





## فصلنامه علمی-تحقیقی دانش حقوقی دانشگاه خاتم النبیین (ص)

سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۴۰۳

صاحب امتیاز: دانشگاه خاتم النبیین (ص)

مدیر مسئول: دکتر ر علی احمد رضایی

سر دبیر: دکتر قاسم علی صداقت

### اعضای هیئت تحریر

رئیس دانشگاه شعبه غزنی دانشگاه خاتم النبیین (ص)	دکتر خادم حسین حبیبی
کدر علمی دانشکده فقه و حقوق دانشگاه خاتم النبیین (ص)	دکتر سید عبداللطیف سجادی
کدر علمی دانشکده حقوق دانشگاه ابن سینا	دکتر صادق باقری
کدر علمی دانشکده فقه و حقوق و معاون علمی دانشگاه خاتم النبیین (ص)	دکتر عبدالکریم اسکندری
کدر علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ایران، تهران	دکتر علی اکبر گرجی ازندریانی
کدر علمی و رئیس دانشکده حقوق دانشگاه ابن سینا	دکتر عید محمد احمدی
کدر علمی دانشکده فقه و حقوق و رئیس تحقیقات دانشگاه خاتم النبیین (ص)	دکتر قاسم علی صداقت
کدر علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ایران، تهران	دکتر محمد جلالی

ویراستار محتوایی و فنی: سید محمد سجادی

صفحه آرا و طراحی جلد: مجتبی احمدی

آدرس: دانشگاه خاتم النبیین (ص)، سرک دارالامان، کابل، افغانستان

شماره تماس: +۹۳۷۸۷۷۰۰۷۰۰

E-mail: research.d@knu.edu.af

Web: srqjl.knu.edu.af

ISSN:2957-5710

## رهنمود تدوین مقاله

این رهنمود به منظور تدوین مقالات علمی و پژوهشی با استانداردهای معین مجله علمی - پژوهشی تدوین شده است و از این رو، مقالات باید دارای مشخصات ذیل باشند:

۱. تحقیقی، تألیفی، مستند و تحلیلی باشند؛
۲. قبلاً در هیچ مجله‌ای چاپ نشده یا هم‌زمان به مجله دیگری ارسال نشده باشند.
۳. عنوان درجی، چکیده درجی (حداقل ۲۰۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه شامل هدف، روش و یافته‌ها) و کلیدواژه‌ها (حداکثر ۷ کلمه) داشته باشند؛
۴. عنوان انگلیسی، چکیده انگلیسی (حداقل ۲۰۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه شامل هدف، روش و یافته‌ها) و کلیدواژه‌ها (حداکثر ۷ کلمه) داشته باشند؛
۵. مقدمه، متن (حداقل ۴۵۰۰ و حداکثر ۷۵۰۰ کلمه) و نتیجه‌گیری داشته باشند؛
۶. مقدمه (حداکثر ۳ صفحه، ۳۵۰ کلمه‌ای) باید شامل بیان مسئله، سؤال‌های اصلی و فرعی، فرضیه‌ها، ضرورت و اهمیت، اهداف، نوآوری، نوع، پیشینه و ساختار تحقیق باشند؛
۷. رفرنس بر اساس شیوه‌نامه استناددهی درون‌متنی باشد (تخلص، سال و شماره صفحه)؛
۹. اسامی خاص و اصطلاحات لاتین در پاورقی ذکر شوند؛
۱۰. عناوین اصلی و فرعی در بدنه (متن) با استفاده از حروف و اعداد به شکل زیر مشخص شوند:
  - عناوین اصلی مقاله - به جز مقدمه و نتیجه - با حروف ابجد مانند الف، ب) و... ؛
  - عناوین فرعی با اعداد تکریمی (۱، ۲، ۳ و...)؛
  - عناوین جزئی‌تر با اعداد ترکیبی دو و سه‌رقمی (۱-۱، ۱-۲، ۱-۳ و ۱-۱-۱، ۱-۱-۲، ۱-۱-۳ و...)؛
۱۱. تمامی قواعد و استانداردهای نگارشی رعایت شوند؛
۱۲. نیم‌فاصله‌ها رعایت شوند؛ به عنوان مثال: می‌رود (صحیح) می‌رود (غلط)

۱۳. بین کلمات تنها یک فاصله باشد و فاصله‌های اضافه حذف شوند؛ به‌عنوان مثال:  
قانون. جزا (صحیح) قانون... جزا (غلط)

۱۴. فهرست منابع

- فهرست منابع در عناوین کلی به کتاب، مقاله، پایان‌نامه و اسناد داخلی و بین‌المللی تقسیم‌بندی شود؛
- فهرست کتاب: تخلص، نام کوچک، (سال نشر) نام کتاب، جلد (نام و تخلص مترجم، اگر ترجمه باشد) محل نشر، انتشارات، نوبت چاپ؛
- فهرست مقاله: تخلص، نام نویسنده، نام مقاله، (نام و تخلص مترجم، اگر ترجمه باشد) شماره مسلسل، سال نشر، صفحات مقاله در مجله؛
- در صورتی که سند داخلی یا بین‌المللی باشد، نام سند و سال تصویب حتماً ذکر شود؛

یادآوری:

از آنجاکه احترام به حقوق پدیدآورندگان آثار علمی، یکی از اصول راهبردی مجله است، نقض این حقوق توسط ارسال‌کنندگان مقالات، موجب رد مقاله خواهد شد؛ سردبیر در تلیخیص، اصلاح و ویرایش مقالات پذیرفته‌شده آزاد است؛ در صورت لزوم به‌روزرسانی اطلاعات مندرج در مقاله هنگام چاپ، نویسنده(گان) متعهد به انجام آن است (هستند)؛ دفتر مجله مجاز خواهد بود مقالات چاپ‌شده را به‌صورت الکترونیکی نیز عرضه نماید؛ مسئولیت آرا و دیدگاه‌های ارائه‌شده در مقاله‌ها به‌عهده نویسنده(گان) است و چاپ آن‌ها به‌معنای تأیید مطالب نیست.

## فهرست مطالب

- ۳ ..... مطالعه‌ی تطبیقی اصل اجرای کامل تعهد قراردادی در فقه امامیه و اصول یونیدروا ..... آغاز آرام
- ۲۹ ..... نقش قاعده سهله و سمحه در جرم‌انگاری ..... غلامرضا پیوندی و قنبر جاوید
- ۴۹ ..... اصل صلاحیت جهانی در حقوق جزای بین‌الملل و کود جزای افغانستان ..... عبدالکریم اسکندری
- ۶۹ ..... بررسی تطبیقی جرم ورشکستگی به تقصیر در حقوق افغانستان و ایران ..... محمود حسین قادری
- ۱۰۳ ..... مکانیزم نظارت اداری بر بودجه عمومی در افغانستان ..... قاسم علی صداقت
- ۱۱۷ ..... ماهیت اکراه، اجبار و اضطرار و تأثیر آن‌ها بر مسئولیت‌زدایی جزایی در فقه و حقوق ..... عیدمحمد احمدی



## سخن نخست

درک اهمیت و ضرورت پژوهش از سوی پالیسی‌سازان کشور، بستر اقدامات مؤثر و مثبت از سوی آنان را در جهت تدوین تحقیقات پالیسی‌ساز فراهم می‌کند و در صورت اجرا کشور را از مشکلات پیچیده، چندلایه و مزمن رها می‌سازد. اهمیت پژوهش در واقع ناشی از میزان تأثیر آن در حل مسأله ناشی می‌شود. تحقیق روی موضوع معین باید دیده شود که چه مقدار بر حل مسایل اجتماعی تأثیرگذار است و این موضوع در کشورهای توسعه‌یافته تا حدودی به خوبی تشخیص، برنامه‌ریزی و عملیاتی شده و قسمت از مشکلات آنان نیز حل گشته است. پس باید در تحقیقات، روی میزان توفیق تحقیق در حل مسأله دقت صورت گیرد تا برخی از تحقیقات بتواند قسمت از مشکلات جامعه ما را حل نماید.

از سوی دیگر، ضرورت تحقیق نیز کاملاً مرتبط با اهمیت تحقیق است و تحقیق معیاری به صورت منطقی باید بتواند نیازی از نیازهای اجتماعی را برآورده سازد. طبعاً جامعه نیازهای اساسی و همگانی - عمومی و خصوصی متنوع دارند و برآورده‌سازی این نیازها در گرو تحقیق و پژوهش است. به عبارت دیگر، ضرورت به این موضوع اشاره دارد که در صورت عدم انجام تحقیق، گروه، صنف یا جامعه ضرر می‌کنند یا از منفعتی محروم می‌گردند. نهادهای علمی و اکادمیک با رویکرد کلان و نگاه آرمانی باید پالیسی تحقیقی خود را معطوف به برآورده‌سازی نیازهای اجتماعی برنامه‌ریزی و عملیاتی سازند.

از این رو، مجله دانش حقوقی با عنایت به دو موضوع یادشده سعی می‌کند دست‌کم برخی مقالات را با دو هدف یادشده پذیرش، ارزیابی و نشر نماید. به همین جهت از تمامی محققان و پژوهشگران عرصه دانش حقوقی اعم از عرفی و اسلامی خواستار ارسال مقالات با رویکرد حل مسائل جامعه و رفع نیازهای اجتماعی است.

سردبیر



سال دوم، شماره سوم، بهار ۱۴۰۳





## مطالعه‌ی تطبیقی اصل اجرای کامل تعهد قراردادی در فقه امامیه و اصول یونیدروا

آغاز آرام\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۲/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۳/۳۰

### چکیده

اصل اجرای کامل تعهد قراردادی (انجام مورد تعهد بدون کاستی در کمیت و کیفیت)، هدف واقعی و روح معاملات معاوضی است. فقه امامیه و اصول یونیدروا بر این اصل تأکید کرده‌اند. مطالعه‌ی کتاب‌خانه‌ای و روش توصیفی-تحلیلی نشان می‌دهد که فقه امامیه از مزیت «بیان ساختار مفهوم‌یابی اصل اجرای کامل تعهد»، «تعیین معیارهای گوناگون برای ایفای تعهد با تکیه به گوناگونی موردهای تعهد» و «تکلیف متعهدله به پذیرش اجرای کامل تعهد» بهره‌مند است. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بر «تأثیر نوسات ارزش پول در اجرای تعهدات پولی»، «معیار کیفیت متعارف اجرا»، «اصل حسن‌نیت در ایفای تعهد» و «همکاری متعهدله در اجرای کامل تعهد» توجه داده است. همین توجه‌ها، مسیر تأمل‌های نوین را برای استنباط‌های تازه‌ی فقیهان امامیه در زمینه‌ی وفای عهد می‌گشاید.

واژگان کلیدی: تعهد قراردادی، وفای به عقد، اصول یونیدروا، اجرای کامل، انجام هم‌زمانی و معیار اجرا در فقه امامیه.

---

\* سید یعقوب عارفی، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، کدر دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خاتم النبیین (ص).

مراد از «مطالعه‌ی تطبیقی اصل اجرای کامل تعهد قراردادی در فقه امامیه و اصول یونیدروا»، بازخوانی و سنجش‌گری لزوم، معیارها و مستندهای «وفای بدون کاستی تعهد عقدی» از نگاه فقیهان جعفری و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (یونیدروا) است. نیازی به یادآوری و بازنمایی ندارد که مقصود واقعی و هدف نوعی از معاملات، دستیابی اطراف آن به مورد تعهد می‌باشد، بلکه اجرای کامل موضوع تعهد، روح معاوضه و مدلول عملی قراردادها را شکل می‌بخشد. از سویی در باور فقیهان امامیه، بهترین و کامل‌ترین اصول اساسی و معیارهای کاربردی در زمینه‌ی اجرای تعهدات قراردادی از دامان فقه جعفری استنباط می‌شود. از سوی دیگر، «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی» دست‌آورد سال‌ها تلاش فکری و مطالعه‌ی تطبیقی نظام‌های گوناگون حقوقی توسط مؤسسه‌ی بین‌المللی یک‌سان‌سازی حقوق خصوصی رم است که نسخه‌ی آغازین آن در سال ۱۹۹۴ نشر شد و آخرین بار در سال ۲۰۱۶ ویرایش یافت. این اصول، قواعد کلی فراگیرنده‌ی مقررات مربوط به قراردادهای تجاری (و مدنی) بین‌المللی را نشان می‌دهد که می‌تواند الگوی قانون‌گذاری و قانون حاکم بر معاملات تجاری و قراردادهای مدنی مورد استفاده در سراسر جهان قرار گیرد. مطالعه‌ی توصیفی و مقایسه‌ی تحلیلی «اصل اجرای کامل تعهد» در فقه امامیه و اصول یونیدروا پنجره‌ی تازه برای داوری و نسبت‌سنجی خواهد داد. پس، فرضیه چنین خواهد بود: «مقایسه‌ی اصل اجرای کامل تعهد قراردادی در فقه امامیه و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تکمیل‌کننده‌ی مطالعه‌ی حقوقی است». این نگاشته، نگاه به قاعده‌ی اصلی، یعنی «اجرای اختیاری کامل عین تعهد قراردادی» دارد. نخست باید و مفهوم» آن را مطالعه کرد، سپس «معیارهای تحقق اجرای کامل تعهد» را شناخت، و آنگاه «مستندات و دلایل اصل وفای تعهد» را تبیین نمود، از «جریان این اصل نسبت به متعهدله» آگاهی یافت و در نهایت «نسبت اصل اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی اجرای تعهد» را با آن سنجید و این همه را در آیین‌هی فقه امامیه و اصول قراردادهای تجاری مشاهده و مقایسه کرد:

اصل اجرای کامل تعهد	
مفهوم اصل اجرای کامل تعهد	معیار اجرای کامل تعهد
مستندات اصل اجرای کامل تعهد	جریان اصل اجرای کامل تعهد نسبت به متعهدله
نسبت اصل اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی تعهد با اصل اجرای کامل تعهد	



## ۱. مفهوم اصل اجرای کامل تعهد

برای شناخت معیارها، مستندها و آثار اصل اجرای کامل تعهد، ناگزیر باید «مفهوم‌شناسی» داشت. مفهوم اصل اجرای کامل تعهد، نخست در فقه امامیه، و نگاه در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (یونیدروا) اشاره، و سپس مقایسه صورت می‌گیرد:

### ۱-۱) مفهوم اصل اجرای کامل تعهد در فقه امامیه

اصل اجرای کامل تعهد از چهار سازه (اصل، اجرا، کامل و تعهد) شکل یافته است. در فقه امامیه، «اصل» در این جا، به معنای «قاعده‌ی کلی» (بحرانی ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۵۶)، «اجرا» به مفهوم «ادا و انجام مطلوب» (جمعی از پژوهشگران ۱۴۲۳، ج ۸، ص ۱۰)، «کامل» نمایانگر «کمبود نداشتن از جهت کمیت و تعداد»، و کیفیت و صفات (خلخالی ۱۴۰۷، ص ۲۷۵) و «تعهد»، در معنای خاص، یعنی «رابطه‌ی حقوقی روییده از قرارداد» کاربرد دارد (عمید زنجانی ۱۳۸۲، ص ۲۳۹. سبحانی تبریزی ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۲۶۰). بنابراین، اصل اجرای کامل تعهد، یعنی، «قاعده‌ی که خواستار است، متعهد تمام آن چه (آثار و نتایج) را که به سبب قرارداد در برابر متعهد پذیرا گردیده، در صورت بقای قرارداد، بدون کاستی از جهت کمیت و کیفیت انجام دهد».

هرچند در فقه، اصطلاح «اجرا» هم آمده است (اشتهاردی ۱۴۱۷)، ج ۲۸، ص ۳۴۰. فقیهان مسلمان، معمولاً به جای «اجرای تعهد» از تعبیری «وفا/ایفای به عقد/عهد» استفاده می‌کنند و «وفا و ایفای به عقد» را «عمل به مقتضای قرارداد» معنا می‌نمایند (محقق کرکی ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۳۲۶). میرزای قمی ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۴۵۶. در دید پاره‌ای از فقیهان، «وفا» مشترک لفظی میان «اتمام» و «عمل» است. هرگاه با «با» همراه گردد، معنای «عمل» و اگر بدون آن باشد، مفهوم «اتمام» را می‌رساند و در نهایت هر دو به یک معنا (عمل) باز می‌گردند (امام خمینی ۱۳۸۶، ج ۵، ص ۱۲۵-۱۲۷). ولی از نگاه برخی دیگر، وفا «انجام کامل» است (روحانی ۱۴۳۵، ج ۲۵، ص ۱۴). به هر صورت، از منظر آنان، مادامی که عقد موجود باشد، پای‌بندی و وفاداری و انجام کامل مقتضای آن ضرورت دارد، شکستن قرارداد و عدم ایفای تعهدات قراردادی ممنوع است (خوئی ۱۴۱۸، ج ۳۸، ص ۲۱).

عقود آثار گوناگون دارند، هدف اصلی و مقصود واقعی اطراف قراردادها از تشکیل هر عقدی، دستیابی به نتایج و آثار آن است. اصل اجرای کامل تعهد، خواستار است که متعهد



تمام نتایج پدیدآمده از قراردادها را وفا و اجرا کند. اجرای کامل تعهد در صورتی واقعیت خارجی می‌یابد که «آن چه را متعهد به عنوان ایفای تعهد تسلیم می‌کند با آنچه مورد تعهد است، منطبق باشد» (شهیدی ۱۳۹۳، ب، ص ۳۶)؛ مثلاً، اگر منشأ تعهد، عقد تملیکی بوده، باید «موضوع تسلیم» و «موضوع تعهد» یگانگی داشته باشند و اگر سبب تعهد، قرارداد عهدی باشد، «انجام عمل» یا «ترک عمل» با «موضوع تعهد» هماهنگ گردد. پس در صورت‌های سه‌گانه که مورد تسلیم «غیر از مورد تعهد» یا «بخشی از مورد تعهد» و یا «متعلق حق دیگری» باشد، اصل اجرای کامل تعهد تحقق نمی‌یابد.

اصل اجرای کامل تعهد، هم خواهان اجرای مورد اصلی قرارداد (ساختن نیروگاه برق آفتابی) و هم اجرای تعهدات جزئی (نقشه‌ی به کارگیری نیروگاه) و فرعی (آموزش استفاده از نیروگاه به صورت شرایط ضمن عقد) را فرا می‌گیرد، زیرا در قرارداد وابسته به شرط، شرط از کیفیات و خصوصیات عقد می‌شود (حسینی مراغی ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۷۵ و ۲۷۶). بنابراین، متعهد باید تعهد را به همان کمیت (تطابق تعداد مورد تأدیة و مورد تعهد) و کیفیت (تطابق صفات مورد تأدیة و مورد تعهد) که هنگام تشکیل قرارداد عهده‌دار گشته است، اجرا و ایفا کند، زیرا اجرای مورد اصلی بدون اجرای مورد جزئی و فرعی (شرط)، در عالم واقعیت (از منظر عرف)، وفای به عقد شمرده نمی‌شود (خلخالی ۱۴۰۷، ص ۲۷۵).

## ۱-۲) مفهوم اصل اجرای کامل تعهد در اصول یونیدروا

مفهوم صریحی از «اصل اجرای کامل تعهد» در اصول حقوق تجاری بین‌المللی (یونیدروا) آشکار نیست، ولی در ماده‌ی ۳-۱-۶ آن آمده است: «(۱) ذی‌نفع تعهد می‌تواند هنگامی که زمان انجام تعهد فرا رسید، پیشنهاد اجرای جزئی تعهد را رد کند. چه این پیشنهاد با تضمین انجام باقی‌مانده‌ی تعهد همراه باشد یا نباشد، مگر این‌که ذی‌نفع تعهد، هیچ نفعی مشروعی در رد پیشنهاد مزبور نداشته باشد...». ماده‌ی ۱۱-۱ این اصول، طرفی را که انتظار می‌رود، تعهد را اجرا کند، «متعهد»، و طرفی که اجرای تعهد حق اوست، «ذی‌نفع تعهد» معرفی می‌کند.

از مفهوم ماده‌های یادشده برداشت می‌شود که اصل اجرای کامل تعهد، عبارت است از «قاعدگی که بر پایه‌ی آن متعهد باید مورد تعهد را بدون کاستی انجام دهد و ذی‌نفع تعهد، نفع مشروع می‌یابد تا مورد تعهد را به طور تمام دریافت نماید».



اصل اجرای کامل تعهد، تعهدهای صریح و ضمنی (م ۱-۱-۵) را شامل می‌شود، تعهدات ضمنی از ماهیت و مقصود قرارداد، عرف‌های تجاری و رویه‌های تاجران، حسن نیت و معامله‌ی منصفانه، و متعارف بودن تعهد پدید می‌آیند (م ۲-۱-۶). پس این اصل، گستره‌ی گسترده دارد.

بنا بر مطالب یادشده، مفهوم «اصل اجرای کامل تعهد» در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، بنا بر دخالتِ «حسن نیت»، مفهوم متفاوت‌تر از فقه امامیه می‌گیرد، زیرا شامل تعهدات ناشی از حسن نیت هم می‌گردد، در حالی که اصل حسن نیت قراردادی، در فقه امامیه، نهاد چندان شناخته شده نیست، مگر آن که «اطلاق مقتضای عقد» آن را جبران کند. در این صورت، می‌توان گفت: میان مفهوم اصل اجرای کامل تعهد را از نگاه فقه امامیه و اصول یونیدروا، نسبت تساوی وجود دارد: «انجام مورد تعهد بدون کاستی از جهت کمیّت و کیفیت».

مفهوم اصل اجرای کامل تعهد			
نسبت	تأکید بیش‌تر	متن نمایانگر	نهاده‌ها
- تساوی (انجام مورد تعهد بدون کاستی در کمیّت و کیفیت) - عموم و خصوص مطلق	۱) عدم کفایت: بخشی از مورد تعهد، ۲) غیر مورد تعهد، ۳) متعلق حق دیگری بودن مورد تعهد	ایفای مقتضای عقد از جهت کمیّت و کیفیت (اجرای مورد اصلی، جزئی و فرعی)	فقه امامیه
(در صورت دخالت حسن نیت در مفهوم)	=	قاعده‌ی انجام تعهد بدون کاستی - فقدان مفهوم صریح، ولی مستفاد از ماده‌ی ۳-۱-۶ (اجرای تعهدهای صریح و ضمنی: م ۱-۱-۵ و ۲-۱-۵)	اصول یونیدروا

## ۲- معیار اجرای کامل تعهد

در بخش پیشین، «اصل اجرای کامل تعهد»، به «تطابق مورد تأدیه و مورد تعهد» معنا گردید، اکنون باید معیار این «تطابق» را مطالعه کرد. مقصود از معیار تطابق، «ضابطه و سنجه‌ای تشخیص‌دهنده‌ی اجرای بدون کاستی مورد تعهد» است. می‌توان از فقه امامیه و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، «معیارهای تطابق مورد تأدیه و مورد تعهد» را دریافت داشت:

### ۲-۱) معیار اجرای کامل تعهد در فقه امامیه

پاره‌ای فقیهان امامیه، از تعبیرهای گوناگونی، مانند: «قبض»، «اخذ»، «تأدیه»، «رد»، «تسلیم»، «تحویل» و سایر تعبیرهایی از این دست را گردآوری کرده (امام خمینی ۱۳۸۶، ج ۵، ص ۵۵۳) تلاوش ورزیده‌اند از آن‌ها سنجه و نحوه‌ی وفای تعهد را استنباط کنند، ولی برداشت‌ها چنان به پراکندگی شتافته‌اند که برخی از آنان، تنها پیرامون قبض، هشت برداشت را بیان داشته‌اند (انصاری ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۴۴۱-۴۴۶) و بعضی دیگر با تأکید به معنای جامع ایفای مقتضای عقد، یعنی «مسلط گردانیدن متعهدله را بر مورد تعهد»، تعدد معانی را در سرای اشتباه مفهوم و مصداق سپرده‌اند (آل کاشف الغطاء ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۴۵۷). آنان اعتراف دارند که نمی‌توان برای معیار ایفای کامل تعهد، حقیقت شرعی یا متشرعه یافت، پس ناگزیر باید فهم عرفی و اعتبار عقلایی را معیار گرفت، و دریافت (پرداخت: قبض و اقباض) هر چیزی را به حسب خود آن دانست (خوئی ۱۴۱۸، ج ۴۰، ص ۲۸۶). همان‌که برخی از فقیهان اشاره داشته‌اند مراد از وجوب وفای به عقد، وجوب ارشادی و نفوذ مفاد عقد بنا بر فهم عرفی است (محسنی ۱۳۸۲، ص ۳۸۴). بنا براین، سنجه و نحوه‌ی ایفای کامل تعهد در عین معین، عین کلی، انجام عمل و خدمت و تعهدات پولی تفاوت خواهند داشت و معیارهای «تصادق، تشابه، تناسب و تساوی» به دست می‌آیند:

### ۲-۱-۱) یگانگی مورد مورد تأدیه و مورد تعهد

هرگاه مورد تعهد «عین معین» باشد، معیار اجرای کامل تعهد «یگانگی» (تصادق خارجی) است، اگر متعهد همان عین معینی را که مورد تعهد بوده به متعهدله تسلیم کند (شهیدی ۱۳۹۳، ص ۳۹)، اصل اجرای کامل تعهد، ایفا شده است. در این صورت، ایفای تعهد به تعبیر فقیهان با تخلیه و نقل پدید حاصل می‌شود (هاشمی شاهرودی ۱۴۳۲، ج ۴، ص ۲۲۳). لذا اگر تسلیم عین



امکان نداشت، تنها راه انفساخ عقد است (طباطبایی حکیم ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۱۱۱). تسلیم مثل آن کفایت نخواهد کرد، البته، اگر مبیع از تولیدات صنعتی باشد که میان عین مبیع (و سایر موردهای عقود مالی)، و مثل آن تمایزی دیده نمی‌شود، بعید نیست که تسلیم بدل هم هنگام تلف عین کفایت کند (سبحانی ۱۴۲۳، ص ۲۹). در حالتی که متعهد مال مورد امانت را بر می‌گرداند، مانند: مورد ودیعه، اجاره، مضاربه، مشارکت، باید عین به همان وضعیت به متعهدله بازگردانده شود، هرچند بدون تقصیر متعهد (افراط و تفریط) و تأخیر در تأدیه (در صورت مطالبه‌ی متعهدله) آن عین گرفتار کاستی شده باشد (انصاری ۱۴۱۵، ج ۹، ص ۲۸۷. بجنوردی ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۹. طوسی ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۷۴. کاتوزیان ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۴۰)، مگر در برخی موارد، مانند: صنعت‌گران، ترمیم‌کنندگان یا عاریه‌ی درهم، طلا و نقره که توسط دلیل خاص از عدم ضمان امین خارج شده‌اند (مکارم ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۲۶۱-۲۶۴).

### ۲-۱-۲) هماهنگی مورد تأدیه و مورد تعهد

هنگامی که مورد تعهد کلی باشد، اگر شرط مرغوبیت یا نامرغوب نشده باشد (محقق حلی ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۷)، سنجهی ایفا، «هماهنگی با مصداق متعارف» است. اجرای کامل تعهد با تسلیم مورد معمولی و متعارف (سالم و بدون عیب و نقص) تحقق می‌یابد. یعنی، «تشابه‌ی مورد تأدیه و مورد تعهد» معیار تطابق می‌باشد؛ نه نیاز است که متعهد فرد عالی یا ممتاز را تسلیم کند، و نه پذیرفته است که پایین‌تر یا نامرغوب‌تر از مرز متعارف و معمولی را تأدیه نماید، زیرا وفای به عهد، فراگیر کمیّت و کیفیت بوده و از «کلی بودن مورد»، فرد متعارف به ذهن می‌شتابد. در این صورت، دو عمل صورت می‌گیرد: اولاً، گزینش: متعهد ناگزیر از میان کلی، فرد مورد نظر برای تأدیه را بر می‌گزیند؛ ثانیاً، تسلیم: برگزیدن و جدا ساختن فرد مورد تأدیه کفایت نمی‌کند، باید آن را به متعهدله تسلیم نماید (شهیدی ۱۳۹۳، ص ۳۶. خوئی ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۲۴۴).

### ۲-۱-۳) سازگاری مورد تأدیه و مورد تعهد

در صورتی که مورد تعهد، «انجام عمل معین» یا «ترک کار معین» (ترک گشودن مغازه در محل کسب متعهدله یا نسپردن راز اختراع و یا اسرار تجاری به رقیب بازرگان) باشد، سنجه آن است که آن عمل به همان کیفیت اجرا شود و این ترک، هرگز جامه‌ی انجام



برنگیرد (خوئی ۱۴۱۸، ج ۴۰، ص ۵۸). اگر انجام عمل مشروط به شخصیت و مباشرت طرف قرارداد باشد (مانند: کارهای علمی و هنری)، خود متعهد موظف به اجرای آن است، اگر نه شرط مباشرت و نه ویژگی متعهد دخالت داشته باشد (مانند: کارهای بدنی)، شخص دیگر نیز توان ایفای آن را خواهد داشت و در این صورت، می‌توان «تناسب و سازگاری مورد تأدیه و مورد تعهد» را معیار گرفت (مرعشی ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۷).

## ۲-۱-۴) همتایی مورد تأدیه و مورد تعهد

بنا بر اختلاف دیدگاه در فقه، پیرامون ماهیت پول، معیار اجرای کامل تعهد در تعهدات پولی، «همتایی اسمی (تساوی از جهت واحد و رقم) یا همتایی واقعی (توازن ارزش واقعی و بازاری) مورد تأدیه با مورد تعهد» است. در فقه، پیرامون ماهیت پول، دو دیدگاه کلی مطرح است: یکی: «نظریه‌ی قدرت خرید». گروهی اندکی از فقیهان، مالیت پول را در «قدرت خرید آن» می‌دانند (شهید صدر ۱۳۸۹، ص ۲۰۴-۲۰۶). آنان با بررسی سیر تاریخی پول، نتیجه گرفته‌اند که پول امروزی، «واحد ارزش و رایج‌ترین واسطه‌ی داد و ستد و وسیله‌ی پرداخت است» (هاشمی شاهرودی ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۸۷-۲۸۹). پس، پول همان سه وظیفه‌ی معروف اقتصادی «واحد محاسبه‌ی ارزش، واسطه‌ی مبادله‌ی ارزش و وسیله‌ی ذخیره‌ی ارزش» را ایفا می‌کنند. داور اصلی در دید ایشان، عرف است. عرف، تمام هستی پول را در ارزش مبادله‌ی آن یعنی «قدرت خرید» خلاصه می‌کند (هاشمی شاهرودی ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۸۸ و ۲۸۹). پس می‌توان نتیجه گرفت که در صورت کاهش ارزش پول، اجرای کامل تعهد، در جبران کاهش ارزش است و باید معیار اجرای کامل تعهد، توازن مورد تأدیه و مورد تعهد باشد. با این همه، حتی همین فقیهان، از جهت فقهی، پرداخت تفاوت ارزش اسمی و ارزش واقعی پول را با می‌شمارند و جایز نمی‌دانند (شهید صدر ۱۳۸۹، ص ۲۱۶). برخی دیگر، حتی در باب ضمان (نه تعهدات قراردادی)، نوسات عادی ارزش پول را موجب ضمان نگرفته‌اند، ولی نوسات شدید (نوسات تغییردهنده‌ی صنف پول) را موجب ضمان دیده‌اند (مدرسی ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۷۵۱). دوم: «نظریه‌ی ارزش اسمی». در باور مشهور فقیهان امامیه، پول اعتباری از پول حقیقی در کارکردهای پولی متفاوت نیست، تفاوت آن‌ها از جهت غیر پولی (ارزش مصرفی) است. پس «قدرت خرید» عنصر اصلی پول نیست (هاشمی شاهرودی ۱۴۱۷، ص ۶۸). در نتیجه، ملاک مالیت پول، ارزش اسمی آن است. برخی از





استادان حقوق هم، میان «دین پولی» و «دین مربوط به ارزش» تفاوت نهاده‌اند، موضوع تعهد در دین پولی را «انتقال مقدار معین پول» و موضوع تعهد در دین به ارزش را «پدیدآیی نتیجه‌ی معین یا انجام کاری به وسیله‌ی پول» شمرده‌اند. و نتیجه گرفته‌اند که کاهش ارزش واقعی ریال در میزان نفقه و جبران خسارت مؤثر است، نه در قرض و تعهدات مالی (کاتوزیان ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۴۲ و ۴۳). بعضی دیگر از استادان حقوق، باور دارند که این مسأله (تأدیه‌ی کاهش ارزش واقعی پول) ربا نیست، زیرا ارزش افزوده پرداخت نمی‌شود، و خسارت تأخیر تأدیه نیست، چون خسارت مربوط به محروم ماندن متعهدله از مورد تعهد می‌باشد، و با نگاه به معنای پول امروزی و نمایندگی پول از قدرت خرید، به جبران کاهش ارزش پول تمایل نموده‌اند (شهیدی ۱۳۹۳، ص ۹۳-۹۸).

به هر حال، هرگاه اجرای تعهد، تسلیم پول باشد، معیار غالب، «تساوی اسمی» است و اجرا در فقه آن است که به دست یا حساب متعهدله رسانده شود (آل کاشف الغطاء ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۴۵۶). در جایی که مورد تعهد «وجه نقد رایج» باشد، تنها با تأدیه‌ی مبلغ و نوع پول مورد تعهد، اصل اجرای کامل تعهد پاسخ می‌پذیرد، نه با صدور چک یا برات و یا تأدیه‌ی به نوع دیگر پول. اگر متعهدله، چک یا برات را بپذیرد، اصل اجرای کامل تعهد از وصول وجه چک یا برات معیار می‌گیرد، تا زمانی که وجه برات یا چک پرداخت نگردد، اجرای کامل تعهد صورت نگرفته است (بهرامی احمدی، ج ۱، ص ۶۱۰). در مورد چک، برخی از استادان حقوق باور دارند که انجام تعهد پولی به وسیله‌ی چک، بستگی به عادات و رسوم محیط پرداخت دارد، اگر در جامعه‌ای رواج چک چنان باشد که از دید عرف، تسلیم آن در حکم پرداخت پول باشد، باید آن را وسیله‌ی تأدیه شمرد، و عرف تجاری، چک را مانند پول در گردش وسیله‌ی فوری پرداخت می‌بیند (کاتوزیان ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۳۲).

## ۲-۲) معیار اجرای کامل تعهد در اصول یونیدروا

مؤسسه‌ی بین‌المللی یک‌سان‌سازی حقوق خصوصی، معیارهایی را برای اجرای کامل تعهد بیان داشته است:

## ۲-۲-۱) معیار تطابق با توافق

هرگاه محتوای قرارداد، از سوی اطراف آن به طور صریح یا ضمنی تعیین شده باشد، اجرای کامل قرارداد، از تطابق مورد انجام با تعیین و توافق معیار می‌گیرد (م ۱-۱-۵ تا ۵-۱-۵ یونیدروا).

غالباً کیفیت مورد تعهد در خود قرارداد تصریح می‌شود و یا شرایطی را توافق می‌کنند که نشان‌دهنده‌ی میزان کیفیت کالا و خدمات است. در غیر این دو صورت، به دو معیار بعدی برای اجرای کامل تعهد از جهت کیفیت نوبت می‌رسد که در ماده‌ی ۶-۱-۵ یونیدروا آمده است: «هنگامی که کیفیت اجرا نه به طور قطع در قرارداد تعیین شده و نه از قرارداد قابل احراز است. هر طرف ملزم است که کیفیتی از اجرا را که متعارف باشد و در اوضاع و احوال مورد نظر کمتر از حد متوسط نباشد، ارائه دهد».

## ۲-۲-۲) معیار کیفیت متعارف

ممکن است در بازار معامله‌ی خاص (مانند بازار ژاپن)، کیفیت کالا و خدمات فراتر از حد متوسط باشد، تشکیل معامله هم در همان فضا صورت گیرد، در این حالت اجرای کیفی تعهد به تأمین کیفیت متعارف همان‌جا خواهد گشت (م ۶-۱-۵ یونیدروا).

## ۲-۲-۳) معیار کیفیت متوسط

هر چند ارائه‌ی کالا یا خدمات یا کیفیت عالی و درجه‌یک لازم نیست، ولی با سنجهی اوضاع و احوال، کالا یا کار ارائه‌شده، نباید از مرز میانه پایین‌تر و بی‌کیفیت‌تر باشد، وگرنه اجرای کامل تعهد انجام نیافته است (م ۶-۱-۵ یونیدروا).

## ۲-۲-۴) معیار تأیید دریافت

در تعهدات پولی، اگر تأدیبه توسط چک، حواله‌ی بانکی، کارت اعتباری یا هر شکلی معمول دیگر صورت گیرد، اجرای تعهد هنگامی است که «در عمل مبلغ مندرج آن تأیید دریافت» را دارا باشد (۷-۱-۶ یونیدروا)، اگر پرداخت از طریق انتقال وجوه انجام شود، معیار، دریافت وجوه از سوی مؤسسه به نمایندگی متعهدله خواهد بود (۸-۱-۶ یونیدروا).



معیار اصل اجرای کامل تعهد در اصول یونیدروا		معیار اصل اجرای کامل تعهد در فقه امامیه	
بگانگی با توافق		تصادق در عین معین	
فراتر از مرز میانه		تشابه در کلی	
حد متوسط متعارف		تناسب در عمل و ترک عمل	
تأیید دریافت تعهد پولی		تساوی در تعهدات پولی - تساوی با ارزش اسمی - تساوی با ارزش واقعی (قدرت خرید)	

با وجود همسانی فقه امامیه و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در «تطابق مورد تأدیه و مورد تعهد» به عنوان معیار کلی «اجرای کامل تعهد»، میان این دو، تفاوت‌هایی دیده می‌شود:

اولاً، تفاوت در تعداد معیار: فقیهان امامیه، در تعداد و پذیرش معیار اصل اجرای کامل تعهد، توافق کامل ندارند، و بیش از هشت دیدگاه ابراز کرده‌اند. چنین پراکندگی در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نمی‌شود.

ثانیاً، تفاوت در تأثیر مورد بر معیار: از سخنان مشهور فقیهان امامیه، معیار چهارگانه‌ی «یگانگی، هماهنگی، سازگاری و همتایی مورد تأدیه و مورد تعهد» با تکیه به تمایز موردها استفاده می‌شود، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بر چنین مرزبندی معنادار به خاطر مورد تعهد تکیه نداده است.

ثالثاً، تفاوت در معیار تأدیه‌ی پولی: بنا بر اختلاف دیدگاه فقیهان امامیه در «ماهیت و مالیت پول» (ارزش اسمی یا بازاری)، تأدیه‌ی تعهدات قراردادی پولی، در هنگام نوسان ارزش واقعی پول، گرفتار تعدد معیار است، هرچند غالباً نوسان ارزش پول نادیده گرفته می‌شود و معیار تساوی مبلغ اسمی تأدیه و تعهد می‌باشد، در حالی که ظاهر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نشان‌دهنده‌ی سنجش ارزش واقعی پول می‌باشد و نوسان‌های کاهش یا افزایش ارزش پول در تأدیه کامل تأثیرگذار است، و میان «دین پولی» و «دین مربوط به ارزش» فاصله وجود نخواهد داشت.

رابعاً، تفاوت در معیار کیفیت متعارف: هرچند از متون فقه امامیه، معیار «کیفیت متعارف ویژه» (فراتر از مرز میانه) هنگام وجود عرف خاص، دریافت‌پذیر است، ولی مورد تأکید فقیهان نمی‌باشد، در حالی که اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، آن را به تأکید سپرده است.

خامساً، تفاوت در معیار تأدیه با اسناد تجاری: پرداخت پول توسط چک و سایر اسناد تجاری بنا بر ظاهر نظر فقیهان امامیه، به توافق متعهدله تکیه دارد، ولی در ظاهر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تأدیه‌ی تعهدات پولی توسط اسناد تجاری رایج، معمول و متعارف بوده، و نیازی به کسب موافقت متعهدله نخواهد بود.

سادساً، تفاوت در هنگام تأدیه‌ی تعهدات پولی: از ظاهر عبارت‌های فقیهان امامیه فهم می‌شود، پرداخت پول توسط چک، هنگامی است که مبلغ مندرج آن وصول شده باشد، اما اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نمایانگر کفایت «تأیید» می‌باشد.



بنا بر مطالب یادشده، معیار اصل اجرای کامل تعهد قراردادی، در فقه امامیه و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، نسبتِ عموم و خصوص من وجه وجود دارد، رعایت کاهش و افزایش ارزش پول، در اصول یونیدروا تأدیه‌ی پولی شمرده می‌شود، نه در فقه امامیه. از سوی دیگر، در فقه امامیه، «تأدیه متوسط هنگام کلی بودن مورد»، تأدیه است، نه در اصول یونیدروا که گاه «کیفیت متعارف» معیار می‌باشد.

<p>۱) تفاوت در تعداد معیار: پرشماری و پراکندگی معیارها در سخنان فقیهان امامیه</p>	
<p>۲) تأثیر موردها بر تمایز معیارها: تأثیر بیشتر موردها بر معیار وفا از نگاه فقیهان امامیه</p>	
<p>۳) تفاوت در تأدیه‌ی پولی: اختلاف فقیهان در معیار تأدیه‌ی پول با ارزش اسمی یا واقعی</p>	
<p>۴) تفاوت در کیفیت معیار متعارف: تأکید نشدن بر فراتر از مرز میانه در عبارت فقیهان</p>	
<p>۵) تفاوت در معیار تأدیه‌ی پول با اسناد تجاری: متکی به توافق متعهدله در فقه امامیه</p>	
<p>۶) تفاوت در هنگام تأدیه‌ی تعهدات پولی: هنگام وصول مبلغ مندرج از نگاه فقیهان امامیه، هنگام تأیید وجه مندرج از سوی بانک در اصول یونیدروا</p>	



### ۳- مستندات اصل اجرای کامل تعهد

اصل اجرای کامل تعهد، نمی‌تواند بدون تکیه‌گاه و دلایل نیرومند، مشروعیت و مقبولیت یافته و در قامت «اصل» درآید. مستندها و دلایل‌های آن گسترده و گوناگون است. این‌جا نگاهی کوتاهی به مهم‌ترین مستندات در فقه امامیه و اصول قراردادهای تجاری می‌رود:

#### ۳-۱) مستندات اصل اجرای کامل تعهد در فقه امامیه

در فقه امامیه، «اصل اجرای کامل تعهد قراردادی» مورد استدلال گرفته (موسوی سبزواری ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۲۷۴) و از دلایل گوناگون بهره‌مند است:

#### ۳-۱-۱) دلالت آیات و روایات بر اجرای کامل مورد تعهد

دسته‌ای از آیات قرآنی (مائده/۱، آل عمران/۷۶، اسراء/۳۴ و نساء/۲۹) و روایات پای‌بندی به شرطها (حر عاملی ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۶)، تابعیت عقود از قصود (حر عاملی ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۴۸)، و سلطنت انسان بر اموال (مجلسی ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۲۷۲)، به «اصل اجرای کامل تعهدهای قراردادی» راهنمایی دارند. در تفسیر آیت «به پیمان‌ها (و قراردادهای) وفا کنید» (مائده/۱) بیان کرده‌اند که با تکیه به «العقود» (جمع دارای الف و لام)، دلیل بر وجوب وفای کامل به تمام پیمان‌هاست، چه قراردادهای که اکنون وجود دارد یا در آینده میان عقلا پدیدار گردند. وفای به پیمان‌ها از پایه‌های زندگی اجتماعی شمرده می‌شود، بدون آن زندگی جمعی آدمی فرو می‌پاشد (مکارم ۱۳۷۱، ج ۴، ص ۲۴۴-۲۴۶. طباطبایی ۱۳۹۰، ج ۵، ص ۱۵۸).

#### ۳-۱-۲) حکم عقل به اجرای کامل مورد تعهد

مقتضای قراردادهای معاوضی، تبادل موضوع‌ها در عالم واقعیت است، عقل حکم می‌کند که باید تبادل موردها به نحو کامل صورت گیرد، زیرا بدون اجرای کامل تعهد، تبادل موردها واقعیت خارجی نیافته است. شرع نیز این حکم عقل را تأکید می‌نماید (سبحانی ۱۴۱۴، ص ۶۴۷).

#### ۳-۱-۳) داوری خردمندان به اجرای کامل تعهد

بنای عرف و عقلا در باب معاوضات بر آن است که هر کدام از دو طرف معامله، تمام آثار عقد را ایفا کنند، زیرا مقصود واقعی و هدف نوعی از معاملات، دستیابی به مورد تعهد می‌باشد، بلکه اجرای کامل مورد تعهد، روح معاوضه و مدلول عملی قراردادهاست (جمعی



از پژوهشگران ۱۴۲۳، ج ۴، ص ۱۹۱). در بیان دیگر، «لزوم اجرای کامل تعهد» از احکام عقلایی و شرعی است، نه مدلول مطابقی یا التزامی نفس عقد (امام خمینی، ج ۵، ص ۴۹۳). با تحلیل دلایل یادشده فهم می‌شود، مستند اصلی، «اجرای کامل تعهد قراردادی» در فقه اسلامی، «بنای عقلا» است. خردمندان، ایفای کامل عرفی به عهدها را لازم می‌بینند.

