتراک آن‌ها برشمرده شده و قانون‌گذار مربوطه در صدد تکمیل نواقص برآمده و نقاط قوت، برجسته‌سازی شود تا گام کوچکی در راستای اتحاد حقوقی جهان اسلام برداشته شود.

۱. ارث

هرچند تعریف دقیقی از ارث در حقوق موضوعه از سوی قانون‌گذاران ارائه نشده، ولی فقها و حقوقدانان هرکدام تعریفی از آن دارند. آنچه از کتب فرهنگ حقوقی به دست می‌آید، ارث به معنای بقا، بازمانده و وامانده و وارث به معنای باقی است (جعفری لنگرودی ۱۳۵۷: ۱، ۱۹) که اینک موارد کاربرد غالب این واژه در اصطلاح حقوقی و فقهی را از نظر می‌گذرانیم:

الف. ارث یا میراث، حقی است که از میت حقیقی یا حکمی، در قسمت مثبت دارایی مورث برای زنده حقیقی یا حکمی منتقل شود (جعفری لنگرودی ۱۳۵۷: ۱، ۲۶۲).

ب. ارث آن چیزی است که انسان به سبب فوت دیگری، به موجب نسب یا سبب به حکم



اسلام، مستحق آن می‌شود (عاملی جُبعی، بی تا، ۸: ۱۱).

ج. ترکه و اموالی که از متوفی به جا مانده، (شهیدی ۱۳۸۱: ۳) مال یا حقی که پس از مرگ شخص به بازماندگان می‌رسد، باقی گذاشتن مالی پس از مرگ خود با وصیت و بی‌وصیت (معین، ۱۳۸۶: ۱، ۱۱۷).

البته فقها به جای ارث، از کلمه میراث و موارِث نیز استفاده کرده‌اند و نزد حقوق‌دانان و حقوق موضوعه نیز از ارث تعبیری همچون بقا، استحقاق، حصّه و ترکه^۱ به کار رفته است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۱). بنابراین واژه ارث همواره به یک معنا به کار نرفته، بلکه برای القای معانی گوناگون استعمال شده است، ولی کاربرد غالب آن در لغت همان بقا و وامانده و در اصطلاح فقهی و حقوقی مال، حق و ترکه‌ای است که پس از مرگ شخص به بازماندگان او می‌رسد.

در اکثر نظام‌های حقوقی، تحقق ارث به مرگ حقیقی یا حکمی منوط است. قوانین حاکم بر ارث، ارث اشخاص حقوقی را دربر نمی‌گیرد. از طرفی، مرگ شخص حقیقی، ممکن است موجبات طبیعی داشته باشد (مرگ واقعی) یا به فرض قانون‌گذار و به حکم مقام صلاحیت‌دار (مرگ فرضی) تحقق یابد (جعفری لنگرودی ۱۳۵۷: ۱، ۲۵۳).

۲. تفاوت در تابعیت مورث و ورثه

مناسب است قبل از تحلیل تفاوت در تابعیت مورث و ورثه، نخست رابطه میان تابعیت دین و مذهب در ارث را که یکی از موارد جنجال‌برانگیز در تعارض قوانین داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی نظام حقوقی کشورهای اسلامی به خصوص ایران و افغانستان است، مورد ارزیابی قرار گیرد. به لحاظ عدم وسع مقام از ترسیم صور احتمالی ارتباط بین مورث و وراثت حین الفوت از جنبه‌های تابعیت و دین و مذهب، صرف‌نظر می‌شود. در عین حال با بررسی نمودارها، رابطه بین مورث و وراثت حین الفوت از چشم‌انداز تابعیت، از چهار حالت خارج نیست:

الف. وحدت تابعیت بین مورث و وراثت (با تأکید بر تابعیت ایران یا افغانستان)؛

ب. وحدت تابعیت بین مورث و وراثت (با تأکید بر تابعیت خارجی طرفین)؛

۱. در قانون مدنی مصر و عراق از ارث به ترکه تعبیر شده که می‌توان آنرا در موارد متعدد از حقوق موضوعه آن دو نظام، مشاهده کرد؛ برای نمونه ر.ک: ۸۸۹، ۹۰۰، ۹۰۸ از ق.م.مصر و قانون مدنی عراق مواد ۱۱۰۶ و ۱۱۰۸.

ج. اختلاف تابعیت بین مورث و وراث، (با تأکید بر تابعیت ایرانی یا افغانستانی مورث)؛

د. اختلاف تابعیت بین مورث و وراث، (با تأکید بر تابعیت خارجی مورث)؛

در حالت اول که وحدت تابعیت طرفین بر پایه تابعیت ایران یا افغانستان است، هیچ عامل خارجی (مثل فوت مورث در خارج یا وجود اموال مورث در خارج و نظایر آن) در مبحث ارث دخیل نیست. لذا دعوای ارث در دادگاه‌های ایرانی یا افغانستانی، کاملاً جنبه داخلی داشته و مطابق قانون ایران یا افغانستان، عمل خواهد شد. لیکن هرگاه وحدت تابعیت بین مورث و وراث با تأکید بر تابعیت خارجی مطرح باشد (حالت دوم)، در این صورت به لحاظ وحدت، تابعیت آنان و با وحدت ملاک دو ماده ۷ و ۹۶۷ قانون مدنی ایران،^۱ ۱۷ و ۲۵ قانون مدنی افغانستان،^۲ ۱۱ و ۱۷ قانون مدنی مصر،^۳ قواعد و مقررات حاکم بر ارث، تابع قاعده ماهوی قانون دولت متبوع مورث یا ورثه (در حقوق ایران) خواهد بود، منوط به این که قواعد حل تعارض قوانین دولت متبوع آنان، ایجاد احاله نکند. در صورت ایجاد

۱. ماده ۷: اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطه به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود.

ماده ۹۶۷: ترکه منقول یا غیر منقول اتباع خارجه که در ایران واقع است فقط از حیث قوانین اصلیه از قبیل قوانین مربوطه به تعیین وراث و مقدار سهم الارث آن‌ها و تشخیص قسمتی که متوفی می‌توانسته است به موجب وصیت تملیک نماید تابع قانون دولت متبوع متوفی خواهد بود.

۲. ماده ۲۵: (۱) در مورد احکام موضوعی متعلق به ارث، وصیت و سایر تصرفات منسوب به بعد از وفات، احکام قانون دولت متبوعه مورث، وصی یا شخصی که حین وفات تصرف از او به عمل آمده باشد، تطبیق می‌گردد.

(۲) در خصوص احکام شکلی وصیت، احکام قانون وصی در حین وصیت و یا احکام قانون محلی که در آن وصیت تکمیل شده باشد، تطبیق می‌گردد. همچنان احکام شکلی سایر تصرفات منسوب به بعد از وفات، تابع این حکم است.

ماده ۱۷ ق.م: در مورد تثبیت احوال مدنی و اهلیت اشخاص، قانون دولت متبوعه آن‌ها تطبیق می‌گردد، تصرفات مالی که در افغانستان عقد گردیده و آثار مرتبه آن نیز در آن به وجود آمده باشد، در حالی که یکی از طرفین عقد تبعه خارجی بوده و ناقص اهلیت باشد طوری که نقص اهلیت آن مبنی بر سبب خفی باشد، با آن‌ها واجد اهلیت کامل شناخته می‌شود.

۳. ماده ۱۱: (۱) الحالة المدنية للأشخاص وأهلیتهم یسری علیها قانون الدولة التي ینتمون إليها بجنسیتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد فی مصر وترتب آثارها فیها. إذا كان أحد الطرفين أجنبیا ناقص الأهلیة وكان نقص الأهلیة یرجع إلى سبب فیه خفاء لا یسهل علی الطرف الآخر تبینه فإن هذا السبب یؤثر فی أهلیته.

(۲) أما النظام القانونی للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعیات ومؤسسات وغیرها، فیسری علیه قانون الدولة التي اتخذت فیها هذه الأشخاص مرکز إدارتها الرئیسى الفعلى. ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئیسى فی مصر، فإن القانون المصری هو الذى یسرى. برای کسب اطلاع بیشتر ر. ک: أنور طلبه (رئیس محکمه استئناف)؛ المطول فی شرح القانون المدنى، نوبت چ: دوم، ناشر: الکتبة الجامعی الحدیث، اسکندریه ۲۰۰۶ م، ص ۳۵۶. قوانین مدنی دیگر کشورهای عربی همانند: سوریه م ۱۲-۱۱ لیبی م ۱۱-عراق م ۱۸.

ماده ۱۷: (۱) یسرى علی المیراث والوصیة وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. قانون المورث أو الموصی أو من صدر منه التصرف وقت موته، ر. ک: همان، ص ۴۲۱. ق.م السوری م ۱۸ - اللیبی م ۱۷ - العراقی م ۲۲ - السودانی م ۲۵.

(۲) ومع ذلك تسرى علی شکل الوصیة، قانون الموصی وقت الایضاء أو قانون البلد الذى تمت فیه الوصیة، وكذلك الحكم فی شکل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.



احاله درجه اول، قاضی ایران یا افغانستان ملزم به اعمال قانون ایران یا افغانستان خواهد بود و در صورت ایجاد احاله درجه دوم، قضات می‌توانند قاعده ماهوی قانون دولت متبوع افراد خارجی را به اجرا بگذارند (ارفع نیا، ۱۳۶۹: ۲، ۱۰۴).

در حالت سوم و چهارم، مطابق ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران، ۱۷ و ۲۵ قانون مدنی افغانستان و ۱۱ و ۱۷ قانون مدنی مصر، در صورت اختلاف تابعیت بین افراد در مسائل مربوط به احوال شخصیه به خصوص ارث، قانون دولت متبوع مورث، ملاک عمل است. لذا از منظر قواعد حل تعارض سیستم‌های حقوقی متذکره، قانون دولت متبوع متوفی مبنای عمل قضات است. در صورتی که قضات مذکور با مراجعه به قواعد حل تعارض قوانین دولت متبوع متوفی، متوجه شوند که قواعد ماهوی آن قانون قابل اعمال است، باید آن قانون را به اجرا گذارده و حکم صادر نمایند.

در صورتی که قواعد حل تعارض قوانین قانون دولت متبوع متوفی، ایجاد احاله درجه اول نماید،^۱ باید متذکر شد که قانون مدنی افغانستان و مصر راجع به پذیرش احاله، ساکت است و با مستفاد از ماده ۲۵ ق.م. افغانستان و ۱۷ مصر، می‌توان گفت احاله از هر دو نوع آن در نظام‌های متذکره به رسمیت شناخته نشده و باید قضات سیستم‌های حقوقی فوق، قانون دولت متبوع مورث را مورد اجرا گذارند، ولی قاضی ایرانی مکلف به رعایت احاله مذکور بوده (مستندا به قسمت آخر ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران) و باید مندرجات قانون مدنی ایران را به عنوان قانون حاکم بر دعوایی ارث به مرحله اجرا گذارد و در صورت ایجاد احاله درجه دوم، قاضی ایرانی (برخلاف قاضی افغانستانی و مصر) باید قاعده ماهوی قانون دولت متبوع متوفی را به اجرا گذارد.

یکی از مواردی که ممکن است جزء نظم عمومی سیستم‌های حقوقی فوق در باب ارث محسوب شود، موضوع عدم توارث غیرمسلمان از مسلمان است. فقهای اهل تشیع و تسنن بالاتفاق اعتقاد دارند که غیرمسلمان از مسلمان ارث نمی‌برد؛ اما در خصوص ارث

۱. اگر به جای مورث ایتالیایی، دعوی ارث بدون وصیت فرانسوی، انگلیسی یا آمریکایی (حسب مورد) توسط ورثه آنان در محاکم افغانستان اقامه گردد، مطابق ماده ۲۵ قانون مدنی افغانستان و ۲۸ مصر، قانون صلاحیت‌دار قانون دولت متبوع مورث خواهد بود، قاضی افغانستانی و مصری با مراجعه به قواعد حل تعارض فرانسه، انگلیس و آمریکا درمی‌یابد که حقوق ارثی (بدون وصیت) اتباع کشورهای متذکره در اموال منقول (تابع قانون اقامتگاه متوفی) و در اموال غیرمنقول (تابع قانون محل وقوع مال) خواهد بود.

بردن مسلمان از متوفای غیرمسلمان، اختلاف نظر وجود دارد. فقهای امامیه قائل به توارث هستند، ولی فقهای مذاهب چهارگانه اهل تسنن، با استناد به حدیث مروی از پیامبر (ص) «لایرث المسلم الکافر ولا الکافر المسلم»، قائل به عدم توارث هستند (جباری، مسجد سرائی، ۱۳۹۷: ۲۴۳). پرسشی که امکان طرح دارد، این است که آیا شدت نظم عمومی حقوق ایران و افغانستان، به عنوان عامل بازدارنده در مرحله تأثیر بین المللی حق (مثلاً در حالتی که انحصار وراثت در خارج از مرزهای نظام‌هایی حقوقی فوق توسط محاکم صلاحیت‌دار خارجی صادر شده باشد و قرار باشد دادگاه‌هایی ایرانی، افغانستانی و مصری آن را تنفیذ کنند و مبادرت به تقسیم ترکه نمایند) همانند شدت آن در مرحله تشکیل حق است؟ یا اینکه محاکم کشورهای مذکور در مرحله تأثیر بین المللی حق، نسبت به کفر به عنوان مانع ارث، به دید اغماض نگریسته و به مجرد احراز صحت دادنامه حصر وراثت خارجی (از جنبه شکلی و ماهوی بر طبق قانون مقرر دادگاه خارجی)، حکم به تنفیذ آن نموده و به کفر وراثت حین الفوت مورث، ترتیب اثر نمی‌دهند؟

دکترین حقوقی ایران در این خصوص، توجه به کفر به عنوان مانعی جهت توارث کافر از مسلمان^۱ (بدون توجه به تابعیت آنان) کرده است (امامی، ۱۳۸۳: ۳، ۲۰۸-۲۱۲). در این میان قانون‌گذار افغانستان^۲ (قانون‌گذار مصر^۳ به طور کلی تعیین ورثه و سهم الارث را تابع احکام اسلام دانسته)، مشی متفاوت نموده و به طور مطلق از عدم توارث بین مسلمان و کافر حرف زده است؛ طوری که اگر کافری بمیرد و بین وراثت، ورثه‌ای مسلمانی داشته باشد، مسلمان بودن مانع از توارث است و ترکه او بین ورثه کافر تقسیم می‌شود. بالعکس، قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان، کفر را مانع توارث دانسته (نظری، بی تا: ۲۱۵)^۴ و اگر بین ورثه کفار، ورثه مسلمانی باشد، بقیه ورثه از ارث محروم می‌گردند؛ آن گونه که

۱. ماده ۸۸۱ - مکرر - کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافر، مسلم باشد وراثت کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

ماده ۸۸۱ مکرر - کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری مسلم باشد وراثت کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

۲. ماده ۲۰۰ - استحقاق ارث بین مسلمان و غیرمسلمان نیست؛ اما غیرمسلمان از یکدیگر مستحق میراث شده می‌توانند. اختلاف دو کشور در بین مسلمین و غیر مسلمین مانع میراث نمی‌گردد، مگر اینکه قانون مملکت بیگانه میراث بردن بیگانه را منع نموده باشد.

۳. برای تطبیق و آگاهی بیشتر در مشی قانون‌گذاران برخی کشورهای عربی، ر.ک به: ق.م.سوریه م ۸۲۵ - ق.م.لبنی م ۸۷۹ - ق.م.عراق م ۱۱۰۶ و ق.م.لبنان م ۲۰۴.

۴. فقره یک، ماده دو صد و چهاردهم: (۱) مسلمان از کافر ارث می‌برد و با وجود وارث مسلمان، کافر از کافر ارث نمی‌برد، اگر وارث مسلمان وجود نداشته باشد، کافر از کافر ارث می‌برد و اولاد نابالغ کافر در حکم کافر و اطفال مسلمان در حکم مسلمان هستند.



قانون‌گذار ایران^۱ مورد تقنین قرار داده است.

۳. اختلاف در طبقات سهام ورثه

اگر بخواهیم مسائل مربوط به اختلاف در طبقات ارث و سهام ورثه را به طور دقیق در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی مورد کنکاش قرار دهیم، باید اقسام ورثه و ارتباط آنان را به اعتبار و عناوین گوناگون بررسی کنیم. به دیگر سخن، در حقوق بین‌الملل خصوصی و همچنین در تعارض قوانین سیستم‌های حقوقی همچون ایران، افغانستان و مصر، اقسام ورثه را با در نظر داشت تابعیت مورث و ورثه و با عنایت به تقسیم ورثه از حیث ارتباط با مورث که باعث ایجاد طبقات و درجات ارث می‌شود و همچنین ارتباط وراث با یکدیگر و تأثیر و عدم تأثیر وجودی ورثه‌ای بر ورثه دیگر به حکم قانون‌گذار (که باعث ایجاد تأسیس حقوقی حجب می‌شود) از موضوعات بسیار حساسی است که امکان طرح آن در همه نظام‌هایی حقوق ملی، به عنوان موضوعات تعارض قوانین بین‌المللی، یا تعارض قوانین داخلی (حسب مورد) متصور است.

در نظام‌های حقوقی ایران، افغانستان و مصر، قانون حاکم بر ارث، قانون دولت متبوع متوفی است. بررسی ماهوی این امر، ضروری است و قضات سیستم‌های حقوقی را گریزی از آن نیست. به طور مثال دعوای ارث از سوی ورثه مورث فرانسوی که در یکی از کشورهای ایران، افغانستان و مصر فوت شده و اموالی را به ارث گذاشته و در عین حال، در دادگاه‌های یکی از آن کشورها مطرح شود. در صورت صلاحیت محاکم، این پرسش مطرح می‌شود که هرگاه قانون دولت متبوع متوفی (در اینجا قانون فرانسه) از جانب قضات متذکره، لازم‌الرعايه باشد (وفق ماده ۲۵ ق.م افغانستان، ۷ و ۹۶۷ ق.م ایران و ۱۱ و ۱۷ ق.م مصر)، آیا قضات مفهوم فرض بر بودن یا قرابت بر بودن ورثه و حجب حرمانی و نقصانی و نیز موضوعات نظیر طبقات و درجات ارث را از قانون مقرر دادگاه‌هایشان یا قانون فرانسه (قانون دولت متبوع متوفی) استخراج و استنباط خواهند کرد؟ در صورت اعمال قانون

۱. ماده ۸۸۱ - مکرر - کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافر، مسلم باشد وراث کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

ماده ۸۸۱ مکرر - کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری مسلم باشد وراث کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

فرانسه، رابطه اعمال قانون دولت متبوع متوفی با قانون مقر دادگاه، چه خواهد بود؟ به طور کل می‌توان گفت، در صورتی که اعمال قانون دولت متبوع متوفی با نظم عمومی و اخلاق حسنه قانون مقر دادگاه در تضاد باشد، اعمال نخواهد شد.

۴. تقسیم ورثه به فرض بر و قرابت بر

فقه اهل تشیع و تسنن، ورثه متوفی را به دو دسته فرض بر و قرابت بر تقسیم کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۷).^۱ فرض بر، آن دسته از ورثه‌ای می‌باشند که سهم آنان از ترکه به نسبت معینی است، به نحوی که نصاب آن در شریعت کاملاً معلوم است. همین معنا قابل استفاده از ماده ۸۹۴ قانون مدنی ایران^۲ و ۲۰۰۴ قانون مدنی افغانستان^۳ است. با عنایت به ماده‌های مزبور، صاحبان فرض اشخاصی هستند که سهم آنان از ترکه، معین است. بنا به تبیین یکی از حقوق‌دانان ایرانی با استنباط از نظر فقهای امامیه، فرض، سهم ویژه‌ای از ترکه تعریف شده که قانون‌گذار یا شارع برای گروه از وارثان در هر طبقه معین می‌نماید. (امامی، ۱۳۸۳: ۳، ۲۳۸)

علی‌رغم دیدگاه عده‌ای از حقوق‌دانان نظام حقوقی اسلامی، فرض یا سهم یا کسر معینی از ترکه در نظام حقوقی اسلام همیشه میزان ثابتی است (۱/۲، ۲/۳، ۱/۳، ۱/۴، ۱/۶ و ۱/۸). به دیگر سخن، سهام مفروض بر پایه ۱/۳ و ۱/۴ بوده که بر دو ضرب یا بر دو تقسیم شده و باعث پدیدار شدن نصاب معین با مضربی از ۱/۳ و ۱/۴ و ۱/۲ خواهد شد و نیز باعث پیدایش حساب نقصانی از ۱/۳، ۱/۴ که همانا ۱/۶ و ۱/۸ است، خواهد بود. ولی ممکن است فرد فرض بر، با توجه به وضعیت خاص خود بنا به وجود پاره‌ای از دلایل، نظیر فقدان ورثه معین، فرض وی از حد ادنی به حد اعلی افزایش یافته یا بالعکس، به لحاظ وجود پاره‌ای دلایل، نظیر وجود حاجب نقصانی، فرض وی از حداکثر به حداقل کاهش یابد. به همین لحاظ نمی‌توان عدم ثبات وضعیت فرض بر را دلیل بر عدم ثبات فرض یا

۱. دکتر کاتوزیان به استناد به ماده ۸۹۳ ق.م ایران، وارثان را به اعتبار نصب آنان از ترکه به سه گروه تقسیم کرده‌اند: ۱- فرض بران ۲- قرابت بران ۳- گروهی که گاه به فرض و گاه به قرابت ارث می‌برند.

۲. ماده ۸۹۴ ق.م- صاحبان فرض اشخاصی هستند که سهم آنان از ترکه معین است و صاحبان قرابت کسانی هستند که سهم آن‌ها معین نیست.

۳. ماده ۲۰۰۴- فرض سهم معین وارث است.



سهم دانست (فدوی، ۱۳۸۵: ۳۷۰).

آنچه از ماده ۹۰۵ ق.م. ایران^۱ و ۲۰۱۲ و ۲۰۱۳ ق.م. افغانستان^۲ استفاده می شود، ابتدا باید صاحبان فرض، حصه خود را بردارند، سپس باقی مانده به افراد قرابت بر تقسیم شود (منوط به اینکه با ورثه فرض بر در یک طبقه باشند). اگر در طبقه صاحبان فرض، ورثه دیگری (قرابت بر) وجود نداشته باشد، یا قرابت برها در طبقه دورتری از صاحبان فروض باشند، مابقی ترکه از باب ردّ به فرض برها، داده می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۷). همین طور باقی مراحل تقسیم ترکه بین وراث که مقام مجال پرداختن به تمام جزئیات تقسیم ارث را نمی دهد.

با عنایت به مطالب بالا، قضات ایرانی، افغانستانی و حتی مصری در حقوق داخلی هرکدام، به خصوص وقتی موضوع مطروحه، فاقد وصف تعارض قوانین بین المللی باشد، با مشکلی مواجه نخواهند شد. قضات با توجه به آموخته های حقوقی خویش با صدور دادنامه، حصر وراثت بر اساس قانون مدنی خودشان و میزان سهام ورثه (اعم از فرض بر و قرابت بر) را نیز معین می کنند. شرایط زمانی به وخامت می گراید که موضوع ارث، یکی از اقلیت های دینی-مذهبی افغانستان، ایران و مصر در نزد محاکم کشورهای متذکره به میان بیاید. در این صورت وجود فرض بر و قرابت بر، تقدم تسویه حساب صاحبان فرض بر بر افراد قرابت بر و بحث رد یا عدم رد ترکه، کاملاً به مقررات متداول و مسلم دین متوفی بستگی خواهد داشت. قضات محاکم مزبور با توجه به قواعد مسلم و متداول دین و مذهب متوفایی اقلیت، تعیین خواهند کرد که چنین الزاماتی وجود دارد یا خیر. در صورت عدم وجود چنین الزاماتی یا وجود الزامات مغایر با الزامات موجود در قوانین موضوعه کشورهای ایران، افغانستان و مصر، با عنایت به الزامات موجود نزد هریک از سیستم ها، به ترتیب قاضی ایرانی بنا به حکم قانون ماده واحد، رعایت احوال شخصیه اقلیت های دینی و

۱. از ترکه میت هر صاحب فرض حصه خود را می برد و بقیه به صاحبان قرابت می رسد و اگر صاحب قرابتی در آن طبقه مساوی با صاحب فرض در درجه نباشد، باقی به صاحب فرض رد می شود مگر در مورد زوج و زوجه که به آن ها رد نمی شود، چنانچه برای متوفی وارثی به غیر از زوجه نباشد زائد از فریضه به وی رد خواهد شد.

۲. ماده ۲۰۱۲: عصبه شرعاً بالای کسی اطلاق می شود که در صورت نبودن صاحبان فروض تمام متروکه و در صورت موجودیت اصحاب فروض در حالیکه از میراث محجوب نباشد، باقیمانده اصحاب فروض را از متروکه مستحق می شود.

ماده ۲۰۱۳: هرگاه هیچ یک از صاحبان فرض موجود نبوده یا با وجود آن ها تمام متروکه شامل حصص فروض نشود، تمام متروکه با آنچه از اصحاب فروض باقیمانده، به عصبه نسبی داده می شود.



مذهبی، قاضی افغانستانی با در نظر گرفتن ماده دوم قانون اساسی و قاضی مصری با عنایت به ماده سوم قانون اساسی در باب دولت و جامعه، مکلفند قواعد و مقررات متداول و مسلم مندرج در دین متوفی را اجرا کنند. مگر اینکه مقررات مزبور همسو با انتظامات عمومی حقوق موضوعه متذکره نباشد. به نظر می‌رسد قواعد و مقررات متداول اقلیت‌های مذهبی نزد سیستم‌های حقوقی مزبور، مخالف انتظامات عمومی حقوق موضوعه یادشده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۷). با عنایت به دستورات موجود در قوانین متذکره، غیر از مبحث کفر و قتل که به‌عنوان نظم عمومی، از موانع ارث محسوب می‌شود، در سایر موارد کمتر بتوان موردی را یافت که به‌عنوان مغایرت با نظم عمومی مانع از جریان یافتن قواعد و مقررات مسلم و متداول دین و مذهب متوفی شود.

با عنایت به مطالب فوق، اگر فردی از اقلیت‌های دینی - مذهبی کشورهای مورد بحث فوت شود، قواعد و مقررات مسلم و متداول دین و مذهب متوفی در تسهیم و تقسیم ترکه، ملاک عمل است و قضات، نمی‌توانند با تفسیر موسع از نظم عمومی، مانع اجرای مقررات دینی و مذهبی اقلیت‌های دینی رسمی شوند.^۱

همین حالت در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و افغانستان و مصر نیز مشاهده می‌شود و آن وقتی است که قضات مزبور با عامل بیگانه (متوفی خارجی) در حقوق کشورهای فوق مواجه شوند. با عنایت به مواد ۷ و ۹۶۷ ق.م. ایران، ۱۱ و ۲۵ ق.م. افغانستان و ۱۱ و ۱۷ ق.م. مصر، باید در معین ساختن قواعد اصلی ارث (نظیر میزان سهم الارث و تعیین وراث، حجب و غیره) به قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی مراجعه شود. در صورت مراجعه قضات به قوانین فوق، این پرسش مطرح می‌شود که آیا وراث می‌توانند به این دلیل که اعمال قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی در مبحث صاحبان فرض و افراد قرابت‌بر و تقدم و تأخر برداشت از ترکه و نیز تقسیم ترکه به رد، با قوانین فوق مغایر است، نظم عمومی مطرح نزد سیستم‌های فوق را مانع از به اجرا گذاشته شدن قواعد و مقررات خارجی بدانند؟

۱. به‌طور نمونه: در قانون احوال شخصیه هندوهای افغانستان، دختر از اموال غیرمنقول پدر ارث نمی‌برد یا زن متوفی مثل فرزندان به‌طور مساوی ارث می‌برند. بنابراین؛ با توجه به ماده یاد شده، اجداد متوفی با وجود برادران و خواهران میت از ارث محروم خواهند شد، دختر متوفی به استناد به مفهوم انتظامات عمومی در حقوق افغانستان، مانع از جریان قواعد و مقررات مسلم و متداول احوال شخصیه هندوها در این خصوص گردند؟ قطعاً جواب منفی است.



به نظر می‌رسد تفسیر موسع از مفهوم نظم عمومی توسط قضات مذکور، با ایجاد حق در یک فضای بین‌المللی ناسازگاری آشکار داشته باشد. اگر مفهوم نظم عمومی را به گونه موسع تبیین کنیم در آن صورت می‌توان از اعمال هر قانون خارجی به وسیله مانعی به نام نظم عمومی جلوگیری کند؛ اگر چنین استنباط را بتوان قبول کرد، پذیرش قواعد حل تعارض قوانین و اغماض قانون‌گذار ملی، ماهیت وجودی خود را از دست خواهد داد. بدین لحاظ در تفسیر گسترده نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی، باید تحمل و تسامح بیشتری به خرج داد و به همین جهت نوع تفسیر نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی از تفسیر موسع به تفسیر مضیق تقلیل خواهد یافت (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۳۹-۱۴۰).

بنابراین شاخصه مهم و تفاوت اصلی نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی، در همین نکته (تفاوت نوع تفسیر نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی) نهفته است. در صورت بروز احاله رویکرد قضات ایران، افغانستان و مصر یکسان نخواهد بود. با عنایت به قانون موضوعه افغانستان و مصر، به نظر می‌رسد، در صورت بروز احاله از هر دو نوع آن، قوانین مذکور ساکت است. مطابق قواعد و مقررات حل تعارض، قضات باید قانون دولت متبوع متوفی را مورد اجرا بگذارند؛ علی‌رغم آنکه قاعده حل تعارض دولت متبوع متوفی از خود رد صلاحیت کرده باشد. مگر بگوییم درست است که قوانین سیستم‌های حقوقی افغانستان و مصر، قانون دولت متبوع متوفی (اتباع بیگانه=مخصوصاً کفار) را در احوال شخصیه صالح می‌دانند، ولی در صورت رد صلاحیت قانون بیگانه از خود (احاله) و صالح دانستن قانون مقرر دادگاه یا کشور ثالثی، از باب نفی سبیل و عدم جعل حق سلطه بیگانه (کفار) در سرزمین مسلمین از سوی شارع مقدس اسلام،^۱ یا با عنایت به مواد یک ق.م. افغانستان و مصر،^۲ قضات فوق قانون مقرر دادگاه را به اجرا می‌گذارند. در قانون ایران، با عنایت به مواد ۹۷۲ و ۹۷۳ ق.م. قاضی ایرانی مکلف به پذیرش احاله درجه یک و عدم پذیرش احاله درجه دوم و قواعد و مقررات ماهوی دولت متبوع متوفی را به موقع اجرا گذارد (الماسی، ۱۳۸۲: ۱۰۳-۱۰۴).

۱. لن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیلاً / الاسلام یعلوا ولا یعلی علیہ.

۲. که اشعار می‌دارند: در صورت نبود حکم قانون در موردی، قضات موظف به مراجعه به متون فقهی و عرف متداول و صدور حکم بر وفق آن‌ها هستند.

۵. اختلاف در خطوط ارث

در اکثر سیستم‌های حقوقی از جمله افغانستان،^۱ ایران و مصر، قرابت نسبی ملاک توارث است و معمولاً در قرابت سببی به جز مورد زوج و زوجة، قائل به توارث نیستند. اصلی‌ترین قرابتی که در باب ارث در حقوق مطرح است، قرابت نسبی است. در موضوع قرابت رضاعی سیستم‌های مذکور اصلاً آن را در بحث ارث نیاورده‌اند، بلکه صرفاً از باب ایجاد حرمت، آن را مورد بحث قرار داده‌اند.

موارد قرابت برها در قانون مدنی ایران احصا نشده است، ولی در قانون ارثیه مصر و ق.م. افغانستان، مصادیق اشخاص که به قرابت ارث می‌برند، نام برده شده‌اند. چنانکه در ماده ۸۹۸ ق.م. قانون‌گذار ایران می‌گوید: «وراث دیگر به غیر از مذکورین در دو ماده (۸۹۶ و ۸۹۷) فوق فقط به قرابت ارث می‌برند». قانون‌گذار افغانستان در ماده ۲۰۱۴ ق.م. می‌گوید: «عصبه (قرابت برها) نسبی به سه دسته تقسیم می‌شوند: عصبه بنفسه، عصبه به سبب غیر، عصبه مع غیر». در ادامه طی ماده‌هایی به تعریف هر کدام و مصادیق عصبه بنفسه، عصبه به سبب غیر و عصبه مع غیر، می‌پردازد.^۲ همین روند در قانون ارثیه مصر وجود دارد؛ یعنی انواع قرابت بر را قانون‌گذار مصر در ماده ۱۶ قانون ارثیه احصا نموده است.^۳

۱. البته کاربرد اصطلاحی اقربا در نظام حقوقی افغانستان و مصر متفاوت از نظام حقوقی ایران است. در آن دو از اقربا در باب ارث به عصبه تعبیر آورده‌اند. چنانچه در قسم دوم حقوق ارثیه مصر قانون‌گذار آورده است: "والعصبه من النسب ثلاثة أنواع:

(۱) عصبه بالنفس.

(۲) عصبه بالغیر.

(۳) عصبه مع الغیر.

در ماده ۲۰۱۴ ق.م. افغانستان مشابه آن آمده است: "عصبه نسبی به سه دسته تقسیم می‌شوند: عصبه بنفسه، عصبه به سبب غیر، عصبه مع غیر. لازم به یادآوری است، قانون مدنی افغانستان تقریباً ترجمه تحت‌اللفظی قانون مدنی مصر است و قانون‌گذار در مواردی، طبق صلاحدیدشان ماده‌هایی را از آن حذف یا به آن افزوده است، و کدام کارشناسی دقیقی صورت نگرفته است و این می‌تواند از یکی از معایب معیارهای قانون‌گذاران افغانستان در قانون‌گذاری باشد.

۲. در اینجا به جهت عدم وسع مقام، تعاریف موضوعات مزبور را از منظر ق.م. افغانستان می‌گذاریم و ذکر مصادیق آن‌ها از حوصله تحقیق خارج است:

۱- ماده ۲۰۱۵. "عصبه بنفسه، کسی است که در قرابت او به میت به غیر محتاج نبوده و در نسبت او به میت اناث داخل نمی‌گردد".
 ۲- ماده ۲۰۱۸. "عصبه به سبب غیر، به مؤنثی اطلاق می‌شود که در عصبیات به میت محتاج به غیر بوده و یا با غیر در عصوبت شریک باشد".
 ۳- ماده ۲۰۲۰. "عصبه مع غیر، به مؤنثی اطلاق می‌شود که در عصوبت خود به مؤنث دیگر محتاج بوده و مؤنث دیگر در عصوبت با او شرکت نداشته باشد".

۳. ماده ۱۶: القسم البانی فی الإرث بالتعصیب: إذا لم يوجد أحد من ذوی الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة كانت التركة أو ما بقى منها بعد الفروض للعصبه من النسب والعصبه من النسب ثلاثة أنواع:

(۱) عصبه بالنفس.

