

# قضاء



## دستري محكمي نشراتي ارگان

د امتياز خاوند: ستره محكمه      خپرونكي: دخپرونو رياست

### د ليكنی هیئت

پوهنوال عبدالقادر عدالتخواه

دوكتور عبدالله عطائي

قضاوت پوه حضرت گل حسامي

قضاوت مل عنایت الله حافظ

دوكتور عبدالملك "كاموي"

قضاوت پوه برات علي متين

قضاوت پال مولوي محمد صديق "مسلم"

قضاوت پوه غوث الدين مستمند غوري

مسئول مدير: محمد صديق ژوبل

پته: دافغانستان داسلامي جمهوري دولت ستره محكمه



## فهرست مطالب:

- 3 ..... از متحدالمال های ستره محکمه
- 10 ..... مصادرات قانون ..... دوکتور عبدالله عطائی
- 18 ..... احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی ..... قضاوتپوه مستمند غوری
- 29 ..... حمایت از مجنی علیهم وزیان دیده گان قتل غیر عمدی ..... قضاوتوال نجیب الله اکبری
- 52 ..... جایگاه قوه قضائیه در ساختار دولت ..... قضاوتپال احمد فهیم قویم
- 69 ..... داسلامی فقهی بنستونه ..... قضاوتپوه حسامی
- 77 ..... راهکارهای تضمین سرمایه گذاری خارجی ..... قضاوتپار بختیاری
- 99 ..... د کفالت عقد د فقهی او حقوقو له نظره ..... قضاوتامل تراهی
- 103 ..... تاثیر حالات مخففه بر نوع و میزان مجازات ..... قضاوتپار دیا کاظمی
- 117 ..... د فکری ملکیتونو پر حقوقو تبری او مجازات بی ..... ح ابوالنقی
- 125 ..... مطالعه تطبیقی دفاع مشروع در نظام حقوقی افغانستان و ..... قضاوتپار سیرت
- 154 ..... اجمالی از فعالیتها در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر

## از متحال‌المال های ستره محکمه

متحال‌المال شماره (۹۸۴-۱۰۵۸) مؤرخ 1398/3/27

دارالانشاء شورای عالی :

به تعقیب متحال‌المال شماره (1776-1840) مورخ 1397/10/29

طی نامه شماره (53) مؤرخ 1398/1/12 ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات، استهدائیه دیوان جرایم ناشی از فساد اداری محکمه استیناف ولایت کابل بشرح ذیل مواصلت ورزیده است.

((دیوان رسیدگی به جرایم ناشی از فساد اداری استیناف خود را مکلف به تطبیق احکام قوانین، مصوبات و هدایات مقام محترم شورایی عالی ستره محکمه میداند اخیراً رهنمود ارائه خدمات قضائی و اداری مصوب شماره (820) مؤرخ 1397/9/24 مقام محترم شورایی عالی ستره محکمه ضمیمه نامه شماره (794) مؤرخ 1397/11/2 ریاست محترم تحریرات آن ریاست محترم واصل که قید وارده (644) مؤرخ 1397/11/20 این دیوان گردیده است طوریکه رهنمود متذکره مطالعه گردید در شماره(3) بخش قضایای جزائی مندرج صفحه(4) رهنمود متذکره آمده است: «قاضی مؤظف دوسیه باید حسب هدایت ماده(202) قانون اجراءات جزایی گزارش خود را بعد از مواصلت دوسیه جزائی طور تحریری به جلسه قضائی ارائه و طبق رهنمود ماده متذکره در مورد تصمیم مقتضی اتخاذ گردد.» هدایت فوق ظاهراً به شکل عام بوده و شامل محاکم ابتدائیه و استیناف میباشد در حالیکه شکلیات اجراءات در محاکم استیناف با شکلیات محاکم ابتدائیه فرق داشته که در زمینه مواد(259، 264 و 267) قانون اجراءات جزایی صراحت تام دارد. چنانچه ماده (259) قانون اجراءات جزایی درمورد ترتیب گزارش مقدماتی چنین صراحت دارد. (( در صورتیکه اعتراض مورد قبول محکمه استیناف قرار گیرد یکی از قضات دیوان مربوط را مؤظف می گرداند تا گزارش های مطالب ذیل را ترتیب وارانه نماید

1- خلص وقایع مندرج دعوی.

2- خلص اجراءات و بررسی های محکمه حاکمه.

3- سایر مسایلی که در اجراءات تحقیق و رسیدگی قضائی درج بوده و در صدور حکم مؤثر تشخیص گردد.)

اگر به متن هر دو ماده نظر اندازی گردد مبرهن میگردد که تطبیق ماده (202) قانون اجراءات جزائی منحصر به رسیدگی مقدماتی در محکمه ابتدائیه بوده و ماده (259) قانون مذکور مختص به مرحله استینافی میباشد. بناءً رعایت ماده (202) قانون مذکور در مرحله استینافی منتفی میگردد. همچنان در شماره (6) بخش قضایای جزائی رهنمود متذکره ذیلاً هدایت داده شده است: «در قضایای جزائی هرگاه از جانب محکمه ذیصلاح راجع به خلاهای تحقیقاتی دوسیه به خائرنوالی ارسال میگردد لازم است در قرار سرنوشت متهم در خصوص توقیف و تحدید آن تذکر به عمل آید تا در روشنی آن خائرنوالی اجراءات نماید.» این هدایت نیز عام بوده و شامل تمام محاکم اعم از ابتدائیه و استیناف میباشد، پس در صورتیکه متهم در محکمه ابتدائیه محکوم به حبس تنفیذی گردد آیا در مرحله استینافی ایجاب تعیین سرنوشت متهم را میکند یاخیر؟ در حالیکه این دیوان خود را مکلف به تطبیق رهنمود متذکره میداند راجع به دو شماره فوق به مشکلات عملی دچار شده است. بناءً موضوع به مقام محترم استهداءً عرض گردید تادر مورد رهنمایی های لازم عنایت فرمایند. با آنهم آنچه هدایت میدهند تعمیل میگردد.

تصمیم کمیسیون: استهداءیه دیوان مذکور استیناف ولایت کابل در جلسه رؤسای دواوین محکمه متذکره ارائه گردیده که اعضای کمیسیون پیرامون استهداء دیوان رسیدگی به جرایم ناشی از فساداداری محکمه استیناف در رابطه به چگونگی تطبیق برخی مواد مندرج در رهنمود ارائه خدمات قضائی و اداری مصوب (820) مؤرخ 1397/9/24 مقام محترم شورایعالی ستره محکمه به شرح ذیل ابراز نظر نموده اند:

ازاینکه در ماده (202) قانون اجراءات جزایی به صراحت بیان گردیده که «رئیس محکمه ابتدائیه بعداز مواصلت دوسیه جزائی، جهت بررسی مقدماتی و تهیه گزارش آن یکی از قضات محکمه را توظیف می نماید....»

بناءً نص ماده مذکور بیانگر اختصاص آن به محاکم ابتدائیه بوده و محاکم استیناف حین رسیدگی قضیه مبنی بر تهیه گزارش مقدماتی طبق ماده (259) قانون اجراءات جزایی، اجراءات می نمایند. ودر خصوص تصامیم محکمه استیناف بعداز ختم رسیدگی قضیه نیز ماده (267) قانون اجراءات جزایی صراحت دارد. لهذا به نظر میرسد مخاطب هدایت

مندرج شماره (3) بخش قضایای جزایی رهنمود مذکور در مورد استناد به ماده (202) قانون اجراءات جزایی، محاکم ابتدائیه باشد زیرا محاکم استیناف به تهیه گزارش مقدماتی و اتخاذ تصامیم مقتضی وفق مواد (259، 267) قانون اجراءات جزایی مکلفیت دارند.

موضوع مندرج شماره (6) بخش قضایای جزایی رهنمود فوق الذکر مبنی بر تعیین سرنوشت متهم تحت توقیف حین ارسال به خارنوالی مربوط جهت رفع خلاهای تحقیقاتی، در دو حالت مطرح میگردد:

1- هرگاه قضیه بعد از احاله به محکمه ابتدائیه بنابر موجودیت نواقص تحقیقاتی به خارنوالی مسترد گردد و متهم تحت توقیف قرار داشته باشد، محکمه ابتدائیه طبق ماده (101) قانون اجراءات جزایی مکلف به تعیین سرنوشت متهم مبنی بر تمدید توقیف و یا رهایی وی از توقیف طی قرار صادره میباشد و در ضمن طبق صلاحیت های مندرج فقره (1) ماده مذکور مدتی را که باید خارنوالی به تحلیل قرار محکمه پردازد در ضمن قرار مذکور تحدید می نماید.

2- بعد از مواصلت دوسیه به محکمه استیناف هرگاه قضیه از طرف محکمه بنابر نواقص در تحقیق به خارنوالی مسترد گردد، در صورتیکه محکمه ابتدائیه به برائت متهم اصدار حکم نموده باشد و یا حبسی را که متهم در توقیف سپری نموده به حالش کافی دانسته شده باشد، محکمه مکلف است در قسمت تعیین سرنوشت متهم تصمیم اتخاذ مشروط به اینکه مدت توقیف متهم به اساس هدایت قبلی محکمه استیناف طبق ماده (102) قانون اجراءات جزایی تمدید شده باشد. و خارنوال را مکلف نماید در میعاد معینه خلاها را رفع و دوسیه را ارجاع نماید.

اما در صورتیکه حکم به الزامیت متهم به بیش از مدتی که در توقیف سپری نموده اصدار یافته باشد، از اینکه شخص متهم براساس حکم ابتدائی محکوم به مجازات گردیده و اساس توقیف وی را حکم محکمه تشکیل میدهد و براساس حکم محکمه ابتدائیه قبلاً تعیین سرنوشت گردیده است، ایجاب تعیین سرنوشت را نمی نماید و محکمه استیناف درین حالت در ضمن قرار خلاء و نواقص صرفاً میعاد رفع خلاهای تحقیقاتی را با در نظر داشت صلاحیت های مندرج ماده (101) قانون اجراءات جزایی مشخص و خارنوال را مکلف می نماید در خلال میعاد تعیین شده خلاهای تحقیقاتی را مرفوع و قبل از ختم میعاد مذکور، اوراق دوسیه را جهت رسیدگی به اصل موضوع ارجاع نمایند.))

بملاحظه آن ، مدققین قضائی ریاست محترم عمومی تدقیق مطالعات ذیلاً ابراز نظر نموده اند.

((طوریکه متن پیشنهادیه دیوان رسیدگی به جرایم ناشی از فساداداری محکمه استیناف ولایت کابل ونظریات کمیسیون محترم دواوین در رابطه به چگونگی تطبیق برخی مواد مندرج در رهنمود ارائه خدمات قضایی و اداری مصوب(820)مؤرخ1397/9/24، مقام محترم شورایی عالی ملاحظه گردید.

به نظر ما: نظریات پیشنهادی فوق الذکر دقیق بوده من حیث ضمیمه توضیحی رهنمود به محاکم تعمیم شده میتواند و رهنمود فوق به همین ترتیب قابل تطبیق در محاکم بوده، زمینه درک و فهم درست از قوانین نافذه کشور و اصول محاکمه عادلانه را برای قضات فراهم مینماید، روی همین ملحوظ مورد تائید ما نیز قرار گرفته است.))

چنینکه تفصیل جریان موضوع توأم با اصل نظر تدقیقی در جلسه مؤرخ 1398/2/31 مقام محترم شورایی عالی مطرح گردید، طی تصویب شماره (178) هدایت ذیل صدور یافت.

((نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تائید است ، موضوع من حیث ضمیمه توضیحی رهنمود ارائه خدمات قضائی و اداری به تعقیب متحدالمال (1776-1840) مورخ 1397/10/29 به جمیع محاکم تعمیم گردد.))

مراتب مندرج تصویب شماره فوق بدینوسیله به عموم محاکم ، استیناف ولایات و مراجع مربوط ابلاغ میگردد تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تعمیم نموده عندالموقع مطابق به آن اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.

متحد المال شماره (1059-1124) مورخ 1398/4/22

#### دارالانشاء شورای عالی

شورای محترم عالی ستاره محکمه در جلسه مورخ 1398/4/4 خویش ضمن رسیدگی قضایای شامل آجنداء بمنظور آگاهی عامه از اجراءات قضائی طی مصوبه (275) ذیلاً هدایت فرمودند:

(( روسای محاکم استیناف و روسای محاکم شهری مرکز و ولایات وظیفه دارند تا به منظور تطبیق هرچه بهتر قانون دسترسی به اطلاعات و آگاهی عامه از شفافیت اجراءات قضائی حد اقل یک ساعت را در سه روز هفته به هدف رسیدگی بهتر به عرایض و

شکایات مراجعین و اصحاب دعوی و افزایش میزان اعتماد مردم نسبت به حل مشکلات شان اختصاص دهند و با صحبت مستقیم در حل مشکلات و مطالبات قانونی اطراف قضایا رسیدگی لازم بعمل آورند، علاوهً آمریت عمومی اداری قوه قضائیه بمنظور نشر فیصله ها و آگاهی عامه از اجراءات محاکم، کمیته را توظیف نماید تا در مورد تنوع، غنا مندی، توسعه و تعمیم بخشیدن سایت ها و نشریات ستره محکمه همه وقته اجراءات بعمل آورند.

مراتب تصویب فوق بدینوسیله به عموم محاکم استیناف مرکز و ولایات ابلاغ گردید تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تکثیر نمایند تا مطابق آن اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.

### متحد المال شماره (1125-1199) مؤرخ 1398/4/24

#### دارالانشاء شورای عالی

پیشنهادیه شماره (19137) مورخ 1397/12/13 محکمه استیناف ولایت بلخ بشرح ذیل موصلت ورزیده بود.

((قسمیکه عملاً دیده میشود یک تعداد افراد سود جو با تبانی عده از منسوبین ادارات و با استفاده از خلاء قانونی دست به ترتیب قباله جات و اسناد جعلی زده و باعث اتلاف حقوق خلق الله و ضیاع وقت محاکم می گردند بناءً به منظور سد باب تزویر و قصرید افراد سود جو و فرصت طلب موارد ذیل را به عنوان مشکل مطرح می نمایم.

1- یکتعداد اشخاص ملکیت مندرج قباله های دست داشته شانرا یکبار ذریعه قباله شرعی به فروش رسانیده و بعد از سپری شدن مدتی با استفاده از فرصت و با اغفال ادارات املاکی دوباره مراجعه از اینکه در مخزن به نام مذکور کماکان موجود بوده بالای شخص دیگری به فروش میرسانند و یا هم در تضمین و یا رهن بانکی قرار میدهند.

2- تعدادی از مردم به فیصله جات مدنی به عنوان اسناد املاکی استناد نموده و به مبنای آن خواهان ترکه خط شرعی، یا قباله شرعی و سایر اسناد می شوند و یا هم در دعاوی مدنی در حین رسیدگی قضائی به آن استناد می نمایند از اینکه فیصله جات مدنی در صورت قطعیت حیثیت سند شرعی را داشته و در ترتیب وثایق سند بنیادی و در رسیدگی قضائی مدارک مثبت محسوب می گردد ولی مشکل این جاست که از ملاحظه سند مذکور و کنده آن قطعیت بطلان و یا نقض آن معلوم شده نمیتواند فلهدذا سند مذکور از لحاظ

ضعف و قوت در حالت ابهام قرار داشته و اجراءات محاکم مبتنی بر آن خالی از اشکال نیست.

3- بعضی از قباله جات که بر علیه آن ادعای جعل و تزویر صورت گرفته و جعل آن ثابت و یا هم در یک قضیه مدنی بر علاوه استرداد ملکیت به بطلان آن حکم صادر می گردد اما صرفاً به استرداد زمین اقدام شده و بر کنده قباله جات معامله نمیگردد و هر زمانی امکان استفاده از آن میسر است.

نظر و طرح مرجع مستهدی:

مشکلات یاد شده در جلسه 1397/12/2 رؤسای دواوین مطرح و به منظور حل مشکلات فوق الذکر موارد ذیل به عنوان راه حل طرح و پیشنهاد می گردد.

1- به منظور سد باب تزویر و جلوگیری از توثیق چند مرتبه املاک بهتر است آمریت های وثایق و محاکم بعد از ترتیب وثایق املاکی بر علاوه اینکه وثایق جدید را غرض معامله به دفاتر املاکی به ادارات اخبار می نمایند علاوه موضوع را کتباً به اداره مخزن نیز اخبار نمایند تا آمریت مخزن سند جدید را در کنده وثیقه بنیادی که از آن فروش صورت گرفته معامله و انتقال کلی یا جزئی ملکیت را در آن درج نمایند تا در آینده از آن مثنی اخذ نگردیده و یا بر مبنای آن وثایق بعدی اجرا و مورد استناد قضائی قرار نگیرد.

2- فیصله جات مدنی که در صورت قطعیت حیثیت سند شرعی را دارد و در ترتیب وثایق سند بنیادی و در رسیدگی قضائی مدارک مثبته محسوب میگردد بناءً به منظور علم به قطعیت و عدم قطعیت آن لازم است زمانیکه فیصله مدنی قطعی و نهائی میگردد بعد از تطبیق و انقضای میعاد تجدیدنظر خواهی به محکمه صادر کننده حکم اخبار تا محکمه موصوف موضوع قطعیت فیصله را با ذکر نمبر قرار مویده محاکم فوقانی در ذیل کنده (صورت حال) فیصله قطعی معامله نماید تا قطعیت و عدم قطعیت آن به ملاحظه کنده معلوم شده بتواند.

3- در صورتیکه فیصله یا قرار محاکم تحتانی توسط محاکم فوقانی نقض و استینافاً دایر میگردد دیوان استینافی لزوماً نقض فیصله را به محکمه تحتانی کتباً اخبار و محکمه تحتانی نقض فیصله خویش را توأم با قرار قضائی مربوطه در ذیل کنده فیصله منقوضه معامله نماید تا در آینده از آن مثنی اخذ نگردیده و به آن استناد شده نتواند اگر فیصله استینافی در مرحله فرجامی نقض شده باشد دیوان استینافی نیز عین مأمول را عملی نمایند.



4- وثایق شرعی که بر علیه آن ادعای جعل و تزویر صورت گرفته در صورت حکم بر بطلان وثایق یاد شده مبیاید بعد از قطعیت فیصله و انقضای ميعاد تجدید نظر خواهی بر علاوه اینکه محتوای فیصله در معرض تطبیق قرار میگیرد بطلان قباله یا وثایق به کنده معامله و در ادارات املاکی اخبار گردد تا در آینده از آن استفاده نگردد.

بناءً با توجه به مشکل یاد شده که در عمل محسوس است طرح و نظریات فوق الذکر به منظور راه حل احتراماً به مقام عالی پیشنهاد گردید ، خواهشمندیم از رهنمائی های عالمانه شان در زمینه ما را مستفید سازند.))

موضوع فوق بعد از ابراز نظر ریاست محترم عمومی تدقیق و مطالعات در جلسه مورخ 1398/3/21 مقام محترم شورایعالی ستره محکمه مطرح و طی تصویب (225) چنین هدایت فرموده اند.

((نظر پیشنهادی تأیید است ، به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط متحدالمالاً اخبار گردد.))

مراتب مندرج تصویب فوق مقام محترم شورایعالی ستره محکمه بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط متحدالمالاً اخبار گردید تا آنرا به مراجع ذیربط خویش تعمیم نموده و وفقاً اجراءات مقتضی و قانونی بعمل آرند.

## مصادر قانون

فہرست:

- 10..... دین
- 11..... چہ زمانی دین مصدری از مصادر رسمی قانون می شود :
- 12..... اثرات دین در قوانین غربی :
- 13..... اثر دین در قوانین کشورهای شرقی :
- 14..... آینده شریعت اسلامی به عنوان مصدر قانون :
- 15..... دین به عنوان مصدر رسمی قانون در مصر :
- 15..... از زمان محمد علی تا زمان اسماعیل پاشا :
- 15..... از زمان اسماعیل پاشا تا امروز :
- 16..... قانون مدنی جدید و شریعت اسلامی :

### دین 1

تعریف :

دین وحیی است از خداوند بزرگ به پیامبری از پیامبران، تا مردم را در زندگی دنیا و آخرت رہنمون باشد. بدین سان دین واجبات انسان را در قبال خداوند، شخص انسان، و واجب وی در برابر مردم را شامل می شود. همچنانکہ دین را عبارت از هر آنچه می دانند کہ از " قوت " نا منظوری گرفته شده و به آن نسبت داده می شود، لہذا

---

<sup>1</sup> - دین در عصور قدیم حایز اهمیت فراوان بوده، و در پهلوی عرف به عنوان دو مصدر اساسی و یگانہ قواعد قانونی شناخته می شده اند، و گاهی حدود تداخل میان دین و عرف برداشته شده و مشکل بوده است کہ فهمیده شود مصدر قاعده قانونی معینی دین است و یا عرف.

به اضافه ادیان منزله ای که اسلام به آن اعتراف کرده است، ادیان دیگری همانند " بودائی " و " براهمی " نیز وجود دارد. البته آنچه که مورد بحث روابط اجتماعی و رابطه قانون با دین است. همان واجب انسان نسبت به انسانهای دیگر است اما واجب انسان با خداوند متعال، و واجبات وی در قبال شخص وی منحصر به دین بوده و قانون با آن ارتباطی ندارد.

با در نظر داشت آنکه بعضی از ادیان همانند دین اسلام و یهودیت دایره آن را گسترش داده به اضافه تنظیم رابطه انسان با شخص وی و رابطه آن با خداوند در تنظیم رابطه انسان با انسانهای دیگر نیز وارد می شود که در واقع این ادیان یکی از منابع مهم قانون می باشند. و در مقابل، ادیان دیگری همانند مسیحیت وجود دارد که در تنظیم روابط اجتماعی هیچ نوع دخالتی نداشته و نقش آن در تنظیم رابطه انسان با شخص وی و با خداوند متعال منحصر می شود، که بدین اساس نقش دین به عنوان مصدری از مصادر قانون بسیار محدود است.

چه زمانی دین مصدری از مصادر رسمی قانون می شود :

تا آنکه دین به عنوان مصدری از مصادر رسمی قانون شناخته شود باید دو شرط فراهم باشد :

اول :- دین باید در به حسب اصل، خود را به عنوان تنظیم کننده روابط اجتماعی مطرح کرده باشد.

لذا صاحب رسالت اعلام میکند آنچه را که او در تنظیم روابط انسانی آورده از سوی خداوند بوده، و فرمان برداری از آن واجب است، و در ازای تخطی از فرامین آن جزای دنیوی را وضع کرده باشد، که با وضع جزای دنیوی این قواعد تنظیمی، قواعد قانونی میشود که مصدر رسمی آن دین است.

دوم : این قواعد قانونی که به شکل مستقیم از دین گرفته شده باشد، به همین وصف از سوی قاضی مورد تطبیق قرار گیرد.

گفتنی است که دین پس از عرف مصدری از مصادر رسمی قانون است " البته در مصر " که میتواند قواعد عرفی فاسد را منسوخ کرده و با جایگزین کردن قواعد قابل تطبیقی انسانیت را چندین گام به پیش سوق نماید. پس دین در آغاز آن نمونه از حرکت و نشاط است در حالیکه استقرار و سکون صفت ممیزه عادات و رسوم می باشد. اما دیری

نمیگذرد که حرکت و نشاط دین متوقف گردیده و سرچشمه های خروشان آن خشکیده و خود به عنوان عاملی از عوامل استقرار " نه عامل تحول و تغییر " و ثبات قرار میگیرد، تا آنکه تجدید گران مبادی دینی ظهور کرده، و روح نشاط و تجدد و حرکت را در آن میدمند، تا پس از گذشت مدتی بار دیگر به جمود و یکسانی تبدیل گردد. و به همین منوال دین میان دو پدیده استقرار، و تحول قرار دارد.

اثرات دین در قوانین غربی :

ضعف و ناتوانی اثر دین در قوانین غربی به دو سبب ذیل بر میگردد :

سبب اول :- اینکه قانون رومان قدیم قبل از انتشار مسیحیت در کشورهای غربی مورد تطبیق بوده است درحالیکه قانون رومان از راقی ترین و عظیم ترین قوانینی است که بشریت آن را شناخته و مسیحیت نتوانسته است این شریعت قدیمی را از میان بردارد.

سبب دوم : اینکه مسیحیت به حسب اصل به امور دنیا نپرداخته و در همان زمان یهودیان دارای شریعت آسمانی خود بودند. و اگر مسیح علیه السلام به امتی غیر از یهودیان مبعوث می شد، و یا در زمانی از زمانه های بدات فرستاده می شد احتمال زیادی داشت که رسالت آن تحول و پیشرفت کرده در پهلوی دین محض قوانینی را نیز بوجود می آورد، با آن هم اگر قوانین کشورهای غربی از دین مسیحیت متأثر نیست از قوانین کنیسه متأثر است.

امری که باید میان دین مسیحیت، و قانون کنیسه فرق گذاشت، زیرا هر آنچه را که مسیح علیه السلام آورده و به آن نسبت داده می شود دین مسیحیت است. و همه میدانند که مسیح علیه السلام آنچه که مرتبط به خداوند است از او دانسته، و آنچه که به پادشاه مرتبط است به پادشاه واگذار کرده است.

از این جهت قواعد قانونی تنظیم کننده روابط اجتماعی در اصل دین مسیحیت جز ندره وجودی ندارد. در حالیکه قانون کنیسه که مصدر آن قانونگذاری روحانیان دین مسیحیت است از روح دین مسیحیت، قانون رومانی و قانون طبیعی بر گرفته شده است.

گفتنی است که کنیسه از فرصت ضعف و ناتوانی حکام زمان استفاده کرده و مسائل ازدواج، طلاق، نسب، میراث، وصیت و عقود را تنظیم کرده و آن را از صمیم اختصاص

خود دانسته و به دین مسیحیت نسبت داده است.<sup>1</sup> و با این وسیله توانسته است با قدرتی که در شخص پاپ متمثل شده است نفوذ و حاکمیت خود را اعمال کند، که در نتیجه قانون کنسی بوجود آمده که بسیاری از کشورهای غربی و شرق مسیحی در قرون وسطی به آن تن میدادند. اما با گذشت زمانی بار دیگر حاکمیت کشورهای غربی نفوذ ضایع شده و توان مفقود خود را باز یافته و همه مسائل به محاکم مدنی تعلق گرفته و میان کنیسه و دولت جدائی مطلق بوجود آمد با آنهم در کشورهای غربی دین یکی از مصادر تاریخی قوانین متعلق به ازدواج است، اما در کشورهای شرق، قانون کنیسه تا زمان حاضر نیز تنظیم کننده جوانبی از زندگی مسیحیان بوده و مسائل احوال شخصی آنان را " به شکل محدودی " تنظیم میکند.

لهذا میتوان گفت که قانون کنیسه مصدر رسمی احکام احوال شخصی مسیحیان است.<sup>2</sup> اثر دین در قوانین کشورهای شرقی :

اثر دین در قوانین کشورهای شرقی پر واضح است، و داشتن این جایگاه به دو سبب بر میگردد که در واقع برعکس اسبابی میباشد که در تعلیل ضعف اثر دین مسیحی در قوانین غربی یادآور شدیم.

سبب اول : در کشورهای شرقی قانونی همانند قانون رومانی منتشر و مستقر نبود، تا دین نتواند آن را از سر راهش بردارد.

<sup>1</sup> - مدخل روحانیان کنیسه در قانونگذاری این مسائل از آن است که دین مسیحی رابطه ازدواج را مقدس میداند، این " تقدس رابطه " سبب ورود روحانیان در تنظیم این علایق گردیده، همچنانکه عقود را بر مبنای " وجوب وفاء به عهد " بنیان گذاشته اند.

<sup>2</sup> - در بعضی کشورهای شرقی همانند مصر که روحانیون کنیسه دارای اختصاصات گسترده بر اتباع خود می باشند، قوانینی را بر آنان تطبیق میکنند، که در واقع قوانین دینی نمی باشد، زیرا در دین مسیحیت قواعد تطبیقی وجود ندارد که بر همه مسیحیان واجب الطاعت باشد، بلکه این مجموعه از قواعد قوانین کنیسی است " یعنی از وضع کنیسه است " از این جهت ملاحظه می شود که بسیاری از مسیحیان برای حل و فصل دعاوی میراث خود به محاکم شرعی التجاء میکنند و همین خود دلیل بر آن است که قوانین کنسی، قوانین دینی نمی باشد.

سبب دوم: ادیانی که در کشورهای شرقی عرض اندام کرد همانند اسلام و یهودیت هردو به همانقدر که به امور آخرت پرداخته به امور دنیا نیز پرداخته اند که این موقف ادیان شامل دین و قانون است.

از این جهت دین در کشورهای شرقی مصدر اساسی و پر باری است که قواعد قانونی از آن گرفته میشود زیرا دین یهودیت بسیاری از قواعد روابط خانواده و روابط مالی را تنظیم کرده است، اما اسلام که خود دین و دولت است. و اگر مصادر شریعت اسلامی متمثل در کتاب، سنت، اجماع و قیاس را بر شماریم اصول این مصادر چهارگانه به دو مصدر منحصر میشود که اولی آن "دین" شامل کتاب و سنت، بوده و دومی آن "فقه" است که شامل اجماع و قیاس می باشد و اگر به مصدر "دین" اکتفاء کنیم خواهیم دید که کتاب و سنت روابط اجتماعی را به تفصیل کامل توضیح داده و بسیاری از علائق ازدواج، طلاق، نسب، میراث، وصیت، تجارت بیع، عقود و حدود و دیگر روابط خانوادگی و روابط مالی و قوانین جنائی را تنظیم کرده است، پس هر قاعده قانونی که به شکل مستقیم از کتاب و یا سنت بر گرفته می شود مصدر رسمی آن قاعده "دین" میباشد.<sup>1</sup>

آینده شریعت اسلامی به عنوان مصدر قانون:

آینده شریعت اسلامی به عنوان مصدری از مصادر قانون متوقف به دو امر است:

اول: - همکاری فقهای شریعت با قانون دانان به منظور تجدید فقه اسلامی که غبار قدمت و کهنه گی را از آن زدوده، و احکام آن را وفق نیازها و نوآمدهای پهنه ای مدنیت قرار داده تا بتواند با خواسته های جامعه اسلامی همپا و متوافق شود.

<sup>1</sup> - فقه اسلامی به حدی از پیشرفت رسیده است که فقهای شریعت اسلامی میان قواعد دینی از حیث الزام آور بودن آن از نگاه قضاء و الزام آن از حیث دیانت فرق گذاشته اند، بدان معنی که به دقت فرق میان قواعد قانونی، و قواعد دینی متوجه شده اند، زیرا قواعد دینی وجود دارد که از نگاه قضاء الزام آور نیست همانند وجوب ترک خرید و فروش هنگام نماز جمعه، و وجوب اجرای وعده به عقد. همچنانکه قواعد قانونی وجود دارد که از حیث دیانت الزام آور نمی باشد و از حیث قضاء الزام آور است همانند عدم جواز شنود دعوی پس گذشت مدت زمان معینی، و یا وجود مانع معین که در کتابهای فقه به اصطلاح های دیانت و قضاء معروف است.

دوم :- ایجاد نهضت علمی اسلامی که بتواند قانون گذار را مجبور کند که در وضع قواعد قانونی به شریعت اسلامی مراجعه کرده و از مبادی نوین و متعالی آن که بسیار زیاد و ارزنده است قواعد قانونی متوافق با مقتضیات عصر و زمان را استنباط کند. و تصور ما بر آن است که " اجماع " مصدر بسیار زاینده و غنماندی است که میتواند نسل اندر نسل تجدد و باروری شریعت اسلامی را تضمین کند، زیرا با پیگیری تاریخ تطور اجماع، و مقایسه آینده بر گذشته میتوان گفت که " اجماع " راه رسیدن شریعت اسلامی به اصل مصدریت آن برای قانون گذاری است .

دین به عنوان مصدر رسمی قانون در مصر :

قبل از زمان محمد علی :

قانون مصر قبل از زمان حکومت محمد علی از دین متأثر بود، زیرا شریعت اسلامی - به عنوان مصدر دینی - در بسیاری از قوانین خانواده و روابط مالی مورد تطبیق بود، همچنانکه غیر مسلمانان در مصر در مسائل احوال شخصیه آنان تابع قانون ملت " دیانت " خود بودند.

از زمان محمد علی تا زمان اسماعیل پاشا :

در مدت زمان محمد علی قانون فرانسه در مصر راه گشود که نخست تأثر قانون مصر از قانون فرانسه در مجالهای قانون تجارت و قانون جزاء آغاز شد، که در زمان اسماعیل پاشا وسعت نفوذ قانون فرانسه، و کم شدن نفوذ شریعت اسلامی در قوانین مصر واضح گردید.

از زمان اسماعیل پاشا تا امروز :

نفوذ قانون فرانسه در مصر در زمان اسماعیل پاشا به اوج خود رسید آنهم زمانیکه در سال 1876 محاکم مختلط، و در سال 1883 محاکم اهلی - داخلی - را تأسیس کرد. در این زمان - بجز احوال شخصیه - قانون فرانسه به جای شریعت اسلامی جایگزین شد و حکومت مصر تقنین های کنونی را در مجالهای، قانون مدنی، قانون تجارت، قانون دریاها، قانون مرافعات " اصول محاکمات " قانون جزاء، قانون تحقیقات جنائی " اجراءات جزائی " را صادر کرد. که همه از تقنین های فرانسه در این مجالها گرفته شده است. در این روند قانون گذاری دائر نفوذ شریعت اسلامی به " احوال شخصیه " منحصر گردید. که البته احوال شخصیه وفق قوانین مصر همان مجموعه قواعدی است که رابطه شخص را با

افراد خانواده آن از اوان ولادت تا وقت وفات تنظیم میکند، زیرا همه مسائل متعلق به نسب نفقه، شیر دهی، حضانت، ازدواج، طلاق، میراث و وصیت متعلق به " احوال شخصیه " است.

همچنانکه شریعت اسلامی در بعضی از مسائل قانون مدنی نیز که متعلق به مال است به شکل مستقیم مصدر قانون قرار گرفته که از آن جمله مسائل وقف، حکر و هبه است، و در مجموعه دیگری از قوانین مدنی همانند، شفعه، بیع در مرض مرگ، غبن، و شماری از مسائل خرید و فروش شریعت اسلامی به عنوان مصدر تاریخی این قوانین است.

اما در بخش جزائی نیز شماری از احکام وجود دارد که در مجموع از شریعت اسلامی بر گرفته شده است مثل آنکه مشرع مصری احکام جنائی متعلق به حق تأدیب فرزند برای پدر، و تأدیب همسر برای شوهر را از چهارچوب مسئولیت جنائی بیرون کرده و مرتبط به شریعت اسلامی دانسته است.

اما قابل ملاحظه است که پس از این اعتراف ها به مصدريت شریعت اسلامی در مجالهای میراث، وصیت و وقف، بازهم برای تنظیم این مسائل قوانینی - خاص - صادر شده است و این بدان معنی است که مصدر رسمی این قواعد قانونی - قانون گذار - است و شریعت اسلامی فقط به عنوان مصدر تاریخی این قواعد قانونی باقی مانده است.

آخرین ملاحظه :- شاید گفته شود که حتی نسبت به آن مجموعه قواعدی که مستقیماً از شریعت اسلامی گرفته می شود. همانند احکام ازدواج و طلاق و دیگر مسائل مرتبط به آن، بازهم مصدر رسمی آن - قانون وضعی - است، زیرا قانون گذار است که احکام این مسائل را به شریعت اسلامی محول نموده و گفته است که تنظیم این روابط بنا به قول راجح از مذهب ابو حنیفه است. پاسخ به چنین تساؤلی بدین گونه است که اعتبار مصدر به عنوان مصدر رسمی قانون آن است که اصل مصدر - قاعده فقهی - وسیله تعبیر و بنیان قاعده قانونی باشد، نه قانون وضعی - و قاعده فقهی شرعی خود وسیله تعبیری از دین است.

قانون مدنی جدید و شریعت اسلامی :

از آنچه که گذشته دانسته شد که شریعت اسلامی مصدر رسمی بسیاری از قواعد احوال شخصیه بوده و مصدر تاریخی بسیار دیگری از قواعد استنباط شده از شریعت در مجالهای احوال شخصیه و یا معاملات است. اما قانون مدنی جدید - که منحصر به معاملات است



– نو آوریهای مهم و خطرناکی داشته که در ماده اول آن شریعت اسلامی را از میان مصادر رسمی قانون مصر شمرده و گفته است " فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد، فمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " اگر نص قانونی مورد تطبیقی وجود نداشت قاضی مأمور است که به مقتضای عرف حکم نماید، و اگر عرفی هم وجود نداشت، قاضی به مقتضای شریعت اسلامی اصدار حکم می نماید " و این نص قانونی بدان معنا است که اگر قاضی در صدد اصدار حکمی بر واقعه مطرح بر وی نص قانونی، و یا عرف واجب التطبیقی را نیابد، به شریعت اسلامی روی آورده و به مقتضای آن حکم وی را صادر میکند. و بدین اساس شریعت اسلامی در دائرة همه معاملات نیز از مصادر رسمی قانون مصر به حساب می رود.

ادامه دارد

تألیف: دکتر عبدالکریم زیدان<sup>1</sup>

ترجمه: قضاوتپوه غوث الدین مستمند غوری

پیوست به گذشته

## احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی

فهرست:

- 
- 18..... احکام قصاص و دیات در شریعت اسلامی  
فرع سوم
- 19..... در بیان آنکه اگر خود سلطان مستحق استیفای قصاص باشد  
فرع چهارم
- 20..... حضور سلطان در هنگام استیفای قصاص یا اجازه وی به آن  
فرع پنجم
- 22..... بیان حکم توکیل (وکیل گرفتن) در استیفای قصاص  
فرع ششم
- 24..... در تأجیل استیفای (قصاص)

---

[1] استاد فقه مقایسوی دیپارتمنت تحقیقات اسلامی پوهنهی ادبیات پوهنتون صنعاء، استاد سابق شریعت اسلامی و رئیس دیپارتمنت آن در پوهنهی حقوق پوهنتون بغداد، استاد و رئیس سابق دیپارتمنت ادیان پوهنهی ادبیات پوهنتون بغداد، استاد و رئیس سابق پوهنهی تحقیقات اسلامی و استاد کارآموده پوهنتون بغداد.

## فرع سوم

در بیان آنکه اگر خود سلطان مستحق استیفای قصاص باشد

۱۹۴- اولاً- مذهب حنفیان:

در نزد امام ابوحنیفه و شاگرد وی امام محمد، هرگاه به علت عدم وجود وارث، خود سلطان مستحق استیفای قصاص مقتول باشد، او میتواند به استیفای قصاص بپردازد. اما ابویوسف شاگرد دیگر ابوحنیفه گفته است: هرگاه مقتول در دار اسلام کشته شده باشد و از اهل دار اسلام باشد، سلطان نمیتواند، قاتل را قصاص نماید و اما حق دارد که از او دیت (خون بها) مقتول را بگیرد. هرگاه مقتول در دار اسلام کشته شده باشد در حالیکه او از اهل دارالحرب باشد، سلطان میتواند که قاتل را قصاص کند، و نیز میتواند که از او دیت (خون بها) مقتول را اخذ بدارد.

(دلیل قول ابویوسف): کسیکه در دار اسلام کشته شده و در حالیکه از اهل این دار باشد، عادتاً از داشتن ولی دم و صاحب خونی خالی نیست، بسا شاید که مجهول الهویت و ناشناخته می ماند، و قیام و ثبوت ولایت ولی خاص (ورثه مقتول) مانع ولایت ولی عام (سلطان) است. از همین رو سلطان نمیتواند قاتل را عفو کند، بخلاف حربی، که هرگاه حربی به عقد امان داخل دار اسلام گردد و سپس مسلمان شود وانگهی بقتل برسد، ظاهر این است که برای او در دار اسلام ولی (صاحب خونی) وجود ندارد.

(دلیل قول ابوحنیفه و محمد): سخن در مورد مقتولی است که در دار اسلام کشته شده و ولی وی در نزد مردم شناخته شده نیست، یعنی هیچ وارثی ندارد، پس ولی وی سلطان است، بدلیل این حدیث پیامبر (ص): «السلطان ولی من لا ولی له» یعنی سلطان ولی کسی است که هیچ ولی برای او نیست.

سلطان میتواند که از قاتل وی دیت بگیرد، ولی حق عفو او را ندارد، زیرا قصاص حق همه مسلمین است، بدلیل اینکه میراث مقتول متعلق به همه مسلمین است و سلطان تنها نایب مسلمین در امر استیفای آن میباشد.<sup>1</sup>

۱۹۵- دوم- مذهب شافعیان:

در نزد شافعیان، هرگاه شخصی کشته شد که هیچ وارثی نداشت، قصاص گرفتن از قاتل وی حق تمام مسلمین است، و استیفای آن از حقوق و صلاحیت های سلطان است، زیرا سلطان در استیفای حقوق مسلمین نایب شان پنداشته می شود، و هرگاه با سلطان وارثی از مقتول نیز وجود داشته باشد، در این حالت استیفای آن هم به وارث مقتول مربوط میگردد و هم به سلطان، و به هیچ یکی از آنان جایز نیست که به تنهایی خود به استیفای قصاص بپردازد و بلکه لابد باید بر استیفای آن اتفاق نمایند و یا بر شخصی توافق کنند که او استیفای قصاص را به نیابت شان به عهده بگیرد.<sup>2</sup>

#### فرع چهارم

حضور سلطان در هنگام استیفای قصاص یا اجازه وی به آن

۱۹۶- اولاً- مذهب شافعیان:

در نزد شافعیان قصاص در نفس و در غیر آن گرفته نمی شود مگر به اذن و اجازه امام، و مراد به امام، خلیفه، یا نایب وی و یا قاضی است. حضور امام یا نایب وی شرط نیست، بلکه اذن و اجازه وی نیز کفایت میکند اما حضور او یا حضور نایب او سنت است.

اگر (ولی مقتول) بدون حضور امام یا نایب وی به استیفای قصاص مبادرت ورزید، تعزیراً مجازات شود، به جهت اینکه او به وظیفه امام مداخله کرده است.<sup>3</sup>

۱۹۷- مکرر- دوم- مذهب مالکیان:

<sup>1</sup>- البدایع ج ۱۰ ص ۴۶۴۳

<sup>2</sup>- المهدب ج ۲ ص ۱۸۴

<sup>3</sup>- المهدب ج ۲، ص ۱۸۴، مغنی المحتاج ج ۴ ص ۴۱

در کتاب (الشرح الکبیر للدردیر) آمده است: «و اما شخص (قاتل) نسبت به مستحق خون او که عبارت از ولی مقتول است، معصوم الدم نیست ولی اگر بدون اذن و اجازه امام یا نایب امام او را به قتل برساند پس ولی دم به سبب اینکه به وظیفه امام مداخله کرده است، باید تأدیب شود.<sup>1</sup>»

۱۹۸- سوم- مذهب حنبلیان:

مذهب حنبلیان در این مسأله مثل مذهب شافعیان است، مگر این قدامه حنبلی گفته است: «و احتمال دارد که استیفای قصاص، در صورتیکه قصاص در نفس باشد، بدون حضور امام جواز داشته باشد، زیرا روایت کرده اند که یک نفر مردی را نزد نبی کریم صلی الله علیه وسلم آورد و گفت: این مرد برادرم را کشته است و به قتل آن اعتراف دارد، پس پیامبر (ص) فرمود: او را با خود ببر و به قصاص برادر خود او را بقتل برسان»<sup>2</sup> این بدان معنی است که به استیفای قصاص اذن و اجازه امام ضرور است، و اما حضور امام برای جواز استیفای قصاص شرط نیست، و این قدامه نگفته است که حضور امام در وقت استیفای قصاص سنت است، زیرا پیامبر (ص) به استیفای قصاص اجازه فرمودند و در آن حضور نیافتند.

۱۹۹- چهارم- مذهب زیدیه:

به نظر میرسد که زیدی ها برای صحت یا برای جواز استیفای قصاص حضور و اجازه سلطان را شرط نمی دانند، و چنین گفته اند: «ولی دم (صاحب خون) میتواند از قاتل قصاص بگیرد و گردن او را با شمشیر بزند، گرچه قاضی هم حکم به قصاص نکرده باشد بشرط آنکه قتل نزد همگان معلوم باشد یا به شهادت تواتر یا به اقرار قاتل ثابت شده باشد.<sup>3</sup>»

200- قول راجح:

<sup>1</sup>- الشرح الکبیر للدردیر فی فقه المالکیه ج ۴ ص ۲۳۹

<sup>2</sup>- المغنی ج ۷ ص ۶۹۰

<sup>3</sup>- التاج المذهب ج ۴ ص ۴۷۹

قول راجح و برتر از میان اقوال، قولی است که میگوید: بعد از صدور حکم قاضی بر قصاص جانی (قاتل) اذن و اجازه امام برای استیفای قصاص لابد و ضروری است، و ما همیشه حضور امام یا نایب وی را در هنگام استیفای قصاص برتر می‌شماریم و ترجیح می‌دهیم، و این امر به جهت اطمینان از سلامت اجراءات استیفای قصاص و توافر شروط صحت آن لازم پنداشته میشود، و نشان دهنده جدیت دولت در تنفیذ احکام است، و مانع تأخیر تنفیذ میگردد، و تا آنکه سلطان قبل از اذن به تنفیذ حکم از سلامت و درستی حکم مطمئن شود، و اما حضور سلطان یا حضور نایب وی کار خوب و نیکویی است که جدیت ولی امر را در تنفیذ احکام نشان میدهد، ولی قایل به سنت بودن آن، طوریکه شافعیان گفته اند، نیستیم، چون در سنت نبوی نیامده است.

اما آنچه که مذهب زیدیه از جواز استیفای قصاص گرچه بدون حکم قاضی باشد قایل اند، ما کدام تمایلی به قبول آن نداریم، و کدام دلیل مقبول و موجهی را هم برای آن نمی‌بینیم، زیرا ثبوت جرایم و آنچه که بر آن مرتب میگردد، در پیشگاه قاضی صورت میگیرد نه در نزد آحاد و افراد مردم، و از طرف دیگر بیم آن میرود که اولیای مقتول شخص بی‌گناهی را به استدلال ثبوت جرم وی به تواتر، یا به استدلال اینکه وی به ارتکاب جرم اقرار نموده است، به قتل برسانند، پس به جهت مسدود ساختن راه‌های این خطرها و ضررها لازم است بگوئیم که از هیچ شخصی قصاص گرفته نشود، مگر بعد از ثبوت جرم وی در پیشگاه قاضی و اصدار حکم وی مبنی بر ثابت بودن جرم و وجوب قصاص بر وی، و اینکه اذن و اجازه سلطان یا نایب وی پیش از تنفیذ قصاص لازم و ضروری پنداشته میشود.

#### فرع پنجم

#### بیان حکم توکیل (وکیل گرفتن) در استیفای قصاص

201- توکیل (وکیل کردن کسی را) در استیفای قصاص جواز دارد:

قصاص حق ولی مقتول است، پس او میتواند خودش آن را استیفا نماید، و نیز میتواند دیگری را برای استیفای آن وکیل بگیرد، و این اصلی است در استیفای حقوق که برای

اصحاب حقوق جواز دارد که خود شان به استیفای حقوق خود بپردازند همان گونه که جایز است برای استیفای آن وکیل بگیرند.

برخی از فقهاء که حضور مؤکل را در هنگام تنفیذ و استیفای حقی که برای آن وکیل گرفته شده است، توسط وکیل، شرط گذاشته اند، به این معنی نیست که در استیفای قصاص وکیل گرفتن جایز نیست، و بلکه این شرط معنی و مفهوم دیگری دارد که عنقریب آن را در جای که اقوال فقهاء راعرضه می نمائیم تذکر خواهیم داد.