### ۲-۳) مستندات اصل اجرای کامل تعهد در اصول یونیدروا

به نظر می‌رسد که افزون بر «روش خردمندان» و «حکم عقل» که می‌توان از دلایل «اصل اجرای کامل تعهد» در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی شمرد، دو دلیل دیگر هم اشاره‌شدنی هستند:

### ۳-۲-۱) اصل آزادی قراردادی

در معنای اصل آزادی قراردادی، نوشته‌اند: «اشخاص آزادند به هر شکل معقول که می‌خواهند با هم پیمان ببندند آثار آن را معین سازند، مگر این‌که مفاد تراضی آنان، به دلیل مخالفت با قانون یا نظم عمومی و اخلاق حسنه نامشروع باشد» (کاتوزیان ۱۳۸۹، ص ۵۶، ش ۵۲). یکی از نتایج اصل آزادی قراردادی، «الزام‌آوری قرارداد نسبت به اطراف آن» است. هر قرارداد قبل از انحلال برای دو طرف به منزله‌ی قانون بوده و باید همان گونه که تشکیل شده است، اجرا شود، وگرنه «راه عادلانه‌ی نظم در روابط مالی» آسیب می‌بیند (کاتوزیان ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۱۴۵ و ۱۴۷). هرچند اصل آزادی قراردادی در حقوق رم قدیم رعایت نمی‌گردیده و گویا از قرن دوازدهم وارد حقوق اروپا گشته است (بهرامی احمدی ۱۳۹۰، ص ۶۶)، اما آن را «اصل مهم فلسفی» و «لازمه‌ی کرامت انسانی» شمرده‌اند، چنان‌که از قرن‌ها پیش مورد توجه حقوق‌دانان، مبنای نظریه‌ی تعهدات، و از نگاه فیلسوفان قرن ۱۸ فرانسه، منشأی تمام حقوق به شمار می‌رفته است (شهیدی ۱۳۹۳، ص ۵۷ و ۵۹. صفایی ۱۳۹۳، ص ۴۵ و ۴۶)، با وجود مخالفت‌های مکتب اجتماعی و سیوسالیستی در قرن نوزدهم، بسیار دور از ذهن می‌نماید که «آزادی قراردادی»، مبنای اصل اجرای کامل تعهد در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نباشد. افزون بر این همه، نخستین ماده‌ی ۱-۱ یونیدروا بر «اصل آزادی قراردادهای» تأکید نموده و ماده‌ی ۳-۱ آن، به الزام‌آوری قراردادهای معتبر برای اطراف تصریح می‌کند.

### ۳-۲-۲) حسن نیت در ایفای تعهد

ترکیب یادشده از حُسن (نیکویی) و نیت (قصد و عزم) است. برخی از نویسندگان یادآور شده‌اند که حقوق دانان فرانسه، آن را در دو معنا به کار می‌برند: «درستکاری در اعمال حقوقی» و «تصور اشتباه و قابل اغماض که به منزله‌ی یک حق مورد حمایت واقع شده است»، و سپس «رفتاری صادقانه، منصفانه و معقول که در مرحله‌ی گفت‌وگوهای مقدماتی، انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد، عرفاً از طرفین نسبت به یک‌دیگر و یا حتا نسبت به اشخاص ثالثی که با قرارداد ارتباط پیدا می‌کند، انتظار انجام آن می‌رود»، تعریف حسن نیت دانسته‌اند (باریکلو، ۱۳۹۰، ص ۵۵ و ۵۶). با تکیه به نوشته‌ی یکی از دانشوران، «حسن نیت در ایفای تعهد، مورد قبول همه‌ی حقوق دانان و حتی می‌توان گفت که مورد پذیرش همه‌ی نظام‌های حقوقی دنیای متمدن است» (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۶۲۲). ماده‌ی ۷-۱ یونیدروا، آن را بنیاد سایر اصول معرفی می‌کند: «هر طرف قرارداد در تجارت بین‌المللی باید مطابق حسن نیت و رفتار منصفانه رفتار نماید». بنابراین، یکی از مهم‌ترین مبانی اصل اجرای کامل تعهد، در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، «اصل حسن نیت» است و البته، اجرای ناقص، رفتار خلاف حسن نیت محسوب می‌شود.

در سنجش کوتاه می‌توان یادآور گردید: فقه امامیه برای استواری «اصل اجرای کامل تعهد»، از دلایل گوناگون از آن میان به «آیات و روایات»، «حکم عقل» و روش خردمندان» بهره گرفته‌اند، ولی مستند اصلی آن، «بنای عقلا» است. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی با پذیرش حکم عقل و روش خردمندان، بر «اصل آزادی قراردادی و «اصل حسن نیت» انگشت تأکید گذاشته است. از این جهت، نسبت عموم و خصوص من وجه وجود دارد: آیات و روایات به عنوان دلیل مستقل اجرای کامل تعهد در فقه امامیه مطرح است. اصل حسن نیت در ایفای تعهد از اصول بنیادین یونیدرواست. با این وجود به نظر می‌رسد که دلیل اصلی اصل وفای کامل تعهد، «روش خردمندان» است. بنابراین، نسبت را می‌توان تساوی تصویر کرد.

### ۴- جریان اصل اجرای کامل تعهد نسبت به متعهدله

هرگاه ایفای تعهد از آغاز فعلی باشد و یا زمان اجرا فرا رسد، متعهد برای «اجرای کامل تعهد» اقدام کند، آیا بر متعهدله لازم است که آن را بپذیرد و یا می‌تواند از دریافت دوری‌گزیند؟ این پرسش از فقه امامیه و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، پاسخ متفاوتی دریافت خواهد کرد:





#### ۱-۴) تکلیف متعهدله به دریافت مورد تعهد در فقه امامیه

از نگاه مشهور فقیهان جعفری، در حالت تفاوت مورد تأدیه و مورد تعهد از جهت جنس، مقدار و صفت، متعهدله ملزم به پذیرش آن نیست و می‌تواند اجرای بخش از تعهد (حتا اگر به نفع او باشد) را نپذیرد، ولی در صورت اقدام متعهد به اجرای کامل تعهد، متعهدله باید مورد تعهد را دریافت دارد (نجفی ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۱۱۵ و ۱۱۶. انصاری ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۲۱۶). برای توجیه این دیدگاه به قاعده‌ی سلطنت که متعهد نمی‌خواهد دینی بر عهده‌ی او باشد (سبحانی ۱۴۱۴، ص ۶۶۶). و قاعده‌ی لاضرر و لا ضرار استناد کرده و افزوده‌اند که مراد این‌جا نه قاعده‌ی لاضرر (زیان مادی: کاستی در مال یا جان) که قاعده‌ی لاضرار (زیان معنوی: آزار و به دشواری افکندن دیگری) است. با اقدام متعهد بر اجرای کامل تعهد، نفس ابای قبول از سوی متعهدله، به حَرَج افکندن و به مشقت انداختن متعهد است (امام خمینی ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۵۲۶-۲۲۸). وانگهی، فقیهان، پیرامون اجبار متعهدله را به دریافت مورد تعهد (سبحانی ۱۴۱۴، ص ۶۶۶)، درخواستن یاری از حکومت (انصاری ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۲۱۶)، دریافت مورد تعهد از سوی حاکم (خوئی ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۵۷۳ و ۵۷۴)، دیدگاه‌های گوناگون ابراز نموده‌اند (روحانی ۱۴۳۵، ج ۲۶، ص ۱۵۳ و ۱۵۴). در داوری نهایی، دیدگاه فقهی پذیرفتنی می‌نماید که فتوا داده باشد: حاکم می‌تواند متعهدله را وادار به قبول سازد یا خود مورد تعهد را دریافت دارد و یا دستور دهد که آن را نزد مالک بیندازد، زیرا گستره‌ی ولایت فقهی حاکم گسترده است و بدون چنین صلاحیتی برای حکومت، نمی‌توان از اختلال نظام معاملات جلوگیری کرد (امام خمینی ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۲۳۰).

#### ۲-۴) تکلیف متعهدله به دریافت مورد تعهد در اصول یونیدروا

در ماده‌ی ۳-۱-۶ یونیدروا، «اصل اجرای کامل تعهد» پذیرفته شده و بیان گردیده که با فرارسید زمان اجرا، «نفع مشروع در کسب کامل مورد تعهد» برای متعهدله پدید می‌آید، ولی این حق ردّ را در سه وضعیت بیان کرده است:

- حق رد اجرای جزئی تعهد در تعهد کلی و اقساطی: فرارسید زمان اجرا، هم «انجام کلی یک تعهد» و هم «انجام قسطی از یک تعهد کلی» را فرا می‌گیرد. متعهدله اصولاً می‌تواند اجرای جزئی تعهد را نپذیرد، چه متعهد به اجرای بخشی از یک تعهد یا اجرای قسطی از اقساط یک تعهد اقدام نماید.

- حق رد اجرای جزئی تعهد با تضمین یا بدون تضمین اجرا: «نفع مشروع کسب کامل مورد تعهد»، متعهدله را توانا می‌سازد که اجرای جزئی تعهد را نپذیرد حتا اگر این اجرا با تضمین انجام باقی مانده‌ی تعهد همراه گردد، زیرا اجرای جزئی، نقض قرارداد و ناساز با حق ذی‌نفع است.

- حق رد اجرای جزئی تعهد منوط به منفعت مشروع: گاه «اجرای کامل تعهد» برای متعهدله «نفع مشروع آشکار» ندارد و یا با پذیرش موقت اجرای جزئی تعهد، آسیب مهم بر او وارد نمی‌گردد. با اثبات دو صورت مزبور (فقدان نفع مشروع آشکار و فقدان ضرر مهم) توسط متعهد، متعهدله حق ردّ اجرای جزئی تعهد را ندارد. در چنین وضعیت‌هایی، اجرای بخشی از تعهد، اجرای مداوم تعهد شمرده می‌شود و نباید آن را عدم اجرا دانست. برای مثال، هرگاه یک خط هوایی که تعهد داده ۱۰ اتومبیل را در یک محموله و در تاریخ معین از ایتالیا به برزیل تحویل دهد، با تکیه به پدیدایی اوضاع و احوالی، نتواند آن‌ها را یک‌باره حمل کند، ولی بتواند که در دو پرواز متوالی در یک هفته تعهد را ایفا نماید. اگر ثابت کند که «حمل پیشنهادی» هیچ‌گونه دشواری برای متعهدله ایجاد نمی‌کند، زیرا عملاً تا یک ماه بعد، اتومبیل‌ها مورد استفاده قرار نمی‌گیرند. در این حالت، هیچ نفع مشروعی برای متعهدله در ردّ اجرای جزئی تعهد مشاهده نمی‌شود (مؤسسه‌ی بین‌المللی یک‌نواخت کردن حقوق خصوصی (۱۳۹۶)، ص ۲۳۴-۲۳۶).

نسبت «جریان اصل اجرای کامل تعهد علیه‌ی متعهدله» میان دیدگاه مشهور فقیهان امامیه و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، (با چشم‌پوشی از مستندها)، تساوی است. ولی پذیرش اجرایی بخشی از تعهد (با متفاوت در صفت و ماهیت) بر متعهدله از نگاه فقه امامیه الزامی نیست، در حالی که اصول یونیدروا، متعهدله به پذیرش اجرای بخشی از تعهد با اثبات «فقدان نفع مشروع آشکار و فقدان ضرر مهم» توسط متعهد، ملزم ساخته است.

##### ۵- رابطه‌ی اصل اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی به اصل اجرای کامل تعهد

اصل اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی تعهد به این معناست که متعهد باید تعهد خود را یک جا و در یک زمان انجام دهد. برای مثال، اگر در قراردادی، تعهد به تسلیم بیست دستگاه کامپیوتر داده، باید همه‌ی آن‌ها را هم‌زمان به متعهدله تحویل دهد، مگر آن‌که توافق یا عرف



و یا طبیعت قرارداد، اجرای غیر یک‌جایی و غیر یک‌زمانی را خواستار گردد. اصل اجرای کامل تعهد، اصل‌های اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی تعهد را هم در دامان می‌گیرد و در واقع این دو به آن اصل کلی بازگشت دارند، زیرا اصل اجرای کامل تعهد، «ایفای بدون کاستی از جهت کمیت و کیفیت» است، تطابق تعداد و اوصاف مورد تأدیه و مورد تعهد با «ایفای یک‌جایی و یک‌زمانی» حاصل می‌شود. یعنی هرگاه همان تعداد و همان اوصاف یک‌باره انجام شود، تعهد به نحو کامل ایفا شده است. باید افزود به باور برخی از نویسندگان، موضوع اصلی اصل یک‌جایی و یک‌زمانی اجرای تعهد، «تقارن و یک‌زمانی ایفای تعهد» است، «نه فوریت و شتابندگی زمان اجرا»، لذا از «اصل اجرای فوری تعهد» فاصله می‌گیرد (شنبور ۱۴۰۱، ص ۱۲۴).

#### ۵-۱) اصل اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی تعهد در فقه امامیه

فقیهان، در «وجوب تسلیم مبیع و ثمن بر هر کدام از اطراف بیع» توافق دارند و بیش‌تر آنان، «تقابل تسلیم موردها و تقارن زمانی اجرای تعهد» را مطرح کرده‌اند (خونی ۱۴۱۸، ج ۴۰، ص ۲۸۹-۲۹۱) که از آن «اجرای هم‌زمانی و یک‌جایی اجرای تعهد» استفاده می‌شود. در عقد اجاره، اجیر از هنگام تشکیل قرارداد، مالک اجرت می‌شود، ولی در حالت شرط نشدن یا متعارف نبودن تعجیل، مستأجر وظیفه ندارد که اجرت را قبل از عمل بپردازد، زیرا بنای معاوضات در بیع، اجاره و سایر عقود مالی بر تسلیم و دریافت هم‌زمانی است (آملی ۱۳۸۴، ج ۱۲، ص ۲۵۲). به ویژه آن‌که فقیهان، از واژه‌ی تسلیم هم‌هنگام (معاذفة) و همتایی حق اجرای دو طرف «تساوی الحقین» استفاده کرده و آن را متعارف میان مردم و متداول بین بازرگانان شمرده‌اند (کاشف‌الغطاء، ج ۴، ص ۱۹۶-۱۹۸). پس دیدگاه مشهور میان فقیهان امامیه، اجرایی یک‌جایی و یک‌زمانی تعهدهای تجزیه‌پذیر است و برخی از استادان حقوق هم بر آن اشاره کرده‌اند (صفایی ۱۳۹۳، ص ۲۳۶ و ۲۴۳).

#### ۵-۲) اصل اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی تعهد در اصول یونیدرو

ماده‌ی ۱-۲-۶ یونیدرو مقرر داشته است: «در موارد مشمول بندهای "ب" و "ج" ماده‌ی ۱-۱-۶، هر طرف باید تعهداتش را در زمان واحد اجرا کند به این شرط که اجرای تعهداتش در آن زمان واحد ممکن باشد و اوضاع و احوال نیز خلاف آن دلالت نکند».



گاه اجرای قرارداد تنها در زمان واحد امکان دارد، مانند: تسلیم عین، و گاه مورد تعهد از امور استمراری است و ناگزیر در بازه‌ی زمانی امکان اجرا می‌یابد، مانند: ساختن ساختمان، ولی در مواردی، هر دو حالت تصویرپذیر خواهد بود: هم اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی تعهد ممکن است و هم انجام چندجایی و چندزمانی تعهد وجود دارد، مانند: تحویل ده دستگاه کامپیوتر. در مواردی که اوضاع و احوال و یا طبیعت معامله اقتضای استمرار را نداشته باشد (یا دو طرف بر اجرای استمراری و چندزمانی توافق نکرده باشند)، بنا بر ماده‌ی مزبور، «اصل، اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی تعهد» است (شنیور ۱۴۰۱، ص ۱۴۵)؛ مثلاً، قرارداد مربوط به تسلیم ده تَن برنج در ماه دهم سال جاری باشد، اگر متعهد توان تحویل آن را دارد، ولی برای او مناسب است که آن را در دو نوبت به متعهدله تسلیم نماید. اصل اجرای یک‌زمانی تعهد، وی را به تسلیم همان ده تَن در یک زمان و ادار می‌سازد. گاه اوضاع و احوال زمان اجرای تعهد را معین می‌سازد، چنان‌چه متعهدله به طور متناوب به برنج نیاز دارد، از سوی دیگر، امکانات متعهد هم محدود است و نمی‌تواند ده تَن برنج را یک‌جا تحویل دهد و از وضعیت متعهدله هم آگاه است که در دریافت یک‌جایی و یک‌زمانی نیاز ندارد، در این حالت، اوضاع و احوال تعیین می‌کنند که اجرای تعهد در دفعات متعدد در همان ماه صورت گیرد (مؤسسه‌ی بین‌المللی یک‌نواخت کردن حقوق خصوصی ۱۳۹۶، ص ۲۳۳).

به همین مناسبت، ماده‌ی ۴-۱-۶ یونیدروا بیان داشته است: «(۱) به میزانی که اجرای هم‌زمان تعهدات طرفین ممکن باشد، آن‌ها ملزم به چنین اجرایی هستند، مگر این‌که اوضاع و احوال بر خلاف آن دلالت کند. (۲) به میزانی که از سوی یکی از طرفین، نیازمند مدت زمانی باشد، آن طرف ملتزم است که ابتدا تعهداتش را انجام دهد، مگر این‌که اوضاع و احوال بر خلاف آن دلالت کند».

ماده‌ی یادشده مربوط به «اصل تقارن و هم‌زمانی اجرای تعهد قراردادی از دو جانب» است و میان دو وضعیت تفاوت نهاده است: یکم: حالت امکان اجرای هم‌زمانی تعهد: قاعده آن است که اطراف قرارداد، تعهداتِ دو‌جانبه‌ی‌شان را هم‌زمان انجام دهند. فروشنده همان زمان، کالا را به خریدار تسلیم کند که خریدار بهای کالا را پرداخت می‌نماید و با بدون فاصله‌ی عرفی دریافت و پرداخت صورت گیرد. با این وجود، گاه اوضاع و احوال (هرگونه عرف تجاری یا شرط توافقی) باعث می‌شود که یکی از اطراف قرارداد، دیرتر از انجام تعهد



از سوی طرف دیگر به اجرای تعهد پردازد. دوم: حالت عدم امکان اجرای هم‌زمانی تعهد: هنگامی که ماهیت اجرای تعهد یکی از اطراف قرارداد، وابسته به بازه‌ی زمانی معین باشد، مانند: قراردادهای ساخت و بیش‌تر قراردادهای خدمات. در این حالت، یک طرف باید زودتر از زمان اجرای تعهد از سوی دیگر، تعهد را انجام دهد. با این حال بسا که اوضاع و احوال بر خلاف آن می‌باشد، مانند: حق بیمه که معمولاً زودتر پرداخت می‌شود و غالباً پرداخت‌ها در قراردادهای ساخت، با اقساط توافقی صورت می‌گیرد (مؤسسه‌ی بین‌المللی یک‌نواخت کردن حقوق خصوصی ۱۳۹۶، ص ۲۳۸ و ۲۳۹).

در فقه امامیه، «اصل اجرای یک‌جایی و یک‌زمانی تعهد»، به عنوان دو اصل جداگانه نمود نیافته‌اند و با طرح نظریه‌ی «تطابق کمیّت و کیفیت مورد تأدیه و مورد تعهد» از دامنه‌های «اصل اجرای کامل تعهد» شمرده می‌شوند، اما اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، آن دو را در قالب یک اصل، بیان کرده است. با وجود پذیرش آن به عنوان اصل، این‌جا نسبت عموم و خصوص مطلق است. از نگاه مشهور فقیهان امامیه، هنگام نبود توافق و عرف، «اصل تقارن مطلق» است، در اصول یونیدروا اگر اجرای تعهد از سوی یک طرف بدون گذر زمان ناممکن باشد، طرف دیگر باید تعهد خود را انجام دهد.

اصل اجرای کامل تعهد	دیدگاه فقیهان امامیه	اصول یونیدروا	نسبت
مفهوم	ایفای مقتضای عقد از جهت کمیّت و کیفیت	قاعده‌ی انجام تعهد بدون کاستی	تساوی
معیار	یگانگی، هماهنگی، سازگاری و همتایی	توافق، کیفیت متعارف، کیفیت متوسط و تأیید دریافت	عموم و خصوص من‌وجه
مستندات	آیات و روایات، حکم عقل، روش خردمندان	آزادی قراردادی، حسن‌نیت، روش خردمندان	من‌وجه
علیه متعهدله	- تکلیف به دریافت مورد تعهد به دلیل قاعده‌ی سلطنت و قاعده‌ی لاضرار	- حق رد اجرای جزئی تعهد در تعهد کلی و اقساطی	تساوی

پذیرش (در جزیی: عموم مطلق)	- حق رد اجرای جزئی تعهد با یا بدون تضمین اجرا - حق رد اجرای جزئی تعهد منوط به منفعت مشروع	- حق رد اجرای جزئی تعهد	
عموم و خصوص مطلق	- اصل جداگانه بودن اجرای یک جایی و یک زمانی تعهد - رعایت هم زمانی اجرای تعهد در حالت امکان - اقدام زودتر یک طرف به اجرا در حالت توقف اجرای تعهد دیگری به بازه‌ی زمانی	شمولیت اصل اجرای یک جایی و یک زمانی تعهد تقابل و تقارن تسلیم موردها	گستره

### نتیجه

- ۱- بیان ساختار برای مفهوم اصل اجرای کامل تعهد (ایفای مفاد عقد) و واگذاری تعیین مصداق به عرف، از سوی فقیهان امامیه مزیت است، در حالی که تصریح به ساختار مفهوم در اصول یونیدروا دیده نمی‌شود.
- ۲- تعیین معیارهای گوناگون توسط فقیهان امامیه، برای اصل اجرای کامل تعهد با توجه به تفاوت موردهای تعهد (عین، کلی، عمل و پول)، از جهت روشنایی روش اجرا امتیاز شمرده می‌شود، ولی تأکید بر ارزش اسمی پول و نادیده‌گیری نوسانات ارزش پول در تعهدات پولی از مزیت آن می‌کاهد، روش اصول یونیدروا در «معیار کیفیت متعارف»، «معیار اجرای تعهدات پولی به ویژه با اسناد تجاری» در زندگی امروزی سازگارتر می‌نماید.
- ۳- اهمیت روز افزون «اصل حسن نیت در اجرای کامل تعهدات»، خواستار است که فقیهان افزون بر سایر مستندات اصل اجرای تعهد، به آن هم توجه بیش‌تر دهند، همان‌گونه که اصول یونیدروا «حسن نیت» را اصل بنیادین تعهدات برشمرده است.
- ۴- دیدگاه مشهور فقیهان امامیه در «تکلیف متعهدله به پذیرش اجرای کامل تعهد» راه‌گشا در عالم اجراست، اگر دیدگاه‌شان، همسان محتوای اصول یونیدروا «حق ردّ اجرای



جزیی تعهد منوط به فقدان منفعت مشروع متعهدله» می‌گشت، شاید راه ایفای تعهدات امروزی گسترده‌تر می‌گردید.

۵- اصل اجرایی یک‌جایی و یک‌زمانی تعهد را می‌توان همانند اصول یونیدروا در فقه امامیه، اصل مستقل شمرد و آثار آن را پذیرفت، و «تقابل و تقارن ایفای تعهد» را منحصر به جایی دانست که اقدام یک طرف به اجرا، متوقف به بازهی زمانی نباشد.



## فهرست منابع

### قرآن مجید

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۲)، تحریر المجلة، قم، المجمع العالمي للتقريب.
۲. آملی، محمد تقی (۱۳۸۴)، مصباح الهدی، بی جا.
۳. اشتهاردی، علی پناه (۱۴۱۷)، مدارک العروة، تهران، دار الأسوة.
۴. امام خمینی، روح الله (۱۳۸۶). کتاب البیع، نوشته‌ی خرم آبادی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمينی.
۵. انصاری، محمد علی (۱۴۱۵)، الموسوعة الفقهية الميسرة، قم، مجمع الفكر الإسلامي.
۶. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، المكاسب، قم، کنگره.
۷. باریکلو، علیرضا، و خزایی، سید علی (۱۳۹۰)، «اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره‌ی پیش قرارداد (با مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه)»، مجله حقوقی داگستری، سال ۷۵، ش ۷۶.
۸. بجنوردی، حسن (۱۳۷۷)، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادی.
۹. بحرانی، یوسف (۱۴۲۳)، الدرر النجفية، بیروت، دار المصطفی.
۱۰. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادها، تهران، دانشگاه امام صادق.
۱۱. جمعی از پژوهشگران، (۱۴۲۳)، موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت، قم، مؤسسه دائرة المعارف.
۱۲. حر عاملی، محمد (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت.
۱۳. حسینی مراغی، عبد الفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهية، قم، مؤسسه النشر الإسلامي.
۱۴. خلخالی، محمد کاظم (۱۴۰۷)، فقه الإمامية، قم، مکتبه الداوری.
۱۵. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷)، مصباح الفقاهة، قم، انصاریان.
۱۶. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸)، موسوعة، قم، مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئي.
۱۷. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۹)، محاضرات في الفقه الجعفري، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الإسلامي.
۱۸. روحانی، محمد صادق (۱۴۳۵)، فقه الصادق، قم، آیین دانش.
۱۹. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴)، المختار في أحكام الخيار، قم، مؤسسه الإمام الصادق.
۲۰. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۳)، دراسات موجزة في الخيارات و الشروط، قم، المركز العالمي للدراسات الإسلامية.
۲۱. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۹)، رسائل فقهيه، قم، مؤسسه امام صادق.





۲۲. شیور، قادر (۱۴۰۱)، درس‌هایی از اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
۲۳. شهید صدر، محمد باقر صدر (۱۳۸۹) بانک بدون ربا، مترجم: مرتضی زنجانی، تهران، فرهنگ سبز.
۲۴. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، مجلد.
۲۵. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳ب)، سقوط تعهدات، تهران، مجلد.
۲۶. صفایی، سید حسین (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، میزان.
۲۷. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۰)، المیزان في تفسير القرآن، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۲۸. طباطبایی حکیم، محمد سعید (۱۴۲۸)، مصباح المنهاج، نجف، مؤسسة الحكمة الثقافة الاسلامیة.
۲۹. طوسی، محمد (۱۳۸۷)، المبسوط، تهران، مکتبه المرتضویة.
۳۰. عمید زنجانی عباسعلی (۱۳۸۲)، آیات الأحکام، تهران، دفتر مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۳. مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۳)، بحار الأنوار، بیروت، دار إحياء التراث العربي.
۳۴. محسنی، محمد آصف (۱۳۸۲)، القواعد الأصولیة والفقهیة فی المستمسک، قم، پیام مهر.
۳۵. محقق حلی، جعفر (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام، قم، اسماعیلیان.
۳۶. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد، قم، مؤسسة آل البيت.
۳۷. مدرس، محمد رضا (۱۳۹۳)، البیع، قم، دار التفسیر.
۳۸. مرعشی، شهاب‌الدین (۱۴۰۶)، منهاج المؤمنین، قم، کتابخانه عمومی.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۱)، تفسیر نمونه، تهران، دار الکتب الإسلامیة.
۴۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰)، القواعد الفقهیة، قم، مدرسه الإمام علی.
۴۱. مؤسسه بین‌المللی یک‌نواخت کردن حقوق خصوصی (۱۳۹۶)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ترجمه و تحقیق: بهروز اخلاقی و فرهاد امام، تهران، شهر دانش.
۴۲. موسوی سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳)، مهذب الأحکام، قم، المنار.
۴۳. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۸۵)، رسائل، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۴. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، بیروت، دار إحياء التراث العربي.
۴۵. هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت، قم، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

٤٦. هاشمي شاهرودي، محمود (١٤١٧). مقالات فقهية، بيروت، مركز الغدير.
٤٧. هاشمي شاهرودي، محمود (١٤٣٢)، موسوعة الفقه الإسلامي المقارن، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي.



## نقش قاعده سهله و سمحه در جرم انگاری

غلامرضا پیوندی\* قنبر جاوید\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۲/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۳/۱۵

### چکیده

موضوع، کارکرد قاعده سهله و سمحه در جرم انگاری است. از این که جرم نا هنجاری و ضد ارزش است، همواره کیفر را که واکنش جامعه باشد، به دنبال داشته است. مؤثر بودن نظام کیفری در قبال چنین پدیده، بستگی به قواعدی حاکم در آن نظام دارد. علت اصلی پایداری هر نظام کیفری، قواعد حاکم بر آن است. قاعده سهله و سمحه در همه مراحل سیاست کیفری از جمله در مرحله جرم انگاری، نقش بنیانی در پایه داری و استمرار نظام کیفری را دارد. در این مرحله که قانونگذار با در نظر گرفتن هنجارها و ارزش‌های اساسی جامعه و با تکیه بر مبانی نظری مورد قبول خود، فعل یا ترک فعلی را ممنوع و برای آن ضمانت اجرایی کیفری وضع می‌کند؛ باید سهولت و انعطاف‌پذیری را در نظر بگیرد و الا جرم‌انگاری مقطعی خواهد بود. بنابر این کاربرد قاعده سهله و سمحه، انعطاف‌پذیر نمودن جرم انگاری، در تمام دوران‌ها و در میان همه ملت‌ها است، همین نتیجه سهولت و مدارایی قاعده، موجب کیفر زدایی و دفع اتهام اقتدار گرایی تام از جرم‌انگاری می‌شود که در این تحقیق با روش توصیفی و تحلیلی، از طریق منابع موجود در کتابخانه‌ها و سایتها، به دست آمده است.

**کلید واژه‌ها:** قاعده سهله و سمحه؛ سمحه و سهله، جرم‌انگاری، سیاست کیفری.

---

\* استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی (peyvandi@iict.ac.ir; pyvandi@yahoo.com)

\*\* دانش‌آموخته حوزه علمیه و دانشجوی دکتری موسسه علوم انسانی جامعه المصطفی العالمیه (qanbarjavid@gmail.com)

بزهکاری، پدیده‌ی است که از دیر باز، امنیت، آرامش و آسایش بشر را به خطر انداخته است، اندیشمندان و مصلحان همیشه در پی چاره جویی بوده اند، جرم انگاری واکنش جامعه در قبال بزه است. از طرفی جرم انگاری و تعیین جرم در قبال رفتار مجرمانه، دخالت در امور دیگران و مخالف اصل آزادی است، جامعه به آسانی نمی پذیرند، باید توجیه شود و بر اساس معیار مورد قبول عقلا باشد، در فقه اسلامی معیار قابل قبول در جرم انگاری دو چیز است: یکی حفظ مصالح پنجگانه ( دین، جان، عقل، نسل و اموال ) دوم حفظ امنیت، نظم و مصلحت عمومی. با توجه به این دو معیار، کیفر گذار با در نظر گرفتن این گونه هنجارها و ارزش های اساسی جامعه و با تکیه بر مبانی نظری مورد قبول خود، فعل یا ترک فعلی را ممنوع و برای ضمانت اجرایی آن، کیفر وضع می کند. در نتیجه آنچه که جرم انگاری را توجیه می کند، حفظ مصالح پنجگانه، امنیت و نظم جامعه است.

جرم انگاری مؤثر در کنترل بزه کاری است که مقطعی و محدود به زمان و مکان نباشد. انواع مختلف جرم انگاری وجود دارد، از قبیل جرم انگاری جرم محور، جرم انگاری مجرم محور، جرم انگاری رهنمون محور جرم انگاری امنیت مدار و... اما هیچ یک، در کنترل بزه موفق نبوده است، هر یک در یک نقطه‌ی سر بر آورده است و مدتی جولان داشته است، بعد کارایی خود را از دست داده است.

جرم انگاری در سیاست کیفری اسلام، محدودیت زمانی و مکانی ندارد، علتش حاکمیت قواعدی از قبیل ضرورت داشتن، مقبولیت داشتن فائده مند بودن، تناسب داشتن کیفر با جرم و مجرم، وقواعد امتنانی از قبیل قاعده لاضرر، قاعده لاجرح، مصلحت، قاعده سهله و سماحه و... است، این قواعد، به خصوص قاعده‌ی سهله و سمحه، نقش مؤثری در انعطاف پذیری جرم انگاری در سیاست کیفری دارد، که موجب بقای این نظام شده است.

قاعده سهولت، شیرازی اصلی و از مبانی اسلام است، فقهای امامیه، از قبیل مرحوم اردبیلی (زبدة البیان بی تا، ۱۷۴)، و (۱۳/۱۴۰۳، ۱۸۱)، مرحوم محمد امین استرآبادی (۱۴۲۶/۵۸۰) فاضل تونی (۱۴۱۵/۳۱۲)، مرحوم صاحب و سائل (۱۴۰۳/۴۰۸) مرحوم سید نعمه الله جزائری (۱۴۰۸/۱، ۴۱۸)، و... در موارد مختلف از جمله در مورد نفی تکالیف حرجی از قبیل وضوی حرجی، روزه،



نماز مسافر و... به این قاعده تمسک نموده اند و آن را به عنوان دلیل مسلم حساب کرده اند. همچنین مقالات متعددی در مورد این قاعده تدوین شده است، از جمله «مبانی فقهی محقق اردبیلی در مورد اصل سهولت» (نشریه حوزه / آذر و دی ۱۳۷۱ دوره نهم، شماره ۵۳) «انعطاف پذیری احکام شریعت اسلامی از دیدگاه قرآن کریم و احادیث نبوی» (محسن غلامیان مجله لسان الصدق پاییز ۱۳۹۱ / شماره ۲) « اصول سهولت و مدارا در سیاست جنایی حکومت اسلامی» (جلال الدین قیاسی، فصلنامه علمی و پژوهشی انجمن معارف اسلامی ایران سال دوم تابستان ۱۳۸۵، شماره ۳). « احمد عابدینی، شریعت سهله و سمحه با تأکید بر نظریه استاد مطهری» و...

اما در خصوص نقش قاعده سمحه و سهله در انعطاف پذیری جرم انگاری، در سیاست کیفری اسلام، تحقیق به عمل نیامده است.

از آنجا که یکی از راه‌های اثبات کیفر زدایی و دفع اتهام اقتدار گرای و ضد حقوق بشری از نظام کیفری اسلام، اثبات سهولت و سماحت مداری و انعطاف پذیری، این نظام، در جرم انگاری است، وقاعده‌ی سهله و سمحه، نقش مؤثر در این مورد دارد؛ تحقیق به شیوه‌ی تحلیلی و توصیفی از دو جهت در مورد قاعده‌ی سهله و سمحه ضرورت دارد: ۱- کارکرد قاعده، در انعطاف‌پذیری، جرم انگاری، در سیاست کیفری ۲- عدم تعارض مجازات‌های سخت از قبیل قتل، قطع دست و پا به خلاف هم، رجم، زیر آوارکردن و یا از بلندی به زیر انداختن با قاعده‌ی سهله و سمحه، چون این گونه مجازات بر اساس اصل تناسب است، قاعده سهله و سمحه مانع جریان چنین اصلی در جرم انگاری نیست.

از آنجا که سند قاعده سهله و سمحه در جای خود بررسی شده است، وارد بحث سندی نمی‌شوم، قبل از بررسی جایگاه قاعده در این دو مورد (اثبات انعطاف‌پذیری در جرم انگاری و عدم تعارض قاعده با مجازات سخت، لازم است ابتدا مفاد قاعده بررسی شود:

### الف) مفاده قاعده‌ی سمحه و سهله

«سهله» از «سهل» بمعنای نرم، آسان، مقابل صعب، سخت و مشکل است (معین، ۲/۱۳۶۰، احمدین فارس ۱۴۱۰، ج ۳/۱۱۰).

واژه «سمحه» از ریشه سمح، به معنای جود و بخشش می‌باشد، رفتارهای کریمانه همچون اغماض و چشم‌پوشی و آسان‌گیری است. و نیز سمحه به آیین اطلاق می‌شود که



ضیق و تنگنا در آن نباشد از همین روست که تساهل و تسامح را مرادف یکدیگر دانسته اند) (فراهیدی، العین، ۲ / ۸۵۰، فیروز آبادی، ۱۴۱۲، ۱/، 465/، احمد بن فارس، ۱۴۱۰ / ۳، ۱۱۰/). در شریعت اسلام، هردو واژه اطلاق می شود: به حکم این که دارای تکالیف دست و پاگیر و شاق و حرج آمیز نیست، «سهله» است. به حکم این که باگذشت است، هر جا که انجام تکلیفی توأم با مضیقه و در تنگنا واقع گردد، آن تکلیف برداشته و یا جاگزین تعیین می شود، سمحه است. (احمد عابدینی، مجله فقه، شماره ۳۹ / ۱۳۸۳. مجموعه آثار شهید مطهری، ج ۲، ص ۲۴۱)

این قاعده، مفاد حدیثی است که بر اساس آن حضرت محمد (صلی الله علیه و آله) فرموده اند: «بُعِثَ بِالْحَنِيفَةِ السَّمْحَةِ السَّهْلَةِ» که با کمی تغییر بارها در کتاب‌های گوناگون فقهی و حدیثی، به همین مضمون ذکر شده است (حلی، ۱۴۱۴، ۲/، ۳۰۰/، الهندی، ۱۴۰۱ / ۱۱/، ۴۴۵/؛ الاحسائی (ابن ابی جمهور)، ۱۴۰۵ ق / ۱/، ۳۸۱/؛ طریحی، ۱۴۱۶ ق: ۵/، ۴۱، مجلسی دوم، ۱۹۸۳، ۷/، ۹۰).

در این حدیث، کلمه‌ی «الحنیفیه» از ریشه‌ی حَنَف، به معنای استقامت و راستی است و حنیف به مسلمانی می گویند که به دین مستقیم تمایل داشته باشد و شریعت حنیفیه، شریعتی است که مستقیم بوده و از باطل به سمت حق میل می کند. بنا بر این، معنای حدیث شریف این است که من مبعوث به شریعتی شده ام در عین این که مستقیم است و باطلی در آن راه ندارد، راحت و آسان هم هست. تعبیر «بعثت» دلالت بر این دارد که اصل شریعت اسلام بر سهولت استوار است

در نتیجه بر اساس حدیث سهله و سمحه، اسلام دین مستقیم و مطابق با واقع، سهل و آسان است، تکالیف از جمله جرم انگاری سخت و دست و پا گیر، شاق و همراه با عسر و حرج ندارد و انعطاف پذیر و باگذشت است، هر جا که انجام تکالیف با مضیقه و تنگنا واقع شود، آن تکلیف به فعلیت نمی رسد، برداشته یا تبدیل به تکلیف خفیف می شود.

ب). جهات انعطاف پذیری جرم انگاری در سیاست کیفری اسلام  
جرم انگاری در سیاست کیفری اسلام از چند جهت، انعطاف پذیر است:



## ۱- سهولت در اصل دین

اولین جهتی که جرم‌انگاری در سیاست کیفری اسلام بر مبنای انعطاف است، این است که به ادله‌ی ذیل، اصل دین مبتنی بر سهولت و انعطاف است.

### ۱-۱- آیات و سهولت اصل دین

«لا یكلف الله نفساً الا وسعها» خداوند هیچ کس را جز به اندازه توانائیش تکلیف نمی‌کند.» (بقره ۲۸۶) و «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» خداوند هیچ سختی و مشقتی را در دین بر شما قرار نداده. (حج/۷۸) «ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج» خداوند نخواسته است تا سختی و مشقتی را بر شما قرار دهد. (مائده/۶) «یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر» خداوند آسانی را برای شما خواسته نه سختی را. (بقره/۱۸۵) «یرید الله ان یخفف عنکم و خلق الانسان ضعیفاً» (نساء (۴): ۲۸). خدا خواستار تخفیف و سهولت است و انسان ضعیف آفرید شده است. در نتیجه آیات صراحت بر سهولت تکالیف دارد

### ۱-۲- روایات و سهولت اصل دین

روایات فراوانی نیز در این مورد وجود دارد:

از جمله حدیث نبوی که هم مضمون با قاعده‌ی سمحه و سهله است: «من بر دین یهودیت و مسیحیت مبعوث نشدم، بلکه بر دین آسان و حنیف و به دور از هر کژی - برانگیخته شدم.» (احمد بن حنبل، ۱۴۲۰/۶۲۴ / ۳۶)، در صحیح‌ه‌ی بزنطی آمده است که امام رضا (ع) از جدّ بزرگوارش امام باقر (ع) نقل می‌کند که: «خوارج به سبب جهالت شان بر خود سخت گرفتند، در حالی که دین راحت تر از آن است.» (حرعاملی، ۱۴۰۹ / ۳، ۴۹۱ / طوسی، ۱۴۰۷ / ۲، ۳۶۸ / ح ۶۱)

حمزة بن حرمان از امام صادق (ع) می‌پرسد: خداوند شما را بر صلاح بدارد، عقیده‌ی من این است که خداوند بندگانش را بر چیزی که توانایی انجامش را ندارند مکلف نکرده و فقط بر آنچه که طاقت انجامش را دارند مکلف کرده است. امام (ع) می‌فرماید: «این همان دین الهی است که من و پدرانم بر آن هستیم» (کلینی ۱۴۰۷ / ۱، ۱۶۲)

همچنین حدیث رفع، دلیل بر سهولت اصل دین است: «عن ابی عبدالله (ع) قال: «قال رسول الله (ص) رفع عن امتی تسعة اشياء: الخطا والنسیان و ما اکرهوا علیه و ما لا یعلمون و ما



لا يطيقون وما اضطروا اليه والطيره والتفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطقوا بشفه». (عاملی، ۱۴۰۹، ۱۵/، ۳۶۹) امام صادق (ع) می‌فرماید: رسول خدا (ص) فرموده است: از اَمّت من، نُه چیز برداشته شده: خطا و فراموشی و آن‌چه از روی اکراه باشد و آن‌چه را که نمی‌دانند و آن‌چه را که طاقت ندارند و آن‌چه را که مورد اضطراب است و حسادت و تغال و وساوس فکری در امور آفرینش تا هنگامی که بر زبان جاری نشود.

طبق محتوای این حدیث، احتیاط در شبهات تحریمیه و تفحص در شبهات موضوعیه، لازم نیست. با این وصف، حدیث رفع می‌تواند دلیل قطعی بر شریعت سهله و سمحه باشد؛ زیرا تمام موارد نه‌گانه‌ی مرفوع در حدیث، به سبب دیدگاه تسامحی و انعطاف‌پذیری شارع بوده است. همچنین حدیث لاضرر، حدیثی که ادّعی تواتر درباره آن شده است. متن حدیث بدین شرح است: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (کلینی، ۱۴۲۹، ۱۰/، ۴۳۶) این حدیث دلیل بر سهولت اصل دین است، چون شارع مقدس هیچ‌گونه تنگنایی را بر مکلف نمی‌پذیرد؛ حتی اگر شارع تشخیص دهد که با استناد به حقوق مسلم شرعی و احکام فقهی کسی بخواهد ضرری بر دیگری وارد سازد، در این زمان، حق مسلم شرعی، از او گرفته می‌شود، چنانچه سمره، حق شرعی و قانونی اش رسیده گی به درختش و استفاده از منافعش و... بود، اما چون موجب ضرر بود، این حق بر داشته شد. این که تعبیر دقیق پیامبر گرامی اسلام (ص) در بیان حدیث «لاضرر» با قید عام و وسیع به پایان می‌رسد؛ یعنی «فی الاسلام»؛ شاهد و مدرک گویایی است بر این که اصل دین، بر سهولت استوار است. در نتیجه احایث با صراحت، سهولت و انعطاف‌پذیری اسلام را می‌رساند.

### ۳-۱- حکم عقل و بنای عقلا به سهولت دین

دین باید سهل باشد، چون هدف دین رساندن انسان به کمال و سعادت است، از طرفی، انسان اصولاً موجود تکلیف‌گریزند. برای این که دین امر لغو نباشد باید از خود، جاذبه‌ها و سهولت‌هایی داشته باشد که بتواند مخاطب عام را به طرف خود جذب کند. به عبارت بهتر، احکام دین نباید مخاطب‌گریز باشد. در غیر این صورت، تناقض با هدف دین پدید خواهد آمد؛ پس به حکم عقل سلیم، دین ماندگار، دینی است که با تساهل و تسامح، با مخاطب رفتار کند و تا جایی که با هدف دین منافات نداشته باشد، نرمی و ملایمت به خرج دهد.





بنای عقلا نیز بر این است که روح سهولت و سماحت در شریعت حاکم باشد، وجدانی کردن قانون و برانگیختن انگیزه‌های درونی، وجود تبصره‌های قانونی و تفسیر مضیق و... ثابت می‌کند این ادعا را.

در نتیجه جرم انگاری در سیاست کیفری اسلام انعطاف پذیر است، چون بنای اصل دین بر انعطاف پذیری استوار است.