(۲) عصبه بالغیر.

(۳) عصبه مع الغیر.



به نظر می‌رسد مشی قانون‌گذاران مذکور نسبت به قانون‌گذار ایران با معیارتر است؛ زیرا اصل در قانون‌گذاری این است که قانون باید شفاف و واضح باشد تا مورد سوء استفاده تابعان قانون واقع نشود که با بیان موارد و مصادیق جلو این احتمال گرفته خواهد شد. برای رعایت اصل اختصار، از تبیین جزئیات طبقات سه‌گانه ارث، اجتناب کرده و به قواعد مشترک حاکم به آن می‌پردازیم:

۱. وجود یک طبقه باعث حجب (محرومیت) طبقه پایین‌تر می‌شود.
۲. هر طبقه درجه نام دارد که مبنای دوری و نزدیکی به متوفی است. به‌عنوان یک قاعده حاکم بر قانون ارثیه تا درجه نزدیک‌تری به متوفی وجود داشته باشد، درجه دورتر، ارث نخواهد برد.
۳. وجود بعضی از وراث، مانع نقصانی برای بهره‌مندی کامل ورثه دیگر ایجاد خواهد کرد، اعم از اینکه مانع مذکور خود، ارث‌بر باشد یا نباشد.

مشی قانون‌گذاران سیستم‌های حقوقی ایران و مصر و به‌تبع آن افغانستان در چیدمان عناوین فروع و فصول باب ارث، کمی متفاوت است. مثلاً چینش ابواب و فصول ارث در قانون مدنی ایران، این گونه است که قانون‌گذار آن‌ها را در طی پنج فصل بدین‌سان مرتب کرده است: موجبات ارث و طبقات مختلف وراث (فصل اول)، تحقق ارث (فصل دوم)، شرایط و جمله از موانع ارث (فصل سوم)، حجب (فصل چهارم)، فرض و صاحبان فرض (فصل پنجم) و در فصل ششم سهم‌الارث طبقات مختلف ارث را عنوان داده است. با عنایت به چینش فوق، قانون‌گذار افغانستان، روش متفاوتی را نسبت به قانون‌گذار مصری در پیش گرفته است. بدین‌سان که در باب ارث، از عناوین «فرع» به شرح ذیل استفاده کرده، احکام عمومی میراث (فرع اول)، متروکه و توزیع آن (فرع دوم)، موانع میراث (فرع سوم) و فرع چهارم تحت عنوان اسباب که آن را به اجزاء چندی بدین‌صورت تقسیم می‌کند: میراث به طریق فرض (جزء اول)، میراث به طریق عصوبت - قرابت - (جزء دوم)، حجب (جزء سوم)، ردّ (جزء چهارم)، ارث ذوی‌الارحام (جزء پنجم)، مقررّه به نسب (جزء ششم) و در جزء هفتم احکام متفرقه ارث را از قبیل سهمیه حمل، مفقود، خنثی، ولد زنا و ولد لعان و حوادث غرق و حریق و انهدام را، مورد تقنین قرار می‌دهد.

۶. حجب در تعارض قوانین

مطابق ماده ۲۰۲۴ قانون مدنی افغانستان: «حجب آن است که شخص، اهلیت ارث را دارد، ولی به خاطر وجود وارث دیگر، مستحق ارث نمی‌شود. محجوب باعث محجوبیت وارث دیگر می‌شود». تفاوتی در تعریف حجب نزد نظام حقوقی ایران و مصر با افغانستان دیده نمی‌شود که به ذکر یک مورد بسنده می‌شود.

پذیرش حجب حرمانی^۱ در اکثر نظام‌هایی حقوقی و ادیان و مذاهب مختلف، مشهود است، لیکن قبول حجب نقصانی^۲ در نظام‌ها و ادیانی پذیرفته شده که قائل به سهم‌بندی (یا پذیرش فرض) برای وراث باشند. اصل ارث‌بری، اصل پذیرفته شده نزد سیستم‌های حقوقی است، حجب (اعم از حرمانی و نقصانی) استثنای بر اصل یاد شده محسوب است. لذا جز در موارد منصوص از سوی قانون‌گذار، هیچ‌گونه حجبی متصور نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱، ۲۱۰).

بحث حجب در نظام حقوق بین‌الملل خصوصی، از مباحث نسبتاً جنجالی است و پرداختن به آن شاید برای عادی‌سازی روابط حقوقی افراد در حقوق بین‌الملل خصوصی، گام مناسبی برداشته شود. به بیان دیگر، بحث حجب حرمانی یا نقصانی مربوط به متوفای خارجی نزد یکی از سیستم‌های حقوقی ایران، افغانستان و مصر، با نوعی تعارض محتوایی قواعد ماهوی روبرو خواهد بود. از طرفی، نمی‌توان سایه شمشیر نظم عمومی و اخلاق حسنه مطرح نزد سیستم‌های فوق را بر قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی را به‌طور مطلق حاکم بدانیم. در غیر این صورت مفهوم اغماض قانون‌گذاران مزبور نسبت به اعمال قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی^۳ بی‌معنا خواهند بود.

در صورت که قضات موظف به اجرای قواعد ماهوی^۴ قانون دولت متبوع متوفی شود،

۱. حجب حرمانی، حجبی است که به‌کلی وارثی را از ارث محروم کند، مانند حجب طبقه اول نسبت به طبقه ثانی و حجب طبقه ثانی نسبت به طبقه ثالث.

۲. حجب نقصانی، حجبی است که سهم‌وارث را از حد اعلی به حد ادنی کاهش دهد، خواه حاجب خود بهره‌ای از ارث ببرد (نظیر اولاد که حاجب ابوبین نسبت به زائد سدس می‌باشند یا زوج و زوجه را از نصیب اعلی به نصیب ادنی تنزل می‌دهند) خواه نه (مانند اخوه و اخوات میت که سهم مادر خود را از ثلث به سدس تنزل می‌دهند).

۳. با توجه به اصولی چون نظم عمومی، عادات و اخلاق حسنه مطرح در مواد ۹۷۵ قانون مدنی ایران، ۳۵ قانون مدنی افغانستان و ۲۸ قانون مدنی مصر.

۴. هر قانون که بیان احکام و یا موضوعات کند بدون نظر به اختلافات و طرز رسیدگی و اثبات دعاوی مانند قانون مدنی و تجارت و جزا و بیمه و مالیات (قانون موضوعی)، به آن قانون ماهوی گویند (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۴، ۲۸۵۵).



نمی‌توان دایره مفهوم نظم عمومی در مبحث حجب نقصانی و حرمانی را معادل همان نظم عمومی مطرح در حقوق داخلی، در نظر گرفت؛ در غیر این صورت، موضوع اجازه اعمال قواعد و مقررات خارجی توسط قانون‌گذاران مزبور، بحث عبث و غیرمفید خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۴، ۲۸۵۵).

هرگاه قضات ایرانی، افغانستانی و مصری با مراجعه به قواعد حل تعارض قوانین دولت متبوع متوفای خارجی، با احاله درجه اول یا درجه دوم روبرو گردند، به‌ویژه در احاله درجه اول، فقط قاضی ایرانی مکلف است قاعده ماهوی قانون ایران در باب ارث را از جهت اعمال ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران^۱ به مورد اجرا گذارد، ولی قاضی افغانستانی یا مصری با عنایت به قوانین موضوعه، به پذیرش احاله مکلف نخواهد بود. از آنجا که قواعد ماهوی دولت متبوع متوفی از خود سلب صلاحیت نموده و قانون مقرر دادگاه نیز احاله را نپذیرفته است، در اینکه قانون دولت متبوع مزبور اعمال شود یا مقرر دادگاه؟ محل نقاش است. به نظر می‌رسد اصالت صلاحیت اعمال قانون مقرر دادگاه به حالت خویش (به دلایل که در پاورقی مبحث فرض برها و قرابت برها گذشت)، باقی است.

نتیجه‌گیری

اثبات قانون خارجی و تفسیر آن، در حقوق بین‌الملل خصوصی آن هم در ارث‌بری (در احوال شخصیه) از مسائل مهم و مورد نقاش حقوق‌دانان بوده و رویکرد کشورها در این راستا متفاوت است. در اینکه قانون صلاحیت‌دار خارجی از امور حکمی است یا موضوعی، تا حدودی وظیفه قاضی مقرر دادگاه را مشخص می‌کند. در صورتی که از امور حکمی باشد، قاضی باید با عنایت به قاعده حل تعارض داخلی، قانون صالحه خارجی را بایده و در مرحله اجرا بگذارد. اگر از امور موضوعی باشد، این وظیفه طرفین دعوا است که با استناد به آن پیرو رهنمود قاضی باشند. اکثر حقوق‌دانان رویکرد حکمی دارند.

به نظر می‌رسد، باید معیار دقیق‌تری در اعمال قواعد مقررات دولت متبوع متوفی خارجی ارائه کرد و آن اینکه اگر قانون خارجی، خصلت آمره دارد (نظیر احوال شخصیه)،

۱. ماده ۹۷۳ ق.م: «اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد».

آن را از باید امور حکمی تلقی کرد و قاضی مقرر دادگاه موظف به یابیدن و اجرایی آن است. در مواردی که موضوعات حقوقی، خصلت آمره ندارد (مانند اموال و تعهدات قراردادی)، اثبات قانون خارجی جنبه موضوعی داشته و بدون استناد اصحاب دعوا، قاضی تکلیفی به آن نخواهد داشت.

مستنبط از حقوق موضوعه افغانستان، ایران و مصر و با عنایت به تصریح مواد قانونی در اعمال قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی، اثبات قانون خارجی باید جزء وظایف قاضی باشد. در صورتی که قانون خارجی مخالف نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، با عنایت به صراحت قانون نزد سیستم‌های حقوقی مزبور، از اعمال آن جلوگیری می‌شود. منتهی باید دایره تفسیر نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی را نسبت به حقوق داخلی محدودتر کنیم تا زمینه اعمال قواعد و مقررات خارجی فراهم شود.

به نظر می‌رسد در راستای تشکیل رویه قضایی واحد، نزد سیستم‌هایی حقوقی جهان اسلام و با نظر داشت منبع واحد (قواعد حقوقی اسلام) و اختلافات اندک و از طرفی، تأثیرپذیری از مکتب حقوقی نوشته (رومی-ژرمنی) این را می‌طلبد در صورت وجود احاله (درجه یک) قانون‌گذاران افغانستان و مصر (همانند حقوق موضوعه ایران) آن را بپذیرند تا هم بحث محدودیت در تفسیر نظم عمومی پیش نیاید و هم اصالت اجرایی قانون مقرر دادگاه، حفظ شود. مهم‌تر از این‌ها، با پذیرش احاله (درجه یک) از سوی مقننین افغانستان و مصر، طبق مفاد آیه شریفه «نفی سبیل»^۱ مشی خواهند شد.

۱. لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (نساء: ۱۷۶).

فهرست منابع

۱. ارفع نیا، بهشید، (۱۳۶۹)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر مروی.
۲. امامی، سیدحسن، (۱۳۸۳)، «حقوق مدنی»، تهران: نشر اسلامیه.
۳. أنور طلبه؛ (۲۰۰۶م) المطول فی شرح القانون المدنی، اسکندریه: المكتبة الجامعی الحديث.
۴. الماسی، نجاد علی، (۱۳۸۲)، تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۵. الماسی، نجاد علی، (۱۳۸۳)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۷)، دوره حقوق مدنی «ارث»، تهران: نشر امیر کبیر.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۸. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۱)، ارث، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۹. عاملی جُبعی، زین الدین (شهید ثانی)، (بی تا)، الروضة البهیة، بیروت: دارالعلم الاسلامی.
۱۰. فدوی، سلیمان، (۱۳۸۵)، تعارض قوانین (در حقوق ایران با تأکید بر احوال شخصیه)، تهران: نشر طرح نوین اندیشه.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، ارث، تهران: نشر دادگستر.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی: درس های از شفعه، وصیت، ارث، تهران: نشر میزان.
۱۳. معین، محمد، (۱۳۸۶)، فرهنگ فارسی معین، تهران: نشر ادنا.
۱۴. نظری، جمعه علی، (بی تا)، قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان، قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.



واکاوی مفهوم «اساس» به مثابه شرط امکان قانون اساسی با تأکید

بر اندیشه کارل اشمیت

حیدر شجاعی^۱

چکیده

قانون اساسی یکی از مفاهیم محوری در دانش حقوق عمومی است که پس از عصر روشنگری شکل گرفت و در کشورهای دموکراتیک، به اجرا درآمد. کشورهای اسلامی نیز در پی آن برآمدند تا چارچوب حکمرانی خود را بر اساس آن تعیین کنند و آرمان‌ها و ارزش‌های جامعه سیاسی خود را تجلی بخشند. بنابراین بررسی و تحلیل مفهوم «اساس» در قانون اساسی می‌تواند به هدف این تحقیق که «فهم ماهیت قانون اساسی و امکان تدوین مجدد آن در افغانستان از یک سو، و فلسفه تغییر و تعلیق آن از آغاز تأسیس تاکنون از سوی دیگر است»، کمک کند. مسئله اصلی این تحقیق این است که در میان اصول متعدد قانون اساسی، مفهوم «اساس» به چه حقیقت و وجهی حقوقی و سیاسی اشاره دارد. بی‌تردید، تحلیل این مسئله از منظر فلسفه حقوق، نیازمند واکاوی و نقد دقیق است. پرسش اصلی این مقاله این است که مفهوم «اساس» به مثابه شرط امکان قانون اساسی چیست؟ این تحقیق با روش تحلیلی-توصیفی و بر اساس اسناد کتابخانه‌ای به بررسی این موضوع پرداخته و تلاش شده است که مفهوم قانون اساسی، و به‌طور خاص مفهوم «اساس»، با تکیه بر نظریه‌های کارل اشمیت تبیین شود. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که قانون اساسی ابتدا بر مبنای یک «اساس» معتبر استوار است و در حقیقت، این اساس است که وحدت سیاسی را ممکن ساخته و تجلی‌گاه اراده عمومی می‌شود.

کلیدواژه‌ها: اساس، اساس مطلق، اساس نسبی، اساس پوزیتو، اساس ایدئال، شرط امکان قانون اساسی

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

ایمیل: Haidarshojai83@gmail.com

مقدمه

در اهمیت قانون اساسی همین بس که در هر کشوری شالوده سیستم حکومت و چارچوب و اساس حقوقی آن محسوب می‌شود. از این جهت، عالی‌ترین سند و مرجع قانونی هر کشوری است و در نظام حقوقی کشورها بالاترین ارزش و اعتبار قانونی را دارد. لذا کلیه قوانین و مقررات، الزاماً باید با آن هماهنگ باشد و هیچ مصوبه‌ای نباید با آن مخالف و مغایر باشد (موسی‌زاده، ۱۴۰۰: ۳۸). با توجه به ماهیت قواعد که آیا جنبه «اساسی» دارد یا نه، می‌توان با دید مادی به قانون اساسی یک کشور نگریست. آنچه مربوط به ساختار سیاسی، بنیان و استخوان‌بندی دولت-کشور باشد، جزئی از قانون اساسی آن کشور است. جوامع سیاسی که مرحله آغازین تحول خود را پشت سر نهاده باشند و به درجه بلوغ و انسجام کشوری رسیده باشند، لزوماً دارای قانون اساسی هستند. حالا چه متن مشخص تصویب شده و موضوعه‌ای زیر عنوان قانون اساسی وجود داشته باشد و چه متن مشخص نباشد؛ یعنی به شکل عرفی چنین مفهوم را القا کند (قاضی، ۱۳۹۵: ۴۰). به عبارت دیگر، اساس دولت (Constitution) قوانینی است که ترتیب اختیارات دولت و تعیین حقوق ملت، به موجب آن ممکن می‌شود.

هر دولتی که دارای قوانین مذکور باشد، آن را دولت «با اساس» گویند، هرچند که برخی از حقوق‌دانان عدم وجود قانون اساسی را دولت بی‌اساس می‌گویند و مدعی هستند که در آن صورت، صاحبان قدرت به‌دلخواه خودشان با مردم رفتار خواهند کرد (فروغی، ۱۳۸۲: ۲۹). هرچند ممکن است دولتی قانون اساسی داشته باشد؛ اما آن قانون مدون و مکتوب نباشد، فقط از روی عادت جاری شده باشد. در این صورت آن را قانون اساسی عادی گویند. مثلاً جزو عمده اساس دولت انگلیس عادی است؛ ولی اساس اکثر دول مدون و مکتوب است. اگر قانون اساسی دولت مکتوب باشد، موقع ظهور و تدوین آن یا در بدو ظهور دولت بوده، مثل اساس دولت‌های متحده آمریکا شمالی، یا بعد از انقلابی که در مملکت روی داده است. اکثر دول، به ترتیب دوم اساس شده‌اند. گاهی هم رؤسای دولت‌ها اساس موجود را بر هم زده، اساس جدیدی برای آن معین کرده‌اند، مثل اینکه ناپلئون اول در ۱۷۹۹ م. چنین کرد. فرنگی‌ها این عمل را کودتا گویند؛ یعنی عملی شدیداً برخلاف



قانون اساسی (فروغی، ۱۳۸۲: ۳۰). در کل، قانون اساسی در حقیقت اساس، بنیاد و پایه هر دولت-کشور است که ریشه در روح آن کشور و اتحاد مردم و قدرت مؤسس دارد. چنین چیزی را نمی‌توان لزوماً در سندی مکتوب گنجاند و طبیعتاً نمی‌توان از رویه‌های موجود در خصوص اصلاح و بازنگری قانون اساسی نیز در آن استفاده کرد. اساس اعم از آنکه در متن قانون اساسی بیاید یا نیاید، بنیان یک کشور است، ریشه در قدرت مؤسس دارد و نماد اتحاد یک کشور است.

با این وصف، واقعیت آن است که حجم مقررات حقوقی در جوامع مدرن، رو به افزایش است؛ به این معنا که بی‌وقفه در حال پوشش هرچه بیشتر و متنوع‌تر «زیست اجتماعی» هستند. از این رو، مواد مندرج در این مقررات روز به روز دقیق‌تر و جزئی‌تر می‌گردد. از آنجا که قالب‌های حقوقی سازی و اساسی سازی به تناسب سنت‌های ویژه هر کشوری متفاوت است. از باب نمونه، فرهنگ‌های حقوقی آمریکایی و فرانسوی، به شدت با هم تضاد دارند (شوالیه، ۱۳۹۶: ۱۲۴). فرهنگ آمریکا که در سلطه و جایگاه ویژه قاضی است، به واسطه حاکمیت حقوق، رویه ممتاز دارد. از سوی، در فرانسه شاهد افزایش مقررات و قوانین هستیم؛ (همان: ۱۲۵) پدیده‌ای که می‌توان ادعا کرد امروزه همه شاخه‌های علم حقوق را تحت تأثیر قرار داده و در کشورهای مختلف و در قالب نظام‌های حقوقی با درجه‌های متنوع، نمود پیدا کرده است. با این حال، تورم هنجاری نشان دهنده این امر است که بنیان‌های نظری قوانین را بفهمیم؛ زیرا نظام‌های سیاسی-حقوقی کشورهای اسلامی، نیز با نگاه اندکی متفاوت که به قانون اساسی دارند، از جمله افغانستان، از این امر در امان نمانده است. از این رو، اغلب ساختار و میکانیزم قدرت سیاسی کشورهای اسلامی، هم بر چارچوب قانون اساسی تعیین می‌یابد.

با توجه به اهمیت و ضرورت که در یک جامعه سیاسی، قانون اساسی دارد و بیانگر بنیان و استخوان‌بندی دولت است نیازمند آن هستیم که اساسی بودن قانون اساسی و در کل مفهوم اساس را مورد بحث قرار دهیم. طی بیست و چند سال اخیر، تئوری اساسی سازی شاخه‌های مختلف حقوقی را در بر گرفته است (مؤذنی، ۱۳۹۳: ۱۲۸). اشاره به این نکته در باب شرط اساسی بودن قانون اساسی ضروری است که مراد از اساسی سازی، الزاماً این



نیست که باید حتماً موضوعات مختلف نظم حقوقی صراحتاً در متن قانون اساسی ذکر شود. هرچند ذکر هر موضوعی در قانون اساسی، به اساسی کردن آن منجر می‌شود و حذف هر موضوعی از قانون اساسی می‌تواند به غیراساسی کردن آن منتهی گردد. مثلاً شناسایی احزاب سیاسی در قانون اساسی، به اساسی سازی کثرت‌گرایی سیاسی منجر می‌شود یا اگر کشوری نظام انتخاباتی را از قانون اساسی خارج نماید و تعیین آن را در اختیار قانون‌گذار عادی قرار دهد، می‌توان از غیراساسی سازی نظام انتخاباتی در آن کشور سخن گفت (نقی زاده، ۱۳۸۶؛ ۱۳۰). این پژوهش در پی آن است که مفهوم «اساس» را بر مبنای «تئوری اساسی» کارل اشمیت تبیین نموده و انواع آن را توضیح دهد.

۱. مفهوم اساس

به‌رغم پیچیدگی‌های که اشمیت در نوشتار خود دارد،^۱ بر آن است که تفسیر جدیدی از مفهوم اساس ارائه کند. وی تحلیلی که از قانون اساسی مدرن ارائه می‌دهد، بر تنوع اراده‌های مبتنی بر قوانین و نهادها، عنصر لیبرال و اراده ماهوی مردم متمرکز است (Kenediy, 2004:130). او بین قانون اساسی به‌عنوان نتیجه تصمیم جمعی در تجزیه زندگی سیاسی از یک طرف و شکل و ماهیت اتحاد سیاسی و حقوقی از سوی دیگر، تمایز قائل می‌شود (Countinho, 2015:97). به این معنا که قانون اساسی را امر متعین دانسته و آن را شامل دو بخش قانونی و سیاسی می‌داند. اولی با لیبرالیسم گره خورده و دومی با دموکراسی شناخته می‌شود (Kenediy, 2004:125). او معتقد است که قانون اساسی روح دولت و به یک معنا، تصمیم سیاسی و بنیادین مردم است (Shup-mans, 2015:161). نظریه اشمیت را باید در فهم تجربی (پوزیتیویستی) و در برابر فهم هنجاری کلسینی به تجزیه و تحلیل گرفت؛ زیرا او تحلیل و تفسیر را که کلسن از قانون اساسی به‌عنوان پیش‌فرض هنجاری داشت، نمی‌پذیرفت. به خاطر اینکه به باور ایشان، این تفسیر جنبه اجتماعی و واقعی قانون اساسی را برای اتحاد، اهداف، زندگی، روح و... فراموش

۱. گذشته از مسائل دشوار نویسی اشمیت او بر خلاف همه جریان‌های فکری (حتی در آلمان) حرکت نموده و در حوزه‌های مختلفی چون الهیات، فلسفه حقوق، حقوق عمومی، حقوق بین الملل، علم سیاست و پیوند این حوزه‌ها با هم و نیز خلق مفاهیم جدید توسط او بر دشواری اندیشه او می‌افزاید.



می‌کند. به اعتقاد مورکنس، در اندیشه اشمیت، مفهوم امر سیاسی و مفهوم قانون اساسی ابزاری برای درک دولت هستند (Murkens, 2013:45). از یک سو، کلمه «اساس» باید به عنوان اساس دولت و یا به تعبیر روشن تر، اتحاد سیاسی مردم و موقعیت کلی اتحاد سیاسی و نظم اجتماعی در یک دولت انضمامی و به واقع حاضر و مشخص درک شود و از سوی دیگر، در معنای لفظی و در هیئت تاریخی، دولت موجودیت یگانه یک ملت است. همه ویژگی های این تصویر از موجودیت و ملت معنای خود را از خصلتی مشخص از امر سیاسی می گیرند (اشمیت، ۱۳۹۵: ۴۹، ۵۰). بنابراین به نظر اشمیت اساس نمی تواند فقط شامل سیستم هنجاری های قانونی، برای تنظیم شکل اراده سیاسی و اجرایی قدرت دولت باشد، بلکه اشاره به موقعیت سیاسی انضمامی دولت هم است. در این اندیشه مفهوم اساس در حوزه ای که ورای متن قانون اساسی نوشته است، ریشه دارد و روح، زندگی انضمامی و وجود دولت است (مراد خانی، ۱۴۰۰: ۴۸۰).

اشمیت معتقد است که مفهوم اساس، معانی متکثر و متفاوتی دارد. وی سعی دارد که آن را با ادبیات حقوقی توضیح دهد. اساس را در مفهوم مطلق شامل همه اشیا، اجزا، انسان ها، کار و فعالیت مشترک می داند که در عالم هستی وجود دارد؛ زیرا هر چیزی که در عالم وجود دارد، منظم در یک «اساس» است؛ اما اساس دولت، شکل وجودی دولت است. برای توضیح این نکته، تبیین می کند که اساس در این مفهوم، به موقعیت و وضعیت کاملی اشاره دارد که در آن شرط امکان اتحاد سیاسی کلیه افراد و اشخاص جامعه، به عنوان یک کل ممکن شود. در معنای دوم «اساس» به مفهوم مطلق یا همچون کل، نوعی خاص از نظم سیاسی و اجتماعی است. به برداشت مراد خانی، اشمیت معتقد است که اساس، سیستمی از هنجارهاست. بدین معنا، همان چیزی که امروز آن را «قانون اساسی» می دانیم، خود اساس است. هر چند او اضافه می کند که منظور اشمیت از قانون اساسی، فرق می کند؛ (مراد خانی، ۱۴۰۰: ۴۸۰) اما توضیح نمی دهد که چگونه قانون اساسی «اساس» است؟ به نظر می رسد در معنای دوم، بر مبنای کتاب آموزه اساس یا تئوری اساسی، کارل اشمیت، اساس را به مفهوم فرم می داند؛ یعنی به رغم اینکه اساس «فرم خاص» از دولت است که جزئی از هر دولتی است، مثل دولت مونارشی، آریستوکراسی و یا دموکراسی

و... این فرم، از هستی سیاسی دولت غیر انفکاک است؛ اما واژه فرم، متضمن چیزی بالفعل موجود است یعنی یک «وضعیت» نه چیزی از سنخ اصل حقوقی، قاعده حقوقی حتی فرمان هنجاری (Schmitt, 2008:59). بنابراین دولت اساس ندارد، بلکه خود با تعیین بخشی که در قالب و فرم‌های خاص دارد، خود اساس است.

در معنای سوم، معنای اساس یک امر «دینامیک» وحدت سیاسی است نه ایستاتیک؛ یعنی همواره نوشونده است. به عبارت دیگر، وحدت سیاسی باید خود را روزا روز از دل آرمان‌ها، نظرات و منافع متضاد و گوناگون، فرم ببخشد و خود را به انسجام برساند (60: Schmitt, 2008). پس از این توضیح اشمیت، از چهار نوع اساس سخن گفته و پرده برمی‌دارد: اساس مطلق (الف) اساس نسبی (ب) پوزیتیو (ج) و اساس ایدئال (د) که در ادامه بحث خواهد شد.

۲. انواع اساس

۲-۱. مفهوم مطلق اساس (اساس به مثابه یک کل)

اصطلاح اساس^۱ (Constitution) معانی متعددی دارد. در معنای عام آن، هر چیزی اعم همه انسان‌ها، اشیاء، هر کار و فعالیت مشترکی منظم در یک «اساس» است و هر آن چیزی که ممکن است، می‌تواند یک اساس داشته باشد. هرچند معنای خاص و متمایز این کلمه بیرون نمی‌آید. با این حال، فهم درست از آن، به این وابسته است که معنای اصطلاح «اساس» به اساس «دولت» محدود شود؛ یعنی معادل وحدت سیاسی مردم فهم شود. در این معنای محدود و معین، «اساس» می‌تواند بر نفس دولت دلالت کند و درواقع، یک دولت یگانه و معین همچون یک وحدت سیاسی یا به مثابه یک نوع و فرم انضمامی خاص از هستی دولتی توصیف شود (Schmitt, 2008: 50).

۱. اکثر از مترجمان و حقوقدانان ایرانی، در مواجهه با مفهوم Constitution آن را به «مشروطه» برگردانده‌اند. واقعیت آن است که ترجمه این واژه نتیجه التفات به معلوم است نه علت. چرا که «اساس» هر امر، آن امر تأسیس شده را به خود مشروط می‌کند. بنا بر این، مفهوم «Constitution» معنای مشروط را نیز با خود حمل می‌کند. البته این مشروطیت نه هسته معنایی آن بلکه یکی از پی‌آمدها و تبعات با «اساس» بودن امور است. جرمی والدرون حقوقدان آمریکایی، در گفتاری که با عنوان «مشروطه گرایی: یک نگاه شکاکانه» ارائه کرده، جهان را انگلیسی زبان را نیز گرفتار برداشت تقلیل گرایانه از معنای Constitution معرفی می‌کند (Waldron, 2010, p4) به نظر می‌آید در میان فارسی زبان تنها کسی که ملتفت به این مفهوم بوده محمد علی فروغی بوده است که، از دولت‌های با اساس و بدون اساس سخن به میان آورده است.



در این مصداق، اساس «شرط تام وحدت و نظم» سیاسی خواهد بود؛ اما می‌تواند به معنای «نظام بسته‌ای هنجارها» باشد و با یک وحدت، مرتبط دانسته شود. البته نه وحدتی که به‌طور انضمامی وجود دارد، بلکه وحدتی برآمده از اندیشه یا یک «وحدت ایدئال». در هر دو مورد، مفهوم «اساس» مطلق است؛ زیرا بر یک «کل» دلالت دارد. علاوه بر این، امروزه شکلی گفتار غالب است که هر مجموعه از «قوانین موضوعه» را که به شیوه‌ای خاص وضع شده است، یک اساس می‌خواند. بدین ترتیب، اساس و قانون اساسی یکسان پنداشته می‌شود. هر قانون اساسی منفرد، می‌تواند مانند یک اساس ظاهر شود و بدین جهت، مفهوم اساس نسبی می‌شود. در این حالت، این مفهوم دیگر دخلی به یک تمامیت یک پارچه، یک نظم و یک وحدت ندارد، بلکه صرفاً شامل تعداد اندک، متوسط یا زیادی از مقررات موضوعه منفرد به شیوه خاص وضع می‌شود. به برداشت اشمیت تعریف متداول کتاب‌های حقوق اساسی این است که یک اساس برابر است با هنجار بنیادین یا قانون پایه، معنایی که «بنیادین» در اینجا دارد تا حد زیادی مبهم است. [تنها چیزی که می‌توان گفت این است که] این اصطلاح اغلب به چیزی به لحاظ سیاسی مهم یا غیرقابل نقض اشاره دارد و درست همان‌طور که اصطلاحاتی مانند حقوق‌های «بنیادین»، «مهار» و امثالهم چنین است (50: Schmitt, 2008). اساس در معنای مطلق، بدو بر آن شکلی انضمامی از وجود دلالت دارد که یکی از مفروضات ملانم و همراه با هر وحدت سیاسی است که هرکدام را به ترتیب بررسی می‌کنیم:

۱. در معنای نخست؛ اساس معادل است با شرط مشترک و انضمامی وحدت سیاسی و نظم سیاسی یک دولت مشخص. وحدت سیاسی و نظم اجتماعی بخشی از هر دولتی است. اساس در این معنا، عبارت است از برخی اصول وحدت و نظم، نوعی صلاحیت تصمیم‌گیری که در موارد بحرانی تعارض منافع و قدرت فصل الخطاب است. این شرط مشترک وحدت سیاسی و نظم اجتماعی را می‌توان یک اساس نامید. پس این واژه بر یک نظام یا مجموعه‌ای از اصول و هنجارهای حقوقی دلالت نمی‌کند که ساخت اراده دولت و فعالیت‌های اجرایی دولتی خود را با آن تنظیم می‌کند و نظم محصول بدیهی تبعیت از آن خواهد بود. این کلمه عملاً تنها بر یک دولت یگانه

انضمامی_همچون دولت آلمان، فرانسه، انگلستان_ در هستی سیاسی انضمامی اش دلالت می‌کند. دولت دارنده یک «اساس» نیست که خود را «مطابق آن» شکل (Form) بخشیده و اراده خود را طبق آن اعمال کند. دولت عین «اساس» است. به عبارت دیگر، دولت شرط به‌واقع حاضر و نحوی وضعیت «وحدت» داشتن و «نظم» داشتن است (Schmitt, 2008: 60). اگر که این اساس پایان یابد، دولت هم پایان خواهد یافت. اساس «روح» دولت است؛ یعنی حیات انضمامی و هستی یگانه آن است. ایسوکراتس اساس را روح شهر می‌خواند.

۲. در معنای دوم؛ نوعی خاص از نظم سیاسی و اجتماعی است. در این مورد، اساس به معنای نوع انضمامی استیلا و پیروی است؛ زیرا در واقعیت اجتماعی بدون استیلا و پیروی نظم و وجود ندارد. اساس یک فرم خاص حکومت است که جزئی از هر دولتی است و از هستی سیاسی دولت جداشدنی نیست. برای مثال مونارشی، آریستوکراسی یا دموکراسی یا هر تقسیمی که فرم‌های دولت را بدان منقسم کنند. در این معنا اساس معادل «فرم دولت» است. در اینجا واژه «فرم» نیز متضمن چیزی بالفعل موجود است. یک «وضعیت» نه چیزی از سنخ اصل حقوقی یا فرمان هنجاری، حتی در این معنا نیز هر دولتی به‌وضوح یک اساس دارد؛ زیرا دولت همواره متناظر است با یکی از فرم‌های که دولت‌ها در قالب آن‌ها وجود دارند. حتی در این معنا اگر بگوییم «دولت یک اساس است» دقیق‌تر سخن گفته‌ایم. دولت مونارشی است، آریستوکراسی است، دموکراسی است، جمهوری شورایی است و صرفاً «دارنده» اساس مونارشیکیال یا غیره نیست. اساس، نوع «فرم‌ها»^۱ است (Schmitt, 2008: 60). مثلاً یک انقلاب موفق به‌طور مستقیم به برقراری یک وضعیت جدید و به اتکای خود، تأسیس یک اساس جدید منجر می‌شود. بدین رو، در آلمان پس از گذار نوامبر ۱۹۱۸، نمایندگان شورای مردم می‌توانستند در اعلامیه ۹ دسامبر ۱۹۱۸ از «اساس وضع شده جدید از طریق انقلاب» سخن بگویند.

۳. در معنای سوم؛ معنای اساس یک امر «دینامیک» وحدت سیاسی است نه

1. forma formsrum.



«ایستاتیک». بدین مفهوم که همواره نوشونده است. به عبارت دیگر، وحدت سیاسی باید خود را روزا روز از دل آرمان‌ها، نظرات و منافع متضاد و گوناگون فرم ببخشد و خود را انسجام ببخشد (Schmitt, 2008: 60).