202- اولاً- مذهب حنفیان:

حنفیان گفته اند: وکیل گرفتن در استیفای قصاص جواز دارد، و شرط است که در هنگام استیفای قصاص توسط وکیل، مؤکل حاضر باشد، و در غیبت مؤکل استیفای قصاص برای وکیل جایز نیست، برای اینکه احتمال دارد مؤکل غایب قاتل را از قصاص عفو کرده باشد، و از طرف دیگر به سبب اشتراط حضور مؤکل امید عفو مؤکل از قصاص قاتل وجود دارد، وقتی که می بیند مجازات قاتل فرا رسیده است دلش نرم خواهد شد و او را مورد عفو قرار خواهد داد، در حالیکه عفو در شریعت اسلامی امری است پسندیده و مرغوب، خداوند (ج) فرموده اند: «وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى» (بقره: ۲۳۷) ترجمه: و آنکه ببخشید و عفو کند، عفو و گذشت کردن شما به تقوا و پرهیزگاری نزدیکتر است.<sup>1</sup>

203- دوم- مذهب حنبلیان:

حنبلیان گفته اند: توکیل در استیفای حق قصاص جایز است، و هرگاه ولی مقتول کسی را وکیل گرفت تا قصاص را برای او استیفاء نماید و سپس مؤکل غایب شد و در هنگام غیبت خود قاتل را از قصاص عفو نمود، در حالیکه وکیل به استیفای قصاص پرداخت، درین صورت دیده شود: اگر عفو مؤکل بعد از استیفای قصاص و بعد از قیام وکیل به قتل جانی صورت گرفته بود، عفو وی صحت ندارد، زیرا حق وی استیفاء شده است، و هرگاه وکیل بعد از علم به اینکه مؤکل، قاتل را عفو کرده است، بقتل برساند،

<sup>1</sup> - البدایع ج ۱۰ ص ۴۶۳۹

پس او را ظلماً کشته است، و بر او قصاص واجب است، و اگر او را قبل از علم به عفو مؤکل به قتل برساند، برخی از حنبلیان گفته اند: بر وکیل ضمان و تاوانی نیست، زیرا تقصیری از او سر نزده است، چون وی پیش از علم به عفو مؤکل به استیفای قصاص پرداخته است، در این صورت آیا بر مؤکل ضمانی لازم می آید؟ در این مسأله حنبلیان را دو قول است: (به قولی تاوان دار میگردد، و به قول دیگری ضمان و تاوانی بر او نیز لازم نمی آید).<sup>1</sup>

۲۰۱- سوم- مذهب زیدیه:

در نزد زیدیه توکیل در استیفای قصاص جواز دارد، بلکه این هم جواز دارد که ولی مقتول خود قاتل را برای قصاص گرفتن از نفس خودش وکیل تعیین کند. در کتاب التاج المذهب در فقه زیدیه آمده است: «برای ولی مقتول جواز دارد که مقتص منه (کسیکه قصاص از او گرفته می شود) را وکیل تعیین کند تا او خودش خود را با حضور مؤکل به قتل برساند - یعنی با حضور ولی مقتول»<sup>2</sup>

#### فرع ششم

#### در تأجیل استیفای (قصاص)

204- تأجیل (مهلت دادن، زمان دادن) اختیاری استیفای قصاص:

قصاص حق ولی مقتول است، و از لوازم حق این نیست که فوراً بعد از ثبوت استیفاء شود، و شتاب کردن و تعجیلی در استیفای آن در کار نیست، بنابر این برای ولی مقتول جواز دارد که در مطالبه تنفیذ و استیفای قصاص تعجیل ننماید، و قاضی نباید او را بر این مطالبه مجبور سازد، زیرا این حق از اوست، و صاحب حق میتواند که در مطالبه آن شتابزدگی نکند، خصوصاً در آنجا دلایل و توجیهاتی برای تأجیل تنفیذ نیز وجود دارد، چنانکه اگر مشوره های در میان اولیای مقتول در مورد طلب قصاص یا در مورد طلب دیت جریان داشته باشد، یا اولیای قاتل کوشش های را به راه انداخته باشند تا اولیای

<sup>1</sup>- المغنی ج ۷ ص ۷۴۶

<sup>2</sup>- التاج المذهب ج ۴ ص ۲۷۹



مقتول را به عفو یا به اخذ دیت قانع نمایند، پس تأجیل استیفای قصاص کاملاً در اختیار اولیای مقتول است.

205- تأجیل اجباری استیفای قصاص از زن حامله (باردار):<sup>1</sup>

هرگاه قصاص بر زن حامله (باردار) واجب گردد، قصاص گرفتن از وی قبل از وضع حمل وی جواز ندارد، فرقی ندارد که در وقت ارتکاب جنایت باردار باشد یا بعد از ارتکاب جنایت و قبل از استیفای آن باردار شده باشد، بدلیل این فرمان الهی: «فَلَا يُسْرَفُ فِي الْقَتْلِ» (الاسراء: ۳۳) ترجمه: و در قتل اسراف و زیاده روی نکند. در قتل زن باردار، قتل دیگری که عبارت است از حملی که در شکم خود دارد به وقوع می پیوندد، پس این فعل اسراف در قتل پنداشته میشود، و این امری ممنوع است، و در حدیثی ابن ماجه روایت کرده است که رسول خدا (ص) فرمود: «اذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما فی بطنها و حتی تکفل ولدها» ترجمه: هرگاه زن بارداری مرتکب قتل عمد شود، تا زمانی که وضع حمل نکند و طفلش را به دنیا نیاورد و تا زمانی که اسباب زنده ماندن کودک نوزادش را تأمین نکند، باید کشته نشود.

و هم چنان پیامبر (ص) به آن زنیکه از قبیله غامدیه به زناء اقرار نموده بود، گفت: «ارجعی حتی تضعی ما فی بطنک، ثم قال لها: ارجعی حتی ترضعی» ترجمه: برگرد! تا زمانی که آنچه را در شکم تست وضع نمائی یعنی تا زمانی که طفلت را تولد کنی حد بر تو جاری شده نمیتواند، و سپس به او گفت: برگرد! تا آن وقتی که طفل نوزادت را شیر دهی.

علاوه بر این در این مورد اهل علم اجماع دارند، اجماعی که هیچ اختلافی را در آن سراغ نداریم، چنانکه ابن قدامه حنبلی گفته است: «و چون زن حامله (که بر او قصاص واجب شده است)، وضع حمل نماید، تا زمانی که طفلش را شیر فلگی (شیر نخست پس از ولادت) را ننوشانیده باشد، کشته نمی شود.» زیرا طفل نوزاد غالباً بدون نوشیدن شیر فلگی زنده نمی ماند. سپس اگر آن زن کسی دیگری را نداشت که طفلش را شیر بدهد،

<sup>1</sup> - المغنی ج ۷ ص ۷۳۱-۷۳۳، مغنی المحتاج ج ۴ ص ۴۱، التاج المذهب ج ۴ ص ۲۷۹-

تا وقتی که طفلش را از شیر باز می کند، یعنی مدت شیرخوارگی اش تکمیل می شود، طوری که در دو حدیثی که پیشتر ذکر کردیم آمده است، کشتن وی جایز نیست، از طرف دیگر وقتی که ما استیفای قصاص را به خاطری که آن طفل در شکم مادرش بود و بخاطر حفظ وی به تأخیر انداختیم پس بخاطر حفظ وی از تلف شدن بعد از ولادت بطریق اولی باید قصاص مادرش را به تأخیر اندازیم.

206- ادعای زنی که (بر او قصاص واجب شده است) از حامله بودنش:

هرگاه زنی که قصاص بر او واجب شده است، ادعای حامله بودنش را داشته باشد در این مسأله دو وجه است:

(اول): زن ادعا کننده حمل را حبس کنند تا زمانی که باردار بودنش آشکار گردد، زیرا بارداری علامات پوشیده دارد که خود زن حامله آن را می فهمد و دیگران به آن پی برده نمی توانند، پس واجب است برای حفظ حمل از احتیاط کار گرفته شود، تا آنکه ادعای حامله بودن زن بطور واضح منتفی گردد، و از جانبی این امری است که مخصوص خود زن است، پس قول خود وی قابل قبول است، همان گونه که در مسأله حیض قول خود زن بر حیضه بودنش مدار اعتبار می باشد.

(دوم): زن مدعیه حمل را بر زنان اهل خیره (متخصصین نسایی-ولادی) راجع نمایند، هرگاه آنان بر حامله بودنش شهادت دادند، استیفای قصاص از او به تأخیر انداخته می شود، و در صورتیکه بر خلاف آن ادای شهادت نمودند، قصاص وی به تأخیر انداخته نمی شود، زیرا حق قصاص، حق حالی و فوری است که بر او واجب گردیده است، و به مجرد ادعای وی و بدون اثبات شرعی به تأخیر نمی افتد.

207- حکم قصاص گرفتن از زن حامله:

هرگاه کسیکه صاحب ولایت قصاص است، از زن حامله قصاص بگیرد، آن شخص کار خطایی را انجام داده است، و سلطانی که این اجازه را به او داده است نیز مرتکب خطاء و اشتباه شده است، اگر دانسته این کار را کرده باشند، یا تقصیری متوجه آنان باشد، پس هردو گناه کار اند، و اگر تنها یکی از آنان از بارداری آن زن آگاهی داشته باشد، پس گناه این کار تنها به گردن اوست.

هرگاه جنین از آن زن بطور مرده جدا شد یا بطور زنده جدا گردید در مدت زمانی که زندگانی شمرده نمی شود، پس در مورد آن غره<sup>۱</sup> (یعنی دیت جنین) است، و اگر حمل زن زنده جدا شد و مدتی را که در طی آن زندگی می شود زنده ماند، سپس از اثر جنایت (یعنی قتل مادرش) فوت نمود، در مورد آن دیت کامل واجب میگردد اما دیت وی برچه کسی واجب می شود؟ پس ما می بینیم: هرگاه سلطان و ولی دم (صاحب خون) هر دو به حامله بودن زن و به حرام بودن استیفای قصاص آگاهی داشتند یا هر دو ی شان به حمل و تحریم استیفاء علم نداشتند، یا به یکی علم داشتند، یا ولی میدانست و سلطان که زمینۀ استیفای قصاص را برای او فراهم کرده بود، نمیدانست، پس پرداختن دیت جنین تنها بر عهده ولی است، زیرا ولی مباشر قتل است و سلطان متسبب آن، و هرگاه مباشر با متسبب قتل یکجا شود، ضمان و تاوان بر ذمه مباشر است نه بر عهده متسبب.

در صورتیکه سلطان بر حامله بودن زن آگاهی داشت و ولی آگاهی نداشت پس تاوان جنین بر عهده سلطان است نه بر دوش ولی مباشر، زیرا او معذور پنداشته میشود، پس ضمان (یعنی دیت جنین) بر ذمه متسبب یعنی سلطان واجب است.

#### 208- حبس قاتل در مدت تأخیر استیفای قصاص:

ابن قدامه حنبلی گفته است: «و در هر جای که تأخیر استیفای قصاص لزوم یابد قاتل را حبس کنند، تا زمانی که اولیای دم اگر طفل باشد بالغ گردد، اگر مجنون باشد، از جنون خود صحت یاب شود، و اگر غایب باشد، باز پس آید.»<sup>۲</sup>

در کتاب مغنی المحتاج در فقه شافعی چنین است: «برای گرفتن قصاص از قاتل به کسیکه از اولیای مقتول غایب باشد تا آمدنش انتظار برده شود، همان گونه که تا بلوغ صغیر ورثه، و صحت یابی مجنون شان، انتظار برده میشود، و قاتل طی مدت تأخیر قصاص به حبس انداخته شود، و این حبس وی به جهت حفظ حقوق مستحقین است، زیرا اولیای مقتول استحقاق قتل او را دارند، و در قتل وی هم اتلاف نفس اوست و هم اتلاف منفعت

<sup>۱</sup>- غره: در لغت بمعنی غلام یا کنیز است، یا عبارت است از پنجصد درهم و فقهاء دیت جنین را به مقدار نصب عشر دیت نفس تعیین کرده اند که نزد حنفیان پنجصد درهم است. (مترجم)

<sup>۲</sup>- المغنی ج ۷ ص ۷۴۰

وی، چون اتلاف نفس وی و استیفای قصاص از وی متعذر گردیده است، منفعت او را بوسیلهٔ محبوس ساختن وی از بین می‌بریم.» و نیز در این کتاب آمده است: «و زن حامله در صورتیکه در قصاص نفس، اولیای دم مطالبهٔ حبس او را بنمایند، باید حبس گردد.»<sup>1</sup>

حکمت از حبس قاتل در هنگام تأخیر اقتصاص از وی عبارت است از حفظ حقوق مستحقین قصاص در صورتیکه موجبات تأخیر استیفای قصاص فراهم آمده باشد.

209- کفالت مانع حبس قاتل شده نمیتواند:

اگر قاتل کفیل و ضامنی را از جای خود ایستاد کند برای آنکه او را از حبس رها کنند، این مطالبهٔ وی قابل قبول نیست، زیرا کفالت نمیتواند مانع حبس قاتل شود، و نمیتواند باعث رهایی او از حبس گردد، به علت اینکه کفالت در قصاص صحت ندارد، چون فایدهٔ کفالت، استیفای حق از کفیل است، هرگاه احضار مکفول له متعذر گردد، حق از کفیل گرفته می‌شود، در حالیکه استیفای این حق - یعنی حق قصاص، از شخص دیگری غیر از قاتل ممکن نیست، پس کفالت در آن صحت نمی‌یابد، و کفالت نمیتواند موجب رهایی قاتل از حبس گردد.

علاوه بر آن در قبول این کفالت، حق مستحق قصاص به خطر می‌افتد زیرا بسا ممکن است که وقتی قاتل به قید کفالت و ضمانت رها گردد، فرار کند و متواری شده و دوباره به دست نیاید و حق قصاص ضایع شود.

<sup>1</sup> - مغنی المحتاج ج ۴ ص ۴۰-۴۱

## حمایت از مجنی علیهم وزیان دیده گان قتل غیر عمدی

فهرست :

29.....	چکیده
30.....	مقدمه
31.....	(مجنی علیه):
31.....	مبانی نظری حمایت از مجنی علیه
32.....	مبنای فلسفی وایدولوژیک:
34.....	روشهای حمایت از مجنی علیه
34.....	تامین خسارت از منابع دولتی
35.....	تامین خسارت از منابع خیریه
35.....	تامین خسارت از طریق بیمه
35.....	چگونگی پرداخت دیت در حقوق اسلام
35.....	تعریف دیت :
36.....	وجوب دیت از بیت المال
38.....	جبران خساره مجنی علیهم جرایم قتل غیر عمدی در حقوق وضعی
50.....	نتیجه گیری
51.....	منابع

چکیده

مجنی علیه که متأثر از جرم است تحت تاثیر آسیب های گوناگون قرار می گیرد و باتوجه به حقوق شهروندی که دارد مستحق حمایت می باشد، که این حمایتها تحت عناوین

حمایت حقوقی جزایی، مالی، روانی، صحتی و غیره مطرح میگردند. یکی از مهم ترین حقوق مجنی علیه قتل غیر عمدی در کنار سایر حقوق آن جبران خسارت وارده بروی است که شخص مجرم مکلف به جبران آن می باشد، اما اگر شرایطی پیش آمد که شخص مجرم موفق به فرار گردد و یا توانایی پرداخت خسارات وارده را نداشت قوانین موجود برای حمایت و جبران خساره از مجنی علیه چه تدابیر و راهکار های را در نظر گرفته، سوالی است که این مقاله به دنبال پاسخ آن می باشد.

ببررسی و بیان روش های حمایت از مجنی علیه قتل غیر عمدی از نظر اسلام و تحلیل مواد قانونی موجود در این خصوص و در نتیجه بانمود مواد قانونی مشخص در حمایت از مجنی علیهم، چنین جرایمی و ارجاع آن به فقه، مطابق ماده دوم، فقره دهم ماده سوم کوجزا و سیاست جنایی اسلام، حمایت از مجنی علیهم و تثبیت موقعیت حقوقی آنان و جبران خسارات مادی و معنوی، از طریق نهاد هایی چون عاقله، اقارب، بیت المال صورت می گیرد.

در نهایت با توجه به اهمیت موضوع و دشوار بودن اجرای راه حل های فقهی، ساختار جامعه کنونی بهتر خواهد بود که ساز و کارهای مشخصی در قانون برای جبران خسارت و حمایت از مجنی علیه قتل غیر عمدی در نظر گرفته شود.

کلید واژه ها: مجنی علیه، حمایت، جبران خسارت و قتل غیر عمدی.

#### مقدمه

یکی از دست آوردهای مهم علم متضرر شناسی، بهبود وضعیت حقوقی مجنی علیه در رویکرد سیاست جنایی کشورها می باشد. بخشی عمده از این تغییرها از آنجا ناشی می شود که دولت ها با توجه به سیاست های افراطی خود مسئول در کنار گذاشتن متضررین در محاکمات جزایی و اخذ غرامت به جای خسارت در طول تاریخ می باشند؛ به عبارت دیگر تأثیر فوق احیاکننده موقعیت حقوقی متضررین است که با توسعه و استقلال حقوق جزا به تدریج تضعیف گشته و حمایت از حکم رانان و دولت ها جای گزین آن گردیده است.<sup>1</sup> با ظهور پدیده مجنی علیه شناسی شاهد رویکرد متفاوتی نسبت به قربانیان جرم در گذشته می باشیم. در یک تقسیم بندی کلی مبحث مجنی علیه شناسی به بخش علمی

توجهی، عبدالعلی، سیاست جنایی حمایت از بزه دیدگان، مجله مجتمع آموزشی عالی قم،

و حمایتی تقسیم می گردد. مجنی علیه شناسی علمی (بررسی نقش مجنی علیه در پیدایش جرم) می باشد که نیازمند بحث مستقل است. اما در این تحقیق حمایت از متضررین و جبران خسارتی که در نتیجه وقوع جرم متحمل شده اند و راهکارهای که در قوانین افغانستان در نظر گرفته شده است مورد بحث قرار می گیرد.

بدون تردید قربانی جرم از نظر روانی اجتماعی و حقوقی آسیب های جدی دیده است از این رو باید مورد حمایت صحیح، روانی و حقوقی قرار گیرد؛ اما بی گمان مهمترین حمایت حمایت اقتصادی یعنی جبران خسارت مجنی علیه است که در این مقاله به آن پرداخته می شود.

(مجنی علیه):

مجنی علیه که واژه انگلیسی آن victim است به شخصی گفته می شود که به دنبال رویداد یک جرم، آسیب وزیان دیده است.<sup>1</sup>

شخصی است که به آسیب جسمی، روانی، عاطفی یا زیان مالی یا اتلاف حقوق مدنی و اجتماعی خود دچار شده است.<sup>2</sup>

مبانی نظری حمایت از مجنی علیه

مبنای اصطلاح حقوق دانان عبارت از اصل یا قاعده کلی که نظام حقوقی مبتنی بر آن باشد و مقررات حقوقی بر اساس آن وضع گردد به اصول و قواعدی که در حقوق می تواند چنین نقشی داشته باشد و معیار های کلی دیگر نیز بر آن مبتنی باشد در اصطلاح مبانی حقوق گفته می شود<sup>3</sup> عمل و رفتار ناشایست و مغایر قانون، فرد یا افراد باعث می گردد تا شخص یا اشخاص آسیب روانی، جسمی، و مالی دیده و ازین ناحیه متضرر گردند، اجماع نظر وجود داشته و دارد که درین خصوص فاعل جرم مأمور گردد تا خسارات عانده از عمل نا مشروع و خلاف قانون خویش بر مجنی علیه را جبران نماید و بدین ترتیب اصل مساوات و عدالت که ریشه در علم حقوق دارد، تامین گردیده و مجرم همچنان به شناخت عمل خویش، و اینکه رفتار های نامعقول و زیان بار آن قابل باز رسی

<sup>1</sup> رایجیان اصلی، مهرداد، بزه دیده شناسی حمایتی، نشر داد گستر، ۱۳۸۴

<sup>2</sup> جعفرزاده، فتاح، بزه دیده شناسی قتل عمد، انتشارات رازنهان، سال ۱۳۹۶

اسکندری، عبدالکریم، راه کارهای حمایت از بزه دیدگان در سیاست جنایی اسلام و اسناد بین

الملل. مجله معرفت، ۱۳۸۷

بوده است، بی برده و زمینه اصلاحش در آینده بگونه عملی میسر شود ولی بسا موارد پیش می آید که توسط مجرم ناممکن یا دچار مشکلی می گردد و یا هم مجریان عدالت قادر به اجرای آن نمیگردند. حالتی که مجرم بدلائلی چون محکومیت بمجازات مرگ، محبوس شدن در زندان، طولانی شدن فرایند تعقیب عدلی، فرار نمودن، نداشتن توان مالی بالقوه و بالفعل برای پرداخت خساره و غرامت. در چنین حالتی، بحث قابل پاسخ و تحلیل اینجا است که غرامت مجنی علیه را چگونه و با کدام فلسفه علمی حقوقی توسط چه نهادی قابل پرداخت شناخت، موضوعی که در اصطلاح حقوقی آن مبانی نظری نامیده می شود. که در این مورد نظریات متعددی ارایه گردیده که اشاره می گردد.

مبنای فلسفی وایدولوژیک:

«والک لیت» و «ماویای» در مجنی علیه شناسی انتقادی خویش، حمایت از مجنی علیه را دارای زیربنای فلسفی وایدولوژیک می دانند اصولا این مطلب در نظام های حقوقی مبتنی بر مذهب صادق است زیرا حمایت از مظلوم و دفاع از مجنی علیه که به ناحق مورد تعدی قرار گرفته است در همه ادیان الهی، به ویژه در اسلام از تکالیف شرعی واز موجبات خشنودی خداوند و رستگاری بندگان شمرده شده است.

مبنای ارزشی: برخی دیگر ضمن تایید مبنای فوق به ابعاد ارزشی حمایت از مجنی علیهم در جامعه اشاره نموده اند، به عبارت دیگر از آن جا که دفاع و پاسداری از ارزش های یک جامعه جزء رسالت های حقوق جزا بلکه از اهداف سیاست جنایی آن جامعه محسوب می شود و ازسوی دیگر حمایت از نیازمندان مظلومان و بلاخص مجنی علیهم که نوعا نیازمند نیز می باشند جزء ارزش های جوامع به حساب می آید.<sup>1</sup> روی این لحاظ حمایت از مجنی علیه قتل غیرعمدی که نوعی از زیان دیدگی به حساب می آید به عنوان یک ارزش قابل حمایت می باشد.

نظریه همبستگی و انصاف: بلی در نظریه همبستگی و انصاف، فلسفه پرداخت غرامت بوسیله دولت را وفاق همگانی اجتماعی در خصوص واکنش عمومی تشکیل می دهد بدین مفهوم که افراد جامعه نمی خواهند بر نظم اجتماع ایشان خللی ایجاد شود و در صورتیکه چنین حالتی را مشاهده نمایند که امن و آسایش اجتماعی شان صدمه ببینند، بارویکرد واکنشی دولت را مجبور می نمایند تا متضرری را که بالاثرا ناهنجاری جانی آسیب دیده

<sup>1</sup> توجهی، عبدالعلی، منع قبلی.



است، مورد حمایت مالی خویش قرار داده و خسارات ایراد شده ناشی از جرم و عمل جانی را که بر متضررین تاثیر منفی به جای گذاشته است، جبره نماید.<sup>1</sup>

**کوتاهی دولت ها در جلوگیری از پدیده مجرمانه:** عده دیگر خاستگاه حمایت از مجنی علیه را در ناتوانی حکومت ها در جلوگیری از جرایم می دانند در همین زمینه ریمون گسن می نویسد جنبش حمایت از مجنی علیه بر اثر ناتوانی جوامع غربی در پیش گیری از رشد صعودی و مداوم واقعات جرمی بوجود آمد به گونه ای که بر اثر فقدان قدرت عمل در مورد جرم تنها چاره ممکن حمایت از متضررین و تخفیف اثرات پدیده مجرمانه عنوان شده است.<sup>2</sup> طبق این نظریه اساس حمایت از متضرر را کوتاهی دولت ها در انجام وظیفه شان میدانند که حفظ جان و تامین امنیت شهروندان از وظایف اساسی دولت ها به حساب می آید

**نظریه فقه اسلامی:** وجوب جبران خسارت متضررین جرم قتل غیر عمدی در فقه اسلامی متکی با اصول و معیارهای علمی که اقناع کننده وجدان می باشد، پایه گذاری گردیده و در مذاهب اهل تسنن و اهل تشیع بر مبنای همان اصول و پرنسیپ ها موارد جبران خسارت متضررین بیان شده است که توضیح آن در در دو جزء جداگانه قرار ذیل می باشد:

**جزء اول:** آنچه در هر دو مذهب «تسنن و تشیع» نقطه اتفاقی محسوب می شود، این است که جبران خسارت مجنی علیه قتل با فلسفه اصل صیانت از خون انسانان متکی و استوار بوده و قرار میدارد که حیات انسانی و زندگی بشری از اهمیت کلانی برخوردار بوده و تاکید می نماید که در آئین دینی و اسلامی خون مسلمان با اهمیت تر از همه چیزها بوده و مهمتر از دیگرگونی جهان است.

البته در فقه جزای حنفی اصالتاً ذمت پرداخت خسارت وارده علیه مجنی علیه را شخص مجرم بدوش دارد چون مجرم عمل جنایی غیر ارادی را انجام داده، بی میلانی کرده و برد دیگری صدمه ایراد نموده است و چنانچه که جانی و متهم فقره جرم قتل غیر عمدی امکان جبره خساره وارده مجنی علیه را نداشته باشد، دولت و نظام اسلامی را مکلف

پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران، دانشگاه

<sup>1</sup> شهید بهشتی، 1370

<sup>2</sup> اسکندری، عبدالکریم، منبع قبلی.

میسازد تا از بیت المال مجنی علیه را جبران خساره نماید چنانچه در فرامین پیامبر بعبارة عدیده و اسناد معتبری میخوانیم که ایشان فرمودند :

« آنانیکه مظلوم واقع گردیده و بگونه نامشروع بقتل رسیده اند ، غرامت شان را اولوالأمر یعنی مسؤل دولت خواهد پرداخت»<sup>1</sup>.

وهمچنان اجراءات عملی در نظام حقوقی اسلام در حیات پیامبر و خلفای راشدش بیانگر این موضوع بوده که ورثه مقتول را که جبران خساره اش توسط قاتل «مجرم» ناممکن بوده است، از بیت المال مورد توجه و همکاری قرار داده و خسارات ایراد شده علیه مجنی علیه و مربوطین وی را جبران نموده اند.<sup>2</sup>

#### روشهای حمایت از مجنی علیه

معمولا حمایت از مجنی علیه در سه مرحله، پس از تحقق جرم، در جریان رسیدگی و تامین ضرر وزیان صورت می گیرد. که درین جا مرحله سوم را مورد بررسی قرار می دهیم.

زیان دیدگی اغلب باورود ضرروزیان بر مجنی علیه ملازمه دارد اگرچه در برخی از جرایم ضررهای وارد شده بر مجنی علیه از نوع معنوی است لکن در بسیاری از موارد متضررین به صورت مستقیم و غیرمستقیم متحمل ضرر وزیان مادی می شوند ضررهای وارد شده بر مجنی علیه شامل مجموعه خسارت هایی است که از حین تحقق جرم تا زمان رفع نسبی آثار آن متوجه وی می گردد. و در مواقعی که تامین ضرر وزیان وارد بر مجنی علیه از ناحیه مرتکب جرم غیر عملی است باید منابعی جایگزین عهده دار این مهم شود.

1- دولت ها

2- صندوق های خیریه

3- بیمه

#### تامین خسارت از منابع دولتی

ماده ۱۲ اعلامیه مجمع عمومی سازمان ملل در خصوصی اصول اساسی عدالت برای زیان دیدگان و قربانیان سوء استفاده از قدرت از دولت ها می خواهد در مواردی که جبران

<sup>1</sup>. کاسانی، علاء الدین ابن بکرین مسعود، بدائع الصنائع ج 7، ص 1370 چاپ مکتب عربیه پاکستان 1388 هـ.ش.

<sup>2</sup>. ولی الله، الخطیب، مشکواة المصابیح ج (2) ص (461) چاپ رشیده پاکستان 1380 هـ.ش.

خسارت مجنی علیه به صورت کامل از سوی مجرم به عللی (چون فرار یا فقر) یا سایر منابع (چون بیمه و صندوق های عام المنفعه) عملی نمی شود راساً تلاش نموده با تخصیص بودجه لازم خسارات های زیان دیده گان را تامین نمایند. هم چنان ماده ۲ کنوانسیون اروپایی خسارات زدایی از قربانیان جرایم خشونت آمیز تامین خسارت وارده را از دولت مطالبه می نماید. چون دولت ها خود را متعهد به ایجاد نظم و حفظ حقوق و مصالح افراد جامعه می دانند، تخصیص بودجه ای جهت تامین خسارات جبران نشده زیان دیده گان نیز اقدامی در جهت آرامش و مصلحت جامعه و تامین حقوق افراد خواهد بود. و یا با جایگزینی دولت ها، مسئولیت مدنی فردی که در امور عملاً کار آبی ندارد به مسئولیت مدنی اجتماعی تبدیل شده و از محل وجوهی که دولت به عنوان مالیات و نظایر آن از مردم می گیرد خساراتی را اشخاص به هم وارد می کنند جبران می کند.

تامین خسارت از منابع خیریه

یکی دیگر از منابع جایگزین برای تامین خسارت مجنی علیه صندوق های خیریه می باشد بدیهی است که تامین ضرر و زیان، زیان دیده گان از مصادیق مهم کارهای خیریه محسوب شده و می توان آن را به خاطر نقشی که در اصلاح منازعات دارد و یا از زندانی شدن افراد به خاطر مدیون بودن آنان جلوگیری می نماید از عالی ترین مصادیق خیریه دانست.

تامین خسارت از طریق بیمه

سومین منبع مهم جایگزین استفاده از تسهیلات، بیمه است صنعت بیمه که امروزه ضرورت آن بیش از گذشته مورد توجه جوامع بشری قرار گرفته قادر است در حل و فصل غیر قضایی دعاوی و ترمیم خسارت، کمک موثری به متولیان سیاست جنایی بنماید شاید بتواند فلسفه اجباری نمودن بیمه شخص ثالث را در بسیاری از کشورها از جمله در افغانستان در راستای آن توجیه نمود

جبران خساره زیان دیدگان جرایم قتل غیر عمدی در حقوق اسلام

چگونگی پرداخت دیت در حقوق اسلام

تعریف دیت :

دیت واژه عربی بوده و مفهوم لغوی آن شامل ضمان، تاوان، بدل خون و غرامت می باشد — اینکه معنی اصطلاحی دیت در مفهوم فقهی آن دارای چه تعریفی می باشد فقهای اسلامی

تعاریف فراوانی را ارایه نموده اند که در ماهیت و نفس الامر ، اختلاف های داده شده در بیان مفهوم دیت ، شکلی و اصطلاحی بوده و ماهیتا بریک محتوی دلالت دارند چنانچه تعریف مشترک و عام الشمولیکه فقه مذاهب در مجموع بدان اتفاق دارند، قرار ذیل است:

دیت عبارت است از مجموعه اموال غالباً منقول ((دینار، درهم، شتر، گاؤ، گوسفند، و زیورات)) که در قتل ها و جروحات مخصوص ((قتل خطاء، شبه عمد، قتل بالتسبیب و مجروحیت ها)) توسط جانی و عاقله آن در یک مدت زمانی معین برای مجنی علیه یا وارثان وی بعد از صدور حکم نهائی محاکم یا بگونه سازش و موافقه پرداخت می گردد. در تعریف داده شده بالا که از دیت ارایه گردیده ویژگی ها و نقاط مهم ذیل قابل توجه می باشند:

- دیت شرعی از حیث کمیت و مادی در فقه اسلامی مشخص و محدود گردیده و ابزار و اشیایی که بحیث مال دیت قرار گرفته می تواند ، نیز در تشریح اسلامی مشخص شده و تبیین گردیده اند که حسب شرایط ، درآمدهای مالی و اینکه مسؤل جبران خساره از کدام نوع این اموال به سهولت می تواند دیت پرداخته و ادای مسؤلیت نماید .
- مصادیق پرداخت دیت در جرایم خاصی چون قتل غیر عمدی ، جنایات علیه مادون نفس و اعضا و همچنان در مواردیکه قصاص بنحوی از انحا ساقط گردیده باشد، پیشینی شده است که در غیر از این صورت فوق برای پرداخت دیت موارد رسمی وجود ندارد .
- مسؤلین پرداخت دیت و نهادهای شریک در موضوع تادیه دیت ، در فقه اسلامی مشخص بوده که مشمول مرتکب جرایم ویژه «قتل غیر عمدی ، شبه عمد و قتل به سبب» می گردد و همچنان اشخاصی که تکلیف پرداخت دیت را دارند، در تعریف فوق مشخص شده اند که مشمول جانی، ورثه جانی و عاقله وی می گردد .

و جوب دیت از بیت المال

پرداخت غرامت یا دیت از جانب دولت بانیابت از جانی ، بحیث یک حالت استثنایی در فقه اسلامی مورد توجه و بررسی می باشد لزوماً جانی و مرتکب جرم است که تکلیف پرداخت خساره و جبران عاید بر مجنی علیه را بر ذمت دارد و دولت ها یا بیت المال در خصوص پرداخت دیت ، اصولاً مسؤلینی را در قبال ندارند چون اصل و قاعده شرعی قرار میدارد که

«المرء یؤخذ باعماله» ویر شخصی بودن جرم و جزاء» تاکید می نماید چنانچه در فقه اسلامی موردیکه از پیامبر منصوباً در خصوص پرداخت دیت بوسیله بیت المال مجاز قرار داده شده است، شامل حالتی می باشد که جانی وارث و عاقله که در پرداخت دیت باوی شریک باشند، را نداشته باشد چنانچه فرمان پیامبر(ص) که با جمله (( من وارث کسی هستم که وارث نداشته باشد عقل دیت آنرا تأدیه مینمایم))<sup>1</sup> بیانگر این موضوع می باشد که اصالتاً دیت برکسانی و اشخاصی لازم است که درزندگی باجانی حمایت کننده باشند و درمنافع و ضرر باوی شریک باشند و نخستین سهمگیران درجیره خسارت ناشی از جرم راورثه تشکیل میدهند — بلی مذاهب فقهی با قیاس ازفرمان فوق، حالات دیگری را پیشبینی نموده اند که دیت را دولت ازبیت المال به نیابت از مرتکب جرم برای مجنی علیه یا بازماندگان وی می پردازد — چنانچه در مواردذیل بیت المال بتادیه دیت می پردازد:

1. خون بهادیت کسیکه درنتیجه خطای قاضی و دادگاه بناحق کشته شده باشد چنانچه قاضی بدلیل خطایی که درتشخیص موضوع یادرتعیین حکم نموده و حکم بکشتن شخصی راداده باشد بعدا معلوم گرددکه صدور حکم قتل و اجرای آن اشتباه بوده است .
  2. هرگاه شخص در اثر ازدحام جمعیت کشته شده باشد .
  3. دیت مقتولیکه قاتلش شناسایی نگردیده باشد ویا پس ازشناسایی متواری شده و تاهنگام مرگ و مردن دور ازدست رس دولت باشد .
  4. زمانیکه عاقله بناپردلایلی قادربه پرداخت دیت نباشند .
- حالات فوق درفقه اسلامی از مواردی پذیرفته شده اند که دولت ازبیت المال بانیابت ازمسؤل جرم غرامت و خساره را پرداخت می نماید و بدین ترتیب دولت که برمبنای مسؤلیت های خویش ملزم بوده تا ازحیات و آزادی افراد تحت قلمروخویش حمایت نماید و درصورت بروز حادثه علیه رعایای خویش، باید متجاوزین و مرتکبین جرم را مورد پیگرد قرار داده و امنیت و آسایش جامعه را برگرداند که هرگاه برتنظیم چنین مسؤلیت هایش قادریموفق نگردد، باپرداخت خساره و دیت برای قربانی جرم و وابستگان وی، برتکافوی نقصان خود درحمایت ازمجنی علیهم جبیره نمایی نموده و نقش آفرینی خودرا تبارز داده

<sup>1</sup>. عبدالرزاق، مصنف عبدالرزاق ج 6 ص 234 چاپ بیروت

و بنوعی کاستی ها و نارسایی های خود را که در خصوص حمایت از مجنی علیه و مقتول بوجود آمده است، جبران می نماید.<sup>1</sup>

### جبران خساره مجنی علیهم جرایم قتل غیر عمدی در حقوق وضعی

پرسش اصلی اینجا است که هرگاه جبران خساره از سوی جانی یا دیگر منابع مالی امکان پذیر نباشد مجنی علیهم پس از وقوع جرم متحمل انواع صدمه های جسمی، مالی، روحی و روانی میشوند و جبران خساره وارده بر آنان از رهگذر ابزار های مالی تأثیر عمیق و بسزائی را در التیام صدمات وارده بر آنان خواهد داشت و بهمین دلیل بوده که در بسیاری اسناد بین المللی و قوانین ملی حق جبران خساره بعنوان یکی از حقوق اصلی مجنی علیه بر رسمیت شناخته شده است اکنون حرف و سؤال قابل پاسخ این است که این حق اصلی مجنی علیه را کدام و چه کسی ملزم است تا تأدیه نماید؟ در خصوص این پاسخ علماء حقوق بیان داشته اند که نخستین و اولین کسیکه باید بحیث مسؤل پرداخت جبران خساره باشد، شخص جانی است چون رفتار و عمل نا مشروع آنست که باعث ایجاد آسیب هائی عایدۀ روحی، روانی، جسمی و مالی مجنی علیه گردیده است، و کیفر شناسان امروزی تلاش دارند تا ساز و کار های را که بتواند توسط مجرم تبعات منفی جرم علیه مجنی علیه را التیام نماید، روی دست گیرند و در چارچوب های علمی موارد آن را وضع نمایند ولی باین هم سعی و تلاش، آنچه بدیهی است عدم امکان جبران خساره توسط مجنی علیه در تمامی احوال است و چنانچه که نسبت دادن جرم به شخص یا اشخاص معین بنابر دلائلی میسر نگردد، جانی مخفی یا فراری و متواری باشد و یا جانی بدلیل بالابودن حکم خساره قادر به پرداخت جبران خساره نباشد، و سائر حالات دیگر که پرداخت دیت توسط جانی میسر نباشد، بحث در یافت مرجع مناسب برای اجرای حق مجنی علیه مطرح می گردد که مبتنی بر نظر حقوق دانان و اندیشمندان علم مجنی علیه شناسی نیاز دانسته شد تا در صورت بروز چنین حالات، مجنی علیه را دولت زیر حمایت مالی قرار داده و راهی را در زمینه جستجو نماید، چنانچه در پهلوی تسهیلات بیمه و صندوق های خیریه، پرداخت دیت از بودجه دولتی نیز بعنوان جایگزینی برای جبران خساره قرار داده شود، دولت ها هم بادرک این ضرورت و نیاز مبرم و اساسی مجنی علیهم بوده که در اسناد ملی و نظامهائی حقوقی و کیفری خویش جبران خساره مجنی علیه در جرایم

<sup>1</sup> «کاسانی، ابوبکر، احمد، همان»

مشخص را با معیار های مشخصی پذیرفته اند چنانچه در اعلامیه تاریخی 1985 سازمان ملل درخصوص جمع آوری اصول اساسی عدالت برای متضررین و کنوانسیون اروپائی سال 1983 بمنظور خسارت زدائی از قربانیان خشونت امیز بر موضوع جبران خساره مجنی علیه توجه خاصی مبذول نموده است چنانچه ماده «2» کنوانسیون مذکور مقرر میدارد: وقتی که ترمیم کامل خسارات به وسیله سایر منابع، قابل تضمین نیست، دولت باید به خسارت زدایی از افراد زیر اقدام نماید:

الف - کسانی که متحمل لطمات شدیدی علیه جسم یا سلامت خود شده اند مشروط بر اینکه مستقیماً از یک جرم عمدی خشونت آمیز ناشی باشد  
ب - کسانی که تحت تکفل شخصی بوده اند که پس از ارتکاب جرم علیه او، فوت شده باشد.

همچنان در خیلی از کشور ها چون انگلستان، فرانسه، کانادا و برخی از ایالات کشور امریکاء در اسناد ملی خویش موضوع جبران خساره مجنی علیه را پذیرفته اند، طوریکه در نظام حقوقی انگلستان از سال 1964 تاکنون بالای چگونگی پرداخت خساره متضررین تحولات زیادی صورت گرفته است.

در نظام حقوقی افغانستان جبران خساره دولتی برسمیت شناخته نشده و در قوانین ماهوی یا شکلی بگونه مستقیم یا غیر مستقیم در خصوص حمایت از مجنی علیه به عنوان جبران خساره هدایتی وجود ندارد، فقط در فقره دهم ماده دوم کودجزا جبران خسارت ناشی از جرم یکی از اهداف این قانون بیان شده که خیلی کلی است که این موضوع به نوبه خود بیانگر کاستی و نقیصه عمده در نظام حقوقی بشمار می رود — چه بسا اوقات راه جبران خساره مجنی علیه توسط جانی میسر نمی باشد چنانچه که جانی متواری باشد، وارگانهای تعقیبی بگرفتاری جانی موفق نگردند، یا اینکه مرتکب جرم شده و شناسایی نگردد، و یا هم جانی قادر به پرداخت خساره بدلیل فقر، ناتوانی های روانی و 00 نباشد، مجنی علیه سالیان درازی در انتظار قرار میگیرد که گاهی در طول زندگی موفق بدریافت جبران خساره نمی شود که در چنین حالات، فشارهای روحی، روانی، و مالی بگونه مستدام مجنی علیه را تهدید می نماید و در نتیجه مجنی علیه معتقد می گردد که برای پاسخگویی به نیاز هایش کدام منبع همکار دولتی و موسسه خیریه وجود نداشته است و ندارد و از نهاد های دولتی مایوس می گردد.

کودجزای افغانستان مصوب سال ۱۳۹۶ حقوق مجنی علیه را آنگونه که ایجاب می کند ننگجانیده و همچنان سایر نظامهای حقوقی دنیا، بر مسائل حمایتی متضررین توجه درخورشان نکرده اند که با پیشرفت هائی که در ساحه حمایت از متضررین جرایم خشونت، قتل، قربانیان جرایم قدرت، سرقت های گروهی، و سائر جرایم که آسیب هایی شدید روانی، مالی، روحی و عاطفی را متوجه مجنی علیه می سازد، صورت گرفته است، ایجاب می نماید تا در نظام حقوقی افغانستان نیز بر موضوع جبران خساره دولتی نیز توجه صورت گرفته و میکانیزمهای پرداخت خساره دولتی برای متضررین تعریف و تعیین گردند تا از یکطرف متضررین از حقوق و ضمانتهائی که دولت برایشان تعهد نموده است، اطمینان حاصل نمایند و از سوی دیگر موضوع تأمین عدالت که از اساسی ترین موجبات در پروسه عدالت جزائی می باشد، با انجام توجه بطرفین دعوی، جانی و مجنی علیه تحقق پذیرفته و رژیم قانونی و تقنینی و همچنان رویکرد قضاء از متهم گرائی مطلقه به مجنی علیه گرائی نیز انتقال نماید و حقوق هر دو طرف را بشکلی که رعایت یکی باعث طرد دیگری نگردد، در یک مستوی عملی نمایند

مخصوصاً در ساحه عمل، موضوع جبران خساره مجنی علیه قتل، توسط جانی بادر نظر داشت شرایط و موانع فراوانی که در نظام عدالت جزائی کشور ( افغانستان ) وجود دارد، دچار مشکلات ملموس و فراوانی بوده و می باشد و دشوار است تا بر ذمت داشتن جانی، خساره ناشی از جرمش را در بحث حمایت از متضررین کفایت کند.

چون در بسا موارد حصول و دریافت جبران خساره ممکن نیست چنانچه بیشتر محکومان به جبران خساره، توان مالی برای اجراء و پرداخت محکوم به را ندارند، یا ضعف هائی که در ارگانهائی کشفی وجود دارد اکثراً جانیان در اختفاء باقیمانده و تحت تعقیب قرار نمی گیرند، متضررین بیشتر قادر بطرح دعوی علیه جانی نیستند و یا بنا بر عواملی نمی خواهند طرح دعوا نمایند که چنین موانع، لازم میدارند تا بحث پرداخت خساره متضررین توسط دولت ، بعنوان یکی از مهمات و اساسی ترین موضوع در نظام حقوقی افغانستان مطرح باشد .

**چگونگی جبران خساره متضررین جرایم قتل غیر عمدی در قوانین افغانستان:**

همان گونه که در بحث حمایت و جبران خساره از متضررین در نظام حقوقی افغانستان یاد آوری گردید، سیستم حقوقی افغانستان چون سایر نظام های حقوقی جهان بر مسائل



متضررین کمتر نگاهی داشته اند و بیشترین موضوعات مطروحه درقوانین جزایی را مباحث جرم و مجرم تشکیل می دهد.

چنانکه ماده دوم کودجزا دیت راکه موجه قتل خطا می باشد، به فقه حنفی واگذارنموده و بیان داشته که «این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می نماید مرتکب جرایم حدود، قصاص و دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می گردد» قانون گذار درین ماده توصیف جرمی و اجرای مجازات حدود، قصاص و دیت را بر فقه حنفی موکول نموده که در ساحت تطبیقی و عملی نهادهای عدلی و قضایی بنا بر مدون نبودن احکام فقهی در خصوص موضوع، نداشتن تخصص کافی در قوی بشری نهادها موجودیت دیدگاههای نوعا مختلف علمای فقه که پیرامون دیت ارایه گردیده است، غالباً قادر بر اجرا و تنظیم مجازات دیت علیه مرتکبین قتل خطا نخواهند گردید.

از سوی دیگر فقره «۱۰» ماده «۲» کود جزا بیان می نماید که «جبران خسارت ناشی از ارتکاب جرم» یکی از اهداف این قانون می باشد طوریکه در این فقره ملاحظه می گردد، هرگاه دیت بعنوان جبره جرمی از طرف وابستگان مقتول نزد نهادهای عدلی و قضای مطرح گردد، لزوماً این نهادها باید در کنار اینکه متهم را به مجازات تعزیری محکوم می نمایند، بر تسلیمی دیت و خون بهای مقتول حکم صادر نمایند - چیزیکه بانص ماده دوم این قانون سازگاری ندارد.

در کودجزا هیچ گونه بحثی در خصوص جبران خسارات برای مجنی علیه در نظر گرفته نشده بخصوص در مواردی که مجنی علیه فراری و یافقیار است که توان پرداخت خسارات وارده را ندارد. هیچگونه تدابیری برای حل این مساله در نظر گرفته نشده که پاسخگوی نیازهای امروزی باشد. و راجع نمودن آن به منابع فقهی خود از لحاظ عملی مشکل به نظرمی رسد. چون ربط دادن احکام دیت در جرایم قتل به کود جزا و چگونگی طرح دعوی و تاثیرات انصراف از دعوی و پیشبینی این موضوعات در قانون متنی در مغایرت باماده دوم این قانون می باشد زیرا قانون گذار در همان گام نخست تضمین نموده است که بر توصیف جرایم دیات و مجازات های آن نه دست می زند، نه جرم انگاری می نماید و نه هم مجازات تعیین می کند - در حالیکه این تعهد مبنی بر عدم دخالت در موضوعات قصاص و دیات راماده فوق نقض نموده و بر چگونگی توصیف جرم و طریقه تجویز و اجرای مجازات در جرم قتل پرداخته است طوریکه تحریک دعوی جزای رامنوط برداد خواهی مجنی علیه نموده،

سیردعوی جزایی را در صورت گذشت مجنی علیه قابل توقف دانسته است و تطبیق حکم قطعی محکمه را بعد از عملیه ابروانصراف مجنی علیه واجب الانقطاع میداند.

- حکم ماده فوق که جرم قتل غیر عمدی نیز مشمول آن می باشد، متضررین آن را که از نوع زوج، اصول ویافروع باشند، بگونه مطلق قابل مجازات ندانسته بلکه تعقیب و مجازات هارا مقید نموده است در حالیکه در فقه حنفی موضوع پرداخت دیت و مجازات جرم قتل خطا آنگونه که قانون جزا حکم می نماید، عمومیت نداشته و ندارد چنانچه اگر زوجه بوسیله زوج بگونه خطا به قتل برسد، اولیای خانم گرچه اولاد هایش علیه پدر خویش تحریک دعوی نمایند، می توانند دیت خانم را از شوهرش مطالبه نمایند.

بادر نظر داشت آنچه در بالا یاد آوری گردید، بنظر می رسد که موقف کود جزای افغانستان در زمینه چگونگی رسیدگی بدعوی دیات و خون بهای جرایم قتل های غیر عمدی و همچنان جرم انگاری قتل خطا که موجب آن دیت باشد، روشن نبوده و بنحوی از انحا در زمینه بیان جبران خسارات مجنی علیهم جرایم قتل غیر عمدی دچار ارایه احکام متضاد می باشد چون مفاد ماده ۲ میسرساند که اساسا این قانون بر موضوعات قصاص، حدود و دیات نمی پردازد و همه مسائل مرتبط بر این نوع جرایم و مجازات ها را محول فقه نموده است.

لازم است در این جا به چند مورد از احکام صادره توسط محاکم در خصوص این موضوع اشاره نمایم.

شماره	دعوی جبران خسارات توسط مجنی علیهم	قتل غیر عمدی	محکمه جزایی	تاریخ	تصمیم قضایی
1	مطالبه دیت از محکمه	قتل غیر عمدی	محکمه جزایی کابل	1394/6/8	عدم سمع دعوی
2	دعوی جبران خساره	قتل غیر عمدی	محکمه جزایی کابل	1394/6/15	حکم به پرداخت دیت
3	مطالبه دیت و خون بها	قتل غیر عمدی	محکمه جزایی پروان	1394/6/25	موکول کردن دعوی به محکمه مدنی
4	مطالبه دیت	قتل غیر عمدی	محکمه ترافیک کابل	1394/7/2	سقوط دعوی حق العبدی

مطالعات و بررسی های انجام شده از اجرات محاکم در افغانستان بیانگر تفاوت های واضح و گسترده می باشد زیرا در قضایای همگون که موضوع جرمی، مرتکب جرم و سایر احوال مرتبط بجرم یکسان بوده تصامیم قضایی و اجرات محاکم همخوانی لازم را باهم نداشته اند و معکوسا جرایم قتل های غیر عمدی که تحت محاکمه قرار داده شدند، بارویکردهای متفاوت قضایی مواجه شدند.