#### ۴-۱- سهولت در سیره عملی حاکمان

چهارمین جهتی که جرم انگاری در سیاست کیفری اسلام بر مبنای قاعده‌ی سمحه و سهله است، سهولت در رفتار حاکمان اسلامی است؛ چنانچه خداوند متعال در قرآن کریم، پیامبر خود را به نرم خویی ستوده است: «فبما رحمة من الله، لنت لهم ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك» رحمت خداوند تو را با آنان نرم خوی ساخت و اگر تو خشن و سنگدل بودی حتماً از اطراف تو پراکنده میشدند. (عمران آل، ۱۵۸)

و در آیه‌ی دیگر پاداش بدی را با خوبی توصیه کرده است: «لا تستوي الحسنه ولا السيئه، ادفع بالتي هي احسن فاذا الذي بينك وبينه عداوة كآته ولي حميم» نیکی و زشتی برابر نیستند، تو زشتی را با نیکی دفع کن تا بناگاه آنکه میان تو و او عداوتی است، همچون دوست صمیمی شود. (فصلت، ۳۴)

احادیث فراوانی نیز در این مورد وجود دارد که با الفاظ مختلفی همچون تیسیر، رفق، مدارا، لین و امثال آن صادر شده است و توصیه بر مدارا نموده است، از جمله احادیث ذیل:

هنگامی که سروری یافتی به رفق و مدارا عمل کن (آمدی، ۱۳۷۳/۳، ۱۱۸۲/۳)

هنگامی که مجازات میکنی شدت به خرج نده. (همان، ۱۱۸۳/۳)

اوج سیاست به کار بردن رفق و مداراست. (همان، ۱۵۸۸/۴)

هر کس با رفق و مدارا عمل کند موفق می‌شود. (همان، ۱۳۷۳/۵، ۲۳۵۵)

با رفق و مدارا مطلوب حاصل میشود. (همان، ۱۳۰۵/۳)

به درستی که این دین متین است، پس در آن با ملایمت حرکت کنید و عبادت خدا را در نظر بندگانش ناخوشایند می‌سازید. (مجلسی، ۱۹۸۳/۶۸/۲۱۱)

رسول خدا هنگامی که معاذ بن جبل را به یمن فرستاد، فرمود: آسان بگیر و سختگیری مکن. هیچ‌گاه رسول خدا میان دو امر مخیر نشد، مگر آنکه آسانترین آن را مادامی که گناهی در آن



نبود انتخاب می‌کرد. (بخاری، ۱۴۰۱/۷: ۱۰۱/۷. در نتیجه سیره عملی در مدیریت دینی، بر آسانگیری و انعطاف پذیری است

#### ۵-۱. عدم تساوی جرم و گناه

پنجمین جهتی که جرم انگاری در سیاست کیفری اسلام بر مبنای قاعده‌ی سهولت است، این است که در سیاست کیفری اسلام هر گناهی جرم نیست. البته این که گناه مساوی جرم هست یا نیست مورد اختلاف است (الف) برخی گناه را مساوی با جرم می‌داند، چنانچه ابن ادریس در باب تعزیرات می‌گوید: در صورت اخلاص به هر واجبی و انجام هر قبیحی که از نظر شرع، حدی در مورد آن وارد نشده است تعزیر واجب می‌شود، این اخلاص گاهی در واجب عقلی است، مانند رد امانت و ادای دین و... گاه در واجب شرعی است مانند نماز، زکات، حج، روزه و غیر از اینها. (ابن ادریس، ۲۳/۱۴۱۰/۲۹۶) همچنین در دیگر منابع فقهی به طور گسترده، برای تمامی گناهان یا حداقل گناهان کبیره تعزیر تعیین شده است (نجفی، ۱۳۶۷: ۴۱، ۴۴۸) مرحوم گلپایگانی دو دلیل برای قائلین به این قول ذکر می‌کند: اولاً مقتضای حفظ نظام اسلامی اثبات تعزیر در هر معصیت است، ثانیاً مقتضای روایت «أن لكل شيء حداً و من تعدى ذلك الحد كان له حد» این است (گلپایگانی، ۱۴۱۲/۲/۱۵۳) ب) برخی از جمله مرحوم گلپایگانی، قایل است که جرم و گناه مساوی نیست ایشان استدلال قائلین به تساوی را رد می‌کند و می‌فرماید: هر چند انجام واجبات و ترک محرمات، جهت حفظ نظام زندگی واجب است، منتها شارع راه‌هایی را به عنوان ضمانت اجرا، تعیین کرده است که حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص و امر به معروف و نهی از منکر همراهِ با مرا تب مختلفش باشد، عقل در خارج از این موارد، استقلال در تعیین مجازات ندارد. (گلپایگانی، همان، ص ۱۵۴) همچنین مرحوم خوانساری فرموده است: دلیل نداریم که بر هر معصیتی تعزیر باشد. (خوانساری، ۱۴۰۵/۷/۱۳۱) در مقام کیفر گذاری و جرم انگاری بر اساس قاعده سهولت، ضرورت و لا ضرر، هر رفتاری جرم انگاری نمی‌شود؛ (عبد الفتاح، مجله قضایی و حقوقی، شماره ۴۱، ۱۳۸۱، ص ۱۷۵)

بنظر قول دوم مطابق مصلحت جامعه است، بر اساس مصلحت، گناه مساوی جرم تلقی نشده است، لذا هیچ دادگاهی را نمی‌توان یافت که شخصی را برای روزه‌خاری در خفا و ترک نماز یا دیگر واجبات عبادی مجازات کرده باشد. حداقل اجماع عملی در حال حاضر، وجود



دارد که با هر گناهی نمی شود به صورت جرم برخورد نمود. البته از لحاظ نظری نیز برخی از حقوقدانان اسلامی بدین مسأله تصریح کرده اند که میان جرم و گناه رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد؛ یعنی هر جرمی گناه نبوده و هر گناهی نیز جرم نیست (گرجی، ۱۳۶۵: ۱، ۲۸۶). مسلماً معیاری که محیط و دائره تساهل را در این خصوص معین میکند مصلحت سنجی مدیران جامعه اسلامی است. در نتیجه عدم تساوی گناه و جرم گواه بر انعطاف پذیری در جرم انگاری است.

## ۶-۱. عدم جرم انگاری برانحرافات

ششمین جهتی که جرم انگاری در سیاست کیفری اسلام مبتنی بر قاعده‌ی سمحه و سهله است، عدم جرم انگاری انحراف است. چون انحراف از دیدگاه دین عبارت است از گناه و معصیت<sup>۱</sup>. گناه و معصیت مساوی جرم نیست. از دیدگاه جامعه‌شناختی نیز جرم انگاری نشده است، چون انحراف از این دیدگاه عبارت است از «رفتار فردی یا گروهی که با الگوها و هنجارهای جامعه انطباق ندارد». (شیخاوندی، داور، / ۱۳۷۳ / ۳۷) یا: «رفتار شکننده هنجار». (سلیمی، داور، ۱۳۸۰، / ۲۲۲)، یا انحراف عبارت است از «رفتار ناسازگار و غیر منطبق با انتظارات جامعه یا یکی از گروههای مشخص درون آن» (آونن، ۱۳۷۲ / ۱ / ۲۱۵). از نظر رابرت مرتن، جامعه‌شناس آمریکایی، هر جامعه‌ای هدف و راه‌های رسیدن به هدف دارند، انحراف، مخالفت با هدف یا راه‌های هدف یا مخالف با هر دو است، از نظر او چهار نوع انحراف داریم: ۱- کجرو، در عین پذیرش هدف‌های اجتماعی، اما برای رسیدن به آن‌ها از وسایل غیرمقبول در نزد جامعه استفاده می‌کند. ۱- کجرو، هدف‌های مقبول جامعه را نمی‌پذیرد، اما برای رسیدن به مقاصد خود از وسایل مقبول جامعه استفاده می‌کند. در این مورد، افراد می‌کوشند وارد بدنه قدرت شوند و از راه‌های قانونی به مقصود خود برسند. ۳- کجرو، هدف‌های مقبول جامعه و وسایل صحیح رسیدن به آن‌ها را نفی می‌کند. در این مورد معمولاً آنان منزوی می‌شوند. ۴- کجرو، هدف‌ها و وسایل مقبول جامعه را رد می‌کند و هدف‌ها و وسایل مقبول خویش را مطرح می‌کند. نام این چهار شیوه، به ترتیب عبارت است از: نوآوری؛ مناسک‌گرایی؛ انزواطلبی؛ شورش. (تمیم نیوز، پایگاه خبری تحلیلی، سایت [www.temimkheber.ir](http://www.temimkheber.ir) تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۴/۲۷)

<sup>۱</sup> - سید موسی صدر پژوهشهای قرآنی ۱۳۸۳ شماره ۳۷ و ۳۸ ویژه نامه قرآن و آسیب‌های اجتماعی

البته از دیدگاه حقوق انحراف جرم‌انگاری شده است چون انحراف عبارت است «عملی که به وسیله قانون منع شده و مرتکب آن طبق قانون کیفر می‌بیند». (شیخ‌آوندی، ۱۳۷۳، / ۰۴۸). مرز میان جرم و انحراف را قانونگذار تعیین میکند، بدین معنی که هر گاه برای برخورد با عمل ناهنجاری مجازات در نظر گرفته شود، آن را جرم می‌نامیم. چنین حد فاصلی میان جرم و انحراف امری اعتباری و نسبی است.

برخورد با انحراف را به طور کلی به دو صورت می‌توان ترسیم نمود.

۱- با جرم‌انگاری عمل انحرافی، قانوناً بر انحراف لباس جرم می‌پوشانیم و آنرا به حیطه سیاست کیفری سوق می‌دهیم.

۲- با حفظ عنوان انحراف و بدون جرم‌انگاری از راهکارهای اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی برای مقابله با آن استفاده می‌کنیم. البته نظریه «پنجره‌های شکسته» راه حل سومی را نیز پیشنهاد میکند که برخورد پلیس از طرق غیر رسمی و فراقانونی است (ویلسون، ۱۳۸۲: ۱۸۴) که طبعاً برخورداری غیر مسامحی است و خود، مبنای سیاست تسامح صفر قرار گرفته است.

در سیاست کیفری اسلام روش دوم مورد پذیرش واقع شده است، چون بر اساس قواعد سه‌گانه جرم‌انگاری (احساس ضرورت، مقبولیت و فائده‌مندی) انحرافات جرم‌انگاری نشده است، چون نه مقتضای قاعده سهله و سمحه است و نه مقتضایی هیچ‌یکی از قواعد جرم‌انگاری و نه مقتضای مصلحت، لذا با این پدیده از طریق راهکارهای اجتماعی و فرهنگی واقتصادی مقابله شده است.

در نتیجه با توجه به جهات ذکر شده از جمله عدم جرم‌انگاری انحراف، ثابت می‌شود که امور دینی از جمله جرم‌انگاری بر سهولت و انعطاف‌پذیری استوار است بنابراین دیکتاتوری در این سیاست راه ندارد.

### ج) عدم تعارض جرم‌انگاریهای سخت با قاعده‌ی سهله و سمحه

ممکن است اشکال شود که جرم‌انگاری‌های سخت، از قبیل مجازات زنا، محصنه، مجازات محارب، حدّ لواط؛ و... با قاعده‌ی سهله و سمحه در جرم‌انگاری، منافات دارد.

اما با توجه به قواعد حاکم در جرم‌انگاری از قبیل ضرورت، اولویت و فائده‌مندی این اشکال وارد نیست، چون ضرورت اقتضا می‌کند که چنین رفتارهای زیان‌بار، مجازات شدید داشته



باشد، ارتداد ستون نظام اسلامی را که توحید، نبوت معاد باشد، متزلزل می کند، باید با اشد مجازات از بین برود. با زناى محصنه نسل اختلال پیدا می کند، جامعه‌ی سالم از بین می رود. با محاربه و افساد فی الارض، نظام اسلامی در معرض خطر قرار می گیرد. درعین این که مجازات سنگین به تناسب جرایم سنگین است، کیفردهی در سیاست کیفری اسلام، تابع مصالح و مفاسد است، حاکم اسلامی اگر احساس کند چنین کیفر دهی های سخت بر مصلحت نیست، چنین مجازات ها، به فعلیت نمی رسد؛ چنانچه در فقه موارد داریم که اجرا و کیفر دهی تابع مقتضای زمان و مکان بوده است، از جمله اجرا نشدن حدّ سرقت، در سال قحطی (مغنیه، ۱۴۱۲، ۶/ ۲۸۵) به عقیده‌ی برخی از فقهای شیعه سارق در سال قحطی دستش مطلقاً قطع نمی شود، چه مضطر باشد یا نباشد (طوسی، ۱۴۰۷/ ۵، ۴۳۲) اجرای احکام برای دست یابی به مصالح است (معرفت ۱۳۷۷ ش، ۱۷۰/ در صورتی که اجرای حکم سبب ایجاد مفسده شود مصلحت خود را فعلاً از دست می دهد و به مرحله‌ی فعلیت نمی رسد، چنانچه امیر المؤمنین علی علیه السلام علت اجرای حد لواط را از طریق آتش زدن، عدم ترس عرب از قتل به صورت عادی بیان کرده است، اجرای قتل به شیوه‌ی معمول اثر خود را از دست داده است، مصلحت در آتش زدن است (فان العرب لا تری القتل شیئاً (برقی، ۱۳۷۱، ۵/ ۴۳۲) دیدگاه مرحوم امام خمینی (ره) در پاسخ این که چرا سنگسار انجام نشود؟ این است که اجرای سنگسار فعلاً صلاح نیست، ما دشمنان زیاد داریم که علیه ما تبلیغات می کنند و با عمل خود نباید موجبات تبلیغات دشمن را فراهم کنیم ... اصلاً در داد گاه اقدامی انجام نگیرد تا جرائمی که حدود الهی در آنها معین شده است ثابت گردد (جمعی از نویسندگان، نامه مفید، شماره ۲۳، دانشگاه مفید، پایز ۱۳۷۹ ش) « اجرای مجازات رجم در بعضی از شرایط و زمان ها ممکن نمی باشد و دارای مفاسد عظیمی می گردد » (مکارم ۱۴۱۸ / ۱ / ۳۷۴ - ۳۷۳) « اجرای هر حکمی که موجب وهن اسلام گردد، حرام می باشد » (جمعی از نویسندگان، همان، ۷۲ / در چنین مواردی که اجرای مجازات سخت، موجب وهن اسلام می گردد بر اساس انعطاف پذیری سیاست کیفری اسلام چنین مجازات سخت اجرا نمی شود یا تبدیل به مجازات متناسب می گردد. در سیاست کیفری اسلام اجرای کیفر دهی و اجرای مجازات، بر اساس مقتضای زمان، به تأخیر افتاده است از جمله موارد ذیل.

الف) در مورد مجرم بیمار، تا رفع بیماری، کیفردهی به تأخیر می افتد. (حلی ۱۴۱۱/ ۱۸۵. حرّ عاملی، ۱۴۰۹ / ۲۸ / ۲۹) مگر امیدی به بهبودی نباشد، یا این که قاضی تعجیل در اجرا را



مصلحت بدانند، که در این صورت مجازات به صورت ضغث و یک دسته از چوب های نازک مشتمل بر عدد معین، یک بار بر او زده می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ / ۹ / ۱۱۵، گلپایگانی، ۱۴۱۲ / ۱ / ۳۷۸) مرحوم شیخ طوسی در خلاف فرموده است این کیفر بیماری است که از بهبودی او نا امید شده اند (طوسی، ۳/۱۴۱۶، ۱۸۰/۱) به دلیل روایت یحیی بن عبّاد مکی که سفیان ثوری از یحیی بن عباد می خواهد که از امام صادق (ع) سؤال کند در مورد مرد مریضی که مرتکب زنا شده است، چه کنیم؟ اگر حد بر او جاری شود می میرد؟ امام فرمود: رسول خدا در چنین موردی امر کرد که اجرای حد بصورت ضغث صورت گیرد.<sup>۱</sup> این روایت از حیث سند مجهول است اعتبار ندارد (مجلسی دوم، ۲۳ / ۱۴۰۴ / ۳۷۸) ولی شهرت عملی موجب جبران ضعف سند است.

ب) حد در سرزمین دشمن، به تأخیر می افتد، در صورتی که خوف الحاق مجرم به دشمن وجود داشته باشد، به دلیل روایت ابی مریم: بر اساس این روایت امیر المؤمنین علی علیه فرموده است که بر هیچ کس در سرزمین دشمن حد اجرا نمی شود. (کلینی، ۱۴۲۹ / ۱۴ / ۱۲۷).

ج) از موارد تأخیر پناهنده شدن در مکه می مکرّمه است، به دلیل روایت حلبی: بر اساس این روایت حلبی از امام صادق (ع) نقل کرده است که فرموده است: وقتی کسی در خارج حرم مرتکب جنایت شود، فرار کند داخل حرم پناهنده شود کسی نمی تواند او را دستگیر کند، بلکه تحریمش کند تا خارج شود سپس دستگیرش کند. (حرّ عاملی، ۱۴۰۳ / ۱۴ / ۲۸ / ۵۹ / گلپایگانی، ۱۴۱۲ / ۱ / ۳۹۵)

در حین اجرا، هوا خیل گرم یا خیل سرد نباشد والا به تأخیر افتد (حرّ عاملی، ۱۴۰۳ / ۲۲ / ۲۸) در زمان استحاضه حد جاری نمی شود، به تأخیر می افتد. (حلی، علامه، ۱۴۱۰ / ۲ / ۱۷۴). اینها نمونه مواردی است که کیفر کذاری بر مبنای سماحت و انعطاف پذیری صورت گرفته است.

<sup>۱</sup> - محمد بن یعقوب کلینی، الکافی (ط - الإسلامیة)، ج ۷، ص ۲۴۳ و ۲۴۴. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ وَ مُحَمَّدَ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَرِيْعٍ عَنْ حَنَانِ بْنِ سَدِيرٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبَّادِ الْمَكِّيِّ قَالَ: قَالَ لِي سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ إِنِّي أَرَى لَكَ مِنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ مَثَلَةَ فَسَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ رَنَى وَ هُوَ مَرِيضٌ إِنْ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحُدُّ مَا تَأْتِي فِيهِ فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ تَلْقَاءِ نَفْسِكَ أَوْ قَالَ لَكَ إِنْسَانٌ أَنْ تَسْأَلَنِي عَنْهَا فَقُلْتُ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ سَأَلَنِي أَنْ أَسْأَلَكَ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص أَتَى بِرَجُلٍ أَحْتَبَنَ مُسْتَشْقِيَّ الْبَطْنِ قَدْ بَدَتْ عُرُوقُ فَحَذَّيْهِ وَ قَدْ رَنَى بِامْرَأَةٍ مَرِيضَةٍ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ص بِعَدْقِ فِيهِ مِائَةَ شِمْرَاحٍ فَضَرَبَ بِهِ الرَّجُلُ ضَرْبَةً وَ ضَرَبَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ ضَرْبَةً ثُمَّ خَلَى سَبِيلَهُمَا ثُمَّ قَرَأَ هَذِهِ الْآيَةَ - وَ خُذْ بِيَدِكَ ضِعْفًا فَأَضْرِبْ بِهِ وَ لَا تَحْتَنُ.

در نتیجه، قاعده‌ی سهولت و سماحت، مبنای جرم انگاری در سیاست کیفری است، مجازات سخت، از قبیل قتل، سنگسار، که مجازات محارب و مفسد فی الارض و... است با این قاعده، معارض نیست، چون سیاست کیفری اسلام همانطوری که در مقام کیفرگذاری و جعل قانون بر اساس مصلحت است، در مقام کیفردهی و اجرا نیز بر اساس مصلحت است، اگر مصلحت اقتضا کرد، کیفر های سخت اجرا می شود و اگر مقتضای زمان و مکان نبود، مجازات سخت اجرا نمی شود یا تبدیل به مجازات دیگر می شود، چون بر اساس قاعده‌ی سهله و سمحه سیاست کیفری اسلام انعطاف پذیر است، هدف کلی از ایجاد نظم و امنیت، اعتلای اسلام است، اگر کیفر گذاری، موجب وهن اسلام گردد، تا زمانی که این مانع بر طرف نشده است، از فعلیت می افتد اجرا نمی شود. چنانچه بر اساس نقش مصلحت و مقتضای زمان و مکان، در موارد اجرای حدّ به تأخیر می افتد.

#### د) تفاوت قاعده‌ی سهله و سمحه با تسامح غربی

توهم نشود که مفاد قاعده‌ی سمحه و سهله، همان تسامح و تساهل غربی است. چون تفاوت وجود دارد، تسامح و تساهل در لیبرالیسم از آبشخور نسبیت در معرفت و پلورالیسم و اومانیسم و سکولاریسم سیراب می شود، اما تسامح و تساهل در اسلام ناشی از مصلحت، مدارا و تسهیل بر بندگان و سازگاری با آنها است، و میان این دو دیدگاه تفاوت و فاصله بسیار است. تساهل و تسامح، اسلامی خمیرمایه دین اسلام را تشکیل می دهد اصل دین و برانگیخته شدن رسول اسلام (ص) برای اجرای آن بوده است. مسئله تساهل و تسامح در این دین کاملاً عقلانی است، به طور کامل تبیین شده و مبرهن است؛

تساهل و تسامح غربی به معنای عدم مداخله در عقاید و رفتار دیگران است. بر اساس این دیدگاه، انسان مادامی که آسیب به دیگران نرساند، می تواند هر عقیده و رفتاری داشته باشد، به تعبیر دیگر: جامعه حق کنترل رفتار فرد نسبت به دیگران را دارند، اما حق کنترل عقیده و رفتارش را نسبت به خودش ندارند. بر این اساس، کارهایی مثل خودکشی، اعتیاد، فساد اخلاقی مادامی که ضرری برای دیگران نداشته باشد، باید مورد تساهل قرار گیرد (غلام حسین خدردی مطالعاتی تقریب مذاهب اسلامی، دوره دهم، ش ۳۹، بهار ۱۳۹۴)

در حالی که تسامح و تساهل در فرهنگ اسلامی هم به معنای سهولت و مدارا نسبت به تکالیف است و هم به معنای افزایش آستانه تحمل است، انسان ها در موارد اختلافی مانند



اختلاف در عقیده و روش باید بگونه ای عمل کنند که موجب درگیری و تفرقه نشود و جامعه را گرفتار بحران نساخته و انسجام و وحدت اجتماعی را تضعیف نکند. از این رو اسلام خواهان تسامح و تساهل در رفتارهای اجتماعی نسبت به دیگران است، نه این که نسبت به رفتار مربوط به خودش بی توجه باشد، رفتارش باید درست باشد، در منطق اسلام، مبنای درستی رفتار (اعم از این که مربوط به خود صاحب رفتار باشد یا مربوط به دیگران) موافقت و مطابقت آن با حق است نباید رفتار کسی بر خلاف مصلحت خودش و دیگران باشد، هر فرد به منزله‌ی همه‌ی انسان هاست، دیگران باید مواظب رفتار صاحب رفتار باشد، هیچ کس نباید نسبت به عقاید و رفتار دیگران بی تفاوت باشد، امر به معروف و نهی از منکر در اسلام بیانگر همین واقعیت است، هر فرد وظیفه دارد تا دیگران را به انجام معروف و ادا سازد و از انجام منکر بازدارد، ازین رو، اصل امر به معروف و نهی از منکر، عین مداخله و حساسیت نشان دادن نسبت به عقاید و رفتار دیگران است و با تساهل در معنای غریبی هیچ سازگاری ندارد.

در نتیجه تساهل و تسامح که از حدیث سمحه و سهله به دست می آید، به این معنا است که اسلام دینی است که انجام فرمان‌ها و احکام آن آسان است و خداوند، در مرحله‌ی تشریح احکام و قانون گذاری، به مردم آسان گرفته است و احکام اسلامی را به گونه‌ی وضع نکرده است که بندگان دچار مشکلات غیرقابل تحمل شوند، به عنوان نمونه خداوند، تیمم را تشریح کرده است تا اگر وضو گرفتن و استفاده از آب به هر دلیلی برای انسان ضرر دارد، از بروز آن جلوگیری شود، همچنین جرم انگاری باید به نحوی باشد که سبب وهن اسلام نشود، جرم انگاری‌های سخت از قبیل قتل، سنگسار و... که به تناسب شدت جرم وضع شده است، تا زمان قابل اجرا است که موجب عسر و حرج نشود و الا هر حکمی که موجب عسر و حرج شود، بر اساس مصلحت به فعلیت نمی رسد؛ چنانچه خدای تعالی فرموده است: «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج/۷۸) که مؤید حدیث سمحه و سهله و تسامح و تساهل به این معنایی که بیان شد، می باشد.

### نتیجه گیری

از تحقیق در مورد جایگاه قاعده سهله و سمحه در جرم انگاری، نتایج ذیل به دست می آید.

الف) کارد کرد قاعده سهله و سمحه در جرم انگاری، اثبات انعطاف پذیری و پایداری آن در همه زمانها و مکان‌ها و جوامع بشری است، چون بر اساس آیات، روایات، عقل و بنای



عقلا، اصل دین مبتنی بر انعطاف و مدارا استوار است زمامداران اسلامی موظف به رفتار همراه با تساهل و تسامح است، به جهت مدارا در جرم انگاری گناه و معصیت، مساوی جرم نیست، انحرافات از دایره جرم انگاری خارج است. بدین جهات است که جرم انگاری شرعی در سیاست کیفری اسلام مستقیماً مبتنی بر قاعده‌ی سمحه و سهله است، شارع مقدس حدود، قصاص و تعزیرات شرعی را از راه شرایط تحقق جرم و ادله‌ی اثبات جرم، بر اساس اصل سهولت و سماحت، جرم انگاری نموده است؛ در جرم انگاری عرفی، نظام‌های پارلمانی، مبنای شان در جرم انگاری، فتاوی‌ی هستند که مبتنی بر قاعده‌ی سمحه و سهله است، چنین فتوای همراه با نظریات کارشناسان علوم اجتماعی روانشناسی، جرم شناسی و... مبنای جرم انگاری قرار می‌گیرد. در نتیجه جرم انگاری همراه با انعطاف پذیری و مدارا مهم ترین آثارش کیفرزدایی و دفع اتهام خشونت و اقتدارگرایی تام از سیاست کیفری است.

ب) جرم انگاری بر اساس قاعده سهله و سمحه، منافات با جرم انگاری‌های سنگین از قبیل قتل، جرح، قطع اعضا، سنگسار و... در سیاست کیفری ندارد، چون اولاً این گونه جرم انگاری تأسیسی و تشریحی نیست، بلکه امضایی است، در صدر اسلام بین عقلا چنین جرم انگاری مورد تأیید بود، اسلام چنین بنایی را امضا کرد تا زمانی این امضا باقی است که مورد تأیید بنای عقلای جامعه زمان ما باشد.<sup>۱</sup> ثانیاً جرم انگاری بر اساس معیارهای از قبیل احساس ضرورت، مقبولیت در میان جامعه، فائده مندی، تناسب جرم و مجازات است، در قبال جرم‌های سنگین از قبیل ارتداد، زانی محصن و محصنه فساد فی الارض، جرم انگاری طبق همین معیارها است، مرتد اصول و پایه‌های اساسی دین جامعه را متزلزل می‌کند باید از بین برود زانی و زانیه محصن و محصنه نسل جامعه را آلوده می‌کند باید به اشد مجازات برسد، مفسد فی الارض، امنیت حکومت و جامعه را از بین می‌برد، باید از بین برود. از طرفی از معیارهای کیفر دهی رعایت مصلحت است، زمانی چنین جرم انگاری به فعلیت

<sup>۱</sup> - جهت مطالعه بیشتر روع شود به محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۱، ص ۶، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ دوازدهم سایت پایگاه اطلاع رسانی آیت الله العظمی مکارم شیرازی makarm.ir تاریخ دریافت ۱۴۰۲/۸/۳ جمعی از نویسندگان زیر نظر هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیم السلام ۱/۶۶۳، مؤسسه فقه اهل بیت (ع) ۱۴۲۶ق. مسعود فیاضی، ماهیت حکم امضایی، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهارم هفتم، ش ۱۰۲، پایز ۱۳۹۴، ص ۱۰۹-۱۲۹

می رسد و قابل اجرا است که مقتضای مصلحت باشد و الا اجرا نمی شود، تبدیل به مجازات دیگر می شود.

ج) تسامح و تساهل که از قاعده سهله و سمحه به دست می آید، غیر از تسامح و تساهل غربی است که معیار در جرم انگاری را ضرر به غیر می داند، رفتار نسبت به خود صاحب رفتار، مورد تسامح قرار گرفته است هر نوع رفتار و افکاری نسبت به خود می تواند داشته باشد از نظر قانون گذار ممنوعیت ندارد. در حالی که معیار در تعیین سهولت، مصلحت واقعی انسان است، رفتاری مخالف واقع و مصلحت، جرم است هر چند خلاف مصلحت خود مجرم باشد، معیار تنها ضرر نسبت به دیگران نیست، تا خود صاحب رفتار در هر نوع رفتار و افکاری نسبت به خود آزاد باشد، جرم نباشد و مجازات نشود، نهاد امر به معروف و نهی از منکر در سیاست کیفری بیانگر همین واقعیت است.



۱. آمدی، عبدالواحد، شرح غررالحکم ودررالکلم، ۱۳۷۳، تهران، دانشگاه تهران.
۲. آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۷ هـ ق.
۳. ابن ادریس، محمد، سرائر در سلسله ینابیع الفقهیه، 1410 ق، بیروت الدار الاسلامیه.
۴. ابن ابی جمهور، عوالی اللئالی، العزیزیه فی الاحادیث الدینیّه، قم، دار السیدالشهداء، اول، ۱۴۰۵.
۵. ابن فهد، حلّی، المذهب البارع، ۱۴۱۱ ق، قم، جامعه مدرسین.
۶. ابن قدامة المقدسی، المغنی، بی تا، بیروت، دارالکتب العربیة
۷. احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغه، ۱۴۱۰ م، لبنان، الدار الاسلامیه.
۸. احمد اردبیلی، زبدة البیان (بی تا، وبی جا)
۹. مجمع الفائده، ۱۴۰۳ق، بی جا
۱۰. أحمد بن حنبل، مسند، مؤسسة الرسالة، الطبعة : الثانية ۱۴۲۰هـ، ۱۹۹۹م بی جا.
۱۱. استرآبادی محمد امین، فوائدالمدینیّه، ۱۴۲۶ق بی جا،
۱۲. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۷ هـ ق
۱۳. بجنوردی، سیدمحمدحسن، قواعد فقهیه، ۱۴۱۷، قم، بی جا.
۱۴. بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح بخاری، ۱۴۰۱ ق، بیروت، دارالفکر
۱۵. برقی، ابو جعفر، احمد بن محمد بن خالد، المحاسن (للبرقی)، دار الکتب الإسلامیة، قم، ایران، دوم، ۱۳۷۱
۱۶. تبریزی، جواد بن علی، أسس الحدود والتعزیرات، در یک جلد، دفتر مؤلف، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ هـ ق
۱۷. جزائری سید نعمة الله، کشف الاسرار فی شرح الاستبصار، ۱۴۰۸ق بی جا
۱۸. جمعی از نویسندگان، نامه مفید، شماره ۲۳، دانشگاه مفید، پایز ۱۳۷۹ش.
۱۹. جوادی آملی، عبد الله، تسنیم، نشر اسراء قم، نوبت اول، بهمین ۱۳۸۶ ش
۲۰. حرّ عاملی محمد حسن، فواید الطوسیّه، ۱۴۰۳ق، بی جا
۲۱. حسینی سید صادق، «ولایت فقیه و فقه پویا در استنباط احکام، مجموعه آثار کنگره





۲۲. حلی، جمال الدین، مختلف الشیعه، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق،
۲۳. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة) مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۴ هـ ق
۲۴. تبصرة المتعلمين في أحكام الدين يك جلد، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ وارشاد اسلامی، تهران - ایران، اول، ۱۴۱۱ هـ ق
۲۵. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ هـ ق
۲۶. خمینی، سیدروح الله، تحرير الوسیله، تهران، انتشارات قدس محمدی، ششم، ۱۳۶۶ ش.
۲۷. خوانساری، محمدباقر (امیرکبیر)، منافع المعارف یا فرهنگ عقاید شیعه، میر سیداحمد روضاتی، ۱۳۹۲ ق.
۲۸. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۵ هـ
۲۹. دهقان، حمید، تأثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، قم، انتشارات مدین، ۱۳۸۸ ش.
۳۰. رضی، سیدشریف، حقایق التأویل فی متشابه التنزیل، بیروت، دارالمهاجر، ششم، بی تا.
۳۱. سلیمی، علی؛ داوری، محمد، جامعه شناسی کجروی، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۰،
۳۲. شیخاوندی، داور، جامعه شناسی انحرافات، تهران، نشر مرنديز، / ۱۳۷۳
۳۳. عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، اول قم. مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ .
۳۴. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - کلاتر)، کتابفروشی داوری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ هـ ق
۳۵. \_\_\_\_\_؛ رسائل الشهيد الثاني (ط - الحدیثة)، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۱ هـ ق
۳۶. عبد الفتاح، عزّت، جرم چیست و معیارهای جرم انگاری کدامند؟ مجله قضایی و حقوقی، شماره ۴۱، ۱۳۸۱.
۳۷. عنایت حمید، سیاست ارسطو، مترجم، سهامی کتاب های جیبی، چ دوم، تهران، ۱۳۴۹ مجله پژوهش های قرآنی، شماره ۱۱-۱۲ ص ۱۷۷)
۳۸. عوده، عبدالقادر، حقوق جنائی اسلام، چ ۱، مشهد بنیاد پژوهشهای استان قدس رضوی، ۱۳۷۳ ش.
۳۹. جلال الدین سیوطی، عبد الرحمن بن ابی بکر، الدر المنثور في التأویل بالمأثور، بی تا و بی جا، الشاملة



۴۰. فاضل تونی عبدالله اجتهاد والتقليد، ۱۴۱۵ بی جا )
۴۱. قمی، صدوق، محمّد بن علی بن بابویه، من لا يحضره الفقيه، ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۳ هـ ق
۴۲. صافی، لطف الله، التعزیر، انواعه وملحقاته/۱۳۹، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ (ق)
۴۳. طاهره اسد اللهی، جایگاه تساهل و تسامح در قوانین حقوقی، اجتماعی اسلام (مقاله علمی وزارت علوم، قیسات ۱۳۸۳ شماره ۳۲
۴۴. طبرسی، احمد بن علی، الاحتجاج، بی تا، بیروت، دارالنعمان .
۴۵. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، المكتبة المرتضویة، ۱۴۱۶ق.
۴۶. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ ق، چهارم، تهران.
۴۷. \_\_\_\_\_؛ کتاب الخلاف، قم، دارالکتب العلمیه، بی تا، ج ۳.
۴۸. \_\_\_\_\_؛ الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ایران، اول، ۱۳۹۰ هـ ق
۴۹. \_\_\_\_\_؛ تهذیب الأحکام، دار الکتب الإسلامیة، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ ق
۵۰. فصلنامه علمی و پژوهشی انجمن معارف اسلامی ایران سال دوم تابستان ۱۳۸۵، شماره ۳.
۵۱. فیروزآبادی محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ ق،
۵۲. فیض علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای اسلام ۱/۷۹-۷۳/۱، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۶ش
۵۳. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران، موسسه کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۵۴. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵ش
۵۵. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، الدر المنضود فی أحكام الحدود، دار القرآن الکریم، قم ایران، اول، ۱۴۱۲ هـ ق
۵۶. گیلانی، شفتی، سید محمد باقر، مقالة فی تحقیق إقامة الحدود فی هذه الأعصار، در یک جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۷ هـ ق
۵۷. مجله فقه دوره ۱۱، شماره ۳۹، بهار.
۵۸. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - الإسلامیة)، دار الکتب الإسلامیة، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ ق



۵۹. مجلسی اول، محمد تقی، روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه، مؤسسه فرهنگي اسلامي قم - ايران، دوم، ۱۴۰۶ هـ ق
۶۰. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، دار الكتب الإسلامية، تهران - ايران، دوم، ۱۴۰۴ هـ ق
۶۱. محمد، معین، فرهنگ معین، تهران مؤسسه انتشارات امیر کبیر، سال ۱۳۶۰ ش
۶۲. مطهری، مرتضی، مجموعه آثار، چاپ هشتم، انتشارات صدرا، ۱۳۷۸ ش.
۶۳. مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ۶ جلد، مؤسسه انصاریان، قم - ايران، دوم، ۱۴۲۱ هـ ق
۶۴. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه، قم مدرسه امام علی بن ابی طالب، (۱۴۱۸ ق)
۶۵. موسوی رکنی، سیدعلی اصغر، «ارتداد از دیدگاه مکتب فقهی»، مجله پژوهش های علوم انسانی، ش سوم، دوره اول، ۱۳۷۹ ش.
۶۶. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ش ۱۳۶۷.
۶۷. نشریه حوزه / آذر و دی ۱۳۷۱ دوره نهم، شماره ۵۳.
۶۸. الهندی، علاء الدین علی بن حسام الدین المتقی، کنزالعرفان فی السنن والاقوال الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة الخامسة، ۱۴۰۱هـ/۱۹۸۱م
۶۹. ویلسون، جیمز کیو، جرح ال کلینگ، پنجره های شکسته، مترجم محمد صادری توحید خانه، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۴۳ سال ۱۳۸۲.



# اصل صلاحیت جهانی در حقوق جزای بین الملل و کود جزای افغانستان

عبدالکریم اسکندری\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۲/۱۵

## چکیده

از مباحث اساسی در حوزه حقوق جزای بین الملل، اصل صلاحیت‌ها است که به لحاظ قلمرو مکانی و فزاتر از آن به صلاحیت‌های سرزمینی، شخصی، حمایتی و جهانی تقسیم می‌گردد. اصل صلاحیت جهانی با توجه به تکمیلی بودن صلاحیت دیوان جزای بین الملل، در راستای تعقیب و محاکمه جنایتکاران بین المللی و حفاظت از نظم و امنیت کشورها در سطح داخلی و بین المللی برای محاکم ملی دولت‌ها تاسیس شده است. به موجب این اصل تمامی کشورها حق محاکمه جنایتکاران بین المللی را دارد و با توجه به فرعی بودن آن با شرایط خاص و در صورت نبود سایر صلاحیت‌ها، توسط محاکم داخلی دولت‌ها قابل تطبیق است. در این پژوهش تلاش بر این است که با روش کتابخانه‌ای به بررسی صلاحیت جهانی، مبانی و شرایط اجرای آن از منظر اسناد بین المللی و حقوق جزای افغانستان پرداخته و این اصل مورد توصیف و بررسی قرار گیرد. پذیرش این اصل همانند عضویت در اساسنامه رم اختیاری بوده و به همین دلیل رویه واحدی از سوی کشورها در زمینه پذیرش و جرایم تحت شمول این صلاحیت وجود ندارد و لذا در مقام تطبیق با چالش‌های حقوقی و غیر حقوقی مواجهه است اما در مجموع نمونه‌های عملی این اصل حاکی از کارکرد موثر آن در زمینه مبارزه با جرایم بین المللی به ویژه برای کشورهای ضعیف است. **واژگان کلیدی:** صلاحیت جهانی، جزای بین الملل، مبانی، قلمرو، شرایط اجرا، موانع.

---

دکتر حقوق جرم و جرم‌شناسی، کدر علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خاتم النبیین (ص) \*

از مباحث مهم حقوق جزای بین‌الملل، موضوع صلاحیت‌هاست که برخی از آن تعبیر به «قلمرو نصوص حقوق جزا در زمان» می‌نماید. صلاحیت و یاشایستگی محاکم کشورها نسبت به رسیدگی مسایل کیفری از منظرهای متفاوتی تقسیم بندی شده است. از لحاظ مقام تطبیق‌کننده و ارتباط آن‌ها با یک دیگر به صلاحیت‌های تقنینی، قضایی و اجرایی طبقه بندی گردیده است و به لحاظ قلمرو به صلاحیت‌های سرزمینی، شخصی مثبت و یا منفی، و صلاحیت حمایتی و یا به تعبیر دیگر صلاحیت واقعی تقسیم شده است. اما یکی از انواع مهم و موثر صلاحیت‌ها به خصوص در راستایی جلوگیری از جرایم بین‌المللی و تأمین عدالت اجتماعی، صلاحیت جهانی است. این نوع از صلاحیت بر مبنایی نوع جرم و مکان دستگیری مجرم تاسیس شده است. هریک از صلاحیت‌های گفته شده نیازمند بحث و بررسی مستقل است، اما این تحقیق تلاش دارد صلاحیت جهانی را در پرتو معاهدات بین‌المللی و حقوق جزای افغانستان کنکاش نموده، جرایم تحت شمول صلاحیت جهانی، مبانی، شرایط اجرا و موانع آن را به بحث بگیرد. سوال اساسی این است که با وجود تکمیلی بودن صلاحیت دیوان دایمی جزای بین‌الملل چه راهکارهای جهت محاکمه جنایتکاران بین‌المللی وجود دارد و با چه تدابیری ملت‌ها می‌توانند از بی مجازات ماندن مجرمان بین‌المللی جلوگیری نمایند؟

فرضیه تکمیلی بودن صلاحیت دیوان جزای بین‌الملل، بیانگر این واقعیت است که تعقیب جرائم بین‌المللی، توسط محکمه مانند I.C.C، ممکن است به تنهایی برای تحقق عدالت کافی نباشد و اقدام محاکم ملی از طریق اعطای صلاحیت جهانی در خاتمه بخشیدن به بی مجازات ماندن جنایتکاران بین‌المللی از چنان اهمیتی برخوردار است که نباید از آن چشم پوشید. از طرف دیگر به رسمیت شناختن اصل صلاحیت جهانی دادگاه‌های ملی تأثیری عمیق در تشویق دولت‌ها به عضویت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی دارد، چرا که چنین عضویتی به هیچ وجه نافی صلاحیت مراجع قضائی ایشان در مقابله با جرائم بین‌المللی نخواهد بود، از همین رو در پژوهش حاضر سعی بر آن است که صلاحیت جهانی تعریف، مبانی نظری، قلمرو موضوعی، شرایط اجرا و موانع آن بررسی گردد.





## ۱. تعریف صلاحیت جهانی و سابقه آن

در این بخش در آغاز به سابقه صلاحیت جهانی و سپس به تعریف آن پرداخته می‌شود.

### پیدایش صلاحیت جهانی

مطالعه تاریخ حقوق جزای بین الملل، حاکی از آن است که مفهومی شبیه صلاحیت جهانی در مورد دزدی دریایی و تجارت برده، ریشه در عرف بین المللی دارد و بر اساس آن تمامی دولت‌ها می‌توانستند دزدان دریایی را بدون در نظر گرفتن ملیت آن‌ها دستگیر و مجازات نمایند؛ اما به طور رسمی اولین اقدامات صورت گرفته از سوی دولت‌ها برای ایجاد صلاحیت جهانی مربوط به قرون ۱۸ و ۱۹ میلادی می‌باشد. برخی از محققان در این مورد نوشته اند: صلاحیت جهانی، برای اولین بار در سال ۱۸۳۰ وارد قانون کیفری اتریش گردید. بر طبق این قانون قطع نظر از جرائم علیه امنیت و اعتبار مالی دولت که موضوع مقررات خاص است، صلاحیت قاضی اتریشی، ناظر بر همه جرائمی است که در کشوری دیگر توسط فرد بیگانه ای صورت گرفته باشد. با کمی تغییر، همین قاعده در قانون ۱۸۵۲ آن کشور نیز دیده می‌شود. این صلاحیت در آن‌جا جنبه‌ای کلی به خود می‌گیرد و تمام جرائمی را شامل می‌شود که عموم مردم از آن نفرت دارند و قانون کیفری همه کشورها، نیز مجازاتی برای آن‌ها مقرر داشته است. حتی این قانون، جرائمی کم اهمیت‌تر مانند دزدی همراه با کیفیات مشدده، فریبکاری و خیانت در امانت را هم در بر می‌گیرد. (حسینی نژاد، ۱۳۷۳، ۸۵)

سابقه صلاحیت جهانی در حقوق جزای افغانستان به سال ۱۳۹۶ و به زمان تدوین کودجزای افغانستان بر می‌گردد و پیش از آن در نظام حقوق جزای افغانستان پیش‌بینی نشده بود. قانون‌گذار افغانستان بر مبنای تعهدات بین‌المللی دولت افغانستان نسبت به کنوانسیون‌های بین‌المللی مبارزه با جنایات بین‌المللی و اساسنامه رم، اولین بار صلاحیت جهانی را در کود جزا پیش‌بینی و مقررات حاکم بر آن را بیان نمود که در بخش مربوطه توضیح بیشتر داده خواهد شد.

### ۱-۲. تعریف صلاحیت جهانی

صلاحیت جهانی در تعریف کلاسیک عبارت است از توسعه قلمرو حقوقی و قضائی یک کشور نسبت به اعمال ارتكابي که در مناطق خارج از قلمرو حاکمیت دولت‌ها واقع می‌شود. (آزمایش، ۱۳۸۱، ۵) مطابق این تعریف، تطبیق صلاحیت جهانی کشورها تنها



شامل جرایم بین المللی می‌شد که در خارج از قلمرو حاکمیت ملی مانند دریایی آزاد، هوا و فضا صورت می‌گرفت. در تعریف معاصر صلاحیت جهانی توسعه یافته است و فراتر از سه اصل صلاحیت سرزمینی، شخصی و واقعی است. دلیل این توسعه آن است که این سه اصل، جواب‌گویی نیازهای حقوق بین الملل کیفری نیست. «اصل صلاحیت جهانی به هر یک از کشورها اجازه تعقیب مجرمینی را می‌دهد که نه در قلمرو حاکمیت آن‌ها مرتکب جرم شده اند نه از اتباع آن‌ها هستند نه به منافع حیاتی و اساسی آن‌ها تجاوز کرده‌اند و نه علیه اتباع آن‌ها مرتکب جرم شده‌اند، تنها معیار مطرح برای اعمال صلاحیت در این مورد محل دستگیری مجرم است» (خالقی، ۱۳۸۱، صص ۴۷-۵۳) صلاحیت جهانی به این معنا است که محاکم ملی یک کشور بدون هیچ عنصر ارتباطی اعم از قلمرو، تابعیت یا منفعت دولت، اقدام به اعمال صلاحیت نمایند و لذا حقوق دانان معاصر اصل صلاحیت جهانی را این گونه تعریف کرده‌اند: توسعه صلاحیت اعمال قوانین جزای یک کشور در رسیدگی به جرایم بین المللی در موارد که هیچ یک از صلاحیت‌های دیگر قابل اعمال نیست. مثلاً اگر در دریای آزاد یکی از جرایم مهم بین المللی ارتكابی مانند دزدی دریایی، جرایم جنگی و... هر دولت که مجرم را در اختیار دارد نسبت به جرم رسیدگی می‌کند. این صلاحیت در مواردی قابل اعمال است که اولاً جرم از نوع بین المللی باشد و ثانیاً دیگر صلاحیت‌ها مصداق پیدا نکنند. (پوربافرانی، ۱۳۸۸، ۱۵۶) با توجه به تعریف جدید از اصل صلاحیت جهانی می‌توان گفت: صلاحیت جهانی در جای مطرح است که هیچ یک از صلاحیت‌های گفته شده قابل اجرا نباشد و محاکم ملی قادر به محاکمه جنایت‌کاران بین المللی نیستند و یا تمایل ندارند و برای این که هیچ مجرمی بدون مجازات باقی نماند محاکم دولت خارجی از طریق اعمال صلاحیت جهانی به تعقیب و محاکمه مرتکبان جرایم بین المللی پرداخته و بدین ترتیب نظم و امنیت بین المللی را محافظت می‌نمایند.

## ۲. مبانی اصل صلاحیت جهانی

برای اصل صلاحیت جهانی مبانی متعددی ذکر شده است. این مبانی عبارت از ضرورت جلوگیری از بدون مجازات ماندن مجرم، حفظ نظم عمومی کشور محل دستگیری مجرم و در نهایت حفظ نظم عمومی کشورهای جهان می‌باشد.