۲-۲. مفهوم نسبی اساس

نسبی کردن مفهوم اساس، یعنی به جای یک اساس وحدت یافته در کلیت خود، تنها قانون اساسی منفرد وجود دارد. در این مفهوم اشمیت، اساس را بر مبنای صوری تعریف می‌کند که بیرونی و فرعی است. با این حال، اساس در معنایی نسبی، یعنی قانون اساسی منفرد. اینکه قانون اساسی سازمان اراده دولت را تنظیم می‌کند یا خیر، نسبت به این مفهوم «صوری» بی تفاوت است؛ یعنی دیگر به طور کل، پرسیده نمی‌شود که چرا یک مقرر اساسی باید «بنیادین» باشد. به باور اشمیت، این صوری بودن، همه چیز را غیر قابل تشخیص می‌کند و در واقع، هر آن چیزی که در قانون اساسی آمده است آن را برابر می‌سازد. این نگاه، همه چیز را یک اندازه نسبی می‌کند (Schmitt, 2008: 68). برای اینکه اشمیت، تعریف نسبی اساس را با تعیین مصداق تبیین کند، ادعا می‌کند که از چنین مقررات در قانون اساسی جمهوری وایمار نیز می‌شمارند که با نگاهی به این مقررات بلافاصله روشن می‌گردد که آن‌ها به معنای «قانون قانون‌ها»ی بنیادین نیستند. برای مثال، اصل ۱۳۲ را در نظر بگیرید که می‌گوید: «تجمعات در فضای آزاد می‌تواند به موجب قانون موضوعه رایش، مشروط به اطلاع قبلی شود و در صورت وجود یک خطر مستقیم برای امنیت عمومی، می‌تواند ممنوع شود». بند سوم از اصل ۱۲۹ الزام کرده است که «محرمانه بودن اسناد شخصی کارمند دولت، تضمین شده است». طبق اصل ۱۴۳ «معلم‌ان مدارس عمومی دارای حق‌ها و تکالیف بوده و کارمندان دولت هستند». بند ۲ اصل ۱۴۴ اعلام نموده که «نظارت مدارس از سوی کارمندان دولتی متخصص صورت می‌پذیرد که سمت رسمی داشته باشند». طبق بند ۳ اصل ۱۴۹ «دانشکده‌های الاهیات در دانشگاه‌ها باید حفظ و نگهداری شوند». همه این مقررات موضوعه که وقتی در قالب «قانون اساسی» یک کاسه شدند و به قوانین اساسی بدل شده‌اند (Schmitt, 2008: 68).

ایشان ذیل این اصول، استدلال می‌کند که این قبیل تفصیلات اساسی، در رویکرد مطلقاً «فرم‌گرایانه» و «نسبی‌گرایانه» به حقوق، همه به یک اندازه، «بنیادین» هستند. در این نگاه بند یکم از اصل یک قانون اساسی وایمار که می‌گوید «رایش آلمان یک جمهوری است» و بند یکم از اصل ۱۲۹ که می‌گوید «اموال خصوصی کارمندان دولت مصون است» هر دو «هنجارهای پایه» و قانون قانون‌ها» و از این قبیل هستند. با این وجود، بدیهی است که در چنین مصادیقی از فرمالیزاسیون، این مقررات فردی به هیچ‌وجه ویژگی اساسی بودن را حفظ نمی‌کنند. برعکس، مقررات بنیادین اصیل نیز به سطح تفصیلات قانون اساسی فرو کاسته می‌شود (Schmitt, 2008: 67-68). هدف اصلی انتقاد اشمیت از اساس نسبی، نقد بر پوزیتیویسم حقوقی است؛ (مراد خانی، ۱۴۰۰: ۶۸۴) اما نگرانی عمیق‌تر او این است که برداشت نسبی راه را برای استبداد از طریق قاعده اکثریت باز می‌کند. او باور دارد که مفهوم نسبی اساس نمی‌تواند به عنوان منبع وحدت در یک کشور عمل کند (Schmitt, 2008: 67) و هیچ‌گونه راهنمایی در مورد وضعیت سیاسی یک جامعه ارائه نمی‌دهد.

۲-۳. مفهوم «پوزیتیو» از اساس

در ذیل این مفهوم، اشمیت تعریف اساس را یک تمایزگذاری مشخص می‌کند. او باور دارد که تنها زمانی می‌توان مفهوم اساس را به دست آورد که فرد میان «اساس» و «قانون اساسی» تمایز بنهد. ایشان مخالفت خود را در واقع، این گونه نشان می‌دهد: «قابل قبول نیست که ابتدا «اساس» را در انبوه‌ای از قوانین اساسی منفرد منحل کنیم و سپس قانون اساسی را با ارجاع به برخی ویژگی‌های بیرونی یا حتی بر طبق روش اصلاح و تغییر آن تعریف نماییم؛ زیرا با این نگاه، هم مفهوم ذاتی نظریه دولت و هم مفهوم بنیادین نظریه اساسی به کلی گم می‌شوند» (Schmitt, 2008: 75). به خاطر انتقاد از چنین روش و رویکردی، او بر هانس کلسن که خود یکی از پوزیتیویست‌ها و تجربه‌گرا است انگشت انتقاد می‌گذارد و اشاره می‌کند که این یک اشتباه بود که یک معلم مشهور حقوق عمومی مرتکب شده بود و ادعا کرد که تبدیل اساس به «نوعی قانون موضوعه نتیجه فرهنگ سیاسی معاصر است» (Bernatzik, 26: 1899). او پس از تمایز گذاری، تصریح می‌کند که قانون اساسی به



مفهوم پوزیتو، به عنوان تصمیم کامل در مورد نوع و شکل وحدت سیاسی است. به برداشت وینکس، اشمیت می‌خواهد با وصف تمایزگذاری فوق‌الذکر به این موضوع ورود کند که اساس، نه قوانین اساسی که در یک متن می‌آیند، بلکه نظم اجتماعی پایدار و سخت است (Vinx, 2013: 101).

با این وصف، در برداشت پوزیتو، نگهبان اساس می‌تواند قدرت عمومی را اجرا کند و باید به عنوان قدرت مؤسس توجه داشته باشد و این نگهبان فقط در نهادی قضایی صرف نیست، بلکه سیاسی است. همان‌طور که در مفهوم نسبی، اساس را با ویژگی‌ها و عناصر متفاوت و برداشت متمایز که از آن داشت، آن را مجموعه‌ای از هنجارهای قانونی می‌دانست. در این نگاه نیز، اساس انعکاس شکل منسجمی از وجود جمعی است که در یک جامعه سیاسی وجود دارد (Vinx, 2013: 102). در مفهوم اساس به معنای پوزیتو، اساس هنجار یا مجموعه‌ای از هنجارها نیست، بلکه شکل بنیادین و دستور محکم و استوار اجتماعی و سیاسی است که از تصمیم قوه مؤسس و مردم نشأت می‌گیرد. در این حالت، کنش پایه‌گذاری یک اساس، شامل مجموعه‌های مجزای هنجارها نمی‌شود. دقیق برعکس، این کنش از طریق یک تصمیم تک مرحله‌کلّیت وحدت سیاسی را در نسبت با فرم وجودی خاص آن تعیین می‌کند. این کنش فرم و نوع وحدت سیاسی که وجودش قبلاً فرض گرفته شده را «تأسیس می‌کند». او به خاطر خلط نشدن این مقوله که وحدت سیاسی با تأسیس اساس به وجود می‌آید آن را نفی نموده و می‌گوید: «موضوع این نیست که وحدت سیاسی نخست در جریان «تأسیس یک اساس» می‌آید، بلکه این است که اساس در معنایی پوزیتو تنها شامل تعیین آگاهانه فرم کامل خاصی است که وحدت سیاسی در مورد آن تصمیم گرفته است. این فرم بیرونی می‌تواند خود را اصلاح کند و فرم‌های بنیادین جدید می‌تواند بدون پایان یافتن وحدت سیاسی مردم معرفی شود».

او برای ساده‌سازی مسئله، تبیین می‌کند که سوژه که توانایی کنش داشته باشد، همواره جزئی از فرایند اساس‌گذاری است. چنین تصمیمی یک تصمیم آگاهانه است که وحدت سیاسی به آن رسیده است و البته از زاویه قوه اساس‌گذاری آن را فراهم نموده است. اشمیت، با پشتوانه استدلال که به شکل انضمامی و به‌طور مصداقی بدان چنگ زده و برداشتش را

مبنی بر اینکه اساس باید همواره یک دولت جدید تأسیس کند، نفی می‌کند و با آوردن چند نمونه از تأسیس کشورهای جدید (مانند جریان تأسیس ۱۷۷۵ ایالات متحده آمریکا، تأسیس چکسلواکی در سال ۱۹۱۹ و فرانسه در سال ۱۷۸۹ و تأسیس روسیه در ۱۹۱۸) استدلالش را کامل می‌داند. در همه این موارد، اساس به مثابه تصمیم‌گیری آگاهانه برای تعیین وجود سیاسی در قالب فرم انضمامی وجود خود، ظهور یافت. بنابراین اساس اعتبار خود را از صحت هنجاری کسب نمی‌کند؛ زیرا اساسی که به واسطه اراده سیاسی موجود، آن هم به واسطه آنچه آن را وضع می‌کند، معتبر است. اساس به این مفهوم درواقع عینیت یافتن اساس مطلق است (Schmitt, 2008: 77).

او با چند واسطه منطقی و به تعبیر حقوقی، با چند قاعده گذاری، قانون اساسی را بر پایه یک اساس معتبر می‌داند که آن اساس هم نیازمند یک تصمیم سیاسی است که این تصمیم نیز مقدم بر قانون اساسی است. به عبارت واضح‌تر، تصمیمی که از سوی قدرت یا اقتداری اتخاذ شده و وجود آن بالفعل به لحاظ سیاسی موجود است. نظریه اشمیت درباره منطق حاکمیت و شکل‌گیری نفس قانون در وضعیت استثنایی، احتمالاً بهترین و گویاترین مثال برای فهم «منطق استثنا» به مثابه گره‌گاه یا مضمون و مسئله مشترک «مهم‌ترین روندها در نظریه معاصر» است (آگامبین و دیگران: ۱۴۰۱، ۱۸). بی‌گمان هر تصمیم سیاسی حق بودن و حق وجود داشتن خود را با خودش دارد. برای واضح شدن این ادعا، به اصل ۷۴ بند الف، تمسک می‌جوید و می‌گوید: ترکیب «وجود، یکپارچگی، امنیت و اساس» را می‌توان در آنجا به شکل کاملاً روشن ملاحظه نمود که به نوبه خود از قانون فدرال آلمان مصوب ۱۸ آگوست ۱۸۳۶ اقتباس شده است. این قانون فدراسیون اعلام کرد که هر اقدامی علیه وجود، یکپارچگی، امنیت یا اساس فدراسیون آلمان که از سوی هر یک از ایالات فدراسیون انجام گیرد، همچون حد اعلائی خیانت یا خیانت علیه سرزمین داوری و مجازات خواهد شد. همچنین قانون اساسی سوئیس مصوب ۲۹ می ۱۸۷۴ در مقدمه خود اعلام می‌دارد که هدف از میثاق تقویت فدراسیون و همچنین حفظ ارتقای «وحدت، قدرت و شرف» ملت سوئیس است.

قانون اساسی فدرال اعلام می‌کند که هدف فدراسیون: «دفاع از استقلال سرزمین پدری



علیه بیگانگان، بهره‌مندی صلح و نظم داخلی... است». لذا هیچ قانون اساسی نیست که فاقد این مفاهیم وجودی باشد (Schmitt, 2008: 76-77). از جهت دیگر، سوگند مندرج در قوانین اساسی هم سوگند به اساس است. بدین معنا که شکل وجود سیاسی است. علاوه بر آن، تغییر اساس با امعان نظر به اقتضای پوزیتیو بودن از طریق قوه مؤسس مصون است و فقط قدرت مؤسس است که می‌تواند آن را تغییر دهد (2Vinx, 2013: 10). اساس پوزیتیو، عینیت یافتن مفهوم مطلق و سرانجام یک تصمیم است؛ زیرا اختلاف اساسی در کشور با تصمیم اساسی حل می‌شود یا به بیان حقوقی، همان‌گونه که در لحظات بحرانی و وضعیت استثنای یک قدرت مستقل، باید تصمیم نهایی را اعلام کند، در این مفهوم نیز تصمیم سیاسی حرف نهایی را می‌زند. اگر از منظر اشمیت بنگریم در این مفهوم بین امر سیاسی و اساس پوزیتیو، رابطه نزدیک برقرار می‌گردد (Schmitt, 2008: 165).

۲-۴. مفهوم ایدئال اساس

کارل اشمیت در مفهوم اساس به معنای ایدئال به این امر می‌پردازد که به دلایل سیاسی، آنچه به عنوان اساس «واقعی» یا «اصیل» نامیده می‌شود، اغلب بیشترشان تنها با ایدئال خاصی از اساس مطابق دارد (Schmitt, 2008: 89). او برای اینکه این ادعا را با استدلال همراه کند، بحثشان را این‌گونه پی می‌گیرد که پیامد شیوه سخن گفتن معمول در منازعه سیاسی این است که هر حزب مبارز تنها قانون اساسی منطبق با خواسته‌های سیاسی خود را به عنوان اساس واقعی می‌شناسد. اگر تعارض‌های سیاسی و اجتماعی اصولی بسیار قوی باشند. با تقریب خوبی می‌توان نتیجه گرفت که یک حزب نام اساس را به طور کلی برای هر قانون اساسی که خواسته‌هایش را برآورده نماید انکار می‌کند. به طور خاص، بورژوازی لیبرال یک مفهوم ایدئال معین از اساس را در مبارزاتش علیه پادشاهی مطلقه وضع نمود و آن را به مثابه مفهوم اساس به معنای کلی شناسایی کرد (Schmitt, 2008: 89). از منظر گفتار لیبرالیسم بورژوازی تنها زمانی اساس وجود دارد که مالکیت خصوصی و آزادی شخصی تضمین شود. برعکس، برای دیدگاهی با گرایش مارکسیستی، اساسی که اصول حکومت بورژوایی، یعنی به طور خاص اصول مربوط به مالکیت خصوصی را به رسمیت می‌شناسد.

از دیدگاه اعتقادی و مذهبی مسیحیت، یک دولت تنها زمانی اساسی واقعی دارد که موقعیت اجتماعی و اقتصادی کلیسا احترام گذاشته و فعالیت عمومی آزاد و خودمختاری کلیسا را تضمین کند و از نهادهای آن، به عنوان بخشی از نظم عمومی محافظت کند و به همین مفهوم برداشت‌های متفاوت به تعداد دیدگاه‌ها و اعتقادات سیاسی گوناگون مفاهیم و اساس وجود دارد (Schmitt, 2008: 90). یک شخص تنها زمانی از اساس سخن می‌گوید که مطالبات آزادی بورژوازی تأمین شده و یک نفوذ سیاسی قاطع برای بورژوازا تأمین و تضمین شود. با این وجود دیگر آشکار نیست که هر دولتی «اساس» دارد، بلکه دولت‌های با اساس و دولت‌های بی‌اساس وجود دارند (فروغی، ۱۳۸۲: ۲۹). دولت‌های «اساسی / مشروطه» و دولت‌های «غیراساسی / غیر مشروطه». حتی شخص می‌تواند از «تأسیس یک دولت اساسی»، سخن بگوید؛ یعنی از تأسیس دولتی که با یک اساس معنای خاص کلمه متناظر باشد (Schmitt, 2008: 89). سخنی که به باور او، اگر یک برنامه سیاسی خاص در پس پشت این تلقی از اساس نباشد، بی‌معنا خواهد بود. در تاریخ اساس مدرن، یک مفهوم ایدئال خاص چنان با موفقیت تثبیت شد که قرن هجدهم تنها قوانین اساسی مطابق با خواسته‌های آزادی بورژوایی و حاوی ضمانت‌های خاصی برای این نوع آزادی «اساسی» نامیده شد. این مفهوم که مساوی با نظام تضمین آزادی‌های بورژوایی است، مبتنی بر تقسیم اساس آزاد و غیرآزاد^۱ که بی‌نهایت مبهم و نا روشن است (90-92: Schmitt, 2008) و در نهایت مفهوم ایدئال اساس، نسخه سیاستمداران^۲ اساس مطلق است؛ زیرا اشمیت، در اندیشه سیاسی و مفهوم امر سیاسی بر تمایز دوست و دشمن تأکید می‌کند. اساس ایدئال او هم بر همین اصول و مفهوم استوار است. بدین رو حتی مفاهیمی همچون آزادی، عدالت، نظم عمومی و امنیت تفسیر خاص می‌شوند و در یک کلام، همه این مفاهیم ذیل ایده دوست و دشمن قرار می‌گیرد؛ (90-89: Schmitt, 2008) یعنی اساس ایدئال از منظر اشمیت، عینیت داد.

۱. اشمیت در کتاب حقوق اساسی تطبیقی‌اش به «قوانین اساسی آزاد» می‌پردازد. از منظر او قوانین اساسی آزاد، عبارت‌اند از قوانین اساسی انگلستان، ایالات متحده آمریکا و فرانسه و همچنین قوانین اساسی که تحت تأثیر این‌ها بوده‌اند و با نوع آنها مطابقت دارند. قوانین اساسی سلطنت مشروطه آلمان و قانون اساسی رایش آلمان در سال ۱۸۷۱ مورد توجه قرار نمی‌گیرند؛ زیرا قانون اساسی آزاد از این نوع نیستند. در مقابل، قانون اساسی وایمار در سال ۱۹۱۹ البته در ویرایش‌های جدید آن، مورد توجه قرار گرفته است.

نتیجه‌گیری

ضمن اینکه مفهوم اساس معانی متکثر و متفاوت دارد، طبق یک دسته‌بندی به چهار نوع تقسیم می‌شود. اساس مطلق، اساس نسبی، اساس پوزیتو و اساس ایدئال. اساس در مفهوم مطلق شامل همه اشیا، اجزا، انسان‌ها، کار و فعالیت مشترک می‌شود که در عالم هستی وجود دارد؛ زیرا هر چیزی که در عالم وجود دارد، منضم در یک «اساس» است و سه برداشت از آن می‌شود. در معنای نخست (اساس به مثابه یک کل)، شکل وجودی دولت و نظم اجتماعی یک دولت مشخص است؛ یعنی اشاره به موقعیت و وضعیت کاملی دارد که در آن شرط امکان اتحاد سیاسی کلیه افراد و اشخاص جامعه به عنوان یک کل ممکن شود. در معنای دوم (اساس به مفهوم مطلق یا همچون کل) «فرم خاص» از دولت می‌باشد. که جزئی از هر دولتی است؛ مثل دولت مونارشی، آریستوکراسی و یا دموکراسی... و به تعبیر این فرم، از هستی سیاسی دولت غیر انفکاک است؛ اما واژه فرم، متضمن چیزی بالفعل موجود است؛ یعنی یک «وضعیت» نه چیزی از سنخ اصل حقوقی، قاعده حقوقی حتی فرمان هنجاری. بنابراین، دولت اساس ندارد، بلکه خود با تعین بخشی که در قالب و فرم‌های خاص دارد، خود اساس است. در معنای سوم (اساس به مثابه یک کل) معنای اساس یک امر دینامیک وحدت سیاسی یا همواره نوشونده است نه ایستاتیک.

دومین معنای اساس، نسبی است یعنی یک اساس وحدت یافته در کلیت که در هیئت قانون اساسی منفرد ظهور می‌یابد. در این مفهوم، اساس بر مبنای صوری تعریف می‌شود که بیرونی و فرعی است. با این حال، اساس در معنایی نسبی، یعنی قانون اساسی منفرد. هرچند این صوری بودن، همه چیز را غیرقابل تشخیص می‌کند. این قبیل تفصیلات اساسی، در رویکرد مطلقاً «فرم‌گرایانه» و «نسبی‌گرایانه» به حقوق، همه به یک اندازه، «بنیادین» هستند با این وجود، بدیهی است که در چنین مصادیقی از فرمالیزاسیون، این مقررات فردی به هیچ وجه ویژگی اساسی بودن را حفظ نمی‌کنند و مقررات بنیادین اصیل نیز به سطح تفصیلات قانون اساسی فرو کاسته می‌شود.

سومین معنای اساس، پوزیتو است که در نقد و تعریض اندیشه هانس کلسن مطرح می‌شود؛ زیرا کلسن، قانون اساسی را به مفهوم پوزیتیویستی فهم کرده و به عنوان تصمیم





کامل در مورد نوع و شکل وحدت سیاسی می‌دانست؛ اما اشمیت، با وصف تمایزگذاری بین قانون اساسی و اساس، به این موضوع ورود می‌کند که اساس، نه قوانین اساسی که در یک متن می‌آیند، بلکه نظم اجتماعی پایدار و سخت است. چهارمین نوع اساس، اساس ایدئال است که مفهوم ایدئال اساس، نسخه سیاستمدارانۀ اساس مطلق است؛ زیرا اشمیت همانطوری که در اندیشه سیاسی و مفهوم امر سیاسی بر تمایز دوست و دشمن تأکید می‌کند، اساس ایدئال او هم بر همین اصول و مفهوم استوار است. لذا حتی مفاهیمی چون آزادی، عدالت، نظم عمومی و امنیت تفسیر خاص می‌شوند و همه این مفاهیم ذیل ایده دوست و دشمن قرار می‌گیرد و وجه حقوقی و سیاسی پیدا می‌کند.



فهرست منابع

منابع فارسی

۱. اشمیت، کارل، (۱۳۹۵)، *مفهوم امر سیاسی*، (ترجمه: سهیل صفاری)، تهران: نشر نگاه معاصر.
۲. آگامبن، جورج و دیگران، (۱۴۰۱)، *قانون و خشونت* (گزیده مقالات)، تهران: نشر نی.
۳. تقی زاده، جواد، (۱۳۸۶)، «مسئله اساسی سازی نظم حقوقی» پژوهش های حقوقی، دوره ۶، شماره ۱۱، بهار و تابستان.
۴. شوالیه، ژاک، (۱۳۹۶)، *دولت پسامدرن؛ مطالعه تطبیقی تحولات معاصر در حقوق اساسی و اداری*، (ترجمه: سید مجتبی واعظی)، تهران: نشر مجد.
۵. فروغی، محمدعلی، (۱۳۸۲)، *حقوق اساسی یعنی آداب مشروطیت دول*، تهران: نشر کویر.
۶. قاضی، سید ابوالفضل، (۱۳۹۵)، *بایسته های حقوق اساسی*، تهران: نشر میزان.
۷. مراد خانی، فردین، (۱۴۰۰)، «مفهوم قانون اساسی در اندیشه کارل اشمیت» فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۱، شماره ۲.
۸. موسی زاده، ابراهیم، (۱۴۰۰)، *حقوق اساسی*، تهران: نشر دادگستر.
۹. مؤذنی، روح الله، (۱۳۹۳)، *حقوق عمومی اقتصادی*، تهران: نشر مجد.

منابع انگلیسی

10. Schmitt, Carl.(1899) Constitutional theory. Bernatzik_Grunhhuts Zeitschrift Fur Das Privat_und Offentlich Resht DeGegenwart, Vol.
11. Vinx Lars (2013), Carl Schmitt and the analogy between constitutional and International law” globol caotitutinalism, Vol.21, issue 1, Marc.
12. Waldron, Jeremy.(2010). Constitutionaalism: A Skeptical View.philip A. Hart Memorial Lecture.
13. Schupmans, Benyamin (2015), Leviathan run aground: Carl Schmitt theory and militate democracy, THESIS PHD. Colombia university.

14. Murkens, Jo eric khushal (2013), From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law since 1871, Oxford university, press.
15. Countinho, lars pereira and massimo latorr-Steven smith.(2015) judicial activism. Can interdisciplinary approach and European experiencing, experiengar,press.
16. Kenedey, Elln (2004), Constitutional failure. carl schmit in Weimar, London: duke university press.



بررسی حقوق گردشگران خارجی در قوانین افغانستان

سید حسن انوری^۱

چکیده

امروزه گردشگری یکی از نیازهای اساسی در فرهنگ مدرن جهانی به شمار می‌رود که تأثیرات قابل توجهی بر اقتصاد و تجارت کشورهای مختلف دارد. برای همین، کشورها تلاش دارند تا صنعت گردشگری خود را توسعه داده و توریست‌های خارجی را جذب کنند. این امر نه تنها به رشد اقتصادی کمک می‌کند، بلکه نیاز به شناخت و تضمین حقوق گردشگران در قوانین داخلی کشورها را نیز اجتناب‌ناپذیر می‌سازد. هدف از این تحقیق بررسی حقوق توریست‌های خارجی در قوانین افغانستان است و سعی دارد که با استفاده از روش تحلیلی توصیفی، حقوق عمومی گردشگران در نظام حقوقی افغانستان را مورد تحلیل قرار دهد. سؤال اصلی تحقیق این است که «حقوق گردشگران خارجی در افغانستان چه جایگاهی دارد و چگونه قوانین داخلی این کشور، این حقوق را به رسمیت می‌شناسد». یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که طبق قانون اساسی افغانستان، حقوق گردشگران خارجی همچون امنیت جانی و مالی، حق عبور و مرور، حق انتخاب اقامتگاه، و حق دسترسی به کنسولگری و دادگاه‌ها در سطح بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. از سوی دیگر، گردشگران نیز موظفند که به قوانین و فرهنگ‌های داخلی افغانستان احترام بگذارند تا در تضاد با اصول اخلاقی و اجتماعی قرار نگیرند.

کلیدواژه‌ها: توریست، حق سیاحت، حقوق گردشگران، قوانین افغانستان، تعهدات گردشگران

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

ایمیل: Anwary1373@gmail.com

مقدمه

انسان همیشه به دنبال تجربه، شادی روحی، جسمی و پیشرفت مادی و معنوی است. از این رو برای کسب آن در طول زندگی فعالیت‌های متفاوتی از جمله سفر و سیاحت به مکان‌های تاریخی و طبیعت‌های دیدنی دیگر شهرها و کشورها برای تفریح، تحقیق، آشنایی با فرهنگ‌های جدید و حتی توسعه تجارتی داشته باشد. لذا با توجه به اصل آزادی، حق دارد در هر جایی که بخواهد، سفر و سیاحت کند، ولی این سیاحت وقتی به کشور دوم باشد، قطعاً دارای محدودیت‌هایی است. از این لحاظ، امروزه سازمان ملل مطابق ماده ۲۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر، و مطابق ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، سیاحت و توریست را به‌عنوان یک حق اساسی بدون تبعیض نژادی، جنسیتی، زبانی، سمتی، دینی، سیاسی و... به رسمیت شناخته تا عبور و مرور شهروندان به کشور ثالث، آسان‌تر باشد. در بند (۲) همین ماده بیان شده که هر کس می‌تواند به‌صورت آزادانه کشور خود یا کشوری دیگری را ترک نموده و به کشور مورد هدف سفر نماید. بر این اساس کشورهای عضو سازمان ملل به‌صورت تدریجی، حمایت از توریست‌ها و گردشگران جهانی را در قوانین داخلی خویش لحاظ کرده است. در این تحقیق، به بررسی حقوق گردشگران خارجی در قوانین داخلی پرداخته‌ایم؛ زیرا تا کنون مقاله یا تحقیقی در این زمینه منتشر نشده یا به دست ما نرسیده است. هدف این تحقیق تعیین حقوق گردشگران در نظام حقوقی افغانستان است تا از این طریق، جذب گردشگران افزایش یابد و ترغیب آن‌ها به بازدید از کشور بیشتر شود و امکان کسب درآمد بیشتر از این مسیر فراهم گردد.

بنابراین قانون‌گذاران افغانستان علاوه بر پذیرش حقوق بنیادین و اساسی افراد تحت حاکمیت خود، در ماده (۷) قانون اساسی، حکومت افغانستان را ملزم کرده‌اند تا منشور سازمان ملل، اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های بین‌المللی که کشور عضویت آن‌ها را دارد، رعایت و اجرا کند. در این مقاله، تلاش می‌شود تا با توجه به پذیرش حقوق گردشگران در قوانین بین‌المللی، حقوقی که قانون‌گذار افغانستان برای گردشگران در قوانین داخلی به رسمیت شناخته است، مورد بررسی قرار گیرد و با استفاده از مفاد قوانین، این حقوق به‌صورت روشن و دقیق بیان شود.



۱. مفهوم شناسی حق سیاحت

سیاحت بخش از فرهنگ معاصر است (لانکوار، ۱۳۸۱: ۱۰) که تعاریف متعدد برای آن بیان شده است. در لغت به معنای مسافر و سیاحت کننده آمده؛ یعنی مسافرت و ترک محل دائم به صورت موقتی با هدف لذت بردن و خوش گذراندن به جای دیگر (قائمی، ۱۳۹۹: ۱۵۷) که واژه معادل آن در زبان انگلیسی (tourism) است. به معنای سفر با هدف لذت بردن یا کسب درآمد. سازمان بین المللی توریسم، تا کنون چندین تعریف از توریسم ارائه کرده که طبق آخرین تعریف این سازمان، «توریسم یا توریستی، مجموعه اقداماتی است که یک فرد یا گروه در مکانی غیر از محیط معمول زندگی خود انجام می دهند و این سفر بیش از یک سال طول نمی کشد و هدف از آن سرگرمی، تفریح، استراحت، ورزش و فعالیت های از این قبیل است» (ویسی، مهمان دوست، ۱۳۹۴: ۱۴۰). لذا امروزه با جهانی شدن توریسم و فراهم شدن زمینه های مساعد برای سیاحت در کشورهای مختلف و ایجاد سازمان بین المللی توریسم، معنا و مفهوم توریسم تغییر یافته و گردشگران علاوه بر حقوق طبیعی خود از حقوق جدید و امتیازات ویژه برخوردار شده اند.

از این رو کشورهای که عضو سازمان ملل و سازمان بین المللی توریسم بوده، بر شناخت حقوق گردشگران جهانی و فراهم کردن تسهیلات و امکانات جهت جذب آن ها در کشور تلاش می کنند. تا از این طریق بتوانند اهداف اقتصادی کشور خود را تأمین نموده تا نقش و عظمت ملت را در صحنه بین المللی تثبیت کند (احمدی، جعفری، حسینی صدرآبادی، ۱۳۹۹: ۵۶۷). قانون گذار افغانستان نیز با توجه به حفظ حقوق طبیعی و انسانی هر انسان، مطابق ماده (۷) قانون اساسی مصوب سال ۱۳۸۲، دولت را مکلف ساخته که منشور سازمان ملل، اعلامیه جهانی حقوق بشر و معاهدات و میثاق های بین المللی که دولت افغانستان عضو آن است، تطبیق و اجرا نماید؛ زیرا با تطبیق و رعایت این ماده، حقوق توریسم خارجی در افغانستان به وجه احسن در نظر گرفته خواهد شد.

از طرف دیگر در فقره (۱) ماده (۲) قانون توریسم که هنوز اعتبار داشته و حالت اجرایی دارد، در سال ۱۳۵۷ به تصویب شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان رسیده، سیاح یا توریسم را تعریف کرده است. «سیاح: شخصی که از کشوری غیر از کشوری که در

آن زیست می‌کند بازدید نماید مشروط بر اینکه در آنجا به وظیفه‌ای که در مقابل آن پرداخت مشخص صورت می‌گیرد مشغول نشود. این بازدید به مقصد تفریح، استراحت، رخصتی، معالجه، تحقیق، تتبع، سپورت، تجارت و دیدن اقارب بوده شامل هیئت‌های اعزامی و جلسات نیز است و حداقل (۲۴) ساعت اقامت را احتوا می‌نماید». این تعریف اشاره به سیاح و توریسم خارجی دارد متوجه حال سیاح داخلی از شهر به شهری کشوری توریسم نیست. پس افرادی که از کشور خود به صورت فردی یا گروهی به مقصد تفریح، استراحت، معالجه، تحقیق، تجارت، سپورت و ملاقات اقارب و دوستان خویش به کشوری ثالث به صورت رسمی سفر نموده که بیشتر از (۲۴) ساعت و کمتر از یک سال باشد، سیاح یا توریسم خارجی گفته می‌شود.

۲. مبانی حق سیاحت

انسان‌ها به طور طبیعی از حق ذاتی گردشگری برخوردارند. به دلیل ماهیت ذاتی این حق، برای ماهیت انسان این حق ضروری محسوب می‌شود و نمی‌تواند مختص افراد خاص در یک سرزمین خاص باشد. به عبارت دیگر، همه انسان‌ها در منشأ و اصل خود برابر هستند و عواملی چون زبان، نژاد، دین، جنسیت و ملیت تنها می‌توانند تفاوت‌هایی در میان آن‌ها ایجاد کنند، نه اینکه حقوق آنان را سلب کرده و تبعیضی قائل شوند (احمدی، جعفری، حسینی صدرآبادی، ۱۳۹۹: ۵۶۷). لذا این حق ذاتی توریستی و اصل آزادی رفت و آمد یکی از مهم‌ترین حقوق بشر و آزادی‌های عمومی است. بر اساس این اصل، هر کس حق دارد آزادانه در داخل کشور خود سیاحت کند و حتی آن کشور را ترک کند یا به آن بازگردد. پس هیچ کشوری نمی‌تواند مرزهای خود را به روی شهروندان خود بسته نماید تا مردم نتوانند کشور را ترک کنند. یا کشوری دیگری نمی‌تواند بدون دلیل مانع ورود تبعه خارجی شوند و این حق را از آن سلب کند (مقامی و درودگر، ۱۳۹۶: ۱۶۱). البته این حقوق و آزادی‌ها تا قرن هجدهم تنها بر محور اعتقادات مذهبی و دینی رشد کرده بود، ولی بعد از انقلاب استقلال آمریکا و انقلاب فرانسه در سال ۱۷۸۹ وسعت پیدا کرد تا اینکه امروزه با حمایت سازمان ملل، کشورهای دنیا با میزان تفاوت این حقوق و آزادی‌ها را در قانون اساسی به رسمیت شناخته و افکار عمومی جهانی روز به روز آماده پذیرفتن چنین حقوق و آزادی‌ها



می‌شوند (احمدی، جعفری، حسینی صدرآبادی، ۱۳۹۹: ۵۶۸). بنابراین لازم است این حقوق و آزادی‌ها در اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی به‌صورت جداگانه مورد بحث قرار داد.

۱-۲. حق سیاحت در اسناد بین‌المللی

با شناسایی حیثیت و کرامت ذاتی انسان، تمام انسان‌ها دارای حقوق و آزادی‌های برابرند. از این‌رو سازمان ملل اعلامیه جهانی حقوق بشر را آرمان مشترک تمام مردمان و ملت‌ها اعلام می‌کند تا همه افراد و نهادهای جامعه، این اعلامیه را همیشه در نظر داشته باشند و با همکاری تعلیم و تربیت، رعایت این حقوق و آزادی‌ها را توسعه دهند و با تدابیر فزاینده ملی و بین‌المللی، شناسایی و اجرای جهانی و مؤثر آن‌ها را چه در میان مردمان کشورهای عضو و چه در میان مردم سرزمین‌هایی که در قلمرو آن‌ها هستند، تأمین کنند (احمد، جعفری، صدرآبادی، ۱۳۹۹، ۵۷۷-۵۸۱). براین اساس در ماده (۲۴). اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده (۱۲) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، تفریح و سیاحت یک حق اساسی بدون تبعیض نژادی، جنسیتی، زبانی، سمتی، دینی و سیاسی به رسمیت شناخته شده تا افراد بتوانند به کشور دوم سفر و سیاحت نمایند.