آنگونه که جدول داده شده نشان می دهد ، بررسی قضایای جرایم قتل غیر عمدی در محاکم دوولایت که باهم مشترکات فرهنگی ، کلتوری و عنعوی دارند ، نیز متفاوت بوده است - جالب تر اینکه اجرات یک محکمه در قضایای باهم مشابه که کدام وجه تفکیکی از حیث موضوع ، مرتکب جرم و متضرر ندارند ، باتصامیم قضایی توأم متفاوت روبرو گردیده اند به نحویکه تصمیم جدول شماره یکم بیانگر این است که محکمه ذیصلاح برسیدگی جرایم قتل غیر عمدی موضوع دیت و حق العبدی وابستگان مقتول را در ضمن جزای تعزیری تحت بررسی قرار داده و حکم قضایی صادر نموده اند- ولی در فقره های دیگر جدول متذکره دیده شده که مطالبه حق العبدی ودیت مقتول را محکمه حاکمه بفراموشی سپاریده و بآنکه موضوع و درخواست کتبی وابستگان مقتول و مجنی علیه از همان وهله کشف و تحقیق داخل دوسیه موجود بوده است ، نهادهای مربوط بدان توجهی نکرده و در نتیجه مجنی علیهم این جرم «قتل غیر عمدی» نه تنها که به نیازهای مشروع شان پاسخ داده نشده که عملا با وجود رفت و برگشت های متوالی ، انتظار کشیدن بدروازه های نهادهای عدلی و قضای قادر بدریافت تصمیم قضایی نگردیده اند و معکوسا یک دادگاه موضوع را بدون رسیدگی به محکمه مدنی ارجاع نموده است و محکمه حاکمه دیگر موضوع حق العبدی را با تفاهم غیر رسمی طرفین ترتیب اثر داده و به سقوط دعوی حق العبدی تصمیم اتخاذ کرده است .

برای اینکه این نوع نگرشهای ظاهرا متضاد پایان یافته باشد و اجرات محاکم صورت یکسان را بخود بگیرد ، مناسب بنظر می رسد تا احکام ماهوی و شکلی در خصوص جرایم حدود ، قصاص و دیات که در فقه حنفی بحیث آرای معتمد علیه و مفتی بها باشند و در تامين عدالت از مؤثریت بیشتری برخوردار باشند ، زیر عنوان مستقل و جداگانه در قانون جزاء در نظر گرفته شود تا از یکطرف تعارض و تضاد ظاهری بین احکام قانون مرفوع گردد و از سوی دیگر احکام شرعی مندرج در فصل و باب دیات ، حدود و قصاص بگونه مرتب و واضح آن تنظیم شود و بدین ترتیب زمینه بهتری برای اجراء و تطبیق مناسب مجازات جرایم فوق میسر گردد که این موضوع در بازگشت عملی اجراء احکام « حدود ، قصاص و دیات » در سیاست تقنینی و قضایی کشور نیز اهمیت بسزایی خواهد داشت — نیازیکه جامعه افغانی ما بر آن شدیدا ضرورت دارد .

و چنانچه که احکام جرایم «حدود، قصاص و دیات» در یک مجموعه مستقلی داخل قانون جزا گردد، نهادهای قضایی و عدلی را فرصت مساعدی گردد تا عقوبات اسلامی را که در تامين امنیت، رفاه اجتماع، وفاق ملی و کاهش خشونت های گوناگون نقش بسزایی را دارایی باشند، تطبیق و اجرا نمایند و همچنان احکام متفاوت و غیر مرتب که در فقه اسلامی وجود دارد، به صورت یکسان در تمامی نهادهای عدلی و قضایی به اجرا گذاشته شود تا از یکطرف سیستم تقنینی با حقوق جزای اسلامی در ساحه عمل همگام گردد و از سوی دیگر اطمینان جامعه افغانی که کاملاً یک جامعه اسلامی و رعیت آن در بیشتر از نودون فیصد مسلمان می باشد، نسبت به نظام تقنینی و قضایی کشور شان بیشتر شود و مزید بر همه نهادهای عدالت جزایی قادر بر ایجاد رویه واحد اجرایی در خصوص قضایی چون حدود، قصاص و دیات گردند - و در فرجام، نظام عدالت جزای کشور به مثابه یگانه مرجع امید در جامعه قادر به ایجاد رویه واحد علمی که تضمین کننده نیازهای مجنی علیهم و بویژه متضررین جرایم قتل غیر عمدی باشد، گردند.

**چگونگی جبران خسارات متضررین جرایم قتل غیر عمدی در قوانین شکلی افغانستان:**

نظام و قانون اجراءات جزایی افغانستان از قدیم الایام در خصوص چگونگی رسیدگی موضوعات چون دیات، قصاص و حدود موقف سکوتی داشتند و چنانچه قانون ماهوی «قانون جزاء» این موضوعات عقوبات اسلامی را به فقه حنفی واگذار نموده است، قانون اجراءات جزایی هم چگونگی اثبات، رسیدگی و تطبیق مجازات دیات را با سایر عقوبات اسلامی محول فقه نموده بود طوریکه قانون اجراءات جزای سال 1336 قانون اجراءات جزای سال 1344 و همچنان قانون اجراءات جزایی مؤقت سال 1382 که قوانین شکلی و تنظیم کننده امورات تشریفاتی موضوعات جزای بودند، بر مسائل چون تقدیم شکایت، مطالبه دیت، و توجه به نیازهای متضررین جرم قتل مخصوصاً قتل خطا، احکامی نداشتند و قضات در محاکم، شکلیات در رسیدگی جرایم عقوباتی را وفق احکام فقهی انجام میدادند که این موضوع به نوبه خود در نادیده گرفتن حقوق متضررین جرایم قتل علت و باعث بزرگی محسوب میگردد - تا اینکه قانون اجراءات جزایی مصوب سال 1393 دروازه را بروی متضررینیکه از انواع جرایم علیه نفس، مال، ناموس و عزت خود رنج میبرند، باز نموده و بر بخش از حقوق آنها در خلال رسیدگی و فرایند تعقیب عدلی تاکید نموده است و نهادهای عدالت جزای را تکلیف داده است تا در راستای صیانت، رعایت و تطبیق

این حقوق تلاش بیشتری داشته باشد — بمنظور اینکه موارد حمایتی از متضررین مخصوصا قربانیان جرایم قتل و بویژه قتل های غیر عمدی در قانون مذکور رادر مراحل مختلف «کشف، تحقیق و محاکمه» ارزیابی و تحلیل بیشتر نموده باشیم ، دردوگفتار جداگانه «کشف و تحقیق» به بررسی میگیریم.

**بررسی جبران خسارات متضررین جرایم قتل غیر عمدی در فرایند کشف :**

قانون اجراءات جزایی افغانستان حضور مجنی علیه در فرایند تعقیب عدلی را برسمیت شناخته و موجودیت متضررین درین پروسه رابحث یکی از ارکان محاکمه عادلانه در فقرهای جنایی قرار داده است و حقوق اساسی شاکی و قربانیان جرایم رابگونه روشن بازگویی نموده و حمایت از حقوق مجنی علیه را یکی از اهداف وضع قانون دانسته است چنانچه بند پنجم ماده دوم قانون اجراءات جزایی در تبیین اهداف این قانون میگوید:

رعایت حقوق فردی مظنون ، متهم ، محکوم علیه و مجنی علیه و حمایه حقوق جامعه در اجرای تحقیق و تعقیب عدلی.

در بند فوق ملاحظه می گردد که قانون گذار ، در پهلوی حمایت از مظنون ، متهم و جامعه ، به رعایت حقوق مجنی علیه نیز تاکید نموده است و نهادها ی کشفی «پولیس و مامور ضبط قضایی» را وظیفه داده تادر رعایت و تامین حقوق مندرج این قانون تلاش بخرچ داده و کوشا باشند، چنانچه ماده ششم قانون مذکور اساسی ترین حقوق مجنی علیه رابیان نموده که حاوی موارد ذیل می باشد:

- پولیس و مامور ضبط قضایی زمانیکه میخواهند بحکم وظیفه شکایت قربانی جرم را استماع نمایند ، لازما درگام نخست و آغازین کنش و عمل کرد مساوی و برابر داشته باشند جانی و مجنی علیه را در مستوی واحد قرار داده و خواست ها و نیازها ی مشروع هر دو طرف را به نوعیکه رعایت حقوق یکطرف را که باعث آسیب رسانی بحقوق دیگر نگردد، در نظر داشته باشند که این موضوع به نوبه خود در خور اهمیت فراوانی بوده و نیازمند توجه بیشتر نهاد پولیس در زمینه می باشد زیرا بسا اوقات عنایت توجه و گوش دادن به نیازها ی یکطرف باعث ضیاع حقوق جانب دیگر می شود وهمچنان رعایت حرمت شخصی مجنی علیه در مرحله کشف از مهمترین موضوعی است که پولیس بصیانت و نگهداشت آن ملزم گردیده است و هیچ گاهی نهاد پولیس نمی تواند زیر نام و عنوان اخذ اظهارات ، ثبت گفتار و جمع آوری شواهد جرمی از مجنی علیه ، پایا از صلاحیت خویش فرانهاده و بحریم شخصی

مجنی علیه جرم قتل خطا یا سایر جرایم تعدی نموده و در جستجوی اسرار زندگی و ابستگان مجنی علیه قتل افتیده و بدین بهانه بروح و روان ایشان آسیب برساند.

- مصونیت جسمانی، روحی، روانی و خانوادگی مجنی علیه که قربانی جرم قتل دران نیز شامل می باشد، از حق دیگری می باشد که باید پولیس حین کشف جرم، استنطاق از شاکی و احضار قربانی جرم بدستگاه پولیس، بر حفاظت جان، ناموس، مال و آبروی مجنی علیه جرم قتل توجه ویژه نمایند زیرا تا زمانیکه و ابستگان مقتول در جرم قتل غیر عمدی اطمینان حاصل نمایند که حیات و زندگی خود و خانواده شان صیانت خواهد شد، هرگز آماده نخواهند بود که نزد پولیس طرح شکایت نمایند و حتی به پرسشهای نهاد پولیس پاسخی نخواهند داد و با در نظر داشت این ضرورت بوده که دادن اطمینان از مصونیت همه جانبه شاکی و مجنی علیه برای پولیس امر حتمی می باشد.

- مجنی علیه در جرم قتل و جرح حق دارد تا از مظنون و متهم در مجلس نهاد پولیس زمانیکه از جانی عملیه استنطاق جریان دارد، سؤال ها، پرسشها و مطالباتی را که در نظر دارد، بخواهد و بر چراهای مجنی علیه که می خواهد علت یابی جرم نماید، جانی باید پاسخ دهد که البته حمایت ازین حق در نهاد پولیس، زمینه را برای انکشاف موضوع و دریافت جزئیات قضیه میسر و آسان میسازد - علاوه تا دادن چنین فرصت برای مجنی علیه در جرم قتل، در معنی و نفس الامر، درمانی می باشد برای دغدغهای و ابستگان مجنی علیه جرم قتل که با طرح سؤالات خود از جانی، از یک سو خود را در مستوی بهتر حمایتی دولتی حس می نماید و از جانب دیگر این پرسشها در صورتیکه جانی پاسخ های انعطافی رانست به جرم ارتكابی خود اظهار نماید، زمینه برای تفاهم و سازش بین طرفین دست یاب می گردد.

- دریافت جبران خساره و مطالبه آن؛ و ابستگان مجنی علیه قتل غیر عمدی نخستین حمایت را که باید دریافت نمایند جبران خساره وارده ازین جرم می باشد که در مصطلح شرعی دیت نامیده می شود که قانون گذار افغانستان این حق را در بند چهارم ماده ششم بیان نموده و قرار میدارد که مطالبه و دریافت اصل مال یا قیمت آن و جبران خساره مطابق احکام قانون از حقوق متضررین می باشد بلی طوریکه قانون گذار قید «مطابق احکام قانون» را در خصوص دریافت دیت در نظر گرفته است، میرساند که چگونگی دریافت دیت در جرایم قتل های غیر عمدی تابع مقررات ویژه محاکماتی می باشد.

- وهمچنان مجنی علیه در جرم قتل یا وابستگی آن لزوما باید از اجرات پولیس و کارکرد آنها بگونه پیاپی در جریان کشف، مطلع بوده باشند و هر گاه بیکه بر تخطی ها و اجرات مغایر قانون دستگاه پولیس مطلع میگرددند و آگاه میشوند، می توانند اعتراض نمایند و بر اجرات و عملکردهای نهاد پولیس که در مغایرت بارهنمود های قانون و برخلاف و ضرر مجنی علیه صورت می گیرد، دیدگاه انتقادی خود را مطرح نماید و در صورتیکه پولیس بر اعتراضات مطروحه توجه ننماید، شاکی می تواند از مقامات بالایی چون خرنوال و محکمه تقاضای رسیدگی نماید.

بر اساس هدایت فقره دوم ماده ششم قانون اجرات جزایی، پولیس مکلف است تا در خصوص تامین و رعایت حقوق مندرج ماده ششم که برای مجنی علیه پیشبینی گردیده است، کوشا باشد و هر گاه ثابت گردد که نهاد پولیس در اجرات و انجام عملیات کشفی خویش، رهنمود قانونی در خصوص حقوق مجنی علیه را در نظر نگرفته است، مرجع بالایی «خرنوال» می تواند با در نظر داشت دریافت علت و سبب چنین اجرات ناقص، با دونوع و بادوشیوه کاری برخورد نماید:

- در صورتیکه نهاد تحقیق «خرنوالی» دریابد که اجرات دستگاه پولیس دارای نواقصات می باشد که نیاز مند اصلاح باشد و در خلال اجرات کشفی بدان توجه نشده و البته کدام باعث غیر قانونی در عدم رعایت قوانین مطرح نباشد، خرنوالی مربوط اوراق را به منظور اصلاحات و اکمال تحقیق، به اداره پولیس ارسال میدارد تا پرونده را اصلاح نماید - ماده «89» قانون اجرات جزایی بیان میدارد:

هر گاه خرنوال بعد از تسلیمی اوراق قضیه تشخیص نماید که در ترتیب محاضر، اجرات کشف و جمع آوری دلایل اثبات، احکام قانون رعایت نگردیده یا دلایل کافی برای اجرات بعدی جمع آوری نه شده است، موضوع را جهت اجرات سالم به مراجع کشفی مربوط محول می نماید.

- هر گاه اداره تحقیق دریابد که نهاد پولیس یا موظف امنیت ملی که وظیفه کشف را دارند، در اجرات خود مرتکب تخطی های قانونی گردیده اند، بر علاوه ارسال دوسیه جهت اکمال دوسیه به اداره کشفی، عاملان تخطی را جهت تحقیق و بازجویی به اداره ذیصلاح آن ارسال می نماید - ماده نودویکم تصریح می نماید:

هرگاه خرنوال در جریان تحقیق تشخیص نماید که پولیس و مؤظف امنیت ملی در اجراءات مربوط به قضیه مرتکب تخلفات قانونی گردیده است ، موضوع را حسب احوال غرض اتخاذ تصمیم قانونی به مقام ذیصلاح اداره مربوط محول نماید.

چنانچه هر دو ماده فوق ناظر بر اجراءات دستگاه پولیس بوده و قانون گذار بخاطر اینکه از برخورد و اجراءات مغایر قانون و نادیده گرفتن حقوق مجنی علیه جلوگیری نموده باشد، از یکطرف اعمال و تنظیمات مقدماتی کشفی پولیس را زیر بررسی و دقت اداره تحقیق قرار داده و از سوی دیگر مؤیدات جزای و بازپرسی از پولیس و ماموران کشفی امنیت ملی را در صورت موجودیت موارد تخلفی پیشینی کرده است.

نکته دیگری که اینجا قابل یادآوری می باشد، این است که هرگاه دستگاه تحقیق و اداره خرنوالی بر اجراءات نهادهای کشفی نظارت لازم را انجام ندهند یا بر تخطی های آنها متوجه نشوند در حالیکه نقاط مهم و اساسی قابل رعایت در خلال کشف در نظر گرفته نشده باشند ، نهاد بالایی دیگر چون محکمه باید چنین نواقصات را استدراک نماید و اگر چنان نقیصه های در ترتیب اوراق مشاهده گردد که در ماهیت موضوع تاثیر گذار باشد ، محکمه می تواند به ابطال اوراق تصمیم اتخاذ نموده و بر نهادهای کشفی و تحقیقی هدایت دهد تا مجددا در ترتیب اوراق کشفی تحقیقی اقدام نمایند.

بند دوم فقره اول ماده «289» قانون اجراءات جزایی بیان میدارد :

اجراءات اساسی شامل رعایت احکام قانون در مورد تشکیل محکمه ، صلاحیت موضوعی یا حوزوی آن ، گرفتاری ، تلاشی ، تحقیق معاینات توسط اهل خبره و حق تعیین وکیل مدافع می باشد.

چنانچه در ماده فوق ، موضوع گرفتاری و تلاشی که از صلاحیت های انحصاری دستگاه پولیس می باشد ، یادآوری گردیده است و حکم شده که هرگاه در خصوص این دو موضوع احکام قانون رعایت نگردیده باشد، اجراءات مواجهه به بطلان بوده و بر اساس بند سوم ماده مذکور ، محکمه به بطلان اجراءات حکم صادر می نماید و هدایت می دهد تا از سرنو اوراق ترتیب گردد.

علاوه بر آنچه در فوق بحیث موارد حمایتی از مجنی علیه جرم قتل در مرحله کشف یادآوری گردید، حمایت های قانونی دیگری نیز وجود دارد که در مراحل استنطاق پولیس مکلف بر رعایت آن می باشد به نحویکه قانون اجراءات جزایی هدایت می دهد که :



1- برای طرح شکایت به دستگاه پولیس، نیاز نیست تا همه متضررینیکه از یک جرم متاثر گردیده اند، جمعا طرح شکایت نمایند اینکه یکی از آنها شکایت راطرح نماید، بسنده می باشد وچنان فرض می شودکه همه متضررین طرح شکایت نمودند که این ویژگی درقانون بحیث استثنایی ازاصل پذیرفته شده وهدفش حمایت ازمجنی علیه می باشد - فقره دوم ماده «64» این قانون تصریح می نماید:

هرگاه مجنی علیه بیش ازیک نفر باشد تحریک دعوی به اثر شکایت یکی از آنها، تحریک ازطرف همه آنها می باشد.

این فرض وحکم ویژه به منظور فراهم سازی وایجادسهولت ها درروند تعقیب عدلی برای متضررین می باشد - این درحالیست که انصراف یکی ازمجنی علیه درجرم مشترک را بردیگران قابل تعدی ندانسته وحکم می نماید که هریک از مجنی علیه به نوبه خود باید درفرایند انصراف حضور داشته باشند که ایجادچنین فرصت، نیز بههدف حمایت ازین طبقه می باشد که درفقره دوم ماده «68» قانون اجراءت جزای درنظرگرفته شده است.

2- نیاز است تا برای متضررین که قربانیان جرم قتل غیرعمدی دران نیز شامل می باشند، نهادهای عدلی وقضایی نماینده قانونی رادرنظرگیرند ونهادپولیس منحصیث اولین نهادی که بامجنی علیه مقابل گردیده ورویاری می گردد، مکلف است تا برای متضررین جرم قتل غیرعمدی نماینده «وکیل» تعیین نماید - وهرگاهیکه متضررین جرم قتل غیرعمدی، به عوامل چون نقصان یافقدان درک ورشد مواجه باشند، نهاد پولیس رالازم است تا برای حمایت ازحقوق آنها مساعد حقوقی تعیین نماید - آنگونه که مواد «65و66» قانون اجراءت جزای درخصوص موضوع صراحت دارند.

3. وچنانچه که نهادپولیس شکایت مجنی علیه درجرم قتل غیرعمدی را دریافت نماید، مجازنیست تا موضوع وشکایت مطروحه را متوقف سازد هرچندکه شاکی یا مجنی علیه جرم قتل وفات گردد، وارثان مجنی علیه حق ادامه دعوی مطالبه خساره راکماکان دارابوده وبرپولیس کشفی لازم است تا برای حصول اطمینان مربوطین مقتول وقربانی جرم، ازجانی عملیه استنطاق را انجام داده وبرمطلوبهای مشروع آنها توجه خاص نماید - قانون اجراءت جزای بیان میدارد:

هرگاه تحریک دعوی جزایی موقوف به شکایت مجنی علیه باشد ومجنی علیه بعد ازارایه شکایت فوت نماید، وفات وی مانع تحریک دعوی جزای نمی گردد .

موارد یاد شده بالا از مهمترین شاخص هایی می باشند که در قانون اجراءات جزایی افغانستان ، بحیث نمای حمایتی از مجنی علیه جرم قتل غیر عمدی در مرحله پولیس و کشف پیشبینی گردیده اند.

البته برای تطبیق مؤثر این موارد حمایتی از متضررین جرایم قتل غیر عمدی وزمینہ سازی بهتر برای جبران خسارات آنها نیاز است تاراهکارهای علمی ومیکانیزم های مشخصی مطرح و در نظر گرفته شود که این طرح ها رامی توان وارد تعدیلات قانون اجراءات جزایی ویاهم در مقررہ جداگانه تنظیم کرد، تا زمینہ تطبیق مؤثر راهکارهای پیشبینی شده در قانون شکلی ومحاکماتی افغانستان که در خصوص جبران خسارات متضررین جرایم قتل غیر عمدی در نظر گرفته شده است ، میسر گردد...

نتیجہ گیری

مجنی علیه به عنوان یکی از ارکان اصلی در جریان رسیدگی جزایی به حساب می آید که حمایت از آن ضروری واجتناب ناپذیر تلقی می گردد، واختصاص دادن مواد مشخص قانونی برای حمایت از مجنی علیه نشان دهنده یک سیاست جنایی تقنینی الگو می باشد. که در سیاست جنایی تقنینی افغانستان هنوز این حمایت ها نا پیدا است. در یک فرایند جزائی که متشکل از سه پدیده، جرم، مجرم و مجنی علیه می باشد به نظر می رسد که توجه بیشتر روی دو پدیده جرم ومجرم بوده ومجنی علیه به عنوان یک رکن اساسی هنوز جایگاه خود را در نظام جزائی پیدانکرده است. از جانی هم در قوانین برای حمایت از مجنی علیه بخصوص مجنی علیه قتل غیر عمدی حمایت های لازم در نظر گرفته نشده که راه گشا باشد. ونهاد هایی هم که برای جبران خسارت در نظر گرفته شده مانند عاقله و بیت المال با تغییر ساختار اجتماعی و حکومتی فعلا اجرایی نیست.

در نهایت پیشنهاد می گردد که برای یک سیاست جنایی مناسب در حمایت از مجنی علیه وجبران خسارت های وارده بروی لازم است که موارد ذیل ایجاد گردد تا سیاست جنایی را در این خصوص بهتر وکار آرا تر نماید.

قانون گذار راهکارها و ضمانت اجرای بهتری را در خصوص پرداخت جبران خسارت برای مجنی علیه قتل غیر عمدی در نظر بگیرد که از جمله به موارد ذیل می توان اشاره نمود.

ماده ۱۲ اعلامیه مجمع عمومی سازمان ملل در خصوصی عدالت برای متضررین ، دولت هارا مکلف نموده برای حمایت از متضررین بودجه را در نظر بگیرد باتوجه به این می توان

پیشنهاد نمود که دولت بودجه خاصی را در بودجه سالانه در نظر بگیرد تا در صورت بروز چنین موارد بتواند خسارات وارده بر شهروندان را پرداخت نماید. ایجاد صندوق های خیریه در راستای حمایت از متضررین که هرگاه جبران خسارت از طرف جانی و سایر منابع غیرممکن گردد. بامعرفی به این نهاد ها مجنی علیه را حمایت نماید تا از ضایع شدن حقوق آن ها جلوگیری شود.

باعملی نمودن و الزامی نمودن برنامه بیمه در تمام موارد وبخصوص در مواردی که خیلی مهم و ضروری بوده و جبران خسارت ناشی از آن برای افراد غیرممکن ویا مشکل است دولت با ایجاد و عملی نمودن چنین برنامه ها می تواند شهروندان خود را حمایت نماید.

منابع

الف: کتب فارسی

1. رایجیان اصلی، مهرداد، بزه دیده شناسی حمایتی، نشر داد گستر، ۱۳۸۴
2. پرادل، ژان، تاریخ اندیشه های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، 1370
3. جعفرزاده، فتاح، بزه دیده شناسی قتل عمد، انتشارات رازنهران، سال ۱۳۹۶

ب: کتب عربی

- 4- عبدالرزاق، مصنف عبدالرزاق ج 6 ص 234 چاپ بیروت
- 5- کاسانی، علاء الدین ابن بکر بن مسعود، بدائع الصنائع ج7، چاپ مکتب عربیه پاکستان 1388
- 6- ولی الله، الخطیب، مشکوٰۃ المصابیح ج (2) ص (461) چاپ رشیده پاکستان 1380 هـ.

ج: مقالات

7. توجهی، عبدالعلی، سیاست جنایی حمایت از بزه دیدگان، مجله مجتمعی آموزشی عالی قم، ۱۳۸۷
8. اسکندری، عبدالکریم، راه کارهای حمایت از بزه دیدگان درسیاست جنایی اسلام واسناد بین الملل. مجله معرفت، ۱۳۸۷
9. ظفری، محمدرضا، مبانی عدالت جزایی، مجله نقد نظر، سال دوم، شماره دوم.

نویسنده: قضاوتپال احمد فهیم «قوم»

**جایگاه قوه قضائیه در ساختار دولت**  
«با تأکید به نظریات دانشمندان حقوق وضعی  
و فلسفه، قوانین ملی و اسناد بین المللی»  
(۱)

فهرست:

مقدمه: ..... 53

فصل اول

- کلیات ..... 54
- مبحث اول- ماهیت حقوقی قوه قضائیه: ..... 55
- مبحث دوم - پیشینه تاریخی تفکیک قوا : ..... 57
- مبحث سوم - مباحث نظری پیرامون قوه قضائیه : ..... 61
- مبحث چهارم - جایگاه قوه قضائیه درارتباط به دو قوه دیگر: ..... 66
- جزء اول - رابطه قوه قضائیه با قوه اجرائیه: ..... 67
- جزء دوم- رابطه قوه قضائیه با قوه مقننه : ..... 68

مقدمه:

انسان به عنوان موجود اجتماعی به صورت جدا و منزوی از دیگران و یا به تعبیر دیگر جدا از اجتماع، قادر به ادامه حیات خود نمی باشد. همچنان انسان حوایج و نیاز مندی های خود را بدون زنده گی و مشارکت در اجتماع، تأمین کرده نمی تواند.

زنده گی اجتماعی بشر از بدو آغاز، بدون مبارزه و منازعه باطبیعت انکشاف کرده نمی توانست و از آن رهگذر، گه گاهی انسان با همنوعانش در منازعه قرار می گرفت، زیرا تعاملات روز مره و اجتماعی انسانها بعضاً به صورت طبیعی بروز منازعات را به دنبال دارد. از همین جهت است که قضاء به اشکال و شیوه های گوناگون آن در همه مراحل حیات بشر موجود بوده و از حیات طولانی برخوردار میباشد.

بعداز به وجود آمدن نظریه تفکیک قوا، قوه قضائیه یا ارگان قضاء، به عنوان یکی از قوه های حاکم در تشکیلات دولتی به رسمیت شناخته شده و بهترین روش برای حل منازعات میان افراد و اشخاص حقیقی و حکمی به شمار می آید.

همچنان شایسته ترین راه حل برای بدست آوردن حق، مراجعه به قضاء و به راه انداختن دعوی در محضر محاکم صالح و قانونی میباشد.

هنگامی که گفته میشود دولت وظیفه دفاع و حمایت از حقوق آزادی افراد را به عهده دارد، در حقیقت این دستگاه قضایی کشورها است که چنین مأمول را بر آورده می

سازد. بدین مفهوم که قوه قضائیه و یا قضاات مربوط به قوه قضائیه با صدور احکام قانونی خویش، حق مظلوم را از ظالم گرفته و به منازعات و دعاوی نقطه پایان می بخشد. با آنکه قوه قضائیه در کشور های پیروی دیموکراسی و خصوصاً کشور های که در نظام سیاسی خود مسئله تفکیک قواء را پذیرفته اند، یکی از ارکان مهم دولت به شمار می آید، اما علی الرغم آن، ایجاب می نماید تا نقش و جایگاه قوه قضائیه در چوکات دولت منحیث یک قوه تأثیر گذار از دید نظریه پردازان حقوق وضعی و قوانین کشور های مربوطه برجسته گردد.

گرچه بحث در خصوص موضوع تفکیک قواء و جایگاه قوه قضائیه در دولت ها مطلب تازه بی نیست، اما من کوشش نموده ام تا در این مقال، مباحث موجود در ساحة تفکیک قواء و همچنان نقش قوه قضائیه را در هیئت و چوکات دولت، به گونه تخصصی تر و منسجم تر بازتاب دهم.

مطالب این نوشته، در سه فصل تنظیم گردیده است در فصل نخست ضمن بیان کلیات و معلومات عمومی، ماهیت حقوقی قوه قضائیه، پیشینه تاریخی تفکیک قواء و نظریات دانشمندان حقوق وضعی و همچنان فلسفه در زمینه تفکیک قواء و جایگاه قوه قضائیه در دستگاه دولت و بلاخره مباحث نظری پیرامون قوه قضائیه، مورد بررسی و باز تاب قرار گرفته است.

فصل دوم به مسایلی مربوط به استقلال قوه قضائیه بادر نظر داشت نظریه تفکیک قواء، تخصیص یافته است.

فصل سوم به اساسی ترین مسایل و موضوعات مرتبط به قوه قضائیه، شغل قضاء و قاضی ارتباط می گیرد.

امید حق مطلب را ولو اندک اداء نموده باشم.

## فصل اول

### کلیات

تفکیک قواء از جمله اصول عمده در نظام های حقوقی و خصوصاً کشور های پیرو دیموکراسی به شمار می آید.

امروزه اکثر دول جهان از این اصل پیروی نموده و حاکمیت خود را بر مبنای تفکیک قواء که شامل قوه قضائیه، مقننه و اجرائیه میشود ایجاد کرده اند. هر کدام از این سه قوه، در

اعمال صلاحیت ها و اجراءات، مطابق به احکام قانون کشور های مربوط، مستقل بوده و اما با تشریک مساعی امور مربوط به دولت ها را به پیش میبرند. در کشور های که نظام کشوری آنها مبتنی به تفکیک قواء میباشد، قوه قضائیه در کنار دو قوه دیگر یکی از ارکان مهم دولت بوده که امر قضا و تأمین عدالت را به عهده دارد. در جوامع امروز درجه مدنیت و ترقی هر قوم و ملت را با معیار اجرای عدالت می سنجند. منظور از اجرای عدالت در بحث تفکیک قواء آنست که اختلافات میان افراد، همچنین منازعات افراد و دولت بر طبق قوانین از جانب قوه قضائیه، مورد رسیدگی و صدور حکم عادلانه قرار گیرد و مسئولیت مزبور به عهده قضاتی محول است که باید از استقلالیت و بیطرفی قضایی کامل برخوردار بوده و بدون کدام نگرانی و هراس، بتوانند وظیفه عظیم و خطیر خود را انجام دهند. روی این ملحوظ در طی فصول سه گانه آتی، به تبیین و توضیح مطالبی مهمی خواهیم پرداخت تا مشخص نماییم که قوه قضائیه در ساختار دولت ها با توجه به مسأله تفکیک قوا، از چی جایگاهی برخوردار است.

مبحث اول- ماهیت حقوقی قوه قضائیه:

قوه قضائیه از جمله ارکان سه گانه دولت، در کشور های پیرو تفکیک قوا به شمار می آید که به اساس قوانین، مقررات، رویه قضائی و عرف و عادات پذیرفته شده جامعه، به اختلافاتی که میان اشخاص و یا بین افراد و دولت و یا بین سازمانهای عمومی ایجاد میشود، رسیده گی میکند و با صدور احکام قانونی خود به دعاوی خاتمه میدهد. قوه قضائیه به معنی خاص کلمه، یک نهاد سیاسی شمرده نمیشود، زیرا نه مانند قوه مقننه واضح قانون است و نه مثل قوه مجریه هادی سیاست کلی و عمومی کشور میباشد. در برخی از کشورها، قوه قضائیه علاوه به وظیفه قضایی و وظایف سیاسی هم دارد، مثل دیوان عالی در ایالات متحده آمریکا که اختلاف بین قانون اساسی و قوانین عادی را رسیده گی میکند.<sup>1</sup>

قانون اساسی کشور ما افغانستان در ماده (116) خود، قوه قضائیه را چنین تعریف نموده است:

(( قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان میباشد .

<sup>1</sup> - علی، آقابخشی و مینو افشاری راد. فرهنگ علوم سیاسی، تهران: انتشارات چاپار، سال

قوه قضائیه مرکب است از یک ستره محکمه، محاکم استیناف و محاکم ابتدائیه که تشکیلات و صلاحیت های آنها توسط قانون تنظیم میگردد .  
ستره محکمه به حیث عالیترین ارگان قضایی در رأس قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان قرار دارد.)

پراکتیک یا عملکرد دنیای سیاست به خوبی نشان داده است که برای اداره یک جامعه یا کشور، اگر اعمال قدرت سیاسی و اجتماعی، از سه مجرا، یعنی: قوه قانون گذاری، قضایی و اجرایی انجام پذیرد، عدالت بهتر اجتماعی به صورت نسبی برای اداره آن جامعه، به وجود می آید .

مبنتی به مفاهیم فوق و براساس قوانین اساسی کشور های پیش رفته و یا کشور های پیرو دموکراسی، قوه قضائیه، از جمله ارکان اداری دولت محسوب میشود که پس از تقسیم ارکان دولت به قوه مقننه، قضائیه و اجرائیه، قوه قضائیه، آن بخشی است که ناظر بر روابط سالم انسانی و عدالت آمیز مردم جامعه بوده و به همین لحاظ آمر است.<sup>1</sup>

قوه قضائیه با استقلال از حکومت و قدرت، مفهوم و معنی پیدا میکند زیرا بعضی از مفاهیم مانند احیای حقوق افراد، حقوق اجتماعی، حقوق عامه، تحقق عدالت، گسترش عدل، آزادی های مشروع ملت، معمولاً از طرف حکومت ها و قدرت ها مورد تعدی قرار میگیرند. بناء عامل و ضامن و تأمین کننده مفاهیم فوق یعنی قوه قضائیه، باید مستقل از حکومت باشد تا بتواند از این مفاهیم عالییه دفاع و حمایت کند و آنها را در جامعه احیای و اجرا نماید و همچنان قوه قضائیه باید از تأمین آنها و در جهت تحقق بخشیدن آن امور در جامعه، حامی ملت در برابر حکومت و قدرت باشد نه حامی و طرفدار حکومت و ابزار دست حاکمیت در برابر مردم .

یعنی قوه قضائیه باید مردم گرا باشد نه حکومت گرا، حامی مردم ضعیف باشد نه حکومت و قدرت.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - شمس الدین، فرهیخته . فرهنگ فرهیخته، تهران: انتشارات زرین، سال 1377، ص 590.

<sup>2</sup> - هاشم زاده، هریسی . گفتار های در حقوق اساسی کاربردی، تهران: نشر میزان، سال 1384، ص 64



مبحث دوم - پیشینه تاریخی تفکیک قوا :

از همان ادوار باستان، ذهن بشر معطوف به اندیشیدن در باب حکومت و یافتن بهترین انواع آن در جهت سعادت جمعی و فردی بوده است.

در این میان، حکمای یونان، بویژه افلاطون و ارسطو، در طرح و تحلیل مسایل مربوط به حکومت ورزیدن، بیشتر از سایرین کوشیده اند و بدون شک میراث های گران بهایی را برای بشریت بجای گذارده اند. از اهم مسایلی که در این رهگذر برای وصول به مقصود به اذهان متبادر میشده است، شناخت و تمایز قوای موجود در جامعه، بیان خصایص و نقشه هر کدام، مشخص ساختن منا سب ترین افرادی که باید آنها را اعمال کنند و تعیین بهترین دستگاه ها و ارگان هایی که واجد کارگذاری و وظایف حکومتی باشند؛ بوده است<sup>1</sup>.

در این راستا یکی از نویسندگان بزرگ فرانسه، بنام منتسکیو در سال (1748) میلادی، کتاب روح القوانین را انتشار داد و تحت تأثیر وضع که در انگلیس وجود داشت و به نظراو بهترین وضع اداره کشور بود، نظریاتی در باب اعمال حاکمیت ابراز نمود که بنام نظریه تفکیک قوا معروف گردید. اما طوریکه در فوق ذکر شد، قبل از او هم فلاسفه، حکما و حقوق دانان شبیه نظریه او و یا در حدود مسایل مطروحه او، مباحثی دارند ولی هیچ کدام شهرت منتسکیو را در این باب پیدا نکرده اند.

تقریباً دو هزار سال قبل از منتسکیو، ارسطو کتاب سیاست را نوشت و در آنجا برای دولت سه رکن قایل گردید. یکی مجمع عمومی ملت که نسبت به امور مهم دولتی اتخاذ تصمیم نمایند، دیگری هیئت مستخدمین که تصمیمات رکن اول را مورد اجرا میگذارد و سومی دادگاه ها که اختلافات مردم را حل و فصل مینماید و افراد مجرم را مشخص و به مجازات میرساند.<sup>2</sup>

به نظر داکتر سید ابوالفضل قاضی یکی از دانشمندان حقوق کشور ایران، بحث در مورد تفکیک قوا، از لحاظ مطالعات حقوق اساسی و نهاد های سیاسی دارای اهمیت زیادی بوده، به ترتیب که اولاً مشروعیت این اصل، نزد قریب به اتفاق کشورها دست کم بطور

<sup>1</sup> - ابوالفضل قاضی، شریعت پناهی. حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، تهران: نشر میزان، سال 1383 ص 293

<sup>2</sup> - جلال الدین، مدنی. کلیات حقوق اساسی، تهران: انتشارات پایدار، سال 1382، ص 122

شکلی پذیرفته شده است، پیروان مکاتب فکری غرب و کشورهای جهان سوم، به غیر از دیکتاتوری های مارکسیستی یا فاشیستی، به نحوی از انحا آنها در قوانین اساسی خود منعکس کرده اند. ثانیاً از راه تأمل در اصل تفکیک قوا است که میتوان هر کدام از قوای موجود که مظهري از مظاهر حاکمیت بشمار میروند را ارزیابی کرد و در این روند، بافت علمی بیشتری رژیم های سیاسی را باز شناخت. ثالثاً ملاحظات نظریات گوناگون مربوط به تفکیک قواء، سیر تحول افکار و اندیشه ها را در تکامل جوامع بشری به خوبی مینمایاند. رابعاً پیوند این اصل با ماهیت رژیم ها، آنچه مستحکم شده است که صرف وابستگی یا عدم وابستگی به اصل تفکیک قواء، درجه حقوق فردی و اجتماعی را در جوامع نشان میدهد.

به هرتقدیر، حکمای ایام باستان و نویسنده گان و فلاسفه قرن هجدهم و همچنان حقوق دانان دیروز و امروز، باتکیه بر مسئله تفکیک قواء، در جهت رفع هراسی کوشیده اند که از تمرکز فساد انگیز و خود کامه زای قدرت که در یک شخص یا یک گروه عاید میشود جلوگیری نمایند، چرا که بر حسب طبیعت، اشیا و احوال و اقتضای مزاج مرکز گرایی، کسیکه قدرت بدست دارد پیوسته در وسوسه سوء استفاده از آن است.<sup>1</sup>

باید دانست که بحث تفکیک قواء، تنها مربوط به سیاست ارسطو و روح القوانین منتسکيو نیست، نویسنده گان و اندیشمندان زیادی پیرامون آن سخن گفته اند و یا نظریات ابراز شده را مورد تفسیر و نقد قرار داده اند. در حالیکه گروسوس، ولف و یوفندروف مثل ارسطو و منتسکيو سه قوه مقننه، مجریه و قضائیه را برای اعمال حاکمیت تشخیص داده اند، جان لاک انگلیسی معتقد است که سه قوه، عبارت اند از مقننه، مجریه و متحده.

لاک میگوید، قوه مقننه قانون وضع میکند و قوه متحده اعلام جنگ میکند، قرار داد صلح امضا مینماید، نماینده گان سیاسی به خارج اعزام و نماینده گان دول را میپذیرد. جان لاک قوه قضائیه را قوه مستقلی نمی شناخت و آنها بخشی از قوه اجرائیه میدانست. نظریه

<sup>1</sup> - ابوالفضل قاضی، شریعت پناهی. حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، تهران: نشر میزان،

تفکیک قواء در جامعه اروپا، ابتدا با مخالفت دو گروه از نظریه پردازان مواجه شد، یکی الهی یون و دیگری طرفداران حاکمیت ملی.<sup>1</sup>

نویسنده گانی مثل لواز، بوسونه و جان بودن که برای (قدرت - دولت) منشاء الهی قایل بودند، حاکمیت را کلاً متعلق به سلطان میدانستند که از جانب خداوند سلطنت میکند و بنابراین نظریه تفکیک قوا را مردود و غیرقابل طرح میشناختند. نویسنده گانی مثل جان لاک، روسو و پیروان او که قدرت دولت راناشی از ملت میدانستند نیز نمیتوانستند حاکمیت را تجزیه کنند و به آن سه قوه قایل شوند، میگفتند ملت حکمران است.<sup>2</sup>

نظریه تفکیک قواء مطابق مشاهدات منتسکیو، از تشکیلات سیاسی و حکومتی انگلیسی بود و این باور را پیدا کرده بود که آسایش و رفاه مردم انگلیس ناشی از تفکیک قوا است. دیگر کشورهای اروپا وضع کاملاً متفاوتی از انگلیس داشتند. کشورها غالباً در دست سلاطین نامحدود و مستبد بود و فقط در شهرهای آزاد آلمان مثل هامبورگ و جمهوری های ایتالیا مثل ژن، ونیز و فلورانس و کانتون های سویس، اداره امور به دست عامه مردم یا طبقه اشراف قرار داشت.

منتسکیو تفکیک قوا را ضامن آزادی میداند و معتقد است که آزادی زمانی تأمین میشود که وظایف قانون گذاری و قضاوت از یکدیگر مجزا، و هر کدام در اختیار از گانه های مختلف قرار گیرد. منتسکیو میگوید به تجربه ثابت شده است که وقتی یک فرد دارای قدرتی است، میل و گرایش طبیعی او به سوء استفاده از آن نیز موجود است و برای اینکه چنین وضعی پیش نیاید، باید قدرت را تقسیم کرد و هر بخشی از آنرا به ارگانی سپرد تا یک قدرت، قدرت دیگر را مهار کند، تا بدین ترتیب آزادی و حقوق افراد حفظ شود.

منتسکیو از بیان خود چنین نتیجه میگیرد که برای حفظ آزادی باید رابطه بین سه قوه حکومتی (مقننه، مجریه، قضائیه) به گونه ترتیب داده شود که یکدیگر را محدود و خنثی کنند.

او میگوید ممکن است کسانی تصور کنند که هدف از محدود کردن متقابل قواء، عدم دخالت هر قوه در وظایف و امور قوه دیگر است. لیکن تنها دخالت نکردن قوا در یکدیگر

<sup>1</sup> - جلال الدین، مدنی. کلیات حقوق اساسی، تهران: انتشارات پایدار، سال 1382، ص 123.

<sup>2</sup> همان اثر، ص ۱۲۴.

نظراً تأمین نمی‌کند، زیرا این امر ممکن است آنها را بسوی استبداد و خود کامه گی سوق دهد و آزادی به مخاطره بیفتد، لذا وی پیشنهاد میکند که سه قوه بایکدیگر تماس و ارتباط داشته باشند و یکدیگر را خنثی و محدود نمایند تا بر اثر برخورد متقابل آنها حکومتی متعادل بوجود آید.<sup>1</sup>

باید خاطر نشان ساخت که در نوشته های منتسکیو اصطلاح تفکیک قواء به صراحت نیامده، بلکه تکیه کلام او بیشتر بر توازن و تعادل قوا است. اصطلاح تفکیک قواء بعد ها توسط نویسندگان قانون اساسی در فرانسه و کشورها دیگر متداول گردید. بنا بر آنچه گفته شد نخستین نتیجه قبول تفکیک قوا، جدا کردن اختیارات قانونگذاری، اجرایی و قضایی از یکدیگر است. به عبارت دیگر ایجاد سه ارگان که هر کدام یکی از اختیارات را در دست بگیرد، بدون اینکه چگونگی روابط آنها با یکدیگر مطرح نظر باشد. وقتی سه قوه یا ارگان از یکدیگر مشخص و متمایز شدند، آنگاه مسأله روابط قواء بایکدیگر مطرح میشود و چون چگونگی این روابط تأثیر زیادی در عملکرد حکومت و تأمین آزادی دارد، از اینرو منتسکیو در این باره به دو اختیار قایل میشود، یکی اختیار تصمیم گیری و دیگر اختیار مانع شدن از اجرای آن.

منتسکیو معتقد است که باید هر قوه بتواند در قلمرو تخصصی خود تصمیم بگیرد ولی قوای دیگر نیز بتوانند به وسایلی از اجرای آن ممانعت بعمل آورند. مثلاً قوه مقننه قانون را تصویب میکند و این یک اختیار تصمیم گیری است، ولی قوه مجریه نیز میتواند در مواردی از توشیح و اجرای آن جلوگیری کند و این همان اختیار مانع شدن و متوقف ساختن است یا قوه مجریه میتواند وزراً را تعیین کند و یا در کارها تصمیم بگیرد ولی قوه مقننه نیز میتواند باندادن رأی اعتماد، آنها را از کار عزل و برکنار سازد و یا کارها و سیاست های آنها را تأیید نکند.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - منوچهر طباطبائی، مؤتمنی. حقوق اساسی. تهران: نشر میزان؛ سال 1382، ص 123.

<sup>2</sup> - همان اثر، ص 124

اما در جوامع آزاد امروز که اصل تفکیک قوا پذیرفته شده، بازهم تعیین مرز مشخص برای هر یک از قوه دسواراست، زیرا قوه مقننه به اموری میپردازد که درصلاحیت قوه مجریه است و همچنان عکس آن.<sup>1</sup>

مبحث سوم \_ مباحث نظری پیرامون قوه قضائیه :

سوال این است که آیا میتوان امرقضا رانیز همانند عمل قانون گذاری، بیانگر قدرت سیاسی جامعه پنداشت؟

پاسخ به این نوع پرسش، زمینه سازنقد و بررسی عملی قضاوت از نظر حقوق اساسی است. اما با وجود آنکه درمبحث مربوط به تفکیک قوا، کوشیدیم حتی الامکان دیدگاه های متفاوت و گوناگون را به معرض گفتگو بگذاریم، چرا این قضیه دوباره در این جا پیش کشیده میشود؟

به گمان استاد ابو الفضل قاضی، بررسی موضوع قضا وچند وچون آن از زاویه حقوق اساسی، آنقدر اهمیت دارد که نگاهی گذرا به آن درچهارچوب انفصال قواء بدون مکث بیشتری بر روی مضامین ویژه آن حق مطلب را اداء نخواهد کرد.

استاد ابو الفضل قاضی متذکر میگردد که ریشه سؤال بحث برانگیز فوق را باید درآثار متفکران او اخر قرون هفدهم وهجدهم جستجو کرد که دامنه آن بعد ها به نوشته های دانشمندان بزرگ حقوق و اظهار نظرهای قانون گذاران و حقوق دانان معاصر نیز کشانیده شده است.<sup>2</sup>

جان لاک دررساله (کوششی درباب حکومت مدنی)، هنگام طرح مسایل مربوط به تفکیک قواء، متعرض قوه قضائیه نشده بود. همان گونه که درمبحث پیش تذکر دادیم، لاک عمل قضایی راخارج از قلمرو عملکرد های حکومتی میداند ولذا آنرا از فهرست دستورکارهای دولت - کشور، حذف میکند. یعنی قوه قضائیه را وظیفه و عملی میداند که منبعث از سرچشمه حاکمیت سیاسی نیست و از آن جهت نمیتوان آنرا دررده اعمال تقنینی واجرائی مورد بررسی قرارداد.

<sup>1</sup> - جعفر، بوشهری. حقوق اساسی، اصول وقواعد، جلد اول، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، سال 1384 ص 98

<sup>2</sup> - ابوالفضل قاضی، شریعت پناهی. حقوق اساسی ونهاد های سیاسی، تهران: نشر میزان، سال 1383، ص 509

حتی منتسکیو نیز که به عنوان پدر و پیش گام سه گانگی قواء به معنی امروزی کلمه اشتهاار جهانی یافته است و کتاب روح القوانین او محل رجوع نخستین نویسندگان قوانین اساسی واقع شده است، درنقد و ارزشیابی قواء، برای تحقق حکومت مردم و تضمین آزادی های فردی تنها به دو قوه مقننه و مجریه تکیه کرده و دراین مورد تا آنجا پیش رفته که به قضائیه، صفت "هیچ" اعطا کرده است.