## ۲-۱. ضرورت جلوگیری از بی مجازات ماندن مجرم

یکی از اهداف مهم حقوق جزای بین الملل جلوگیری از بی مجازات ماندن مجرمین می باشد. از همین جهت است که اصول صلاحیت کیفری ایجاد گردیده است. در عین حال و علی رغم وجود این اصول و تلاش حقوق جزای بین الملل در جهت جلوگیری از بی مجازات ماندن مجرمین مواردی را می توان یافت که مجرمین به استناد هیچ یک از اصول پیش گفته قابل تعقیب و مجازات نبوده و در واقع از زیر بار مجازات فرار می کنند. به طور مثال هرگاه تعداد از دزدان دریایی که تابعیت هیچ کشوری را ندارند، در دریاها یا آزاد به یک کشتی تجاری متعلق به کشور «الف» حمله کرده و سرنشینان آن را به قتل رسانده و اموال آن را به غارت ببرند و پس از آن به کشور «ب» بروند، از یک سو دولت «ب» واجد صلاحیت برای تعقیب و مجازات مجرمین نیست؛ به این دلیل که نه جرم در قلمرو حاکمیت او اتفاق افتاده و نه مجرمین و قربانیان آن هیچ کدام از اتباع آن کشور نبوده و جرم هم علیه منافع اساسی و مهم او نمی باشد. لذا امکان اعمال هیچ کدام از اصول صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت مجرم، صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت مجنی علیه، صلاحیت سرزمینی و صلاحیت واقعی برای او وجود ندارد. از سوی دیگر ممکن است تقاضای دولت «الف» هم مبنی بر استرداد مجرمین، از طرف دولت «ب» بنا به دلایلی از جمله فقدان قرار داد استرداد مجرمین بین دو دولت رد شود. در این صورت و در موارد دیگری نظیر این مورد، مجرم یا مجرمین بدون مجازات مانده و حقوق جزای بین الملل هم به هدف خود نرسیده است. به همین دلیل جهت رفع این نقصان و پرکردن خلاء صلاحیتی است که اصل صلاحیت جهانی به وجود آمده است. (پوربافرانی، ۱۳۹۱، ۱۶۱) مطابق این اصل دولت محل دستگیری واجد صلاحیت برای تعقیب و مجازات مجرمین بوده و این نقص عمده هم مرتفع می گردد. بعلاوه اینکه این امر در راستای تحقق عدالت می باشد، چون عدالت مقتضی آن است که مجرمی بدون مجازات باقی نماند.

## ۲-۳. حفظ نظم عمومی کشور محل دستگیری

مطالعه سیر پیدایش اصل صلاحیت جهانی حاکی از آن است که این اصل، ابتدا در ایتالیا ایجاد و بین شهرهای آن جاری گردید. (حایری، ۱۳۸۲، ۱۹) در دوران قرون وسطی هم موافقت بر این محور استوار بوده که پاره ای از جرائم مهم را در همان محل دستگیری متهم



محاكمه کنند، به این نتیجه رسیده بودند که دزدی جرمی پیوسته و مستمر است، بدین طریق کسی که مالی را می دزدد هر جا که او را با این مال بیابند، حالت دزدی ادامه دارد و جرمی سنگین مانند قتل عمد به وجود قاتل متصل می شود و این جرم هر جا که نتایج زیان آور آن ظاهر شود به دنبال قاتل می رود و رسوایی که بی کیفر ماندن این جرم می آورد، یکی از این نتایج است. (حسینی نژاد، ۱۳۷۳، ۸۰) لذا حضور ارادی و آزادانه و فارغ از هرگونه رنج و مشقت مجرم، در کشوری دیگر که از محل وقوع جرم به آن جا پناه برده است، به نوعی نظم عمومی آن محل را مختل می کند. به قول برخی از مولفین، حضور مجرم بیگانه را که فارغ از کیفر در کشور دیگری از ثمره جرائم خود بهره می برد، باید نشانه ادبار و فلاکت دانست. جزا دادن چنین مجرمی در محل پناهگاه لازم تر است، تا در محل وقوع جرم. مسلماً در آن جا جرم مردم را به وحشت افکنده است ولی مجرم ناپدید شده است. خانه ساکت و متروک او شهادت می دهد که او در تبعید که نوعی کفاره است بسر می برد ولی در اینجا یعنی در کشور پناهگاه برعکس، مردم که از جرم او با خبر شده اند، یا هرزه گرای را می بینند که دستخوش پست ترین تمایلات خویش است یا خادمی که خانه مخدوم را دزدیده یا تجار که با تزویر، توانگر شده و اکنون آرامش و شاید هم در خوشی و فراوانی بسر می برد، اگر به جزای خود نرسد هم اعتماد مردم نسبت به عدالت جزای کمرنگ گردیده و هم موجب تشویش و اضطراب آنان خواهد شد. کیفر در شاهدان مستقیم جرم کمتر مفید است تا برای این شاهدانی که نتایج پیروزمندانه جرم را می بینند. اگر بخواهید که کیفر اثر عبرت انگیز جمعی را داشته باشد، باید در محل دستگیری اجرا شود. (پور بافرانی، ۱۳۸۵، ۱۶۸) گرچند برخی دیگر این نظریه را که می تواند به عنوان یکی از مبانی اصل صلاحیت جهانی به شمار آید، اغراق آمیز دانسته و برای تعدیل آن می گویند: «دولتی که مجرم را دستگیر می کند تاحدی که وجود این مجرم برای او زیان دارد او را کیفر می دهد و اگر تعقیب دولت از مجرم به منظور همکاری با حقوق کیفری بین المللی نباشد تعقیب در این شرایط نشانه ای از خود خواهی است.» (حسینی نژاد، ۱۳۸۷، ۸۰)

## ۲-۴. حفظ نظم عمومی بین المللی

برخی از جرایم هستند که مغل نظم عمومی بین المللی است و ارتباط به کشور یا کشور های خاصی ندارد. به گونه ای مثال؛ گفته شده است که دزدان دریایی دشمنان همه



بشریت به حساب می آیند. (پوربافرانی، ۱۳۹۱، ۱۶۳) علت آن هم این است که این جرائم اغلب بدون هیچ تبعیضی علیه کشتی‌ها و اتباع دولت‌های مختلف ارتکاب می‌یابند. برای دزدان دریایی هیچ تفاوتی ندارد که که کشتی‌ای را که مورد حمله قرار داده است، متعلق به کدام کشور است و سرنشینان تابعیت چه کشوری را دارد. از همین رو است که فرض می‌شود، آن‌ها دشمنان همه بشریت هستند. سایر جرائم بین‌المللی، جرائم مانند جنایت نسل‌کشی، جنایت تجاوز، جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی هم همین خصوصیت را دارند.

به این ترتیب با ارتکاب این جرائم و جرائم شدید و خشونت‌های دیگر از قبیل جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت، نه فقط نظم عمومی کشور خاصی، بلکه نظم عمومی بین‌المللی مختل می‌شود. لذا جهت جلوگیری از اختلال این نظم است که کشورهای مختلف باید علیه دشمن مشترک خود موضع گرفته و با آن مبارزه کنند. «این وظیفه کلیه ممالک است که با همکاری و معاضدت علیه دشمن مشترک خود جبهه گرفته و تمام مساعی خود را در مبارزه با آن به کار بندند.» (میرمیرانی، ۱۳۹۴، ۵۵) با این اوصاف که برای اخلال و نقض نظم عمومی بین‌المللی وجود دارد، می‌توان گفت یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین مبانی ایجاد اصل صلاحیت جهانی به شمار می‌آید. برای این منظور است که دولت‌ها از طریق قرار دادها و معاهده‌های چند جانبه متعهد می‌شوند که اگر یکی از این قبیل مجرمان در کشور آن‌ها دستگیر شد او را تعقیب و مجازات نمایند. اگر جرم دزدی دریایی را نقطه شروع ایجاد صلاحیت جهانی بدانیم، باید گفت که علت دشمنی جامعه با دزدان دریایی خطرناک بودن این مجرمین برای جامعه بین‌المللی و نه فقط متضررین از جرم بوده است. همانطوری که یکی از حقوق‌دانان می‌گوید: «حقوق بین‌الملل دیر زمانی است که بعضی از اعمال را به عنوان این‌که علی‌الخصوص برای جامعه بین‌المللی خطرناک هستند مورد توجه قرار داده است. از جمله این اعمال را می‌توان به غارت دریایی اشاره کرد که استفاده صلح‌جویانه از دریاها را مختل می‌کرد. یعنی صلح و آرامش موجود در خیابان‌های عمومی و مشترک برای تمام ملل را که خارج از قلمرو حاکمیت و سلطه تمامی دولت‌ها بودن برهم می‌زد. در دل دریاها باید صلح و احترام به دریانوردی صلح‌جویانه جامعه بین‌المللی حکومت کند.» (آزمایش، ۱۳۷۰، ۹۶)

#### ۴. شرایط تطبیق صلاحیت جهانی

اصل صلاحیت جهانی مانند، سایر اصول صلاحیت قوانین کیفری در خارج از قلمرو حاکمیت دولت یک اصل بدون قید و شرط و مطلق نیست. بلکه این اصل در حقیقت مکمل سایر اصول و مخصوصاً اصل صلاحیت سرزمینی می‌باشد که برای رفع نقص موجود در سایر اصول به وجود آمده است. در واقع بنیادی و اساسی‌ترین اصول صلاحیت قوانین کیفری، اصل صلاحیت سرزمینی است و سایر اصول صلاحیت از جمله اصل جهانی برای رفع نارسایی‌های آن اصل به وجود آمده‌اند. (عالیه، ۱۹۹۲، ۱۳۴) بنابراین اصل صلاحیت جهانی که صلاحیت مبتنی بر دستگیری است، صلاحیت فرعی به شمار آمده و فقط در صورتی که صلاحیت عالی تر وجود نداشته باشد اعمال می‌گردد. (الفاضل، ۱۹۷۶، ۱۴۱)

تطبیق و اعمال صلاحیت جهانی وابسته با موجودیت شرایطی است که هریک را ذیلاً به صورت خلاصه به بررسی می‌گیریم.

#### ۴-۱. وقوع جرم در خارج از قلمرو حاکمیت کشور

از شرایط اعمال اصل صلاحیت جهانی این است که جرم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت کشور اعمال کننده صلاحیت، واقع شده باشد. (الزعبی، ۱۳، ۱۷۸) اگر چنانچه جرم در داخل قلمرو حاکمیت کشور اتفاق افتاده باشد، آن دولت با استفاده از اصل صلاحیت سرزمینی به آن رسیدگی نموده و نیاز به اعمال صلاحیت جهانی وجود نخواهد داشت. با توجه به این شرط می‌توان گفت که وقوع جرم در خارج از قلمرو حاکمیت کشور اعمال کننده صلاحیت، می‌تواند به دو صورت باشد. یک، جرم در دریایی آزاد یا در جای که در قلمرو حاکمیت هیچ کشوری نیست، اتفاق افتاده باشد. مانند، دزدی دریایی و تجارت برده. دوم این که گرچه جرم در قلمرو حاکمیت کشور های دیگر اتفاق افتاده باشد، اما دولت اعمال کننده صلاحیت، یعنی دولت محل دستگیری بر طبق عهد نامه های بین‌المللی، حق یا مسئولیت اعمال صلاحیت جهانی را داشته باشد. معاهدات فراوانی بر این نکته تأکید نموده است که در واقع کشور محل دستگیری متهم را موظف به محاکمه یا استرداد مجرم می‌کنند.



#### ۲-۴. موجودیت مجرم در کشور محل دستگیری

یکی از شروط مهم اصل صلاحیت جهانی حضور مجرم، در کشور محل دستگیری است. به صورت کلی یکی از عوامل تحقق اصل صلاحیت جهانی رسیدگی فوری و سریع به اعمالی است که از دید جامعه بین المللی به عنوان جرم بین المللی تشخیص گردیده است. از همین جهت برای اجرای عدالت سریع و فوری، اجازه تعقیب به دولت محل دستگیری داده شده است. لازمه چنین اجرای عدالت، وجود مجرم در تحت قدرت و تسلط دولت محل دستگیری مجرم گفته شده است. از سوی دیگر با توجه به این که اصل صلاحیت جهانی محاکم کشور محل دستگیری مجرم، یک صلاحیت فرعی و تکمیلی است، لذا امکان رسیدگی غیابی برای آن دولت وجود ندارد.

علاوه بر این، برخی معتقدند که حضور متهم در کشور محل دستگیری باید ارادی و از روی تمایل آن کشور باشد، در غیر این صورت مثل این که در خارج از کشور دستگیر شده و با اجبار به کشور آورده شده باشد، محاکم این کشور صالح برای رسیدگی به جرم او نخواهد بود. (عالیه، ۱۹۸۸، ۳۸۱) اما برخی از اندیشمندان حقوقی دیگر معتقدند که نحوه ای ورود مجرم مهم نیست، بلکه صرف دستگیری او در کشور محل دستگیری برای تحقق چنین صلاحیتی کافی است. (پوربافرانی، ۱۳۹۱، ۱۸۷)

به نظر می رسد چگونگی ورود به کشور محل دستگیری مهم نیست، ممکن است ورود مجرم ارادی باشد یا غیر ارادی، آنچه که مهم است، دستگیری مجرم توسط نهاد های عدلی و قضایی کشور محل دستگیری مجرم در داخل آن کشور است. زمانی ممکن است مجرم به قصد سفر به کشور «الف» سوار هواپیما گردد. اما هواپیما از روی اضطرار در کشور «ب» فرود می آید و در این کشور مجرم دستگیر می شود، چنین ورود گرچند ارادی نیست، ولی محاکم این کشور صلاحیت دارد به جرم وی رسیدگی نماید. اما اگر چنانچه نیرو های امنیتی کشور «ب» برای دستگیری مجرم به کشور «الف» بدون اجازه آن کشور وارد شود و مجرم را دستگیر کرده به کشور شان می آورد، چنین دستگیری غیر قانونی و مداخله به حاکمیت کشور «الف» می باشد. چون از یک طرف کشور «ب» می خواهد، با محاکمه کردن مجرم نظم عمومی بین المللی را حفظ کند و از طرفی خود با تجاوز به کشور دیگر با عث از بین بردن

نظم بین المللی می شود، چنین کاری خلاف قواعد حقوق بین المللی و مداخله صریح به حاکمیت کشور دیگر خواهد بود که در نتیجه منجر به نقض نظم جامعه بین المللی می گردد. به هر صورت حضور و موجودیت مجرم در کشور محل دستگیری، از شرایط مهم و اساسی اصل صلاحیت جهانی است. گرچند امروزه دیدگاه‌ها و نظریات خلاف این نظریات نیز مطرح شده است که معتقد است، اصل صلاحیت جهانی شامل تلاش برای جستجو و دستگیری کسانی نیز می شود که هیچ ارتباطی با دولت اعمال کننده صلاحیت ندارند. در واقع نه جرم در سرزمین آن صورت گرفته، نه مجرم یا مجنی علیه تبعه اوست، نه جرم علیه منافع اساسی و حیاتی اوست و نه حتی مجرم در کشور او دستگیر شده است. از دید این نظریه پردازان چنین سعی و تلاش برای دستگیری مجرم حتی در خارج از حوزه صلاحیت‌های شان، در واقع با اهداف و اصول کنوانسیون‌های ژنو که همانا اجرای عدالت و جلوگیری از گریز جنایتکاران از مجازات است، بیشتر سازوگاری و انطباق دارد. (رنجریان، ۱۳، ۱۴۰)

#### ۳-۴. مجرمانه بودن رفتار در یکی از عهدنامه‌های بین المللی

شرط دیگری برای اعمال صلاحیت جهانی، لزوم موجودیت عهد نامه‌ای بین المللی مبنی بر جرم بین المللی بودن عمل ارتكابی و الحاق کشور محل دستگیری مجرم به آن، می باشد. اگر چنانچه معاهده‌ای بین المللی در این خصوص وجود نداشته باشد یا کشور محل دستگیری عضویت چنین معاهده را نداشته باشد، کشور محل دستگیری نمی تواند، مدعی اعمال صلاحیت جهانی بر شخصی باشد که او را در کشور خود دستگیر نموده است.

این عهدنامه‌ها عبارتند از: کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو مصوب ۱۹۴۹، کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین المللی مصوب ۱۹۷۳، کنوانسیون منع شکنجه مصوب ۱۹۸۴، کنوانسیون بین المللی مبارزه با گروگانگیری مصوب ۱۹۷۹ و کنوانسیون منع مجازات جنایت آپارتاید مصوب ۱۹۷۳. در کنار موجودیت چنین عهدنامه‌های الحاق دولت‌ها به آن نیز ضروری و الزامی می باشد، که پس از ملحق شدن دولت‌ها به چنین عهد نامه‌ها، آن‌ها به صورت یک اصل و قاعده جزایی در آمده و رعایت آن برای کشورهای عضو الزامی می باشد. (پوربافرانی، ۱۳۹۱، ۱۸۹)





لازم به ذکر است که برخی از کنوانسیون‌ها از جمله کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو مصوب ۱۹۴۹ مبین عرف بین‌المللی است؛ از همین رو بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی هرکشوری حق و تکلیف عمل کردن به قواعد آن را دارد. لذا این کنوانسیون‌ها حتی برای کشورهای غیر عضو نیز لازم‌الاتباع است. با این وجود شرط الحاق دولت به چنین عهدنامه‌های که مبین عرفی بین‌المللی است و از قواعد عام‌الشمول به حساب می‌آید، لازم به نظر نمی‌رسد.

#### ۴-۴. مجرمانه بودن عمل در کشور محل دستگیری مجرم

اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، یکی از اصول مسلم و اساسی حقوق جزا است که رعایت آن در هر صورت لازم است. لذا در اعمال صلاحیت جهانی نیز این نکته مورد توجه قرار داده شود، دولتی که می‌خواهد به تعقیب و مجازات مجرم مبادرت ورزد، عمل ارتكابی باید مطابق قوانین جزایی داخلی آن کشور، مجرمانه و قابل مجازات باشد، در غیر آن صورت، تعقیب و مجازات کردن چنین شخصی اصولی و قانونی نخواهد بود. جرم بودن عمل ارتكابی ممکن است قبل از الحاق دولت به این معاهدات بین‌المللی باشد و یا بعد از الحاق دولت به آن‌ها. به عبارت دیگر تفاوت ندارد که قبل از ملحق شدن دولت به این عهد نامه‌ها، عمل مزبور مطابق قوانین جزایی آن کشور مجرمانه و قابل مجازات باشد یا پس از الحاق به این معاهدات و با تأسی به آن‌ها دولت مربوطه مبادرت به مجرمانه قلمداد نمودن این قبیل اعمال نموده باشد. (See Hafen, 1992: 191-230) با این حال چنانچه جرم مشمول صلاحیت جهانی موضوع یک کنوانسیون بین‌المللی باشد که دولت درخواست‌کننده و دولت درخواست‌شونده عضو آن باشند اصل مجرمیت متقابل محقق شده است، اما در خصوص جرایم جهانی که به طور یک‌جانبه از سوی دولت درخواست‌کننده جرم‌انگاری شده است و مورد شناسایی دولت درخواست‌شونده نیست، همکاری در اعمال صلاحیت جهانی با چالش مواجه خواهد بود.

#### ۴-۵. عدم محاکمه قبلی

عدم رسیدگی قبلی یکی از شرایط مهم اعمال صلاحیت جهانی است، به دلیل این‌که همانطوری که قبلاً اشاره شد، اصل صلاحیت جهانی یک اصل فرعی و مکمل سایر اصول صلاحیت فرامرزی می‌باشد. لذا این احتمال وجود دارد که جرم موضوع اصل صلاحیت



جهانی، قبلاً با استناد به سایر اصول صلاحیت (اصل صلاحیت سرزمینی، اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت مجرم، اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت مجنی علیه و اصل صلاحیت واقعی) مورد رسیدگی، محاکمه و مجازات قرار گرفته باشد. بنابراین اگر مجرم موضوع این اصل، قبلاً با استناد به یکی از اصول صلاحیت های متذکره، مورد تعقیب، محاکمه و مجازات قرار گرفته باشد، با استناد به این اصل، مجدداً قابل مجازات و محاکمه نمی باشد. در واقع این شرط که نشأت گرفته از اصل مسلم و اساسی حقوق جزای بین الملل، یعنی اصل «منع محاکمه مجدد» است، در ماده ۹ پیش نویس قانون جرائم علیه صلح و امنیت بشری مصوب ۱۹۹۱ کمسیون حقوق بین الملل و ماده ۲۰ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری مصوب ۱۹۹۸ نیز اشاره گردیده است. (پوربافرانی، 1391، ۱۳۵)

## ۵. صلاحیت جهانی در حقوق جزای افغانستان

قانونگذار افغانستان در ماده ۲۶ کود جزا صلاحیت جهانی را بیان نموده است: «جرایمی که مطابق اسناد بین المللی جرم شناخته شده باشد، مرتکب آن در صورت یافت شدن در افغانستان مطابق احکام قوانین کشور مورد تعقیب عدلی قرار داده می شود، مشروط بر اینکه این گونه اعمال در این قانون جرم شناخته شده و برآن مجازات معین و سایر صلاحیت های سرزمینی، شخصی یا ذاتی قابل تطبیق نباشد». در این ماده صلاحیت جهانی قوانین افغانستان بر جرایم بین المللی مقرر شده است. البته اندراج و پیش بینی صلاحیت جهانی در قوانین جزای افغانستان از ابتکارات کود جزا است و در قوانین جزای قبلی افغانستان، صلاحیت جهانی مطرح نشده بود.

در ماده ۲۶ کود جزا صلاحیت جهانی به عنوان یکی از چهار صلاحیت جزایی است پیش بینی شده است. بر اساس این صلاحیت قوانین و مراجع جزایی افغانستان صلاحیت تطبیق و رسیدگی به جرایم بین المللی را بدون توجه به محل ارتکاب جرم و تابعیت مرتکب و مجنی علیه دارد. بر اساس ماده مذکور، برای اعمال صلاحیت جهانی لازم است چهار شرط وجود داشته باشد. شرط اول این که عمل ارتكابی بر اساس یک سند بین المللی مانند یک معاهده جرم انگاری شده و جرم شناخته شده باشد. شرط دوم حضور متهم در قلمرو کشور است. بر اساس این شرط محاکمه غیابی بر اساس صلاحیت جهانی جواز ندارد، شرط سوم جرم انگاری عمل در قوانین افغانستان و شرط چهارم اینکه مراجع جزایی افغانستان زمانی

صلاحیت دارد و قوانین کشور تطبیق می‌گردد که هیچ یک از صلاحیت‌های سرزمینی، شخصی و واقعی موجود نباشد. در صورتی که یکی از صلاحیت‌های دیگر جزایی موجود باشد، صلاحیت جهانی قابل اعمال نیست.

## ۶. جرایم مشمول صلاحیت جهانی

در قدیم صرفاً دو جرم (دزدی دریایی و برده‌داری) موضوع این نوع صلاحیت بودند؛ اما در طی چند قرن اخیر، قاعده صلاحیت جهانی اندکی از شکل ابتدایی خود خارج شده و تکامل یافته است. این اصل نه تنها دزدان دریایی، بلکه فهرست کامل تری از جنایات بین‌المللی، از جمله تجارت برده، نسل‌کشی، شکنجه و غیره را شامل می‌شود. این فهرست به موازات گستردگی ابعاد قواعد بین‌المللی وسیع‌تر شده است. در دهه گذشته، کاربرد صلاحیت جهانی توسط دولت‌ها با سرعت بیشتری رو به رشد بوده است. مذاکرات گسترده بر سر ایجاد دیوان بین‌المللی کیفری دائمی که بین سال‌های ۱۹۹۴ تا ۱۹۹۸ انجام گرفت، فرصتی برای مذاکرات و بازنگری‌های اساسی در مورد دکترین صلاحیت جهانی فراهم آورد. (385 Bartram, 2001) در خصوص این‌که چه جرائمی مشمول این نوع اعمال صلاحیت هستند، تاکنون بحث و گفتگوهای بسیاری صورت گرفته است و با توجه به تفکیکی که در خصوص جرائم بین‌المللی و جنایات بین‌المللی انجام شد، روشن می‌شود که صلاحیت جهانی نسبت به کدامیک از این نوع افعال اعمال خواهد شد. آیا این صلاحیت علاوه بر جنایات بین‌المللی مشمول جرائم بین‌المللی هم می‌شود یا نه؟ نکته قابل توجه این است که وقتی کمیسیون حقوق بین‌الملل مسئول جمع‌آوری فهرست جرائم بین‌المللی گردید، هر دو دسته جرائم بین‌المللی و جنایات بین‌المللی را در تعریف خود آورد و به تفاوت بین آن‌ها اشاره نمود. (آزمایش، ۱۳۷۴، ۵۷) مسأله دیگر این است که دولت‌ها محدوده صلاحیت ملی خود را توسعه داده و برای اعمال صلاحیت جهانی آرام آرام از شمول جنایات بین‌المللی فراتر رفته و بسیاری از جرائم بین‌المللی را نیز مشمول اعمال این نوع صلاحیت نمودند و ما شاهد آن هستیم که کنوانسیون‌های بسیاری در مورد تروریسم، طیاره ربائی منعقد گردیده و مرتباً دامنه شمول تعهدات دولت‌ها را گسترش می‌دهند. در حالی که بعضی از دولت‌ها تنها در سه مورد نسل‌کشی، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت، صلاحیت جهانی برای خود وضع نمودند. در هر صورت در حال حاضر سیر حوادث به سوی پیشرفت و توسعه صلاحیت

جهانی نسبت به سایر موارد ادامه دارد و برخی از نمونه‌های عملی رسیدگی به جرایم تحت شمول صلاحیت قضایی جهانی قرار ذیل است: چند نفر از یوگسلاوی سابق در آلمان و ناروی، جنایت کارانی از روندا در بلژیک، جنایت کارانی آرژانتینی در اسپانیا و جنایت کارانی مورتانیایی در فرانسه بر مبنای صلاحیت جهانی تحت تعقیب قرار گرفته و محاکمه شدند. از افغانستان حسام الدین حسام در ۲۰۰۵ و حبیب جلال زوی در ۲۰۰۷ در هالند به اتهام جنایت‌های جنگی محکوم و به زندان رفتند. فریاد سرور زرداد در سال ۲۰۰۷ در انگلستان به اتهام شکنجه، محاکمه و به زندان محکوم شد. (رستم خانی، ۱۳۸۹، ۵).

## ۷. موانع و چالش‌های صلاحیت جهانی

صلاحیت جهانی در جهت جلوگیری از بی‌کیفر ماندن جنایت کاران بین‌المللی نقش موثری ایفا می‌کند، اما با موانع و چالش‌های نیز مواجه است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌گردد.

۷-۱. باوجود این که مطابق ماده ۲۹ اساسنامه رم، جنایات تحت صلاحیت قضایی دادگاه، شامل هیچ نوع قاعده مرور زمان نمی‌شوند، اما در بعضی کشورها جنایت‌ها مشمول مرور زمان می‌شود. در آلمان و انگلستان مرور زمان برای جنبه مدنی جرایم جنگی نهایتاً تا شش سال پیش بینی شده است. (Redress Trust, 1999: 39) از باب مثال در انگلستان دادستان بیان داشت که جرم جنگی در سال ۱۹۴۲ که منجر به کشته شدن دو یهودی غیرنظامی شده است، مشمول مرور زمان شده است و نمی‌تواند در سال ۱۹۹۱ مسموع باشد. (Redress Trust, 1999: 38). از سوی دیگر قلمرو صلاحیت جهانی منحصر به جرایم بین‌المللی ذاتی مندرج در اساسنامه رم نیست و لذا این نوع جرایم معمولاً مطابق قوانین ملی کشورها تحت شمول قاعده مرور زمان قرار می‌گیرد و حتی با صلاحیت جهانی هم دیگر قابل تعقیب نخواهد بود. از باب مثال مطابق ماده ۲۷ قانون اجراء جزای افغانستان (۱۳۹۳)، مرور زمان در جرم جنایت مدت (۱۰) سال و در جرم جنحه به مدت سه سال تعیین گردیده است، هر گاه جرم جنایت و جنحه در مدت زمان مشخص شده تحت تعقیب عدلی قرار نگیرد تابع مرور زمان می‌گردد و دعوای جزائی بنابر سبب مرور زمان ساقط می‌گردد.

۷-۲. مصونیت‌های قانونی یکی دیگر از مشکلات است. طبق قانون دیوان بین‌المللی دادگستری، رییس یک کشور اعم از رییس جمهور یا نخست وزیر و وزیر خارجه را نمی‌توان



به خاطر جنایت مورد پیگرد قرار داد؛ چون مانع انجام وظیفه شان می شود، زمانی می توان آن ها را مورد پیگرد قرار داد که از سمت شان کنار رفته باشند.<sup>۱</sup> البته این موضوع با اساسنامه‌ی دادگاه بین‌المللی کیفری در تضاد قرار دارد. ماده‌ی ۲۷ اساسنامه‌ی رم مقرر می‌دارد: هم‌هی مرتکبان جنایت‌های بین‌المللی را صرف نظر از سمت شان می‌توان مورد پیگرد قرار داد.

۷-۳. داد و ستد و نفوذ سیاسی دولت‌ها یکی از موانع جدی است. برای مثال، در اکتبر ۲۰۰۷ قاضی دادگاهی در پاریس حکم بازداشت رامزفلد را صادر کرد. اما در نوامبر همان سال خارنوال بر اساس اظهار وزارت امور خارجه فرانسه که این حکم بر روابط فرانسه با امریکا تاثیر منفی می‌گذارد آن را خلاف قانون دانست. اسرائیل هم مدام به کشورهای اروپایی به خصوص آلمان و انگلیس فشار می‌آورد تا شکایت‌های علیه مقامات آن کشور را اصلاً نپذیرند و مورد بررسی قرار ندهند، چه رسد به این که این گونه شکایت‌ها به نتیجه‌گیری برسد و حکم صادر شود. در شروع نوامبر ۲۰۱۰ در طی سفر ویلیام هیگ وزیر خارجه انگلستان به خاورمیانه و اسرائیل، دولت اسرائیل اعلام کرد که در اعتراض به استفاده از صلاحیت قضایی جهانی در انگلستان گفتگوهای استراتژیک بین دو کشور را معلق کرده است. (رستم خانی، ۱۳۸۹، ۷)

۷-۴. مشمول عفو شدن: عفو از سوی مقامات صلاحیتدار نسبت به شخص یا گروهی که متهم به ارتکاب جرایم بین‌المللی هستند می‌تواند مانعی برای اعمال صلاحیت جهانی محاکم ملی باشد. هر چند اساسنامه‌ی دادگاه‌های بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا و اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری درباره عفو در جرایم بین‌المللی سکوت کرده‌اند. (خداداد، ۱۳۹۱، ۶۶) اما اساسنامه دیوان ویژه لبنان صریحاً اعطای عفو به متهمین ترور رفیق حریری و همراهانش را ممنوع کرده است. هم‌چنین دبیرکل سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۹ اعلام کرد که وی موافقتنامه صلح سیرالئون را امضا خواهد کرد مشروط به این شرط مهم که «عفو و گذشت نسبت به جرایم بین‌المللی نسل‌کشی، جرم علیه بشریت، جرایم

<sup>1</sup> ICJ Report, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium), para. 58.

جنگی و سایر تخلفات مهم از حقوق بشردوستانه بین‌المللی قابل اجرا نخواهد بود.»  
(شریعت باقري، ۱۳۸۲، ۹۱)

۷-۵. عدم رویه واحد دولت‌ها در مورد صلاحیت جهانی: دولت‌ها در مورد پذیرش صلاحیت جهانی و جرایم تحت شمول آن وحدت نظری ندارند و به طور کلی رویکرد دولت‌ها نسبت به اصل صلاحیت جهانی به چهار دسته تقسیم می‌گردد. مومنی، ۱۳۹۳، ۱۶۰

۷-۵-۱. کشورهای مانند سودان، مصر و هند صلاحیت جهانی را قبول نکرده‌اند.

۷-۵-۲. پذیرش بدون تعیین مصداق. برخی کشورها مانند ارمنستان، بوسنی و هرزگوین، تاجکستان، روسیه رومانی، سوئیس، فرانسه و لبنان، صلاحیت جهانی را پذیرفته اما مصداق خاص از جرایم را به عنوان قلمرو صلاحیت جهانی تعیین نکرده‌اند.

۷-۵-۳. پذیرش با تعیین مصادیق معین. مانند امارات متحده عربی، انگلیس، بلژیک و کانادا. از باب مثال جرایم مشمول صلاحیت جهانی در امارات متحده عبارتند از: تخريب یا تعطیلی وسایل ارتباطی دولتی، جرایم تجارت مواد مخدر، زنان، کودکان، بردگی، راهزنی دریایی و تروریسم دولتی.

۷-۵-۴. پذیرش با تعیین قلمرو وسیع از مصادیق صلاحیت جهانی. مانند آذربایجان، آلمان، سوئد و فنلاند. در قانون کیفری آذربایجان جرایم ذیل مشمول صلاحیت جهانی است: جرایم علیه صلح و نوع بشریت، جنایت جنگی، تروریسم؛ حمایت مالی از تروریسم، طیاره ربایی، گروگانگیری، شکنجه، دزدی دریایی، ترویج غیر قانونی مواد مخدر، ساخت پول یا مهر تقلبی، حمله به اشخاص مورد حمایت بین‌المللی و هم چنین سایر جرایم ذکر شده در توافق‌نامه‌های بین‌المللی آذربایجان. در قانون مجازات ۲۰۰۸ ماده ۶ آلمان، جرایم ذیل مشمول صلاحیت جهانی است: جرایم مرتبط با انرژی هسته و مواد منفجره، حمله به وسایل نقلیه هوایی و دریایی، بهره‌کشی جنسی، استثمار نیروی کار، تجارت غیر قانونی مواد مخدر، توزیع کتب و عکس‌های مستهجن، جعل اسکناس و اوراق بهادار و جرایم که مطابق توافق‌نامه بین‌المللی برای آلمان الزام آور است.

مطابق بند ۶ بخش ۳ قانون کیفری ۱۹۶۲ سوئد جرایم ذیل مشمول صلاحیت جهانی قرار دارد: تخريب سیستم دریایی، هوایی و فرودگاهی، جرایم علیه حقوق بین‌الملل، اقدامات



غیر قانونی مرتبط با سلاح های شیمیایی و مین ها، اظهارات غلط یا غیر دقیق نزد یک محکمه بین المللی. در بخش ۷ قانون مجازات فنلاند اصلاحی ۲۰۰۸ تحت عنوان جرایم بین المللی مقرر می دارد که مطابق به توافقات بین المللی، جرایم ذیل مشمول صلاحیت جهانی است: جعل پول رایج، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی، نسل زدایی، قاچاق و ترویج مواد مخدر و دواهای روانگردان، طیاره ربابی، قتل عمدی، حمله یا سلب آزادی اشخاص مورد حمایت بین المللی. (مومنی، ۱۳۹۳، ۱۶۱-۱۷۳).

### نتیجه گیری کلی

صلاحیت جهانی در حقوق بین الملل معاصر عبارتست از توسعه صلاحیت تقنینی و قضایی یک کشور نسبت به جرایم بین المللی که در خارج از قلمرو حاکمیت اتفاق افتاده و هیچ یک از صلاحیت های دیگر قابل اجرا نباشد. این صلاحیت از مبانی متعدد (مانند حفظ نظم عمومی و جلوگیری از بی مجازات ماندن مجرمان در سطح ملی و بین المللی) برخوردار است و با شرایط ویژه (مانند وقوع جرم در خارج از قلمرو حاکمیت کشورها، مجرمانه بودن رفتار در یکی از عهدنامه های بین المللی و مقررات داخلی، عدم محاکمه قبلی و حضور مجرم در کشور محل محاکمه)؛ قابلیت اجرا را دارد و موضوع صلاحیت جهانی جرایم بین المللی قراردادی و ذاتی است. صلاحیت جهانی در مقام اجرا با موانع و چالش های متعددی رو برو است. عدم اتخاذ رویه و احد از جانب کشورها در مورد قلمرو صلاحیت جهانی، اصل پذیرش و ملاحظات سیاسی کشورها در مورد مجرمان بین المللی و دخالت روابط دیپلماتیک در عرصه قضایی از مهم ترین مشکلات و موانع صلاحیت جهانی در حوزه نظری و عملی آن است.

کود جزای افغانستان در ماده ۲۶، صلاحیت جهانی را پیش بینی و چهار شرط (مجرمانه بودن عمل در یکی از اسناد بین المللی، مجرمیت متقابل، عدم محاکمه قبلی و قابلیت اجرا نبودن سایر صلاحیت ها)؛ برای اجرایی شدن آن ذکر نموده است. بدین ترتیب ملاحظه می شود که قانونگذار افغانستان در بحث صلاحیت جهانی تابع مقررات بین المللی بوده و در مطابقت با کنوانسیون های بین المللی این صلاحیت را مقرر نموده است و البته مصادیق مشخصی از جرایم را که مشمول این صلاحیت می شود بیان نکرده و صرفا به کلیات بسنده نموده است.

۱. الشورابی، عبدالحمید، (۲۰۰۳)، التعليق الموضوعی علی قانون العقوبات، الكتاب الاول، الاسكندريه، مطبعه عصام جاب.
۲. العوجی، مصطفی، (۱۹۸۸)، القانون الجنای العام، جلد ۱، الطبعة الثانية، بيروت، مؤسسه نوفل.
۳. آزمايش، علی، (۱۳۸۲) تقریرات درس حقوق بين الملل کيفري، دورة دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
۴. البوردی العتيبي، سعود بن عبد العالي، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، رياض،، چاپ دوم، ۱۴۲۷، بر اساس مجموعه الشامله.
۵. استانیسلا و پلاوسکی، (۱۳۷۰)، بررسی اصول اساسی حقوق بين الملل کيفري، ترجمه علی آزمايش، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
۶. پوربارفانی، حسن (۱۳۹۱)؛ حقوق جزای بين الملل، انتشارات جنگل، چاپ چهارم.
۷. (۱۳۸۸)، حقوق جزای بين الملل، ايران، انتشارات جنگل، چاپ دوم.
۸. حسینی نژاد (۱۳۷۳)؛ حقوق کيفري بين الملل اسلامی، نشر میزان، چاپ اول.
۹. خالقی، علی، (۱۳۸۸)، جستارهایی از حقوق جزای بين الملل، تهران: انتشارات شهر دانش، چاپ اول.
۱۰. خداداد، زهرا، (۱۳۹۱)، صلاحیت جهانی و حاکمیت دولتها در حقوق بين الملل، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بين الملل، دانشگاه قم.
۱۱. رستم خانی، خلیل (۱۳۹۸)، راهکارهای پیگیری ناقضان حقوق بشر در سطح بين الملل، کتاب سیاست نامه ۶-۷، کابل، آرمان شهر.
۱۲. رنجبریان، امیرحسین، (۱۳۸۱) قانون ۱۹۹۳-بلژیک، رأی ۴۱ فبروری ۲۰۰۲ دیوان بين المللی دادگستری، صلاحیت کيفري جهانی در بوته آزمون، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۸.
۱۳. زغبی، فرید، (۱۹۹۵)، الموسوعة الجزائيه، جلد ۶، دار صادر، الطبعة الثالثة.
۱۴. ساک کیتی چایساری، کریانگ (۱۳۸۳ ه.ش)؛ حقوق بين المللی کيفري، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران، سمت، چ ۱.
۱۵. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۰)؛ اسناد دیوان کيفري بين المللی، تهران، انتشارات جنگل.
۱۶. شهباز، میر میرانی، (۱۳۴۹)، حقوق جزای بين الملل، ماهنامه قضایی، شماره ۵.
- ۱- ۱۵. عالی، سمیر، (۱۹۹۲)، قانون العقوبات (القسم العام)، الموسوسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، چاپ اول.
۱۷. عبدالملک، جندي، (بی تا)، الموسوعة الجنائيه، جلد ۵، دار احیاء التراث العربی.
۱۸. فاضل، محمد، (۱۹۷۶)، المبادي العامه فی التشريع الجزایی، دمشق، مطبعه الداویدی





۱۹. کسسه، آنتونیو (۱۳۸۷ ه.ش؛ حقوق کیفری بین المللی، ترجمه حسین پیران و دیگران، تهران، جنگل - جاویدانه، چ ۱.
۲۰. کودجزا (۱۳۹۶).
۲۱. مؤمنی، مهدی (۱۳۹۳)؛ حقوق بین الملل کیفری، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی.
۲۲. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۵)؛ دادگاه کیفری بین المللی تهران، دادگستر.
۲۳. مجید حائری، (۱۳۸۲)، حقوق جزای بین المللی، کانون وکلاء، س ۲، ش ۲۲، ۲۱، ۲۰.
24. S. Brown Bartram, "The Evolving Concept Of Universal Jurisdiction", New England Law Review, Vol.35:2, 2001, P.385
25. Redress Trust, (1999), Universal Jurisdiction In The European Union, 1999
26. available at [www.redress.org/downloads/conferences/country%20studies.pdf](http://www.redress.org/downloads/conferences/country%20studies.pdf)
27. Hafen, Jonathan, (1992), "International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement", Brigham Young University Law Review, No.191.





سال دوم، شماره سوم، بهار ۱۴۰۳



# بررسی تطبیقی جرم ورشکستگی به تقصیر در حقوق افغانستان و ایران

محمود حسین قادری\*

تاریخ دریافت ۱۴۰۳/۲/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۳/۲۰

## چکیده

یکی از نهادهای ناظر بر اعتماد سرمایه‌گذاران به تاجران ورشکستگی است که از منظر حقوق به ورشکستگی عادی، به تقلب و به تقصیر تقسیم شده است. ورشکستگی عادی جنبه مدنی دارد و از محور این تحقیق خارج است، ورشکستگی به تقلب نیز با توجه به حجم آن از بحث این تحقیق خارج است. اما ورشکستگی به تقصیر که در قانون افغانستان و ایران نسبت به آن توجه خاص شده است لذا جای سؤال است که در چه موارد تاجر ورشکسته به تقصیر شناخته می‌شود؟ در این مقاله با تحقیق توصیفی و تحلیلی به بررسی مجازات ورشکستگی به تقصیر پرداخته شده و یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که تاجر مقصر به کوچک و بزرگ تقسیم شده است. هرکدام از آن عناصر مادی و معنوی منحصر به خود را دارد در صورت اثبات عناصر و اکمال شرایط تاجر مقصر شناخته شده و به مجازات مقرر در قوانین کیفری مجازات خواهد شد.

**کلیدواژه:** ورشکستگی، تقصیر، عناصر تقصیر، قانون افغانستان، قانون ایران.

---

\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه اهل بیت (ع)، Mahmmodqaderi111@gmail.com

پیشرفت‌های اقتصادی در قرون اخیر، در روابط بین افراد تأثیر داشته و پیش‌بینی امور اقتصادی را مشکل نموده است. معاملات تجار امروزه معمولاً بر اساس اعتبار است، در نتیجه عدم دقت و ممارست یا حوادث و اتفاقات و یا سودجویی و یا زیاده‌روی ممکن است تاجری با وضعی مواجه شود که نتواند تعهدات مالی خود را به موقع انجام دهد، در این صورت کسانی که به تاجر اعتماد کرده‌اند به نوبه‌ی خود ممکن است دچار عسرت شده و انجام تعهدات آن‌ها مشکل گردد. ورشکستگی یک تاجر مهم ممکن است باعث ورشکستگی عده دیگری گردد که این موضوع در مواقع بحران‌های اقتصادی می‌تواند مشکلات فراوانی را ایجاد کند. قوانین مربوط به تجارت سعی می‌کنند تا آنجا که ممکن است راه‌حل مناسبی برای حل این مشکلات پیدا کنند.

اگر ورشکستگی در نتیجه حوادث و اتفاقاتی باشد که مربوط به شخص تاجر نباشد، اغلب قوانین با چنین تاجری مدارا می‌کنند، تا از این موقعیت دشوار نجات یابد. اگر ورشکستگی تاجر مبنی بر سوءاستفاده و بر اساس تخلف و تزویر باشد، سخت‌گیری شدیدی نسبت به تاجر اعمال می‌گردد. زیرا وضع تاجر با افراد عادی تفاوت بسیاری دارد. عدم توانایی پرداخت دین در مورد اشخاص عادی نتایج و عواقب اقتصادی زیادی ندارد، در صورتی که عدم توانایی تاجر ممکن است باعث اختلال امور عده‌ی زیادی از تجار دیگر گردد و روند چرخش اقتصادی را مشکل سازد و به این جهت سخت‌گیری که نسبت به تاجر اعمال می‌شود، در مورد افراد عادی قابل اعمال نیست.

ورشکستگی ممکن است دارای دو جنبه حقوقی و جزایی باشد. ورشکستگی از جنبه حقوقی توسط حقوق‌دانان به صورت مفصل بحث شده و کتب متعددی در این خصوص به چاپ رسیده است، اما تحقیق حاضر به دنبال طرح جنبه جزایی این موضوع در حقوق افغانستان و ایران است. با توجه به قوانین این دو کشور ورشکستگی به سه نوع عادی، به تقلب و به تقصیر تقسیم شده است. با صرف نظر از دو صورت اولی در این تحقیق جای سؤال است که بر اساس قوانین کیفری افغانستان و ایران تاجر در چه صورت ورشکسته به تقصیر شناخته می‌شود؟ با توجه به این سؤال تحقیق حاضر به دنبال اهداف چون، بررسی مفهوم ورشکستگی، بررسی عناصر تشکیل‌دهنده ورشکستگی به تقصیر و بیان شرایط ورشکستگی به تقصیر خواهد بود. در وهله اول به نظر می‌رسد که قوانین کیفری افغانستان و ایران، مصارف



بیش از عایدات، تجارت به چیز موهوم، معاملات و گرفتن قرض، ترجیح دادن یکی از طلبکاران و مصالحه با داینان را از موجبات ورشکستگی به تقصیر بیان نموده است. در این تحقیق ذیل سه گفتار به بررسی جرم ورشکستگی به تقصیر پرداخته می‌شود که گفتار اول مفاهیم ورشکستگی و پیشینه ورشکستگی بیان خواهد شد، گفتار دوم عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر و در گفتار سوم به بیان مجازات این جرم پرداخته خواهد شد.