آنچه پایه و اساس حق سیاحت را توجیه می‌نماید، حق آزادی عبور و مرور است. انسان‌ها در عبور و مرور از جایی به جای دیگر در داخل کشور یا بیرون از کشور، از آزادی برخوردارند، مگر اینکه مطابق قانون محدودیتی وضع شده باشد. پس افراد به‌صورت انفرادی یا گروهی، می‌توانند کشور خویش را ترک نموده و به کشور دیگری تحت عنوان سیاح و توریست عازم شوند. این کشورها نمی‌توانند مانع رفت و آمد آن‌ها شوند، مگر وقتی که بر امنیت و نظم عمومی جامعه، لطمه‌ای وارد گردد (خدابخش، تجریشی، ۱۳۹۴: ۳).

در بند ۲۱ ماده ۱۳ اعلامیه حقوق بشر آمده است: «هر کس حق دارد که در داخل هر کشوری آزادانه عبور و مرور و محل اقامت خود را انتخاب کند. هر کس حق دارد هر کشوری و از جمله کشور خود را ترک کند یا به کشور خود بازگردد». مؤید این دو بند، در بند الف ماده ۲۰ اعلامیه حقوق بشر اسلامی نیز آمده: «هر انسانی حق دارد که آزادانه از محلی به محل دیگر منتقل شود و محل اقامت خود را در شهرها و کشورهای اسلامی یا خارج از آن‌ها در موقع ضرورت انتخاب کند». در این صورت حق تمام مردم برای

عبور و مرور آزادانه بین کشورهای مختلف، تضمین می‌شود و امنیت جانی، مالی و حریم خصوصی توریست‌ها نیز تأمین باشد.

۲-۲. حق سیاحت در قوانین داخلی

افغانستان در ۱۹ نوامبر ۱۹۴۶ میلادی به عضویت سازمان ملل متحد درآمد. این کشور از آن زمان تاکنون، فراز و نشیب‌های سیاسی زیادی را پشت سر گذاشته و در برخی از این مقاطع زمانی، قوانین بین‌المللی که افغانستان آن‌ها را پذیرفته، به‌طور کامل و دقیق اجرا نشده است. با این حال، پس از تشکیل جمهوری اسلامی افغانستان و تصویب قانون اساسی در سال ۱۳۸۲، قانون‌گذار بر اساس ماده ۳۹ این قانون، حق سیاحت و گردشگری را برای شهروندان خود در داخل و خارج کشور به رسمیت شناخته است. در این ماده آمده است: «هر افغان حق دارد به هر نقطه کشور سفر نماید و مسکن اختیار کند، مگر در مناطقی که قانون ممنوع قرار داده است. هر افغان حق دارد مطابق به احکام قانون به خارج افغانستان سفر نماید و به آن عودت کند». یعنی تمام شهروندان این حق را دارند در هر جای از وطن و یا خارج، سفر و سیاحت نماید و دوباره به اقامتگاه خویش عودت نمایند. هرچند نمی‌توان حقوق گردشگران خارجی را به‌صورت روشن از این ماده استنباط کرد؛ اما مطابق ماده (۷) قانون اساسی حکومت افغانستان مکلف است که منشور سازمان ملل، اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های بین‌المللی که عضویت آن را دارد، تطبیق و رعایت کند.

بر این اساس مطابق ماده (۷) قانون اساسی دولت افغانستان مکلف به رعایت اعلامیه حقوق بشر و میثاق‌های بین‌المللی گردیده و تمام حقوق بنیادین و اساسی گردشگران خارجی را در قلمرو حاکمیت خویش پذیرفته است؛ زیرا حقوق بنیادین و اساسی گردشگران خارجی در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که در فوق بحث شده، بدون تبعیض نژادی، جنسیتی، زبانی، دینی و سیاسی به رسمیت شناخته شده است. افغانستان این اعلامیه و میثاق را پذیرفته و مکلف به رعایت آن است. لذا نمی‌تواند از مسئولیت تأمین امنیت جان و مال توریسم‌های خارجی بر اساس اصل حاکمیت صلاحیت سرزمینی فرار کرد و این حقوق را رعایت نکند.

از طرف دیگر در ماده (۵۷) قانون اساسی آمده است: «دولت حقوق و آزادی‌های اتباع



خارجی را در افغانستان، طبق قانون تضمین می‌کند. این اشخاص در حدود قواعد حقوق بین‌المللی به رعایت قوانین دولت افغانستان مکلف می‌باشند». از همین رو بر اجرایی ماده (۵۷) قانون اساسی، مطابق ماده (۵۸) این قانون، «دولت به منظور نظارت بر رعایت حقوق بشر در افغانستان و بهبود و حمایت از آن، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را تأسیس می‌نماید. هر شخص می‌تواند در صورت نقض حقوق بشری خود، به این کمیسیون شکایت نماید». کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را تأسیس نموده، تا بتواند حقوق بشری تمام افراد اعم از داخلی و خارجی را به وجه احسن رعایت و اجرایی نماید. مؤید این ماده در بند (۲۰) ماده (۲۱) قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان بیان شده، کمیسیون مستقل حقوق بشر مکلف است جهت تحقق و رعایت حقوق بشری با سازمان ملل متحد و سایر مؤسسات منطقه‌ای و بین‌المللی در حدود صلاحیت خویش همکاری نماید.

۳. تأمین حقوق گردشگران در کشور میزبان

سیاحت یکی از حقوق فطری و اساسی هر انسان است که پس از پذیرفته شدن این حق، کشورها نمی‌توانند حقوق و آزادی‌های دیگر آن را که غیرقابل سلب است، نادیده بگیرند؛ زیرا وقتی انسان اجازه سیاحت را داشته باشد و کشوری دیگر او را به عنوان سیاح بپذیرد، کشور میزبان موظف است که حقوق و آزادی‌های عمومی که با طبیعت و سرشت انسان مرتبط است و بشریت به دلیل انسان بودن از آن برخوردار است، به رسمیت بشناسد. از این رو، تفاوتی بین شهروند و خارجی وجود ندارد. از ویژگی‌های بارز این حقوق و آزادی‌ها می‌توان به غیرقابل انتقال بودن، شامل همه انسان‌ها بودن و غیرقابل تغییر بودن آن اشاره کرد (غریبه، ۱۳۹۰: ۱۹۲). اگرچه این حقوق و آزادی‌ها تا قرن هجدهم عمدتاً محدود به عقاید مذهبی بودند، از آن زمان به بعد و به‌ویژه پس از انقلاب‌های امریکا و فرانسه در سال ۱۷۸۹، گسترش یافته و به تدریج در قوانین اساسی و عادی کشورها جای گرفتند (توکلی طبسی، ۱۳۸۳: ۱۱).

چنانکه امروزه یکی از عوامل مهم، شرط احقاق حقوق توریستی مقررات حقوقی کشورهاست که نقش اساسی در توسعه صنعت توریستی دارد (کارگر، ۱۳۸۶: ۵). این

رویه کشورها را واداشته تا با اتخاذ محدودیت‌ها و راه‌حل‌هایی آن را در جهت پایداری هدایت کنند (فهودی و شورجه، ۱۳۸۲: ۲۳). تدوین قوانین و مقررات در جهت حمایت از گردشگران و ایجاد امنیت برای آن‌ها امری ضروری است؛ زیرا ورود گردشگران خارجی به هر کشور و رونق توریستی خارجی تا حد زیادی با قوانین و مقررات که از حقوق آن‌ها حمایت کند، مرتبط است.

ضرورت اصلی طرح چنین موضوعی نه تنها از منظر اقتصادی، بلکه برای بازگرداندن عظمت ملت در عرصه بین‌المللی، امری ضروری است. با اندکی تأمل در این زمینه، می‌توان دریافت که جذب گردشگران به هر کشور علاوه بر دارا بودن جاذبه‌های توریستی (طبیعی و مصنوعی)، نیازمند پیش‌شرط‌هایی است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها تأمین حقوق و آزادی‌های گردشگران است. امنیت و آزادی، به‌عنوان اصول بنیادین، در کنار شرایط جذاب هر کشور، نقشی اساسی در این حوزه دارند. بر این اساس، در این بخش تلاش شده که حقوق و آزادی‌های اساسی گردشگران خارجی که در قوانین افغانستان باید رعایت شود، روشن شده تا گردشگران با اطمینان خاطر بدانند که حقوق و آزادی‌های آنان پس از ورود به افغانستان محفوظ است.

۳-۱. حق کرامت انسانی

امروزه مهم‌ترین مسئله حقوقی، حقوق عمومی انسان‌هاست که اساسی‌ترین مبانی حقوق بشر، کرامت و حیثیت فطری انسان مبنا قرار داده می‌شود (مهرپور، ۱۳۷۴: ۳۶۰). خداوند متعال در قرآن کریم آیه ۷۰ سوره اسراء می‌فرماید: «و ما فرزندان آدم را بسیار گرامی داشتیم و آن‌ها را بر مرکب‌های خشکی و دریا سوار کردیم و از هر غذای لذیذ و پاکیزه روزی دادیم و بر بسیاری از مخلوقات خود برتری و فضیلت عظیمی بخشیدیم». از این آیه معلوم می‌شود که خداوند نوع انسان را بر دیگر موجودات جهان، برتری داده و بر همین اساس همه انسان‌ها باید کرامت و حیثیت را برای همدیگر به‌عنوان یک حق بشناسند و خود را در برابر آن حق مکلف ببینند (غریبه، ۱۳۹۰: ۲۰۳). یعنی ذاتی بودن کرامت انسانی که ناشی از وجود روح خداوند در بشر است، همه نظام‌های حقوقی و اخلاقی کرامت ذاتی را بر همه انسان‌ها به رسمیت شناخته‌اند و رعایت این حق را لازم می‌شمارند. اعتقاد بر این است که



تا زمانی که انسان با اختیار خود با ارتکاب جنایتی آن را از خود سلب نکند، از این صفت شریف برخوردار است (بسته‌نگار، ۱۳۸۰: ۱۹۶).

بنابراین سازمان ملل نیز در مقدمه اعلامیه حقوق بشر بیان نموده: «از آنجا که شناسایی حیثیت ذاتی کلیه اعضای خانواده بشری و حقوق یکسان و انتقال ناپذیر آنان اساس آزادی، عدالت و صلح را در جهان تشکیل می‌دهد». از همین لحاظ سازمان ملل در بسیاری از میثاق‌ها مخصوص در ماده (۱۰) «تمام افرادی که از آزادی محروم می‌شوند باید با آن‌ها از دریچهٔ انسانیت و احترام که حق ذاتی شخص انسان است، رفتار شود» یا در ماده (۱۷) آمده که «هیچ‌کس نباید در زندگی خصوصی، خانوادگی، خانه و یا مکاتبات، مورد دخالت خودسرانه یا خلاف قانون قرار گیرد. همچنین نباید شرافت و حیثیت او مورد تعرض غیر قانونی واقع گردد». در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بر کرامت و حیثیت ذاتی بشر تأکید شده است (حقیقت پور، ۱۳۹۲: ۱۰). لذا قانون‌گذار افغانستان در بند ۲ ماده (۲۴) قانون اساسی آورده است: «آزادی و کرامت انسان از تعرض مصون است. دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف می‌باشد». کرامت انسانی در مواد (۲۳)، (۳۴، ۳۷، ۳۸ و...) نیز به عنوان حق به رسمیت شناخته شده است. با توجه به مطالب فوق، کشورها و ملت‌ها مکلف است که کرامت و حیثیت ذاتی گردشگران را در قلمرو سرزمینی خویش حفظ کند و احترام در خور شأن توریست‌ها رعایت شود که دولت و ملت مسلمان افغانستان، این حق را به تمام خارجی‌ان قائل بوده و است.

۲-۳. حق امنیت

حق امنیت یکی از اساسی‌ترین حقوق بنیادین گردشگران است که در صدر اسناد حقوقی کشورها و اسناد بین‌الملل قرار دارد؛ زیرا این حق سبب استیفای دیگر حقوق افراد می‌شود (علیزاده، کاویانی، ۱۳۹۰: ۲۵۸). چون در صورت عدم امنیت، هیچ فردی نمی‌تواند از دیگر حقوق خویش مستفید گردد و امنیت اساس و پایه دعوت نمودن گردشگران در کشور است؛ یعنی سیاح زمانی به سیر و سیاحت اقدام می‌نماید که امنیت جانی، مالی و صحی خویش را در کشور مورد نظر احساس کند و کشور میزبان این حق را از نگاه قانونی و عملی برای گردشگران اجرایی نموده و از قبل اعلان کرده باشد.

بنابراین قانون‌گذار افغانستان مطابق قانون اساسی، حق امنیت را که شامل امنیت جانی و مالی است، یکی از وظایف اصلی و اساسی حکومت دانسته و دولت را مکلف کرده که امنیت را برای کلیه افراد تأمین نماید؛ زیرا در ماده (۲۳) این قانون آمده: «زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان است. هیچ شخص بدون مجوز قانونی از این حق محروم نمی‌گردد». منظور قانون‌گذار در این ماده از «زندگی»، حق حیات انسان است که هیچ‌کسی نمی‌تواند بدون حکم آن را سلب کند. همچنین در ماده (۴۰) قانون اساسی آمده: «ملکیت از تعرض مصون است. هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی‌شود، مگر در حدود احکام قانون. ملکیت هیچ شخص، بدون حکم قانون و فیصله محکمه باصلاحیت مصادره نمی‌شود». پس طبق مفاد این ماده، اموال افراد از تعرض مصون است و هیچ‌کس نمی‌تواند بدون حکم قانون و فیصله محکمه، اموال کسی را تصرف و مصادره کند.

با بررسی مواد قانون اساسی روشن شد که دولت مکلف است تا مطابق مواد فوق قانون اساسی، امنیت جانی و مالی شهروندان را تأمین کند که درباره اتباع خارجی، چنین تکلیفی به صورت صریح بیان نگردیده؛ اما در ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده: «هرکس حق دارد از حیات، آزادی و امنیت شخصی برخوردار باشد» و در ماده ۱۷ این اعلامیه آمده: «هر شخص، منفرداً یا به طور جمعی حق مالکیت دارد. هیچ‌کس را نمی‌توان خودسرانه از حق مالکیت محروم نمود». علاوه بر این، در بندهای ماده (۹) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در رابطه با حق امنیت آمده است: «هرکس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ‌کس را نمی‌توان خودسرانه دستگیر، بازداشت و زندانی کرد. از هیچ‌کس نمی‌تواند سلب آزادی کرد مگر طبق قانون»، ولی می‌توان از ماده (۷) قانون اساسی استنباط کرد که دولت به رعایت اعلامیه حقوق بشر و میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان عضو آن است، مکلف است و امنیت جانی و مالی اتباع خارجی مخصوصاً گردشگران را تأمین نماید.

۳-۳. حق آزادی عبور و مرور

حق آزادی رفت و آمد پایه و اساس حق سیاحت است که از مهم‌ترین حقوق و آزادی‌های افراد محسوب می‌شود. مطابق این حق، تمام افراد می‌توانند به هر جایی از کشور و خارج از آن سفر و سیاحت نمایند و اصل بر این است که هیچ کشور نمی‌تواند مرز خویش را بدون



موجب به روی افراد خارجی ببندد تا افراد خارجی نتواند به داخل کشور ورود کند، ولی در پذیرفتن اصل آزاد بودن، مرز به روی اتباع خارجی اتفاق نظر وجود ندارد؛ زیرا مخالفین این اصل براین باورند که بر اساس مصالح و امنیت کشور، کشورها این صلاحیت را دارند که مرز خویش را برای اتباع خارجی ببندند و اجازه ورود به آن‌ها ندهند، ولی اعتدال‌گراها بر این باورند که در صورتی که به مصالح و امنیت عمومی خدشه وارد نشود، کشورها باید به اتباع خارجی که با هدف سیاحت یا غیرازاین می‌خواهند در کشور سفر نمایند، اجازه ورود دهند (غریبه، ۱۳۹۰: ۱۹۹).

در ماده (۱۳) اعلامیه حقوق بشر آمده: «هرکس حق دارد که در داخل هر کشوری آزادانه عبور و مرور کند و محل اقامت خود را انتخاب نماید. هر کس حق دارد هر کشوری و از جمله کشور خود را ترک کند یا به کشور خود بازگردد». پس این اصل آزادی عبور و مرور و انتخاب اقامت را سازمان ملل و کشورهای عضو پذیرفته و به اجرای آن مکلف هستند مگر قانون این حق را از اتباع خارجی سلب کنند. براین اساس افغانستان که عضو سازمان ملل است و این اعلامیه را پذیرفته، دروازه مرزهای این کشور به روی کلیه اتباع خارجی گردشگر باز است و از نگاه اقتصادی و فرهنگی از آن‌ها پذیرایی خواهند کرد.

۳-۴. حق اقامتگاه و حفظ حریم خصوصی افراد

یکی از نیازهای اساسی انسان‌ها، داشتن اقامتگاه و سرپناه است؛ به‌طوری‌که این حق از حقوق اولیه هر فرد به شمار می‌آید و بشر در وضعیت‌های مختلف همواره در تلاش بوده تا این نیاز را برآورده سازد. امروزه کشورهای جهان این حق اقامت را برای تمام شهروندان خود به رسمیت شناخته‌اند؛ اما سؤالی که قابل تأمل است این است که آیا اتباع خارجی در کشورهای میزبان، حق داشتن اقامتگاه را دارند یا خیر؟ پاسخ به این سؤال قطعاً مثبت است؛ زیرا خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: «ما زمین را برای شما انسان‌ها رام کردیم تا از مواهب آن در جهت رشد و ادامه حیات خود استفاده کنید» (ملک: ۱۵). این آیه به‌طور غیرمستقیم به حق اقامت اشاره دارد. از طرفی، زمانی که کشورها به اتباع خارجی اجازه ورود رسمی می‌دهند، درواقع اجازه اقامت نیز داده‌اند. در صورتی که اجازه اقامت در کشور داده نشود، به معنای عدم اجازه ورود به مرزهای آن کشور است؛ اما نکته‌ای که قابل بحث



است، این است که اقامتگاه گردشگران در داخل کشور باید از مصونیت برخوردار باشد و دولت باید امنیت آن را تأمین کند. چنانکه در آیه ۲۷ و ۲۸ سوره نور آمده است: «ای اهل ایمان! هرگز به هیچ خانه‌ای جز خانه‌های خودتان وارد نشوید، مگر اینکه با صاحب آن انس داشته باشید. وقتی به شما اجازه ورود داده شد، نخست به اهل آن خانه سلام کنید. این برای شما بهتر است تا متذکر شوید. اگر به خانه‌ای کسی نرفتید، وارد نشوید تا زمانی که اجازه داده شود، آنگاه وارد شوید. و زمانی که وارد خانه‌ای شدید و گفتند که برگردید، بازگردید که این برای شما پاکیزه‌تر است و خداوند به آنچه انجام می‌دهید، آگاه است».

براین اساس قانون‌گذار افغانستان در ماده (۳۸) بیان کرده: «مسکن شخص از تعرض مصون است. هیچ شخص، به شمول دولت، نمی‌تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه باصلاحیت و به‌غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید». پس حق اقامت و حفظ حریم خصوصی افراد، مطابق این ماده به رسمیت شناخته شده است.

افغانستان طبق ماده ۱۳ و ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر و همچنین مطابق ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که عضو آن است، حق اقامت و مصونیت از تعرض به حریم خصوصی را به رسمیت شناخته است. بدین معنا که افراد خارجی و گردشگران در انتخاب محل سکونت خود آزاد هستند و هیچ‌کس را نمی‌توان به اجبار به سکونت در محل خاصی مجبور کرد. از سوی دیگر، مسکن افراد مصون از تعرض است؛ یعنی هیچ‌کس حق ندارد بدون اجازه صاحب‌خانه، وارد آن شود. تنها مأموران دولتی می‌توانند در صورت داشتن مجوز قانونی از مرجع قضایی، وارد منزل شده و آن را بازرسی کنند. بر این اساس، دولت مطابق ماده ۷ قانون اساسی به رعایت و اجرای این اصول، مکلف است.

۳-۵. حق دادرسی و آزادی دفاع

حق دادرسی و آزادی دفاع یکی از حقوق بنیادین بشر است که امروزه به‌عنوان یک رویه بین‌المللی مورد پذیرش تمامی کشورها قرار گرفته است. طبق این اصل، هر شخص، حتی اگر خارجی باشد، بدون هیچ‌گونه تبعیضی می‌تواند در دادگاه کشور میزبان حضور یافته و به‌طور آزادانه و رایگان از حقوق خود دفاع کند (غریبه، ۱۳۹۰: ۲۰۲). چون از یک‌سو



حاکمیت دولت‌ها شناسایی چنین حقوق را اقتضا می‌کند و نتیجه عدم شناسایی این حق ترویج انتقام‌جویی و محاکمه شخصی در جامعه و برهم خوردن نظم جامعه باشد که با وظیفه حاکمیتی دولت‌ها منافات دارد از سو دیگر شناسایی حق دادرسی لازمه برخورداری خارجی‌ان از حقوق اصلی بشر مانند حق حیات، حق امنیت، حق عبور و مرور و غیره که وظیفه دولت‌ها در تأمین نظم از آن حقوق است می‌باشد (صفایی، ۱۴۰۲: ۱۷۴-۱۷۵). پس امروزه امنیت قضایی جزئی از امنیت ملی به حساب می‌آید و اساس و پایه تمدن بشری را تشکیل می‌دهد.

به منظور تأمین حق دادرسی عادلانه و تضمین آزادی دفاع، رعایت اصول و قواعدی ضروری است. از جمله این اصول می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: اصل برائت، علنی بودن دادرسی، مستدل و موجه بودن رأی دادگاه، حق برخورداری از وکیل در دعوی، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، ممنوعیت شکنجه، حفظ حرمت و کرامت فرد بازداشت‌شده و جبران خسارات ناشی از اشتباه یا تقصیر قاضی. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۲: ۷۳). افغانستان علاوه پذیرفتن این حقوق در اعلامیه حقوق بشر و میثاق‌های بین‌المللی، به وجه احسن در قانون اساسی و قوانین عادی نیز پذیرفته است.

۴-۶. حق دسترسی به کنسولگری

دولت‌ها به منظور حمایت از اتباع خود در کشورهای دیگر، اقدام به تأسیس نهاد کنسولی می‌کنند. این نهاد مسئول پیشبرد امور اداری اتباع در قلمرو کشور میزبان است و باید طبق مقررات بین‌المللی و با احترام به قوانین و فرهنگ دولت محل خدمت، عمل کند. به عبارت دیگر، دولت‌ها به دو دلیل اقدام به برقراری روابط کنسولی با یکدیگر می‌کنند: اولاً، دولت‌ها در عرصه بین‌المللی حامی اتباع خود بوده و تلاش می‌کنند از منافع آن‌ها در کشورهای بیگانه حفاظت نمایند؛ ثانیاً، دولت‌ها نیاز دارند تا از وقایع و رویدادهای اقتصادی و حتی سیاسی کشورهای دیگر آگاه شوند تا بتوانند اوضاع اقتصادی و سیاسی خود را ساماندهی کنند. در این راستا، سفر و سیاحت شهروندان به کشور دیگر، ممکن است مسائل حقوقی و اداری ایجاد کند که دولت میزبان مکلف به حمایت از آن‌هاست. بنابراین دولت میزبان باید امکانات و تسهیلات دسترسی به کنسولگری را برای اتباع فراهم کرده و از ایجاد موانع

در این زمینه جلوگیری کند.

۴-۷. حق دسترسی به اطلاعات

گردشگران به جز حقوق و آزادی‌های عمومی، حق دسترسی به اطلاعات مرتبط با سیاحت و توریسم را نیز دارند. کشور میزبان موظف است که اطلاعاتی در مورد مکان‌های تاریخی و فرهنگی، مسیرهای عبور و مرور، مراکز صحتی و اداری، و شماره‌های تماس اضطراری را به مسافران ارائه دهد؛ زیرا گردشگران به دلیل عدم آگاهی از فرهنگ، ناآشنایی با زبان، مسیرهای امن و دیگر اطلاعات ضروری، ممکن است با مشکلات زیادی مواجه شوند. از این رو، دولت میزبان باید اطلاعات و تسهیلات لازم را برای گردشگران فراهم آورد تا آن‌ها بتوانند از سفر و تفریح خود به‌طور مؤثر و بی‌دغدغه بهره‌برداری کنند و در نتیجه، زمینه جذب گردشگران بیشتر را تسهیل نماید. بر این اساس، دولت افغانستان در تاریخ ۱۳۹۹/۹/۳۰ طی حکم شماره (۲۶۴۵) رئیس‌جمهور، شرکت تحت عنوان «افغان تور» را تأسیس کرد. وظیفه اصلی این شرکت دولتی، فراهم‌سازی تسهیلات و ارائه خدمات به گردشگران خارجی است.

۴-۸. حق انتقال کالا و ارز

حق انتقال کالا و ارزی یکی از حقوق ضمنی حق سیاحت است که برای گردشگران خارجی به رسمیت شناخته می‌شود. هر دولتی که اجازه عبور از مرزهای خود را به شخصی صادر می‌کند، در ضمیمه این حق، اجازه انتقال کالا و ارز را نیز به سیاح و توریست می‌دهد؛ زیرا هیچ گردشگر و سیاحی نمی‌تواند بدون کالا و ارز به سفر خود ادامه دهد و به هدفش برسد. با این حال، انتقال کالا و ارز به قوانین گمرکی و وضعیت اقتصادی و سیاسی هر کشور بستگی دارد و ممکن است متفاوت و قابل تغییر باشد. بنابراین، سیاحان می‌توانند کالاهایی که به‌طور ضروری برای سفر خود نیاز دارند همراه داشته باشند و هیچ کشوری نمی‌تواند از این امر جلوگیری کند، مگر اینکه کالای موردنظر خلاف قوانین کشور باشد.

۵. تکالیف و تعهدات گردشگران

به محض ورود خارجی‌ها و گردشگران به کشور مقصد، به‌طور طبیعی تابع قوانین داخلی



آن کشور می‌شوند. با این حال، حقوق و احوال شخصیه آن‌ها تابع قوانین کشور مبدأ است و کشور میزبان طبق قوانین بین‌المللی حق ندارد در امور حقوقی مربوط به احوال شخصیه آن‌ها مداخله کند؛ اما در زمینه حقوق عمومی، گردشگران تحت حاکمیت کشور میزبان قرار می‌گیرند و باید مقررات مربوط به محل اقامت خود را رعایت کنند. علاوه بر این، گردشگرانی که فعالیت تجاری انجام می‌دهند یا درآمدی کسب می‌کنند که مشمول مالیات داخلی است، موظف به پرداخت مالیات می‌باشند، مگر اینکه طبق قانون از پرداخت مالیات معاف باشند (قاسمی شوب، ۱۳۸۴: ۱۰۲). از سوی دیگر، گردشگران خارجی که با هدف سیاحت وارد کشوری می‌شوند، نباید اقداماتی انجام دهند که با نظم عمومی، فرهنگ یا هنجارهای جامعه مغایرت داشته باشد؛ زیرا این گونه رفتارها ممکن است نقض قوانین تلقی شده و منجر به بازداشت آن‌ها گردد.

نتیجه‌گیری

حق سیاحت یکی از حقوق اساسی و فطری بشر است. از این رو، سازمان ملل متحد در اعلامیه حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، این حق را به‌عنوان یک حق اساسی برای انسان‌ها به رسمیت شناخته است. کشورهای عضو سازمان ملل نیز در قوانین داخلی خود این حق را به رسمیت شناخته و با تدوین مقررات، زمینه اجرای آن را فراهم ساخته‌اند. به‌عنوان مثال، قانون‌گذار افغانستان، افزون بر به رسمیت شناختن حق سیاحت و سایر حقوق بنیادین انسان‌ها که در قانون اساسی کشور به تصویب رسیده، مطابق ماده ۷ قانون اساسی، رعایت و اجرای حقوق و آزادی‌هایی را که در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل آمده، بر عهده دولت نهاده و آن را ملزم به پایبندی به این تعهدات کرده است.

بنابراین در قوانین داخلی افغانستان، حق سیاحت از مبانی نظری و قانونی استوار برخوردار بوده و هیچ‌گونه تردیدی در به رسمیت شناختن این حق برای گردشگران وجود ندارد. در راستای اجرای این حق، حقوق و آزادی‌های اساسی نظیر حق حیات، حق آزادی، حق برخورداری از امنیت، حق آزادی و عبور، حق اقامتگاه و حفظ حریم خصوصی، حق



دادرسی و آزادی دفاع، و حق کرامت انسانی برای گردشگران به رسمیت شناخته شده است. این حقوق به عنوان حداقل حقوقی است که گردشگران، باید از آن برخوردار باشند. با این حال، آیا صرفاً به رسمیت شناختن حداقل حقوق برای گردشگران، زمینه‌ساز ترغیب و جذب گردشگران و توسعه صنعت گردشگری در افغانستان می‌شود؟ باید گفت که جذب توریست و توسعه گردشگری به عنوان یک صنعت، تنها با به رسمیت شناختن حداقل حقوق برای گردشگران خارجی قابل تحقق نیست، بلکه لازمه توسعه این صنعت، وضع قوانین و مقررات ویژه برای حمایت از توریست‌ها و شناسایی حقوق ویژه برای گردشگران، حتی اعطای امتیازات خاص به آنان می‌باشد.

فهرست منابع

۱. احمدی، مجید، جعفری، محمدحسین، حسینی صدرآبادی، ایرج، (۱۳۹۹)، «مبانی و آثارنشای الزامات مقرر در ماده هشتم کدهای جهانی اخلاق توریستی در حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه علمی (مقاله علمی، پژوهشی) جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره چهارم.
۲. اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب سال ۱۹۴۸
۳. بسته‌نگاری، محمد، (۱۳۸۰)، حقوق بشر از منظر اندیشمندان، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴. توکلی طبسی، علی، (۱۳۸۳)، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه در پرتو توسعه حقوق بین‌الملل، تهران: یاس نبی.
۵. حقیقت پور، حسین (۱۳۹۲)، «پژوهشی پیرامون مبانی حق کرامت انسان در منابع احکام، مطالعات اسلامی: فقه و اصول»، سال ۴۵، شماره ۹۲.
۶. حکم شماره (۲۶۴۵) مورخ ۱۳۹۹/۹/۳۰ رئیس‌جمهوری افغانستان در مورد انفاذ اساسنامه شرکت دولتی افغان تور.
۷. خدابخش، رضا و زمانی، جواد، (۱۳۹۵)، «درآمدی بر حقوق توریستی، دومین همایش ملی توریستی سرمایه ملی و چشم‌انداز آینده»، تهران.
۸. خدابخش، رضا و میر محمدعلی تجریشی، پریسا، (۱۳۹۴) «نگاهی به حقوق توریستی با تأکید بر حقوق بشر»، کنفرانس سالانه، رویکردهای نوین پژوهشی در علوم انسانی، ایران.
۹. صفایی، سید حسین، (۱۴۰۲)، مباحث از حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: نشر میزان.
۱۰. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۸۲)، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. علیزاده، عبدالرضا، کاویانی، محمدهادی، (۱۳۹۰)، «حق امنیت فردی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۴.



۱۲. غریبه، علی (۱۳۹۰)، «حق توریستی و حقوق عمومی گردشگران خارجی»، فصلنامه علمی-پژوهشی فضای جغرافیایی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اهر، سال ۱۱، شماره ۳۵، ص ۲۰۸-۱۸۵.

۱۳. قاسمی شوب، احمدعلی، (۱۳۸۳)، «نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین‌الملل با تأکیدی بر اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۱.

۱۴. قانون اساسی افغانستان مصوب سال ۱۳۸۲.

۱۵. قانون تشکیل، وظایف و صلاحیت کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، فرمان شماره (۱۶) مورخ ۱۳۸۴/۲/۲۲ رئیس‌جمهور افغانستان.

۱۶. قائمی، محسن، (۱۳۹۹)، زیارت بقیع؛ مطالعه عملکرد کشور عربستان در پرتو نظام بین‌المللی حقوق بشر، پژوهشنامه حج و زیارت، سال ۵، شماره ۲.

۱۷. لانکوار، روبر (۱۳۸۱)، «جامعه‌شناسی جهانگردی و مسافرت»، ترجمه ترانه ابراهیمی و صلاح‌الدین محلاتی، دانشگاه شهید بهشتی.

۱۸. مهرپور، حسین، (۱۳۷۴)، حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضوع جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات اطلاعات.

۱۹. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب سال ۱۹۶۶.

۲۰. ویسی، هادی، مهمان‌دوست، خدیجه، (۱۳۹۴)، «بررسی موانع توسعه صنعت توریستی بین‌المللی در ایران با تأکید بر توریستی وردی»، فصلنامه ژئوپلیتیک، سال یازدهم، شماره اول.

بررسی آثار غیرمالی سرپرستی کودکان در حقوق ایران و افغانستان

سید روح‌الله نقوی^۱

چکیده

فرزندخواندگی یا سرپرستی کودکان، یکی از احکام امضایی حقوقی است که به موجب آن، زن و شوهری کودکی را تحت سرپرستی می‌گیرند و به عنوان پدر و مادر مصنوعی او شناخته می‌شوند. سرپرستی یک قرارداد حقوقی است که صرفاً یک رابطه حقوقی و قرابت حقوقی را به وجود می‌آورد. سرپرستی در کنار آثار مالی، آثار غیرمالی مهمی نیز دارد که در نظام‌های حقوقی مختلف اهمیت ویژه‌ای یافته است. هدف این تحقیق بررسی آثار غیرمالی سرپرستی کودکان در حقوق ایران و افغانستان است. روش تحقیق در این مقاله، تحلیلی توصیفی است که به تحلیل آثار غیرمالی نهاد سرپرستی در این دو کشور پرداخته می‌شود. سؤال اصلی تحقیق این است که آثار غیرمالی سرپرستی در حقوق ایران و افغانستان شامل چه مواردی است و چه تفاوت‌ها و شباهت‌هایی میان قوانین این دو کشور در این زمینه وجود دارد. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که مهم‌ترین آثار غیرمالی سرپرستی، شامل ایجاد محرمیت یا عدم آن، جواز ازدواج یا ممنوعیت آن بین کودک و سرپرستان، ولایت سرپرستان بر کودک، حضانت و نگهداری کودک، و تسری نام خانوادگی سرپرستان به کودک است. این مسائل از منظر شرعی و قانونی در هر دو کشور، تحت مقررات خاصی است و تأثیرات روانی و اجتماعی زیادی بر کودک و سرپرستان دارد. پژوهش حاضر همچنین به تحلیل این آثار بر اساس آیات و روایات دینی و نظرات فقها پرداخته و تفاوت‌های حقوقی موجود در قوانین ایران و افغانستان را تبیین می‌کند.