با این کیفیت، شبهه و ابهام موجود در آثار بزرگان کلاسیک خواه نا خواه به نخستین مجالس مؤسسان نیز راه یافت، بطوریکه کنوانسیون فیلا دلفیا به سال (1787 میلادی)، ضمن مذاکرات پیرامون تدوین قانون اساسی ایالات متحده امریکا، موضوع تعارض برانگیز سازماندهی قوه قضائیه نیز طرح گردید که موجب بروز عقاید موافق و مخالف شد و درباب اینکه آیا باید قوه قضائیه را نیز یکی از قوای سه گانه دولت شناخت یا نه، گفتگو های پدید آورد ولی در آخر کار، کنوانسیون مذکور نظریه سه قوه ای بودن و لزوم تفکیک آنها را از یکدیگر پذیرفت.<sup>1</sup>

به سال (1970 میلادی) در نخستین مجلس مؤسسان انقلابی فرانسه نیز که مجلس پایه گذار اولین قانون اساسی آن کشور بود، مبحث تفکیک قوا مورد توجه بیشتری قرار گرفت و دراین زمینه نظریات مختلف بیان گردید. گروهی به دنبال تفسیر خود از نظریات منتسکیو، عمل قضایی و سازمان عدالت را یکی از مظاهر برجسته ای حاکمیت ملی می شمردند و آنرا از دو قوه ای دیگر متمایز میدانستند و بر روی این واقعیت که قوه قضائیه نیز باید سومین مظهر قوای حاکم محسوب شود و یکی از اجزای قدرت سیاسی به شمار آید، پای می فشردند.

اما در برابر آنها گروه دیگر، نظر مذکور را مورد ایراد و انتقاد قرار داده، نتیجه می گرفتند که قوه قضائیه بخشی از قوه مجریه و یکی از شاخه های آن است. لذا به جای سه قوه، به موجودیت دو قوه قایل بودند، یکی قوه قانونگذاری و دیگری قوه مجریه.

البته در همین جا ذکر این نکته لازم به نظر میرسد که عنوان دوگانگی قواء، که قبل از انقلاب فرانسه توسط نظریه پردازانی مانند ژان ژاک روسو و مابلی عنوان گردید، مسبوق

<sup>1</sup> - ابوالفضل قاضی، شریعت پناهی. حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، تهران: نشر میزان، سال 1383، ص 510.

به سابقه بوده است و هواداران در مجلس مؤسسان انقلابی فرانسه نخستین مبتکرین آن نبوده اند.

شخصیت های برجسته دیگری که در فضای انقلاب فرانسه شهرت جهانی یافته، نظیر میرابو، مونیه، دوپور، موری و گارا، در زمینه دوگانگی قوای سیاسی داد سخن دادند و ابتدا گمان میرفت که بتوانند جو مجلس مؤسسان را تحت تاثیر قرار دهند ولی با این همه، گرایش کلی و اصولی این مجلس حول محور سه قوه و دست کم تمیز و انفصال وظیفه قضائیه دور میزد. به زبان دیگر حتی آنایکه قوه قضائیه را قوه جدا و منفک از مجریه نمی شمردند به این نکته توافق داشتند که باید به آن بصورت یک وظیفه خاص نگریست و تحقق آنرا به دستگاه مستقل و جداگانه سپرد.<sup>1</sup>

این جدال سپس به رسالات حقوق دانان بزرگ راه یافت و به عنوان یکی از موضوعات نظری مورد نقد و بررسی قرار گرفت. مثلا اسمن در کتاب عوامل حقوق اساسی با تحلیل نقادانه از عقاید موافق و مخالف، نتیجه گرفته است که سازمان قضایی بطور طبیعی و بر اساس محاکمات عقلانی، یکی از مظاهر متمایز حاکمیت و بیان کننده نیروی مشخص سیاسی است. زیرا از لحاظ عقلی درست نیست ادعا کنیم که در هر حکومت فقط دو نوع نظر وجود دارد: یکی صورت بندی قانون و دیگر اجرای آن و صحیح به نظر نمی رسد که مداخله قضات را در حل و فصل دعاوی، یکی از تبعات و پهلوی پدیده های اجرایی بدانیم. زیرا اولاً از لحاظ زمان شناسی تاریخ، مسئله عدالت و امر قضا، نخستین نیاز جوامع بشری و رافع اختلاف و مبارز با جرم و قانون شکنی بوده، همچنان مسأله قضاوت برای حل عادلانه و مرافعات و مجازات کردن مجرمان و ناسازگاران، برای کلیه جوامع بشری مانند قبیل، طایفه، عشیره، دولت، شهر و کشور و به گفته جامعه شناسان از جزء تا کل مطرح شده است.<sup>2</sup>

حتی در صورت وجود عرف یا قانون نیز در چگونگی اجرای قانون یا لزوم دخالت قدرت دولت، برای حل و فصل مرافعات و کشمکش ها، امر قضا لازم بوده است. یعنی نیاز های

<sup>1</sup>- ابو الفضل قاضی، شریعت پناهی. حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، تهران: نشر میزان سال 1383، ص 511.

<sup>2</sup>- همان اثر، ص 512.

جوامع، پیش از خلق قواعد قانونی یا شکل گیری عمل منظم اجرای آنها موجد نوعی عمل قضایی میگردیده است.<sup>1</sup>

برعلاوه باید گفت در حقوق عمومی جدید نیز حتی در مورد جرم مشهود یا اقرار متهم بازهم ادعا نمیشود که مجازات قانونی چیزی از پیش تعیین شده، ثابت و لایتغیر است. بلکه باید لزوماً در باب آن قضاوت شود و منجر به صدور رأی گردد. اگر غیر از این میبود باید قوه مجریه بدون دخالت قوه قضائیه جزا را از روی قانون معین میکرد و فوراً به مرحله اجرا میگذاشت. در حالیکه ماهیت عمل قضایی ایجاب میکند که در زمینه انطباق قواعد عام و مجرد قانون با مورد خاص دوسیه، قاضی با عنایت به قانون، رویه قضایی، آراء علمای حقوق و اصول حقوقی و تفسیری که خواه یا نا خواه انجام میدهد، دست به صدور حکم بزند.

پس مداخله دستگاه عدالت ارزش یک عمل مستقل و خاصی دارد و نمیتواند یکی از تبعات قوه مجریه یا یک عمل اجرایی ساده بشمار آید. افزون بر آن باید گفت نتیجه ای امر قضاء، گاهی سرخط اعمال اجرایی است. دستگاه قضایی با صدور رأی در واقع اعمال قوه مجریه را شکل میدهد و به دستگاه اجرایی فرمان میراند.<sup>2</sup>

آنچه گذشت بحث کلی بود پیرامون پیدایش قوه قضائیه و لزوم انفکاک و جدایی آن از دو قوه دیگر که سرانجام بعد از بحث ها و مناقشات گوناگون و دامنه داری در مراحل مختلف زمانی، وجود قوه قضائیه در دستگاه دولت به عنوان یک امر اجتناب ناپذیر دانسته شده و در اکثریت کشور های که از اصل تفکیک قوا پیروی میکنند، عملاً در پهلوی دو قوه دیگر فعالیت میکند.

اما اگرما بصورت مختصر به پیشینه تاریخی قضا در افغانستان پردازیم، دیده میشود که امر قضا در افغانستان سابقه طولانی دارد و تاریخ آن به استقرار خلافت اسلامی در این دیار میرسد. با احاطه دین مقدس اسلام بر خراسان قدیم (نام افغانستان در عهد قدیم) قضا و امور قضایی از احکام شریعت اسلام متأثر گردید. مؤلف کتاب بخارا (ابوسعید خلف بن

<sup>1</sup> - ابو الفضل قاضی، شریعت پناهی. حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، تهران: نشر میزان سال 1383، ص 514.

<sup>2</sup> - ابو الفضل قاضی، شریعت پناهی. حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، تهران: نشر میزان، سال 1383، ص 515.



ایوب عامری فقیه حنفی مفتی بلخ متوفی سال 220 هجری شمسی) در کتاب خود نوشته است که در محاکم شرعی خراسان، اصول مذهب حنفی رایج بوده و قاضی و مفتی شامل این مذهب میباشند.<sup>1</sup>

قضا در افغانستان در زمان احمد شاه درانی و سلاطین بعد از آن نیز وجود داشت. احمد شاه درانی در سنه (1160) هجری قمری، از بدو تأسیس امپراطوری مجدد افغانستان، نخست متوجه تشکیلات دولت افغانستان و بخصوص متوجه تشکیل و تأسیس دارالقضا و محاکم شرعی در هر یک از شهرهای داخل قلمرو افغانی گردید.<sup>2</sup>

در زمان امیر عبدالرحمن خان و به امرو، در سنه (1320 هجری قمری) رساله بی بنام اساس القضا توسط شخصی بنام مولوی احمد جان در کابل تألیف شده است که در مورد اصول محاکمه و قضا، بحث میکند.<sup>3</sup>

در زمان امیر حبیب الله خان انجمنی بنام ( میزان التحقیقات الشرعیه ) که دارای دوازده عضو از علمای بزرگ آنوقت بود، تشکیل گردید و وظیفه انجمن مذکور این بود که از علمای دین امتحان اخذ و آنها را به حیث قاضی و مفتی مقرر می نمود.

در عهد نادر خان، قضا در چوکات وزارت عدلیه باقی ماند و مولوی عبدالرب خان، به حیث رئیس تمیز عدلیه آغاز به کار نمود. در دوران ظاهر شاه خان، بعد از انفاذ قانون اساسی مصوب سال (1343) خورشیدی، ستره محکمه تشکیل و به تاریخ (22 میزان 1346) خورشیدی به کار خود آغاز نمود. به همین ترتیب در نظام جمهوریت سردار محمد داود خان، ستره محکمه مطابق فرمان شماره (3) ریاست جمهوری افغانستان لغو گردید و صلاحیت های آن دوباره به وزارت عدلیه انتقال یافت. اما تشکیلات ستره محکمه

<sup>1</sup> - رهنمود طرز رسیده گی قضایای مدنی در افغانستان، کابل، ناشر: مؤسسه گلوبل رایتس، سال 1385 ص 2

<sup>2</sup> - همان اثر، همان ص.

<sup>3</sup> - عزیزالدین، وکیلی. دارالقضا در افغانستان، کابل: نشر مرکز تحقیقات علوم اسلامی، سال 1369، ص 496.

درچوکات آمریت عمومی قوه قضائیه به حال خود باقی ماند وزیرعنوان اداره عالی قضاء، بصورت مجزا از تشکیلات وزارت عدلیه فعالیت می نمود.<sup>1</sup> بعد از تحول هفت ثور، فرمان شماره (3) ریاست جمهوری دیموکراتیک افغانستان مورخ 19 ثور سال 1357 خورشیدی، صادرگردید و شش ماده این فرمان به امور قضایی اختصاص یافت که در آن، فرمان سردار محمد داود خان راکه ستره محکمه راملغی نموده بود، باطل اعلان کرد و تشکیلات ستره محکمه به اساس قانون اساسی (1343) خورشیدی دو باره به فعالیت آغاز نمود.

اصول اساسی جمهوری دیموکراتیک افغانستان، مصوب سال (1359) خورشیدی طی ماده (55) خود و بعداً قانون اساسی سال (1366) خورشیدی طی مواد (108 و 109) خود، ستره محکمه را به حیث عالیترین ارگان قضایی و در رأس قوه قضائیه کشور معرفی کرد.<sup>2</sup>

قانون اساسی نافذ و فعلی افغانستان نیز، طی ماده (116) خود، قوه قضائیه را من حیث یک رکن مستقل دولت شناخته و به منظور رعایت هرچه بهتر بی طرفی قضات، جزء 6 ماده (118) قانون مذکور، قضات محاکم را در هنگام تصدی وظیفه از عضویت در احزاب سیاسی منع نموده است.

مبحث چهارم - جایگاه قوه قضائیه در ارتباط به دو قوه دیگر:

چنانچه در مباحث گذشته نگاه شده شد، بعضی عقیده داشتند که قوه قضائیه قوه جدایی از قوه مجریه نیست، ولی سرانجام در همه قوانین اساسی کشورهای معتقد به دیموکراسی، قوه قضائیه جدا از دو قوه دیگر و به طور مستقل شناخته شده است. اگر در مفهوم عنوان " حقوقی اساسی " دقیق شویم می بینیم که نکته اصلی و چکیده همه مباحث، رعایت حفظ و تضمین حقوق افراد ملت میباشد و در بین قوای سه گانه قوه که مأموریت حفاظت از حقوق و آزادی های ملت را دارد، دستگاه قضایی است.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - همان اثر، ص 592.

<sup>2</sup> - رهنمود طرز رسیده گی قضایای مدنی در افغانستان . کابل ، ناشر: موسسه گلوبل رایتس ، سال 1385 ، ص 2

<sup>3</sup> - جلال الدین ، مدنی . کلیات حقوق اساسی ، تهران : انتشارات پایدار، سال 1382 ص

اکنون در ذیل، رابطه قوه قضائیه را با دو قوه دیگر (مقننه و اجرائیه) بصورت فشرده مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

جزء اول - رابطه قوه قضائیه با قوه اجرائیه:

قوه قضائیه و قوه مجریه هر یک بخشی از حکومت اند و مسئول اداره امور جامعه و چنان نیست که بتوان آنها را از یکدیگر به کلی منفک دانست. یکی از وظایف مشترک میان این دو قوه، اینست که باید بانیازهای متغیر جامعه و شرایط بی ثبات آن هماهنگ شوند. بدین منظور هر دو قوه باید متناوباً مورد بررسی کامل قرار گیرند.<sup>1</sup>

در بسیاری کشورها وزیر دادگستری (عدلیه)، عضو قوه مجریه است، به ترتیب که محاکم، تحت اثر وزارت عدلیه بوده اما در اجراءات خود مستقل می‌باشد، وزیر عدلیه در همچو کشورها وظایف زیر را به عهده دارد:

الف: نظارت بر امور دادگاه‌ها (محاکم). منظور از نظارت، نظارت بر دعاوی نیست، نظارت بر بازدهی (حساب دهی) دادگاه‌ها (محاکم) و حصول اطمینان از اجرای یکسان احکام محاکم و نظارت بر کارکنان غیر قضایی دادگاه‌ها (محاکم) و پیشنهاد روش‌های است که کارهای اداری روزانه را بهبود بخشد.

ب: پاسخگویی به پرسش‌های که نماینده گان مردم در قوه مقننه درباره دادگستری (امور قضایی) طرح می‌کنند.

ج: انتخاب و انتصاب داد رسان‌های رده‌های پائین (قضات ابتدائیه) و پیشنهاد اشخاص برای احراز مقامات عالی قضایی.

د: پیشنهاد تغییرات لازم در آئین‌های دادرسی (اصول اجرایی محاکم) و همچنین مواد درسی تحصیلات حقوق و کارآموزی داوطلبان قضاوت و تطبیق آنها با نیازهای جامعه.

ر: اظهار نظر در اینکه در کدام بخش یا شهر یا استان دادگاه (محکمه) تأسیس شود. دادگاه (محکمه) از چه درجه باشد. ساختمان و محل دادگاه (محکمه) در کدام محل مناسب تر است.<sup>2</sup>

با توجه به نکات فوق، رابطه قوه قضائیه با قوه اجرائیه معلوم گردید. به این مفهوم که اگرچه در اکثریت کشورها، قوه قضائیه در چوکات قوه اجرائیه فعالیت می‌نماید، مانند

<sup>1</sup>-جعفر، بوشهری. مسایل حقوق اساسی، تهران: نشر داد گستر، سال 1376ص 110.

<sup>2</sup>-جعفر، بوشهری. مسایل حقوق اساسی، تهران: نشر داد گستر، سال 1376ص 112.

کشور عربی مصر اما اجراءات قضایی کاملاً به صورت مستقل به پیش برده میشود. از این رهگذر در حالیکه رابطه قوه قضائیه با قوه اجرائیه مشخص میگردد. از جانب دیگر استقلالیت قوه قضائیه نیز مورد احترام و محفوظ از مداخلات می ماند.

جزء دوم- رابطه قوه قضائیه با قوه مقننه :

قوه قضائیه ممکن در حدود احکام خود به افکار عمومی و تغییراتی که در جامعه روی میدهد آن چنان توجه ننماید. از این رو قوه مقننه را نمیتوان از انتقاد به حکمی که جامعه را متشنج کرده محروم ساخت یا نمی توان به نماینده گان مجلس تذکر داد که از اظهار نظر در حکم قضائی که با آن مخالف است، خود داری کنند.

قوه مقننه اگر از این حد فراتر رود و ایراد به حکم قاضی را به شخص قاضی بکشاند، دخالت بی مورد قوه مقننه در قوه قضائیه خواهد بود. در کشور های که سلب صلاحیت قاضی با قوه مقننه است، نماینده گان مجلس میتواند خواستار سلب صلاحیت قاضی شوند اما اگر دلایل کافی بدین منظور در دست نداشته باشند، حق حمله و اعتراض به قاضی را نخواهند داشت. همچنین برای قوه مقننه، در مورد دعاوی که در قوه قضائیه مطرح است و هنوز به صدور حکم نینجامیده، مجاز نیست مداخله کند. اما اگر نتیجه حکم را خلاف مصالح عمومی یا مخل نظم عمومی ببیند، میتواند با گذراندن قانون از صدور احکام مشابه در آینده جلوگیری کند.<sup>1</sup>

قوه مقننه در برخی از کشورها در تعیین قضات محاکم عالی کشور و تأسیس محاکم عالی نقش دارند و این تعیینات با پیشنهاد رئیس دولت و تصویب پارلمان صورت میگیرد.

در برخی کشورها برای مطابقت قوانین که در پارلمان به تصویب میرسد، محکمه نظارت به قانون اساسی وجود دارد که اشخاص حقوقی و حقیقی میتواند امرتطابق قانونی را با قانون اساسی کشور در این محاکم عرضه نمایند. درپاره از کشورها، یک قانون قبل از اینکه توشیح گردد برای مطابقت آن با قانون اساسی به محاکم، یا کمیسیون های نظارت برتطبيق قانون اساسی ارسال میگردد، اما در بعضی از کشورهای دیگر این وظیفه (مطابقت قوانین با قانون اساسی) به عهده قوه قضائیه یا دادگاه عالی گذاشته شده است.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>- جعفر، بوشهری . مسایل حقوق اساسی ، تهران : نشر دادگستر ، سال 1376، ص 115.

<sup>2</sup>- همان اثر، ص 116.

قابل ذکر است که در کشور ما بر مبنای قانون اساسی افغانستان بررسی مطابقت (سایر قوانین و ... با قانون اساسی افغانستان) و تفسیر، از صلاحیت ستره محکمه میباشد.

لیکونکی : دوکتور عبدالکریم زیدان  
ژباړونکی : قضاوتپوه حضرت گل حسامی

## داسلامي فقهي بنسټونه

(5)

### دوهم فصل

#### حاکم

#### 61- د حکم په تعريف کې مووويل چې

له الهي خطاب څخه عبارت دی چې د مکلفينو له افعالو پورې اړیکمن او متعلق دی که دطلب په توگه وي يا دتخيير په ډول وي يا د وضعې په توگه ، او دا تعريف دې ټکي ته اشاره لري چې د اسلام په شريعت کې د احکامو مصدر يوازې سترڅښتن تعالی (ج) دی او بس . له دې امله ، حاکم - يعنی هغه چې د حکم د صادرولو سرچينه ده - يوازې الله تعالی (ج) دی . او هيڅ حکم شتون نه لري مگر دهغه حکم او هيڅ شريعت بنسټ نه لري مگر دهغه شريعت ، دا هغه موضوع ده چې قرآن کریم پرې دلالت لري او مسلمانان هم پرې د نظراتفاق (اجماع) لري ، الهي ارشاد دی : ( ان الحكم الا الله ) ( د الانعام سورت 57- آيت ، د يوسف سورت 40- 67 - آيتونه )

ژباړه : حکم يوازې الله لره دی :

اوهم فرمايي : ( الا له الحكم ) ( د الانعام سورت ، 62- آيت ) .

ژباړه : همدغه لره حکم دی .

پردې بنسټ ، حکم له هغه څه پرته چې څښتن تعالی (ج) نازل کړی دی ، کفر دی ، ځکه له څښتن تعالی (ج) ځینې پرته بل څوک د حکم د صادرولو حق نه لري سترڅښتن تعالی (ج) فرمایي : (ومن لم یحکم بما أنزل الله فأولئک هم الکافرون ) (دالمائده سورت - 44- آیت ) .

ژباړه : او څوک چې د الله په نازلو آیتونو حکم ونه کړي نو دوی کافران دي . د انبیاوو دنده هم یوازې دسترڅښتن تعالی (ج) د احکامو تبلیغ دی او د مجتهدینو دنده هم بل څیزنده پرته د دې احکامو له پیژندلو او د اصولو د علم د قواعدو او طریقو پر بنسټ دهغوی له کشفولو څخه .

62- که څه هم علما اجماع لري چې حاکم یوازې سترڅښتن تعالی (ج) دی ، خو په یوه - او بنیایي وکولای شو ووايو دوه - مسألو کې یو له بل سره اختلاف لري : لومړی ، دا چې آیا دسترڅښتن تعالی (ج) احکام یوازې د ده درسولانو په واسطه پیژندل کېږي یا دا چې عقل هم دا امکان لري چې د هغو په ادراک (درک کولو) کې خپلواک عمل وکړي او د عقل دا خپلواکي پر کوم بنسټ شونې کیدای شي ؟ .

دوهم ، دا چې که چیرې د عقل لپاره ممکن وي چې د انبیاوو له وساطت ( واسطه کیدو ) پرته د سترڅښتن تعالی (ج) حکم درک کړي ، آیا دا ادراک د تکلیف او دهغه د توابعو د رامینځ ته کیدو لکه په آخرت کې د ثواب او عقاب او هم په دنیا کې د ستاینې او غندنې موجب کیدای شي .

علماوو په دې د وومسألو کې اختلاف کړی دی او مونږ په دې ځای کې دهغوی رأی په اجمال سره ذکر کوو او بیا دهغو له مینځه راجح ( غوره ) رأیه بیانوو<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - د دې بحث لپاره و.مک : مرقاة الاصول وحاشية الازمیری ، ج 1 ص 276 او له هغې وروسته ، مسلم الثبوت او شرح بی فواتح الرحموت ، ج 1 ص 25 او له هغې وروسته ، المستصفي للغزالی ج 1 ص 55 ، ارشاد الفحول ، للشوکانی ص 6 او له هغې وروسته التوضیح اوشرحه بی التلویح ج 1 ص 172 او له هغې وروسته ، او په جعفریه اصولو کې هم و.مک : کتاب ( القوانين ) لابی

63- لومړې قول: معتزله او يوه ډله جعفریه ، معتقد دي چې : په افعالو کې ذاتي حسن او قبح ( بنسټه اوبدي ) شتون لري او عقل کولای شي په خپلواکه بڼه او د فعل صفاتو او نفعي او ضررته په کتنه ، يعنی مصلحت يا پرفعل مترتب مفسده يا د دی افعالو حسن يا قبح درک کړی او دا ادراک د انبياپروساطت او تبليغ پورې موقوف نه دی ځکه د فعل حسن او قبح دوه عقلي - اونه شرعي - چاري دي ، يعنی دهغوی ادراک په شرع پورې موقوف نه دی او دسترخښتن تعالی (ج) حکم هم دهغه حسن او قبح مطابق دی چې زموږ عقل د افعالو په اړوند درک کړی دی ، يايې درک کوي اوله دې امله ، هغه څه چې عقل يې نیک اوښه وگڼي ، د څښتن تعالی (ج) په نژدېم ښه او نیک او له انسان څخه يې ترسره کول مطلوب دي او سرته رسول يې ستاينه ( مدح ) او ثواب او له هغه سره مخالفت او نه ترسره کول يې غند نه او عقاب له ځان پسې لري او هغه څه چې عقل يې قبيح ( بد ، بدنما ) وپولي ، د څښتن تعالی (ج) په نژدېم قبيح او ترک کول يې له انسان څخه مطلوب دي او ترک يې مدح او ثواب او ترسره کول يې غند نه او عقاب له ځان پسې لری .

له دې امله ، ددې افرادو په ليد توگه کې ، شرعي احکام ، يوازې له هغه حسن او قبح سره په موافقه بڼه وارد يږی چې عقل د افعالو په اړوند درک کړي دي او بس ، هغه څه چې عقل دهغه حسن درک کړی وي ، شرع هم دهغه ترسره کول غواړي او ممکن نده چې دهغه ترک کول وغواړي او هغه څه چې عقل دهغه قبح درک کړي ، شرع هم دهغه ترک کول غواړی او ممکن نده چې دهغه ترسره کول وغواړي او هغه څه چې عقل نه شي کولای دهغوی حسن او قبح درک کړي ، دهغه څه په خیر چې په ځينو عباداتو او دهغوی په کيفياتو کې دي ، په دې حالت کې ، د دې ډول افعالو په اړوند د شارع امر او نهی د دهغوی حسن يا قبح معلوم او کشفوي .

---

القاسم الجیلانی ، الفصول فی الاصول تالیف الشیخ محمد حسین بن محمد رحیم ، او کتاب (تقریرات النائی) ج 2 ص 34 اوله هغې وروسته او (الارائک) تالیف الشیخ محمدی ص 130 اوله هغې وروسته .

دا ډله ، دخپل دې اصل پر بنسټ معتقد شوې ده چې انسان د انبياوو له بعثت څخه وړاندې يا ده ته د دعوت ( بلنې ) له رسيدو ځينې پخوا ، مکلف دی ، ځکه پرده واجب ده چې هغه څه چې عقل يې حسن درک کړی دی ، ترسره کړي او هغه څه چې عقل يې قبح درک کړيده ، ترک کړي ، ځکه چې دا د خدای تعالی (ج) حکم دی او جوته ده چې تکليف ( مکلفيت ) ، مسئوليت او حساب او کتاب او دهغه توابع لکه ثواب او عقاب هم له ځانه سره لري .

64- دوهم قول: 1 شاعره - دابوالحسن علی بن اسماعيل أشعري پيروان اوله هغه سره موافق فقها او جمهور اصوليون معتقد دي چې : عقل دستر څښتن تعالی (ج) دحکم په ادراک ( درک کولو) کې استقلال او خپلواکي نه لري ، بلکې لازم ده چې انبيا او دهغوی تبليغ واسطه شي ( دخدای (ج) حکم ورته اعلام کړي ) او له دې امله ، په افعالو کې ، کوم ذاتي حسن شتون نه لري چې پر څښتن تعالی (ج) يې واجب کړي چې پر هغوی امر وکړي او هم په افعالو کې ، کومه ذاتي قبح شتون نه لري چې پر څښتن تعالی (ج) لازم کړي چې له هغو ځينې نهې وکړي ، ځکه د سترڅښتن تعالی (ج) اراده مطلقه ده او په کوم څيز پورې نه مقيد کېږي ، نو حسن او نیک هغه دی چې شارع دهغه ترسره کول غوښتي دي او قبيح هغه دی چې شارع يې ترک کول غوښتي دي او له دې امله ، فعل د شارع له امر او نهې څخه د مخه د حسن او قبح فاقد دی او يوازې هغه مهال حسن کېږي چې شارع پرې امر کړي وي او نه پخپله د فعل د ذاتي حسن په دليل او همدارنگه ، يوازې هغه مهال قبيح کېږي چې شارع ترې نهې کړي وي او نه پخپله د فعل او افعالو د ذاتي قبح په دليل خپل حسن او قبح د شارع له امر او نهې ځيني اخلي او نه له خپل ذات څخه .

دا ډله د دې خپل اصل له کبله ، معتقد شوې ده چې د انبياوو له بعثت څخه دمخه ، سترڅښتن تعالی (ج) د افعالو په اړوند هيڅ کوم حکم نه لري او هغه مهال چې کوم پيغمبر دسترڅښتن تعالی (ج) د احکامو د تبليغ لپاره خلکو ته مبعوث شوی نه وي ، دهغوی د افعالو لپاره کوم حکم نه ثابتېږي او له دې امله ، نه پر هغوی کوم څيز واجب دی او نه کوم څيز پرې حرام دی او څرنگه چې کوم حکم شتون نه لري



، کوم تکلیف هم شتون نه لري ، او څرنگه چې کوم تکلیف ( مکلفیت ) شتون نه لري ، کوم حساب او کتاب اوستاینه او ثواب او غند نه او عقاب هم شتون نه لري .

65- دریم قول: دابومنصورمحمد بن محمد الماتریدی او د حنفی مذهبو محققینو او دځینو اصولیونو او یوې ډلې جعفریه وو او ځینې نور ولید توگه دا ده چې : افعال دحسن او قبحي درلودونکي دي چې عقل کولای شي هغه په ډیری افعالو کې دفعال دصفاتو او پرهغو د مترتبو مصالحو او مفاسد وله کبله درک کړي ، لیکن د عقل د ادراک له مخې دفعال له حسن کیدو څخه ، نه لازمېږي چې شرع هم پرې امر وکړي ، او د عقل د ادراک له مخې دفعال له قبیح کیدو څخه ، نه لازمېږي چې شرع هم ترې نهې وکړي ، ځکه که د انسانانو عقل که څه هم وده ومومی ، بیا هم قاصر دی او که لمنه یې هرڅو مړه پراخه شي ، بیا هم ناقص او نیمگړی دی او له دې امله کولای شو همدا ووايو چې : کوم حسن چې په یوه فعل کې شتون لري او عقل یې درک کوي ، دی فعل ته دا صلاحیت هم ورکوي چې شرع هم پرې امر کوي او کومه قبح چې په یوه فعل کې شتون لري او عقل یې درک کوي ، فعل ددې وړکوي چې شارع هم ترې نهې وکړي ، خو باید ونه وایو چې – د عقل له خوا درک شوی – حسن او قبح دی چې د دې موجب کیږي چې شارع په هغو امر او نهې وکړي .

دا ډله ددې اصل پر بنسټ ، معتقد شویده چې : دسترخښتن تعالی — (ج) حکم د انبیاوو دوساطت او د دوی د تبلیغ پرته نه درک کیږي او له دې کبله ، د انبیاوو له بعثت د مخه او د دعوت ( بلنې ) له رسیدو وړاندې ، سترخښتن تعالی (ج) د بندگانو په افعالو کې کوم حکم نه لري او څرنگه چې کوم حکم شتون نه لري ، کوم تکلیف ( مکلفیت ) هم شتون نه لري او څرنگه چې کوم تکلیف ( مکلفیت ) شتون نه لري ، کوم ثواب او عقاب هم په کارنه دی .

66- راجح (غوره ) قول:

دریم قول راجح او غوره دی ، ځکه د قرآن او عقل د تائید وړدی .

په قرآن مجيد کې ډيری آيتونه شتون لری چې په دې دلالت لري چې سترخښتن تعالي (ج) يوازې په حسن کارونو امرکړی اوله قبيحو چارو نهی کوي او دافعالو حسن اوقبح هم له امر او نهی د مخه موجود او ثابت ؤ ، له هغې جملې سترخښتن تعالي (ج) فرمايې : ( ان الله يأمر بالعدل والاحسان و ايتاذی القربى وينهى عن الفحشاء والمنکر والبغی يعظکم لعلکم تذكرون ) ( د النحل سورت — 90 — آيت ) .

ژباړه : بې شکه الله په عدل او احسان او دخپلوانو په ورکړه حکم کوي اوله فحشا وو او ناوړه کارونو او سرکښی څخه منع کوي . الله تاسو ته په دغو څيزونو پسند درکوی ، بنایي چې تاسو پسند واخلي .

همدارنگه فرمايې : ( يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنکر ويحل لهم الطيبات و يحرم عليهم الخبائث ) ( دالاعراف سورت — 157 — آيت ) ژباړه : او دوی ته په نيکو کارو امرکوي ، او له بدو کارونو څخه يې منعه کوي ، او دوی ته پاک څيزونه حلال گڼوځوی او ناپاک څيزونه ورته حرام گڼوځوی .

نوهغه څيزونه لکه عدل او احسان — چې شرع خلکو ته پرهغو امرکړی دی او هغه څيزونه لکه ناوړه کارونه او ظلم او ستم — چې شرع له هغو څخه هغوی نهی کړی دی . او پاکيزه څيزونه چې دهغوی لپاره يې حلال کړي دي او پليت ( پليد ) او ناپاک څيزونه چې دهغوی لپاره يې حرام کړي دي دا ټول حسن يا قبيح صفتونه دشرع دحکم له ورود ځيني د مخه هم ، د افعالو لپاره موجود او ثابت ؤ او دا په دې دلالت لري چې افعال د ذاتي حسن او قبح درلودونکي هم دي .

عقل دځينو افعالو حسن او دهغوی د ځينو قبح ضرورتاً او استدلال ته له اړتيا پرته درک کوی لکه دعدالت او صداقت حسن ، او دظلم او درواغو قبح ، له دې سره سره ، د سترخښتن تعالی (ج) حکم يوازې د انبياوو له لارې پيژندل کيږي او ترهغه وخته چې کوم رسول دسترخښتن تعالی (ج) د احکامو د تبليغ لپاره نه وي راغلي ، د خلکو په افعالو کې د ايجاب او تحريم حکم نه ثابتيږي ، ځکه سترخښتن تعالی (ج) فرمايې ( وماکننا معدين حتی نبعث رسولا ) .

( د الاسراء سورت — 15 — آيت ) .

ژباړه : او مونږ چاته سزا نه ورکوو خو چې پيغمبر ورته لېږو .  
 نو د انبياوو له بعثت د مخه او يا د دعوت ( بلنې ) له رسيدو وړاندې ، هيڅ کوم  
 عذاب شتون نه لري او جوتته ده چې که چيرې عذاب نه وي ، کوم تکليف  
 (مکلفيت ) هم شتون نه لري او که چيرې تکلفيت ( مکلفيت ) هم شتون ونلري ،  
 سترځښتن تعالي (ج) دبنډگانو په افعالو کې کوم حکم دفعل دطلب يا د ترک او  
 فعل ترمينځ د تخيير پرونه نه لري .

شوکاني په دې هکله خومره ښکلي وايي : ( د دې مسألې انکار چې عقل يوازې  
 کولای شي د افعالو حسن او قبح درک کړي ( نه د اعمالو پايلې ) يوبې دليله او  
 عناد څخه ډک او آريانوونکی قول دی اوهم نه شو کولای داومنو چې عقل کولای  
 شي دا درک کړي چې دا حسن فعل له ځان پسې ثواب لري او هغه قبيح فعل  
 عقاب ، خوبوازينی څيز چې عقل يې درک کوي دا دی چې د دې حسن فعل فاعل  
 ستايل کيږي او ددې قبيح فعل فاعل د غندنې وړ دی او د دې چارې او د دې  
 ترمينځ چې عمل د ځان پسې ثواب او عقاب لري هم هيڅ تړاو شتون نه لري .<sup>1</sup>

67- د اختلاف ثمره او نتيجه :

دحسن او قبح په مساله کې پراختلاف ، دوه اثره مترتب کيږي :  
 لومړی ، دا چې : د معتزله په ليد توگه کې ، چاته چې داسلام بلنه ياد انبياوو بلنه په  
 کلي توگه نه وي رسيد لي ، د خپلو افعالو او اعمالو په اړوند ، ترمؤ اخذې او  
 محاسبې لاندې نيول کيږي ، ځکه مطلوب ترې دا دی چې هغه څه چې عقل دهغه  
 حسن درک کړي ، ترسره کړي او هغه څه چې عقل دهغه قبح درک کړی دی ،  
 ترک کړي او دا دسترخښتن تعالی (ج) حکم دی ، خواشاعره او ماتريد يه او  
 دهغوی موافقان معتقد دي چې : هغه چاته چې بلنه ورته نده رسيدلی ، نه کومه  
 محاسبه لري او نه کوم ثواب او عقاب .

دوهم ، دا چې : علما دنظراتفاه لري چې ( د اسلام دشريعت له ورود وروسته ) د  
 سترځښتن تعالی (ج) حکم دهغه څه په وسيلې چې دسترخښتن تعالی (ج) له لوري

<sup>1</sup> - الشوکاني ، ص 8

په قرآن مجيد او د پيغمبر صلی الله عليه وسلم په سنت کې درک کيږي او دخدای (ج) رسول صلی الله عليه وسلم دواړه تبليغ کړي دي ، خو که چيرې په کومه مسئله کې د شرع له خوا کوم حکم شتون نه درلود ، په عقلی حسن او قبح قايلان ( معتزله او دهغوی پلويان ) معتقد دي چې په دې صورت کې عقل د احکامو مصدر گرځي ، يعنی دهغې مسئلې حکم چې په هغې کې شرعي حکم شتون نه لري ، که چيرې عقل يې حسن درک کړي وچوب دی ، او که چيرې عقل يې قبح درک کړي حکم يې حرمت دی ، ځکه دستر څښتن تعالی (ج) دحکم مبنا په افعالو کې موجود حسن او قبح دی او که چيرې په شرع کې د يوې مسئلې لپاره کوم حکم وارد شوی نه وي ، دا په دې معنا دی چې شرع مونږ ته اجازه راکړيده ترڅو عقل ته رجوع وکړو او له هغه څخه مرسته واخلو او حکم يې په فعل کې د موجود حسن او قبح پر بنسټ په لاس راوړو. خو د دوهمې او دريمې ډلې (اشاعره او ماتريد په او دهغوی دموافقانو) د رأی پر بنسټ عقل د احکامو مصدر کيږي نه او حکم يوازې له فقهي ثابتو مصادر و ځينې اخیستل کيږي او عقل د دې مصادر و له جملې څخه نه دی .

نوربیا

قضاوتیار محمدالیاس «بختیاری»

## راہکارهای تضمین سرمایه گذاری خارجی در کنوانسیون میگا و حقوق افغانستان

فہرست :

78.....	چکیدہ
79.....	مقدمہ
81.....	1. مفہیم
81.....	1.1. مفہوم سرمایہ
81.....	1.2. مفہوم سرمایہ گذاری
82.....	1.3. تعریف سرمایہ گذاری خارجی
83.....	1.4. اہمیت سرمایہ گذاری خارجی
84.....	2. آژانس چند جانبہ تضمین سرمایہ گذاری خارجی و کنوانسیون میگا
85.....	3. راہکارهای تضمین سرمایہ گذاری خارجی
86.....	3.1. ضمیمہ سرمایہ گذاری در کنوانسیون میگا
86.....	3.1.1. ریسک های واجد شرایط
143.....	بند اول: توانایی مدافع در دفع تعرض
144.....	بند دوم-عدم دسترسی به قوای دولتی
149.....	نتیجہ گیری:

## چکیده

آژانس میگا به عنوان یکی از اعضای گروه بانک جهانی در واقع نوعی موسسه بیمه می باشد، که ریسک‌های غیر تجارتي سرمایه گذاری خارجی را تحت پوشش قرار میدهد. این آژانس دارای یک کنوانسیون است که تحت عنوان «کنوانسیون میگا» یاد می شود. براساس کنوانسیون مذکور، آژانس، ریسک هایی از قبیل: ریسک انتقال ارز، ریسک سلب مالکیت و اقدامات مشابه، ریسک نقض تعهدات قراردادی و ریسک جنگ و آشوب های داخلی را تضمین می نماید. در حقوق افغانستان، قانون اساسی بطور کلی دولت را مکلف ساخته تا سرمایه گذاران را تشویق، حمایت و مصئونیت آنها را تضمین نماید. همچنان قانون سرمایه گذاری خصوصی با رعایت احکام قانون اساسی، تا حدی سرمایه گذاری خارجی را در مقابل سلب مالکیت و برخی ریسک های دیگر، تضمین نموده است. طبق ماده 27 قانون مذکور، دولت می تواند صرف به منظور تأمین منافع عامه، ملکیت سرمایه گذاری یا دارایی های تشبث منظور شده را به صورت غیر تبعیضی طبق احکام قوانین نافذ کشور سلب نماید و با توجه به ماده 28، آن قانون دولت مسئولیت دارد تا خسارات متناسب را مطابق به اصول و قوانین پذیرفته شده بین المللی به اساس نرخ روز بدون تأخیر بپردازد.

براساس حقوق داخلی افغانستان و حقوق بین الملل خصوصی از نظر صلاحیت موضوعی محاکم تجارتي و از نظر صلاحیت حوزوی محکمه محل اقامت مدعی علیه و در مورد شخصیت حکمی خارجی محلی که دفتر مرکزی شخصیت حکمی در آنجا موقعیت دارد، صلاحیت رسیدگی به حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی را در صورتی که طرفین دعوی به مراجع غیر قضایی مراجعه ننموده باشند، را دارا می باشد.

کلمات کلیدی: سرمایه گذاری خارجی، آژانس میگا، کنوانسیون میگا، ریسک انتقال ارز، ریسک سلب مالکیت، ریسک نقض تعهدات قراردادی، ریسک جنگ و آشوب های داخلی. محکمه ذیصلاح، قانون حاکم.

## مقدمه

موضوع «تضمین سرمایه گذاری» برای سرمایه گذاران خارجی در حوزه حقوق بین الملل از اهمیت زیادی برخوردار است. چون در گذشته ها معمولاً سرمایه گذاران با ریسک های غیر تجارتي مواجه می شدند که خسارات زیادی را متحمل میگردیدند و یا به یکبارگی تمامی سرمایه آنها از بین می رفت. چنانچه دهه 1970، دهه نظم نوین اقتصادی بین المللی بود. در پنج سال پیش از اولین بررسی میگا در سال 1983 توسط مدیران اجرایی بانک جهانی، 42 مصادره در 24 کشور در آفریقا، آمریکای لاتین و آسیا اتفاق افتاده بود. در همین زمان بحران دین بسیاری از کشورهای در حال توسعه، وام دهی تجارتي بانک ها را کاهش داده بود و اعتماد میان سرمایه گذاران بالقوه را در دنیای در حال توسعه بازهم سست نمود.

برای کشورهای توسعه نیافته اگر چه پذیرفتن حضور سرمایه گذاری های خارجی در معرض خطر کنترل و زیر تیغ شرکتهای چند ملیتی افتادن است، اما امتناع از پذیرفتن سرمایه گذاری های خارجی به منزله محکومیت به توسعه نیافتگی و یا لا اقل به پیشرفت و توسعه کمتر است. لذا این کشورها با انجام احتیاطاتی چند در صدد حمایت از سرمایه گذاری خارجی بر می آیند. حمایت از سرمایه گذاری عبارت از ایجاد و بکارگیری میکانیزم ها و عواملی که به سرمایه گذار اطمینان می دهد نسبت به سرمایه گذاری در قلمرو کشور دیگری اطمینان پیدا کرده و آسوده خاطر باشد. به طور کلی عوامل حمایتی به چند دسته تقسیم می شوند. میکانیزمهای اقتصادی مثل قدرت بازارهای ملی و سرمایه و سیستم اقتصادی کارآمد از جمله عوامل حمایتی اقتصادی است. از عوامل حمایتی سیاسی مثل ثبات سیاسی و تصمیم گیری متمرکز را می توان نام برد. عوامل حمایتی حقوقی

میکانیسم های تضمینی هستند که نسبت به ورود، خروج و جبران خسارات وارده بر سرمایه گذاری تأمین می دهند.

آنچه باعث شد به بررسی راهکاری تضمین سرمایه گذاری خارجی در کنوانسیون میگا و حقوق افغانستان پرداخته شود تبلیغات و حالاتی بود که در این مورد وجود داشت که در افغانستان برای سرمایه گذاری راهکارهای تضمینی و امنیتی وجود ندارد. و اینکه میزان کارآیی راهکارهای حقوقی تضمین و سرمایه گذاری خارجی در افغانستان چه قدر می باشد؟ و آیا دولت جمهوری اسلامی افغانستان توانسته است از سرمایه گذاری خارجی حمایت کافی به عمل آورد؟

هدف از نگارش این نوشتار این است که وضعیت قوانین و مقررات و اقدامات و تلاشهای حقوقی که در جهت حمایت و تضمین سرمایه گذاری خارجی توسط دولت و قوانین افغانستان اتخاذ شده است، به روش کتابخانه ای بطور تطبیقی با کنوانسیون میگا مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد تا مشخص شود آیا افغانستان توانسته است درخصوص رفتار با سرمایه گذاران خارجی موفق باشد؟ و چه روشها و راهکارهایی برای تضمین سرمایه گذاری خارجی در افغانستان وجود دارد؟ و کدام محکمه در رسیدگی به حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری ذیصلاح می باشد؟

نوشتار حاضر شامل دو فصل است که در فصل اول به بررسی مفهوم و تعریف سرمایه، سرمایه گذاری خارجی و اهمیت سرمایه گذاری پرداخته شده و آژانس چند جانبه تضمین سرمایه گذاری خارجی (میگا) 1 و کنوانسیون میگا به معرفی گرفته شده است. در فصل دوم، راهکارهای تضمین سرمایه گذاری خارجی هم از منظر کنوانسیون میگا و هم در حقوق افغانستان؛ ریسک های واجد شرایط، سرمایه گذاری های واجد شرایط، نوع و شکل سرمایه گذاری، سرمایه گذاران واجد شرایط، کشورهای میزبان واجد شرایط، ضررهای غیر قابل تضمین، شروط لازم برای تضمین سرمایه گذاری، میگا و حقوق بین

<sup>1</sup> . Multilateral Investment Guarantee Agency.



الملل، محاکم ذیصلاح و قانون حاکم در مورد حل اختلافات سرمایه گذاری مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

#### مفاهیم

سرمایه گذاری خارجی یکی از پدیده های مهم اقتصادی می باشد و به تبع آن حقوق بین الملل سرمایه گذاری خارجی نیز دارای اهمیت به سزایی است. نئوکلاسیک ها معتقدند که سرمایه گذاری خارجی به پس انداز ملی و رشد سرمایه گذاری و انباشت سرمایه کمک کرده و باعث رشد اقتصادی و ازدیاد فرصت های شغلی می شود. همچنین معتقدند سرمایه گذاری خارجی بازدهی اقتصادی را از طریق انتقال فناوری نوین به کشور وارد کننده سرمایه، عرضه سرمایه برای ساختار زیربنای اقتصادی، حمایت از بازاریابی در سطح جهان و آشنایی با شیوه های کاری نوآورانه بالا می برد.<sup>1</sup> در این فصل به بررسی مفهوم سرمایه گذاری و سرمایه گذاری خارجی پرداخته می شود.

#### مفهوم سرمایه

سرمایه در اصطلاح عبارت از مالی که تاجر و کاسب به معنای عام وسیله کار و اعاشه قرار می دهند و ممکن است جنبه معنوی یا مادی داشته باشد.<sup>2</sup> به گفته آدام اسمیت در کتاب ثروت ملل، سرمایه عنصر اصلی اقتصاد است که می تواند کار ایجاد کند، نیروی کار با سرمایه به حرکت در می آید، افزایش سرمایه به نفع افزایش محصول کلی و محصول سرانه نیروی کار است و در نهایت میزان پیشرفت هر اقتصاد متناسب با افزایش سرمایه گذاری در آن اقتصاد است.

#### مفهوم سرمایه گذاری

<sup>1</sup> . قرارگاه پدافند اقتصادی معاونت پایش تهدیدات، گزارش اول: تحلیل محیطی سرمایه گذاری

خارجی در ایران، رصد، ص 1.

<sup>2</sup> . جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 357.

سرمایه گذاری عبارت است از تخصیص اعتبار و مصرف آن برای هدفهای معین و مخصوص<sup>1</sup>. در ماده 3 قانون سرمایه گذاری خصوصی افغانستان، سرمایه گذاری چنین تعریف شده است: «اسعار و امکانات سرمایوی غیرنقدی است که به صورت غیر مقیده جهت کسب سهام مشارکت یا منافع مالکیت در یک تشبث منظور شده پرداخت یا تدارک گردیده و شامل جوازه‌ها، اجاره‌ها، ماشین آلات، تجهیزات و حقوق مالکیت صنعتی یا معنوی مؤسسه منظور شده جهت امکان پیشبرد فعالیت های تجاری می باشد».

تعریف سرمایه گذاری خارجی

در واقع، سرمایه گذاری خارجی تحصیل دارایی شرکتهای، مؤسسات و افراد سایر کشورهاست که به طور معمول به صورت سرمایه گذاری خارجی در سبد مالی (FPI)<sup>2</sup> است که به آن سرمایه گذاری غیرمستقیم نیز می گویند و از طریق خرید سهام و اوراق قرضه در بورس توسط سرمایه گذاران خارجی صورت می گیرد و سرمایه گذاری مستقیم خارجی (FDI)<sup>3</sup> که کشور یا سرمایه گذار خارجی به طور مستقیم یا با مشارکت سرمایه گذاران داخلی مبادرت به سرمایه گذاری می کند، انجام می گردد.<sup>4</sup>

مطابق ماده 3 قانون سرمایه گذاری خصوصی افغانستان مصوب 1384، سرمایه گذاری خارجی عبارت از سرمایه گذاری است که به شکل اسعار قابل تبادل آزاد یا به شکل سهم گیری غیرنقدی توسط شخص خارجی از خارج به کشور منتقل می گردد.

سرمایه گذاری خارجی متضمن انتقال دارایی مادی و غیرمادی از کشوری به کشور دیگر به منظور تولید ثروت است. سرمایه گذاری خارجی به دو دسته عمده تقسیم می

<sup>1</sup> . همان.