## الف) مفهوم و پیشینه ورشکستگی

برای بررسی یک موضوع در تحقیقات علمی لازم است در قدم نخست موضوع موردبحث معنای لغوی و اصطلاحی آن بیان شود تا کمک در تفهیم خواننده شود و علاوه بر آن بهتر به نظر می‌رسد که سیر تاریخی و تقنین گذاری در مسائل جزایی نیز بیان شود. لذا بدین منظور ذیلاً به بیان مفهوم ورشکستگی و پیشینه تقنینی آن پرداخته خواهد شد.

### ۱. مفهوم ورشکستگی

برای مفهوم ورشکستگی از نگاه واژه‌شناسان و حقوق‌دانان تعریف خاص بیان شده است که برخی گفته‌اند: ورشکستگی حالت تاجری است که در تجارت متضرر شده است و بدهی او بیش از دارایی باشد، حالت درماندگی در کسب و تجارت رخ داده باشد (عمید، ۱۳۸۹، ص ۱۰۵۰). به تعبیر دیگر ورشکستگی اسم مصدر برای ورشکست شدن است و ورشکسته به کسی گفته می‌شود که دارائی‌اش را ازدست داده است (دهخدا، ۱۳۸۵، ص ۳۱۲).

قبل از تعریف باید بیان داشت رژیم ورشکستگی مختص به اشخاص تاجر دارد که به صورت مستقیم مبادرت به تجارت نموده باشد یا اینکه با تأسیس شرکت تجاری به طور غیرمستقیم اقدام به فعالیت‌های تجاری نموده و به عنوان تاجر معرفی شده است.

اما در اصطلاح حقوقی، ورشکستگی حالت تاجری است که دارای دو شرط بوده باشد یک، توان پرداخت دیون خود را ندارد، یعنی توان انجام تعهدات تجاری خود را ندارد، قدر متیقن این تعهدات پرداخت دیون معین حال است. دوم، از طرف دادگاه باصلاحیت این عدم توان اعلان شده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲، ص ۷۴۱). در قوانین کیفری ایران ورشکستگی تعریف نشده است و قانون‌گذار این کشور صرفاً به بیان مصداق اکتفا نموده چنانچه در ماده ۴۱۲ قانون تجارت ایران آمده است «ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در

نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده او است حاصل می‌شود». اما در قوانین کیفری افغانستان قانون‌گذار بجای ورشکستگی از معادل آن که افلاس است استفاده نموده است که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲. پیشنهاد ورشکستگی

در افغانستان هم‌زمان با روی کار آمدن محکمه تجارتي برای اولین بار اصول نامه تجارت افغانستان ۱۳۲۰ تصویب شد و ورشکستگی را جرم انگاری نموده است. طولی از آن نگذشته بود که در کنار اصول نامه تجارت قانون دیگری در سال ۱۳۲۱ وضع شده و از طرف مقامات ذیصلاح نیز توشیح شده است که این قانون تحت عنوان «اصول نامه افلاس و ورشکستگی» می‌باشد. به تعقیب آن موادی در ارتباط به جنبه‌های جزایی ورشکستگی در قانون جزای افغانستان نیز پیش‌بینی می‌گردد که در خور اهمیت خاص حقوقی و تاریخی می‌باشد. با توجه به اهمیت تجارت و حقوق داینین قانون جزای افغانستان مصوب سال ۱۳۵۴ نیز در ذیل سه ماده این مبحث را جرم انگاری نموده است

علاوه بر اصول نامه افلاس و ورشکستگی، قانون جزا و با پیشرفت تجارت در افغانستان و کاستی‌های که اصول نامه تجارت داشت قانون دیگر تحت عنوان قانون افلاس باهدف ایجاد زمینه برای پرداخت دیون تاجر مفلس، تأمین شفافیت در تجارت دیون تاجر مفلس و گزارش دهی به داینین، افزایش اموال تاجر مفلس و در اخیر توزیع مساوی یا نه اموال تاجر مفلس. بر اساس مصوبه شماره ۲۰ سال ۱۳۹۶ در ۸ فصل و ۵۵ ماده تصویب گردید و تا سقوط دولت جمهوری افغانستان نیز نافذ بود.

با آنکه قوانین فوق به خوبی جرایم ورشکستگی را بیان نموده بود؛ اما موارد که جرم‌انگاری نشده بود و یا پیشرفت تجارتي سبب عدم جرم‌انگاری برخی جرایم ورشکستگی شده بود؛ لذا در سال ۱۳۹۱ با تصویب کود جزای افغانستان تمام موارد جرایم مربوط به ورشکستگی جرم انگاری شد.

با توجه به کتب حقوقی و قوانین ایران دانسته می‌شود که ورشکستگی بر اساس تصویب قانون تجارت در سال ۱۳۰۳ جرم انگاری شده است و بعدها قانون سال ۱۳۱۱ در زمینه



ورشکستگی جایگزین مقررات قبلی شد. قبل از آن تمام موارد ورشکستگی بر اساس فقه که در ذیل افلاس بحث شده است مورد ارزیابی قرار می‌گرفت.

در سال ۱۳۲۹ قانونی در ایران تصویب شد تحت عنوان قانون افلاس و بر اساس کسانی که تاجر بودن ورشکستگی آن بر اساس قانون تجارت اعمال می‌شد و اشخاص غیر تاجر در صورت ورشکست تحت قانون افلاس بودند، بر علاوه این دو قانون، قانون دیگری تحت قانون اعسار و افلاس در سال ۱۳۱۰ تصویب شده بود که اشخاص غیر تاجر را نیز شامل می‌شود. و علاوه بر این‌ها ۱۳۱۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی تصویب شد که در کنار قانون تجارت نافذ است و به امور مربوط به ورشکستگی بر اساس آن رسیدگی می‌شود.

### ب) عناصر جرم مربوط به ورشکستگی به تقصیر

قبل از اینکه عناصر جرم مربوط به ورشکست مقصر مورد بحث قرار گیرد لازم است یک نکته مورد توجه قرار گیرد و آن اینکه ورشکستگی به تقصیر بر اساس قوانین افغانستان به دودسته تقسیم می‌شود که عبارت از ورشکستگی به تقصیر بزرگ و ورشکستگی به تقصیر کوچک، لذا برای بیان عناصر این جرم لازم است ابتدا عناصر ورشکستگی به تقصیر کوچک مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱- عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر بزرگ

جرم ورشکستگی به تقصیر بزرگ از جمله جرایم مربوط به ورشکستگی می‌باشد که در ماده ۷۷۰ کود جزای افغانستان و ماده ۵۴۱ قانون تجارت ایران پیش‌بینی شده است؛ لذا در این قسمت از پژوهش عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر بزرگ بررسی خواهد شد.

#### ۱-۱. عنصر مادی

قانون‌گذار افغانستان و ایران برخی رفتارها را بیان کرده است که در صورت وجود آن‌ها عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر کامل می‌شود که اجزای عنصر مادی قرار ذیل است:

#### ۱-۱-۱- رفتار مجرمانه

در قوانین کیفری افغانستان برخی از رفتارها بیان شده است که به‌عنوان عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب می‌شود. که ذیلاً بیان می‌شود. در کود جزا آمده است: «(۱)



تاجری که به افلاس او حکم قطعی صادر گردیده و به سبب تقصیر بزرگ باعث خساره داینین خود گردد، مفلس مقصر شناخته می‌شود. (۲) تاجر مفلس در یکی از حالات آتی مقصر بزرگ شناخته می‌شود: ۱- در حالتی که مصرف شخصی یا فامیلی او نسبت به عایدات وی زیاد باشد. ۲- در حالتی که مبالغ هنگفت را در قماربازی، تکت‌های بخت‌آزمایی یا شرط‌بندی صرف نماید. ۳- در حالتی که متاعی را بخرد و به قیمت نازل‌تر بفروشد یا مبالغ زیاد را قرض بگیرد یا اوراق بهادار را صادر یا وسایل دیگری را استعمال نماید، به نحوی که به سبب آن خساره ای بزرگ به او عاید گردد به منظور اینکه مال را به دست آرد و از این طریق افلاس خود را به تأخیر اندازد. ۴- در حالتی که بعد از متوقف ساختن تأدیه دین به منظور رساندن ضرر به سایر داینین یا به قصد رسیدن به مصالحه، دین یکی از داینین را تأدیه نماید. ۵- در حالتی که به وسیله تقلب با داینین به مصالحه برسد» (م ۷۷۰، کود جزا). در قانون تجارت ایران چنانچه بیان داشته است.<sup>۱</sup> مخارج شخصی یا مخارج خانه تاجر که نسبت به عاید وی فوق‌العاده بوده باشد، مبالغ زیادی را صرف معاملات موهوم کرده باشد، به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی خود خرید بالا و فروش نازل‌تر داشته باشد و یا اینکه یکی از طلبکاران نسبت به دیگر ترجیح دهد ورشکسته به تقصیر معرفی خواهد شد. در این قسمت به توضیح هریک از رفتارهای فوق پرداخته می‌شود.

#### ۱-۱-۱. مصارف بیش از عایدات

از آنجایی که انصاف و عدالت در مصرف برای عموم بشریت درخور ستایش است؛ اما برای تاجران بیشتر تأکید شده است، (شهابی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۵). که باید در مصارف خود دقت داشته باشند و مصرف بیش از درآمدشان نداشته باشند. مصرف بیش از عاید به‌عنوان عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب می‌شود؛ لذا قانون‌گذار افغانستان در کود جزا مقرر

<sup>۱</sup> «تاجر در موارد ذیل ورشکسته به تقصیر اعلان می‌شود: ۱- در صورتی که محقق شود مخارج شخصی یا مخارج خانه مشار الیه در ایام عادی بالنسبه به عایدی او فوق‌العاده بوده است. ۲- در صورتی که محقق شود که تاجر نسبت به سرمایه خود مبالغ عمده صرف معاملاتی کرده که در عرف تجارت موهوم یا نفع آن منوط به اتفاق محض است. ۳- اگر به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی خود خریدی بالاتر یا فروشی نازل‌تر از مظنه روز کرده باشد یا اگر به همان قصد وسائلی که دور از صرفه است به کار برده تا تحصیل وجهی نماید اعم از این که از راه استقراض یا صدور برات یا به طریق دیگر باشد. ۴- اگر یکی از طلبکارها را پس از تاریخ توقف بر سایرین ترجیح داده و طلب او را پرداخته باشد». ماده ۵۴۱ قانون تجارت ایران.



کرده است «مصرف شخصی و یا فامیلی تاجر بیش از عایدات او باشد» (ج ۱، ف ۲، م ۷۷۰). مشابه این رفتار را قانون‌گذار ایران نیز پیش‌بینی کرده است: «در صورتی که محقق شود مخارج شخصی یا مخارج خانه مشارالیه در ایام عادی بالنسبه به عایدی او فوق‌العاده بوده است.» (م ۵۴۱، قانون تجارت ایران). یعنی به‌عنوان مثال درآمد او از ناحیه تجارت، ماهانه هزار افغانی بوده؛ ولی مصارف شخصی و فامیلی وی به بیش از دو هزار افغانی برسد. عدم توازن بین درآمد و مخارج، یک نوع تقصیر، سهل‌انگاری و بی‌دقتی تاجر را نشان می‌دهد و این خلاف رویه منطقی حاکم میان عقلاً است؛ لذا تاجر با ارتکاب چنین عملی اگر ورشکسته شود قابل تعقیب است درحالی که اشخاص غیر تاجر به خاطر مصارف زیاد قابل تعقیب دانسته نمی‌شود.

در کود جزا به مصرف شخصی و فامیل اشاره شده است که در قوانین تجاری ایران نیز مطابق آن مصرف شخصی و مصرف خانه ذکر شده است. واضح است که قوانین ایران و افغانستان به‌طور مفصل بین مصرف شخصی و مصرف خانه تمایز قائل هستند. هزینه‌های شخصی را می‌توان به‌گونه‌ای نسبت داد که تاجر به‌تنهایی و بدون خانواده زندگی کند و یا اگر فرزند و خانواده داشته باشد، شامل هزینه‌هایی است که تاجر فقط برای خود خرج می‌کند و هزینه‌های خانه نیز مربوط به هزینه‌هایی است که تاجر برای خانواده‌اش خرج می‌کند.

تناسب هزینه‌های شخصی یا غیرعادی آن‌ها باید مطابق با درآمد او ارزیابی شود؛ بنابراین، هزینه‌های شخصی تاجر ممکن است در رابطه با درآمد او عادی تلقی شود، درحالی‌که هزینه‌های شخصی تاجر دیگر ممکن است غیرمعمول باشد؛ بنابراین، مهم نیست که تاجر چقدر هزینه می‌کند. مهم است که تاجر چقدر مطابق با درآمد خود هزینه کند. به‌عبارت‌دیگر، استاندارد فوق‌العاده نه‌تنها میزان هزینه، بلکه میزان درآمد است. براین اساس یک تاجر می‌تواند سفرهای هوایی خود را انجام دهد و هزینه‌های شخصی او به دلیل درآمد بالای تاجر عادی دانسته شود. اما اگر تاجر دیگری به دلیل درآمد پایین تاجر سفرهای هوایی خود را انجام دهد، این ازجمله مصارف غیرعادی محسوب شود. (رحمدل، ۱۳۸۶، ص ۱۱۷).

قید مصارف شخصی را نباید شامل مصارفی دانست که تاجر برای اموری تجاری خود مصرف کرده باشد. به‌عنوان مثال، اگر تاجر در ارتباط با امور تجاری خود با هواپیما سفر کند که گران‌تر از سایر وسایل حمل‌ونقل است، نمی‌توان این را مصارف شخصی دانست؛

بنابراین، عبارت «مصارف شخصی» که در قانون ذکر شده است ناظر به موارد فرض نمود که تاجر صرفاً برای شخص خود خرج نموده باشد.

در این قسمت سؤالی مطرح می‌شود به اینکه آیا در قانون برای مصارف بیش از عایدات کدام معیاری را در نظر گرفته است و یا خیر؟ در جواب باید گفت که برخی از حقوق‌دانان بیان نموده است که تشخیص زیاده بودن مصارف تاجر نسبت به درآمد آن به عهده دادگاه است به هر دلیلی که احراز شود دادگاه مکلف است که حکم ورشکستگی به تقصیر را صادر نماید (اسکینی، ۱۳۸۷، ص ۸۳). برخی دیگر نیز گفته‌اند: «بدیهی است که مرجع تشخیص عادی یا غیرعادی بودن مخارج نیز عرف است. عرف در اینجا هم معیار شخصی را در نظر می‌گیرد و هم معیار نوعی را. بدین توضیح که ممکن است که باتوجه به شخصیت اجتماعی تاجر متخلف میزان هزینه‌های متعارف برای برگزاری مراسم فوت متفاوت باشد و اگر در مورد تاجری میزان مخارج کمتر، متناسب تلقی شود در مورد تاجری دیگر ممکن است میزان هزینه‌های بیشتر، عادی جلوه نماید» (رحمدل، ۱۳۸۶، ص ۱۲۳).

بنابراین، قانون‌گذار معیار مشخصی را در نظر نگرفته است و از صلاحیت دادگاه است که بر اساس چه معیاری مصارف بیش از عایدات را تعیین می‌کند. ممکن است دادگاه مصارف بیش از عایدات در اعضای خانواده تاجر را مثل مصرف عروسی بالا، سیر و سیاحت خارج از وسیع و توان را مناسب برای تاجر و خانواده وی را به عنوان مصارف بیش از عایدات تلقی نماید. برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند منظور از مصارف در ماده فوق مصارف عادی تاجر است، بنابراین اگر حالت فوق‌العاده‌ای برای تاجر پیش آید که به سبب آن مخارج او به صورت غیر مترقبه افزایش یابد در این صورت نمی‌توان تاجر را ورشکسته به تقصیر دانست؛ مثل اینکه تصادف ناگهانی و یا بیماری برای یکی از اعضای خانواده تاجر اتفاق افتاده باشد که بر اثر آن مصارف تاجر افزایش پیدا کند، این مورد مشمول ورشکستگی به تقصیر نیست (اسکینی، ۱۳۸۷، ص ۸۳). نکته دیگری که باید بیان نمود این است مصارف بیش از عایدات تاجر به صورت عادی جرم تلقی نمی‌شود و تاجر قابل تعقیب نیست. در صورتی می‌توان این مصارف را جرم دانست که منتهی به ورشکستگی شود. به عبارت دیگر این رفتار مجرمانه از جمله جرایم مقید به نتیجه است؛ یعنی اگر منتهی به ورشکستگی شود جرم است و اگر نه جرم دانسته نمی‌شود.



#### ۱-۱-۱-۲. تجارت نمودن به چیزی موهوم

در فقره دوم ماده فوق قانونگذار افغانستان برخی از رفتارها را بیان نموده است که نشانگر عمل مادی جرم ورشکستگی به تقصیر است «در حالتی که مبالغ هنگفت را در قماربازی، تکت-های بخت آزمایی یا شرط بندی صرف نماید» (ج ۳، ف ۲، م ۷۷۰ کود جزا). این رفتارها معاملاتی است که در عرف تجار نفع آن منوط به اتفاق محض است و خلاف عقل و منطق محسوب می شود، چنانچه در قانون تجارت ایران نیز این مورد پیش بینی شده است. «در صورتی که محقق شود که تاجر نسبت به سرمایه خود مبالغ عمده صرف معاملاتی کرده که در عرف تجارت موهوم یا نفع آن منوط به اتفاق محض است» (م ۵۴۱، قانون تجارت ایران). برای تحقق این رفتار باید چندین معیار در نظر گرفته شود:

الف) معیار مربوط به دارایی تاجر: بسته به اینکه سرمایه تاجر چقدر بزرگ است، حجم معاملات و کوچک بودن و اندازه آنها نیز باید متفاوت باشد، تاجر با سرمایه کمتر نمی تواند معامله بزرگی انجام دهد، به این امید که از معاملات فوق سود زیادی دریافت کند؛ بنابراین، به نظر می رسد که همه معیارها باید در تشخیص قضیه دخیل باشند.

ب) معیار مربوط به عرف تجارت: قانونگذار به عرف تجارت به عنوان یکی از معیارها اشاره کرده است. منظور از عرف تجارت عرف رایج در میان تاجران است. براین اساس، معامله ای که در عرف غیرتجاری غیرمتعارف تلقی می شود، نمی تواند در عرف تجار غیرمتعارف تلقی شود. به عنوان مثال، اگر بر اساس عرف تجارت انجام معاملات نسیه ای متعارف باشد و تاجر به اعتبار آنکه در طول زمان با کسب و کار بیشتر سودی را از قبیل معامله مزبور تحصیل خواهد کرد؛ ولی برخلاف حدس و گمان های وی نه تنها سودی عاید وی نشود؛ بلکه معامله مزبور زیان دیده باشد نمی توان وی را مقصر تلقی کرد به شرط آنکه معامله موهوم با سود پیش بینی شده وی اتفاق محض تلقی نشود.

ج) موهوم بودن یا اتفاق محض تلقی شدن معاملات: منظور از موهوم بودن معامله، معامله ای است که صرفاً بر اساس یک توهم استوار است و برای آن پیدا کردن یک مبنای معقول غیرممکن است، به عنوان مثال، خرید ملک با این ایده که اگر در آینده یک بزرگراه در کنار آن ساخته شود، سودهای عظیمی به همراه خواهد داشت این یک معامله موهوم تلقی می شود. از

این منظر می‌توان گفت که برخی از معاملات که می‌تواند برای افرادی انجام شود که هزینه‌های روزانه خود را بیش از حد دارند می‌تواند در بخش املاک و مستغلات سرمایه‌گذاری شود، اما در مورد یک تاجر که انتظار می‌رود سرمایه خود را هدایت کند و سود ببرد تا این منافع و حقوق طلبکاران را از قبل تضمین کند چنین معامله‌ای می‌تواند توهم آمیز تلقی شود.

منظور از معامله‌ای که نفع آن منوط به اتفاق محض است این است که در اصل تصور هر منفعت قابل پیش‌بینی برای این معامله غیرممکن است. براین اساس، اگر تاجر گندم را به مقدار زیاد معامله نماید، درحالی‌که در حالت معمول هیچ‌کس نمی‌خواهد گندم بخرد، و این ضروری نیست و هیچ توجیه اقتصادی برای این امر نمی‌تواند در نظر گرفته شود به این امید که اگر جنگی شروع شود و قحطی گندم رخ دهد، گندم افزایش قیمت پیدا می‌کند و سود هنگفتی به دست می‌آید. درآمد او را می‌توان گفت که چنین معامله‌ای از جمله معاملاتی است که سود آن به وقوع اتفاق محض بستگی دارد.

برخی بورس‌بازی و خرید بلیط بخت‌آزمایی را از مثال‌های بارز معاملات موهوم با معاملاتی که نفع آن منوط به اتفاق محض است تلقی کرده‌اند (دمرجیلی، ۱۴۰۱، ص ۸۲). برخی دیگر نیز رایج‌ترین فرض برای معاملات موهوم را بورس‌بازی سهام دانسته‌اند (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۲۰۸). ولی به اعتقاد برخی دیگر از حقوق‌دانان به نظر می‌رسد که بازار سهام را نمی‌توان با اطمینان به عنوان منبع قابل توجهی از معاملات توهم آمیز در نظر گرفت، زیرا یک تاجر می‌تواند منافع خرید سهام در بازار سهام را با کمک محاسبات دقیق که انجام می‌دهد، مطالعه کند؛ بنابراین، هر بازی بورس را نمی‌توان معاملات موهوم دانست؛ بنابراین ارتکاب این مورد فرق نمی‌کند که تاجر آن را به منظور سود و منفعت خود انجام داده باشد و یا به منظور ضرر وارد کردن به طلبکاران، تاجر اگر رفتارهای مذکور را انجام بدهد به امید اینکه در یک شب ثروتمند شود و مبالغ هنگفتی را صرف رفتارهای فوق نماید، مرتکب جرم ورشکستگی به تقصیر شده است ولو اینکه تاجر از نظر وضعیت مالی مطلوب بوده باشد اگر این عمل را انجام داده باشد قابل تعقیب است. البته مشروط به اینکه منتهی به ورشکستگی تاجر بشود.



### ۱-۱-۳. معاملات ضرری و گرفتن قرض

مطابق کد جزای یکی از رفتارهایی که قانون‌گذار آن را به‌عنوان عنصر مادی جرم ورشکستگی به‌تقصیر محسوب نموده آن است که «در حالتی که متاعی را بخرد و به‌قیمت نازل‌تر بفروشد یا مبالغ زیاد را قرض بگیرد یا اوراق بهادار را صادر یا وسایل دیگری را استعمال نماید، به‌نحوی که به سبب آن خساره‌ای بزرگ به او عاید گردد به‌منظور اینکه مال را به دست آرد و از این طریق افلاس خود را به تأخیر اندازد.» (ج ۳، ف ۲، م ۷۷۰ کد جزا). مطابق همین رفتارها در قانون تجارت ایران نیز بیان شده است که «اگر به‌قصد تأخیر انداختن ورشکستگی خود خریدی بالاتر یا فروشی نازل‌تر از مظنه روز کرده باشد یا اگر به همان قصد وسایلی که دور از صرفه است به‌کار برده تا تحصیل وجهی نماید اعم از این که از راه استقراض یا صدور برات یا به طریق دیگر باشد» (م ۵۴۱، قانون تجارت ایران). به گفته برخی از اندیشمندان صرف خرید بالاتر و فروش پایین‌تر از روال هرروز برای تحقق جرم ورشکستگی به‌تقصیر کافی نیست (اسکینی، ۱۳۸۷، ص ۸۳). بلکه به‌قصد تأخیر انداختن ورشکستگی این عمل رفتار را انجام بدهد. مثال واضح در این مورد این است که تاجر برای اینکه دیون خود را پرداخت نماید اقدام به خرید کالا به‌صورت نسیه می‌کند تا به قیمت اندک بفروشد و پول نقد به دست آورد و بدهی‌های حال خود را پرداخت نماید. مسلم است که این تاجر برای اینکه پول نسیه کالای خرید شده را پردازد باید دوباره اقدام به همچون معامله‌ای نماید. باتوجه به این معاملات وضع تاجر بدتر خواهد شد و این به ضرر طلبکاران است، لذا قانون‌گذار چنین رفتاری را جرم‌انگاری نموده است. برای توضیح بیشتر رفتارها فوق به‌صورت مجزا بیان می‌شود:

۱. فروختن متاع به قیمت نازل‌تر از خرید؛ مانند آنکه جنسی را به قیمت صد هزار افغانی خریده است، ولی آن را به پنجاه هزار افغانی بفروشد، مشروط بر این که فروش جنس به قیمت نازل‌تر یک امر غیرمنطقی و عقلانی باشد. تقصیر و سهل‌انگاری تاجر با این رفتار بسیار واضح است و خلاف منطقی و عقل است.

۲. قرض گرفتن مبالغ بسیار زیاد از دیگران؛ مانند آنکه مبالغ بسیاری را از تاجران و مردم در قبال پرداخت سود بسیار، قرض گرفته تا با آن تجارت کند، ولی در فعالیت‌های تجاری خود متضرر شده توان پرداخت قرض و سود آن را نداشته باشد و در نتیجه آن ورشکسته می‌شود. تقصیر تاجر از این جهت است که این رفتار تاجر خلاف احتیاط و دوراندیشی است.



۳. صادر کردن اوراق بهادار<sup>۱</sup>؛ مقصود آن است که اوراق بهاداری را به منظور تأمین سرمایه منتشر کند و در بازار بورس بفروشد تا از این طریق سرمایه بیشتر برای فعالیت‌ها تجاری تأمین نماید، ولی حقوق مالی و سود زیاد این اوراق موجب ورشکستگی او شود. این عمل تاجر بی احتیاطی و دوراندیشی محض است و مستحق مجازات خواهد بود.

۴. استعمال وسایل ریسک آور؛ وسایل دیگری استعمال کند که ریسک و خطر مالی بیشتری دارد. مانند آنکه پول را به عنوان مضاربه به شرط پرداخت اصل سرمایه از دیگران اخذ کند و در عوض به کار انداختن، این مبالغ در فعالیت‌های تجاری، آن را به جای دیون خویش پرداخت کند یا صد میلیون افغانی را از کسانی که خانه برای خود اجاره کرده‌اند، اخذ کند با این تعهد که آنان پول خود را در اختیار تاجر قرار دهند و در عوض دیون خویش را پرداخت کند. از آنجایی که تاجر با انجام دادن این اعمال ریسک و خطر بزرگی را متقبل می‌شود، عمل خلاف احتیاط و دوراندیشی را انجام داده است و مقصر است.

در موارد فوق‌الذکر در صورتی تاجر مرتکب تقصیر می‌شود که اولاً این اعمال سبب وارد شدن خسارت بزرگ به تاجر شود. منظور از خسارت بزرگ در اینجا خسارتی است که موجب ورشکستگی می‌شود نه هر خسارت دیگر. ثانیاً به منظور به دست آوردن مال اقدام به این رفتار نماید. ثالثاً از این طریق ورشکستگی خویش را به تأخیر اندازد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۲۱۰). باتوجه به این شروط رفتارهای فوق اگر منجر به ورشکستگی شود جرم تلقی شده و مرتکب قابل تعقیب خواهد بود.

۱-۱-۴. ترجیح دادن دین یکی از طلبکاران

رفتار مجرمانه این جزء پرداخت دین به یکی از داینان بعد از متوقف شدن از تأدیه دین است، قانون‌گذار افغانستان با اقتباس از قانون سابق فرانسه این رفتار را مصداق عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب نموده است. «در حالتی که بعد از متوقف ساختن تأدیه دین

<sup>۱</sup> - اوراق بهادار؛ به هر نوع ورقه یا مستندی گفته می‌شود که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین ویا منفعت آن است و تاجر ن را برای تأمین سرمایه مالی و فعالیت‌های تجاری خود منتشر می‌کند بر اساس این تعریف اوراق بهادار باید دو ویژگی داشته باشد اول: متضمن حقوق مالی باشد، دوم: قابل معامله و نقل و انتقال باشد. (عبدی پور، ابراهیم، مباحث تحلیلی از حقوق تجارت، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ج ۲، ۱۳۹۲، ص ۹۲)

به منظور رساندن ضرر به سایر داینین یا به قصد رسیدن به مصالحه، دین یکی از داینین را تأدیه نماید» (ج ۳، ف ۲، م ۷۷۰ کود جزا). از آنجایی که تمام دارایی ورشکسته وثیقه طلب طلبکاران است، نباید به ضرر یکی از طلبکاران طلب مابقی را پرداخت نماید، بلکه باید تمام پرداخت را از تاریخ ورشکستگی متوقف نموده تا طلبکاران بعد از تصفیه بر اساس سهم خود مقداری از طلب خود را دریافت نمایند. در ضمن باید گفت صرف پرداخت کردن به یکی از طلبکاران موجب تحقق این جرم می شود و نیاز به سوءنیت و متضرر کردن سایر داینین نیست (جمععی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۲۱۱). مانند آنکه ده میلیون افغانی به برادر خود مدیون است. بعد از آن که پرداخت دیون طلبکاران را متوقف ساخته است، قرض او را به قصد ایراد خسارت به سایر داینین، تأدیه کند و یا اینکه به قصد مصالحه قرض او را پرداخت کند. مثلاً به جای ده میلیون، هشت میلیون آن را بدهد به قصد اینکه دائن دو میلیون دیگر را از او اخذ نکند. علاوه بر اینها اگر تاجر به قصد ضرر سایر داینین نصف دین یکی از طلبکاران را پرداخت نماید نوع مصالحه است و شامل جزء از رفتار خواهد شد؛ بنابراین تاجر با انجام این عمل از این جهت مرتکب تقصیر شده است که اصل تساوی داینین را رعایت نکرده است. چنانچه در قانون تجارت ایران نیز ترجیح دادن یکی از داینین جرم شمرده است. «اگر یکی از طلبکارها را پس از تاریخ توقف بر سایرین ترجیح داده و طلب او را پرداخته باشد.» (م ۵۴۱ قانون تجارت ایران). بنابراین همه طلبکاران تاجر به نسبت مجموع دیون او به سرمایه، به نسبت طلب در مال او حق دارند. از باب مثال اگر مجموع سرمایه کشف شده تاجر به اندازه نصف دیون او باشد، هر دائن به اندازه نصف دین خویش در مال موجود او حق دارد. تاجر با پرداخت دین یکی از داینین این اصل تساوی را نقض می نماید.

مطلبی که در اینجا قابل یادآوری است اینکه رفتار فوق به خلاف سه رفتار قبلی ناظر به زمان بعد از توقف تاجر ورشکسته می باشد. مقنن افغانستان و ایران زمان بعد از تحقق وقفه تاجر ورشکسته در مورد معاملات وی برخی محدودیتها را وضع نموده است، یکی از آن موارد عدم ترجیح دادن طلبکاران نسبت به دین است. چنانچه برخی در این مورد بیان داشته است: «به عبارت دیگر، ایجاد حق تقدم برای یکی از طلبکاران نسبت به طلبکاران دیگر اگر قبل از توقف باشد با ضمانت اجرای مدنی همراه است؛ ولی اگر بعد از تاریخ توقف باشد، هم با ضمانت اجرای مدنی همراه است و هم با ضمانت اجرای کیفری» (رحمدل، ۱۳۸۶،



ص ۱۲۶). بنابراین هیچ‌یک از طلبکاران در اخذ دیون خویش برتری بر دیگری ندارند، از منظر حقوقی نمی‌توان حق تقدم برای کی از آنان در اخذ طلب از تاجر ورشکسته در نظر گرفت. زیرا دارای تاجر ورشکسته وثیقه برای طلب همه طلبکاران است نه برخی از آنان که ارتباط قومی و دوستی با تاجر دارند؛ لذا تاجر مکلف است بعد از تاریخ توقف هر نوع پرداختی را متوقف نماید تا هریک از طلبکاران وی پس از تصفیه‌ی اموال، مقدار طلب خود را برحسب نسبت سهم از کلیه دارایی باقی مانده تاجر ورشکسته اخذ نماید. باید توجه داشت که پرداخت سهم یکی از طلبکاران موجب ضایع شدن حقوق سایر طلبکاران می‌شود.

با استفاده از بند فوق ماده قانونی ملاحظه می‌شود که مقنن افغانستان و ایران قائل شدن حق تقدم از طرف تاجر به نفع یک یا چند نفر از طلبکاران نوعی مواضعه و تبانی برای تضییع حقوق سایر طلبکاران می‌باشد. زیرا اگر تاجر در این امر محدود نباشد ممکن است برای خود طلبکاران صورتی ایجاد نماید تا از این برخی از اموال خود را اختصاص به طلبکاران صورتی نماید، هم چنین ممکن است با طلب کاری که ارتباط خویشاوندی دارد مقدم بدارد. بنابراین رفتار فوق مخالف با عدالت است و مستحق مجازات می‌باشد (آقابائی طاقانکی، ۱۳۹۹، ص ۴۵).

#### ۵-۱-۱-۱. مصالحه با داینان

رفتار دیگر که به عنوان جزء عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب می‌شود مصالحه با داینان به وسیله تقلب است؛ مقصود از این رفتار آن است که تاجر از پرداخت دیون خویش خودداری نماید و ادعا کند که دچار ورشکستگی شده است و توانایی پرداخت دیون آنان را ندارد، ولی در واقع ورشکسته نشده باشد و از این طریق آنان را وادار کنند که با تاجر مصالحه و تنها به دریافت بخشی از دین خود راضی شوند. این رفتار در قانون جرم محسوب می‌شود چنانچه در کود جزا افغانستان پیش‌بینی شده است «در حالتی که به وسیله تقلب با داینان به مصالحه برسد.» مثلاً خود را ورشکسته جلوه داده تا طلبکاران ادعای حق خود را نه نمایند؛ اما قانون تجارت ایران مورد فوق را جرم‌انگاری نکرده است. به نظر برخی از دکترین حقوقی ممکن است در کود جزا نیز اشتباه شده باشد؛ چون اولاً این مورد از جمله جرایم تقصیری نیست؛ بلکه تقلبی می‌باشد علاوه بر این عنصر معنوی سایر فقره‌های این ماده از نوع غیر عمدی است؛ ولی از این فقره عمدی به نظر می‌رسد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص ۲۱۱). پس ممکن است در این مورد اشتباهی رخ داده باشد.



قانون‌گذار در هنگام وضع قوانین یک سلسله شرایط، اوضاع و احوال را برای جرم در نظر گرفته و این شرایط شرط تحقق جرم است و با نبودن آن‌ها اساساً جرم محقق نمی‌شود؛ لذا شرایط که در این قسمت در نظر گرفته شده است بیان می‌شود. در قدم نخست باید گفت که جرم ورشکستگی همان‌طوری که قبلاً بیان شد اغلب مربوط به تاجر است، لذا باید دانسته شود که تاجری که موضوع جرم ورشکستگی قرار گرفته است چه کسی است؟

شخصی که شغل آن تجارت است و آن را به عنوان یک حرفه معمولی برای خود پذیرفته از نظر قانون‌گذار تاجر محسوب می‌شود. قانون برای احراز حالت تاجر برحسب موضوع تجارت حکم می‌کند، بنابراین تاجر شخصی است که پیشه او انجام تجارت باشد. چنانچه در قانون ذکر شده است: «هر شخص اعم از افراد و شرکت‌ها که حائز اهلیت تجارتي بوده بنام خود به یک یا چند معامله تجارتي اشتغال ورزیده و این شغل را پیشه معتاد قرار بدهد تاجر شمرده می‌شود.» (م ۸، قانون تجارت افغانستان). در قانون تجارت ایران برای تعریف تاجر آمده است: «تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجارتي قرار بدهد.» (م ۱، قانون تجارت ایران). باتوجه به این تعریف پس قانون‌گذار برای احراز حیثیت تاجر فعالیت‌های او را در نظر گرفته است؛ یعنی تاجر باید این کار را پیشه و معتاد خود قرار بدهد. برای کسب جایگاه تاجر سه شرط باید رعایت شود: انجام فعالیت‌های تجاری، حرفه‌ای بودن آن‌ها و صلاحیت فرد برای انجام این فعالیت‌ها.

اول - انجام فعالیت‌های تجاری: فعالیت‌های تجاری مشاغلی هستند که تاجر برای احراز حیثیت تجاری خود ملزم به انجام آن فعالیت‌های هستند. مانند خرید اموال منقول تا آن‌ها را با سود بفروشند. در قانونی یا غیرقانونی بودن این تجارت هیچ تفاوتی وجود ندارد، کسی که به صورت حرفه‌ای مواد مخدر را به قصد فروش و سود بخرد، دلال محسوب می‌شود حال آنکه غیرقانونی بوده و دلال نیز تاجر محسوب می‌شود. باین حال، اشتغال به فعالیت‌های تجاری برای اعطای وضعیت تاجر به مسئول آن کافی نیست، بلکه تاجر فعالیت‌های تجاری را مستقلاً به نام خود و حساب خود انجام دهد. به قسمی که سود و زیان حاصل از این فعالیت‌ها متوجه خود تاجر باشد (العوضی، ۲۰۰۷، ص ۳۳). بنابراین تاجر به کسی گفته می‌شود که فعالیت‌های تجاری را انجام دهد و قانون‌گذار آن‌ها را تاجر بداند. بر علاوه این

گاهی ممکن است اتفاق بیفتد که شخصی درحالی که عقب شخص دیگری به تجارت می‌پردازد، مثلاً پزشک، قاضی و کارمند دولتی بر اساس قانون حق اشتغال به تجارت را ندارند؛ ولی شخص دیگری را وکیل کرده‌اند تا مسائل تجاری را پیش ببرد در حال که وکیل به حساب خود تجارت نمی‌کند در این صورت هم شخصیت تجاری به شخص ظاهر (وکیل) و هم به شخص پنهان (قاضی یا پزشک) اعطا می‌شود. شخص ظاهری، حتی اگر برای خودکار نکند، اما درواقع ظاهری را ایجاد می‌کند که دلالت آن به آن اعتماد دارند و به آن تکیه می‌کنند، گویی برای خود پذیرفته است که برای کسب کیفیت در مقابل دیگران متعهد باشد. (وجیه کمال، ۲۰۰۹، ص ۱۹)

دوم - حرفه‌ای کردن کسب و کار: حرفه‌ای بودن به این معناست که معمولاً فعالیت یک فرد به سمت یک کار خاص سوق داده می‌شود تا زمانی که این کار تبدیل به حرفه‌ای برای کسب درآمد برای او شود. اولین عنصر حرفه‌ای بودن، تکرار انجام یک کار خاص به صورت مداوم و منظم است. اساساً هر کس به‌طور معمول تجارت انجام دهد تاجر محسوب نمی‌شود. الزامی نیست که کار تجاری تمام فعالیت‌های شخص را در برگیرد یا به غیراز تجارت، فعالیت دیگری انجام ندهد. ممکن است شخصی یک حرفه تجاری داشته باشد و یک حرفه دیگر مانند طبابت که مشغول به کار است؛ اما قانون برای حمایت از دیگران، کسی را تاجر تلقی می‌کند که در روزنامه، جزوه یا هر وسیله دیگری از مغازه‌ای که برای انجام معاملات بازرگانی تأسیس و افتتاح کرده است، اعلان کند، هرچند که تجارت را پیشه نکرده باشد (همان، ص ۲۲). برای اعلان‌شده آن نیاز است تا اسم مشخص و غیرتکراری را برای خود اختصاص داده باشد تا بر اساس جریده و یا روزنامه اعلان شود و از تکرار آن اسم جلوگیری به عمل آید. چنانچه در ماده ۲۲ قانون تجارت افغانستان و ماده ۱۸ قانون تجارت ایران به این نکته اشاره شده است.

ثالثاً - صلاحیت تجاری: شخصی در صورت رسیدن به سن بلوغ که در قوانین افغانستان هجده سال شمسی و ایران پانزده سال قمری کامل است، اعم از داخلی یا خارجی، واجد شرایط تجارت تلقی می‌شود، لذا ماده ۲۹ قانون تجارت افغانستان مقرر داشته «سن رشد هجده سال مکمل شمسی می‌باشد. شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات، دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته می‌شود» و نیز مطابق ماده ۲۱۰، ۲۱۱ و ۲۱۲



قانون مدنی ایران، متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند و اهلیت داشتن به معنای بالغ و عاقل و رشید بودن است. لذا معامله با اشخاصی که اهلیت ندارند باطل است. ۱ نکته دیگر که در این مورد قابل ذکر است اینکه در حقوق مدنی افغانستان برای برخی از ناقص اهلیت جواز تجارت داده می شود اما اینکه روند آن چگونه باشد قانون پیش بینی نکرده است. چنانچه ماده ۲۵ این قانون مقرر می دارد «اقامتگاه ناقص اهلیت، محجور، مفقود و غایب عبارت از اقامتگاه قایم مقام قانونی شان می باشد. اشخاص ناقص اهلیت که مأذون به تجارت باشند، می توانند در مورد اجرای معاملات و تصرفات مجوزه، صاحب اقامتگاه خاص شناخته شوند.» از واژه مأذون دانسته می شود که طی پروسه ای به برخی اشخاص فاقد اهلیت اجازه تجارت داده می شود.

#### ۱-۱-۳- نتیجه مجرمانه

همان طوری که قبلاً مطرح گردید یکی از اجزای عنصر مادی نتیجه مجرمانه است. با توجه به مقید بودن و یا عدم مقید بودن تحقق جرم به نتیجه مجرمانه، جرایم به دودسته تقسیم می شود که عبارت از مطلق و مقید می باشد. جرم مقید به نتیجه جرمی است که بر اساس تعریف قانونی و یا صدق عرفی آن زمان محقق می شود علاوه بر رفتاری فیزیکی نتیجه که از منظور شده است محقق گردد. جرم مطلق جرمی است که محقق شدن آن منوط به نتیجه خارجی نمی باشد.

با نگاه سطحی و ظاهری اولیه نسبت به رفتارهای جرایم ورشکستگی به تقصیر چنین برداشت می شود که این جرایم مقید به تحقق ورشکستگی هستند. یعنی تا نتیجه حاصل نشده است، جرم واقع نمی شود، بنابراین اگر مصارف بیش از عایدات که در ماده ۷۷۰ کود جزای افغانستان و ۵۴۱ قانون تجارت ایران پیش بینی شده است سبب ورشکستگی شود، این رفتار به عنوان جرم پنداشته می شود. هم چنین تجارت به چیزی موهوم در صورتی جرم محسوب

۱- اما اگر صبی اقدام فعالیت تجاری کند نیاز به اجازه ولی است « اگر تجارت خانه بیک صغیر انتقال یابد در صورتیکه محکمه مربوطه تجارتی در ادامه تجارت از طرف ولی و یا وصی او فایده تصور کند میتواند ولی و یا وصی را به ادامه آن اجازه بدهد اگر ولی و یا وصی دارای اهلیت قانونی برای اجرای تجارت نباشد و یا از اجرای تجارت منع شده باشد به او اجازه داده نمیشود تا این که وصی یا ولی دیگری که برای تجارت صالح باشد تعیین شود.» م ۵، قانون تجارت افغانستان.

می‌شود که سبب ورشکستگی شود، انجام معاملات و گرفتن قرض رفتاری است که در نفس خودش نه قبح عقلی دارد و نه منع قانونی اما وقتی این رفتار منجر به ورشکستگی شود جرم دانسته شده و برای آن مجازات در نظر گرفته شده است. ترجیح دادن دین یکی از طلبکاران اگرچند از نظر عقلی و عرفی قبیح به نظر می‌رسد اما این ترجیح دادن که منجر به ورشکستگی نگردد رفتار ممنوعه نیست. در نتیجه می‌توان گفت که اگر از رفتارهای فوق منتهی به ورشکستگی نشود آن رفتار جرم نیست، پس جرم ورشکستگی به تقصیر از جمله جرایم مقید به نتیجه بوده تا نتیجه که عبارت از توقف دین و صدور حکم ورشکستگی از طرف محکمه می‌باشد حاصل نشود این رفتار نیز جرم محسوب نمی‌شود.

و لکن مقید دانستن این جرایم به ورشکستگی و توقف را علی‌الاصول نباید مقید به نتیجه دانست. بلکه ممکن است ورشکستگی از جمله شرایط تحقق جرم ورشکستگی به تقصیر است و شرط تحقق جرم با نتیجه مجرمانه نباید اشتباه شود. بهتر به نظر می‌رسد که در مورد مقید و عدم مقید بودن نتیجه مجرمانه اضرار به طلبکاران نیز مورد بررسی قرارداد که آیا اضرار به طلبکاران نتیجه مجرمانه ورشکستگی به تقصیر و یا به تقلب می‌شود و یا خیر؟ برخی در این مورد گفته‌اند که ممکن است ضرر به طلبکاران نتیجه مجرمانه ورشکستگی محسوب شود (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ص ۱۶۰). لذا در نتیجه رفتارهای فوق ضرر به طلبکاران وارد نشود جرم موضوع ماده ۷۷۰ کود جزا و ۵۴۱ قانون تجارت نیز محقق نمی‌شود. از طرف دیگر بر اساس مواد فوق صرف نمودن مبالغ زیاد نسبت به سرمایه که در عرف تجارت موهوم که منافع در آن منوط به اتفاق معض است از طرف تاجر موجب ورشکستگی به تقصیر می‌شود، هرچند در نگاه اولیه رفتار که در این بند جرم‌انگاری شده است مقید به نتیجه خاص نباشد. اما با توجه به اصل تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم باید این جرم را نیز مقید به نتیجه دانست. یعنی اگر این رفتار موجب ورشکستگی و صدور حکم ورشکستگی بی‌انجامد می‌توان تاجر ورشکسته به تقصیر معرفی نمود؛ اما برخی دیگر نیز این مورد نتیجه جرم ندانسته بلکه گفته‌اند در این قسمت نیز نتیجه مجرمانه رود زیان و خسارت به غیر می‌باشد (محمدرزاد وادقانی، ۱۳۹۶، ص ۹).



شاید بهتر باشد در این قسمت از رفتار مجرمانه که عبارت معاملات موهوم باشد قائل به تفکیک شد؛ زیرا معاملات موهوم چه قبل از ورشکستگی باشد و چه بعد از ورشکستگی منجر به حکم ورشکستگی به تقصیر می‌شود؛ اما در مورد نتیجه باید دو گزینه مجزا از هم فرض نمود.