کلیدواژه‌ها: فرزندخواندگی، حرمت نکاح، محرمیت، ارث‌بری، دعی، تبئی

^۱ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران

ایمیل: hdsrn@gmail.com

مقدمه

فرزندخواندگی رابطه حقوقی است که از پذیرش یک طفل توسط مرد و زنی به وجود می‌آید. با این حال، نحوه شکل‌گیری این رابطه حقوقی در جوامع و کشورها متفاوت است. در کشورهای غربی، این پدیده به اشکال گوناگون و به دلایل مختلفی نظیر مسائل اقتصادی، قدرت و دیگر نیازهای اجتماعی صورت می‌گیرد. البته در برهه‌ای از زمان با مخالفت کلیساهای و مذهب مسیحیت روبه‌رو شد؛ اما در کشور فرانسه که مهد حقوق نام گرفته است، در نهایت فرزندخواندگی به دو صورت پذیرفته شده است؛ یکی فرزندخواندگی کامل که هیچ تفاوتی با فرزند واقعی ندارد با همان آثار و احکام حقوقی و دیگری فرزندخواندگی ساده که دارای آثار حقوقی آن‌چنانی نیست. در ایران قدیم بر اساس مذهب و آیین زرتشتیان، انواعی فرزندخواندگی وجود داشته است. در میان اعراب نیز فرزندخواندگی یا تبّنی یا دَعی وجود داشت که فرزندخوانده را به منزله فرزند واقعی می‌دانستند که آثار و احکام حقوقی فرزند واقعی از جمله محرمیت، حرمت نکاح و ارث را به دنبال داشت.

با ظهور اسلام، تبّنی حرام اعلام شد. دلیل حرمت فرزندخواندگی با این مفهوم در اسلام اختلاط نسب، بحث عدم ارث‌بری، قطع ارتباط طفل با پدر و مادر اصلی، عدم حرمت نکاح و به‌طور کلی الحاق فرزند دیگری به خود بود.

در ایران بعد از اسلام و در افغانستان، خصوصاً بعد از تشکیل حکومت و نهادهای حقوقی با توجه به پیروی این دو کشور از دین اسلام، فرزندخواندگی به معنای تبّنی وجود نداشته و امروز هم تقریباً وجود ندارد. باید توجه داشت که نهاد فرزندخواندگی در اجتماع از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است، خصوصاً با توجه به شرایط اجتماعی امروز جامعه بشری و با توجه به افزایش اطفال بی‌سرپرست، ناباروری زنان و مردان، نیاز عاطفی خانواده‌های بدون فرزند، رفع بار سنگین افراد بی‌سرپرست از دوش جامعه و دولت و آموزش و پرورش کودکان بی‌سرپرست برای آینده اجتماع، حسن فرزند داشتن از نظر روایات از جمله موارد مهم است که نمی‌توان اهمیت نهاد فرزندخواندگی را به‌طور کلی نفی کرد و نادیده گرفت. بنابراین بحث فرزندخواندگی تحت عنوان نهاد سرپرستی اطفال بی‌سرپرست، با شرایط منطبق با شریعت اسلام در نظر گرفته شده است. سرپرستی پیش‌بینی شده در قانون



حمایت از اطفال بی سرپرست، يك نوع رابطهٔ قرابت بین طفل و زن و شوهر سرپرست ایجاد می کند که دارای پاره ای از آثار حقوقی است (صالحی، باقری مطلق، ۱۳۹۵: ۹۵). بنابراین سرپرستی اطفال بی سرپرست دارای آثار حقوقی متعدد و مختلف است که می توان این آثار را به طور کلی به دودسته تقسیم کرد؛ آثار مالی و آثار غیرمالی. در این مقاله به بحث آثار غیرمالی سرپرستی اطفال بی سرپرست از نظر حقوق ایران و افغانستان خواهیم پرداخت.

۱. محرمیت در فرزندخواندگی

در این مبحث بحث محرمیت و عدم آن میان فرزندخوانده و سرپرستان مطرح می شود که در زمان گفتارهایی به بحث مفهوم محرمیت و محرمیت میان فرزندخوانده و سرپرست آن در قرآن کریم و فقه اسلامی و بحث محرمیت و جواز ازدواج فرزندخوانده با سرپرست آن در قوانین موضوعه ایران و افغانستان پرداخته خواهد شد. بحث محرمیت در زمان خود، بعضی ازدواج را هم به همراه دارد. لذا اگر محرمیت وجود نداشته باشد، ازدواج میان آن ها درست بوده و اگر قائل به ایجاد محرمیت شویم، آن وقت ازدواج درست نخواهد بود.

۱-۱. مفهوم محرمیت و عدم آن در فرزندخواندگی

یکی از آثار مهم بحث فرزندخواندگی، محرمیت و عدم آن میان فرزندخوانده و پدرخوانده- مادرخوانده و سایر بستگان است. سؤال محوری این است که نگاه کردن میان فرزندخوانده با سرپرست آن چگونه است؟ مثلاً اگر فرزندخوانده پسر است، نگاهی به مادرخوانده، خاله عمه و سایر اقوام و بستگان را چگونه می توان تعریف کرد؟ آیا در صورت حرام بودن نگاه و عدم تحقق محرمیت بین آن ها مشکلاتی در خانواده ها به وجود نمی آید؟ آیا راه حل های در این زمینه وجود دارد؟ سؤال مهم تر و اساسی تر این که مسئله نکاح میان آن ها چگونه خواهد بود؟ یعنی فرزندخوانده در جایگاه فرزند واقعی قرار داشته و نکاح میان آن ها حرام است؟ اگر قائل به این باشیم که محرمیت تحقق نیافته است و نکاح بین آن ها جایز است، بعد از بالغ شدن فرزندخوانده، چه تدابیر و شرایطی سنجیده شده است که نهادی سرپرستی و فرزندخواندگی به ثمر بنشیند.

۱-۲. محرمیت فرزندخوانده در قرآن

در میان اعراب قبل از اسلام، فرزندخواندگی به این صورت بود که فرزندخوانده با اقوام و خویشاوندان پدر و مادرخوانده خود، محرم می‌شد و مثل فرزند واقعی به حساب می‌آمد. این سنت در جاهلیت با انگیزه‌های مختلف از جمله تقویت نیروی انسانی در جنگ‌ها انجام می‌شد. فرزندخوانده را همان فرزند واقعی دانسته و تمام احکام مربوط به فرزند واقعی را بر آن بار می‌کردند. مثل محرمیت، عدم جواز نکاح، ارث‌بری و سایر مواردی که در مورد فرزند واقعی اجرا می‌شود؛ اما بعد از ظهور اسلام و نزول آیه ۲۳ سوره نساء، شرایط کاملاً تغییر کرد. در این آیه انواع محارم شمرده شده و فرزندخوانده را جزء محارم به حساب نیاورده است. خداوند در آیات ۴ و ۵ سوره احزاب از طریق پیامبر اسلام، این سنت جاهلی را به‌طور کامل از بین برد و به‌صورت عملی احکام الهی را در این زمینه بیان کرده و که ازدواج پیامبر اسلام (ص) با همسر فرزندخوانده‌اش (همسر مطلقه) بود.

نظر فقها نیز به پیرو قرآن کریم و روایات اسلامی در این موضوع نیز به‌طور قطع این است که فرزندخوانده را هرگز نمی‌توان به اسم خود منتسب کرد، بلکه برای صرفاً سرپرستی اطفال بدون سرپرست یا بدسرپرست، شرایط را به‌طور مبسوط مطرح کرده و برشمرده است (مکی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۷۳؛ خمینی، ۱۳۷۰: ۲۷۴)

۱-۳. عدم محرمیت و عدم حرمت ازدواج در قوانین موضوعه ایران

در قوانین موضوعه ایران نیز نهاد سرپرستی محرمیت نمی‌آورد؛ یعنی فرزند پسر یا دختر که تحت سرپرستی زن و شوهر یا یکی از آنهاست، با آنها محرم نشده‌اند. لازمه این حکم دو نکته مهم است؛ اول اینکه برای حفظ روابطشان در زمان بلوغ فرزندخوانده، باید از یکی از راه‌حل‌های موجود در فقه و قانون استفاده کنند. مثل رضاع یا ازدواج موقت یا دائم؛ اما اشکال در قوانین موضوعه ایران، تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ است. در این تبصره ازدواج با فرزندخوانده را چه در زمان حضانت و چه بعد از آن ممنوع کرده است، مگر بر اساس حکم مرجع صلاحیت‌دار قضایی که آن‌هم بر اساس مصلحت طفل باشد. در این تبصره آمده است: «ازدواج چه در زمان حضانت و چه بعد از آن بین سرپرست و فرزندخوانده ممنوع است، مگر اینکه دادگاه صالح



پس از اخذ نظر مشورتی سازمان، این امر را به مصلحت فرزندخوانده تشخیص دهد». فلسفه وجودی این تبصره قطعاً حمایت از کودکان تحت سرپرستی است؛ به طوری که در آن صلاحیت طفل، که در نزد مرجع قضایی اثبات شده است، مورد توجه قرار گرفته تا از سوءاستفاده‌های احتمالی جلوگیری شود. با این حال، پس از تصویب این تبصره، صاحب نظران اشکالاتی را به آن وارد کرده و این موضوع باعث بحث شده است. یکی از اشکالات وارد شده به این تفسیر، مسئله ایجاد محرمیت میان فرزندخوانده و اقوام پدر و مادرخوانده و خود آنهاست. با این حال، اگر هدف از این تبصره حمایت از اطفال تحت سرپرستی باشد، می‌توان گفت که مسئله ایجاد محرمیت از طریق ازدواج به عنوان یک راه حل مسدود نشده است، بلکه با اثبات مصلحت طفل و نظر سازمان بهزیستی و مرجع قضایی صلاحیت دار، این راه حل همچنان ممکن است.

۴-۱. عدم محرمیت و عدم حرمت ازدواج در قوانین موضوعه افغانستان

قوانین موضوعه افغانستان، مثل قوانین ایران، به موضوع عدم ایجاد محرمیت توسط قرارداد سرپرستی میان طفل تحت سرپرستی و سرپرستان اشاره دارد. در قانون سرپرستی اطفال افغانستان، بند ۱ ماده ۴ به طور صریح این مسئله را اعلام کرده و بیان می‌کند که سرپرستی، محرمیت شرعی به وجود نمی‌آورد. در بند دوم همین ماده، یک حکم شرعی نیز تأکید شده است که اگر طفل در دوره شیرخوارگی از شیر یکی از اقارب سرپرستان یا مادر خود سرپرست بخورد، حکم ماده ۲۳۵ قانون مدنی که به بحث رضاع مربوط می‌شود، تحقق پیدا خواهد کرد. این اظهار نظر قانون‌گذار و یادآوری یک حکم شرعی به این صورت، ممکن است نشان‌دهنده تمایل قانون‌گذار به این باشد که بحث رضاع به عنوان یک راه حل برای ایجاد محرمیت در مسئله فرزندخواندگی مطرح است. قانون سرپرستی اطفال در افغانستان در ماده ۴ خود چنین مقرر داشته است: «ماده ۴: عدم توارث، ۱. سرپرستی، حق ارث، نسب و محرمیت شرعی را به بار نمی‌آورد. ۲. هرگاه طفل در دوره شیرخوارگی تحت سرپرستی قرار گرفته و یکی از اعضای خانواده سرپرست به او شیر بدهد، در مورد وی حکم ماده (۲۳۵) قانون مدنی تطبیق می‌گردد».

در قوانین موضوعه افغانستان، سرپرستی محرمیت شرعی ایجاد نمی‌کند. بنابراین

پس از رسیدن فرد تحت سرپرستی به سن بلوغ، بین او و سرپرستان هیچ محرمیتی وجود ندارد، مگر اینکه پیش از آن اقدام به حل مسئله از طریق رضاع یا پس از آن از طریق ازدواج صورت گیرد. در ایران، تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست ازدواج را ممنوع کرده، مگر بر اساس مصلحت و نظر دادگاه؛ اما در قانون سرپرستی اطفال افغانستان، بحث ازدواج نه به عنوان یک راه حل مطرح شده و نه ازدواج سرپرستان با فرزندخوانده به عنوان عمل ممنوع ذکر شده است. هرچند قانون‌گذار به طور صریح اظهار نظر نکرده است، ولی در ماده ۸ همین قانون سرپرستان از تصمیم‌گیری درباره ازدواج فرزندخوانده قبل از رسیدن او به سن قانونی و رضایت کامل، منع شده‌اند. این ماده به طور کلی به ازدواج فرزندخوانده با دیگران قبل از رسیدن به سن بلوغ و داشتن شرایط ازدواج اشاره دارد و بنابراین تصمیم‌گیری در مورد ازدواج فرزندخوانده با سرپرستان خود، قطعاً ممنوع است. ماده ۸ چنین مقرر می‌کند: «موانع تصمیم عقد نکاح: سرپرست نمی‌تواند در مورد عقد نکاح طفل تحت سرپرستی خود قبل از رسیدن وی به سن قانونی ازدواج و رضایت کامل او، تصمیمی اتخاذ نماید».

در حالی که همان قانون در بند ۲ ماده ۷، سرپرستان را به عنوان ولی و وصی در نظر گرفته و آن‌ها را مجاز به اقدام در مصالح مدنی اطفال تحت سرپرستی‌شان دانسته است. بند ۲ ماده ۷ چنین مرقوم داشته است: «سرپرست، مطابق احکام این قانون، مسئولیت ولی و وصی را داشته، در مسائل مدنی از مصالح طفل تحت سرپرستی خویش حمایت و از الحاق ضرر به وی اجتناب و دفاع می‌کند».

پس در خصوص این راه حل باید اثبات مصلحت طفل و طبق نظر و رأی مرجع قضایی صلاحیت دار اقدام صورت بگیرد.

۱-۵. راه حل های ایجاد محرمیت در فرزندخواندگی

در مورد راه حل های این مسئله که فرزندخوانده به بلوغ برسد چیست؟ مواردی متعدد را ذکر کرده‌اند. از جمله برخی از صاحب نظران فقهی بر این باورند که فرزندخوانده در حکم محارم است. آنان در پاسخ به پرسش هایی در این زمینه تأکید کرده‌اند که سرپرستی از فرزند بی سرپرست، از مصادیق نیکی و احسان است. بنابراین، در شرایطی که کودک از



دوران طفولیت نزد پدرخوانده یا مادرخوانده رشد کرده و روابط عاطفی عمیقی میان آن‌ها شکل گرفته است، به‌ویژه در نبود سایر محارم نسبی مانند خواهر یا برادر ناتنی، در نظر گرفتن او به‌عنوان فرزند واقعی می‌تواند به مصلحت کودک باشد. در چنین مواردی، اگر والدین سرپرست او را "فرزند خود" بنامند یا چنین رابطه‌ای را برقرار کنند، نباید آن را محل اشکال دانست؛ زیرا دین اسلام، دینی آسان‌گیر و مبتنی بر رفع سختی‌هاست، و موضوع محرمیت در این شرایط به‌عنوان مانع مطرح نمی‌شود.

البته باید توجه داشت که این راه‌حل نسبت به یک مصداق خاصی راه‌حل خوبی به نظر می‌رسد و می‌تواند در آن قضیه خاص از کارآمدی خوب برخوردار باشد؛ اما با توجه به اینکه نهاد فرزندخواندگی یک نهاد اجتماعی و دائمی در جامعه است و به‌صورت کلی و عام پیش‌بینی شده نه مصداقی، نمی‌توان حکم مصادیق را که واقع شده و موجود است بر مصادیق که هنوز تحقق نیافته، بار کرد. بهتر است که راه‌حل دیگری سنجیده شود که نه نسبت به احکام الهی سهل‌انگاری و بی‌توجهی شود و هم راه‌حل، مناسب و کارآمدی باشد. یکی از راه‌حل‌های اساسی در این مورد رضاع است. به این صورت که طفل را قبل از دوسالگی از شیر مادرخوانده بدهند تا محرمیت از طریق رضاع تحقق یابد. البته در این خصوص بین شیعه و سنی اختلافی وجود دارد که بنا بر فتوای برخی از علمای اهل سنت، رضاع کبیر نیز تحقق پیدا می‌کند. بنابراین در این‌که فرزندخوانده دختر باشد یا پسر و شیرمال چه کسی از خانواده پدرخوانده خود را بخورد، راهکارهای متفاوتی از ایجاد محرمیت بین او و خانواده پدرخوانده و مادرخوانده‌اش ایجاد می‌شود.

راهکار دیگر، ازدواج موقت در مذهب اهل تشیع و ازدواج دائم، در مذهب تشیع و تسنن برای محرمیت در فرزندخوانده است. این راهکار در صورتی مفید است که محرمیت از طریق رضاع امکان ندارد. البته این راه یک راه منحصر به فرد در این مورد نیست، بلکه به‌طور کلی در جامعه محرمیت‌هایی را به وجود می‌آورد که در خانواده پدرخوانده و فرزندخوانده نیز کارایی دارد؛ اما این راه‌حل به نوبه خود دارای مشکلات و مشقت‌های زیادی است که مناسب به نظر نمی‌رسد.

۲. ولایت بر فرزندخوانده

یکی از آثار فرزندخواندگی بحث ولایت سرپرست بر فرزندخوانده است؛ یعنی اینکه پدرخوانده و مادرخوانده این حق را داشته باشد که اداره اموال و حفاظت از فرزندخوانده و تصمیم‌گیری در مورد زندگی او را داشته باشند.

۲-۱. مفهوم ولایت

ولایت در لغت به معنای حکومت، فرمانروایی، تسلط پیدا کردن، دوستداری و تصرف کردن است (ابن اثیر، ۱۴۰۹: ۲، ۸۸۲؛ الازهری، بی‌تا: ۳۹-۵۶). اما در اصطلاح شرعی، قدرت شرعی و قانونی است که شارع آن را جعل نموده و به صاحب آن اجازه می‌دهد که در امور شخص دیگری دخالت نماید. ولایت به معنای فوق شامل انواع ولایت، اعم از ولایت پیامبر (ص)، امامان معصوم (ع)، حاکم، پدر و جد پدری و وصی می‌گردد. البته در محدوده اختیارات و مراتب، از یکدیگر متمایز می‌گردند. بنابراین ولایت در اصطلاح، نوعی از اختیار است که قهراً به اشخاص داده می‌شود تا در مورد اشخاص دیگری تصمیم‌گیری نماید یا ولایت؛ یعنی اختیار شرعی و سلطه قهری و قانونی پاره‌ای از اشخاص بر اشخاص دیگر است (شهید ثانی، بی‌تا: ۱۲؛ آشتیانی، ۱۳۹۰: ۱، ۵۸۱).

۲-۲. ولایت در اصطلاح حقوقی

ولایت در اصطلاح حقوقی مثلاً همان معنا در اصطلاح آن است. بنابراین در اصطلاح حقوقی، ولایت عبارت است از «قدرت و اختیاری که به موجب قانون به یک شخص ذیصلاح، به منظور اداره اموال و مواظبت شخص محجور داده می‌شود» (صفایی، ۱۳۸۳: ۸۸). در مورد ولایت پدرخوانده و مادرخوانده بر طفل بدون سرپرست، نکاتی قابل توجهی وجود دارد که نیازمند توضیح و تبیین است.

نکته اول: فرضیه سرپرستی پدرخوانده بر فرزندخوانده تنها در صورتی ممکن است که سرپرستان واقعی او، مانند پدر و جد پدری، وجود نداشته باشند یا در صورت وجود، سرپرستی آن‌ها منتفی باشد؛ به طور مثال، غایب باشند یا سرپرستی از آن‌ها ساقط شده باشد. طبق مواد ۱۱۸۴ تا ۱۱۸۷ و ۱۰۴۱، ۱۰۴۳ و ۱۰۴۴ قانون مدنی، که هرکدام در



موضوع خاصی مربوط به ولایت پدر و جد پدری است، اشاره به این موضوع دارد که در صورت وجود پدر و جد پدری، حق ولایت با آنهاست، مگر در موارد استثنایی. بنابراین فرض ولایتی پدرخوانده تنها زمانی ممکن است که در ولایت پدر و جد پدری تعارضی با ولایت پدرخوانده طفل وجود نداشته باشد.

نکته دوم: در مورد ولایت سرپرست، ماده ۱۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست به طور مطلق مطرح شده و مشخص نکرده که پدرخوانده ولی طفل خواهد بود یا مادرخوانده. مگر اینکه بگوییم، همان طور که در این ماده آمده، مرجع صالح قضایی سرپرست را به عنوان نماینده در امور مالی طفل تعیین می کند. در این صورت، مرجع قضایی بر اساس صلاحیتی که در نظر می گیرد، پدرخوانده یا مادرخوانده را به عنوان نماینده او در امور مالی منصوب خواهد کرد. گواه بر صحت این ادعا این است که طبق ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، پدرخوانده نمی تواند ولی قهری طفل باشد؛ زیرا ولی قهری کسی است که ارتباط خونی با طفل دارد، در حالی که پدرخوانده هیچ نسبتی با طفل ندارد. از طرف دیگر، پدرخوانده نمی تواند قیم قانونی طفل باشد؛ زیرا قیم قانونی در برابر تکالیفی که انجام می دهد، حقوق دریافت می کند (موسوی بجنوردی، علایی نوین، ۱۳۸۸: ۱۷-۱۸). در حالی که پدرخوانده بر اساس معیارهای دیگری مسئول سرپرستی طفل است. بنابراین، بهترین مرجع برای تعیین این موضوع، همان مرجع قضایی است که هم صلاحیت را تشخیص می دهد و هم تعیین می کند که آیا پدرخوانده یا مادرخوانده نماینده طفل در امور مالی خواهند بود.

نظر درست در این خصوص، بیان برخی از حقوقدانان است که می فرمایند: ولی کودکان بی سرپرست و بدسرپرست حاکم شرع است و همان طور که در ماده ۱۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست آمده، مرجع قضایی به نمایندگی از حاکم شرع و بر اساس مصلحت کودک، حق ولایت را به پدرخوانده یا مادرخوانده می دهد؛ اما این بدان معنا نیست که پدرخوانده و مادرخوانده ولی قهری باشند یا حقوق آنها غیر قابل سلب باشد، بلکه همچنان حاکم شرع یا نماینده او، یعنی مرجع قضایی، ناظر بر امور طفل است و با توجه به مصلحت او می تواند پدرخوانده یا مادرخوانده یا هر شخص دیگری را

که به‌عنوان ولی در امور طفل تعیین شده، برکنار کرده و شخص دیگری را به‌عنوان قیم و ولی تعیین نماید (امامی، ۱۳۸۷: ۹۲).

بنابراین این سمت غیرقابل انتقال نیست و حتی برای ولایت قهری پدر و جد پدری نیز دائمی و غیرقابل انتقال نیست. به این معنا که اگر مرجع قضایی تشخیص دهد که پدر و جد پدری صلاحیت ولایت را ندارند یا اصلاً وجود ندارند و دسترسی به آن‌ها ممکن نیست، می‌تواند ولی و قیم جدیدی تعیین کند. صاحب جواهر در این باره می‌فرماید: «هرگاه برای حاکم حتی با قرائن و اوضاع و احوال آشکار گردد که پدر و جد پدری موجب ضرر طفل یا مجنون شده‌اند، آنان را از باب حسبه عزل و از تصرف در امور محجور منع می‌کند» (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱، ۱۴۵).

بنابراین یکی از آثاری که در بحث فرزندخواندگی به وجود می‌آید، نمایندگی پدرخوانده و مادرخوانده در امور مالی طفل است؛ اما این به آن معنا نیست که آن‌ها، ولی قهری طفل باشد، بلکه بر اساس موارد فوق ولی قهری طفل فقط حاکم شرع و مرجع قضایی است.

۲-۳. ولایت بر فرزندخوانده در ایران

در ایران بر اساس ماده ۱۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست، مصوب ۱۳۹۲ اداره امور مالی فرزندخوانده در صورتی که ولی قهری وجود نداشته باشد یا ولی قهری برای طفل تعیین نکرده باشد و دادگاه صلاحیت طفل را بر آن بداند، سرپرست طفل می‌تواند ولی و مسئول اداره اموال او باشد. از این ماده چنین برمی‌آید که در امور مدنی و حقوقی نیز سرپرست، ولی طفل محسوب خواهد شد. در این ماده آمده است: «اموالی که در مالکیت صغیر تحت سرپرستی قرار دارد در صورتی اداره آن به سرپرست موضوع این قانون سپرده می‌شود که طفل فاقد ولی قهری باشد و یا ولی قهری وی برای اداره اموال او شخصی را تعیین نکرده باشد و مرجع صالح قضایی قیمومیت طفل را بر عهده سرپرست قرار داده باشد». برخی از دانشمندان علم حقوق مفهوم این ماده را که قبلاً در تبصره ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست سابق در جمهوری اسلامی ایران آمده بود، به معنای ولایت سرپرست بر طفل دانسته بودند (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۶، ۳۹۱-۳۹۴؛ صفایی، امامی، ۱۳۷۶: ۲۸۴).



بنابراین در قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران، ولایت پدرخوانده و مادرخوانده بر فرزندخوانده ثابت است؛ منتها به شرط اینکه ولی قهری نداشته باشد یا ولی قهری آنها کسی را به عنوان قیم تعیین کرده باشد. البته این نکته قابل ذکر است که ولایت پدرخوانده یا مادرخوانده بر کودک تحت سرپرستی تا زمانی پایدار است که مرجع صلاحیت دار قضایی در خصوص آن تصمیم دیگری نگرفته باشد. لذا اگر مرجع قضایی بر اساس گزارش‌ها شرایط را مشاهده کند که مصلحت طفل نبوده و ضرر و زیان را مشاهده نموده یا اموال او حیف شود، می‌تواند ولایت پدرخوانده و مادرخوانده را از فرزندخوانده لغو کند.

۲-۴. ولایت بر فرزندخوانده در افغانستان

قانون سرپرستی اطفال در افغانستان در ماده ۷ بند ۲، سرپرست یا سرپرستان طفل را وصی و ولی آنان معرفی می‌کند. در بند ۲ ماده ۷ قانون مذکور آمده است: «سرپرست، مطابق احکام این قانون، مسئولیت ولی و وصی را داشته، در مسائل مدنی از مصالح طفل تحت سرپرستی خویش حمایت و از الحاق ضرر به وی اجتناب و دفاع می‌کند».

در این بند، قید «مطابقت با احکام این قانون» آمده است. بنابراین در ولایت سرپرستان، نکات قابل توجهی در این قانون ذکر شده است؛ مثلاً در ماده ۱۷ این قانون، بحث خروج طفل از کشور مطرح شده و این امر را منوط به دستور و اجازه حاکم شرع و گزارش وضعیت طفل در خارج از کشور دانسته است. همچنین، تحویل گزارش وضعیت طفل به نمایندگی سیاسی افغانستان به صورت دوره‌ای ضروری است. ماده ۱۷ در این خصوص چنین مقرر می‌کند: «خروج طفل از کشور: (۱) سرپرست نمی‌تواند طفل را به خارج از کشور با خود ببرد، مگر این که اجازه محکمه باصلاحیت را در مورد کسب نموده باشد. (۲) محکمه حین صدور اجازه مصلحت طفل را در نظر می‌گیرد. (۳) در صورت اجازه مبنی بر خروج طفل از کشور، سرپرست مکلف است، گزارش خود را در مورد اوضاع و احوال طفل در سال یک بار به نمایندگی سیاسی یا قونسل افغانستان ارائه نماید. (۴) نمایندگی سیاسی یا قونسل افغانستان مکلف است در صورتی که مصالح طفل به خطر مواجه باشد، موضوع را از طریق وزارت امور خارجه به محکمه مربوط ارائه نماید».

همچنین، در ماده ۸ قانون مذکور، تصمیم به ازدواج شخص تحت سرپرستی توسط

سرپرستان منوط به رسیدن او به سن قانونی ازدواج و رضایت کامل شخص تحت سرپرستی شده است. متن ماده ۸ به صورت زیر آمده است: «موانع تصمیم عقد نکاح: سرپرست نمی‌تواند در مورد عقد نکاح طفل تحت سرپرستی خود قبل از رسیدن وی به سن قانونی ازدواج و رضایت کامل او تصمیم اتخاذ نماید».

از این موارد استفاده می‌شود که ولایت پدرخوانده و مادرخوانده، طبق تصریح بند ۲ ماده ۷ قانون فوق‌الذکر، مطلق نبوده و محدودیت‌هایی به همراه دارد؛ اما قانون سرپرستی اطفال در افغانستان در مورد شرایطی که پدرخوانده و مادرخوانده می‌توانند به عنوان ولی و وصی طفل عمل کنند، اشاره‌ای ندارد. شاید قانون‌گذار با توجه به مواد قانون مدنی این امر را واضح و غیرنیازمند توضیح دانسته است. بر اساس قوانین موضوعه، تا زمانی که ولی قهری طفل زنده و در دسترس باشد، کسی دیگری نمی‌تواند ولی طفل باشد، مگر به حکم مرجع قضایی صلاحیت‌دار.

بنابراین در مورد بحث ولایت بر اطفال تحت سرپرستی در افغانستان می‌توان گفت که به شیوه‌ای مشابه با آنچه در ایران و فقه پیش‌بینی شده است، پدر و مادرخوانده تنها در صورتی می‌توانند ولی و وصی اطفال تحت سرپرستی خود باشند که آن‌ها ولی قهری نداشته باشند یا از طرف ولی قهری، کسی به عنوان ولی و نماینده برای آن‌ها تعیین نشده باشد. اگر پدرخوانده و مادرخوانده بر اساس شرایط موجود ولایت بر طفل تحت سرپرستی را به دست بیاورند، این ولایت همچنان دائمی یا مطلق نبوده و تحت نظارت مرجع قضایی و به صلاحدید آن‌ها ادامه خواهد داشت. بنابراین مرجع قضایی در صورت صلاحدید و با مشاهده ضرر و زیان برای اطفال تحت سرپرستی، می‌تواند ولایت آن‌ها را برطرف کرده و یا آن را محدود به گزارش‌های دوره‌ای و نظارت مرجع قضایی یا هر نهاد صلاحیت‌دار دیگری نماید.

۳. حضانت فرزندخوانده

یکی از آثار مهمی که در فرزندخواندگی به اثبات می‌رسد، حضانت است؛ یعنی نگهداری و تربیت طفل، توسط پدرخوانده و مادرخوانده.



۳-۱. حضانت در فقه و حقوق

درباره اینکه آیا حضانت یک حق است یا تکلیف یا هم حق است و هم تکلیف، نظرات گوناگونی مطرح است. برخی از فقها بر این باورند که حضانت فقط یک حق ساده است نه تکلیف. بنابراین حضانت قابل انتقال به غیر است. به این معنا که شخص را نمی‌توان به حضانت ملزم کرد، مگر آنکه هیچ فرد دیگری برای حضانت طفل وجود نداشته باشد که در این صورت از باب واجب کفایی بر او لازم خواهد بود. پیامد این نظریه این است که مادر در مقابل تربیت و نگهداری اطفال، می‌تواند مطالبه اجرت نماید.

گروه دیگری از فقها بر این باورند که حضانت یک تکلیف است. کسانی که تکلیف حضانت طفل را به عهده دارند، نمی‌توانند آن را به شخص دیگری منتقل کنند. لازمه این نظر آن است که مادران در مقابل نگهداری و تربیت اطفال خود، حق مطالبه اجرت ندارند. گروه دیگری از فقها بر این باورند که حضانت می‌تواند هم حق باشد و هم تکلیف. بنابراین تا زمانی که مادر تمایل به حضانت دارد، می‌تواند این مسئولیت را به عهده داشته باشد. زمانی که مادر از حضانت طفل کنار می‌رود، پدر به عنوان ولی می‌تواند حضانت طفل را به عهده بگیرد، اما اگر پدر هم تمایل به این کار نداشته باشد، بر او تکلیف است که حضانت طفل را به عهده بگیرد. پس در این دیدگاه، حضانت نسبت به مادر حق و نسبت به پدر تکلیف به حساب می‌آید (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱، ۱۴۶؛ عاملی، بی‌تا: ۴۶۴؛ مکی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۲۱).

بر اساس ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران، حضانت برای والدین هم حق و هم تکلیف است. بنابراین بدون دلیل نمی‌توان حضانت اطفال را از پدر و مادر حقیقی آن‌ها سلب کرد. تا زمانی که پدر و مادر توانایی نگهداری و محافظت از اطفال خود را دارند، حق حضانت مربوط به آن‌هاست. طبق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، حضانت طفل تا دو سالگی با مادر است و پس از آن، در صورتی که طفل پسر باشد، حضانت او با پدر و اگر دختر باشد، تا هفت سالگی حضانتش با مادر خواهد بود.

فقهای امامیه اتفاق نظر دارند که با مرگ هر یک از پدر و مادر، نگهداری و سرپرستی کودک به دیگری منتقل می‌شود (مغنیه، ۱۳۷۹: ۵، ۳۰۵). فقهای اهل سنت اتفاق نظر

دارند که پس از مادر، اقارب اناث مادری مانند خاله و عمه سزاوارتر از دیگران به حضانت طفل هستند (الجزیری، ۱۳۷۷: ۴، ۵۰۰). قانون مدنی ایران نیز اشاره کرده که در صورت فوت یکی از والدین، حضانت طفل با والد زنده باقی خواهد ماند، حتی اگر پدر متوفی برای اوقیم معین کرده باشد (الجزیری، ۱۳۷۷: ۴، ۵۰۰).

در صورت جدایی والدین، از نظر فقها، در طول شیرخوارگی طفل، مادر برای حضانت اولویت دارد، حتی اگر طفل پسر باشد، به شرط آنکه مادر مسلمان و عاقل باشد یا والدین هر دو کافر باشند. پس از پایان مدت رضاع که دو سال است، مادر برای دختر تا ۷ سالگی و پدر برای پسر تا زمان بلوغ و برای دختر پس از هفت سالگی اولویت حضانت دارد (امینی و آیتی، ۱۳۹۳: ۲، ۳۴۶). برخی فقها معتقدند که پس از فوت پدر و مادر، حضانت با جد پدری خواهد بود (محقق حلی، بی تا: ۲۹۰).

۳-۲. حضانت سرپرستان در قوانین موضوعه ایران

بر اساس عقد قرارداد فرزندخواندگی، حضانت برای پدرخوانده و مادرخوانده هم تکلیف است و هم حق، مثل حضانت پدر و مادر واقعی که اکنون به سرپرستان طفل منتقل شده است. مگر اینکه شرایط خاص و استثنایی دیگری پیش آید که در این صورت مرجع قضایی اختیار تصمیم‌گیری دارد. در این خصوص، ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست ایران می‌گوید: «تکالیف سرپرست نسبت به کودک یا نوجوان از لحاظ نگهداری، تربیت و نفقه، با رعایت تبصره ماده (۱۵) و احترام، نظیر تکالیف والدین نسبت به اولاد است. کودک یا نوجوان تحت سرپرستی نیز مکلف است نسبت به سرپرست، احترامات متناسب با شأن وی را رعایت کند».