<sup>2</sup> . Foreign Portfolio Investment.

<sup>3</sup> . Foreign Direct Investment.

<sup>4</sup> . اعظم کاظمی؛ بیک، مجید؛ هادیان، الهام؛ حکیمی، فاطمه، شناسایی و اولویت بندی عوامل مؤثر بر جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی با استفاده از تکنیک TOPSIS، فصلنامه سیاست های مالی و اقتصادی، سال اول، شماره 4، صص 48-49.

شود. دسته اول شامل مواردی است که سرمایه گذار علاوه بر اعمال مالکیت بر سرمایه، کلاً یا بعضاً مدیریت و کنترل سرمایه را نیز به عهده دارد. به این نوع سرمایه گذاری، «سرمایه گذاری مستقیم خارجی» اطلاق می شود.<sup>1</sup> سرمایه گذاری خارجی ممکن است در بازار سرمایه و از طریق بازار بورس نسبت به خرید سهام، اوراق قرضه، اوراق مشارکت و یا سایر اوراق بهادار اقدام کند. در این نوع سرمایه گذاری که به آن سرمایه گذاری پرتفولیو و یا بعضاً سرمایه گذاری خارجی غیرمستقیم اطلاق می شود، سرمایه گذار به دنبال کنترل و مدیریت سرمایه نیست بلکه به دنبال سود و منفعت است.<sup>2</sup>

### اهمیت سرمایه گذاری خارجی

در عرصه اقتصاد جهانی نیز سرمایه گذاری حائز اهمیت می باشد. چه در گستره جهانی سرمایه گذاری از علل عمده روابط اقتصادی بین کشورهای مختلف است. چرا که عده ای از کشورها سرمایه کافی برای فعالیت های عظیم اقتصادی را در اختیار دارند در حالی که تعداد بیشتری از کشورها فاقد سرمایه و توان مالی کافی برای اجرای پروژه های اقتصادی و جوابگویی به نیازهای مردم خویش هستند.<sup>3</sup>

امروزه آزاد شدن تجارت و از سویی جهانی شدن اقتصاد، امری است که به رغم مخالفت ها، حتمی الوقوع و گریز ناپذیر است. پس در راستای ادغام اقتصاد جهانی و کسب سهم بیشتر از بازار جهانی و مهار امواج ناشی از پیوستن به این بازار، جذب سرمایه های خارجی که باعث رونق اقتصاد داخلی می شود، ضروری است.

سرمایه گذاری خارجی یکی از عوامل رشد نرخ اقتصادی کشورها محسوب می شود و کشورها در صدد تسهیل ورود سرمایه گذار به کشورهای خود بوده و با تدوین قوانین و

<sup>1</sup> . عبدالحسین، شیروی، حقوق تجارت بین الملل، تهران، ص 404.

<sup>2</sup> . Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment,

p.7. (به نقل از: عبدالحسین شیروی، حقوق تجارت بین الملل)

<sup>3</sup> . فریدون جلیل نژاد، تیزس ماستری: «بررسی راهکارهای حقوقی حمایت و تضمین سرمایه

گذاری خارجی در ایران»، ص 1.

مقررات متناسب با سرمایه گذاری و ارائه تشویق ها و تخصیص معافیت ها و عوارض در جهت جذب سرمایه های خارجی گام برمی دارند. سرمایه گذاری خارجی با وجود آثار مثبت و مزایای غیرقابل انکار خود، در صورت فقدان برنامه ریزی دقیق و هدفمند در جذب و جلب سرمایه های خارجی و رعایت الزامات متنوع پروژه های سرمایه گذاری، دارای تبعات و آثار منفی و مخربی خواهد بود، بطور مثال ممکن است عدم توان رقابت شرکت های داخلی با سرمایه گذاران خارجی که عمدتاً در قالب شرکت های داخلی با سرمایه گذاران خارجی که عمدتاً در قالب شرکت های چند ملیتی و با توان مالی، فناوری و مدیریتی بالایی فعالیت می کنند، مانعی برای شکوفایی و رشد شرکت های داخلی شود، همچنین سرمایه گذاران خارجی با انتقال الگوهای جدید مدیریتی، مصرفی و ارزشی، آثار و تبعات اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی خاص خود را بر جامعه سرمایه پذیر خواهند داشت.

### آژانس چند جانبه تضمین سرمایه گذاری خارجی<sup>1</sup> و کنوانسیون میگا

حوادثی که در سال های ابتدایی دهه 1980 در سطح اقتصاد جهان به وقوع پیوست، کاهش سرمایه گذاری مستقیم خارجی<sup>2</sup> را در پی داشت که از مهمترین علت های آن افزایش خطرات (ریسک های) غیر تجارتي یا سیاسی در دنیا بود. شایع ترین خطراتی که سرمایه گذاری مستقیم خارجی را به خصوص در کشور های در حال توسعه تهدید می کرد، جنگ بین کشورها یا شورش های داخلی، نقض قراردادهای دولتی با سرمایه گذاران خارجی و همچنین مصادره اموال و دارایی های سرمایه گذار بود. به وجود آمدن این وضعیت موجب کاهش شدید میزان سرمایه گذاری مستقیم خارجی در دنیا شد.

دهه 1970، دهه نظم نوین اقتصادی بین المللی بود. در پنج سال پیش از اولین بررسی میگا در سال 1983 توسط مدیران اجرایی بانک جهانی، یعنی سالهای 1982 - 1978، نتایج بدست آمد که 42 مصادره در 24 کشور در آفریقا، آمریکای لاتین و آسیا اتفاق

<sup>1</sup> . Multilateral Investment Guarantee Agency.

<sup>2</sup> . FDI.

افتاده است. در همین زمان، بحران دین بسیاری از کشورهای در حال توسعه، وام دهی تجارتي بانک ها را کاهش داده بود و اعتماد میان سرمایه گذاران بالقوه در دنیای در حال توسعه بازم سست نموده بود. امید می رفت میگا ابزاری برای معکوس کردن این روندها باشد. به این ترتیب میگا می توانست نقش یک واسطه و دلال امین را داشته باشد که، همان طور که بروشور آن می گفت، همه طرف های ذیربط را به سمت تعریف مشترکی از انصاف و رفتار منصفانه هدایت کند. علاوه بر تضمین ها و بیمه سرمایه گذاری، واحد حقوقی و دعاوی میگا می توانست مشاوره و راهنمایی حقوقی در اختیار طرف های درگیر اختلاف سرمایه گذاری قرار دهد، خدماتی که لزوماً تحت پوشش تضمین سرمایه گذاری صادره توسط میگا بود.<sup>1</sup> به این ترتیب میگا موسسه تضمین سرمایه گذاری چند جانبه در 12 اپریل 1988 میلادی با سرمایه ۱ میلیارد دالر در ایالت واشنگتن به عنوان بازوی بیمه ای گروه بانک جهانی تاسیس شد.

هیئت رئیسه بانک جهانی، کنوانسیون میگا را در خزان 1985 تأیید کرد ولی دو و نیم سال دیگر طول کشید تا حداقل تعداد کشورها در هر دسته - پنج کشور از دسته اول، یعنی کشورهای توسعه یافته و پانزده کشور از دسته دوم، یعنی کشورهای در حال توسعه، اسناد تصویب خود را تودیع کنند. تا نیمه سال 2007 م، میگا 23 عضو از کشورهای صنعتی و 147 عضو از کشورهای در حال توسعه داشت.<sup>2</sup>

### راهکارهای تضمین سرمایه گذاری خارجی

با توجه به محدودیت های موجود برای فعالیت گسترده مؤسسات تضمین سرمایه گذاری و در عین حال موجودیت ریسک های سیاسی به عنوان مانعی در برابر سرمایه گذاری خارجی در کشورهای در حال توسعه، تأسیس نهادی بین المللی که در سطح جهانی به ایفای نقش پردازد، ضروری به نظر می رسید. به همین دلیل بانک جهانی در جهت رسیدن به اهداف خود که همانا تسهیل سرمایه گذاری برای اهداف تولیدی و ارتقای

<sup>1</sup> . آندریاس اف. لوفلد، حقوق بین الملل اقتصادی، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، ص 614.

<sup>2</sup> . همان.

سرمایه گذاری خصوصی خارجی است، مسئولیت تأسیس یک نهاد بین المللی را برعهده گرفت که به تعقیب آن در سال 1988 به تأسیس چهارمین نهاد بین المللی تحت حمایت خود، یعنی «آژانس چندجانبه تضمین سرمایه گذاری (میگا)»<sup>1</sup> منجر شد. قانون سرمایه گذاری خصوصی افغانستان نیز راهکارهایی را جهت تضمین سرمایه گذاری خارجی پیش بینی نموده است که در این فصل مورد بررسی قرار خواهیم داد.

### تضمین سرمایه گذاری در کنوانسیون میگا

میگا به عنوان یکی از اعضای گروه بانک جهانی در واقع نوعی موسسه بیمه می باشد و تفاوت عمده آن با دیگر موسسات بیمه ملی یا بین المللی، اول در مقررات خاص حاکم بر آن و دوم در نوع ریسک های تحت پوشش است. میگا ریسک های غیر تجارتي را تحت پوشش قرار میدهد. مقررات و راهکارهای مربوط به تضمین سرمایه گذاری را از دیدگاه کنوانسیون میگا مورد بحث و بررسی قرار می دهیم.

### ریسک های واجد شرایط

سرمایه گذاران واجد شرایط می توانند به خرید بیمه در برابر خطرات غیرقابل تبدیل بودن پول، مصادره، نقض قرارداد، و جنگ و شورش داخلی، از جمله اقدامات خرابکارانه دارای انگیزه سیاسی با تروریزم اقدام کنند. 2 بند الف ماده 2 کنوانسیون، خطرهای تحت پوشش آژانس را بررسی می کند. مطابق این ماده آژانس فقط در مقابل ریسک های غیر تجارتي، اقدام به صدور تضمین می کند. ماده 11 اساسنامه میگا مقرر می دارد که آژانس با توجه به مقررات بخش الف، ب، ج (ذیل الذکر) سرمایه گذاری های واجد شرایط ذیل را در برابر ضرر ناشی از یک یا چند مورد از ریسک های ذیل را تضمین می نماید:

- 1) ریسک انتقال ارز
- 2) ریسک سلب مالکیت و اقدامات مشابه
- 3) ریسک نقض تعهدات قراردادی

<sup>1</sup> . Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA).

<sup>2</sup> . آندریاس اف. لوفلد، همان، ص 615.

## 4) ریسک جنگ و آشوب های داخلی

از طرف دیگر براساس بند «ب» ماده 11 کنوانسیون، هیئت مدیره مجاز است که علاوه بر موارد اشاره شده، سایر ریسک های غیرتجارتی را در شرایط خاصی تحت پوشش تضمین قرار دهد.

ریسک انتقال ارز<sup>1</sup>

براساس بند «الف» ماده 11 کنوانسیون میگا، هر عمل قابل انتساب به دولت میزبان که موجب محدود شدن امکان تبدیل پول رایج آن دولت به « ارز قابل استفاده به صورت آزاد» یا پول دیگر قابل قبول برای دارنده تضمین شود یا انتقال آن ارز را به خارج از کشور میزبان محدود نماید، از جمله شکست دولت میزبان در زمان معقولی، ریسک انتقال ارز نامیده شده و تحت پوشش تضمین میگا قرار می گیرد. این نوع تضمین در صورتی اجرا می شود که دولت میزبان به درخواست سرمایه گذار در مورد انتقال ارز در مدت معقول پاسخ ندهد.

آژانس می تواند پوشش های لازم را برای جبران خسارتهای ناشی از هرگونه اقدام قابل انتساب به کشور میزبان که باعث ایجاد محدودیت تبدیل آزادانه پول محلی به ارز قابل معامله یا دیگر ارزهای قابل قبول دارنده تضمین و یا ایجاد محدودیت در مورد انتقال ارز به خارج از کشور میزبان یا تبدیل ارز داخلی یا خارجی به یکدیگر فراهم کند.<sup>2</sup> در تمام موارد، این محدودیت ها باید بعد از تاریخ انعقاد قرارداد تضمین صورت گیرد و نسبت به ارزهای مربوط به سود یا اصل سرمایه باشد.

در قراردادهای تضمین، نوع ارز قابل معامله مشخص خواهد شد. چنین ارزی ممکن است با توجه به مفهوم بند «ج» ماده 3 کنوانسیون، ارزی باشد که به آسانی قابل تبدیل است یا آنکه ارز کشور عضوی باشد که مورد موافقت آژانس و متقاضی قرار می گیرد. همچنین مبنا و تاریخ تعیین نرخ ارز یا نرخ هایی که در محاسبه یک ادعا اعمال می شوند

<sup>1</sup> . Currency transfer Risk.

<sup>2</sup> . " Commentary on the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency. P.8.

در قراردادهای تضمین معین می شوند. نرخ تسعیر ارز معمولاً طبق نرخ رایج آن ارز در تاریخی که کشور میزبان از تبدیل یا انتقال آن ممانعت می کند، تعیین می گردد.<sup>1</sup> ممکن است پوشش تضمین در مقابل انواع محدودیت های ایجاد شده مانند، محدودیت های مستقیم و غیر مستقیم در مورد تبدیل یا انتقال ارز ارائه شود. تصمیم دولت میزبان در ممانعت از تبدیل یا انتقال ارز محلی، نوعی محدودیت مستقیم به حساب می آید. اگر دولت میزبان، اجازه تبدیل یا انتقال ارز محلی را به نرخ کمتری از پایین ترین نرخ ارز تعیین شده در قرارداد تضمین بدهد، باز هم به منزله محدودیت مستقیم است. اما محدودیت غیر مستقیم عبارت است از قصور مقامات مسئول دولت میزبان در تبدیل و یا انتقال ارز، در مدت 90 روز از تاریخ درخواست دارنده تضمین یا مدت دیگری که در قرارداد تضمین درج شده است.<sup>2</sup>

قراردادهای تضمین، دارندگان تضمین را ملزم می کند که برای درخواست غرامت ناشی از این ریسک، مطابق قوانین کشور میزبان عمل کند و هزینه های اداری مربوط را بپردازند. همچنین دارندگان تضمین ملزم اند که به دستورات آژانس از جمله دستورهای مربوط به انتقال ارز مطابق شرایط عمل کنند و یا به محض پرداخت خسارت از طرف آژانس، حقوق خود را به آژانس منتقل نمایند یا سپرده ای معادل این ارز نزد آژانس واگذار کنند.

### ریسک سلب مالکیت و اقدامات مشابه<sup>3</sup>

مطابق جزء 2 بند الف ماده 11 کنوانسیون مذکور، هر گونه اقدام قانونگذاری یا اجرایی، فعل یا ترک فعل قابل انتساب به دولت میزبان که دارنده تضمین را از مالکیت یا کنترل یا بهره برداری اساسی از سرمایه گذاری اش محروم نماید، ریسک سلب مالکیت و اقدامات مشابه آن نامیده می شود. البته این ریسک اقدامات غیر تبعیض آمیز عام‌الشمول را شامل

<sup>1</sup> . Ibid.

<sup>2</sup> . مسعود صبور، همان، ص 83.

<sup>3</sup> . Expropriation and Similar Measures.



نمی‌شود که معمولاً دولتها به منظور تنظیم فعالیتهای اقتصادی در سرزمین‌شان انجام می

دهند.<sup>1</sup>

### ریسک نقض قرارداد<sup>2</sup>

براساس جزء 3 بند الف ماده مذکور، هرگونه نفی یا نقض قرارداد از جانب دولت میزبان در برابر دارنده تضمین این ریسک در مواردی تضمین می‌شود که (الف) دارنده تضمین به مرجعی قضایی یا داوری جهت ادعای نفی یا نقض دسترسی نداشته باشد، یا (ب) تصمیم مرجع فوق‌الذکر در دوره زمانی معقولی که طبق مقررات آژانس در قرارداد تضمین معین شده، صادر نگردیده باشد، یا این که (ج) چنان تصمیمی را در معرض اجراء قرار داده نتواند اجرا نمود.

### ریسک جنگ و آشوبهای داخلی<sup>3</sup>

جزء 4 بند الف ماده 11 کنوانسیون میگا مقرر می‌دارد: «هرگونه عملیات نظامی یا آشوبهای داخلی در هر بخش از سرزمین دولت میزبان که اساسنامه میگا در آنجا قابل اعمال است، چنانچه در ماده 66 این کنوانسیون ملحوظ گردیده است». مطابق بند (ب) ماده مذکور، هیئت می‌تواند به درخواست مشترک سرمایه گذار و کشور میزبان و با کسب «اکثریت خاص» ریسک های غیر تجارتي دیگری را نیز تضمین نماید. اما در هیچ موردی کاهش یا تنزیل ارزش پول را تضمین نخواهد نمود.

<sup>1</sup>. Article 11 (a): (ii) Expropriation and Similar Measures: any legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment, with the exception of non-discriminatory measures of general application which governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories;

<sup>2</sup>. Breach of Contract.

<sup>3</sup>. War and Civil Disturbance.

لیکنه: قضاوت مل عنایت الله حافظ

## د اسلامي شریعت موخې (مقاصد)

(8)

فهرست:

- 90..... شپږم مطلب: د قصاص او شرعي جزاگانو موخې
- 91..... اووم مطلب: د واکمنۍ او شرعي سياست موخې
- 93..... څلورم څپرکی
- 93..... د شرعي حکمونو تعلیل او د موخو څرگندولو لارې چارې
- 93..... لومړی مبحث: د شرعي حکمونو علت بیانول (تعلیل)
- 93..... لومړی مطلب: د علت بیانولو تعریف، اهمیت او د موخو سره اړیکه
- 95..... دویم: د علت بیانولو اهمیت او د موخو سره یې اړیکه

شپږم مطلب: د قصاص او شرعي جزاگانو موخې

د قصاص او شرعي حدودو لپاره گڼ شمېر موخې شتون لري، چې ځینې یې په لاندې توگه دي:

۱- دا د جرم سره مناسبه سزاء ده، ځکه دغه جرم پر نفس باندې تېری دی او د عدالت غوښتنه دا ده چې تېري کوونکي سره باید هماغسې چلند وشي لکه څرنگه چې هغه سرته

- رسولی، ځکه دا معقوله نده چې يو پلار دې خپل زوی له لاسه ورکړي او د هغه قاتل دې گوري چې د خلکو منځ کې خلاصې تني گړځي.
- ۲- د تېري کونکي لپاره زجر، منع، تأديب او د هغې څه سزاء ده چې سرته يې رسولی.
- ۳- له تېري کونکي پرته نورو لره مخنيوی، بندول او ویرول دي.
- ۴- د مجنی عليه د کورنۍ رضایت ترلاسه کول دي، پداسې توگه چې هغوي پر غج اخیستلو لاس پورې نکړي، ځکه چې دا چاره د فتنې اور ته پوکی ورکول او د وژنو بازار گرم ساتل دي، چې د اسلامي شریعت له موخو سره سم کار نه دی.
- ۵- د ټولني او ټولنيز ژوندانه ساتنه او پرمختگ دی، ترڅو د حدودو او سزاگانو د پلي کولو په وسیله ټولنه کې امن او ډاډ واکمن شي.
- اووم مطلب: د واکمنۍ او شرعي سیاست موخي
- سیاسي واکمني د دین له ضروریاتو څخه یو ضرورت دی او د دولت جوړښت په اسلام کې د شریعت له موخو څخه ستره موخه ده، پدې مانا چې سیاست له اسلام څخه سرچینه اخلي او د وخت واکمن لره ښايي چې خلک د دین پر حکمونو برابر او د مصلحتونو ساتنه يې وکړي، همداراز امت لره ښايي چې د واکمن د روزۍ بار پر غاړه واخلي، د کړنو څخه يې څارنه وکړي او کله چې د قانون له بریدونو څخه د نفسي غوښتنو پر بنسټ تېرېري هغه را وگړځوي.<sup>1</sup>
- ابن تیمیه رحمه الله وايي: د خلکو پر چارو واکمني د دین له هغو سترو واجباتو څخه شمېرل کېږي، چې دین او دنیا دواړه پر هغې ولاړ دي، ځکه د آدم د اولادې مصلحتونه هغه وخت ښه بشپړېدای شي چې د یو بل اړتیاوو د لیرې کولو لپاره سره راټول شي او کله چې راټولېږي نو اړتیا ده چې یو سر يې خپلو موخو ته د رسېدو لپاره مشري وکړي...
- له بلې خوا الله ﷻ پر نیکۍ امر او له بدۍ منع واجب کړې، چې دا چاره هم له واکمنۍ او قوت پرته نه بشپړېږي...

<sup>1</sup> وگوره! شاطبي و مقاصد الشریعة، ۲۴۱-۲۴۹.

همدا رنگه جهاد، عدالت، حج، اخترونه، د مظلوم سره مرسته او د حدودو پلي کول چې الله ﷻ واجب کړي، د واکمنۍ او قوت پرته نه بشپړېږي...

نو واجب ده چې واکمني د دين او الله ﷻ ته د نيردېوالي له پلوه وسيله ونيسو، ځکه غوره نيردېوالی الله ﷻ ته هغه دی چې د هغه او د هغه د استازي پيروي په کې وي.<sup>1</sup> له پورته بيان وروسته د واکمنۍ او شرعي سياست ځينې موخې په لاندې توگه وړاندې کوو:<sup>2</sup>

۱- پدې سره د دين ساتنه، ملاتړ، قوت او په واقعي ژوندانه کې د خلکو په فکرونو کې د ين په بڼه توگه ځای نيسي، د اسلامي شريعت د شعائرو او زده کړو ساتنه د واکمن دنده ده، ترڅو دې موخې ته د رسېدو لپاره ځانگړې سياست، پروگرامونه، تگلارې پداسې توگه خپلې کړي چې ځمکه کې دغه چاره پلې او خپره کړي، لکه د جوماتونو، ودانيو او دفترونو جوړښت د ذکر، بندگۍ، قرآنکريم يادولو، لمونځ کولو، علم خپرولو په موخه، همدا رنگه د مدرسو، معهدونو، پوهنتونونو جوړښت، پدې موخه چې داسې عالمان، فقهاء، امامان، استادان او څېړونکي ترې فارغ شي، چې د دين ساتلو دنده په بڼه توگه سرته ورسوي.

۲- پدې سره د امن او نظام ساتنه کېږي ترڅو د خلکو ځاني او ټولنيزه ډاډمنتيا دوام ومومي، چې دا چاره د خلکو د نفسونو په ساتلو، د ناحقه وژنو څخه او پر نفسونو باندې د هر ډول تېري او لارې وهلو څخه په مخنيوي، د خلکو د ناموس، نسب، شرف او عزت په ساتلو سره چې نسب او ناموس له هر ډول تېري څخه خوندي شي، د خلکو د مالونو په ساتلو او د تلف کولو له لارو چارو څخه په مخنيوي او د سزاگانو پر پلي کولو سره شونې

<sup>1</sup> السياسة الشرعية في اصلاح الراعي و الرعية، تقي الدين بن تيمية، المكتبة العصرية، بيروت، ط ۱، ۲۰۰۸م، ۱۱۳-۱۱۴.

<sup>2</sup> وگوره! المقاصد الشرعية، د: الخادمي، ۱/۷۸-۷۹.

ده، ترخو تېري کونکي او مجرمان د خپلو کړنو پر سزاء پداسې توگه ورسول شي چې نور ترې پند واخلي، چې همدا چاره په ټولنه او نفسونو کې امن او ډاډمنتيا تضمینوي.

۳- پدې سره د عقونو او ذهنونو ساتنه پداسې توگه کېږي چې خلک پر نشه یې توکو له روږدتیا او هر هغه شي څخه ساتي چې عقل او ذهن خرابوي یا یې له منځه وړي، لکه کوډگري، فالونه لیدل، گلوې وږې او داسې نور....

۴- پدې سره عدالت، برابری، حکمت، رحمت، مشوره او داسې نور منځته راځي چې واکمن یې باید د خلکو لپاره له خلکو سره سرته ورسوي.

### څلورم څپرکی

د شرعي حکمونو تعلیل او د موخو څرگندولو لارې چارې

یاد څپرکی چې د شرعي حکمونو په علت بیانولو او د شرعي موخو څرگندولو په لارو چارو مشتمل دی لاندې دوه مبحثه لري:

لومړی مبحث: د شرعي حکمونو علت بیانول

دویم مبحث: د شرعي موخو څرگندولو لارې چارې

لومړی مبحث: د شرعي حکمونو علت بیانول (تعلیل)

پدې مبحث کې د علت بیانولو (تعلیل) تعریف، اهمیت، د موخو سره یې اړیکه، د علت بیانولو په اړه د فقهاوو مذهبونه، د علت بیانولو او مقصدي اجتهاد ډگرونه او په پایله کې به د علماوو له آنده د حکمت او موخو په وسیلې سره د علت بیانولو دریځ روښانه کړو.

لومړی مطلب: د علت بیانولو تعریف، اهمیت او د موخو سره اړیکه

لومړی: د علت بیانولو (تعلیل) تعریف:

○ د علت بیانولو (تعلیل) لغوي مانا: د یو شي علت بیانولو ته تعلیل ویل کېږي، لکه عربان چې وايي: عِلَّلَ الشَّيْءَ ( هغه د شي علت روښانه کړي) پدې مانا چې هغه د شي

علت په دليل سره روښانه يا بيان كړې، ځكه كوم شي چې اثر (نص) ته قوت وركړې، هغه په هغې كې د مؤثر (اغيزې كوونكي) ثابتول دي په علت بيانولو سره.<sup>1</sup>

○ د علت بيانولو اصطلاحي مانا: په حكمونو او كړنو كې د علتونو بيانولو او د هغو د راويستلو لارو چارو څخه عبارت ده، چې كله دا چاره په قياس كولو سره او كله پرته له هغې شونې ده، د نمونې په توگه په يوې نوې پېښې شوې مسئله كې مجتهد دداسې مناسبې مانا د لټولو هڅه كوي چې شرعي حكم ورسره داسې تړاو ولري چې حكم دهماغې پر بنسټ ولاړ وي، چې دېته استصلاح يا مرسله مصلحت ويل كېږي او يا د منصوصي حكم د علت لټولو هڅه كوي، پرته لدې چې هغه بل ځاى ته يوسي او كوم حكم پرې ثابت كړي، چې دېته حكمت بيانول يا تعليل ويل كېږي په قاصره علت سره.<sup>2</sup>

له پورته اصطلاحي مانا څخه دې پايلې ته رسېږو چې اصولين د لاندې دوو موخو لپاره تعليل كوي:

۱- د الله ﷻ حكمونه د بندگانو د مصلحتونو لپاره په دنيوي او اخروي پړاوونو كې راغلي، پدې مانا چې د الله ﷻ حكمونه د خپلو بندگانو په مصلحتونو باندې معلل دي او همدا چاره د اسلامي شريعت له نېكيو او ښكلاگانو څخه شمېرل كېږي.

۲- د شرعي حكمونو د علتونو بيانولو او د هغو د راويستلو څرنگوالي، د لاندې موخو لپاره:

أ — د يوې نوې پېښې حكم پېژندل، چې د قياس په وسيله يې تر اوسه حكم نه وي پېژندل شوی.

<sup>1</sup> التعريفات، امام علي بن محمد الجرجاني، دارالكتاب العربي، بيروت، ط ۱، ۱۴۰۵هـ ق،

۸۶-۸۷.

<sup>2</sup> وگوره! تعليل الأحكام، د: محمد مصطفى شلي، اطروحة دكتوراه، النهضة العربية، بيروت،

ب — چې مجتهد داسې يوه مناسبه مانا د شرعي حکم لپاره پيدا کړي چې حکم د هماغې پر بنسټ ولاړ وي، چې دینه استصلاح يا مرسله مصلحت ويل کېږي.

ج — چې مجتهد د منصوصي حکم د علت لټولو هڅه کوي، پرته لدې چې هغه بل ځای ته يوسي او کوم حکم پرې ثابت کړي، چې دپته تعليل ويل کېږي په قاصره علت سره.

دویم: د علت بيانولو اهميت او د موخو سره يې اړيکه

د حکمونو تعليل د فقهاوو او د کلام (فلسفې) علماوو ترمنځ د نزاع ستر لامل، د اختلاف په ډگر کې د اختلاف بيانولو بنسټيزه ډبره او د اجتهاد او استنباط په کړۍ کې د راټولېدلو ټکي دي، ځکه چې ددې پېژندلو پورې د اسلامي شریعت د اسرارو او حکمتونو پېژندل ترلې دي او ددې پر پېژندلو او په کې په غور کولو سره خلکو ته د امامانو مرتبې، اسلامي شریعت او د هغې د حکمونو پېژندل په لاس ورځي، د بلې خوا ددې پر پېژندلو سره د هغې خلکو شکونه په بنه توگه دفع کېږي چې وايي اسلامي شریعت جامد او د زمانې سره سم تگ نکوي او له بلې خوا د تعليل سره د اصلاح لار پرانېستل کېږي چې په همدې باندې مصلحين تگ کوي.<sup>1</sup>

په حقيقت کې د حکمونو تعليل د مقاصدو (موخو) د علم بنسټيز رکن تشکيلوي، پدې اړه امام غزالي رحمه الله وايي: څوک چې د حکمت او مناسبې مانا په وسيله تعليل ته پاملرنه او اهميت نه ورکوي او داسې انگېري چې په شرعي کړنو کې دې چارې ته ځای ندی ورکړ شوی، په باوري توگه يې ځان له اهل نظر وڅخه بهر کړی.<sup>2</sup>

همدا رنگه امام غزالي رحمه الله د تعليل لپاره لاندې دوه گونې گټې بيان کړي:

۱- پدې سره د حکمونو د راتگ لاملونه او مصلحتونه، د اسلامي شریعت نېکۍ او ښکلاوې په بنه توگه پېژندل کېږي او ترڅنگ يې زړونه د اسلامي شریعت حکمونه په ډاډمنه توگه سره مني او تائيدوي، ځکه نفسونه هغه حکمونه چې په معقوله توگه راغلي د هغو حکمونو په پرتله په بنه توگه مني چې په قهري او تعبدي توگه راغلي.

<sup>1</sup> وگوره! تعليل الأحكام، ۴-۵.

<sup>2</sup> شفاء الغليل، ۶۱۳.

۲- پدې سره د علت د څرگندېدو په وخت کې د حکم د انتقال مخه هغه مهال په ښه توګه نیول کېږي چې، کله د بل علت پر بنسټ حکم انتقال شوی وي، مګر د ترجیح (لومړیتوب) په شرط بیا دا چاره شونې ده چې موږ دې نوي علت ته پر پخواني باندې لومړیتوب ورکړو.

**دویم مطلب:** د الله ﷻ د حکمونو او کړنو د تعلیلولو په اړه د علماوو مذهبونه د الله ﷻ د حکمونو او کړنو د تعلیلولو په ډګر کې علماء په لاندې مذهبونو سره ویشل شوي دي:

لومړی مذهب: د الله ﷻ کړنې او حکمونه معلل (علتونو سره تړلي) دي، ځکه چې الله ﷻ مخلوقات پیدا کړي او هغوي ته یې د ټاکلو موخو او حکمتونو پر بنسټ امرونه کړي، چې دا د سلفو قول دی، چې ابن تیمیة رحمه الله یې نسبت ډېری خلکو ته کړی، چې د حنفيانو، شافعيانو او حنبليانو ځینو ډلو ته یې هم نسبت کېږي او په همدې لاره د هغوي ځینې وروستني خلک او معتزله روان دي.<sup>1</sup>

اما معتزله د جمهورو سره د تعلیل په حکم کې اختلاف لري ځکه معتزله پدې اند دي چې، د الله ﷻ کړنو کې تعلیل واجب دی، هغوي وايي: پر الله ﷻ واجب ده چې له ښو څخه ډیرو غورو ته پاملرنه وکړي.

دویم مذهب: د الله ﷻ کړنې او حکمونه معلل (علتونو سره تړلي) ندي، ځکه چې الله ﷻ خپلو مخلوقاتو امرونه د کومو علتونو، موخو لپاره ندي کړي، بلکې د خپل هوډ او خوښې پر بنسټ یې ورته امرونه کړي، چې دا د أشاعروو او هغې خلکو قول دی له شافعيانو، مالکيانو او حنبليانو له ډلې هغوي سره همغږي دي او په همدې لاره ظاهريان او شيعه گان هم روان دي، د حنبليانو څخه قاضي أبو يعلى او ابن الزاغواني هم په همدې نظر دي، دا ډله د الله ﷻ پدې قول باندې استدلال کوي چې وايي: ﴿لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ﴾

<sup>1</sup> وګوره! مجموع الفتاوى، ۸/۸۳، وما بعدها.



<sup>1</sup> ژباړه: هغه د خپلو کړنو پر وړاندې پوښتل کېدونکې نه دی، خو دوي ټول پوښتل کېدونکي دي.<sup>2</sup>

نو دا چې دالله ﷺ څخه هېڅوک پوښتنه نشي کولای، بیا څه اړتیا لري چې خپلې کړنې علتونو او موخو سره وتړي؟

امام رازي ددې مذهب په ملاتړ کې وايي: که چېرته د الله ﷺ کړنې د غرضونو سره وتړل شي، نو دا غرض به يا الله ﷺ ته راگرځي او يا بنده ته، لومړي خو ځکه ناشوني دی چې الله ﷺ لدې څخه سپېڅلی دی چې گټې او تاوان ته دې اړتیا ولري، نو بسکاره ده چې دا چاره بنده ته راگرځي او د بنده غرض مالوم دی چې خوندونه ترلاسه کول او له دردونو څخه ځان خلاصول دي او الله ﷺ پدې برلاسی دی چې دا شيان ورته پرته له کومې وسيلې ورکړي، نو کله چې داسې شوه، بیا دا ناشونې ده چې الله ﷺ دې يو شي د بل شي لپاره سرته ورسوي.<sup>3</sup>

چې بیا همدا پورته مذهب په خپلو منځو کې سره په دوو لاندې مذهبونو ویشل شوی دی: لومړی مذهب: دوي وايي: د الله ﷺ کړنې له تعليل څخه خالي دي، پرته له حکمونو يې چې هغوي کې تعليل ځای لري، دوي زياتوي په علم کلام کې تعليل ځای نه لري، بلکې د فقهي اصولو په علم کې دا چاره ثابته ده، چې دوي سره پدې نظر کې ظاهران اختلاف لري.

دويم مذهب: دوي وايي: د الله ﷺ کړنې او حکمونه له تعليل څخه خالي دي، چې ددې ډلې مشري ابن حزم او نور ظاهران کوي.

د دواړو سترو مذهبونو له پرته کولو څخه داسې جوتېري: چې ټول علماء په فلسفي مانا سره تعليل چې د الله ﷺ له ذات څخه د ارادې سلېوالي ته مفضي کېږي ردوي، په ورته

<sup>1</sup> سورة الأنبياء/ ۲۳.

<sup>2</sup> د قرآنکریم ټکي په ټکي او روانه ژباړه، جانباذ سرفراز.

<sup>3</sup> التفسير الكبير، الفخر الرازي، دار احياء التراث، بيروت، ط ۱، ۱۹۹۷م، ۱۳۱/۲۲.

وخت کې ټول سره پدې همغږي دي چې د الله ﷻ حکمونه او کرڼې په حکمتونو او موخو باندې مشتملي دي، خو د علماوو ترمنځ اختلاف پدې کې دی چې آیا د الله ﷻ حکمونه او کرڼې پدې باندې ستاېل کېدلای شي چې دا علتونه او غرضونه دي او کنه؟ معتزله همدا ستاینه ورته مطلقاً ثابتوي او أشاعره یې مطلقاً ردوي، خو دریمه ډله بیا وايي: د الله ﷻ حکمونه او کرڼې د هغه له لورې د مهربانۍ له کبله تعلیل قبلي، نه دا چې واجب وگڼل شي.<sup>1</sup>

امام زرکشي رحمه الله وايي: د الله ﷻ په کرڼو او حکمونو کې حکمتونو ته پاملرنه هغه جایزه کرڼه ده چې پېښه شوې او هیچا ترې انکار نه دی کړی، بلکې یواځې أشاعره د علت او غرض له وصف څخه منکر دي، چې ددې او حکمتونو ته د پاملرنې موضوع ترمنځ توپیر څرگند دی او څوک چې ترې خبر ندې هغوي د شیطان په وسوسو کې پراته دي.<sup>2</sup>

د کتور عبدالعاطي وايي: متکلمین أشاعره چې له کومو علتونو، لاملونو او غرضونو څخه منکر دي، هغه دي چې پر کورونکي باندې داسې یو ډول فشار وي چې له هغې څخه د کورونکي نیمگړتیا جوتهږي او دا خبره جمهورو علماوو هم کله نده کرې بلکې هر مهال یې ترې انکار کړی، ځکه ټول سره پدې متفق دي چې الله ﷻ کامل او بشپړ مستغني ذات دی او پدې سره هم متفق دي چې د الله ﷻ حکمونه او کرڼې په حقيقي مانا سره چې په پېښو کې پېژندل شوي د علتونو او غرضونو څخه پاکې دي او پدې سره همغږي دي چې د الله ﷻ حکمونه او کرڼې د هغه د مهربانۍ او پېرزوینې له مخې په حکمتونو او مصلحتونو باندې مشتملي دي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> وگوره! طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ۱۵۷.

<sup>2</sup> البحر المحيط في أصول الفقه، امام بدرالدين الزركشي، د: عبدالستار أبو غدة، وزارت

الاقواق والشؤون الإسلامية بالكويت، ط ۲، ۱۹۹۲م، ۱۲۴/۵.

<sup>3</sup> مقاصد الشريعة و أثرها في الفقه الاسلامي، ۱۴۱-۱۴۲.

## د كفالت عقد د فقهي او حقوقو له نظره

فهرست:

- 99..... د كفالت عقد د فقهي او حقوقو له نظره.....
- 99..... د كفالت ډولونه او د هغې مقايسه د ضمان او حوالي له تړونونو سره .....
- 99..... لومړۍ مبحث: كفالت په نفس.....
- 100..... الف: د نفس كفالت د جواز او نه جواز اړوند د فقهاوو نظريات.....
- 100..... 1- د امام شافعي (رح) نظريه .....
- 100..... 2- د جمهورو فقهاوو نظريه .....
- 101..... 3- د اماميه فقهاوو نظريه .....

### دوهم څپرکي

د كفالت ډولونه او د هغې مقايسه د ضمان او حوالي له تړونونو سره  
د كفالت تړون د بشپړې څيړنې لپاره اړتيا ده چې د نوموړي تړون ساحه څرگنده شي چې  
آيا يواځې په نفس پورې اړوند دی که په مال پورې هم تړاو لري، همدا رنگه د دې لپاره  
چې د كفالت تړون په بنه توگه وڅيړل شي لازمه ده نوموړی تړون د نورو تړونونو سره په  
اندوليزه توگه وڅيړل شي، چې پورتنی موارد په جلا مباحثو کې تر څيړنې لاندې نيول  
کيږي.

لومړۍ مبحث: كفالت په نفس

د نفس په كفالت کې دوه عمده موضوع گانې د بحث وړ دي، يوه دا چې د شخص  
احضار د هغه مال لپاره تر سره کيږي چې د نوموړي پر ذمه لازم دی او که دهغې احضار  
د حسي او جزايي امورو اړوند تر سره کيږي، چې هر مورد به يې جلا جلا وڅيړل شي.

لومړی وینا: د نفس په کفالت کې د اصیل د ذمې مشغول والی  
د نفس کفالت د مواردو څخه یو بې هغه مورد چې د اصیل ذمه په مال مشغوله وي، په دې  
مورد کې فقهاوو ډول ډول نظریات وړاندې کړي چې په قوانینو کې ور څخه پیروي شوې  
او په لاندې ډول څپرل کېږي.

الف: د نفس کفالت د جواز او نه جواز اړوند د فقهاوو نظریات  
سره له دې چې ډیری فقهاء د نفس کفالت په جواز قایل دي، ولې امام شافعي (رح) په یوه  
قول کې د نفس کفالت جایز نه گڼي، له دې امله ضرور وگڼل شوه چې په دې اړه د  
فقهاوو نظریات وڅپرل شي.

### 1. د امام شافعي (رح) نظریه

امام شافعي (رح) بنا په یوه قول د نفس کفالت جایز نه گڼي او استدلال کوي چې الله  
(ج) فرمایلي دي: (معاذ الله ان نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده)<sup>1</sup> ژباړه: پناه ده الله (ج) ته  
پر دې چې مونږ دهغه چا څخه په غیر چې خپله متاع مو ورسره پیدا کړې بل څوک و  
نیسو. نو دا چې په اصیل باندې حضور لازم دی د هغې نسبت ورکول کفیل ته سم نه دي.  
بل دلیل دا وایي چې د انسان نفس د چا تر تسلط لاندې نه راځي او دکفالت په تړون  
کې کفیل تعهد کوي چې اصیل به په ټاکلي وخت کې حاضر وي، دا هغه وخت ممکن دی  
چې کفیل د اصیل په نفس باندې تسلط ولري، چې دا امر د قیاس خلاف گڼل کېږي، خو  
نوموړی قول د امام شافعي (رح) په مذهب کې د هغې قوي قول نه گڼل کېږي بلکه هغه د  
قوي قول پر بنسټ د نفس کفالت جایز گڼي او دنورو فقهاوو سره هم نظره دی.<sup>2</sup>

### 2. د جمهورو فقهاوو نظریه

د نفس کفالت د جمهورو فقهاوو (احناف، مالکیه، حنابل، شریح، سفیان ثوري، لیث  
او یو قول د امام شافعي (رح)) په آند جایز دی او په اړوند داسې استدلال کوي:

اول: د رسول کریم (ص) قول:

رسول کریم (ص) فرمایلي دي «الزعم غارم» ژباړه: کفیل ضامن دی.

دوهم: رسول کریم (ص) د یوه تهمت اړوند د یوه شخص کفالت قبول کړی دی.

<sup>1</sup> سوره یوسف، آیه ۲۹۵.

<sup>2</sup> ابو ولید، محمد، مخکینی مرجع ۲، ۲۹۵ م.

دریم: د نفس کفالت د صحابه کرامو (رض) په وخت کې ثابت شوی، کله چې حضرت علي کرم الله وجهه د حضرت عمر (رض) سره دعوا درلوده، ام کلثوم (رض) د هغې ضمانت وکړ.<sup>1</sup>

د امام شافعي (رح) په آند چې آزاد شخص د چا تر سلطې لاندې نه راځي نو باید د نفس کفالت سم و نه گڼل شي قیاس همدا حکم کوي و لې د نفس کفالت استحساناً منل شوی دی، ځکه په عرف کې هغه کسان چې په خپل مینځ کې اعتماد سره لري له یوه او بل څخه ضمانت کوي او دا دسلطې په معنا نه دی، بلکه د اعتماد په معنا گڼل کېږي، بل دا چې که چیرته د نفس کفالت ته جواز ور نکړل شي د و گړو مشکلات به لاینحل پاتې شي له همدې امله د نفس کفالت جواز د شریعت د مقاصدو څخه گڼل کېږي.<sup>2</sup>

که د وگړو ورځنیو تړونونو ته ځیر شو، گورو چې د اشخاصو د احضار کفالت یو اړ امر گڼل کېږي، ځکه ډیر ځلې مدیون دا فرصت نه لري چې خپله ذمه پوره کړي چې دا امر له یوې خوا منازعه منځ ته راوړي او له بلې خوا د ژمنې پوره کول په سم شکل نا ممکن گڼل کېږي، له همدې امله د نفس کفالت یو مهم او ضروري امر گڼل کېږي.  
3. د امامیه فقهاوو نظریه

د امامیه فقهاوو په آند د کفالت تړون یواځې د نفس تر کفالت پورې اړوند دی او د کفالت تړون په نفس ژمنه یعنې د اصیل په حاضرولو د کفیل الزام گڼل شوی دی، د دوی په آند د کفالت تړون جایز دی سره له دې چې د اهل تشیع ځینو فقهاوو هغه مکروه گڼلی دی، ځکه د کفالت تړون د پښیمانی لامل کېږي.

په دې اړوند چې د کفالت تړون موضوع څه څیزونه کېدای شي، د امامیه وو جمهور فقهاء په دې آند دي چې د کفالت موضوع یواځې د انسان نفس دی، ولې علامه حلي د کفالت تړون د نورو ژویو په احضار کې هم سم بللی دی.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الزیلعی، فخرالدین، مخکینی مرجع، ۱۱ ت ۴۳۳ م.

<sup>2</sup> ابن الهمام، کمال الدین، مخکینی مرجع، ۱۶ ت ۱۳۰ م، السرخسی، شمس الدین، مخکینی مرجع، ۱۹ ت ۱۴۲ م.

<sup>3</sup> شهید ثانی، زین الدین، مخکینی مرجع، ۲ ت ۱۶۶ م.

د افغانستان مدني قانون د کفالت تړون اړوند د اهل سنت د جمهورو فقهاو له نظريې پيروي کړې او د هغې لپاره يې احکام په نظر کې نيولي او د کفالت په نفس موضوع اړوند داسې صراحت لري: «د نفس کفالت موضوع د هغه چا حاضرول تشکيلوي چې د هغه څخه کفالت شوی دی...»<sup>1</sup>

د ايران مدني قانون هم د کفالت تړون اړوند بحث کړی دی، په نوموړي قانون کې د اماميه مذهب له فقهي څخه پيروي شوې او د کفالت تړون داسې تعريف شوی: «کفالت هغه تړون دی چې د هغې په وسيله يو د طرفينو د بل طرف پر وړاندې د دريم شخص د احضار ژمنه کوي...»<sup>2</sup>

سره له دې چې د ايران په مدني قانون کې د کفالت تړون له جواز او کراهيت څخه بحث نه دی شوی، ولې دا چې د کفالت اړوند احکام په نوموړي قانون کې ځای پر ځای شوي د دې څرگندونه کوي چې د ايران مدني قانون د اماميه مذهب له مشهورو فقهاوو څخه پيروي کړې ده.

د ويلو وړ ده چې د ايران مدني قانون هم د اماميه مذهب د فقهاوو په شان د کفالت تړون يواځې تر نفس پورې اړوند بللی دی، ولې ډاکتر جعفري لنگرودي، د ايران د برجسته وو حقوق پوهانو له ډلې څخه په خپل «عقد کفالت» نومي کتاب کې د کفالت تړون په څلور دیرش ډوله ويشلی چې ټول ډولونه يې د نفس تر احضار پورې اړوند دي.<sup>3</sup>

ادامه لری

<sup>1</sup> د افغانستان مدني قانون، ۱۶۸۴ ماده.

<sup>2</sup> د ايران مدني قانون، ۷۳۴ ماده.

<sup>3</sup> د ډيرو معلوماتو له پاره دې رجوع وشي، جعفري لنگرودي، محمد جعفر، (۱۳۷۸ هـ ش) عقد کفالت، ۳۶-۵۷ م گنج دانش کتابتون، تهران، دريم چاپ.

**تأثیر حالات مخففه بر نوع و میزان مجازات  
در رویه قضایی محاکم افغانستان**  
قسمت اخیر

فهرست:

**فصل دوم**

**اسباب کیفیات مخففه در رویه قضائی افغانستان**

104.....	مبحث اول: مصادیق قضایی کیفیات مخففه
104.....	الف : متکفل نفقه افراد واجب النفقه :
104.....	ب : متعلم و محصل بودن مرتکب.....
105.....	ج : مداخله ضعیف شریک یا معاون در وقوع جرم
106.....	د : جوان بودن مرتکب
107.....	مبحث دوم : موانع سیاست تقنینی و آزادی عمل قضائی در بکارگیری کیفیات مخففه
107.....	گفتار اول : موانع قانونی در استفاده از کیفیات مخففه
108.....	گفتار دوم : موانع قضائی کیفیات مخففه
108.....	ابهام در قانون
108.....	مجازات گراء بودن برخی قضات
109.....	موجودیت حس بی اعتمادی نسبت به قضات
109.....	فشار افکار عمومی
110.....	نتیجه گیری
112.....	مأخذ

## فصل دوم

## اسباب کیفیات مخففه در رویه قضائی افغانستان

## مبحث اول: مصادیق قضایی کیفیات مخففه

بررسی رویه قضائی نشان میدهد که قضات با استفاده از اختیارات قانونی خویش در باب استنباط مصادیق کیفیات مخففه از اوضاع و احوال مربوط به جرم و متهم، بر علاوه مصادیق مذکور در ماده (213) کود جزاء، در جهت منطبق کردن مجازات متهم با شرایط ارتکاب جرم و حالت خاص مجرم کوشیده اند، یعنی حالت یا احوالی را که در شخص متهم و یا نحوه ارتکاب جرم موجود است و اقتضای تخفیف مجازات متهم را مینماید، اگر چی شامل مصادیق یازده گانه ماده (213) کود جزاء نباشد، در احکام خویش مورد استناد قرار داده و بر اساس آن مجازات متهمین را تخفیف میدهند. بنابراین در این مبحث مصادیق قضائی را که محاکم با استفاده از مفاد بند (12) فقره (2) ماده (213) کود جزاء به آن استناد می نمایند، بیان می نمایم.