۱. اگر تاجر معامله موهوم را قبل از ورشکستگی مرتکب شده باشد نتیجه مجرمانه آن ورشکستگی فرض شود و این ورشکستگی نیز موجب اضرار به طلبکاران می‌شود.

۲. اگر تاجر معامله موهوم را بعد از ورشکستگی مرتکب شده باشد نتیجه مجرمانه که ضرر به طلبکاران باشد محقق شده است.

با این حساب هر یک از دیدگاه در نظر گرفته شود نتیجه مجرمانه این رفتار اضرار به طلبکاران است که اگر رفتار تاجر منجر به ضرر طلبکاران شود جرم موضوع ماده فوق محقق شده است.

#### ۱-۲- عنصر معنوی

بر اساس رفتارهای فوق‌الذکر باید گفت که در رفتار اول تا سوم عنصر معنوی جرم ورشکستگی به تقصیر وجود دارد و از نوع جرم غیر عمدی است. در همه این جرایم مرتکب دچار خطای جزایی می‌شود و خطای جزایی او از این امر ناشی می‌شود که به اندازه یک انسان معمول و متعارف درباره عواقب و نتایج کارهای خطرناک خویش توجه، دقت و تفکر نمی‌کند و این عدم اندیشیدن و دقت موجب بی‌احتیاطی شدید در مقام عمل می‌شود که خود اماره و نشانه بر این تقصیر ذهنی است. اگر تاجر قبل از قماربازی، شرط‌بندی، خریدن تکت‌های بنخت‌آزمایی توجه و دقت می‌کرد، در صدد ثروتمند شدن یک‌سبب نمی‌بود و پول هنگفتی را صرف آن‌ها نمی‌کرد. اگر به عواقب خطرناک پرمصرفی بیش از عایدات خود و فروش مال به کمتر از قیمت خرید و انتشار اوراق بهادار با سود بالا و گرفتن قرض به سود بسیار و... توجه و دقت می‌کرد، هیچ‌کدام از این اعمال را انجام نمی‌داد و در نتیجه دچار ورشکستگی نمی‌شود.

اما رفتارهای چهارم و پنجم از نوع عمدی است. در رفتار چهارم قانون‌گذار به‌صراحت به عمدی بودن جرم اشاره کرده است که «تاجر به منظور رساندن ضرر به سایر داینین با قصد رسیدن به مصالحه دین یکی از داینان را تأدیه کند» (ج ۴، ف ۲، م ۷۷۰ کود جزا) و یا «اگر به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی...» (ج ۳، م ۵۴۱ قانون تجارت ایران). این جرم بیان شده

از نوع عمدی است؛ چون ماهیت، فریب‌کاری، حیله و نیرنگ، امر عمدی است، تقلب بدون عمد و قصد امکان ندارد؛ یعنی شخص هم بخواهد تقلب کند و هم در تقلب تعدد و قصد نداشته باشد امکان ندارد.

## ۲. عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک

در قانون کیفری افغانستان ورشکستگی به تقصیر به دودسته تقسیم شده است: ورشکستگی به تقصیر بزرگ و کوچک، اما در قوانین ایران این تقسیم‌بندی تحت ورشکستگی اختیاری و اجباری بحث شده است. عناصر ورشکستگی به تقصیر بزرگ و یا اجباری بررسی شد. در این قسمت از پژوهش به بررسی عناصر جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک و یا اختیاری پرداخته می‌شود. عنصر قانونی این جرم در ماده ۷۷۱ کود جزای افغانستان<sup>۱</sup> و ۵۴۲ قانون تجارت ایران<sup>۲</sup> بیان شده است. در این قسمت به بررسی عنصر ماده و روانی آن پرداخته می‌شود.

### ۱-۲. عنصر مادی

باتوجه به قوانین کیفری افغانستان و ایران ملاحظه می‌شود که عناصر تشکیل دهنده جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک یا اختیار پیش‌بینی شده که ذیلاً به بررسی آن پرداخته می‌شود.

### ۱-۱-۲. رفتار مجرمانه

داشتن دفتر تجارتي منظم، تنظيم کردن ورقه بيلانس، تقديم نمودن اظهارات صحيح در صورت درخواست محكمه از تاجر و حاضر شدن در محكمه در صورت جلب او از جمله

۱ - «تاجری که به افلاس وی حکم قطعی صادر گردیده در یکی از حالات آتی مفلس مقصر شناخته می‌شود: ۱- در حالی که قوانین تجارتي داشتن دفاتر تجارتي را لازم شمرده باشد و وی دفاتر مذکور را نداشته باشد یا دفاتر طوری نامکمل و نامنظم باشد که از آن حقیقت‌داری و فرض‌های وی معلوم نه گردد. ۲- در حالی که ورقه بیلانس خود را در ميعاد قانونی تقديم نه نماید. ۳- در حالی که بعد از متوقف ساختن تأدیات، اظهارات صحیح را که قانوناً به آن مکلف است تقديم نه نماید. ۴- در حالی که بدون عذر معقول در صورت طلب، شخصاً به مرجعی که حکم افلاس وی را صادر نموده حاضر نه گردد یا اظهاراتی را که مرجع مذکور از وی مطالبه نماید، تقديم نکند یا عدم صحت این اظهارات ظاهر گردد.»

۲ - «در موارد ذیل هر تاجر ورشکسته ممکن است ورشکسته به تقصیر اعلان شود: ۱- اگر به حساب دیگری و بدون آن‌که در مقابل عوضی دریافت نماید تعهداتی کرده باشد که نظر به وضعیت مالی او در حین انجام آنها، آن تعهدات فوق العاده باشد. ۲- اگر عملیات تجارتي او متوقف شده و مطابق ماده ۴۱۳ این قانون رفتار نکرده باشد. ۳- اگر از تاریخ اجراء قانون تجارت مصوب ۲۵ دلو ۱۳۰۳ و ۱۲ فروردین و ۱۲ خرداد ۱۳۰۴ دفتر نداشته یا دفاتر او ناقص یا بی‌ترتیب بوده یا در صورت دارایی وضعیت حقیقی خود را اعم از قروض و مطالبات به طور صحیح معین نکرده باشد (مشروط بر این‌که در این موارد مرتکب تقلبی نشده باشد).



الزامات است که قانون برای یک تاجر تعیین نموده است. در صورت عدم انجام تکلیف قانون‌گذار تاجر مجرم دانسته و برای وی مجازات در نظر گرفته است. ذیلاً هر یک از این رفتارها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱-۱-۱-۱-۲. نداشتن و تنظیم نکردن دفتر

این جرم مشتمل بر دو رفتار است و برای هرکدام قانون‌گذار عنصر مادی مستقل پیش‌بینی کرده است.

الف) نداشتن دفتر: اولین رفتار مجرمانه که قانون پیش‌بینی کرده است نداشتن دفاتر تجارته است چنانچه در قانون آمده است: «نداشتن دفاتر تجارته در صورتی که قوانین تجارته داشتن دفاتر تجارته را لازم شمرده باشد» (م ۷۷۱، کود جزا). این مورد نیز در قانون تجارته ایران نیز بیان شده است؛ اما باید توجه داشت که این مورد در قوانین کیفری ایران از موارد اختیاری است به این معنی که در قانون تجارته ایران ماده ۵۴۲ آمده است «در موارد ذیل هر تاجر ورشکسته ممکن است ورشکسته به تقصیر اعلان شود...» در اینجا واژه ممکن است به کاررفته و از آن استنباط می‌شود که قانون برای قاضی در تعیین مجازات اختیار داده است لذا مقرر داشته: «اگر از تاریخ اجرا قانون تجارته مصوب ۲۵ دلو ۱۳۰۳ و ۱۲ فروردین و ۱۲ خرداد ۱۳۰۴ دفتر نداشته...» (م ۵۴۲، قانون تجارته ایران).

این جرم از نوع ترک فعل است که قانون‌گذار عدم انجام این وظیفه الزامی را که عبارت از سه نوع دفتر تجارته به حکم ماده ۶۵ اصول نامه تجارته افغانستان است، جرم‌انگاری کرده است. در این ماده آمده است «هر تاجر مجبور است سه دفتر یعنی دفتر دارایی، دفتر کل و دفتر یومیه داشته باشد. علاوه بر این مجبور است مینوت تمام مکاتبات و تلگرامات صادره و اصل تمام تلگرامات و مکاتب وارده را با اوراق تأدیات به صورت منظم حفظ نماید.» از عبارت «داشتن دفاتر تجارته را لازم شمرده باشد» در این جزء استفاده می‌شود اگر تاجر این سه دفتر نوع الزامی را که در ماده ۶۵ اصول نامه ذکر شده است، نداشته باشد، مرتکب جرم موضوع این ماده می‌شود؛ بنابراین در صورتی که تاجر دفاتر غیر الزامی را که در ماده ۶۶ اصول نامه بیان شده است، تهیه نکند، مشمول این ماده نمی‌شود و مقصر به حساب نمی‌آید. دفاتر تاجر، منبع خوبی برای دست‌یابی به اطلاعات درباره میزان دارایی، سرمایه، دیون تاجر بر ذمه دیگران

و دیون دیگران بر عهده تاجر است. به همین دلیل قانون‌گذار نداشتن این دفاتر را یک نوع تقصیر به شمار آورده است. البته در صورتی دفاتر تاجر منبع خوب اطلاعاتی است که بر اساس قانون، به صورت کامل و صحیح تنظیم شده باشد. از این رو تاجر ملزم است که دفاتر خود را به صورت صحیح و کامل تنظیم کند. در صورتی که از انجام این عمل خودداری کند، به حکم جزء ۱ ماده ۷۷۱ مرتکب جرم شده است.

ب) تنظیم نکردن دفتر مطابق مقررات: رفتار دوم که قانون‌گذار به عنوان عنصر مادی پیش‌بینی کرده است تنظیم نکردن دفتر تجاری است؛ یعنی ممکن است دفتر داشته باشد؛ ولی مطابق به مقررات تنظیم نشده است. چنانچه در کود جزا بیان شده است: «تنظیم نکردن دفاتر به صورت کامل و منظم» و در قانون تجارت ایران بیان شده است: «... یا دفاتر او ناقص یا بی ترتیب بوده یا در صورت دارایی وضعیت حقیقی خود را اعم از قروض و مطالبات به طور صحیح معین نکرده باشد مشروط بر این که در این موارد مرتکب تقلبی نشده باشد» (م ۵۴۲، قانون تجارت ایران). بنابراین اگر دفاتر تجاری تاجر به گونه‌ای باشد که نتوان از این دفاتر حقیقت دارایی و قرض‌های تاجر را معلوم کرد؛ مانند آنکه تاجر بعضی از معاملات یا سرمایه‌ها یا برخی از قروض خود را در دفتر ننویسد مشمول این جرم خواهد بود. موضوع این دو جرم، دفاتر تجاری تاجر است که ترک فعل (نداشتن دفاتر تجاری یا تنظیم نکردن دفاتر تجاری) به صورت کامل به آن تعلق می‌گیرد.

#### ۲-۱-۱-۱-۲. تقدیم نکردن ورقه بیلانس

رفتار دومی که به عنوان عنصر مادی این جرم در قانون افغانستان پیش‌بینی شده و در قانون ایران جرم‌انگاری نشده است تقدیم نکردن ورقه بیلانس در وقت آن می‌باشد. چنانچه در کود جزا آمده است: «تقدیم نکردن ورقه بیلانس در میعاد قانونی است» (م ۷۷۱ کود جزا). مقصود از ورقه بیلانس، گزارش مالی است که وضعیت دارایی، دیون و سرمایه یک تاجر را نشان می‌دهد. تاجر هر ساله این گزارش مالی را تهیه می‌کند تا وضعیت دارایی و دیون، ورشکستگی و عدم آن مشخص گردد. در فقره ۳ ماده ۶۹ اصول نامه تجارت درباره تکلیف تاجر در ترتیب بیلانس تجاری و تعریف آن آمده است: «تاجر مجبور است در آخر هر سال حسابی یک بیلانس را که حاوی مقدار دیون و دارایی مخصوص تجارت او باشد ترتیب و در این دفتر درج نماید. بیلانس دست‌کم در سال یک‌بار باید ترتیب شود.» به حکم این ماده تاجر در هر سال





در پایان دوره مالی و حسابی خود ملزم به تهیه بیلانس تجارتي است. بیلانس که در واقع خلاصه دفتر دارایی کل تاجر است، باید حاوی دو امر باشد، اول دیون دیگران که بر ذمه تاجر است و دوم اینکه دارایی تاجر اعم از اموالی که فعلاً در اختیار دارد یا دیونی که بر عهده دیگران است. بنابراین اگر ورقه بیلانس را تقدیم نکند و ورشکستگی تاجر اعلان شود تاجر قابل تعقیب خواهد بود.

## ۲-۱-۱-۳. تقدیم نکردن اظهارات صحیح

رفتار سوم که به عنوان عنصر مادی این جرم در قانون افغانستان پیش بینی کرده است تقدیم نکردن اظهارات صحیح است چنانچه در کود جزا بیان شده: «تقدیم نکردن اظهارات صحیح بعد از متوقف کردن تأدیه دیون» (م ۷۷۱، کود جزا). طبیعی است هنگامی که تاجر پرداخت دیون خود را متوقف کرد، داینین تاجر از او به محکمه شکایت خواهند کرد و محکمه از او سؤال خواهد نمود که علت پرداخت توقف در دیون شما چه است؟ تاجر ملزم است که باین حقیقت علت توقف پرداخت را توضیح دهد، در صورتی که موصوف در این موارد برخلاف حقیقت، اظهارات کتبی یا شفاهی ارائه دهد، مجرم شناخته خواهد شد؛ مانند آن که در واقع معامله ای انجام نداده ولی به خاطر فرار از پرداخت دیون برای خود معامله صوری تنظیم نموده تا دیون را به تأخیر اندازد یا ادعا کند که قربانی جرم فریبکاری شده و سرمایه خویش را از دست داده است، ولی واقعیت برخلاف آن باشد. در قانون تجارت ایران به صورت صریح که تقدیم نکردن اظهارات صحیح را جرم انگاری کرده باشد مطلبی ملاحظه نمی شود ولی از فحوای ماده ۵۴۲ دانسته می شود که اظهارات تاجر در دادگاه باید مطابق به واقع بوده باشد چنانچه مقرر شده است: «اگر عملیات تجارتي او متوقف شده و مطابق ماده ۴۱۳<sup>۱</sup>، این قانون رفتار نکرده باشد.» بنابراین اگر در محکمه اظهارات درست و مطابق به واقع را بیان نکند ممکن است رفتار تاجر جرم تلقی شود.

<sup>۱</sup> - «تاجر باید در ظرف سه روز از تاریخ وقفه ای که در تأدیه قروض یا سایر تعهدات نقدی او حاصل شده است توقف خود را به دفتر محکمه بدایت محل اقامت خود اظهار نموده صورت حساب دارایی و کلیه دفاتر تجارتي خود را به دفتر محکمه مزبوره تسلیم نماید.»

رفتار چهارم که به‌عنوان عنصر مادی در قانون افغانستان پیش‌بینی شده است. شامل دو ترک فعل و یک فعل می‌باشد، ترک فعل اول چنانچه در قانون مقرر شده است.<sup>۱</sup> عدم حضور در مرجعی است که حکم ورشکستگی وی را صادر نموده، البته این عدم حضور در صورت جرم تلقی می‌شود که برای آن عذر معقول و موجه نداشته باشد. و ترک فعل دومی که در قانون مقرر شده است<sup>۲</sup> عدم تقدیم اظهاراتی است که مرجع صدور حکم ورشکستگی از وی خواسته باشد. سرانجام بعد از دو ترک فعل یک رفتار انجام فعل برای تاجر پیش‌بینی شده است<sup>۳</sup> که اگر تاجر در مقام ارائه اظهارات خلاف واقع را بیان نماید، طوری بیان نماید که خلاف واقع بودن آن آشکار باشد. این جرایم هنگامی ارتکاب می‌یابد که تاجر پرداخت دیون خویش را متوقف و اعلام ورشکستگی کند و سپس شخص او یا بعضی از داینین از محکمه تجارتي درخواست صدور حکم ورشکستگی او را نماید و حکم ورشکستگی او نیز از محکمه مذکور صادر شود. در این صورت اگر محکمه تجارتي برای روشن شدن حقیقت و چگونگی پرداخت دیون و یا انجام سایر امور از سوی تاجر، احتیاج به توضیح داشته و از او درخواست کند که در محکمه حاضر شود و تاجر به تکلیف و وظیفه الزامی خود عمل نکند یا در محکمه حاضر شده اما از اظهارات خودداری کند، بر اساس این جزء مرتکب جرم شده است، مشروط بر این‌که عدم انجام این دو تکلیف قانونی ناشی از عذر معقول نباشد. در غیر این صورت مسؤولیت جزایی ندارد؛ مانند آن‌که تاجر به دلیل بیماری، مسافرت، اختطاف یا مشکلات مشابه دیگر نتواند به محکمه حضور یابد و اظهارات خود را تقدیم کرده نتواند.

رفتار مجرمانه سوم زمانی ارتکاب می‌یابد که تاجر اظهارات شفاهی یا کتبی خود را ارائه دهد، ولی این اظهارات مخالف با واقع باشد به‌گونه‌ای که خلاف آن برای محکمه اثبات شود؛ مانند آن‌که در محکمه اظهار بدارد بر اثر مصارف فوق‌العاده اتفاقی (مانند تصادف و یا بیماری یکی از اقارب تاجر) پرداخت دیون متوقف شده است در حالی که همچنین اتفاقی رخ نداده،

<sup>۱</sup> - «در حالی که بدون عذر معقول در صورت طلب، شخصاً به مرجعی که حکم افلاس وی را صادر نموده حاضر نه گردد یا اظهاراتی را که مرجع مذکور از وی مطالبه نماید، تقدیم نکند یا عدم صحت این اظهارات ظاهر گردد.» ماده ۷۷۱ کدود جزا.

<sup>۲</sup> - «تقدیم نکردن اظهارات کتبی است که مرجع مذکور از وی برای ادای توضیحات مطالبه کرده است» همان.

<sup>۳</sup> - «اظهارات خلاف واقع است به‌گونه‌ای که عدم صحت این اظهارات آشکار گردد». همان.



یا ادعا کند که سرمایه او به سرقت رفته است درحالی که خلاف واقعیت را بیان داشته باشد. در همه این سه مورد تاجر بر اساس این جزء مرتکب جرم شده است. با توجه به قوانین کیفری ایران ملاحظه می شود که این مورد را جرم انگاری نکرده است.

## ۲-۱-۱-۵. قرارداد بزرگ به نفع شخص دیگر

رفتار دیگری که در قانون پیش بینی شده و در کود جزا آمده است: «عقد کردن قرارداد بزرگ به نفع شخص دیگر بدون دریافت عوض است که برخلاف وضعیت مالی تاجر می باشد» (م ۷۷۱ کود جزا). مانند آن که تاجر بر اساس قرارداد، دین کسی را تضمین کند که مبلغ هنگفت و کلانی را به شخص دیگری مدیون است. سند زمین یا خانه یا مال بسیاری را غرض تضمین، به دائن بسپارد. ممکن است مدیون دین خود را نپردازد و دائن دین خویش را از طریق فروش خانه، زمین یا اموال تاجر اخذ کند؛ لذا انجام این گونه اعمال ممکن است به ضرر داینین تاجر تمام شود و سهم آنان را از دارایی تاجر مفلس کاهش دهد؛ به همین دلیل قانون گذار این گونه اقدامات خطرناک و مضر تاجر را جرم انگاری کرده است. بر اساس قوانین کیفری ایران نیز این مورد از موارد اختیاری است؛ یعنی اگر به حساب دیگری بدون عوض تعهداتی انجام داده باشد که نسبت به وضعیت مالی تاجر فوق العاده باشد<sup>۱</sup> ممکن است ورشکستگی به تقصیر معرفی شود. برای مثال در موردی که یک تاجر برات و سفته شخص سوم را ضمانت کرده باشد از آنجایی که چنین اقدامی برای یک تاجر نشانه بی احتیاطی و دوراندیشی وی است قانون گذار این مورد را نیز جرم انگاری نموده است مشروط به اینکه سوءنیت تاجر نسبت به داینان و عدم تناسب بین وضع مالی و تعهد پذیرفته شده از طرف تاجر محرز شود. اما در کود جزا این رفتار با سه شرط جرم دانسته شده است:

۱. قرارداد بدون عوض

۲. مبلغی که بر اساس قرارداد تاجر متعهد به آن شده است، بزرگ باشد؛ تشخیص میزان بزرگی قرارداد بر عهده قاضی محکمه است که بر اساس وضعیت مالی تاجر میزان آن را سنجش می کند. به این بیان وضعیت مالی تاجر در حالت عادی توان قرارداد

۱ - «اگر به حساب دیگری و بدون آنکه در مقابل عوضی دریافت نماید تعهداتی کرده باشد که نظر به وضعیت مالی او در حین انجام آن ها آن تعهدات فوق العاده باشد.»



یک میلیون افغانی را داشته است؛ اما با ملاحظه ورشکستگی قرارداد دومیونی را با شخص ثالث تعهد می‌کند تا نسبت به مدیون پرداخت اندک داشته باشد. این نوع قرارداد در قانون جرم شمرده شده است و معیار قرارداد نیز تشخیص قاضی می‌باشد.

۳. عقد چنین قراردادی برخلاف وضعیت مالی تاجر باشد.<sup>۱</sup> اگر تاجر متعهد به قرار داد شود که وضعیت مالی وی توان مصارف قرارداد را نداشته باشد مثل اینکه سقف مالی قرارداد تاجر تا صد میلیون افغانی است؛ اما تاجر در این مرحله متعهد به قرار داد دو صد میلیون شده است. در این صورت مبرهن است که این قرارداد سبب توقف دیون و ورشکستگی تاجر خواهد شد.

۲-۱-۱-۱-۶. عدم اعلام توقف ادای دیون

یکی دیگر از رفتاری که ممکن از جمله جزء عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر محسوب شود توقف ادای دیون است چنانچه در قانون تجارت ایران ذکر شده است «اگر عملیات تجارتي او متوقف شده و مطابق ماده ۴۱۳ این قانون رفتار نکرده باشد...» چند نکته در این مورد قابل ذکر است

اول: این مورد تنها در حقوق کیفری ایران جرم‌انگاری شده و در حقوق افغانستان اشاره‌ای بدان نشده است.

دوم: در حقوق ایران از موارد اختیاری محسوب می‌شود؛ یعنی قاضی در نحوه تعیین و یا عدم تعیین مجازات اختیار دارد.

سوم: در برخی از موارد ممکن است تاجر توان پرداخت دیون را ندارد و پرداخت را متوقف نموده، اما در برخی موارد تاجر با آنکه فعالیت تجاری انجام نمی‌دهد؛ ولی توان پرداخت دیون خود را دارد و پرداخت نمی‌کند؛ لذا در این مرحله که دیون خود را پرداخت نمی‌کند قابل تعقیب است.

چهارم: اگر به هر دلیل تاجر عذر موجه برای اعلام ورشکستگی داشته باشد و در مدت سه روز اعلام نکند قابل مجازات نیست.

<sup>۱</sup> - «در حالی که برای منفعت غیر بدون عوض قرارداد بزرگی را عقد نماید که هنگام عقد، وضع مالی او اجازه ندهد.» ماده

پنجم: تاجر به خاطر صورت حساب دارایی و کلیه دفاتر تجاری خود در کمتر از سه روز نمی‌تواند ورشکستگی خود را اعلام نماید؛ بنابراین معقول این است که تا مدت سه روز مجازات نداشته باشد و قاضی باید جستجو نماید که مهلت اضافی منطقی بوده و یا با سوءنیت به داینان، در اعلام ورشکستگی تأخیر داشته است (اسکینی، ۱۳۸۶، ص ۵۰). باتوجه به این شرایط اگر تاجر در پرداخت دیون خود توقف ایجاد نموده است از طرف محکمه حکم ورشکستگی وی صادر می‌شود و باتوجه به تقصیر و به تقلب بودن ورشکستگی قابل تعقیب و مجازات است.

#### ۲-۱-۱-۲. شرایط، اوضاع و احوال

باتوجه به اینکه جرایم ورشکستگی اغلباً اختصاص به تجار دارد؛ بنابراین شرایط خاصه که در رابطه با تاجر شرط است. در این مورد نیز شرط می‌باشد که هر یک از آن شروط عبارت است از ۱- اهلیت تجاری: یعنی شخصی که تاجر محسوب می‌شود باید اهلیت تجاری که عبارت از سن قانونی باشد داشته باشد. ۲- حرفه‌ی نمودن کسب کار: شخص در صورتی تاجر محسوب می‌شود که در کسب و کار تجاری خود حرفه‌ی باشد. ۳- انجام فعالیت‌های تجاری: یعنی شخص در صورتی که فعالیت‌های تجاری را انجام بدهد تاجر محسوب می‌شود، لذا داشتن دفاتر تجاری برای وی لازم است و اگر نداشته باشد و یا اینکه دفاتر تجاری دارد و نامنظم است در این صورت تاجر قابل تعقیب خواهد بود.

#### ۲-۱-۱-۳. نتیجه مجرمانه

به موجب ماده ۷۷۱ کود جزا و ۵۴۳ قانون تجارت ایران نداشتن دفاتر تجاری و یا نامنظم بودن عدم ترتیب آن از جمله جرایم ورشکستگی به تقصیر کوچک و یا اختیاری فرض شده است. در این که آیا نتیجه این جرم می‌تواند ورشکستگی به تقصیر باشد یا اینکه توأم با ورشکستگی این رفتار انجام شده است؟ در این خصوص برخی دو دیدگاه مطرح نموده‌اند. اول: اینکه در مورد قانون کاملاً ساکت است و نتیجه مجرمانه مشخص نمی‌شود که آیا ورشکستگی است یا خیر. دوم: برخی با توجه به اصل تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم قائل بر این شده‌اند رفتار فوق بدون ضمیمه به ورشکستگی موجب صدور حکم ورشکستگی قرار نمی‌گیرد (آقابانی طاقانکی، ۱۳۹۹، ص ۸۱). پس به نظر می‌رسد که تحقق توقف و ورشکستگی

نتیجه نداشتن دفاتر تجاری و یا عدم منظم بودن آن نیست. بلکه شرط تحقق جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک می‌باشد.

حاضر نشدن در مراجع رسمی که از وی خواسته شده است برای تاجر جرم محسوب شده است. این نکته نیز قابل یادآوری است که این رفتار مجرمانه بعد از ورشکستگی و صدور حکم ورشکستگی قابلیت ارتکاب را دارد؛ لذا از جمله جرایم مطلق است؛ زیرا نه اضرار به غیر مطرح بوده و نه ورشکستگی تا نتیجه مجرمانه فرض شود. اما در راستای قرارداد بزرگ که در ماده فوق اشاره شده است باید گفت این رفتار از جمله جرایم مطلق است؛ یعنی اگر این رفتار منجر به توقف دین و یا ورشکستگی نگردد نمی‌توان تاجر را ورشکسته به تقصیر معرفی نمود.

یکی از مصادیق ورشکستگی به تقصیر تاجر آن است که به نام یا در راستای منافع خود در ظرف سه روز از تاریخ وقفه که در تأدیه دیون یا سایر تعهدات نقدی او حاصل شده است، توقف خود را به محکمه تجاری محل صدور حکم ورشکستگی اظهار ننماید و صورت حساب دارائی و کلیه دفاتر تجاری خود را به دفتر محکمه مزبور تسلیم ننماید. این بند نیز مربوط به زمان بعد از توقف می‌باشد. به نظر می‌رسد در تنظیم این بند تحقق نتیجه خاصی مدنظر مقنن نبوده است و صرف ترک تکلیف که در ماده ۴۱۳ قانون تجارت ایران بیان شده است می‌تواند موجبات ورشکستگی به تقصیر شرکت را فراهم سازد.

باتوجه به قوانین کیفری افغانستان و ایران ملاحظه می‌شود که نداشتن دفاتر تجاری و یا نامنظم بودن آن، تقدیم نکردن ورقه بیلانس، تقدیم نکردن اظهارات صحیح در محکمه، حاضر نشدن در مرجع صدور حکم، قرارداد بزرگ به نفع شخص دیگر و توقف ادای دیون در صورتی جرم پنداشته می‌شود که نتیجه مجرمانه را به دنبال داشته باشد؛ یعنی اگر این رفتار منجر به ورشکستگی نشود دادگاه حکم به ورشکستگی نخواهد داد.

۲-۲. عنصر معنوی

قانون‌گذار برای جرم ورشکستگی کوچک عنصر معنوی آن را نیز پیش‌بینی کرده است در این قسمت به عناصر معنوی آن پرداخته می‌شود. همان‌طوری که قبلاً مشخص شد پنج رفتار از عناصر خاص جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک محسوب می‌شود؛ لذا برای هر کدام رفتار عنصر خاص معنوی نیز موجود است که ذیلاً بیان می‌شود.



قبلاً بیان شد که نداشتن دفتر تجاری و عدم تنظیم کامل دفتر تجاری رفتاری است از قبیل ترک فعل و عنصر مادی جرم مربوط به ورشکستگی به تقصیر کوچک را تشکیل می‌دهد این رفتار از نوع عمدی است اگر تاجر به قصد جرمی به این وظیفه الزامی خود عمل نکند و دفاتر تجاری را تهیه نکند و همچنین حقیقت دارایی و قرض‌های وی معلوم نگردد، دفاتر تجاری را به صورت کامل و منظم تهیه نکند، مرتکب این جرم شده است. در قسمت دوم رفتار نیز اگر دفاتر به صورت منظم نباشد و عدم نظم آن با نیت ورشکستگی صورت گرفته باشد نیز مجرم پنداشته می‌شود.

یکی از رفتارهای مشخص شده به عنوان جزء عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک تقدیم نکردن ورقه بیلاس بود که برای آن نیز عنصر معنوی خاص وجود دارد؛ چون جرم این رفتار نیز از نوع عمدی است، در صورتی که تاجر به قصد جرمی از انجام دادن این وظیفه الزامی خودداری نماید و ورقه بیلاس تجاری خود تهیه و ارائه نکند، مرتکب این جرم شده است.

رفتار سوم که به عنوان جزء عنصر مادی مشخص شده بود عبارت از اظهار نکردن صحیح بود این مورد نیز دارای عنصر معنوی خاص است عنصر معنوی این رفتار از نوع عمدی است، اجزاء آن را قصد عام و علم تشکیل می‌دهد؛ اظهارات خلاف واقع را با قصد و اراده خود مطرح نماید و علم و به دروغ بودن اظهارات خود داشته باشد.

یکی دیگر از جزء عنصر مادی جرم ورشکستگی به تقصیر کوچک حاضر نشدن در مرجع صدور حکم ورشکستگی بود در این نیز عنصر معنوی آن پیش‌بینی شده است که از نوع عمدی است. اجزای آن را قصد و علم تشکیل می‌دهد. با این توضیح که تاجر به عمد و بدون عذر معقول از دستور محکمه تجاری مبنی بر حضور در آن محکمه به منظور ادای توضیحات، سرباز زند یا از روی عمد از تقدیم اظهاراتی که از وی مطالبه شده به محکمه تجاری تقدیم نکند یا عمداً اظهارات خلاف واقع را به محکمه تجاری ارائه دهد به گونه‌ای که عدم صحت این اظهارات برای محکمه اثبات شود و تاجر در هنگام ارائه بدانند که اظهارات او خلاف واقع است.

قرارداد بستن بزرگ که یکی از رفتارهای عنصر مادی جرم ورشکستگی بود عنصر معنوی آن نیز از نوع عمدی است. اجزاء تشکیل دهنده آن قصد عام و علم است. تاجر عمداً این عمل

را انجام دهد و بداند ضمانت او از شخصی که اگر دین خود را نپردازد، موجب وارد شدن ضرر به داینین خود تاجر خواهد شد.

### ج) مجازات جرم مربوط به ورشکستگی به تقصیر

همان طوری که قبلاً بیان گردید در حقوق افغانستان ورشکستگی به تقصیر به دودسته تقسیم می شود که ورشکستگی به تقصیر کوچک و بزرگ است و در حقوق ایران این تقسیم بندی تحت ورشکستگی اجباری و اختیاری نیز مطرح شده است. در این قسمت به بیان مجازات هر دو قسم پرداخته می شود.

در قوانین کیفری افغانستان و ایران برای تاجر مقصر مجازاتی را در نظر گرفته است چنانچه در کود جزای افغانستان بعد از بررسی رفتارهایی که منجر به ورشکستگی به تقصیر بزرگ می شود مجازات آن را بیان نموده است «مفلس مقصر بزرگ به حبس متوسط بیش از سه سال، محکوم می گردد.» (م ۷۷۲، کود جزا). در قانون مجازات اسلامی نیز مجازات این جرم بیان شده است «مجازات این جرم از شش ماه تا دو سال حبس است» (م ۱۷۱، قانون مجازات اسلامی).

باآنکه قوانین افغانستان تاجر مقصر را به دودسته تقسیم کرده است؛ اما در رابطه با مجازات آن باید گفت در کود جزا و قانون جزای سال ۱۳۵۵، برای رفتارهای تاجر در صورت تقصیر کوچک، مجازاتی پیش بینی نشده و این دو قانون تنها به احصا و شمارش این اعمال تقصیری تاجر اکتفا کرده است و در قانون افلاس نیز برای این اعمال مجازاتی در نظر گرفته نشده است. ممکن است هدف از عدم تعیین مجازات اختیار دادن به قاضی باشد که قاضی با توجه به شرایط، اوضاع و احوال اگر ورشکستگی بداند مجازات آن از نوع به تقصیر بزرگ باشد.

اما در حقوق ایران برخی از مصادیق ورشکستگی به تقصیر کوچک ذیل موارد امکان بیان شده است به این معنی که در صورت ارتکاب رفتار ذکر شده در این مورد قاضی نسبت به شرایط، اوضاع و احوال ممکن است حکم به ورشکستگی بدهد و یا اینکه حکم به ورشکستگی ندهد در صورت حکم به ورشکستگی مجازات آن نیز از نوع به تقصیر بزرگ باشد. مثلاً یکی از رفتارهای که از موارد ورشکستگی به تقصیر کوچک و یا اختیاری قرارداد بزرگ به نفع شخص دیگر است؛ لذا اگر تاجر این رفتار را انجام دهد و منجر به ورشکستگی شود وظیفه داده گاه است تا مجازات آن را تعیین کند.





## نتیجه‌گیری

قانون‌گذار افغانستان و ایران بین درجات و کیفیات مختلف رفتاری که از تاجر بروز می‌کند قائل به تفصیل شده است گاهی رفتار تاجر را بدون سرزنش کیفری دانسته است چون تخلف از وی سر نزنده ولی دیون خود را پرداخت نمی‌تواند این نوع را به‌عنوان ورشکستگی عادی تلقی نموده است. اما گاهی قانون‌گذار نسبت به تاجر از خود شدت عمل نشان می‌دهد و این شدت عمل نیز با توجه به عنصر معنوی جرم متفاوت است در صورتی که تاجر متقلب باشد واکنش قوانین کیفری شدیدتر است که نیاز به بحث دارد. و اگر تاجر مقصر باشد واکنش قوانین کیفری افغانستان و ایران کمتر از تاجر متقلب است. با صرف نظر از تاجر متقلب محور این تحقیق جرم ورشکستگی به تقصیر بود که با توجه به مطالب فوق نتایج حاصل می‌گردد:

ورشکستگی به تقصیر: نوع دوم ورشکستگی، ورشکستگی به تقصیر است؛ یعنی در اثر اشتباه محاسباتی یا عملکرد، تاجر یا شرکت تجاری ورشکسته می‌شود که بر اساس حقوق کیفری افغانستان و ایران تاجر در موارد ذیل ورشکسته به تقصیر شناخته می‌شود. ۱- در صورتی که محقق شود مخارج شخصی یا مخارج خانه تاجر در ایام عادی بالنسبه به عایدی او فوق‌العاده بوده است. ۲- در صورتی که محقق شود که تاجر نسبت به سرمایه خود مبالغ عمده صرف معاملات کرده که در عرف تجارت موهوم یا نفع آن منوط به اتفاق محض است. ۳- اگر به قصد تأخیر انداختن ورشکستگی خود خریدی بالاتر یا فروشی نازل‌تر از مظنه روز کرده باشد یا اگر به همان قصد وسایلی که دور از صرفه است به‌کاربرده تا تحصیل وجهی نماید اعم از اینکه از راه استقراض یا صدور برات یا به طریق دیگر باشد. ۴- اگر یکی از طلبکارها را پس از تاریخ توقف بر سایرین ترجیح داده طلب او را پرداخته باشد. و سایر مواردی که در فصل دوم مطرح شد. در این موارد دادگاه ملزم به صدور حکم ورشکستگی به تقصیر است.

باتوجه به قوانین کیفری افغانستان ملاحظه می‌شود که ورشکستگی به تقصیر را به دو گونه تقسیم نموده است و رفتارهای فوق را موجب ورشکستگی بزرگ دانسته است. اما در قوانین کیفری ایران این تقسیم‌بندی وجود ندارد؛ ولی رفتارهای را به‌عنوان امکان اعلان ورشکستگی بیان شده که متناسب به برخی رفتارهای است که در قوانین افغانستان ذیل ورشکستگی مقصر کوچک بیان شده است و آن رفتارها قرار ذیل است: ۱- اگر به حساب دیگری و بدون اینکه

عوضی دریافت نماید تعهدی کرده باشد که نظر به وضعیت مالی او در حین انجام آن‌ها آن تعهدات فوق‌العاده باشد. ۲- اگر از تاریخ اجرای قانون تجارت دفتر نداشته یا دفاتر او ناقص یا بی ترتیب بوده یا در صورت دارایی وضعیت حقوقی خود را اعم از قرض و مطالبات به‌طور صحیح معین نکرده باشد. ۳- حاضر نشدن در مراجع صدور حکم ورشکستگی. ۴- قرارداد بزرگ به نفع تاجر. ۵- عدم اعلام توقف ادای دین. در این موارد دادگاه می‌تواند بنا بر تشخیص خود تاجر را ورشکسته به تقصیر اعلام کند. بنابراین هرگاه تاجر مرتکب یکی از اعمالی که در این دو ماده آمده، شود ورشکسته به تقصیر محسوب می‌شود. ورشکستگی به تقصیر یک جرم محسوب می‌شود و مجازات آن شش ماه تا سه سال حبس است در حقوق افغانستان و شش ماه تا دو سال حبس در حقوق ایران است.



## فهرست منابع

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۷)، حقوق تجارت «ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته» تهران، سمت.
۲. اسکینی، ربیعا (۱۴۰۱)، «حقوق تجارت»، تهران: انتشارات سمت.
۳. آقابانی طاقانکی، عظیم (۱۳۹۹)، «مسئولیت کیفری ناشی از ورشکستگی به تقصیر و تقلب در شرکت‌های تجاری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهکرد.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۲)، «ترمینولوژی حقوق»، تهران، انتشارات گنج دانش.
۵. جمعی از نویسندگان (۱۳۹۸)، «شرح کود جزا، کابل»، بنیاد آسیا.
۶. دمرچیلی، محمد و دیگران (۱۴۰۱)، «قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی»، تهران، انتشارات خلیج فارس،
۷. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، «لغت‌نامه دهخدا»، چ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه.
۸. رحمدل، منصور (۱۳۸۶)، «ورشکستگی به تقصیر»، شماره ۷۶، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۹. شهابی، سید میثم (بی‌تا)، «ورشکستگی و شرایط آن در قانون تجارت»، چ اول، تهران، انتشارات مهام،
۱۰. صالح، احمد (۱۳۵۲)، «اعمال البنوک والافلاس»، چ سوم، مصر، دارالنهضة العربیه.
۱۱. عبد الاول عابدین محمد بسیونی (۲۰۰۸)، «آثار افلاس بر وصول حقوق طلبکاران از ورشکسته، الاسکندریه»، چ دوم، دار الفکر العربی.
۱۲. عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۲)، «مباحث تحلیلی از حقوق تجارت»، چ دوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۳. عزت، عبدالقادر (۱۹۹۷)، «الافلاس والصلح الواقی فی التفلیس»، چ اول، دار الکتب القانونیه.
۱۴. عمید، حسن (۱۳۸۹)، «فرهنگ عمید»، چ اول، تهران، راه رشد.
۱۵. العوضی العوضی عثمان (۲۰۰۷)، «القانون التجاری، الجامعة العمالیة»، چ اول، اکادیمة الدراسات المتخصصة.
۱۶. کمال طه، مصطفی (۲۰۱۶)، «اصول افلاس»، چ دوم، مصر، مکتب الوفا،
۱۷. الکیلی، عزیز (۲۰۱۱)، «القانون التجاری»، چ دوم، مصر، دارالنهضة.
۱۸. محمدزاد وادقانی، علی رضا و امیر مجاهدی (۱۳۹۶)، «محمد معین، تأملی بر بزه ورشکستگی به تقصیر»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره ۲۰،

۱۹. معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۷)، «سیاست جنایی - تقنینی ایران در جرایم اقتصادی»، چ اول، تهران، انتشارات جاودانه.
۲۰. وجیه کمال اباطة (۲۰۰۹)، «التاجر والاعمال التجارية والشركات، القاهرة، الدار الجامعية»، چ سوم.
۲۱. قانون افلاس افغانستان، مصوب ۱۳۶۱.
۲۲. قانون تجارت افغانستان، مصوب ۱۳۸۸.
۲۳. قانون تجارت ایران، مصوب ۱۳۱۱.
۲۴. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۲۵. کود جزا، مصوب ۱۳۹۷.



## مکانیزم نظارت اداری بر بودجه عمومی در افغانستان

قاسم علی صداقت\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱/۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۲/۱

### چکیده

بودجه دولتی به دلیل اثر گذاری بر توسعه در عرصه‌های مختلف و بخاطر به حساب آمدن شاهرگ اصلی و حیاتی توسعه کشور، نظارت بر آن از اهمیت خاص برخوردار است. از این رو، انواع کنترل اداری در تحقیق حاضر بر بودجه ارزیابی شده است و به پرسش‌های معین در زمینه انواع نظارت اداری و خروجی نظارت اداری جواب داده شده است. همین طور نقاط قوت و ضعف نظارت اداری درون سازمانی، برون سازمانی و نظارت سلسله مراتبی در مصادیق نظارت رییس الوزرا، وزرا، اداره کنترل و تفتیش داخلی و نظارت اداره عالی تفتیش ارزیابی شده است. در این تحقیق نظارت اداری در دو مصداق اداره کنترل و تفتیش داخلی و اداره عالی تفتیش از منظر تخصصی و مسلکی به صورت کلی مثبت تلقی شده است، اما از نظر خروجی و کارگزار، انواع نظارت اداری در نظم حقوقی افغانستان چندان مطلوب نیست. **واژگان کلیدی:** نظارت اداری، اداره کنترل و تفتیش داخلی، اداره عالی تفتیش، بودجه، انواع نظارت، نظارت دورن سازمانی و بیرون سازمانی.

---

\* قاسم علی صداقت، دکترای حقوق عمومی، کدر علمی دانشگاه خاتم النبیین (ص) دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

عدم حاکمیت قانون در امور مالی حیف و میل شدن اموال و بودجه عمومی خود یک معضل و مشکلی است که نیازمند راه‌های نا متمرکز و متنوع است. در این میان از نظر اداری باید دید از نظر مکانیزم‌های اداری در نظم حقوقی افغانستان چه شیوه‌های برای تضمین حاکمیت قانون و پیشگیری از حیف و میل شدن اموال عمومی تدارک دیده شده است. ماهیت شیوه‌های اداری کنترل بودجه، انواع، فرایند و خروجی آن نیازمند بررسی و ارزیابی است تا اهداف یادشده را برآورده سازد. در عین حال میان به کارگیری این شیوه‌ها و حل معضل‌های یادشده رابطه وجود دارد باید به اثبات برسد. انواع نظارت از نظر دورن و بیرون سازمانی در ادارات دولتی مختصاتی دارد که باید به صورت شفاف بیان گردد. روشن شدن موضوعات یادشده بدون بررسی دقیق مکانیزم‌های نظارت اداری در نظم حقوقی افغانستان امکان ندارد و از این جهت باید از نظر حقوقی زوایایی این موضوع را باید روشن نمود.

۱. مبانی نظارت اداری چیست؟
۲. انواع نظارت اداری چیست؟
۳. با چه شیوه‌های اداری بودجه در افغانستان کنترل می‌شود
۴. خروجی‌های نظارت اداری در نظم حقوقی افغانستان کدام‌اند؟

از سوی دیگر، تضمین حاکمیت قانون، شفافیت در حسابدگی، پیشگیری از حیف و میل شدن بودجه عمومی، عدم انحراف دولت از برنامه مالی سالانه، مؤثریت و مفیدیت برنامه یکساله دولت، و... از راهکارهای مهم آن نظارت اداری است که در نظم حقوقی افغانستان در اسناد مختلف الزام‌آور پیش بینی شده است. مصرف شدن بودجه در جای خود، رسیدگی به تخلفات اداری به صورت دقیق و درست موجب بازدارندگی و پیشگیری از تخلفات مالی و بودجه‌ای خواهد شد.

بودجه نوعی برنامه‌ریزی مالی است و سندی است که در یک قسمت آن هزینه‌های عمومی برآورد می‌شود و در قسمت دیگر آن منابع لازم جهت تأمین این مخارج پیش‌بینی می‌گردد. بودجه دولت به صورت مرسوم و متداول، برای دروهای یک‌ساله پیش‌بینی می‌شود و به عبارت دیگر هزینه و درآمدهای دولت و موارد مصرف آن برای یک سال مشخص می‌شود.