با توجه به محتوای ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی ایران که در مورد حضانت فرزند توسط پدر و مادر توضیح می‌دهد، نحوه حضانت و مراتب آن را در شرایط مختلف تعیین می‌کند، این‌گونه برداشت می‌شود که در مورد فرزندخواندگی نیز هزینه حضانت به عهده پدرخوانده است. اگر به هر دلیلی پدرخوانده نتواند این هزینه را تأمین کند، هزینه حضانت طفل به عهده مادرخوانده خواهد بود. پدرخوانده و مادرخوانده این هزینه‌ها را تبرعاً و به‌طور رایگان انجام می‌دهند و هیچ‌گونه دینی بر آن‌ها ایجاد نمی‌شود. تربیت فرزند نیز از جمله تکالیف و



آثاری است که بر عهده پدرخوانده و مادرخوانده گذاشته می‌شود. تربیت طفل و هزینه‌های حضانت و نحوه تربیت او متناسب با سن و نیازهای وی خواهد بود. در این خصوص، ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲ چنین مقرر می‌دارد: «هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌هاست از نگهداری او امتناع کند در صورت امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی العموم نگهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند».

همچنین از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲ که درباره انحطاط خانواده حقیقی طفل بر اثر حالات مختلف مثل اعتیاد، طلاق و غیره پیش‌بینی شده، استنباط می‌شود که هرگاه بر اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی و خانوادگی، پدرخوانده و مادرخوانده نتوانند از طفل حضانت کنند یا تربیت طفل به خطر بیفتد، مرجع قضایی می‌تواند بر اساس مصلحت طفل حضانت و نگهداری طفل را به شخص دیگری بسپارد. ماده فوق در خصوص عدم مواظبت توسط والدین حقیقی چنین اشعار داشته است: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند».

۳-۳. حضانت سرپرستان در قوانین موضوعه افغانستان

حضانت اطفال بی‌سرپرست بر اساس قوانین موضوعه افغانستان به عهده سرپرستان طفل است. بنابراین، نگهداری طفل و نظارت بر او بر اساس عرف و عادت جامعه به عهده پدرخوانده و مادرخوانده است. قانون سرپرستی اطفال در افغانستان مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۷ در پنج فقره این موضوع را مطرح کرده است. بر اساس این ماده، حضانت و نگهداری طفل دقیقاً مشابه حضانت پدر و مادر واقعی فرض شده است. همچنین، هرگونه تعدی و آسیب رساندن از سوی پدرخوانده و مادرخوانده به طفل ممنوع است و در این ماده،

پدرخوانده و مادرخوانده به عنوان وصی و ولی نیز تعیین شده‌اند. بنابراین حضانت در این مورد به طور طبیعی به سرپرستان طفل محول می‌شود. ماده مذکور در این خصوص چنین مقرر می‌دارد: «ماده ۷: حقوق و وجایب متقابل: (۱) حقوق و وجایب متقابل سرپرست و طفل از لحاظ نگهداری، آداب معاشرت، احترام و شفقت، شبیه حقوق و وجایب دینی و قانونی بین والدین و اولاد است. (۲) سرپرست، مطابق احکام این قانون، مسئولیت ولی و وصی را داشته، در مسائل مدنی از مصالح طفل تحت سرپرستی خویش حمایت و از الحاق ضرر به وی اجتناب و دفاع می‌کند. (۳) سرپرست نمی‌تواند طفل را مورد لت و کوب یا تعذیب جسمی یا روانی قرار داده و یا به کارهای غیر مجاز یا شاقه بگمارد. (۴) سرپرست مکلف است زمینه تعلیم و تحصیل یا آموزش‌های فنی و حرفه‌ای را برای طفل فراهم نماید. (۵) سرپرست طفل می‌تواند دارایی منقول یا غیر منقول خود را مطابق احکام قانون به طفل تحت سرپرستی خود اهدا یا هبه نماید».

حضانت پدر و مادرخوانده بر طفل تحت سرپرستی به طور مطلق نبوده و از طرف مرجع صلاحیت‌دار قضایی در صورت صلاحدید و مصلحت طفل از آن‌ها می‌تواند گرفته شود. در صورت جدایی پدرخوانده و مادرخوانده، دادگاه می‌تواند بنابر صلاحدید یکی از سرپرستان سابق را به عنوان سرپرست تعیین نماید؛ اما اگر شرایط دیگری به وجود بیاید که تردید پیش آید که آیا پدرخوانده حضانت را به عهده دارد یا مادرخوانده. در این صورت بر اساس حضانت پدر و مادر واقعی عمل شده است؛ یعنی حضانت تا دو سال به طور مطلق با مادر است و اگر فرزند دختر باشد، تا ۷ سال با مادر و بعد از آن با پدر است. مگر اینکه قانون‌گذار در بحث سرپرستی مشخصاً یکی از آن‌ها را وکیل و وصی تعیین کرده و حضانت را به او سپرده باشد.

۴-۳. پایان دوره حضانت

بر اساس قانون تعیین شده حضانت تا زمانی رشد ادامه خواهد یافت؛ اما بر اساس عادت جامعه، این حضانت تا زمانی ادامه دارد که طفل استقلال خود را در امور زندگی به دست نیاورده و محتاج حضانت تربیت و نگهداری غیر است.

در مورد پایان دوره حضانت در قانون سرپرستی اطفال افغانستان، بر اساس بند یک ماده



۱۶، سن رشد تعیین شده است. در این ماده، قانون‌گذار می‌گوید که محکمه صلاحیت‌دار می‌تواند برای سرپرستی طفل یک دوره آزمایشی تعیین کند و با توجه به بررسی‌های انجام شده، قرار سرپرستی را تا رسیدن طفل به مرحله رشد صادر نماید. «محکمه می‌تواند بعد از اخذ معلومات و گزارش سرپرست در پایان بررسی‌های لازم، دوره آزمایشی را تمدید و یا قرار سرپرستی را تا رسیدن طفل به مرحله رشد صادر نماید». بنابراین پایان دوره سرپرستی طفل، زمانی است که به مرحله رشد برسد و این مرحله، همان دوره رشد محسوب می‌شود. اما سؤال این است که دوره رشد طفل چه زمانی است؟ آیا رسیدن به بلوغ در دختران و پسران مرحله رشد محسوب می‌شود، یا پایان دوره رشد بر اساس قانون مدنی، سن ۱۸ سال است؟ به نظر می‌رسد که پایان دوره رشد در کودکان ۱۸ سال باشد که پایان دوره کودکی نیز به حساب می‌آید.

۴. تسری نام خانوادگی

با توجه به فلسفه نهاد فرزندخواندگی، این نهاد به‌منظور پوشاندن کمبودها و کاستی‌هایی است که به دلیل اتفاقات و شرایط اجتماعی به وجود آمده‌اند، نه برای کتمان حقیقت یا مخفی نگه‌داشتن هویت شخص. از طرف دیگر، اقتضای پیوند خانوادگی جدید این است که هرچه صمیمیت و محبت بین خانواده‌ها و اعضای آن بیشتر برقرار شود، این پیوند به واقعیت نزدیک‌تر و حقیقی‌تر می‌گردد. بنابراین، چگونه می‌توان به این مهم دست یافت؟ از یک سو، باید هویت شخص و نام خانوادگی حقیقی او محفوظ بماند و از سوی دیگر، برای تأکید بر پیوند جدید و تحکیم رابطه، باید نام خانوادگی سرپرست یا سرپرستان به او تعلق گیرد. بهترین راه‌حل این است که نام خانوادگی سرپرستان بر کودک گذاشته شود و مدارک سجلی او ثبت گردد، در حالی که هویت حقیقی او طبق مصلحت طفل حفظ شود.

۴-۱. تسری نام خانوادگی در قوانین موضوعه ایران

در جمهوری اسلامی ایران، برای به دست آوردن این هدف قانون‌گذار در ماده ۲۲ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ به این مسئله پرداخته است و می‌فرماید: «مفاد حکم قطعی سرپرستی به اداره ثبت‌احوال ابلاغ و در اسناد



سجلی زوجین سرپرست و طفل درج و شناسنامه جدیدی برای طفل فقط با مشخصات زوجین سرپرست و نام خانوادگی زوج صادر خواهد شد». پس از صدور حکم قطعی سرپرستی، مفاد حکم را از سوی دادگاه به اداره ثبت احوال و اداره بهزیستی مربوط ابلاغ می‌کند و اداره ثبت احوال مکلف است نام و نام خانوادگی کودک یا نوجوان تحت سرپرستی و همچنین مفاد حکم سرپرستی را در اسناد سجلی و شناسنامه سرپرست یا زوجین سرپرست وارد کند و در قسمت توضیحات مفاد حکم سرپرستی و نام و نام خانوادگی والدین واقعی وی را در صورت مشخص بودن، قید نماید (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ۱۳۷۵: ۴۵۳-۴۵۴؛ صفایی، امامی، ۱۳۷۶: ۲۸۴).

ماده ۲۲ قانون حمایت از کودکان نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ چنین اشعار داشته است: «ماده ۲۲ پس از صدور حکم قطعی سرپرستی، مفاد حکم از سوی دادگاه به اداره ثبت احوال و اداره بهزیستی مربوط ابلاغ می‌شود. اداره ثبت احوال مکلف است نام و نام خانوادگی کودک یا نوجوان تحت سرپرستی و همچنین مفاد حکم سرپرستی را در اسناد سجلی و شناسنامه سرپرست یا زوجین سرپرست وارد کند. همچنین اداره ثبت احوال مکلف است شناسنامه جدیدی برای کودک یا نوجوان تحت سرپرستی با درج نام و نام خانوادگی سرپرست یا زوجین سرپرست صادر و در قسمت توضیحات مفاد حکم سرپرستی و نام و نام خانوادگی والدین واقعی وی را در صورت مشخص بودن، قید نماید. تبصره ۱ اداره ثبت احوال مکلف است سوابق هویت و نسبت واقعی طفل را در پرونده وی حفظ نماید. تبصره ۲ کودک یا نوجوان تحت سرپرستی می‌تواند پس از رسیدن به سن هجده سالگی، صدور شناسنامه جدیدی را برای خود با درج نام والدین واقعی در صورت معلوم بودن، یا نام خانوادگی موردنظر وی، در صورت معلوم نبودن نام والدین واقعی، از اداره ثبت احوال درخواست نماید. تبصره ۳ اجرای این ماده به موجب آیین‌نامه‌ای است که به وسیله سازمان ثبت احوال کشور و با همکاری سازمان تهیه می‌شود و ظرف سه ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون به تصویب هیئت وزیران می‌رسد».

در خصوص تسری نام خانوادگی سرپرستان به شناسنامه اطفال و حفظ هویت واقعی طفل در اسناد سجلی، امکان گرفتن شناسنامه جدید پس از رسیدن به سن رشد و



هجده سالگی، به‌ویژه به انتخاب خود شخص تحت سرپرستی، از دستاوردهای برجسته قانون‌گذاری در ایران است. از یک‌سو، این قانون به حقوق سرپرستان توجه داشته و فضای صمیمیت خانوادگی را مورد نظر قرار داده که عادلانه به نظر می‌رسد. از سوی دیگر، هویت واقعی شخص نیز حفظ شده و امکان صدور شناسنامه جدید پس از سن ۱۸ سالگی برای او فراهم شده که به‌طور خاص حقوق شخص تحت سرپرستی را مدنظر قرار داده و رعایت کرده است.

۴-۲. تسری نام خانوادگی در قوانین موضوعه افغانستان

در مورد تسری نام خانوادگی سرپرستان در تذکره شخص تحت سرپرستی، قوانین موضوعه افغانستان به‌ویژه قانون سرپرستی اطفال، اشاره‌ای به این موضوع نکرده است. آنچه از قانون برداشت می‌شود این است که احتمال دارد نظر قانون‌گذار بر عدم تغییر نام خانوادگی در اسناد سجلی افراد تحت سرپرستی بوده باشد. اگر نظر قانون‌گذار چنین نبوده و این موضوع نادیده گرفته شده، می‌توان آن را نقص آشکار در قانون‌گذاری دانست. از سوی دیگر، اگر نظر قانون‌گذار این باشد که اختیار تصمیم‌گیری در این خصوص به دست سرپرستان گذاشته شود، این امر ممکن است به یک موضوع سلیقه‌ای تبدیل شود که در آینده مشکلاتی به‌وجود آورد. تسری نام خانوادگی سرپرست در اسناد سجلی طفل و درعین حال حفظ هویت قبلی او، و در صورت درخواست بعد از سن رشد (۱۸ سالگی) امکان بازگشت به هویت گذشته، اقدامی منصفانه و عادلانه است که دارای مزایای بسیاری در نهاد سرپرستی و خانواده است. لذا از قانون‌گذار افغانستان تقاضا می‌شود که این نقص قانونی را برطرف کرده و اقدام لازم را انجام دهد. البته این به‌معنای عدم توجه به نقش مرجع قضایی صالح در صدور قرار سرپرستی نیست؛ زیرا این مرجع باید به‌طور فعال در حفظ حقوق هر دو طرف (طفل و سرپرست) عمل کرده و اطمینان حاصل کند که در نهایت حقوق طرفین ادا می‌شود. به‌ویژه در مورد هویت سابق طفل و حفظ آن، باید با دقت عمل کرده و نام خانوادگی سرپرستان جدید را نیز در اسناد سجلی ثبت نماید؛ زیرا این رویکرد با فلسفه نهاد سرپرستی و اصول دین مبین اسلام هم‌راستا است.

نتیجه‌گیری

نهاد سرپرستی به‌طور کلی فواید و آثار زیادی در زندگی فردی و اجتماعی دارد. این نهاد نه تنها به رشد و تعالی جسم و روح کودک تحت سرپرستی کمک می‌کند، بلکه برای سرپرستان نیز باعث رشد روحی و جسمی می‌شود. در نتیجه، علاوه بر سلامتی جسمی کودک و سرپرستان، شاهد شکوفایی روحی هر دو طرف خواهیم بود.

این نهاد همچنین به سامان‌دهی جامعه و حل مشکلات کودکان بی سرپرست می‌پردازد و می‌تواند این امر را به بهترین شکل ممکن انجام دهد. علاوه بر این، نهاد سرپرستی از هزینه‌های اضافی که بر دوش دولت است و همچنین مشغولیت‌های مختلف نهادهای دولتی می‌کاهد. در نهایت نهاد سرپرستی می‌تواند مرهمی بر داغ جامعه باشد که در پی حوادث و مشکلات احتمالی، تعداد زیادی از اطفال بی سرپرست را در خود جای داده است.

دوره آزمایشی در سرپرستی یکی از اقدامات معقول و دقیق در راستای حمایت از طفل است. این دوره فرصتی برای قانون‌گذار فراهم می‌آورد تا شرایط را به‌دقت بررسی کرده و از فرصت‌ها برای حمایت هرچه بیشتر از طفل استفاده کند. چنین رویکردی به‌ویژه در زمینه حقوق کودکان دارای اهمیت ویژه‌ای است.

تصریح نام خانوادگی سرپرستان در اسناد سجلی جدید و درعین حال حفظ هویت حقیقی اطفال در اداره ثبت‌احوال، یکی از بهترین راهکارها در راستای حفظ عدالت و انصاف است. در جمهوری اسلامی ایران، امکان بازگشت به هویت قبلی طفل بعد از سن ۱۸ سالگی به درخواست خودش، یک اقدام بسیار مثبت و منصفانه است که در تحقق اصول اسلامی در فرزندخواندگی نیز مؤثر است.

نهاد سرپرستی در دین مبین اسلام به‌عنوان یک حکم تأسیسی نبوده، بلکه حکم امضایی است. اسلام با توجه به فواید و آثار مثبت نهاد فرزندخواندگی و ضرورت آن در جامعه، به این نهاد توجه داشته و با دقت شرایط و ضوابط آن را برای جلوگیری از انحرافات و اشتباهات فاحش امضا کرده است. در مجموع، نهاد سرپرستی به‌عنوان یک نهاد مهم اجتماعی در دین اسلام تأسیس نشده است؛ اما با توجه به تأثیرات مثبت آن، مورد تأیید قرار گرفته است.

فهرست منابع



۱. ابن اثیر، علی بن محمد، (۱۴۰۹)، *اسد الغابه فی معرفه الصحابه*، بیروت: دارالفکر.
۲. الازهری، محمد بن احمد، (بی تا)، *معجم تهذیب اللغة*، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۳. آشتیانی، محمود، (۱۳۹۰)، *کتاب النکاح*، تهران: نشر رهبر.
۴. امامی، سید حسین، صفایی اسدالله، (۱۳۷۶)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: نشر دادگستر.
۵. امینی، علیرضا، آیتی، سید محمدرضا، (۱۳۹۳)، *تحریر الروضة فی شرح اللمعة*، تهران: نشر سمت.
۶. الجزیری، عبدالرحمن، (۱۳۷۷)، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت: دارالثقلین.
۷. حسین، صفایی، (۱۳۸۳)، *اشخاص و اموال*، تهران: نشر میزان.
۸. صالحی، نرگس، حمیدرضا، باقری مطلق، (۱۳۹۵، ۳۱)، «مطالعه تطبیقی فرزندخواندگی در نظام حقوقی ایران و فرانسه با رویکردی بر قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳»، دو فصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق) شماره ۶۴، ص ۸۵-۱۰۷.
۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۳)، *حقوق مدنی خانواده*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۵)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده*. تهران: نشر یلدا.
۱۱. محقق حلی، جعفر بن حسن، (بی تا)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: نشر اسماعیلیان.
۱۲. مغنیه، محمدجواد، (۱۳۷۹) *فقه الامام الصادق (ع)*، قم: نشر انصاریان.
۱۳. مکی عاملی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، *مسالك الأفهام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۴. مکی عاملی، زین الدین بن علی، (بی تا)، *الروضة البهیة فی شرح لمعة الدمشقیة*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۵. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۰)، *تحریر الوسیله*، (ترجمه: محمدباقر موسوی همدانی)، قم: دارالعلم.
۱۶. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۲)، *جواهر الکلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

امکان سنجی تغییر سیستم حقوقی در تابعیت ایران

ام البنین مقتدایی^۱

چکیده

از بین سیستم‌های اعمال تابعیت، بیشتر کشورهای مهاجرپرست از سیستم خون تبعیت می‌کنند و بیشتر کشورهای مهاجرپذیر، طرفدار سیستم خاک هستند. در این میان گروهی از کشورها از جمله ایران، روش تلفیقی از این دو سیستم را برگزیده‌اند که اتخاذ این معیار دوگانه دارای اشکالاتی است. از آنجا که کشور ایران به لحاظ افزایش مهاجرت به این کشور، اکنون رنگ و چهره کشور مهاجرپذیر بودن پیدا کرده و خطر کاهش جمعیت و نیروی کار جوان، ایران را تهدید می‌کند. سؤالی که مطرح می‌شود این است که با چه مبنایی تغییر در سیستم حقوقی تابعیت می‌تواند راهگشای مشکلات جامعه و مهاجران باشد؟ در این مقاله ضمن بررسی هر یک از سیستم‌ها و مزایا و معایب هر کدام، با توجه به وضعیت جدید ایران، گزینش سیستم خاک به عنوان سیستم مناسب، با روش تحلیلی و توصیفی مورد بررسی و تأیید قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: تابعیت، سیستم خون و خاک، اولویت سیستم خاک، سیستم حقوقی ایران

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه رضوی، مشهد، ایران

ایمیل: omolbaninmoqtadaei@gmail.com

مقدمه

اولین مسئله‌ای که برای یک دولت مطرح است این است که در روابطش با ملت، افرادی را متعلق به خود می‌داند و از سایر کشورها جدا می‌سازد و در قبال حمایت از اشخاص تابع، وظایفی را برای آنان در نظر می‌گیرد. بنابراین بارزترین نشانه هویت سیاسی، فرهنگی و اجتماعی اشخاص، فارغ از موقعیت جغرافیایی آنان، موضوع تابعیت است. تابعیت به مثابه یک پیوند اجتماعی، سیاسی و فرهنگی میان فرد و دولت، نقش اساسی در هویت ملی و گروهی افراد دارد. با توجه به پیچیدگی‌های روابط بین‌الملل و تحولات اجتماعی و فرهنگی، درک دقیق مفهوم تابعیت و نتایج آن برای دولت‌ها و شهروندان ضروری است. موضوع تابعیت نه تنها به حقوق و وظایف افراد در قبال دولت مربوط می‌شود، بلکه بر نحوه تعامل کشورها با یکدیگر و سیاست‌های مهاجرتی و هویتی آن‌ها تأثیر می‌گذارد.

تابعیت به معنای ارتباط سیاسی و معنوی است که فرد را به یک دولت خاص وصل می‌کند. در مرحله اول، این ارتباط به صورت سیاسی است که از قدرت و حکومت آن دولت نشئت می‌گیرد و فرد خود را جزئی از آن می‌داند. در مرحله دوم، این رابطه جنبه معنوی دارد که به محل زندگی فرد مربوط نیست. به عنوان مثال، یک ایرانی در هر نقطه‌ای از جهان، همچنان پیوند خود را با کشورش حفظ کرده و یک ارتباط عاطفی و معنوی با میهن خویش دارد. افرادی که شرایط مقرر در ماده ۹۷۶ قانون مدنی^۱ را دارا باشند، تبعه ایران محسوب می‌شوند. در این مطلب، نتیجه حاصله از بند ۲ ماده مذکور که ناظر به افرادی است که متولد از پدر ایرانی هستند بررسی شده است. علاوه بر آن شرط اعمال این بند و حقوق ناشی از تابعیت به موجب آن بر مبنای سیستم خون در مقایسه با بند ۳ و ۴ و ۵ همین ماده که ناظر به گزینش سیستم خاک است، مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱. اشخاص ذیل تبعه ایران محسوب می‌شوند: (۱) کلیه ساکنین ایران به استثنای اشخاصی که تبعیت خارجی آن‌ها مسلم باشد. تبعیت خارجی کسانی مسلم است که مدارک تابعیت آن‌ها مورد اعتراض دولت ایران نباشد. (۲) کسانی که پدر آن‌ها ایرانی است؛ اعم از اینکه در ایران یا در خارجه متولد شده باشند. (۳) کسانی که در ایران متولد شده و پدر و مادر آنان غیر معلوم باشد. (۴) کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آن‌ها در ایران متولد شده به وجود آمده‌اند. (۵) کسانی که در ایران از پدری که تبعه خارجه است به وجود آمده و بلافاصله پس از رسیدن به سن هیجده سال تمام لااقل ۱ سال دیگر در ایران اقامت کرده باشند و الا قبول شدن آن‌ها به تابعیت ایران بر طبق مقرراتی خواهد بود که مطابق قانون برای تحصیل تابعیت ایران مقرر است. (۶) هر زن تبعه خارجی که شوهر ایرانی اختیار کند. (۷) هر تبعه خارجی که تابعیت ایران را تحصیل کرده باشد. تبصره: اطفال متولد از نمایندگان سیاسی و کنسولی خارجه مشمول فقره ۴ و ۵ نخواهند بود.



در این نوشتار به بررسی و تحلیل بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران و شرایط آن، به‌ویژه در رابطه با افرادی که از پدر ایرانی متولد شده‌اند، پرداخته شده است. هدف این تحقیق، واکاوی معنایی تابعیت و مقایسه سیستم خون و خاک است؛ زیرا مقایسه دو نظام تابعیتی (سیستم خون و سیستم خاک) سبب شناسایی بهتر تابعیت و حقوق ناشی از آن می‌شود تا با افزایش آگاهی افراد از حقوق و مسئولیت‌های ناشی از تابعیت، به‌ویژه در سطح بین‌المللی و تأثیرات اجتماعی و سیاسی آن، به مخاطبان کمک نماید. بنابراین می‌توان گفت تأکید بر پیوند عاطفی و معنوی افراد با کشور خود، به‌ویژه در شرایطی که ممکن است در خارج از مرزهای جغرافیایی آن زندگی کنند، مدنظر قرار می‌گیرد.

۱. تعریف تابعیت

تابعیت عبارت است از رابطه سیاسی، حقوقی و معنوی یک شخص حقیقی یا حقوقی با یک شیء یا یک دولت معین؛ به‌گونه‌ای که حقوق و تکالیف او از همین رابطه ایجاد می‌گردد (ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۸۴).

رابطه سیاسی یعنی اگر کسی ایرانی نباشد، حق کاندیدا شدن برای ریاست جمهوری و رأی دادن را نخواهد داشت (ارفع نیا، ۱۳۸۲: ۱). رابطه حقوقی یعنی اگر کسی ایرانی نباشد، نمی‌تواند از حقوقی همچون مالکیت اموال غیرمنقول موجود در ایران بهره‌مند شده یا ولی و قیم مولی‌علیه، گردد (آل کجباف، ۱۳۸۹: ۵۰). رابطه معنوی یعنی این که یک شخص ایرانی به زبان فارسی صحبت می‌کند و با فرهنگ و آداب ایرانی آشنا است؛ اما یک آمریکایی یا انگلیسی چنین رابطه معنوی را ندارد (ارفع نیا، ۱۳۸۲: ۴۰).

آنچه از این تعریف به دست می‌آید این است که یک طرف تابعیت، همواره دولت است و این به معنای آن است که تأثیر افراد از دولت می‌تواند مشخص‌کننده تابعیت فرد و سیستم حقوقی یک دولت باشد، نه رابطه نسبی و خونی و نژادی افراد.

۲. عناصر تابعیت

الف. شخص، اعم از حقیقی یا حقوقی.

ب. دولت یعنی نهادی که سه عنصر جمعیت، سرزمین و حاکمیت را دارا باشد.

ج. رابطه و اتصال بین فرد و دولت (رابطه سیاسی - حقوقی - معنوی).

۳. اصول تابعیت

اصول تابعیت بر اساس کنوانسیون قواعد حل تعارض قوانین تابعیتی مصوب ۱۹۳۰ لاهه، در اینجا بررسی می‌شود:

۳-۱. اصل لزوم تابعیت

لزوم تابعیت برای هر فرد از نظر عقل و منطق، کاملاً روشن است. انسان‌ها همیشه در جوامعی زندگی می‌کنند و این سؤال اساسی مطرح می‌شود که چگونه می‌توان انتظار داشت فردی در جامعه‌ای زندگی کند، درحالی‌که هیچ‌گونه وابستگی به آن جامعه نداشته باشد. اگر مشخص نباشد که شخص به کدام جامعه تعلق دارد و تبعه چه کشوری است، برای او وضعیتی غیرعادی و مبهم به وجود می‌آید. در چنین شرایطی، حقوق و تکالیف فرد در جامعه نامشخص می‌ماند. این نامشخص بودن می‌تواند مشکلات بسیاری در زمینه‌هایی مانند ازدواج، صدور اسناد قانونی، طلاق و ارث ایجاد کند. جایی که لازم است قوانین یک دولت بر تعاملات و اقدامات فرد حاکم باشد، بدون آگاهی از تابعیت فرد، نمی‌توانیم قوانین و مقررات آن دولت را در مورد او اعمال کنیم. این مسئله می‌تواند به بروز چالش‌ها و مسائل حقوقی جدی منجر شود. لذا وجود تابعیت یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر است که شفافیت در روابط حقوقی و اجتماعی افراد را تضمین می‌کند (خلعتبری، ۱۳۱۶: ۲۱). از اصل فوق‌الذکر که هر فردی باید تابعیتی داشته باشد، دو نتیجه حاصل می‌شود: اول آنکه هر فردی به محض تولد، باید تبعه دولت معینی باشد و دوم آنکه هیچ فردی نمی‌تواند ترک تابعیت کند، بدون آنکه تابعیت دولت دیگری را بپذیرد.

۳-۲. اصل وحدت تابعیت

اصل وحدت تابعیت به معنای این است که هر فرد تنها می‌تواند یک تابعیت قانونی و رسمی در یک زمان معین داشته باشد. این اصل به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا افرادی را که تحت تابعیت آن‌ها قرار هستند، شناسایی کرده و در قبال آن‌ها حقوق و وظایفی تعریف کنند.

اصل وحدت تابعیت ویژگی‌های دارد که به اختصار اشاره می‌کنیم:

انحصار تابعیت: این اصل به این معنا است که شخص نمی‌تواند هم‌زمان تابعیت دو یا چند کشور را داشته باشد. البته در برخی کشورها ممکن است از اصول استثنا قائل شوند و



دو تابعیتی را تحت شرایط خاصی بپذیرند.

حقوق و مسئولیت‌ها: تحت این اصل، فرد دارای مسئولیت‌های قانونی و اجتماعی نسبت به دولت خود بوده و در مقابل آن نیز از حقوق و مزایای خاصی بهره‌مند می‌شود. تأثیر بر روابط بین‌الملل: اصل وحدت تابعیت می‌تواند بر تعاملات بین‌المللی تأثیر بگذارد، به‌ویژه در موضوعاتی همچون مهاجرت، وضعیت پناهندگان و دیپلماسی. محافظت از حقوق: این اصل به دولت‌ها کمک می‌کند تا از حقوق و منافع شهروندان خود در داخل و خارج از کشور محافظت کنند.

همان‌طور که یک فرد بدون تابعیت (آپاترین)^۱ در شرایطی غیراستاندارد قرار دارد، شخص دارای بیش از یک تابعیت نیز با وضعیت مشابهی مواجه است. تابعیت به‌عنوان منبعی برای حقوق و مسئولیت‌ها عمل می‌کند و زمانی که فردی دو تابعیت دارد، از یک‌سو برخورداری از حقوق و مزایای ناشی از هر یک از دولت‌ها ممکن است ناعادلانه به نظر برسد و از سوی دیگر، انجام تمامی تکالیف مربوط به هر دو دولت برای او بسیار دشوار خواهد بود.

وجود تابعیت مضاعف می‌تواند موجب تعارض و تضاد بین دولت‌هایی شود که فرد به آن‌ها وابسته است. این وضعیت با نظم بین‌المللی، خصوصاً از لحاظ توزیع جغرافیایی افراد میان دولت‌ها، مغایرت دارد. همچنین دولت‌ها نمی‌توانند نسبت به افرادی که تابعیت دوگانه دارند، نگرش مثبتی داشته باشند. از منظر قوانین بین‌المللی، هر دولت این حق را دارد که تابعیت خارجی این افراد را نادیده بگیرد و آن‌ها را تنها به‌عنوان تابعان خود به شمار آورد.

با این حال، مسئله‌ای که هنوز بین دولت‌ها مورد بحث است، این است که تابعیت چگونه باید به افراد اعطا شود و بر اساس کدام سیستم باید این فرایند صورت بگیرد. این اختلاف نظر به پیچیدگی‌های بیشتری در رابطه با حقوق و وظایف افراد دارای تابعیت مضاعف می‌افزاید و نیازمند توجه و بررسی دقیق‌تری است.

۳-۳. اصل تغییرپذیری تابعیت

اصل تغییرپذیری تابعیت به معنای این است که افراد می‌توانند تابعیت خود را بر اساس اراده خود تغییر دهند. این اصل به افراد اجازه می‌دهد تا با شرایط خاص، از تابعیت یک

1. Stateless

کشور به تابعیت کشور دیگر منتقل شوند یا به‌طور کلی، تابعیت خود را ترک کنند. اصل تغییرپذیری تابعیت نیز ویژگی‌های دارد که به اختصار اشاره می‌کنیم:

انتقال تابعیت: افراد می‌توانند از طریق مهاجرت، ازدواج، یا شروط خاص قانونی تابعیت کشور جدیدی را دریافت کنند. این شامل درخواست برای تابعیت از طریق سیستم‌های مختلف، مثل سرمایه‌گذاری، تحصیل، یا کار می‌شود.

ترک تابعیت: افراد ممکن است تصمیم بگیرند که از تابعیت خود صرف‌نظر کنند که معمولاً شامل روندهای قانونی مشخصی است.

تغییرات در قوانین: تغییرپذیری تابعیت به قوانین هر کشور بستگی دارد. بنابراین شرایط و مراحل تغییر تابعیت، می‌تواند در کشورهای مختلف متفاوت باشد.

چالش‌های حقوقی: تغییر تابعیت ممکن است با چالش‌ها و تبعات حقوقی همراه باشد؛ مانند از دست دادن حقوق یا مزایا در کشور قبلی و لزوم تطابق با قوانین کشور جدید.

دو تابعیتی: برخی کشورها اجازه دو تابعیتی را تحت شرایط خاص می‌دهند که به فرد امکان می‌دهد هم‌زمان تابعیت دو کشور را داشته باشد، در حالی که برخی دیگر این موضوع را ممنوع می‌دانند.

بنابراین اصل تغییرپذیری تابعیت در واقع بیانگر حق فرد در انتخاب هویت و جایگاه اجتماعی خود است و نشان می‌دهد که تابعیت، تنها یک وضعیت ثابت نیست، بلکه می‌تواند تحت تأثیر شرایط زندگی و تصمیمات فردی تغییر کند.

می‌توان گفت حق تغییر تابعیت از این امر سرچشمه می‌گیرد که دیده شده رضایت فرد در تمکین از دولتی معین تا چه پایه در صلح و ثبات و پیشرفت یک جامعه بین‌المللی مؤثر است. اینکه کسی می‌تواند در دوران کنونی تابعیت یک دولت را، به اراده خود، ترک کند و تابعیت دولت دیگر را بپذیرد نتیجه تحولاتی است که از قرن (۱۳) میلادی در حقوق فرد در برابر دولت پدید آمده و خود، گذشته از علل و عوامل دیگر، از این شناخت سرچشمه گرفته که دیده شده، رضایت فرد در تمکین از دولتی معین تا چه پایه در صلح و ثبات و پیشرفت تکنولوژی و رواج اعتقادات و فرهنگ‌های یک جامعه حتی در محدوده بین‌المللی مؤثر است. بنابراین امروزه تابعیت فرد نسبت به دولت، مانند روزگاران گذشته، به معنای انقیاد مطلق و همیشگی نسبت به دولت است (سلجوقی، ۱۳۹۱: ۶۵).



۴. سیستم‌های اعمال تابعیت (روش تحصیل تابعیت)

این روش‌ها به افراد این امکان را می‌دهد که از حقوق و مزایای شهروندی یک کشور بهره‌مند شوند و تعهدات قانونی و اجتماعی مربوط به آن را نیز قبول کنند. این فرایندها در زمینه‌های اجتماعی و اقتصادی جوامع مختلف نقش بسزایی دارند.

همین که طفلی به دنیا آمد، ناگزیر تابعیت دولتی به او تحمیل می‌شود. این یک قانون اجتماعی است و امروزه تقریباً همه دولت‌ها، آن را پذیرفته‌اند. روش تحصیل تابعیت به فرایندهایی اطلاق می‌شود که از طریق آن فرد می‌تواند به‌طور قانونی یک تابعیت جدید دریافت کند. این روش‌ها معمولاً بر اساس قوانین هر کشور متفاوت هستند و می‌توانند شامل مجموعه‌ای از شرایط و مراحل مشخص باشند. در ادامه روش‌های متداول تحصیل تابعیت را بررسی می‌کنیم:

۴-۱. تابعیت به‌صورت تولد (jus soli)

سیستم خاک به روشی اشاره دارد که بر اساس آن تابعیت یک شخص، بر مبنای محل تولد وی تعیین می‌شود. به عبارت دیگر، هر فردی که در کشوری به دنیا بیاید، تابعیت آن کشور را خواهد داشت. این سیستم به‌ویژه در کشورهای مهاجرپذیر مانند آمریکا، انگلیس، کانادا و استرالیا کاربرد دارد و امروزه بیشتر کشورها از این رویکرد، برای تعیین تابعیت خود استفاده می‌کنند.