## الف : متکفل نفقه افراد واجب النفقه :

چنانچه مبرهن است هر فامیل برای امرار حیات ضرورت به نفقه دارد و مسوولیت نفقه مطابق به احکام قوانین افغانستان و شریعت اسلامی بدوش مرد می باشد و بر این اساس در رویه قضائی افغانستان متهمی که عهده دار مخارج اعضای خانواده خود باشد، متکفل شناخته شده و این امر میتواند مصادقی برای تخفیف مجازات وی باشد. بنابراین اعمال تخفیف در مجازات متهمین مذکور نوعی حمایت برای زن، فرزند و سایر افراد مستحق نفقه، متهمین می باشد، ازین رو مورد فوق میتواند بحیث مصادق قضائی کیفیات مخففه موجبات تخفیف مجازات را فراهم نماید.

## ب : متعلم و محصل بودن مرتکب

از آنجا که فراگیری علم و دانش نقش برآزنده ای در تکامل شخصیت انسان و رشد جوامع بشری دارد و داشتن سواد از اهمیت ویژه ای برخوردار است و جوانان با فرا گرفتن علوم تا اندازه ای از وضع روحی خود آگاه می گردند و میتوانند کنترل اعمال خویش را خوبتر و بهتر بدست گیرند و بدون شک با باسواد تر شدن جامعه آمار جرایم نیز کمتر خواهد شد و در واقع، با سواد بی کاهش جرایم هم رابطه معناداری دارد و شهروندان یک جامعه با سواد انتخاب های صالح بیشتری خواهند داشت و بر این اساس محکوم نمودن متعلمین و محصلین در صورت



ارتکاب جرایم کم اهمیت که وجدان عمومی را نمی آزارد، به مجازات حبس طویل المدت که اسباب محرومیت متهم را از ادامه تعلیم و تحصیل فراهم می نماید، عادلانه به نظر نمی رسد. بدین لحاظ بررسی رویه قضائی در خصوص مصادیق غیر منصوصی کیفیت مخففه نشان دهنده آنست که قضات حین رسیدگی پرونده هائیکه متهم و یا متهمین ان دانش آموز و یا دانشجو بوده اند به اعمال کیفیت مخففه اقدام نموده اند.

#### ج : مداخله ضعیف شریک یا معاون در وقوع جرم

گاهی دیده می شود که یک فرد به تنهایی قصد ارتکاب جرمی را کرده و آنرا به انجام میرساند که در این صورت این فرد را فاعل جرم یا مباشر جرم می نامند، اما غالباً اتفاق می افتد که برای ارتکاب مراحل مختلف یک جرم چند نفر نقشی را به عهده می گیرند، اگر همکاری و مساعدت این چند نفر باهم در عملیات اجرایی جرم باشد، آنها را شرکای جرم و هر یک از آنها را شریک جرم می نامند. اما اگر برخی ازین افراد در عملیات اجرایی جرم شرکت نکنند و صرفاً شرکای جرم را تحریک، تشویق، ترغیب و ... کنند، معاون جرم نامیده می شوند و معمولاً مجازات خفیف تر از شرکای جرم را دارا هستند. (1) در قانون جزای سال (1355) که بعد از انفاذ کود جزاء ملغاء قرار داده شد، صرفاً به موضوع فاعل و شریک جرم پرداخته شده بود و به شخص و یا اشخاصی که در عملیات اجرایی جرم مشارکت و همکاری داشتند، فاعل و یا فاعلین جرم اطلاق می شد و شخصی را که در عملیات اجرایی جرم شرکت نداشت و صرفاً فاعل جرم را تحریک، تشویق، تجهیز و ... می نمود، منحیث شریک در جرم به عین مجازات فاعل جرم مستحق مجازات پنداشته می شد، اما بعد از انفاذ کود جزاء موضوع معاونت در جرم مطرح و مجازات آن خفیف تر از مجازات فاعل و شریک پیش بینی گردید با این مقدمه در خصوص معرفی فاعل، شریک و معاون جرم حال به بحث اصلی خویش که عبارت از مداخله ضعیف شریک یا معاون در وقوع جرم و میزان مسوولیت جزائی آنها است بر می گردیم. از بررسی رویه قضائی محاکم افغانستان در خصوص مصادیق قضائی کیفیت مخففه میتوان به این نتیجه رسید که قبل از انفاذ کود جزاء مداخله ضعیف شریک (به اساس کود جزاء معاون) در ارتکاب جرم، مصداقی

۱- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۳) حقوق کیفری اختصاصی، جلد اول، انتشارات میزان چاپ

برای تخفیف مجازات متهم در نظر گرفته شده و قاضی دوسیه با توجه به نقش شریک در ارتکاب جرم هر چند قانون، مجازات شریک را همانند مجازات فاعل پیشینی نموده بود، به تخفیف مجازات (شریک) اقدام نموده اند. بعد از انفاذ کود جزاء که موضوع شراکت مندرج در قانون جزای (1355) به عنوان معاونت در جرم و با یک درجه تخفیف در مجازات وی نسبت به فاعل و یا شرکاء، وضع گردیده است، از اقدامات مثبت قانون گذار در قانون جدید به شمار رفته و میتواند سبب کاهش اختلاف در آراء صادره محاکم گردد.

#### د : جوان بودن مرتکب

سن متهم حین ارتکاب جرم از منظر اعمال کیفیات مخففه در محاکم، یکی دیگر از مسایل مهم و قابل توجه بوده است چنانچه در بحث مصادیق قانونی کیفیات مخففه اشاره گردید، کبر سن در متهمین بر اساس بند (11) فقره (2) ماده (213) کود جزاء، یکی از جهات تخفیف مجازات پذیرفته شده است. در عین حال بررسی رویه قضائی نشان میدهد که قضات حین رسیدگی پرونده ها به جوان بودن مرتکب در برخی جرایم توجه نموده اند و این امر مبنای اعمال مقررات تخفیف قرار گرفته است. اساساً اختلافات بارز جسمانی، روانی و شخصیتی جوانان با بزرگسالان ایجاب می کند که هم در تعیین و هم در نحوه اجرای پاسخ های نظام عدالت کیفری دقت و حساسیت بیشتری به خرج داده شود و به نظر میرسد با توجه به اصل باز پذیری، عملکرد محاکم به این سمت جهت گیری نموده که سن پائین متهم، به وجود آورنده یک کیفیت مخففه است. ضمناً بنابر دیدگاه کیفر شناسان تطبیقی، ((سن نو جوانی یکی از معیار های گذشت توسط قاضی است که می تواند به وجود آورنده کیفیات مخففه باشد))<sup>(1)</sup>. همچنان بررسی رویه قضائی محاکم افغانستان در خصوص مصادیق قضائی کیفیات مخففه بیانگر آن است که قضات با توجه به مفاد بند (12) فقره (2) ماده (213) کود جزاء که صلاحیت استنباط حالات و جهات تخفیف مجازات را با در نظر داشت اوضاع و احوال مربوط به جرم و متهم، به محاکم واگذار نموده است، به نحوه گسترده ای در خصوص متناسب کردن مجازات با شخصیت مجرم و جرم ارتكابی، سود جسته اند. در احکام محاکم جزائی علاوه بر مصادیق فوق الذکر احوال مربوط به جرم و مجرم از قبیل، موقف اجتماعی مرتکب همچون داکتر، معلم ... وضعیت اقتصادی (فقر و

<sup>1</sup> - Jean PRADEL, OP . CIT , Para . 660 , P . 616

تنگدستی) و یا مواردی همچون عدم درک عواقب عمل به نسبت خورد سن بودن، همیشینی با دوستان ناشایسته و مراجعه داوطلبانه مرتکب به اداره پولیس نیز به عنوان کیفیات مخففه قضائی به تنهایی و یا در کنار سایر جهات تخفیف مورد استناد قرار گرفته اند.

مبحث دوم: موانع سیاست تقنینی و آزادی عمل قضائی در بکارگیری کیفیات مخففه قانونگذار در برخی موارد به دلیل اهمیت جرم یا اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، تخفیف مجازات را ممنوع کرده است و یا هم گاهی اتفاق می افتند، محاکم به رغم عدم موجودیت موانع قانونی بنابر عواملی از اعمال تخفیف مجازات خود داری می نمایند، بنابراین درین مبحث ابتداء موانع قانونی کیفیات مخففه را به بررسی گرفته و به دنبال آن موانع قضائی کیفیات مخففه را بیان خواهیم کرد.

گفتار اول: موانع قانونی در استفاده از کیفیات مخففه

به رغم حاکمیت ماده (213) کود جزاء بر کلیه مجازاتهای تعزیری، قانونگذار در برخی از موارد خاص و استثنایی برخوردار می باشد. ماده (60) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات، اشخاص مندرج مواد (59,56,55,48,47,46) این قانون از رهائی مشروط، تعلیق تنفیذ مجازات، حالات مخففه و رأفت قضائی و عفو مستفید شده نمی توانند. ماده (46) قانون مذکور در رابطه به ارتکاب جرایم مربوط به مواد مخدر با سوء استفاده از نفوذ و اخلال عدالت توسط مقام یا کارمند عالی رتبه دولت بوده و ماده (47) آن در مورد استخدام کننده، تحریک و یا اجبار و تهدید توسط اشخاص غیر از مقامات عالی رتبه دولت صراحت دارد و همچنان در ماده (48) مجازات اشخاصیکه مواد مخدر را برای معتادین توزیع و یا به فروش می رسانند پیش بینی گردیده و اشخاص مذکور بر علاوه جزای اصل جرم قاچاق مواد مخدر، به مجازات جداگانه نیز محکوم می گردند. بناءً بر اساس ماده (60) قانون مبارزه با مواد مخدر اعمال تخفیف در مورد مجازات مقامات دولتی که با استفاده از مقام و نفوذ جرایم مربوط به مواد مخدر را مرتکب شود و یا اشخاصی غیر از مقامات دولتی، افراد و اشخاص را جهت ارتکاب جرایم قاچاق مواد مخدر و مسکرات استخدام نماید و همچنان اشخاصیکه مواد مخدر را برای معتادین توزیع و بفروش میرسانند، ممنوع گردیده است، ضمناً اشخاص مندرج مواد (59,56,55) قانون فوق الذکر در موضوعاتی چون سوق دادن به اعتیاد اجباری، رهبری و اداره

اعضای شبکه قاچاق مواد مخدر و مجرمین متکرر از مزیت تخفیف مجازات بی بهره بوده و قانوناً مستحق تخفیف مجازات شناخته نشده اند.

با توجه به توضیحات فوق احکام متعلق به تخفیف مجازات بنا بر عمومیت ماده (213) کود جزاء مشمول کلیه جرایم و مجازاتهای تعزیری بوده به استثنای ماده (60) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات که بعد از انفاذ کود جزاء نافذ و اعمال تخفیف را در مورد مجازات برخی اشخاص مندرج در قانون مذکور صراحتاً منع نموده است.

گفتار دوم: موانع قضائی کیفیات مخففه

ابهام در قانون

ماده (211) کود جزاء تحت عنوان اجتماع احوال مخففه و مشدده، موضوع جمع شدن معاذیر قانونی، احوال مخففه و مشدده قضائی را در یک جرم بیان نموده و فقره اول آن از رعایت ترتیب در اعمال موارد فوق متذکر گردیده و فقرات (2 و 3) آن از درجه اهمیت و قوت و ضعف هر یک از موارد مذکور سخن بمیان آورده طوریکه فقره (2) ماده مذکور معادل بودن احوال مشدده با معاذیر قانونی و احوال مخففه را موجب ترک اعمال هر یک از موارد فوق دانسته و تصریح میدارد که محکمه می‌تواند به جزای اصلی پیش بینی شده جرم، حکم نماید و نیز بر طبق فقره (3) آن در صورتی که احوال مذکور دارای اثرات متفاوت باشد، قوی ترین آن قابل اعمال می‌باشد. اما معیار تشخیص معادل بودن و یا قوت و ضعف اثرات احوال مشدده و مخففه و معاذیر قانونی در ماده مذکور و یا مواد دیگر قانونی مشخص نگردیده و قانون در زمینه سکوت می‌باشد که این ابهام در قانون رویه قضائی را متأثر ساخته و باعث گردیده است تا قضات حین رسیدگی قضایا در صورت مواجه شدن با چنین حالت، کیفیات مخففه را اعمال نمایند.

مجازات گراء بودن برخی قضات

در اینکه مجازات شدید در خصوص برخی جرایم مهم، مفید و ضروری بوده و وجهه شرعی نیز دارد، تردیدی نیست، اما عدم توجه به وضعیت مجرم و چگونگی وقوع جرم حین تعیین مجازات آثاری سوء را در پی داشته و هدف اصلاحی تامین نخواهد شد، مجازات گراء بودن قضات میتواند معلول عواملی مختلف از جمله مجازات گرائی احاد جامعه، پیشینه خانوادگی و تربیتی قاضی، سوابق بزه دیدگی قاضی یا نزدیکان وی، فقدان آموزش های جرم شناختی و عدم اعتماد قاضی به مؤثریت کیفیات مخففه ... باشد. در بعد قضائی معیار های تعیین مجازات به نحو

مطلوب به قضات آموزش داده نشده و تبیین نگردیده است، بنابراین ارائه آموزش های جرم شناختی به قضات که در آن طبیعت، وسعت، علت و کنترل رفتار مجرمانه در فرد و جامعه، نهاد های کنترل کننده و سازمان های اصلاح کننده مورد بحث قرار می گیرند. (1) و جهت پیشگیری از وقوع جرم به شخصیت مجرم و شیوه های بهسازی آن توجه صورت گرفته است. (2) در تغییر نگرش قضات به مجرم و مجازات ضرورتی انکار ناپذیر است.

#### موجودیت حس بی اعتمادی نسبت به قضات

مورد دیگری را که از محتوای مصاحبه های انجام شده به عنوان موانع قضائی کیفیات مخففه میتوان بر شمرد، توجیه بد گمانی نسبت به قضات اعمال کننده تخفیف مبنی بر عملکرد تبعیض آمیز آنها و یا اخذ رشوه می باشد، که روی این ملحوظ گاهی اتفاق می افتد قضات با وصف موجودیت شرایط اعمال تخفیف از اینکه در مظان اتهام قرار نگیرند، از اعمال این کیفیات خود داری می نمایند.

#### فشار افکار عمومی

بر اساس ماده نهم قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه، محکمه حین رسیدگی قضیه مستقل بوده، حکم خویش را بر اساس قناعتی که از دلایل مطروحه نزد آن فراهم می شود، در حدود احکام قانون صادر می نماید، رسیدگی و اصدار حکم توسط محکمه بر اساس اصل تساوی طرفین قضیه در برابر قانون با رعایت عدالت و بی طرفی صورت می گیرد، فقره (1) ماده (4) کنوانسیون بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز به تضمین استقلالیت و بی طرفی محاکم حکم می کند، ضمناً فصل دوم مقرر طرز سلوک قضائی برای قضات، تحت عنوان وظایف و مسوولیت های قضات، بیشتر به استقلالیت و بی طرفی قضات در اجراءات شان تأکید نموده و ماده سوم این مقرره چنین مشعر است: (( استقلال و بی طرفی قاضی تضمین کننده احقاق حق و تأمین کننده عدالت توسط قاضی است )) .

بنابراین چون استقلال و بی طرفی محاکم و قضات برای تأمین عدالت بسیار مهم و ضروری می باشد و براین نکته هم در قوانین و مقرره های داخلی و هم در اسناد بین المللی تأکید زیاد

<sup>1</sup> - گسن، ریموند (1988)، ترجمه مهدی کی نیا، مقدمه ای بر جرم شناسی، تهران 1370،

صورت گرفته اما بررسی رویه قضائی در خصوص اعمال کیفیات مخففه نشان دهنده آنست که برخی عوامل از جمله رسانه ای شدن برخی قضایا و فشار افکار عمومی به تشدید مجازات، فشار های مقامات قضائی و غیر قضائی، سیاسی شدن برخی قضایا از جمله قضایای مربوط به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی .... در تصمیم گیری های قضات تأثیر گذار بوده و استقلالیت محاکم و غیر جانبداری قضات را بعضاً زیر سوال می برد و این امر باعث رغبت قضات به اعمال مجازات شدید و نادیده گرفتن اوضاع و احوالی می گردد که جرم تحت تأثیر آن بوقوع پیوسته است.

### نتیجه گیری

با توجه به خصوصیات روحی متفاوت و شرایط محیطی و جمعی مختلف در ارتکاب جرم و عدم امکان پیش بینی تمام این موارد از سوی مقنن و از طرف دیگر نظارت جامعه و عکس العمل مردم نسبت به مجازات ها و عدم پذیرش مجازات های نامناسب و غیر عادلانه، اعمال تخفیف در مجازات ها ضروری بوده و اصل تخفیف مجازات مورد پذیرش مقنن قرار گرفته است. و درخصوص ارتباط کیفیات مخففه با اصل قانونی بودن مجازات ها، با توجه به این که مقنن موارد و مراجع اعمال تخفیف، حدود و میزان تخفیف را مشخص می نماید و با عنایت به اینکه این امر در جهت رعایت حال متهم است، منافاتی با اصل مذکور نداشته بلکه بحث کیفیات مخففه و استفاده از آن بسیار دقیق و ظریف است و در اصلاح و درمان مجرمین نقش چشم گیری دارد و قاضی باید در حد امکان و توان با برخورد دقیق و صحیح و با توجه به شخصیت مجرم و اوضاع و احوال و مختصات جرم ازین کیفیات در حد مطلوب استفاده نماید تا باشد مرتکب جرم را به انجام اعمالی که به عنوان کیفیات مخففه پیش بینی شده تشویق و ازین طریق منافع بزه دیده و کل جامعه بهتر تأمین شود.

مصادیق تخفیف مجازات طوریکه مورد بررسی قرار گرفت در ماده (141) قانون جزای سال (1355) و ماده (213) کود جزاء غیر حصری بوده و قاضی حین اصدار حکم می تواند مصادیق دیگری را که در قانون ذکر نشده اما در ارتکاب جرم موثر است، از اوضاع و احوال مربوطه به جرم و مجرم استنباط نموده و بر وفق آن به تخفیف مجازات اقدام نماید. تسجیل یازده شماره از مصادیق تخفیف طی فقره (2) ماده (213) کود جزاء که در قانون قبلی صرفاً به بیان دو مصداق (تحریک غیر حق مجنلی علیه و ارتکاب جرم بر اساس انگیزه شریفانه) اکتفاء شده بود. با توجه

به پرونده های که درین خصوص مورد بررسی قرار گرفت، توانسته است تا حدی در کاهش تشتت آراء و ایجاد رویه واحد مؤثر واقع شود. اختیارات قاضی در تعیین میزان مجازات بعد از تخفیف نیز به موجب مواد (145 و 146) قانون جزا و مواد (214 و 215) کود جزاء تحدید و تنظیم گردیده و قاضی نمی تواند در اعمال تخفیف مجازات از حدودی که قانون گذار مشخص نموده یا فراتر گذارد که این ضابطه مندی اختیارات قاضی در تعیین مجازات، گامی موثری جهت اجرای عدالت به نحو یکسان و با رویه واحد خواهد بود. زیرا هرگاه اختیارات قاضی در تعیین مجازات ها نا محدود و غیر مشخص باشد، خوف اعمال نظرهای شخصی قاضی در اجرای عدالت جزائی خواهد رفت. بنابراین تعیین میزان مجازات بعد از تخفیف توسط قانونگذار باعث می شود تا قضات از اعمال نظر های خود کامه بپرهیزند و همه در یک راستا و چهارچوب مجازات را تخفیف دهند و باعث صدور آراء متفاوت نگردند.

الزام قاضی به ذکر جهات تخفیف در حکم که در ماده (147) قانون جزای سال (1355) و ماده (216) کود جزاء به آن پرداخته شده، مانع استفاده بی جا و بی رویه از نهاد تخفیف مجازات بوده زیرا عدم ذکر دلایل توجیهی مجازات انتخاب شده، زمینه استبداد قضائی و برخورد های سلیقه ای را فراهم آورده و قاضی را در مظان اعمال نفوذ و خروج از بی طرفی قرار می دهد. همچنان که ذکر دلایل عدم استفاده از اختیارات قانونی، حینیکه متهم و یا وکیل مدافع وی به موجودیت دلایل مخففه استناد نماید، بموجب فقره (2) ماده (216) کود جزاء نیز ضروری است. بنابراین قضات محاکم، همان گونه که مکلف به ذکر دلایل مجرمیت متهم و مستندات قانونی حکم هستند، به تبیین چرایی تصمیم خود در مورد نوع و میزان مجازات نیز ملزم می باشند و همچنان بر طبق فقره (32) ماده (4) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه مدلل نبودن حکم قاضی یکی از موارد نقض حکم بوده و عدم تصریح اسباب تخفیف در حکم موجب نقض حکم را فراهم می نماید. در ماده (211) کود جزاء قانون گذار جمع بین کیفیات مخففه و مشدده را پذیرفته است اما بررسی رویه قضائی بیانگر اختلاف قضات و صدور آراء متفاوت درین مورد می باشد که با توجه به مصاحبه های انجام شده با قضات، دلیل این اختلاف ابهام در متن ماده مذکور و عدم صراحت قانون در خصوص چگونگی اجرای کیفیات مخففه در مورد مجرمین متکرر می باشد. ضمناً قانونگذار در موضوع جمع بین دو جهت مشابه تخفیف نیز سکوت اختیار

نموده است همانند موضوع مندرج جزء (3) فقره (2) ماده (213) کود جزاء و ماده (132) کود مذکور.

در خصوص اختیار قاضی مبنی بر اعمال و یا عدم اعمال کیفیات مخففه باید متذکر شد که اجراء و اعمال تخفیف مجازات به میزان بسیار گسترده ای به تشخیص و اختیار محکمه بوده و جزء در موارد محدود (معاذیر مخففه قانونی)، الزامی برای محاکم وجود ندارد.

تخفیف مجازات در محاکم قابل اعمال بوده و ازین حیث بین مراجع رسیدگی از جهت نوع جرم (اعم از سیاسی، نظامی و عادی) و نیز مرحله رسیدگی (ابتدائی، استیناف و تمیز) تفاوتی وجود ندارد و بجز اشخاص مندرج در ماده (60) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات، تمامی اشخاص و جرایم مشمول کیفیات مخففه شده می‌توانند. اما از لحاظ قضائی از بررسی پرونده‌ها و مصاحبه‌های انجام شده با قضات و وکلای مدافع میتوان نتیجه گرفت که در عمل برخی عوامل که قضات به آن اشاره نموده‌اند از قبیل قرار گرفتن در مظان اتهام و توجیه بدگمانی نسبت به قضات اعمال‌کننده تخفیف مبنی بر اخذ رشوت و یا جانبداری از متهم، هراس از نقض فیصله و اعمال فشارهای داخلی و خارجی، سبب شده است تا قضات حین رسیدگی پرونده با وصف موجودیت اسباب و جهات کیفیات مخففه، علاقه‌ای به اعمال آن نشان ندهند. در حالیکه در صورت وجود جهات تخفیف، برخورداری از آن حق متهم بوده و محاکم نباید بدون علت از اعمال آن خودداری نمایند بلکه قاضی در استفاده از اختیارات خود هم‌زمان باید به مصالح عمومی و اجرای عدالت توجه کافی داشته باشد.

مأخذ

کتاب:

- 1- احمدی، ابهری، محمد علی (1377)، اسلام و دفاع اجتماعی، نشر دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
- 2- اردبیلی، محمد علی (1393) حقوق جزای عمومی، جلد سوم، نشر میزان، چاپ دوم.
- 3- ایمانی، عباس (1392) فرهنگ اصطلاحات حقوقی، تهران، نشر میزان.
- 4- آقایی نیا، حسین (1383) تخفیف مجازات ((سلطنت مطلق یا اختیار مقید)) علوم جنائی، انتشارات سمت.



- 5- آماده، غلام حسین (1389)، اختیارات قاضی در تعیین مجازات، انتشارات دادگستری، چاپ اول.
- 6- باهری، محمد (1384)، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، انتشارات مجد، (1384).
- 7- بکاریا، سزار (1385) رساله جرایم و مجازات ها، ترجمه محمد علی اریبلی.
- 8- پیمان، ضیاءالدین (1374) بررسی تاریخی و تطبیقی تعدد جرم.
- 9- پیرادل، ژان (1387)، تاریخ اندیشه های کیفری، ترجمه نجفی ایرند آبادی، علی حسین، انتشارات سمت.
- 10- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (1382)، فرهنگ حقوق، چاپ سوم، جنگل.
- 11- زراعت عباس (1393) شرح مسبوط قانون مجازات اسلامی، جلد دوم، انتشارات جاودانه چاپ اول، تهران.
- 12- سیز واری نژاد، حجت (1393)، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران.
- 13- ساولانی، اسماعیل (1393) حقوق جزای عمومی، مؤسسه انتشارات داد آفرین، چاپ پنجم، تهران.
- 14- سمیعی، حسن (1381)، حقوق جزاء، چاپ خود کار و ایران.
- 15- سلیمی، صادق (1393)، ((چکیده حقوق جزای عمومی))، انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ چهارم.
- 16- شامیبانی، هوشنگ (1392) حقوق جزای عمومی، جلد سوم، انتشارات مجد، چاپ دوم.
- 17- صانعی، پرویز (1376) حقوق جزای عمومی، جلد (1)، انتشارات دانشگاه ملی ایران، تهران.
- 18- عمید، حسن (1376)، فرهنگ عمید، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ دوم.
- 19- علی آبادی، عبدالحسین (1368)، حقوق جنائی، جلد دوم، انتشارات فردوسی.
- 20- عوده، عبدالقادر (1372) التشریح الجنایی الاسلامی، جلد اول، ترجمه ناصر قربان نیا و دیگران.
- 21- فواد، رزق، الاحکام الجزائیه العامه، انتشارات الحلبي الحقوقیه، (2003).
- 22- فوکو، میشل (1376) بررسی یک پرونده قتل، برگردان مرتضی کلانتریان، نشرگاه چاپ اول.

- 23- فرهی، بابک (1394)، (مختصر حقوق جزای عمومی) طرح نوین اندیشه ها، چاپ اول، تهران.
- 24- کاتوزیان، ناصر (1389)، مقدمه علم حقوق، انتشارات شرکت سهامی، چاپ (76)، تهران.
- 25- گارو (1348)، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزاء، ترجمه سید ضیاءالدین نقابت، جلد دوم.
- 26- گلدوزیان، ایرج (1389) بایسته های حقوق جزای عمومی جلد (2)، نشر میزان.
- 27- گسن، ریموند (1988) ترجمه مهدی کی نیا، مقدمه ای بر جرم شناسی، تهران (1370).
- 28- معین، محمد (1388)، فرهنگ فارسی، موسسه انتشارات امیر کبیر، جلد سوم.
- 29- مدنی، سید جلال الدین (1395)، رویه قضائی، انتشارات پایدار.
- 30- مکارم شیرازی، ناصر (1389)، عوامل تخفیف جرم و مجازات، قم، نشر امرالمومنین.
- 31- ملک اسمعیلی، عزیزالله، (1355) حقوق جزای عمومی، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- 32- محسنی، مرتضی (1375)، کلیات حقوق جزاء، جلد اول، انتشارات گنج دانش چاپ دوم، تهران.
- 33- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۳) حقوق کیفری اختصاصی، جلد اول، انتشارات میزان چاپ هفدهم.
- 34- نوروزی فیروز، رحمت الله، (1390) حقوق جزای عمومی - مجازات، نشر میزان، چاپ اول، تهران.
- 35- نوریها، رضا (1390)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان.
- 36- ولیدی، محمد صالح (1385)، حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات سمت، جلد اول.
- مقالات :
- 37- آشوری، محمد (1388)، ارزیابی قواعد ناظر به کیفیات مخففه در حقوق ایران، فصلنامه حقوق، شماره (2).
- 38- پاک نهاد، امیر (1385) عذر تحریک، مجله حقوقی دادگستری، شماره (54).

- 39- جوانی جعفری، عبدالرضاء و شاهیده، فرهاد (1392)، رفتار و گفتار تحریک آمیز بزه‌دیده، آموزه های حقوقی کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره (5).
- 40- حائری، مجید (1342)، کیفیات مخففه، مجموعه حقوقی، شماره (2).
- 41- حبیب زاده، محمد جعفر (1392)، مبنا و ملاک تعزیر، ماهنامه دادرسی، شماره (32).
- 42- خانی، محمد (1393)، عدم تحمل کیفر، مبانی و معیار های حقوقی، فصلنامه حقوقی پزشکی.
- 43- دامغانی، محمد تقی (1393)، (معایب تخفیف مجازات و مزایای آزادی مشروط)، مجله قانونی و کلاء، سال دوازدهم.
- 44- رضوی فرد، بهزاد (1395)، کیفیات مخففه کیفر در اسناد و آراء محاکم کیفری بین المللی، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، شماره چهاردهم.
- 45- شقاقی، عباس (1394)، حدود اختیارات قاضی کیفری در تخفیف مجازات، پایان نامه.
- 46- عطالو، صدیار (1393) کیفیات مخففه قضائی در حقوق جزای ایران، منتشر در پیام آموزش شماره (12,13).
- 47- عابدینی، محمد حسن (1394)، کیفیات مخففه مجازات در نظام کیفری ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تفت.
- 48- مفاخری، فاضل (1381)، اعاده دادرسی در امور کیفری، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
- 49- مروستی، یحیی (1345)، علل مخففه مجازات، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره اول.
- 50- نجفی، مهدی (1395)، کلیات تخفیف و تشدید مجازات در آئین دادرسی ایران.
- 51- نوریها، رضاء (1380)، تعدیل شدت مجازات (تخفیف کیفر)، مجله تحقیقات حقوقی، شماره (33,34).
- 52- نجفی ابرند آبادی، علی حسین، واکاوی اختیار قاضی در تخفیف مجازات، مجله تحقیقات حقوقی شماره (5).
- 53- وکیلان، حسن (1397)، جایگاه رویه قضائی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال نهم، شماره (58).
- قوانین

- 54- کود جزای افغانستان.  
 55- قانون جزای سال (1355).  
 56- قانون اجراءات جزائی.  
 57- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه.  
 58- قانون منع خشونت علیه زن.  
 59- قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات.

منابع انگلیسی

- 60- Ashworth, Andrew, (1993), Criminal Justice and Deserved Sentences, Duff Antony Dartmouth.  
 61- Ch. Perelmant, (1963), The Idea Of Justice, Translated By John Petrie (London Boutledge & Kegan Paul), Newyork : The Humanities Press.  
 62- Stone, Martin, (2002), Formalism, in : The oxford Handbook Of jurisprudence & Philosophy Of Law, edited by : Jules Coleman and Scott Shapiro, oxford university Press.  
 63- Tonry, Michel, (1994), Proportionality and Interchangeability Of Punishment, lth Ed, Duff,R.A, Garland. David, Newyork, Oxford Univresity Press.

## د فكري ملكيتونو پر حقوقو تېري او مجازات يې

(1)

بشر د تاريخ په اوږدو کې توانيدلي دی په خپل قدرت او فكري توان سره ورځ تر بلې له نا مکشوفه طبيعت څخه پرده پورته کړي، په تفکر او تخييل سره له حسي چارو ځيني پښه واپوي، په خورا زيات هنر او ذوق سره، په بهرنيو آثارو کې ښکلا مجسمه کړي او د نورو دليد پر وړاندې يې کښيږدي. بشر په خلاقيت او ابداع سره پر طبيعت لا زيات د واکمنۍ ابزار (اوزار) تر لاسه کړي دارنگه چې له ډيرو کوچنيو څخه تر ډيرو سترو موجوداتو پورې يې د خپلې پوهې په حوزه کې راوستي دي. دا پرمختگ او پراختيا که څه هم ډيره ورو او پخه پيل شوه، خو د وروستيو پيړيو په ترڅ کې او د صنعتي انقلاب په پيښيدو سره يې خپل ځان ته مخ پر لوړه تگلوري ونيوه. دارنگه چې اوسني عصر يې «د اطلاعاتو د انفجار» په عصر بدل کړی دی. دا پراختيا او پرمختگ د ډيرو کړاوونو پور وړي دي چې په ډيرې مادي او معنوي پانگې اچونې سره د داسې ستر تحول زمينه جوړوونکي شوي دي. دا هميت وړ مسأله دا ده چې فكري لاس ته راوړنه او بریا سره له دې چې په سختۍ لاس ته راځي، خو د صنعتي او ميخانيکي وسايلو په مرسته په اسانۍ سره، د تقليد وړ او تکثير او توزيع منونکي دي. که په تير وختونو کې يو چا يوه ابداع کوله، د هغه زيات تکثيرول په ډيره سخته صورت مونده په داسې ډول چې د تکثير لپاره يې مصرف شوي لگښت د هغه پر فكري اړخ او هنري لگښت باندې غلبه پيدا کوله. خو نن ورځ ابداع او اختراع او تأليف ستونزمن او ډير لگښت غواړي خو تکثيرول يې آسانه دي. د دې وضعيت پايله دا ده چې د فكري چارو مادي او اقتصادي منافع او گټې د تکثيروونکو او تقليدوونکو په لاس کې قرار ونيسي او که چيري د پنځوونکي ملاتړ ونشي

او ونه شي کولای د خپل اثر له اقتصادي او معنوي منافعو څخه لازمه گټه واخلي، ډيری به پوهه د سوداگرۍ په نړۍ کې په «تجارتې اسرارو» بدله شي او څوک به حاضر نه شي خپلې تجربې او معلومات په آسانۍ سره د نورو په واک کې ورکړي، حال دا چې د پوهې بهير او د هغه وده يو له بل پورې تړلې او سره نغښتې جريان دی او د نن ورځې د پوهانو پوهه به په راتلونکي کې د پوهې د پرمختگ زمينه جوړوونکي وي. له دې امله، بايد داسې لاره ومومو چې پوهان د خپل فکري فعاليت څخه د گټې اخيستلو په ترڅ کې، حاضر وي خپلې فکري بریا وې د نورو په واک کې ورکړي. له همدې کبله پوهانو، د وخت په تيريدو سره د فکري مالکيت نظام طراحي کړی دی تر څو د هغه په سيوري کې د پنځوونکو، توليدوونکو او مصرف کوونکو گټې تأمين شي.

د اوسني فکري مالکيت نظام، په تيرو څلوروسو کلونو کې د بشر د تجربې حاصل دی چې د وخت په تيريدو او زياتو تحولاتو سره يې قواعدو شکل نيولی دی. په دې نظام کې د فکري مالکيت مفهوم او په هغه پورې اړيکمن نور مفاهيم ورو، ورو لاپسې روښانه شوي، د فکري مالکيت مصاديقو پراختيا موندلی، د ملاتړ اړخونو يې زياتوالی موندلی او په هکله يې د حقوقي نظامونو نږدېوالي زيات شوی او نن ورځ ترې د جزايي ملاتړ شاهدان هم يو. په دې ترتيب سره د فکري مالکيت مفهوم خورا يو نوي مفهوم دی چې په سوداگريزو، علمي او ادبي ډگرونو کې له فکري فعاليتونو او محصولاتو څخه ملاتړ کوي او په دوه برخو صنعتي مالکيت او ادبي او هنري مالکيت شامل دي. د صنعتي مالکيت په برخه کې په عمده توگه د اختراع حق، صنعتي او سوداگريزي نڅښې (علامې) صنعتي طرحې او جغرافيوې نښانې مطرح کيږي او د ادبي او هنري مالکيت په برخه کې د مولفانو، مصنفانو، هنرمندانو او د کمپيوټري سافټ ويرونو رامینځ ته کوونکو (پنځوونکو) حقوق او کپي رايټ پورې د اړيکمنو جانبي حقوق چې په انځوريزو او غږيزو (ليدونکو او اوريدونکو) آثارو شاملېږي، تر څيړنې لاندې نيول کيږي.

د فکري مالکيت د حقوقو په اړوند، بيلابيل تعريفونه وړاندې شويدي له هغې جملې «د معنوي مالکيت حقوق د کلمې په پراخه معنا په علمي، صنعتي او ادبي او هنري ډگرونو

کې له فکري پنځونو او نوښتونو ځيني له راولاړو شويو حقوقو څخه عبارت دي.»<sup>(۱)</sup> کوم تعريف چې د فکري مالکيت نړيوال سازمان (WIPO) له فکري مالکيت ځيني کړي دی عبارت دی له دې څخه: «قانوني حقوق دي چې افراد يې په صنعتي، علمي، ادبي، هنري او نورو ډگرونو کې د فعاليتونو په واسطه په لاس راوړي.»<sup>(۲)</sup>

افغانستان په دې هکله دوه قوانين لري، يو له فکري مالکيت څخه د ملاتړ قانون او بل د مخترع او مکتشف له حق څخه د ملاتړ قانون. له فکري مالکيت څخه د ملاتړ قانون، فکري مالکيت دارنگه تعريف کړيدي: «معنوي حقونه: د يو فکري اثر د څرگندوونکي شخصيت پورې اړوندې غير مادي ښيگڼې دي، چې له امله يې هغه تل د يو لړ ځانگړو حقونو څخه برخمن دي.»<sup>(۳)</sup> او همدارنگه د مخترع او مکتشف له حق څخه د ملاتړ قانون، دا حق دارنگه تعريف کړيدی: «اختراع يا اکتشاف، د مخترع يا مکتشف انحصاري حق دي، چې توليدي عرصي، پروسس، نوې تکنالوژي او اختراعي قدمې چې د صنعتي کارونې وړتيا ولري په کې شاملې دي، تر ملاتړ لاندې نيول کېږي. په دې شرط چې د دغه قانون د حکمونو مطابق ثبت شوي وي.»<sup>(۴)</sup>

په دې ترتيب، نن ورځ د فکري (معنوي) مالکيت د اهميت او په ملي، سيمه ييزو او نړيوالو کچو کې د هغه د ساتنې او خونديتوب په باره کې خورا ډير مباحثونه مطرح دي او د انټرنټ د نړيوالي شبکې له لارې د اړيکو پراختيا او ټولو اطلاعاتو ته د چټکي او آساني

<sup>1</sup> - سيدحسن ميرحسينی، مقدمه ای بر حقوق مالکيت معنوی، ۱۳۸۴، ص ۱۹.

<sup>2</sup> - Intellectual property, very broadly, means The legal rights which result from intellectual activity in the industrial, scientific, literary and artistic fields.

<sup>3</sup> - د مؤلف، مصنف، هنرمند او محقق (څيړونکی) د حقوقو ملاتړ (کاپي رايټ) قانون، د رسمي جريدې پرله پسې نمبر (۱۲۳۰)، د خپريدو نيټه: ۱۳۹۵/۷/۲۴.

<sup>4</sup> - د مخترع او مکتشف د حقوقو د ملاتړ قانون، د رسمي جريدې پر له پسې نمبر (۱۲۵۸) د خپريدو نيټه: ۱۳۹۶/۲/۲۰.

لاسرسی وړتيا او د نورو له آثارو او برياوو څخه د ځينو افرادو ناوره گټه اخیستې د دې ډول مالکیت د ساتنې اهمیت او اعتبار زیات کړي دي. هماغسې چې د قانوني نظام جوړښت، فرهنگي او ټولنیز ژوندانه ته نظم بخښي د مؤلف د حق مقررات او قوانین هم کولای شي د انسان د افکارو او اندیښنو د نړۍ ارتباطي کړۍ (حلقه) وي. د مؤلفانو او لیکوالو د آثارو لپاره د دې حق له شتون پرته به هغوي نور د اثر پنځولو ته اقدام و نکړي او په را مینځ ته شوې بې نظمۍ کې د انسان ذهني خلاقیت تباهی ته را کارل کېږي. له دې کبله، د فکري مالکیت په قانون کې فرضیه دا ده چې نوښتگرې او پنځوونکي افکار هغه وخت را پورته کېږي او وده مومي چې د اثر د انحصاري حق خاوندان وکولای شي له مالي او معنوي نظره له خپل کار څخه گټه واخلي او د خپل له استنساخ (نسخې اخیستلو) ځینې پرکنترول حق ولري؛ ځکه قانون د اثر د خاوند لپاره دوه ډوله حقونه په رسمیت پیژندلې دي، یو مادي حق چې وکولای شي په سوداگریز بازار کې په انحصاري بڼه د هست شوي محصول له مادي گټې څخه د تولید له پراوه بازار ته له وړاندې کولو پورې برخمن شي او دوهم معنوي حق چې د هغه په واسطه د اثر د پنځوونکي شخصیت او نوم تل ورسره خوندي (محفوظ) پاتې شي او په اثر کې هر ډول تغیر یا کمول هم وروسته پخپله د ده په واسطه سرته ورسېږي. لکه دارنگه چې مولانا جلال الدین محمد بلخي حق لري تل د «مثنوي» د نفیس (قیمتي) اثر د پنځوونکي په عنوان ونومول شي. په همدې دلیل د بشر فکري محصول او خلاقیت د نړیوالو آسنادو تر ملاتړ لاندې هم راغلي دي د مثال په توگه د ۱۹۹۶ کال تصویب شوي د فکري مالکیت د حقوقو نړیوال سازمان د مولف د حق معاهده د انترنیت د مخترع حق رانغاړي چې د پنځوونکو او په کاروړونکو له حقوقو څخه د ملاتړ په موخه او د هغوي پورې د اړیکمنو اړتیاوو او حقوقو ترمینځ د تعادل د رامینځته کولو پورې اړه لري.

د موضوع د اهمیت په دلیل، زموږ د هیواد قانون جوړوونکي، په خاصه بڼه د فکري مالکیت او اختراع حق تر جزایي ملاتړ لاندې راوړي او د فکري مالکیت پر حقوقو تجاوزې د جزا کود دوهم کتاب د نهم باب په اووم فصل کې جرم انگیرلی او د مرتکبینو



مجازات يې د هغوي د جرم په تناسب اټکل کړي دي چې د دې جرم پورې د اړیکمنو مادو شرحې ته اقدام کېږي.

### د فکري ملکیتونو حقوق

۷۴۲ ماده:

(۱) هغه شخص چې کتاب، رساله، جزوه، شعر، تصنيف، نمایشنامه، ژباړه، د نقاشۍ یا رسامۍ، تابلو، جغرافیایي نقشه، سندره، سینمایي فلم، تلویزیوني سریال، رادیويي یا تلویزیوني برنامې، مجسمه، د خوش نویسی یا عکاسۍ اثر، گرافیکي یا معماري اثر یا لاسي صنایع، اختراع، علمي کشف، صنعتي طرحې، سوداگریزې نښې (علايم) یا دبل شخص له فکري فعالیتونو څخه رامنځته شوي نور حقوق د هغو د مالک له لیکلې اجازې پرته په خپل یا د بل شخص په نوم طبع او نشر یا اجراء یا بنودنه ورکړي

یا بیاتولید کړي یا د خرڅلاو په قصد وړاندې کړي یا هغه تحریف یا بې شکل ته بدلون ورکړي یا په هغو کې تصرف وکړي یا په هره طریقه له هغو څخه مادې یا معنوي گټه اخیستنه وکړي یا نوموړي ادبي آثار وژباړي، د فکري ملکیتونو پر حقوقو د تجاوز د جرم مرتکب پیژندل کېږي.

(۲) د فکري ملکیتونو پر حقوقو د تجاوز د جرم مرتکب، ددې فصل له حکمونو سره سم، مجازات کېږي.

سریزه:

په نړیوال ډگر کې، د مؤلف له حق څخه د ملاتړ لپاره لومړني هو کړه لیک د ۱۸۸۶ میلادي کال د سپتمبر په نهمه نیټه په «برن» کې منعقد او تصویب شو چې له ادبي او هنري آثارو څخه د ملاتړ لپاره د برن میثاق نومېږي. دا میثاق د فکري مالکیت نړیوال سازمان (W.I.P.O) په واسطه په جینوا کې اجرا کېږي. د دې میثاق پر بنسټ مؤلف له

اقتصادي حقوقو څخه جدا د معنوي حقوقو (1) درلودونکي هم دي. خو د فکري او صنعتي مالکیت په حوزه کې د قانون «وضع کولو لپاره نړيوالې» هڅې او ملگرو ملتونو سازمان د عمومي غونډې د ۱۹۴۸ ميلادي کال د تصويب شوې د بشر د حقوقو د نړيوالې اعلاميې ۲۷-مې مادې ته ورگرځي. په دې ماده کې راغلي دي: «الف» هر څوک حق لري د خپلې ټولنې په فرهنگي او ټولنيزو فعاليتونو کې په آزاده توگه ونډه واخلي، له هنرونو څخه گټه تر لاسه کړي او په علمي پرمختگ او د هغه په گټو کې برخه واخلي. ب: هر څوک حق لري، چې د خپلو علمي، فرهنگي او هنري آثارو د مادي او معنوي گټو له حمايت څخه برخمن شي.

په همدې اړوند د فکري مالکیت د نړيوال سازمان د جوړېدو شاهد يو چې په ۱۹۶۷ ميلادي کال کې تشکيل شو او موخې يې په ټوله نړۍ کې د دولتونو او نړيوالو سازمانونو په مرسته له فکري مالکیت څخه د ملاتړ ترويج اعلام شو (2). د فکري مالکیت نړيوال سازمان د تاسيس د معاهدې دوهمې مادې د هغه موضوعاتو نسبتاً جامع فهرست چې د فکري مالکیت حقوقو تر ملاتړ لاندې دي له هغو ځينې يادونه کړېده چې عبارت دي له: ادبي او هنري او علمي آثارو، د نمايشي (ننداريزو) آثارو د هنرمندانو له اجرا (نمايش) د غږ ثبتونې وسيلې يا غږيزې نخښې (Phonograms) او د ضبط او خپرولو د سازمانونو، د انساني هلو ځلو په ډگر کې له ټولو اختراعاتو، علمي کشفیاتو، صنعتي طرحو، سوداگريزو نښو (علامو) د اموالو له جغرافيايي مبداء، د غير عادلانه سياليو (رقابتونو) پر وړاندې له ملاتړ او نورو ټولو حقوقو څخه چې په صنعتي، علمي، ادبي او هنري ډگرونو کې له فکري فعاليتونو ځينې راولاړ شويدي.» په لنډ ډول ويلاي شو چې

1- د معنوي حقوقو تعريف: «د يو فکري اثر د څرگندوونکي شخصيت پورې اړوندې قانوني غير مادي نښگنې دي، چې له امله يې هغه تل د يو لړ ځانگړو حقونو څخه برخمن دي» د مؤلف، مصنف، هنرمند او محقق (څيړونکي) د ملاتړ (کابې رايې) قانون د څلورمې مادې ۳۴- مه فقره.

2- پلومان، ادوارد، حقوق بين المللي ارتباطات و اطلاعات، ترجمه بهمن آقايي، کتابخانه گنج دانش، لومړی چاپ، ۱۳۸۰، ص ۵۴۹.

معنوي مالکیت په دوو اساسي رکنونو مشتمل دي: الف: صنعتي مالکیت، ب: ادبي او هنري مالکیت. زموږ هیواد هم د فکري مالکیت څخه د ملاتړ نړیوال سازمان سره په همغږۍ کې د فکري مالکیت د حقوقو د قانون او د مخترع او مکتشف د حقوقو قانون پر وضعه کولو سربیره، له دې دوو حقوقو څخه لاندیني جزایي ملاتړ هم تر سره کړي دي. لومړۍ فقره: «هغه شخص چې کتاب، رساله، جزوه، شعر، تصنیف، نمایشنامه او...» شرحه:

د جزا کود ۷۴۲- مې مادې لومړۍ فقرې گڼ مصادیق د مؤلف، مصنف، هنرمند او محقق د حقوقو او د اختراع او اکتشاف د حقوقو په عنوان ذکر کړي دي چې دا ټول موارد د فکري مالکیت پروړاندې د جرم موضوع قرار نیسي. په دې معنا که چیرې یو شخص په خپل او یا د بل په نامه هر ډول چاپ «طبع» نشر (خپرول) یا بنودنه (نمایش) یا تولید یا خرڅلاو یا تحریف او ... په یو له هغه مواردو څخه چې د دې مادې په لومړۍ فقره کې ذکر شوي دي، د هغه د مالک له اجازې پرته تر سره کړي، د فکري مالکیت د حقوقو پروړاندې او د اختراع د حقوقو پروړاندې جرم انگیرل کېږي. که څه هم د جزا کود د مؤلف، مصنف، هنرمند د حقوقو او د مخترع د حقوقو پروړاندې جرمونه د دې مادې په (۱) فقره کې ذکر کړي دي. خو له هغه ځایه چې د مؤلف، مصنف او هنرمند د حقوقو او مخترع د حقوقو ترمنځ توپيرونه شتون لري او په همدې دلیل یو قانون د مؤلف، مصنف، هنرمند او محقق (خپرونکي) د حقوقو ملاتړ (کاپي رایت) قانون لرو او یو د مخترع او مکتشف د حقوقو د ملاتړ قانون، نو له دې امله غوره ده چې هر یو په ځانگړې توگه شرحه شي. همدارنگه په دې فقره کې گڼ شمیر او بیلابیل او سره ورته ډیر زیات اصطلاحات ذکر شوي دي چې د هغوي هر یو د دې فصل د جرم موضوع قرار نیسي او له بلې خوا د دې جرمونو د ځینو مادي عنصر له ځینو نورو سره توپیر لري، له دې امله لازمه ده چې په هره برخه کې لومړي د اصطلاحاتو معنا بیان شي او له هغې سره هممهاله، د موضوع جزایي اړخ هم شرحه کړل شي تر څو له اشتباه او گډوډۍ څخه مخنیوي وشي.