نظارت بر بودجه عبارت از «مجموعه اقداماتی است که به منظور تطبیق عملیات با برنامه و جلوگیری از انحرافات عملیات مالی دولت نسبت به هدف‌های تعیین شده در برنامه و تصحیح انحرافات احتمالی، صورت می‌پذیرد.» (امامی، ۱۳۸۴، ص. ۱۷۲) در اصطلاح حقوق عمومی نظارت به معنای کنترل قدرت و جلوگیری از سوء استفاده از قدرت است و عبارت از کنترل و بررسی اقدامات یک مقام یا نهاد حکومتی از سوی مقام یا نهاد حکومتی دیگر که غایت آن حصول اطمینان از باقی ماندن اقدامات یادشده در حدود و ثغور قانونی است. (راسخ، ۱۳۹۰، ص. ۲۱) در ماده سوم قانون اداره عالی تفتیش آمده است: «تفتیش: عملیه بازرسی منظم و عینی معاملات، عملکردها، صورت حساب‌ها، گزارشات تفتیش داخلی طرزالعمل‌های مالی و حسابداری، سیستم اطلاعات و معلومات الکترونیکی و سایر اسناد است، جهت حصول اطمینان از صحت آنها با صورت حساب‌های مالی مراجع مندرج ماده پنجم این قانون.» نظارت فرایندی برنامه‌ریزی شده است که طی آن مجموعه اطلاعات مربوط به یک مجموعه جمع‌آوری و مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد تا میزان انطباق عملکرد یا مغایرت عملکرد (یا هست‌ها) با هدف‌ها، برنامه‌ها، قانون‌ها، ضابطه‌های حاکم بر آن مجموعه تشخیص داده شود و در نهایت پیشنهادهای لازم برای حذف مغایرت‌های و اصلاح عملکردها برنامه ارائه گردد و قانون شکنان به نهادهای عدلی و قضایی معرفی گردند.

اهداف نظارت بر اساس نوع بودجه‌بندی می‌تواند بسیار متفاوت باشد؛ تطبیق عملیات و اقدامات دولت با بودجه با هدف تشخیص انحراف و عدم انحراف دولت از بوجه مصوب و تعیین انحراف و عدم انحراف دولت از هدف‌های تعیین شده و هم چنین معرفی متخلفان به مراجع قضایی و شبهه قضایی و مجازات آنان. اهدافی که در قانون اداره عالی تفتیش پیش‌بینی شده است نیز بسیار عالی و ایده‌آل است: «۱) تحقق عواید و مصارف بودجه ادارات دولتی؛ ۲) مطابقت فعالیت‌های مالی و حسابی ادارات دولتی و سایر مراجع که پول یا دارائی عامه را در اختیار داشته و یا از آن استفاده می‌نمایند با احکام اسناد تقنینی؛ ۳) شفافیت در حسابدهی ادارات دولتی و سایر مراجعی که پول یا دارائی عامه را در اختیار داشته و یا از آن استفاده می‌نمایند؛ ۴) حراست از دارایی‌های عامه از طریق کنترل و تفتیش؛ ۵) حصول اطمینان از مؤثریت، کارایی و اقتصادی بودن فعالیت‌های سایر نهادهایی که وجوه عامه را در اختیار دارند و یا از آن استفاده می‌کنند؛ ۶) شناسائی فعالیت‌های غیر قانونی، غیر مؤثر، غیر مفید و غیر

اقتصادی و سایر فعالیت‌های نادرست مالی، حسابداری و اقتصادی و پیشنهاد اصلاح نواقص آنها.» (قانون اداره عالی تفتیش، ۱۳۹۱، ماده دوم) همان گونه که از قانون اداره عالی تفتیش پیدا است، نظارت ادار عالی تفتیش، اهداف چندگانه را نام برده است و از این رو، نظارت باید با رویکردهای مختلف صورت گیرد.

البته باید خاطر نشان کرد که در بودجه ریزی عملیاتی از نوع افغانستان، اهداف خاص هم برای نظارت عملیاتی می‌توان بر شمرد: ۱. اثربخشی عملیات؛ ۲. کارایی عملیات و ۳. رعایت صرفه و صلاح اقتصادی در عملیات. (خدا بخشی و جباری، سال ۱۳۹۴، ص ۶۰،

نظارت بر بودجه را می‌توان از منظرهای مختلف تقسیم‌بندی کرد و شیوه تقسیم‌بندی به زاویه دید و اهمیت آن بستگی دارد: تقسیم‌بندی نظارت بر اجرای بودجه ممکن است بر حسب وقوع زمان نظارت باشد، که از این نظر از سه نوع نظارت مقدماتی، در حین اجرا و نهایی می‌توان نام برد. نظارت یا قبل از اجرائی شدن يك برنامه است یا در حین و یا بعد از اجرائی برنامه ای خاص. از این بُعد نظارت بر اجرای بودجه را می‌توان به نظارت قبل از اجرای بودجه، حین اجرای بودجه و بعد از اجرائی، تقسیم کرد. ممکن است نظارت و کنترل، از حیث ماهیت سازمانهای که نظارت و کنترل را به عهده دارند، مورد بررسی قرار داد، که از این منظر، به نظارت اداری، قضایی و پارلمانی می‌توان اشاره نمود، یا همین تقسیم‌بندی را در قالب نظارت و کنترل مالی، قضایی و سیاسی می‌توان عنوان کرد. اما در این نوشتار صرفاً نظارت اداری در دو دسته درون سازمانی و بیرون سازمانی در مصادیق متعدد آن ارزیابی خواهد شد.

آسانی سازوکار نظارت بر بودجه به دلیل عملیاتی بودن آن در افغانستان از نکاتی است که باید بدان اشاره گردد. بودجه برنامه از پیچیدگی‌های زیادی دارد، که مکانیزم نظارت را با دشواری روبرو می‌سازد که در بودجه افغانستان وجود ندارد. برای درک این مطلب به سندهای ملی بودجه د سالهای اخیر مراجعه شود.

### الف) نظارت اداری درون سازمانی

در این نوع نظارت، نظارت شونده و نظارت‌کننده هر دو در یک سازمان قرار دارند. نظارت شدید است و ضمانت اجرایی آنها هم به آسانی قابل اعمال است. خروجی این نوع نظارت علاوه بر معرفی به نهادهای عدلی و قضایی، ابطال، اصلاح و تعلیق یک عمل می‌تواند باشد.





## ۱. نظارت سلسله مراتبی

در این نوع نظارت چند چیز دیده می‌شود: ۱. سازمان‌ها و اشخاص مرکزی نسبت به و احدهای وابسته خود اعمال می‌کند؛ ۲. نظارت و رابطه مبتنی بر تبعیت است؛ ۳. نظارت کننده و شونده دارای شخصیت حقوقی واحد است؛ ۴. روابط طولی یا عمودی است؛ و ۴. نظارت شونده به عنوان واحد متمرکز نیز حق شکایت بسیار محدودی بر ضد سازمان و اشخاص مرکزی دارند. (موسی زاده، ۱۳۷۸، ص. ۹۳) خروجی این نوع نظارت اصلاح، تعلیق و ابطال یک عمل، عزل و نصب و اعمال مجازاتهای اداری است. (موسی زاده، ۱۳۷۸، ص. ۹۳ و ۹۴)

### ۱-۱. نظارت رئیس قوه مجریه

نظارت رئیس الوزرا بر قو مجریه از مصادیق نظارت اداری از نوع سلسله مراتبی است. به همین خاطر در قانون اساسی در ماده ۷۷ بیان شده است: «...وزراء از وظایف مشخصه‌ای خود نزد رئیس قوه مجریه و ولسی جرگه مسؤلیت دارند.» و در ماده ۷۱ قانون اساسی آمده است که: «حکومت متشکل است از وزرا که تحت ریاست رئیس قوه مجریه اجرای وظیفه می‌نمایند...» از این باب نیز رئیس بر فعالیت مالی وزرا باید نظارت نماید. از این رو، رئیس حق عزل و نصب مقامات عالی اداری را دارد. (ماده ۶۴ قانون اساسی بند ۱۱)

نظارت رئیس قوه مجریه بر قدرت اجرایی و وزرا نیز مطلوب نبوده است.

### ۱-۲. نظارت وزرا

وزیر در حوزه مصرف بودجه وزارت‌خانه‌ای در برابر پارلمان مسؤل و پاسخگو است و از لازمه‌ای آن نظارت بر امور مالی بودجه بر مأموران و کارمندان وزارتخانه خود است و گرنه نمی‌تواند به صورت مناسب و شایسته پاسخگو باشد. بر دخل و خرج باید نظارت کند تا بتواند در برابر مقام مافوق خود جواب بدهد.

بر اساس بند ۴ و ۶ ماده ۷۵ قانون اساسی شورای وزیران مسؤلیت حفظ دارایی‌های عامه را دارد و باید به شورای ملی در ختم سال مالی در باره امور انجام شده و پروگرام‌های عمده سال مالی جدید گزارش ارائه نماید و در نتیجه باید بر زیر مجموعه خود نظارت داشته باشد تا بتواند پاسخگو باشد. بدون حق نظارت بر زیر مجموعه خود، مسؤلیت و پاسخگویی معنا ندارد.

## ۲. نظارت اداره کنترل و تفتیش داخلی

بر طبق اصلاحیه ماده شصت و یک قانون اداره امور مالی مصارف عامه، نظارت بر امور مالی هر وزارتخانه و اداره به عهده اداره کنترل و تفتیش داخلی آن است. (قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، ۱۳۹۱) در حالی که بر طبق ماده شصت قانون اداره امور مالی و مصارف عامه این وظیفه به عهده‌ای اداره کنترل تفتیش بود که در وزارت مالیه ایجاد شده بود. یعنی در ساختار وزارت مالیه اداره کنترل و تفتیش وجود داشت که صلاحیت آن بررسی مالی و امور حسابداری تمام ادارات دولتی بود. طبعاً این نوع نظارت از قسم نظارت برون سازمانی بود. چون حوزه صلاحیت آن شامل تمام ادارات دولتی بود. (قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، ۱۳۸۴) که با صدور فرمان تقنینی اصلاحیه ماده ۶۱ قانون اداره امور مالی و مصارف عامه در حوزه نظارت درون سازمانی قرار گرفت. در نتیجه بر اساس اصلاحیه یاد شده نظارت بر امور مالی به اداره کنترل و تفتیش داخلی وزارتخانه‌ها واگذار شده است. این موضوع از یک طرف از حجم کار وزارت مالیه کاسته و واقعاً وزارت مالیه نمی‌توانست تمامی ادارات دولتی را کنترل و تفتیش نماید اما واگذاری این امر به اداره کنترل و تفتیش داخلی ادارات مشکلات نظارت اداری درون سازمانی را با خود دارد.

### ۲-۱. صلاحیت‌های اداره کنترل و تفتیش داخلی

صلاحیت‌های اداره کنترل و تفتیش داخلی در حوزه امور مالی بسیار متنوع است که در ذیل آمده است:

- ۱- اجرای منظم تفتیش و بررسی فعالیت‌های مالی و اقتصادی واحد‌های تحت اثر مستقیم وزارت‌ها و ادارات - ۲. رهنمایی و تنظیم فعالیت‌های ادارات داخلی در سیستم وزارت‌ها و ادارات.
- ۲- تنظیم پیشنهاد درباره تکامل امور کنترل و تفتیش در سیستم وزارت‌ها و ادارات.
- ۳- مساعدت میتودیک و عملی با ادارات تفتیش داخلی واحد‌های تحت اثر در سیستم وزارت‌ها و ادارات.
- ۴- بر اساس نتایج تفتیش و بررسی، ترتیب پیشنهاد جهت ارتقای مؤثریت تولید، تقلیل قیمت تمام شد محصولات، استفاده بهتر از قوای بشری، سرمایه ثابت ذخایر مالی



وجنسی، تأمین حفاظت ملکیت‌ها، جلوگیری از مصارف غیر ضروری، استفاده غیر معقول از دارایی‌ها و تفتیش دسپلین دولتی.

۵- ترتیب فهرست مکمل واحدهای تحت اثر وزارت و اداراتیکه اداره تفتیش داخلی در آنها فعالیت مالی و اقتصادی را تفتیش و بررسی می‌نماید.

۶- تفتیش و بررسی فعالیت‌های مالی و اقتصادی تصدی‌ها، ادارات و مؤسسات دولتی مطابق پلان و نظریه لزوم دید اداره و اوامر مقامات مافوق خارج پلان.

۷- تکمیل بررسی‌های موضوعی از مسایل جداگانه فعالیت‌های مالی و اقتصادی، بررسی از تطبیق تصامیم و پیشنهادات تفتیش قبلی.

۸- بر اساس تحلیل و ارزیابی نتایج تفتیش و بررسی، ارایه پیشنهاد جهت رفع نواقص تشخیص شده و کنترل از تطبیق آن.

۹- اتخاذ تصامیم قانونی برای جلوگیری از اجراءات غیرقانونی ادارات و مؤسسات در جریان تفتیش.

۱۰- مطلع ساختن عاجل مقام ذیصلاح از تخلفات و اجراءات غیرقانونی تشخیص شده.

به هر حال اداره کنترل و تفتیش داخلی بر حسب وظیفه کنترل یک ساله را دارد و در نهایت باید آن را گزارش دهد. این گزارش سال مالی گذشته به حکومت در ظرف شش ماه بعد از ختم سال مالی باید ارائه گردد. گزارش باید حاوی مسایل ذیل باشد: «۱. تصدیق اجراءات محاسبوی مبالغ مندرج در صلاحیت‌های بودجوی؛ ۲. پیشنهاد وضع جریمه مطابق به احکام قانون.» (قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، ماده پنجاه و نهم، ۱۳۸۴) البته (قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، ماده پنجاه و نهم، بند سوم، ۱۳۸۴) این گزارش باید تقدیم شورای ملی گردد و بعد از آن جهت معلومات عامه باید نشر گردد.

از خروجی‌های نظارت اداره کنترل و تفتیش داخلی جبران خساره و تعقیب عدلی است. (مقرره اداره کنترل تفتیش داخلی، ماده بیست و دوم) هم چنین ناظران در جریان کنترل و نظارت با اتخاذ تصمیماتی از اجراءات غیر قانونی ادارات و مؤسسات پیشگیری نمایند؛ (مقرره اداره کنترل تفتیش داخلی، ماده هفتم، بند دهم) چنانکه در ماده ۱۶ مقرره اداره کنترل و تفتیش داخلی آمده است: «مفتشین در جریان تفتیش باآمرین مراجع تحت تفتیش تدابیر لازم جهت رفع تخلفات و جبران خساره وارده اتخاذ می‌نمایند.»

## ۲-۲. استقلال اداره کنترل و تفتیش داخلی

استقلال اداره کنترل و تفتیش داخلی در برابر وزیر و آمر اداره محل تردید است. زیرا در ماده ۴ مقرر شده اداره و کنترل تفتیش داخلی مقرر شده است: «آمراداره تفتیش داخلی از اجراءات اداره تفتیش داخلی وزارت و یا اداره در سیستم وزارت در برابر وزیر یا آمراداره مسئولیت دارد.» و هم چنین در ماده سوم مقرر شده اداره کنترل و تفتیش داخلی آمده است: «ادارات تفتیش داخلی بحیث واحد تشکیلاتی مستقیماً تحت اثر وزیر و آمرین ادارات دولتی فعالیت می نمایند.» یا در ماده دوازدهم مقرر شده اداره کنترل و تفتیش داخلی آمده است: «تفتیش و بررسی در هر مورد به هدایت کتبی وزیر و یا آمر اداره که مستقیماً اجراءات ادارات تفتیش داخلی راهبری می نماید اجرا می گردد.» این وضعیت در اساس نباید مشکل ایجاد نماید، اما شرایط و ظرفیت های افغانستان به گونه ای است که آمر نمی تواند استقلال و بیطرفی خود را حفظ کند و این وضعیت در کل ادارات دولتی محسوس و مشهود است.

به صورت کلی، حسابرسی داخلی نوعی فعالیت اطمینان بخش و مشاوره های مستقل و بیطرفانه است. البته در اینجا مفهوم استقلال، استقلال از واحدهای عملیاتی است؛ چرا که قرار است نسبت به عملکرد آنها گزارش نماید اما نسبت به مدیران ارشد قوه مجریه که از طرف آنها منصوب می شوند و در سطح دولت، وابسته و داخلی محسوب می شود. (خدابخشی، ۱۳۹۴، ص. ۵۳-۶۶)

آشنایی نظارت کننده و شونده و روابط اداری نزدیک آنها می تواند از جدی بودن نظارت کاسته و حتی زمینه تبانی و تفاهم را به آسانی فراهم نماید. به خصوص که تعصب سازمانی ممکن است که مانع نظارت جدی در امور مالی شود. از سوی دیگر نبود بی طرفی و استقلال شخص ناظر و وابستگی آن به قوه مجریه و تأثیرپذیری از مدیران مافوق خود می تواند نظارت را ناکارا سازد. وانگهی معیارهای دقیق قانونی و قضایی به احتمال زیاد در نظارت اداری رعایت نمی شود. زیرا نظارت قضایی باید مستدل و مستند باشد که نظارت اداری در عمل لزوماً این گونه نیست.

## ۲-۳. نقاط قوت

مقام ناظر در این نوع نظارت در زمینه مسایل اداری آشنایی، تخصص و مهارت دارد که این عوامل با عنایت به پیچیدگی مسایل اداری بسیار تأثیرگذار بر نظارت مفید است. موضوعات



یادشده در مقایسه با نظارت سیاسی و قضایی از نقاط قوت آن به حساب می‌آید؛ چرا که قاضی و نمایندگان پارلمان با مسایل ریز اداری در امور مالی آشنایی لازم را ندارند و طبعاً بر موضوع نظارت اشراف لازم را نخواهند داشت. بدیهی است اشخاص که شناخت درست از موضوع نظارت نداشته باشند، توان انجام نظارت مؤثر و مفید را به صورت مستقیم نخواهند داشت. در این نوع نظارت ناظر علی القاعده با مسایل پیچیده امور اداری و مالی آشنا است و در این حوزه باید دارای تخصص باشد و خود از نزدیک مسایل را تحلیل و ارزیابی نماید که خود نقطه قوت محسوب خواهد شد. به هر حال مفتش اداره کنترل و تفتیش داخلی می‌تواند از نزدیک با چشمان باز و آشنا با مسایل، نظارت را اجرایی نماید.

### ب) نظارت اداری برون سازمانی

اداره عالی تفتیش که از نظر ساختاری وابسته به هیچ از قوای سه گانه نیست و حوزه صلاحیت آنها صرفاً اموری مالی و بودجه است و فلسفه وجودی آن اعمال نظارت اداری برون سازمانی و تخصصی است. اداره یادشده جز نهادهای مستقل است. از نظر قانون، اداره یادشده، عالی‌ترین مرجع تفتیش امور مالی دولت است. (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۴، ۱۳۹۱)

#### ۱. استقلال اداره عالی تفتیش

اداره عالی تفتیش از نظر ساختاری، اداری و امور مالی مستقل است و تابع هیچ‌یک از قوای سه گانه نیست. در پیشنهاد و مصرف بودجه خود مستقل است و از نظر اداری و ساختاری وابسته به هیچ یک از قوای سه گانه یا دیگر نهاد دولتی نیست. صرفاً رئیس اداره عالی تفتیش از سوی رئیس قوه مجریه منصوب می‌شود و معاون آن با پیشنهاد رئیس اداره عالی تفتیش و منظوری رئیس قوه مجریه تعیین می‌گردد (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۷) که البته این موضوع از نظر حقوقی در جامعه نسبتاً سالم ایرادی از بعد استقلال در پی ندارد. شرایطی که برای عزل ریاست اداره عالی تفتیش در قانون پیش‌بینی شده است (قانون اداره عالی تفتیش ماده ۸) مغایر با استقلال آن نیست و مدت تصدی هم کافی است. (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۷)

#### ۲-۳. گسترده‌گی قلمرو نظارت

اداره عالی تفتیش محدوده‌ای نظارت وسیع و گسترده دارد و هر نهادی که به نحوی از بودجه عمومی استفاده یا آن را در اختیار داشته باشد، تحت نظارت این اداره خواهد بود. (قانون اداره

عالی تفتیش، ماده ۵، ۱۳۹۱) از این رو، حتی بخش خصوصی را از نظر مالی هم می‌تواند نظارت کند، در صورتی که از بودجه عمومی استفاده کند یا آن را در اختیار داشته باشد. نهادهای دولتی از تشکیلات ریاست جمهور گرفته تا کوچک‌ترین اداره دولتی مشمول صلاحیت نظارتی مالی اداره عالی تفتیش است. از نظر حوزه و قلمرو صلاحیت مشکل ندارد و تمامی نهادها قابل نظارت مالی از سوی اداره با شرایط یادشده می‌باشد.

### ۲-۳. تخصصی و مسلکی بودن نظارت

مقصود از تفتیش: «تفتیش: عملیه بازرسی منظم و عینی معاملات، عملکردها، صورت حساب‌ها، گزارشات تفتیش داخلی، طرزالعمل‌های مالی و حسابداری، سیستم اطلاعات و معلومات الکترونیکی و سایر اسناد است، جهت حصول اطمینان از صحت آنها با صورت حساب‌های مالی مراجع مندرج ماده پنجم این قانون.» (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۳، بند اول، ۱۳۹۱) با عنایت به تعریف یادشده نظارت اداره عالی تفتیش و مفتشان آن جنبه تخصصی و مسلکی دارد و مفتش باید حتماً به صورت فنی و تخصصی با مسایل مالی، حسابداری و قواعد مالی آشنا باشد. نظارت اداره عالی تفتیش در میان نهادهای ناظر اداری، نهایی است و مرجع دیگر حق نظارت ندارد مگر با دستور رئیس قوه مجریه. (قانون اداره عالی تفتیش، ماده ۲۰، ۱۳۹۱)

### ۳-۴. صلاحیت‌های مفتش

مفتش: کارکن خدمات ملکی است که طبق احکام قانون به حیث عضو اداره عالی تفتیش مقرر و یا در مورد خاص با در نظر داشت تخصص و تجربه از بیرون اداره توظیف و صلاحیت تفتیش به وی تفویض شده باشد و در عین دارای صلاحیت‌های ذیل است:

- ۱- انجام بی طرفانه و مسؤله و وظایف طبق احکام این قانون؛
- ۲- بررسی تمام اسناد، دفاتر، صورت حساب‌های مالی، گزارشات، مدارک، مهرها، اسناد بهادار، معلومات الکترونیکی و سایر اسناد مرجع تحت تفتیش و مرتبط به آن، گرچه توسط تفتیش داخلی بازرسی شده باشد؛



۳- رایه مشوره‌ها و سفارشات قانونی طور واضح، صریح، مؤجز و مدلل به مراجع تحت بازرسی جهت تنظیم و اداره بهتر امور مالی و حسابی. شناسائی تخلفات مالی و حسابی مراجع تحت بازرسی و مرتکبین آن؛

۴- ارجاع تخلفات مورد تفتیش به سارنوالی در ولایات در صورتی که تعقیب عدلی را ایجاب کند، رایه گزارش آن به اسرع وقت به رئیس اداره عالی تفتیش. عدم افشای معلوماتی که در جریان تفتیش حاصل می نماید؛

۵- بازرسی عینی از چگونگی تهیه و تدارک، حفظ، توزیع و استفاده از اجناس، وسایط و سایر اشیاء و دارائی های با ارزش جهت تأمین کاربرد مؤثر آنها؛

۶- بررسی عملکرد از لحاظ اطمینان کیفیت کار. چالش جدی که اداره عالی نظارت فقدان کارگزاران مناسب و هم چنین نبود شعب کافی در سراسر کشور است. اداره کنترل تفتیش داخلی همکار این اداره محسوب می شود اما به دلیل آنکه اداره مستقل از بخش تحت نظارت خود نیست نمی تواند همکار خوب نظارتی باشد.

خروجی نظارت اداره عالی تفتیش چیزی نیست که بتوان به آن امید بست. چنانکه در بررسی های که در سال ۱۳۹۶ از هشت وزارت خانه این اداره انجام داده است اصلا به نتیجه بازرسی اشاره نشده است و این که چه اقداماتی را انجام داده است. (فصلنامه تفتیش، ۱۳۹۶، ص ۹) یا در بررسی حساب قطعی دولت نیز به کدام نتیجه خاص اشاره نشده است. (فصلنامه تفتیش، ۱۳۹۶، ص ۱۹) این در حالی است که اداره عالی تفتیش مکلف به نشر گزارش سالانه خود می باشد و باید از تمامی اقداماتی خود یک گزارش جامعه تهیه و در اختیار مردم قرار دهد. (قانون اداره عالی تفتیش ماده بند ۶) از سوی دیگر در مواردی این اداره گزارش داده است، مراجع قضایی و عدلی به وظایف خود عمل ننموده اند و هزاران پرونده در سارنوالی انبار شده است. هر چند افکار عمومی منتظر اند تا افراد متهم شده در گزارش رسانه‌ها مورد پیگرد و تحقیق عدلی و قضایی قرار بگیرند؛ اما به نظر می رسد که نهادهای مسوول در عرصه مبارزه با فساد از جمله اداره عالی تفتیش، سارنوالی و ستره محکمه در زمینه بررسی اسناد افراد متهم کوتاهی می کنند. از نظر ساختاری این اداره در ولایات چند ریاست ساحوی محدود دارد که نمی تواند حوزه صلاحیت خود را به خوبی پوشش دهد و به تعداد کافی مفتش داشته باشد.

## نتیجه‌گیری

نظارت اداری بر امور مالی در افغانستان با کاستی‌های روبرو است. خروجی نظارت چیزی قابل توجه نیست. هدف نظارت مجازات مجرم مجازات و تنبیه متخلف است و باید نظارت خروجی مشخص داشته باشد و برای بازدارندگی نیز نظارت به خروجی مشخص نیاز دارد. از طرفی نظارت باید به کاهش فساد مالی کمک نماید، در حالی این پیامد را نظارت نداشته است. وانگهی در چارچوب نظریه ساختار - کارگزار بیشترین مشکل را کارگزاران نظارت اداری بر امور مالی دارد. از این رو، ما نیازمند اعمال انضباط‌های جدی بر ناظران هستیم و از طرف برای آینده به برنامه جدی فرهنگی و تربیت نیروی مناسب برای نظارت داریم و از اساس باید باورها و رفتارها تغییر نمایند. از سوی دیگر نظارت درون سازمانی از نظر تخصصی، مسلکی و آشنایی با مسایل اداری، شیوه مناسب است که در افغانستان از این جهت نیز به دلیل انتصابات و استخدام مشکل داریم. هم چنین از منظر استقلال با مشکل جدی روبرو است. از سوی دیگر نظارت‌کننده و نظارت‌شونده در نظارت سلسله مراتب و نظارت اداری درون سازمانی زمینه فساد و تبانی را به آسانی فراهم می‌سازد و این امر در جامعه مثل افغانستان زمینه‌ای آن بسیار فراهم است. نظارت اداری برون سازمانی (در اینجا اداره عالی تفتیش) با چالش‌های کمبود دفاتر ساحوی، کارگزاران ناوارسته و عدم خروجی مناسب روبرو است.



## منابع

### الف) کتاب

۱. امامی، محمد، کلیات حقوق مالی نشر میزان، تهران، چاپ اول ۱۳۸۴.
  ۲. رضا موسی زاده، حقوق اداری، تهران، نشر میزان و دادگستر، چاپ دوم پاییز ۱۳۷۸.
  ۳. محمد راسخ، تعادل و نظارت در نظام حقوق اساسی، چ دوم، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۹۰.
  ۴. (ب) مقاله
  ۵. هادی خدابخشی و مهرداد جباری، لزوم نظارت قبل و حین خرج در نظام بودجه ریزی مبتنی بر عملکرد، شماره‌های ۱ و ۲ فروردین اردیبهشت ۱۳۹۴.
  ۶. اداره عالی تفتیش، آمریت تفتیش عملکرد و محیطی، گزارش بازرسی عملکرد وزارت دفاعی ملی، ۱۳۹۳-۱۳۹۵.
  ۷. اداره عالی تفتیش، آمریت تفتیش عملکرد و محیطی، سال ۱۳۹۴، یافته های تفتیش مربوط به پروژه نمرة AFG (۴۲۰۰۲۲) ساختمان سرک کوتل اونی الی مرکز بامیان صفحات، مختلف سایت اداره عالی تفتیش)
  ۸. ارگان نشراتی اداره عالی تفتیش آمریت اطلاعات و ارتباط عامه، فصلنامه تفتیش شماه اول، سال ۱۳۹۶.
  ۹. (اداره عالی بررسی، ریاست بررسی عملکرد و محیط زیست، بررسی عملکرد وزارت اقتصاد، سال‌های ۱۳۹۳-۱۳۹۵).
  ۱۰. سونامی فساد مالی و اداری در افغانستان/ تحلیلی از ماندگار، زمان انتشار: ۱۶ جوزا، ۱۳۹۴/ ساعت ۲۵:۰۴.
  ۱۱. عبدالله قنبرلو، بررسی رویکردهای سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران از منظر مسأله کارگزار- ساختار، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال یازدهم، شماره دوم، تابستان ۱۳۷۸، شماره مسلسل ۴۰.
- ج) قانون
۱. قانون اساسی، مصوب ۱۳۸۲.
  ۲. قانون اداره امور مالی و مصارف عامه، مصوب ۲۳/۳/۱۳۸۴.
  ۳. قانون اداره عالی تفتیش، ماده دوم، مصوب ۹/۱۰/۱۳۹۱.
  ۴. مقررہ اداره و کنترل تفتیش داخلی، ۱۳۵۹.



سال دوم، شماره سوم، بهار ۱۴۰۳



۱۱۶



# ماهیت اکراه، اجبار و اضطرار و تأثیر آن‌ها بر مسئولیت‌زدایی جزایی در فقه و حقوق

عید محمد احمدی\*

تاریخ دریافت: ۱۳۰۳/۲/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۳/۱۵

## چکیده

اصطلاح اجبار، اکراه و اضطرار از عناوین ثانویه در تکلیف و احکام هستند که در فقه و حقوق بحث و بررسی شده‌اند و آثاری بر آن‌ها در جنبه مدنی و جزایی مترتب است. هر سه وضعیت مذکور مانع مسئولیت جزایی هستند؛ اما تفاوت‌هایی بین آنها وجود دارد. تفاوت اکراه و اجبار در این است که اجبار، سبب سلب اراده و اختیار واقعی شخص می‌شود؛ اما در اکراه، اراده و اختیار به کلی سلب نمی‌شود، بلکه رضایت و طیب خاطر آسیب می‌بیند. تحقق اکراه مشروط به تهدید و وجود خوف است؛ اما در اجبار فرصتی برای تهدید و ترس باقی نمی‌ماند. تفاوت اکراه و اضطرار نیز در این است که در اضطرار، شرایط و موقعیت تهدیدآمیز به‌طور طبیعی ایجاد می‌شود و انسان در بروز آن دخالتی ندارد؛ اما در اکراه، منشأ خطر و تهدید همواره انسان است. اضطرار، سبب مخدوش شدن اختیار و محدودیت اراده شخص مضطر نمی‌شود؛ اما اکراه سبب مخدوش و محدودیت اراده و اختیار شخص مکره می‌شود. در آخر، اکراه موجب زوال حکم تکلیفی و وضعی است؛ اما اضطرار سبب از بین رفتن حکم وضعی نمی‌شود. تفاوت اجبار و اضطرار نیز در سلب اراده فرد مجبور و منشأ آن دو است؛ منشأ اجبار، عامل انسانی و منشأ اضطرار، عامل برون‌ی و طبیعی است که تحقق هرکدام از این وضعیت‌ها

---

\* دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، کدر علمی دانشکده حقوق، دانشگاه ابن سینا.

شرایطی دارد. این تحقیق، مسائل را با روش توصیفی و تحلیلی به صورت مستدل و مستند بیان کرده است. بر ایند تحقیق حاضر این است که همهٔ حالت‌ها یا اصل تکلیف و مسئولیت را از شخص برمی‌دارند و شخص اصلاً مسئولیت پیشین و اهلیت جنایی ندارد یا مجازات و مؤاخذه و مسئولیت پسینی را بر طرف می‌کنند و علی‌رغم ارتکاب جرم، تبعات رفتار مجرمانه بر شخص تحمیل نمی‌شود.

**واژگان کلیدی:** فقه جزا، حقوق جزا، مسئولیت جزایی، اکراه، اجبار، اضرار و عوامل رافع مسئولیت.



با احراز و اثبات مسئولیت جزایی اشخاص، اجرای مجازات ممکن و میسر می‌شود؛ اما گاهی عواملی باعث می‌شوند علی‌رغم اینکه فردی رفتار مجرمانه را مرتکب شده است، محاکمه و تطبیق مجازات بر آن با چالش و مانع مواجه شود عوامل چالش‌زا عبارت‌اند از حالت اکراه، اجبار و اضطرار که کیفیاتی نفسانی و درونی است که در اثر آن‌ها، با وجود وقوع جرم، نسبت دادن ارتکاب عمل جرمی به شخص مشکل می‌شود؛ زیرا یکی از مبانی مسئولیت جزایی، داشتن قدرت اراده و اختیار است که وضعیت اکراه، اجبار و اضطرار به این مبانی آسیب وارد کرده، مسئله را با پرسش و چالش مواجه می‌کند و ضرورت تحقیق در باره مسئله را آشکار می‌کند. ازسوی دیگر، گستردگی و فراگیری قاعده اکراه، اجبار و اضطرار در تمام مسائل فقهی و حقوقی اهمیت و ضرورت مطالعه و تحقیق را بیشتر نمایان می‌کند؛ هرچند همت این قلم بحث و بررسی نقش وضعیت اکراه، اجبار و اضطرار در قلمروی جزایی است.

پرسش‌های تحقیق از این قرار هستند که حقیقت اکراه، اجبار و اضطرار چیست. آیا تفاوتی تأثیرگذار بین این سه حالت وجود دارد؟ آیا بروز این حالات، اشخاص را از مسئولیت جزایی مبرا می‌کند یا مسئولیت دارند و تنها از تطبیق مجازات معاف می‌شوند؟ چگونه این سه وضعیت در نظام حقوق جزای افغانستان بازتاب یافته است؟ این تحقیق بنا دارد با رویکرد فقهی و حقوقی به پرسش‌های مطرح‌شده پاسخ بدهد.

## ۱. تعریف مفاهیم

تعریف مفاهیم و اصطلاحات مهم تحقیق در بیان مسئله و درک درست مطالب کمک می‌کند؛ بنابراین، تعریف مفاهیم، امری ضروری است.

### ۱-۱. اکراه در لغت

در نگاهی کلی، اکراه یعنی وادار کردن شخصی به عمل یا ترک عملی که از آن بیزاری و نفرت دارد و در لغت عبارت است از «حمل الغیر علی امر و هو کاره» (فراهیدی، ۳: ۳۷۶؛ ابن منظور، ۱۳/ ۵۳۵؛ مصطفوی، ۱۰/ ۵).



فقها یکی از شرایط صحت معامله در بحث از شرایط فروشنده و خریدار را اختیار می‌دانند و آن را به دو معنا به کار می‌برند: یکی رضایت و طیب خاطر و دوم قدرت و اراده داشتن. اختیار به معنای رضایت در مقابل «کراهت» است و اختیار به معنای اراده در مقابل «اجبار» قرار می‌گیرد. در بحث معاملات، مراد از اختیار همان معنای اول است؛ یعنی اگر شخص در انجام دادن کار خود رضایت نداشته باشد، عمل او اثر فقهی و حقوقی ندارد؛ هر چند قدرت و اراده بر انجام کار را دارد. از این مقابله به این نکته می‌رسیم که در فقه «اکراه» از لحاظ نظری غیر از «اجبار» است که به تعریف و تبیین آن می‌پردازیم.

برخی اندیشمندان فقهی، اکراه را چنین تعریف کرده‌اند: «ثم ان حقیقه الاکراه لغه و عرفاً: حمل الغیر علی مایکرهه» (مرتضی انصاری، ۱۴۱۰: ۶۵). به بیان دیگر «اکراه عبارت است از وادار کردن فرد بر انجام کاری که اگر بیم از زیان مادی، معنوی یا جسمی ناشی از تهدید اکراه‌کننده نبود، آن را انجام نمی‌داد» (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ ه.ق: ۶۳۰)؛ یعنی هرگاه شخصی، فرد دیگری را بر انجام کاری وادار کند که مطابق خواست و رضایت او نیست و از آن انزجار و نفرت دارد، اکراه رخ می‌دهد. طبق آنچه بیان شد، اکراه بر سه پایه استوار است: ۱. اکراه‌کننده؛ ۲. اکراه‌شونده؛ ۳. عملی که مورد اکراه واقع شده است (مانند فروش خانه، انجام عملی حرام و...). «اجبار عبارت است از سلب اراده یا مغلوبیت اراده شخص مجبور در انجام کار به سبب فشار عامل مادی یا معنوی» (جعفری تبریزی، ۱۴۱۹ ه.ق: ۱۳۳ و ۱۳۴). اجبار شدیدتر از اکراه است. شخص مجبور، قدرت و اراده بر انجام کار را ندارد؛ اما در اثر تهدید و فشار، رضایت و طیب خاطر مکره- علی‌رغم داشتن قدرت و اراده- آسیب می‌بیند. فقها درباره شرط اختیار در موضوع مدنی و جزایی می‌گویند مراد، اختیاری است که در مقایسه با کراهت به کار می‌رود؛ نه اختیار در مقابل جبر که اگر اختیار در مقابل جبر منظور باشد، عقد مکره از عقد بودن، خروج موضوعی دارد؛ زیرا قصدی که در حقیقت عقد معتبر است، ندارد. اگر دست‌های روزه‌داری را ببندند و در گلوی او آب بریزند، به گونه‌ای که اصلاً قصد، اراده و قدرت آشامیدن نداشته باشد، عمل منتسب به او نیست و وی مجبور است؛ اما روزه‌داری که تهدید می‌شود که اگر روزه را افطار نکند به جان، سلامتی یا مال وی ضرر می‌رسد و او با قصد و اراده خود افطار می‌کند، مکره است که این افطار ناشی از رضایت



باطنی و خشنودی او نیست. بین اکراه و اجبار از لحاظ نظری و ماهیت تفاوت است؛ اما از لحاظ آثار تفاوتی وجود ندارد. «اضطرار، عبارت است از دگرگونی اراده و حالت روحی روانی شخص بر اثر عوامل و فشارهای درونی مربوط به خود» (جعفری تبریزی، ۱۴۱۹ ه.ق: ۱۳۳ و ۱۳۴).

### ۳-۱. اکراه و اجبار در حقوق

چندان روشن نیست که در حقوق، اجبار و اکراه دو کلمه مترادف هستند و از ماهیت واحد برخوردارند یا متفاوت هستند. این تزلزل، از تعاریف اندیشمندان حقوقی که در ذیل می‌آید، آشکار شده است.

برخی، تنها کلمه اجبار را تعریف کرده‌اند. اجبار در لغت از ماده جبر و به معنای ناچاری و ناگزیری آمده است و در اصطلاح عبارت است از «کسی که دیگری را وادار کند بدون اختیار مبادرت به انجام یا ترک عملی کند» (ایرج گلدوزیان: ۲۸۳). دیگران گفته‌اند: «اجبار حالتی است که مجرم، علی‌رغم برخورداری از عقل و هوش متعارف، در شرایطی قرار می‌گیرد که به ارتکاب جرم دست می‌زند» (رضا نوربها، ۱۳۷۹: ۳۴۴) که در این تعریف، اجبار با تعبیر «عقل و هوش متعارف» از جنون و مستی متمایز می‌شود.

برخی اکراه و اجبار را به طور جداگانه چنین تعریف کرده‌اند: «اکراه عبارت از فشار مادی یا معنوی بر شخص است تا او را وادار به انجام عملی نماید. اعمال اکراه نسبت به اراده‌کننده، آزادی او را در سنجش نفع و ضرر موضوع اراده سلب می‌کند» (سید حسن امامی، ۱۳۹۸: ۲۲). به دنبال نقل و ذکر این تعریف، تعریف اجبار چنین آمده است: «اجبار عبارت است از وارد نمودن تهدید و ارباب نسبت به کسی جهت انجام دادن یا ترک فعلی و در این راه اجبارکننده از وسایل مادی و معنوی برای نیل به اهداف خود استفاده می‌کند» (هوشنگ شامبیاتی، ۲/۱۳۷۴: ۸۰). این نگاه، شخص مجبور را به حرکات عضو مرتعش تشبیه می‌کند که خود هیچ نقشی در انجام عمل ندارد؛ مثل انسانی که با بستن دست‌های آن شراب را به دهانش بریزند.

در تعریف اخیر، بین اکراه و اجبار با اقتباس از فقه تفاوت قائل می‌شوند؛ به این صورت که اکراه‌شونده فاقد رضای باطنی و طیب خاطر است، در حالی که مجبور - علاوه بر نبود رضایت -



اراده و قدرت را هم ندارد و با زور او را تسلیم به عمل مجرمانه می‌کنند (هوشنگ شامبیاتی، ۲/۱۳۷۴: ۸۱)؛ بنابراین مرادف قرار دادن اجبار و اکراه مناسب به نظر نمی‌رسد و اجبار شدیدتر از اکراه است. شاید این مرادف‌انگاری اکراه و اجبار بین حقوق‌دانان ناشی از ترادف دانستن این دو واژه در حقوق خارجی باشد که این دو واژه را در کنار هم دانسته‌اند؛ «اکراه شامل وضعیتی است که شخص مکره، تحت تهدید مستقیم به مرگ یا صدمه جسمی شدید به خود یا دیگری، به وسیله شخص دیگری مجبور می‌شود قانون را زیر پا بگذارد» (کاترین الیت و فرنسیس کوپین، ۱۳۸۷: ۲۳۰).

#### ۴-۱. تعریف قانونی

ماده ۵۵۱ قانون مدنی تصریح می‌کند که اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص، بدون حق، به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد؛ خواه اکراه مادی یا معنوی باشد. «ماده ۱۱۷ کد جزا: ۱. شخصی که تحت تأثیر قوه مادی یا معنوی‌ای که دفع آن طور دیگری ممکن نباشد، مجبور به ارتکاب جرم گردد، مسئول شناخته نمی‌شود.» قانون‌گذار نیز تفاوت بین اکراه و اجبار را در نظر نگرفته است.

برخی نویسندگان، ضمن بیان اینکه اکراه از اصطلاحات فقهی است، آن را «بیان مرتبه‌ای از اجبار دانسته‌اند و شخص در آن حال، به عمل یا ترک عملی وادار شده که از آن کراهت دارد و منشأ این فشار روانی، تهدیدی نامشروع علیه جان، مال و ناموس مکره است» (محمدعلی اردبیلی، ۱۳۷۷: ۹۱)؛ بنابراین مفهوم اجبار گسترده‌تر از اکراه است.

هرچند از لحاظ تأثیر در منع مسئولیت جزایی، تفاوتی بین این دو واژه و وضعیت پیش‌آمده برای شخص به چشم نمی‌خورد، اما از نگاه علمی و اثبات قضایی تأثیر متفاوتی دارد؛ زیرا اثبات اجبار آسان‌تر از اکراه است و اکراه شرایط بیشتری دارد که در آینده به آن‌ها اشاره می‌شود. در روایات نیز اجبار شدیدتر از اکراه معرفی شده است؛ بنابراین، بیان وجوه تفاوت بین این دو واژه و اضطرار، ضروری به نظر می‌رسد.





## ۲. وجه تفاوت بین اکراه، اجبار و اضطرار در فقه

اکراه به ضرورتی گفته می‌شود که از سوی دیگران ایجاد می‌شود و منشأ بیرونی دارد؛ چه در اکراه مادی و چه معنوی. در موردی که دست و پای روزه‌دار را بسته و در دهانش آب بریزند، اصطلاح جبر به کار می‌رود؛ اما اگر وی را با تهدید به کشتن یا غارت اموال و ... وادار به این عمل (افطار روزه) کنند، کلمه اکراه استعمال می‌شود. در علم کلام، اختیار در مقابل جبر به همین معنا به کار می‌رود؛ جبر در کلام، همان اکراه در فقه است. در حقوق جزای انگلستان، اکراه و اجبار مترادف هم آمده‌اند و شرایطی از قبیل احتمال وقوع خطر، امکان تحقق آن و اینکه شخص خود را در معرض خطر قرار نداده باشد، از شرایط اکراه ذکر شده‌اند (Williom, 1998: 265, 266). اضطرار به ضرورت‌هایی چون گرسنگی، تشنگی و مریضی اطلاق می‌شود که ناشی از دیگران نیست و منشأ آن را در ضرورت‌های پیش‌آمده برای خود مضطر، با توجه به رابطه‌ای که با مورد اضطرار دارد، باید جستجو کرد.

به‌هر حال شخص مجبور وضعیت خیلی بدتری نسبت به مکره دارد؛ چنان‌که وضعیت مکره بدتر از مضطر است. به بیان دیگر، انسان عامل اکراه و اجبار است؛ اما اضطرار به عمل و اقدام غیرقانونی فرد دیگری وابسته نیست (مرتضی انصاری، ؟؟؟: ۲۰؛ خوبی، ۱۳۷۴: ۲۸۱)؛ مانند تشنگی، گرسنگی، بیماری و ... که اگر کسی از این‌رو چیزی از دارایی‌اش را بفروشد، این فروختن از باب اضطرار است.

در وضعیت اکراه بر رفتار جرمی یا مدنی، تهدید به صورت مستقیم برای وادار کردن شخص به انجام عمل جرمی یا مدنی معین انجام می‌گیرد؛ رضایت مکره نیز به همان کاری مربوط می‌شود که تهدید به دلیل آن انجام شده. فشاری که در اضطرار به معامله‌کننده وارد می‌شود نتیجه اوضاع، احوال و شرایطی است که هیچ ارتباطی به تهدید شخص دیگر ندارد و خود شخص تصمیم می‌گیرد که برای رهایی از ضرورت‌ها و فشارهای زندگی، بیماری و ... معامله‌ای انجام دهد. منشأ اصلی مضطر بر انجام معامله، اثر روانی و نفسانی است؛ اما مکره برای دفع ضرر ناشی از انجام ندادن عمل جرمی، عمل جرمی را انجام می‌دهد. اکراه در موضوع جزایی، وصف جرمی را برمی‌دارد و در مدنی، عقد یا ایقاع را باطل می‌کند؛ اما اضطرار با وجود اینکه وصف جرمی را برمی‌دارد، عقد و ایقاع را باطل نمی‌کند. ریشه تفاوت حکم را می‌توان در حدیث رفع جستجو کرد؛ زیرا حدیث رفع بیان‌کننده موارد امتنان است و



امتنان با بطلان عقد مکروه و صحت عقد مضطر سازگاری دارد. روشن است که اگر کسی برای پرداخت دین یا معالجه بیمار یا نیازهای ضروری دیگر ناچار به انجام معامله شود، حکم به بطلان معامله با امتنان ناسازگار است. اگر مکروه معامله انجام دهد و معامله پس از برداشته شدن اکراه باطل شود، حکم به بطلان معامله عین امتنان است.