افرادی که در قلمرو یک کشور به دنیا می‌آیند، به‌طور خودکار تابعیت آن کشور را دریافت می‌کنند. این روش در برخی کشورها مانند ایالات متحده و کانادا رایج است.

۴-۲. تابعیت به‌صورت نسبی (jus sanguinis)

سیستم خون یا تابعیت نسبی، سیستمی است که در آن تابعیت از طریق نسب به طفل تحمیل می‌شود؛ یعنی طفل به‌محض تولد، تابعیت پدر یا مادرش را تحمل خواهد کرد. این سیستم به محل تولد کاری ندارد. کشورهایی چون سوئیس، اتریش، آلمان و مجارستان، از این سیستم تبعیت می‌کنند. بیشتر کشورهای مهاجرفرست، دارای این سیستم هستند. برخی از کشورها یک سیستم را به‌صورت مطلق و سیستم دیگر را به‌صورت مشروط، پذیرفته‌اند تا از مزایای هر دو سیستم استفاده کنند.

افرادی که از والدین دارای تابعیت یک کشور متولد شده‌اند، می‌توانند تابعیت آن کشور را دریافت کنند، حتی اگر در آن کشور به دنیا نیامده باشند. این روش در بسیاری از کشورها مانند ایران به کار می‌رود.

۳-۴. تابعیت از طریق مهاجرت

افراد می‌توانند با ورود به یک کشور به‌عنوان مهاجر و با گذراندن شرایط خاص، مانند زندگی در کشور به مدت معین، تسلط به زبان و فرهنگ کشور و عدم سوابق کیفری، درخواست تابعیت آن کشور را بدهند و پذیرفته شوند.

۴-۴. تابعیت از طریق ازدواج

بسیاری از کشورها به افراد خارجی که با یک شهروند آن کشور ازدواج می‌کنند، تسهیلاتی برای دریافت تابعیت ارائه می‌دهند. این شامل شرایط خاص مانند مدت زمان زندگی مشترک و اثبات رابطه واقعی است.

۵-۴. تابعیت از طریق سرمایه‌گذاری

برخی کشورها برای جذب سرمایه‌گذار، برنامه‌های تابعیت از طریق سرمایه‌گذاری را ارائه می‌دهند. افراد می‌توانند با سرمایه‌گذاری معین در اقتصاد کشور، تابعیت آن کشور را به دست آورند.

۶-۴. تابعیت به صورت اعطایی

در برخی موارد، دولت‌ها ممکن است به‌طور خاص به افراد معروف یا افراد با استعداد در زمینه‌های خاص، تابعیت اعطا کنند.

با توجه به روشهای گفته شده، تابعیت ایران را می‌شود از سه طریق به دست آورد: ۱. به‌وسیله اجرای سیستم خون یا خاک و در زمان ولادت یا احیاناً بعد از ولادت؛ ۲. به‌وسیله ازدواج؛ ۳. به‌وسیله پذیرش به تابعیت ایران (نصیری، ۱۳۷۲: ۶۱). تابعیت اصلی ایران در ماده ۹۷۶ قانون مدنی تعیین شده است که البته می‌توان گفت این ماده، ماده ثقیلی است؛ زیرا موارد مختلف اعمال روش خاک و روش خون و نیز دو مورد از موارد تابعیت اکتسابی را در یک ماده آورده است، درحالی‌که می‌توانست مواد مختلفی را به این موضوع اختصاص دهد.



۵. تابعیت اصلی بر اساس سیستم خاک و خون

تابعیت اصلی تابعیتی است که در زمان تولد به شخص، تحمیل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۱۰۹؛ نصیری، ۱۳۷۲: ۶۱). تابعیت اصلی ایران را کسانی دارا هستند که تابعیت ایرانی آن‌ها ناشی از تابعیت ایرانی پدر آن‌ها یا تولد آن‌ها در سرزمین ایران باشد. این‌گونه تابعیت‌ها به زمان تولد شخص مربوط‌اند و اینکه تابعیت او یا ناشی از تولد وی در خانواده‌های ایرانی (سیستم خون) یا تولد در سرزمین ایران (سیستم خاک) (بلدسو، ۱۳۷۵: ۱۶۱ و ۱۶۲). به لحاظ برخی تفاوت‌ها میان حقوق اجتماعی دارندگان تابعیت اصلی ایران و تابعیت اکتسابی ایران، تمایز میان این دودسته از اتباع ایران ضرورت دارد (سلجوقی، ۱۳۸۰: ۷۸).

در بند اول حکمی کلی برای اعمال روش خاک در نظر گرفته است و در بند ۲، روش خون و در بند ۳ و ۴ و ۵ روش خاک را به‌صورت مشروط قابل اجرا دانسته است و بند ۶ و ۷ راجع به تابعیت اکتسابی است (ارفع‌نیا، ۱۳۷۴: ۶۴).

۵-۱. تابعیت در ایران به لحاظ سیستم خون

تابعیت ایرانی بر اساس سیستم خون به این معنا است که هر فردی که پدرش ایرانی باشد، به صرف وجود این وابستگی خانوادگی، به‌عنوان تبعه ایران شناخته می‌شود. بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی به‌وضوح این موضوع را بیان کرده است و تصریح می‌کند: «افرادی که پدر آنان تبعه ایران است، چه در داخل کشور و چه در خارج از آن متولد شوند، به‌عنوان تبعه ایران شناخته می‌شوند».

به‌عنوان مثال، اگر یک ایرانی در لندن زندگی کند و فرزندى از او به دنیا بیاید، آن کودک طبق قوانین ایران به‌عنوان تبعه این کشور محسوب می‌شود. از زمانی که این فرزند به ایران سفر کند، تحت قوانین و مسئولیت‌هایی قرار می‌گیرد که برای تمامی ایرانیان به یک اندازه اعمال می‌شود. به این ترتیب، رابطه‌خونی و نسبی با پدر ایرانی، تابعیت را برای کودک به ارمغان می‌آورد و او به‌عنوان یک شهروند ایرانی از حقوق و وظایف مربوط به تابعیت خود بهره‌مند می‌شود (ارفع‌نیا، ۱۳۷۴: ۶۴).

این ماده قانون مدنی به تولد در خارج از کشور اشاره دارد و بیان می‌کند که فرزندان

که از پدر ایرانی متولد می‌شوند، حتی اگر در کشور دیگری به دنیا بیایند، تابعیت ایرانی خواهند داشت. به عبارت دیگر وقتی هویت و تابعیت پدر مشخص می‌شود، تابعیت فرزند نیز به تبع آن تعیین می‌گردد. این موضوع بدین معنا است که اگرچه کودک در کشوری دیگر متولد شده و ممکن است تابعیت آن کشور را نیز دارا باشد؛ اما از منظر قانون ایران، او به‌عنوان تبعه این کشور شناخته می‌شود.

مهم است که دانسته شود تابعیت ایرانی پدر شامل مواردی از قبیل تابعیت اصلی و تابعیت اکتسابی می‌شود. با این حال، «قانون ایران تنها سیستم خون را از طریق نسب پدری به رسمیت شناخته است و نسب مادری به‌هیچ‌عنوان در این زمینه مدنظر قرار نمی‌گیرد. بنابراین، تابعیت ایرانی بر اساس روابط نسبی با پدرانی که تبعه ایران هستند، شکل می‌گیرد و این در حالی است که ارتباط خونی با مادر هیچ تأثیری بر تابعیت فرزندان ندارد (نصیری، ۱۳۷۲: ۶۴). عدم اشاره به نام مادر در قوانین تابعیت ایران، می‌تواند به دو دلیل اصلی مربوط شود:

اولاً قانون‌گذار ایرانی بر این باور بوده که در مسائل مربوط به خانواده و تابعیت، وحدت تابعیت لازم است. از این رو، نیازی به ذکر نام مادر احساس نکرده و تنها بر پایه نسب پدری تأکید کرده است. این رویکرد نشان‌دهنده این است که تابعیت یک خانواده، عمدتاً به تابعیت پدر وابسته است.

ثانیاً با استناد به بند ۶ ماده ۹۷۶، هر زنی که با مرد ایرانی ازدواج کند، به‌طور خودکار تابعیت ایرانی می‌گیرد. این قانون به این معنا است که حتی اگر زن به‌طور پیشین تابعیت یک کشور دیگر را داشته باشد، به‌محض انعقاد عقد ازدواج، بدون نیاز به ابراز اراده خاصی، تابعیت ایرانی را کسب می‌کند. این امر به‌خوبی نشان می‌دهد که «نهاد خانواده در قوانین تابعیت ایران، اعتبار بیشتری به پدر می‌دهد و تغییر تابعیت مادر به تابعیت ایرانی به‌سادگی و به‌طور خودکار اتفاق می‌افتد، حتی اگر او تابعیت قبلی خود را طبق قوانین کشورش حفظ کرده باشد. بنابراین این تنظیمات قانونی به منطقی‌ترین شیوه، هویت و تعلقات قانونی اعضای خانواده را مشخص کرده است» (ارفع نیا، ۱۳۷۴: ۶۸).

بنابراین اگر فردی از مادر ایرانی و پدر غیرایرانی متولد شود، تابعیت او به‌موجب بند ۲



ماده ۹۷۶ قانون مدنی، به رسمیت شناخته نمی‌شود؛ زیرا این بند به صراحت تنها به فرزندان دارای پدر ایرانی اشاره دارد. در این حالت، تابعیت این کودک تا زمانی که قانونی اتخاذ نشود، خارج از دایره شمول بند ۲ قرار می‌گیرد؛ اما اگر این فرد در خاک ایران به دنیا بیاید، تابعیت او بر اساس موارد خاصی که در بندهای ۳، ۴ و ۵ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ذکر شده است، قابل بررسی و احصای تابعیت ایرانی خواهد بود. به عنوان مثال:

بند ۳: به تولد در خاک ایران مرتبط است و در شرایط خاص، فرزندان کسانی که در خاک ایران به دنیا می‌آیند، می‌توانند تابعیت ایرانی کسب کنند.

بند ۴: شامل افرادی است که در ایران متولد می‌شوند. لذا این افراد می‌توانند تابعیت را بر اساس این بند به دست آورند.

بند ۵: به شروط خاصی اشاره دارد که می‌تواند شامل فرزندان خارجی تبارانی باشد که در ایران متولد می‌شوند و شرایط قانونی خاصی را دارا باشند.

بنابراین تولد در ایران می‌تواند به لحاظ شرایط متناسب، راهی برای احراز تابعیت ایرانی این افراد باشد، حتی اگر یکی از والدین آن‌ها بیگانه باشد (سلجوقی، ۱۳۸۰: ۷۹).

از طرف دیگر می‌توان گفت پذیرش تابعیت ایرانی پدر و انتقال آن به طفل معلوم الوالد، شاید بدین دلیل باشد که نسب و مشروعیت طفل در حقوق اسلامی بر مبنای نسب پدری استوار است؛ اما «باید اذعان داشت که تابعیت، پیوندی سیاسی است که در حقوق عمومی مطرح است و ارتباط میان اشخاص با یک دولت را برقرار می‌سازد؛ اما نسب و پیوند طفل به والدین به دلیل ایجاد حق ابوت و ایجاد تکلیف برای والدین، به احوال شخصیه و حقوق مدنی اشخاص مربوط است که در حقوق خصوصی مطرح می‌شود. ممکن است عدم پذیرش تابعیت ایرانی مادر در ایجاد تابعیت اصلی طفل منجر به ایجاد و گسترش معضل آپاتریدی یا بی‌تابعیتی گردد» (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۴۹).

۵-۱-۱. اشکالات سیستم خون

اصل خون در ابتدا در کشورهای اروپایی مورد استفاده قرار گرفت. این اصل پس از وقوع انقلاب فرانسه و در زمان تدوین قانون مدنی آن کشور در ۱۸۰۴ از سوی قانون‌گذار فرانسوی، بنا به مصالحی چون پرجمعیت بودن و دلایل نژادی مقبول واقع شد و اصل خاک

کنار زده شد. سپس دیگر کشورهای اروپایی به تبعیت از فرانسه، اصل خون را به عنوان مبنای اصلی انتساب تابعیت در مقررات خود قرار دادند؛ (patrick weil and Alexis Spire, 2007, 187) اما این سیستم با اشکالاتی مواجه است (نیازی، ۱۳۹۴: ۳۹) که عبارتند از:

الف. اطفالی که والدین معینی ندارند: کشورهای اروپایی اطفال بدون والدین مشخص، ارقام بزرگی را تشکیل می‌دهند. این اطفال سر راهی که سازمان‌های عمومی آن‌ها را اداره می‌کنند نمی‌توانند از سیستم خون استفاده کنند و تابعیت والدین را به دست آورند. این در حالی است که پیامدهای عدم ملیت بسیار زیاد و شدید بوده و بسیاری از کودکان بدون تابعیت در فقر شدید رشد می‌کنند و از حقوق اولیه محروم می‌شوند.^۱

ب. اطفالی که والدین بدون تابعیت دارند: جمعی از افراد به دلایل مختلف فاقد تابعیت هستند، به اطفال این گروه هم نمی‌شود تابعیت والدین را تحمیل کرد؛ زیرا والدین تابعیتی ندارند که به فرزندان منتقل کنند. در حال حاضر حدود ۲۳۷ میلیون کودک زیر پنج سال در سراسر جهان فاقد شناسنامه و در خطر بی‌تابعیتی هستند.^۲ در مواردی که چنین اشکالاتی در سر راه استفاده از سیستم خون وجود دارد، باید متوجه سیستم خاک بود.

۵-۱-۲. تعارض سیستم‌های پذیرشی تولدی کشورها

اگر کلیه دولت‌ها یک سیستم خاک یا خون را اعمال می‌کردند، فروض زیادی برای پیدایش بی‌تابعیتی و ایجاد تابعیت مضاعف نبود، ولی از آنجا که هر دولتی مطابق مصالح خود تدابیری را اتخاذ می‌کند و دولت‌ها عموماً به یک شکل و روش عمل نمی‌کنند، قهراً مشکل بی‌تابعیتی و آثار ناشی از آن حادث می‌شود. در بعضی از کشورها سیستم خون و در بعضی دیگر، سیستم خاک و در بعضی دیگر هر دو اعمال می‌گردد. لذا به ناچار با پدیده بی‌تابعیتی مواجه می‌شویم. برای جلوگیری از چنین مشکلاتی، اول اوت ۱۹۸۹ قانون اساسی کشور مالت به اصل خون انتقال یافت (Sadiq, 2008).

1. Children's right to a nationality, OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, p.1, For more information, see the Open Society Justice Initiative website: <http://www.justiceinitiative.org>

2. U.S. Department of State. (2021). Statelessness BUREAU OF POPULATION, REFUGEES, AND MIGRATION. Taken from U.S. Department of State: <https://www.state.gov/other-policy-issues/statelessness/>, accessed on March 10, 2022.



۵-۲. اولویت سیستم خاک و مزایای آن

سیستم خاک، به‌عنوان روشی برای تعیین تابعیت، به این معنا است که تابعیت هر فردی بر اساس مکان تولد وی مشخص می‌شود. درواقع، هر انسانی که در یک کشور به دنیا بیاید، تابعیت آن کشور را به دست می‌آورد. این سیستم به دلیل اینکه هر فرد به‌طور اجتناب‌ناپذیری در یک محل مشخص متولد می‌شود، می‌تواند به‌عنوان یک اصل اساسی در حقوق بین‌الملل تلقی شود.

به این ترتیب، اگر تمامی کشورها به‌طور عمومی و برابر، سیستم خاک را به رسمیت بشناسند، اوضاع به‌گونه‌ای خواهد بود که هیچ فردی در معرض بی‌تابعیتی، یا به اصطلاح آپاتریدی، قرار نخواهد گرفت. به عبارتی، هر شخصی که در هرکجای دنیا به دنیا بیاید، به‌طور خودکار تابعیت کشوری را که در آن متولد شده، به دست می‌آورد. این امر می‌تواند به حل مشکل افرادی که بدون تابعیت هستند، کمک کند و تضمین کند که هر فرد در هرجایی از دنیا حداقل تابعیت یکی از کشورها را خواهد داشت. «بنابراین، پذیرش عام و جهانی این سیستم می‌تواند به رفع مشکلات حقوقی و اجتماعی ناشی از بی‌تابعیتی و ایجاد یک نظام حقوقی متقن در سطح بین‌المللی کمک کند»؛ (حدادیان، ۱۳۹۵: ۱۰۸۹) زیرا سیستم خاک دارای مزایایی است که با تطبیق این مزایا بر حقوق ایران می‌توان به وجه اولویت این سیستم، دست یافت. برخی از این مزایا ذیلاً عنوان می‌گردد:

۱. تسلط دولت‌ها نسبت به اعمال حاکمیت قانونی بر افراد: در بحث تابعیت، این موضوع مهم است که بیشتر به رابطه فرد با دولت مربوط می‌شود تا رابطه بین فرزند و والدین. درواقع، تابعیت بر پایه اصولی مانند سیستم خاک شکل می‌گیرد که به مرتبط بودن فرد با خاک کشور اشاره دارد. هر دولتی می‌تواند نسبت به افرادی که در قلمرو هستند، قدرت و حاکمیت خود را اعمال کند و این حاکمیت به تابعیت آن‌ها ارتباط می‌یابد. بنابراین فردی که در کشوری متولد می‌شود، به‌طور طبیعی می‌تواند تابع آن کشور شناخته شود و این دولت حق دارد از او خواسته‌ها و وظایف خاصی را در زمان بزرگسالی انتظار داشته باشد. اگر فردی از قلمرو یک کشور خارج شود، دولت دیگر نمی‌تواند به‌طور مستقیم بر او نفوذ و کنترل داشته باشد، به دلیل فقدان ارتباط فیزیکی و قانونی.

به‌عنوان شاهدهی بر این ادعا، می‌توان به افرادی اشاره کرد که تابعیت دولت معینی را به دلیل نسبت‌های خونی دریافت کرده‌اند؛ اما هرگز هیچ‌گونه وظایفی نسبت به آن دولت انجام نداده‌اند و عملاً تابع دولت دیگری بوده‌اند که در خاک آن متولد شده‌اند. این نکته نشان می‌دهد که در عمل، تابعیت از طریق خاک و ارتباط فرد با دولت به مراتب مهم‌تر از نسبت خونی او با والدین است. بنابراین هنگام بررسی مفهوم تابعیت، باید به این نکته توجه داشت که نهایتاً این رابطه فرد با دولت است که در مراجع حقوقی و عملی مدنظر قرار می‌گیرد، نه فقط روابط خونی یا رابطه فرزند با والدین.

۲. حمایت از افراد سرزمین: هر فردی که در یک کشور زندگی می‌کند، به‌طور طبیعی انتظار دارد که تحت حمایت قوانین آن کشور باشد و مانند دیگر ساکنان آن سرزمین، از حقوق و تکالیفی بهره‌مند شود. سیستم خاک به همین منظور طراحی شده است تا تابعیت را به افرادی اعطا کند که در آن کشور متولد شده و در آنجا سکونت دارند. این اصل موجب ایجاد پیوند میان اقامتگاه فرد و تابعیت او می‌شود. اگر تصمیم گرفته شود که تنها بر اساس مکان تولد و سیستم خاک، تابعیت به یک فرد تحمیل شود و سپس او به کشوری دیگر برای زندگی برود، مشکلاتی به وجود خواهد آمد. برای مثال، اگر فردی در یک کشور غیر ایرانی متولد شود، ولی پدرش ایرانی باشد، ممکن است بخواهد تابعیت ایران را نیز کسب کند. این وضعیت می‌تواند به تعدد تابعیت‌ها منجر شود و مسائل حقوقی و اجتماعی متعددی را ایجاد کند.

در واقع، بسیاری از کشورها مانند انگلیس و آمریکا به سیستم خاک گرایش بیشتری دارند و در حقوق شخصی، قانون محل اقامت را به‌عنوان دستورالعمل اصلی در نظر می‌گیرند. در موارد تعارض قوانین نیز، قانون اقامتگاه به‌عنوان معیار تصمیم‌گیری پذیرفته می‌شود. این رویکرد کمک می‌کند تا تابعیت و حقوق افراد به‌طور منطقی و منسجم مدیریت شود و از بروز مشکلات ناشی از چندگانگی تابعیت‌ها جلوگیری گردد.

۳. از بین بردن پدیده بی‌تابعیتی: سیستم خون نمی‌تواند به‌طور کامل مسئله تابعیت را نسبت به افراد حل کند. همان‌طوری که دیدیم با اعمال سیستم خون، جمعی از افراد از جمله اشخاص بدون والدین یا اشخاصی که تابعیت والدین آن‌ها معلوم نیست، بدون تابعیت یا آپاترید (apatride) باقی می‌مانند؛ اما اگر تمامی کشورها به متولدین خاک خود تابعیت



بدهند، درواقع مشکل بی‌تابعیتی به طرز قابل توجهی کاهش خواهد یافت. این رویکرد برای نوزادانی که در کشورها، کشتی‌ها یا هواپیماهای متعلق به آن کشورها متولد می‌شوند، نیز به این معنا است که هر فردی در هرکجا که به دنیا بیاید، می‌تواند تابعیت آن کشور را به دست آورد. این امر به‌ویژه برای نوزادانی که در سفر یا در شرایط خاص به دنیا می‌آیند، اهمیت دارد و به آن‌ها این امکان را می‌دهد که حداقل تابعیت یک کشور را داشته باشند.

به‌عنوان مثال، یک متشرع مذهب کاتولیک تأکید می‌کند که فردی که در خاک یک کشور متولد می‌شود، به‌ناچار در سرزمین دیگری متولد نشده است. از این رو تابعیت آن کشور به‌طور طبیعی به او تعلق می‌گیرد. بنابراین، اگر فردی تابعیت کشور محل تولد خود را نپذیرد، عملاً هیچ دولت دیگری وجود ندارد که بتواند تابعیت دیگری به او اعطا کند. این نظریه نشان‌دهنده این است که سیستم خاک می‌تواند به شکل مؤثری مشکل افراد بدون تابعیت را حل کند و تضمینی برای هر نوزاد باشد که حقوق و حمایت‌های قانونی مرتبط با تابعیت را داشته باشد. بنابراین حمایت از سیستم خاک نه تنها به مفهوم حقوق فردی، بلکه به تقویت انسجام اجتماعی و کاهش مشکلات ناشی از بی‌تابعیتی نیز کمک می‌کند. این رویکرد به کشورهای مختلف امکان می‌دهد که به‌طور هم‌زمان بر اصول عدالت و حقوق بشر تأکید داشته باشند و از بحران‌های اجتماعی و قانونی ناشی از وجود افراد بدون تابعیت جلوگیری کنند.

۴. غلبه عوامل اجتماعی بر عوامل ارثی: بسیاری از جامعه‌شناسان معتقدند که عوامل اجتماعی در سازندگی افراد بیش از عوامل ارثی مؤثرند. کسی که در محلی متولد شد، رشد کرد و از آب و هوای محل استفاده نمود، با آداب و سنن و عادات مردم خو گرفت، قطعاً به آن اجتماع نزدیک‌تر می‌شود و تابعیت او با دولت چنین اجتماعی، طبیعی‌تر است. جان لاک، فیلسوف مشهور انگلیسی بر این نظر است (مصباح یزدی، ۱۳۹۰: ۲۰۲).

۵. مصلحت کشورهای مهاجرپذیر: کشورهایی که دارای وسعت خاک و منابع طبیعی فراوان هستند؛ اما جمعیت کمی دارند، معمولاً تلاش می‌کنند تا با جذب مهاجران و افزایش جمعیت، قدرت اقتصادی و اجتماعی خود را تقویت کنند. این کشورها به دلیل نیاز به توسعه و افزایش نیروی انسانی، به‌راحتی مهاجران را پذیرفته و در اعطای تابعیت سخت‌گیری نمی‌کنند. در این شرایط، پذیرش سیستم خاک می‌تواند به‌عنوان یک استراتژی

مؤثر در نظر گرفته شود؛ زیرا با اعطای تابعیت به افرادی که در خاک آن کشور متولد می‌شوند، می‌توانند به افزایش جمعیت و نیروی کار خود کمک کنند. افزایش جمعیت می‌تواند به تقویت قدرت اقتصادی، سیاسی و اجتماعی کشور منجر شود و به آن امکان می‌دهد که در عرصه‌های بین‌المللی بیشتر دیده شود.

به عبارت دیگر، کشورهایی با نیاز به رشد جمعیت و توسعه اقتصادی می‌توانند از طریق سیستم خاک، تابعیت را به افرادی که در خاک آن‌ها به دنیا می‌آیند اعطا کنند. این امر همچنین به ایجاد جامعه‌ای متنوع و پررونق کمک می‌کند که به نوبه خود بازار کار و فرصت‌های اقتصادی را افزایش می‌دهد. به همین دلیل، چنین کشورهایی معمولاً سیاست‌های مهاجرتی را برای جذب افراد با مهارت‌های مختلف تنظیم می‌کنند و سعی دارند تا از ظرفیت‌های انسانی موجود به بهترین نحو استفاده کنند. در این راستا، استفاده از سیستم خاک نه تنها به حل مسائل جمعیتی کمک می‌کند، بلکه باعث بهبود وضعیت اقتصادی و اجتماعی نیز می‌شود. این استراتژی به ویژه در کشورهایی که به دنبال رونق اقتصادی و بازسازی قدرت ملی هستند، منطقی و حیاتی به نظر می‌رسد.

۶. ایجاد قوانین آسان‌تر برای اخذ تابعیت: در این سیستم تابعیت به فرد متولد شده در قلمرو کشورها داده می‌شود. بعضی کشورها نیز این اجازه را می‌دهند که افراد برای تولد فرزند وارد آن شده و تابعیت بگیرند.

۵-۳. مشکلات اجرای سیستم خاک در ایران

تابعیت بر اساس خاک که به معنای اعطای حق تابعیت به هر فردی متولد در یک سرزمین، شناخته می‌شود، در فقه اسلامی جایگاهی ندارد و به طور خاص در شرایطی که فرزند از والدینی غیرمسلمان (مانند ذمی یا مستأمن) در دارالاسلام به دنیا بیاید، این نظریه مورد قبول نیست. فقه اسلامی بر این باور است که تولد در سرزمین اسلامی به تنهایی نمی‌تواند موجب ایجاد حق تابعیت ایمانی برای فرد شود. بنابراین فرزند مستأمن، حتی اگر در دارالاسلام به دنیا بیاید، به عنوان تبعه دولت اسلامی شناخته نمی‌شود. همچنین فرزند ذمی نیز فقط در صورتی تبعه پیمانی محسوب می‌شود که والدین او با دولت اسلامی پیمانی داشته باشند. تنها استثنایی که فقها مطرح کرده‌اند، در مورد وضعیت نوزادانی است که اصل نسب



آن‌ها مورد تردید باشد. در این مورد، اگر کودکی در دار الاسلام و در میان مسلمانان پیدا شود، حکم بر مسلمانی او می‌شود و به تبع آن، او جزء اتباع دولت اسلامی تلقی می‌گردد. این نکته اهمیت منحصر به فردی در فقه اسلامی دارد و نشان‌دهنده این است که اصل نسب و ارتباط خانوادگی، در مقایسه با مکان تولد، نقش محوری‌تری در تعیین تابعیت دارد. بنابراین در فقه اسلامی، تابعیت بیشتر بر اساس روابط خانوادگی و پیمان‌ها بنا شده تا بر اساس مکان تولد. این رویکرد به نوعی تأکید بر اصل خون و نسب و ارتباطات خانوادگی در تعیین هویت فردی و اجتماعی در جوامع اسلامی است و اگر همین طفل در دار الاسلام و در میان زمین یافت شود، حکم بر ذمی بودن او می‌شود (ر.ک. طوسی، ۱۳۷۸: ۲، ۲۶). اما می‌توان گفت این حکم در اسلام بنا به مصالحی از جمله دریافت جزیه از کافران ذمی و نشانگر ایجاد یک روح واحد در بین مسلمانان بوده و دلالتی بر عدم پذیرش سیستم خاک ندارد. در فرض پذیرش، باید آن را به کافران تخصیص زد نه تمام مهاجرانی که وارد ایران می‌شوند که ممکن است حتی به ندرت اهل کتاب بوده و غالباً مسلمانانی هستند که برای تعلیم علوم دینی و کسب روزی حلال وارد سرزمین ایران شده‌اند. علاوه بر آن لزوم پذیرش مهاجران مسلمان و پیوند با برادران دینی، مورد تأکید اسلام و انقلاب اسلامی است (موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۴:۵۷).

۶. علل لزوم تغییر در سیستم ایران

۶-۱. تغییر ایران از مهاجر فرست به مهاجر پذیر

ایران در حال حاضر با گذشته تفاوت زیادی کرده است. سابقاً کشوری مهاجر فرست بود؛ اما اکنون یکی از مناطق عمده تمرکز مهاجران و پناهندگان خارجی در چند دهه اخیر است و هنوز هم تعداد قابل توجهی از آن‌ها در این کشور زندگی می‌کنند. به طوری که نتایج سرشماری ۱۳۸۵، حضور ۱ میلیون و ۳۰۰ هزار مهاجر و تبعه خارجی را در ایران نشان می‌دهد، (صادقی، ۱۳۸۵ و ۱۳۸۷: ۱) ولی بررسی آخرین جزئیات سرشماری اتباع خارجی در ایران، نشانگر آن است که بین ۴ میلیون و ۳۰۰ تا ۴ میلیون و ۵۰۰ هزار نفر اتباع افغانستانی در کشور هستند (خبرگزاری صدا و سیما، ۱۴۰۱: ۳۴۸۷۳۸۰).

۶-۲. وجود اشکالات در سیستم کنونی کشور

در قانون مدنی ایران، معیار خون و خاک برای تعیین تابعیت افراد در نظر گرفته شده است؛ اما با بررسی بیشتر در این مورد، با اشکالاتی در قانون مدنی در کاربرد عملی این دو معیار برخورد خواهیم کرد. مثلاً معیار خون را فقط از جهت رابطه خونی پدر با فرزند در نظر گرفته و برای مادر هیچ اهمیتی در رابطه خونی قائل نیست که باعث می‌شود فرزند متولد از مادر ایرانی و پدر خارجی برای کسب تابعیت ایران ۱۸ سال صبر کند، ولی یک تابعه خارجی برای گرفتن تابعیت ایرانی فقط با ۵ سال اقامت در ایران و سایر شرایط دیگر تابع ایران شود (ماده ۹۷۹ ق.م).

مشاهده خواهیم کرد که بسیاری از مشکلات مربوط به تابعیت در ایران، به ناآگاهی مردم از قانون مدنی یا نواقص موجود در این قانون برمی‌گردد. پذیرش سیستم تلفیقی خون و خاک در کشور، ممکن است مزایایی برای کشور در برداشته باشد؛ اما از طرفی نواقصی دارد که نیاز به رفع آن از راه رویه‌های قضایی یا اصلاح قوانین یا بنا به مصالحی محتاج تغییر اساسی سیستم حقوقی کشور است.

۶-۳. توسعه و رونق اقتصادی

با توجه به اینکه در دهه‌های اخیر، فرزندآوری تقلیل پیدا کرده و جمعیت ایران در حال کاهش است، پذیرش سیستم خاک می‌تواند در این زمینه سبب بهبود وضع جمعیتی ایران و ایجاد رونق اقتصادی و بازار کار شود.

۶-۴. به حداقل رساندن پدیده تابعیت مضاعف در ایران

از آنجاکه هر دولتی مطابق مصالح خود، تدابیری اتخاذ می‌کند و دولت‌ها عموماً به یک شکل و روش عمل نمی‌کنند، قهراً تابعیت مضاعف حادث می‌شود، درحالی‌که اگر تمام کشورهای مهاجرپذیر از جمله ایران، سیستم واحدی در پذیرش تابعیت اخذ کنند، نسبت به این کشورها پدیده تابعیت مضاعف، کاملاً از بین می‌رود و فقط در مقایسه با کشورهایی که سیستم متفاوت دارند، این پدیده ایجاد خواهد شد.

نتیجه‌گیری

در کشورهای دنیا، تابعیت بر اساس سیستم خاک یا تابعیت ارضی و سیستم خون یا تابعیت نسبی به رسمیت شناخته شده است؛ اما در ایران اصل بر تابعیت سیستم خون است، ولی در مواردی از سیستم خاک نیز برای اعطای تابعیت استفاده شده است. با بررسی بیشتر در این مورد با اشکالاتی در قانون مدنی در کاربرد عملی این دو معیار باید برخورد صورت گیرد.

برای حل اشکالات مطرح شده در بحث اتخاذ سیستم دوگانه خون و خاک در مقرر قانون مدنی چند راه وجود دارد:

اول آنکه مقرر قانونی از راه رویه‌های قضایی و یا اصلاح قوانین تغییر کند و این نیازمند بررسی تمام جوانب موضوع و مصالح دولت است. دوم آنکه ایران فقط سیستم خون را مبنای تابعیت قرار دهد که این راه با اشکالاتی که مطرح شد، مواجه بوده و برای ایران که اکنون به یک کشور مهاجرپذیر تبدیل شده و جمعیت ایرانی آن رو به کاهش است، مناسب نیست. سوم آنکه مثل برخی کشورهای مهاجرپذیر مانند کانادا و آمریکا و با شروطی که مصلحت دولت ایران اقتضا می‌کند، سیستم خاک می‌تواند راه مناسب‌تری باشد.

برای جلوگیری از ایجاد مشکلات پیش آمده و ایجاد همگونی در مسئله تابعیت، بین کشورهای مهاجرپذیر از جمله ایران و به دلیل داشتن مزایای فراوان سیستم خاک، پیشنهاد می‌شود که در ایران نیز از این سیستم تبعیت شود؛ زیرا در تابعیت رابطه فرد با دولت تنظیم می‌شود، نه رابطه فرزند با والدین که متکی به اصل خون باشیم.