د مطالبو له شرحه کولو وړاندې یوه ټکي ته پاملرنه اړینه ده او هغه دا ده چې د فکري مالکیت پر وړاندې جرم د تحقق لپاره د هغه په ټولو مواردو کې، دوه اساسي شرطونه لازم دي: یو دا چې مثلاً مرتکب «په خپل اویا د بل چا په نامه» کتاب چاپ او خپور کړي او دوهم دا کار د مالک له «لیکلې اجازې پرته» ترسره شي. له دې امله، که کوم شخص د نورو مطالب په خپل کتاب یا مقاله یا درسي جزوه کې نقل کړي او آدرس یې ذکر کړي، دا جرم تحقق نه مومي او یا د مالک په لیکلې اجازه د هغه کتاب د خرڅلاو لپاره بازار ته وړاندې کړي، بیا هم د دې فصل جرم تحقق نه مومي.

نوریا

نگارنده : قضاوتیار فهیمه سیرت

مطالعه تطبیقی دفاع مشروع  
در نظام حقوقی افغانستان و ایالات متحده آمریکا  
قسمت اخیر

فهرست:

فصل دوم

126	شرایط دفاع مشروع.....
126	مبحث اول : شرایط تعرض و دفاع مشروع.....
126	گفتار اول: شرایط تعرض.....
127	بند اول: شرایط ماهوی تعرض.....
127	الف: فعلیت یا قریب الوقوع بودن تعرض.....
130	ب: مجرمانه بودن تعرض:.....
132	بند دوم: شرایط شکلی تعرض.....
132	الف: تجاوز به موضوع تعرض.....
132	ب: انسان بودن متعرض.....
134	بند اول : دفاع علیه مباشر متعرض.....
136	بند دوم: ضرورت دفاع.....
137	بند سوم : تناسب دفاع.....
138	الف- تناسب زیان‌های دفاع با تعدی.....
139	ب- تناسب بین وسایل تعدی و دفاعی.....
139	ج- مقایسه بین وسیله دفاعی و وسایل در دسترس.....

- د-مقایسه بین زبان تحقق یافته و زبان کافی ..... 139
- گفتار سوم: شرایط شکلی دفاع..... 143
- بند اول: توانایی مدافع در دفع تعرض ..... 143
- بند دوم-عدم دسترسی به قوای دولتی ..... 144
- گفتار چهارم: آثار دفاع مشروع ..... 145
- بند اول:عدم تحقق شرایط دفاع مشروع ..... 145
- بند دوم: دفاع مشروع ومسئولیت مدنی ..... 147
- بند سوم: قیود دفاع مشروع..... 148
- نتیجه گیری: ..... 149

## فصل دوم

### شرایط دفاع مشروع

در این فصل به ابتداء به بررسی شروط تعرض و سپس شروط دفاع مشروع (که با رعایت آنها، فعل مدافع موجه و مشروع است) پرداخته می‌شود.

#### مبحث اول: شرایط تعرض و دفاع مشروع

در این مبحث، ضمن گفتار اول شرایط تعرض و در گفتار دوم شرایط دفاع مشروع بررسی خواهد شد.

#### گفتار اول: شرایط تعرض

مصادیق موضوع جرم که مشمول نفس، آزادی تن، ناموس و مال «پیش‌بینی شده‌اند، موقعی می‌توانند مصادیق جرائم و تعرضات موردنظر قانون‌گذار برای ایجاد حق دفاع مشروع محسوب شوند که واجد شرایط و کیفیاتی باشند که از طرف وی پیش‌بینی شده است. تعدادی از این شرایط به‌صراحت در مقررات قانونی موضوعه در مبحث دفاع مشروع بیان گردیده است. تعدادی دیگر را می‌توان از خلال عبارات و احکام قانونی این مبحث استنباط و استخراج کرد تعدادی دیگر نیز مبتنی بر اصول و قواعد کلی مقررات جزایی

هستند. برای فهم هر چه بهتر ابتدا شرایط ماهوی تعرض و سپس کیفیات شکلی تعرض مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بند اول: شرایط ماهوی تعرض

تعرض که باید در مقابل آن دفاع مشروع تلقی شود نیازمند دو شرط اساسی بوده که این شرایط از دو مبنای دفاع یعنی حفظ نفس (فعلیت یا قریب الوقوع بود تعرض) ونهی از منکر (غیرقانونی بودن تعرض) است.

الف: فعلیت یا قریب الوقوع بودن تعرض

یکی از شرایط که در ماده (۱۲۷) کود جزاء برای دفاع مشروع پیش‌بینی شده فعلیت خطر است که به‌طور کلی منطقی نیست که کسی که مورد تهدید خطر است منتظر شروع خطر وقوع آن بر خود بماند و پس از آن از خود دفاع کند، زیرا گاهی مدافع پس از وقوع خطر هرگز نمی‌تواند دفاع کند و بی جهت قربانی خطر می‌شود. برای تشخیص نسبت خطر قانون ضابط خاصی پیش‌بینی نشده است و تشخیص فعلیت خطر به تشخیص عرف نهاده شده است. بعد از آنکه قرائنی که موجب اطمینان باشد مسلم شود که مهاجم قصد هجوم به او را دارد بدون اشکال برایش (مدافع) جایز است.

(تجاوز فعلی و یا خطر قریب الوقوع) در ماده ۱۲۷ کود جزاء بصورت واضح و روشن بیان شده. برقراری چنین شرطی نتیجه منطقی دفاع مشروع است، زیرا فقط در همین شرایط است مقنن به‌طور استثناء به افراد اجازه دفاع داده است. زیرا هر حمله در سه فرض ممکن است مورد دفاع واقع شود:

+موقعی که حمله فعلیت ندارد و صرفاً احتمالی است.

+هنگامی که حمله فعلیت دارد یا قریب الوقوع است.

+موقعی که حمله واقع شده است.

قاعده قدیمی کامن لا در ایالت متحده امریکا این نظر را که هدف متجاوز، استفاده و نصب (قبل از وقوع خطر) وسایل دفاعی توسط صاحب مال را توجیه می‌کند، نمی‌پذیرفت.<sup>1</sup> لیکن

<sup>1</sup> MPC § 3.06, Comment at 101 (1985).

قانون جزای نمونه آمریکا با احراز (۳) شرط دفاع بوسیله ابزار مکانیکی را پذیرفته است. اول اینکه دستگاه طراحی شده نباید کشنده باشد. حال اگر دستگاه کشنده باشد ولی آسیبی غیر کشنده وارد نماید، باین وجود دفاع وی پذیرفته نمی شود. همان طور که اگر وسیله غیر کشنده باشد ولی بر حسب اتفاق آسیبی کشنده وارد نماید (مانند اینکه رگ دست مهاجم بوسیله حصار میخی قطع و وی بمیرد) دفاع شخص پذیرفته می شود. دوم اینکه استفاده از وسیله مورد بحث، با توجه به اوضاع و احوال برای حمایت از موضوع مورد تعرض، متناسب باشد و آخرینکه دستگاه تنها در برابر خطر قریب الوقوع عمل نموده و برای افراد دیگر خطری در برداشته باشد<sup>1</sup>. به هر جهت وسیله فوق در نظام حقوقی آمریکا نباید کشنده باشد حتی در غیاب این چنین بیانی از قانون جزای نمونه، تعدادی از دادگاهها در سابق همین رویه را اتخاذ کرده بودند.<sup>2</sup>

تنها حالتی که استفاده از دستگاه کشنده قابل توجیه است، هنگامی می باشد که اوضاع و احوال نشان بدهد، قصد متعدی برای ورود به محل اقامت به دلیل ایجاد خشونت شدید (همانند ورود به منزل غیر برای ارتکاب جنایت) علیه صاحب خانه بوده است. این نکته از پرونده‌ای که دادگاه، دفاع بوسیله یک دستگاه کشنده توسط متهم را برای حفاظت از یک اتاق خالی رد نمود به دست می آید. زیرا دادگاه در همین رأی اضافه نمود که تنها وسیله کشنده می تواند در دفاع از جنایات و جلوگیری از جرائمی از قبیل ورود به منزل غیر برای ارتکاب جنایت استفاده شود<sup>3</sup> و در پرونده‌ای دیگر، دادگاه استفاده از وسیله کشنده در برابر سرقت ساده را نامشروع و بیان داشت در حمایت از مال استفاده از یک وسیله کشنده قابل توجیه نیست زیرا در حالت کلی نیز (جدای از بحث استفاده از

<sup>1</sup> MPC § 3.06(5)

<sup>2</sup> State v. Barr, 11 Wash. 481, 39 P. 1080 (1895).

<sup>3</sup> State v. Green, 118 S.C. 279, 110 S.E. 145 (1921).



وسیله) شخص حق ندارد در حمایت از مال خویش، متوسل به عمل کشنده شود.<sup>1</sup> همین حکم در رابطه به تجاوز به اراضی جاری است.

در موقعی که حمله فعلیت دارد و یا لا اقل قریب الوقوع است، دفاع در صورت اقراران به شرایط دیگر قانونی، مشروع خواهد بود. چنان که بند ۲ و ۳ فقره ۲ ماده ۱۲۷ کود جزا الفاظ (هم زمان) و (بالفعل) را در مفاد خود دارند.

در نظام حقوقی امریکا منظور از قریب الوقوع بودن (Imminet)، با توجه به عمل تهدیدآمیزی که از طرف مهاجم صورت گرفته تشخیص می شود.<sup>2</sup> لیکن عده‌ای به جای قریب الوقوع از کلمات مشابهی ولی با وسعت دامنه بیشتری استفاده کرده‌اند همانند در معرض آسیب دیدن، دفاع مورد استفاده باید به طور کامل ضروری باشد. البته تنها تعداد کمی از قوانین جدید امریکا عنوان دیگری به جز قریب الوقوع را استفاده نموده‌اند.<sup>3</sup> دلیل کسانی که عبارت دیگری را اتخاذ کرده‌اند این است که بیان داشته‌اند عبارت قریب الوقوع تمام پرونده‌های در رابطه با دفاع مشروع را در بر نمی‌گیرد. به‌طور مثال کسی که در مشروب‌فروشی در حالیکه دسترسی به موقعیت فرار دارد، در مقام دفاع آسیبی به دیگری وارد می‌نماید، دادگاه از وی نمی‌پرسد چرا فرار ننموده‌ای چون در اینجا خطر قریب الوقوع است.

یکی دیگر از مصادیق قریب الوقوع بودن خطر این است که شخص در مقابل تجاوز واقعی فرار گرفته باشد و اعمال و رفتار حمله‌کننده از صورت تهدید خارج شده باشد. مراد از واقعیت داشتن خطر، قصد و خطر تعرض و تجلی آن در عالم خارج و واقع است و برای شخص مدافع یک احتمال قریب به یقین از وقوع تعرض و تجاوز از طرف شخص متعرض

<sup>1</sup> State v. Beckham, 306 Mo. 566, 267 S.W. 817 (1924).

<sup>2</sup> Satate v. Green, 118 S.C. 279, 110 S.E. 145 (1921).

<sup>3</sup> Nourse, V.F, Self-Defense and Subjectivity, The university of Chicago Law Review, 2001, p.1236

وجود داشته باشد. این نکته از فقره ۱ ماده ۱۲۹ کود جزاً با قیید برای نفس یا عرض یا ناموس یا مال مستند به قرائن معقول باشد به دست می‌آید.

در پرونده‌های متعدد و قوانین امریکا این شرط (واقعی بودن خطر) مورد تأکید قرار گرفته است و اکثر قوانین جدید اعتقاد متعارف مبنی بر قریب‌الوقوع بودن خطر، برای استفاده از عمل دفاعی را بیان نموده‌اند.<sup>1</sup>

برای مثال در قضیه ای که شخصی توسط دیگری مورد آسیب قرار گرفته و ترس از حمله مجدد مهاجم داشت پیش‌دستی نمود و متجاوز را به قتل رساند. دادگاه دفاع وی را نپذیرفت و بیان داشت که خطر واقعی متعارفی وجود نداشته تا شخص بتواند به دفاع مشروع متوسل شود.<sup>2</sup>

بناً در کود جزا یکی از شرایط دفاع در برابر حمله و تعرض بالفعل و قریب‌الوقوع بودن بیان شده. این شرط بیانگر این است که تا زمانی که حمله و تعرضی صورت نگرفته است فرد نمی‌تواند به بهانه حمله قریب‌الوقوع و یا جلوگیری از یک حمله و تعرض بر اساس فرضیات خویش اقدام به عمل نماید و در توجیه از آن به دفاع مشروع استناد نماید. چراکه اساساً حمله‌ای صورت نگرفته است تا فرد به دفاع مشروع استناد نماید هم‌چنین است اگر بعد از حمله، حمله‌کننده خلع سلاح گردد به طوری که هیچ‌گونه خطر و آسیبی از سوی وی احساس نگردد. ادامه عکس‌العمل در مقام دفاع مشروع توجیه منطقی و یا ضرورتی نخواهد داشت. بناً تجاوز باید به حدی به فرد نزدیک شده است که برای حفظ حقوق و منافع، دیگر هیچ تأخیری در دفاع جایز نمی‌باشد.<sup>3</sup>

ب: مجرمانه بودن تعرض:

به نظر می‌رسد در تألیفات مختلف حقوق جزایی عمومی و در بحث از دفاع مشروع، غالباً از مجرمانه بودن تعرض به‌عنوان یکی از شرایط مشروعیت دفاع بحث می‌شود ولی برای

<sup>1</sup> Lafave, Wayne R., Op.cit.p.544.

<sup>2</sup> State v.Buggs. 167 Ariz.333, 806p.2d 1381 (App.1990).

<sup>3</sup> نوربها، رضا (1387)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش، ص 264.

آنکه شخص مورد تعرض بتواند به این صفت مجرمانه بودن واقف گردد و موقعیت خود را در مقابل تعرض تشخیص دهد و با رعایت کلیه جهات و جوانب امر برای دست زدن به یک عکس‌العمل قانونی و رد تعرض به دفاع بپردازد، ضابطه و معیار دقیقی به دست داده نشده است. مؤلفین حقوق جزا جملگی معتقدند که در مقابل تعرضات مشروع و غیر مجرمانه با هر شدت و با هر طبیعتی که باشد، دفاع جایز نیست.

حقوقدانان آمریکایی با ذکر این نکته که تهاجم غیرقانونی باشد یا حداقل مدافع اعتقاد متعارفی بر قانونی نبودن عمل داشته باشد، ملاک خود را معیار ذهنی قرار داده هرچند معیار نوعی را نیز فراموش نکرده‌اند. در نتیجه اعتقاد به غیرقانونی، دفاع را نامشروع نمی‌کند ولی اعتقاد اشتباه مدافع در غیرقانونی بودن عمل به دفاع خدشه وارد می‌کند. همانند هنگامی که متهم ادعای بی‌اطلاعی از سلب آزادی قانونی توسط پولیس نماید البته این همان اصل کلی حقوق جزا است که بیان می‌دارد: (جهل به قانون رافع مسئولیت نیست).

از نظر ماهیت تجاوز مستوجب دفاع، باید نفس تجاوز خلاف قانون و غیرعادلانه باشد. بنا براین اگر ارتکاب عمل متجاوز به حکم قانون و امر آمر قانونی باشد، استناد به دفاع مشروع ممکن نیست. به بیان دیگر، در خصوص شرایط تجاوز و خطر حقوق‌دانان غیرقانونی بودن را به‌عنوان یکی از اوصاف آن قلمداد کرده‌اند<sup>1</sup>. حقوق‌دانان به این باوراند که دفاع در صورت مشروع تلقی می‌گردد که در مقابل تجاوز غیرقانونی صورت گیرد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، تهران: طرح نو، ص 258، 1382

<sup>2</sup> صانعی، همان

## بند دوم: شرایط شکلی تعرض

همان طور که بیان شد حمله صورت گرفته توسط مهاجم، باید حائز خصوصیتی باشد لیکن بعضی از این شرایط به طور مستقیم در رابطه با کیفیات تعرض نیست و در بردارنده شرایط پیرامون تعرض (تعرض به مصادیق خاص و انسان بودن متعرض) است.

## الف: تجاوز به موضوع تعرض

قانون گذار افغانستان دفاع را فقط در مقابل تعرضاتی که متوجه نفس، ناموس، مال و یا آزادی تن اشخاص باشد مجاز می‌داند. و چون قید قانون گذار در تعیین انواع تعرضات قابل دفاع، روشن و محدود به همین موارد است، از این رو نمی‌توان در مقام تمثیل و قیاس، موضوع‌های دیگری را نیز مشمول مقررات موضوعه در دفاع مشروع دانست. فقها علاوه بر موضوعات مطرح شده، از دفاع مشروع در برابر کسی که به نفس خود تجاوز کرده است (خودکشی) نیز در کتاب امر به معروف و نهی از منکر، بحث و گفتگو کرده‌اند. زیرا ملاک را تهدید غیرقانونی امور محترمی که در شرع به آن پرداخته شده دانسته‌اند؛ و خودکشی را به اعتبار اینکه جرم قتل عمد است، حرام و ممنوع می‌دانند و از دیدگاه آنان، در صورتیکه جانی در تلاش خود ناکام بماند، دارای مسئولیت جزایی است، این عمل از موضع حقوق اسلامی، تفاوتی با قتل نفس غیر ندارد و توجیه عمل دفاع دیگری در مقابل فاعل خودکشی از باب نهی از منکر بوده و اگر در این راستا آسیبی به اموال یا جان خودکشی کننده (به استثنای عمل دفاعی منجر به قتل) وارد شود، مدافع از جان دیگری مسئولیتی ندارد.<sup>1</sup>

## ب: انسان بودن متعرض

عده‌ای از حقوقدانان یکی از شروط تحقق دفاع مشروع را حمله و تجاوزی از ناحیه (انسانی) نسبت به دیگری بیان نموده‌اند. بنابراین اگر حمله از طرف غیر انسان یعنی طبیعت یا حیوان صورت گیرد، برای مثال شخصی در اثر حمله حیوان درنده و یا وقوع

<sup>1</sup> العطار، داود، دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام، ترجمه اکبر غفوری، انتشارات آستان قدس رضوی، 1370، ص 173-178.

سیل یا زلزله، ناگزیر از ارتکاب جرم گردد، چنین جرمی را نمی‌توان مشمول مقررات دفاع مشروع مندرج در ماده (۱۲۵) کود جزاء دانست و در ادامه بیان داشته که شخصی که مرتکب جرم گردیده، به علت وقوع حالت ضرورت یا شرایط اجبار از تحمل مجازات معاف گردد. ولی در حال عمل وی دفاع مشروع نیست.<sup>1</sup>

به نظر نگارنده این نظر قابل تأمل است زیرا از لحاظ فقهی و قانونی این نظر توجیهی ندارد. در دیدگاه فقها، خطر غیر مشروع صرف نظر از منشأ صدور آن تحقق می‌یابد؛ یعنی همین اندازه که عمل مذکور زیان آور بوده و حق مورد حمایت شریعت را مورد تهدید قرار دهد، خارج از اینکه منشأ خطر مرد باشد یا زن، آزاد باشد یا بنده، مسلمان باشد یا کافر، صغیر باشد یا کبیر، عاقل باشد یا دیوانه، حیوان باشد یا انسان (مثلاً شتر مهاجم) — به اعتبار آنکه خطر مذکور حق محترمی را مورد تهدید قرار داده است، می‌تواند آن را دفع کند.

از لحاظ قانونی نیز هیچ دلیل ندارد که دفاع در برابر حمله حیوان را شامل دفاع مشروع ندانست. ماده (۱۲۷) کود جزاء بیان داشته «... در برابر حمله و تعرض فعلی یا قریب الوقوع» حال این حمله می‌تواند از سوی یک حیوانی باشد همان‌طور که در هرگاه حیوانی به کسی حمل کند و آن شخص به‌عنوان دفاع از خود به قدر لازم او را دفع کند و همین دفاع موجب مردن و یا آسیب دیدن حیوان شود شخص دفاع کننده ضامن نمی‌باشد صراحت ماده به‌گونه‌ای است که دلیلی بر خارج کردن تعرض حیوان از ذیل عنوان دفاع مشروع را باقی نمی‌گذارد.

در ایالت متحده آمریکا نیز کشتن حیوان در مقام دفاع، در برابر حمله آن ذیل عنوان دفاع مشروع مطرح شده است لیکن آسیب زدن به حیوان بعد از وارد کردن صدمات بدنی (هراندازه هم که شدید باشد) غیر قانونی و انتقام بیان شده است<sup>2</sup>

<sup>1</sup> باقری، عباس، دفاع مشروع، تهران: انتشارات همراز، چاپ اول، 1343، ص 38.

<sup>2</sup> Diamond, Gregory A., justify Lethal Self-Defense against Incapacitated Batterers, Columbia Law Review Association,

گفتار دوم : شرایط ماهوی عمل دفاعی

در این گفتار به بررسی شروط خود عمل دفاعی که با رعایت آنها ، فعل مدافع موجه و مشروع است ، پرداخته می‌شود.

بند اول : دفاع علیه مباشر متعرض

از مطالعه مفاد و مضمون مقررات موضوعه در این باره آشکار است که قانون‌گذار اجازه دفاع را فقط برضد شخص متعرض داده است زیرا بهترین و مؤثرترین و معقول‌ترین طریقه دفاع و جلوگیری از وقوع تجاوز آن است که قدرت ارتکاب عملی تعرض به نحوی از متعرض سلب گردد . گاهی عامل یا عاملین مستقیم تعرض ، خود در ارتکاب آن ذینفع نیستند و به دستور یا به تحریک دیگران اقدام به تعرض می‌کنند . در چنین صورتی شخص طرف تجاوز ممکن است به استناد اینکه فرد مشخص دیگری عامل غیرمستقیم یا محرک اصلی این تعرض است ، شخص محرک و مسبب مفروض را مقتول سازد یا مورد ضرب و جرح قرار دهد . همچنین ممکن است در پاره‌ای از موارد ایراد صدمه یا تهدید نسبت به شخص غیر از مباشر عملی تجاوز به نحوی ، مؤثر واقع گردد و مرتکب را از ارتکاب جرم و تجاوز بازدارد ، و گو آنکه در موادی از کود جزاء که در شرح مقررات این نهاد حقوقی وضع گردیده‌اند ، منع توسل به چنین دفاعی به صورت صریح پیش‌بینی نگردیده ، بلکه ارتکاب جرم به طور اعم و مطلق یا قتل و ضرب و جرح به طور اخص و مقید برای جلوگیری از وقوع تجاوز مجاز و مشروع دانسته شده است ، با این وجود نمی‌توان قبول کرد که قانون‌گذار علیرغم تمام اصول و موازین حقوقی اجازه داده باشد که شخصی ، غیر از شخص متجاوز ، به‌عنوان دفاع مورد صدمه بدنی و جانی قرار گیرد . البته اگر درجایی واسطه و وسیله تجاوز یک انسان فاقد شعور باشد یا حیوانی باشد ، از آنجا که نمی‌توان او یا آنرا از نظر حقوقی مباشر تجاوز دانست و شخص به مسبب اصلی صدمه وارد نماید ، دفاع مشروع است . چون در این حالت مسؤولیت جزایی محرک و جانشین مسؤولیت

وسیله ارتکاب جرم است و این فرد یا حیوان وسیله ارتکاب جرم محسوب خواهد شد نه مرتکب و مباشر آن البته عده‌ای از حقوقدانان این مورد را نیز دفاع محسوب نکرده، مرتکب را به عنوان حالت اجبار یا ضرورت معاف از مجازات دانسته‌اند<sup>1</sup> در حقوق آمریکا حدود این مسأله ابهام کمتری دارد. در حقوق آمریکا بین دو حالت تفکیک شده است. اول اینکه در رابطه با کسبی که در تعرض به هیچ طریق دخیل نیست ولی آسیب زدن به وی باعث جلوگیری از تعرض مهاجم خواهد شد، عمل شخص مورد حمله غیر مشروع تلقی می‌شود زیرا دلیلی وجود ندارد تا دیگری مستحق آسیب دیدن باشد. ولی در حالت دوم هنگامی که چند نفر شریک در ارتکاب جرمی هستند و یکی از آنها به صاحب مال یا شخصی به مقتضای انجام جرمشان حمله کند و مالک با حمله متقابل به یکی از (که به وی تعرض نموده) قصد جلوگیری از حمله متجاوز را داشته باشد و در این راستا به شریک، متعرض آسیبی وارد شود دفاع وی به عنوان دفاع مشروع پذیرفته خواهد شد<sup>2</sup> گرچه این رویه به دلیل عدم شرط ضرورت در شرکای غیر متعرض برخلاف اصول و قواعد است ولی در اوضاع و احوال فوق، دامنه دفاع مشروع گسترش یافته و مشروعیت دفاع در برابر یکی به دیگران نیز تسری پیدا می‌کند.<sup>3</sup>

بنابراین به اساس فقره (6) ماده 127 کود جزا دفاع کننده قصداً سبب ایجاد عمل جرمی طرف مقابل نشده باشد. بر اساس این شرط اگر فردی خود زمینه تحقق خلافی را مهیا کرده باشد و بعد خود اقدام به عمل دفاعی نماید نمی‌تواند عمل خود را به دفاع مشروع مستند سازد. یعنی تجاوز نباید معلول تحریک خود شخص مدافع باشد. چنان‌که شخصی به دیگری فحش و ناسزا بگوید و تا طرف مقابل برانگیخته شود و در صدد حمله برآید و او را مورد ضرب و جرح قرار داده و یا به قتل برساند. در این صورت نمی‌تواند عمل خود را دفاع مشروع بداند.

<sup>1</sup> باقری، عباس، پیشین، ص 148

<sup>2</sup> State v. Coffin, 128 N.M.192, 991 P.2D 477 (1999).

<sup>3</sup> State v. Cooper, 128 N.M.428, 993 P.2d 745 (App.1999).

## بند دوم: ضرورت دفاع

قانون‌گذار لزوم وجود ضرورت در دفاع را بدون استعمال کلمه (ضرورت) و با تصریحی که در ماده (130) کود جزا نموده به نحوی در قواعد قانون جدید گنجانیده است چه بر اساس این حکم قانونی یکی از شرایط مشروعیت دفاع این است که توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد. بنابراین در مواقعی که توسل به قوای دولتی برای دفاع ممکن باشد بدون اینکه فوت وقت شود و ضرری وارد آید، موقعی برای عنوان دفاع نخواهد بود. بنابراین ضرورت عبارت از آن است که ارتکاب اعمال مجرمانه در مقام دفاع، تنها وسیله ممکن برای دفع تجاوز باشد<sup>1</sup> یا دفع خطر به طریقی دیگری امکان‌پذیر نباشد.

ولی هرگاه کسی بتواند با اقدامات دیگری از بروز مخاطره جلوگیری کند، و باین وجود مرتکب جرم گردد عمل وی از دایره دفاع مشروع خارج خواهد شد. نظام حقوقی آمریکا و قوانین موضوعه ایالات متحده آمریکا شرط ضرورت را بیان داشته و در عوض شروط دیگری همچون عدم دسترسی به قوای دولتی را ذکر نکرده‌اند<sup>2</sup> نخست این که همان‌طور که در مباحث قبلی بیان شد در نظام حقوقی کامن لا دفاع مشروع شاخه جدانشده‌ای از حالت ضرورت است و اشکال تداخل این دو که در فوق بیان شد در این نظام حقوقی وارد نیست و دوم اینکه بیان شرط کلی همانند (دفاع ضرورت داشته باشد) بهتر به نظر می‌رسد چون مواردی همانند فقدان توسل به قوای دولتی را نیز پوشش خواهد داد.

<sup>1</sup> گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، جلد اول، چاپ نهم، انتشارات دانشگاه تهران، 1385، ص 124.

<sup>2</sup> MPC 4 3.04: the 2006 Florida Statutes : Title XLVI, Chapter 776: Justifiable Use of Force, 776.012.



فقیهان و حقوقدانان، دفاع مشروع را محدود به عمل خاصی ندانسته بلکه دو شرط برای کنترل اعمال دفاعی بدون تعیین نوع و درجه آن وضع کرده و به مدافع اجازه داده‌اند عملی را که ضرورت و تناسب دارد انتخاب کند

در حقوق آمریکا در قسمت C بند ۲ ماده 776.013 قانون موضوعه ایالت فلوریدا بدین گونه بیان شده است که: ( هر میزان قدرت دفاع یکه شخص در منازعه و افعال غیرقانونی که خود در آن شرکت داشته است استفاده نماید نامشروع و شخص در صورت امکان فرار ملزم به انجام آن می‌باشد. به دلیل اینکه طرفین در منازعه شرکت و هردو از حدود قانون تعدی نموده‌اند هیچ کدام نمی‌توانند به دفاع مشروع استناد نمایند. مگر اینکه سه شرط ذکر شده در مورد قبلی را به اثبات برسانند.

#### بند سوم: تناسب دفاع

دفاع مشروع به عنوان عملی بازدارنده، در برابر جرائم علیه اشخاص، ناموس و اموال حائز اهمیت بسزایی است، با این وجود روح انتقام جویی که به نحو طبیعی در افراد و ملت‌های مورد تجاوز جای گرفته، چه بسا ممکن است تجاوزات بی درپی و رو به رشدی را زنجیروار به دنبال آورد و تا نابودی دو طرف یا یک طرف نزاع ادامه یابد. بنابراین حقوقدانان با ذکر شرط تناسب تلاش کرده‌اند تجاوزات زنجیره‌ای رو به رشد را در یک نقطه ختم کنند.

تناسب در یک نگاه بدین معنا است که شدت زیان آوری، جان فرسایی و آزای دهی اعمالی که عنوان دفاع واقع می‌شوند، با شدت تعرض که خوف وقوع آن می‌رود، تناسب داشته باشد. طبق این تعریف می‌توان گفت که منظور از تناسب برابری نسبی زیان و خطر حاصل از تجاوز با زیان و خطر حاصل از دفاع است. ضرر ناشی از تعدی و تهاجم، صورت‌ها و انواع گوناگونی دارد: ضرر مالی، ضرر جانی، صدمه به عرض و ناموس، ضرر به اعتبار، حیثیت و آبرو و انواع ضررهای وارده به جامعه، معنویات اجتماعی، صدمه به مقدسات، اعتقادات و... اما انواع ضررهایی که باعث دفاع می‌گردد

و فقها اقدام متقابل دفاعی را در مقابل آنها جایز و در مواردی واجب دانسته اند، عموماً عبارت اند از: ضرر مالی، ضرر جانی و ضرر عرضی و ناموسی.

فقها در همه این موارد معتقدند در صورت عدم خودداری مهاجم می توان وی را به قتل رساند. فقهای اهل سنت نیز به همین ترتیب عموماً تفاوتی میان موارد سه گانه (مال، جان و ناموس) از جهت تجویز شدیدترین اقدام دفاعی یعنی قتل، در جهت دفاع از آنها قائل نشده اند. در ادامه به هر کدام این مسائل به صورت مفصل پرداخته می شود.

#### الف- تناسب زیان‌های دفاع با تعدی

برحسب این عقیده، هنگامی که میزان زیان ناشی از دفاع، از میزان زیان مترتب بر تعدی احتمالی متعدی افزون شود، تجاوزتحقق یافته است. بنابراین برای اجتناب از تجاوز باید از وارد ساختن زیانی غیر متناسب با زیانی که مدافع در معرض آن قرار دارد خودداری شود. مدعیان این نظر همچنین معتقد هستند که با این شیوه مصالح هر دو طرف (مدافع و مهاجم) تأمین خواهد شد. برای مثال شخصی که به وسیله کاردی تهدید به قتل شده، متعارف است که به سمت متعدی، خشتی که نوعاً کشنده است پرتاب نماید، زیرا هر دو عمل، زیان برابری را به همراه دارد. این نظر از چند سو با اشکالاتی مواجه است، اول اینکه اینجا دو حق برابر وجود ندارد تا آن دو نسبت به هم سنجیده شوند یعنی متعدی با عمل خویش مصالحی را به خطر انداخته و فدا کردن مقدار ضروری از مصلحت متعدی برای حفظ مصلحت مدافع معقول به نظر می‌رسد و این سنجش بین دو حق (چنانکه این نظریه پردازان عقیده دارند)، دفاع مشروع را همانند حالت ضرورت می‌نمایاند و این درحالی است که مصالح مورد نظر این دسته با این عقیده مورد تضییع قرار خواهد گرفت. از سوی دیگر، نباید غافلگیر شدن قربانی تعدی را نیز در این زمینه از نظر دور داشت که مجال ارزیابی دقیق نتایج و آثار خطر رویارویی و میزان ضروری دفاع برای مقاومت در مقابل متعدی را ندارد. و سرانجام آنکه نتیجه این عقیده آن است که قتل مهاجم توسط مدافع در مقابل تعدیاتی همانند تجاوز جنسی و ربایش، تجاوز از دفاع محسوب می‌شود.

## ب- تناسب بین وسایل تعدی و دفاعی

بنا بر این نظر تجاوز زمانی تحقق می‌یابد که نوع وسیله به کار رفته برای دفاع در مقایسه با وسایلی که برای تعدی مورد استفاده قرار گرفته متناسب نباشد. بنابراین اگر کسی از پنجره اتاقش سر بیرون کند و ببیند که حیوان مملوک او در معرض کشته شدن با گلوله یکی از رهگذران است، اگر متعدی را با شلیک اسلحه خود بکشد، دفاع متناسب فرض می‌شود. این نظر از دو سو ایراد دارد اول تضييع مصالح متعدی (همانند مثال فوق)، دوم تحدید حق دفاع مدافع؛ همانند شخصی نیرومند که با چوبدستی به سر انسان ضعیفی ضرباتی وارد کند و شخص اخیر تنها اسلحه کمری داشته باشد. حال مطابق این نظر کسی که در مقام دفاع در چنین حالتی از اسلحه استفاده نماید، عمل دفاعی وی متجاوزانه تلقی خواهد شد.

## ج- مقایسه بین وسیله دفاعی و وسایل در دسترس

این عقیده بر آن است که تجاوز با مقایسه وسیله به کار رفته برای دفاع و وسایلی که در اختیار مدافع بوده است، باید تشخیص داده شود. بنابراین عمل مدافع زمانی تجاوز محسوب می‌شود که مناسب ترین وسیله موجود را برای دفع تعدی به کار نبرده باشد از این رو چیزی مانع از آن نمی‌شود که مدافعی زبانی بسیار شدیدتر از زبانی که متعدی، نیت وارد ساختن آن را به وی داشته به او وارد کند و اگر تنها وسیله استعمال شده وسیله مناسبی باشد که در دسترس تهدید شده بوده است، نتایج به کار بردن آن هرچه که باشد، متناسب تلقی خواهد شد.

## د- مقایسه بین زیان تحقق یافته و زیان کافی

این عقیده به گونه ای میان دو نظریه اخیر فوق، جمع نموده است و تجاوز را هنگامی محقق می‌داند که قدرتی بیش از آنچه برای دفع خطر کافی است به کار رود. این دسته از حقوقدانان در ردّ نظر اول (تناسب زیان دفاع با زیان احتمال تعدی) بیان داشته اند «در صورتی هم که زیان وارد شده به متعدی از زیان احتمالی تعدی وی افزون باشد، تجاوز تحقق نمی‌یابد به شرطی که تعدی جز به آن مقدار زیاد دفع نشود. همانند جایی که متعدی

شخصی را به زور از خانه بیرون میبرد و قصد ربودن وی را دارد ولی صدمات عینی به او وارد نمیکند». بنابر نظر فوق در صورتیکه شخص در این فرض مهاجم را بکشد، تجاوز نکرده است، به شرط آنکه قدرتی را که برای دفع تعرض از خود به کار برده معقول و متعارف باشد.

علاوه بر سایر فقرات ماده (127) کود جزاء که مبنای دفاع مشروع در حقوق افغانستان است بند 4 فقره 2 ماده 127 کود جزأ می گوید: حق دفاع مشروع تحت شرایط ذیل بوجود می آید:..... متناسب بودن دفاع با خطر مورد تهدید.

از ظاهر قانون این نکته مورد توجه است که قانونگذار مهمترین شرط مشروعیت دفاع را تناسب آن با خطر دانسته زیرا آن را جزء تعریف کلی موضوع، ذکر کرده است. و منظور قانون گذار آن بوده است که شخص مورد حمله در مقام دفاع نباید عملی مرتکب شود که شدیدتر از خطر ناشی از حمله کننده باشد.

بطور کلی در قضیه تناسب دفاع دو نظریه وجود دارد. به موجب نظریه اول باید صدمه ناشی از اقدام دفاعی را با صدمه احتمالی حمله مورد سنجش قرار داد. و اگر بین آن دو عدم تناسب ملاحظه شد دفاع را زائد از حد ضرورت و نامشروع شناخت. <sup>1</sup> بعضی مولفین حتی به لزوم تناسب و تشابه بین وسایل نیز اشاره و عقیده دارند که برای مثال استفاده از شمشیر فقط برای دفع حمله کسی که با شمشیر مسلح است جایز خواهد بود <sup>2</sup> این نظر چنانکه ذکر شد منطقی و عملی نیست.

در مقابل نظریه بالا، مکتب دیگری وجود دارد که دارای طرفداران بیشتری است. زیرا اشکال نظریه قبلی را ندارد و در عمل نیز قابل اجرا و انطباق است. برای این مکتب در تعیین حدود و اندازه دفاع مشروع (به عبارت دیگر تناسب آن) ملاک و ضابطه تشخیص، تنها (ضرورت) هست. هر عملی که برای دفاع و جلوگیری از حمله نامشروع ضروری و

<sup>1</sup> گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی، پیشین، ص 26.

<sup>2</sup> محسنی، مرتضی، مسئولیت کیفری، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، 1376، ص 244.

غیرقابل اجتناب باشد مجاز متناسب است اعم از این که صدمه ناشی از آن کمتر از صدمه احتمالی حمله یا بیشتر از آن باشد. پس در اینجا (ضرورت) متعلق به جنس عمل دفاعی است. کسی که مورد حمله و یا به عبارت قانون در حال (ضرورت دفاع) قرار گرفته می‌تواند برای حفظ و حراست خود هر عملی که لازم باشد، نسبت به مهاجم انجام دهد و این همان حدود واکنش دفاعی است.<sup>1</sup>

در اینجا مسئله از نظر مدافع مورد توجه قرار گرفته نه مهاجم. متعرض با عمل خلاف قانون و نامشروع خود از قلمرو حمایت قانون خارج شده، ارتکاب هر عملی به شرط ضرورت در مقابل او مشروع است و در این ماجرا، حقوق و منافع او را نمی‌توان در محاسبه آورد چون خود با عملی که مرتکب شده دست قانون را از پشت خویش برداشته، برعکس کسی که به ناحق مورد تجاوز قرار گرفته، مورد پشتیبانی قانون قرار دارد و از هر حیث می‌تواند برای حفظ حقوق خویش اقدامات لازم را بنماید

به همین سبب همه فقهای اسلام معتقدند که دافع باید آسان‌ترین قدرت ممکن برای دفع خطر، اکتفا کند. (الاسهل فالاسهل) چنانچه بیان داشته‌اند: (انسان حق دارد با آنچه در توان او است، از نفس و مال و ناموس خود دفاع کند ولی باید به عمل آسان‌تر اکتفا کند.)

قانون جزای نمونه آمریکا نیز متوسل شدن به درخواست از متعرض را، در دو مورد لازم ندانسته و اقدام به عمل غیر کشنده را مشروع می‌داند. اول هنگامی که بداند درخواست وی بیهوده است و دوم جایی که درخواست مدافع را برای او به همراه دارد.<sup>2</sup>

در نظام حقوقی ایالت متحده آمریکا، معیار سنجش میزان دفاع، برگرفته از احساسات، افکار و رخدادهای زندگی اشخاص است که حتی یک دفاع اشتباه در عالم ثبوت را نیز پوشش خواهد داد. و عدم تناسب بین حمله و دفاع نباید همیشه منجر به حکم مجرمیت و

<sup>1</sup> گارو، رنه، مطالعات علمی و نظری در حقوق جزاء، ترجمه سید ضیاءالدین، تهران: نشر

ابن سینا، 1344، ص 442.

<sup>2</sup> MPC § 3.06(3) (a)

اشتباه قضایی شود زیرا در این موارد تناسب دفاع با میزان حمله در عالم واقع ملاک نیست بلکه اعتقاد متعارف (هرچند اشتباه باشد) به استفاده از چنین میزان عمل دفاعی لازم است.<sup>1</sup>

این نظر در دادگاه ایالت‌های مختلف نیز مورد پذیرش قرار گرفته و در مواردی که شخص به دلیل سوء تفاهم<sup>2</sup> یا شناخت قبلی مهاجم<sup>3</sup> (ازلحاظ اینکه وی یک انسان خطرناک می‌باشد) بیش از مقدار لازم (ولی با اعتقادی متعارف) مقابله نموده است، عملش مشروع شناخته شده است.

البته قاعده کلی که در بحث تناسب در تمام پرونده‌ها مطرح است این می‌باشد که اقدام کشنده در برابر حمله غیر کشنده مشروع نخواهد بود<sup>4</sup> و تنها شخص هنگامی که اعتقاد متعارف داشته باشد که مهاجم قصد قتل یا آسیب شدید بدنی وی را، حق توسل به فعل کشنده را دارد.<sup>5</sup>

این تفاوت اصلی نظام حقوقی افغانستان و آمریکا است زیرا کود جزاء در دفاع از مال (اگر ضرورت و تناسب اقتضا کند) قتل مهاجم را موجه دانسته است.

موضع افغانستان در خصوص متناسب بودن دفاع با خطر مورد تهدید عبارت از تناسب عکس‌العمل متقابل یا همانند و تشابه در عمل دفاعی نمی‌باشد، بلکه مدافع در مقام دفاع، نایستی عملی مرتکب گردد که شدیدتر از عمل مهاجم محسوب گردد و البته تشخیص این امر به اساس ملاک عرفی خواهد بود. تناسب ممکن است به دو صورت جلوه ظاهری پیدا کند یا در عمل دفاعی و یا در وسیله دفاعی.

<sup>1</sup> Simons, Kenneth W., Self-Defense: Reasonable Beliefs or Reasonable self-control?, University of California, 2005.p.51.

<sup>2</sup> Commonwealth v. Glass, 401 Mass. 799, 519 N.E.2d 1311 (1988).

<sup>3</sup> State v. Marr, 362 Md. 467, 765 A.2d 645(2001).

<sup>4</sup> Willingham v. State, 262 Ala. 550, 80 So.2d = 280 (1955).

<sup>5</sup> Shorter v. people, 2N.Y. 193, 51 AM. Dec.286 (1849).

با توجه به نارسایی مفهوم شرط تناسب در حقوق عرفی، در حقوق اسلام برای تکمیل شرط ضرورت، تدریجی بودن مراحل دفاع پیش‌بینی شده است و فقهای اسلام بر این عقیده‌اند که باید دفاع از اقدامات آسان و دارای زیان کمتر شروع گردد. و بعد از انجام هر مرحله به مرحله سخت‌تر زیان‌بارتر روی آورد.<sup>1</sup> مگر اینکه وضعیت به گونه‌ای باشد که نتوان رعایت ترتیب مراحل را کرد.

بنابراین رعایت تدریج مراحل، در تکمیل شرط ضرورت دفاع، شرطی هماهنگ با مبانی و اهداف دفاع مشروع است. و ضمن رعایت حقوق فرد در معرض حمله، با حفظ ویژگی بازدارنده بودن دفاع، تأمین‌کننده مصالح اجتماع نیز می‌باشد.

#### گفتار سوم: شرایط شکلی دفاع

رعایت شرایط شکلی دفاع یا مختص به خود مدافع است که با سنجش توانایی خویش مجاز به اقدام به آن است یا در رابطه با دسترسی وی به قوای دولتی هست که در صورت وجود آن، دفاع موجه نخواهد بود.

#### بند اول: توانایی مدافع در دفع تعرض

توانایی مدافع در رفع تجاوز یکی از شرایط شکلی دفاع بوده و انسان ذی‌حق است تا از جان و مال و حریم خود تا جای که توانایی داشت دفاع نماید. یعنی درجایی که قدرت دفاع موجود نبود دفاع جایز نیست. این مورد از دو جهت قابل استفاده است، اول یک بحث صرفاً شرعی که تنها اگر شخص در صورت عدم توانایی به عمل دفاعی متوسل شود در برابر خدای خویش مسئول است و ضمانت قانونی را به همراه ندارد. و دوم در مورد کمک به دیگری تا وقتی که شخص مورد تعرض، قدرت و توانایی برای دفاع از خود را دارد می‌تواند با ارتکاب عمل مجرمانه و اجتماع سایر شرایط از خود دفاع کند. و وقتی ناتوان از دفاع بود در صورت نیاز، دیگری می‌تواند از او دفاع نماید.

<sup>1</sup> حلی، حسن بن یوسف 1319 ق، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج 3، قم: موسسه نشر الاسلامی، ص 158.

د نظام حقوقی قدیم کامن لا و قوانین موضوعهء امریکا<sup>1</sup> وجود رابطه بین شخص مورد تعرض و کمک کننده لازم بود لیکن قوانین و پرونده های کیفری جدید رابطه ای را برای شخص یاری رسان شرط ندانسته اند.<sup>2</sup>

همچنان به صورت نادر بعضی از ایالت ها همانند نیوجرسی ارتباط بین دفاع کننده و شخص مورد تعرض را شرط دانسته و دامنه آن را محدود به دفاع از همسر، فرزند، والدین، برادر، خواهر، نامزد، دوست و رئیس و مستخدم نموده اند.<sup>3</sup>

به هر حال در دفاع از دیگری رعایت تمام شرایط دفاع همانند قریب الوقوع بودن و مجرمانه بودن تعرض لازم است استثنایی وجود ندارد.<sup>4</sup>

بند دوم-عدم دسترسی به قوای دولتی

یکی از شرایط مشروعیت دفاع آن است که در زمان اقدام، توسل به قوای دولتی میسر نباشد. به طور کلی همان طور که بیان شد، دفاع اجتماعی قائم مقام دفاع فردی است. بنابراین اگر قوای دولتی (که عامل دفاع اجتماعی است) حضور داشته و توسل به آن نیز ممکن باشد دفاع فردی محلی برای بروز و تظاهر پیدا نمی کند.

البته به نظر می رسد که در ماده (130) کود جزاء (عدم امکان توسل به موظف امنیتی) حشو زائد است. در قوانین امریکا با عباراتی از قبیل (حمله کنونی) یا (ضرورت فعلی) لزوم تقارن دفاع و حمله را به نحو جامع و مانع و بدون شرح و بسط زائد و احتیاج به شرط (عدم امکان توسل به موظف امنیتی) بیان کرده اند.<sup>5</sup> بدیهی است که وقتی یکی از شرایط مشروعیت دفاع آن است که حمله کنونی یا دفاع ضرورت فعلی داشته باشد به طور ضمنی، به هر طریق قانونی (مثل توسل به موظف امنیتی که لازمه حفظ نظم عمومی

<sup>1</sup> MPC § 3.05, Comment (tent. Draft No. 8, 1958).

<sup>2</sup> Williams v. State, 70 Ga. App. 10, 27 S.E.2d 109 (1943); State v. Totman, 80 Mo. App. 125 (1899).

<sup>3</sup> State v. Fair, 45 N.J. 77, 211 A.2d 359 (1965).

<sup>4</sup> Lafave, Wayne R., Op. cit., p. 551.

<sup>5</sup> MPC § 3.04.



است) که دفع حمله و رفع خطر ممکن باشد دیگر موقعی برای عنوان دفاع باقی نخواهد ماند .

قانون موضوعه ایالت فلوریدا نیز در تمام مواردی که از دفاع مشروع بحث کرده (دفاع از خود ، اموال منقول ، غیرمنقول ، دیگری و.....) به بیان کلماتی همچون (توسل به دفاع برای جلوگیری از خطر ضرورت داشته باشد.) یا (چنین عملی برای جلوگیری از خطر لازم باشد) بسنده کرده است <sup>1</sup>

#### گفتار چهارم : آثار دفاع مشروع

در این گفتار ابتدا به آثار که بر یک عمل دفاعی مشروع به منزله ضمانت اجرای حفظ و حمایت از حقوق و آزادی افراد است پرداخته خواهد شد و سپس قیود دفاع مشروع موردبررسی قرار خواهد گرفت.

#### بند اول: عدم تحقق شرایط دفاع مشروع

در اجتماع امروزی احتمال تجاوز شخص نسبت به شخص دیگر هرروز زیادتیر شده، به طور طبیعی قوای انتظامی هم نمی‌تواند تحت تأثیر این نابسامانی‌ها فکری برای این دردها فکری داشته باشد ، مصلحت در آن است که به افراد عادی اجازه داده شود که هرگاه در مقابل خطر وقوع تجاوزی ناروا قرار گرفتند، و قوای امنیتی نتواند به هر دلیل از وقوع آن جلوگیری نماید، با هر وسیله‌ای از حقوق و آزادی‌های خویش دفاع نمایند. لازمه مشروعیت هم آن است که عمل غیرقابل مجازات باشد. پس مقنن افغانستان همگام با سایر مقننین، کسی را که در مقام دفاع از جان و مال و ناموس و آزادی خودش یا دیگری اقدام به نشان دادن عکس‌العملی نماید که آن عکس‌العمل طبق قانون ، برحسب ظاهر جرم محسوب گردد، عمل وی را موجه تلقی نموده است. پس عملی مشروع است که تمام شرایط تعرض و عمل دفاعی پیش گفته را دارا باشد و گر نه اخلاص در یکی از شروط دفاع مشروع عمل را از دفاع مشروع خارج می‌کند.