### ۳. ماهیت و شرایط تحقق اکراه

در این قسمت ماهیت و شرایط تحقق اکراه را از منظر فقه و حقوق مطالعه می‌کنیم.

#### ۳-۱. ماهیت اکراه در فقه

شخص مکروه چه ویژگی و خصوصیتی را ندارد که مکلف به پاسخگویی درباره رفتار خویش نیست؛ به عبارت دیگر، حقیقت اکراه چیست؟ دانشمندان اصولی، بحث اکراه را به لحاظ نظری در بحث «اصل برائت» مطرح، بحث و بررسی می‌کنند. اینکه اکراه، مانع مسئولیت است و مانعیت به اصل تکلیف مربوط می‌شود یا تنها متوجه مؤاخذه، مجازات و اهلیت جزایی است، در دانش اصول محل بحث و مناقشه است.

برخی اندیشمندان فقهی می‌گویند: «یکی از اموری که باعث سلب مسئولیت یا سلب مؤاخذه و مجازات می‌شود، اکراه است. اگر شخصی به هر دلیلی بر انجام یا ترک فعلی مکروه وادار شود و چاره‌ای جز اجرای خواست مکروه نداشته باشد، هر چند اراده و قصد عمل مورد نظر از او متمسکی است، اما رضایت خاطر و طیب نفس ندارد و نبود طیب نفس در انجام یا ترک عمل، او را از مسئولیت کیفری مبرا می‌سازد، حال یا اصل تکلیف و مسئولیت را از او برمی‌دارد و دیگر شخص مکروه اصلاً مسئولیت پیشین ندارد و دارای اهلیت جنایی نیست یا مجازات و مؤاخذه و مسئولیت پسینی را برطرف می‌کند و علی‌رغم ارتکاب جرم، تبعات رفتار مجرمانه بر او تحمیل نمی‌شود و این شخص تبعات و پیامد عمل خود را نخواهد چشید؛ یعنی صلاحیت اهلیت جزایی و مجازات را ندارد» (انصاری، ۱۴۱۰ ه.ق: ۶۵).

به این ترتیب ماهیت اکراه به این است که فرد مکروه، طیب خاطر و رضایت باطنی ندارد و همین عیب و نقص در طیب خاطر، او را از مسئولیت آسوده می‌کند؛ هر چند ممکن است اصل عمل را در ظاهر با اراده و اختیار انجام بدهد.



### ۲-۳. شرایط تحقق اکراه

اکنون این پرسش پدید می‌آید که ماهیت اکراه با چنین وضعیتی چه زمانی و با چه شرایطی برای شخص پیش می‌آید که سه شرط اساسی برای آن ذکر کرده‌اند:

۱. درخواست مکره توأم با تهدید و ترس نسبت به وارد آمدن ضرر بدنی، مالی یا آبرویی بر مکره یا بستگان وی باشد.

۲. احتمال عملی شدن تهدید مزبور در صورت سرپیچی، احتمال قوی و عقلایی داشته باشد و ضرر احتمالی، عملی شود.

بنابراین اگر اکراه همراه با تهدید و ضررهای قابل توجه نباشد، تحقق پیدا نمی‌کند و تنها در صورتی محقق می‌شود که شخص استقلال ارادی و رضایت خاطر خویش را بر اثر تهدید از دست دهد و بدون میل و رضایت درونی اقدام به کاری کند. معیار تحقق اکراه همین است که فرد بدون اختیار و طیب نفس به عملی مبادرت ورزد که درباره آن مورد اکراه و تهدید قرار گرفته است (اردبیلی، محمدعلی، ۱۳۷۷: ۹۷).

اکنون پرسشی مطرح می‌شود که حال که یکی از شرایط تحقق اکراه، وجود اکراه‌کننده است، آیا اکراه‌کننده واقعی مد نظر است (ضابطه عینی) یا اکراه‌کننده خیالی (ضابطه ذهنی) کفایت می‌کند؛ یعنی اگر مکره گمان کند که اکراه‌کننده - که توانایی عملی کردن تهدید را دارد - وجود دارد و به فروختن خانه‌اش فرمان داده است و با همین خیال خانه را بفروشد، آیا اکراه تحقق یافته است؟

پاسخ برخی چنین است که برای صدق اکراه باید تهدید و الزام از طرف غیر به صورت عینی و واقعی باشد و اگر چنین حالتی را گمان کند در حالی که واقعی نبوده است، اثر آن صحت معامله است.

درباره جرائم و محرمات، اثر اکراه مترتب می‌شود و هر چند شخص به گمان وضعیت اکراه مرتکب جرم شده باشد، مسئولیت جزایی ندارد؛ زیرا ملاک مسئولیت جزایی این است که شخص عمل مجرمانه را بدون عذر و با آگاهی انجام دهد که در اینجا شخص عذر دارد و از لحاظ عقلایی نیز قابل مجازات نیست (محمد یزدی، بی‌تا: ۱۲۲).



۳. بسته بودن راه نجات: شرط سوم این است که در تحقق اکراه بسته بودن راه‌های نجات بر شخص مکره لازم است و وی چاره‌ای جز گردن نهادن به خواسته مکره نداشته باشد یا عدم امکان نجات از شر مکره شرط تحقق اکراه نیست؛ مثلاً اگر کسی می‌تواند با گریختن از صحنه یا استمداد از دوستان و آشنایان خطر مکره را از خود دور کند اما به هر دلیلی این کار را انجام ندهد، آیا باز هم ماهیت اکراه و آثار آن بر رفتار این شخص مترتب می‌شود؟

در پاسخ می‌توان گفت عدم امکان تفصی و نجات یافتن از نزد مکره، شرط تحقق اکراه نیست؛ زیرا اولاً حدیث رفع و دیگر روایات این باب - از جمله حدیث مربوط به زن مستکره «لیس علی المستکره شیء اذا قالت استکرهت» (محمد حر عاملی، بی‌تا/۱۸) - چه توانایی بر نجات داشته باشد یا نه و دیدگاه اندیشمندان فقهی در این خصوص مطلق است و به‌طور کلی حکم به صحیح نبودن دادوستد در باب حقوق مدنی، عدم مسئولیت مرتکب و عدم پذیرش اقرار وی در حقوق جزا می‌کنند (مرتضی انصاری، بی‌تا: ۶۸؛ محمدحسن نجفی، ۴۱/۲۶۵ و ۲۸۰)؛ ثانیاً با وجود نجات از تهدید و ضرر مکره از طریق توریه، باز هم صدق عنوان اکراه به قوت خود باقی است؛ زیرا عرف با وجود قدرت بر توریه همچنان اکراه را باقی می‌داند. شرط عدم قدرت بر تفصی به وسیله غیر توریه، مخالف با اطلاقات روایات است؛ بنابراین، عجز از توریه یا وسایل دیگر در تحقق اکراه شرط نیست.

برخی در نهایت به نظریه دیگری می‌رسند و آن را می‌پذیرند. این دسته بین نجات یافتن از اکراه به روش توریه یا غیر آن فرق می‌گذارند و می‌گویند: «انصاف این است که در مستند بودن انجام کار به اکراه، شرط است که انگیزه انجام کار اکراهی، ترس از وارد آمدن ضرری باشد که در صورت ترک، متوجه خواهد گردید و با وجود قدرت بر نجات، نمی‌توان گفت ترک کار مورد درخواست، اکراهی ضرر را به دنبال دارد؛ بلکه ضرر مستند به دو چیز است: یکی خودداری از انجام کار مورد اکراه و دیگری اقدام نکردن در جهت نجات خویش از پیامد سرپیچی از خواست مکره؛ بنابراین، جلوگیری از ورود ضرر به یکی از دو وسیله زیر امکان‌پذیر است: ۱. انجام کار اکراهی؛ ۲. نجات دادن خویش.» شخص مکره در انجام دادن هریک از این دو کار اختیار دارد و با اراده و قصد می‌تواند به یکی از این دو کار مبادرت ورزد؛ از این رو وی بین تن دادن به عمل اکراهی و نجات یافتن از طریق کمک‌خواهی، توان گزینش‌گری دارد؛ پس اکراهی در کار نیست. طبق آنچه بیان شد، مکره در صورت توانایی بر

نجات خود با شیوه کمک‌خواهی از دیگری، موضوعاً از شمول حدیث رفع و روایت اکراه خارج می‌شود.

برایند نهایی این نظریه این است که سرپیچی شخص از انجام خواسته مکره و تحقق ضرری که در صدق عنوان اکراه معتبر است، تنها در صورت قدرت داشتن بر توریه ملازمه دارد و نه در صورت قدرت داشتن بر غیر توریه؛ یعنی در فرض دوم، بین ضرر ناشی از سرپیچی کردن و اکراه ملازمه نیست و شاید این ضرر ناشی از استفاده نکردن مکره از وسیله نجات باشد که در این صورت، انجام دادن خواسته مکره به اختیار و اراده خود او بار می‌شود (مرتضی انصاری، پیشین: ۷۱ و ۷۲). در این فرض، مسئولیت جزایی به قوت خود باقی است.

حقوق جزای افغانستان نیز همین نظریه را اختیار کرده است و در صورت دفع خطر اکراه با شیوه کمک‌خواستن از دیگری، تن دادن به عمل مجرمانه مسئولیت جزایی در پی دارد.<sup>۱</sup>

۴. شرط چهارم این است که سلب اختیار ناشی از رفتار خطای پیشین مرتکب نباشد. اگر کسی آگاهانه اختیار را از خود سلب کند، هر چند مورد تهدید هم قرار گیرد، در صورت ارتکاب جرم مسئول است (الامتناع بالاختر لاینافی الاختیار)؛ برای مثال ترمز (برک) موتوری خراب است و شخص باید آن را تعمیر کند ام این کار را انجام نمی‌دهد؛ آن‌گاه در اثر حادثه‌ای ترمز موتو بریده می‌شود، شخص تصادف می‌کند و مرتکب جرم می‌شود؛ در اینجا به دلیل اینکه ارتکاب جرم ناشی از خطای قبلی راننده و موتروان است، این خطا قابل استناد نیست و نمی‌تواند رافع مسئولیت باشد.

#### ۴. دلیل قاعده اکراه و اضطرار

فقها برای اثبات برائت و رفع مسئولیت از مکره و مضطر به آیه و حدیث رفع استناد کرده‌اند و هر دلیلی برای قاعده اکراه، دلیل برای اجبار نیز است و دلایل به‌قرار ذیل هستند:

<sup>۱</sup> ماده ۱۱۷ کود جزا، فقره ۲: شخص زمانی مکره دانسته می‌شود که با خطر قریب‌الوقوع از دست دادن جان، اعضای بدن یا آزادی مواجه گردد و خطر مذکور به‌شکل دیگری دفع شده نتواند و مرتکب جرم شود تا خطر را از خود، اقارب یا شخص دیگری دور سازد.

#### ۴-۱. قرآن کریم

خداوند در آیه ۱۰۶ سوره نحل می‌فرماید: «من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره و قلبه مطمئن بالايمان...» پیام آیه این است که اکراه بر عمل حرام، وصف حرمت را برمی‌دارد. شأن نزول آیه این است که عمار بر تبرّی جستن از رسول خدا (ص) اکراه می‌شود و درحالی که تبرّی جستن از رسول خدا (ص) حرام است؛ اما از آنجایی که عمار با اراده و اختیار به این کار مبادرت نورزیده بود و از سوی مخالفین مکرّه شده بود، این آیه نازل شد و بیان داشت که عمل ناشی از اکراه اعتبار ندارد و عمار مرتکب جرم نشده است. آیه ۱۷۳ سوره بقره درباره قاعده اضطرار می‌گوید: «انما حرم عليكم الميسته... فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا اثم عليه...»؛ کسی که ناچار به خوردن بعضی از این محرّمات شود و این ناچاری و اضطرار درحالی باشد که ظالم نباشد، مانعی ندارد که از این محرّمات استفاده نماید؛ یعنی در شرایط اضطرار استفاده از محرّمات، مباح است.

#### ۴-۲. سنت

از مهم‌ترین روایاتی که می‌تواند از مستندات و دلایل قاعده اکراه، اجبار و اضطرار تلقی شود، روایتی است که صدوق به سند صحیح در کتاب توحید و خصال و مرحوم کلینی در کافی از امام صادق (ع) نقل کرده‌اند و به حدیث «رفع» معروف است که امام صادق (ع) می‌فرماید: «رفع عن امتي تسعة اشيا: الخطا و النسيان و ماستكروها عليه...» (صدوق، بی‌تا: ۳۵۳، ح ۲۴ و بی‌تا: ۴۱۷، ح ۹). در این حدیث نه مورد و نه عمل یادآوری شده است که از باب امتنان، تکلیف از امت پیامبر بر داشته شده است. بیشتر اندیشمندان اصولی این حدیث را صحیح‌السند می‌دانند (مرتضی انصاری، ۱۴۱۰ ه.ق: ۳۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۱/ ۴۰؛ بروجردی، بی‌تا/۳: ۲۰۸؛ اعتمادی تبریزی، بی‌تا/۳-۴: ۱۸) و تنها روی بحث دلالتی آن تمرکز کرده‌اند.

دو بحث مهم در خصوص روایت مطرح شده است: یکی بحث عام و دیگری خاص. در بحث عام، این پرسش مطرح است که مرفوع از امت پیامبر (ص) چیست؛ آیا امری تکوینی است یا تشریحی؛ حدیث می‌فرماید در نه حالت و وضعیت، نه چیز برداشته شده است و آن نه چیز چیست.



پاسخ به این پرسش، بحثی اصولی است و اصولیون، امر مرفوع در این حدیث را رفع تشریحی دانسته‌اند؛ زیرا نسبتی که در این حدیث به امر نه‌گانه داده شده، نمی‌تواند نسبتی تکوینی باشد (بامیانی، بی‌تا/۲: ۲۳۲). معنای رفع تکوینی «ما اکره علیه» یعنی مکره در امت اسلامی تحقق خارجی ندارد و هیچ‌کس در حقیقت برونی مورد اکره قرار نمی‌گیرد؛ در حالی که بسیاری از انسان‌ها مورد اکره برونی قرار می‌گیرند و شاهد رفتارهای اکره‌ای در خارج هستیم، پس خود «ما اکره علیه» نمی‌تواند مرفوع باشد، بلکه اسناد رفع به «ما اکره علیه»، اسنادی مجازی است (فاضل لنکرانی، بی‌تا/۱۱: ۱۲۶) و اگر اسناد رفع به عناوین نه‌گانه به همین ظاهر لحاظ شود، خلاف واقع و کذب است؛ راه‌حل این است که چیزی در تقدیر گرفته شود تا مرفوع امر مقدر باشد (بامیانی، بی‌تا/۲: ۲۳۲؛ شیرازی، ۲/ ۲۸۸).

به این ترتیب پیش از چگونگی استدلال به روایات، چند نکته برای جستجوی پاسخ قابل یادآوری هستند:

۱. در تمام فرازهای حدیث باید چیزی در تقدیر گرفته شود؛ زیرا در غیر این صورت اگر به ظاهر حدیث بسنده شود، مستلزم کذب است؛ زیرا ظاهر حدیث این است که به‌طور تکوینی خطا، اکره و ... از امت اسلامی برداشته شود و در عینیت بیرونی: یعنی هیچ‌کس خطا نمی‌کند و مورد اکره قرار نمی‌گیرد که این خلاف واقع است و هر انسان در فرایند زندگی، غیر از معصومین (ع)، از خطا و یا اکره اجتناب‌ناپذیر است؛ بنابراین، به مقتضای دلالت اقتضا باید چیزی در تقدیر همه این فقرات نه‌گانه گرفته شود.

۲. پرسشی پدید می‌آید و آن اینکه «مقدر» و چیزی که باید پیش از «خطا، نسیان و ما استکرها علیه...» لحاظ گردد، چیست؟ اثر این مسئله زمانی ظاهر می‌شود که آیا «مکره» اصلاً تکلیف و مسئولیت ندارد و صلاحیت اینکه مخاطب قانون‌گذار قرار بگیرد، نیست یا در صورت ارتکاب بزه- همانند انسانی عادی- مسئولیت تکلیفی و جزایی دارد و تنها مجازات و مؤاخذه نمی‌شود.

سه احتمال در این حالت وجود دارد:

الف. مقدر، جمیع آثار است؛ اعم از حکم تکلیفی و وضعی، یعنی مسئولیت پیشینی و پسینی برداشته می‌شود.

ب. مقدر، مخصوص اثر بارز و مناسب با هر فقره است؛ یعنی لازم نیست در همه یک چیز در تقدیر باشد. در هر فقره متناسب با آن، چیزی در تقدیر گرفته شود؛ مثلاً اثر مناسب در «ما استکرها علیها»، فعل مورد اکراه است و نه حکم؛ یعنی مؤاخذه از فعل اکراهی برداشته شده است.

ج. مقدر، مخصوص مؤاخذه و مجازات دنیوی و اخروی است (مسئولیت پسینی)؛ حال باید دید قراین و شواهد کدامیک از این سه احتمال را همراهی می‌کند (انصاری، بی‌تا/۲: ۲۹-۲۷).

در فقره مورد نظر «ما استکرها علیها» نمی‌توان گفت مراد از «ما»، حکم است و اصل وجوب و حرمت برداشته شده است؛ زیرا «حکم» از سوی شارع مقدس است و مورد اکراه قرار نمی‌گیرد. آنچه می‌تواند متعلق اکراه باشد، فعل خارجی است؛ بنابراین، مطابق این فرض - به دلیل تناسب مؤاخذه با فعل شخص متناسب است و نه با حکم شرع و قانونگذار - مناسب است «مؤاخذه» را در تقدیر بگیریم.

در هر صورت باید چیزی در تقدیر گرفته شود؛ در غیر این صورت، کذب و مخالف واقع لازم می‌آید که از معصوم (ع) ناممکن است. برخی گزینه اول را از بین این سه گزینه اختیار کردند و «جمیع آثار» را در تقدیر می‌گیرند و بر این ادعا دو دلیل و قرینه ارائه کرده‌اند:

الف. از برخی روایات صحیح استفاده می‌شود که در موارد نه‌گانه تنها «مؤاخذه» برداشته نشده است؛ بلکه جمیع آثار - یعنی وجوب، حرمت، مجازات دنیوی و اخروی - برداشته شده است. یکی از این روایات، حدیث صفوان ابن یحیی و ابی نصر بزنطی از امام رضا (ع) است که از آن حضرت سؤال می‌کند: «یابن رسول الله (ص)، مردی را مکره ساختند که سوگند بخورد بر اینکه اگر فلان کار را کردم، تمام اموالم صدقه باشد و...؛ اگر مکره چنین سوگندی یاد کرد و بعد مخالفت کرد، آیا این آثار سوگند بر مخالفت او مترتب می‌شود؟ یعنی باید مال خود را صدقه بدهد؟» امام (ع) می‌فرماید: «خیر، این آثار مترتب نمی‌شود؛ زیرا اکراهی بوده و ارزش و اعتبار ندارد.» امام به روایت نبویه استشهاد کردند که نبی اکرم (ص) فرمودند: «رفع عن امتی ما اکرها علیها و...» از بیان و استشهاد امام (ع) استفاده می‌شود که مرفوع در موارد نه‌گانه و از جمله مکره تمام آثار است.





ب. حدیث رفع در مقام امتنان و منت گذاری بر امت اسلامی وارد شده است. خداوند بزرگ بر پیامبر اکرم (ص) و امت او منت گذارده و این امور را از آن‌ها برداشته است؛ ظاهرش این است که رفع تک‌تک این امور از مختصات امت اسلامی است و در امت‌های پیشین نبوده. مقام امتنان بودن حدیث، قرینه‌ای است که تمام آثار را در تقدیر بگیریم و نه فقط مؤاخذه را؛ زیرا اگر خصوص مؤاخذه مورد نظر باشد، در بسیاری از فرازهای نه‌گانه با اشکال جدی مواجه می‌شویم؛ در شش فراز اول روایت، عقل بر عدم مؤاخذه‌خاطی، ناسی، مکره، مضطر، جاهل و ناتوان حکم می‌کند، اختصاص به امت اسلامی ندارد و مقام امتنان در صورتی درست می‌شود که «تمام آثار» مورد نظر باشد و حتی مسئولیت پیشینی نیز نداشته باشند.<sup>۱</sup>

به این ترتیب، اصل تکلیف و مسئولیت از شخص مکروه برداشته شده است که در این صورت، مجازات خودبه‌خود منتفی است. حدیث رفع، آثاری را برمی‌دارد که به‌عنوان اولی بر موضوعات مترتب هستند؛ یعنی شخصی که مضطر یا مکروه به شرب خمر شده، نه مرتکب فعل حرام شده و نه استحقاق حد و تازیانه دارد (محمدکاظم خراسانی هروی، ۱۴۲۶ ه.ق: ۳۴۱؛ سید ابوالقاسم خوئی، بی تا/۲: ۲۶۶).

بحث خاص: بحث دوم، بحث خاص درباره مرفوع این است. روایاتی که در موارد خاص از معصومین (ع) نقل شده‌اند، بیانگر این هستند که اگر کسی بر عمل حرامی اکراه شود، حکم تکلیفی حرمت و پیامد آن از او برداشته شده است؛ مثلاً در صحیح ابی عبیده از امام محمدباقر (ع) نقل شده است: «زن و مردی را که متهم به عمل زنا بودند، خدمت امام علی (ع) آوردند؛ زن ادعا کرد که «استکره‌نی یا امیرالمؤمنین.» امام بر او حد جاری نکرد و حالت اکراه زن را مانع مسئولیت جزایی او دانست.» از این رو، به‌طور کلی می‌توان گفت ادعای اکراه در جایی که احتمال راستگویی مدعی داده شود، در همه موارد پذیرفته است. امام علی (ع) به صورت کلی چنین بیان کرده است: «لیس علی المستکره حد» (محمد حر عاملی، بی تا/۱۸: ۳۸۲) امام علی (ع) در روایت دیگری می‌فرماید: «لیس علی المستکره حد اذا قالت انما استکرهت» (محمد حر عاملی، بی تا/۱۸: ۳۸۳).

<sup>۱</sup> مقام امتنان و رفع مسئولیت مخصوص مسئولیت کیفری و حق‌الله است و در جایی که کار خطایی از روی اکراه سبب ضرر به غیر شود، حکم ضمان به قوت باقی است و امتنان و عدم مسئولیت جا ندارد.

## 5. ظهور آثار اکراه در حکم تکلیفی و وضعی

در فقه، احکام به دو قسمت تقسیم می‌شوند: الف. حکم تکلیفی (وجوب، حرمت و...); ب. حکم وضعی (صحت، بطلان، شرطیت، جزئیت و...). برخی، بحث مهم دیگری را مطرح می‌کنند که آیا عجز از تفصی و نجات در «وضعیت اکراه» در هر دو نوع لازم است یا تنها در یکی از این دو حکم کافی است.

در پاسخ گفته‌اند که ناتوانی از تفصی و نجات، تنها در احکام تکلیفی شرط است و اگر کسی بر امری غیرمجاز وادار شود، در صورتی که قادر به نجات از این وضعیت از طریق غیر توریه نباشد، انجام کاری غیرمجاز و حرام- جز درباره کشتن- برای وی جایز است و از این بابت نه در دنیا و نه در آخرت بازخواست نمی‌شود؛ اما درباره احکام وضعی عجز از تفصی برای ترتب آثار اکراه، شرط نیست و اگر خواسته مکره را انجام بدهد- هر چند شخص توان نجات و فرار را داشته باشد و از این فرصت استفاده نکند- اثر اکراه مترتب می‌شود؛ مثلاً معامله اکراهی باطل می‌شود. دلیل تفاوت در این است که در اولی، ملاک دفع ضرر محتمل است که این ضرر ممکن است با کمک گرفتن از دیگران برطرف شود؛ اما در دومی، رضایت باطنی شخص ملاک است و نبود رضایت- که امری باطنی است- در هر دو صورت عجز از تفصی و توانایی بر آن امکان‌پذیر است.

به این ترتیب، شرط عجز از تفصی برای ترتب آثار اکراه مخصوص احکام تکلیفی است و در احکام وضعیه، آثار اکراه به طور مطلق مترتب می‌شوند. اثر این مطلب در حقوق جزا این است که از آنجایی که مقررات جزایی از قبیل احکام تکلیفی هستند و صحبت از امر و نهی است، اگر کسی مرتکب بزه شود- که می‌توانسته از دیگران برای نجات خود کمک بگیرد اما این کار را نمی‌کند- و خواسته ی مکره را مرتکب شود، اکراه نمی‌تواند رافع مسئولیت کیفری باشد.

## 6. آثار کاربردی اکراه در فقه

از آنجایی که مباحث اصولی، بحث علمی و نظری و مبنای استنباط احکام شرعی هستند، شایسته است اندکی تطبیق و استفاده کاربردی این مباحث را در فقه به کاوش بگیریم. در اینجا از باب نمونه به چند مورد از تأثیر اکراه در برداشتن مسئولیت کیفری در فقه اشاره می‌کنیم. صاحب کتاب لمعه دهمین شرط اجرای حد در باب حد زنا را اختیار ذکر می‌کنند؛ «اگر کسی



به انجام عمل زنا وادار شود، حد در طرف زن بدون شک برداشته می‌شود؛ اما در طرف مرد، بنا بر اصح قولین بر طرف می‌شود. اکراه هم با این فرض تحقق می‌یابد که احتمال برود شخص مکروه در صورت سرپیچی مکروه از خواسته ی او می‌تواند ضرر مورد تهدید را در حق وی یا نزدیکان او عملی کند» (محمد حر عاملی، بی تا/۹: ۲۳). از تعبیر به «اصح القولین» درباره فاعل (مرد) استفاده می‌شود که قول دیگری وجود دارد که اکراه را رافع اجزای حد نمی‌داند؛ اما به دلیل و وجه آن اشاره نکرده است که حدیث رفع را در باب مرد زانی چگونه قید می‌زند و او را از تحت حکم حدیث رفع و اکراه خارج می‌سازد.

بحث قتل نفس از موارد دیگری است که از تأثیر اکراه استثنا شده. اکراه در قتل نفس موجب سلب مسؤلیت نمی‌شود؛ در این صورت، شخص مکروه- در صورت ارتکاب قتل عمد- قصاص می‌شود و آمر به حبس ابد محکوم می‌شود. دلیل این مسئله، روایت صحیح از امام باقر (ع) است که از وی درباره مردی پرسیدند که وادار به کشتن شخص دیگر و عمل به دستور مکروه شده است. امام (ع) می‌فرماید: «یقتل به الذي قتله و یحبس الامر بقتله فی الحبس حتی یموت» (محمد کلینی، بی تا/۷: ۲۶۷). درباره قصاص، دلیل خاصی وجود دارد که اکراه در آن تحقق پیدا نمی‌کند و حکم حالت شخص عادی اجرا می‌شود.

اگر تأثیر آمر بیش از مباشر باشد، مسؤلیت قصاص یا دیه به عهده آمر است؛ مانند اینکه صبی غیر ممیز یا مجنون را وادار به کشتن غیر کنند، زیرا مباشر نقش ابزار را دارد و نه بیشتر. اکراه نسبت به مباشر در جنایت بر عضو، رافع مسؤلیت کیفری است و کیفر و مجازات به عهده آمر و مسبب است؛ یعنی اکراه در جنایت بر غیر نفس محقق می‌شود. در این گونه موارد مطابق قاعده عمل می‌شود که ارتفاع تکلیف از شخص مکروه است (محمد حر عاملی، بی تا/۱۰: ۲۸؛ محمد حسن نجفی، بی تا/۴۲: ۴۷).

شهید اول درباره شرط تفصی از شر مکروه را از طریق توریه متذکر شده و غیر از آن، فقط در باب طلاق، توریه را بیان می‌کند؛ ایشان عدم قدرت بر توریه را شرط تحقق اکراه نمی‌داند (محمد حر عاملی، بی تا/۹: ۲۱). نسبت به غیر توریه اظهار نظری از شهید اول دیده نمی‌شود؛ بنابراین، می‌توان به اصل عدم شرط ناتوانی بر نجات، تمسک جست و بیان داشت که تحقق اکراه از این جهات مطلق است.

صاحب جواهر در شرایط اجرائی حد زنا می‌گوید: «و یسقط الحدّ مع الاکراه.» سقوط حد زنا از شخصی که بر این عمل مورد اکراه قرار گرفته باشد، جای شک و تردید نیست. روایات (محمد حر عاملی، بی‌تا/۱۸: ۳۸۲ و ۳۸۳) و اجماع بر عدم جواز اجرائی حد بر شخص مکروه قائم هستند. فرض تحقق اکراه درباره زن امکان‌پذیر است و جای بحث ندارد؛ اما نسبت به مرد محل بحث و تردید است. بر فرض پذیرش اکراه درباره مرد، وی نیز مسئولیت کیفری ندارد (محمدحسن نجفی، بی‌تا/۴۱: ۲۶۵).

در باب شرب خمر، یکی از شرایط اجرائی حد سکر اختیار مرتکب است؛ اگر کسی با اکراه به شرب خمر وادار شود، حد بر او جاری نمی‌شود. اکراه در اینجا به خوردن شراب تعمیم داده شده؛ به این صورت که دست شخصی را بگیرند، دهان او را باز کنند و شراب را داخل دهان او بریزند یا او را با تهدید به این کار وادار کنند. اکراه در این وضعیت به معنای اعم از اجبار و اکراه گرفته شده است (محمدحسن نجفی، بی‌تا: ۴۵۴).

قریب به اتفاق فقها اکراه در باب قتل را نپذیرفته‌اند؛ یعنی اگر شخصی وادار به کشتن کسی شود و فرد مورد نظر را به قتل برساند، مباشر قصاص می‌شود و مکروه به حبس ابد محکوم می‌شود. برای حکم بیان شده، روایاتی ذکر کرده‌اند؛ علاوه بر آن، دلیل عقلایی آورده‌اند که رفع جزای اکراهی با ضرر کمتر از آن معقول است؛ اما دفع ضرر جان خویش به بهای گرفتن جان شخص دیگر معقول نیست. شیخ طوسی اضافه می‌کند که کشتن مؤمن با عمل اکراهی مباح نمی‌شود (محمد طوسی، ۱۳۸۷ ه. ق/۷: ۴۱). دیدگاه غیرمشهور و علمای عامه‌ای وجود دارند که اکراه در قتل را مجوز قتل می‌دانند.

#### ۱-۶. دیدگاه مخالف مشهور

مرحوم خوئی تنها کسی است که در میان فقهای خاصه، اکراه در قتل نفس را تجویز کرده است؛ وی می‌گوید: «ولکنه مشکل (پذیرش نظریه مشهور مشکل است) و لا یبعد جواز القتل عندئذ و علی ذلک فلاقود ولكن علیه (قاتل مباشر) الدیه» (سید ابوالقاسم خوئی، بی‌تا/۲: ۱۳) استدلال خوئی این است که هرچند حدیث اکراه و رفع در مقام امتنان صادر شده‌اند، امتنان نسبت به حق‌الله پذیرفته است و نسبت به حق‌الناس نه و حق حیات و جواز کشتن شخص مؤمن به دلیل اکراه، مناسب امتنان نیست، با قبول این امر در عین حال کشتن



فرد مورد نظر از باب اکراه حرام نیست؛ زیرا اینجا داخل در باب تراحم می‌شود و امر دایر است بین کار حرام که کشتن بی‌گناه باشد و ترک واجب که حفظ نفس خودش است و چون وجه ترجیح وجود ندارد، شخص مکروه مخیر است بین کشتن غیر و حفظ جان خویش یا تن دادن خود به کشتن؛ حال اگر این شخص کشتن غیر را اختیار کرد، مرتکب کار حرام و جرم نشده است پس پیامد دنیوی و اخروی ندارد.<sup>۱</sup>

۲-۶. دیدگاه علمای عامه

اندیشمندان فقهی اهل سنت دیدگاه‌های مختلفی در موضوع قتل اکراهی دارند و تشتت آرا بین آنان در این باب بیش از اندیشمندان فقهی خاصه است. در این بخش دیدگاه‌ها علمای عامه و دلایل آن‌ها اشاره می‌کنیم.

مذهب مالکی می‌گوید: «مکروه و مکروه هردو باید قصاص شوند.» مذهب حنفی می‌گوید: «مکروه باید قصاص شود و مباشر خیر.» آنان به حدیث از پیامبر مکرم (ص) که می‌فرماید: «عفی لامتی عن الخطا و النسیان و ما استکرهاوا علیه» استدلال می‌کنند؛ همچنین، بیان می‌کنند که شخص مکروه وسیله و ابزاری در اختیار مکروه است و در حقیقت، فعل به مکروه منتسب است؛ مثلاً اگر شخصی را روی دیگری بیندازند به‌صورتی که نفر دوم بمیرد، شخص پرت‌کننده مسئول است و نه شخص افتاده‌شده.

مذهب شافعی می‌گوید: «قصاص بر مکروه واجب است.» ابویوسف می‌گوید: «قصاص بر هیچ‌کدام واجب نیست؛ زیرا مکروه مباشرت در قتل نداشته و مانند حافر می‌ماند و مکروه مجبور است؛ مانند اینکه کسی را با زور روی فردی دیگر بیندازند؛ بنابراین، مکروه شرط مباشرت و مکروه شرط اختیار را ندارد و هر دو از مسئولیت این قتل مبرا هستند.»

ابن قدامه بر قول اول، که اختیار مالک بود، چنین استدلال می‌کند: «اما نسبت به مکروه، او سبب اصلی قتل است و کاری کرده که غالباً منجر به کشتن می‌شود؛ کار او همانند آن است

<sup>۱</sup> بحث تحقق اکراه یا عدم تحقق آن در باب قتل تنها در صورتی مطرح است که مورد تهدید، کشتن خود مکروه باشد و اگر مورد تهدید امری غیر از کشتن باشد، در این فرض هیچ‌کس قتل را جایز نمی‌داند.

که فردی را در اتاق شیر بیندازند و او در اثر حمله شیر از بین برود؛ در اینجا سبب اصلی قتل، شخص اندازنده است. در بحث ما نیز سبب اصلی، مکره است.»

دلیل وجوب قصاص بر مباشر این است که شخصی را از بین برده تا خودش سالم بماند؛ بنابراین، این اقدام او ظالمانه بوده و کار حرام مرتکب شده است و باید تبعات رفتار بزهکارانه خود را بپذیرد (عبدالله ابن قدامه، بی تا/۹: ۳۳۰ و ۳۳۱)

### نتیجه‌گیری

گاهی ممکن است انسان در وضعیت و شرایطی قرار گیرد که او را از مسئولیت جزایی مبرا می‌کند؛ اکراه، اجبار و اضطرار از جمله عوامل چنین وضعیتی هستند. ماهیت اکراه و اجبار از مباحثی هستند که توجه اندیشمندان را به خود معطوف داشته‌اند. این تحقیق به این برآیند دست یافت که در فقه، حقیقت اکراه و اجبار متفاوت دیده شده و در حقوق چنین دقت‌هایی انجام نشده است. حالت اجبار، تمام اختیار و اراده را از انسان می‌زداید؛ اما اکراه، اصل اراده را زایل نمی‌کند، در عوض طیب خاطر را از بین می‌برد.

تحقق اکراه شرایطی دارد که در صورت حصول آن‌ها سلب مسئولیت را به دنبال دارد. درباره از بین رفتن مسئولیت پیشینی یا پسینی دیدگاه‌های مختلفی مطرح هستند. نظریه مورد تأیید این نوشتار، برداشتن مسئولیت پیشینی است که از تحلیل و بررسی حدیث رفع حاصل شد. در هر صورت، تشخیص و اثبات این وضعیت دقت‌های لازم به خود را می‌طلبد که درباره سلب مسئولیت در اکراه و اجبار باید مد نظر واقع شود.



## منابع

۱. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۰ ه.ق). المكاسب. ج ۸. لبنان: مؤسسة النور المطبوعات.
۲. \_\_\_\_\_؛ (بی تا). فراید الاصول. ج ۲. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۳. امامی، سید حسن. (۱۳۹۸). حقوق مدنی. ج ۴. تهران: اسلامیة.
۴. الیت، کاترین و فرانسیس کویین. (۱۳۸۷). حقوق جزا. ترجمه آوا واحدی نوایی و نسترن غضنفری. تهران: نشر میزان.
۵. اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۷۷). حقوق جزای عمومی. تهران: نشر میزان.
۶. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۶ ه.ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع). ج ۱. قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی.
۷. جعفری تبریزی، محمدتقی. (۱۴۱۹ ه.ق). رسائل فقهی. تهران: مؤسسه منشورات کرامت.
۸. خراسانی هروی، محمدکاظم. (۱۴۲۶ ه.ق). کفایة الاصول. ج ۳. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۹. خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۰۹ ه.ق). مصباح الاصول. به تقریر سید محمدسرور واعظ حسینی بهسودی. ج ۲. قم: مکتبه الداوری.
۱۰. \_\_\_\_\_؛ (بی تا). مبانی تکملة المنهاج. ج ۲. لبنان: دارالزهرا.
۱۱. \_\_\_\_\_؛ (۱۳۷۴ ه.ق). مصباح الفقاهه فی المعاملات. ج ۳. عراق: المطبعة الحیدریه.
۱۲. شاهمیاتی، هوشنگ. (۱۳۷۴). حقوق جزای عمومی. ج ۵. ج ۲. تهران: ویستار.
۱۳. شیخ صدوق. (بی تا). التوحید. قم: جامعه مدرسین.
۱۴. طوسی، محمد. (۱۳۸۷ ه.ق). المبسوط. ج ۷. تهران: المکتبه الرضویة.
۱۵. حر عاملی، محمد. (بی تا). وسائل الشیعه. ج ۱۸.
۱۶. \_\_\_\_\_؛ (بی تا). اللعة الدشقیه. ج ۲. ج ۹. لبنان: دار احیاء التراث العربی.
۱۷. ابن قدامه، عبدالله. (بی تا). المغنی. ج ۹. لبنان: دار الكتاب العربی.
۱۸. کلینی، محمد. (بی تا). الکافی. ج ۷. تهران: انتشارات طهران.
۱۹. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۷۷). بایسته های حقوق جزای عمومی. تهران: نشر میزان.
۲۰. نوربها، رضا. (۱۳۷۹). زمینه حقوق جزای عمومی. ج ۴. تهران: نشر آفرین.
۲۱. نجفی، محمدحسن. (بی تا). جواهرالکلام. ج ۷. ج ۴۱. لبنان: دار احیاء التراث العربی.
۲۲. یزدی، محمد. (بی تا). حاشیه المكاسب. تهران: نشر اسماعیلیان.
۲۳. کود جزا.
۲۴. قانون مدنی.

25. Wlliam Wilson, Criminal law, Longmand london and Nework, First published: 1998, pp. 265-266.



سال دوم، شماره سوم، بهار ۱۴۰۳



۱۴۸





# Comparative study of the principle of full implementation of the contractual obligation

Sayied Yaqub Arefi

## Abstract

The principle of full implementation of the contractual obligation (fulfillment of the obligation without deficiency in quantity and quality) is the real goal and spirit of barter transactions. Imamiyyah jurisprudence and principles of Unidrava have emphasized this principle. A library study and a descriptive-analytical method show that Imami jurisprudence has the advantage of "expressing the conceptualization structure of the principle of full implementation of the obligation", "determining various criteria for fulfilling the obligation based on the variety of the obligations" and "the obligee's duty to accept the full implementation of the obligation.

The principles of international commercial contracts have paid attention to "the effect of fluctuations in the value of money in the implementation of monetary obligations", "the conventional quality standard of implementation", "the principle of good faith in the fulfillment of the obligation" and "the cooperation of the obligor in the full implementation of the obligation". These attentions open the path of new reflections for the latest conclusions of the Imamiyyah jurists in the field of covenant fulfillment.

**Keywords:** contractual obligation, contract fulfillment, principles of UNIDERA, complete implementation, simultaneous implementation, and implementation criteria in Imamiyyah jurisprudence.

## The role of the rule of sahlah and samaha in criminalization

Gholam Reza paywand

Qanbar Javid

### Abstract

The subject is the function of the rule of sahlah and samhah in criminalization. Since the crime is abnormal and against values, it has always followed the punishment which is society's reaction. The effectiveness of the criminal system against such a phenomenon depends on the rules governing that system. The main reason for the stability of any criminal system is its governing rules. The rule of sahlah and samhah plays a fundamental role in the foundation and continuity of the criminal system in all phases of criminal policy, including the criminalization phase. At this stage, the legislator, taking into account the norms and basic values of the society and relying on his accepted theoretical foundations, prohibits the current act or omission and imposes a criminal executive guarantee for it; It should take into account ease and flexibility, otherwise criminalization will be temporary. According to this, the rule of sahlah and samhah is to make criminalization flexible, in all eras and among all nations, the same result of the ease and tolerance of the rule leads to the decriminalization and rejection of the charge of total authoritarianism from criminalization, which in this descriptive and analytical research, Baroush It has been obtained through the resources available in the libraries and facilities.

**Keywords:** Sahlah and Samha rules; Recklessness, criminalization, criminal policy

# The principle of universal jurisdiction in international criminal law and the Afghan penal code

Abdul Karim Eskandari

## Abstract

One of the basic topics in the field of international criminal law is the principle of competencies, which are divided into territorial, personal, protective, and global competencies in terms of territorial territory and beyond. The principle of universal jurisdiction has been established for the national courts of states to prosecute and try international criminals and protect the order and security of countries at the domestic and international levels, considering the complementarity of the jurisdiction of the International Criminal Court. According to this principle, all countries have the right to try international criminals, and due to its secondary nature, it can be implemented by the domestic courts of the states with special conditions and in the absence of other jurisdictions. In this research, an attempt is made to examine universal jurisdiction, its principles, and implementation conditions from the point of view of international documents and Afghan criminal law, and this principle is described and investigated using a library method. Acceptance of this principle is optional, like membership in the Rome Statute, and for this reason, there is no single practice by countries in the field of its acceptance and the crimes covered by this competence, and therefore, it faces legal and non-legal challenges in terms of implementation, but in total, the examples The practice of this principle indicates its effective function in the field of fighting international crimes, especially for weak countries.

**Keywords:** Universal jurisdiction, international punishment, foundations, territory, implementation conditions, obstacles.

# **A comparative study of the crime of bankruptcy due to fault in the laws of Afghanistan and Iran**

Mahmoud Hossein Qadri

## **Abstract**

One of the institutions that oversees investors' trust in businessmen is bankruptcy, which is divided into ordinary bankruptcy, fraud, and fault from the point of view of rights. Normal bankruptcy has a civil aspect and is out of the scope of this research, bankruptcy due to fraud is also out of the scope of this research due to its volume. But bankruptcy due to fault, has been given special attention in the law of Afghanistan and Iran, so there is a question in which cases the bankrupt businessman is considered to be at fault. In this article, with descriptive and analytical research, the punishment of bankruptcy due to fault is investigated and the findings of the research show that the guilty businessman is divided into small and big. Each of those material and spiritual elements is unique to itself. If the elements are proven and the conditions are fulfilled, the businessman will be found guilty and will be punished according to the punishment prescribed in the criminal laws.

**Keywords:** bankruptcy, fault, elements of fault, law of Afghanistan, law of Iran.

## Mechanism of administrative supervision over public budget in Afghanistan

Qasem Ali sadaqat

### Abstract

Due to the influence of the government budget on development in various fields and because it is considered the main and vital artery of the country's development, its monitoring is of particular importance. Therefore, the types of administrative control in the present research have been evaluated on the budget and certain questions have been answered in the field of types of administrative control and the output of administrative control. Likewise, the strengths and weaknesses of intra-organizational and extra-organizational administrative supervision and hierarchical supervision have been evaluated in the examples of the supervision of the prime minister, ministers, the internal control and audit department, and the supervision of the Supreme Audit Office. In this research, the administrative supervision in the two examples of the Internal Control and Audit Office and the Supreme Audit Office has been generally considered positive from a specialized and professional point of view, but in terms of output and agent, the types of administrative supervision in Afghanistan's legal system are not very favorable.

**Keywords:** Administrative supervision, internal control and audit department, supreme audit department, budget, types of supervision, internal and external organizational supervision.

# **The nature of reluctance, coercion, and emergency and their effect on criminal liability in jurisprudence and law**

Eid Mohammad Ahmadi

## **Abstract**

The terms compulsion, reluctance, and emergency are among the secondary titles in duties and rulings that have been discussed and examined in jurisprudence and law, and there are effects on them in the civil and criminal aspects. All three mentioned situations prevent criminal responsibility; But there are differences between them. The difference between reluctance and coercion is that coercion takes away a person's true will and authority; However, in reluctance, the will and free will are not completely removed, but satisfaction and good will are damaged. The achievement of reluctance is conditioned by threats and the existence of fear; But in coercion, there is no chance for threats and fear. The difference between reluctance and emergency is that in an emergency, threatening conditions and situations arise naturally and humans do not interfere in its occurrence; But in reluctance, the source of danger and threat is always human. Emergency does not cause distortion of discretion and limitation of the will of the person in distress; But reluctance causes distortion and limitation of the will and discretion of the person who hates. In the end, reluctance causes the decline of obligatory and situational rulings; But the emergency does not cause the status ruling to disappear. The difference between compulsion and emergency is also in denying the will of the compelled person and the origin of both; The source of compulsion is the human factor and the source of emergency is the external and natural factor, and the realization of each of these situations has conditions. This research has stated the issues with a descriptive and analytical method in a reasoned and documented manner. According to the current research, they remove all situations or the principle of duty and responsibility from the person, and the person has no previous responsibility and criminal capacity at all, or they remove the punishment, impeachment, and posterior responsibility, and despite committing a crime, the consequences of criminal behavior are not imposed on the person.

**Keywords:** Criminal jurisprudence, Criminal law, Criminal liability, reluctance, coercion, damages, and factors that mitigate liability.