فهرست منابع

۱. آل کجباف، حسین، (۱۳۸۹)، *بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: انتشارات جنگل.
۲. ابراهیمی، سید نصرالله، (۱۳۹۰)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: انتشارات سمت.
۳. ارفع نیا، بهشید، (۱۳۷۴)، *حقوق بین‌الملل خصوص*، تهران: نشر تحقیق.
۴. بلدسو، رابرت، بوسچک، (۱۳۷۵)، *فرهنگ حقوق بین‌الملل*، (مترجم: دکتر بهمن آقایی)، تهران: نشر گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۶. حدادیان، محمدعلی، آهنی، ابراهیم، (۱۳۹۵)، «*بررسی تابعیت مضاعف در حقوق بین‌الملل*»، کنفرانس بین‌المللی نوآوری در علوم و تکنولوژی، بیرجند: دانشگاه بیرجند.
۷. خبرگزاری صدا و سیما، (۰۴ تیر ۱۴۰۱ - ۰۶: ۴۹)، کد خبر: ۳۴۸۷۳۸۰.
۸. خلعتبری، ارسلان، (۱۳۱۶)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: بی‌نا، چاپخانه روشنایی.
۹. سلجوقی، محمود، (۱۳۸۰)، *بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: نشر میزان.
۱۰. شیخ الاسلامی، سید محسن، (۱۳۸۴)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: نشر گنج دانش.
۱۱. صادقی، رسول، (۱۳۸۵ و ۱۳۸۷)، *بررسی وضعیت مهاجران خارجی در ایران بر مبنای داده‌های سرشماری ۱۳۸۵*، تهران: گروه پژوهشی آمارهای اقتصادی پژوهشکده آمار.
۱۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۳۷۸)، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: بی‌نا.
۱۳. قانون مدنی ایران.
۱۴. مصباح یزدی، محمدتقی، (۱۳۹۰)، *جامعه و تاریخ از نگاه قرآن*، تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌الملل.
۱۵. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۸۵)، *صحیفه امام (صحیفه امام: مجموعه آثار امام خمینی)*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.



۱۶. نصیری، محمد، (۱۳۷۲)، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: انتشارات آگاه.
۱۷. نیازی، یوسف، (۱۳۹۴)، درس‌نامه جامع حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: نشر اندیشه فاضل.
18. information: <http://www.justiceinitiative.org>.
19. patrick weil and Alexis Spire, “France” in Rainer Baubock, Eva Ersboll, Kees Groenendijk and Harald Waldrauch, Acquisition and Loss of Nationality (2007): Comparative Analyses Volume: 2, country Analyses poquisition and Trends in 15 European Countries, Amsterdam University Press
20. Sadiq, Kamal. Paper Citizens (2008): How Illegal Immigrants Acquire Citizenship in Developing Countries. Oxford University Press.
21. U.S. Department of State. (2021). Statelessness BUREAU OF POPULATION, REFUGEES, AND MIGRATION. Taken from U.S. Department of State: <https://www.state.gov/other-policy-issues/statelessness/>, accessed on March 10, 2022.

حقوق مظنون در مرحله کشف جرم در نظام جزایی افغانستان

عبدالخالق فصیحی^۱

چکیده

حقوق مظنون از مباحث مهم اصول اجرائات جزایی به شمار می‌رود. حقوق مظنون بر اصل برائت، رعایت کرامت انسانی و اصل عدالت و امنیت قضایی مبتنی است. در افغانستان حقوق مظنون عمدتاً در قانون اساسی، قانون اجرائات جزایی و متون فقهی انعکاس یافته است. حقوق مظنون و متهم را می‌توان به سه مرحله تقسیم کرد: (۱) قبل از محاکمه، (۲) در جریان محاکمه، (۳) پس از محاکمه. حقوق مظنون در مرحله قبل از محاکمه نیز دو بخش حقوق مظنون در مرحله کشف و حقوق مظنون در مرحله تحقیق را در برمی‌گیرد. مرحله کشف جرم از حساسیت بالایی در فرایند جزایی برخوردار است؛ زیرا معمولاً شالوده و تهداب دوسیه جزایی در این مرحله شکل می‌گیرد. مقاله حاضر با توصیف و تحلیل اسناد و مدارک و آثار حقوقی، به تبیین حقوق مظنون در مرحله کشف جرم در حقوق افغانستان پرداخته است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که قانون‌گذار افغانستان در قانون اساسی و قانون اجرائات جزایی تلاش کرده تا معیارها و موازین بین‌المللی را درباره حقوق مظنون به رسمیت بشناسد و از آن تبعیت نماید.

کلیدواژه‌ها: حقوق مظنون، مرحله کشف جرم، قانون اصول اجرائات جزایی افغانستان

۱. دکترای فقه و حقوق قضایی، دانشکده فقه و حقوق، جامعه المصطفی العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان

ایمیل: fasihi2513@gmail.com

مقدمه

افرادی که در مرحله کشف جرم از سوی مراجع کشف جرم در مظان اتهام قرار دارند، از مجموعه حقوقی برخوردارند که در اسناد ملی و بین‌المللی انعکاس یافته است. این دسته از افراد از آنجا که معمولاً زیر نظر یا در توقیف قرار دارند، ضریب نقض حقوقشان از سوی مراجع کشف جرم بسیار بالاست. از سوی دیگر کشف جرم، نخستین و مهم‌ترین مرحله از مراحل پنج‌گانه رسیدگی جزایی است. کشف جرم یکی از حساس‌ترین مراحل فرایند جزایی است که در آن تهداب و اساس رسیدگی‌های جزایی شکل می‌گیرد؛ زیرا تا جرمی کشف نشود، ماشین دادرسی جزایی به حرکت در نمی‌آید. از همین روی برای تأمین عدالت در دادرسی‌های جزایی نظام‌های مختلف جزایی، برای صیانت از حقوق مظنون در مرحله کشف جرم، موازین و معیارهایی را تعریف کرده‌اند. حقوق مظنون بر اصل برائت، رعایت کرامت انسانی و اصل عدالت و امنیت قضایی مبتنی است. حقوق مظنون و متهم را می‌توان به سه مرحله تقسیم کرد؛ (۱) قبل از محاکمه، (۲) در جریان محاکمه، (۳) پس از محاکمه. حقوق مظنون در مرحله قبل از محاکمه نیز دو بخش حقوق مظنون در مرحله کشف و حقوق مظنون در مرحله تحقیق را در بر می‌گیرد. قانون‌گذار افغانستان نیز در راستای اجرای عدالت و انصاف و تأمین حقوق مظنون در چرخه عدالت جزایی، تلاش کرده تا خود را با موازین و معیارهای حقوق جزای مدرن، هماهنگ نماید. موازین و معیارهای مذکور در قانون اساسی مصوب ۲۰۰۴ و قانون اصول اجرائات جزایی به‌روشنی بیان شده است.

۱. مفاهیم

از آنجا که تعاریف، اساس مفروضات، نظریه‌ها و نظریه‌پردازی‌ها قرار می‌گیرند، بحث پیرامون اصطلاحات در هر حوزه علمی و ارائه تعریف یا چهارچوب مشخص از مفاهیم مرتبط با آن حوزه علمی ضرورت پیدا می‌کند. مقاله حاضر نیز با درک این ضرورت برای به دست دادن زبانی مشترک و هم‌زمینه‌چینی برای ورود به اصل بحث، به تعریف پاره‌ای از مفاهیم که شناخت آن‌ها در فهم بیشتر و بهتر مقاله کمک می‌کند، پرداخته است.



۱-۱. مظنون

واژه مظنون در لغت به معنای گمان برده شده آمده است. گاهی این واژه را به معنا گمان برنده یعنی به جای ظان نیز به کار می‌برند. مشکوک، مورد شک و گمان واقع شده، نامعلوم و نامحقق و یقین نشده و شبهه دار، پنداشته شده، ظنین و متهم نیز از دیگر معانی این واژه است (ر.ک. دهخدا، ۱۳۷۷، ذیل واژه). در ادبیات حقوقی، مظنون به شخصی اطلاق می‌شود که به دلیل ارتکاب جرم به او شک و سوءظن وجود دارد. در حالی که دلایل محکمه‌پسند راجع به انتساب جرم به او هنوز به دست نیامده است. به بیان دیگر مظنون فردی است که بر اساس امارات و قراین معقول و مستندات موجود، گمان می‌رود که مرتکب جرم شده است، هرچند اطمینان و یقینی دال بر این که جرم از سوی او ارتکاب یافته باشد، موجود نیست. بر پایه جزء ۱۱ ماده ۴ قانون اجرائات جزایی: «مظنون، شخصی است که به اساس سوءظن به نسبت ارتکاب جرم تحت اشتباه قرار گرفته یا این که قبل از نسبت دادن اتهام به وی در مورد او تدابیر احتیاطی اتخاذ شده باشد».

۱-۲. کشف جرم

کشف جرم به مجموع فعالیت‌ها و اجرائات تخنیکی گفته می‌شود که به منظور دریافت واقعیت‌ها، یا حقایق جرمی توسط ارگان کشف در مطابقت با احکام قانون صورت گرفته و منتج به تداوم کار تحقیقاتی و قضایی می‌گردد (حسین خیل، ۱۳۹۴: ۲۰). کشف جرم برابر جزء ۱ ماده ۴ قانون اجرائات جزایی افغانستان عبارت از: «اجرائاتی است که به منظور جلوگیری از ارتکاب جرم و تشخیص مرتکب آن، نحوه و علت ارتکاب، تثبیت محل و حفظ آثار و اشیای متعلق به جرم ارتکاب یافته صورت می‌گیرد».

این نکته قابل یادآوری است که در این تعریف قانون‌گذار از کشف جرم، اشکالی وجود دارد، مبنی بر اینکه جلوگیری از جرم را در تعریف کشف جرم آورده است، در حالی که جلوگیری از جرم مرحله قبل از وقوع و کشف جرم است. بنابراین عبارت جلوگیری از ارتکاب جرم جزء تعریف کشف جرم نمی‌تواند باشد.

۲. حقوق مظنون در مرحله کشف جرم

مرحله کشف جرم مرحله حساسی در روند دادرسی کیفری است؛ زیرا شالوده و تهداب دوسیه جزایی در این مرحله منعقد می‌شود. از همین روی، نظام‌های مختلف حقوقی برای مظنون در این مرحله، مجموعه حقوقی را برشمرده‌اند که باید از سوی مراجع قانونی رعایت شود. در حقوق افغانستان نیز این حقوق به‌طور گسترده‌ای انعکاس یافته است که در این بخش به بررسی و ارزیابی آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۱. حق آزادی و امنیت شخصی

حق مذکور از حقوق اساسی افراد در هر جامعه و کشوری است. این حق به‌عنوان تضمینی بر دادرسی عادلانه در امور جزایی در اسناد ملی و بین‌المللی به‌وضوح مشاهده می‌شود. حق آزادی و امنیت شخصی مبتنی بر اصولی چون برائت، رعایت کرامت انسانی و تساوی افراد در برابر قانون است. بر پایه این حق، به آزادی و امنیت شخصی افراد نمی‌توان تعرض کرد مگر این‌که مجرمیت او از مجاری قانونی به اثبات رسیده باشد؛ اما گاه به دلیل تأمین عدالت و حفظ نظم به‌صورت استثنایی از حق مذکور عدول می‌شود. با توجه به استثنایی بودن عدول از حق آزادی و امنیت شخصی باید عدول در چارچوب قانون بوده و در مدت سلب آزادی به حداقل اکتفا شود (احمدی، ۱۳۹۶: ۲۷۷). سلب آزادی به‌عنوان یک استثنا در قوانین و اسناد داخلی به‌وضوح انعکاس یافته است. فلسفه استثنایی بودن سلب آزادی مظنون، تقابل آن با اصل برائت و حق آزادی و امنیت شخصی است.

مدت نظارت و سلب آزادی مظنون در نظام‌های قضایی مختلف است. قانون اجرائات جزایی افغانستان در ماده ۸۷ مقرر می‌دارد: «پلیس مکلف است حداکثر الی ۷۲ ساعت بعد از گرفتاری مظنون محضر اجرائات را با اوراق، اسناد و دلایل جمع‌آوری شده رسماً به ثارنوالی ارائه نمود و مظنون را نیز غرض تحقیق به ثارنوالی مربوط بسپارد».

گرفتاری مظنون باید در چهارچوب قانون و مطابق با قوانین و مقررات نافذ کشور باشد. ماده ۲۷ قانون اساسی مصوب ۲۰۰۴ م در این زمینه مقرر می‌نماید: «هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود، مگر به‌حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. هیچ شخص را نمی‌توان تعقیب، گرفتار یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخص را نمی‌توان



مجازات نمود مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد».

با توجه به ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان مصوب ۲۰۰۴ م. گرفتاری و توقیف خودسرانه ممنوع است و هرگونه گرفتاری و توقیفی باید مطابق احکام قانون باشد. بنابراین اگر فردی بدون دلیل و توجیه قانونی توقیف و سلب آزادی گردد، به حق آزادی و امنیت شخصی او تعرض شده و متجاوز مطابق مواد ۵۸۵ تا ۵۸۹ کد جزای افغانستان، قابل مجازات خواهد بود.

۲-۲. مصونیت از توهین و شکنجه جسمی و روانی

شکنجه به معنای ایذا، آزار، رنج و تعذیب به دو نوع جسمی و روانی قابل تقسیم است. شکنجه در اصطلاح حقوقی عبارت است از ایراد آسیب عمدی جسمی یا روحی از سوی مأمور رسمی دولت به مظنون یا شخص دیگری برای کسب اطلاعات و اعتراف (موسوی، ۱۳۸۲: ۶۲). مصونیت از شکنجه، توهین و تحقیر و دیگر انواع برخوردهای غیرانسانی از بنیادی‌ترین حقوق مظنون به شمار می‌رود. این حق در قوانین اساسی و عادی افغانستان به روشنی بیان شده است. قانون اساسی افغانستان مصوب ۲۰۰۴ در ماده ۱۹ مقرر می‌دارد: «تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخص نمی‌تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگرچه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف یا محکوم به جزا شده باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد. تعیین جزای که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است».

ماده ۱۹ قانون اساسی، توسل به شکنجه را هرچند به منظور کشف حقیقت باشد، ممنوع کرده است. همچنین مباشرت و معاونت در شکنجه توأمان، ممنوع اعلام شده است. مبنای مصونیت از شکنجه، توهین و تحقیر کرامت ذاتی انسان است که در آن همه انسان‌ها مساوی هستند. قانون اصول اجرائات جزایی نیز به پیروی از قانون اساسی، در بند ۳ ماده ۷ مقرر می‌دارد: «مصونیت از توهین، تحقیر، تعذیب جسمی و روانی و هرگونه برخورد غیرانسانی».

ضمانت اجرایی ممنوعیت شکنجه، توهین و تحقیر ماده ۴۴۸ کد جزا است. در ماده مذکور قانون‌گذار مقرر کرده است که اگر موظف خدمات عامه، با استفاده از صلاحیت

وظیفوی خود باعث آلام جسمی یا هتک حیثیت و آبروی دیگران گردد، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از شصت هزار افغانی تا یکصد و بیست هزار افغانی محکوم می‌گردد. از دیگر موادی که می‌توان به‌عنوان ضمانت اجرای ممنوعیت شکنجه از آن استفاده کرد، مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ کد جزا است که از خلال آن سیاست جنایی سختگیرانه افغانستان در قبال جرم شکنجه، به‌خوبی نمایان می‌شود.

۳-۲. حق مطلع شدن فامیل و اقارب مظنون از بازداشت وی

مراجعی که قانوناً حق بازداشت افراد مظنون را دارند؛ مانند پلیس و نیروی‌های امنیت ملی باید بلافاصله پس از بازداشت مظنون به فامیل و اقارب وی اطلاع‌رسانی کنند. این حق از بنیادی‌ترین و اساسی‌ترین حقوق مظنون به شمار می‌رود. اطلاع‌رسانی سریع مرجع بازداشت‌کننده، خانواده و خویشان مظنون را از پریشانی و سرگردانی نجات می‌دهد و برای آن‌ها زمینه گردآوری اسناد و مدارک را برای اثبات بی‌گناهی مظنون فراهم می‌کند. همچنین خانواده مظنون می‌توانند برای مظنون وکیل مدافع استخدام نمایند (استانکزی، ۱۳۹۴: ۵۲). قانون اصول اجرائات جزایی افغانستان حق یاد شده را در جزء ۴ ماده ۷ به رسمیت شناخته است؛ در این جزء آمده است: «دادن اطلاع به فامیل یا اقارب وی حین گرفتاری از طرف مرجع گرفتارکننده».

در افغانستان حق اطلاع‌رسانی به خانواده و اقارب مظنون به‌درستی رعایت نمی‌شود، به‌ویژه در جرائم امنیتی این حق مظنون پایمال می‌گردد. به نظر می‌رسد دلیل عمده نقض این حق، فقدان ضمانت اجرا برای ناقضان این حق است. قانون‌گذار در هیچ قانونی برای کسانی که حق اطلاع‌رسانی را رعایت نمی‌کنند، مجازاتی در نظر نگرفته است.

۴-۲. حق تفهیم اتهام

مظنون حق دارد بداند چه جرمی به او نسبت داده شده است. تفهیم اتهام به این معنا است که مظنون از جرمی که به او نسبت داده شده و دلایل، مدارک و مستندات آن آگاهی یابد تا بتواند به نحو شایسته از خود دفاع کند. در توجیه چنین حقی باید گفت که مظنون با تفهیم اتهام از موضوع اتهام علیه خود، آگاه شده و این آگاهی به او فرصت می‌دهد تا خود را برای



دفع اتهام آماده کند. ضرورت وجودی این حق برای مظنون و متهم به این دلیل است که او با تفهیم اتهام، از موضوع اتهام علیه خود، آگاه شده و این آگاهی به او این فرصت را می دهد تا امکانات دفاعی لازم را برای رد اتهامات وارده فراهم کند. فقدان چنین حقی فرایند دادرسی عادلانه و منصفانه را با چالش مواجه می کند؛ زیرا دفاع مظنون از خود در برابر جرم انتسابی فرع بر اطلاع و آگاهی از جرم منتسب است (درافشان، ۱۳۸۹: ۲۷).

قانون اساسی افغانستان همسو با قوانین و اسناد بین المللی در ماده ۳۱ به صراحت از حق تفهیم اتهام نام برده است. قانون اجرائات جزایی نیز در جزء ۱ ماده ۷ دانستن جرم نسبت داده شده و کسب توضیحات در مورد اتهام و اجرائات قضیه را جزء حقوق مظنون دانسته است. قانون اجرائات جزایی علاوه بر تفهیم اتهام، دلایل و توضیحات اتهام را از حقوق مظنون می داند که در ماده ۳۱ قانون اساسی، ذکر نشده است (علامه، ۱۳۹۸: ۱۳۵).

۵-۲. حق سکوت

یکی از شاخصه های حقوق دفاعی مظنون، حق سکوت یا توانایی مظنون در ساکت ماندن، در مقابل تحقیقات ارگان های عدلی و قضایی راجع به اتهام وارده به وی است. برخورداری از این حق، موجب می شود که مظنون بتواند با تمسک به چنین ابزاری، از حداقل امکان برای تضمین حقوق دفاعی خویش بهره مند باشد، بدون این که تکلیفی برای وی به همکاری با مقامات عدلی و قضایی وجود داشته باشد. مظنون در پرتو این حق، به عنوان یکی از ابزارهای تأمین حقوق و آزادی های شهروندی، می تواند در مقابل سؤال های مقامات عدلی و قضایی ساکت بماند، بدون این که ملزم به پاسخگویی و افشای اسرار شخصی خویش به آن ها به ضرر خود باشد.

حقوق دانان برای حق سکوت عمدتاً چهار مبنا ذکر کرده اند:

۱. اصل برائت: این مبنا، اصلی ترین توجیه برای حق سکوت است. بر پایه این مبنا مظنون تا زمانی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگرفته است بی گناه تلقی می شود. بنابراین استنطاق و بازجویی از مظنونی که اصل برائت از وی حمایت می کند بدون رضایتش امری غیرموجه و نادرست به شمار می رود. در این صورت اگر مظنون نخواهد داوطلبانه به پرسش ها پاسخ دهد نمی توان وی را مجبور به پاسخ نمود.

۲. اصل آزادی اختیار و اراده: مبنای دوم حق سکوت مظنون، اصل آزادی اختیار و اراده است تا زمانی که مظنون آزادانه به اقرار نپردازد، سایر اقرارها مانند اقرارهایی که بر اثر شکنجه و فشار روانی گرفته می‌شود، وجاهت قانونی نخواهد داشت.

۳. قاعده البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر: مطابق این قاعده فقهی، اثبات ادعا بر عهده مدعی (مقامات عدلی و قضایی) است و مدعی علیه (مظنون) وظیفه‌ای برای اثبات بی‌گناهی خود ندارد.

۴. بر اساس مبنای چهارم هیچ شخصی مجبور نیست تا علیه خود به ارائه دلیل بپردازد یا به عبارت دیگر مجرمیت خود را به اثبات برساند (ایثار، ۱۳۹۵: ۱۲).

در قانون اساسی افغانستان از حق سکوت به صراحت نامی برده نشده است؛ اما قانون اجرائات جزایی در جزء ۷ ماده ۷ استفاده از حق سکوت و امتناع از هرگونه اظهارات را در زمره حقوق مظنون در مراحل مختلف تعقیب عدلی ذکر کرده است. از آنجا که شالوده و اساس دوسیه جزایی در مرحله توقیف شکل می‌گیرد، مراجع عدلی و قضایی باید در این مرحله حقوق قانونی مظنون را به دقت بررسی و رعایت نمایند. عدم دقت در حقوق مظنون در مرحله توقیف منجر به انحراف دوسیه جزایی و بی‌عدالتی قضایی خواهد شد (حکیمی و عبادی، ۱۳۹۲: ۵۰).

۶-۲. حق داشتن مترجم

یکی از حقوق مظنون که در اسناد ملی و بین‌المللی به آن اشاره شده، حق داشتن مترجم است. این حق از آنجا ناشی می‌شود که ممکن است مظنون تبعه کشور خارجی باشد یا تبعه داخلی باشد، ولی بر زبان رسمی کشور تسلط کافی نداشته باشد تا به سؤالات پاسخ دهد و از محتویات و اوراق دوسیه آگاهی پیدا کند. قوانین اساسی و عادی افغانستان، حق داشتن مترجم را برای مظنون برای تأمین عدالت و برابری سلاح‌ها در تمام مراحل تعقیب جزایی امری لازم می‌داند (حسین خیل، ۱۳۹۴: ۳۰). ماده ۱۳۵ قانون اساسی افغانستان مصوب ۲۰۰۴ م. در این زمینه مقرر می‌دارد: «اگر طرف دعوا زبانی را که محاکمه توسط آن صورت می‌گیرد، نداند، حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری، توسط ترجمان برایش تأمین می‌گردد».



حق داشتن مترجم در قانون تشکیل و صلاحیت‌های قوه قضاییه مصوب ۱۳۹۲ نیز انعکاس یافته است. در این ماده اداره مساعدت‌های حقوقی مسئول تأمین مترجم معرفی شده است. ماده ۱۱ قانون اجرائات جزایی در دو فقره به تفصیل حق داشتن مترجم برای مظنون را مطرح کرده است:

۱. پلیس، سارنوال و محکمه مکلفند که برای مجنی علیه، مظنون و متهمی که زبان مورد استفاده در اجرائات تعقیب عدلی را نداند یا کر یا گنگ باشد، زمینه حضور ترجمان را میسر سازند. برای اشخاص بی بضاعت در احوال مندرج ماده دهم این قانون به مصرف دولت ترجمان استخدام می‌گردد.

۲. ترجمان مکلف است موضوع محوله را دقیق ترجمه نماید. در صورتی که ترجمه غلط باشد، متناسب به نتایج به بار آورده، طبق احکام قانون مورد تعقیب عدلی قرار می‌گیرد.

از فقره ۲ ماده ۱۱ قانون اجرائات جزایی به دست می‌آید که مترجم مکلف است تا در ترجمه از دقت کار گرفته و در صورت ایراد ضرر و زیان به حقوق مظنون، مورد تعقیب عدلی قرار خواهد گرفت. در این زمینه ماده ۴۷۲ کد جزا نیز برای مترجمی که در ترجمه خیانت کرده و مطالب را خلاف واقع ترجمه کند، به حبس متوسط تا سه سال محکوم خواهد شد و اگر ترجمه اشتباه منجر به فرار شخص از تعقیب یا عدم تطبیق عدالت گردد، مترجم به حداکثر حبس متوسط محکوم می‌شود.

۲-۷. حق داشتن وکیل

وکیل مدافع، شخص حقوقدان و قانوندان است که با مظنون و متهم یا مدعی و مدعی علیه مساعدت حقوقی نموده و به نیابت از آن‌ها از طریق وکالت در برابر سارنوال از مدعی یا مدعی علیه در محاکم ثلاثه دفاع می‌کند؛ زیرا دفاع از عدالت و مساوات از وظایف یک وکیل مدافع مسلکی است و یک وکیل مسلکی و دارای اوصاف با ارائه اسلوب دفاع خویش، قاضی را در میدان عدالت رهنمایی می‌نماید (استانکزی، ۱۳۹۰: ۲۴). در بیشتر اسناد جهانی و منطقه‌ای حقوق بشر، دادرسی عادلانه و معیارهای آن به چشم می‌خورد. دادرسی عادلانه ایجاب می‌کند که اصول و قواعد خاص بر فرایند رسیدگی دعوی کیفری حاکم باشد تا این فرایند به اهداف خود دست یابد.

این نوع دادرسی جلوه‌های متعدد دارد که یکی از آن‌ها حق برخورداری مظنون از معاضدت وکیل مدافع در فرایند دادرسی کیفری است. حق دفاع، از جمله حقوق فطری انسان است و اجرای کامل عدالت در هر محاصمه‌ای درگرو امکان استفاده طرفین دعوا از امکانات دفاعی برابر است. وکالت ابزاری است در جهت تحقق این هدف و تأمین یک دادرسی عادلانه که نهایتاً به ارضای میل عدالت‌خواهی بشر منجر شده است. شاید این شعار که «فرشته عدالت با دو بال وکالت و قضاوت قادر به پرواز است»، رساترین تعبیر از ارتباط تنگاتنگ وکالت با تأمین عدالت در جامعه باشد. به این دلیل وکالت در دعاوی ارزش و سابقه‌ای به قدامت پیدایش نهاد دادرسی حتی در ابتدایی‌ترین شکل آن، در جوامع بشری دارد (رسولی، ۱۳۹۵: ۳۰).

حضور وکیل مدافع در مرحله کشف جرم در روند تعقیب عدلی نقش بسیار ارزنده دارد. ازاین‌رو اسناد ملی و بین‌المللی وجود وکیل مدافع را یکی از حقوق مظنون شمرده است. در این مرحله در صورتی که بر اثر اشتباه، عدم مسلکی بودن یا غرض سوءاستفاده مأموران کشف جرم، در حق مظنون ظلمی صورت بگیرد و دوسیه آن‌ها با نقض حقوقشان به دادستانی ارجاع شود، ممکن است مسئولان تحقیق نیز با چنین اسناد و مدارک فاقد حقیقت، به گمراهی رفته و پرونده را به محکمه ارجاع نماید که تا ثابت شدن حقیقت، حقوق مظنون نقض می‌شود. بنابراین وجود وکیل مدافع باعث جلوگیری از تلف شدن حقوق مظنون شده و در صورت مشاهده نواقص از جانب مسئولان کشف جرائم، وکیل مدافع به‌طور اصولی و با استفاده از صلاحیت‌های قانونی خویش به دفاع از مظنون برمی‌خیزد.

وجود وکیل مدافع یا مساعد حقوقی در مرحله کشف جرم از دو نگاه، ارزش و اهمیت خاص دارد: (۱) از لحاظ تفهیم حقوق مظنون؛ (۲) نظارت بر رعایت حقوق مظنون و عدم نقض آن (حسین خیل، ۱۳۹۴: ۳۱). قانون اساسی افغانستان مصوب ۲۰۰۴ حق برخورداری مظنون از وکیل مدافع را به رسمیت شناخته است. ماده ۳۱ قانون اساسی تصریح می‌کند: «هر شخص می‌تواند برای دفع اتهام به‌مجرد گرفتاری یا برای اثبات حق خود وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به‌مجرد گرفتاری از اتهام منسوبه اطلاع یابد و در میعاد که قانون تعیین می‌کند در محکمه حاضر گردد. دولت در قضایای جنایی برای



متهم بی بضاعت وکیل مدافع تعیین می کند».

علاوه بر قانون اساسی، ماده ۱۶ قانون تشکیل و صلاحیت های قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان و جزء ۸ ماده ۷ قانون اجرائات جزایی حق داشتن وکیل مدافع و مساعد حقوقی را برای مظنون به صراحت مطرح کرده اند. قانون تخلفات اطفال نیز در ماده ۲۲ مقرر می کند: «طفل در تمام مراحل کشف، تحقیق و محاکمه حق داشتن مطالبه وکیل مدافع و ترجمان را دارد. در صورت عدم توانایی مالی والدین یا ممثل قانونی طفل مبنی بر استخدام وکیل یا ترجمان محکمه اختصاصی اطفال وکیل مدافع یا ترجمان را به مصرف دولت برای طفل، موظف می نماید».

۲-۸. حق تساوی سلاح ها

اصل تساوی سلاح ها یکی از مصادیق اصلی تساوی طرفین در فرایند دادرسی جزایی است. اصل تساوی سلاح ها، به معنای برابری امکانات طرفین رسیدگی در دادرسی جزایی، در دفاع از خود است. این اصل نخستین بار در تصمیمات کمیسیون (سابق) اروپایی حقوق بشر و سپس در آرای دیوان اروپایی حقوق بشر به کار گرفته شد که از آن به عنوان یکی از ارکان مهم دادرسی عادلانه تعبیر شده است. اصل تساوی سلاح ها یک اصل کلیدی از سیستم عدالت جزایی بین المللی است. پس ضروری است که در نخستین مواجهه مظنون، متهم، بزه دیده و دادستان، دستگاه عدالت جزایی در مرحله تحقیقات مقدماتی که بنیان گذار و پایه ریز صدور یک رأی است، امکانات و حقوق این اشخاص را مشخص و رعایت نموده و تضمین های لازم برای رعایت آن ها را ارائه دهد. اصل تساوی سلاح بخشی از مفهوم گسترده تر از یک محاکمه عادلانه است که بیان می دارد در یک دادرسی عادلانه فرصت دستیابی به تمام شواهد و ادله واصله برای طرفین دعوی در دادرسی، موجود باشد. این اصل دارای دامنه گسترده و در طول تمام مراحل دادرسی جزایی قابل اجرا است، حتی در تحقیقات اولیه پلیس. در مرحله تحقیقات مقدماتی برخی از تضمین های اساسی این اصل پیش بینی شده است.

قانون گذار افغانستان در قانون اجرائات جزایی، حق تساوی سلاح ها را برای مظنون و متهم در تمامی مراحل تعقیب جزایی به رسمیت شناخته است. تساوی سلاح ها در تمام

مراحل تعقیب جزایی برای تأمین دادرسی عادلانه گام مهمی به شمار می‌رود؛ اما در مقام عمل متأسفانه تساوی سلاح‌ها توسط مراجع کشف جرم، سارنوالان و قضات کمتر رعایت می‌گردد. قانون اجرائات جزایی افغانستان راجع به حق تساوی سلاح‌ها برای مظنون مقرر می‌دارد که اظهار مطالب و ارائه دلایل به صورت آزادانه و ارائه اسناد، مدارک و شهود، استجواب از شهودی که علیه وی شهادت داده‌اند، جزء حقوق مظنون و متهم است (علم استانکزی، ۱۳۹۴: ۵۲).

۲-۹. حق اظهار نظر پیرامون اشیای ضبط‌شده

از دیگر حقوق مظنون در مرحله کشف جرم، حق اظهار نظر راجع به اشیای ضبط‌شده است. حق مذکور معمولاً زمانی به میدان می‌آید که بر اثر بازرسی بدنی یا تفتیش اماکن؛ مانند منزل، اشیا و اموال مشکوک به دست مراجع قانونی بیفتد. مبنای این حق به این صورت توجیه شده که در پرونده‌های جزایی، ممکن است اشیا و اموال ضبط‌شده متعلق به شخص دیگری غیر از مظنون باشد و شخص دیگر آن را نزد مظنون به امانت گذاشته باشد. این امکان هم وجود دارد که اشیا و اموال ضبط‌شده به جرمی که به مظنون نسب داده شده است، ارتباطی نداشته باشد. برای تبیین بیشتر این حق می‌توان به پرونده‌های قاچاق مواد مخدر استناد کرد که در آن انتقال مواد مخدر توسط وسایط نقلیه اجاره‌ای صورت می‌گیرد و ممکن است مالک وسیله نقلیه از نیت کاربری اجاره‌گیرنده بی‌اطلاع باشد. در صورتی که چنین شخصی از سوی مراجع قانونی دستگیر شود، قانون‌گذار به او حق داده است تا در مورد اشیای ضبط‌شده اظهار نظر کند. فقره ۲ ماده ۱۸۲ کد جزا مقرر می‌دارد: «حکم به مصادره، حقوق اشخاص ثالث را که صاحب حسن نیت باشند اخلال نمی‌کند».

نتیجه‌گیری

یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که قانون‌گذار افغانستان در قانون اساسی و قانون اجرائات جزایی، تلاش کرده است تا معیارها و موازین بین‌المللی را درباره حقوق مظنون به رسمیت بشناسد و از آن تبعیت کند. قانون‌گذار افغانستان در این زمینه موفق بوده و توانسته حقوق مظنون را در اسناد حقوقی به‌خوبی انعکاس دهد. این حقوق در مرحله کشف جرم

عبارتند از حق آزادی و امنیت شخصی، حق اظهارنظر پیرامون اشیای ضبط‌شده، حق تساوی سلاح‌ها، حق داشتن وکیل، حق داشتن مترجم، حق سکوت، حق تفهیم اتهام، حق مطلع شدن فامیل و اقارب مظنون از بازداشت وی، مصونیت از توهین، تحقیر و شکنجه جسمی و روانی، حق آزادی و امنیت شخصی.



فهرست منابع

۱. احمدی، محمد عارف، (۱۳۹۶)، *دادرسی منصفانه*، تهران: نشر میزان.
۲. ایثار، خالد، (۱۳۹۵)، *محاکمه عادلانه در پرتو حقوق داخلی افغانستان و اسناد بین‌المللی حقوق بشر*، بی‌جا: بی‌نا.
۳. حسین خیل، سعدیه، (۱۳۹۴)، *حقوق مظنون و متهم، پوهنتون کابل، جزوه درسی مرکز ملی آموزش حقوقی*، بی‌جا: بی‌نا.
۴. رسولی، محمد اشرف، (۱۳۹۵)، *شرح و توضیح قانون اجرائات جزایی نشریه وزارت عدلیه*، کابل: انتشارات حامد رسالت.
۵. علامه، غلام حیدر، (۱۳۹۸)، *اصول محاکمات جزایی افغانستان*، کابل: نشر واژه.
۶. علم ستانکزی، محمد ظریف، (۱۳۹۲)، *اصول اجرائات و محاکمات جزایی مطابق قانون اجرائات جزایی*، قانون اجرائات جزایی مصوب ۱۳۹۲.
۷. *قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان*، مصوب ۲۰۰۴ م.
۸. *قانون تخلفات اطفال*.
۹. *قانون تشکیل و صلاحیت‌های قوه قضاییه افغانستان*، مصوب ۱۳۹۲.
۱۰. *کد جزای افغانستان*، مصوب ۱۳۹۶.
۱۱. موسوی، سید عباس، (۱۳۸۲)، *شکنتجه در سیاست جنایی ایران، سازمان ملل متحد و شورای اروپا*، تهران: انتشارات خط سوم.