<sup>1</sup> The 2006 Florida Statutes: Title XLVI, Chapter 776: Justifiable Use of force, 776.012, 776.013, 776.031.

1- اولین اثری دفاع مشروع این است که دفاع مشروع جنبه مجرمانه بودن را از عمل مدافع سلب و عمل مدافع را مشروع تلقی خواهد نمود.<sup>1</sup> این نکته مستنبط است از فقره (1) ماده (125) کود جزا آنجا که بیان می‌دارد: ارتکاب عمل به منظور دفاع مشروع، جرم شناخته نمی‌شود.

2- در مواقعی که عمل دفاعی بیش از حد ضرورت است یا شرط تناسب در این باره رعایت نمی‌شود برحسب جرائم مذکور مجازات می‌شود. و مسئول است.

در ایالت متحده امریکا محدودیت‌های فراوانی در استفاده از عمل دفاعی کشنده وجود دارد ولی در عوض اگر متهم درجایی که مکلف به واکنش غیر کشنده بوده ولی مهاجم را به قتل رسانده است. مسئولیت کامل بر وی تحمیل نمی‌کنند. آقای لفیو در رابطه به جرم بازداشت غیرقانونی بیان داشته که دفاع در برابر این جرم مجاز است ولی اگر کسی اقدام کشنده در مقام دفاع نماید تنها امکان دارد، جرم وی از قتل عمد به قتل عمد غیرارادی تبدیل شود.<sup>2</sup>

ولی این رویه تعداد کمی از ایالت‌ها است که دیدگاه انسانی‌تری دارند و شخص را در صورتی که شرط تناسب را رعایت ننماید با یک درجه تخفیف محکوم به قتل غیر عمد می‌کنند. و در ضمن به ندرت در ایالت‌ها وجود دارد که در صورت عدم شرط تناسب محکمه متهم را به قتل غیر عمد (نه قتل غیر عمد ارادی) محکوم نموده است.

بنابراین عدم رعایت شروط مندرج در ماده (127) کود جزا، موجبات مسئولیت شخص را به بار آورده و به گونه مثال اگر مدافع از شرط تناسب در عمل دفاعی، تخلف کند، حالت دفاع از بین رفته و مدافع متجاوز شمرده شده و دارای مسئولیت است که به اساس ماده (۱۳۲) کود جزا جزای عمل جنایت به جنحه و از جنحه به قباحتنزیر می‌گردد.

<sup>1</sup> حر، عاملی، وسائل الشعیه (آل البیت)، موسسه آل البیت علیهم السلام الاحیاء التراث بقم

المشرفه، 1414ق، جلد 28، ص 384

<sup>2</sup>Lafave, Wayne R., Op.cit.p.549.

## بند دوم : دفاع مشروع و مسئولیت مدنی

پرسشی که در اینجا به آن پاسخ داده می‌شود، این است که درست است که حمله یا تعرض شخص مقابل که برای شخص تحت تجاوز صورت می‌گیرد، در ساحت جزایی برای او حقی را به وجود می‌آورد که می‌تواند با استفاده از آن مرتکب عمل جرمی گردیده و با رعایت شرایط و شکلیاتی که در قانون تعیین می‌گردد به دفاع بپردازد و این رفتار مجرمانه را قانون از حالت جرم بودن خارج می‌سازد اما آیا در رابطه به مسئولیت مدنی و جبران خساره نیز تأثیری دارد؟ پاسخ در این زمینه مثبت است و دلیل آن هم چنین است که شخص متعرض با حمله و تعرض، خود سبب ایجاد چنین خساره می‌شود.<sup>1</sup> بنابراین ماده (784) قانون مدنی، مسئولیت مدنی مدافع را بر طرف می‌کند.

عدم مسئولیت مدافع نیز به دو دلیل است اول اینکه فرد عمل مشروعی را بدون تقصیر انجام داده و دوم اینکه بر اساس قاعده اقدام مهاجم مسئول عواقب اعمال خودش است. در نظام حقوقی امریکا در صورت تحقق شرایط دفاع و یا شروع بر آن و یا اگر جرم به صورت کامل تحقق یابد مشروع خواهد بود یعنی همین آثار وجود دارد.<sup>2</sup> ولی استثناء بر این اصل وارد شده و جایی که حتی تمام شرایط دفاع محقق است باز فرد مسئول است و آنجایی است که قصد شخص انتقام باشد نه دفاع.<sup>3</sup>

بنساختار و آمده به اشخاص ثالث در دفاع مشروع قابل مطالبه از مهاجم است زیرا وی سبب حادثه است همچنین مدافع نیز در صورت درخواست شخص ثالث، ملزم به جبران خسارت است زیرا برابری هر جهت شخص ثالث مستحق خسارت نبوده، ولی حق دارد به مهاجم برای جبران ضرر خویش به استناد اینکه سبب اصلی حادثه وی است مراجعه نماید.

<sup>1</sup> همان، ص 387.

<sup>2</sup> Lafave, Wayne R., Op.cit.p.544.

<sup>3</sup> Joes v. United State, 135 F.2d 809 (D.C.Cir. 1943).

بند سوم : قیود دفاع مشروع

دفاع باید در مقابل هر شخصی صورت گیرد. که سبب احتمال حمله یا تجاوز گردیده است ولی در ضمن دفاع مشروع یک امر استثنایی هم است که سبب از میان رفتن جزایمی گردد با وجود آن، دارای استثنائات دیگری است که در کود جزا موارد آن از این قرار است.

الف-توسل به قوای دولتی

در صورتی که امکان رسیدن به موظفان دولتی موجود باشد، حق دفاع مشروع منتفی دانسته می‌شود. چنانچه در ماده (130) کود جزاء ذکر گردیده است<sup>1</sup>

و در ماده (131) کود جزاء توضیح گردیده است که : ( دفاع مشروع در برابر مؤظفین امنیتی در صورتی که وظیفه خود را مطابق احکام قانون و با حسن نیت انجام می‌دهد، گرچه در جریان وظیفه از حدود صلاحیت قانونی خود تجاوز نماید، جواز ندارد. مگر این که خوف مرگ یا جراحت شدید یا خوف تعرض به ناموس یا آزادی ناشی از عمل آن به دلایل معقول ثابت باشد.)

در نظام حقوقی آمریکا هم واضح است که تنها سلب آزادی تن توسط قوای دولتی قابل دفاع نخواهد بود و آن هم به دو دلیل، اول اینکه این مقدار از اختیارات به قوای دولتی برای نظم جامعه نیاز و مفید است و دوم از آن جهت که اغلب خسارت‌های ناشی از سلب آزادی (حتی اگر در واقع هم قانونی باشد) قابل جبران است.

ب: عدم جواز قتل در مقام دفاع مشروع

با آنکه دفاع مشروع در برابر حمله و تجاوز علیه تمامیت جسمی، مال یا ناموس از جمله عوامل موجهه جرم دانسته شده است، صرف در موارد معدود که در کود جزاء ذکر گردیده، به دفاع کننده این حق داده شده که مرتکب قتل شود. این حالات در ذیل حکم ماده (129) کود جزاء بیان گردیده است. 2 که از حالات مندرج در ماده (129) کود

<sup>1</sup>[http://moj.gov.af/content/files/adalat/adalat\\_saratan1395.pdf](http://moj.gov.af/content/files/adalat/adalat_saratan1395.pdf)

<sup>2</sup> رسولی، محمد اشرف 1330. دوره کامل حقوق جزای عمومی (1، 2، 3)،

کابل، نشر واژه، 1396، ص: 386

جزاء به وضوح برمی آید که قانونگذار افغانستان، قتل عمد را در موارد خاص در مقام دفاع مشروع پذیرفته‌اند اما مصادیق آن به صورت نادر متفاوت از همدیگر می‌باشد که در کود جزاء برخی مصادیق به صورت واضح و شفاف بیان شده که می‌تواند خود نقطه مثبت این قانون باشد.

در حقوق امریکا قتل عمد را در مقام دفاع مشروع پذیرفته است اما برخی از ایالت‌های امریکا، مانند تگزاس، خلاف این نظر داده‌اند.

نتیجه‌گیری:

با بررسی تطبیقی دفاع مشروع در نظام حقوقی افغانستان و ایالات متحده امریکا، می‌توان نتایج به دست آورد که:

1- در رابطه به مبنای حق دفاع مشروع نظر حق یا انجام تکلیف که عبارت از حق دفع فوری یک حمله غیرمشروع با توجه به شرایط قانونی بوده، مورد تائید نظام حقوقی افغانستان می‌باشد. با این توصیف دو فرض قابل تصور است؛ اول درجایی که جان شخص به مخاطره می‌افتد و شخص چاره‌ای جز دفاع ندارد، در این فرض فرد ملزم به دفاع (البته در صورتی که دفاع موجب درخطر افتادن جان وی نشود) و حق تسلیم شدن ندارد زیرا حق ندارد جان خویش را در هلاکت بی اندازد. دوم، در فرضی هم که جان شخص درخطر است و وی می‌تواند با راه دیگری جان خویش را حفظ کند، لیکن در این مورد هم که راه دیگری به جز دفاع است، شخص حق دارد دفاع کند، زیرا شخص وظیفه اجتماعی مبنی بر نهدی از منکر نیز دارد. که همین نظر در سیستم حقوقی ایالات متحده امریکا نیز پذیرفته شده است.

2- قانونگذار افغانستان در کود جزاء با وقوف و دوراندیشی کامل، اجازه دفاع در مقابل تعرض مجرمانه برضد آزادی تن را مانند اجازه دفاع در مقابل تعرض مجرمانه ای که موجب قتل یا جرح یا تعرض به عرض و ناموس گردد بدون استثناء بدون هیچ گونه قید و شرطی مجاز و مشروع اعلام نداشته، بلکه با توجه به کیفیت، نحوه عمل و موقعیت اجتماعی شخص متعرض، آن را محدود به موردی کرده است که مرتکب چنین تعرضی

یک فرد عادی باشد، نه یک مامور مسول قوای تامینی و انتظامی در حین خدمت و انجام وظیفه، این محدودیت را قانونگذار به موجب ماده (131) کود جزا اعلام داشته است. قانون جزای نمونه امریکا برخلاف دیدگاه سابق کامن لا در قسمت استثنائات دفاع مشروع، دفاع در برابر بازداشت افسران پولیس را موجه ندانسته حتی اگر سلب آزادی تن توسط آنها غیرقانونی باشد. ولی اگر بازداشت کننده از قدرت بیش از حد استفاده نماید شخص حق دارد به دفاع متوسل شود حتی اگر استفاده از این قدرت مضاعف خطری علیه جان و مال او نباشد و تنها به آبروی وی لطمه وارد نموده باشد.

3- در خصوص تناسب و آثار عدم رعایت آن چنین استنتاج گردید که فقره 4 ماده 127 کود جزا مبنی بر متناسب بودن دفاع با خطر مورد تهدید بوده، در تناسب باید به اساس قاعده «الأسهل فالأسهل» رعایت ترتیب و تدریج در شدت عمل باشد. زیرا مدافع باید از آسانترین درجه‌ای که ظن غالب پیدا می‌کند که می‌تواند با آن از خود دفاع کند، شروع کند و به تدریج در صورت نیاز به سمت شدت عمل بیشتر برود.

ولی تثبیت تناسب کار آسانی نیست. زیرا این موضوع هم به حالات و شرایط شخص و وسایل با هردو ارتباط می‌گیرد. مرجعی که این تناسب را تثبیت نماید قاضی محکمه است. تا با مطالعه ابزار و وسایل ویژگی‌های جسمی و روحی اشخاص این موضوع را تثبیت نماید. بنابراین، در صورت عدم ضرورت دفاع و یا عدم رعایت تناسب متعارف که همان رعایت تدریج مراحل است، دفاع مشروعیتی نخواهد داشت. و در نهایت هرگاه دفاع کننده مرتکب عملی شود که از شرایط دفاع مشروع بالاخص شرط تناسب، تجاوز نماید در آن صورت دفاع مشروع سبب از میان رفتن جرم نگردیده بلکه سبب تخفیف مجازات مرتکب شود چنان چه در ماده 132 کود جزا توضیح گردید.

4- با توجه به پژوهش که انجام شد استنتاج می‌گردد که در کود جزاء افغانستان در فقره 5 ماده 127 قانونگذار با بیان اینکه دفاع یگانه وسیله دفع خطر باشد. در صورت امکان فرار موضوع استفاده از حق دفاع مشروع کلاً نفی گردیده است. در حقوق آمریکا آن دسته از حقوقدانان آمریکایی که مشروعیت دفاع را ملزم به عدم امکان فرار دانسته اند،

قایل بر قاعده (الزام به فرار) اند. ولی کلاً دو دیدگاه در امریکا وجود دارد، اکثریت وظیفه فرار را از دوش شخص در معرض خطر برداشته و دفاع وی را قانونی تلقی می‌کنند، ولی اقلیت که نظر آن‌ها نشأت گرفته از دیدگاه قدیمی کامن لا است در صورتی دفاع مدافع (حال دفاع به هر میزانی که باشد حتی اگر حمله کشنده و عمل دفاعی غیر کشنده بود) را مشروع دانسته‌اند که شخص دسترسی به فرار ندارد.

منابع و مأخذ

۱- قرآن کریم

۲- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، نشر میزان، 1387.

۳- الحر عاملی، وسائل الشعیه (آل البیت)، جلد 29، موسسه آل البیت علیهم السلام الاحیاء التراث بقم المشرفه، 1414 ق.

۴- الرساله، محمد بن ادریس الشافعی، تحقیق: احمد محمد شاکر، دارالکتب العلمیه، 1358.

۵- العطار، داود، دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام، ترجمه اکبر غفوری، انتشارات آستان قدس رضوی، 1370.

۶- باقری، عباس، دفاع مشروع، تهران: انتشارات همراز، چاپ اول، 1343.

۷- حلی، حسن بین یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام، ج 3، قم: مؤسسه نشر الاسلامی، 1319.

۸- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ نهم، 1377.

۹- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد هفتم، تهران: موسسه انتشارات چاپ دانشگاه تهران، 137۳.

۱۰- رسولی، محمد اشرف، 1330، دوره کامل حقوق جزای عمومی (1، 2، 3)، کابل، نشر وازه، 1396.

۱۱- شمس ناتری، محمدابراهیم، 1389، دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن، مجله مطالعات حقوقی، سال دوم، شماره دوم.

۱۲- صانعی، پرویز، 1382، حقوق جزای عمومی، تهران، به طرح نو.

۱۳- عوده، عبدالقادر، التشریح الجنایی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، قاهره: چاپخانه مدنی، چاپ دوم، 1959 م.

- ۱۴- قانون جزاء افغانستان مصوب 1355.
- ۱۵- کود جزاء، رسمی جریده، نمبر مسلسل 1260 مصوب 1396/2/25.
- ۱۶- گارو، رنه، مطالعات علمی و نظری در حقوق جزاء، ترجمه سید ضیاءالدین، تهران: نشر این سینا، 1344.
- ۱۷- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، جلد اول، چاپ نهم، انتشارات دانشگاه تهران، 1385.
- ۱۸- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، جلد دوم، تهران: موسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ اول، 1372.
- ۱۹- محسنی، مرتضی، مسئولیت کیفری، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، 1376.
- ۲۰- مهدوی، ابراهیم، 1344، دفاع مشروع، مجله کانون و کلاء، سال هفدهم، شماره 97.
- ۲۱- نوربها، رضا، 1317، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: دادآفرین، 1378.
- سایت ها

۲۲- <https://jadvalyab.ir/ar2fa/>

۲۳- <https://www.upcounsel.com/legal-def-self-defense-defense>.

۲۴- <https://www.ncsl.org/research/civil-and-Criminal-justice/self-defense-and-stand-your-ground.aspx>.

۲ [http://moj.gov.af/content/files/adalat/adalat\\_saratan1395.pdf](http://moj.gov.af/content/files/adalat/adalat_saratan1395.pdf)

منابع خارجی (کتابها)

- ۲۶- Diamond, Gregory A., justify Lethal Self-Defense against Incapacitated Batterers, Columbia Law Review Association, 2002
- ۲۷- Garner, Bryan A., Black's Law Dictionary, west & Thomson business, (2004)
- ۲۸- Lafave, Wayne R., Criminal law, West & Thomson publication, 2004
- ۲۹- Nourse, V.F, Self-Defense and Subjectivity, The university of Chicago Law Review, 2001.
- ۳۰- Reinhart, Christopher, Castle Doctrine and Self-Defense, Olr Research report, 2007.



- ۳۱- Simons, Kenneth W., Self-Defense: Reasonable Beliefs or Reasonable self –control?, University of California, 2005.
- ۳۲- The 2006 Florida statutes:Title XLVI,Chapter776:Justifiable Use of Force.  
Cases
- Bogot v. State ,74 S.W.3d 23 (Te.Crim.app.2002).۳۳
- People v. Flannel, 1979; State v. Jones, 1980 ۳۴
- People v. Lockett, 1980; State v. McAvoy, 1992۳۵
- ۳۶-MPC § 3.04; State v. Phil brick, 1979; State v. Havican, 1990
- ۳۷-Shorter v. People, 1849; People v. Johnson, 1954People v. Williams, 1965
- ۳۹-Shorter v. people, 2N.Y. 193 , 51 AM. Dec.286 (1849).
- ۴۰-Swann v. United States1994
- ۴۱-State v. Fair, 45 N.J. 77,211 A.2d 359 (1965).
- ۴۲-State v. Philibricl, 402 A.2d 59 (Me.1979).
- ۴۳-State v. Marr, 362 Md. 467, 765 A.2d 645(2001).
- ۴۴-State v. Green, 118 S.C.279, 110 S.E. 145 (1921).
- ۴۵- State v. Beckham, 306 Mo. 566, 267 S.W. 817 (1924).
- ۴۶-Satate v. Green, 118 S.C. 279, 110 S.E. 145 (1921).
- ۴۷-State v.Buggs. 167 Ariz.333, 806p.2d 1381 (App.1990).
- ۴۸-Satate v. Gardiner, 814 P.2d 568 (Utah 1991).
- ۴۹-Satate v.Bredly ,141 Wash 2d 731, 10 P.3d 358 (2000).
- ۵۰-State v.Coffin, 128 N.M.192, 991 P.2D 477 (1999).
- ۵۱-Williams v.State, 70 Ga.App. 10,27 S.E.2d 109 (1943);State v. Totman, 80 Mo.App. 125(1899).

## اجمالی از فعالیتهای

### در راستای مبارزه با فساد اداری و مواد مخدر

الف: گزارش فعالیتهای قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل

#### 1. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل از تاریخ (1398/4/1 الی 1398/4/31 تعداد (26) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (40) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی، اخذ رشوه، تزویر، اختلاس، مفقودی سلاح و امتناع از اطلاع دهی گرفتار شده و از این تعداد (11) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (29) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال 4 نفر.
- حبس یک الی پنج سال 11 نفر.
- محکومین جرایم نقدی 14 نفر.

- مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (15783) دالر آمریکائی میشود.

جدول شماره (1) بیانگر آمار محکومین محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل در ماه سرطان سال 1398

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	برائت	تعداد محکوم	تصمیم قضائی			
						تعداد محبوس به حبس تنفیذی			
						تعداد ماه الی یک سال حبس	1-5 سال حبس	5-15 سال حبس	تعداد محبوس به حبس تعلیقی
۱	سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی	8	14	3	11		2		9
۲	اخذ رشوت	9	13	1	12		4		5
۳	تزویر	3	4	1	3		3		
۴	اختلاس	4	6	6					
۵	مفقودی سلاح	1	1		1			1	
۶	امتناع از اطلاع دهی	1	2		2		2		
	مجموعه	26	40	11	29		11		14

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (14) دوسیه قرار قضائی صادر و آنها را غرض تکمیل خلاهای تحقیقاتی<sup>۱</sup> و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

جدول شماره (2) بیانگر قرار های قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل در ماه سرطان سال 1398

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار	
				خلا و نواقص	مرجع مربوط
1	سوء استفاده از صلاحیت و وظیفوی	2	4	2	خارنوالی
2	تزویر	3	6	3	خارنوالی
3	غدر و اختلاس	1	4	1	خارنوالی

4	اكتساب غير قانونی سلاح	1	1	1	خارنوالی
	مجموعه	7	15	7	

2. نمونه های از خلاصه احكام صادره محكمه ابتدائیه مبارزه با جرایم ناشی

از فساد اداری ولایت کابل

حکم مورخ 1398/4/24

محکومیت دو نفر از افسران قوای امنیتی به جرم تزویر دو قطعه کارت جواز اسلحه متهم با یک میل سلاح کلشینکوف با کارت مجوز حمل تزویری در جریان تلاشی توسط موظفین امنیتی دستگیر بعد از بررسی های ابتدایی توسط ریاست عمومی مبارزه علیه تروریسم وزارت امور داخله دوسیه محول ریاست خارنوالی استیناف زون شمال میگردد در جریان تحقیقات متهم مدعی میگردد که کارتهای تزویری مجوز حمل سلاح توسط امر اداری محل تجمع قوماندانی عمومی جلب جذب وزارت امور داخله و یکنن از بریدملان منسوب ریاست عمومی امنیت ملی در مقابل (2000) دالر امریکایی طور تزویری ترتیب گردیده است و همچنان بتاریخ 1397/12/13 کارت مجوز حمل سلاح مربوط سلاح کلشینکوف توسط دو نفر از برید ملان در مقابل 2400 دالر امریکایی طور تزویری ترتیب گردیده است که ریاست عمومی استخبارات خارمن و بریدمل راتشیت و گرفتار می نماید . قضیه وارد محكمه ابتدائیه مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل گردیده محكمه در جلسه قضایی مورخ 1398/4/24 با حضور داشت طرفین قضیه متهم منسوب قوماندانی جلب و جذب وزارت امور داخله را در قضیه تزویر دو قطعه کارت جواز حمل سلاح طبق صراحت ماده 437 و با در نظر داشت مواد 211، 542، و 213 کود جزا از ابتدای ایام نظارت و توقیفی بمدت دو سال حبس تنفیذی و در قضیه تزویر کارت سلاح طبق صراحت ماده 437 با در نظر داشت مواد (211، 542، و 213

( کود جزا به مدت یک سال حبس تنفیذی و متهم دیگر منسوب ریاست عمومی امنیت ملی را در قضیه معاونت در جرم دو قطعه کارت تزویری طبق صراحت ماده 437 و با در نظر داشت مواد (542،59) کود جزا از ابتدای ایام نظارت و توقیفی بمدت یکسال حبس تنفیذی محکومان به مجازات نموده از اینکه در جرایم ارتكابی محکوم علیه هدفی که جرایم مذکور را با هم جمع کند موجود نبود طبق ماده (75) کود جزا هر دو جزای محکوم بها فوق یکی بعد دیگری بالایشان قابل تطبیق دانسته شد و هکذا به مصادره مبلغ دو هزار دالر امریکایی و پنجاه هزار افغانی و سه قطعه کارت های تزویری جواز حمل سلاح طبق حکم ماده ۱۸۲ کود جزا اصدار حکم گردیده است.

حکم مورخ 1398/4/30

محکومیت معاون ولایتی توزیع جواز اسلحه ریاست تروریزم وزارت داخله به ارتباط  
**اخذ رشوت**

بالاثر هدایت شفاهی هیئت رهبری ریاست عمومی مبارزه علیه تروریزم وزارت امور داخله مبنی بر اینکه معاون مدیریت صدور جواز اسلحه ریاست مذکور مورد تحقیق قرار بگیرد و به همین ارتباط به تعداد 19 ورق پیام های ارسال و مرسول شده توسط شبکه های اجتماعی که از صفحه موبائیل سکرین شارت شده نیز به دسترس هیئت بررسی کننده ریاست تروریزم قرار میگیرد که به ملاحظه پیام های فوق فی مابین مظنون قضیه هذا و شخص همکار چنین معلوم میگردد که مظنون قضیه از همکار که خود را نماینده شرکت ایسکریم پیمان معرفی نموده در بدل اجرا و طی مراحل یک قطعه کارت جواز حمل سلاح مبلغ ۲۵۰ الی ۳۰۰ دالر امریکایی مطالبه نموده است روی همین سبب در مورد پیام های ارسال شده از مظنون قضیه پرسش به عمل میاید در پاسخ تحریر داشته از اینکه شخص همکار از جمله دوستان

ام بوده جهت طی مراحل جواز حمل سلاح از موصوف یک مقدار پول مطالبه نمودم اما به توافق نرسیدم روی همین ملحوظ متهم گرفتار و به ارگنهای عدلی و قضایی معرفی و قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل گردیده است محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/4/30 خویش متهم را که معاون ولایتی توزیع جواز اسلحه ریاست تروریزم وزارت امور داخله بوده را در قضیه مطالبه رشوت مبلغ 250 دالر امریکایی طبق بند 2 فقره 1 ماده 371 ، فقره 2 ماده 375 ، ماده 385 کود جزا با در نظر داشت فقره 2 ماده 370 کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی اش به مدت یکسال و یک ماه حبس تنفیذی ، جزای نقدی معادل وجه مطالبه رشوت (250 دالر امریکایی) و انفصال از وظیفه محکوم به مجازات نموده است .

ج) گزارش و فعالیتهاي قضائي محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل

1) گزارش

محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل از تاریخ (1398/4/1 الی 1398/4/31) تعداد (9) دوسیه جرمی مربوط به جرایم ناشی از فساد اداری را مورد رسیدگی قضائی قرار داده که در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (14) نفر به اتهام سوء استفاده از صلاحیت وظیفوی، اخذ رشوه ، تزویر، غدر و اکتساب غیر قانونی سلاح گرفتار شده و از این تعداد (5) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (9) تن مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.

- حبس یک ماه الی یک سال 1 نفر.
- حبس یک سال الی پنج سال 3 نفر .

- محکومین جرایم نقدی 5 نفر .
  - مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (2303) دالر آمریکائی میشود.
- جدول شماره (3) بیانگر آمار اجراءات محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل در ماه سرطان سال 1398 است

تصمیم قضائی									شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه
تعداد محبوس به حبس تفیذی					تعداد محکوم	برائت	تعداد متهم	تعداد قضیه			
جریمه نقدی	محکومین جرایم نقدی	15-5 سال حبس	1-5 سال حبس	یک ماه الی یک سال حبس							
2303	5				5	1	6	4	سوء استفاده از صلاحیت وظيفوی	1	
			2		2		2	2	اخذ رشوت	2	
				1	1		1	1	تزویر	3	
						4	4	1	غدر	4	
			1		1		1	1	اکتساب غیر قانونی سلاح	5	
2303	5		3	1	9	5	14	9	مجموعه		

همچنان محکمه متذکره طی این مدت در مورد (8) دوسیه قرار قضایی صادر و آنها را غرض تکمیل خلاهای تحقیقاتی<sup>1</sup> و نواقص به مرجع مربوطه ارسال نموده است.

جدول شماره (4) بیانگر قرار های قضایی محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل در ماه سرطان سال 1398 است

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	تعداد متهم	سبب قرار	
				خلا و نواقص	مرجع مربوط
1	سوء استفاده از صلاحیت وظيفوی	4	11	4	خارنوالی
2	اخذ رشوت	2	3	2	خارنوالی
3	اختلاس	1	2	1	خارنوالی
4	سرقت مسلحانه	1	2	1	خارنوالی
	مجموعه	8	18	8	

2. خلاصه نمونه های از احکام صادره محکمه استیناف مبارزه با جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل

حکم مورخ 1398/4/24

محکومیت یکن از ساتنمنان قوماندان امنیه ولایت پکتیا به جرم اختلاس ، اکتساب غیر قانونی سلاح و مهمات

بالاثر اطلاع مدیریت مبارزه با جرایم جنایی قوماندانی امنیه ولایت پکتیا مبنی بر اینکه یکی از ساتنمنان است و لسوالی جانی خیل تعدادی از سلاح و مهمات را اکتساب غیر قانونی نموده و به کابل فرار کرده و خواهان گرفتاری مذکور گردیده اند قضیه تحت کار کشفی و او پراتیفی قرار گرفته و منزل ساتنمن در مربوطات ناحیه پانزدهم و که به تاریخ 1397/9/10 با حضور داشت نماینده خرنوالی نظامی ، نماینده جنایی حوزه پانزدهم و پولیس انائیه ، اقدام به تلاشی منزل صورت گرفته که از صحن حویلی مذکور یک عراده واسطه نوع رنجر برنگ سیاه بدون نمبر پلیت در حال توقف بدست آمده و بمنظور دریافت سلاح و تجهیزات اکتساب شده ، منزل تحت تلاشی قرار گرفت متهم که خود را در تهکوی منزل از طرف داخل قفل نموده بود بعد از چندین ساعت بالاخره تسلیم پولیس شده و تهکوی مورد تلاشی قرار گرفته در نتیجه مهمات ، سلاح و اجناس اکتساب شده به دست آمده و متهم دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد که قضیه وارد محکمه ابتدائیه جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1397/12/25 خویش بحضور داشت طرفین حقیقی قضیه به اتفاق ارا لمری خرن منسوب قوماندانی امنیه ولایت پکتیا را در قضیه اکتساب غیر قانونی سلاح و مهمات به ارزش مبلغ (266689) افغانی طبق حکم فقره ۲ ماده ۳۹۱ و



فقرات ۱ و ۲ ماده ۳۹۸ کود جزا از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت دو سال و ششماه حبس تنفیذی، رد مبلغ متذکره و انفصال از وظیفه و طرد از مسلک و در قضیه حیات غیر مجاز یکمیل سلاح سه صد و سه طبق حکم مواد ۵۳۶ و ۵۴۵ کود مذکور به جزای نقدی مبلغ ۴۰۰۰۰ افغانی و مصادره سلاح بدست آمده محکوم به مجازات نموده است از اینکه در جرایم مذکور وحدت و هدفی که آنها را با هم جمع کند موجود نبود بناء طبق حکم ماده ۷۵ کود جزا هر دو جزا های محکوم بهای فوق الذکر یکی پی دیگر با لایش قابل تطبیق میباشد اما قضیه نسبت عدم قناعت خارنوال موظف وارد محکمه استیناف مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/4/24 طبق هدایت ماده 54 قانون تشکیل صلاحیت قوه قضائیه فیصله محکمه ابتدائیه جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل را در قضیه اختلاس، اکتساب غیر قانونی سلاح و مهمات نقض و در قضیه حیات غیر مجاز یکمیل سلاح سه صد و سه تائید و استینافا متهم را در قضیه اختلاس اکتساب غیر قانونی سلاح و مهمات به ارزش (277323، 8) افغانی طبق حکم فقره ۱ ماده ۲۴ ضمیمه شماره (۱) کود جزا در مورد جرایم نظامی، ماده ۳۸۸، فقره ۲ ماده ۳۹۱ و فقرات ۱ و ۲ ماده ۳۹۸ کود جزا به مدت دو سال و ششماه حبس تنفیذی، رد مبلغ متذکره و انفصال از وظیفه و طرد از مسلک محکوم به مجازات نموده است.

حکم مورخ 1398/4/25

محکومیت یکتن از کارمندان اداری ریاست خارنوالی مبارزه علیه جرایم داخلی و

خارجی ولایت کندز به جرم اخذ رشوت

یکتن از مسکونین اصلی و فعلی ولسوالی علی اباد ولایت کندز از مربوطات ولسوالی اختطاف و میخواستند وی را به استقامت ولسوالی خان اباد انتقال بدهند چینی که به چک پاینت امنیتی مقابل میشوند اختطافگران از ساحه فرار و مختطف

از چنگال آنها رها و به فامیلش سپرده میشود سپس یکنه به اساس ورقه عرض مختطف در پیوند به قضیه اختطاف گرفتار و غرض اکمال تحقیق به خارنوالی مبارزه علیه جرایم امنیت داخلی و خارجی ولایت کندز اعزام میگردد بعد مختطف طی ورقه عرض مطبوع اش عنوانی ریاست خارنوالی مبارزه علیه جرایم امنیت داخلی و خارجی ولایت کندز عارض و چنین متذکر گردیده که متهم گرفتار شده که بنده را اختطاف نموده فعلا تحت نظارت بوده و دوسیه مایان تحت دوران میباید از اینکه من عارض حق به جانب هستم و خارنوال که مبلغ (۵۰۰۰۰) افغانی را قبلا از نزد گرفته ، اکنون مبلغ (100000) افغانی دیگر تقاضا مینماید اگر پول ذکر شده را ندهم دوسیه رابه ضرر من و به نفع متهم فیصله مینماید. متعاقباً مبلغ ( 40000 ) افغانی در تفاهم با ریاست امنیت ملی ولایت کندز اماده نموده و پول فوق الذکر بتاريخ 1397/9/29 در مرکز ان ولا برای خارنوال تسلیم داده میشود که در همین جریان خارنوال بالفعل دستگیر و به ارگانها عدلی و قضایی معرفی میگردد قضیه وارد محکمه ابتدائیه مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1397/1/27 خویش متهم کارمند خارنوالی ریاست امنیت ملی ولایت کندز را در قضیه اخذ رشوت مبلغ چهل هزار افغانی طبق حکم بند ۳ فقره ۱ ماده ۳۷۱ فقره ۱ ماده ۳۷۵ و فقره ۱ ماده ۳۸۵ کود جزا و رعایت موا ۲۱۳ و ۲۱۱ کود مذکور از ابتدای ایام نظارت و توقیفی به مدت دو سال حبس تنفیذی ، جزای نقدی و جه معادل رشوت و انفصال از وظیفه محکوم به مجازات نموده است اما قضیه نسبت عدم قناعت محکوم علیه قضیه وارد محکمه استیناف مبارزه علیه فساد اداری ولایت کابل گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/4/25 با حضور داشت طرفین قضیه طبق حکم ماده 54 قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه فیصله مورخ 1397/1/27 محکمه ابتدائیه جرایم ناشی از فساد اداری ولایت کابل را تأیید نموده است .

## در راستای مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

الف: گزارش اجراءات قضائی محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر  
1. گزارش

محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (1398/4/1) الی (1398/4/31) تعداد (119) دوسیه مربوط به انواع مواد مخدر را مورد رسیدگی قضائی قرار داده و در مورد آنها فیصله های لازم صادر نموده است. در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (160) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد (4) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت و (156) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل مجازات گردیده اند.

- حبس 1 سال الی 5 سال 113 نفر .
- حبس 5 سال الی 15 سال 36 نفر.
- حبس 15 سال الی 20 سال 6 نفر.
- حبس 20 سال الی 30 سال 1 نفر .
- در ارتباط به محاکمات فوق الذکر حکم به محو مقدار (25827،214) کیلوگرام انواع مواد مخدر نیز صادر شده است.

جدول شماره (1): آمار اجراءات قضایی محکمه ابتدائیه مبارزه با مسکرات و مواد مخدر در ماه سرطان سال 1398

ش ما ره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تعداد متهم	برائت	تعداد محکوم	تصمیم قضایی			
							تعداد محبوس به حبس تفیذی			
							30-20 سال حبس	20-15 سال حبس	15-5 سال حبس	5-1 سال حبس
1	مت امقنمین	43	8,728,129	54		54	36	15	3	
2	هیروئین	44	12,150,521	59		59	51	8		
3	تریاک	9	220,034	13	1	12	9		2	
4	چرس	9	3292,16	13	2	11	4	7		
5	مورفین	5	34,65	8		8	3	4	1	
6	مواد کیمیای	2	243,500	3	1	2	2			
7	شیشه	3	1089	3		3	3			
8	تابلیت k	2	69,22	3		3	1	2		
9	اتفاق در جنایت	2		4		4	4			
	مجموعه	119	25827,214	160	4	156	113	36	6	

2. خلاصه حکم صادره محکمه ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و موادمخدر.

حکم مورخ 1398/4/25

سه سال حبس به اتهام قاچاق مقدار 1450 گرام هیروئین

پرسونل اداره تحقیقات حساس مقیم میدان هوایی بین المللی حامد کرزی بمنظور تثبیت و گرفتاری قاچاقبران مواد مخدر به شکل بطنی در ساحه بین دو ترمینل چک

و کنترل را آغاز مینمایند که در جمع مسافری دو تن از باشندگان ولایت هلمند که میخواستند ذریعه پرواز شرکت هوایی کام ایر به صوب دهلی سفر نمایند در ساحه چک پاینت متوقف و مورد یک سلسله سوالات مسلکی بطور شفاهی قرار گرفته که جواب قناعت بخش ارائه ننموده و اعتراف میکنند که یکتعداد کپسول های حاوی مواد مخدر را بلعیده و به کشور هندوستان انتقال می دهند . که طی پیشنهاد جهت اخراج کپسول ها رسماً به شفاخانه سه صد بستر پولیس معرفی و اعزام میگرددند که در نتیجه بعد از انجام معاینات و مانور های خاص طبی به تعداد 89 قرص کپسول مواد تحت نام هیروئین به وزن خالص مقدار 750 گرام از بطن شان و بتعداد 83 قرص به وزن خالص مقدار 700 گرام از بطن متهم دیگر اخراج میگردد که قضیه به محکمه اختصاصی ابتدائیه مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر راجع گردیده محکمه در جلسه قضائی مورخ 1398/4/25 به اتفاق آرا و به حضورداشت حقیقی طرفین، متهم را در قضیه انتقال مقدار 750 گرام هیروئین از ابتدای ایام نظارت و توقیفی وفق هدایت بند 4 فقره 1 ماده 302 کود جزا بمدت سه سال حبس تنفیذی و متهم دیگر را در قضیه انتقال مقدار 700 گرام هیروئین از ابتدای ایام نظارت و توقیفی وفق هدایت بند 4 فقره 1 ماده 302 و رعایت مواد 213 و 214 کود جزا بمدت سه سال حبس تنفیذی محکوم به مجازات نموده اند . و همچنان به مصادره یک سیت مایل بدست آمده معه سیمکارت آن و مبلغ 347 دالر امریکایی مربوط پول تکت طیاره موصوفان عندالحصول طبق ماده 32 قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر مصادره اصدار حکم نموده است.

## حکم مورخ 1398/4/22

## پنج سال حبس به اتهام قاچاق مقدار 500،59 کیلو گرام

موظفین پوسته دو آب ولسوالی حصه اول ولایت پنجشیر یک عراده موتر کرولا همرا با یک نفر سر نشین آن را که از ولسوالی خنج به سمت بازارک در حال حرکت بود توقف داده و مورد تلاشی قرار میدهند که در نتیجه از صندوق عقبی موتر مقدار 500،59 کیلو گرام چرس کشف و بدست می آید به ارتباط قضیه دو تن گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردند قضیه به محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر محول شده و محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/4/22 به اتفاق آراء بحضور داشت طرفین قضیه متهمین را در قضیه انتقال مقدار (59/500) کیلوگرام چرس از ابتداء ایام نظارت و توقیفی طبق وفق هدایت بند (7) فقره (1) ماده (305) کود جزا و رعایت مواد (213 و 214) کود مذکور هر واحد به بمدت پنج - پنج سال حبس تنفیذی محکوم بمجازات نموده و همچنان چهار سیت مبائل های مختلف النوع بدست آمده از نزد متهمین معه سیمکارت های آن و مبلغ 13100 افغانی مربوط به متهمین را طبق ماده (32) قانون مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر مصادره نموده است .

ب: گزارش اجراءات قضائی محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر

## 1. گزارش

محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر از تاریخ (1398/4/1) الی (1398/4/31) تعداد (69) دوسیه مربوط به انواع مواد مخدر را مورد رسیدگی قضائی قرار داده و در مورد آنها فیصله صادر نموده است. در ارتباط به این دوسیه ها تعداد (93) نفر به اتهام قاچاق و انتقال مواد مخدر گرفتار شده و از این تعداد

- (2) تن آنان به نسبت عدم وجود دلایل کافی الزام برائت حاصل و (91) نفر مورد محاکمه قرار گرفته و به مجازات های مختلف حبس قرار ذیل محکوم گردیده اند.
- حبس 1 - 5 سال 42 نفر.
  - حبس 5 - 15 سال 20 نفر.
  - حبس 15 - 20 سال 26 نفر.
  - حبس 20 - 30 سال 3 نفر .
  - همچنان به ارتباط قضایای فوق الذکر مقدار (251،19085) کیلوگرام مواد مخدر کشف و ضبط گردیده است.
  - مجموعه مجازات نقدی محکومین بالغ به (3487،5) دالر آمریکائی میشود.
- جدول شماره (1) بیانگر اجراءات قضایی محکمه استیناف مبارزه با مسکرات و

مواد مخدر طی ماه سرطان سال 1398 می باشد

شماره	نوع قضیه	تعداد قضیه	مقدار مواد	تعداد متهم	برائت	جزای نقدی	تصمیم قضائی			
							تعداد محکوم	تعداد مجوس به حبس تنفیذی		
							1-5 سال حبس	5-15 سال حبس	15-20 سال حبس	20-30 سال حبس
1	هیروئین	14	2,067,391	15		875	5	8	1	1
2	مت افقنامین	34	1907,97	44	1	5,1862	22	8	13	
3	تریاک	7	1793,68	15			7		7	1
4	مورفین	6	318,66	6		500		1	4	1
5	چرس	2	824,55	4			1	3		
6	مواد کیمیاوی	4	LT12173	6	1	250	4		1	
7	استفاده از وسایل تولید مواد مخدر	2		3			3			
	مجموعه	69	19085,25 1	93	2	3487,5	42	20	26	3

2. خلاصه حکم صادره محکمه استیناف مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر.

حکم مورخ 1398/4/25

سی سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (5،66) کیلو گرام هیروئین (18.230) کیلو گرام هیروئین و مورفین

به اساس اطلاع تیلیفونی مدیریت اطلاعات و تحقیقات به مدیریت مبارزه با مواد مخدر قوماندانی امنیه ولایت هرات مبنی بر اینکه بتاريخ 1397/7/9 مقدار (49) کیلو گرام هیروئین در ولایت پروان با یکنفر متهم ، بتاريخ 1397/11/27 مقدار (18.230) کیلو گرام مورفین، در ولایت کابل با دو نفر مظنونین و بتاريخ 1397/12/16 مقدار (17.500) کیلو گرام هیروئین در ولایت بغلان با یکنفر مظنون بنابر اطلاعات دست داشته توسط پولیس مبارزه با مواد مخدر ولایات فوق الذکر دستگیر گردیده است مالک مواد مخدر فوق الذکر از مدتی تحت تعقیب قرار داشته که قرار مبنی به گرفتاری موصوف قبلاً از جانب خرنوالی اختصاصی مبارزه با مواد مخدر صادر گردیده بود ، طبق اطلاعات آن مدیریت مبنی بر اینکه مالک مواد مخدر ذریعه وسایط مسافری عازم ولایت هرات میگردد ، مدیریت مذکور در قسمت دروازه دخولی میر داود مسیر شاهراه هرات - کندهار مربوط ولسوالی گذره اخذ موقعیت نموده وسایط (404) مسافری را که از ولایت کابل - کندهار داخل شهر هرات میگردد مورد چک و کنترل قرار داده تا اینکه در لیل (21/20) 1397/12/ یکهراده موتر (404) مربوط شرکت ترانسپورتی متوقف و اسناد هویت از نزد مسافرن مطالبه میگردد که اسناد شخص مالک و سایر مشخصات ان به اطلاعیه مطابقت داشته که به همین اساس گرفتار و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگردد. قضیه وارد محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده ، محکمه در جلسه قضایی مورخ



1398/3/26 با حضور داشت حقیقی طرفین قضیه به اتفاق آراء مالک مواد مخدر را در قضیه قاچاق مقدار (49) کیلو گرام هیروئین طبق بند (5) فقره (1) ماده (302) با رعایت ماده (61) کود جزا از ابتدا ایام نظارت و توقیف به مدت سی سال حبس تنفیذی و در قضیه قاچاق مقدار (18.230) کیلو گرام هیروئین و مورفین طبق بند (5) فقره (1) ماده (302) کود جزا به مدت بیست و هفت سال حبس و در قضیه قاچاق مقدار (17.500) کیلو گرام هیروئین طبق بند (5) فقره (1) ماده (302) کود جزا بمدت بیست و شش سال و شش ماه حبس که با رعایت ماده (73) کود جزا مجازات شدیدتر یعنی سی سال حبس بلایش قابل تطبیق و تنفیذ می باشد محکوم به مجازات نموده است هکذا دو سیت میایل معه سیمکارت های آن طبق صراحت ماده (32) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات قابل مصادره پنداشته شده ، و در قسمت محو مواد مخدر متذکره قبلاً تصمیم اتخاذ گردیده است. اما قضیه نسبت عدم قناعت متهم وارد محکمه استیناف اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/4/25 به اتفاق آراء در حال حضور داشت حقیقی طرفین قضیه متکی به ماده (267) قانون اجراءات جزائی و فقره (2) ماده (17) قانون مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات فیصله مورخ 1398/3/26 محکمه ابتدائیه را تائید نموده است .

### حکم مورخ 1398/4/24

یازده سال حبس به اتهام قاچاق مقدار (7.840) کیلو گرام هیروئین و 500،5

کیلو گرام سودیم کاربونیت

به اساس اطلاع اداره اطلاعات و تحقیقات (IIU) مبنی بر اینکه یکنفر در یکعراده موتر تیز رفتار یک مقدار مواد مخدر نوع هیروئین را از ولایت تخار آورده

و در زنجیر چرخاب نارسیده میخواهد مواد را تسلیم نماید که بالاثر اطلاع ، پرسونل مدیریت مبارزه علیه مواد مخدر ولایت کندز به محل متذکره رفته و یکعراده موتر را که از داخل قریه نو آباد بیرون شده و به صوب شهر در حرکت بود متوقف نمود . شخصی که در سیت پیشروی نشسته بود بعداً به اساس کار اوپراتیفی حاضر گردید تا منزلی را که مواد را تسلیم داده نشان دهد که بعد از پلان ترتیب شده منزل مورد نظر واقع نو آباد در حضور داشت خانونال و پولیس اناتیه مورد تلاشی قرار گرفته که در نتیجه به تعداد (8) پاکت مواد مخدر و مقدار (5.500) کیلو گرام مواد کیمیای بنام کافین از منزل دریافت شده ولی صاحب خانه مفورور بوده است مواد بدست آمده بعد از قید وزن مقدار (7.840) کیلو گرام هیروئین تثبیت میگردد که در پیوند به قضیه دریور و راکب دستگیر و به ارگانهای عدلی و قضایی معرفی میگرددند قضیه وارد محکمه ابتدائیه اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه قضایی مورخ 1398/3/25 بحضور طرفین قضیه به اتفاق آراء متکی به دلایل متهمین را در قضیه انتقال مقدار (7.840) کیلو گرام هیروئین طبق بند (5) فقره (1) ماده (302) با رعایت ماده (213) و فقره (3) ماده (214) کود جزا هر واحد بمدت (یازده - یازده) سال حبس و در قضیه انتقال مقدار (5.500) کیلو گرام سودیم کاربونیت که در پروسه جدا سازی هیروئین بیز از مورفین بیز کاربرد دارد طبق بند (6) فقره (1) ماده (306) کود مذکور با رعایت ماده (47) و فقره (4) ماده (52) کود مذکور بمدت یکسال حبس محکوم به مجازات نموده طوریکه طبق ماده (73) کود مذکور به تنفیذ شدیدترین جزا که مدت (یازده) سال حبس از رهگذر قضیه انتقال مقدار (7.840) کیلو گرام هیروئین میباشد تصریح نموده و دریور را در ارتباط به واسطه بدون نمبر پلیت و جواز سیر طبق فقره (1) ماده

(560) کود جزا به پرداخت جزای نقدی مبلغ بیست هزار افغانی با رعایت ماده (78) کود مذکور محکوم به مجازات و طبق ماده (32) قانون مبارزه با مواد مخدر و مسکرات به مصادره چهار سیت مایل معه سیمکارت های ان حکم نموده است و طبق ماده (138) قانون اجراءات جزائی به استرداد یک عراده واسطه نقلیه نوع پاسو به مالک ان نیز حکم گردیده که قضیه نسبت عدم قناعت متهمین وارد محکمه استیناف اختصاصی مبارزه علیه مسکرات و مواد مخدر گردیده محکمه در جلسه علنی قضائی منعقدہ تاریخی 1398/4/26 به اتفاق آراء در حال حضور داشت حقیقی طرفین قضیه متکی به ماده (267) قانون اجراءات جزائی فقره (2) ماده (17) قانون مبارزه علیه مواد مخدر و مسکرات فیصله نمبر (197) مورخ 1398/3/25 محکمه ابتدائیه را در قسمت (7.840) کیلو گرام هیروئین تائید نموده است.